



T.C.

BANDIRMA ONYEDİ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

SİYASET BİLİMİ VE KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI

Yüksek Lisans Tezi

**ARABULUCULUK KURUMUNUN TÜRKİYE
VE İNGİLTERE UYGULAMASININ
KARŞILAŞTIRMALI İNCELEMESİ**

**Berkan KAYA
175014007**

Tez Danışmanı:

Dr. Öğr. Üyesi Lutfi YALÇIN

Bandırma 2020

T.C.
BANDIRMA ONYEDİ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
SİYASET BİLİMİ VE KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI

Yüksek Lisans Tezi

**ARABULUCULUK KURUMUNUN TÜRKİYE
VE İNGİLTERE UYGULAMASININ
KARŞILAŞTIRMALI İNCELEMESİ**

Berkan KAYA
175014007

Tez Danışmanı:

Dr. Öğr. Üyesi Lutfi YALÇIN

Bandırma 2020

ETİK BEYAN SAYFASI

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
BANDIRMA ONYEDİ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik ilkelere uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (. / /2020)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin
Adı ve Soyadı

.....
İmzası

.....

ÖZET

ARABULUCULUK KURUMUNUN TÜRKİYE VE İNGİLTERE UYGULAMASININ KARŞILAŞTIRMALI İNCELEMESİ

Berkan KAYA

Uyuşmazlıkların klasik çözüm yöntemi olarak ifade edilebilecek yargılama yoluna gitmeden uyuşmazlığı ortadan kaldırmayı amaçlayan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan arabuluculuk kurumu etkinliğini artırmaya devam etmektedir. Toplumların kendine özgü yapısı arabuluculuk kurumunda farklı bakış açılarının doğmasını kaçınılmaz kılmaktadır. Söz konusu çalışmada arabuluculuk kurumunun iki farklı kültüre sahip İngiltere’de ve Türkiye’de uygulama içerisinde nasıl şekillendiği incelenmiştir. Çalışmada kapsamı sınırlayabilmek amacıyla Birleşik Krallık yerine İngiltere incelenmiştir. Uygulama benzerliği nedeniyle söz konusu çalışmanın Galler’i de kapsadığını söyleyebilmek mümkündür. Bu kapsamda çalışma içerisinde tarihçeden başlanarak mahkeme kararları ile birlikte mevcut uygulamaya doğru bir sıra izlenmiş ve en son bölümde ayrıntılı karşılaştırmaya yer verilmiştir. Çalışma sonucunda İngiltere ve Türkiye uygulamasının mensup oldukları hukuk sistemlerinin özelliklerini yansıttığı ve temel fikir olarak oldukça benzer oldukları sonucuna varılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Arabuluculuk, Karşılaştırmalı Hukuk, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, İngiltere’de Arabuluculuk, Türkiye’de Arabuluculuk.

ABSTRACT

COMPARATIVE ANALYSIS OF THE MEDIATION PRACTICE BETWEEN TURKEY AND ENGLAND

Berkan KAYA

The mediation, which is one of the alternative dispute resolution methods, aiming to eliminate the dispute without going through the trial, which can be expressed as the classical solution method of disputes, continues to increase its field of application. Unique structure of societies makes it necessary to have different perspectives in the mediation. In this study we examined how the mediation practice was shaped in two different cultures, in England and in Turkey. In order to limit the scope of this study, we examined England instead of the United Kingdom. Due to the similarity of the practice, it is possible to say that the study also covers Wales. In this context, this study is starting from the history and a sequence towards the current practice along with the court decisions was followed and detailed comparison is given in the last section. As a result of this study, England and Turkey practise reflects the characteristics of its legal system and has concluded that they are quite similar from the perspective of mediation's basic idea.

Keywords: Mediation , Comparative Law, Alternative Dispute Resolution Methods, Mediation in England, Mediation in Turkey.

ÖNSÖZ

Tez yazım sürecinde ilgi ve desteğini esirgemeyen değerli hocam Dr. Öğr. Üyesi Lutfi YALÇIN'a,

Tezin yazımını oldukça kolaylaştıran L^AT_EX dilinin geliştiricilerine,

Bu günlere gelmemde büyük pay sahibi olan aileme ve dostlarıma teşekkürlerimi sunarım.

Berkan KAYA

Balıkesir, 2020

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
TEZ ONAY SAYFASI	i
ETİK BEYAN SAYFASI	ii
ÖZET	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	1
GİRİŞ	2
PROBLEM	3
AMAÇ VE KAPSAM	3
ÖNEM	4
SINIRLILIKLAR	4
YÖNTEM	5
Politika ve Politika Transferi	6
Yeni Kurumsalcı Anlayış	7
1 TEMEL KAVRAMLAR	14
1.1 UYUŞMAZLIK	14
1.2 ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ	14
1.3 ARABULUCULUK, ARABULUCULUĞUN AMACI VE ARABULUCU	17
1.4 ARABULUCULUĞUN TÜRLERİ	22
2 TÜRK HUKUKUNDA ARABULUCULUK KURUMU	24
2.1 ARABULUCULUK KURUMUNUN TÜRKİYE’DE GELİŞİMİ	24

2.2	MEVZUAT KAPSAMINDA ARABULUCULUK	25
2.2.1	Kanunun Amacı	26
2.2.2	Arabuluculuk Sürecindeki Temel İlkeler	26
2.2.2.1	İrادی Olma ve Eşitlik	26
2.2.2.2	Gizlilik	31
2.2.2.3	Beyan ve Belgelerin Kullanılmaması	33
2.2.3	Arabulucuların Hak ve Yükümlölükleri	35
2.2.3.1	Ünvanın Kullanılması	35
2.2.3.2	Ücret ve Masrafların İstenmesi	35
2.2.3.3	Taraflarla Görüşme ve İletişim Kurulması	37
2.2.3.4	Görevin Özenle ve Tarafsız Biçimde Yerine Getirilmesi	37
2.2.3.5	Reklam Yasağı	39
2.2.3.6	Tarafların Aydınlatılması	41
2.2.3.7	Aidat Ödenmesi	41
2.2.3.8	Belge Saklama Yükümlölüğü	42
2.2.4	Arabuluculuk Süreci	42
2.2.4.1	Arabulucunun Seçimi	42
2.2.4.2	Taraf Teşkili	43
2.2.4.3	İdarenin Arabuluculuk Sürecine Katılımı	45
2.2.4.4	Sürecin Sona Ermesi	45
2.3	ZORUNLU ARABULUCULUK	48
2.3.1	Zorunlu Arabuluculuk Süreci	48
2.3.1.1	Arabuluculuk Yoluna Başvurulması	49
2.3.1.2	Arabulucunun Seçimi	50
2.3.1.3	Taraf Teşkili	50
2.3.2	Zorunlu Arabuluculuk Sisteminin Uygulandığı Alanlar	53
2.3.2.1	İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk	54
2.3.2.2	Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk	55
2.3.2.3	Tüketici Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk	56
2.4	TÜRKİYE’DE ARABULUCU OLABİLMENİN ŞARTLARI VE ARABULUCULAR SİCİLİ	59

2.5	ARABULUCULUĞUN TEŞKİLATLANMASI	61
2.5.1	Arabuluculuk Daire Başkanlığı	61
2.5.2	Arabuluculuk Kurulu	62
2.5.3	Adliye Arabuluculuk Büroları	64
2.6	ARABULUCULUK KURUMUNA GETİRİLEN ELEŞTİRİLER	64
3	İNGİLİZ HUKUKUNDA ARABULUCULUK KURUMU	67
3.1	ARABULUCULUK KURUMUNUN İNGİLTERE’DE GELİŞİMİ	67
3.2	MEVZUAT KAPSAMINDA ARABULUCULUK VE UYGULAMA	71
3.2.1	Medeni Usul Kuralları	71
3.2.2	Arabuluculuk Süreci	77
3.2.2.1	Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklar	77
3.2.2.2	Tüketici Uyuşmazlıkları	78
3.2.2.3	Basit Tazminat Yolu Öngörülen Uyuşmazlıklar	78
3.2.2.4	Aile Uyuşmazlıkları	79
3.2.2.5	İş Hukuku Uyuşmazlıkları	80
3.3	MAHKEME TEMELLİ ARABULUCULUK SİSTEMLERİ	81
3.4	ZORUNLU ARABULUCULUK	81
3.4.1	Arabuluculuğa Otomatik Yönlendirme Sistemi	84
3.4.2	<i>Halsey</i> Kararı Sonrası Dönem	88
3.4.3	Arabuluculuk Bilgilendirme ve Değerlendirme Toplantısı	91
3.5	ARABULUCULUK SÜRECİNİN GİZLİLİĞİ	98
3.6	İNGİLTERE’DE ARABULUCU OLABİLMENİN ŞARTLARI	101
3.7	ARABULUCULUK KURUMUNA GETİRİLEN ELEŞTİRİLER	107
4	KURUMLARIN KARŞILAŞTIRILMASI	110
4.1	KÖKEN AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMA	110
4.2	TEMEL MEVZUAT AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMA	115
4.3	ARABULUCU OLABİLME ŞARTLARI AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMA	117
4.3.1	Türk Vatandaşı Olmak	118
4.3.2	Mesleğinde En Az Beş Yıllık Kıdeme Sahip Hukuk Fakültesi Me- zunu Olmak	118

4.3.3	Tam Ehliyetli Olmak	119
4.3.4	Bazı Suçlarından Dolayı Mahkûm Olmamak	120
4.3.5	Terör Örgütleriyle İltisaklı veya İrtibatlı Olmamak	120
4.3.6	Arabuluculuk Eğitimini Tamamlamak ve Bakanlıkça Yapılan Ya- zılı Sınavda Başarılı Olmak	121
4.3.7	Veri Sorumlusu Olarak Kayıt Olma	123
4.4	TEŞKİLATLANMA AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMA	123
5	SONUÇ	127
	KAYNAKLAR	129
	ÖZGEÇMİŞ	137

KISALTMALAR

AAÜT	: Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi
ACAS	: <i>Advisory, Conciliation and Arbitration Service</i> - Danışma, Uzlaşma ve Tahkim Servisi
CAFCASS	: <i>Children and Family Court Advisory and Support Service</i> - Çocuk ve Aile Mahkemesi Danışma ve Destek Servisi
CEDR	: <i>Centre for Effective Dispute Resolution</i> - Etkili Uyuşmazlık Çözüm Merkezi
HUAK	: 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUAKY	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği
İMİK	: 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu
MIAM	: <i>Mediation Information and Assessment Meeting</i> - Arabuluculuk Bilgilendirme ve Değerlendirme Toplantısı
TAEK	: Türkiye Arabuluculuk Etik Kuralları
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TUBİTAK	: Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu
TÜSİDE	: Türkiye Sanayi Sevk ve İdare Enstitüsü
UNCITRAL	: <i>United Nations Commission on International Trade Law</i> - Birleşmiş Milletler Ticaret Komisyonu

GİRİŞ

Fikri temelleri 1990'lı yıllarda atılan ve TBMM'nin 7 Haziran 2012 tarihli oturumunda kabul edilerek 6325 sayılı ile yasalaşan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile kanuni temele oturan arabuluculuk konusu ülkemizde etkinliğini artırmaya devam etmektedir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile iş hukuku alanına, 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun ile ticaret hukuku alanına ve 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile tüketici hukuku alanına getirilen zorunlu arabuluculuk uygulaması arabuluculuk sürecinin uygulama alanının artmasına ve yaygınlaşmasına neden olan sebeplerden birisidir.

İngiltere'de 1990'lı yıllarda mevzuata giren arabuluculuk kurumu İngiltere'nin kendine özgü hukuk yapısı nedeniyle usul olarak farklılıklar arz etse de temel mantık açısından Türkiye ile benzer bir uygulamaya sahiptir. Arabuluculuk kurumunun gelişiminin İngiltere gibi Anglo-Sakson hukuk sistemini kullanan Amerika Birleşik Devletleri'nde başladığı da göz önüne alındığında dünyadaki uygulamaların ülkelere özgü usulü farklılık yanında fıkren alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının mantığına uygun olduğu görülmektedir.

Arabuluculuk kurumu İngiltere'de de ülkemizde olduğu gibi yaygınlaşan ve teşvik edilen bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. İngiltere'de ülkemizin aksine, bazı istisnai haller hariç olmak üzere, genel bir zorunlu arabuluculuk uygulaması bulunmamasına rağmen çeşitli yaptırımlar ve teşviklerle uyuşmazlık taraflarının arabulucuya yönlendirildiği görülmektedir.

Teşkilatlanma anlamında bakıldığında ise İngiltere'de devlet etkisinin hem eğitim sürecinde hem de uygulama içerisinde oldukça az olduğu görülmektedir. Ülkemizdeki uygulamada arabuluculuk alanında mevzuatta öngörülen teşkilatlanma şekli Adalet Bakanlığı'na bağlı olan Arabuluculuk Daire Başkanlığı ve adliyeler içerisinde faaliyet gösteren Adliye Arabuluculuk Büroları ile sınırlı şekildedir. Ancak uygulamaya baktığımızda arabuluculuk merkezleri ve arabuluculuk dernekleri şeklinde arabulucuların teşkilatlanma faaliyetine gittikleri görülmektedir. Dolayısıyla Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın arabulucular üzerindeki yetkileri de düşünüldüğünde ülkemizde İngiltere'nin aksine devletin düzenleyici etkisi daha etkili şekilde mevcuttur.

PROBLEM

Tez kapsamında açıklanacağı üzere arabuluculuk kurumu belirli ilke ve etik değerler üzerine kurulu bir sistemdir. Ülkeler arabuluculuk kurumunu sistemlerine dahil ederken her ülkenin kendine özgü olan doğasından kaynaklanan sebeplerle bir takım değişikliklerin meydana gelmesi kaçınılmazdır. Ancak söz konusu değişikliklerin kurumun özüne dokunmayan değişiklikler olması, aksi halde tamamen farklı bir sistemin oluşmasına neden olabileceği ve dolayısıyla arabuluculuk sisteminin haiz olduğu avantajların da bu sebeple kaybedilebileceği açıktır.

Söz konusu araştırmada ele alınan problem, yukarıda kısaca açıklanan ve aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacak olan, Anglo-Sakson hukuku kaynaklı arabuluculuk kurumunun politika transferi ile uygulamaya kazandırılırken nasıl yorumlandığı ve iki farklı hukuk mantık ve sistemine sahip İngiltere ve Türkiye’de teori, mevzuat, uygulama ve teşkilatlanma açısından ne kadar benzer ya da ne kadar farklı olduğudur. Çalışmada temel olarak Anglo-Sakson hukukunda modern anlamda gelişimini tamamlayan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan arabuluculuk kurumunun iki farklı hukuk mantık ve sistemine sahip İngiltere ve Türkiye’de mevcut temel ilkeleri ve etik kuralları çerçevesinde ne şekilde yorumlandığı ve benzerlik ile farklılıkları incelenecektir.

AMAÇ VE KAPSAM

Çalışmanın amacı gelişimini devam ettiren arabuluculuk kurumu hakkında kurumun kökeni olan Anglo-Sakson hukukuna dayalı İngiliz hukukunun yorumunu ortaya koymak, söz konusu yorumu arabuluculuğun Türk hukukundaki yorumu ile karşılaştırmak, söz konusu karşılaştırmayı yaparken köken, mevzuat, teşkilatlanma ve arabuluculuk kriterleri gibi konuları her iki ülke açısından ortaya koyarak doktrinel ya da mevzuatsal çalışmalara dayanak oluşturmak ya da fikir vermektir.

Söz konusu çalışmanın gerektirdiği ölçüde kapsam olarak çalışma her iki ülke açısından arabuluculuk kurumunun tarihçesi, mevzuatı, arabulucu olabilme şartları, teşkilatlanma ve arabuluculuk kurumuna getirilen eleştiriler ile ülkeler arasında yapılan karşılaştırma ve çıkarımlardan oluşmaktadır.

ÖNEM

Arabuluculuk kurumunun gelişimine bakıldığında hem ülkemizde hem de İngiltere’de büyük vaat ve umutlarla uygulamaya alındığı, uygulama içerisinde büyük önem verildiği görülmektedir. Söz konusu çalışma hem İngiltere hem de Türkiye’nin hukuk sistemleri açısından üst derecede önemsenen ve gelişme potansiyeli de oldukça yüksek olan arabuluculuk kurumuna farklı bir ülkenin bakış açısı ile bakmaya, her iki ülke uygulamalarının altındaki saikleri görmeye ve aralarında karşılaştırma yapmaya imkan sağlayacağından önem arz etmektedir. Bununla birlikte

SINIRLILIKLAR

Tarihsel anlamda farklı coğrafi bölgelerde çeşitli şekillerde uygulanmış olan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları modern anlamda gelişimini 1970’li yıllar sonrasında Amerika Birleşik Devletleri’nde gerçekleştirmiştir.

Uyuşmazlık niteliği itibariyle ortaya çıktığı yerin sosyal, kültürel ve ekonomik özellikleri ile bağlantılıdır. Gelişmiş olarak tanımlanan ülke ya da bölgelerin uyuşmazlık konuları ile gelişmekte olan ya da gelişmemiş bir bölgenin uyuşmazlık konuları aynı olamayacağı gibi kültür olarak farklı insanların yaşadığı bir bölgede ortaya çıkacak uyuşmazlıklar da kültürel birliğin yüksek olduğu bir yer ile aynı olamaz. Dolayısıyla uyuşmazlığın çoğu zaman yerel özelliklere göre farklılık göstermesi neticesinde söz konusu uyuşmazlığın çözümü de yine aynı şekilde farklılık arzedecektir.

Bu kapsamda bakıldığında arabuluculuk kurumunun temel özellikleri ve felsefesi genel olarak ortaya konulmuş ise de uygulama içerisinde her ülke kendine özgü sosyal ve kültürel özellikleri ile mevcut yapıyı özünü bozmadan yeniden yorumlamaktadır. Bu nedenle öncelikle belirtmek gerekir ki çalışmanın İngiltere açısından kapsamı Birleşik Krallık olarak tanımlanan bölge ile değil sadece İngiltere özeli ile sınırlıdır. Zira Birleşik Krallık’a dahil olan Kuzey İrlanda ve İskoçya’da arabuluculuk yine temel fikir aynı olmakla birlikte hem mevzuatın şekli hem de uygulama açısından farklılıklar arz etmektedir.

Bununla birlikte İngiltere’de arabuluculuk alanındaki gelişmeler tüm yargı çevrelerinde benzer şekilde gerçekleşmiştir ve bu nedenle tüm ülke açısından arabuluculuğu tek bir konu ve uygulama olarak inceleyebilmek mümkündür (Cortes, 2015: 3). Yüksek li-

sans tezi kapsamında Birleşik Krallık özelinde söz konusu ayrıntıları incelemek mümkün olmadığından konu sadece İngiltere özelinde ile sınırlandırılmıştır.

Yüksek lisans tezi kapsamında arabuluculuk kurumu mevzuat ve mahkeme kararları çerçevesinde incelenmiştir. Arabulucunun toplantı sırasında yapması gerekenler, taraflara yaklaşım şekli, arabulucuların sahip olması ya da olmaması gereken özellikler gibi arabuluculuk sürecinin uygulamasına dönük konular karşılaştırmaya imkan verecek derinlikte açıklanmış, konunun daha derinlemesine incelenmesi tez konusu kapsamına katkı sağlamayacağından ve yüksek lisans tezi kapsamında söz konusu ayrıntıları bütünüyle incelemek mümkün olmadığından kapsam dışı bırakılmıştır.

İngiltere’de mevcut olan *Civil Procedure Rules* gibi pek çok düzenlemenin son halinin Türkçe’ye çevrilmiş resmi versiyonu bulunmadığından tez içerisinde ilgili düzenlemeler yazar tarafından Türkçe’ye çevrilmiş halleriyle, orijinal versiyonu da dipnotta yer almak üzere, yer verilmiştir.

YÖNTEM

Tez çalışması kapsamında öncelikle İngiltere ve Türkiye’deki temel kanuni düzenlemeler araştırılmış, daha sonrasında doktrinel araştırmaya başlanarak yararlanılabilecek kaynaklar belirlenmiş ve en son güncel mahkeme kararları araştırılarak uygulamaya dönük bilgilerden faydalanılmıştır.

Yapı olarak tezde öncelikle temel kavramlar açıklandıktan sonra Türkiye’deki arabuluculuk kurumu köken, mevzuat, arabulucuların niteliği, teşkilatlanma ve kuruma getirilen eleştiriler şeklinde sıra izlenerek açıklanmıştır. Daha sonrasında İngiltere’de arabuluculuk kurumunun incelenmesine geçilmiş ve İngiltere açısından da arabuluculuk kurumu yine benzer şekilde köken, mevzuat, arabulucuların niteliği, teşkilatlanma ve kuruma getirilen eleştiriler bölümleri şeklinde incelenmiştir.

Tezin son bölümünde verilen bilgiler ışığında her iki ülke teori ve uygulaması köken, mevzuat, arabulucuların niteliği ve teşkilatlanma açısından karşılaştırılarak sonuç bölümüne geçilmiştir.

Tezin temel noktası arabuluculuk kurumunun politika transferi konusu çerçevesinde incelenmesidir. Bu nedenle öncelikle politika ve politika transferi konularına değinmek gerekmektedir.

Politika ve Politika Transferi

Kamu politikası, kamunun kabul edilemez olarak gördüğü ve dolayısıyla müdahale gereken bir kamu sorunu hakkında yetkililerin yapmak ya da yapmamak konusunda aldıkları kararlardır. Politika ise, genel olarak, birey ya da grubun bir sorun ile başa çıkarken izlediği yol haritasıdır (Kraft & Furlong, 2017: 37).

Politika transferi; bir zaman ya da mekandaki politika, idari düzenleme, kurum vb. hakkındaki bilginin bir başka zaman ya da mekandaki politika, idari düzenleme veya kurumun geliştirilmesi için kullanılması sürecidir. Politika transferi gönüllü olabileceği gibi bir hükümet ya da ulusüstü kuruluşun zorlaması ile de gerçekleşebilmektedir (Dolowitz & Marsh, 1996: 344). Gönüllü transfer, çoğu yazara göre, mevcut durumdan kaynaklı bir sorun ya da memnuniyetsizliğin bulunduğu durumlarda gerçekleşmektedir. Eğer bir politika olması gerektiği gibi işliorsa mevcut rutin içerisinde kullanılmaya devam edecektir (Dolowitz & Marsh, 1996: 346). Bu durumda politika transferi gerçekleştirmeye neden olabilecek bir sebep de bulunmayacaktır.

Dolowitz ve Marsh çalışmalarında politikanın aşağıda belirtilen yönlerinin transfer edilebileceğini ortaya koymuştur (Dolowitz & Marsh, 1996: 349-350):

1. Politika hedefleri, yapısı ve içeriği
2. Politika araçları ya da yönetsel teknikler
3. Kurumlar
4. İdeolojiler
5. Fikirler, davranışlar ve konseptler
6. Olumsuz dersler

Politika transferinde transfer edilecek yönler farklı derecelerde olabilmektedir. Rose'a göre politika transferi beş farklı derecede gerçekleşebilmektedir (Dolowitz & Marsh, 1996: 350):

1. Kopyalama

2. Benzeştirme
3. Uyumlaştırma
4. Sentezleme
5. Esinlenme

Politika transferi farklı yönler ve farklı derecelerde gerekleşebildiğinden uygulamanın transfer edildiğı ölke ile transfer eden ölke arasında farklılıkların oluşabilmesi doğal ve olasıdır.

Politika transferinin zorlama sonucunda da gerçekleşebilmesi mümkün olduğu için İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra bir süre kuşkuyla karşılanmış ve modern sömürgecilik anlayışının farklı bir görünümü olarak yorumlanmıştır. Ancak 1970'li ve 1980'li yıllarda dönemin ekonomik, siyasal ve toplumsal koşulları uluslararası işbirliğini ve kamu politikalarının başka ölkelere tarafından öğrenilmesini gerekli kılınca transfer konusuna yönelik olumsuz görüşler yumuşamış, karşılaştırma ve transfer yapma ihtiyacı kamu yönetimi bilimcileri kadar politikacı ve bürokratları da meşgul eden konulardan birisi haline gelmiştir (Kutlu & Özdemiray, 2017: 81).

Yeni Kurumsalcı Anlayış

Politika ve politika transferinin analizi konusunda çeşitli yaklaşımlar mevcuttur. Karşılaştırmalı politikada genel olarak odak noktası kurumlar ve kurumsalcılıktır (Fabbrini, 2012: 344). Tez konusu kapsamına bakıldığında analiz yöntemi olarak yeni kurumsalcılığın ön plana çıktığı görölmektedir.

Yeni kurumsalcılık yaklaşımı gelenekselci yaklaşımın formal kurumsal kural ve yapı incelemesini davranışçı yaklaşımın belirli politika aktörlerinin davranış incelemesi ile harmanlamaktadır. Yeni kurumsalcı yaklaşımın inceleme noktasını kurumsal yapı, kural, norm ve kültürün kurumun parçası olan bireylerin tercihleri ve davranışları üzerindeki etkileri oluşturmaktadır (Miller, 2010: 22). Yeni kurumsalcılık anlayışını köken ve yaklaşım açısından ayrıntılı olarak açıklamadan önce kurum ve kurumsalcılık terimlerinin hangi manaya gelecek şekilde ve ne kapsamda kullanıldığının açıklanmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Kurum kavramı, geleneksel olarak, yasama, yürütme ve yargı gibi politika oluşturan yapıları ifade etse de yeni kurumsalcılık açısından kurum kavramı uygulamaya yön veren formal ya da informal kurallar bütünüdür. Kurum, politika yapıcılarının bulunduğu yer ya da bina anlamına gelmemektedir. Politika yapıcıları karar verirken etkileyen davranış kuralları bütünü anlamında kullanılmaktadır (Cairney, 2012: 69).

Yeni kurumsalcılık kavramı da yukarıda açıklanan fiziki bir bina yerine davranış kurallarına yapılan vurguyu tanımlamak için kullanılmaktadır. Söz konusu terim politika analizinde genellikle merkezde konumlandırılan kurumları araştırmak için bir katalizör görevi görmüş olsa da tanım gereğince kurumun ve yeni kurumsalcılığın muğlak kalması problemini de beraberinde getirmiştir (Cairney, 2012: 70). *Cairney*'e göre kurum öncelikle kararların alındığı bir çevre olarak algılanmalı, daha sonrasında ise alınan kararların nelerin etkilediği araştırılmalıdır (Cairney, 2012: 74).

Bu nedenle yeni kurumsalcılık bir çatı terim olarak düşünülebilir. Yaklaşımın temelinde kurumların politikanın merkezinde yer aldığı düşüncesi vardır ve politika kararlarının açıklanmasında birincil kaynak olarak kurumlar görülür (Cairney, 2012: 70).

Yeni Kurumsalcılığın Kökeni

Yeni kurumsalcılığın kökenini anlayabilmek için öncelikle davranışçı modellere değinmek gerekmektedir. Ancak davranışçı modellerden önce çok daha temel bir soru cevaplanmalıdır. Yeni kurumsalcılık terimi akla "*Eski kurumsalcılık var mıdır?*" sorusunu getirmektedir.

Yukarıda da açıklandığı üzere yeni kurumsalcılık terimi yeni bir bakış açısını vurgulamak amacıyla kullanılmaktadır. Dolayısıyla bilinen anlamıyla zaman olarak eski ve yeni kastedilmemektedir. Ancak yeni kurumsalcılık anlayışı öncesinde varolan klasik ya da erken dönem kurumsalcılık olarak tanımlanabilecek bilimsel bir yaklaşım mevcuttur (Hadler, 2015: 186).

Erken dönem kurumsalcılık 19. yüzyılın sonu ve 20. yüzyılın başında *Thorsten Veblen* ve *Max Weber* gibi araştırmacıların çalışmalarına atıf yapmak için kullanılmaktadır. Bu çalışmalar hukuki, ekonomik, dini ya da diğer sosyal sistemlere ilişkin olarak büyük çaplı formal kurumların gelişimlerine odaklanmışlardır. Söz konusu dönemin önde gelen araştırmacıları olarak *J.W. Burgess* ve eski ABD Başkanlarından *Woodrow Wilson* örnek

gösterilebilir (Hadler, 2015: 186).

Davranışçı modellerin ön plana çıkması ile erken dönem kurumsalcı yaklaşım 20. yüzyılın başlarında etkisini yitirmiş, davranışçı modellerin de yetersiz kalması ile 1970'li yıllar itibariyle kurumsalcı anlayış yeniden ortaya çıkmaya başlamıştır (Hadler, 2015: 186). Peki davranışçı model nedir?

Davranışçı model 1950'li ve 1960'lı yıllarda popüler olmuş bir anlayıştır. *Truman* politik davranışı şu şekilde tanımlamıştır (Immergut, 1998: 6):

"Politik davranış, gözlemlenen ya da gözlemlenebilen davranış açısından hükümet fenomenini tanımlamaya yönelik yönelim ya da bakış açısıdır."

Tanımdan da anlaşıldığı üzere davranışçı modelin temeli nicel veri değil gözlemlenebilir insan davranışıdır. Yeni kurumsalcılık ile temel ayrılık noktası da burasıdır. Yeni kurumsalcılık davranışların hükümet fenomenine açıklama getirmek için yeterli olmayacağı görüşündedir. Yeni kurumsalcılara göre kurum bazındaki davranışların anlaşılabilmesi mümkündür (Immergut, 1998: 6).

Yeni kurumsalcı yaklaşımın kökleri 1980'li yılların ortalarına dayanmaktadır. 1990'lı yılların ortalarına gelindiğinde ise yeni kurumsalcılık yaklaşımı ABD'de hakim anlayış haline gelmiştir. Söz konusu dönüşüm yargı alanındaki politikaların analizinde de yaşanmıştır. Davranışçı yaklaşımın hakim olduğu hukuk alanında *Rogers Smith*'in çalışmaları ile 1988 yılında dönüşüm başlamış, 1990'lı yılların sonu itibariyle yeni kurumsalcılık yaklaşımı oldukça popüler hale gelmiştir (Miller, 2010: 23).

Yeni Kurumsalcılık Yaklaşımları

Yeni kurumsalcılık yeknesak bir düşünce olarak değerlendirilmemelidir. Yeni kurumsalcılık içerisinde birden fazla yaklaşımı barındırmaktadır. *Hall* ve *Taylor* 1996 tarihli çalışmalarında söz konusu yaklaşımları tarihsel kurumsalcılık¹, rasyonel seçim kurumsalcılığı² ve sosyolojik kurumsalcılık³ olmak üzere üç kategoriye ayırmaktadır (Hall & Taylor, 1996: 936). Aşağıda yer alan bölümde söz konusu üç yaklaşım incelendikten sonra tezde yöntem olarak hangi yaklaşımın neden kullanıldığı açıklanacaktır.

¹*Historical institutionalism*

²*Rational choice institutionalism*

³*Sociological institutionalism*

Tarihsel kurumsalcılık 1960'lı ve 1970'li yıllarda hakim olan grup teorileri ve yapısal fonksiyonalizm anlayışına bir cevap olarak ortaya çıkmıştır (Hall & Taylor, 1996: 937). Politika bilimi alanındaki esas yükselişini ise *Theda Skocpol*'un sosyal kurum olarak devletin sosyal değişim üzerindeki etkisini incelediği *States and Social Revolutions: A Comparative Analysis of France, Russia and China* adlı eseri ile yaşamıştır (Hadler, 2015: 187). Tarihsel kurumsalcılığın geliştiricileri olarak *Paul Pierson*, *Theda Skocpol* ve *Kathleen Thelen* ile pek çok çalışmacı yanında 1950'li ve 1960'lı yılların tarihsel sosyal bilimcileri *Barrington Moore Jr.*, *Reinhard Bendix* ve *Seymour M. Lipset*'i örnek gösterebilmek mümkündür (Fabbrini, 2012: 346).

Tarihsel kurumsalcılık, karşılaştırmalı politikanın makro düzeydeki ana teorisidir (Fabbrini, 2012: 346). Tarihsel kurumsalcılar grup teorisinin politikanın temelinde rakip grupların kısıtlı imkanlar karşısında verdiği mücadelenin yattığı iddiasını kabul etmekle birlikte ulusal politika çıktılarının ayırdediciliği ve bu çıktılara damga vuran eşitsizlikler konusunda daha iyi bir açıklama getirme amacına sahiptirler (Hall & Taylor, 1996: 937). Tarihsel kurumsalcılar kurumları daha geniş bir açıdan ve zamanla meydana gelen değişimler üzerinden yorumlarlar (Miller, 2010: 26). Rasyonel tercih yeni kurumsalcılığı ile sosyolojik kurumsalcılığın ortasında bir yaklaşım benimseyerek her iki yaklaşımdan da faydalanırlar (Hadler, 2015: 187).

Tarihsel kurumsalcılığın üç ana terimi bulunmaktadır (Cairney, 2012: 76):

1. Tarihsel durumsallık⁴
2. Patika bağımlılığı⁵
3. Kritik dönemeç⁶

Tarihsel durumsallık, geçmişte gerçekleşen olay ve durumların mevcut uygulamayı etkileyen kurumların oluşmasına etkileri ile ilgilenmektedir (Cairney, 2012: 76).

Patika bağımlılığı, eğer bir kuruma bağlılık başlamış ve kaynak ayrılmış ise başka bir yol seçmek zaman ilerledikçe daha maliyetli hale gelecektir anlamında kullanılmaktadır

⁴*Historical contingency*

⁵*Path dependence*

⁶*Critical juncture*

ve patika bağımlılığının sonucu olarak kurumlar ve uygulamaları uzun süreler boyunca devamlılık arz edecektir (Cairney, 2012: 76).

Kritik dönemeç ise kurumların ortaya çıkmasına neden olan olay ya da olayların gerçekleştiği veya karar ya da kararların alındığı an anlamına gelmektedir. Söz konusu an önemlidir çünkü olayların gerçekleşme ya da kararların alınma sırası kurumun gelişimini belirli bir yola sokabilir (Cairney, 2012: 76). Dolayısıyla ülkeler arası mevcut olan politika farklılıklarını anlamlandırabilmek için geçmişe bakarak kurumların gelişiminin nasıl ve neden başladığını incelemek gereklidir (Cairney, 2012: 78).

Yeni kurumsalcılık yaklaşımının en büyük avantajı çok katmanlı analize imkan tanımasıdır. Gelenekselci yaklaşım makro seviyede analiz yaparken davranışçı yaklaşımın temel noktası belirli politika aktörlerinin davranışları ile ilgilendiğinden mikro seviye yani bireysel seviye olmaktadır. Yeni kurumsalcı yaklaşım ise birden çok seviyede analiz yapılması anlayışına dayanmaktadır (Miller, 2010: 24-25).

Yeni kurumsalcılık içerisinde ikinci yaklaşım olan rasyonel tercih kurumsalcılığı, politika sürecinde etkin olan aktörlerin rasyonel bireyler oldukları varsayımına dayanır. Bu yaklaşıma göre, söz konusu rasyonel bireyler kendi çıkarlarını en üst düzeye çıkarmak için hareket ederler. Aktörlerin tercihleri politika sürecinin dışarısında şekillenmiştir. Rasyonel tercih kurumsalcılığında bireysel tercihlerin bağımsız değişken olarak değerlendirilebilmesi mümkündür (Fabbrini, 2012: 345).

Rasyonel tercih kurumsalcılığı, karşılaştırmalı politikanın mikro düzeydeki ana teorisidir. Esasen ekonomi alanında geliştirilen teori politika bilimi alanına da adapte edilmiştir. Rasyonel tercih çalışmalarını en çok etkileyen isimler olarak *Anthony Downs*, *William Riker*, *Mancur Olson* ve *Douglass North* örnek gösterilebilir (Fabbrini, 2012: 345).

Tarihsel kurumsalcılık ile benzer zamanda ve fakat ondan bağımsız olarak gelişen rasyonel tercih kurumsalcılığı rasyonel tercih kuramındaki çelişkilerin nasıl açıklanacağı ile ilgilenmektedir. Rasyonel tercih kurumsalcılığı mevcut olan çelişkilerin kurumsalcı yaklaşım ile açıklanabileceği görüşündedir (Hall & Taylor, 1996: 942-943). Rasyonel tercih kurumsalcılığı genellikle tek bir kurumu belirli bir zaman aralığı içerisinde inceler (Miller, 2010: 25).

Kurumlar kolektif hareket etmeyi mümkün kılması nedeniyle rasyonel tercih kurumsalcılığında önemlidir (Fabbrini, 2012: 345). Bunun yanında kurumların söz konusu yak-

laşımında çözüm sağladığı başka alanlar da bulunmaktadır. *Cairney*'ye göre kurumlar üç önemli kamu politikası sorununa çözüm getirmektedir (Cairney, 2012: 80):

- Rasyonel tercih kurumsalcılığında kurumların çözüm getirdiği ilk önemli kamu politikası sorunu kolektif eylem problemidir. Bireysel alınan kararlar güven, zorunluluk ya da benzeri bir etken olmadığı sürece olumsuz sosyal etkiye neden olabilir. Kurumlar kararlara uymak konusunda ceza ya da ödöl sistemi ile söz konusu etkiyi ortadan kaldırabilmektedirler (Cairney, 2012: 80).
- Rasyonel tercih kurumsalcılığında kurumların çözüm getirdiği ikinci önemli kamu politikası sorunu işlem maliyeti problemidir. Kurumlar güven sağlayarak anlaşma sağlanmasına teşvik edici etkiye sahip olabilmektedirler (Cairney, 2012: 80).
- Rasyonel tercih kurumsalcılığında kurumların çözüm getirdiği üçüncü önemli kamu politikası sorunu istikrarsızlıktır. Kurumlar alacakları kararlar ile düzeni sağlamada görev alabilmektedirler (Cairney, 2012: 80).

Rasyonel tercih kurumsalcılığının ana hareket noktası politika aktörüdür. Bu anlayışa göre politika; bireysel aktörler ya da birlik olarak hareket eden kolektif aktörler arasında geçen bir oyundur (Fabbrini, 2012: 345).

Yeni kurumsalcılık içerisinde üçüncü yaklaşım olan sosyolojik kurumsalcılık, karşılaştırmalı politikanın bölgesel düzeydeki ana teorisidir. Bu anlayışın önemli temsilcileri olarak *James G. March* ve *Johan P. Olsen*'ı gösterebilmek mümkündür (Fabbrini, 2012: 347).

1984 tarihli çalışmalarında *March* ve *Olsen* politik davranışların, temel olarak, bireysel tercihler ile açıklanması fikrini reddetmiş; kurumlar, davranış kuralları, normlar, roller, fiziki düzenlemeler, yapılar ve arşivler bütünü olarak tanımlanabilecek politik yapılara atıf yapmışlardır (Cairney, 2012: 81).

1970'li yılların sonunda başlayan sosyolojik kurumsalcılık anlayışı modern kurumlarda kurumsal yapı ve süreçlerin, rasyonelite fikrine aykırı olarak, verimlilik esasına göre değil kültürel saiklerle kurumlara sirayet ettiği ve verimliliği artırmak gibi bir hedefin her koşulda geçerli olamayacağı görüşündedir (Hall & Taylor, 1996: 946-947). 1990'lı

yıllarda popülarlığını yitirmeye başlayan bu anlayış politik kültüre olan ilginin artışıyla tekrar popüler hale gelmiştir (Fabbrini, 2012: 347-348).

Bu anlayışa göre en bürokratik görünen uygulamalar bile kültürel açıdan açıklanabilir. Sosyolojik kurumsalcılar kurumların neden belirli şekil, süreç ya da sembolleri benimse-diği ve benimsenen söz konusu uygulamaların kurumsal ya da ülkesel alanda nasıl kar-şılık bulduğu ile ilgilenirler (Hall & Taylor, 1996: 946-947). Odak noktaları çoğunlukla kurumların sosyal ve kültürel karşılıklarıdır (Miller, 2010: 25).

Sosyolojik kurumsalcılara göre politik kültür bağımsız değişken, kurumsal perfor-mans ise bağımlı değişken olarak değerlendirilmelidir. Toplumların farklılıklara sahip ol-masının nedeni politik-kültürel tutumlardaki farklılıklardır. Bu bakış açısı ile, örneğin, bazı ülkelerde demokrasi oldukça stabil iken bazı ülkelerde neden istikrarsız olduğu açık-lanabilir (Fabbrini, 2012: 348).

Tüm bu açıklamalar ışığında tezde yöntem olarak yeni kurumsalcı anlayış içerisinde yer alan sosyolojik kurumsalcılıktan yararlanılmıştır. Arabuluculuk kurumunun temel il-keleri ve etik değerleri evrensel olarak tanımlayabileceğimiz niteliktedir. Arabuluculuk kurumunun temeli evrensel olmakla birlikte uygulama içerisinde anlayış ve uygulama farklılıklarının geliştiği görülmektedir. Bu nedenle kurumsal açıdan ülkeler arasında mey-dana gelebilecek farklılıkların sosyal ve kültürel açıdan açıklanabileceği kanaatindeyiz. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde çalışmanın konu ve kapsamına en uygun yöntem olan sosyolojik kurumsalcılık çalışmanın yöntemi olarak benimsenmiştir.

1.0. TEMEL KAVRAMLAR

Arabuluculuk kurumu, temel olarak, uyuşmazlıkların çözümü için getirilen alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Dolayısıyla bu noktada üç temel kavramın açıklanması gerekmektedir. Bu kavramlardan ilki uyuşmazlık, ikincisi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, üçüncüsü ise tezin de temel konusu olan arabuluculuktur. Bu bölümde öncelikle uyuşmazlık kavramı açıklandıktan sonra alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile arabuluculuk kavramları açıklanacaktır.

1.1. UYUŞMAZLIK

Uyuşmazlık, hukuk düzenince tanınan bir menfaatin, yani hakkın kendisi, içeriği ya da sonuçları ile ilgili ortaya çıkan anlaşmazlıktır. Bir başka deyişle, hukuk düzenince korunan bir menfaatin ihlali veya hukuk düzenince kurulmuş menfaat dengesinin bozulması olarak da tanımlanabilir (Kekeç, 2010: 4).

Niza, ihtilaf ya da çekişme olarak da ifade edilen uyuşmazlık, temel olarak, hak olarak hukuk düzenince korunan mevcut bir menfaatin ihlali ya da hukuk düzeninin kurduğu menfaat dengesinin bozulması sonucunda ortaya çıkar (Kekeç, 2010: 3). *Ranciere*'in belirttiği üzere (Ranciere, 2006: 12):

"Uyuşmazlık, ak diyen biri ile kara diyen biri arasındaki çatışma değildir. Uyuşmazlık; ak diyen biri ile yine ak diyen, fakat ondan aynı şeyi anlamayan ya da ötekinin aklık adına aynı şeyi söylemekte olduğunu anlamayan bir başkası arasındaki çatışmadır."

Uyuşmazlık, anlayışsızlık ya da yanlış anlama değildir. Argümanla ilgili olmaktan çok argüman olarak ileri sürülen şey ile ilgilidir (Ranciere, 2006: 14). Bu nedenle sosyal bir varlık olan insan var olduğu sürece uyuşmazlık da var olacaktır.

1.2. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, basit bir anlatımla, uyuşmazlığın yargılama dışındaki yöntemlerle çözülmesidir. Arabuluculuk da bu anlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanma şekillerinden biridir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, modern anlamda gelişimine Amerika Birleşik Devletleri'nde başlamıştır. Ancak tarihinin insanlık tarihi kadar eski olduğunu söyleyebilmek mümkündür. Toplumsal bir kontrol ve çözüm aracı olarak arabuluculuk; eski çağlarda Mısır, Babil, Sümerler ve Asur'da kullanılmıştır. Bu anlamda arabuluculuğun ilk örneklerinden birine 4000 yıl önce Mezopotamya'da Sümer hükümdarının savaşın önlenmesine yardımcı olması ve toprak anlaşmazlığını çözmesi şeklinde rastlamak mümkündür. Uyuşmazlıkların alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile giderilmesi Antik Yunan ve Roma uygarlıkları döneminde de karşımıza çıkmaktadır. Bu toplumlarda yaşlılar veya din adamları gibi toplumun saygın üyelerinden olan kişilerin katılımıyla uyuşmazlıklar arabuluculuk yoluyla çözülmüştür (Akça, 2009: 30).

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin tarihsel kökenine örnek olarak Kalahari Çölü'nde yaşayan *Bushmen* Kabilesi'ni de gösterebiliriz. Avcı-toplayıcı hayat tarzını sürdüren *Bushmen* Kabilesi'nde uyuşmazlık ortaya çıkması halinde tarafların arasını bulmak amacıyla kabilenin diğer üyelerinin bir kısmı her iki tarafı dinleyerek uyuşmazlığa üçüncü kişi olarak dahil olmaktadır. Taraflar arasındaki gerginliğe göre bazı kabile üyeleri tarafların birbirlerine zarar verebilecekleri zehirli ok gibi silahları saklamakla görevlendirilmektedirler. Eğer uyuşmazlık küçük bir grup halinde sürdürülen görüşmelerle sonuçlandırılmazsa kabilenin tüm üyeleri konuya dahil edilmekte ve herkesin söz alma hakkının bulunduğu, 2-3 gün sürebilen oturumlarla uyuşmazlık çözüme kavuşturulmaktadır (Barrett & Barrett, 2004: 2-3).

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki gelişiminden sonra hukuk sistemlerinin ve kullanılan dilin benzer olması nedeniyle Anglo-Sakson ülkelerine yayılmaya başlamıştır. Kıta Avrupası hukuk sistemine ise yargılama giderlerinin daha düşük olması, usulün daha basit olması, kişilerin dava yoluna gitmekte daha çekingen davranması, taleplerin mahkeme önünde ileri sürülmesinin hoş karşılanmaması, her bölgenin farklı lisana sahip olması gibi sistemin ve kültürün kendine özgü yapısından kaynaklanan nedenlerle daha geç etki edebilmiştir. Ancak zamanla artan globalleşme ve ticari ilişkiler Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde de alternatif uyuşmazlık çözümlerinin gelişmesine neden olmuştur (Erdoğan, 2019: 22).

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin temelinde uyuşmazlığı şiddet yerine daha barışçıl yöntemlerle çözme arzusu yatmaktadır. Bununla birlikte alternatif uyuşmazlık

çözüm yöntemlerinin tarihine bakıldığında "barışçıl" olmayan yöntemlerin de kullanıldığı görülmektedir. Örneğin İngiltere'de 1816 yılına dek düello ile yargılanma¹ bir alternatif olarak varlığını sürdürmüştür (d'Ambrumenil, 1997: 2).

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri farklı şekillere sahip olmakla birlikte en temel şekli müzakeredir. Müzakerede temel olarak taraflar bir uyuşmazlık hakkında görüşerek her iki tarafın da kabul edebileceği bir sonuca ulaşmayı amaçlamaktadırlar. Taraflar müzakereye üçüncü bir kişiyi dahil ederse daha farklı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ortaya çıkabilmektedir. Tarafların dahil ettiği üçüncü kişi taraflara sadece anlaşma konusunda yardım ediyorsa arabuluculuk; eğer üçüncü kişi tarafların yerine karar veriyor ya da karar taraflarca belirlenen bir yönteme bırakılıyorsa tahkim söz konusu olmaktadır (Barrett & Barrett, 2004: 1). Bununla birlikte mini duruşma², *confidential listening*, tarafsız vakıa saptaması³ ve özel duruşma⁴ gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri de mevcuttur (Fine, 1987: 10-13).

Anlaşmazlık çözüm yöntemlerini sonuçlarına göre; her iki tarafın da kaybettiği, bir tarafın kazanıp diğerinin kaybettiği ve her iki tarafın da kazandığı çözümler şeklinde üçe ayırabilmek mümkündür. Arabuluculuk, tarafların iradelerinin uyuşmasının şart olması nedeniyle her iki tarafın da kazandığı bir yöntem olarak kabul edilmektedir (Kekeç, 2010: 9).

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri yargının alternatifi ya da yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan veya onunla rekabet içinde bulunan bir süreçler bütünü değildir. Tam tersine uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen yöntemlere ilave edilmiş tamamlayıcı yöntemler topluluğudur. Anayasa Mahkemesi'nin 2012/94 E. 2013/89 K. 10/7/2013 T. sayılı kararında da bu husus açıkça belirtilmiştir (Kurt, 2018: 416).

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin her sistemde olduğu gibi olumlu ve olumsuz yanları bulunmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin olumlu yönlerine şu örnekler verilebilir (Erdoğan, 2019: 33-35):

¹Düello ile yargılanma (*trial by combat*) uyuşmazlık taraflarının ölümüne dövuştüğü ve kazananın haklı kabul edildiği uyuşmazlık çözüm yöntemidir. (Soth, t.y.)

²Mini-trial ya da *information exchange*

³*Neutral fact-finding*

⁴*Private trials*

- Mahkemelerin iş yükünü azaltması,
- Yargılamaya nazaran daha az masraflı olması ve daha kısa sürede çözüme imkan tanınması,
- Uyuşmazlığın tarafların iradesi ile doğrudan uzman kişilerin önüne götürülebilmesi,
- Sürecin taraflarca belirlenebilmesi ve gizliliğin esas olması,
- Tarafların iradelerinin karara yansımaya imkan tanınması,
- Tarafların süreci şekillendirmesine izin vermesi ve bunun sonucunda her iki tarafın da kazançlı çıkabilmesi ve bu durumun uyuşmazlığın tamamen ortadan kalkmasına imkan tanınması.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin olumsuz yönleri ise şu şekilde örnekendirilebilir (Erdoğan, 2019: 35-36):

- Çözüme ulaşılamama ihtimalinin bulunması,
- Taraflar arasındaki sosyo-ekonomik durum farklılığının sonuca etki edebilme ve hak kaybına neden olabilme ihtimali,
- İletişimde yaşanabilecek aksaklıklar ve süreci yürüten ya da düzenleyen kişinin yeterli donanımına sahip olmama ihtimali.

1.3. ARABULUCULUK, ARABULUCULUĞUN AMACI VE ARABULUCU

Yukarıda açıklandığı üzere arabuluculuk alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin bir türüdür. Arabuluculuk kavramı çeşitli mevzuat ve ülkelerde temel yaklaşımı aynı olmakla birlikte farklı kapsamlarda tanımlanmaktadır. Arabuluculuğun öğretide de farklı tanımları bulunmaktadır.

Kekeç'e göre arabuluculuk "*Ortaya çıkan bir uyuşmazlık karşısında, tarafların mahkeme yargısına başvurmak yerine, tarafsız bir üçüncü kişi veya kişilerin yardımı ile bu uyuşmazlığı çözme konusunda anlaşmaları ile ortaya çıkan yönteme verilen ad*" iken (Kekeç, 2011: 23), Özbek'e göre ise arabuluculuk "*üçüncü kişinin tarafları bağlayıcı bir karar verme yetkisine sahip olduğu bütün usulleri hariç bırakmakta; fakat bağlayıcı olmayan tahkimi kapsayan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi*"dir (Özbek, 2013: 555).

Tuğsavul’a göre arabuluculuk *“ taraflar arasındaki iletişimi en fazla kuvvetlendiren, aralarındaki bilgi akışını sağlayan ve böylelikle iletişimsizlikten kaynaklanan sorunların giderilmesini sağlayan bir yöntem”* iken (Taşpolat Tuğsavrul, 2012: 21); Tanrıver’e göre arabuluculuk *“ uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları, konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, birbirlerini anlamalarını ve bu suretle kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak için aralarındaki iletişimi kolaylaştıran, tümüyle bağımsız, tarafsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin katkısı yahut katılımıyla yürütülen gönüllü bir usuldür”* (Tanrıver, 2006: 165).

Hacıeminoğlu’na göre; *“ arabuluculuk tamamen tarafların kendi hür iradeleriyle başvurdukları, eşit koşullara sahip oldukları, gönüllülük esasına dayalı ve süreç sonunda varılabilecek çözümün tüm sorumluluğunun yine taraflara ait olduğu bir çözüm sürecidir”* (Hacıeminoğlu, 2015: 223).

Amerikan Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Danışma Kurulu’nun tanımına göre ise arabuluculuk *“ uyuşmazlık içinde tarafların, uyuşmazlığın içeriğine veya çözümüne ilişkin belirleyici etkisi olmayan, fakat sürece ilişkin olarak tavsiye veya karar verme yetkisi bulunan bir uyuşmazlık çözümü uygulayıcı ile uyuşmazlık konularının belirlenmesi, çözüm önerileri üretilmesi, alternatiflerin değerlendirilmesi ve bir anlaşmaya varılması çabasını içeren bir süreçtir”* (Kekeç, 2011: 23).

Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi’nde belirtildiği şekliyle arabuluculuk; *“ adlandırılma ve başvurulma şekline bakılmaksızın, uyuşmazlığın tarafı iki veya daha fazla kişinin, gönüllü bir temelde uyuşmazlıklarını çözmek için bir arabulucunun yardımı ile bizzat çaba gösterdikleri yapılandırılmış bir süreç”* tir (Kekeç, 2011: 24).

Arabuluculuğun mevzuat anlamındaki tanımı ise 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun (HUAK) 2. maddesinde, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği’nin (HUAKY) 4. maddesinde ve Türkiye Arabuluculuk Etik Kuralları’nda (TAEK) yer almaktadır. Mevzuatta yer alan tanımlar temelde aynı olmakla birlikte kapsam açısından farklılıkları bulunmaktadır. Bu nedenle öncelikle mevzuatta yer alan tanımlara yer verilerek aralarındaki benzerlik ve farklılıklara değinmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Arabuluculuk alanında normlar hiyerarşisi anlamında en üst düzenleme olan HUAK'nin 2. maddesine göre arabuluculuk:

"Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemidir."

HUAKY'de HUAK'nin 2. maddesinde yer alan tanıma aynı şekilde yer verilmiştir. Ancak TAEK'de tanım biraz daha genişletilmiştir. TAEK'ye göre arabuluculuk:

*"Arabuluculuk, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla yürütülen, **dava şartı olarak düzenlenen arabuluculuk dışında sürece başvurulmasında ve her halükârda sürecin yürütülmesinde ve sonlandırılmasında ihtiyarî olarak gerçekleştirilen uyuşmazlık çözüm yöntemidir.**"*

Görüldüğü üzere hem HUAK hem de HUAKY'de arabuluculuğun ihtiyari olma özelliğine vurgu yapılırken TAEK'de dava şartı arabuluculuk sürecinin zorunlu olması tanımda açıkça bir istisna olarak yer almıştır. Bunun nedeninin uygulamada mevcut olan dava şartı arabuluculuk uygulamasının olduğu açıktır.

Söz konusu tanımlardan görüldüğü üzere arabuluculuğun tanımı konusunda farklı yaklaşım ve kapsamlar bulunsa da her tanımda ortak özellikler mevcuttur. Öncelikle taraflar arasında herhangi bir durum ya da konudan dolayı bir uyuşmazlık bulunmaktadır. Arabuluculuk süreci tarafları konuşmak ve müzakere etmek amacıyla kendi istekleri ile bir araya getirmektedir. Söz konusu bir araya getirmek eylemini gerçekleştirirken de bu

süreci barışçıl, bağımsız ve tarafsız olarak sürdürmektedir. Tanımlarda yer alan söz konusu temel noktalar aslında arabuluculuğun temel ilkelerini işaret etmektedir. Ancak bu aşamada cevaplanması gereken daha temel bir soru vardır: Arabuluculuğun amacı nedir?

Arabuluculuk yönteminin en temel amacına baktığımızda karşımıza uyuşmazlıkların etkin bir şekilde çözümü ve adalete erişimin sağlanması çıkmaktadır. Etkin bir şekilde uyuşmazlığın çözümü ile ifade edilmek istenen, tarafların daha az emek harcıyıp daha az masraf yaparak uyuşmazlıklarını çözebilmeleri ve böylelikle de mahkemelerin iş yükünün azaltılmasıdır. Mahkemelerin iş yükünün azaltılması sonucunda görülmekte olan davaların sonuçlanması için gerekli süreler kısılacak ve aynı zamanda yargılaması devam eden uyuşmazlıklar da etkin bir şekilde çözümlenmiş olacaktır. Uyuşmazlığın etkin bir şekilde çözümlenmesi aynı zamanda arabuluculuğun diğer belirgin amacı olan adalete erişim ile de bağlantılıdır. Adalete erişim uyuşmazlıkların sadece geleneksel yargı yoluyla çözülmesini değil, aynı zamanda yeni temsil biçimlerinin ve yeni uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin de kullanılmasını da amaçlamaktadır (Tıktık, 2013: 13).

Arabuluculuk, genellikle, tarafların artık tek başlarına uyuşmazlığı çözme ihtimallerinin kalmadığına inandıkları ve çözüm için tarafsız bir üçüncü kişinin yardımına ihtiyaç duydukları noktada başlar. Bununla birlikte arabuluculuğun amacının sınırlandırılmasının mümkün olmadığını da belirtmek gerekir. Arabulucu, temel amaç olan uyuşmazlığı çözmek hususu yanında her iki tarafın kazanacağı çözümler elde etmek, farkındalık sağlamak, karşı tarafı anlamak ve kişisel gelişim sağlamak gibi amaçlara da sahip olmalıdır (Taşpolat Tuğsavrul, 2012: 27).

Arabuluculuktaki nihai amaç her iki tarafın kazanacağı çözümler elde etmektir. Arabuluculuk bakımından “kazanmak” kavramı, her iki tarafın da, talep ettiklerinin hepsi olmasa da ihtiyacı olan şeyleri alabilmeleri anlamına gelmektedir. Böylelikle her iki taraf için de mevcut çözüm seçeneklerine göre daha iyi seçenekler sunan bütüncü bir çözüme ulaşmak hedeflenmektedir (Kekeç, 2011: 28).

Arabuluculuğun diğer bir amacı da farkındalık yaratmaktır. Arabulucunun çabaları ile taraflar, yavaş yavaş kendi çıkar, ihtiyaç ve isteklerinin farkına varmakta, bu sayede arabuluculuktaki farkındalık amacı gerçekleşmektedir. Söz konusu farkındalık yaratma sürecinde arabulucu bunu gerçekleştirirken aynı zamanda karşı tarafı da anlamaya çalışmaktadır. Bunlara ek olarak, bazı durumlarda arabuluculuğun amacının kişisel gelişim

olduğu görülmektedir. Arabulucular, yalnızca uyuşmazlığı çözmek ya da bütünleyici çözümleri kolaylaştırmak için değil, insanları değiştirmek için de uğraşmakta ve bu sayede kişisel gelişim de sağlamaktadır (Kekeç, 2011: 29).

Arabuluculuk önyargının olmadığı bir sistemdir. Tarafsız üçüncü kişi, yani arabulucu, uyuşmazlık içerisindeki tarafları her iki tarafın da anlayabileceği bir sonuca ulaştırmaya çalışır (d'Ambrumenil, 1997: 41). Tarafsız üçüncü kişi sistem içerisinde çok farklı roller üstlenebilir. Birbirleri ile iletişime geçmeyen taraflar arasında iletişimi sağlayan aracı kişi olabilir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın esası hakkında yorum yapmadan tarafları bir araya getirerek uyuşmazlığı kendi yönlerinden anlatmalarını sağlayarak anlaşma ortamı hazırlayabilir (Andrews, 2012: 188).

Görüldüğü üzere sürecin başarısı aslında, tarafların görüşmeye yatkın olmaları yanında, süreci yönetip sonuca ulaştırabilecek yetkin kişinin yani arabulucunun çaba ve yeteneklerine de bağlıdır. Aşağıda mevzuat anlamında arabulucunun sahip olması gereken özellikler belirtilecektir. Ancak arabulucunun taşıması gereken temel özelliklere burada yer vermenin de faydalı olacağı açıktır. *Newman*'a göre arabulucu, uyuşmazlığın ortaya çıktığı alandaki genel tecrübesi yanında, altı özellik taşımalıdır (Newman, 2000: 183-184):

- Arabulucu empati yapabilmelidir. Tarafları anlayabilmeli, farklı bakış açısı ortaya koyabilmeli ve bunu tarafları rahatsız etmeden yapabilmelidir. İyi bir dinleyici olmalıdır.
- Arabulucu sabırlı olmalıdır.
- Arabulucu özgüvenli olmalıdır. Taraflara güven vermeli, onları yönlendirmeden sonuca ulaşmalarına yardımcı olabilmelidir.
- Arabulucu açık fikirli olmalıdır. Yeni bilgi ve perspektif sunan akıllıca sorular sorabilmelidir.
- Arabulucu pratik zekaya sahip olmalıdır. Görüşmeler çıkmaza girdiğinde yeni fikirler ve çözümler geliştirebilmelidir.
- Arabulucu tahammül gösterebilmelidir. Arabuluculuk görüşmeleri çok uzun sürebilir ve muhtemel anlaşma yaklaştıkça ara vermek için daha az fırsat bulunabilir.

1.4. ARABULUCULUĞUN TÜRLERİ

Arabuluculuk öğretide çeşitli konular açısından türlere ayrılmaktadır. Gelişim süreci açısından arabuluculuğu geleneksel, yargısal ve modern olmak üzere üçe ayırabilmek mümkündür (Erol, 2018: 22).

Geleneksel arabuluculuk, toplum içinde dengeyi bulmaya yönelik uyuşmazlık çözümüne katkı sağlayan bir sosyal kontrol mekanizmasıdır. Bu tür arabuluculukta arabulucu taraflara kuralları açıklayarak bağlayıcı olmayan nitelikte bir öneri sunar ve taraflar için kazanma ya da kaybetme söz konusudur. Verilen kararın uygulanabilirliği; toplumsal be-simsenme, arabulucunun itibarı ve otoritesi ile doğru orantılıdır (Erol, 2018: 22). Geleneksel arabuluculuk Uzak Doğu kültüründe yaygın şekilde uygulanmaktadır (Akça, 2009: 30).

Yargısal arabuluculuk, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmek amacıyla hakim tarafından yürütülen yargılama sırasındaki arabuluculuk faaliyetidir. Bu türde de her iki taraf için kazanma ya da kaybetme söz konusudur (Erol, 2018: 22-23). Arabulucu, toplumda saygı duyulan konumdan çıkmamaktadır. Ancak hakimin baskın konumu ve usulün merkezinde yer alıyor olması nedeniyle yargısal arabuluculuğu geleneksel arabuluculuk kategorisinde değerlendirmek de mümkündür (Bilgin, 2009: 20).

Modern arabuluculuk ise tarafların kendi çözüm yöntemini geliştirerek ortak bir karara vardığı arabuluculuk türüdür. Süreç tarafsız üçüncü bir kişi tarafından yönetilir ve özel olarak yürütülen bu süreç sonunda kazan-kazan sonucu elde edilmeye çalışılır (Erol, 2018: 23).

Söz konusu ayırım haricinde arabuluculuğu faaliyetine göre kolaylaştırıcı, değerlendirici, uzlaşma ve terapötik olmak üzere ayıran bir yaklaşım da mevcuttur. Kolaylaştırıcı arabuluculukta arabulucu taraflar arasındaki engelleri kaldırarak ortak bir nokta bulmalarına yardımcı olur. Bu tür arabuluculukta arabulucu pasiftir ve yorum yapmadığı gibi tavsiyede de bulunmaz. Değerlendirici arabuluculukta arabulucu durumu değerlendirerek tavsiyede bulunur. Taraflara avantajlarını ve dezavantajlarını gösterir. Tarafları gerçek konusunda ortak noktada buluşabilmeleri için yönlendirir. Uzlaşma arabuluculuğunda arabulucu taraflar arasındaki anlaşma sınırlarını belirleyerek onları taviz vermek suretiyle anlaşma yoluna yönlendirir. Terapötik arabuluculukta ise konuda uzman olan arabulucu

uyuşmazlığın nedenlerine tanımlayarak bunları bertaraf edip anlaşmak üzere tarafları yönlendirir (Erol, 2018: 23-25).

Arabuluculuğun türleri arasındaki bir başka ayrım ise ihtiyari ve zorunlu arabuluculuktur. İhtiyari arabuluculuk tarafların kendi iradesi ile arabuluculuğa başvurduğu, sürdürdüğü ve sonuçlandığı arabuluculuk türüdür. Zorunlu arabuluculuk ise mevzuat gereği yargı yoluna başvurulmadan önce başvurulması zorunlu olan arabuluculuk türüdür (Erol, 2018: 25).



2.0. TÜRK HUKUKUNDA ARABULUCULUK KURUMU

Türkiye’de arabuluculuk kurumu fikri olarak 1990’lı yıllarda tartışılmaya başlanmıştır. 2000’li yıllarda mevzuatı hazırlanan arabuluculuk kurumu günümüzde uygulama alanını genişleten bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Türkiye’de temel mevzuatını HUAK, HUAKY ve TAEK’nin oluşturduğu arabuluculuk kurumu hem ihtiyari hem de zorunlu (dava şartı) olarak uygulama alanı bulmaktadır. Bu bölümde arabuluculuk kurumunun Türkiye’deki gelişimi açıklandıktan sonra mevzuat kapsamında arabuluculuk kurumu incelenerek zorunlu arabuluculuk, arabulucu olabilmenin şartları ve arabuluculuk kurumunun teşkilatlanması açıklanacaktır.

2.1. ARABULUCULUK KURUMUNUN TÜRKİYE’DE GELİŞİMİ

Arabuluculuk kurumunun tarihçesine kısa olarak HUAK’nin gerekçesinde yer verilmiştir. Söz konusu gerekçeye göre; Avrupa Birliği üyesi ülkeler, 1998 yılında uyuşmazlıkların anlaşma ile çözümlenmesine yönelik başlattığı çalışmalar sonucunda 15-16 Ekim 1999 tarihinde Tampere’de düzenlenen Avrupa Birliği zirvesinde Avrupa’da adalete daha iyi erişime ilişkin olarak mahkeme dışı alternatif yöntemler oluşturmaya davet edilmiştir. 2002 yılında hazırlanan Yeşil Kitap ile arabuluculuğun ilkelerinin tespiti üzerinde çalışılmış ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ağırlık verilmeye başlanmıştır.

Yine 2002 yılında Birleşmiş Milletler üyesi ülkelerdeki arabuluculuk hakkında hazırlanacak kanunların yeknesaklaştırılmasını amaçlayan "Ticari Arabuluculuğa İlişkin Model Kanun", Birleşmiş Milletler Ticaret Komisyonu (UNCITRAL) tarafından hazırlanmıştır.

2004 yılına gelindiğinde ise Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin "Hukuk ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Direktif Tasarısı" ile medeni hukuk alanında ve ticari konularda arabuluculuğa ilişkin hükümler getirilmiştir. Daha sonrasında Avrupa Birliği üyesi ülkeler alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin düzenlemeler yaparak uygulamaya koymaya başlamıştır.

Arabuluculuk konusunda Türkiye’deki çalışmalar da Avrupa ile paralel olarak 1990’lı yıllarda başlamıştır. Tam tarih vermek gerekirse Türkiye’de arabuluculuk kurumu üye-

rine toplantı, makale ve rapor gibi çeşitli çalışmalar 1995 yılında yapılmaya başlanmıştır. Arabuluculuk alanındaki ilk bilimsel çalışma Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu (TÜBİTAK) ve Adalet Bakanlığı'nın işbirliği ile Türkiye Sanayi Sevk ve İdare Enstitüsü (TÜSSİDE)'nin moderatörlüğünde düzenlenen ve Türkiye Hukuk Kamu Araştırma Programı Ortak Akıl Platformu'nun 4-6 Ocak 2006 tarihlerinde TÜSSİDE'nin Gebze-Kocaeli tesislerinde gerçekleştirdiği ortak akıl toplantılarında yapılmıştır. Böylelikle Türkiye'de arabuluculuk kurumunun fikri temeli atılmıştır.

2006 yılında çeşitli akademisyen, kurum ve kuruluşların katılımı ile oluşturulan bilim komisyonunun çalışmaları sonucunda "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı" hazırlanmış ve 03.06.2008 tarihinde TBMM'ne sevk edilmiştir. Söz konusu tasarı 7 Haziran 2012 tarihli oturumda kabul edilerek 6325 sayı ile yasalaşmıştır (Erol, 2018: 21).

1995 yılında fikren başlayan çalışmalar 2012 yılında HUAK'nin yasalaşması ile mevzuatta yer almıştır. Daha sonrasında uygulanmaya başlanan ve aşağıda açıklanacak olan dava şartı arabuluculuk sistemi ile de arabuluculuk yaygın şekilde uygulanmaya başlanmıştır. Günümüzde arabuluculuk oldukça önemli bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak mevzuatta ve uygulamada yer almaktadır.

2.2. MEVZUAT KAPSAMINDA ARABULUCULUK

Türk hukukunda arabuluculuk konusundaki temel kanun daha önce de belirttiğimiz üzere HUAK'dir. 07.06.2012 tarihinde kabul edilen ve 22/06/2012'de Resmi Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe giren HUAK'nin 37. maddesi gereğince Arabuluculuk Daire Başkanlığı'na ilişkin hükümleri yayımlandığı tarihte, diğer hükümleri ise yayımlandığı tarihten 1 yıl sonra yani 22/06/2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

HUAK yanında uygulamayı daha ayrıntılı düzenleyen yönetmelik HUAKY ve arabuluculuk sürecinde uygulanacak etik kuralları düzenleyen TAEK ile birlikte 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (İMK), 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) gibi çeşitli mevzuatta da arabuluculuğa ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

Bu kapsamda bu bölümde öncelikle kanunun amacına değinilecek, daha sonrasında arabuluculuk sürecindeki temel ilkeler ile birlikte arabulucuların hak ve yükümlülükleri

açıklandıktan sonra arabuluculuk süreci anlatılacaktır. İMK, TTK ve TKHK'daki süreç zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğundan aşağıda zorunlu arabuluculuk başlığında ilgili düzenlemeler açıklanacaktır.

2.2.1 Kanunun Amacı

HUAK'nın 1. maddesine göre kanunun amacı, hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözülmesinde uygulanacak usul ve esasları düzenlemektir. Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesinde uygulanabilmektedir. Aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar ise arabuluculuğa elverişli değildir.

2.2.2 Arabuluculuk Sürecindeki Temel İlkeler

HUAK'nın 3, 4 ve 5. maddeleri ile arabuluculuk sürecine ilişkin üç temel ilke belirlenmiştir. Söz konusu ilkeler;

- İradi olma ve eşitlik
- Gizlilik
- Beyan veya belgelerin kullanılamamasıdır.

HUAKY'nin 5, 6 ve 7. maddelerinde de kanun ile aynı şekilde üç temel ilkeye aynı şekilde yer verildiği görülmektedir. Ancak yönetmelikte, doğası gereği, yer yer daha ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu kapsamda yapılan açıklamalarda kaynak olarak HUAK ve HUAKY birlikte kullanılmıştır.

2.2.2.1 İradi Olma ve Eşitlik

Mevzuatta yer verilen arabuluculuk sürecindeki temel ilkelerden ilki iradi olma ve eşitlik ilkesidir.

İradi olma ve eşitlik ilkesi HUAK'nın 3, HUAKY'nin ise 5. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelere göre iradi olma ve eşitlik; tarafların arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbest olmalarını ve tarafların gerek başvuru sırasında gerekse tüm süreç boyunca eşit olmalarını ifade etmektedir.

Söz konusu ilke iki ayrı kavramı birden kapsadığından kapsam olarak oldukça geniştir. Bu nedenle adı geçen ilkeyi iki ayrı alt başlık şeklinde ayırarak incelemenin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

İradî olma

Arabuluculuğun temel prensibi irade özgürlüğüdür. Arabuluculuğun başarısı tarafların gönüllü olarak ve istekle sürece katılmalarından geçer. Kural irade özgürlüğü olmakla birlikte çeşitli sebeplerle arabuluculuğa başvuru zorunlu tutulabilmektedir (Kekeç, 2010: 85). İradilik ilkesi, gerek mahkemelerin iş yükünün azaltılması, gerekse arabuluculuğun uygulamada benimsenmesini sağlamak amacıyla bazı uygulamalarda göz ardı edilebilmektedir (Tıktık, 2019: 47).

Zorunlu arabuluculuk olarak adlandırılan ve ülkemizde de belirli uyuşmazlıklarda uygulanan söz konusu sistemin kendi içerisinde avantajları ve dezavantajları mevcuttur. Sürece zorunlu katılım anlaşma ihtimali bulunmayan uyuşmazlık tarafları için fazladan zaman kaybı anlamına geleceği için bir dezavantajdır. Ancak hemen her uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinin mümkün olduğu düşünüldüğünde tarafların yargılama yoluna nazaran daha az zaman ve masraf gerektiren arabuluculuk yoluna yönlendirilmesi bu açıdan bir avantajdır. Ayrıca tarafların diledikleri zaman arabuluculuk sürecini sonlandırabilmeleri de mümkündür.

İradilik ilkesi süreç içerisinde kendisini üç aşamada göstermektedir (Tıktık, 2019: 47-49):

- İradilik ilkesinin süreç içerisinde kendisini gösterdiği ilk durum sürecin tarafların talebiyle başlamasıdır. Bu durumda tam anlamıyla gönüllülük söz konusudur (Tıktık, 2019: 47-49).
- İradilik ilkesinin süreç içerisinde kendisini gösterdiği ikinci durum hakimin uyuşmazlığın arabuluculuğa uygun olduğunu düşündüğü hallerde tarafları arabuluculuğa yönlendirmesidir. Bu halde bir zorlama değil sadece bir bilgilendirme konuşması söz konusudur (Tıktık, 2019: 47-49).
- İradilik ilkesinin süreç içerisinde kendisini gösterdiği üçüncü durum ise arabuluculuğa başvurunun bazı uyuşmazlıklar yönünden dava açmadan önce zorunlu hale getirilmesidir. Bu durumda iradilik kendisini arabuluculuk sürecinin taraflar tarafından istenilen zamanda sona erdirilebilmesi şeklinde göstermektedir. Süreç sona

erdiğinde her iki taraf da herhangi bir külfete katlanmak durumunda kalmaz. Mahkemeye başvurma hakkı ortadan kalkmaz, zamanaşımı ve hak düşürücü süreler bu süreç içerisinde işlemez (Tıktık, 2019: 47-49).

Eşitlik

Arabuluculuğun temel ilkelerinden bir diğeri de eşitliktir. Eşitlik ilkesinin doğal sonucu ise üçüncü kişi konumunda bulunan arabulucunun tarafsız olmasıdır. Arabulucu, uygulanacak yöntemi seçerken ve tüm uygulama boyunca her iki tarafa da eşit uzaklıkta olmalı, tarafsızlığına gölge düşürebilecek her türlü eylem ve söylemden kaçınmalı ve bir tarafla diğer tarafın bilgisi olmadan görüşmemelidir (Kekeç, 2010: 76-77).

TAEK'nın 1. maddesi gereğince arabulucu, süreç boyunca taraflara eşit davranma ve onların gereksinimleri doğrultusunda adil olma ilkelerini gözetmekle yükümlüdür.

Söz konusu ilkeye aykırı herhangi bir eylem ya da söylem arabuluculuğun temelini sarsacağı gibi yöntemin başarısını da engelleyecektir. Zira üçüncü kişinin uyuşmazlık konusu üzerinde herhangi bir çıkarının olmadığını tarafların bilmesi arabuluculuğun başarısını güçlendiren etkenlerdendir. Taraflar bu sayede açıkça konuşabilmekte ve arabulucuya güvenebilmektedir (Kekeç, 2010: 77).

Arabulucunun tarafsızlığına HUAK'nın 9. maddesinde ayrıca vurgu yapılmıştır. HUAK'nın 9. maddesi gereğince arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirmek zorundadır.

Arabulucunun görevini tarafsız biçimde yerine getirilmesine engel bir halin bulunması durumu HUAK'nın 9. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre arabulucunun tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli bir hal ve şart mevcut ise arabulucu bu konuda tarafları bilgilendirmekle yükümlüdür. Bu açıklamaya rağmen taraflar arabulucunun göreve devam etmesini birlikte kararlaştırabilirler. (HUAK m. 9/2) Söz konusu düzenleme ile arabulucunun görevini tarafsız biçimde yerine getirilmesine engel bir halin bulunması durumunda dahi tarafların kendi iradeleri ile süreci devam ettirmelerine imkan tanınmıştır. Ancak söz konusu kararın tarafların tamamı tarafından ortak alınması gerektiği de düzenlemede ayrıca belirtilmiştir.

Taraflar arabulucunun görevini tarafsız biçimde yerine getirmesine engel bir halin bulunması halinde arabulucu ile süreci ilerletmek konusunda karar alabilseler de arabulucu olarak görev yapan kişi ile aynı uyuşmazlıkta avukat olarak vekalet ilişkisi çerçevesinde

alışmaları HUAK'nin 9. maddesinin dördüncü fıkrası ile yasaklanmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre arabulucunun, arabulucu olarak görev yaptığı uyuşmazlıkla ilgili olarak açılan davada, taraflardan birinin avukatı olarak görev yapması yasaktır. (HUAK m. 9/4) Söz konusu yasak düzenleme metninden anlaşıldığı üzere arabulucunun şahsına getirilmiş bir yasaktır. Taraflar icazet verse dahi arabulucunun arabulucu olarak görev yaptığı uyuşmazlığın mahkemeye yansması halinde avukat olarak davayı takip edebilmesi yasaktır.

Yargıtay vermiş olduğu kararlarında eşitlik ve iradilik ilkelerinin ihlali halinde hukuken geçerli bir arabuluculuk faaliyetinin bulunmadığını belirterek söz konusu ilkelerin arabuluculuk süreci açısından ne denli önemli olduğunu vurgulamaktadır. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda işten çıkarılan  yüz işçi ile yapılan arabuluculuk anlaşmasının şirket avukatı tarafından hazırlandığının, şirket avukatının arabuluculuk sıfatını üstlendiğinin, toplantının tutanakta yazan yerde değil şirket idare binasında yapıldığının davacı tarafından iddia edildiği, davalı tarafın ise işçilerin arabulucu olarak şirket avukatını kabul ettiklerini, arabulucunun taraflardan birinin avukatı olmasının arabuluculuk faaliyetine engel olmadığını iddia ettiği davada şu şekilde karar vermiştir (Demirci, 2019: 21):

"6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 9/2. maddesine göre, "Arabulucu olarak görevlendirilen kimse, tarafsızlığında şüphe edilmesini gerektirecek önemli hal ve şartların varlığı halinde, bu hususta tarafları bilgilendirmekle yükümlüdür". Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığının hazırladığı Arabulucular Etik Kurallarının 4. maddesinde, arabulucu ile taraflar arasında herhangi bir menfaat ilişkisi veya çatışmasının bulunmaması gerektiği açıklanmıştır. Arabulucu kendisi tarafından makul koşullarda bilinebilecek ve tarafsızlığı hakkında şüphe uyandırabilecek doğmuş veya doğabilecek menfaat ilişkisi veya çatışmasının varlığı halinde mümkün olan en kısa süre içinde tarafları bilgilendirmelidir.

Somut uyuşmazlıkta arabulucunun davalı şirketin avukatı olarak görev yaptığı halde arabuluculuk görüşmeleri öncesinde davacı tarafı bu yönde bilgilendirdiği ortaya konulamamıştır. Anlaşma belgesinde bu yönde bir açıklamaya yer verilmemiştir. Arabulucunun aynı zamanda diğer tarafın avukatı olduğu hususunda özellikle davacı tarafın açıkça bilgilendirildiğinin ve buna

rağmen arabuluculuk görüşmelerine devam etmek istediğinin ispatı gerekir. Bu yönüyle ilgili mevzuat çerçevesinde arabulucunun tarafsızlığından şüphe duyulmasını gerektiren önemli hal ve şartların varlığı kabul edilmelidir.

Bütün bu işlemlerin davalı şirketin kayden avukatının arabuluculuğunda gerçekleştiği, arabulucunun davacı tarafı diğer tarafın avukatı olduğu konusunda bilgilendirdiğinin tespit edilemediği, emsal dosyalarda dinlenen tanık anlatımlarına göre, arabuluculuk görüşmelerinin hiç yapılmadığı, hatta arabulucunun da işçilerin imzaladığı aşamada işyerinde olmadığı beyan edilmesi karşısında; usulüne uygun bir arabuluculuk başvurusunun ve görüşmesinin yapılmadığı gibi mevzuat hükümleri çerçevesinde arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlenmediği sonucuna varılmaktadır.

Tüm bu tespitler karşısında; dava tarihi itibarıyla taraflar arasında 6325 sayılı Kanun hükümleri dikkate alındığında, yapılan işlemler geçerli ihtiyari arabuluculuk faaliyeti olarak nitelendirilemez. Kanun hükümlerine göre usulüne uygun bir başvuru olmadığı, arabuluculuk görüşmelerinin hiç yapılmadığı ve mevzuat hükümleri çerçevesinde usulüne uygun, geçerli bir tutanak düzenlenmediği ve dava tarihi itibarıyla zorunlu arabuluculuk şartının henüz yürürlüğe girmediği de dikkate alınarak, davaya konu ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin ücreti yönünden işin esasına girilerek sonuca gidilmesi gerekirken, hukuken geçerli bir anlaşmanın varlığı kabul edilerek "arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılan konularda dava açılmayacağı" yönündeki gerekçeyle davanın usulden reddi hatalı olup, bu yönde ilk derece mahkemesi ile Bölge Adliye Mahkemesi kararlarının bozulmasına karar vermek gerekmiştir."

Görüldüğü üzere Yargıtay arabuluculuğun temel ilkelerine aykırı söz konusu durumda yürütülen faaliyeti arabuluculuk kapsamında dahi değerlendirmeyerek temel ilkelere verilen önemi açıkça vurgulamıştır.

Tüm bunlarla birlikte arabulucunun tarafsızlığı kişilerden, uyuşmazlıktan ve konulardan tamamen soyutlanma anlamına da gelmemektedir. Tam tersine arabulucu çok taraflı ve her tarafa eşit olmalıdır (Kekeç, 2010: 77-78). Tarafsızlık ile kastedilen, arabulucunun

görevini yerine getirirken söz, davranış ve görünümünde kendi duygu, değer ve önceliklerine yer vermemesidir (Tıktık, 2019: 54). Arabulucu süreci yönlendirirken kendini tamamen soyutlayıp sürecin yönetimini tamamen taraflara da bırakmamalıdır. Süreç içerisinde tıkanmalar olması halinde tarafları tarafsızlığına gölge düşürmeyecek şekilde ortak bir çözüme yönlendirebilmelidir.

2.2.2.2 Gizlilik

Arabuluculuk sürecinin temel ilkelerinden bir diğeri de gizliliktir. Yargılama faaliyeti kural olarak kamuya açıktır. Aleniyet ilkesi olarak adlandırılan söz konusu uygulamanın amacı keyfiligi önlemek, kanuna uygunluğu teminat altına almak ve yargıya olan güveni sağlamaktır. Ancak mesleki sır gibi çeşitli sebeplerle taraflar bazı uyuşmazlıkların kamuyu önünde giderilmesini istemeyebilmektedirler. Gizlilik ilkesi ile taraflara klasik yargılamanın kural olarak sahip olmadığı gizlilik imkanı getirilmektedir (Kekeç, 2010: 92). Gizlilik ilkesi ile taraflar hem arabulucuya hem de birbirlerine güven duyabilirler (Tıktık, 2019: 50). Çünkü hem müzakere süreci hem de sonucunda varılması muhtemel kararlar sadece taraflar arasındadır. Kamuya açık yani aleni değildir.

Tarafların sürecin gizli olmasını istemeleri çeşitli sebeplere dayanabilir. Tarafların arabuluculuk sürecinin gizli olmasına dair beklentilerini üç ana başlık altında toplamak mümkündür (Tıktık, 2019: 50):

- Taraflar öncelikle kişisel ve ticari itibarlarının korunması, ilişkilerin devamı gibi sebeplerle uyuşmazlığın kendisinin ve arabuluculuk sürecinin gizli kalmasını isteyebilirler.
- İkinci olarak taraflar arabuluculuk sürecinde ileri sürebilecekleri bilgi ve belgelerin yargı önüne taşınmamasını, aleniyet kazanmamasını isteyebilirler.
- Üçüncü olarak ise taraflar süreç içerisinde edinilen bilgilerin arabulucu ve taraflar tarafından üçüncü kişilerle paylaşılmamasını ve özel oturumlarda arabulucunun edindiği bilgilerin karşı tarafça bilinmemesini isteyebilirler.

Tıktık'a göre genel olarak tarafların beklentileri bu şekilde olmakta birlikte süreç içerisindeki eylem ve beyanların da gizliliği önemlidir. Süreç içerisindeki gizliliği iç ilişkide gizlilik ve dış ilişkide gizlilik olarak ikiye ayırmak mümkündür. İç ilişkide gizlilik, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça ve açık muvafakat bulunmadıkça arabulucunun özel

oturumlar esnasında edindiği bilgileri diğer tarafa aktaramaması, arabulucunun ve tarafların üçüncü kişilere karşı sır saklama yükümlülüğünün bulunmasıdır (Tıktık, 2019: 51). İç ilişkide gizlilik arabulucuya taraflara karşı da sır saklama yükümlülüğü getirmektedir. Zira arabulucu taraflardan biri ile özel oturum gerçekleştirebileceğinden taraflar arasındaki sır saklama yükümlülüğü de bu açıdan önem arzedeabilmektedir. Yine Tıktık'a göre dış ilişkide gizlilik ise arabuluculuk sürecinin gizli olması, bilgi ve belgelerin sadece taraflarca bilinmesi, üçüncü kişilerce bilinmemesidir (Tıktık, 2019: 51).

Hem iç ilişkide hem de dış ilişkide gizlilik ilkeleri mevzuatta da yer edinmiştir. HUAK'nın 4. maddesine göre gizlilik; taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucunun, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlü olması anlamına gelmektedir. Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de söz konusu yükümlülüğe uymak durumundadır. (HUAK m. 4/2)

Diğer kişiler terimi HUAKY'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrası ile oldukça geniş tutulmuştur. Söz konusu düzenlemeye göre gizlilik kuralına uyma yükümlülüğü, arabulucunun yanında çalışan kişiler, denetim ve gözetimi altında ilgili mevzuat çerçevesinde staj yapanlar, Bakanlık ve Kurul görevlileri yönünden de geçerlidir. Söz konusu düzenleme arabuluculuk sürecinde gizliliğe verilen önemin kanıtı niteliğindedir. Zira söz konusu geniş düzenleme dosya hakkında bilgi sahibi olabilecek hemen herkesi gizlilik yükümlülüğü altına sokmaktadır.

HUAK ve HUAKY dışında TAEK'de de arabuluculuk sürecinin gizliliği düzenlenmiştir. TAEK'nin 6. maddesi gereğince arabulucu, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile kayıtları gizli tutmak zorundadır. Arabulucu, tarafların arabuluculuk sürecinde nasıl hareket ettiği hakkında, sürece katılmayan üçüncü kişilere bilgi vermemelidir. Arabuluculuk sürecinde taraflardan biriyle özel oturumda bir araya gelen arabulucu, bu özel oturumda edindiği hiçbir bilgiyi, bilgiyi veren tarafın rızası olmadan, doğrudan veya dolaylı olarak diğer tarafa aktarmamalıdır. Arabulucu, bir arabuluculuk sürecine eğitim veya araştırma amacıyla katılım sağlarsa, tarafların kimlik bilgileri de dahil olmak üzere gizliliğe ilişkin haklı beklentilerine uygun davranmalıdır. Görüldüğü üzere TAEK'de de hem iç ilişkide hem de dış ilişkide gizliliğe oldukça ayrıntılı hükümlerle yer verilmiştir.

Daha önce de belirttiğimiz üzere gizlilik ilkesi sadece tarafları değil arabulucuyu da kapsamaktadır. Gizlilik ilkesi salt bir yükümlülük olmayıp arabulucuya bazı güvenceler de sağlamaktadır. Gizlilik ilkesi arabulucunun sürekli mahkeme çağrılarına maruz kalmasını önlemekte ve arabulucunun kendileri lehine ya da aleyhine tanıklık yapamayacağını bilen tarafların görüşme sürecinde daha açık davranmalarını sağlamakta ve dolayısıyla arabulucunun tarafsızlık özelliğine katkı sunmaktadır (Kekeç, 2010: 96).

Gizlilik ilkesi mevzuatta ayrıntılı şekilde düzenlenmekle birlikte söz konusu ilkenin ihlali cezai yaptırıma da bağlanmıştır. HUAK'nin 33. maddesine göre gizlilik yükümlülüğüne aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi, şikayet üzerine, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus şikayet ve zarar şartıdır. Madde gizlilik ilkesinin salt ihlalini cezai şarta bağlamamış, söz konusu ihlal nedeniyle ortaya bir zararın çıkmasını ve şikayet bulunmasını da şart olarak belirlemiştir. Dolayısıyla gizlilik ihlali ilkesinin ihlali sonucunda bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesi sonucu ortaya çıkmaz ise, ya da yasal süre içerisinde şikayet hakkı kullanılmazsa, cezai yaptırımdan söz edilemeyecektir. Ancak bununla birlikte HUAKY'nin 6. maddesinin 4. fıkrası gereğince gizlilik kuralına aykırı hareket eden arabulucunun; hukuki ve cezai sorumluluğu saklı kalmak kaydıyla sicilden silinmesine de karar verilebilmektedir. Dolayısıyla gizlilik ilkesinin ihlalinin hem cezai hem de idari yaptırıma bağlandığını söyleyebilmek mümkündür.

Ancak tüm bunlarla birlikte gizlilik ilkesinin mutlak olmadığını da belirtmek gerekir. HUAK'da yer alan "taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça" ifadesinden de anlaşıldığı üzere taraflar dilerse sürecin gizliliğini ve dolayısıyla da söz konusu idari ve cezai yaptırımları ortadan kaldıracılabilmektedirler. Bu düzenleme haricinde kanunda yer alan hallerde ve arabuluculuk anlaşmasının uygulanması ve icrasında gizlilik ilkesinin uygulanmaması mümkündür (Kekeç, 2010: 100).

2.2.2.3 Beyan ve Belgelerin Kullanılamaması

Arabuluculuk sürecinin temel ilkelerinden bir diğeri de beyan ve belgelerin kullanılamaması ilkesidir. Beyan ve belgelerin kullanılamaması, esasen, gizlilik ilkesi ile bağlantılı bir ilkedir. Mevzuatta HUAK'nin 5., HUAKY'nin ise 7. maddesinde düzenlenmiştir.

Beyan veya belgelerin kullanılamaması; tarafların, arabulucunun veya arabuluculuğa

katılanlar da dahil olmak üzere üçüncü bir kişinin, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, belirli bazı beyan veya belgeleri delil olarak ileri sürmemesi ve bunlar hakkında tanıklık yapamaması anlamına gelmektedir. Delil olarak ileri sürülemeyen ya da tanıklık yapılamayan beyan ve belgeler HUAKY'nin 7. maddesinin 1. fıkrasına göre şunlardır:

- Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği
- Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler
- Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü
- Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler

Söz konusu maddeden anlaşıldığı üzere beyan ve belgelerin kullanılamaması ilkesi taraflardan birinin arabuluculuk görüşmesine başlama isteğinden itibaren müzakere süreci de dahil olmak üzere arabuluculuk sürecinin sonunda düzenlenecek belgelere kadar sürecin tümü için geçerlidir.

HUAK'nin 5. maddesinin 3. fıkrası gereğince yukarıda belirtilen beyan ve belgelerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından da istenemekte, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamamaktadır. Ancak söz konusu beyan ve belgeler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilmektedir.

Beyan ve belgelerin kullanılamaması ilkesine bakıldığında temel saikin arabuluculuk sürecinde tarafların daha açık müzakere edebilmelerine imkan tanımak olduğu görülmektedir. Gizlilik ilkesi ile birlikte değerlendirildiğinde her iki ilke de arabulucunun yönlendirmesi ile birlikte süreç içerisinde şeffaflık sağlamak anlamında taraflara çok büyük fırsatlar vermektedir. Şöyle ki; taraflar yaptıkları görüşmede sundukları bir bilgi ya da belgenin daha sonrasında kendi aleyhlerine kullanılacağı korkusunu yaşamadan serbest şekilde görüşmeleri sürdürebilirler. Söz konusu durum arabuluculuğun temeli olan anlaşma fikri ile uyum sağlamaktadır.

2.2.3 Arabulucuların Hak ve Yükümlölükleri

Arabulucular yukarıda belirtilen temel ilke ve etik kurallar çerçevesinde yürüttükleri arabuluculuk faaliyetinde çeşitli hak ve yükümlölüklere sahiptir. Söz konusu hak ve yükümlölükler şunlardır:

1. Ünvanın kullanılması
2. Ücret ve masrafların istenmesi
3. Taraflarla görüşme ve iletişim kurulması
4. Görevin özenle ve tarafsız biçimde yerine getirilmesi
5. Reklam yasağı
6. Tarafların aydınlatılması
7. Aidat ödenmesi
8. Belge saklama yükümlölüğü

Aşağıda her bir hak ve yükümlölük kendi başlığı içerisinde ayrıntılı olarak incelenecektir.

2.2.3.1 Ünvanın Kullanılması

Ünvanın kullanılması HUAK'da 6. maddede, HUAKY'de ise 8. maddede düzenlenmiştir.

Sicile kayıtlı olan arabulucular, arabulucu unvanını ve bu unvanın sağladığı yetkileri kullanma hakkına sahiptirler. Hukuk uyuşmazlıklarında arabulucular haricinde, her ne nam altında olursa olsun taraflar arasında iletişim ve müzakere sürecini yürütmek üzere bir üçüncü kişi görevlendirilemez. Arabulucu, arabuluculuk faaliyetine başlamadan önce bu unvanını taraflara bildirmek zorundadır. (HUAKY m. 8)

2.2.3.2 Ücret ve Masrafların İstenmesi

Ücret ve masrafların istenmesi HUAK'da 7. maddede, HUAKY'de ise 9. maddede düzenlenmiştir.

Arabulucu yapmış olduğu faaliyet karşılığı ücret ve masrafları isteme hakkına sahiptir. Ancak dava şartı arabuluculuk sürecinde Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi'nin (AAÜT) 2. maddesinin 4. fıkrası gereğince arabulucu taraflardan masraf talep edemez.

Arabulucu, ücret ve masraflar için avans da talep edebilir. Arabulucu, arabuluculuk süreci başlamadan önce de arabuluculuk teklifinde bulunan taraf veya taraflardan ücret ve masraflar için avans isteyebilir. Alınan söz konusu ücret arabuluculuk süreci sonunda alınacak arabuluculuk ücretinden mahsup edilir. Arabuluculuk sürecinin başlamaması hâlinde bu ücret iade edilmez. Masraftan kullanılmayan kısım arabuluculuk süreci sonunda iade edilir. (HUAKEY m. 9/2)

Aksi kararlaştırılmadıkça arabulucunun ücreti, faaliyetin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan AAÜT'ye göre belirlenir ve ücret ile masraf, taraflarca eşit olarak karşılanır. (HUAKEY m. 9/3)

Arabulucu, arabuluculuk sürecine ilişkin olarak belirli kişiler için aracılık yapma veya belirli kişileri tavsiye etmenin karşılığı olarak herhangi bir ücret talep edemez. Bu yasağa aykırı olarak tesis edilen işlemler batıldır. (HUAKEY m. 9/4)

Arabulucuk ücretine bazı özel durumların etkisi AAÜT'nin 4 ve 5. maddelerinde düzenlenmiştir. Söz konusu madde gereğince;

- Tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde anlaşmaya varmış olması
- Taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi
- Taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi
- Taraflardan birinin ölümü ya da iflası
- Tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi
- Arabuluculuk faaliyetine başladıktan sonra, arabulucunun kusurundan kaynaklanmayan bir sebeple, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı hususunun ortaya çıkması ve bu sebeple arabuluculuk faaliyetinin sona erdirilmesi
- İhtiyari arabuluculuk sürecinde arabuluculuk faaliyeti devam ederken, arabuluculuk faaliyetinin konusuz kalması, feragat, kabul veya sulh gibi arabuluculuk yolu dışındaki yöntem ve nedenlerle uyuşmazlığın giderilmesi

hallerinde, arabuluculuk faaliyetini yürütme görevini kabul eden arabulucu, AAÜT hükümleri ile belirlenen ücretin tamamına hak kazanır.

Ancak dava şartı arabuluculuk sürecinde, sehven kayıt, mükerrer kayıt veya arabuluculuğa elverişli olmama nedeniyle sona erdirilmesi hallerinde arabulucuya ücret ödenme-

mektedir. (AAÜT m. 5)

AAÜT'nin 6. maddesi gereğince somut bir uyuşmazlıkla ilgili arabuluculuk faaliyeti-
nin yürütülmesi sırasında, yeni uyuşmazlık konusunun ortaya çıkması halinde, arabulucu
her bir uyuşmazlık için ayrı ücrete hak kazanır.

2.2.3.3 Taraflarla Görüşme ve İletişim Kurulması

Taraflarla görüşme ve iletişim kurulması HUAK'da 8. maddede, HUAKY'de ise 10.
maddede düzenlenmiştir.

İletişim ve müzakere arabuluculuk sürecinin temelidir. Arabulucu, tarafların her biri
ile ayrı ayrı veya birlikte görüşebilir. Bu amaçla her türlü iletişim aracını kullanabilir.
(HUAKY m. 10/1)

Arabulucu, arabuluculuk faaliyetine ilişkin işlem ve eylemlerin doğru uygulandığına
dair başlangıcından sona ermesine kadar sürece ilişkin önemli hususları belgelendirir.
Belge; arabulucu ve taraflar ile varsa tarafların kanuni temsilcileri veya avukatlarınca im-
zalanır. Belge; taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanmaz ise sebebi be-
lirtilmek sureti ile sadece arabulucu tarafından imzalanır. (HUAKY m. 10/2)

2.2.3.4 Görevin Özenle ve Tarafsız Biçimde Yerine Getirilmesi

Görevin özenle ve tarafsız biçimde yerine getirilmesi HUAK'da 8. maddede, HU-
AKY'de ise 11. maddede düzenlenmiştir.

HUAK'ın 9. maddesi gereğince arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve
şahsen yerine getirmek zorundadır. HUAKY'nin 11. maddesine göre ise arabulucunun
görevini kısmen dahi olsa bir başkasına devretmesi yasaktır. Söz konusu yasak temel il-
keler bölümünde bahsettiğimiz gizlilik ilkesinden kaynaklanmaktadır. Zira süreç içerisinde
uyuşmazlık ile ilgili süreci yönetmekle görevli arabulucu haricinde bir başka üçüncü bir
şahsın dahil edilmesi gizlilik ilkesine aykırılık teşkil edeceği gibi tarafların arabulucuya
ve arabuluculuk sürecine olan güvenini de sarsabilecektir. Bu durum arabuluculuk kuru-
munun güvenilirliğini etkileyebileceği gibi uyuşmazlığın çözümsüz kalmasına da sebep
olabilecektir. Zira tarafların iradi şekilde arabulucu olarak belirledikleri ve gizlilik yü-
kümlülüğü altında bulunan kişinin görevini kısmen dahi bir başkasına devretmesi belirti-
len temel ilkelerin ihlali anlamına gelecektir.

TAEK'in 5. maddesi gereğince de arabulucu, görevini şahsen, özenle, makul sürede, güven içinde, tarafların etkin katılımıyla, hakkaniyete uygun, taraflara yeterli söz hakkı vererek ve katılımcılar arasında karşılıklı saygı gösterilmesini sağlayacak biçimde yerine getirmelidir. Görüldüğü üzere TAEK arabulucuya sadece görevi şahsen yerine getirme yükümlülüğü değil özenle, makul sürede, güven içinde, tarafların etkin katılımıyla, hakkaniyete uygun, taraflara yeterli söz hakkı vererek ve katılımcılar arasında karşılıklı saygı gösterilmesini sağlayacak biçimde yerine getirme yükümlülüğü de getirmektedir. Söz konusu yükümlülükler esasen başarılı bir arabuluculuk sürecinin olmazsa olmazları olarak nitelendirilebilirler. Getirilen söz konusu düzenleme arabuluculuk sürecinin etkin biçimde gerçekleştirilmesine verilen önemin bir yansıması olarak görülebilir.

Arabulucu, arabuluculuk süreci boyunca mesleğin gerekliliklerine uygun biçimde davranmak zorundadır. Arabulucu, kendisine ya da arabuluculuk sistemine duyulacak güven ve itibarına zarar verebilecek bir davranış içerisinde bulunamaz. Arabulucu, toplumsal cinsiyet rollerinin taraflara ve özellikle arabuluculuk sürecine etkisi yanında; taraflar ve taraflarla kendisi arasındaki sosyo-ekonomik ve kültürel farklılıklara karşı da duyarlı olmalıdır. (TAEK m. 5/3)

Arabulucu, arabuluculuk süreci boyunca taraflar arasında dürüstlüğü, saygıyı, samimiyeti ve nezaketi teşvik etmeli ve kendisi de arabuluculuk sürecinde taraflara herhangi bir belge, olay veya durum hakkında bilerek ve isteyerek yanlış bilgi vermemelidir. (TAEK m. 5/4)

Arabulucunun görev ve işlevi, diğer mesleklerden önemli ölçüde farklıdır. Arabulucunun işleviyle diğer bir mesleğin işlevi birbirine karıştırılmamalıdır. Arabulucu, mesleklerinin işlevlerini birbirinden ayırmalıdır. Arabulucu, ancak arabuluculuk ile bağdaşması şartıyla taraflara eğitim ve tecrübesine dayanarak bilgi verebilir. (TAEK m. 5/5)

Arabulucu, arabuluculuk sürecinde arabuluculuktan başka bir uyuşmazlık çözüm yöntemini yürütemez. Arabuluculuk mevzuatından kaynaklanan avantajları kullanmak amacıyla herhangi bir çözüm yolunu arabuluculuk olarak adlandıramaz. Ancak, arabulucu, gerekli ve uygun gördüğünde, taraflara uyuşmazlıklarını tahkim, tarafsız değerlendirme, danışmanlık veya diğer uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle çözmeyi düşünmelerini önerebilir. (TAEK m. 5/6)

Arabulucu bazı hallerde süreci kendisi de sona erdirebilmektedir. Arabuluculuk bir suç işlemek amacıyla kullanılırsa, arabulucu uygun adımları derhâl atmalı ve hangi aşamada olursa olsun arabuluculuktan çekilmelidir. (TAEK m. 5/7) Taraflardan biri arabuluculuk sürecini, uyuşmazlık konularını ve uzlaşma seçeneklerini kavramakta güçlük çekerse veya arabuluculuğa etkin bir biçimde katılmakta zorlanırsa; arabulucu, böyle bir durumdaki tarafın katılma, anlama ve kendi kararını verme hakkına uygun olacak şekilde, hukuki yardım almasını önermek de dahil olmak üzere gerekli değişiklik önerilerini getirmeli, hatta gerekiyorsa arabuluculuğu bitirmelidir. (TAEK m. 5/8) Arabulucu, kendisi de dâhil olmak üzere bir katılımcının davranışının, arabuluculuk sürecinin yürütülmesine zarar verebileceğini düşünürse, gerektiğinde arabuluculuğu ertelemek, arabuluculuktan çekilmek veya arabuluculuğu bitirmek de dâhil olmak üzere gerekli tedbirleri derhâl almalıdır. (TAEK m. 5/9)

Görüldüğü üzere arabuluculuk süreci tarafları ne olursa olsun anlaştırmak üzerine kurulu bir süreç değildir. Arabulucu yukarıda belirtilen hallerin varlığı halinde inisiyatifini kullanarak süreci kendisi de bitirebilmektedir. Söz konusu düzenleme taraflar arasında çeşitli sebeplerle farklılık bulunduğu ya da herhangi bir sebeple taraflardan birisinin baskı altında bulunduğu durumlarda oldukça önem arz eden bir husustur.

2.2.3.5 Reklam Yasağı

Reklam yasağı HUAK'da 10. maddede, HUAKY'de ise 12. maddede düzenlenmiştir.

Arabulucunun iş elde etmek amacıyla reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaktan kaçınması zorunludur. Bununla birlikte arabulucuların tabelalarında ve basılı kağıtlarında arabulucu, avukat ve akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları da yasaktır. (HUAKY m. 12)

HUAK ve HUAKY'nde mevcut olan açık yasağa rağmen TAEK'nın 8. maddesinde reklama imkan tanıyan şu düzenleme yer almaktaydı:

"(3) Arabulucu, reklam ve tanıtım yaparken dürüstlük kuralına uygun bir tutum ve davranış sergilemelidir. Arabulucunun, kendi nitelikleri, tecrübesi, hizmetleri ve ücreti konusunda vereceği bilgiler doğru olmalıdır.

(4) Arabulucu, tabela ve basılı kâğıtlarında veya elektronik ortamdaki reklam

ve tanıtıma yönelik iletişimlerinde, arabuluculuk sürecinin sonucu ve başarısı hakkında kısmen de olsa söz vermemelidir.

(5) Arabulucu, hiçbir şekilde etik kurallarla çelişecek nitelikte reklam yapamaz."

İstanbul Barosu Başkanlığı'nın söz konusu düzenleme de dahil olmak üzere TAEK'nın çeşitli maddelerinin iptali ve yürütmenin durdurulması talebiyle açmış olduğu davada Danıştay 10. Dairesi HUAK ve HUAKY'de yer alan reklam yasağına aykırı 8. madde düzenlemesinin yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir.

Söz konusu karara¹ göre:

"Arabuluculuk mevzuatının reklama ilişkin düzenlemelerinde; arabulucuların iş elde etmek için, reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kağıtlarında arabulucu, avukat unvanı ile akademik unvanlarından başka sıfat kullanmalarının yasak olduğu yolunda, emredici ve kapsamı geniş bir hükme yer verilmiş, mesleğin düzen ve geleneklerini korumak, kanunların arabuluculara tanıdığı hakların gerçekleşmesine ve yüklediği görevleri tam ve şerefli bir şekilde yerine getirmek amacıyla oluşturulan Etik Kurallarının 8. maddesinin 1. fıkrasında arabulucunun tabela ve basılı kâğıtlarının kullanımında arabuluculuk mevzuatına uygun hareket etmesi gerektiği ifade edildikten sonra 3. 4 ve 5. fıkralarında ise arabulucunun yapacağı reklam ve tanıtımın dürüstlük kurallarına aykırı olamayacağı yönünde kurallar getirilmiştir.

İptali istenen düzenlemenin reklam ve tanıtıma ilişkin kısımları incelendiğinde; sanki bir reklam izni varmışçasına buna ilişkin sınırlamalar ve düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Düzenlemede reklam ve tanıtıma ilişkin sınırlamalar getirilmiş olmasının mefhumu muhalifinden hareketle reklam serbestisinin var olduğu sınırlamaların ise istisnai olarak düzenlendiği izlenimi verilmektedir. Oysa kanun ve yönetmelikte reklam yasağına yer verilmek suretiyle arabulucuların kendilerini tanıtımaya yönelik basılı evrak, levha ve internet siteleri belirli bir disiplin altına alınmaya çalışılarak, kamu hizmeti

¹Kararın künyesi: Danıştay 10. Daire 2018/62 E. 16/07/2018 T.

niteliği taşıyan arabuluculuk mesleğine mensup olanlar arasında ne suretle olursa olsun, medya veya diğer mecralarda reklam sayılabilecek her türlü girişim ve eylemde bulunmalarının önlenmesinin amaçlandığı görüldüğünden, kanun ve yönetmelikte yer alan mutlak reklam yasağı düzenlemeleri karşısında meslek kurallarının reklama ilişkin 8. maddesinin 3. 4 ve 5. fıkraları mevzuata uygun bulunmamıştır."

Danıştay'ın yürütmenin durdurulması kararı neticesinde halihazırda arabulucuların reklam yasağı geçerliliğini korumaya devam etmektedir. Yürütmesi durdurulan TAEK'in 8. maddesi yerine yeni bir düzenleme getirilmiş değildir.

2.2.3.6 Tarafların Aydınlatılması

Tarafların aydınlatılması HUAK'da 11. maddede, HUAKY'de ise 13. maddede düzenlenmiştir.

Arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin başında, tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve hukuki sonuçları hakkında, şahsen ve gerektiği gibi aydınlatmakla yükümlüdür. (HUAKY m. 13/1)

Arabulucu, arabuluculuk yoluyla çözümlenen hukuki uyuşmazlıklar ve arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların anlaşmaya varması durumunda düzenlenecek olan anlaşma belgesi ile icra edilebilirliğin nitelik ve hukuki sonuçları hakkında tarafları bilgilendirir. (HUAKY m. 13/2)

Arabuluculuk süreci taraflar arasındaki iletişim ve müzakereye dayandığından tarafların tam anlamıyla bilgilendirilmesi oldukça önemlidir. Söz konusu bilgilendirmeyi gerçekleştirirken arabulucu eşitlik ve gizlilik ilkelerini de göz önüne alarak süreci yönetmelidir.

2.2.3.7 Aidat Ödenmesi

Aidat ödenmesi HUAK'da 12. maddede, HUAKY'de ise 14. maddede düzenlenmiştir.

Arabuluculardan sicile kayıtlarında giriş aidatı ve her yıl için yıllık aidat alınmaktadır. Aidatlar Maliye Bakanlığı'na ödenmekte ve her yıl için kurul tarafından belirlenmektedir. Giriş aidatı ve yıllık aidatlar genel bütçeye gelir kaydedilir ve yıllık aidat her yılın Haziran ayı sonuna kadar ödenir. (HUAKY m. 14)

2.2.3.8 Belge Saklama Yükümlülüğü

Belge saklama yükümlülüğü HUAK'ın 17. maddesinin 4. fıkrasında, HUAKY'nin ise 20. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiştir.

Söz konusu düzenleme gereğince arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi halinde, arabulucu, bu faaliyete ilişkin kendisine yapılan bildirim, tevdi edilen ve elinde bulunan belgeleri, düzenlediği tutanağı beş yıl süre ile saklamak zorundadır.

2.2.4 Arabuluculuk Süreci

Arabuluculuk sürecinin temel ilkeleri ve arabulucunun hak ve yükümlülükleri esasında arabuluculuk süreci ile ilgili pek çok ipucunu içermektedir. Bu bölümde yukarıda açıkladığımız temel ilkeler ile hak ve yükümlülükler çerçevesinde Türkiye'de arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi süreci açıklanacaktır.

İradilik ilkesinin bir yansıması olarak HUAK'ın 13, HUAKY'nin ise 15. maddesi gereğince taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir. Yani arabuluculuk sürecine başlamak uyuşmazlık çözüme kavuşuncaya dek hemen her aşamada mümkündür. Ancak söz konusu serbesti uyuşmazlığın sürüncemede kalmasına sebebiyet verebileceğinden süreç ile ilgili bazı kısıtlamalar da mevcuttur.

Taraflardan birisinin arabulucuya başvurusu halinde karşı tarafın söz konusu teklifi kabulü süre ile sınırlıdır. Aksi kararlaştırılmadıkça taraflardan birinin arabulucuya başvuru teklifine otuz gün içinde olumlu cevap verilmez ise bu teklif reddedilmiş sayılır. (HUAKY m. 15/2)

2.2.4.1 Arabulucunun Seçimi

Arabuluculuk sürecine başlama kararı alındıktan sonraki aşama arabulucunun belirlenmesi aşamasıdır.

HUAK'ın 14 ve 15, HUAKY'nin ise 16. maddesi gereğince başkaca bir usul kararlaştırılmadıkça arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir. Söz konusu husus iradilik ilkesinin doğal sonucudur. Ancak aşağıda açıklanacak olan zorunlu ya da dava şartı ara-

buluculuk sürecinde söz konusu durumun istisnasının bulunduğunu da belirtmek gerekir.

2.2.4.2 Taraf Teşkili

Arabulucunun seçimi aşamasının ardından tarafların bir araya geleceği safhaya yani taraf teşkili aşamasına geçilmektedir. Peki arabuluculuk sürecine dahil olabilecek taraflar kimlerdir?

Bu sorunun cevabı hem HUAK hem de HUAKY’de açık şekilde cevaplandırılmıştır. HUAKY’nin 17. maddesinin 8. fıkrası gereğince arabuluculuk müzakerelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler. Uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişiler de müzakerelerde hazır bulundurulabilir. Söz konusu maddeden görüldüğü üzere arabuluculuk sürecine taraflar bizzat katılmak yerine kanuni temsilcileri ya da avukatları aracılığıyla da katılabilmektedir. Düzenleme ile ayrıca uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişilerin de müzakerelerde hazır bulunabileceği belirtilerek sürece katkı sağlayabilecek kişiler konusunda arabulucuya bir takdir hakkı da tanınmıştır. Arabulucu sürece dahil olmak isteyen üçüncü kişinin uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişi olup olmadığını takdir ederek süreci devam ettirecektir.

Arabuluculuk sürecinde tarafların belirlenmesinden sonraki aşama tarafların arabuluculuğa davet edilmesidir. HUAK’ın 15, HUAKY’nin ise 17. maddesi gereğince arabulucu, seçildikten sonra tarafları en kısa sürede ilk toplantıya davet eder. Taraflar, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabilirler. (HUAKY m. 17/2) Arabulucunun taraflarla her türlü iletişim aracı aracılığıyla iletişim kurabilme hakkı bulunduğu düşünüldüğünden sürece davetin de her türlü iletişim aracı aracılığıyla yapılmasının mümkün olduğunu söyleyebilmek mümkündür.

HUAK’ın 16, HUAKY’nin ise 19. maddesi gereğince arabuluculuk süreci, dava açılmadan önce arabulucuya başvuru halinde, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Dava açılmasından sonra arabulucuya başvuru halinde ise bu süreç, mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da du-

ruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar.

Arabuluculuk süreci zaman açısından sınırlandırılrsa da zamanaşımı veya hak düşürücü sürelerin önemli olduğu uyuşmazlıklarda tarafların arabuluculuk sürecinden çekinmesi söz konusu olabilecektir. Bu durumu önlemek amacıyla arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmamaktadır. (HUKUKY m. 19/2) Böylelikle tarafların uğraması muhtemel zararlar en baştan önlenmektedir.

Bununla birlikte yargılama sürecinde tarafların arabulucuya başvurmayı istemeleri halinde de arabuluculuk süreci bekletici mesele yapılarak tarafların zarar görmesinin önüne geçilmektedir. Dava açıldıktan sonra tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri halinde yargılama, mahkemece üç ayı geçmemek üzere ertelenmektedir. Bu süre, tarafların birlikte başvurusu üzerine üç aya kadar uzatılabilmektedir. (HUKUKY m. 17/7)

Taraflarca kararlaştırılmamışsa arabulucu uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözülmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür. (HUKUKY m. 17/3)

Niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hakim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz. (HUKUKY m. 17/4) Arabuluculuk süreci bir yargılama faaliyeti değildir. Yukarıda belirtildiği üzere arabuluculuk bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Dolayısıyla niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hakim tarafından yapılabilecek işlemlerin arabulucu tarafından yapılamaması arabuluculuğun niteliğinin doğal bir sonucudur.

Arabulucu, arabuluculuk sürecini yürütürken tarafların temel çıkar ve gereksinimlerini ortaya koymaları ve bu doğrultuda menfaat temelli anlaşma sağlamaları için çaba gösterir. Arabulucu bu aşamada çözüm önerisinde bulunamaz. Ancak tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde arabulucu menfaat temelli bir çözüm önerisinde bulunabilir. Bununla beraber tarafları bir çözüm önerisi ya da öneriler dizisini kabule zorlayamaz. Ancak, taraflardan birinin uyuşmazlığın çözümü bağlamında sunmuş olduğu bir önerinin arabulucu tarafından, diğer tarafa iletilmesi ve onun bu konudaki beyanının alınması bu kapsamda değerlendirilemez. (HUKUKY m. 17/6) Ancak arabulucunun taraflara hukuki tavsiyelerde bulunabilmesi de mümkün değildir. HUKUKY'nin 17. maddesinin 5.

fikrası gereğince tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması halinde arabulucu bir çözüm önerisinde bulunabilir ancak arabulucu, sürecin yürütülmesi sırasında, taraflara hukuki tavsiyelerde bulunamaz.

2.2.4.3 İdarenin Arabuluculuk Sürecine Katılımı

Arabuluculuk süreci sadece gerçek kişiler arasında gerçekleştirilebilecek bir süreç değildir. İdarenin de arabuluculuk sürecine taraf olabilmesi mümkündür. Ancak söz konusu durumda idarenin kim tarafından temsil edileceği sorusu gündeme gelmektedir.

HUAK'ın 15, HUAKY'nin ise 18. maddesi gereğince arabuluculuk müzakerelerinde idareyi, üst yönetici tarafından belirlenen iki üye ile hukuk birimi amiri veya onun belirleyeceği bir avukat ya da hukuk müşavirinden oluşan komisyon temsil eder. Hukuk biriminin veya kurum avukatının olmadığı hallerde komisyon üyelerinin tamamı üst yönetici tarafından belirlenir. Yedek komisyon üyeleri de aynı usulle seçilir. Komisyon kendisini vekil ile temsil ettiremez.

Komisyon üyelerinin görev süresi 2 yıldır. Komisyon, arabuluculuk müzakereleri sonunda gerekçeli bir rapor düzenler ve beş yıl boyunca saklar. (HUAKY m. 18/3-6)

Komisyon üyelerinin arabuluculuk faaliyeti kapsamında yaptıkları işler ve aldıkları kararlar sebebiyle açılacak tazminat davaları, ancak Devlet aleyhine açılabilir. Devlet ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan üyelere ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu eder. (HUAKY m. 18/8)

2.2.4.4 Sürecin Sona Ermesi

Arabulucuk yoluna başvurmaya karar verilmesi, arabulucunun seçimi ve taraf teşkili neticesinde sürdürülen sürecin son aşaması HUAK'ın 17, HUAKY'nin ise 20. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme gereğince arabuluculuk süreci beş ihtimalde sona erebilmektedir. Bu durumlar aşağıdaki gibidir:

1. Tarafların anlaşmaya varması
2. Taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi

3. Taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi
4. Tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi
5. Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığına tespit edilmesi

Arabuluculuk süreci yukarıda belirtilen sebeplerden hangisi neticesinde biterse bitsin süreç sonucunda arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanır. Belge; taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanmazsa, sebebi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanır. (HUKUK m. 20/2)

Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen son tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir. Arabulucu, bu tutanak ve sonuçları konusunda taraflara gerekli açıklamaları yapar. (HUKUK m. 20/3)

Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi halinde, arabulucu, bu faaliyete ilişkin kendisine yapılan bildirim, tevdi edilen ve elinde bulunan belgeleri ve son tutanağı beş yıl süre ile saklamak zorundadır. Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlediği son tutanağın birer örneğini taraflara verir, bir örneğini de arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde Genel Müdürlüğe gönderir. (HUKUK m. 20/4)

Arabulucu, arabuluculuk sürecinde hukuki ve fiili sebeplerle görevini yapamayacak hâle gelirse, tarafların üzerinde anlaştığı yeni bir arabulucu ile süreç kaldığı yerden devam ettirilebilir. Önceki yapılan işlemler geçerliliğini korur. (HUKUK m. 20/5)

Görüldüğü üzere sürecin hangi sebeple sona erdiğine bakılmaksızın arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi halinde arabulucu tarafından son tutanağın düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak sona erme şekline göre, örneğin tarafların anlaşmaya varması halinde, anlaşma belgesi gibi diğer evrakların düzenlenmesi gerekebilmektedir. Aşağıda arabuluculuk sürecinin sona erdiği beş ihtimal açıklanacaktır.

1. Tarafların Anlaşmaya Varması

Tarafların anlaşmaya varması sürecin olumlu sonuçlandığı ve uyuşmazlığın çözüme kavuştuğu anlamına gelmektedir. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılamaz. (HUKUK m. 21/7)

HUAK'ın 18, HUAKY'nin ise 21. maddesi gereğince arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir. Anlaşma belgesi düzenlenmesi halinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır.

Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya vardığında, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır. (HUAKY m. 21/2-3-4) Ancak taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır. (HUAKY m. 21/6)

İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır. (HUAKY m. 21/5)

2. Taraflara Danışıldıktan Sonra Arabuluculuk İçin Daha Fazla Çaba Sarf Edilmesinin Gereksiz Olduğunun Arabulucu Tarafından Tespit Edilmesi

Arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi hali arabulucunun takdir hakkı neticesinde sürecin sona erdirilebildiği hallerdendir. Düzenlemeden de anlaşıldığı üzere arabulucu taraflara sadece danışmakla yükümlü olup nihai karar kendisine aittir.

3. Taraflardan Birinin Karşı Tarafa veya Arabulucuya, Arabuluculuk Faaliyetinden Çekildiğini Bildirmesi

Taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi sürecin katılımcılardan biri tarafından tek taraflı olarak sona erdirilmesidir. Söz konusu durum iradilik ilkesinin bir sonucudur. Zira iradilik ilkesi gereğince taraflar süreci istedikleri zaman sona erdirebilmektedir.

4. Tarafların Anlaşarak Arabuluculuk Faaliyetini Sona Erdirmesi

Tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi her iki tarafın da arabulu-

culuk sürecinden çıkmak istemesi anlamına gelmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu durum da iradilik ilkesinin sonuçlarından birisidir.

5. Uyuşmazlığın Arabuluculuğa Elverişli Olmadığının Tespit Edilmesi

Arabuluculuk yolu uygulama imkanı açısından geniş imkanlara sahip olsa da hem mevzuat hem de nitelik itibariyle bazı uyuşmazlıklarda arabuluculuk yoluna başvurma imkanı bulunmamaktadır.

HUAK'nın 1. maddesi gereğince arabuluculuk, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesinde uygulanır. Söz konusu tanım oldukça geniş olmakla birlikte tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir iş ya da işlem yoksa ya da uyuşmazlık özel hukuk uyuşmazlığı değilse arabuluculuğun uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Bununla birlikte aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar da arabuluculuğa elverişli değildir.

2.3. ZORUNLU ARABULUCULUK

Arabuluculuğun türleri bölümünde bahsettiğimiz üzere zorunlu arabuluculuk mevzuat gereği arabuluculuk yoluna başvurma zorunlu, diğer bir deyişle, dava şartı olduğu arabuluculuk türüdür.

Arabuluculuk kurumunun Türkiye uygulamasında belirli uyuşmazlık türlerinde zorunlu arabuluculuk mevcuttur. Bu bölümde öncelikle HUAK ve HUAKY çerçevesinde zorunlu arabuluculuğun genel süreci açıklandıktan sonra özel kanunlarda yer alan zorunlu arabuluculuk uygulamalarına değinilecektir.

2.3.1 Zorunlu Arabuluculuk Süreci

Zorunlu arabuluculuk süreci HUAK'da "Dava Şartı Olarak Arabuluculuk" başlığı ile 18/A maddede, HUAKY'de ise 22. maddede düzenlenmiştir.

Zorunlu arabuluculuk kurumu HUAK'ın ilk halinde mevcut değildir. HUAK'a eklenmesi 06/12/2018 tarihli ve 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un 23. maddesi ile gerçekleşmiş ve madde 18/A olarak HUAK'da yer edinmiştir. HUAKY hükümlerinin daha ayrıntılı ve uygulamaya yönelik olması nedeniyle açıklamalarda HUAKY temel alınmıştır.

tır.

Zorunlu arabuluculuk süreci de ihtiyari arabuluculuk ile temel olarak aynıdır. En temel fark ihtiyari arabuluculukta taraflar kendileri arabuluculuk yoluna başvurmayı seçerken zorunlu arabuluculukta kanun gereğince taraflar istemese dahi arabuluculuk sürecinin denemesinin zorunlu olmasıdır. HUAKY’de açıklandığı şekliyle zorunlu arabuluculuk süreci şu şekildedir:

2.3.1.1 Arabuluculuk Yoluna Başvurulması

Arabulucuya başvurulmuş olmasının kanunla dava şartı olarak düzenlendiği durumlarda davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. (HUAKY m. 22/1) Dolayısıyla zorunlu arabuluculuk kapsamına giren bir uyuşmazlık hakkında dava açmak isteyen bir kişi öncelikle arabuluculuk yoluna başvurarak süreç sonunda alacağı son tutanağı mahkemeye ibraz etmek zorundadır.

Başvuru karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki adliye arabuluculuk bürosuna yapılır. (HUAKY m. 23/1) Başvuru, dilekçe ile veya bürolarda bulunan formların doldurulması suretiyle yahut elektronik ortamda yapılabilir. Arabuluculuk başvurusu sırasında başvurandan, uyuşmazlık konusuna ilişkin hususların açıklanması istenir. (HUAKY m. 23/3-4) Başvuran taraf, kendisine ve elinde bulunması hâlinde karşı tarafa ait her türlü iletişim bilgisini adliye arabuluculuk bürosuna verir. Adliye arabuluculuk bürosu, tarafların resmi kayıtlarda yer alan iletişim bilgilerini araştırmaya da yetkilidir. İlgili kurum ve kuruluşlar, uyuşmazlık konusuyla sınırlı olmak üzere adliye arabuluculuk bürosu tarafından talep edilen iletişim bilgilerini vermekle yükümlüdür. (HUAKY m. 24/2)

Dava açılırken son tutanağın dava dilekçesine eklenmesi zorunluluğuna uyulmaması halinde mahkeme davacıya son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren bir davetiye gönderir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. (HUAKY m. 22/2) Bu usul dava açılırken herhangi bir sebepten dolayı son tutanağın dava dilekçesine eklenmemiş olduğu durumlar için geçerlidir. Eğer dava dilekçesi içeriğinden açıkça arabulucuya başvurulmadan dava

açıldığı anlaşılıyorsa HUAKY'nin 22. maddesinin 3. fıkrası gereğince derhal herhangi bir usuli işlem ve duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilmektedir.

2.3.1.2 Arabulucunun Seçimi

İhtiyari arabuluculukta arabulucuyu taraflar serbestce seçmekte iken zorunlu arabuluculukta kural olarak arabulucu, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu başkanlıklarına bildirilen listeden adliye arabuluculuk bürosu tarafından puanlama yöntemiyle belirlenmektedir. (HUAKY m. 24/1)

Bununla birlikte taraf iradeleri tamamen ortadan kaldırılmamaktadır. Eğer taraflar listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde başvuru sırasında anlaşılırsa taraflar veya tarafların imzasını taşıyan bir tutanakla beraber üzerinde anlaşılan arabulucu durumu adliye arabuluculuk bürosuna bildirdiğinde bu arabulucu görevlendirilmektedir. Ancak söz konusu arabulucunun ilgili listede yer alması şarttır. (HUAKY m. 24/1)

2.3.1.3 Taraf Teşkili

Arabulucu seçimi aşaması tamamlandıktan sonraki aşama sürecin başlayabilmesi için arabulucunun taraflar ile iletişime geçtiği taraf teşkili aşamasıdır. Bu aşamada taraflara ait iletişim bilgileri görevlendirilen arabulucuya adliye arabuluculuk bürosu tarafından verilir. Arabulucu bu iletişim bilgilerini esas alır, ihtiyaç duyduğunda kendiliğinden araştırma da yapabilir. Elindeki bilgiler itibarıyla her türlü iletişim vasıtasını kullanarak görevlendirme konusunda tarafları bilgilendirir ve ilk toplantıya tarafları ve varsa avukatlarını birlikte davet eder. Bilgilendirme ve davete ilişkin işlemlerini belgeye bağlar. (HUAKY m. 24/3)

Arabulucu taraflara ulaşamaması hâlinde, ulaşmak için hangi yolları denediğini ve hangi sebeplerle ulaşamadığını son tutanakta belirtir. (HUAKY m. 24/3)

Arabuluculuk görüşmelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilir. İdareler ise oluşturacakları komisyon aracılığıyla katılabilirler. İşverenin adi veya resmi yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanı da görüşmelerde işvereni temsil edebilir ve son tutanağı imzalayabilir. (HUAKY m. 25/1)

Arabulucu adliye arabuluculuk bürosu tarafından görevlendirilip taraflarla iletişim

kurduktan sonra ilk önce başvuran taraftan başlamak üzere asiller ile ön görüşme yapar, başvurucudan ve diğer taraftan uyuşmazlığın esasını öğrenir, asillere arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında bilgi verip, arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığın çözümünün ekonomik, sosyal ve psikolojik faydalarının olduğunu hatırlatarak onları bilgilendirir. Asilleri ilk oturuma varsa vekilleri ile birlikte davet eder. (HUAKEY m. 25/2)

Arabulucu ilk oturum davetini yaparken toplantı tarihi ve yerinin belirlenmesi konusunda taraflar ile iletişim kurar. Taraflarla yaptığı görüşme sonucunda bir mutabakat sağlanamazsa toplantı tarihini ve yerini kendisi belirler. (HUAKEY m. 25/3)

Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hallerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilir. Sürenin sonucunda arabulucu anlaşamama yönünde re'sen son tutanağı düzenler. (HUAKEY m. 25/5)

Tarafların uyuşmazlık konusunda anlaşmaları veya kısmen anlaşmaları hâlinde süreç anlaşma son tutanağı ile sonuçlandırılır. Bunların haricindeki her durumda taraflar anlaşmamış sayılır ve anlaşmama son tutanağı düzenlenir. (HUAKEY m. 25/6)

Tarafların arabuluculuk sürecinde ileri sürülen taleplerden bir kısmı üzerinde anlaşmaya varmaları hâlinde, üzerinde anlaşma sağlanan ve sağlanamayan hususlar son tutanakta açıkça belirtilir ve ücret taraflardan aksi kararlaştırılmadıkça eşitçe alınır. (HUAKEY m. 25/7)

Arabulucu, taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması, yapılan görüşmeler sonucunda veya kanunda belirtilen süre içerisinde anlaşmaya varılamaması yahut varılması hallerinde arabuluculuk faaliyetini sona erdirir ve son tutanağı düzenleyerek durumu derhal adliye arabuluculuk bürosuna bildirir. (HUAKEY m. 25/8)

Zorunlu arabuluculuğun ihtiyari arabulucuktan dava sürecindeki en önemli farkı tarafların toplantıya katılmaya teşvik edilme şeklidir. Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez. (HUAKEY m. 25/9) Görüldüğü üzere söz konusu düzenleme ile tarafları arabuluculuk sürecine katılmaya teşvik amacıyla bir nevi cezai şart getirilmiştir. Dava sonucunda davalı taraf haklı çıksa bile eğer geçerli bir ma-

zereti olmaksızın arabuluculuk sürecine katılmamış ise yargılama giderlerine mahkum olmakta ve lehine karşı vekalet ücretine de hükmedilmemektedir.

Eğer toplantıya her iki taraf da katılmamış ise bu sebeple sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır. Arabulucu tarafları ilk toplantıya her türlü iletişim aracıyla davet ettiğini belgelerle gösterir. Arabulucunun düzenlediği belgeler geçerli mazeretin değerlendirilmesinde esas alınır. (HUKUK m. 25/9)

Tarafların anlaşmaları halinde arabuluculuk ücreti konusunda zorunlu arabuluculuk ile ihtiyari arabuluculuk arasında fark yoktur. Tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda tamamen veya kısmen anlaşmaları hâlinde, arabuluculuk ücreti, AAÜT'nin ikinci kısmına göre aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde karşılanır. Bu durumda ücret, AAÜT'nin birinci kısmında belirlenen iki saatlik ücret tutarından az olamaz. İşe iade talebiyle yapılan görüşmelerde tarafların anlaşmaları durumunda, arabulucuya ödenecek ücretin belirlenmesinde işçiye işe başlatılmaması hâlinde ödenecek tazminat miktarı ile çalıştırılmadığı süre için ödenecek ücret ve diğer haklarının toplamı, AAÜT'nin ikinci kısmı uyarınca üzerinde anlaşılan miktar olarak kabul edilir. (HUKUK m. 26/1)

Ancak tarafların anlaşamama halinde ödenecek olan arabuluculuk ücreti zorunlu arabuluculukta sistem olarak oldukça farklıdır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşamamaları hâlinde iki saatlik ücret tutarı AAÜT'nin birinci kısmına göre bakanlık bütçesinden ödenir. İki saatten fazla süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâlinde ise iki saati aşan kısma ilişkin ücret aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde, AAÜT'nin birinci kısmına göre karşılanır. Bakanlık bütçesinden ödenen ve taraflarca karşılanan arabuluculuk ücreti, yargılama giderlerinden sayılır. Dava açılması hâlinde mahkeme tarafından dava öncesi ödenen arabuluculuk ücretlerine ilişkin makbuz dosyaya eklenir. Yargılama giderleri olarak hükmedilen tutar 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil edilir. (HUKUK m. 26/2)

Zorunlu arabuluculukta da ihtiyari arabuluculukta olduğu gibi sürecin sehven kayıt, mükerrer kayıt veya arabuluculuğa elverişli olmama nedeniyle sona erdirilmesi hallerinde arabulucuya ücret ödenmez. (HUKUK m. 26/3)

Adliye arabuluculuk bürosu tarafından yapılması gereken zaruri giderler; arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde anlaşma uyarınca taraflarca ödenmek,

anlaşmaya varılamaması hâlinde ise ileride haksız çıkacak taraftan tahsil olunmak üzere bakanlık bütçesinden karşılanır. Dava açılması hâlinde mahkeme tarafından, yapılan zorunlu giderlere ilişkin makbuz dosyaya eklenir. Yargılama giderleri olarak hükmedilen tutar 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil edilir. (HUKUK m. 26/4)

Arabulucu olarak kamu görevlilerinin de görev alabilmesi mümkündür. Kamu görevlileri tarafından yürütülen arabuluculuk faaliyetleri sonucunda taraflarca anlaşılan ya da AAÜT'ye göre tahakkuk edecek arabuluculuk ücreti, arabulucunun listesinde yer aldığı komisyona bağlı adliye arabuluculuk bürosu veya adliye arabuluculuk bürosu bulunmayan yerde sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne arabulucu tarafından bildirilir. Taraflar, arabulucu ücretini belirlenen tarihte adliye arabuluculuk bürosu veznesine yatırır. Adliye arabuluculuk bürosu yasal kesintileri yaptıktan sonra arabulucunun bildirmiş olduğu banka hesabına havale eder. Dava şartı olan arabuluculukta anlaşamama hâlinde düzenlenen sarf kararı gereğince ücret Cumhuriyet savcılığınca arabulucunun banka hesabına yatırılır. (HUKUK m. 26/6)

Zorunlu arabuluculukta da adliye arabuluculuk bürosuna başvurulmasından, son tutanığın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede uyuşmazlık konusu hususlarda zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez. (HUKUK m. 27/1)

Arabuluculuk görüşmeleri, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, arabulucuyu görevlendiren adliye arabuluculuk bürosunun bağlı bulunduğu adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonunun yetki alanı içinde yürütülür. (HUKUK m. 28/1)

Adliye arabuluculuk bürosunca yapılan atamalarda her dosya için arabulucuya puan verilir, puanlama ve atama usulü ile performans kriterleri Daire Başkanlığı tarafından belirlenir. (HUKUK m. 28/3)

2.3.2 Zorunlu Arabuluculuk Sisteminin Uygulandığı Alanlar

Daha önce de belirttiğimiz üzere arabuluculukta esas olan iradilik yani ihtiyari arabuluculuktur. Ancak mevzuatta belirtilen hallerde zorunlu arabuluculuk sistemi ülkemizde uygulanmaktadır.

Mevzuatta zorunlu arabuluculuk sisteminin öngörüldüğü alanlardan ilki iş hukuku alanıdır. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun (İMK) 3. maddesinde düzenlenen zorunlu arabuluculuk kurumu aynı kanunun 38. maddesi gereğince 01/01/2018 tarihinde yürür-

lge girerek iş hukukuna zorunlu arabuluculuk sistemini getirmiştir.

Mevzuatta zorunlu arabuluculuk sisteminin öngörüldüğü alanlardan ikincisi ise ticari davalardır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na (TTK) 06/12/2018 tarihli ve 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un 20. maddesi ile eklenen 5/A maddesi ile ticaret hukuku alanında da belirli uyuşmazlık türlerinde zorunlu arabuluculuk uygulaması başlatılmıştır.

Mevzuatta zorunlu arabuluculuk sisteminin öngörüldüğü alanlardan cs ise tüketici hukuku alanıdır. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a (TKHK) 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 59. maddesi ile eklenen 73/A maddesi ile tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk uygulaması başlatılmıştır.

Bu bölümde öncelikle iş hukuku alanındaki zorunlu arabuluculuk uygulaması incelen-dikten sonra ticaret hukuku alanında uygulanan zorunlu arabuluculuk ve tüketici hukuku alanında uygulanan zorunlu arabuluculuk açıklanacaktır.

2.3.2.1 İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk

İMK'de düzenlenen zorunlu arabuluculuk kurumu ve süreci HUAK ve HUAKY ile oldukça benzerdir. İMK'nin 3. maddesinin 21. fıkrası gereğince de İMK'de hüküm bulunmayan hallerde niteliğine uygun düştüğü ölçüde HUAK hükümleri uygulandığından bu bölümde sadece HUAK ve HUAKY'de yer alan hükümlerden farklılaşan noktalara değinilecektir.

İMK'nin 3. maddesi gereğince; kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

HUAKY'nin 22. maddesinin 1, 2 ve 3. fıkralarında yer alan arabuluculuğa ilişkin son tutanağın aslının ya da onaylı örneğinin dava dilekçesine eklenmesi ve devamındaki usul iş hukukunda da geçerlidir. Ancak iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında bu usul uygulanmamaktadır. (İMK m. 3/3) Dolayısıyla belirtilen davalar açılırken dava dilekçesine son tutanağın eklenme şartı bulunmamaktadır.

Asıl işveren ve alt işveren ilişkisinin varlığı halinde işe iade talebiyle arabulucuya

başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranmaktadır. (İMK m. 3/15) Dolayısıyla her iki işveren de sürecin olumlu sonuçlanması yönünde irade ortaya koymazsa arabuluculuk süreci başarı ile sonuçlanmış olmayacaktır.

Yukarıda yer alan usul 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'da düzenlenen gazeteci ile 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nda düzenlenen gemiadamı hakkında da uygulanmaktadır. (İMK m. 3/20) İş hukuku alanında özel olarak nitelendirilebilecek düzenlemeler içeren gazeteci veya gemiadamı mesleğini icra eden kişilerin kanun kapsamına giren uyuşmazlıklarında da zorunlu arabuluculuk uygulaması dava şartı olarak yer almaktadır.

2.3.2.2 Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 5/A maddesi gereğince "*Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.*"

Ticari dava genel olarak TTK'nin 4. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın;

1. Türk Ticaret Kanunu'nda,
2. Türk Medeni Kanunu'nun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ila 969 uncu maddelerinde,
3. Türk Borçlar Kanunu'nun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ila 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ila 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ila 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörülmüş bulunan 547 ila 554, havale hakkındaki 555 ila 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ila 580 inci maddelerinde,

4. Fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuatta,
5. Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde,
6. Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde,

öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır. Ancak, herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bundan istisnadır.

Görüldüğü üzere ticari dava tanım olarak oldukça geniş bir mevzuata atıf yapmakta ve bu sebeple de uygulama olarak geniş bir alana sahip bulunmaktadır.

Ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk sürecinin süresi daha uzun belirlenmiştir. TTK'nin 5/A maddesi gereğince arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir. Yani arabuluculuk süreci toplamda 8 hafta gibi bir süreyi kapsayabilmektedir.

Söz konusu fark haricinde ticari uyuşmazlıklardaki arabuluculuk sürecinde HUAK ve HUAKY'de belirtilen zorunlu arabuluculuk sürecine ilişkin hükümler uygulanmaktadır.

2.3.2.3 Tüketici Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk

TKHK'nın 73/A maddesi gereğince tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Ancak tüketici hukukunun kendine özgü yapısı gereğince her uyuşmazlık türü zorunlu arabuluculuk kapsamına alınmamıştır. Yine TKHK'nun 73/A maddesi gereğince;

1. Tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklarda
2. Tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlarda
3. Tüketici örgütleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile Bakanlığın; haksız ticari uygulamalar ve ticari reklamlara ilişkin hükümler dışında, genel olarak tüketicileri

ilgilendiren ve TKHK'ya aykırı bir durumun doğma tehlikesi olan hâllerde bunun önlenmesine veya durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı alınması veya hukuka aykırı durumun tespiti, önlenmesi veya durdurulması amacıyla tüketici mahkemelerinde açtığı davalarda

4. Satışa sunulan bir seri malın ayıplı olduğunun tespiti, üretiminin veya satışının durdurulması, ayıbın ortadan kaldırılması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması için Bakanlık, tüketiciler veya tüketici örgütlerinin açtıkları davalarda
5. Tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklarda

dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmamaktadır. Görüldüğü üzere söz konusu hükümle kanun koyucu tüketici hukukunun özüne uygun olarak tüketicinin hakkını aramasını zorlaştırabilecek uygulamalardan kaçınmış, halk sağlığı gibi hızlı müdahale edilmesi gereken alanlarda sürecin uzamasını önlemiştir. Bununla birlikte tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar istisna tutularak dolaylı şekilde bir parasal sınır da getirilmiştir. 2020 yılı itibarıyla

- 6.920 TL'nin altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetleri,
- Büyükşehir statüsünde olan illerde 6.920 TL ile 10.390 TL arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetleri,
- Büyükşehir statüsünde olmayan illerin merkezlerinde 10.390 TL'nin altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetleri,
- Büyükşehir statüsünde olmayan illere bağlı ilçelerde 6.920 TL ile 10.390 TL arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetleri

görevlidir. Dolayısıyla 10.390 TL ve üzerindeki uyuşmazlıklar 2020 yılı için zorunlu arabuluculuk kapsamındadır. Söz konusu miktarın altındaki uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvuru zorunlu değildir (Türkiye Cumhuriyeti Ticaret Bakanlığı, t.y.). Zorunlu arabuluculuğun söz konusu olduğu diğer alanlarda herhangi bir parasal sınır öngörülmesi değildir.

Tüketici hukuku alanında genel uygulamadan farklı olan bir başka hüküm de 73/A maddesinin ikinci fıkrasında yer almaktadır. Bilindiği üzere HUAK m. 18/11 gereğince taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle

arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tuta-
nakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama gide-
rinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez.
Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti
üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bıra-
kılır. TKHK'nın 73/A maddesinin ikinci fıkrası gereğince HUAK m. 18/11'de yer alan söz
konusu yaptırım tüketici aleyhine uygulanamamaktadır. Yani tüketici geçerli bir mazeret
göstermeksizin ilk toplantıya katılmadığında yargılama giderlerinden sorumlu olmamak-
tadır. Söz konusu zorunluluk karşı taraf için ise devam etmektedir. Karşı taraf geçerli bir
mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmadığında davada kısmen veya tamamen haklı
çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulacaktır.

Bununla birlikte arabuluculuk ücreti konusunda da kanun koyucu tüketiciye kolaylık
sağlamıştır. TKHK'nın 73/A maddesinin üçüncü fıkrası gereğince arabuluculuk faaliyeti
sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya ta-
rafların anlaşmaları ya da anlaşamamaları hâlinde tüketicinin ödemesi gereken arabulucu-
luk ücreti, Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanmaktadır. Böylece tüketici arabuluculuk
yoluna başvurmuş olması nedeniyle maddi olarak bir sorumluluk altına girmeyecektir.
Anlaşma sağlansa da sağlanmasa da arabuluculuk ücreti Adalet Bakanlığı bütçesinden
karşılanacaktır.

Söz konusu maddenin devamına bakıldığında karşı taraf açısından anlaşmayı teşvike
yönelik bir düzenleme getirildiği görülmektedir. TKHK'nın 73/A maddesinin dördüncü
fıkrası gereğince arabuluculuk faaliyeti sonunda açılan davanın tüketici lehine sonuçlan-
ması hâlinde arabuluculuk ücreti, 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre davalıdan tahsil
olunarak bütçeye gelir kaydedilmektedir. Görüldüğü üzere arabuluculuk aşamasında çe-
şitli nedenlerle anlaşmayı sağlamayan davalı dava sonunda haksız çıkar ise Adalet Bakan-
lığı'nın karşıladığı tüketicinin ödemesi gereken arabuluculuk ücreti Amme Alacaklarının
Tahsil Usulü Hakkında Kanun gereğince davalıdan tahsil edilmektedir. Söz konusu dü-
zenlemeyi davalı tarafı arabuluculuk aşamasında anlaşmaya yönlendirici bir düzenleme
olarak yorumlayabilmek mümkündür.

2.4. TÜRKİYE’DE ARABULUCU OLABİLMENİN ŞARTLARI VE ARABULUCULAR SİCİLİ

Türkiye’de arabuluculuk faaliyetinde bulunabilmek için arabulucular siciline kayıtlı olmak şarttır. Arabulucular sicili HUAK’ın beşinci, HUAKY’nin ise üçüncü bölümünde düzenlenmiştir.

Özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk yapma yetkisini kazanmış kişilerin sicilleri, sicil numarası verilmek suretiyle, Daire Başkanlığınca tutulur. (HUAKY m. 29/1) Sicilde kişinin ad ve soyadı, uzmanlık alanı, varsa diğer mesleği, iş adresi ve akademik unvanı gibi şahsi bilgileri yer alır. Bu bilgiler, Daire Başkanlığı internet sitesinde duyurulur. (HUAKY m. 29/2)

Arabulucular siciline kayıt olmak isteyen bir kişinin taşıması gereken şartlar HUAK’ın 20, HUAKY’nin ise 30. maddesinde sayılmıştır. Söz konusu maddelere göre arabulucular siciline kayıt olmak isteyen bir kişinin

1. Türk vatandaşı olması,
2. Mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olması,
3. Tam ehliyetli olması,
4. Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık, gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkûm olmaması,
5. Terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmaması,
6. Arabuluculuk eğitimini tamamlaması ve Bakanlıkça yapılan yazılı sınavda başarılı olması,

gerekmektedir. Söz konusu şartlardan biri ya da birkaçına sahip olmayan adayın arabulucular siciline kaydedilebilmesi dolayısıyla arabulucu olarak faaliyet gösterebilmesi mümkün değildir.

Yukarıda belirtilen şartlardan da görüldüğü üzere Türkiye’de sadece arabuluculuk eğitimi tamamlayıp Adalet Bakanlığı’na yapılan yazılı sınavda başarılı olan hukuk fakültesi mezunları arabulucu olabilmektedir. Dolayısıyla bu noktada incelenmesi gereken iki aşama ortaya çıkmaktadır. Bu aşamalardan ilki arabuluculuk eğitimidir.

Arabuluculuk eğitimi HUAK’ın 22, HUAKY’nin ise 32. maddesinde düzenlenmiştir. Arabuluculuk eğitimi, hukuk fakültesi mezunu ve beş yıllık mesleki kıdem kazanmış kişiler tarafından alınan, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi ile arabuluculuğun yerine getirilmesi için gerekli olan bilgi ve becerilerin kazanılmasını amaçlayan eğitimi ifade etmektedir.

Arabulucu olacak kişilere altmışsekiz saati teorik ve onaltı saati uygulamalı olmak üzere asgari toplam seksendört saat arabuluculuk eğitimi verilmektedir. (HUAKY m. 32/2) Arabuluculuk eğitimi derslerine ve çalışmalarına katılım zorunludur. Derslerin on ikide birine devam etmeyenlerin eğitim programıyla ilişkisi kesilmektedir. (HUAKY m. 32/4)

Arabulucu eğitimi tamamlandıktan sonra düzenli olarak üç yılda bir yenileme eğitimlerinin alınması gerekmektedir. (HUAKY m. 32/6)

Eğitimlerini başarı ile tamamlayan kişilere en geç bir ay içinde arabuluculuk eğitimini tamamladıklarına dair katılım belgesi verilmektedir. (HUAKY m. 33)

Arabulucu olmak isteyen aday eğitimini tamamladıktan sonra ikinci aşamaya geçmektedir. Söz konusu belgeyi alan arabulucu sicile kayıt olmadan önce yapılacak yazılı sınavda başarılı olmak zorundadır. (HUAKY m. 38) Sınavda yüz tam puan üzerinden en az yetmiş puan alması koşuluyla en yüksek puan alan adaydan başlamak üzere sınav ilanında belirtilen arabulucu ihtiyaç sayısı kadar aday, sınavda başarılı sayılır. Başarılı sayılan en düşük puanlı adayla aynı puanı alan adaylar da başarılı sayılır. (HUAKY m. 45)

Tüm bunlarla birlikte başvuru tarihi itibarıyla fiilen avukatlık mesleğini veya bir kamu görevini ifa etmeyen başvuru sahibinin, arabuluculuk mesleğini yapmasına ruhen ve bedenen engel bir halinin bulunmadığını sağlık kuruluşlarından alacağı rapor ile belgelenmesi gerekmektedir. (HUAKY m. 30/4)

Arabulucu, sicile kayıt tarihinden itibaren faaliyetine başlayabilir. (HUKAKY m. 30/7) Arabuluculuk için aranan koşulları taşımadığı hâlde sicile kaydedilen veya daha sonra bu koşulları kaybeden arabulucunun kaydı Daire Başkanlığınca silinir. Arabulucunun ölümü hâlinde de aynı işlem yapılır. (HUKAKY m. 31)

Eğer arabulucu kanunun öngördüğü yükümlülükleri önemli ölçüde veya sürekli yerine getirmiyor ise Daire Başkanlığı, arabulucuyu yazılı olarak uyarır; uyarıya uyulmaması hâlinde arabulucunun yazılı savunmasını ister. Bu işlemlerden sonra Daire Başkanlığı, gerekirse arabulucunun adının sicilden silinmesini Kuruldan talep eder. (HUKAKY m. 31/2) Görüldüğü üzere Daire Başkanlığı'nın söz konusu hüküm gereğince arabulucu üzerinde denetim yetkisinin bulunduğunu söyleyebilmek mümkündür.

2.5. ARABULUCULUĞUN TEŞKİLATLANMASI

Arabuluculuğun teşkilatlanması HUKAK'ın yedinci bölümünde, HUKAKY'nin ise dördüncü kısmında düzenlenmiştir.

Mevzuatta arabuluculuk kurumuna ilişkin olarak Daire Başkanlığı, Arabuluculuk Kurulu ve Adliye Arabuluculuk Bürosu'nun kurulması öngörülmüştür.

2.5.1 Arabuluculuk Daire Başkanlığı

Arabuluculuk Daire Başkanlığı, mevzuatta belirtilen görevleri yerine getirmek üzere Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde kurulmuş olan daire başkanlığıdır. (HUKAK m. 28/1) Bir daire başkanı, yeteri kadar tetkik hâkimi ve diğer personelden oluşmaktadır. (HUKAKY m. 52/1)

Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın görevleri şunlardır: (HUKAKY m. 53)

- Arabuluculuk hizmetlerinin düzenli ve verimli olarak yürütülmesini sağlamak
- Arabuluculukla ilgili yayın yapmak, bu konudaki bilimsel çalışmaları teşvik etmek ve desteklemek
- Kurulun çalışması ile ilgili her türlü karar ve işlemi yürütmek ve görevleri ile ilgili bakanlık, diğer kamu kurum ve kuruluşları, üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu yararına çalışan vakıf ve dernekler ile uygun görülen gönüllü gerçek ve tüzel kişilerle işbirliği yapmak
- Arabuluculuk kurumunun tanıtımını yapmak, bu konuda kamuoyunu bilgilendir-

mek, ulusal ve uluslararası kongre, sempozyum ve seminer gibi bilimsel organizasyonları düzenlemek veya desteklemek

- Ülke genelinde arabuluculuk uygulamalarını izlemek, ilgili istatistikleri tutmak ve yayımlamak
- Arabuluculuk eğitimi verecek kuruluşlar tarafından bu amaçla yapılan başvuru ile eğitim kuruluşları sicilindeki kaydın geçerlilik süresinin uzatılması talebinin karara bağlanmasını bakanlığın onayına sunmak, arabuluculuk eğitimi verecek eğitim kuruluşlarını listelemek ve elektronik ortamda yayımlamak
- Arabulucu sicilini tutmak, sicile kayıt taleplerini karara bağlamak, arabulucunun sicilden silinmesine karar vermek ve bu sicilde yer alan kişilere ilişkin bilgileri elektronik ortamda duyurmak
- Arabulucular tarafından arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen son tutanakların kayıtlarını tutmak ve birer örneklerini saklamak
- Görev alanına giren kanun ve düzenleyici işlemler hakkında inceleme ve araştırma yaparak genel müdürlüğe öneride bulunmak
- Yıllık faaliyet raporunu ve izleyen yıl faaliyet planını hazırlayarak kurulun bilgisine sunmak
- Yıllık Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi'ni hazırlamak

2.5.2 Arabuluculuk Kurulu

Arabuluculuk Kurulu, arabuluculuk hizmetlerine ilişkin olarak mevzuatta belirtilen görevleri yerine getirmek üzere Adalet Bakanlığı bünyesinde kurulmuş olan kuruldur. (HUKAK m. 28/2)

Kurul çok çeşitli kurum ve kuruluşların üyeleri ve temsilcilerinden oluşmaktadır. HUKAKY'nin 54. maddesi gereğince kurulun üyeleri aşağıdaki gibidir:

- Hukuk İşleri Genel Müdürü
- Arabuluculuk Daire Başkanı
- Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından hukuk mahkemelerinde görev yapmakta olan birinci sınıfa ayrılmış hâkimler arasından seçilecek iki hâkim
- Türkiye Barolar Birliğinden üç temsilci
- Türkiye Noterler Birliğinden bir temsilci

- Yükseköğretim Kurulu tarafından seçilen özel hukuk alanından bir öğretim üyesi
- Adalet Bakanı tarafından seçilecek üç arabulucu
- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinden bir temsilci
- Kendisine mensup işçi sayısı en çok olan üç işçi sendikaları konfederasyonunca seçilecek birer temsilci
- En çok işveren mensubu olan işveren sendikaları konfederasyonunca seçilecek bir temsilci
- Türkiye Esnaf ve Sanatkarları Konfederasyonundan bir temsilci
- Türkiye Adalet Akademisi Eğitim Merkezi Başkanı

Kurulun görevleri de yönetmelikte oldukça ayrıntılı şekilde belirtilmiştir. HUAKY'nin 55. maddesi gereğince kurulun görevleri aşağıdaki gibidir:

- Arabuluculuk hizmetlerine ilişkin temel ilkeler ile arabuluculuk meslek kurallarını belirlemek
- Arabuluculuk eğitime ve eğitim kuruluşlarının nitelikleri ile çalışma usul ve esaslarına yönelik ilke ve standartlar ile arabuluculuk eğitimi sonunda yapılacak olan sınava ilişkin temel ilke ve standartları tespit etmek
- Arabulucuların denetimine ilişkin kuralları belirlemek
- Kanuna göre çıkarılması gereken ve Genel Müdürlük tarafından hazırlanan yönetmelik taslaklarına, gerekirse değişiklik yaparak son şeklini vermek
- Eğitim kuruluşlarının eğitim izinlerini iptal etmek
- Arabulucunun sicilden silinmesine karar vermek
- Arabulucuların ödeyecekleri giriş aidatını ve yıllık aidatları tespit etmek
- Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesini gerekiyorsa değişiklik yapmak suretiyle onaylamak
- Daire Başkanlığı tarafından yürütülecek faaliyetlerin etkinliğini artırmak üzere tavsiyelerde bulunmak
- Daire Başkanlığının yıllık faaliyet raporu ve planı hakkında görüş bildirmek
- Daire Başkanlığının faaliyet planında yer alan konularla ilgili kurum ve kuruluşların uygulamaya sağlayabileceği katkıları belirlemek
- Arabuluculuk hizmetlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak gerek Daire Başkanlığınca bildirilen ve gerekse re'sen öğrenilen genel ve önemli sorunları görüşüp, çözüm

önerilerinde bulunmak

2.5.3 Adliye Arabuluculuk Büroları

Adliye Arabuluculuk Büroları, arabuluculuğa başvuranları bilgilendirmek, arabulucuları görevlendirmek ve verilen diğer görevleri yerine getirmek üzere Adalet Bakanlığı tarafından uygun görülen adliyelerde kurulmuş olan bürolardır. (HUAK m. 28/3) Adliye arabuluculuk büroları, Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenen sulh hukuk hâkiminin gözetim ve denetimi altında görev yapar. (HUAKEY m. 58)

2.6. ARABULUCULUK KURUMUNA GETİRİLEN ELEŞTİRİLER

Türkiye’de arabuluculuk kurumuna getirilen eleştirilere bakıldığında eleştirilerin temel noktasının zorunlu arabuluculuk uygulaması olduğu görülmektedir. Özellikle iş hukuku alanında getirilen zorunlu arabuluculuk uygulaması iş hukukunun temelinde yer alan işçinin korunması fikri çerçevesinde oldukça eleştirilmiştir. Eleştirilere ayrıntılı olarak yer verilmeden önce arabuluculuk uygulamasının getirilmesinin nedenlerinden biri olan mahkemelerin iş yükü konusuna değinmek gereklidir.

Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü’nün yayımladığı 2018 yılı adli istatistiklere baktığımızda hukuk mahkemelerinde 2018 yılında 1.987.121 davanın açıldığı, geçen sene devreden 1.609.231 ve bozularak gelen 104.913 dosya ile birlikte toplam 3.701.265 dosyalık iş yükünden yıl içerisinde 2.050.198 dosyanın karara bağlanarak 2019 yılına 1.651.067 dosyanın devredildiği görülmektedir (Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, t.y.: 141). Dosya sayısının her sene artarak devam ettiği görüldüğünden mahkemelerin iş yükünün oldukça fazla olduğunu söyleyebilmek mümkündür.

Arabuluculuk Daire Başkanlığı’nın yayımladığı istatistiklere baktığımızda ise 2013 ile 2019 yılları arasında ihtiyari arabuluculukta toplam 239.927 başvurunun 217.859’unun yani %97’sinin anlaşma ile sonuçlandığı görülmektedir (Arabuluculuk Daire Başkanlığı, t.y.-b). Dava şartı arabuluculuk uygulamasında ise iş hukuku alanında 2018 ile 2019 yılları arasında 739.255 uyuşmazlığın 460.090’ının yani %65’inin anlaşma ile sonuçlandığı (Arabuluculuk Daire Başkanlığı, t.y.-f), ticaret hukuku alanında ise 2019 yılında 146.413 uyuşmazlığın 73.046’sının yani %57’sinin anlaşma ile sonuçlandığı görülmektedir (Arabuluculuk Daire Başkanlığı, t.y.-e).

Yukarıda yer verilen istatistikler çerçevesinde arabuluculuk uygulamasının mahkemelerin iş yükünü azaltmaya kayda değer oranda katkı sağladığı açıkça görülmektedir. Ancak bununla birlikte uygulamanın eleştirilen pek çok yönü de bulunmaktadır.

Karacabey zorunlu arabulucuğu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin temel mantığı açısından eleştirmektedir. Karacabey'e göre (Karacabey, 2016: 464):

"Alternatif bir yol ya da yöntemden bahsedebilmek için, kişinin birisini seçmekte iradesinin belirleyici olacağı ve özgür kılınacağı en az iki seçeneğin söz konusu olması gerekliliği kaçınılmazdır. . . Ve fakat, belli bazı davalarda, hukuk uyuşmazlıklarında yargı yoluna başvurmada önce, arabulucuya müraaat etme ve orada tanımlanan prosedürü tamamlama gereği bir şart olarak dayatılırsa, bu taktirde arabuluculuk, alternatif bir yol ve seçenek olmaktan çıkar; usul hukukuna dair yeni bir kuruma, bir dava şartına dönüşür. . . "

Zorunlu arabuluculuk hakkında ayrıca arabuluculuğun temel ilkeleri ile çeliştiği, iş hukukunun ruhuna aykırı olduğu, bu yönüyle arabuluculuğun adalete ulaşma hakkı önünde bir engel teşkil edebileceği, yargı yoluna gidilebilmesi için yerine getirilmesi gereken bir işlem olarak görülebileceği şeklinde de eleştiriler mevcuttur (Peksan, Delen, & Yorgun, 2020: 325-326).

Özmumcu'ya göre zorunlu arabuluculuk, arabuluculuğun temelinde yer alan gönüllülük esası ile tezatlık teşkil etmektedir ve dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmanın zorunlu olması arabuluculuk süreci içerisinde tarafların anlaşmaya varmaya zorlanması gibi endişelerin doğmasına sebep olmaktadır (Özmumcu, 2016: 837-838).

Zorunlu arabuluculuk uygulamasının eleştirilen bir diğer yönü de arabulucuların iş yükünün de fazla olmasıdır. Yukarıda istatistiklere ilişkin bölümde bahsedildiği üzere 6 yıl içerisinde 1.000.000'a yakın dosya arabuluculuk sürecinden geçmiştir. Arabuluculuğun süre ile kısıtlı olması da göz önüne alındığında her dosyanın sağlıklı biçimde çözüme kavuşturulabilmesinin mümkün olmadığı görülmektedir (Erdoğan & Erzurumlu, 2016: 38).

Peksan, Delen ve Yorgun iş hukukunda zorunlu arabuluculuk uygulaması üzerinde yapmış oldukları çalışmada Türkiye'de arabuluculuk sürecine ilişkin sorunları 6 başlık altında toplamıştır (Peksan ve diğerleri., 2020: 328-337):

- Çalışmaya göre birinci sorun arabuluculuk sürecine katılan tarafların çoğu kez süreç hakkında hiçbir bilgiye sahip olmaması yani farkındalığının bulunmamasıdır.
- İkinci sorun uzlaşî kültürü ile ilgilidir. Buna göre taraflar uzlaşmaya yatkın değildir.
- Üçüncü sorun arabuluculuk sürecinin bir prosedür olarak algılanmasıdır. Söz konusu duruma eleştiriler arasında yer vermiş idik.
- Dördüncü sorun görüşmelere asillerin katılmaması ve vekillerin de çoğu durumda anlaşmaya yatkın olmamasıdır.
- Beşinci sorun işçi ve işveren arasındaki eşitlik sorunudur. Genellikle sürece vekil ile katılan işveren karşısında işçinin genellikle taviz vererek anlaşma sağlayabildiği çalışmanın sonuçları arasındadır.
- Son olarak altıncı sorun ise maddi ve teknik konulara ilişkindir. Süreç içerisinde masraf alınmasının zorluğu, arabulucuya yapılan ödemelerin düzensizliği, taraflara ulaşmada ve toplantı yeri ve saati kararlaştırmada yaşanan sorunlar bu kapsamdadır.

3.0. İNGİLİZ HUKUKUNDA ARABULUCULUK KURUMU

İngiliz hukukunda hukuk yargılamasının üç alternatifi bulunmaktadır. Bunlardan ilki tarafların kendi arasında görüşerek anlaşmaya varmasıdır. İkinci yol tahkimdir. Üçüncü yol ise arabuluculuktur (Andrews, 2012: 187).

Tarafların kendi arasında görüşmeler yaparak anlaşmaya varması İngiltere’de en yaygın olan uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Hukuk alanında açılan davaların büyük çoğunluğu duruşma aşamasına gelmeden çözümlenmektedir (Andrews, 2012: 187-188).

Bu bölümde arabuluculuk kurumunun İngiltere’deki gelişimi anlatıldıktan sonra mevzuat çerçevesinde arabuluculuk süreci ve arabulucu olabilmenin şartları açıklanacaktır.

3.1. ARABULUCULUK KURUMUNUN İNGİLTERE’DE GELİŞİMİ

1990’lı yıllarda İngiliz hukukunda köklü değişiklikler yaşanmıştır. Arabuluculuk kurumunun İngiltere’deki gelişimi de söz konusu değişiklik döneminde gerçekleşmiştir.

28 Mart 1994 tarihinde *Lord Chancellor*¹, *Lord Woolf*’u İngiltere ve Galler’de yürürlükte olan hukuk yargılamasına ilişkin kurallar ve usulleri incelemesi için görevlendirmiştir (“The Woolf Report”, 1995: 144). Söz konusu görev hukuk alanında hakim olan kriz algısı nedeniyle hukuk yargılamasının genel bir değerlendirmesine dönüşmüştür (Genn, 2012: 398-399). Adalete erişimi kolaylaştırmak ve yargılama giderlerini azaltmak, kuralların karmaşıklığını azaltarak terminolojiyi modernleştirmek ve uygulamada mevcut olan farklılıkları ortadan kaldırmak incelemenin amaçları arasında yer almıştır (“The Woolf Report”, 1995: 144).

İngiltere’de hukuk yargılamasına getirilen eleştiriler çok eskiye dayanmaktadır. 19. yüzyıldan beri mahkemeye erişim ve yargılamanın hızlanması konularında çeşitli değişikliklere gidilmiş, 20. yüzyılda bu konuda pek çok rapor hazırlanmıştır. 1989 yılında hukuk sistemi yeniden değerlendirmeye alınmış ve 1990 tarihli Mahkemeler ve Hukuk

¹*Lord Chancellor*, Başbakan’ın tavsiye üzerine Kraliçe tarafından atanan, Kabine’nin üst düzey üyesi ve Adalet Bakanı olan kişidir (UK Parliament, t.y.).

Hizmetleri Kanunu² ile yeni usul kuralları getirilmiş, *County Court*³ ve *High Court*⁴, un yargı çevresi ile ilişkisi düzenlenmiştir. Ancak yapılan söz konusu düzenlemeler mevcut olan kriz algısını ortadan kaldırmaya yetmemiştir (Genn, 2012: 399).

Genn, söz konusu kriz algısının kaynağının adli yardım konusu olduğunu ileri sürmektedir. 1980’li yıllardan itibaren hızlı şekilde artan adli yardım masrafları, 1990’lı yıllarda kontrol edilemez seviyelere çıkmıştır. Hukuk yargılaması alanında harcamaların kısılması konusundaki ilk sinyaller 1990 tarihli Mahkemeler ve Hukuk Hizmetleri Kanunu⁵ ile verilmiştir. Söz konusu kanun ile başarıya göre ücrete hak kazanmaya imkan tanınarak dava sonucuna katılma yasağı⁶ konusundaki yasaklar gevşetilmiştir (Genn, 2012: 399-400).

Lord Woolf ve danışmanları tarafından İngiliz hukuk sistemi oldukça hızlı şekilde gözden geçirilmiştir. Bir yıllık çalışma sonunda sunulan ara raporda problemlere ve nedenlerine yer verilmiş, değişim konusundaki ana önerilere değinilmiştir. Analiz sonucunda masraf, gecikme ve karmaşıklık konularının birbiri ile bağlantılı olduğu sonucuna varılmıştır. Çözüm olarak ise adli vaka yönetimi ve anlaşmanın özendirilmesi sunulmuştur. Ara rapordan bir sene sonra sunulan kesin raporda *High Court* ve *County Court* için birleştirilmiş usul kuralları ile birlikte önerilen reformların ayrıntısına yer verilmiştir (Genn, 2012: 401).

Lord Woolf kesin raporunda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ağırlık verilmesi gerektiğine vurgu yapmıştır. *Woolf*’a göre davalar son çare olmalı, her uyuşmazlık bir an önce anlaşmaya ulaştırılmalı, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri mutlaka denenmelidir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri yargılamaya göre daha az masraflı olması ve daha hızlı sonuç vermesi nedeniyle özendirilmelidir. Söz konusu özendirme, usul kanununa⁷ bazı durumlarda hakime tarafları alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yönlendirme yetkisinin verilmesi ve makul olmayan şekilde anlaşmayı reddeden tarafa yargılama giderlerinin yüklenmesi gibi farklı yollarla dolaylı olarak yansıtılmıştır. *Genn*’e

²*Courts and Legal Services Act of 1990*

³*County Court*, hukuk davaları ile ilgilenen mahkemelerdir. Hukuk uyuşmazlıklarının büyük bir çoğunluğu bu mahkemelerde çözümlenmektedir. Dava değeri yüksek olan ya da daha karmaşık olan davalar *High Court*’da açılabilir (Courts and Tribunals Judiciary, t.y.).

⁴*High Court*, bazı davalara ilk derece mahkemesi, bazı davalara ise temyiz mahkemesi görevi ile bakan mahkemelerdir. (Cambridge Dictionary, t.y.).

⁵*Courts and Legal Services Act of 1990*

⁶Hasıl-ı davaya iştirak yasağı, *champerty*.

⁷*Civil Procedure Rules*

göre *Lord Woolf*'un alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini zorunlu kılmak gibi bir amacı yoktur ancak bu uygulamalar tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini denemekten başka çareleri olmadığını düşünmelerine neden olabilecektir (Genn, 2012: 401-402).

Adalet alanındaki giderlerin ve adli yardım harcamalarının sürekli olarak artması sonucunda 1998 yılında hükümet, Yargıyı Modernleştirmek⁸ başlıklı sunuş belgesi⁹ ile uyuşmazlık çözümünde kullanılan çeşitli seçenekleri iyileştirmenin yollarını aradıklarını belirterek uyuşmazlık çözümünü mahkemeler dışına taşıyacaklarının sinyali vermiştir (Genn, 2012: 402).

Lord Woolf'un kesin raporu ve yeni Medeni Usul Kuralları¹⁰ 1996 yılında yayımlanmasına rağmen 1999 yılının Nisan ayına dek reformlar uygulamaya geçirilmemiştir. 1999 tarihli Adalet Erişim Yasası¹¹ ile adli yardım imkanı daraltılarak konusu para olan davaların büyük bir çoğunluğuna davanın kazanılması halinde ücrete hak kazanılması uygulaması¹² getirilmiştir. *Genn*'e göre bu durum hükümetin arabuluculuk masraflarını adli yardım sistemi içerisine dahil ederek arabuluculuk sistemine tarafları teşvik etme kararlılığının bir sonucudur. Ayrıca bu durum taraflara adli yardıma başvurmadan önce alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini denemeleri konusunda bir işaret de vermektedir (Genn, 2012: 403).

Arabuluculuk vurgusu Adalet Hizmetleri Komisyonu'nun¹³ Fon Yasası'nda¹⁴ da devam etmiştir. 2005 tarihli versiyonuna göre fon talebi; dava açmadan önce başvurulması gereken bir şikayet mekanizması, ombudsman sistemi ya da alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi bulunması halinde reddedilebilmektedir. Yasanın Karar Mercii Kılavuzu'nun¹⁵ alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi başlıklı bölümünde de her türlü alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminin dava ile en azından eşit geçerliliğe sahip olduğu belirtilmiş ve adli yardım kararının arabuluculuğa başvurma isteği ile bağlı olabileceği söylenmiştir (Genn, 2012: 403).

⁸*Modernising Justice*

⁹*white paper*

¹⁰*Civil Procedure Rules*

¹¹*Access to Justice Act 1999*

¹²*no win no fee*

¹³*Legal Services Commission*

¹⁴*Funding Code*

¹⁵*Decision-Making Guidance*

2007 yılında Temyiz Mahkemesi'nde¹⁶ görülen *Willis v. Nicolson*¹⁷ davasında *Buxton LJ* şu saptamaya yer vermiştir (Andrews, 2012: 194-195):

"İngiltere ve Galler'de hukuk yargılamasındaki yüksek maliyetler sadece belirli bir davadaki taraflar için değil yargılama sisteminin tümü için kaygı vericidir. Uyuşmazlığın tarafları uyuşmazlık konusunu mahkemeye gitmeden çözüme kavuşturmak konusunda teşvik edilmeli ise de bu teşvik yargılamayı sınırlandırıcı şekilde masraflı hale getirerek davacıları davasını dayandırdığı temele bakılmaksızın dava yolundan caydırmak şeklinde olmamalıdır."

İngiltere'de yargılama giderlerinin yüksek oluşuna dair *Campbell v MGN*¹⁸ davasını örnek göstermek mümkündür (Cortes, 2015: 4). Söz konusu dava manken *Naomi Campbell* tarafından hakkındaki uyuşturucu bağımlılığı haberleri ve uyuşturucu bağımlılarının katıldığı bir rehabilitasyon toplantısı çıkışında çekilen fotoğrafı nedeniyle zarar gördüğü iddiasıyla *Daily Mirror* gazetesine karşı açılmıştır (LawTeacher, t.y.). Dava sonucunda *Daily Mirror* gazetesi £3.000 tazminat ödemeye mahkum edilirken £1.000.000'den fazla olan yargılama giderlerini karşılamak durumunda da kalmıştır (Cortes, 2015: 4). Görüldüğü üzere İngiliz sisteminde yargılama giderlerinin dava sonucunda elde edilecek menfaatten kat kat fazla olabilmesi mümkündür.

İngiliz Hükümeti'nin 2012 yılında yayımladığı *County Court*lardaki Uyuşmazlıkların Çözümü¹⁹ başlıklı konsültasyon raporunda hedefin uyuşmazlıkların mahkemeye intikalinden önce bu noktaya gelmeyi önleyecek bir adalet sistemi oluşturmak olduğu ve davacıların ekonomik olarak makul olmadığı hallerde dava açmak yoluna gitmekten vazgeçeceği bir sistemin oluşturulması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Konsültasyon raporuna göre yeni sistem arabuluculuk gibi daha az masraflı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden herkesin faydalanabileceği şekilde olmalıdır (Cortes, 2015: 5).

Tüm bunlarla birlikte *Andrews*'a göre arabuluculuğun, sadece İngiltere özelinde değil, genel olarak yükselişi altı etmenden kaynaklanmaktadır (Andrews, 2012: 196):

- Birinci etmen yargılamanın sonucunun tahmin edilemez olmasıdır.

¹⁶*Court of Appeal*

¹⁷Kararın künyesi: *Willis v. Nicolson* [2007] EWCA Civ 199

¹⁸Kararın künyesi: [2005] UKHL 61; [2005] 1 WLR 3394; [2005] 4 All ER 793; [2006] EMLR 1; *The Times*, 21 October 2005

¹⁹*Solving Disputes in the County Courts*

- İkinci etmen yargılama sürecinin emek, zaman, para gerektirmesi ve kaygıya neden olmasıdır.
- Üçüncü etmen yargılama sürecinin, vekillerden farklı olarak, asıl taraflara çok kısıtlı şekilde doğrudan katılma imkanı tanınmasıdır.
- Dördüncü etmen yargılama sonucunda genellikle tek kazananın olmasıdır.
- Beşinci etmen yargılamanın kamuya açık olmasıdır.
- Altıncı etmen ise, her ne kadar detaylı kurallar ve uzlaştırıcı teamüller mevcut olsa da, yargılamanın özelde bir savaş gibi olmasıdır.

Görüldüğü üzere 1990'lı yıllarda başlayan çalışmaların bir sonucu olarak İngiltere'de hukuk sistemine dahil olan arabuluculuk kurumunun getirilme saiki konusunda farklı görüşler mevcut olsa da mevzuat hükümleri değerlendirildiğinde kanun koyucunun arabuluculuğu geniş bir alanda uygulama amacının bulunduğu açıkça görülmektedir.

3.2. MEVZUAT KAPSAMINDA ARABULUCULUK VE UYGULAMA

Arabuluculuk İngiltere'de servet yönetimi, tereke, taşınmaz, kira, ticaret, hakaret, iş, sigorta ve konut alanları dahil olmak üzere pek çok uyuşmazlık türünde uygulanmaktadır. Bununla birlikte resmi olmayan arabuluculuk ve bazı kolaylaştırma yöntemleri ile çözüme ulaşan pek çok tüketici uyuşmazlığı da mevcuttur (Cortes, 2015: 2).

Lord Woolf'un yapmış olduğu çalışmalar neticesinde yürürlüğe giren Medeni Usul Kuralları²⁰ ile arabuluculuk konusunda hukuk alanında temel ilkeler belirlenmiştir. Ancak İngiltere'de tek bir Arabuluculuk Kanunu bulunmamaktadır. Arabuluculuğa ilişkin düzenlemeler farklı kanunlar içerisinde dağılmış şekildedir.

Aşağıda Medeni Usul Kuralları'nın arabuluculuk ile ilgili hükümleri ve birbiri ile olan ilişkisi incelendikten sonra konularına göre arabuluculuk uygulamalarına değinilecektir.

3.2.1 Medeni Usul Kuralları

Medeni Usul Kuralları²¹, *Lord Woolf*'un yukarıda açıklanan çalışması sonucunda ortaya çıkan usul kurallarıdır. *County Court*, *High Court* ve Temyiz Mahkemesi'nin²² hukuk davalarında; iflas davaları ile aile ve evlat edinme davaları gibi istisnalar hariç olmak

²⁰*Civil Procedure Rules 1998*

²¹*Civil Procedure Rules 1998*

²²*Court of Appeal*

üzere, uygulanmaktadır. Medeni Usul Kuralları 26 Nisan 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir (Grainger, Fealy, & Spencer, 2000: 3).

Kural 1.1'e göre Medeni Usul Kuralları'nın amacı şu şekildedir: ²³

Üstün amaç

1.1. —(1) Bu kurallar, mahkemelerin davaları daha adil ve uygun masrafla sonuçlandırmasına imkan sağlama üstün amacını taşıyan yeni usul kanunlarıdır.

(2) Davaları adil sonuçlandırmak, uygulanabilir olduğu sürece,—

(a) tarafların eşit düzeyde olduğundan emin olmayı;

(b) gider tasarrufunu;

(c) Dava ile —

(i) konusunu oluşturan miktara uygun şekilde;

(ii) önemine uygun şekilde;

(iii) konusunun karmaşıklığına uygun şekilde; ve

(iv) tarafların mali durumuna uygun şekilde ilgilenmeyi;

(d) hızlı şekilde ve tam anlamıyla ilgilenmeyi;

(e) diğer davalara ayrılması gereken kaynakları da düşünerek mahkemenin kaynaklarının uygun bir miktarını davaya ayırmayı; ve

(f) kurallara, uygulama yönergelerine ve düzene uyulmasını sağlamayı da kapsar.

Grainger, Fealy ve Spencer'a göre Lord Woolf burada eski kuralların her olası so-

²³Medeni Usul Kuralları'nın değişiklikleri işlenmiş son hali mevcut olmadığından İngiliz Ulusal Arşivi'nin (*The National Archives*) resmi sitesi olan *legislation.gov.uk*'den alınan orijinal metin üzerine değişiklikler elle işlenmiştir. Değişiklikleri işlenmiş orijinal metin şu şekildedir:

The overriding objective

1.1.—(1) These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost.

(2) Dealing with a case justly includes, so far as is practicable—

(a) ensuring that the parties are on an equal footing;

(b) saving expense;

(c) dealing with the case in ways which are proportionate—

(i) to the amount of money involved;

(ii) to the importance of the case;

(iii) to the complexity of the issues; and

(iv) to the financial position of each party;

(d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly;

(e) allotting to it an appropriate share of the court's resources, while taking into account the need to allot resources to other cases; and

(f) enforcing compliance with rules, practice directions and orders.

nucu karşılama eğiliminin sonucu olan teknikaliteyi ve karmaşıklığı yermiştir. *Lord Woolf* çalışmasında olası tüm sonuçları cevaplamaya çalışmamıştır. *Lord Woolf*'un amacı mahkemelere, davanın taraflarına ve avukatlara genel seyri gösteren bir pusula vermektir (Grainger ve diğerleri., 2000: 8). Maddede "yeni usul kanunları" teriminin açıkça kullanılmasının sebebi de eski kurallara yapılabilecek atıfları engellemektir (Grainger ve diğerleri., 2000: 9).

Söz konusu maddeye bakıldığında genel olarak klasik yargılama fikrinden uzaklaşan bir yaklaşım görülmektedir. Özellikle gider tasarrufu ve kaynakların uygun bir miktarının ayrılması hususu klasik yargılamanın az ya da çok sahip olduğu belirsizlik nedeniyle klasik yargılamada uygulanması güç hükümlerdir.

Ancak Medeni Usul Kuralları'nın temelinde dava yönetimi fikri yatmaktadır. *Lord Woolf*'a göre davanın seyrini belirleme sorumluluğu davanın tarafları ve avukatlardan alınarak mahkemeye verilmelidir. Böylece mahkeme ilk aşamada vakit harcayarak ilerleyen aşamada daha az vakit harcamış olacaktır. Bu durum çekişmeli yargının temel fikrinin terk edilmesi anlamına gelmemektedir. Mahkemeler süreci yöneterek zaman ve masrafa bakılmaksızın her konuya odaklanılması yerine ana konulara odaklanılmasını sağlayacaktır (Grainger ve diğerleri., 2000: 24).

Söz konusu fikirler Medeni Usul Kuralları'nda Kural 1.4.'de yer almaktadır:²⁴

²⁴Medeni Usul Kuralları'nın değişiklikleri işlenmiş son hali mevcut olmadığından İngiliz Ulusal Arşivi'nin (*The National Archives*) resmi sitesi olan *legislation.gov.uk*'den alınan orijinal metin üzerine değişiklikler elle işlenmiştir. Değişiklikleri işlenmiş orijinal metin şu şekildedir:

Court's duty to manage cases

1.4.—(1) The court must further the overriding objective by actively managing cases.

(2) Active case management includes –

- (a) encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings;
- (b) identifying the issues at an early stage;
- (c) deciding promptly which issues need full investigation and trial and accordingly disposing summarily of the others;
- (d) deciding the order in which issues are to be resolved;
- (e) encouraging the parties to use an alternative dispute resolution(GL)procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure;
- (f) helping the parties to settle the whole or part of the case;
- (g) fixing timetables or otherwise controlling the progress of the case;
- (h) considering whether the likely benefits of taking a particular step justify the cost of taking it;
- (i) dealing with as many aspects of the case as it can on the same occasion;
- (j) dealing with the case without the parties needing to attend at court;
- (k) making use of technology; and
- (l) giving directions to ensure that the trial of a case proceeds quickly and efficiently.

Mahkemelerin davaları yönetme görevi

1.4.—(1) Mahkeme davaları aktif olarak yöneterek üstün amacı daha ileriye taşımaktadır.

(2) Aktif dava yönetimi –

(a) duruşmalar sırasında tarafları birbiri ile işbirliği yapmaya teşvik etmeyi;

(b) sorunları erken aşamada tanımlamayı;

(c) hangi sorunların tam araştırmaya ve duruşmaya ihtiyacı olduğunu hızlı şekilde karara bağlamayı ve buna bağlı olarak gecikmeden diğer konulardan kurtulmayı;

(d) sorunların karara bağlanacağı sırayı belirlemeyi;

(e) mahkemenin uygun ve kolaylaştırıcı olduğunu düşünmesi halinde tarafları alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine teşvik etmeyi;

(f) davanın tamamı ya da bir kısmı üzerinde tarafların anlaşmasına yardım etmeyi;

(g) zaman çizelgesi belirlemeyi ya da davanın ilerleyişini başka şekilde kontrol etmeyi;

(h) elde edilmesi muhtemel fayda ile yapılacak işlemin masrafını değerlendirip karar vermeyi;

(i) davanın mümkün olduğunca çok yönünü aynı zamanda değerlendirmeyi;

(j) tarafların duruşmaya katılmasına ihtiyaç olmadan dava ile ilgilenmeyi;

(k) teknolojiden faydalanmayı; ve

(l) duruşmalara hızlı ve verimli ilerleyecek şekilde yön vermeyi kapsar.

Yukarıda yer verilen madde, eski uygulamalar düşünüldüğünde, oldukça yenilikçi hükümler içermektedir. Tarafların birbirlerine karşı açık olması ve daha az maliyetli şekilde erken çözüme ulaşmak için işbirliği yapması Medeni Usul Kuralları'nın temelinde yatan fikri yansıtmaktadır. Burada belirtmek gerekir ki kurallar sadece tarafları işbirliğine teşvik etmemektedir. Aynı zamanda taraflara üstün amacı gerçekleştirme konusunda mahkeme ile işbirliği yapma görevini yüklemektedir. Taraflar arasındaki işbirliğine mahkemenin rolünü dahil etmemek mümkün değildir (Grainger ve diğerleri., 2000: 25).

Kural 1.4.'ün 2. paragrafının e bendinde belirtildiği üzere mahkeme tarafları alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yönlendirme yetkisine sahiptir. Çoğu durumda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi terimi arabuluculuk anlamına gelecektir. Maddeden anlaşıl-

dığı üzere mahkemenin tarafları daha ileri aşamada yeniden alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yönlendirmesi veya taraflardan biri itiraz etse bile alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yönlendirmesi konusunda herhangi bir engel bulunmamaktadır (Granger ve diğerleri., 2000: 26).

Yukarıda yer verilen kurallar alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ve dolayısıyla arabuluculuğa yapılan dolaylı atıfları içermektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve arabuluculuğun asıl düzenlendiği yer Medeni Usul Kuralları'nın 26.4. ve 26.4A. kurallarıdır. Söz konusu kurallar şu şekildedir:²⁵

Davada anlaşma için bekleme

26.4.— (1) Taraflardan biri *directions questionnaire*^a'i hazırlarken, davanın alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ya da başka yollarla çözümlenmesini denemek amacıyla davanın bekletilmesini yazılı olarak talep edebilir.

²⁵Medeni Usul Kuralları'nın değişiklikleri işlenmiş son hali mevcut olmadığından İngiliz Ulusal Arşivi'nin (*The National Archives*) resmi sitesi olan *legislation.gov.uk*'den alınan orijinal metin üzerine değişiklikler elle işlenmiştir. Değişiklikleri işlenmiş orijinal metin şu şekildedir:

Stay to allow for settlement of the case

26.4.— (1) A party may, when filing the completed directions questionnaire, make a written request for the proceedings to be stayed(GL) while the parties try to settle the case by alternative dispute resolution(GL) or other means.

(2) If all parties request a stay the proceedings will be stayed for one month and the court will notify the parties accordingly.

(2A) If the court otherwise considers that such a stay would be appropriate, the court will direct that the proceedings, either in whole or in part, be stayed for one month, or for such other period as it considers appropriate.

(3) The court may extend the stay until such date or for such specified period as it considers appropriate.

(4) Where the court stays the proceedings under this rule, the claimant must tell the court if a settlement is reached.

(5) If the claimant does not tell the court by the end of the period of the stay that a settlement has been reached, the court will give such directions as to the management of the case as it considers appropriate.

Referral to the Mediation Service

26.4A—

(1) This rule applies to claims started in the County Court which would normally be allocated to the small claims track pursuant to rule 26.6.

(2) This rule does not apply to—

(a) road traffic accident, personal injury or housing disrepair claims; or

(b) any claim in which any party to the proceedings does not agree to referral to the Mediation Service.

(3) In this rule, 'the Mediation Service' means the Small Claims Mediation Service operated by Her Majesty's Courts and Tribunals Service.

(4) Where all parties indicate on their directions questionnaire that they agree to mediation, the claim will be referred to the Mediation Service.

(5) If a claim to which this rule applies is settled, the proceedings will automatically be stayed with permission to apply for—

(a) judgment for the unpaid balance of the outstanding sum of the settlement agreement; or

(b) the claim to be restored for hearing of the full amount claimed, unless the parties have agreed that the claim is to be discontinued or dismissed.

(2) Tarafların tümü davanın bekletilmesini talep ederse dava 1 ay bekletilir ve taraflara bu durum uygun şekilde bildirilir.

(2A) Eğer mahkeme davanın bekletilmesinin uygun olduğu kanaatine varırsa, işlemlerin bir kısmının ya da tamamının bir ay ya da uygun görülen başka bir süreyle bekletilmesine hükmedebilir.

(3) Mahkeme bekleme süresini uygun gördüğü bir tarihe ya da uygun gördüğü bir döneme kadar uzatabilir.

(4) Mahkemenin bu kurallara uygun olarak davayı beklettiği hallerde davacı anlaşmaya varılıp varılmadığını mahkemeye bildirmekle yükümlüdür.

(5) Bekleme süresinin sonunda davacı anlaşmaya varıldığını mahkemeye bildirmezse, mahkeme davanın yönetimi konusunda uygun gördüğü şekilde karar alır.

^a*Directions questionnaire*, davanın taraflarının davada kullanılacak usul yolunu belirledikleri belgedir (Thomson Reuters Practical Law, t.y.-b).

Söz konusu maddeden anlaşıldığı üzere arabuluculuk bir bekletici mesele olarak açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte bekleme süresi belirli bir süre ile kısıtlanmış olmasına rağmen 3. fıkra da görüldüğü üzere mahkemeye uygun olan hallerde davanın durumuna göre takdir edeceği bir süre ya da dönem boyunca bekletici meseleyi sürdürebilme imkanı da tanınmıştır.

Arbuluculuk Hizmetine yönlendirme

26.4A— (1) Bu kural *County Court*'da açılan davalardan Kural 26.6. gereğince basit tazminat yolu^a öngörülenlere uygulanır.

(2) Bu kural—

(a) trafik kazaları, yaralanma ya da konut tamiri talepleri; ya da

(b) taraflardan herhangi birinin Arabuluculuk Hizmetine yönlendirmeyi kabul etmediği hallerde uygulanmaz.

(3) Bu kuralda geçen 'Arabuluculuk Hizmeti', Kraliyet Mahkemeleri ve Divanları Hizmetleri^b tarafından yürütülen Basit Tazminat Hizmetleri anlamına gelmektedir.

(4) Tarafların tümü *directions questionnaire*'de arabuluculuk yolunu kabul ettiklerini belirttiklerinde talep Arabuluculuk Hizmeti'ne yönlendirilecektir.

(5) Bu kuralın uygulandığı talep üzerinde anlaşma sağlanırsa, taraflar talebin son-

lanmasına ya da sona ermesine karar vermedikleri sürece, yargılama—

(a) anlaşmanın ödenmeyen kısmının bakiye miktarı için yargılama yapılması;
ya da

(b) talep edilen tam miktarın yargılaması için talebin yenilenmesi, için başvuru imkanı bulunmakla birlikte kendiliğinden durur.

^aBasit tazminat yolu (*small claims track*), Medeni Usul Kuralları 26.6.'da belirtilen parasal sınırın altında kalan davalarda uygulanan usul kuralıdır.

^bKraliyet Mahkemeleri ve Divanları Hizmetleri (*Her Majesty's Courts and Tribunals Service* ceza, hukuk ve aile mahkemeleri ile divanlarının idaresinden sorumlu kurumdur (HM Courts & Tribunals Service, t.y.-a).

Söz konusu maddeden anlaşıldığı üzere istisna olarak tanımlanan uyuşmazlıklar haricinde bir uyuşmazlığın söz konusu olması halinde mahkeme re'sen tarafları arabuluculuğa yönlendirecektir. Ancak taraflardan herhangi biri söz konusu yönlendirmeyi kabul etmezse bu durumda arabuluculuk yolu denenmeden klasik yargılama sürecine geçiş yapılacaktır.

3.2.2 Arabuluculuk Süreci

İngiltere'de arabuluculuk faaliyeti, konularına göre oluşturulmuş "arabuluculuk planları"²⁶ çerçevesinde yürütülmektedir. Bu bölümde belirli hukuk alanlarında arabuluculuk planları çerçevesinde izlenen usul açıklanacaktır.

3.2.2.1 Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklar

Arabuluculuk hukuki ve ticari uyuşmazlıklarda düşük meblağlı olanlarda uygulandığı gibi vergi uyuşmazlıkları da dahil olmak üzere yüksek meblağlı uyuşmazlıklarda da uygulanmaktadır. Arabuluculuk yolunun denenmesine, uyuşmazlık yaşanması halinde anlaşmak güç olabileceği için, genellikle sözleşmelerde yer verilmekte ve süreç bu şekilde başlatılmaktadır. Bununla birlikte mahkemelerin de tarafları arabulucuya yönlendirme yetkisi bulunmaktadır. Londra Ticaret Mahkemesi 1993 yılından beri ticari uyuşmazlıklarda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulamasını teşvik etmektedir (Cortes, 2015: 7).

Bazı hukuk uyuşmazlıklarında internet üzerinden arabuluculuk yöntemi de uygulanmaktadır. Örneğin yaralanmalı trafik kazalarına ilişkin düşük meblağlı talepler (£25.000

²⁶*Mediation scheme*

ve aşağısı) *Claims Portal* üzerinden yapılabilmektedir. *Pre-Action Protocol for Low Value Personal Injury Claims in Road Traffic Accidents* ile usulü düzenlenen portal, taraflara taleplerini yapabilecekleri matbu evrakları sunmakta ve internet üzerinden iletişime geçme imkanı tanımaktadır. *Pre-Action Protocol* ile düzenlenen diğer alanlarda da olduğu gibi doğrudan mahkemeye gidilmesi halinde yargılama masrafları davacının üzerine bırakılabilmektedir. Senede bir milyona yakın talebin oluşturulduğu portalde uyuşmazlıkların üçte birine yakını anlaşma ile sonuçlanmaktadır. Söz konusu uygulama ile masraflar azaltığı gibi süreç yekpare şekilde devam ettirilebilmektedir (Cortes, 2015: 8-9).

3.2.2.2 Tüketici Uyuşmazlıkları

Tüketici uyuşmazlıklarında çok çeşitli alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi mevcuttur. Uygulamada kullanılan ana method olan ombudsman modelinde farklı aşamalarda farklı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kullanılsa da ana method arabuluculuk ve uzlaştırıcılıktır. Tüketici uyuşmazlıkları genellikle ilk olarak tanı aşamasından geçer. Tanı aşamasında öncelikle hukuken korunmaya değer bir değer var olup olmadığı saptanır. Daha sonrasında ikinci aşama olarak arabuluculuk ya da uzlaşma safhası başlar. Çoğu uyuşmazlık bu aşamada sonlanır. Tüketici uyuşmazlıklarında uygulanan söz konusu prosedür genellikle telefon görüşmeleri ile yapılması sebebiyle aslında informaldır. Uyuşmazlığın çözüme kavuşmayan yönleri varsa uyuşmazlığa bakan kişi taraflara genellikle e-posta yoluyla önerisini sunar. Eğer taraflar öneri konusunda mutabık kalamazsa bu durumda uyuşmazlık ombudsman önüne gider (Cortes, 2015: 6). Dolayısıyla tüketici uyuşmazlıklarında çoğunlukla uygulanan karma sistemin temelinde arabuluculuk mantığı bulunsa da tam anlamıyla arabuluculuk sürecinin işlediğini söyleyebilmek mümkün değildir.

3.2.2.3 Basit Tazminat Yolu Öngörülen Uyuşmazlıklar

Basit tazminat yolu²⁷, Medeni Usul Kuralları 26.6.'da belirtilen parasal sınırın altında kalan davalarda uygulanan usul kuralıdır. İngiltere'de açılan davaların yarısından fazlası basit tazminat yolu öngörülen davalar kapsamındadır (Cortes, 2015: 9).

Basit tazminat yolunda taraflar uyuşmazlık henüz daha mahkeme önüne gelmeden

²⁷small claims track

*directions questionnaire*²⁸ aşamasında uyuşmazlığın arabuluculuğa uygun olup olmadığı konusunda beyanda bulunmaktadırlar (Cortes, 2015: 9).

Basit tazminat yolunda arabuluculuk faaliyeti Basit Tazminat Arabuluculuğu Servisi²⁹ tarafından telefon üzerinden ve ücretsiz olarak yürütülmektedir. Taraflar birbirleri ile doğrudan iletişime geçmemektedir. Arabulucu her iki taraf ile de görüşerek ortak bir nokta sağlamaya çalışmaktadır (Cortes, 2015: 9).

Ancak söz konusu yola başvuru yapabilmek için bir takım şartları haiz olmak gerekmektedir (HM Courts & Tribunals Service, t.y.-b: 2):

- Öncelikle arabuluculuk toplantısına katılacak olan taraf anlaşma yapmak konusunda tam yetkili olmalıdır.
- Taraflar anlaşma yapmak amacıyla ve iyiniyetle arabuluculuk sürecine başlamak konusunda anlaşmış olmalıdır.
- Arabuluculuğun başarıya ulaşabilmesi için taraflar esnek olmalı, karşısındakini dinlemeye ve durumunu değerlendirmeye açık olmalıdır.
- Taraflar ya da temsilcileri uyuşmazlığın ayrıntısı hakkında bilgi sahibi olabilmeli ve ortaya çıkan soruları cevaplayabilmelidir.

3.2.2.4 Aile Uyuşmazlıkları

Aile uyuşmazlıklarında arabuluculuk 25 yıldan uzun süredir İngiltere’de uygulanmaktadır. Aile uyuşmazlıklarında arabuluculuk bu alanda eğitim almış ve genellikle hukukçu olmayan bir arabulucu tarafından yürütülmekte ve çoğunlukla tarafların avukatları bu süreç içerisinde yer almamaktadır (Cortes, 2015: 10).

Arabuluculuğun temel ilkelerinden olan gizlilik ilkesi aile hukuku uyuşmazlıklarında yapılan görüşmeler için de geçerlidir. Ancak gizliliğin iki istisnası bulunmaktadır. Bunlardan ilki çocuğun emniyetini tehdit eden bir durumun bulunmasıdır. Bu halde arabulucu veya taraf gizlilik kuralı ile bağlı olmaksızın durumu ilgili yerlere bildirebilir. İkinci hal ise para aklama amacıdır. Para aklama amacı olduğunu gören arabulucu veya taraf yine aynı şekilde gizlilik kuralı ile bağlı değildir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki söz konusu iki istisna haricinde aile içi fiziki ya da cinsel şiddet de dahil olmak üzere arabulucu-

²⁸*Directions questionnaire*, davanın taraflarının davada kullanılacak usul yolunu belirledikleri belgedir (Thomson Reuters Practical Law, t.y.-b).

²⁹*Small Claims Mediation Service*

luk sürecinde öğrenilen herhangi bir diğer suç gizlilik kuralı kapsamında yer almaktadır. Dolayısıyla arabulucu ya da tarafın arabuluculuk sürecinde öğrendiği söz konusu bilgiyi alenileştirme ya da delil olarak kullanabilme imkanı yoktur (Cortes, 2015: 10).

Aile uyuşmazlıklarında arabuluculuk süreci hassas yapısı nedeniyle diğer uyuşmazlıklara nazaran farklı bir usule sahiptir. Öncelikle aile uyuşmazlıklarında arabuluculuk süreci zorunludur. Taraflar, zorunlu arabuluculuk bölümünde ayrıntılı açıklanacağı üzere, Arabuluculuk Bilgilendirme ve Değerlendirme Toplantısı³⁰ (MIAM) adı verilen ve özel bir usul öngörülen toplantıya katılmak zorundadır (Cortes, 2015: 10).

Ayrıca çocuk ile ilgili her türlü aile uyuşmazlığında ilk duruşmada arabulucu *Cafcass*³¹ ile birlikte İlk Duruşma Uyuşmazlık Çözüm Hizmeti³² adı verilen usulde tarafları mümkün olduğunca çok konuda anlaştırmaya çalışmaktadır (Cortes, 2015: 11).

Aile hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculuk genellikle üç ya da dört oturum sürmektedir. İlk iki oturumda uyuşmazlığa ilişkin olgular tespit edilirken son oturumda anlaşma sürecine geçilmektedir (Cortes, 2015: 11).

Yukarıda açıklanan arabuluculuk sürecinde arabulucuya bir danışman ya da gözetmen eşlik ettiği gibi diğer arabuluculuk anlaşmalarının aksine tarafların anlaşması doğrudan bağlayıcı da olmamaktadır. Taraflar anlaşmaya vardıktan sonra anlaşma belgesini mahkemeye sunarak mahkemeden onay almaktadırlar. Hakim, Aile Hukuku Kanunu'nun³³ 25. maddesi gereğince değerlendirmesini yaparak anlaşmayı adil bulduğu takdirde anlaşma uygulanabilir hale gelmektedir (Cortes, 2015: 10).

3.2.2.5 İş Hukuku Uyuşmazlıkları

İngiltere'de iş hukuku alanında arabuluculuk ile oldukça benzer olan uzlaşma³⁴ sistemi uygulanmaktadır. Uzlaşma sisteminin arabuluculuk sisteminden farkı uzlaştırıcının uyuşmazlık konusunda taraflara anlaşma teklifi sunmak gibi daha aktif bir role sahip olmasıdır (Cortes, 2015: 11-12).

Uzlaşma kurumu İş, İnovasyon ve Yetenekler Departmanı'na³⁵ bağlı olarak faaliyet

³⁰Mediation Information and Assessment Meeting

³¹Children and Family Court Advisory and Support Service (Cafcass), aile hukuku davalarında çocuğu temsil etmekle görevli kişidir (Cafcass, t.y.).

³²First Hearing Dispute Resolution Appointment

³³Family Law Act

³⁴Conciliation

³⁵UK Department for Business, Innovation and Skills

sürdüren Danışma, Uzlaşma ve Tahkim Servisi ³⁶ (ACAS) aracılığıyla İş Mahkemesi³⁷ ve İş Temyiz Mahkemesi'nde³⁸ kurumsal olarak yürütülmektedir (Cortes, 2015: 12).

6 Mayıs 2014 sonrasında İş Mahkemesi'nde dava açacak kişilerin ACAS'a bildirimde bulunmaları zorunlu tutulmuştur. Bildirim sonrasında ACAS'ın iki iş günü içerisinde atayacağı uzlaştırıcı tarafları sürece davet edecek ve tarafların her ikisinin de kabulü halinde süreç başlayacaktır. Erken uzlaşma olarak tabir edilen ve genellikle bir ay içerisinde sonuçlanan söz konusu hizmet karşılığında taraflardan herhangi bir ücret alınmamaktadır (Cortes, 2015: 12).

ACAS'ın en büyük avantajı klasik yargılama sonucunda elde edilemeyecek bazı anlaşmalara izin vermesidir. Örneğin taraflar anlaşma sonucunda işverenden olumlu referans almaya, özür dilenmesine ya da davranışın değişmesine karar verebilmektedir (Cortes, 2015: 12).

3.3. MAHKEME TEMELLİ ARABULUCULUK SİSTEMLERİ

Hukuk alanındaki reformlar ve *Lord Woolf*'un rehberliği sonrasında bu konuda istekli olan bazı hakimler; yargılaması başlayan davaların tarafları için mahkeme içerisinde gerçekleştirilmek üzere az masraflı ya da hiç masrafsız ve zaman sınırlı arabuluculuk sistemleri oluşturmak için arabuluculuk hizmeti veren kurumlarla işbirliğine gitmişlerdir. Mahkeme temelli arabuluculuk sistemlerinin ilki ve en büyüğü Londra'nın merkezinde bulunan *County Court*'da³⁹ 1996 yılında oluşturulmuştur. Sistem mahkeme tarafından yönetilse de arabuluculuk sürecinin kendisi eğitilmiş arabulucular tarafından yürütülmüştür (Genn, 2012: 403-404).

3.4. ZORUNLU ARABULUCULUK

Hukuk alanındaki reformlardan sonra arabuluculuk yavaş şekilde de olsa sistem içerisinde etkinliğini artırmıştır. Ancak ilgililerin beklediği şekilde hızlı bir gelişim gösterememiştir. 2002 ve 2003 yıllarında Temyiz Mahkemesi⁴⁰ ve *High Court* çeşitli kararlarında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin önemini vurgulamış ve tarafların bu yöntem-

³⁶ *Advisory, Conciliation and Arbitration Service*

³⁷ *Employment Tribunal*

³⁸ *Employment Appeal Tribunal*

³⁹ *Central London County Court*

⁴⁰ *Court of Appeal*

leri daha ciddi şekilde değerlendirmesi gerektiğini belirtmiştir (Genn, 2012: 407).

Al-Khatib v Masry & Ors davasında⁴¹ Temyiz Mahkemesi, arabuluculuğa ve arabuluculara verdiği önemi şu şekilde belirtmiştir (British and Irish Legal Information Institute, t.y.-a):

"Bu dava Temyiz Mahkemesi'nin, uyuşmazlığın türü ne olursa olsun, arabuluculuk süreci denenmiş ya da yargılama süreci içerisinde başarısızlığa uğramış olsa bile, potansiyel olarak arabuluculuğun başarılı olamayacağı hiçbir dava yoktur görüşünü desteklemektedir. Dava ayrıca arabuluculuk sürecindeki yargı gözetiminin önemini de ortaya koymaktadır. Söz konusu dava gibi zor aile davalarında, arabuluculuğu gözetken ya da yöneten Lord Justice için, arabuluculuğa karar vermek ve sorunsuz şekilde ilk toplantının başlayacağını varsaymak yeterli değildir. Zor davalarda uygun arabulucunun seçimi hayatidir ve süreci gözetken, sorunlar ile ilgilenen hakimin mevcudiyeti de, bu davada görüldüğü üzere, eşit şekilde önemlidir."

2002 yılında *Cowl*⁴² davasında *Lord Woolf*, kamunun parasının söz konusu olduğu durumlarda yargılamaya başlamadan önce alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin denenmesi gerektiğini belirtmiştir (Genn, 2012: 407). Söz konusu dava yerel meclisin yaşlı bakım evini kapatma kararı alması sonrasında bakım evinde ikamet eden yaşlılar tarafından kapatma kararına karşı açılmıştır. Davanın reddedilmesi üzerine karar temyiz edilmiş, *Lord Woolf* temyiz incelemesini gerçekleştirmiş ve temyiz talebini reddetmiştir. Ret kararında dikkat çeken hususlardan biri davacıların yerel meclisin şikayetleri incelemek üzere kurul oluşturma talebini reddetmesidir. *Lord Woolf*'un kararına göre ayrıca, benzer davalarda mahkemeler tarafların uyuşmazlığı çözmek için mahkeme dışında ne gibi işlemler yaptıklarını dinlemek için duruşma yapabilirler (The Advice Services Alliance, t.y.-b).

Yine 2002 yılında *Dunnett v. Railtrack*⁴³ kararında Medeni Usul Kuralları'nın 44. bölümüne atıf yapılarak arabuluculuk yolunu denemeyi haklı bir sebebi olmaksızın reddeden tarafın davayı kazansa dahi yargılama giderlerinden sorumlu tutulabileceğine hükmedilmiştir (Genn, 2012: 407). Söz konusu dava tren yoluna yakın yerdeki arazisinde atları

⁴¹Kararın künyesi: [2005] 1 FLR 381, [2004] EWCA Civ 1353

⁴²Kararın künyesi: *Cowl and Others v Plymouth City Council* [2001] EWCA Civ 1935X

⁴³Kararın künyesi: *Dunnett v Railtrack* [2002] 2 All ER 850

bulunan Bayan *Dunnnett* tarafından açılmıştır. *Railtrack* şirketi daha öncesinde otomatik olarak kapanan tren yolu geçidindeki kapıyı otomatik olarak kapanmayan başka bir kapı ile değiştirmiştir. Kapının açık kalması sonucunda Bayan *Dunnnett*'ın üç atı tren yoluna çıkmış ve ölmüştür. Yargılama sürecinde temyize gitmeden önce mahkeme tarafları alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurmaları konusunda yönlendirmiştir. Ancak *Railtrack* şirketi temyizde davayı kazanacakları gerekçesiyle bu teklifi reddetmiştir. Temyiz incelemesinde verilen kararda *Railtrack* davayı kazansa da Medeni Usul Kuralları'nın 1.4 ve 1.3 sayılı kurallarını ihlal ettiği gerekçesiyle yargılama giderleri konusunda lehine hüküm verilmemiştir (The Advice Services Alliance, t.y.-c).

Haklı sebep olmaksızın alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin reddi halinde yargılama giderlerinde lehe hüküm kurulmaması *Hurst v. Leeming*⁴⁴ kararı ile daha da güçlendirilmiştir (Genn, 2012: 407). Söz konusu dava bir *barrister*'a karşı görevi ihmal iddiası ile açılmıştır. Dava reddedilmiştir ancak davacı daha öncesinde arabuluculuk için teklifte bulunduğu ve karşı tarafça bu teklif kabul edilmediği için yargılama giderlerinden sorumlu tutulamayacağını iddia etmiştir. Hakim, davalının arabuluculuk teklifini kabul etmemesini, davacının karakteri ve davadaki davranışları nedeniyle arabuluculuk sürecinin sonuca ulaşma ihtimalinin bulunmadığı gerekçesiyle haklı bulmuştur ve davacının talebini reddetmiştir. Hakim kararında ayrıca arabuluculuk sürecinin yasal olarak zorunlu olmadığını belirtmiş ancak uygun koşulların bulunması halinde taraflarca denenmesinin mahkemelerce beklendiğini de eklemiştir (The Advice Services Alliance, t.y.-g). Hakim *Lightman*'a göre arabuluculuk kanun gereğince zorunlu olmasa da alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri günümüz hukuk sisteminin temelinde yer almaktadır (Genn, 2012: 407).

2003 tarihli *Leicester Circuits Ltd. v. Coates Brothers PLC*⁴⁵ kararında da yine benzer bir görüş ortaya konulmuştur (Genn, 2012: 407). Söz konusu dava baskı devre kartı üreten *Leicester Circuits Ltd.* şirketi tarafından söz konusu üretimde kullanılan mürekkebi sağlayan *Coates Brothers plc* şirketine karşı mürekkebin gerekli niteliklere sahip olmadığı iddiası ile açılmıştır. Taraflar 10 Ocak 2002 tarihinde arabuluculuk görüşmesine katılmak için anlaşmışlar ancak görüşmeden bir gün önce davalı *Coates Brothers plc* şirketi arabu-

⁴⁴Kararın künyesi: *Hurst v Leeming* [2001] EWCH 1051 Ch

⁴⁵Kararın künyesi: *Leicester Circuits Ltd v Coates Brothers plc* [2003] EWCA Civ 333

luculuk sürecinden yazılı olarak çekilmiştir. Temyiz sürecinde davalı *Coates Brothers plc* şirketi arabuluculuk sürecinin sonuçsuz kalacağı, başarıya ulaşma ihtimali bulunmadığı iddiasıyla kendisini savunmuş ise de temyiz mahkemesi, arabuluculuk sürecinin amacının bir kere kabul edildikten sonra görüşmeyi sürdürmek olduğu ve en zorlu problemlerin bazen, aslında sıklıkla, çözüme kavuşabildiği gerekçesi ile reddetmiştir (The International Law Office, t.y.).

3.4.1 Arabuluculuğa Otomatik Yönlendirme Sistemi

1996 ile 2002 yılları arasında çok sayıda mahkeme temelli ve mahkeme bağlantılı gönüllü arabuluculuk sistemleri İngiltere'deki mahkemelerde, temel olarak mahkemelerin girişimleri ile, oluşturulmaya başlanmıştır. 1996 yılında *Central London County Court* kendi gönüllü arabuluculuk sistemini oluşturmuş ve aynı yıl Londra Ticaret Mahkemesi ticari uyuşmazlıklarda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini kullanma niyetini bildiren Uygulama Bildirisi⁴⁶ yayımlamıştır. 1997 yılında Temyiz Mahkemesi⁴⁷ kendi gönüllü arabuluculuk sistemini kurmuş ve bazı bölgesel *county court*'lar da deneysel arabuluculuk yöntemleri oluşturmuşlardır. Arabuluculuk yoluna başvuru ilk başta artış gösterse de daha sonrasında artış yavaşlamış ve başvurularda gerileme yaşanır hale gelmiştir (Genn ve diğerleri., 2007: 8-9).

Daha önceden de belirtildiği üzere *Lord Woolf* zorunlu arabuluculuk sistemi öngörmüş değildi. Ancak 2003 yılında arabuluculuk hizmeti veren kurumlar, arabuluculuğun gereken ilgiyi görmemesi ve arabulucuların iş bulmakta zorlanması gibi sebeplerle, zorunlu arabuluculuk sisteminin getirilmesi için taleplerde bulunmaya başlamışlardır. Zorunlu arabuluculuğa gerekçe olarak, her ne kadar taraflar zorunlu olarak arabuluculuk sürecine dahil edilecek olsa da süreç içerisinde tarafların direncinin kırılacağı ve anlaşma yolunun bulunacağı gösterilmiştir. Bununla birlikte çok sayıdaki kişinin arabuluculuğun pozitif yönlerini deneyimleyeceği ve Kanada'da mevcut olan zorunlu arabuluculuk sisteminin olumlu sonuçlandığı da gerekçe olarak gösterilmiştir (Genn, 2012: 407).

2004 yılının Mart ayında Londra'nın merkezinde bulunan *County Court*'da⁴⁸ bir yıllık pilot zorunlu arabuluculuk sistemi hayata geçirilmiştir (Genn, 2012: 407). Yapılan duyu-

⁴⁶*Practice Statement*

⁴⁷*Court of Appeal*

⁴⁸*Central London County Court*

ruda Kanada'daki sisteme atıf yapılarak şu ifadelere yer verilmiştir (Genn ve diğerleri., 2007: 11):

"Ontario, Kanada'da bulunan otomatik yönlendirme sistemini temel alan pilot uygulama 1 Nisan'da başlayacak ve 12 ay sürecektir. Eğer başarılı olursa İngiltere ve Galler'deki diğer ana mahkemelerde de uygulanacaktır."

Uygulama kapsamında her ay rastgele 100 dosya sisteme dahil edilmiştir. Mahkemece dört arabuluculuk kuruluşundan birinde faaliyet gösteren eğitimli arabulucular dönüşümlü olarak görevlendirilmiştir. Arabuluculuk görüşmeleri zaman olarak üç saat ile sınırlandırılmıştır. Arabuluculuk ücreti olarak taraf başına £100 belirlenmiştir. Dosyalar otomatik olarak arabuluculuk sistemine dahil edilse de taraflara itiraz etme imkanı tanınmıştır. Taraflar arabuluculuk yolunu kabul etme ya da itiraz etme konusunda beyan vermekle zorunlu tutulmuşlardır. Taraflardan birinin ya da tamamının itirazı söz konusu ise itirazı *District Judge* karara bağlamıştır (Genn, 2012: 407).

2011 yılında İngiliz Hükümeti arabuluculuk yoluna başvuruyu genişleteceğini belirterek şu açıklamayı yayımlamıştır (Andrews, 2012: 196):

"Arabuluculuğun kullanımını artırmak: Basit tazminat yoluna tabi davalarda arabuluculuğa otomatik yönlendirmeyi getirmeyi, dava değeri yüksek olan davalarda arabuluculuğa otomatik yönlendirme farkındalığı seanslarını ve arabuluculuk yoluyla sonuçlanan anlaşmaların mahkemelerce icra edilebilmesini getirmeyi öneriyoruz. Bu öneriyi insanları mahkemenin getirdiği endişe ve maliyetten, mümkün olduğunca, kurtarmak için yapıyoruz. Bununla birlikte arabuluculuğun yardımcı olamadığı durumlarda mahkeme bir seçenek olarak kalmaya devam edecektir. Geçen sene hukuk sistemindeki taleplerin üçte birinden fazlası dava açıldıktan sonra ve fakat ilk duruşmadan önce anlaşma ile sonuçlanmıştır. Bu durum daha geniş şekilde uygulanması halinde arabuluculuk ile 87.000 davanın daha erken çözümlenebileceğini göstermektedir."

Doğrudan arabuluculuğa yönlendirilen davada taraflar yönlendirmeye itiraz edebilse de haklı bulunmayan itirazlar yargılama giderlerinden mahrum kalma ya da giderlerin

üzerine bırakılması sonucunu doğurmaktadır (Genn, 2012: 407). Bu durum sistemin hayata geçirildiği tarihte yayımlanan basın bildirisinde şu şekilde belirtilmiştir (Genn ve diğerleri., 2007: 12) :

"Taraflardan biri ya da tamamı arabuluculuğa itiraz ediyorsa gerekçesini bildirmek zorundadır. Bu durumda dava arabuluculuk sürecine mi girileceği yoksa yargılamaya mı devam edileceği hususunda karar vermek üzere District Judge'a yönlendirilecektir. Taraflardan biri, gerekçesi hakim tarafından haklı bulunmamasına rağmen, arabuluculuk yoluna itirazına devam ediyorsa yürürlükteki hukuk ve Medeni Usul Kuralları 44.5 gereğince giderlerden sorumlu tutulmayı göze almış demektir."

Zorunlu arabuluculuk uygulaması aynı yıl *Court of Appeal*'ın verdiği *Halsey* kararına dek devam edebilmiştir (Genn, 2012: 407).

*Halsey*⁴⁹ davası *Lilian Halsey* tarafından *Milton Keynes Hastanesi*'nde tedavi gören eşi *Bert Halsey*'nin tüple beslenmesi sırasında sıvı gıdanın akciğerlerine gitmesi sonucu ölümü sebebiyle *NHS Trust*'a⁵⁰ karşı açılmıştır. Ölüm nedeniyle sorumlu olmadıkları iddiası ile *NHS Trust* arabuluculuk teklifini reddetmiştir. 2003 yılının Haziran ayında dava sonuçlanmış ve davacının davası reddedilerek *NHS Trust*'ın ölümden sorumlu olmadığına hükmedilmiştir. Davacı taraf davalının arabuluculuğa başvuruyu reddetmesi nedeniyle davalı lehine yargılama giderine hükmedilmemesi gerektiğini ileri sürmüştür. Temyiz mahkemesi kararında iki temel konu üzerinde durmuştur (The Advice Services Alliance, t.y.-f):

- Mahkeme ilk olarak arabuluculuk sürecinin zorunlu hale gelmesi konusu üzerinde değerlendirme yapmıştır. Mahkeme, zorunlu arabuluculuk sistemini adalete erişim hakkına ciddi bir kısıtlama olarak görmüş ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine aykırı bulmuştur.
- Mahkemenin üzerinde durduğu ikinci konu ise yargılama giderleridir. Mahkeme, davayı kaybeden tarafın kazanan tarafın giderlerini karşılamasının genel kural olduğunu belirtmiş ve kazanan tarafın alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvuru

⁴⁹Kararın künyesi: *Halsey v Milton Keynes General NHS Trust* [2004] EWCA (Civ) 576

⁵⁰*NHS Trust*, sağlık ürünleri ve hizmetleri sunması amacıyla kurulan ve tüzel kişiliği bulunan kuruluşlardır (NHS Digital, t.y.).

ruyu haklı sebebi olmaksızın reddettiğini kaybeden tarafın ileri sürmesi gerektiğine karar vermiştir.

Söz konusu davada mahkeme, davacı taraf davalının haklı sebebe dayanmaksızın arabuluculuğa başvuruyu reddettiğine dair bir kanaat oluşturamadığından davalı lehine yargılama giderine hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme kararında ayrıca; tarafların mahkemece arabuluculuğa yönlendirilmediklerini, davacı tarafın arabuluculuk teklifinin taktiksel olduğunu ve arabuluculuk sürecinin başarıya ulaşma ihtimalinin bulunduğu davacı tarafça kanıtlamadığını da belirtmiştir (The Advice Services Alliance, t.y.-f).

Halsey davasında yargıçlardan *Dyson LJ* şu yorumda bulunmuştur (Andrews, 2012: 192):

"Tarafları arabuluculuğa yönlendirmek, hatta ısrarla yönlendirmek, ve bu konuda emir vermek başka şeylerdir... Eğer mahkeme taraflara karşı çıktıkları arabuluculuk yolunu zorunlu kılarsa bu durumun taraflardan kaynaklı masrafları artırmaktan, mahkemenin uyuşmazlık konusunda karar verme sürecini uzatmaktan ve alternatif uyuşmazlık çözüm yolları sürecinin verimlilik algısını zedelemekten başka hiçbir getirisi olmaz. Eğer hakim uyuşmazlığın alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına uygun olduğu görüşünde ise tarafların dile getirdikleri itirazları doğru kabul etmek zorunda elbette değildir. Bu durumda hakim alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine olan direncin nedenlerini araştırmalıdır. Fakat taraflar (ya da taraflardan herhangi biri) uzlaşmaz şekilde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine itiraz etmeye devam ediyorlarsa bu durumda mahkemenin tarafları kabule zorlaması yanlış olacaktır. Taraflar bazen alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvuru konusunda mahkemenin yönlendirmesine ihtiyaç duyarlar... Fakat, vurgulamak gerekirse, mahkemenin görevi yönlendirmektir. Zorlamak değildir. Yönlendirmenin şekli güçlü olabilir..."

Zorunlu arabuluculuk İngiltere’de bir dava şartı ya da yargılamanın uzantısı şeklinde kabul edilmemiştir. Bununla birlikte yakın zamanlarda bazı İngiliz mahkemelerinde uygulanmaya başlanan otomatik yönlendirme sistemlerinde taraflar arabuluculuk sürecini bitir-

mek için gerekçe göstererek yargılama aşamasına devam edebilmektedirler. *Genn*'e göre Arabuluculuğa Otomatik Yönlendirme avukatların çoğunluğu tarafından zorunlu olarak görülmemekte ve yargılamaya devam etmek için süreçten çıkış ise safi bürokratik bir engel olarak değerlendirilmektedir. Süreçten çıkış için kabul edilen itirazlar arasında yönlendirmenin zamanı, karşı tarafın uzlaşmazlığı, uyuşmazlık konusu ve dava anlaşma ile biteceğinden arabuluculuğun gerekli olmaması yer almaktadır (Andrews, 2012: 192).

İngiltere'de hakimler yargılama sürecinde genellikle taraflardan birisinin uyuşmazlığın arabuluculuğa yönlendirilmesi teklifini beklemektedirler. Eğer teklif mahkemece uygun bulunursa arabuluculuk süreci bekletici mesele yapılmaktadır. Bununla birlikte mahkeme arabuluculuk sürecini kendisi de önerebilmektedir. Bu durumda taraflar bu teklifi değerlendirmektedir. Aksi halde yargılama giderlerinin yüklenilmesi ile karşı karşıya kalılabilmektedir (Andrews, 2012: 193).

Bununla birlikte Medeni Usul Kuralları'na göre mahkemeler yargılamanın son çare olduğunu değerlendirmeli ve anlaşma muhtemel ise talepler erkenden mahkemeye sunulmamalıdır. Bu sebeple taraflar alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birinin uyuşmazlığın çözümüne uygun olup olmadığını değerlendirmeli, eğer uygunsa, hangi yöntemin benimseneceği konusunda anlaşmaya çalışmalıdır. Ayrıca *Allocation Questionnaire*⁵¹'de arabuluculuğun bir seçenek olup olamayacağına dair bir kutucuk da bulunmaktadır (Andrews, 2012: 203).

3.4.2 *Halsey* Kararı Sonrası Dönem

Halsey kararı 2005 tarihli *The Burchell v Bullard*⁵² davasında yol gösterici olarak kullanılmıştır (Genn ve diğerleri., 2007: 18). *The Burchell v Bullard* davası müteahhit *Burchell* tarafından evlerine eklenti inşa ettirmek için sözleşme yaptıkları *Bullard* ailesine karşı, £18.000'lik meblağı işin kalitesini beğenmedikleri gerekçesi ile kendisine ödemedikleri iddiası ile açılmıştır. Dava açılmadan önce davacı uyuşmazlığın alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile sonuçlandırılmasını talep etmiş ancak davalılar bu teklifi reddetmişlerdir. Dava açıldıktan sonra davalılar £100.000 zarara uğradıkları iddiası ile

⁵¹*Allocation Questionnaire*, 1 Nisan 2013 öncesinde, davanın taraflarının davada kullanılacak usul yolunu belirledikleri belgedir. 1 Nisan 2013 sonrasında *directions questionnaire* kullanılmaya başlamıştır (Thomson Reuters Practical Law, t.y.-a).

⁵²Kararın künyesi: *Burchell v Bullard* [2005] EWCA Civ 358

karşı talepte de bulunmuşlardır. Yargılama sonunda davacının zararının £18.327, davalının zararının ise £14.373 olduğuna karar verilmiş ve beş günlük yargılama sonunda dava karara bağlandığında yargılama giderleri £185.000'e ulaşmıştır. Yargılama giderleri oldukça yüksek olduğundan söz konusu gidere kimin katlanması gerektiği konusunda ihtilaf çıkmış ve dava temyiz edilmiştir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvuru teklifi *Dunnet v Railtrack* ve *Halsey* kararlarından önceye dayandığı için temyiz mahkemesi yargılama giderlerini teklifi reddeden davalılara yüklemek konusunda tereddüt etmiştir (The Advice Services Alliance, t.y.-a).

Hakim *Lord Justice Ward*; *Dunnet v Railtrack* ve *Halsey* kararlarından önce olması nedeniyle davalıları yargılama giderlerinden sorumlu tutmamış ise de küçük taşınmaz uyuşmazlıklarının alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine mükemmel şekilde elverişli uyuşmazlıklar olduğu ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin masrafının yargılamada harcanan servete nazaran okyanusta bir su damlası olacağı tespitlerinde bulunarak kararında şu cümlelere yer vermiştir (Genn ve diğerleri., 2007: 17-18):

"Arabuluculuk, mahkeme sistemi ile benzer adaletli sonuçlar ortaya çıkaran bir yol olarak önemini ortaya koymuştur. Her ikisinin rolü de yargı idaresi içerisinde özel öneme sahiptir. Mahkeme arabuluculuk yoluna onay vermiştir ve şu anda değerinin farkında olunması ve tanınması gereken bir hukuk uzmanlık alanıdır. Makul arabuluculuk tekliflerinde bu uzmanlık fütursuzca önemsizleştirilemez. Taraflar makul arabuluculuk teklifini sadece dava açılmadan önce yapıldığı gerekçesiyle reddedemezler. Yargılama giderlerinin artışı karşısında bunu yapmak manasız olabilir."

Halsey kararının yol gösterici olduğu bir başka karar 2008 tarihli *The Earl of Malmesbury*⁵³ davasıdır. *The Earl of Malmesbury* davası davalının *Bournemouth* Uluslararası Havalimanı'nın araç park alanının kiralanmasında ihmali davranışının bulunduğu ve bu nedenle £100.000.000'den fazla zarar bulunduğu iddiası ile açılmıştır. Dava sonucunda davacı £1.000.000'den daha az bir meblağa hak kazanmıştır. Yaklaşık £5.400.000 tutarındaki yargılama giderlerinden kimin sorumlu olacağı konusunda ihtilaf çıkmıştır. Davalı taraf davacının zararlarını çok daha fazla gösterdiği ve arabuluculuk aşamasında

⁵³Kararın künyesi: *Earl of Malmesbury v Strutt & Parker* [2008] EWHC 424 (QB)

makul davranmadığı gerekçesiyle yargılama giderlerinden sorumlu tutulmayı kabul etmemiştir. Hakim, davacının arabuluculuk sürecinde makul davranmadığı da dahil olmak üzere, davalının iddialarının bir kısmını haklı bulmuş ve mahkum edildikleri yargılama giderlerinde büyük oranda indirim yaparak davacının davalının yaptığı giderlerin %15'ini karşılamasına hükmetmiş ve kararda şu cümlelere yer vermiştir (The Advice Services Alliance, t.y.-d):

"Davalının arabuluculuk görüşmesindeki tutumunun tamamen gerçek dışı ve mantıksız olduğu kanaatindeyim. Eğer gerçek duruma uygun bir teklif yap-salardı arabuluculuk başarıya ulaşabilirdi... Bildiğim kadarıyla mahkemeler taraflardan birinin arabuluculuğu kabul ettiği ancak görüşmelerde makul ol-mayan tutum sergilediği durumlarla ilgili olarak bir karar vermiş değildir. Söz konusu durumun sonucu haklı gerekçe olmaksızın arabuluculuk teklifini kabul etmemekten farklı değildir. Bir tarafın arabuluculuğu kabul etmesi an-cak daha sonrasında makul olmayan tutumuyla sürecin başarısızlığa uğra-masına neden olması ile haklı sebebi olmaksızın arabuluculuk teklifinin kabul edilmemesi gerçekte aynı şeylerdir. Benim görüşüme göre, Halsey'de değer-lendirilen prensipler çerçevesinde yargılama giderleri konusunda, bu durum mahkemenin dikkate alabileceği ve alması gereken bir husustur."

Arabuluculuk yolunu değerlendirme yükümlülüğü sadece gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri için değil kamu kurumları için de mevcuttur (Cortes, 2015: 15). *Laporte & Anor v The Commissioner of Police of the Metropolis*⁵⁴ davasında davacılar saldırı, darp, hak-sız gözetim ve kötü niyetli soruşturma iddiası ile kamuya karşı dava açmışlardır. Açılan davanın kaybedilmesi sonrasında dava masrafları uyuşmazlık konusu olmuş ve davacılar kamunun alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini kabul etmemesi nedeniyle yargılama giderlerinden sorumlu tutulmamaları gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Yapılan yargılama so-nucunda mahkeme *Halsey ve PGF II SA v OMFS Co 1 Ltd* kararlarına atıfta buluna-rak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uyuşmazlık açısından başarıya ulaşması-nın muhtemel olması sebebiyle davacıları yargılama giderlerinin önemli bir bölümünden muaf tutmuştur (Casemine, t.y.-c).

⁵⁴Kararın künyesi: *Laporte & Anor v The Commissioner of Police of the Metropolis* [2015] EWHC 371 (QB)

Halsey kararında belirtilen arabulucuya yönlendirme yetkisini Temyiz Mahkemesi, dava konusu açısından, geniş yorumlamaktadır. *Couwenebrgh v Valkova* davasında⁵⁵ davacılar murisin tüm malvarlığını bıraktığı davalı lehine düzenlenen vasiyetnamedeki imzanın sahte olduğunu ileri sürmüşlerdir. Yargılamanın uzun sürme ihtimali ve yargılama giderlerini dile getiren Temyiz Mahkemesi tarafları arabuluculuğa yönlendirerek kararında şu tespiti yer vermiştir (Casemine, t.y.-a):

"Temyiz başvurusunu değerlendirmek için duruşma günü verilecek ve yargılama çoğunlukla, özellikle yeni delil ileri sürülmesi hususunda, hükümde yer verilen konular etrafında yapılacaktır. (...) Taraflar söz konusu temyiz başvurusunun ve bu üzücü durumun kaderini değiştirme imkanına sahiptirler ve halen sahiptirler. Tarafları bunu arabuluculuk yoluyla gerçekleştirmelerini sağlamak için onları teşvik ettik ve etmeye devam ettik. Bu dava alternatif uyuşmazlık çözümü için feryat etmektedir."

3.4.3 Arabuluculuk Bilgilendirme ve Değerlendirme Toplantısı

2014 yılının Nisan ayından itibaren aile hukuku ve ilgili konularda dava açabilmek için tarafların Arabuluculuk Bilgilendirme ve Değerlendirme Toplantısı'na⁵⁶ (MIAM) katılmaları zorunlu hale getirilmiştir (Betancourt & Lee, 2016: 98). Söz konusu zorunluluğun kaynağı *Çocuk ve Aile Yasası*'nın⁵⁷ 10. maddesidir. Söz konusu maddeye göre⁵⁸ :

Arabuluculuk bilgilendirme ve değerlendirme toplantısı

(1) Aile ile ilgili bir başvuru yapmadan önce arabuluculuk bilgilendirme ve değerlendirme toplantısına katılmak zorunludur.

Arabuluculuk Bilgilendirme ve Değerlendirme Toplantısı zorunluluğunun uygulandığı alanlar Uygulama Yönergesi'nin 12 ve 13. paragraflarında düzenlenmiştir. Söz ko-

⁵⁵Kararın künyesi: *Couwenbergh v Valkova* [2004] EWCA Civ 676

⁵⁶*Mediation Information and Assessment Meeting*

⁵⁷*Children and Families Act 2014*

⁵⁸Çocuk ve Aile Yasası'nın değişiklikleri işlenmiş son hali İngiliz Ulusal Arşivi'nin (*The National Archives*) resmi sitesi olan *legislation.gov.uk*'den alınmıştır. Orijinal metnin ilgili kısmı şu şekildedir:

Family mediation information and assessment meetings

(1) Before making a relevant family application, a person must attend a family mediation information and assessment meeting.

nusu paragraflara göre⁵⁹:

Çocuklar ile ilgili özel hukuk yargılama usulleri - 12.

(1) 11. paragrafta bahsedilen çocuklar ile ilgili özel hukuk yargılama usulleri, 2. alt paragrafta belirtilen durumlardan biri mevcut olmadığı sürece, aşağıdaki kurallar

⁵⁹justice.gov.uk adresinden alınan orijinal metin şu şekildedir:

Private law proceedings relating to children - 12.

(1) The private law proceedings relating to children referred to in paragraph 11 are proceedings for the following orders, unless one of the circumstances specified in sub-paragraph (2) applies –

(a) a child arrangements order and other orders with respect to a child or children under section 8 of the Children Act 1989;

(b) a parental responsibility order (under sections 4(1)(c), 4ZA(1)(c) or 4A(1)(b) of the Children Act 1989) or an order terminating parental responsibility (under sections 4(2A), 4ZA(5) or 4A(3) of that Act);

(c) an order appointing a child's guardian (under section 5(1) of the Children Act 1989) or an order terminating the appointment (under section 6(7) of that Act);

(d) an order giving permission to change a child's surname or remove a child from the United Kingdom (under sections 13(1) or 14C of the Children Act 1989);

(e) a special guardianship order; and

(f) an order varying or discharging such an order (under section 14D of the Children Act 1989).

(2) The circumstances referred to in sub-paragraph (1) are that the proceedings –

(a) are for a consent order;

(b) are for an order relating to a child or children in respect of whom there are ongoing emergency proceedings, care proceedings or supervision proceedings; or

(c) are for an order relating to a child or children who are the subject of an emergency protection order, a care order or a supervision order.

Proceedings for a financial remedy - 13.

(1) The proceedings for a financial remedy referred to in paragraph 11 are proceedings for the following orders, unless one of the circumstances specified in sub-paragraph (2) applies –

(a) the following financial orders –

(i) an order for maintenance pending suit;

(ii) an order for maintenance pending outcome of proceedings;

(iii) an order for periodical payments or lump sum provision as mentioned in section 21(1) of the Matrimonial Causes Act 1973, except an order under section 27(6) of that Act;

(iv) an order for periodical payments or lump sum provision as mentioned in paragraph 2(1) of Schedule 5 to the Civil Partnership Act 2004, made under Part 1 of Schedule 5 to that Act;

(v) a property adjustment order;

(vi) a variation order;

(vii) a pension sharing order; or

(viii) a pension compensation sharing order;

(b) an order for financial provision for children (under Schedule 1 to the Children Act 1989);

(c) an order for financial provision in a case of neglect to maintain (under section 27 of the Matrimonial Causes Act 1973 or under Part 9 of Schedule 5 to the Civil Partnership Act 2004);

(d) an order for alteration of a maintenance agreement (under section 35 of the Matrimonial Causes Act 1973 or under paragraph 69 of Schedule 5 to the 2004 Act);

(e) an order for financial provision for failure to maintain for parties to a marriage and children of the family (under Part 1 of the Domestic Proceedings and Magistrates' Courts Act 1978 or an order under Schedule 6 to the Civil Partnership Act 2004); and

(f) an order for special protection for respondent in certain separation cases (under section 10(2) of the Matrimonial Causes Act 1973 or under section 48(2) of the Civil Partnership Act 2004).

(2) The circumstances referred to in sub-paragraph (1) are that the proceedings –

(a) are for a consent order; or

(b) are for enforcement of any order made in proceedings for a financial remedy or of any agreement made in or in contemplation of proceedings for a financial remedy.

için uygulanan usullerdir -

(a) çocukla şahsi ilişki kurulması kararları ve 1989 tarihli Çocuk Yasası'nın 8. bölümü gereğince çocuk ya da çocuklar ile ilgili kararlar;

(b) velayet kararı (1989 tarihli Çocuk Yasası'nın 4(1)(c), 4ZA(1)(c) ya da 4A(1)(b) bölümlerinde tanımlanan) ya da velayeti kaldıran kararlar (Yasa'nın 4(2A), 4ZA(5) ya da 4A(3) bölümlerinde tanımlanan);

(c) çocuğa koruyucu tayin eden kararlar (1989 tarihli Çocuk Yasası'nın 5 (1) bölümünde tanımlanan) ya da bu atamayı sona erdiren kararlar (Yasa'nın 6 (7) bölümünde tanımlanan);

(d) çocuğun soyadının değiştirilmesine ya da Birleşik Krallık'tan ayrılmasına izin veren kararlar (1989 tarihli Çocuk Yasası'nın 13(1) ya da 14C bölümlerinde tanımlanan);

(e) özel koruyuculuk kararı; ve

(f) bu kararı değiştiren ya da kaldıran kararlar (1989 tarihli Çocuk Yasası'nın 14D bölümünde tanımlanan).

(2) Alt paragraf (1)'de yer verilen durumlar –

(a) izin kararlarına;

(b) devam eden tedbir, bakım ya da gözetim yargılamasının bulunduğu çocuk ya da çocuklar ile ilgili kararlara, ya da

(c) koruma, bakım ya da gözetim tedbiri kararına konu olmuş çocuk ya da çocuklar ile ilgili kararlara ilişkin yargılamalara dairdir.

Maddeden anlaşıldığı üzere kanun koyucunun MIAM'ın uygulama alanını geniş tutarak çocuklar ile ilgili hemen her konuda uygulanmasını amaçladığı açıkça görülmektedir.

Bununla birlikte evliliğin mali sonuçlarına ilişkin konularda da 13. paragraf gereğince MIAM'ın uygulanması zorunludur. Söz konusu düzenleme şu şekildedir:

Mali tedbirler ile ilgili usuller - 13.

(1) 11. paragrafta belirtilen mali tedbirlere ilişkin usuller, alt paragraf (2)'nin uygulanacağı haller dışında, aşağıda belirtilen kararlar için uygulanır –

(a) aşağıda belirtilen mali kararlar –

(i) tedbir nafakası kararı;

(ii) yardım nafakası kararı;

(iii) 1973 tarihli Evlilik İhtilafları Yasası'nın 27(6) bölümü hariç olmak üzere, aynı Yasa'nın 21(1) bölümünde düzenlenen periyodik ya da götürü ödeme kararı;

(iv) 2004 tarihli Hemcins Birlikteliği Yasası'nın 5. Eki'nin 2(1) paragrafında düzenlenen, Yasa'nın 5. Eki'nin 1. Bölümü ile oluşturulan, periyodik ya da götürü ödeme kararı;

(v) eşlerin taşınmazlarını düzenleyen karar;

(vi) değişiklik kararı;

(vii) emeklilik maaşı paylaşımı kararı; ya da

(viii) emeklilik tazminatı paylaşımı kararı;

(b) iştirak nafakası kararı (1989 tarihli Çocuk Yasası'nın 1. Eki gereğince);

(c) bakımın ihmal edilmesi nedeniyle iştirak nafakası kararı (1973 tarihli Evlilik İhtilafları Yasası'nın 27. bölümü ya da 2004 tarihli Hemcins Birlikteliği Yasası'nın 5. Eki'nin 9. Kısımı gereğince);

(d) nafaka anlaşmasını değiştiren karar (1973 tarihli Evlilik İhtilafları Yasası'nın 35. bölümü ya da 2004 tarihli Hemcins Birlikteliği Yasası'nın 5. Eki'nin 69. paragrafı gereğince);

(e) evlilik içerisinde tarafların birbirlerine ya da çocuğa bakmakta başarısız olması nedeniyle verilen nafaka kararı (1978 tarihli Aile Yargılamaları ve Magistrates' Courts Yasası'nın 1. Kısımı ya da 2004 tarihli Hemcins Birlikteliği Yasası'nın 6. Eki gereğince); ve

(f) belirli ayrılık davalarında davalı için özel koruma kararı (1973 tarihli Evlilik İhtilafları Yasası'nın 10(2) bölümü ya da 2004 tarihli Hemcins Birlikteliği Yasası'nın 48(2) bölümü gereğince).

(2) Alt paragraf (1)'de yer verilen durumlar –

(a) izin kararına; ya da

(b) mali tedbirlere ilişkin usuller uyarınca alınan herhangi bir kararın ya da mali tedbir için ya da bu düşünceyle yapılan herhangi bir anlaşmanın uygulanmasına ilişkin yargılamalara dairdir.

Söz konusu maddelere bakıldığında bahsedilen toplantıya katılımın bir dava şartı ol-

duğu açıkça gör÷lmektedir. Ancak Aile Usul Kuralları'nın⁶⁰ 3. kuralında söz konusu zorunluluğa bazı istisnalar getirilmiştir⁶¹. Bu istisnalar Kural 3.8'e göre:

1. Aile içi şiddet,
2. Çocuğun korunması ile ilgili endişeler,
3. Aciliyet,
4. Daha önce MIAM toplantısına katılmış olmak,
5. MIAM istisnasının mevcut olması,
6. ve diğer hallerdir.

Başvurucunun yukarıda belirtilen istisnalardan birini başvuru formunda belirtmesi üzerine yargılamaya başlanmakta ve aynı anda mahkemece söz konusu istisnanın var olup olmadığı da araştırılmaktadır. Uygulama yönergesinin⁶² 7. paragrafına göre⁶³:

Eğer başvuru MIAM istisnası iddiasında bulunursa mahkeme yargılamaya devam edecektir ancak iddia edilen istisnayı da davanın açıldığı sırada ya da ilk duruşmada araştıracaktır. Mahkeme destekleyici delillerin herhangi birisini MIAM istisnasının geçerliliğini belirlemek için değerlendirebilir. Aşağıda daha detaylı anlatıldığı üzere, eğer MIAM istisnası geçerli değil ise mahkeme başvuru ya da tarafları MIAM'a katılmaya yönlendirebilir ve bu durumu bekletici mesele yapabilir.

Mahkeme gerçekleştirdiği araştırma sonucunda istisna talebinin haklı olmadığına kanaat getirirse Aile Usul Kuralları'nın 3.10 numaralı kuralına göre karar vermektedir. Söz konusu maddeye göre⁶⁴:

⁶⁰Family Procedure Rules

⁶¹Söz konusu istisnaların daha ayrıntılı açıklanmış hali Uygulama Yönergesi'nin (*Practice Direction 3A - Family Mediation Information and Assessment Meetings*) 20 ve 21. paragraflarında mevcuttur.

⁶²Practice Direction 3A - Family Mediation Information and Assessment Meetings

⁶³justice.gov.uk adresinden alınan orijinal metin şu şekildedir:

"If an applicant claims a MIAM exemption, the court will issue proceedings but will inquire into the exemption claimed, either at the stage at which the case is allocated or at the first hearing. At the first hearing, the court may review any supporting evidence in order to ensure that the MIAM exemption was validly claimed. As set out in more detail below, if a MIAM exemption has not been validly claimed, the court may direct the applicant or the parties to attend a MIAM, and may adjourn proceedings for that purpose."

⁶⁴Aile Usul Kuralları *justice.gov.uk*'den alınmıştır. Orijinal metin şu şekildedir: **MIAM exemption not validly claimed - 3.10**

(1) If a MIAM exemption has been claimed, the court will, if appropriate when making a decision on allocation, and in any event at the first hearing, inquire into whether the exemption was validly claimed.

(2) If a court finds that the MIAM exemption was not validly claimed, the court will –

(a) direct the applicant, or direct the parties to attend a MIAM; and

(b) if necessary, adjourn the proceedings to enable a MIAM to take place;

unless the court considers that in all the circumstances of the case, the MIAM requirement should not apply

MIAM istisnası talebi geçerli değilse - 3.10

(1) MIAM istisnası iddiası ileri sürülmüş ise mahkeme, eğer uygun ise tevzi sırasında karar verirken ve her halükarda ilk duruşmada istisna talebinin geçerli olup olmadığını araştırır.

(2) Eğer mahkeme MIAM istisnası talebinin geçerli olmadığı sonucuna varırsa, davanın durumuna göre MIAM'ın uygulanmasına gerek olmadığına karar vermediği sürece, –

- (a) başvuru ya da tarafları MIAM'a katılmaya yönlendirir ve
- (b) eğer gerekli ise, MIAM'ın gerçekleşebilmesi için duruşmayı erteler.

(3) 3.10(2) gereğince karar verirken mahkeme –

- (a) geçerli süre sınırlarına;
- (b) MIAM istisnasının geçerli olmamasının sebep ya da sebeplerine;
- (c) başka bir MIAM istisnasının uygulanıp uygulanamayacağına; ve
- (d) yargılama sırasında çözülmesi gereken sorunların sayısı ve doğasına özellikle dikkat eder.

Daha önce de belirttiğimiz üzere yukarıda belirtilen uyuşmazlık konularına ilişkin olarak mahkemeye başvurmadan önce, istisnai haller saklı kalmak üzere, Arabuluculuk Bilgilendirme ve Değerlendirme Toplantısı'na katılmak zorunludur.

Arabuluculuk Bilgilendirme ve Değerlendirme Toplantısı'nın tanımına Uygulama Yönergesi'nin 3. paragrafında yer verilmiştir. Söz konusu paragrafta göre⁶⁵:

Arabuluculuk Bilgilendirme ve Değerlendirme Toplantısı, uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuk hakkında bilgilendirme yapılan kısa toplantıdır. Toplantı uyuşmazlığın koşullarının arabuluculuğa uygun olup olmadığını değerlendiren eğitilmiş bir arabulucu tarafından yürütülür. Toplantı arabulucuya başvurudan itibaren 15

to the application in question.

- (3) In making a decision under Rule 3.10(2), the court will have particular regard to –
- (a) any applicable time limits;
 - (b) the reason or reasons why the MIAM exemption was not validly claimed;
 - (c) the applicability of any other MIAM exemptions; and
 - (d) the number and nature of issues that remain to be resolved in the proceedings.

⁶⁵justice.gov.uk adresinden alınan orijinal metin şu şekildedir:

"A MIAM is a short meeting that provides information about mediation as a way of resolving disputes. A MIAM is conducted by a trained mediator who will assess whether mediation is appropriate in the circumstances. A MIAM should be held within 15 business days of contacting the mediator."

gün içerisinde gerçekleştirilir.

Arabuluculuk Bilgilendirme ve Değerlendirme Toplantısı'nın ne şekilde yürütüleceği Aile Usul Kuralları'nın 3.9 numaralı kuralında düzenlenmiştir. Söz konusu kurala göre⁶⁶:

MIAM'ın yönetilmesi - 3.9

(1) Sadece yetkili aile arabulucusu MIAM'ı yönetebilir.

(2) Yetkili aile arabulucusu MIAM'da

(a) prensipler, süreç ve arabuluculuğun farklı modelleri ile ilgili bilgi vermeli ve mahkeme dışı diğer uyuşmazlık çözüm yöntemleri hakkında bilgilendirme yapmalıdır;

(b) uyuşmazlık çözümü konusunda arabuluculuğun uyumunu değerlendirmelidir;

(c) aile içi şiddete dair bir bulgu ya da risk bulunup bulunmadığını değerlendirmelidir; ve

(d) tarafın başvurunun konusu olan çocuğa zarar verdiğine dair bir bulgu ya da risk bulunup bulunmadığını değerlendirmelidir.

Uygulama yönergesinin 32, 33 ve 34 numaralı paragraflarına göre de⁶⁷:

32. Muhtemel davalılar ya muhtemel davacı ile ya da ayrı ayrı MIAM'a katılır. Davalı MIAM'a ayrı katılmayı tercih edebilir ancak bu genellikle aynı yetkili aile arabulucusu ile gerçekleşmelidir.

33. Muhtemel davacı, yetkili aile arabulucusuna, muhtemel davalının iletişim bil-

⁶⁶Aile Usul Kuralları *justice.gov.uk*'den alınmıştır. Orijinal metin şu şekildedir: Conduct of MIAMs - 3.9

(1) Only an authorised family mediator may conduct a MIAM.

(2) At the MIAM, the authorised family mediator must

(a) provide information about the principles, process and different models of mediation, and information about other methods of non-court dispute resolution;

(b) assess the suitability of mediation as a means of resolving the dispute;

(c) assess whether there has been, or is a risk of, domestic violence; and

(d) assess whether there has been, or is a risk of, harm by a prospective party to a child that would be a subject of the application.

⁶⁷*justice.gov.uk* adresinden alınan orijinal metin şu şekildedir: 32. Prospective respondents are expected to attend a MIAM, either with the prospective applicant or separately. A respondent may choose to attend a MIAM separately but this should usually be with the same authorised family mediator.

33. The prospective applicant should provide contact details for the prospective respondent to an authorised family mediator for the purpose of the mediator contacting them to discuss their willingness to attend a MIAM and, if appropriate, to schedule their attendance at a MIAM.

34. If the mediator contacts the prospective respondent and determines that he or she is unwilling to attend a MIAM, a prospective applicant should ask the mediator to confirm this as a ground for MIAM exemption in the relevant section of the application form, which should then be returned signed to the applicant.

gilerini MIAM'a katılma isteğini tartışmak ve eğer uygunsa MIAM'a katılımı planlamak amacıyla vermelidir.

34. Eğer arabulucu muhtemel davalı ile iletişime geçer ve onun MIAM'a katılmaya istekli olmadığına kanaat getirirse muhtemel davalı arabulucudan başvuru formundaki ilgili bölümde yer alan MIAM istisnasına temel olabilmesi için söz konusu durumu tespit etmesini istemelidir.

İlgili düzenlemelerden anlaşıldığı üzere kanun koyucu çocuk ve aile konusuna oldukça önem vererek ayrıntılı düzenlemeler ile taraflar arasındaki uyuşmazlığı mümkün olduğunca arabuluculuk yoluyla çözümlemek niyetini ortaya koymuştur.

3.5. ARABULUCULUK SÜRECİNİN GİZLİLİĞİ

Daha önce de belirtildiği üzere gizlilik arabuluculuğun temellerinden biridir. Tarafların sürece güvenini sağlamada önemli bir araçtır. Gizlilik ayrıca tarafların tam ve açık iletişim kurmasına da imkan tanımaktadır. İngiltere'de yürürlükte olan düzenlemeler genel olarak sulh görüşmelerindeki beyanların gizliliğini güvence altına almaktadır (Burnley & Lascelles, 2004: 1).

İngiltere'de arabuluculuk sürecinin gizliliğine ilişkin pek çok emsal karar bulunmaktadır. Bu bölümde İngiltere'de arabuluculuk sürecinin gizliliği, sınırları ve istisnaları emsal kararlar çerçevesinde incelenecektir.

Arabuluculukta gizlilik sürecinde incelenmesi gereken önemli terimlerden biri aleyhe kullanmama kuralıdır. Türk hukukunda beyan ve belgelerin kullanılamaması ilkesi olarak yer bulan söz konusu ilke İngiltere uygulaması açısından Türk hukuku uygulaması ile benzerdir. *Rush & Tompkins v. GLC*⁶⁸ davasında *Lord Griffiths*'in belirttiği üzere (British and Irish Legal Information Institute, t.y.-b):

"Aleyhe kullanmama kuralı" delillerin kabul edilebilirliğini düzenleyen bir kuraldır ve tarafların yargılamayı devam ettirerek sonuca ulaşması yerine uyuşmazlığı anlaşmayla sonuçlandırma politikası üzerine kuruludur. (...) Bu kural anlaşmak için yapılan görüşmelerdeki sözlü ya da yazılı beyanların delil olarak kullanılmasını engeller."

⁶⁸Kararın künyesi: *Rush & Tompkins v. GLC* [1988] 3 All ER 737

Ancak yukarıda bahsedilen kural sadece taraflar için geçerlidir. Eğer taraflar bilgi ya da belgenin mahkemeye sunulması konusunda anlaşırса arabulucu tarafların iradesi doğrultusunda mahkemeye delil sunmak durumunda kalabilir (Burnley & Lascelles, 2004: 1). Bununla birlikte tarafların gizlilik konusunda aldığı kararlar mutlak da değildir. Taraflar arabuluculuk mutabakatında gizliliği artıran hükümler öngörebilir ise de mahkemeler söz konusu hükümleri geçersiz kılabilmektedir (Burnley & Lascelles, 2004: 2).

Gizlilik konusunda *The Farm Assist* davası⁶⁹ önem arz etmektedir. Dava Çevre, Gıda ve Köy İşleri Bakanlığı'na⁷⁰ karşı açılmıştır. Davacı *Farm Assist* şirketi ile davalı kurum davanın açılmasından 6 yıl önce arabuluculuk anlaşması yapmışlardır. Davacı şirket 6 yıl sonra arabuluculuk anlaşmasının ekonomik baskı ile gerçekleştiği iddiası ile söz konusu davayı açmıştır. Davalı kurum arabuluculuk süreci konusunda arabulucuyu tanık olarak dinletmek istemiştir. Arabulucu söz konusu çağrıya süreci tam olarak hatırlamadığı ve süreçle ilgili kendisinde herhangi bir not bulunmadığı gerekçesiyle dinlenilmekten vazgeçilmesi için itiraz etmiştir. Mahkeme arabulucunun talebini reddetmiştir. Mahkeme kararında arabulucunun görüşmelerini sürdürüp sonuçlandığı olay ile mevcut davanın farklı olduğu ve dinlenilmesinin bu nedenle arabuluculuk kurallarına aykırı olmadığı, dinlenilmesinin adaletin tesisine yardımcı olacağı ve tarafların gizliliğin kalkmasına rıza gösterdiği gerekçelerine dayanmıştır. Söz konusu karar ile mahkeme gizlilik konusunun tarafların tasarruf alanı içerisinde bulunduğuna karar vermiştir. Taraflar isterlerse, daha önceden gizlilik konusunda anlaşma yapmış olsalar bile, arabuluculuk sürecindeki gizliliği ortadan kaldırmakta ve arabuluculuyu tanık olarak mahkemeye çağırabilmektedirler. Böylece arabuluculuk sürecinde gizlilik arabulucu tarafından değil katılımcılar tarafından belirlenmiş olmaktadır (The Advice Services Alliance, t.y.-e).

Gizlilik konusunda önemli bir istisna da açık irtikap konusuna ilişkin olan *Ferster v. Ferster* davasıdır⁷¹. Davada uyuşmazlık konusu *Jonathan*, *Warren* ve *Stuart* kardeşlerin çevrimiçi oyun şirketidir. *Warren* ve *Stuart* çeşitli iddialar ile diğer kardeşleri *Jonathan*'ın malvarlıkları üzerinde tedbir talep etmişler, bunun karşılığında *Jonathan* ise söz konusu davanın kardeşleri tarafından hisselerini daha yüksek fiyattan almaya kendisini zorlamak

⁶⁹Kararın künyesi: *Farm Assist Limited (in liquidation) v Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs (DEFRA)* (no. 2) [2009] EWHC 1102 (TCC)

⁷⁰Department for Environment, Food and Rural Affairs (DEFRA)

⁷¹Kararın künyesi: *Ferster v Ferster* [2016] EWCA Civ 717

için açıldığını ileri sürmüştür. Arabuluculuk sürecinde *Warren* ve *Stuart* hisselerini *Jonathan*'a satmayı teklif etmişler ancak fiyat üzerinde anlaşma sağlanamamıştır. Aylar süren görüşmeler sonucunda 2015 yılının Nisan ayında *Warren* ve *Stuart*'ın vekili, arabulucu aracılığıyla, *Jonathan*'a e-posta göndererek tedbir talebine konu olan yurtdışı hesaplarının tümünü açıklamadığını, eğer 48 saat içerisinde *Warren* ve *Stuart*'ın hisseleri için talep ettiği miktarı (artırdıkları şekilde) ödemeyi kabul etmezse şikayet edeceklerini ve bu durumun itibarına zarar vereceğini, gelecekte çevrimiçi sektörde iş yapmasının imkansız hale gelebileceğini bildirmiştir. Bununla birlikte *Jonathan*'ın eşi ile de iletişime geçilerek, sürecin tarafı olmamasına rağmen, kendisi hakkında da inceleme başlatılabileceği söylenmiştir. *Jonathan* söz konusu iddiaları reddetmiştir. yargılama sürecinde de karşı tarafın iddiasının aksine yurtdışında mevcut bir banka hesabına rastlanmamıştır (Herbert Smith Freehills, t.y.).

Temyiz Mahkemesi yaptığı inceleme sonucunda söz konusu e-postanın açık irtikap olarak değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bununla birlikte açık irtikap sayılabilecek hallerin neler olabileceği ve ayrıcalıklı bir durumun kötüye kullanılması halini değerlendirirken mahkemenin hangi etmenleri göz önüne alması gerektiği konularında yol gösterici unsurlara da kararda yer verilmiştir (Herbert Smith Freehills, t.y.). Kararda belirtildiği üzere (Casemine, t.y.-b):

"Öncelikle, verilen gözdağı, ceza anlamında şikayet ile, hukuk yargılaması sürecinde kabul edilebilecek makul sınırın çok ötesine geçmiştir. İkinci olarak verilen gözdağının Jonathan'ın kusuru nedeniyle Jonathan'ın ailesi üzerinde ciddi sonuçları olacağı söylenmiştir. Üçüncü olarak, iddialar değerlendirildiğinde, verilen gözdağı anında aleni olabilecek niteliktedir. Bu bağlamda Warren ve Stuart'ın iddiaların doğru olabileceğine inanmaları önemli değildir. Jonathan ve eşi hakkındaki oldukça önemli iddiaların alenileştirileceği gözdağı, söz konusu kısa zaman dilimi içerisinde, Jonathan üzerinde epey haksız bir baskı oluşturmuştur. Dördüncü olarak verilen gözdağının amacı kardeşlere bu durumdan maddi çıkar sağlamaktır. Son olarak, iddia ile artırılan talep arasındaki bağlantıyı göstermeye yönelik hiçbir eylem mevcut değildir."

Mahkeme kararları ile getirilen söz konusu istisnalar haricinde aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda da, ilgili bölümde belirtildiği üzere, çocuğun emniyetini tehdit eden bir durumun bulunması ve para aklama amacının görülmesi hallerinde arabulucu ve taraflar gizlilik kuralı ile bağlı olmamaktadır.

3.6. İNGİLTERE'DE ARABULUCU OLABİLMENİN ŞARTLARI

İngiltere'de arabulucu olabilmek için hukuk fakültesi mezunu olmak şart değildir. Özel kuruluşlarca verilen eğitim sonucunda sertifika alan herkes arabulucu olabilmektedir (Andrews, 2012: 190).

Eğitim veren her kuruluş kendi içerisinde farklı şartlara sahiptir. Eğitimin içeriği tercih edilen arabuluculuk alanına göre de değişmektedir. Çoğu eğitim kuruluşu Hukuk Arabulucuğu Konseyi'nin⁷² İngiltere ve Galler için Sağlayıcı Akreditasyon Şeması'nda⁷³ belirlediği asgari standartlar çerçevesinde eğitim vermektedir. Eğitim genellikle teorik dersler ve en az 40 saatik uygulamadan oluşmaktadır (Cortes, 2015: 3).

Farklı alanlarda farklı eğitim kurumlarının bulunması nedeniyle örneğin hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk faaliyetinde bulunmak isteyen bir kişi Hukuk Arabulucuğu Konseyi⁷⁴ tarafından akredite edilen kurslara kaydolabilmektedir. CEDR⁷⁵ gibi diğer hizmet sağlayıcılar da bu konularda eğitim hizmeti vermektedir (Prospects, t.y.). Bununla birlikte aile hukuku alanında arabulucu olarak faaliyet göstermek isteyen bir kişi ise Aile Arabulucuğu Konseyi⁷⁶ tarafından akredite edilmiş kurslara kayıt olabilmektedir.

Belirttiğimiz üzere İngiltere'de farklı kuruluşlar farklı standartlar belirleyerek eğitim hizmetlerini sürdürmektedir. Örnek olması amacıyla, çoğu eğitim kuruluşu için asgari standartları belirlediğinden, Hukuk Arabulucuğu Konseyi aracılığıyla eğitim alarak arabulucu olmak isteyen bir adayın taşıması gereken şartlar şunlardır⁷⁷ (Civil Mediation Council, t.y.-a: 3-5):

⁷²Civil Mediation Council

⁷³Provider Accreditation Scheme for England and Wales

⁷⁴Civil Mediation Council

⁷⁵Centre for Effective Dispute Resolution

⁷⁶Family Mediation Council

⁷⁷Kayıt prosedürleri söz konusu tezin konusu kapsamında değerlendirilemeyecek ayrıntılı düzenlemeler içerdiğinden aşağıda kutularda sadece tez konusu ile ilgili kısımların çevirilerine yer verilmiştir. Orijinal metin yine aynı şekilde kutuların içerisinde mevcuttur.

1. Yeterli arabuluculuk eğitimi ^a

a) Eğitim; etik, arabuluculuk teorisi, arabuluculuk pratiği, müzakere ve canlandırma derslerinden oluşmaktadır.

b) Eğer arabulucu hukuk alanını da içeren bir alanda profesyonel yeterliliğe sahip değilse, hukuk ya da ticaret alanında arabuluculuk faaliyetinde bulunması için temel sözleşme hukukuna hakim olmalıdır. İşyeri arabuluculuğunda ise günümüz çalışma ortamındaki öfke ve çatışma hakkında bilgi sahibi olmalıdır.

^aİlgili bölümün orijinal metni şu şekildedir:

I. That course must include training in ethics, mediation theory, mediation practice, negotiation, and role play exercises.

II. If the mediator is not professionally qualified in a discipline which includes law, the mediator must demonstrate a grasp of basic contract law if he or she is to undertake civil or commercial mediations. In workplace mediation a mediator must have an understanding of anger and conflict in today's workplace.

İlk kriterde görüldüğü üzere arabuluculuk eğitimi; etik, arabuluculuk teorisi, arabuluculuk pratiği, müzakere ve canlandırma olarak beş konudan oluşmaktadır. Sıralamada etik konusuna öncelik verilmesini konunun önemine yapılan bir vurgu olarak yorumlayabilmemiz mümkündür. Zira İngiltere’de arabuluculuk eğitiminde merkezi bir yapı bulunmaması uygulamanın işlerliği açısından etik konusunu ön plana çıkarmaktadır.

İngiltere’de arabulucu olabilmek için hukuk fakültesi mezunu olunması gerekmediğini belirtmiştik. İlk kriterin ikinci bölümünde getirilen "*Eğer arabulucu hukuk alanını da içeren bir alanda profesyonel yeterliliğe sahip değilse, hukuk ya da ticaret alanında arabuluculuk faaliyetinde bulunması için temel sözleşme hukukuna hakim olmalıdır.*" şartının adayın temel hukuk bilgisine sahip olması gerekliliğinden ortaya çıktığı açıktır. Ancak hukuk nosyonu olarak tabir edebileceğimiz düşünce sisteminin söz konusu eğitim ile ne derece elde edilebileceği de Türk hukuk sisteminin bakış açısından bakıldığında ortaya çıkan bir sorudur. Bununla birlikte İngiltere’nin kendine özgü sisteminde hakimlik mesleği de dahil olmak üzere çeşitli hukuk mesleklerinde hukuk fakültesi eğitimi almamış kişilerin görev üstlenebildiği düşünüldüğünde söz konusu durumun İngiltere’nin kendine özgü gelenek ve yapısından kaynaklı olduğunu söyleyebilmek mümkündür.

2. Davranış kuralları ^a

a) Arabulucu uygun davranış kurallarına sahip olmalıdır.

b) Söz konusu yazılı kurallar 2004 tarihli Arabulucular İçin AB Model Davra-

nış Kuralları'ndan daha yumuşak olmamalıdır.

^aİlgili bölümün orijinal metni şu şekildedir:

(1) *A Registered Mediator must follow an appropriate Code of Conduct.*

(2) *2.That written code followed must be no less rigorous than the EU Model Code of Conduct for Mediators published in 2004.*

İkinci kriterde görüldüğü üzere davranış kuralları konusunda tam ve kesin düzenlemeler getirilmek yerine yoruma açık ifadeler kullanılmıştır. Ancak davranış kurallarının temeli de 2004 tarihli Arabulucular İçin AB Model Davranış Kuralları'na yapılan atıf ile açıkça belirtilmiştir. Eğitim kuruluşları kendi işleyişleri doğrultusunda söz konusu kuralları temel alarak kendi kriterlerini oluşturabileceklerdir.

3. Şikayet ile ilgilenme ve destek ^a

a) Kayıtlı arabulucu şikayetle ilgilenme konusunda, Hukuk Arabulucuğu Konseyi'nin asgari standartlarını sağlayacak şekilde, yayımlanmış bir prosedüre sahip olmalıdır ve yapılan her şikayetin yazılı kaydını tutmalıdır. Her şikayet incelenmeli ve belirli zaman içerisinde şikayetin sonucu hakkında şikayetçiye bilgi verilmelidir.

b) Kayıtlı arabulucu, arabuluculuk sürecine ilişkin olarak tarafların, avukatların ya da temsilcilerinin beyanlarını celp edebileceği, alabileceği, değerlendirebileceği ya da gözden geçirebileceği geri dönüş sistemine sahip olmalıdır.

^aİlgili bölümün orijinal metni şu şekildedir:

(1) *A Registered Mediator must have a published complaints handling procedure which meets the CMC's minimum standards, (this may be as a Panel Member of a Registered Mediation Provider where applicable) and keep written records of any complaints. All complaints should be investigated and the outcome notified to the complainant within a specified timescale.*

(2) *A Registered Mediator must have a feedback system under which it invites, receives, assesses and reviews, all comments by the parties and their lawyers or representatives in respect of mediations.*

Üçüncü kriterde görüldüğü üzere arabulucu; taraflar, avukatlar ya da temsilciler ile süreç içerisindeki iletişimini belirli kurallar ve standartlar çerçevesinde sürdürmelidir.

4. Denetim ve Gözetim ^a

a) Eğitimin ardından faaliyetine yeni başlayan arabulucu, en az üç hukuki ya da ticari arabuluculukta ve / ya da üç işyeri arabuluculuğunda 12 ay boyunca baş arabulucu olarak atanmadan önce gözlemlenmelidir. Söz konusu gözlemlerden bir tanesi canlandırma mahiyetinde olabilir.

b) Kayıtlı arabulucu, kayıt (ya da yeniden kayıt) tarihinden önceki 12 ay içerisinde, pratik deneyimine sahip olduğundan emin olunabilmesi için, en az iki hu-

kuki ya da ticari arabulucuğu ve / ya da işyeri arabulucugunu yönetmiş ya da gözlemlemiş olmalıdır. Söz konusu arabuluculuk pratiği şartı, iki fiili ya da gözlemlenen arabuluculuktan birisi için, her biri en az 1 saat olmak üzere iki arabuluculuk canlandırması ya da bir topluluk arabuluculuğu veya iki telefonla arabuluculuk ile de karşılanabilir. Arabulucu doğum izni ya da uzun süreli rahatsızlık nedeniyle işe devam edemiyorsa bu süre 18 aya kadar uzatılabilir.

c) Kayıtlı arabulucu her arabuluculuktan önce, arabuluculuk sırasında ya da sonrasında tavsiyesinden yararlanabileceği ve her türlü sorunu tartışabileceği deneyimli bir arabulucuya danışma imkanına sahip olmalıdır.

d) Kayıtlı arabulucu, yukarıda belirtilen pratik şartları yanında senede en az 6 saat süreli arabuluculuğa özel Sürekli Mesleki Gelişim eğitimi almalıdır. Sürekli Mesleki Gelişim eğitiminin amacı arabulucunun sürekli bilgilenmesi ve gelişmesidir. Belirtilen 6 saat, bunlarla sınırlı olmamak üzere, aşağıdakilerin birleşimini içerebilir:

- i) pratik canlandırma içeren eğitimler;
- ii) arabuluculuk konusunda seminer, konferans, özel ders ve tartışmalara katılım;
- iii) arabuluculuk konusunda makale yazımı;
- iv) arabuluculuk konusunda eğitim, seminer ya da benzer etkinliklerin yapılması.

^aİlgili bölümün orijinal metni şu şekildedir:

(1) A new mediator, following training, must have observed at least three civil or commercial mediations and / or three workplace mediations over the last 12 months before they are eligible for appointment as a lead mediator. One of these observerships may be of a role-play nature.

(2) A Registered Mediator must have observed or conducted at least two civil or commercial mediations and / or workplace mediations in the 12 months prior to its registration (or reregistration) in order to ensure that they have current practice experience. This mediation practice requirement can be met by substituting two simulated mediation practice sessions of at least 1 hour each, or one community mediation, or two telephone mediations for one of the two actual or observed mediations that are required. Where a mediator is on maternity leave or long-term sickness absence, this period may be extended to 18 months.

(3) A Registered Mediator should have the opportunity to consult experienced mediators before, during or after each mediation to discuss any issues on which they would benefit from advice.

(4) A Registered Mediator should undertake at least six hours of mediation-specific CPD per annum in addition to the practice requirements set out above. CPD is intended to be for continued knowledge and development of the mediator.

These six hours may include a mixture of (but not solely one of):

- a) courses offering practical role plays;
- b) attendance at seminars, conferences, tutorials and debates on mediation;
- c) writing articles on mediation;
- d) delivering mediation training, seminars or similar events.

Dördüncü kriterde görüldüğü üzere getirilen ilk şart deneyim şartıdır. Arabulucu hem faaliyete başlamadan hem de faaliyete başladıktan sonra süreç içerisinde tam sorumlu olmadan önce bir sene boyunca belirli sayıda arabuluculuk faaliyetinde gözlemlenmektedir.

Dördüncü kriterde ayrıca mesleki dayanışmayı kuvvetlendirmeye yönelik şartlar da bulunmaktadır. *"Kayıtlı arabulucu her arabuluculuktan önce, arabuluculuk sırasında ya da sonrasında tavsiyesinden yararlanabileceği ve her türlü sorunu tartışabileceği deneyimli bir arabulucuya danışma imkanına sahip olmalıdır."* denilerek faaliyete yeni başlayan arabulucuların deneyimli kişilerin bilgilerinden faydalanmasına imkan tanımak istenmiştir. Ayrıca söz konusu şart arabulucular arasındaki ilişkileri güçlendirerek mesleki dayanışmanın artmasında da rol oynayabilecektir.

Ayrıca dördüncü kriter ile arabulucuların mesleki gelişimlerinin sürekli devam etmesi de amaçlanmaktadır. Arabulucular zorunlu tutulan senelik eğitimler ile bilgilerini tazeleyebileceği gibi güncel gelişmeler hakkında da kolaylıkla bilgi sahibi olabileceklerdir. Eğitim içeriğinin pratik çalışmadan makale yazımına kadar oldukça geniş tutulması eğitimin gerçekleştiği anın şartlarına göre en verimli şekilde sürecin yönetilmesine de katkı sunmaktadır.

5. Sigorta ^a

a) Kayıtlı arabulucu en az £1,000,000 değerinde mesleki sorumluluk sigortasına sahip olmalıdır. Eğer arabulucunun çalışması söz konusu meblağın üzerindeki miktarlara ilişkin ise uygun ek sigorta teminatına sahip olmalı ve buna ilişkin belge sunmalıdır.

b) Bağlı çalışan kayıtlı arabulucular sigorta yaptırmaktan muaftır.

^aİlgili bölümün orijinal metni şu şekildedir:

(1) A Registered Mediator must have professional liability insurance cover in place of not less than £1,000,000. Where a mediator is doing work involving sums exceeding this amount, he or she must have appropriate additional insurance cover in place and be able to provide evidence of the same.

(2) A Registered In-House Mediators is exempt from the requirement to have insurance.

Beşinci kriterde görüldüğü üzere bağlı çalışan arabulucular hariç olmak üzere faaliyette bulunan arabulucuların mesleki sorumluluk sigortası yaptırması zorunlu tutulmuştur. Böylelikle bir zararın ortaya çıkması halinde hem taraflar hem de arabulucu kendisini güvence altına alabilmiş olacaktır. Ayrıca zarar görenin zararı da daha kolay bir şekilde giderilebilecektir.

6. Verimli Yönetim ^a

a) Kayıtlı arabulucu işi ve iş yükü ile orantılı, uygun ve yeterli yönetim düzeyine sahip olmalıdır. (Örn. Araştırmaların yürütülmesi, konuşmaların kaydedilmesi, ücret konusunda doğru muhasebe yapılması, makbuzların usulüne uygun kesilmesi.)

b) Kayıtlı arabulucu eğer şartları taşıyorsa (1998 tarihli Veri Koruma Kanunu gereğince) Veri Komiserliği Bürosu'na veri sorumlusu olarak kayıt yaptırmalıdır.

^aİlgili bölümün orijinal metni şu şekildedir:

(1) A Registered Mediator should have access to suitable and sufficient administrative arrangements that are proportionate to and for the work and workload he or she undertakes (e.g. the handling of enquiries, the recording of calls, the accurate accounting for fees, and the proper rendering of bills to the consumer).

(2) A Registered Mediator should, where appropriate, be registered as a data controller (under the Data Protection Act 1998) with the Information Commissioner's Office (ICO).

Altıncı kriterde görüldüğü üzere arabulucu faaliyetini belirli bir düzen içerisinde yürütmelidir. Ayrıca söz konusu düzenleme şartların mevcut olması halinde arabulucunun veri sorumlusu olarak kayıt yaptırması yükümlülüğünü de getirmektedir.

7. Arabuluculuk Faaliyeti ^a

a) Kayıtlı arabulucu, arabuluculuk faaliyetini sürdürdüğü uyuşmazlıklarda uygun eğitime, deneyime ve yeteneğe sahip olduğunu göstermelidir.

^aİlgili bölümün orijinal metni şu şekildedir:

A Registered Mediator should be able to demonstrate that he or she ensures that they are appropriately trained, experienced and skilled in the disputes they mediate.

Yedinci kriterde görüldüğü üzere arabulucu uyuşmazlık sürecinde gerekli olduğu ölçüde bilgi ve becerisini kullanarak tarafları uygun bir anlaşmaya yönlendirmelidir.

Hukuk uyuşmazlıklarında CEDR'nin yedi kriteri yukarıdaki şekilde olmakla birlikte çeşitli alanlarda faaliyet gösteren kuruluşların farklı kriterlerinin ve süreçlerinin bulunduğunu da yukarıda belirtmiş idik.

Aile hukuku alanında arabulucu olabilmek için aile konularında eğitim ve daha öncesinde aile sorunları alanında çalışma yapmış olmak şartı bulunmaktadır. Aile Arabulucuğu Konseyi⁷⁸ tarafından akredite edilmiş kursu tamamlamış olmak ve daha önceden deneyimli olmak Aile Arabulucuğu Akreditasyonu için adayı uygun kılmaktadır (Prospects, t.y.).

⁷⁸Family Mediation Council

Yetkili aile arabulucusu olma süreci, yürütülen arabuluculuk faaliyetinin yoğunluğuna göre değişmekle birlikte, yaklaşık 3 sene sürmektedir. Süreç temel kursa katılım ile başlamakta ve pratikte deneyim kazanma ile devam edip arabulucunun gerekli şartları taşıdığını gösterir portfolyonun sunumu ile sona ermektedir. Yetkili aile arabulucusu olabilmenin şartları Aile Arabuluculuğu Konseyi'nin ilgili el kitabında⁷⁹ çok ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir (Family Mediation Council, t.y.-b).

Ticari arabuluculukta ise arabulucuların niteliği daha farklı olmaktadır. Belirttiğimiz üzere arabuluculukta hukuk fakültesi mezunu olmak şartı bulunmasa da İngiltere'de ticari arabulucuların büyük çoğunluğu halen görevde olan ya da olmayan avukatlar (*barrister* ya da *solicitor*) ile görevde olmayan hakimlerdir (Andrews, 2012: 190).

Arabulucu olarak kayıtlı bulunan kişilerin listesi Hukuk Arabuluculuğu Konseyi'nin⁸⁰ internet sitesinde yayınlanmaktadır (Cortes, 2015: 3).

3.7. ARABULUCULUK KURUMUNA GETİRİLEN ELEŞTİRİLER

Arabuluculuk kurumunun yaygınlaşması konusunda yargılama sürecinin çok masraflı olmasının etkili olduğu şeklindeki görüşlere daha önce yer vermiş idik. *Galanter*, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki duruşmalı dosya sayısının düşüşünü incelediği çalışmasında söz konusu masrafların sebeplerine dair çıkarımlarda bulunmuştur. *Galanter*'a göre nüfus ve ekonomi büyüdükçe hukuki düzenlemeler de genişlemiş ve toplumun önemli bir bölümü adalete erişim hakkı kazanmıştır (Galanter, 2006: 13). Özellikle 1930'lu yıllardan 1970'li yıllara kadar halk hukuken pek çok hak ve güvenceye sahip olmuştur (Galanter, 2006: 19). Ancak yargı sistemi söz konusu talebi karşılayabilecek şekilde büyümemiştir. Mevcut sistem talebin oldukça küçük bir bölümünü karşılayabildiğinden, bekleme süresi ve masraflardaki belirsizlik de göz önüne alındığında anlaşma yoluna gitmek daha cazip hale gelmiştir. Mahkemeler de tarafları anlaşma yoluna yönlendirerek uyuşmazlıkları çözme eğilimine girmiştir (Galanter, 2006: 13).

Herbert Kritzer'ın *High Court* ve *county court*lardaki dosya sayısı üzerinde yaptığı çalışmaya atıf yapan *Genn*'e göre İngiltere'deki durum *Galanter*'ın görüşleri ile uyum içerisindedir (Genn, 2009: 33).

⁷⁹FMC Manual Professional Standards and Self-Regulatory Framework

⁸⁰Civil Mediation Council

Güncel yargı istatistiklerinden yararlanılan *Genn*, 1938 ila 1990 yılları arasında *Queens Bench Division* ve *county court*larda görülmekte olan davalarda çok keskin bir artışın bulunduğunu tespit etmiştir. 1990'lı yıllardan sonra ise yine keskin şekilde dava sayısının azaldığı görülmektedir (Genn, 2009: 33). *Genn*'e göre İngiltere'de davaların anlaşma ile bitirilmesi her zaman yaygındı ancak geçtiğimiz on yılda bu durum daha da hızlanmıştır (Genn, 2009: 35-36). *Genn* bu noktada *Robert Dingwall*'dan alıntı yapmaktadır. *Dingwall*'a göre İngiltere'deki bu durum planlı bir hükümet politikasıdır ve ABD'nin aksine İngiltere'de hukuk yargısı her zaman devlet politikasının meşru bir ögesi olmuştur (Genn, 2009: 36-37). Bu noktada *Genn*, hukuk yargılaması alanında hükümetin temel politikasının mahkemelere gelen dava sayısını azaltmak, hukuki ve ticari uyuşmazlıkları özel uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile çözmek olduğunu ileri sürmektedir. Ancak bu politika "adalete erişim" adı altında sunulsa da, gerçekte, uyuşmazlıkları adaletten uzaklaştırmaktadır. Ortaya çıkan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi meslekleri, dürüstlük açısından aynı seviyedeki uyuşmazlıkların mahkemelerin karar vermesi için oldukça karmaşık olduğunu, mahkemede bulunabilecek bir gerçeğin bulunmadığını, dolayısıyla devletin zorlayıcı gücünün meşru şekilde uygulanabileceği bir özün bulunmadığını söyleyen postmodern argümanlarla mahkeme kararlarının temelini çürütmektedir (Genn, 2009: 121).

Bu konuda arabuluculuğa eleştiri getiren bir diğer önemli isim de *Owen Fiss*'dir. *Fiss*'e göre anlaşma, ceza uzlaşmasında olduğu gibi, kitle toplumunun koşullarına teslim olmaktır ve ne özendirilmeli ne de övülmelidir (Andrews, 2012: 198).

Andrews'a göre de anlaşma mükemmel değildir ve arabuluculuk anlaşması da dahil olmak üzere genel olarak anlaşmalara şu itirazlar getirilebilir (Andrews, 2012: 198):

- Anlaşmanın tarafları bulundukları durumun tam anlamıyla farkında olmayabilirler.
- Taraflar çok çeşitli şekillerde eşit durumda olmayabilirler.
- Taraflardan biri anlaşmayı hile ile sağlamış olabilir.
- Tarafların hukuki hakları anlaşma yoluyla sınırlanabilir.
- Uyuşmazlığın esas ölçülü, kesin ve titiz şekilde incelenmeyebilir.
- Ciddi hukuksuzluklar kamunun bilgisinden uzak kalabilir.

Dolayısıyla arabuluculuk sistemi uygulama içerisinde avantajları ve dezavantajları ile birlikte var olan bir sistemdir. Arabuluculuk sistemine getirilen eleştirilerin ortak noktasına baktığımızda genel sorunun adalete erişimin zorlaşması olduğu görülmektedir. Bununla birlikte taraflar arasındaki eşitsizlikler, hukuksuzlukların kamuoyunun bilgisinden uzakta kalması ihtimali gibi oldukça haklı endişeleri yansıtır eleştirilerin getirildiği de öğretide görülmektedir.



4.0. KURUMLARIN KARŞILAŞTIRILMASI

Arabuluculuk kurumu hem İngiltere’de hem de Türkiye’de uygulama alanını genişletmektedir. Her iki ülke açısından da arabuluculuk kurumunun yargılama sistemini değiştirme imkanına sahip olan ve değiştirmesi umulan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak görüldüğünü söyleyebilmek mümkündür. Söz konusu potansiyel ve beklenti düşünüldüğünde arabuluculuk kurumunun gelecekte daha etkin olarak kullanılacağını öngörmek ve söylemek yanlış olmaz. *Cortes*’e göre de, iyimser bakılırsa, gelecekte arabuluculuk yerine klasik yargılamadan alternatif olarak bahsetmek olasıdır (Cortes, 2015: 2).

Türk hukuku ve İngiliz hukukunda arabuluculuk kurumu ayrı başlıklar halinde ilgili bölümlerde açıklanmıştır. Çalışmanın bu bölümünde önceki bölümlere atıf yapılarak her iki ülkedeki arabuluculuk uygulaması öncelikle köken ve temel mevzuat, daha sonrasında ise arabulucu olma şartları ve teşkilatlanma açısından, giriş bölümünde belirttiğimiz yöntem çerçevesinde, karşılaştırılarak incelenecektir.

4.1. KÖKEN AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMA

İlgili bölümde belirttiğimiz üzere arabuluculuk kurumu köken olarak Anglo Sakson hukuk sisteminden gelmektedir ve modern anlamdaki gelişimini Amerika Birleşik Devletleri’nde yaşamıştır. İngiltere’de arabuluculuk kurumuna ilişkin düzenlemeler 1990’lı yıllarda yapılmıştır. Bununla birlikte aile hukuku gibi bazı alanlarda çok daha eski tarihlerden bugüne arabuluculuk benzeri sistemler uygulanmıştır. Türkiye’de ise arabuluculuk kurumunun fikri çalışmaları 1990’lı yıllarda başlamış, arabuluculuk kurumunu düzenleyen kanun tasarısı 2006 yılında hazırlanmış, 2012 yılında ise yürürlüğe girerek mevzuatta arabuluculuk yer almıştır.

Bu açıdan bakıldığında hem İngiltere hem de Türkiye açısından arabuluculuk bir politika transferi olarak değerlendirilebilir. Burada belirtmek gerekir ki Amerika Birleşik Devletleri ile aynı hukuk sisteminden gelen İngiltere’nin arabuluculuk kurumunu adapte etme şekli ile farklı bir hukuk sistem ve anlayışına sahip olan Türkiye’nin adapte etme şekli arasında farklılıkların bulunacağı ve bulunduğu açıktır. Ancak öncelikle politika transferi süreci açısından inceleme yapmanın daha yararlı olacağı kanaatindeyiz. Bu-

nunla birlikte Amerika Birleşik Devletleri'ndeki sistemin İngiltere ve Türkiye'ye nasıl aktarıldığı konusunun ayrıntılı incelenmesi tezin konusu ve kapsamı açısından mümkün olamayacağından öncelikle politika transferi konusuna kısaca değinilerek ana başlıklar çerçevesinde inceleme yapılacaktır.

Kamu politikası, kamunun kabul edilemez olarak gördüğü ve dolayısıyla müdahale gereken bir kamu sorunu hakkında yetkililerin yapmak ya da yapmamak konusunda aldıkları kararlardır. Politika ise, genel olarak, birey ya da grubun bir sorun ile başa çıkarken izlediği yol haritasıdır (Kraft & Furlong, 2017: 37).

Politika transferi; bir zaman ya da mekandaki politika, idari düzenleme, kurum vb. hakkındaki bilginin bir başka zaman ya da mekandaki politika, idari düzenleme veya kurumun geliştirilmesi için kullanılması sürecidir. Politika transferi gönüllü olabileceği gibi bir hükümet ya da ulusüstü kuruluşun zorlaması ile de gerçekleşebilmektedir (Dolowitz & Marsh, 1996: 344). Gönüllü transfer, çoğu yazara göre, mevcut durumdan kaynaklı bir sorun ya da memnuniyetsizliğin bulunduğu durumlarda gerçekleşmektedir. Eğer bir politika olması gerektiği gibi işliyorsa mevcut rutin içerisinde kullanılmaya devam edecektir (Dolowitz & Marsh, 1996: 346). Bu durumda politika transferi gerçekleştirmeye neden olabilecek bir sebep de bulunmayacaktır.

Politika transferi zorlama sonucunda da gerçekleşebildiği için İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra bir süre kuşkuyla karşılanmış ve modern sömürgecilik anlayışının farklı bir görünümü olarak yorumlanmıştır. Ancak 1970'li ve 1980'li yıllarda dönemin ekonomik, siyasal ve toplumsal koşulları uluslararası işbirliğini ve kamu politikalarının başka ülkeler tarafından öğrenilmesini gerekli kılınca transfer konusuna yönelik olumsuz görüşler yumuşamış, karşılaştırma ve transfer yapma ihtiyacı kamu yönetimi bilimcileri kadar politikacı ve bürokratları da meşgul eden konulardan biri haline gelmiştir (Kutlu & Özdemiray, 2017: 81).

Kraft ve Furlong'a göre kamu politikası uzay boşluğunda oluşturulmamaktadır. Kamu politikası sosyal ve ekonomik koşullardan, hakim politik değerlerden, halkın halinden, hükümetin yapısından, ulusal ya da yerel kültür normlarından ve diğer pek çok değişkenden etkilenmektedir (Kraft & Furlong, 2017: 51).

Bu açıdan bakıldığında adalet alanının bizzat toplumun sorunları ve beklentileri ile iç içe olması ve yapılan düzenlemelerin toplumda doğrudan karşılığının oluşması sebebiyle

adalet alanındaki kamu politikaları üzerinde yapılan incelemelerin toplumun gerçek sorun ve beklentilerini tespit etmede oldukça yararlı bir araç olacağı kanaatindeyiz.

Rose'a göre de her ülkenin sorunları vardır ve her biri sorunların o yer ve zaman için benzersiz olduğunu düşünür. Ancak tek ülkeye özgü problemler olağandışıdır. Halkların beklentileri çoğunlukla ortaktır. Örneğin okullardan eğitim vermesi, sosyal güvenlik-ten yaşlılıkta yoksulluğu önlemesi, halk sağlığından hastalıkların yayılmasını engellemesi beklenir. Bu nedenle aynı ülke içerisinde sosyal güvenlik, çevre ya da savunma politikaları arasındaki benzerlikten ziyade farklı ülkeler arasında aynı politika alanları içerisinde benzerlik bulmak daha kolaydır (Rose, 1991: 3-4).

Bu açıdan bakıldığında adalet alanında insanların beklentilerinin adil, hızlı, masrafsız ve etkili çözümler olduğunu söyleyebilmek mümkündür. Sistemin sadece adil olması bir çözüm değildir. Söz konusu adil sonuç kısa sürede elde edilemiyorsa, elde edilmesi için çok fazla zaman ve kaynak gerekiyorsa, elde edilmesine rağmen etkili olamıyorsa toplumun adaletten beklentisinin gerçekleştiğini söyleyebilmek mümkün değildir. Bu açıdan bakıldığında hem İngiltere hem de Türkiye uygulamasında arabuluculuk kurumunun getirilme sebebinin adil, hızlı, masrafsız ve etkili bir çözüm arayışı olduğu söylenebilir. Daha önce de belirtildiği üzere tek ülkeye özgü sorunlar olağandışıdır. Arabuluculuk kurumu bu açıdan adalet alanında, hem Türkiye hem de İngiltere açısından, sorun olarak görülen noktalara çözüm getirmesi amacıyla uygulamaya alınmıştır.

Sobacı'ya göre politika transferi, sonuçlardan ziyade süreçler ile ilgilidir ve politika transferi devletler arasında politika yakınsamasına yol açabilecek bir gelişme öngörmektedir. Ancak politika yakınsaması politika transferinin mutlak ve kaçınılmaz bir sonucu olarak da düşünülmemelidir. Politika transferi açısından negatif derslerin çıkarıldığı bir durumda yakınsamadan ziyade bir ıraksama ve farklılaşma söz konusu olacaktır (cite, 2008: 149). Türkiye'de adalet alanında gelişmiş olarak tanımlanan ülkeler ile mevcut olan işbirliği ve araştırmaların neticesinde bu alanda bir politika yakınsaması yaşanması oldukça olağandır. Bu durum HUAK'ın gerekçesinde dünya uygulamalarına yapılan atıflardan da görülebilmektedir. Günümüz koşullarında da dünyada mevcut olan uygulamalardan bir ülkenin, iyi ya da kötü, etkilenmemesi oldukça olağandışı sayılabilecek bir durumdur.

Rose'a göre karar vermeye yetkili olanlar bir sorun ile karşılaştıklarında benzer so-

run ile başka bir yerde nasıl mücadele edildiğine bakarak bilgi elde edebilirler. Bununla birlikte, kendi sorunlarına daha iyi çözüm getirecek dersler de çıkarabilirler. Eğer söz konusu ders çıkarma pozitif ise politika transferi gerçekleşebilir. Negatif ise başkalarının hatalarına bakarak ne yapılmaması gerektiği görülebilir (Rose, 1991: 4).

Bu açıdan bakıldığında İngiltere, Arabuluculuğa Otomatik Yönlendirme Sistemi başlığında açıklandığı üzere, Amerika Birleşik Devletleri uygulaması haricinde zorunlu arabuluculuk konusunda Kanada'nın *Ontario* eyaletindeki uygulamayı kendisine örnek seçmiştir. Türkiye'de ise HUAK'ın gerekçesine bakıldığında UNCITRAL ile Avrupa Birliği'nin düzenlemelerine atıf yapıldığı görülmektedir. Dolayısıyla her iki ülke açısından da politika transferinin bulunduğunu ve dolayısıyla sistem açısından memnuniyetsizlik yaratan bir durumun mevcut olduğu söylenebilir.

İngiltere açısından bakıldığında, Arabuluculuk Kurumunun İngiltere'de Gelişimi başlığında açıklandığı üzere, söz konusu memnuniyetsizlik adli yardım ve mahkeme masrafları konusundadır. Arabuluculuk Kurumunun İngiltere'de Gelişimi başlığında belirtildiği üzere adli yardım ödeneklerinin kayda değer bir gider kalemi haline gelmesi ve mahkeme masraflarının bazen elde edilecek sonuçtan bile kat kat daha fazla olabilmesi yargı alanında gerçekleştirilen reformun temel sebepleri olarak görülmektedir.

Türkiye açısından bakıldığında ise sorunun daha çok mahkemelerin iş yükü ve artan yargılama süreleri olduğu söylenebilir. Bu çıkarımın kaynağı ise HUAK'ın gerekçesidir. HUAK'ın gerekçesinde belirtildiği üzere:

"Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle uyuşmazlıkların çözümü son yıllarda pek çok ülkenin kanun koyucularını meşgul etmektedir. Uyuşmazlıkların dava yolu ile çözümü yerine, tarafların kendi iradeleri ile uzlaşarak uyuşmazlığa son vermeleri, toplumsal barışın korunması açısından tercih sebebi sayılmaktadır. Bu yolların geniş kapsamlı ve etkin bir biçimde işlerlik kazanması mahkemelerin iş yükünün azalmasına katkı sağlayacaktır."

Gerekçeden görüldüğü üzere mahkemelerin iş yükünün azaltılması ve toplumsal barışın korunması kanun koyucunun temel çıkış noktası olmaktadır. Bu nedenle de artan iş yükü ve yargılama süresi ile vatandaşların başvurabileceği alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kısıtlı oluşunun Türkiye'deki mevcut sistemde sorun olarak görülen kısım

olduğunu söyleyebilmek mümkündür.

Rose'a göre karar vericiler teorisyen değil bilgiyi araçsal biçimde arayan sosyal mühendislerdir. Karar vericiler açısından deneyim önerinin ayaklarının yere bastığını gösteren ve etkililiğini doğrulayan özel bir yere sahiptir (Rose, 1991: 5). Hem Türkiye hem de İngiltere uygulamasında doktrinsel olarak tartışmalar ve öneriler bulunmakla birlikte vatandaş nezdinde arabuluculuk sistemi konusunda bir talep ve bilinç yok iken kanun koyucu söz konusu düzenlemeleri getirmiş ve popülerleşmesi için çaba göstermiştir. Dolayısıyla burada *Rose*'un sosyal mühendislik kavramına olumlu anlamda uygun bir durum görülmektedir. Uygulama içerisinde varılan sonuçlar ve yapılan değişiklikler ise bir bilgi arayışı olarak yorumlanabilecektir. Özellikle Türkiye uygulamasında arabuluculuğun farklı alanlarda yaygınlaştırılmaya çalışılması ve hatta zorunlu arabuluculuk uygulamasının çeşitli alanlara yayılması fikrinin söz konusu bilgi arayışı faaliyeti çerçevesinde yorumlanabilmesi mümkündür.

İngiltere özelinde, arabuluculuk kurumunun gelişimi bölümünde anlatıldığı üzere, sistemin sorunlu olduğu kabul edilerek tüm hukuk sistemi açısından *Lord Woolf* ile bir reform hareketine girilmiştir. Arabuluculuk söz konusu reform paketinin bir parçası olarak mevzuata girmiştir. Ancak Türkiye açısından bakıldığında arabuluculuk ayrı bir kanuna sahip bağımsız bir düzenleme olarak mevzuatta yer almıştır. Yani köklü bir reformun bir parçası olarak yer almamış, arabuluculuğun kendisi başlı başına bir reform olarak uygulamaya girmiştir. Uygulama da yine buna uygun şekilde gelişmiştir.

Bilindiği üzere politika transferi sürecinde altı temel aktörden biri ya da birkaçı rol oynayabilmektedir. Seçimle göreve gelenler, siyasi partiler, bürokratlar/memurlar, çıkar grupları, politika girişimcileri/uzmanları ve ulusüstü kuruluşlar (Dolowitz & Marsh, 1996: 345). Hem İngiltere hem de Türkiye açısından bakıldığında sürecin temel aktörlerinin seçimle göreve gelenler, siyasi partiler ve bürokratlar olduğu görülmektedir. Diğer üç aktörün de süreç içerisinde etkisi olduğu söylenebilir ve görülebilir ise de İngiltere'de ve Türkiye'de düzenlemelerin kanun koyucu aracılığıyla getirildiği ve sürecin popülerliğini uygulanmaya başlandıkça arttırdığı ve hatta, diğer başka sebeplerle birlikte, popülerliğin artması için zorunlu arabuluculuk gibi uygulamalara gidildiği düşünüldüğünde temel aktörlerinin seçimle göreve gelenler, siyasi partiler ve bürokratlar olduğunu söyleyebilmek mümkündür.

4.2. TEMEL MEVZUAT AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMA

Arabuluculuk kurumunun İngiltere’de gelişimi bölümünde ayrıntılı açıklandığı üzere İngiltere 1990’lı yıllarda yargı reformunu gerçekleştirirken arabuluculuğu ayrı bir düzenleme olarak değil reformun bir parçası olarak Medeni Usul Kuralları’nın¹ içerisinde bir parça olarak getirmiştir. Dolayısıyla İngiltere’de ayrı bir arabuluculuk kanunu bulunmamaktadır. Çeşitli kanunlar ve düzenlemeler içerisinde arabuluculuğun temeli düzenlenmiştir. Arabuluculuk kurumunun gelişimi Medeni Usul Kuralları’nda ve diğer mevzuatta tanımlanan temel çerçeve üzerinden uygulama içerisinde mahkeme kararları ile gerçekleşmektedir. Bunun yanında uyuşmazlık türlerine göre usulü düzenleyen uygulama yönergeleri² mevcuttur.

Türkiye’de ise temel düzenleme olan HUAK ve HUAKY çerçevesinde arabuluculuğun usul ve esasları açıkça düzenlenmiştir. TAEK ile de söz konusu kurallar etik kuralları ile harmanlanmıştır. Esas konusunda mahkemelerin takdir yetkisi bulunmakla birlikte usul kurallarının esnek olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Hem ihtiyari hem zorunlu arabulucukta arabuluculuğun başlaması, sürdürülmesi, sona ermesi ve uyuşmazlık halinde başvurulacak yol, arabuluculuk sürecinde arabulucuya takdir ve inisiyatif hakkı verilmekle birlikte, açıkça düzenlenmiştir.

Mevzuat kapsamında arabuluculuk ve uygulama bölümünde belirtildiği üzere İngiltere uygulamasında *online* ya da telefon ile arabuluculuk hizmeti kurumsal olarak yapılmaktadır. Türkiye’de ise mevzuat açısından bir engel bulunmamakla birlikte tarafların kabulü halinde *online* ya da telefon ile görüşme yapabilmek olanağı mevcuttur. Ancak Arabuluculuk Daire Başkanlığı nezdinde geliştirilen ya da kullanımı tavsiye edilen bir yöntem bulunmamaktadır. Bununla birlikte Arabuluculuk Daire Başkanlığı yapmış olduğu duyuru ile başvuru formu ile başvuran arabulucuların geliştirilmekte olan BİP adlı uygulama aracılığıyla online arabuluculuk hizmeti verebileceğini duyurmuştur (Arabuluculuk Daire Başkanlığı, t.y.-a). COVID-19 dönemine ilişkin olarak Arabuluculuk Daire Başkanlığı yayınlamış olduğu duyurusunda söz konusu dönemde, tedbiren, daha önceden başlanmış olup da devam eden arabuluculuk sürecine ilişkin uyuşmazlıklarda tarafların şehir içi yada şehir dışından olup olmadığına bakılmaksızın telekonferans yönteminin

¹Civil Procedure Rules

²Practice direction

kullanılmasına ağırlık verilmesini ve yeni başlayan arabuluculuk sürecinde ise yasada belirtilen sürelerin sonuna doğru toplantı günü verilerek durumun takip edilmesi ile riskli ve acil durumların devam etmesi halinde tarafların şehir içi yada şehir dışından olup olmadığına bakılmaksızın telekonferans yönteminin kullanılmasını arabuluculara duyurmuştur (Arabuluculuk Daire Başkanlığı, t.y.-c).

Arabuluculuk süreci bölümünde açıklandığı üzere İngiltere uygulamasında *pre-action protocol* adı verilen ve uyuşmazlık türüne göre değişiklik gösteren, süreci yönlendiren prosedürlere dava açmadan önce uyulması şarttır. Dava açmadan önce söz konusu prosedürlere uygun şekilde arabuluculuk yoluna başvurulmamış ise yargılama sonucunda dava masraflarının karşılanmaması riski bulunmaktadır. Buradan görüldüğü üzere zorunlu arabuluculuk İngiltere’de bir dava şartı ya da yargılamanın uzantısı şeklinde kabul edilmiştir. Türkiye’de ise zorunlu arabuluculuk sürecinde dava açmadan önce arabuluculuğa başvurulmaması halinde dava şartı yokluğu sebebiyle usulden doğrudan reddedilmektedir. Zorunlu arabuluculuk Türkiye uygulaması açısından bir dava şartıdır.

Zorunlu arabuluculuk bölümünde açıklandığı üzere İngiltere uygulamasına bakıldığında arabuluculuk sürecinin başarıya ulaşmasını sağlamak amacıyla tarafları arabuluculuğu ciddi şekilde değerlendirmeye teşvik edebilmek için mahkeme kararları ile çeşitli yaptırımların getirildiği görülmektedir. Mahkeme uyuşmazlık sonucunda mahkeme masraflarının hangi tarafa yükletileceği konusunu takdir ederken tarafların arabuluculuk sürecindeki tutumları da dahil olmak üzere arabuluculuk konusunda genel bir değerlendirme yapmaktadır. Yargılama giderlerinin oldukça yüksek olabilmesi ihtimali de düşünüldüğünde söz konusu durum taraflar açısından maddi olarak önemli olduğundan bu sayede tarafların arabuluculuk sürecine daha verimli katılmaları amaçlanmaktadır.

Türkiye uygulamasında ise zorunlu arabuluculuk sürecinde karşı tarafın sürece katılmaması halinde yargılama giderlerinden sorumlu olması hali haricinde herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Söz konusu yaptırım da her alanda uygulanan mutlak bir yaptırım değildir. Tüketici hukukunda zorunlu arabuluculuk bölümünde açıklandığı üzere tüketici geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmadığında yargılama giderlerinden sorumlu tutulmamaktadır. Söz konusu istisna haricinde hem başvuran hem de karşı taraf sürece katılmış ise, arabuluculuk sürecindeki tutumları ne olursa olsun yargılama giderleri konusunda bir yaptırım söz konusu olmayacaktır. Karşı taraf sadece sürece

katılmakla yetinip anlaşma konusunda hiçbir diyalogu mevcut olmasa dahi düzenlemede sadece katılma şartı bulunduğundan yaptırım ile karşılaşmayacaktır. Söz konusu durum tarafların bir yaptırım tehdidi ile istemedikleri sonuçlara katlanmak yükümlülüğü altında kalmaması şeklinde olumlu olarak yorumlanabilir. Ancak özellikle iş hukuku gibi taraflar arasında sosyal, ekonomik ya da herhangi bir sebeple eşitsizlik bulunabildiği alanlarda tarafları anlaşma zemini konusunda en azından diyaloga sokmaya yönelik tedbirlerin alınması sürecin başarısına olumlu yönde etki edebilecektir.

Hem İngiltere’de hem de Türkiye’de taraflar yargılama devam ederken de arabuluculuk yolunu deneme konusunda irade gösterebilirler. Bilindiği üzere bu durumda arabuluculuk bekletici mesele yapılmaktadır. Her iki ülke uygulamasında da yargılamanın sürüncemede kalmaması amacıyla bekletici mesele konusunda kesin süreler getirilmiş ise de İngiltere uygulamasında hakimin söz konusu süreyi kendisinin belirleyeceği bir süre kadar uzatma imkanı bulunmaktadır. Türkiye’de ise bekletici meselenin süresi açıkça belirtilmediğinden bu konuda hakimin takdir hakkı bulunmamaktadır. Taraflar isterse süreyi bir defaya mahsus olmak üzere uzatabilmektedir. İngiltere’deki uygulamanın bu açıdan özel uyuşmazlık türlerinde faydalı olabileceğini söyleyebilmek mümkündür. Arabuluculuk uygulama açısından oldukça geniş bir alana sahip olduğundan anlaşma ya da görüşme için teknik, mali ya da benzeri sebeplerle hazırlık ya da planlama gerektiren uyuşmazlıklarda hakime süreyi uzatmaya yönelik takdir hakkı verilmesinin faydalı olacağı açıktır. Diğer durumda usul hukuku hükümleri arabuluculuğun sonucu üzerinde olumsuz etkiye sahip olacaktır. Arabuluculukta tarafların iradesinin önplanda olduğu da düşünüldüğünde söz konusu durumun istenmeyen bir hal olarak değerlendirilebileceğini söyleyebilmek mümkündür.

4.3. ARABULUCU OLABİLME ŞARTLARI AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMA

Arabulucu olabilme şartları İngiltere ile Türkiye arasında oldukça farklılık arz etmektedir. Öncelikle İngiltere’de temel mevzuat karşılaştırması bölümünde belirttiğimiz üzere arabuluculuk kendi içerisinde uygulamada gelişim göstermektedir. Bu nedenle belirli standartlar mevcut olmakla birlikte her eğitim kurumu kendi şartlarını kendisi belirlemektedir ve *Cortes*’in belirttiği üzere yoğun bir eğitim söz konusu değildir (Cortes, 2015: 3). Tür-

kiye’de ise mevzuatta arabulucu olmak için taşınması gereken şartlar açıkça sayılmıştır. Aşağıda Türkiye’de arabulucu olmak isteyen bir kişinin taşınması gereken şartlar ve izlemesi gereken yol başlıklar içerisinde İngiltere ile karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Türkiye’de arabulucu olabilmek için sahip olunması gereken şartlar şunlardır:

4.3.1 Türk Vatandaşı Olmak

5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’na göre Türkiye Cumhuriyeti Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan kişiye türk vatandaşı denilmektedir. Söz konusu şartta doğum ile veya sonradan kazanma ile ilgili bir hüküm bulunmadığından doğum ile veya sonradan kazanma halinde de Türk vatandaşı olma şartının gerçekleşeceğini söyleyebilmek mümkündür.

İngiltere’deki düzenlemelere bakıldığında ise vatandaşlık konusuna açıkça yapılan bir atıf bulunmamaktadır. İngiliz uygulamasında Birleşik Krallık çerçevesinde karmaşık bir vatandaşlık sistemi uygulandığından söz konusu durum hakkında kesin düzenleme yapılmamasının olağan olduğu söylenebilir.

4.3.2 Mesleğinde En Az Beş Yıllık Kıdeme Sahip Hukuk Fakültesi Mezunu Olmak

Türkiye’de arabulucu olarak görev yapabilmek için hukuk fakültesi mezunu olmak şarttır. Ancak beş yıllık mesleki kıdeme sahip olma sadece avukatlık mesleği için aranan bir şart değildir. Hukuk fakültesi mezuniyeti ve herhangi bir meslekte beş yıllık kıdeme sahip olmak aranan bu şart için yeterlidir. Farklı mesleklerde geçen süreler beş yıllık mesleki kıdem hesabında dikkate alınmaktadır (Arabuluculuk Daire Başkanlığı, t.y.-d). Söz konusu durumun Türkiye uygulamasında, arabuluculuk konuları arasında bir ayırım yapılmaması da dikkate alındığında, uygulamada sorunlara sebebiyet verebileceği açıktır. Zira hukuk fakültesi mezunu olup bu alanda çalışma yürütmemiş ya da hukukun sadece belirli bir alanında çalışma yürütmüş bir kişinin arabuluculuk faaliyetini herhangi bir uyuşmazlık türü ile sınırlı olmayacak şekilde yürütebilmesi uygulamada, özellikle aile hukuku gibi hassas alanlarda, sorun yaratabilecektir. Zira arabuluculuk süreci tarafların iradesi ile şekillenen bir süreç olsa da uyuşmazlık hakkında arabulucunun bilgi ve tecrübesinin bulunması hem taraflar arasındaki ortak zemini bulma hem de sürecin ilerlemediği hallerde

farklı bir bakış açısı getirme konularında fayda sağlayacaktır.

İngiltere uygulamasına bakıldığında, İngiltere’de arabulucu olabilmenin şartları bölümünde açıklandığı üzere, uyuşmazlık türlerine göre arabulucu olabilme şartlarının da değiştiği görülmektedir. Örneğin aile hukuku alanında arabulucu olmak isteyen bir kişinin daha öncesinde bu alanda çalışmış olması aranırken sadece bununla yetinilmemekte, ayrıca süreç içerisinde deneyim kazanmasına da önem verildiği görülmektedir. Ancak İngiltere’de arabulucu olabilmek için hukuk fakültesi mezunu olmak şart değildir. İngiltere uygulamasına bakıldığında hakimlik mesleği de dahil olmak üzere pek çok hukuk mesleğinde hukuk fakültesi mezunu olmayan kişilerin görev alabildiği görülmektedir. *Cortes’e* göre bu durum İngiliz hukuk sisteminin kendine özgü geleneğinin bir yansımasıdır (*Cortes*, 2015: 3). Bununla birlikte adaylar hukuk bilgisine yönelik eğitimler almaktadırlar. Söz konusu eğitimlerin niteliği ve faydası tartışılabilir ise de uygulama içerisinde pratiğe verilen önem ve bazı uyuşmazlıklarda doğrudan arabulucu olmak yerine staj uygulamasına benzer uygulamalarla deneyim kazandırmaya yönelik uygulamaların faydalı olacağı açıktır.

Türkiye uygulaması açısından İngiltere sistemine benzer şekilde alanlar arasında farklı niteliklerle uzmanlaşma sistemine gidilmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere hukuk fakültesi mezunu olup bu alanda çalışma yürütmemiş ya da hukukun sadece belirli bir alanında çalışma yürütmüş bir kişinin arabuluculuk faaliyetini herhangi bir uyuşmazlık türü ile sınırlı olmayacak şekilde yürütebilmesi aile hukuku gibi hassas alanlarda sorunlara yol açabilecektir.

4.3.3 Tam Ehliyetli Olmak

Tam ehliyetli olmak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu anlamında ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişiyi ifade etmektedir. Dolayısıyla bir kişi ayırt etme gücüne sahip değilse; akıl hastalığı, akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, özgürlüğü bağlayıcı ceza gibi herhangi bir sebepten dolayı kısıtlanmışsa ya da ergin değilse arabulucu olabilmesi mümkün değildir.

İngiltere’deki şartlara bakıldığında söz konusu durumlara açıkça bir atıf bulunmamaktadır. Ancak uygulama içerisinde söz konusu kişilerin arabuluculuk faaliyetini sürdüreme-

yecekleri açıktır.

4.3.4 Bazı Suçlarından Dolayı Mahkûm Olmamak

Türkiye’de arabulucu olarak görev yapabilmek için 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık, gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkûm olmamak gerekmektedir.

Söz konusu şartlara bakıldığında kanun koyucunun belirli bazı suçlardan mahkum olan kişilerin arabuluculuk mesleğini yapmaya uygun olmadığını kabul ettiği çıkarımı yapılabilir. Ancak yukarıda belirtilen suçların işlendiği iddiası ile soruşturma altında bulunmak, tutuklu olmak veya mahkum olunmasına rağmen cezanın kesinleşmediği hallerde madde metninde açıkça mahkum olmak terimi kullanıldığından arabulucu olmaya engel bir durumun olmadığı söylenebilir.

İngiltere’deki şartlara bakıldığında söz konusu durumlara açıkça bir atıf bulunmamaktadır. Ancak yine uygulama içerisinde söz konusu kişilerin arabuluculuk faaliyetini sürdüremeyecekleri açıktır.

4.3.5 Terör Örgütleriyle İltisaklı veya İrtibatlı Olmamak

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nda cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, anayasada belirtilen cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk devletinin ve cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylem olarak tanımlanan terör eylemini cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, terör amacına yönelik ola-

rak suç işlemek üzere kurulan terör örgütleri ile iltisaklı veya irtibatlı olmak Türkiye’de arabulucu olarak faaliyet göstermeye engeldir.

Söz konusu düzenlemeye karşı iltisak ve irtibat terimlerinin belirsiz olduğu iddiası ile açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi 14/11/2019 tarih, 2018/89 E., 2019/84 K. sayılı kararı ile şu saptamaya yer vermiştir (Resmi Gazete, t.y.-a: 13):

"Terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı bulunmama koşulunun, farklı saiklerle hareket edilmesinin önüne geçmek suretiyle arabulucuların görevlerini doğru ve tarafsız biçimde yerine getirmelerine, arabuluculuk faaliyetlerine ilişkin güvenilirliğin sağlanmasına, görev sebebiyle öğrenilen sırların gerektiği gibi muhafaza edilmesine, görev ve yetkilerin kötüye kullanımının önlenmesine hizmet etmek suretiyle arabuluculuk faaliyetinin sağlıklı biçimde işleyişine katkıda bulunmayı hedeflediği anlaşılmaktadır. Bu itibarla kuralın arabuluculuk hizmetinde kamu yararının sağlanmasına yönelik amaçlar bakımından elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez."

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında arabuluculuğun temel ilkelerine atıf yapmıştır. Söz konusu durumun başka bir sebebe gerek olmaksızın arabulucu olarak faaliyet göstermeye engel teşkil ettiği kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında arabuluculuğa verilen önemi ve görevin ciddiyetini dolaylı yoldan vurgulamaktadır.

İngiltere’deki şartlara bakıldığında maddede belirtilen duruma açıkça bir atıf bulunmamaktadır. Ancak yine uygulama içerisinde söz konusu kişilerin arabuluculuk faaliyetini sürdüremeyecekleri açıktır.

4.3.6 Arabuluculuk Eğitimini Tamamlamak ve Bakanlıkça Yapılan Yazılı Sınavda Başarılı Olmak

Türkiye’de arabulucu olabilmenin şartları ve arabulucular sicili bölümünde açıklandığı üzere Türkiye’de arabulucu olmak isteyen bir kişinin altmışsekiz saati teorik ve onaltı saati uygulamalı olmak üzere asgari toplam seksendört saat arabuluculuk eğitimi alması şarttır.

Söz konusu eğitim sonrasında verilen katılım belgesi ile arabuluculuk sınavına başvurarak sınav sonucunda yüz tam puan üzerinden en az yetmiş puan almak şartıyla ilan edilen ihtiyaç sayısına göre en yüksek puandan en düşüğe doğru yapılacak sıralamada başarılı kabul edilen dilime giren aday arabulucu olarak faaliyete başlayabilmektedir.

Eğitim şartı sınava girmeden önce mevcut olmakla birlikte arabuluculuk faaliyeti sürdürülürken de periyodik eğitimler mevzuatta öngörülmüştür. Arabuluculara, arabuluculuk eğitim izni verilen kuruluşlarca teorik ve uygulamalı, toplam sekiz saatten az olmamak üzere üç yılda bir defa yenileme eğitimi verilir. Arabulucular yenileme eğitimine sicile kaydedildiği tarihten itibaren üçüncü yılın içinde katılmak zorundadır. Yenileme eğitiminde; arabuluculuğa ilişkin mevzuat ve içtihat değişiklikleri ile arabuluculuk becerilerinin geliştirilmesine yönelik eğitim verilir.

İngiltere uygulamasında da Türkiye ile benzer olarak öncelikle teorik ve pratik dersler verilmektedir. Ancak Türkiye’den farklı olarak merkezi bir sınav yapılmamaktadır. Bunun yerine uygulama içerisinde deneyim kazandırmaya yönelik uygulamalar ön plana çıkmaktadır. Örneğin, İngiltere’de arabulucu olabilmenin şartları bölümünde açıklandığı üzere, Hukuk Arabulucuğu Konseyi’nin³ şartlarına bakıldığında eğitim sonrasında faaliyete yeni başlayan arabulucu, en az üç hukuki ya da ticari arabuluculukta ve / ya da üç işyeri arabuluculuğunda 12 ay boyunca baş arabulucu olarak atanmadan önce gözlemlenmektedir. Türkiye’de ise kaydını yaptıran bir arabulucu, uyuşmazlık konu ve miktarı ile sınırlı olmaksızın her alanda arabuluculuk faaliyetini yürütebilmektedir. İngiltere uygulamasında meslek içerisinde alınan yenileme eğitimleri Türkiye’ye nazaran daha sıktır. İngiltere’de kayıtlı arabulucu senede en az 6 saat süreli arabuluculuğa özel Sürekli Mesleki Gelişim eğitimi almaktadır. Türkiye’de ise yenileme eğitiminin süresi 3 senede bir sekiz saat olacak şekildedir. Ayrıca öngörülen asgari eğitim içeriğine bakıldığında pratik canlandırma, arabuluculuk konusunda seminer, konferans, özel ders ve tartışmalara katılım, arabuluculuk konusunda makale yazımı ve arabuluculuk konusunda eğitim, seminer ya da benzer etkinliklerin yapılması seçenekleri ile İngiltere’de verilen yenileme eğitiminin içerik bakımından daha geniş kapsamlı olduğu görülmektedir.

³*Civil Mediation Council*

4.3.7 Veri Sorumlusu Olarak Kayıt Olma

Türkiye uygulaması açısından veri sorumlusu, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na göre, kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişidir.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun 2018/75 karar sayılı kararı gereğince Türkiye'de faaliyet gösteren arabulucuların Veri Sorumluları Sicili'ne kayıt zorunluluğu bulunmaktadır (Resmi Gazete, t.y.-b).

İngiltere uygulamasında ise faaliyet gösteren arabulucuların şartları taşımaları halinde veri sorumlusu sıfatını haiz olarak bu doğrultuda ilgili yerlere kayıt yaptırımları gerekmektedir.

4.4. TEŞKİLATLANMA AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMA

Arabuluculuğun teşkilatlanması Türkiye uygulamasında Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Arabuluculuk Kurulu ve Adliye Arabuluculuk Büroları şeklindedir. Her üç teşkilatlanma da merkezi yönetime bağlı şekilde faaliyetini sürdürmektedir.

Arabuluculuk kurumunun teşkilatlanması bölümünde açıklandığı üzere, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne bağlı olarak faaliyetini sürdüren Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın görevlerine bakıldığında arabuluculuk uygulamasının işlerliğini sağlama amacı bulunduğu görülmektedir. Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın arabuluculuk hizmetlerinin düzenli ve verimli olarak yürütülmesini sağlamakla görevli olduğu mevzuatta açıkça belirtilmiştir. Bunun yanında arabuluculukla ilgili yayın yapmak, bu konudaki bilimsel çalışmaları teşvik etmek ve desteklemek, arabuluculuk kurumunun tanıtımını yapmak, bu konuda kamuoyunu bilgilendirmek, ulusal ve uluslararası kongre, sempozyum ve seminer gibi bilimsel organizasyonları düzenlemek veya desteklemek gibi eğitim ve tanıtım faaliyetleri de Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın görevidir. Arabuluculuk Daire Başkanlığı ayrıca arabuluculuk eğitimi verecek eğitim kuruluşlarını listesini ve arabuluculuk sicilini tutumaktadır. Arabulucular tarafından düzenlenen son tutanaklar Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nda saklanmakta, yıllık faaliyet raporları ve istatistikleri de hazırlamaktadır. Bununla birlikte her sene Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi'ni belirlemek de Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın görevidir.

Söz konusu görevlere bakıldığında Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın arabuluculuk uygulamasında temel noktaları belirlemek ve uygulamanın işlerliğini sağlamak ile görevlendirildiğini söyleyebilmek mümkündür.

Arabuluculuk Kurulu ise daha çok idari bir düzenleyici-denetleyici kuruluş olarak karşımıza çıkmaktadır. Adalet Bakanlığı bünyesinde kurulan Arabuluculuk Kurulu; arabuluculuk hizmetlerine ilişkin temel ilkeler ile arabuluculuk meslek kurallarını belirlemek, arabuluculuk eğitime ve eğitim kuruluşlarının nitelikleri ile çalışma usul ve esaslarına yönelik ilke ve standartlar ile arabuluculuk eğitimi sonunda yapılacak olan sınava ilişkin temel ilke ve standartları tespit etmek, arabulucuların denetimine ilişkin kuralları belirlemek, eğitim kuruluşlarının eğitim izinlerini iptal etmek, arabulucunun sicilden silinmesine karar vermek, arabulucuların ödeyecekleri giriş aidatını ve yıllık aidatları tespit etmek ve arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi'ni gerekiyorsa değişiklik yapmak suretiyle onaylamak gibi düzenleyici ve denetleyici görevlere sahiptir.

Arabuluculuk Kurulu hem arabulucular hem de eğitim kuruluşları üzerinde düzenleyici ve denetleyici yetkilere sahiptir. Ayrıca Arabuluculuk Daire Başkanlığı'na da görüş ve tavsiye sunabilmektedir. Bununla birlikte bazı alanlarda Arabuluculuk Kurulu'nun Arabuluculuk Daire Başkanlığı'ndan daha üst yetkilere sahip olduğu görülmektedir. Örneğin Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın hazırladığı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi'ni gerekiyorsa değişiklik yapmak suretiyle onaylayabilmektedir. Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki arabulucuların gelirini düzenleyen asgari ücret tarifesi Arabuluculuk Daire Başkanlığı hazırlar iken faaliyetini sürdüren arabulucuların mesleğe başlarken ödedikleri giriş aidatı ve her sene ödemekle yükümlü oldukları yıllık aidatları Arabuluculuk Kurulu belirlemektedir.

Arabuluculuk Daire Başkanlığı ve Arabuluculuk Kurulu'nun idari oluşumuna baktığımızda Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın bir daire başkanı, yeteri kadar tetkik hâkimi ve diğer personelden oluştuğu, Arabuluculuk Kurulu'nun ise Hukuk İşleri Genel Müdürü, Arabuluculuk Daire Başkanı, Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından hukuk mahkemelelerinde görev yapmakta olan birinci sınıfa ayrılmış hâkimler arasından seçilecek iki hâkim, Türkiye Barolar Birliğinden üç temsilci, Türkiye Noterler Birliğinden bir temsilci, Yükseköğretim Kurulu tarafından seçilen özel hukuk alanından bir öğretim üyesi, Adalet Bakanı tarafından seçilecek üç arabulucu, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinden bir temsilci,

kendisine mensup işçi sayısı en çok olan üç işçi sendikaları konfederasyonunca seçilecek birer temsilci, en çok işveren mensubu olan işveren sendikaları konfederasyonunca seçilecek bir temsilci, Türkiye Esnaf ve Sanatkarları Konfederasyonundan bir temsilci ve Türkiye Adalet Akademisi Eğitim Merkezi Başkanı'ndan oluştuğu görülmektedir. Arabuluculuk Kurulu'nun düzenleyici ve denetleyici fonksiyonu düşünüldüğünde geniş katılıma sahip bir idari oluşuma sahip olması olağandır.

Adliye arabuluculuk büroları ise bulundukları yerdeki sulh hukuk hakiminin gözetim ve denetimi altında görev yapan ve arabuluculuğa başvuranları bilgilendirmek, arabulucuları görevlendirmek ve verilen diğer görevleri yerine getirmek üzere Adalet Bakanlığı tarafından uygun görülen adliyelerde kurulmuş olan bürolardır. Bu anlamda arabuluculuk konusunda resmi işlemleri gerçekleştiren ve vatandaşlar, avukatlar ve arabulucuların çoğu kez iletişim kurduğu idari yapılanma adliye arabuluculuk bürolarıdır.

Türkiye açısından resmi teşkilatlanma bu şekilde olmakla birlikte arabulucuların mesleki dayanışma amacıyla kurdukları dernekler ve özel arabuluculuk merkezleri de mevcuttur. Ağustos 2018 itibarıyla Türkiye'de 37 arabuluculuk derneği ("Arabuluculuk Dernekleri", 2018), 45 özel arabuluculuk merkezi bulunmaktadır ("Türkiye'deki Özel Arabuluculuk Merkezleri", 2018).

İngiltere uygulamasında mevcut bulunan teşkilatlanma Türkiye uygulamasına nazaran hem temel mantık hem de işleyiş olarak oldukça farklıdır. Arabuluculuk kurumunun İngiltere'de gelişimi bölümünde açıkladığı üzere, İngiltere'de arabuluculuk politikalarının belirlenmesinden Adalet Bakanlığı sorumludur. Ancak Türkiye'de olduğu gibi merkezi kuruluşlar aracılığıyla düzenleme ve denetleme söz konusu değildir. Adalet Bakanlığı, Kraliyet Mahkemeleri ve Divanları Hizmetleri⁴ ile işbirliği yaparak basit tazminat yolu öngörülen uyuşmazlıkları düzenlemekte, değeri daha yüksek olan uyuşmazlıklarda ise Hukuk Arabulucu Konseyi'nin⁵ getirdiği standartlar çerçevesinde faaliyet gösteren kuruluşlardan yararlanmaktadır. Hukuki ve ticari uyuşmazlıklarda uygulama bu şekilde olmakla birlikte aile hukuku alanında Aile Arabulucu Konseyi⁶ standartları belirlemekte ve uygulamayı yönlendirmektedir. Söz konusu kuruluşları ayrı ayrı incelemek gerekirse:

⁴*Her Majesty's Courts and Tribunals Service*

⁵*Civil Mediation Council*

⁶*Family Mediation Council*

Kraliyet Mahkemeleri ve Divanları Hizmetleri⁷ hukuk ve aile mahkemeleri ile divanlarının idaresinden sorumlu Adalet Bakanlığı'na bağlı yönetim kuruluşudur (HM Courts & Tribunals Service, t.y.-a).

Hukuk Arabuluculuğu Konseyi⁸, 2003 yılında *Sir Brian Neill* tarafından 2003 yılında kurulan ve hukuki ve ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk standartlarını belirlemeye yetkili kar amacı gütmeyen kuruluştur (Civil Mediation Council, t.y.-b).

Aile Arabuluculuğu Konseyi⁹ ise beş üyeden oluşan¹⁰, ortaklarının sahip olduğu iştirak hisseleri oranında sorumlu olduğu bir şirkettir (Family Mediation Council, t.y.-a).

Görüldüğü üzere İngiltere uygulamasında basit tazminat yolu öngörülen değeri düşük uyuşmazlıklara ilişkin arabuluculuk Adalet Bakanlığı'na bağlı bir kuruluş olan Kraliyet Mahkemeleri ve Divanları Hizmetleri aracılığıyla yürütülürken diğer alanlardaki uyuşmazlıklar ile aile hukuku alanı özel kuruluşlar çerçevesinde yönlendirilmektedir. Söz konusu durum merkezi kuruluşların geleneksel olarak ön planda olmadığı İngiltere uygulaması için öngörülebilir bir sonuçtur. Türkiye'de ise uygulamanın neredeyse tamamen merkezden yönetildiği ve yönlendirildiği görülmektedir.

⁷*Her Majesty's Courts and Tribunals Service*

⁸*Civil Mediation Council*

⁹*Family Mediation Council*

¹⁰Aile arabuluculuğu konseyi üyeleri şunlardır: *College of Mediators, The Law Society, Family Mediators Association, National Family Mediation ve Resolution.*

5.0. SONUÇ

Hukuk düzenince tanınan bir menfaatin içeriği ya da sonuçları ile ilgili ortaya çıkan anlaşmazlık olarak tanımlanabilen uyuşmazlık hayatın olağan akışının bir parçasıdır. Uyuşmazlıkların ne şekilde çözümleneceği ise hem günümüz dünyasında hem geçmişte hem de gelecekte önemini her zaman koruyacak olan bir sorundur. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan arabuluculuk uyuşmazlıkların klasik olarak tanımlayabileceğimiz yargı mercilerine başvuru ile çözümlenmesi şekline başka bir bakış açısı getiren yenilikçi bir uygulamadır. Yargılamanın alternatifidir. Yargılama yerine geçen bir uygulama değildir. Amerika Birleşik Devletleri'nde modern gelişimini yaşayan arabuluculuk 1990'lı yıllarda İngiliz hukukuna, 2010'lu yıllarda ise Türk hukukuna kurumsal olarak giriş yaparak uygulama içerisinde önemini her geçen gün artırma eğilimindeki bir çözüm yöntemidir. Söz konusu yaygınlaşma ihtiyari arabuluculuk şeklinde tarafların iradesi ile gerçekleştiği gibi hem İngiltere hem de Türkiye'de kanun koyucu ve uygulayıcıların iradesi çerçevesinde zorunlu arabuluculuk ve arabuluculuk yolunda avantaj sağlayan çeşitli uygulamalarla da gerçekleştirilmektedir.

Türkiye uygulaması ile karşılaştırma konusu olan İngiliz uygulaması İngiltere'nin kendine özgü hukuk yapısı ve mantığı neticesinde, temel konular oldukça benzer olmakla birlikte, farklıdır. Her toplumun kendi kültürü, yaşamışlığı ve beklentileri özele inildiğinde oldukça farklı olabilmektedir. Dolayısıyla toplumun temel sorunları ile ilgilenen arabuluculuk kurumunun da uygulandığı ülke kapsamında değişikliklere uğraması kaçınılmazdır.

Her iki ülke açısından köken bakımından uygulamanın hukuk alanına farklı bir bakış açısı getirmek ve sorunlu görülen alanlara çare bulmak gayesiyle kanun koyucu tarafından getirildiği ve yine uygulamada kanun koyucu ve uygulayıcı eliyle yaygınlaştırılmaya çalışıldığı görülmektedir. Ancak getirilen düzenlemenin şekli, kapsamı ve uygulama içerisindeki süreç her iki ülke açısından da oldukça farklıdır. İngiltere usul kanunları içerisinde asgari standartları belirleyerek konuyu uygulama içerisinde çözerken Türkiye ayrı özel bir kanun ile arabuluculuğu düzenleyerek İngiltere'ye göre usul olarak çok daha keskin çizgiler belirlemiştir. Söz konusu durum İngiliz uygulamasında içtihat hukukuna verilen

önemin ve içtihat hukukunun uygulamayı şekillendirme gücünün bir yansımasıdır.

Türkiye’de arabuluculuk alanındaki düzenlemelerin daha keskin oluşuna hem arabulucu olabilme şartları hem de sınav düzeninin kanun ile ayrıntılı şekilde belirlenmiş olması örnek gösterilebilir. Söz konusu durum çağın değişim hızı göz önüne alındığında kanunların esnek olmaması nedeniyle güncelliğini yitirmesi ya da uygulamada yetersiz kalması riskine neden olabilir. Ancak daha önce de belirtildiği üzere her ülkenin kendine özgü yapısı bulunmaktadır ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemi içerisinde değerlendirilen Türkiye’deki sistemin Kıta Avrupası Hukuk Sistemi’nin yazılı kurallara verdiği önemi yansıtması oldukça doğaldır. Bununla birlikte İngiliz uygulamasının uygulama içerisinde değişime ve dönüşüme daha açık olduğunu da belirtmek gereklidir.

Her iki ülke arasındaki bakış açısı farklılığını yansıtan bir diğer konu da arabuluculuğun teşkilatlanması konusudur. Türkiye uygulamasında arabuluculuk sistemi merkezi bir şekilde kamu kurumları aracılığıyla yönlendirilirken İngiliz uygulamasında, kamunun etkinliği bulunmakla birlikte, özel kuruluşlar vasıtasıyla teşkilatlanma ve standartlaşmanın gerçekleştirildiği görülmektedir. Türkiye’de mevzuatta tanımlanan her üç kurum da birer kamu kurumudur. Arabuluculuk merkezleri ve dernekleri bulunmakla birlikte söz konusu özel kuruluşların etkin olabilmesi için yüksek miktarda örgütlenmeye ihtiyaç duydukları açıktır. İngiliz uygulamasına bakıldığında ise uygulamada örgütlenmeyi tamamlayan özel kuruluşların uygulamayı yönlendirmede esas unsurlar oldukları görülmektedir.

Söz konusu araştırmanın problemi Anglo-Sakson hukuku kaynaklı arabuluculuk kurumunun iki farklı hukuk mantık ve sistemine sahip İngiltere ve Türkiye’de teori, mevzuat, uygulama ve teşkilatlanma açısından ne kadar benzer ya da ne kadar farklı olduğu idi. Araştırma sonucuna bakıldığında hem Türkiye’nin hem de İngiltere’nin mensubu kabul edildikleri hukuk sistemlerinin özelliklerini yansıttığı söylenebilir. Arabuluculuk uygulamasının temel mantığı her iki ülke açısından da korunmuştur. Ancak uygulama Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson hukuk sistemleri arasındaki farkları yansıtır şekilde gelişmiştir.

Kaynakça

- Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü. (t.y.). *Adli İstatistikler 2018*.
Erişim adresi: <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1982019170455istatistik2018.pdf> (Erişim tarihi: 12/04/2020)
- Akça, Ç. (2009). Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından arabuluculuk ve uzlaştırma. *Ankara Barosu Hukuk Gündemi*, 1(1), 25–36.
- Andrews, N. (2012). *The three paths of justice*. Springer.
- Arabuluculuk Daire Başkanlığı. (t.y.-a). *Bip’de arabuluculuk*. Erişim adresi: <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/online/index.html> (Erişim tarihi: 10/05/2020)
- Arabuluculuk Daire Başkanlığı. (t.y.-b). *İhtiyari uyuşmazlıklarda arabuluculuk İstatistikleri*. Erişim adresi: <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/ihthyari.pdf> (Erişim tarihi: 09/04/2020)
- Arabuluculuk Daire Başkanlığı. (t.y.-c). *Koronavirüs tedbirlerine İlişkin duyuru*. Erişim adresi: <http://www.adb.adalet.gov.tr/link/koronavirustdbrlr.pdf> (Erişim tarihi: 20/03/2020)
- Arabuluculuk Daire Başkanlığı. (t.y.-d). *Soru görüş ve önerileriniz*. Erişim adresi: http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/soru_gorus_oneriler/index.html (Erişim tarihi: 10/05/2020)
- Arabuluculuk Daire Başkanlığı. (t.y.-e). *Ticari uyuşmazlıklarda dava Şartı arabuluculuk İstatistikleri*. Erişim adresi: <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/ticaridavasarti.pdf> (Erişim tarihi: 09/04/2020)
- Arabuluculuk Daire Başkanlığı. (t.y.-f). *İş uyuşmazlıklarında dava Şartı arabuluculuk İstatistikleri*. Erişim adresi: <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/davasarti.pdf> (Erişim tarihi: 09/04/2020)

- Arabuluculuk dernekleri. (2018, 08). *Öncü Arabulucu Dergisi*, 42-43. Erişim adresi: <http://www.adb.adalet.gov.tr/arabuluculukdergi.pdf> (Erişim tarihi: 01/05/2020)
- Barrett, J. T., & Barrett, J. (2004). *A history of alternative dispute resolution: The story of a political, social, and cultural movement*. John Wiley & Sons.
- Betancourt, J. C., & Lee, J. (2016). Mediation in England and Wales. *Mediation Theory and Practice*, 1(1), 95–110.
- Bilgin, H. (2009). Anglo Sakson Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk. *Hukuk Gündemi Dergisi*, 1(1), 16–24.
- British and Irish Legal Information Institute. (t.y.-a). *Al-Khatib v Masry & Ors [2004] EWCA Civ 1353 (05 October 2004)*. Erişim adresi: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/1353.html> (Erişim tarihi: 22/01/2020)
- British and Irish Legal Information Institute. (t.y.-b). *Rush & Tompkins Ltd v Greater London Council [1988] UKHL 7 (03 November 1988)*. Erişim adresi: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1988/7.html> (Erişim tarihi: 08/10/2019)
- Burnley, R., & Lascelles, G. (2004). Mediator Confidentiality: Conduct and Communications. *Arbitration London*, 70(1), 28–36.
- Cafcass. (t.y.). *About cafcass*. Erişim adresi: <https://www.cafcass.gov.uk/about-cafcass/> (Erişim tarihi: 06/04/2020)
- Cairney, P. (2012). *Understanding public policy*. Palgrave Macmillan.
- Cambridge Dictionary. (t.y.). *High court*. Erişim adresi: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/high-court> (Erişim tarihi: 05/06/2019)
- Casemine. (t.y.-a). *Couwenbergh v valkova*. Erişim adresi: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff71960d03e7f57ea77d2> (Erişim tarihi: 11/01/2020)
- Casemine. (t.y.-b). *Ferster v ferster & ors*. Erişim adresi: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5b2897fd2c94e06b9e19ea99> (Erişim tarihi: 11/01/2020)

- Casemine. (t.y.-c). *Laporte & anor v the commissioner of police of the metropolis*. Erişim adresi: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff73f60d03e7f57eaa619#>
- Civil Mediation Council. (t.y.-a). *Civil mediation council individual registration scheme*. Erişim adresi: <https://civilmediation.org/wp-content/uploads/2019/07/2019-Individual-Registration-Guidance-Notes.pdf> (Erişim tarihi: 09/01/2020)
- Civil Mediation Council. (t.y.-b). *Our history*. Erişim adresi: <https://civilmediation.org/about/history/> (Erişim tarihi: 19/05/2020)
- Cortes, P. (2015). The Promotion of Civil and Commercial Mediation in the UK. *University of Leicester School of Law Research Paper*(15-23).
- Courts and Tribunals Judiciary. (t.y.). *County court*. Erişim adresi: <https://www.judiciary.uk/you-and-the-judiciary/going-to-court/county-court/> (Erişim tarihi: 07/06/2019)
- d'Ambrumenil, P. (1997). *Mediation and arbitration*. Cavendish Publishing Limited.
- Demirci, H. (2019, 09). Çalışma hayatında gündem. *Vergide Gündem*.
- Dolowitz, D., & Marsh, D. (1996). Who learns what from whom: a review of the policy transfer literature. *Political studies*, 44(2), 343–357.
- Erdoğan, E., & Erzurumlu, N. (2016). Hukuk uyuşmazlıklarında türkiye'nin arabuluculuk tecrübesi ve zorunlu arabuluculuk taslağı. *SETA, Seta Publisher, İstanbul*.
- Erdoğan, Y. G. (2019). Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Hukuki Temelleri, Hak Arama Özgürlüğü ile İlişkisi, Olumlu ve Olumsuz Yönleri. *Hukuk Gündemi Dergisi*(2), 21-36.
- Erol, M. (2018). *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması* (Yüksek Lisans Tezi). İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Hukuk Bilim Dalı, İstanbul.
- Fabbrini, S. (2012). Comparative politics. İçinde bulunduğu eser: . L. M. B. Badie D. Berg-Schlosser (Ed.), *International encyclopedia of political science* (Vol. 2, pp. 342–359). SAGE.
- Family Mediation Council. (t.y.-a). *About us*. Erişim adresi: <https://www.familymediationcouncil.org.uk/about-us/> (Erişim tarihi:

13/05/2020)

- Family Mediation Council. (t.y.-b). *Becoming an accredited family mediator*.
Erişim adresi: <https://www.familymediationcouncil.org.uk/wp-content/uploads/2019/10/Becoming-an-Accredited-Family-Mediator-no-table.pdf> (Erişim tarihi: 11/01/2020)
- Fine, E. S. (1987). *ADR and the Courts: A Manual for Judges and Lawyers*. Butterworth-Heinemann.
- Galanter, M. (2006). A World without Trials. *Journal of Dispute Resolution*, 2006(1), 1–28.
- Genn, H. (2009). *Judging civil justice*. Cambridge University Press.
- Genn, H. (2012). What is civil justice for-reform, adr, and access to justice. *Yale JL & Human.*, 24, 1-22.
- Genn, H., Fenn, P., Mason, M., Lane, A., Bechai, N., Gray, L., & Vencappa, D. (2007). Twisting arms: court referred and court linked mediation under judicial pressure. *Ministry of Justice Research Series*, 1(07).
- Grainger, I., Fealy, M., & Spencer, M. (2000). *The Civil Procedure Rules in Action*. Cavendish.
- Hacıeminoğlu, S. (2015). Türk Hukukunda Arabuluculuk: 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Kapsamında Genel Değerlendirme. *İzmir Barosu Dergisi*(1), 221–235.
- Hadler, M. (2015). Institutionalism and Neo-institutionalism: History of the Concepts. İçinde bulunduğu eser: J. D. Wright (Ed.), *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* (Second Edition ed., s. 186 - 189). Oxford: Elsevier. Erişim adresi: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/B9780080970868031871> doi: <https://doi.org/10.1016/B978-0-08-097086-8.03187-1>
- Hall, P. A., & Taylor, R. C. (1996). Political science and the three new institutionalisms. *Political studies*, 44(5), 936–957.
- Herbert Smith Freehills. (t.y.). *Court of appeal finds settlement offer not subject to “without prejudice” protection as it amounted to an unambiguously improper threat*. Erişim adresi: <https://hsfnotes.com/litigation/2016/10/>

- 11/court-of-appeal-finds-settlement-offer-not-subject-to-without-prejudice-protection-as-it-amounted-to-an-unambiguously-improper-threat/ (Erişim tarihi: 11/01/2020)
- HM Courts & Tribunals Service. (t.y.-a). *About us*. Erişim adresi: <https://www.gov.uk/government/organisations/hm-courts-and-tribunals-service/about> (Erişim tarihi: 05/08/2019)
- HM Courts & Tribunals Service. (t.y.-b). *Would you like to settle your case without going to a court hearing?* Erişim adresi: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/738234/ex730-eng.pdf (Erişim tarihi: 05/08/2019)
- Immergut, E. M. (1998). The theoretical core of the new institutionalism. *Politics & society*, 26(1), 5–34.
- Karacabey, K. (2016). Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar. *Ankara Barosu Dergisi*(1), 457-489.
- Kekeç, E. K. (2011). *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*. Adalet Yayınevi.
- Kekeç, E. K. (2010). *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler* (Doktora Tezi). Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İzmir.
- Kraft, M., & Furlong, S. (2017). *Public policy: Politics, analysis, and alternatives*. SAGE Publications.
- Kurt, R. (2018). İş Yargısında "Arabuluculuk". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*(135), 405–444.
- Kutlu, Ö., & Özdemiray, S. M. (2017). Politika transferine karar verme süreci. *Sayıştay Dergisi*(101).
- LawTeacher. (t.y.). *Campbell v Mirror Group Newspapers [2004] UKHL 22*. Erişim adresi: <https://www.lawteacher.net/cases/campbell-v-mirror-group.php> (Erişim tarihi: 22/01/2020)
- Miller, C. M. (2010). Neoinstitutionalism. *21st Century Political Science: A Reference Handbook, edited by John T. Ishiyama and Marijke Breuning*, 22–29.

- Newman, P. (2000). Commercial alternative dispute resolution. İçinde bulunduğu eser: M. Liebmann (Ed.), *Mediation in context* (s. 177-191). Jessica Kingsley Publishers.
- NHS Digital. (t.y.). *Nhs trust*. Erişim adresi: https://www.datadictionary.nhs.uk/data_dictionary/nhs_business_definitions/n/nhs_trust_de.asp?shownav=1 (Erişim tarihi: 05/08/2019)
- Özbek, M. S. (2013). *Alternatif uyuşmazlık Çözümü*. Yetkin Yayınları.
- Özmumcu, S. (2016). Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemlerine Genel Bir Bakış. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 74(2), 807–842.
- Peksan, S., Delen, M., & Yorgun, S. (2020). İş hukukunda dava şartı olarak arabuluculuk uygulaması ve arabulucuların görüşlerine ilişkin bir araştırma. *Çalışma ve Toplum Dergisi*(1), 321–346.
- Prospects. (t.y.). *Mediator*. Erişim adresi: <https://www.prospects.ac.uk/job-profiles/mediator> (Erişim tarihi: 12/01/2020)
- Ranciere, J. (2006). *Uyuşmazlık politika ve felsefe* (H. Hünler, çev.). Aralık Yayınları.
- Resmi Gazete. (t.y.-a). *Anayasa mahkemesi kararı*. Erişim adresi: <https://www.anayasa.gov.tr/media/6490/e201889.pdf> (Erişim tarihi: 11/05/2020)
- Resmi Gazete. (t.y.-b). *Kişisel verileri koruma kurumundan karar*. Erişim adresi: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/08/20180818-5.pdf> (Erişim tarihi: 01/05/2020)
- Rose, R. (1991). What is lesson-drawing? *Journal of public policy*, 11(1), 3–30.
- Sobacı, Z. (2008). Uluslararası politika yakınsaması: Kavramsal Çerçeve. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 63, 145 - 159. doi: 10.1501/SBFder\0000002076
- Soth, A. (t.y.). *Trial by combat? trial by cake!* Erişim adresi: <https://daily.jstor.org/trial-by-combat-trial-by-cake/> (Erişim tarihi: 05/09/2020)
- Tanrıver, S. (2006). Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*(64), 151–177.
- Taşpolat Tuğsavrul, M. (2012). *Türk Hukukunda Arabuluculuk*. Yetkin Yayınları.
- The Advice Services Alliance. (t.y.-a). *The Burchell v Bullard case (2005)*. Erişim

adresi: <https://asauk.org.uk/archive/alternative-dispute-resolution/adr-court-cases/the-burchell-v-bullard-case-2005/> (Erişim tarihi: 05/08/2019)

The Advice Services Alliance. (t.y.-b). *The Cowl case (2001)*. Erişim adresi: <https://asauk.org.uk/archive/alternative-dispute-resolution/adr-court-cases/the-cowl-case-2001/> (Erişim tarihi: 09/07/2019)

The Advice Services Alliance. (t.y.-c). *The Dunnet v Railtrack case (2002)*. Erişim adresi: <https://asauk.org.uk/archive/alternative-dispute-resolution/adr-court-cases/the-dunnet-v-railtrack-case-2002/> (Erişim tarihi: 05/08/2019)

The Advice Services Alliance. (t.y.-d). *The Earl of Malmesbury case (2008)*. Erişim adresi: <https://asauk.org.uk/archive/alternative-dispute-resolution/adr-court-cases/the-earl-of-malmesbury-case-2008/> (Erişim tarihi: 05/10/2019)

The Advice Services Alliance. (t.y.-e). *The Farm Assist case (2009)*. Erişim adresi: <https://asauk.org.uk/archive/alternative-dispute-resolution/adr-court-cases/the-farm-assist-case-2009/> (Erişim tarihi: 12/10/2019)

The Advice Services Alliance. (t.y.-f). *The Halsey Case (2004)*. Erişim adresi: <https://asauk.org.uk/archive/alternative-dispute-resolution/adr-court-cases/the-halsey-case-2004/> (Erişim tarihi: 05/07/2019)

The Advice Services Alliance. (t.y.-g). *The Hurst v Leeming case (2002)*. Erişim adresi: <https://asauk.org.uk/archive/alternative-dispute-resolution/adr-court-cases/the-hurst-v-leeming-case-2002/> (Erişim tarihi: 05/07/2019)

The International Law Office. (t.y.). *Court of Appeal Penalizes Party for Failing to Mediate*. Erişim adresi: <https://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Litigation/United-Kingdom/Herbert-Smith/Court-of-Appeal-Penalizes-Party-for-Failing-to-Mediate#> (Erişim tarihi: 05/07/2019)

- Thomson Reuters Practical Law. (t.y.-a). *Allocation questionnaire*. Erişim adresi: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/4-205-5098?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/4-205-5098?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1) (Erişim tarihi: 23/02/2020)
- Thomson Reuters Practical Law. (t.y.-b). *Directions questionnaire*. Erişim adresi: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-525-2917?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-525-2917?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1) (Erişim tarihi: 25/06/2019)
- Tıktık, Ç. Y. (2013). *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*. XII Levha Yayınları.
- Tıktık, Ç. Y. (2019). Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri. İçinde bulunduğu eser: A. Yeşilirmak, E. K. Kekeç, & A. Bulur (edt.), *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı* (s. 47-59). Ankara: Arabuluculuk Daire Başkanlığı ve Avrupa Konseyi.
- Türkiye Cumhuriyeti Ticaret Bakanlığı. (t.y.). *Tüketici hakem heyetleri görev alanındaki uyuşmazlıklar zorunlu arabuluculuk kapsamı dışında tutuldu*. Erişim adresi: <https://tuketici.ticaret.gov.tr/duyurular/tuketici-hakem-heyetleri-gorev-alanindaki-uyusmazliklar-zorunlu-arabuluculuk-kaps> (Erişim tarihi: 15/08/2020)
- Türkiye'deki özel arabuluculuk merkezleri. (2018, 08). *Öncü Arabulucu Dergisi*, 44-45. Erişim adresi: <http://www.adb.adalet.gov.tr/arabuluculukdergi.pdf> (Erişim tarihi: 01/05/2020)
- UK Parliament. (t.y.). *Lord chancellor*. Erişim adresi: <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/lord-chancellor/> (Erişim tarihi: 12/04/2020)
- The Woolf Report. (1995, 07). *International Journal of Law and Information Technology*, 3(2), 144-155.

ÖZGEÇMİŞ

BERKAN KAYA

İletişim: berkan.kaya@aol.com

1992 yılında Antalya Elmalı’da doğan Berkan KAYA, lisans ve staj eğitimi sonrasında başladığı avukatlık mesleğini halen Balıkesir Barosu’na kayıtlı olarak sürdürmektedir.

Lisans

Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yüksek Lisans

Bandırma Onyedli Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu
Yönetimi Bölümü

Yabancı Dil

İngilizce