

Av. Umur GÜRİŞ

İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Başkanı

Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Öngördüğü Hususlar ve Hukuki Yapısı

1. GENEL OLARAK

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın esas amacı, mahkemelerin iş yükünü ve yoğunluğunu azaltmak, uzun süren yargılama süreçlerine çözüm teşkil edecek şekilde; yargı sürecinin kısaltılıp, yargının üzerindeki yükü azaltılırken aynı zamanda tarafların da tatmin olacağı bir şekilde uzlaşmayı yazılı olarak sağlamaktır.

Yasa tasarısının ana hatlarıyla düzenlemesi şöyledir:

1. Tarafların ihtilafın başlangıcında veya ihtilaf sürerken arabulucuya gidebilme yolları açıktır.
2. Taraflar arasındaki hukuki ihtilafların çözülmesi hedeflenmiştir.
3. Taraflarca her aşamada arabuluculuktan vazgeçilebilmektedir.
4. Arabulucunun bir hukukçu olması ve uyuşmazlığı hukuki bir çözüme kavuşturması aranmamaktadır.
5. Yargılama usulü serbest olup, taraflar bu hususu karşılıklı anlaşarak belirlemektedir.
6. Arabulucu tarafından verilen karar yazıya döktükten ve tarafların da işbu kararı imzalamasının ardından, imzalanan karar mahkeme kararı hükmünde olmaktadır.

7. Tarafların, dava açılmadan önce ihtilafı çözmek adına arabuluculuk müessesine başvurmaları halinde, arabulucunun tarafları ilk toplantıya davet etmesi ve taraflarla arabulucu arasında faaliyetin sürdürülmesi konusunda anlaşmaya varılıp, bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarih itibarıyla zamanaşımı ve arabuluculuk sürecinin konusu olan hak ve taleplerin ileri sürülmesine ilişkin diğer süreler durmaktadır.

8. Rekabeti önleyici herhangi bir yasaklama mevcut değildir.

İşbu arabuluculuk müessesesi hukuk düzenimizde ilk olmamasına rağmen, yargıya bu denli ileri derecede müdahalede bulunulması bu müesseseye çapında bir ilki oluşturmaktadır. Bu açıdan söz konusu husus bir bakıma yargının özelleştirilmesini çağrıştırmaktadır.

II. TASARININ ANAYASAYLA ETKİLEŞİMİ

Bilindiği gibi Türk hukuk hiyerarşisinde yapılan sıralamada Yönetmelikler Tüzüklere, Tüzükler Kanunlarına, Kanunlar da Anayasamıza uygun olmak durumundadır. Bu sebepten ötürü, öncelikle bu yasa tasarısının Anayasa'yla etkileşimini ve Anaya-

Tasarı, Anayasa'nın 9. maddesindeki "Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır." şeklindeki buyurucu kurala aykırıdır.

sa'ya aykırı olup olmadığını tartışmak gerekmektedir. Ayrıca ek olarak da tasarının mevcut yasalarımızdaki diğer arabuluculuk müesseseleriyle karşılaştırmamızda da yarar vardır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 9. maddesi "Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır." demektir. Tasarının "Uzlaşma" başlıklı 17. maddesi ise;

"(1) Arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan uzlaşmanın kapsamı ve şekli taraflarca belirlenir.

(2) Arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların uzlaşmaya varmaları halinde, bir uzlaşma belgesi düzenlenir ve bu belge arabulucu, taraflar veya vekilleri tarafından imzalanmakla, ilam niteliğinde belge sayılır. Bu belgenin düzenlenmesi ve onaylanması, damga vergisinden ve harçtan muaftır." şeklinde ifade edilmiştir.

İşbu madde öncelikle, gücünü Anayasa'nın kuvvetler ayrılığı ilkesinden alan, T.C. Anayasası'nın 9. maddesi itibarıyla "Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır." şeklindeki buyurucu kurala aykırıdır.

İkincil olarak, yargının bağımsızlığı kuralına da aykırıdır. Zira söz konusu Tasarıdaki arabulucuları oluşturan isim listelerinin belirlenmesi görevi yürütme organları tarafından ifa edilmektedir. Bu şekilde de yargı bağımsızlığının bir başka biçimde ihlali söz konusu olmaktadır. İşte bu ve benzeri hükümleri itibarıyla, söz konusu Tasarının Anayasamıza aykırılığını altını çizerek belirtmekte fayda vardır.

III. 2822 SAYILI TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ, GREV VE LOKAVT KANUNU'NDAKİ ARABULUCU

Yukarıda da bahsetmiş olduğumuz gibi diğer kanunlarımızda da arabuluculuk müessesesi mevcuttur. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lo-

kavt Kanunu da bunlardan biridir. Ancak Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'ndaki arabuluculuk ile söz konusu Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'ndaki arabuluculuk müessesesi birbirinden farklılık arz etmektedir. 2822 sayılı Kanun'un 22 ve 23. maddesindeki arabulucu, tarafların uzlaşmamaları halinde yasal zorunluluk olarak ortaya konmuş olup tarafların, aradaki anlaşmazlıkları asgariye indirmek veya tamamen ortadan kaldırmaya yönelik olarak grevin son çare olması ilkesinin gereğidir. Burada arabulucunun işlevini yaparak taraflar arasındaki anlaşmayı sağlamaya yardımcı olması halinde ortaya çıkan anlaşma metni bir mahkeme kararı niteliğinde değil, bir sözleşme niteliğinde olmaktadır. İşbu sözleşmenin tatbik kabiliyeti vardır; ancak kurallarının uygulanmaması halinde ilam gibi hüküm doğurmamakta ve bağımsız mahkemelerden karar istihsal etmek gerekmektedir.

Bu nokta itibarıyla belirtilmelidir ki; 2822 sayılı Kanun'un 22. ve 23. maddeleri Anayasa'ya uygun bulunmakta ve de yasal zorunlulukla getirilmiş bir müessese niteliği taşımaktadır. Nitekim yürürlükten kaldırılmış bulunan eski Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda da "tarafsız aracı" adıyla buna yakın bir müessese bulunmaktaydı. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda bu hususta yapılan yenilik sadece arabulucunun belirlenmesi bakımından daha kurumsallaşmış bir şekilde düzenlenmiş olmasıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi ile düzenlenmiş bulunan özel hakem ise akdi tahkim olup, verilen karar işe iade kararlarının karakteristik özelliğini taşımakta ve uygulanıp uygulanmayacağı tarafların iradesine bırakılmış, tespit niteliğinde bir karardır. Bu kararın ihlali halinde iş mahke-

Tasarıdaki arabulucuları oluşturan isim listelerinin belirlenmesi görevi yürütme organları tarafından ifa edilmektedir. Bu şekilde de yargı bağımsızlığının bir başka biçimde ihlali söz konusu olmaktadır.

Tarafların ihtilaflarını, dava açmadan evvel veya dava esnasında veya davadan sonra karşılıklı çıkarlarının, gerektiğinde bir masa başına oturup sulh anlaşması yaparak çözüme ulaştırmaları daima mümkündür.

mesinde eda davası açılması zorunluluğu mevcut olup, söz konusu belge mahkemede delil olarak kullanılabilme niteliğine haiz olacak özellikleri taşımaktadır. Görüldüğü gibi; arabuluculuk Kanun Tasarısı'ndaki gibi yargı yetkisini kullanmamakta ve Anayasa'yı ihlal söz konusu olmamaktadır.

IV. HUMK'UN 516 VE MÜTEAKİP MADDELERİ KARŞISINDA ARABULUCULUK KANUNU TASARISININ DURUMU

HUMK'nun 516. ve müteakip maddelerinde belirtilen tahkim ise; akdi olarak daha önce kararlaştırılabileceği gibi ihtilaftan sonra da kararlaştırılması mümkündür. Burada hakemin vermiş bulunduğu karar temyiz denetimine tabi olduğu gibi hakem ya taraflarca mutabakatla seçilmekte, yahut da tarafların mutabık kalmamaları halinde bağımsız yargıç tarafından belirlenmektedir.

V. SULH ANLAŞMASI BAKIMINDAN ARABULUCU

Bir diğer arabuluculuk müessesesi olarak sulh anlaşması itibariyle de arabuluculuk mevcuttur ki, burada yine tarafların ihtilaflarını dava açmadan evvel veya dava esnasında veya davadan sonra karşılıklı çıkarlarının gerektiğinde bir masa başına oturup sulh anlaşması yaparak çözüme ulaştırmaları daima mümkündür.

VI. SONUÇ

Sonuç itibariyle gerek HUMK'un tahkim hükümleri ve gerekse sulh anlaşması yapma imkânı gibi uyuşmazlığı hukuki bir zeminde çözmek

mümkünken, yeni bir oluşum ve ümit olarak Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ile yeni bir arayışa girmenin gereksiz olduğu hukuki görüşünderiz. Arabuluculuk kurumunun yeni bir şey getirmeyeceği gibi asgari düzeyde hukuk eğitimi almamış kişilerin kadı usulüyle hukukun dışında birtakım çözüm yollarını değil bulmaları, aramaları bile caiz değildir.

Hukuk binlerce yılın birikimidir. Hukukçu diğer eğitim dallarına nispetle daha zor bir eğitimden geçerek dört yılını tamamlar. Bu dört yılda binlerce yılın bilgi birikimi hukukçuya aktarılır. Asgari düzeyde dahi hukuk eğitimi almamış kişilerce sorunların çözülebileceği düşüncesi hukuku basit ve sıradan kişilerin dahi yapabileceği bir iş olarak görmek veya düşünmek kanaatimizce hatalıdır.

Tasarı ayrıca, açıkça ve ciddi olarak kuvvetler ayrılığı ilkesine ve Anayasa'ya aykırıdır.

KAYNAKÇA

- İstanbul Barosu'nun 19.09.2007 tarihli Raporu.
- Barolar Birliği Raporu.
- Av. Şeyda Aktekin, MESS İşveren Gazetesi, Ekim 2007 sayısı.