



ARABULUCULUĞUN GELECEĞİ SEMPOZYUMU

BİLDİRİ TAM METİN KİTABI
14 Kasım 2020

EDİTÖRLER

Prof. Dr. Ali Yeşilırmak

Doç. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu

Arş. Gör. Gülnihal Ahter Yakacak

Arş. Gör. Ömer Faruk Kafalı



ARABULUCULUĞUN GELECEĞİ SEMPOZYUMU

Bildiri Tam Metin Kitabı

14 Kasım 2020

EDİTÖRLER:

Prof. Dr. Ali Yeşilırmak

Doç. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu

Arş. Gör. Gülnihal Ahter Yakacak

Arş. Gör. Ömer Faruk Kafalı



İBN HALDUN
ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu

Bildiri Tam Metin Kitabı 14 Kasım 2020

Prof. Dr. Ali Yeşilırmak

Doç. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu

Arş. Gör. Ömer Faruk Kafalı

Arş. Gör. Gülnihal Ahter Yakacak

ISBN
1. Baskı

978-625-7249-19-5
2021 / İstanbul

Genel
Yayın Yönetmeni

Savaş Cihangir Tali

Mizanpaj
Kapak

İHÜ Yayınları
İHÜ Yayınları

İbn Haldun Üniversitesi
Yayınları
Tel

Ordu Cd. No:3,
34480 Başakşehir /İSTANBUL
0 (212) 692 0212

Baskı&Cilt

Şenyıldız Yayıncılık
Sertifika No: 45097

İbn Haldun Üniversitesi Yayınları
bir İbn Haldun Üniversitesi departmanıdır.

Sempozyum Düzenleme Kurulu

Prof. Dr. Ali Yeşilirmak

Doç. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu)

Arş. Gör. Gülnihal Ahter Yakacak

Arş. Gör. Ömer Faruk Kafalı

Arş. Gör. Ahmet Dülger

Sempozyum Bilim Kurulu

Hakan Öztatar (Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürü)

Umut İlhan Durmuşoğlu (Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanı)

Ahmet Hasan Kılıç (Adalet Bakanlığı Mevzuat Genel Müdürlüğü Müdür Yardımcısı)

Seracettin Göktaş (Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Başkanı)

Prof. Dr. Atilla Altop (İstanbul Kültür Üniversitesi)

Prof. Dr. Oğuz Atalay (İstanbul Aydın Üniversitesi)

Prof. Dr. Murat Atalı (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Sema Taşpınar Ayvaz (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Ali Cem Budak (İstanbul Ticaret Üniversitesi)

Prof. Dr. Talat Canbolat (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Nurşen Caniklioglu (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Yusuf Çalışkan (İbn Haldun Üniversitesi)

Prof. Dr. Ömer Ekmekçi (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Güray Erdönmez (Galatasaray Üniversitesi)

Prof. Dr. Emre Esen (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Osman Berat Gürzümar (Bilkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Serdar Kale (İstanbul Medipol Üniversitesi)

Prof. Dr. Tekin Memiş (Beykent Üniversitesi)

Prof. Dr. Saim Ocak (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Turgut Öz (İstanbul Kültür Üniversitesi)

Prof. Dr. İbrahim Özbay (Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi)

Prof. Dr. Mustafa Serdar Özbek (Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi)

Prof. Dr. Muhammet Özkes (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez (Galatasaray Üniversitesi)

Prof. Dr. Vural Seven (Türk Alman Üniversitesi)

Prof. Dr. İbrahim Subaşı (İstanbul Medeniyet Üniversitesi)

Prof. Dr. Süha Tanrıver (Çankaya Üniversitesi)

Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu (Bilkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Müjgan Tunç Yücel (İstanbul Medipol Üniversitesi)

Prof. Dr. Ali Yeşilirmak (İbn Haldun Üniversitesi)

Prof. Dr. Şükrü Yıldız (İbn Haldun Üniversitesi)

Doç. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu ((İbn Haldun Üniversitesi)

Doç. Dr. Ömer Çınar (İbn Haldun Üniversitesi)

Doç. Dr. Mustafa Erkan (Marmara Üniversitesi)

Doç. Dr. Fatma Burcu Savaş Kutsal (Bahçeşehir Üniversitesi)

Doç. Dr. Hülya Taş Korkmaz (İstanbul Kültür Üniversitesi)

Doç. Dr. Nedim Meriç (Akdeniz Üniversitesi)

Doç. Dr. Bilgehan Yeşilova (Yaşar Üniversitesi)

Av. Dr. İsmail Esin (İstanbul Barosu)

İÇİNDEKİLER

Önsöz	13
Sempozyum Açılış Konuşmaları	21
I. Oturum	31
Arabuluculukta Uzmanlık -Özellikle İş Hukukunda Uzmanlık Üzerine Düşünceler- Dr. Öğr. Üyesi Canan ÜNAL ADINIR	35
İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Anlaşma Tutanaklarının İrade Fesadı Bağlamında Değerlendirilmesi Dr. Öğr. Üyesi Hasan KAYIRGAN	59
İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamasının Sosyal Güvenlik İşlemlerine Etkisi ve Yaşanan Sorunlar Dr. Öğr. Üyesi Mehmet BULUT	79
Türkiye ve İngiltere'deki İş Hukuku Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları'nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md 6(1) Bağlamında Değerlendirilmesi Av. Mustafa NALBANT	103
II. Oturum	149
Deniz Ticareti Hukuku Perspektifinden Arabuluculuk Doç. Dr. Hacı KARA	153
Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğun Uygulamasına İlişkin Güncel Sorunlar ve Tespitler Dr. Öğr. Üyesi Muhammed SULU	209
Arabuluculuk Merkezleri Bakımından Şirketleşme, Vergi ve Fatura Düzeni Av. Arb. Salih ÜNAL	231
Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk Arş. Gör. Süleyman Yasir ZORLU	247

III. Oturum	265
Arabuluculuk Sözleşmesinde Genel İşlem Koşullarına İlişkin Hükümlerin Uygulanması Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ	269
Benimle Boşanır Mısın?!: Boşanmanın Hukuki Sonuçları Bakımından Arabuluculuğun Uygulanabilirliği Dr. Öğr. Üyesi Özlem ACAR ÜNAL	285
Tüketici Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Kapsamının Belirlenmesindeki Güçlüklerin Ortaya Çıkardığı Bazı Meseleler Dr. Öğr. Üyesi Evrim ERİŞİR	309
IV. Oturum	359
Birden Fazla Talebin Yer Aldığı Dava Çeşitlerinde Arabuluculuk Dava Şartının İncelenmesi Dr. Öğr. Üyesi Uğur BULUT	363
İcra Takiplerinde Zorunlu Arabuluculuk Uygulaması Dr. Öğr. Üyesi Cemil SİMİL	391
Arabuluculuk Sistemi ve Kanunu Üzerine Düşünceler ve Tahliller Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLI	405
–Özellikle Ticari Uyuşmazlıklar Ekseninde– Arabulucunun Çözüm Sürecindeki Rolünde Değişiklik İhtiyacı Üzerine Düşünceler ve Karma Model Önerisi Dr. Öğr. Üyesi Gül BÜYÜKKILIÇ	427
İdarenin Taraf Olduğu Arabuluculuk Süreçlerine Dair Özel Kurallar ve Uygulama Sorunlarının Değerlendirilmesi Dr. Öğr. Üyesi Pınar ÇİFTÇİ	453
Eş Zamanlı	
I. Oturum	467
Türk ve Mukayeseli Hukuk Düzenlemelerinde Arabulucu Olabilme Şartları ve Arabulucular Sicile Kayıt Öğr. Gör. Ferhat YILDIRIM	471
Arabuluculuk Süreçlerinde Toplumsal Cinsiyet Eşitsizlikleri, Güç Dengesizlikleri ve Farklılıkların Yönetilmesi Av. Arb. Dilek YUMRUTAŞ	499
Eş Zamanlı	
II. Oturum	511
İnşaat Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kullanılmasının Önemi Dr. Öğr. Üyesi Yaprak ARICI ÜSTÜNER	515

Sempozyum Kuralları

“Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu” aşağıda metnine yer verilen, İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi web sitesinde yayımlanmış “Bildiri Çağrısı” ve “Yayın Kuralları” esas alınarak 14 Kasım tarihlerinde online olarak gerçekleştirilmiştir.

Bildiri Çağrısı

“Arabuluculuk Daire Başkanlığı”, “İbn Haldun Üniversitesi Uyuşmazlık Çözümü Uygulama ve Araştırma Merkezi” ve “İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi” tarafından 14 Kasım 2020 tarihinde “Arabuluculuğun Geleceği” başlıklı bir sempozyum düzenlenecektir.

Önemli Tarihler

Son Başvuru Tarihi: 15 Ekim 2020

Sonuçların Açıklanması: 4 Kasım 2020

Sempozyum Tarihi: 14 Kasım 2020

Arabuluculuk hukukuna ilişkin tüm alanlarda bildiri sunulabilecek olan bu sempozyumda, özellikle alana ilişkin güncel gelişmelerin değerlendirilmesi amaçlanmakta olup, disiplinler arası konularda da başvuru yapılabilir. Başvurular; seçilen konunun önemi, güncelliği ve benzer başlıklarla yapılan diğer başvurularla karşılaştırılarak alanında uzman kişilerden oluşan bir bilim kurulu tarafından değerlendirilecektir. Tebliğ sunum süresi 20 dakikayı geçmeyecek şekilde planlanmalıdır. Birden fazla kişi tarafından yapılacak sunumlar açısından sunumu gerçekleştiren kişi sayısının ve kişilerin kimliklerinin de belirtilmesi gerekmektedir. Yapılan sunumlar video kayıt yöntemi ile kaydedilebilecek ve gerekli görüldüğü takdirde Sempozyum kurulu tarafından uygun görülen mecralarda yayımlanabilecektir. Gönderilen bildirilerin daha önce hiçbir yerde sunulmamış veya yayımlanmamış olup, özgün çalışmalar olması gerekmektedir. Kabul edilen bildirilerin belirlenmesinin ardından kesinleşen program 4 Kasım 2020 ilgililere e-posta yoluyla bildirilecek ve ilan edilecektir.

Sempozyumda öncelikle değerlendirilmesi planlanan konu başlıkları aşağıdaki gibidir:

- Hangi uyuşmazlıklar arabuluculuk yoluyla çözümlensin?
- Arabuluculuk faaliyeti nerede yapılsın? (Arabuluculuk merkezleri, merkezlerin akreditasyonu)
- Arabuluculuk ilkelerine ilişkin sorunlar ve çözüm önerileri
- Arabulucunun hak ve yükümlülükleri; konuya ilişkin sorunlar ve çözüm önerileri
- Arabulucuya başvurma, ihtiyari ve dava şartı arabuluculuk ve itiraz
- Arabuluculuk sözleşmesi ve arabulucu sözleşmesi (tanım, ispat)
- Arabulucunun seçimi ve arabuluculuk faaliyetini yürütmesi
- Kolaylaştırıcı ve değerlendirci arabuluculuğun birlikte kullanımı
- Arabuluculukta uzmanlık (iş, ticaret, tüketici vs.)
- Arabuluculuk faaliyetinde düzenlenen belgeler ve uyulması gereken usul ve ilkeler
- Anlaşma belgesinin saklanması ve icrası ile iptal davası
- Dava şartı arabuluculuk, dava şartı arabuluculuğa başvurulması
- Arabuluculuk sicili
- Arabuluculuk eğitimi
- Arabuluculukta denetim ve disiplin
- Singapur Sözleşmesi

Sempozyum Dili

Sempozyuma Türkçe veya İngilizce dillerinde gerçekleştirilecek sunumlar ile katılım mümkündür.

Bildiri Özeti Gönderimi ve Sempozyum Katılımı

Başvuru için bildiri özetlerinin 500-1000 sözcük arasında ve 5 anahtar kelime belirlenerek (Türkçe sunulacak tebliğlerde ayrıca özet metninin İngilizce çevirisi ile birlikte) hazırlanması ve kaynakça ile tebliğ sahibinin kısa özgeçmiş, kurum ve iletişim bilgisi eklenerek 15 Ekim 2020 tarihine kadar ucam@ihu.edu.tr e-posta adresine gönderilmesi gerekmektedir. Bildiri özetleri hakem heyeti tarafından kör hakemlik usulü ile bilimsel ön inceleme tabi tutulacak ve kabul edilen bildiriler sempozyumda sunulacaktır. Tebliğleri kabul edilen tebliğ sahiplerine 4 Kasım 2020 tarihinde e-posta üzerinden bilgilendirme yapılacak ve tebliğ kabulüne ilişkin yazı iletilecektir.

Yayın

Sempozyumda sunulacak olan tüm bildirilerin özetleri, ISBN'li e-kitap formatında yayınlanacaktır. Bildiri özeti gönderen tebliğ sahiplerinin bildiri özetinin kabulü halinde yayınlanmasına onay verdikleri kabul edilir. Bildiri özeti kitapçığı ve tam metin bildiri yayımı için yazarlara telif ücreti ödenmeyecektir.

Sempozyuma kabul edilen bildiriler tam metin olarak belirtilen e-posta adresine iletilmek kaydıyla, Fakültemizce derleme bir kitapta yahut dergide yayımlanacaktır.

ÖNSÖZ

Tarihimizde çok eskilerde bilinen ve kullanılan arabuluculuk kurumu, modern hukukumuzda 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (“HUAK”) ile girmiştir. Arabuluculuğa başvurma zorunluluğunun dava şartı arabuluculuk yoluyla getirilmesi ile arabuluculuk kurumunun bilinirliği ve kullanımı oldukça artmıştır. Ancak ihtiyari arabuluculuk temelinde hazırlanan HUAK, hazırlanmasından itibaren 10 yıldan daha az süre geçmiş olmasına rağmen teori ve uygulama temelinde yetersiz hale gelmeye başlamıştır. Bu süre zarfında Dünya’da da arabuluculuk konusunda gelişmeler yaşanmış, anlaşma belgelerinin uluslararası alanda icra edilebilmesi amacıyla Singapur Sözleşmesi kabul edilmiştir. Türkiye’de bu Sözleşmeye taraf olmuştur.

Yukarıdaki gelişmeler ışığında, arabuluculuk kurumunun mevcut uygulamaları ve ihtiyaç duyulan reformun tartışılması açısından zamanlıca olacağı düşüncesiyle, Arabulucular ve Arabuluculuk Günü olarak da kutlanan 14 Kasım tarihinde, Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı ve İbn Haldun Üniversitesi Uyuşmazlık Çözümü Uygulama ve Araştırma Merkezi işbirliği ile Üniversitemiz ev sahipliğinde “Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu” düzenlenmiştir.

Sempozyumun düzenlemesinde destekleri için Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürü Sayın Hakan Öztatar’a ve Arabuluculuk Daire Başkanı Sayın Umut İlhan Durmuşoğlu’na çok teşekkür ederiz. Yine desteklerini bizden esirgemeyen Üniversitemizin Sempozyumun düzenlenme tarihindeki rektörü Prof. Dr. Recep Şentürk’e müteşekkirimiz.

Sempozyumun planlamasında, hazırlıklarının yapılmasında ve gerçekleştirilmesinde bizlere destek veren Bilim ve Düzenleme Kurullarının değerli üyelerine teşekkürü borç biliriz. Yine katkı yapan tüm yazarlara destekleri için şükranlarımızı sunmak isteriz. Son olarak, Sempozyumun gerçekleştirilmesinde özverili çalışmaları sebebiyle Hukuk Fakültemiz öğretim üyeleri Doç. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Araş. Gör. Gülnihal Ahter Yakacak ve Araş. Gör. Ömer Faruk Kafalı ile destek ve yardımları için Kurumsal İletişim Daire Başkanımız, Ebubekir Kalkan ve ekibi ile İbn Haldun Üniversitesi Yayınları Genel Yayın Yönetmeni Savaş Tali ve ekibine teşekkür ederim.

Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu'nda sunulan ve daha önce Özet Bildiri Kitabı yayımlanmış olan bildirilerin tam metin hallerini içeren bu kitapta, Sempozyum sunum sıralaması dikkate alınarak sıralanmıştır.

Prof. Dr. Ali Yeşilırmak

***İbn Haldun Üniversitesi Rektör Yardımcısı,
Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi***

14 KASIM 2020
ARABULUCULUĞUN
GELECEĞİ SEMPOZYUMU

SEMPOZYUM AÇILIŞ KONUŞMALARI

Prof. Dr. Recep Şentürk

İbn Haldun Üniversitesi Rektörü

Prof. Dr. Ali Yeşilırmak

İbn Haldun Üniversitesi Rektör Yardımcısı

İbn Haldun Üniversitesi Uyuşmazlık Çözümü

Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdürü

Hakan Öztatar

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürü

Prof. Dr. Recep Şentürk

İbn Haldun Üniversitesi Rektörü

Sayın Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürü, Sayın Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanı, kıymetli katılımcılar, dinleyiciler ve online canlı yayınımız aracılığı youtube üzerinden şu anda bizi izleyenler, hepinize hayırlı sabahlar diliyorum, günaydın diyorum ve en kalbi selamlarımı sunuyorum.

Özellikle böylesine güzel ve önemli bir toplantıyı, hem de son derece güncel bir konuda organize eden İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültemize, Uyuşmazlık Çözümü Uygulama ve Araştırma Merkezine, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü ve Arabuluculuk Daire Başkanlığına, Hukuk İşleri Genel Müdürü Sayın Hakan Öztatar Beyefendiye, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanı Sayın Umut İlhan Durmuoğlu'na, Prof. Dr. Ali Yeşilirmak Hocamıza, Doç. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu Hocamıza ve katkı sağlayan diğer bütün hocalarımız ile asistanlarımıza, başta Kurumsal İletişim Daire Başkanlığı olmak üzere, organizasyona katkı sağlayan idari personelimize çok teşekkür ediyorum. Hepinize hayırlı sabahlar, hayırlı günler ile verimli ve bereketli bir toplantı diliyorum.

Bu Sempozyum şu anda çok güncel bir konuyu ele alıyor. Belki planlanırken böyle düşünülmüyordu ama Cumhurbaşkanımızın, bakanlarımızın yaptığı güncel açıklamalardan hukuk ve ekonomi alanında bir takım ciddi reformlar düşünüldüğü anlaşılmakta olup, bu toplantının da belirtilen gündemle örtüşmesi, gerçekten yapılan toplantının önemini daha da artırmış oldu. İnşallah burada konuşulan hususlar gerçekleştirilmesi düşünülen reformlara katkı sağlayacaktır.

Bu toplantıda çok önemli konular ele alınacak, çok güncel sorunlar üzerinde durulacak; özellikle iş dünyasında, ticaret alanında ortaya çıkan anlaşmazlıkların yargı yolu ile değil de arabuluculuk yoluyla çözülmesi ve barışçıl neticelere kavuşturulması, sonunda herkesin helalleşerek masadan ayrılması, bir tarafın kaybedip öbür tarafın kazandığı değil de

herkesin memnun olduğu bir şekilde sulh yoluyla, barış yoluyla çözümlenmesi gerçekten toplumumuzun ihtiyaç duyduğu önemli bir katkı olacaktır. Bir taraftan toplumumuzda diyalog kültürünün gelişmesine, diğer taraftan da kendi sorunlarını çözebilecek iş dünyası kültürünün gelişmesine katkı sağlanmış olacaktır. Bu açıdan ben bu toplantıyı, güncel tartışmalara katkı sağlayacağı için son derece önemli buluyorum. İnşallah bu toplantının sonuçlarının yapılacak reformlara yön göstereceğini, rehberlik yapacağını ümit ediyorum. Diğer taraftan da hem iş dünyası hem de hukuk camiasına yararlı olacağını umuyorum.

Bu yüzden Sempozyumu organize eden, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü ile Arabuluculuk Daire Başkanlığını, Sayın Hakan Öztatar Bey'i, Sayın Umut İlhan Durmuoğlu Beyi, Ali Yeşilırmak Hocamızı, Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu Hocamızı, Yusuf Çalışkan Hocamızı tebrik ediyorum, dinleyicilerimize tekrar selamlarımı sunuyorum.

Ayrıca COVID sürecinde ümitsizliğe kapılmadan, dinamizmini kaybetmeden çalışan, Hukuk Fakültemizi tebrik ediyorum. Birkaç ay içerisinde düzenlemiş oldukları ikinci büyük toplantı oluyor bu Sempozyum. İlk toplantının kitabını da çok hızlı bir şekilde yayımlayarak gerekli yerlere ulaştırdılar. İnşallah bu Sempozyumun neticelerini de en kısa zamanda ortaya çıkartıp kamuoyu ile paylaşacaklarını ümit ediyorum.

Ben tekrar hepinizi saygıyla ve muhabbetle selamlıyorum, hayırlı, bereketli ve verimli bir toplantı diliyorum.

Prof. Dr. Ali Yeşilirmak

İbn Haldun Üniversitesi Rektör Yardımcısı

Uyuşmazlık Çözümü Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdürü

Sayın konuşmacılar, oturum başkanları ve youtube üzerinden bizleri izleyen sayın katılımcılarımızı saygıyla selamlıyorum,

Arabulucular ve Arabuluculuk gününüzü tebrik ediyorum!

HUAK 2011’de hazırlandı ve 2012’de yürürlüğe girdi. Kanun koyucu başlangıçta tamamen ihtiyari arabuluculuğu tercih etmişken; o tarihte de planlandığı gibi bir süre sonra dava şartı arabuluculuk yani arabuluculuğa gitme zorunluluğu da kabul edildi. HUAK’ın kabulünden bugüne kadar geçen 8 senede arabuluculuk konusunda önemli aşamalar kat ettik ve başarılar sağladık. Aslında mevzuatımıza girişinden itibaren 10 yıl geçmemiş olsa bile arabuluculukla ilgili önemli konuları tartışma ihtiyacı hissediyoruz. Birkaç örnek vermek gerekirse:

- Acaba artık HUAK yerine sadece Arabuluculuk Kanunu mu demeliyiz?
- Kolaylaştırıcı arabuluculuk yanında değerlendirici arabuluculuğu da kabul etmeli miyiz?
- Arabulucuların kalitesini nasıl artırabiliriz?

Değerli konuşmacılarımız daha pek çok soru ve cevap konusundaki görüşlerini bugün sizlerle paylaşacaklar. Çok teşekkürler edip sözü Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürü Sayın Öztatar’a bırakmak isterim.

Hakan Öztatar

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürü

Sayın Rektörüm, Sayın Rektör Yardımcım, çok değerli katılımcılar, ben de herkese sağlıklı, hayırlı bir gün diliyorum. Bugün 14 Kasım 2020 Ali Yeşilirmak Hocamla bu programı planlarken, özellikle bugünü seçtiğimizi öncelikle ifade edeyim. 14 Kasım gününü seçtik çünkü 14 Kasım 2013 tarihi arabulucular için önemli bir gündü. Hatta bugünü çoğu arabulucumuz Arabulucular ve Arabuluculuk Günü olarak kutlamaktadır. Çünkü Türkiye’de arabuluculuk sistemi 14 Kasım 2013 tarihinde ilk arabulucumuzun, 1 Sicil numarası ile sicile kaydolmasıyla başladı. Biz milat olarak bu tarihi alıyoruz. Onun için de Ali Hocamdan rica etmiştim, 14 Kasım günü bu organizasyonu yapalım demiştim sağolsun beni kırmadı ve gerçekten bugün 14 Kasım gününde bu programı yapmaktan dolayı çok mutlu olduğumu ifade ediyor ve bütün Arabulucu arkadaşlarımızın, arabulucu meslektaşlarımızın Arabuluculuk ve Arabulucular Günü’nü kutluyorum. Tabii hocam da biraz önce bahsetti 14 Kasım 2013 tarihinde 1 Sicil numaralı arabulucumuzla birlikte bir yola çıkmıştık. Ama ne arabuluculuk biliniyordu ne de arabuluculuğa ilişkin kamuoyunda bilgi vardı. Geline süreçte şu anda 7. yılımızı doldurduk. Gerçekten 1 sicil numaralı arabulucumuzdan şu anda 16 bin 800 civarında arabulucumuza ulaşmış durumdayız. Yine 2013 yılında sadece ve sadece 4 arabuluculuk görüşmesi yapılmışken, şu anda 1 milyon 630 bin arabuluculuk görüşmesi yapılmış durumda. Yıllık bazda baktığımızda yılda 750 bin arabuluculuk görüşmesi yapılmakta ve dava şartı arabuluculukla birlikte bu ivme kazanıldı. Bunun yanında haftalık 5 bine yakın ihtiyari arabuluculuk da yapılmakta. Bu da yılda yaklaşık 250 bin civarında işi, dava şartlarına gitmeden ihtiyari arabuluculuk sürecinde gerçekleştirdiğimizi gösteriyor. Ayrıca şunu gösteriyor, yavaş yavaş istediğimizin gerçekleştiğini, toplumun arabuluculuk sistemini tanıdığını, hatta dava şartına gitmeden bile tarafların bir arabulucuya giderek ihtiyari olarak da bu süreci başlattığını gösteriyor. Süreç içerisinde aynı zamanda tabii bir meslek olarak da süreç başladı ve bunun bir ücret kısmı da var. Şu anda arabuluculuk ücretleriyle ilgili yaklaşık 10 milyar TL’ye yakın bir bütçe de oluşmuş durumda. Biliyorsunuz yüzde 99 oranında avukat arkadaşlarımız arabuluculuk yapmaktadırlar. Tabii istiyoruz ki bu 10 Milyar TL’lik arabuluculuk

bütçesini 100 milyar TL'ye çıkarmak. İnşallah gelecek sene 14 Kasım 2021 tarihinde bunu da başaracağımıza ve daha kaliteli arabuluculuk yapacağımıza inanıyorum. Bunun da yolu çok basit esasında, sadece birkaç husus kaldı. Hocam da biraz önce değindi. Bir şey istiyoruz arabuluculardan, kaliteli arabuluculuk istiyoruz esasında. Çok bir şey istemiyoruz. Kaliteli şekilde bu mesleğin yapılmasını istiyoruz. İşte Hocam da bahsetti, 6325 sayılı Kanunumuz artık eskidi ve yeni bir kanun taslağı metni hazırladık. Zaten sağolsun Ali Yeşilirmak Hocamız da bu Komisyonun başkanlığını yaptı ve yapmaya da devam ediyor. Hocamızın başkanlığında hazırladığımız çok güzel bir kanun taslağı var. İnşallah yakın zamanda kanun taslağı da meclisten geçecek, bunu ocak ayı, şubat ayı gibi bekliyorum. Meclisimizden geçerek yasalaşmasıyla birlikte arabuluculuk çok daha farklı bir iklime, çok daha farklı bir ortama doğru evrilecek. Burada özellikle iki hususa değinmek istiyorum. Arabuluculukta artık uzmanlaşma ve kurumsallaşma bizim için hayati önemde, bu hafta sonu itibarıyla uzmanlık eğitimlerini de başlatmış bulunuyoruz ve bunun da sevinci içindeyim. Enerji hukukunda, sağlık hukukunda, spor hukukunda, inşaat hukukunda, sigorta hukukunda artık uzman arabulucularımız olacak. Yani bir inşaatla ilgili bir sorun yaşayan müteahhit işverenimiz geldiğinde karşısında onun kadar piyasayı bilen, onun kadar buna hâkim, onun kadar ekonomiyi bu anlamda inşaat hukuku ekonomisini takip eden bir arabulucu ile karşılaşacak. Bu hem ona ve taraflara güven verecektir hem de uyuşmazlığın daha rahat bir şekilde çözülmesi sağlanacaktır. Biz bu anlamda uzmanlaşma ve en sonda kurumsallaşmanın olmasını istiyoruz yani şu anda arabuluculuğun geldiği nokta bu. Bunda da en önemli şey arabuluculuk merkezleri. Şu anda Türkiye'de 235 arabuluculuk merkezimiz var. Bu 235 merkezimizde yaklaşık 1500'den fazla arabulucumuz var şu anda bu merkezlerimiz şirket şeklinde kurulmuş durumda. Ancak şu anda her ilimizde bir arabuluculuk merkezi şeklinde bir kampanya başlattık 52 ilimizde arabuluculuk merkezimiz var. Diğer kalan illerimizde de görüşmelerimiz devam ediyor. İnşallah Ocak ayına kadar bütün illerimizde arabuluculuk merkezlerimiz olacak ve bu mesleğin daha kaliteli bir şekilde kurumsal bir şekilde uzman arabulucularla birlikte kaliteli verilmesi noktasında çabalarımız devam edecek. Ben son olarak şunu söyleyerek kapatacağım. 14 Kasım 2013 tarihinden esasında 14 Kasım 2020 tarihine kadar arabuluculuk olmadan önce konuşulmayan ama arabuluculuk

geldikten sonra konuşulan kavramlara kısa kısa sadece değinerek geçeceğim. Belki bunlar bugün sunum yapacak olan değerli akademisyenlerimiz, hocalarımız ve başkanlarımızın da bir anlamda dikkatlerini çekecektir. Yani 14 Kasım 2013'ten önce neler konuşulmuyordu? Arabuluculuk geldikten sonra esasında hukuk dünyamızda avukatlar arasında, hakimler arasında, diğer meslektaşlarımız arasında neler konuşuldu? Bir kere şu konuşulmaya başladı: Birinci olarak tek kapılı adliye sisteminden ziyade çok kapılı adliye sistemini artık konuşmaya başladık. Yani 14 Kasım 2013'ten önce sadece mahkeme kapısı varken diğer kapılar bilinmezken bugün arabulucu kapısı, tahkim kapısı, sulh kapısı gibi artık diğer kapılar da olduğunu, adliyenin sadece mahkeme hizmeti vermemesi gerektiğini, arabuluculuk gibi diğer hizmetlerin de verilmesi gerektiğini, yani kavramsal olarak tek kapılı adliye sisteminden farklı olarak çok kapılı adliye sistemi arabuluculukla birlikte konuşulmaya başladı. En son çarenin dava olduğu hususu, biz bunu sloganlaştırdık. Öncelikli olanın insanların uyuşmazlıklarını kendilerinin beraberce çözmesi, dostane çözmesi olduğu konuşuldu. Arabuluculuk merkezleri kavramı hukuk dünyamıza girdi, med-arb arabuluculuk-tahkim kavramı dünyamıza girdi. Bugünkü tebliğlerde de var ama ben yakın zamanda özellikle hukuk fakültelerinden arabuluculuk-tahkim konusunda yüksek lisans ve doktora çalışmalarını bekliyorum. Çünkü dünyada ilk defa Türkiye İstanbul Tahkim Merkezi ile birlikte arabuluculuk-tahkim kurallarını ilan etti. Biz yakın zamanda bir projeyle birlikte arabuluculuk-tahkimin dünyadaki öncüsü olmak istiyoruz. Arabuluculukla birlikte Dava şartı arabuluculuk kavramıyla tanıştık. Çok önemli bir kavram olarak hayatımıza girdi. Arabuluculukta her iki tarafın da kazanacağı, kazan-kazan kavramı, kazan kaybet, kaybet kaybet kavramları hayatımıza girdi. İlk defa avukat arkadaşlarımız, hukukçu meslektaşlarımız, psikoloji eğitimleriyle karşılaştı. İlk defa öfke kontrolü, beden dili, empati, sempati gibi kavramlarla arabuluculuk sayesinde karşılaştı. Singapur Sözleşmesi'ni konuşmaya başladık. New York Konvansiyonu'nun karşısında Singapur Sözleşmesi imzalandı, Dışişleri Komisyonu'ndan geçti ve yakın zamanda Meclisimiz Genel Kuruluna gelecek. Tabii uzman arabuluculuktan bahsetmeye başladık işin uzmanı insanlarla birlikte. İlk defa belki de arabuluculukta şirketleşmeler oldu. Anonim şirketler kuruldu. 70 80 arkadaşımız, avukat arkadaşımız bile bir araya gelip kimsenin olmaz dedikleri bir şirketleşmeyi üç yıldır bir

ortaklıkla sürdürmeye başladılar ki şu anda 235'e yakın şirketimiz var ve bunun daha iyi olabileceği kavramı ile karşılaştık. 2015 yılında video-konferans daha bu Covid'ler olmadan önce biz telekonferansla sorun çözmeyi, online arabuluculuk ve e-arabuluculuk gibi kavramlarla hukuk dünyasını tanıştırmış olduk. SMS'le veya whatsappla önemli olanın taraflara ulaşmak olduğunu, telefonla da olsa insanlara ulaşabilmenin tebliğ anlamında bildirim olduğu ile yine arabuluculuk sayesinde karşılaşmış olduk, bir başka deyişle bu müesseseyle birlikte. İlk defa risk analizleri konuşmaya başladı Türkiye'de. Bir avukat arkadaşımızın dava açmadan önce o uyumsuzluk ile ilgili risk analizi yapması gerektiğini, bu davayı kazanıp kaybetme olasılığını, diğer alternatif çözüm yöntemlerini düşünmesi gerektiğini o anlamda konuştuk. İlk defa davadan başka bir çarenin de olduğunu, farklı olarak dostane bir şekilde sorunların çözülebileceğini artık konuşmaya başladık. Yine ilk defa İstanbul Tahkim Merkezi ile 235 arabuluculuk merkezi arasında bir iş birliği anlaşması yapıldı. Gerçekten şu anda bu da çok önemli bir şekilde devam ediyor. Arabuluculukta taraf vekilliğini konuşmaya başladık. Değerlendirici arabuluculuk, kolaylaştırıcı arabuluculuğu konuşmaya başladık. En önemlisi de biraz önce sayın Rektörümüzün de ifade ettiği gibi tarafların vereceği ve iki tarafın da memnun olacağı bir anlamda uyumsuzluğu bilen tarafların en iyi kararı veren taraf da olacağını konuşmaya başladık. Yine bana ait değil ama Turan Özer arabulucumuza ait bir kavram olan "otoritesiz anlaşma" kavramı çok hoşuma gitti, otoritesiz anlaşma kavramı, ben de buna eşitler arası anlaşma diyorum. Eşitler arası anlaşma. Kendi aralarında bir anlaşma. Bunları konuşmaya başladık. Yani kısaca, aklıma gelenleri dün yazmaya çalıştım. Dedim ki acaba 2013'ten önce arabuluculuk olmadan önce bu kanun çıkmadan önce neler konuşulmuyordu? Arabuluculuk geldikten sonra, yedi yıllık bu süreçten sonra neler konuşuldu neler konuşulmaya devam ediyor diye düşündüğümde çok ciddi şeyleri hukuk dünyasına kazandırdığımızı, çok ciddi şeyleri tartıştırdığımızı ve tartışmaya devam ettiğimizi görüyoruz. Bu da esasında arabuluculuk sürecinin çok aktif bir süreç olduğunu, arabuluculuğun çok dinamik bir süreç olduğunu, arabulucunun hukuk dünyamızda çok ciddi etkiler yaptığını da göstermekte. Bu durum da bizi mutlu ediyor. Ama tabi en önemlisi bugün burada gerek oturum başkanlarımızın gerekse çok değerli akademisyenlerimizin, hocalarımızın sunacakları tebliğler. Bu tebliğleri Ali Hocamla da görüştük.

İnşallah yakın zamanda bir kitap haline getirerek bütün arabulucularımızın istifadesine sunmak istiyoruz. Bu anlamdaki çalışmalar için İbn Haldun Üniversitesi Rektörümüze, Ali Yeşilirmak Hocama, emeği geçen herkese çok teşekkür ediyorum. Bugün sunumları yapacak olan oturum başkanlarımıza, sunum yapacak olan tebliğcilerimizin tamamına çok teşekkür ederiz katkıları için. Çünkü 2013'ten önce gerçekten arabuluculukla ilgili bir kitap bile yoktu. Biz ancak 2 yıl sonra bir tane iyide olmayan bir şey hazırlamıştık, ders notu hazırlamıştık ve çok sevmiştik. Ama bugün tebliğler yapılıyor. Yüksek lisans, doktora çalışmaları yapılıyor ve bir kitap evine gittiğimde hukuk kitapları arasında bir bölümün arabuluculuğa ayrıldığını, bayağı bir mevzuatın oluştuğunu, kitapların oluştuğunu sevinerek ifade etmek istiyorum. Katkı sağlayacağı düşüncesiyle bu alandaki çalışmalar arasında arabuluculuk ve tahkim konusunda ve med-arb konusunda yüksek lisans ve doktora çalışmaları olması yönündeki beklentimi ifade etmek istiyorum. Çünkü dünyanın gidişatı arabuluculuk-tahkim müessesesine doğru gitmekte. Biz bu ikisini birleştirdik. Arabuluculuk ve tahkimi, böylece önce arabuluculuk, olmazsa bir hakem aracılığı ile sorunların tamamen yargıya gitmeden çözülmesi hususundaki projemiz devam ediyor. Bu projemiz ile ilgili bugün Hürriyet'te de benim röportajım vardı, yabancı yatırımcı için çok önemli. Çünkü bu projeyle birlikte ülkemize gelen yabancı yatırımcı bir hukuki uyumsuzluk çıktığında hiç mahkemeye gitmeden, en fazla 5 ay 6 ay gibi bir süreçte sorununu çözmüş olacak. Bu anlamda Türkiye'de hukuk anlamında Sayın Cumhurbaşkanımız da biliyorsunuz ifade etti, Sayın Bakanımız da 2 gündür ifade ediyor. Hukuk ekonomi ilişkisine, arabuluculuk, tahkim bunlar hukuk ve ekonomi ilişkisi içerisinde önemli argümanlarımız. Yabancı yatırımcı için en önemli argümanlarımız. Artık şunu rahatlıkla söyleyebiliriz ki, Türkiye, bölgesinde ve dünyada arabuluculuk ve tahkim konusunda öne çıkan bir ülke olmuştur. Şu anda arabuluculuğun geldiği başarı gerek Avrupa'da gerek dünyada hayranlıkla izlenmektedir. Bu hepimizin başarısı. Ben burada emeği geçen herkese çok teşekkür ediyorum ve ilk oturum başkanımız ve çok sevdiğimiz değerli Yargıtay 9. Hukuk Başkanımız Seracettin Başkanımıza sözü vererek hepimizi Bakanlığımız adına saygıyla selamlıyorum.

I. OTURUM

Oturum Başkanı
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı
Dr. Seracettin Göktaş

Çok değerli katılımcılar, öncelikle sizleri saygı ile selamlıyorum. Gününüz aydın olsun. Zamanlaması ve konusu itibarıyla çok isabetli gördüğüm bu sempozyumun düzenlenmesinde emeği geçenleri kutluyorum. Sempozyumun hayırlı olmasını ve başarılı geçmesini içtenlikle diliyorum.

Ülkemizde son yıllarında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin geliştirilmesi ve yaygınlaştırması konusunda çok büyük bir çaba sarf ediliyor. Bu kapsamda 2012 yılında yürürlüğe giren 6325 sayılı Kanundan sonra diğer yasalarda da gerekli değişiklikler yapıldı. 6325 sayılı Kanun, ihtiyari arabuluculuğu düzenlemişti. Yaklaşık 5 yıllık uygulama sonucunda alınan sonuçların olumlu olması ve özellikle iş uyuşmazlıklarında anlaşma oranının yüksekliği bu alanda zorunlu arabuluculuğu gündeme getirdi. Ülkemizde hukuki ve siyasi açıdan yapılan çok yoğun tartışmalardan sonra, iş uyuşmazlıklarına özgü olmak üzere, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile, arabuluculuk dava şartı olarak düzenlendi. Dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmayı zorunlu hale getiren bu düzenleme kamuoyunda “zorunlu arabuluculuk” olarak adlandırılmıştır. Ülkemizde arabuluculuğu dava şartı haline getiren bu düzenleme, bireysel uyuşmazlıklar bakımından bir ilk-ti. Daha sonra sırasıyla ticari ve tüketici uyuşmazlıklarında da arabuluculuk dava şartı olarak benimsendi.

Çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi ülkemizde de halihazırda en yaygın alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi arabuluculuktur. Arabuluculuk, başta iş uyuşmazlıkları olmak üzere pek çok açıdan hassas bir konudur. Çünkü dava şartı arabuluculuk kurumu, alacaklının mahkemeye erişim hakkını sınırlamaktadır. Diğer yandan arabuluculuk sistemi içinde yapılan anlaşmanın, maddi hukuk bakımından önemli sonuçları bulunmaktadır. Alacaklının işçi olduğu durumlarda, konu daha da önemli hale gelmektedir. Bir tarafın diğer tarafa nazaran güçsüz olması halinde, arabulucunun adalet-e erişimi güçleştireceğine yönelik görüş ve eleştirilerin bulunduğunu belirtmek gerekir. Pek çok yönden hassas olan bu konuda bazı eleştirilere karşın

arabuluculuğun sosyal ve hukuki yararları göz ardı edilemez. Kuşkusuz, ister yargı yoluyla olsun, ister alternatif çözüm yöntemleri ile olsun, burada hedef adalete erişimin sağlanmasıdır. Arabuluculuk dahil olmak üzere, tüm uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin etkinliği, adalete erişimi ne derece sağladığına göre ölçülür. İşçinin haklarına kavuşması en doğrusu olmakla birlikte, menfaat temelli olan arabuluculukta bu husus göz önünde bulundurulamaz. Burada işçinin menfaat beklentisinin karşılanıp karşılanmadığı ve anlaşmanın işçinin serbest iradesine dayanıp dayanmadığı önem arz eder.

Bağımsız ve tarafsız yürütülen ve etik ilkeleri gözetilen bir arabuluculuk sistemi, toplumun güven duygusunu yükseltir. Arabulucu önünde yapılan bir anlaşma vicdanları rahatsız ediyorsa şeklen kanuna uygun olmasının toplum barışına bir katkısı olmaz. İşverene nazaran zayıf durumda olan işçiye arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar gerekli güvencelerin sağlanması, sosyal hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu bağlamda, arabuluculuk sistemimizde işçinin korunması amacıyla çok önemli güvenceler kabul edilmiştir. Dava şartı arabuluculukta arabulucunun konunun uzmanı olmasının gerekmesi, avukatla temsil imkanı, yine görüşmelerin bir tarafın çok aleyhine doğru ilerlediğinin ortaya çıkması üzerine arabulucunun müzakerelere son verme yetkisine sahip olması gibi hususlar, işçi için önemli güvencelerdendir.

Bugün bu önemli konuyu pek çok açıdan ele alan tebliğler sunulacaktır. Kıymetli tebliğ sahiplerine şimdiden teşekkür ediyorum. Sözü tebliğ sahiplerine bırakırken, toplantının başarılı geçmesini diliyor, tüm katılımcılara saygılarımı sunuyorum.

ARABULUCULUKTA UZMANLIK -ÖZELLİKLE İŞ HUKUKUNDA UZMANLIK ÜZERİNE DÜŞÜNCELER-

Dr. Öğr. Üyesi Canan ÜNAL ADINIR*

Özet

Özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk ile 2012 yılında 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun¹ (HUAK) yürürlüğe girmesiyle birlikte tanışmamıza rağmen arabuluculuğun ülkemizdeki miladı, 1 Ocak 2018 olarak düşünülebilir. Zira, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun² (İMK) iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğu dava şartı haline getiren hükümleri bu tarihte yürürlüğe girmiş ve iş uyuşmazlıklarının büyük bölümünde mahkemeye başvuru öncesinde arabulucuya müracaat zorunluluğu gelmiştir. Bunun sonucunda da, Türk hukukçu, “yeni mesleği” arabuluculuğu iş uyuşmazlıkları ile öğrenmiştir.

HUAK’de arabuluculuk tanımlanırken “uzmanlık eğitimini almış olma” unsuruna yer verilmiştir (m. 2/1, b). 12 Ekim 2017 tarih ve 7036 sayılı İMK ile HUAK’ye eklenen m. 6/3 hükmü uyarınca Arabuluculuk Daire Başkanlığına, arabulucuların uzmanlık alanlarını ve uzmanlığa ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi verilmiştir. Kanun değişikliğinden bir ay sonra –2017 yılının Kasım ayında– Arabuluculuk Daire Başkanlığının resmi internet sayfasında “İş Hukukunda Uzman Arabuluculuğa İlişkin Usul ve Esaslar” kamuoyuna duyurulmuştur³.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Arabulucu. ORCID: 0000-0003-3783-5637.

1 RG 22.06.2012, 28331.

2 RG 25.10.2017, 30221.

3 Konuya ilişkin kamuoyu duyurusu bulunmakla birlikte duyurunun içeriğine erişim sağlanamamaktadır, <https://adb.adalet.gov.tr/duyurular/2017/kasim/ishukuku/siteuzmanlik.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2020).

Bu duyurunun ardından, Türk hukukçunun 2012 yılında tanıştığı, 2018 yılında iş uyuşmazlıkları ile yakından tanıdığı arabuluculukta artık uzmanlaşma başlamıştır. Önceleri 24 saat (8 saat teori+16 saat uygulama) olan ardından 15 Ocak 2020 tarihli duyuru⁴ ile 36 saate (18 saat teori+18 saat uygulama) çıkarılan İş Hukukunda uzmanlık eğitimi, ciddi talep görmüş ve bugün itibariyle İş Hukukunda uzman olmayan arabulucu neredeyse kalmamıştır. UYAP Arabuluculuk Portal'ından 15.10.2020 tarihinde edinilen verilere göre, örneğin İstanbul Anadolu Arabuluculuk Bürosuna kayıtlı arabulucu sayısı ihtiyari arabuluculuk için 1010, ticari arabuluculuk için 1123, dava şartı olan iş hukuku arabuluculuğu için 936'dır⁵.

Günümüzde İş Hukuku “uzmanı” olmayan arabulucu neredeyse kalmamıştır. Herkesin İş Hukuku “uzmanı” olduğu bir tabloda ise, uzmanlığın İş Hukuku bakımından gerçekten ayırt edici olduğunu söylemek güçleşmektedir⁶. Nitekim, eğitimlerin içeriği ve yöntemi de gereken uzmanlaşmayı sağlamaya imkân vermemiştir. İş Hukukunda uzmanlık eğitimleri, arabulucuların önceki mesleki tecrübeleri ve akademik çalışmaları dikkate alınmadan tek tip olarak planlanmış ve verilmiştir. Örneğin, İş Hukuku alanında profesör ile 5 yıllık mesleki kıdemini yeni tamamlamış ancak iş hukukunda tecrübesi bulunmayan bir avukatın aynı uzmanlık eğitimi alması mecbur kılınmıştır. Profesör, eğitim almadan uzman olarak değerlendirilmezken tecrübesiz avukat, sadece 36 saat (hatta önceleri 24 saat) eğitim ile uzman olarak kabul edilmektedir. Bunun isabetli olduğunu savunmak mümkün değildir.

Hukukumuzda sadece iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk dava şartı değildir. 1 Ocak 2019 tarihi⁷ itibariyle ticari uyuşmazlıklar ve 28 Temmuz 2020 tarihi⁸ itibariyle tüketici uyuşmazlıklarında arabuluculuk dava şartı haline gelmiştir. Dolayısıyla, başka hukuk alanlarında da arabuluculuk

4 Konuya ilişkin kamuoyu duyurusu bulunmakla birlikte duyurunun içeriğine erişim sağlanamamaktadır, <https://adb.adalet.gov.tr/link/ishukuku.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2020).

5 Arabuluculuk portalına kişisel hesabımdan girilerek erişilmiştir, <https://arabulucu.uyap.gov.tr/> (Erişim tarihi: 15.10.2020).

6 Akın, Levent: “İkinci Yılında Dava Şartı Arabuluculuk Alanında Gelişmeler ve Öneriler”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, 2020, C. 10, S. 1, 6.

7 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 5/A hükmü, geçici m. 12.

8 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 73/A hükmü, geçici m. 2.

uygulaması yaygınlaşmıştır. Nitekim, 19.12.2019 tarihine kadar dava şartı arabuluculuk kapsamında ticari uyuşmazlıklarda 146.413 arabulucu görevlendirmesi yapılmıştır⁹.

UYAP Arabuluculuk Portalı'ndan edinilen verilerden de anlaşıldığı üzere, ticari uyuşmazlıklarda (ve de tüketici uyuşmazlıklarında) arabuluculuk yapabilenlerin sayısı, iş uyuşmazlıklarındaki arabuluculara nazaran çok daha fazladır. Bunun sebebi, ticari uyuşmazlık ve tüketici uyuşmazlıklarında daha fazla uzman arabulucunun olması değil, aksine bu alanlarda uzmanlık eğitimlerinin başlamamış olması yüzünden sicile kayıtlı arabulucuların tamamının bu alanlarda arabuluculuk yapabilmelerine imkân verilmesidir. Ancak arabuluculuk için “uzmanlık eğitimi alma” koşulunun zorunlu bir kanuni unsur olduğu dikkate alındığında, ticari uyuşmazlık ve tüketici uyuşmazlıklarda uzmanlaşmanın, çok hızlı bir şekilde gerçekleştirilmesi zaruridir.

Ticari uyuşmazlıklar ve tüketici uyuşmazlıkları yanında UYAP Arabuluculuk Portal incelendiğinde, “uzmanlık eğitimi alma” koşulunun ihtiyari arabuluculukta da aranmadığı tespit edilmiştir. Gerçekten de sisteme kayıtlı arabulucular, hiçbir uzmanlık eğitimleri olmasa dahi ihtiyari arabulucu olarak görev yapabilmektedirler. Bu serbestinin iş uyuşmazlıklarında dahi var olması, kanuna aykırıdır. Her ne kadar, HUAK’de sicile kayıtlı arabuluculardan dava şartı olarak arabuluculuğu düzenleyen m. 18/A hükmü uyarınca arabuluculuk yapmak isteyenlerin uzmanlık alanlarının da belirlenerek Daire Başkanlığınca listeleneceği belirtilmiş olsa da, HUAK’nin 2. maddesinde arabuluculuk tanımlanırken ihtiyari ya da dava şartı olan arabuluculuk bakımından bir ayırım gözetilmeksizin “uzmanlık eğitimi alma” unsuruna yer verilmiştir. Yine HUAK’nin 6. maddesinde Daire Başkanlığına uzmanlık alanlarını ve uzmanlığa ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi tanınırken bu yetki dava şartı olan arabuluculuk ile sınırlandırılmamıştır. Daire Başkanlığınca usul ve esaslar belirlenirken ihtiyari ve dava şartı olan arabuluculuk bakımından bir fark gözetilmediği; sadece eğitim konuları arasında dava şartı olan arabuluculuğa özel olarak yer verildiğini de belirtmek gerekir. Dolayısıyla, UYAP Arabulucu

9 Bkz. <https://adbadalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/ticaridavasarti.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2020).

Portal'ında ihtiyari arabuluculuk bakımından uzmanlık eğitimi koşulunun aranmaması kanuna, Daire Başkanlığınca belirlenen usul ve esaslara aykırıdır; en kısa sürede düzeltilmesi gerekir.

Daire Başkanlığının resmi sayfasında 28 Eylül 2020 tarihinde İş Hukuku dışında uzmanlık eğitimlerine ilişkin bir duyuru yayımlamıştır. Bu duyuruda iş uyuşmazlıkları dışındaki alanlar bakımından arabulucuların eğitim ve tecrübelerine göre farklılaşan uzmanlık eğitimleri planladığını ortaya konmuştur. Söz edilen duyuruya göre, Ticaret Hukuku, Tüketici Hukuku yanında Banka ve Finans Hukuku, Sigorta Hukuku gibi özel uzmanlık alanlarında eğitim kısa ve uzun süreli olarak ikiye ayrılarak verilecektir. Aynı duyurudan İş Hukuku bakımından ise böyle bir zamansal farklılaşma anlaşılamamakta ve bu durum anlamlandırılmamaktadır. Belirtelim ki, ülkemizde arabuluculuk pratiğinin İş Hukuku ile kazanılması, eğitimler bakımından farklılaşma öngörülmemesini haklı kılamaz. Zira, eğitimler mevcut uzman arabulucular için değil, uzmanlık kazanmak isteyen arabulucular içindir. Dolayısıyla, 28 Eylül 2020 tarihli duyurunun revize edilmesi ve İş Hukuku bakımından da arabulucuların eğitim ve tecrübelerine göre uzmanlık eğitimi çeşitlendirilmelidir. Yine iş hukuku genel uzmanlık alanı yanında iş hukukunda arabuluculuk hizmetinde uzmanlığın katkı sağlayacağı özel alanlar da belirlenmelidir¹⁰.

Anahtar kelimeler: Uzmanlık, uzmanlık eğitimi, iş uyuşmazlığı, ticari uyuşmazlık, tüketici uyuşmazlığı, ihtiyari arabuluculuk, dava şartı arabuluculuk

Abstract

Although in the private law disputes, we met mediation in 2012 with the enactment of the Law about Mediation in Legal Disputes no. 6325¹¹, the turning point is for the practice of mediation can be considered as January 1, 2018. Since the provisions of the Labour Courts Law no. 7036¹²

10 Benzer yönde, **Akn**, İkinci Yılında, 6.

11 Official Gazette 22.06.2012, 28331.

12 OG 25.10.2017, 30221.

regulating mediation as a cause of action for most of the labour disputes entered into force on this date. As a result, the Turkish jurist learned the “new profession” mediation through labour disputes.

While defining mediation in the Law no. 6325, the element of “having received specialist training” is included (Art. 2/1, b).

In accordance with the Article 6/3 added to the law through Law no. 7036 and dated October 12, 2017, the Mediation Department is entitled to determine the areas of expertise of the mediators and the procedures and principles regarding the expertise. Just one month later, the “Procedures and Principles on Expert Mediation in Labour Law” was announced to the public on the official website of the Mediation Department¹³.

Following this announcement, the Turkish jurist started to specialize in mediation. Specialization training in Labour Law was previously 24 hours (8 hours of theory + 16 hours of practice) and then increased to 36 hours (18 hours of theory + 18 hours of practice) with the announcement dated January 15, 2020. Demand for specialization training in Labour Law has been intense as of today. As a result, there are almost no mediators who are not experts in Labour Law. According to the data obtained from UYAP Mediation Portal on October 15, 2020, the number of mediators registered with the Istanbul Anatolian Mediation Office is 1010 for voluntary mediation and 1123 for commercial mediation and 936 for the mediation in labour law¹⁴.

Nowadays, there are almost no mediators who are not “experts” in Labour Law. In case that everybody is an “expert” on Labour Law, it is hard to say that expertise is really distinctive¹⁵.

13 <https://adb.adalet.gov.tr/duyurular/2017/kasim/ishukuku/siteuzmanlik.pdf> (Access date: 15.10.2020).

14 Accessed through my personal account, <https://arabulucu.uyap.gov.tr/> (Access date: 15.10.2020).

15 **Akın**, Levent: “İkinci Yılında Dava Şartı Arabuluculuk Alanında Gelişmeler ve Öneriler”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, 2020, C. 10, S. 1, 6.

Also, the content and method of the training are not suitable for the specialization required. Specialization training in Labour Law has been planned in a uniform manner, without taking into account the prior professional experiences and academic studies of the mediators. For example, a lawyer who has just completed 5 years of professional seniority but has no experience in labour law and a professor in the field of Labour Law are obliged to receive the same specialized training. While a professor is not considered an expert without such training, an inexperienced lawyer will be accepted as a specialist with only 36 hours (previously 24 hours) training.

In the Turkish law, mediation is not a cause of action for only labour disputes. As of January 1, 2020, for the commercial disputes¹⁶ and as of July 28, 2020 for the consumer disputes¹⁷ mediation became a cause of action. Therefore, the practice of mediation has become widespread in other areas of law. For example, there are 146.413¹⁸ mediation folders about commercial disputes reported until 19 December 2019.

As per the data obtained from UYAP Mediation Portal, the number of people who can mediate in commercial disputes (and also in consumer disputes) is much higher than the mediators in labour disputes. The reason is not that there are more specialist mediators in commercial disputes and consumer disputes. Since the specialist training in these areas has not started, all registered mediators are allowed to mediate in these areas. However, considering that the requirement of “receiving specialist training” for mediation is a mandatory legal element, it is essential to specialize in commercial and consumer disputes very quickly.

It is also determined that the requirement of “receiving specialist training” was not sought in voluntary mediation. It contradicts the law, because such requirement is included without any discrimination in terms of mediation, which is an optional or legal requirement in Article 2 of the Law no. 6325.

16 By Law no. 7155 added to Turkish Commercial Law no. OG 19.12.2018, 30630.

17 By Law no. 7251 added to the Law no. 6502, OG 28.07.2020, 31199.

18 <https://adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/ticaridavasarti.pdf> (Access date: 15.10.2020).

An announcement has been published on the official page of the Mediation Department on September 28, 2020 regarding specialization trainings other than Labour Law. In this announcement, it was revealed that in terms of areas other than labour disputes, the mediators plan specialty trainings that differ according to their training and experience. According to the aforementioned announcement, the training will be divided into short and long-term courses in Commercial Law, Consumer Law, and some special areas of expertise such as Banking and Finance Law and Insurance Law. However, for the Labour Law training, such a temporal differentiation is not announced. This is not consistent. Thus, the announcement should be revised.

Keywords: Expertise, specialization training, labour dispute, commercial dispute, consumer dispute, voluntary mediation, mediation a cause of action

Giriş

Özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk, 2012 yılında 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu¹⁹ (HUAK) ile düzenlenmiştir. Ancak arabuluculuk uygulamasının yaygınlaşması, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu²⁰ (İMK) ile iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun dava şartı haline getirilmesi ile olmuştur²¹. İMK’de yer alan dava şartı ara-

19 RG 22.06.2012, 28331.

20 RG 25.10.2017, 30221.

21 İş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuğa ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. **Ekmekçi**, Ömer/Özekes, Muhammet/**Atalı**, Murat/**Seven**, Vural: *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, İstanbul: On İki Levha, 2019, 199 vd.; **Doğan Yenisey**: Kübra: “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk”, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı (ed. Kübra Doğan Yenisey), İstanbul: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 2016, 167 vd.; Çil, Şahin: İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara: Yetkin, 2018, 17-60; **Güzel**, Ali: “İş Yargılamasında Yeni Bir Sistem: ‘Zorunlu’ Arabuluculuk (Eleştirel Yaklaşım-I)”, *Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan* (ed. Kübra Doğan Yenisey), İstanbul: On İki Levha, 2019, 19 vd.; **Kar**, Bektaş, İş Yargılaması Usulü, Ankara: Yetkin, 2019, 136 vd.; **Odaman**, Serkan/**Karaçöp**, Eda: “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2018, S. 39,

buluculuğa ilişkin düzenlemeler 1 Ocak 2018 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla, 1 Ocak 2018 ve sonrasında iş uyuşmazlıklarının büyük bölümünde mahkemeye başvuru öncesinde arabulucuya müracaat zorunluluğu gelmiştir. Bunun sonucunda da, Türk hukukçu²², “yeni mesleği” arabuluculuğu iş uyuşmazlıkları ile öğrenmeye başlamıştır. Kanun koyucu daha sonra 1 Ocak 2019 tarihi²³ itibarıyla ticari uyuşmazlıklarda²⁴ ve 28 Temmuz 2020 tarihi²⁵ itibarıyla de tüketici uyuşmazlıklarında arabuluculuğu dava şartı haline getirmiştir. Böylece, iş hukuku dışında başka

46 vd.; **Köme Akpulat**, Ayşe: İş Mahkemelerinde Yargılananın Özellikleri, İstanbul: On İki Levha, 2018, 341-422; **Mutlay**, Faruk Barış: “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III (ed. Tankut Centel), İstanbul: On İki Levha, 2018, 66 vd.; **Mutlay**, Faruk Barış: “İşe İade Davalarında Zorunlu Arabuluculuk”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2018, S. 59, 2134-2135; Özkara, Ercüment/Ünal, Canan: “Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından Uygulanması”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2019, S. 42, 17-23; kanunun tasarı haline ilişkin açıklamalar için bkz. **Oğuz**, Özgür: *Türk İş Hukuku’nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, İstanbul: Legal, 2016, 78 vd.; ayrıca Daire Başkanlığının iş hukukunda uzmanlık eğitimine ilişkin kaynak kitap olarak yayımladığı kitaptaki açıklamalar için bkz. **Ocak**, Saim/**Oğuz**, Özgür/**Karaca**, Aybuke/**Bulur**, Alper/**Koç**, Erol: İş Hukukunda Arabuluculuk Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı (ed. Talat Canbolat), <https://adb.adalet.gov.tr/ishukukundauzmanlikegitim.pdf> (Erişim tarihi: 02.12.2020), 11-17.

- 22 HUAK kapsamında arabuluculuk faaliyetine başlanabilmesi için arabuluculuk siciline kayıt zorunlu olup sicile kayıt şartları arasında “Türk vatandaşı olmak” ve “hukuk fakültesi mezunu olmak” yer almaktadır (m. 20/2, a ve b). Dolayısıyla, mevzuatımız gereği arabuluculuk ancak Türk hukukçular tarafından yapılabilmektedir.
- 23 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 5/A hükmü, geçici m. 12.
- 24 Ticari uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuğa ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. **Koçyiğit**, İlker/**Bulur**, Alper: *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, 2019, 129 vd.; **Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven**, 287 vd.; **Tanrıver**, Süha: “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mart-Nisan 2020, Yıl 32, S. 147, 111-142; **Gürbüz Usluel**, Aslı Elif: “Mandatory or Voluntary Mediation? Recent Turkish Mediation Legislation and a Comparative Analysis with the EU’s Mediation Framework”, *Journal of Dispute Resolution*, 2020, No. 2, 455 vd.; **Kökbulak**, Cihan Nebi: *Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yönetim ile Çözülmesi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), KTO Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2019, 86 vd.; **Eler**, Tuba: *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Gaziantep, 2019, 56 vd.; **Memiş**, Abdullah Berat: *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk Usulü* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kadir Has Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul, 2020, 34 vd.
- 25 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 73/A hükmü, geçici m. 2.

hukuk alanlarında da arabuluculuk uygulaması kanun koyucunun iradesiyle yaygınlaşmıştır. Ayrıca dava şartı arabuluculuk uygulamaları, arabuluculuğun hukukçular, taraflar ve kamuoyu nezdinde tanınmasını sağlamış; bu durum da uyuşmazlıkların ihtiyari arabuluculukta çözülmesi yönünde eğilimi de artırmıştır.

Gerek dava şartı gerekse ihtiyari arabuluculukta, kanun koyucu, uyuşmazlığın çözümünün “uzmanlık eğitimi almış” arabulucuların katılımı ile olacağını belirtmiştir. Gerçekten, HUAK m. 2/1, (b) hükmünde 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 üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi” olarak tanımlanmıştır.

Bu çalışmanın amacı; kanun koyucunun dava şartı ve ihtiyari arabuluculuk bakımından ayırım gözetmeksizin aradığı uzmanlık koşulunun arabuluculuk uygulamasında ne ölçüde sağlandığının değerlendirilmesidir. Bu kapsamda, öncelikle arabuluculuğun dava şartı olduğu ilk alan olan İş Hukuku bakımından uzmanlaşma incelenecek olup ardından da kanuni düzenleme ile dava şartı olan diğer uyuşmazlıklar ile bağlantılı olarak Ticaret Hukuku ve Tüketici Hukuku bağlamında uzmanlık irdelenecektir. Daha sonrasında, ihtiyari arabuluculuk bakımından uzmanlaşma değerlendirilecektir. En nihayetinde ise, dava şartı arabuluculuk kapsamında görevlendirmelerde hata olması halinde uygulamada karşılaşılan sorunlar incelenecektir.

I. İş Hukukunda Uzmanlık

a. İş Hukukunda Uzman Arabuluculuğa İlişkin Usul ve Esaslar

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’na 12 Ekim 2017 tarih ve 7036 sayılı İMK ile eklenen m. 6/3 hükmü uyarınca Arabuluculuk Daire Başkanlığına, arabulucuların uzmanlık alanlarını ve uzmanlığa ilişkin

usul ve esasları belirleme yetkisi verilmiştir²⁶. Kanun değişikliğinden bir ay sonra –2017 yılının Kasım ayında– Arabuluculuk Daire Başkanlığının resmi internet sayfasında “İş Hukukunda Uzman Arabuluculuğa İlişkin Usul ve Esaslar” kamuoyuna duyurulmuştur²⁷.

Daire Başkanlığınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde başlatılan uzmanlık eğitimleri ile, Türk hukukçunun 2012 yılında tanıştığı arabuluculuk bakımından artık uzmanlaşma da başlamıştır. Bu usul ve esaslara göre, iş hukuku uyuşmazlıklarında başvurulacak arabulucuya teorik ve uygulamalı eğitim verilmesi gerekmektedir. Önceleri 24 saat (8 saat teori+16 saat uygulama) olan eğitim süresi daha sona 15 Ocak 2020 tarihli duyuru²⁸ ile 36 saate (18 saat teori+18 saat uygulama) çıkarılmıştır.

Teorik eğitim, iş hukukunda arabuluculuğa elverişli olan ve olmayan uyuşmazlıklar, iş hukukunda dava şartı olarak düzenlenen arabuluculuk süreci ve iş hukuku konularını kapsamaktadır. Uygulama eğitimi ise, her bir arabulucunun en az iki kez arabulucu rolüyle uygulama yapması, bu esnada diğer arabulucuların uyuşmazlık senaryosunda taraf veya taraf vekili olarak rol alması ve arabuluculuk becerilerini geliştirmelerini sağlayacak uygulama gözetimi ile arabuluculuk bürosuyla irtibat kurulması, UYAP Arabulucu Portal’ın²⁹ kullanılması, taraflara arabuluculuk toplantısına davet yazısı gönderilmesi, arabuluculuk süreci ile ilgili tutanakların ve özellikle de son tutanağın yazımına ilişkin faaliyetleri içermektedir.

26 Ayrıca Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği (HUAKY) m. 32/5 hükmünde de Daire başkanlığının bu yetkisi tekrarlanmıştır. RG 02.06.2018, 30439.

27 Arabuluculuk Daire Başkanlığının resmi sayfasında, konuya ilişkin kamuoyu duyurusu bulunmakla birlikte duyurunun içeriğine aynı sayfadan erişim sağlanamamaktadır, <https://adb.adalet.gov.tr/duyurular/2017/kasim/ishukuku/siteuzmanlik.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2020).

28 Arabuluculuk Daire Başkanlığının resmi sayfasında, konuya ilişkin kamuoyu duyurusu bulunmakla birlikte duyurunun içeriğine aynı sayfadan erişim sağlanamamaktadır, <https://adb.adalet.gov.tr/link/ishukuku.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2020).

29 Arabulucu Portal, “Özel hukuk uyuşmazlıklarına konu anlaşmazlıklarda alternatif çözüm yolu olarak mahkeme öncesi, mahkeme aşaması ve mahkeme sonrasında uygulanabilen arabuluculuk çözüm yöntemine ait dosyaların açıldığı, bürolar aracılığıyla tevdi edildiği, arabuluculuk sürecinin takibinin ve sonlandırma işleminin yapıldığı ve sadece sicile kayıtlı arabulucuların kullanımında olan bir sistemdir.” Bkz. <https://esatis.uyap.gov.tr/main/arabulucu.jsp> (Erişim tarihi: 27.01.2020).

Usul ve esaslarda uzmanlık eğitiminin sonucu olarak “işçi ve işverenin yasal hakları doğrultusunda arabuluculuk sürecini yönetme, işçi ve işverenin yasal haklarını bilerek hareket edip etmediğini değerlendirmek suretiyle avukattan veya uzmandan yardım almalarını sağlama ya da süreci sonlandırma konusunda gerekli yeterliliğe sahip olmaları amaçlan[dığı]” belirtilmiştir.

Bu ifadeler çok önemlidir. **Kar** tarafından bu ifadelerle, kanunla arabulucuya verilen tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirme yetkisinden daha ileri bir yetki verildiği savunulmuş³⁰ ve arabulucu her ne kadar hukuki tavsiyelerde bulunamayacaksa da kamu düzenine ilişkin konuları, iş hukuku bakımından da özellikle emredici hükümleri dikkate alarak menfaat temelli tavsiyede bulunması gerektiği savunulmuştur. Yazar ayrıca tarafların herhangi bir konuda anlaşması halinde de, anlaşılan konulara ilişkin olarak arabulucunun kamu düzenine ya da emredici hükümlere dikkat çekmesi, getirilen usul ve esasların gereği olduğunu ifade edilmiştir³¹.

Belirtmek gerekir ki, iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun dava şartı olması doktrinde ciddi eleştirilere konu olmuştur. Bu eleştirilerin sahiplerince özellikle yargılama faaliyeti olmayan arabuluculukta emredici hükümlerin durumunun belirsizliği³² ve zayıf konumda olan işçinin arabuluculukta nasıl korunacağını açıklanmaya muhtaç olduğuna işaret edilmiştir³³. İş Hukukunda Uzman Arabuluculuğa İlişkin Usul ve Esaslar’da geçen yukarıda yer verilen ifade bu eleştiriler bakımından da dikkate değerdir. Nitekim

30 **Kar**, Bektaş: İş Yargılaması Usulü, Ankara: Yetkin, 2019, 138.

31 **Kar**, 138; krş. **Mutlay**, Zorunlu Arabuluculuk, 39, 41.

32 **Ekmekçi**, Ömer/Özkes, Muhammet/**Atalı**, Murat: *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*, İstanbul: On İki Levha, 2018, 113; **Kar**, 138; ayrıca bkz. **Doğan Yenisey**, Zorunlu Arabuluculuk, 176; **Namlı**, Mert: “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı (ed. Kübra Doğan Yenisey), İstanbul: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 2016, 160, 164; **Güzel**, Yeni Bir Sistem, 42 vd.; Şişli, Zeynep: “Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/2, 60; **Mutlay**, Zorunlu Arabuluculuk, 37 vd.; **Bakırcı**, Kadriye: “Alternatif Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu (Arabuluculuk) Aracılığıyla “Alternatif” İş Hukukuna Doğru”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 140, 2019, 376.

33 **Kar**, 138.

Kar, bu ifadeler ile işçinin arabuluculukta nasıl korunacağını açıkladığını ve arabulucuya “inisiyatif verildiğini” savunmaktadır. Ancak yazar tarafından bu inisiyatifin kullanılmama ihtimaline de dikkat çekilmiştir³⁴.

Öte yandan “İş Hukukunda Arabuluculuk Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı”nda kanun ile iş hukukunda uzmanlığın öngörülmesi ile “arabulucunun arabuluculuk sürecini doğru ve sağlıklı şekilde yürütebilmesi bakımından, işçinin ve işverenin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlık konusu hakkında haklarını bilerek ve serbest iradeleriyle hareket edip etmediğini dikkate alması; arabulucunun işçiyi ve işvereni hukuki veya teknik yardım almayla yönlendirmesi veya gerektiğinde süreci sonlandırması olanağı sağlan[dığı]” belirtilmiştir. Kitapta bu hususların İş Hukukunda Uzman Arabuluculuğa İlişkin Usul ve Esasların amacı olarak ifade edildiğine işaret edilmektedir³⁵.

Canbolat da iş hukukunda arabulucuların işçinin müzakere sırasında haklarını bilip bilmediğini denetleyerek gerektiğinde müdahale etmeleri için uzmanlık eğitimlerinin önemine işaret etmektedir³⁶.

Ayrıca tarafsızlık ilkesi ve eşitlik ilkesi de arabulucunun işçi ve işveren arasında yasal hakları doğrultusunda süreci yürütmesini ve tarafların haklarını bilip bilmediği hususunda değerlendirme yapmasını gerekli kılmaktadır. HUAK m. 2 hükmünde arabuluculuk “uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi” olarak tanımlanmıştır. Aynı kanunun 9. maddesinde ise, arabulucunun görevini özenle, tarafsız bir şekilde yerine getirmesi yükümlülüğü düzenlenmiştir³⁷. Arabuluculuk temel ilkelerinden bir diğeri ise, eşitlik il-

34 **Kar**, 138.

35 **Ocak/Oğuz/ Karaca/Bulur/Koç**, 10.

36 **Canbolat**, Talat: “İş Hukuku Bakımından Arabuluculuk”, *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu* (ed. Ersin Erdoğan), 6-7 Aralık 2018, Ankara: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2019, 97. Yazar ayrıca arabuluculukta işçinin korunması için mevzuat değişikliği ile avukatla temsil zorunluluğu getirilmesine ilişkin öneride bulunmuştur, aynı sayfa.

37 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği (HUAKY, RG 02.06.2018, 30439) m. 11 hükmünde de benzer düzenlemelere yer verilmiştir. Arabuluculuk Kurulu tarafından kabul edilen; arabuluculuk sürecini yürütecek ve arabuluculuk siciline kayıtlı arabulucular tarafından kabul edilmiş sayılan Türkiye Arabuluculuk Etik Kuralları (TAEK) m. 3 hükmü de tarafsızlığa ilişkindir. Bkz. <https://>

kesidir. Taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahip olup (HUAk m. 3/2) arabulucu da, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür (HUAk m. 9/3)³⁸.

Tarafsızlık ve eşitlik ilkeleri, taraflar arasında güç eşitsizlikleri olması durumunda daha karmaşık bir hal almakta ve arabulucunun görevi daha önem kazanmaktadır. Daire Başkanlığı tarafından yayımlanan arabuluculuk eğitim kitabında, arabulucunun bu durumda güç dengesizliğinin hangi aşamada tarafların karar verme süreçlerine etki edeceğini tespit etmesi ve bu durumun üstesinden gelmek için gerekli tedbirleri alması gerektiği belirtilmiştir³⁹. İşçi-işveren ilişkisi de niteliği gereği taraflardan birinin bağımlılığına dayandığından arabulucunun tarafsızlık ve eşitlik ilkeleri kapsamında hassasiyet göstermesini zorunlu kılmaktadır. Arabulucu tarafsızlık ve eşitlik ilkeleri gereği, tarafların özellikle de işçinin haklarını bilip bilmediği hususunda değerlendirme yapmalı, gerektiğinde işçi ve işvereni hukuki ve teknik yardıma yönlendirmelidir. Dolayısıyla, İş Hukukunda Uzman Arabuluculuğa İlişkin Usul ve Esaslar uyarınca uzmanlık eğitimi ile amaçlananlar, arabulucunun mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerinin de gereğidir. Başka bir ifadeyle, uzmanlık eğitimi ile arabulucunun görevini gereği gibi yerine getirilmesi sağlanabilecektir.

b. İş Hukukunda Uzmanlık Eğitimleri

i. Genel Olarak

Arabuluculuğa ilişkin eğitimlerin kalitesi, arabulucuların kalitesi ve başarısı ile çok yakından ilgilidir⁴⁰. Kanun koyucu arabulucu olmadan önce “arabuluculuk eğitimi” ve arabulucu olduktan sonra “yenileme eğitimi” ile sistemin gelişimini amaçlamaktadır.

adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1512021075717Türkiye%20%20Arabulucular%20%20Etik%20Kuralları.pdf (Erişim tarihi: 30.01.2021).

38 HUAkY m. 5/2 ile m. 11/4 hükümlerinde de benzer düzenlemelere yer verilmiştir. TAEK m. 1 hükmünde de eşitliği gözetme yükümlülüğü düzenlenirken arabulucunun tarafların gereksinimleri doğrultusunda adil olma ilkesini gözetme yükümlüğü olduğu belirtilmiştir.

39 **Yazıcı Tıktık**, Çiğdem: “Modül 3: Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri”, *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı* (ed. Ali Yeşilirmak, Elif Kısmet Kekeç, Alper Bulur), Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Nisan 2019, 57.

40 **Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven**, 45-47; **Akın**, Levent: “Dava Şartı Arabuluculuk Sistemine İlişkin Güncel Değerlendirme ve Öneriler”, *Çimento İşveren Dergisi*, 2019, C. 33, S. 5, 9 vd.

Arabulucular tarafından HUAK’de düzenlenmemesine rağmen alınan diğer eğitim, “uzmanlık eğitimi”dir. Yukarıda da belirtildiği üzere, kanunda verilen yetki kapsamında Daire Başkanlığı, arabulucuların uzmanlık alanlarını belirlemekte ve uzmanlığa ilişkin bu eğitimleri planlamaktadır (HUAK m. 6/3).

ii. Uzmanlık Eğitimleri ile Diğer Eğitimlerin Farklılıkları

Uzmanlık eğitimi ile arabuluculuk eğitimi ve yenileme eğitimi arasındaki temel fark, arabuluculuk eğitimi olarak ifade edilen temel eğitimin sınavı yönelik olup arabulucu adayları tarafından alınması; yenileme eğitimi ve uzmanlık eğitiminin ise sadece sicile kayıtlı arabulucular tarafından alınabilmesidir. Zira, arabuluculuk eğitimi, hukuk fakültesinin tamamlanmasından sonra alınan arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesiyle ilgili temel bilgileri, iletişim tekniklerini, müzakere ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve davranış psikolojisi ile yönetmelikte gösterilecek olan diğer teorik ve pratik bilgileri içeren eğitim olarak düzenlenmiştir (HUAK m. 22/1; HUAKY m. 32/1). Yenileme eğitimi ise, arabuluculuğa ilişkin mevzuat ve içtihat değişiklikleri ile arabuluculuk becerilerinin geliştirilmesine yöneliktir (HUAKY m. 32/7). Uzmanlık eğitimleri ile ise, belirli bir hukuk alanında “uzmanlaşma” hedeflenmektedir. Daire Başkanlığının resmi sayfasında 28 Eylül 2020 tarihinde uzmanlık eğitimlerine ilişkin yayımlanan duyuruya⁴¹ göre, uzmanlık alanları *genel* ve *özel* olarak iki grup altında tasnif edilmiştir. *Genel uzmanlık alanları*, İş Hukuku, Ticaret Hukuku, Tüketici Hukuku iken *özel uzmanlık alanları* Banka ve Finans Hukuku, Sigorta Hukuku, Sağlık Hukuku, İnşaat Hukuku, Fikri ve Sınai Haklar Hukuku, Enerji Hukuku ve Spor Hukukudur.

Arabuluculuk eğitim süresi, altmış sekiz saati teori ve on altı saati uygulamalı olmak üzere asgari toplam seksen dört saattir (HUAKY m. 32/2). Arabuluculara yenileme eğitiminin ise, teorik ve uygulamalı, toplam sekiz saatten az olmamak üzere üç yılda bir defa verileceği düzenlenmiştir (HUAKY m. 32/6). Uzmanlık eğitimleri bakımından uzmanlaşılan hukuk alanına göre farklı süreler planlanmaktadır.

41 “Arabuluculuk Uzmanlık Alanlarına İlişkin Duyuru” için bkz. <https://adbadalet.gov.tr/link/arbuzm.pdf> (Erişim tarihi: 29.12.2020).

Arabuluculukla ilgili eğitimler farklılaşmakla birlikte, bu eğitimler birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmemelidir. Aksine bu eğitimler birbirinin devamı, birbirini tamamlayıcı nitelikte olduğu gibi uygulamada eğitimlerin başarısı/başarısızlığı bakımından katılımcıların değerlendirmeleri münhasıran değil birlikte olmaktadır. Özellikle arabuluculuk eğitimi, zaman içerisinde farklılaşmış olup ilk zamanlarda alınan arabuluculuk eğitimleri gerekli planlamanın da yapılamamış olmasından dolayı arabulucular bakımından olumsuz olarak değerlendirilmiştir. Bu da, eğitimlerin tamamlanması gereken bir prosedür, belge alınması gereken bir sosyal etkinlik, karşılanması ve asgari tutulması gereken bir masraf ve dahası sisteme olan saygıyı örseleyen bir ara koşul olarak görülmesini sebep olmuştur. İlk eğitimlerin oluşturduğu bu tablonun uygulamada sonraki uzmanlık ve yenileme eğitimlerine yönelik motivasyonu da olumsuz etkilediği gözlenmiştir⁴².

Bu eğitimler arasında birbirini tamamlayıcı bir etki olması, birbiri yerine geçebileceği, ikame olunabileceği anlamına ise gelmemektedir. Ancak, Daire Başkanlığının 13 Kasım 2020 tarihinde yayımladığı kamuoyu duyurusu ile, aksine bir yaklaşımla yenileme eğitimi yerine uzmanlık eğitimi alınması adeta yeterli görülmüştür. Duyuruya göre; “Ülkemizde, hukuki uyuşmazlıkların arabuluculuk yolu ile çözümünde arabulucular tarafından alınan eğitimlerin rolü oldukça önemlidir. Zira, bir uyuşmazlık sürecinde iyi bir eğitim almış ve burada aldığı teknikleri uyuşmazlıkların çözümünde uygulayan arabulucunun başarılı olma ihtimali daha yüksektir. / Bu itibarla, Daire Başkanlığımız arabuluculuk eğitimlerini önemsemekte ve bunu teşvik etme adına yukarıda belirtilen alanlarda uzmanlık eğitimi olarak buna dair belgeyi arabulucu portal üzerinden Daire Başkanlığımıza gönderen arabulucuları *“yenileme eğitimi almış” olarak kabul etme kararı almıştır.*”⁴³. Bu yaklaşımın eğitim masraflarından şikayet eden, önceki eğitimlerinden memnuniyeti düşük olan arabulucuları memnun ettiği bir gerçek olmakla birlikte yenileme eğitimi ile uzmanlık eğitimlerinin amacının örtüştüğünü; dolayısıyla birbiri ile ikame edilir olduklarını düşünmemekteyiz.

42 Akın, Dava Şartı, 10.

43 Arabulucular tarafından alınması gereken yenileme eğitime ilişkin duyuru için bkz. <https://adb.adalet.gov.tr/link/yenilemeegitimi.pdf> (Erişim tarihi: 29.12.2020)

iii. Uzmanlık Eğitimlerinin Süreleri ve Türleri

Daire Başkanlığının resmi sayfasında 28 Eylül 2020 tarihli uzmanlık alanlarına ilişkin duyuruda iş uyuşmazlıkları dışındaki alanlar bakımından arabulucuların eğitim ve tecrübelerine göre farklılaşan uzmanlık eğitimleri planladığını ortaya konmuştur. Söz edilen duyuruya göre, *genel uzmanlık alanlarından* olan Ticaret Hukuku, Tüketici Hukuku yanında tüm özel uzmanlık alanlarında eğitim kısa ve uzun süreli olarak ikiye ayrılarak verilecektir. Aynı duyurudan İş Hukuku bakımından ise böyle bir zamansal farklılaşma anlaşılamamakta ve bu durum anlamlandırılmamaktadır.

İş Hukukunda uzmanlık eğitimleri günümüzde, İş Hukukunda Uzman Arabuluculuğa İlişkin Usul ve Esaslar çerçevesinde, 36 saatlik (18 saat teori+18 saat uygulama) sürelerde ve arabulucuların önceki mesleki tecrübeleri ile akademik çalışmaları dikkate alınmadan tek tip olarak verilmeye devam edilmektedir. Bunun isabetli olduğunu savunmak mümkün değildir.

Belirtelim ki, ülkemizde arabuluculuk pratiğinin İş Hukuku ile kazandırılması, eğitimler bakımından farklılaşma öngörülmemesini haklı kılamaz. Zira, eğitimler mevcut uzman arabulucular için değil, uzmanlık kazanmak isteyen arabulucular içindir. Dolayısıyla, 28 Eylül 2020 tarihli duyurunun revize edilmesi ve İş Hukuku bakımından da arabulucuların eğitim ve tecrübelerine göre uzmanlık eğitimi çeşitlendirilmelidir. Yine iş hukuku genel uzmanlık alanı yanında iş hukukunda arabuluculuk hizmetinde uzmanlığın katkı sağlayacağı özel alanlar da belirlenmelidir⁴⁴.

II. Ticaret Hukukunda ve Tüketici Hukukunda Uzmanlık

Hukukumuzda sadece iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk dava şartı değildir. 1 Ocak 2019 tarihi itibarıyla ticari uyuşmazlıklar ve 28 Temmuz 2020 tarihi itibarıyla tüketici uyuşmazlıklarında arabuluculuk dava şartı

44 Benzer yönde, **Akın**, Levent: “İkinci Yılında Dava Şartı Arabuluculuk Alanında Gelişmeler ve Öneriler”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, 2020, C. 10, S. 1, 6.

haline gelmiştir. 1 Ocak 2019-19 Aralık 2019 döneminde dava şartı arabuluculuk kapsamında ticari uyuşmazlıklarda 146.413 arabulucu görevlendirilmesi yapılmıştır⁴⁵.

Bu alanlarda uzmanlaşma ise halen sağlanamamıştır. Yukarıda belirtildiği üzere, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun dava şartı olduğuna ilişkin kanuni düzenlemelerin yürürlüğe girmesinden önce, İş Hukukunda uzmanlaşmaya ilişkin usul ve esasları belirlemiş ve bunları kamuoyu ile paylaşmıştır.

Daire Başkanlığının Ticaret Hukuku ve Tüketici Hukukunda uzmanlaşma bakımından ise benzer bir hızda usul ve esasları belirleyemediği ve uzmanlık eğitimlerini başlatmadığı gözlenmektedir.

Uzmanlaşma koşulu aramadan ticari uyuşmazlıklarda ve tüketici uyuşmazlıklarında görev alan arabulucular, sicile kayıtlı olup aktif olan arabulucuların tamamına yakındır. Arabulucu Portal'dan 28.01.2021 tarihinde edinilen verilere göre, İstanbul Anadolu Arabuluculuk Bürosuna kayıtlı arabulucu sayısı ihtiyari arabuluculuk için 1037, ticari arabuluculuk için 1161, dava şartı olan iş hukuku arabuluculuğu için 1014'tür⁴⁶.

Arabuluculuk için “uzmanlık eğitimi alma” koşulunun zorunlu bir kanuni unsur olduğu dikkate alındığında, ticari uyuşmazlık ve tüketici uyuşmazlıklarda uzmanlaşmanın, çok hızlı bir şekilde gerçekleştirilmesi zaruri olduğunu hatırlatmak gerekir.

III. İhtiyari Arabuluculukta Uzmanlık

Arabulucu Portal incelendiğinde, “uzmanlık eğitimi alma” koşulunun ihtiyari arabuluculukta aranmadığı tespit edilmiştir. Gerçekten de sisteme kayıtlı arabulucular, hiçbir uzmanlık eğitimleri olmasa dahi tüm

45 Bkz. <https://adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/ticaridavasarti.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2020).

46 Arabuluculuk portalına kişisel hesabımdan girilerek erişilmiştir, <https://arabulucu.uyap.gov.tr/> (Erişim tarihi: 28.01.2021).

özel hukuk alanlarında ihtiyari arabulucu olarak görev yapabilmektedirler. Bu serbestinin iş uyuşmazlıklarında dahi var olması, kanuna aykırılık oluşturmaktadır.

Her ne kadar, HUAK’de sicile kayıtlı arabuluculardan dava şartı olarak arabuluculuğu düzenleyen m. 18/A hükmü uyarınca arabuluculuk yapmak isteyenlerin uzmanlık alanlarının da belirlenerek Daire Başkanlığınca listeleneceği belirtilmiş olsa da, HUAK’nin 2. maddesinde arabuluculuk tanımlanırken ihtiyari ya da dava şartı olan arabuluculuk bakımından bir ayrım gözetilmeksizin “uzmanlık eğitimi alma” unsuruna yer verilmiştir⁴⁷. Yine HUAK’nin 6. maddesinde Daire Başkanlığına uzmanlık alanlarını ve uzmanlığa ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi tanınırken bu yetki dava şartı olan arabuluculuk ile sınırlandırılmamıştır. Daire Başkanlığınca usul ve esaslar belirlenirken ihtiyari ve dava şartı olan arabuluculuk bakımından bir fark gözetilmediği; sadece eğitim konuları arasında dava şartı olan arabuluculuğa özel olarak yer verildiğini de belirtmek gerekir.

Dolayısıyla, UYAP Arabulucu Portal’da ihtiyari arabuluculuk bakımından uzmanlık eğitimi koşulunun aranmaması kanuna, Daire Başkanlığınca belirlenen usul ve esaslara aykırıdır; en kısa sürede düzeltilmesi gerekmektedir.

IV. Görevlendirilen Dosyanın Hatalı Olması Sorunu ve Uzmanlıkla İlişkisi

a. Arabulucunun Görevlendirilmesinde Hata

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu gereği, arabuluculuğun dava şartı olduğu uyuşmazlıklarda, arabulucu, tarafların komisyon başkanlıklarına bildirilen listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmamaları hâlinde, büro tarafından listeden belirlenmektedir (HUAK m. 18/A/5). Ancak uygulamada başvurucunun veya büronun hatası sonucu dava şartı olmamasına rağmen bu kapsamda görevlendirmeler olabildiği gibi hatalı alanda görevlendirmelerle de karşılaşılabilir.

47 Krş. **Odaman/Karaçöp**, Zorunlu Arabuluculuk, 50.

Kanunda arabulucunun, görevlendirmeyi yapan büronun yetkili olup olmadığını dikkate alamayacağı açıkça düzenlenmiştir (HUAK m. 18/A/8). Ancak uyuşmazlığın dava şartı olan arabuluculuk kapsamında olup olmadığına ilişkin bir değerlendirmenin arabulucu tarafından yapıp yapılamayacağına ilişkin benzer şekilde açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Yine kanunda uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olmasına rağmen görevlendirilen alanda değil başka bir alanda olduğu hale ilişkin açık bir düzenlemeye de yer verilmemiştir.

b. Arabulucu Portal ile Öngörülen Çözüm: Dosya Türü Değişikliği Talebi

Arabulucu Portal'a sistem güncellemesi ile "Dosya İşlemleri" sekmesi ilave edilmiştir. Bu sekme, arabulucu tarafından dosya türü değişikliğine imkân vermektedir. Gerçekten sistem, dava şartı kapsamında görevlendirilen bir dosyanın "İhtiyari Arabuluculuk" olarak değiştirilmesine izin verdiği gibi dosyanın başka bir hukuk alanında dava şartı kapsamında olduğu yönünde değişikliğe de imkân vermektedir.

Belirtelim ki, sistem incelendiğinde bu yeniliğin arabulucunun görev değişikliğine ilişkin karar verme değil ancak talepte bulunma yetkisi olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim yeniliğe ilişkin 18.12.2020 tarihli duyuruya göre, *"Bürolar tarafından arabuluculara atanan dosyalar için dosya türünün yanlış olması durumunda arabulucunun portal ekranından dosyanın atandığı büroya 'Dosya Türü Değişikliği' talebi göndermesi, bu talebin dosyanın atandığı büro ekranlarına düşmesi, incelenen talep uyarınca söz konusu dosyanın dosya türünün düzeltilmesi ve yeni dosya numarası alması, ayrıca arabulucunun ilk dosyadan aldığı puanın otomatik olarak düşürülmesi, talep uygun değil ise talebin reddedilmesi ve açıklama yazılmasına imkan verilmiştir."*⁴⁸.

Sistem güncellemesi yapılarak Arabulucu Portal ile uygulamaya yönelik bir çözüm getirilmiş olsa da uygulamada arabulucuların karşılaştıkları sorunların tamamen çözüldüğünü söylemek güçtür. Aşağıda bu sorunlar, çalışma ko-numuz olan arabuluculukta uzmanlık ile ilgili olduğu ölçüde incelenecektir.

48 Söz konusu duyuru, Arabuluculuk Portal'da 30.01.2021 tarihi itibarıyla erişilebilir değildir.

c. Tartışmalı Konularda Dosya Türü Değişikliği Talebi ve Uzmanlığın Önemi

Arabuluculuğun dava şartı olup olmadığı ya da hangi uyuşmazlık alanına girdiğine ilişkin birçok tartışmalı konu bulunmaktadır. Özellikle bu uyuşmazlıklar bakımından arabulucunun uzman olması çok daha önem kazanmaktadır. Zira, örneğin iş uyuşmazlıkları bakımından arabuluculuğun dava şartı olup olmadığının belirlenmesi için kanunla aranan koşulların⁴⁹ sağlanıp sağlanmadığının incelenmesi gerekmektedir⁵⁰. Bu ise, birçok durumda detaylı bir hukuki analizi gerektirmekte olup arabulucunun iş hukukunda uzman olması yani arabuluculukta uzmanlık bu nedenle gereklidir.

Uyuşmazlığın hangi hukuk alanına girdiği de arabulucunun görevlendirilmesinde belirleyicidir. Ancak bu konuda da hatalar olabilmektedir. Örneğin, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen ancak tüketici işlemi sayılan konulardan kaynaklanan arabuluculuk başvurularında başvuru ticari dava şartı arabuluculuk dosyası kapsamında yapılabilmekte ya da arabuluculuk bürosu bu şekilde görevlendirebilmektedir. Oysa Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklarda tüketici mahkemesi görevlidir (m. 73/1). Bu yüzden tüketici işlemi olmasına rağmen ticari dava şartı arabuluculuk dosyası kapsamında yapılan görevlendirmelerde, arabulucudan dosya türü değişikliği talebinde bulunması beklenmektedir. Aksi takdirde, arabulucunun uzman olmadığı bir alanda görev yapması ihtimâli bulunmaktadır⁵¹. Bu ise, arabuluculukta uzmanlığın kanuni bir zorunlu unsur olması sonucunda, arabuluculuğun kanuna aykırılığı anlamına gelmektedir.

49 Bu koşullar; (1) Kanuna, bireysel iş sözleşmesine veya toplu iş sözleşmesine dayanan alacak/tazminat veya işe iade talebinin iş ilişkisinden kaynaklanması; (2) İş mahkemelerinin görevli olması; (3) Tarafların işçi ve işveren olması ve taleplerin birbirlerine karşı ileri sürülmüş olmasıdır. Koşullara ilişkin açıklamalar için bkz. Özkaraça/Ünal, Dava Şartı Arabuluculuk, 18 vd.

50 Doktrinde hangi uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuğa konu olduğuna ilişkin uygulamada karşılaşılan sorunların çözümü için açık düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu savunulmuştur. Akın, İkinci Yılında, 3.

51 Bu tebliğ metninin yazıldığı 30.01.2021 tarihi itibarıyla Ticaret Hukuku ve Tüketici Hukuku alanlarında uzmanlaşma olmadığı için bu sorun mevcut olmasa da potansiyel bir sorundur.

Sonuç

Arabuluculuk 2012 yılında kanuni dayanağa kavuşsa da uygulamasının gelişimi ancak arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlenmesi ile mümkün olmuştur. Bu kapsamda da arabuluculuğun dava şartı olduğu ilk alan olan İş Hukuku, arabulucuların arabuluculuğu tanıdığı ilk uygulama alanı olmuştur. Dolayısıyla, ülkemizde arabuluculuğun iş uyuşmazlıkları ile öğrenildiği söylenilebilir.

Kanunda arabuluculuk için aranan zorunlu unsurlardan biri, uzmanlıktır. Uzmanlaşma da ilk olarak İş Hukukunda başlamıştır. Günümüzde İş Hukuku “uzmanı” olmayan arabulucu neredeyse kalmamıştır. Herkesin İş Hukuku “uzmanı” olduğu bir tabloda ise, uzmanlığın İş Hukuku bakımından gerçekten ayırt edici olduğunu söylemek güçleşmektedir⁵².

Arabuluculuğun dava şartı olduğu diğer alanlarda uzmanlaşmanın hâlen sağlanmamış olması ise daha vahim bir sorundur. Daire Başkanlığı tarafından belirlenen alanlarda, uzmanlık eğitimlerinin hızlı bir şekilde tamamlanması kanun koyucunun da iradesine uygun olacaktır.

Ayrıca kanun ile uzmanlık koşulu bakımından dava şartı ve ihtiyari arabuluculukta bir farklılık öngörülmemesine rağmen Arabulucu Portal ile uzman olmayan arabulucuların ihtiyari arabuluculuk dosyalarında görev almalarına imkân verilmektedir. Sistemden kaynaklanan bu kanuna aykırılığın giderilmesi gerekmektedir.

Uzmanlaşmanın uygulamada karşılaşılan gerek dava şartı arabuluculuk kapsamında olmayan uyuşmazlıklarda bu kapsamda görevlendirmeler gerekse de hatalı hukuk alanında görevlendirmeler bakımından sorunun çözümünde de faydalı olacağı bir diğer gerçektir.

52 Akın, İkinci Yılında, 6.

Kaynakça

- Akın**, Levent: “Dava Şartı Arabuluculuk Sistemine İlişkin Güncel Değerlendirme ve Öneriler”, *Çimento İşveren Dergisi*, 2019, C. 33, S. 5, 8-15 (Dava Şartı).
- Akın**, Levent: “İkinci Yılında Dava Şartı Arabuluculuk Alanında Gelişmeler ve Öneriler”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, 2020, C. 10, S. 1, 1-18 (İkinci Yılında).
- Bakırcı**, Kadriye: “Alternatif Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu (Arabuluculuk) Aracılığıyla “Alternatif” İş Hukukuna Doğru”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 140, 2019, 355-392 (Arabuluculuk).
- Canbolat**, Talat: “İş Hukuku Bakımından Arabuluculuk”, *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu* (ed. Ersin Erdoğan), 6-7 Aralık 2018, Ankara: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2019, 95-109 (Arabuluculuk).
- Çil**, Şahin: *İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, Ankara: Yetkin, 2018.
- Doğan Yenisey**, Kübra: “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk”, *İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı* (ed. Kübra Doğan Yenisey), İstanbul: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 2016, 167-194 (Zorunlu Arabuluculuk).
- Ekmekçi**, Ömer/Özekes, Muhammet/**Atalı**, Murat: *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*, İstanbul: On İki Levha, 2018.
- Ekmekçi**, Ömer/Özekes, Muhammet/**Atalı**, Murat/**Seven**, Vural: *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Eler**, Tuba: *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Gaziantep, 2019.
- Gürbüz Usluel**, Aslı Elif: “Mandatory or Voluntary Mediation? Recent Turkish Mediation Legislation and a Comparative Analysis with the EU’s Mediation Framework”, *Journal of Dispute Resolution*, 2020, No. 2, 445-466.
- Güzel**, Ali: “İş Yargılamasında Yeni Bir Sistem: ‘Zorunlu’ Arabuluculuk (Eleştirel Yaklaşım-I)”, *Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan* (ed. Kübra Doğan Yenisey), İstanbul: On İki Levha, 2019, 11-90 (Yeni Bir Sistem).
- Kar**, Bektaş: *İş Yargılaması Usulü*, Ankara: Yetkin, 2019.
- Koçyiğit**, İlker/**Bulur**, Alper: *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, 2019.
- Kökbudak**, Cihan Nebi: *Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yönetim ile Çözülmesi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), KTO Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2019.
- Kar**, Bektaş, *İş Yargılaması Usulü*, Ankara: Yetkin, 2019.
- Köme Akpulat**, Ayşe: *İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri*, İstanbul: On İki Levha, 2018.
- Mutlay**, Faruk Barış: “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk”, *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III* (ed. Tankut Centel), İstanbul: On İki Levha, 2018, 23-174 (Zorunlu Arabuluculuk).
- Mutlay**, Faruk Barış: “İşe İade Davalarında Zorunlu Arabuluculuk”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2018, S. 59, 2129-2154 (İşe İade Davaları).
- Namlı**, Mert: “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *İş Mahkemeleri*

- Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı (ed. Kübra Doğan Yenisey), İstanbul: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 2016, 151-166 (Zorunlu Arabuluculuk).
- Oğuz, Özgür:** *Türk İş Hukuku'nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, İstanbul: Legal, 2016.
- Ocak, Saim/Oğuz, Özgür/ Karaca, Aybüke/Bulur, Alper/Koç, Erol:** İş Hukukunda Arabuluculuk Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı (ed. Talat Canbolat), <https://adb.adalet.gov.tr/ishukukundauzmanlikegitim.pdf> (Erişim tarihi: 02.12.2020).
- Odaman, Serkan/Karaçöp, Eda:** “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2018, S. 39, 44-61 (Zorunlu Arabuluculuk).
- Özkaraca,ERCÜMENT/Ünal, Canan:** “Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından Uygulanması”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2019, S. 42, 16-41 (Dava Şartı Arabuluculuk).
- Tanrıver, Süha:** “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mart-Nisan 2020, Yıl 32, S. 147, 111-142 (Bazı Düşünceler).
- Şişli, Zeynep:** “Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/2, 43-67 (Bireysel İş Uyuşmazlıkları).
- Yazıcı Tıktık, Çiğdem:** “Modül 3: Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri”, *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı* (ed. Ali Yeşilırmak, Elif Kısmet Kekeç, Alper Bulur), Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Nisan 2019.

İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK ANLAŞMA TUTANAKLARININ İRADE FESADI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Hasan KAYIRGAN*

Özet

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu uyarınca İş Kanunu'na, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Bu kapsamda arabuluculuk zorunlu bir aşama olarak öngörüldüğünden dava açmadan önce taraflar dava edilecek uyuşmazlığı öncelikle tartışma imkânı bulmaktadır. Alternatif bir çözüm yolu olan arabuluculuk faaliyetinin anlaşma ile sonuçlanması halinde de taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır. Ancak arabuluculuk uygulamasının iş hukuku uyuşmazlıklarında da etkin bir çözüm olup olmadığı da değerlendirilmesi gereken bir konudur.

Uygulamada hak ve alacakların tam ve noksansız yapılması gereğinin işveren tarafında zorluklar yarattığı bilinmektedir. İbranameye ilişkin hükümler ile işçilik alacaklarına büyük ölçüde ulaşılması amaçlanmıştır. Durum böyle olmakla birlikte arabuluculuk anlaşma tutanakları ile ibraname hükümlerinin işlevini yitirmesi ihtimal dahilindedir. İşçiler arabuluculuk aşamalarında yaptıkları anlaşmalar ile uzun yargılama safhalarından kurtulmakta ve alacaklarına hızlı bir şekilde kavuşmaktadır. Ancak diğer taraftan bu yöntemin uygulanması ile işçilik haklarının özüne zarar verilmesine de fırsat tanınmamalıdır. Nitekim sırf mevcut borçlarını ödeyebilmek maksadıyla arabuluculuk aşamasında işçilerin alacaklarının büyük bir kısmından vazgeçtikleri görülmektedir. Hatta işçiler talep edebileceği alacak miktarını tam olarak bilmediğinden

* Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. ORCID: 0000-0001-6819-7725.

sözü geçen aşamada yapılan anlaşmalarla birtakım mağduriyetler de yaşamaktadır. İşte arabuluculuk faaliyetlerinin etkin bir şekilde yürütülmesinden bahsedebilmek için bu tür hak kayıplarının da önüne geçmek gerekir. Bunun için de irade fesadı hükümlerinin ele alınması şarttır.

Anahtar Kelimeler: İş Uyuşmazlıkları, Arabuluculuk, Aşırı Yararlanma, İbraname, Geçersizlik.

Abstract

Employment Court Act No. 7036 regulates access to court as a pre-condition to action where parties seek employment receivables and compensation arising from either employment contracts or collective bargaining agreements. Because mediation is a pre-condition to action, parties have a chance to negotiate their claim before litigation. At the end of the proceeding, the agreement signed by the parties and their lawyers is as powerful as a court decision. However, whether mediation is an effective resolution mechanism need to be evaluated further.

In practice, it is known that the satisfying full conditions, rights, and receivables creates difficulties for employers. With these provisions, it is aimed that employees can effectively seek their receivables. Having said that mediation agreements lead to losing the function of release-related provisions. Although employees are saved from long-lasting employment litigation proceedings, this situation involves the risk of losing the essence of employment rights. It is seen that most of the receivables are abandoned by employees just to pay the existing debts. Furthermore, just because an employee does not know how much s(he) will be paid, s(he) also experiences grievances with the mediation agreements. For effective execution of mediation activities, such loss of rights should also be prevented. In this context, it is necessary to deal with the provisions of will mischief.

Keywords: *Employment Disputes, Mediation, Undue Influence, Release Agreements, Invalidity.*

Giriş

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu uyarınca İş Kanunu'na, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Bu kapsamda arabuluculuk zorunlu bir aşama olarak öngörüldüğünden dava açmadan önce taraflar dava edilecek uyuşmazlığı öncelikle tartışma imkânı bulmaktadır. Alternatif bir çözüm yolu olan arabuluculuk faaliyetinin anlaşma ile sonuçlanması halinde de taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır. Ancak arabuluculuk uygulamasının iş hukuku uyuşmazlıklarında da etkin bir çözüm olup olmadığı da değerlendirilmesi gereken bir konudur.

İş hukukunun temel prensibi, işçi ile işveren arasındaki güçler ayrılığını bertaraf etmek amacıyla işçinin işveren karşısında etkin bir şekilde korunmasının sağlanmasıdır. Bundan hareketle taraflar arasında denge- nin sağlanması amaçlanmış ve işçiyi koruyan hükümler getirilmiştir. Hassas denge de gözetilerek emredici hükümler ile işçiler lehine uygulamalar geliştirilmiştir. Bu çalışmada da arabuluculuk anlaşma tutanaklarının özellikle gabin ile ibraname hükümleri karşısında nasıl değerlendirilmesi gerektiği ele alınacaktır.

A. 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Öncesinde Fesihten Sonra Yapılan Anlaşmaların Denetimi

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile zorunlu arabuluculuk aşaması getirilmeden önce, iş sözleşmesi sona erdikten sonra işveren ile işçinin uyuşmazlığını giderecek ölçüde yaptığı temel biçimde iki anlaşma bulunmaktadır. Bunlardan birincisi ibraname, diğeri ise ikale sözleşmeleridir. Öncelikle işçi işveren arasında yapılan bu anlaşmaların nasıl değerlendirildiği inceleme konusu yapılmıştır.

1. İbraname Hükümlerinin Değerlendirilmesi

İş hukukunun temel prensibi işçinin korunması olduğundan işçilik alacaklarını zayi eder biçimdeki uygulamalar da önlenmek istenmiştir. Bu konuda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile düzenlenen ibraname uygulamasındaki işçi lehine iyileştirici hükümler ile yasal bir zemin oluşturulmuştur¹.

İş sözleşmesinin sona ermesinde, işverenler genellikle işçilerinden ibraname başlığını taşıyan ve işçinin herhangi bir alacak ve hakkının kalmadığı ifadesinin bulunduğu belge almaktadırlar. Bu belgede işçi, işverenden talep edebileceği bir hakkı kalmadığını ifade etmektedir².

İş Kanununda ibraname konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. 6098 sayılı TBK’nda ise ibra sözleşmesi genel olarak 132. madde ile düzenlenmiş ve borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borcun tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre alacak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan alacaklı ile borçlu arasında yapılan anlaşma ibra için yeterlidir³. Buna karşın ibraname konusunda işçiler bakımından yeni bir düzenleme yapılmıştır (md.420/2, 3, 4):

“İşçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının

- 1 Hamdi Mollamahmutoglu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı, C. I, (Ankara: LYKEION Yayınları, 2020), 368; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan ve Esra Baskan, *Bireysel İş Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020), 250-251; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku Uygulamaları*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 383.
- 2 Sarper Süzek, *İş Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020), 793; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020), 685; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan, *Bireysel İş Hukuku*, 251; Sümer, *İş Hukuku Uygulamaları*, 383; Ercan Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 322;
- 3 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), 1270 vd.; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 544 vd.; Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017), 414 vd.; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 502-505.

açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür.

Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Bu hâlde dahi, ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması zorunludur.

İkinci ve üçüncü fıkra hükümleri, destekten yoksun kalanlar ile işçinin diğer yakınlarının isteyebilecekleri dâhil, hizmet sözleşmesinden doğan bütün tazminat alacaklarına da uygulanır.”

Bu hüküm doğrultusunda yapılacak olan ibra sözleşmesinin yazılı olması gerekir. Başka bir ifade ile yazılı şekil, ibra sözleşmesi açısından geçerlilik koşuludur⁴.

İbra sözleşmesinin geçerli olabilmesi için ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak *en az bir aylık* sürenin geçmiş olması gerekir. Bu nedenle iş sözleşmesi devam ederken düzenlenen ibranameler geçersizdir. Sonuç olarak işçinin işe girerken veya iş sözleşmesinin devamı sırasında ya da sözleşmenin sona ermesi esnasında imzaladığı ibranamele- rin hiçbir hukuki değeri bulunmamaktadır⁵.

İbranamede ayrıca hangi işçi alacaklarının ibra edildiği tek tek gösterilmeli, her birinin miktarı açıkça belirtilmelidir⁶. İbranamenin bir diğer ge-

4 Süzek, İş Hukuku, 794; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, İş Hukuku Dersleri, 685; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı, C. I, 369; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan, *Bireysel İş Hukuku*, 251; Sümer, İş Hukuku Uygulamaları, 383; Emine Tuncay Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, (Ankara: Gazi Kitabevi, 2020), 352; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, (İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2020), 773; Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, 323; Ercan Güven ve Ufuk Aydın, *Bireysel İş Hukuku*, (Eskişehir-İstanbul: Nisan Kitabevi, 2020), 407.

5 Süzek, İş Hukuku, 794; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, İş Hukuku Dersleri, 685; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan, *Bireysel İş Hukuku*, 251; Sümer, İş Hukuku Uygulamaları, 384; Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 352; Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 774; Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, 323; Güven ve Aydın, *Bireysel İş Hukuku*, 407.

6 Süzek, İş Hukuku, 794; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, İş Hukuku Dersleri, 685; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı, C. I, 369; Eyrenci,

çerlilik koşulu da, işçi alacaklarının banka aracılığıyla tam olarak ödenmesinin ardından düzenlenmiş olmasıdır⁷.

İşçinin alacağının tam olarak ödenmediği halde, ibraname makbuz niteliği taşır. Bu durumda işçi hak kazanılan gerçek tutarı işverenden isteme hakkına sahip olur. Belirtmek gerekir ki, bu durumda belgenin makbuz niteliği taşıyabilmesi ödemenin banka aracılığıyla yapılması koşuluna bağlıdır⁸.

Yargıtay’a göre ibranamede belirtilen tutarların banka kanalıyla ödenmediğinin ispatlanmaması halinde bu ödemeler geçersiz sayılmalıdır.

Somut olayda, davacının imzasını taşıyan 02.02.2014 tarihli istifa ve ibra dilekçesi Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlük tarihi olan 01.07.2012 tarihinden sonra düzenlenmiştir. Bu durumda ibranın geçerli olabilmesi için yukarıda da izah edildiği üzere feshi izleyen bir aylık süre içinde düzenlenmesi ve ödemelerin banka kanalıyla yapılmamış olması gerekmekte olup ayrıca davacının talep ettiği alacak kalemlerinin de ayrı ayrı hangi miktarda olduğunun ibranamede belirtilmesi gerekmektedir. Nitekim dosya içerisine sunulan ibraname belirtilen şartları taşımadığından söz konusu ibranameye geçerlilik de tanınamayacaktır. Geçerli olmayan ibranameye

Taşkent, Ulucan ve Baskan, *Bireysel İş Hukuku*, 251; Sümer, *İş Hukuku Uygulamaları*, 384; Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 774-775; Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, 323.

- 7 Süzek, *İş Hukuku*, 794; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, 685-686; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı*, C. I, 369; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan, *Bireysel İş Hukuku*, 251; Sümer, *İş Hukuku Uygulamaları*, 384; Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 775; Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, 323.

- 8 Somut olayda davacı 16/10/1992-30/09/2015 tarihleri arasında davalı iş yerinde çalışmış olup mahkemece dosyaya sunulan “İş Sözleşmesinin Anlaşma (İkale) Yolu ile Sona Ermesi ve Sonuçlarına İlişkin Protokol” başlıklı belgenin 3. maddesi hükmü uyarınca davacının yıllık ücretli izin alacağı bulunmadığı kabul etmiş ise de ilgili belge 30/09/2015 tarihli dir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 420. maddesi uyarınca, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şart olduğu, söz konusu yıllık ücretli izin alacağı bakımından ibranamenin kanuni koşulları bulunmadığından hatalı değerlendirme ile dava konusu yıllık ücretli izin alacağı talebinin reddine karar vermek uygun olmamıştır. Mahkemece davacının hak kazandığı izin süresi Kanun ve toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre belirlenmeli ve davacının kullandığı ile fesih-ten sonra ödendiği ispat edilenler düşüldükten sonra bakiye izin alacağı olup olmadığı tespit edilmelidir. Hatalı değerlendirme ile davacının yıllık izin ücreti talebinin reddi isabetsizdir (Y22HD., 23.01.2020, E. 2016/27286, K. 2020/1114).

dayalı olarak davacının fazla mesai alacağının reddine karar verilmesi de hatalıdır. Bu halde Mahkemece yapılması gereken, geçerli olmadığı anlaşılan ibraname dikkate alınmaksızın dosya kapsamında davacının fazla mesai alacağının bulunup bulunmadığını araştırmak ve tespit edilen duruma göre karar vermektir. Bu husus gözetilmeden yazılı gerekçe ile davacının fazla mesai alacağının reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir (Y22HD., 12.02.2020, E. 2016/29816, K. 2020/2352).

Somut uyuşmazlıkta, ibraname tarihsiz olup iş sözleşmesi Yeni Borçlar Kanunu döneminde sona ermiştir. Dosya kapsamında banka ödemesine dair belge bulunmamaktadır. Mahkemece dosya kapsamındaki ibranamenin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 420 vd maddelerine göre geçersiz olduğu gerekçesiyle ibranameye değer verilmenden ve ibraname içeriğindeki ödeme miktarları dikkate alınmadan sonuca gidilmiştir. Gerçekten de dosya kapsamında mevcut 'ibraname' başlığını taşıyan belge incelendiğinde, belgenin tarihsiz olduğu, ibranamede 1.906,80 TL ihbar tazminatı ve 3.999,31 TL kıdem tazminatı ödendiğinin belirtildiği görülmektedir. İbranın tarih içermediği, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılmadığı açık olduğuna göre, ibranamenin geçerli olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan mahkemece ortada geçerli bir ibra belgesinin bulunmadığı sonucuna varılması isabetlidir (Y22HD., 27.06.2019, E. 2016/16941, K. 2019/14413).

Görüldüğü üzere madde 420 uyarınca işçiler için ibra hükümleri ayrıca değerlendirilmiş ve ibranamenin geçerlilik koşulu olarak işçi alacaklarının banka aracılığıyla tam olarak ödenmesinin ardından düzenlenmiş olması aranmıştır. Söz konusu halde de belgenin makbuz niteliği taşıyabilmesi ödemenin banka aracılığıyla yapılması koşuluna bağlı tutulmuştur⁹. Ayrıca Yargıtay'a göre ibranamede belirtilen tutarların banka kanalıyla ödenmediğinin anlaşılması halinde işçiden bu ödemeleri alıp almadığı sorulmalıdır¹⁰.

9 Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, İş Hukuku Dersleri, 686.

10 Somut olayda; Davacı iş akdinin işverence feshedildiği iddiası ile kıdem ve ihbar tazminatı ile fazla çalışma ve genel tatil ücreti alacaklarını dava konusu etmiştir. Davaya karşı cevap vermeyen davalı tarafından işçi özlük dosyası içeriğinde davacının 07/05/2014 çıkış tarihine göre düzenlenen ve imza tarihi bulunmayan ibraname sunulmuştur. Dosya kapsamı ibranamenin iş sözleşmesinin sona erme tarihinden itibaren en az 1 aylık süre geçmeden düzenlendiği, ibranamede 2.474,51 TL ihbar tazminatı ve 3.827,88 TL kıdem tazminatı ödendiğinin belirtildiği ancak ödemenin banka aracılığıyla yapıldığına dair bir kaydın olmadığı görülmektedir. O halde ibranamenin geçerli olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Anılan alacağın ödendiğini ispat yükü işveren üzerindedir. Davacı asil ön inceleme duruşmasında, söz konusu

Banka kanalıyla ödenmediği anlaşılan ibranamede belirtilen ödemeleri işçi almadığını beyan ederse bu ödemelere geçerlilik tanımak mümkün değildir.

6098 sayılı TBK. ile işçinin işvereni ibra etmesi kabul edilmemiş ve esasen ibraname tam ifa halini almıştır¹¹. Diğer bir deyişle işçilik alacaklarına mutlak olarak ulaşılması amaç edinilmiştir. Öğretide bu durum işçinin alacaklarından vazgeçme yasağı olarak da ifade edilmektedir¹².

2. İkale Sözleşmesi

İş sözleşmesinin fesih dışında sona ermesi hallerinden birisi de ikale sözleşmesidir. İkale sözleşmesi işçi ile işveren arasında karşılıklı anlaşarak iş sözleşmesinin sona erdirilmesidir¹³. İkale sözleşmesi de İş Kanununda düzenlenmiştir. Ancak ikale sözleşmesinin geçerliliği için taraflardan birinin karşı tarafa ilettiği iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren bir açıklama (icap), ardından diğer tarafın da bunu kabulü yeterlidir¹⁴.

İkale sözleşmesinin hangi şartlara tabi olduğu; özellikle şekli, yapılması, kapsam ve geçerliliği bakımından Türk Borçlar Kanununun sözleşme serbestisi (m. 26 ve 27) ve irade fesadı (m. 30 vd.) hükümlerinin irdelenmesi

ibranameyi ödeme yapılacağı inancıyla imzaladığını ancak elden ya da banka yolu ile bir ödeme yapılmadığını beyan etmiştir. Davalı işveren ise banka kanalı yoluyla bir ödeme yapıldığını ispat edemediği gibi, davacı asilin beyanına karşı da bir savunmada bulunmamıştır. Söz konusu ibraname bedelinin davacıya ödendiği davalı tarafça ispat edilemediğinden, makbuz hükmünde sayılarak kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarından mahsubu da mümkün olmayacaktır. O halde davalı ödemesi mahsubu yapılmadan kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarının hüküm altına alınması gerekir. Mahkemece, açıklanan hususlar gözetilmeden verilen karar hatalı olup bozmayı gerektirmiştir (Y9HD., 22.09.2020, E. 2016/23928, K. 2020/8639).

- 11 Süzek, İş Hukuku, 795; Ekmekçi ve Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 775; Güven ve Aydın, Bireysel İş Hukuku, 408.
- 12 Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes, Murat Atalı ve Seven Vural, *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*, (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2019), 257.
- 13 Süzek, İş Hukuku, 518; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, İş Hukuku Dersleri, 461; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı, C. I, 238; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan, *Bireysel İş Hukuku*, 173; Sümer, İş Hukuku Uygulamaları, 264; Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, 221; Ekmekçi ve Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 540; Güven ve Aydın, *Bireysel İş Hukuku*, 261.
- 14 Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, İş Hukuku Dersleri, 461; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı, C. I, 238.

gerektiği belirtilmektedir¹⁵. Zira ikale sözleşmesi ile iş sözleşmesi sona eren işçi, iş güvencesinden yoksun kaldığı gibi, kural olarak feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatlarına da hak kazanamayacaktır¹⁶. Ayrıca 4447 sayılı Kanun kapsamında işsizlik sigortasından da faydalanması mümkün değildir.

Yargıtay'a göre de iş sözleşmesinin ikale sözleşmesi yoluyla sona erdirilmesi, iş hukukunu yakından ilgilendirdiği için ikalenin yorumunda iş sözleşmesinin yorumunda olduğu gibi, genel hükümlerin yanı sıra iş hukukundaki "işçi yararına yorum" ilkesi de göz önünde bulundurulmalıdır¹⁷. Bu noktada, işveren feshinin karşılıklı anlaşma yoluyla fesih gibi gösterilmesi suretiyle iş güvencesi hükümlerinin bertaraf edilmesi şüphesi ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla irade fesadı denetimi dışında, tarafların bozma sözleşmesi yapması konusunda makul yararının olup olmadığının da irdelenmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Makul yararın belirlenmesi noktasında ikale teklifinin kimden geldiği önem kazanmakta ve somut olayın özelliği nazara alınarak değerlendirmeler yapılmaktadır¹⁸. Gerçekten makul yarar ölçütü, bozma sözleşmesi yapma konusundaki icabın işçiden gelmesi ile işverenden gelmesi ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak ele alınmalıdır (Y9HD., 21.4.2008, E. 2007/31287, K. 2008/9600). Burada özellikle işçinin kıdemi, işçinin mali durumu, iş sözleşmesini sona erdirilmesini etkileyen nedenler de göz önüne alınmalıdır¹⁹.

Bu doğrultuda uygulamada ikale sözleşmesinin geçerliliği noktasında işçi lehine değerlendirmeler yapıldığı görülmektedir²⁰. Makul yarar prensi-

15 Süzek, İş Hukuku, 518; Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, 221.

16 Süzek, İş Hukuku, 518; Çelik, Caniklioglu ve Canbolat, İş Hukuku Dersleri, 463; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan, *Bireysel İş Hukuku*, 175; Sümer, İş Hukuku Uygulamaları, 265; Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 261; Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, 221; Güven ve Aydın, *Bireysel İş Hukuku*, 262.

17 Çelik, Caniklioglu ve Canbolat, İş Hukuku Dersleri, 463 vd.; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan, *Bireysel İş Hukuku*, 175-176.

18 Sümer, İş Hukuku Uygulamaları, 268; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı, C. I, 239; Makul yararın bulunup bulunmadığı tespit edilirken salt işe iadenin parasal sonuçlarından hareket edilemeyeceği yönünde bkz.: Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 54.

19 Sümer, İş Hukuku Uygulamaları, 268.

20 Somut uyuşmazlıkta, davacı işçinin 19.11.2013 tarihinden itibaren davalı işyerinin projesi olan ... isimli işletmede güvenlik görevlisi olarak çalıştığı, alt işveren ... yönetiminin

binden hareket edilerek teklifin işverenden gelmesi halinde kıdem ve ihbar tazminatının yanında ek menfaatler aranmakta ancak bu suretle yapılan ikale sözleşmesinin geçerli olacağı öngörülmektedir²¹. Teklifin işçiden geldiği durumlarda ise ek menfaat şartı aranmamakta ise de teklifin gerçek bir sebebe dayanmasının yanında işçinin iradesinin sakatlanmamış olmasına da önem verilmektedir²². Buradan da anlaşıldığı üzere ikale sözleşmeleri bir denetimi-ne tabi olmakta ve özellikle irade fesadı halleri titizlikle dikkate alınmaktadır.

B. Arabuluculuk Anlaşma Tutanaklarının İrade Fesadı Bağlamında Geçerliliği Sorunu

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 18. maddesine göre, taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır ve arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz.

7036 sayılı Kanun’un gerekçesinde de bu durum dava açma yasağı çerçevesinde değerlendirilmektedir²³. Kanun’da dava açma yasağının han-

kadro eksiltilmesi talebinde bulunduğu, davacı işçinin kadro azaltılması talebini duyunca davalı işverene verdiği kendi el yazılı ve imzalı “ kadro azaltılmasına tarafımın tabi tutularak tazminatlarımın tarafıma ödenmek suretiyle iş akdimin sona erdirilmesine muvafakat ettiğimi kendi özgür iradem ile talep ederim” içerikli dilekçe ile tazminatları ödenerek iş akdinin sona erdirilmesi talebinde bulunduğu, davacı işçiden gelen talebin işveren tarafından kabul edilerek iş akdinin sona erdiği, talep işçiden geldiğinden kıdem ve ihbar tazminatları dışında ayrıca ek menfaate gerek bulunmadığı, bu nedenlerle iş akdinin işçiden gelen talep üzerine sonlandırıldığı anlaşıldığından işe iade davasının reddi gerekir (Y9HD., 22.01.2020, E. 2019/8260, K. 2020/903).

21 Süzek, *İş Hukuku*, 519; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan, *Bireysel İş Hukuku*, 176; Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 261-262; Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, 222-223; Güven ve Aydın, *Bireysel İş Hukuku*, 264.

22 Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan, *Bireysel İş Hukuku*, 176; Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 542; Güven ve Aydın, *Bireysel İş Hukuku*, 263.

23 Süha Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2020), 122-123; Mine Akkan, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 2, (2018), 3; Ayşe Köme Akpulat, *İş Mahkemelerinde Yargılamaların Özellikleri*, (İstanbul, OnikiLevha Yayıncılık, 2018), 390; Maddenin gerekçesinde; “6325 sayılı Kanunun 18 inci maddesine eklenen beşinci fıkra ile, arabulucu

gi mahiyette değerlendirilmesi gerektiği yönünde bir esasa yer verilmediği gibi dava açma yasağının mutlak olup olmadığı veya istisnalarının bulunup bulunmadığı noktasında da bir hüküm mevcut değildir²⁴.

Uygulamada hak ve alacakların tam ve noksansız yapılması gereğinin işveren tarafında zorluklar yarattığı bilinmektedir. İbranameye ilişkin hükümler ile işçilik alacaklarına büyük ölçüde ulaşılması amaçlanmıştır. Durum böyle olmakla birlikte arabuluculuk anlaşma tutanakları ile ibraname hükümlerinin işlevini yitirmesi ihtimal dahilindedir. İşçiler arabuluculuk aşamalarında yaptıkları anlaşmalar ile uzun yargılama safhalarından kurtulmakta ve alacaklarına hızlı bir şekilde kavuşmaktadır. Ancak diğer taraftan bu yöntemin uygulanması ile işçilik haklarının özüne zarar verilmesine de fırsat tanınmalıdır. Sırf mevcut borçlarını ödeyebilmek maksadıyla arabuluculuk aşamasında işçilerin alacaklarının büyük bir kısmından vazgeçtikleri görülmektedir. Hatta işçiler talep edebileceği alacak miktarını tam olarak bilmediğinden sözü geçen aşamada yapılan anlaşmalarla birtakım mağduriyetler de yaşamaktadır. İşte arabuluculuk faaliyetlerinin etkin bir şekilde yürütülmesinden bahsedebilmek için bu tür hak kayıplarının da önüne geçmek gerekir. Bunun

huzurunda anlaşılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağı hüküm altına alınmaktadır. Anlaşılan hususların bilahare dava edilemeyeceği dikkate alındığında arabulucu tarafından düzenlenecek ve taraflar ve varsa temsilcileri veya avukatları tarafından imzalanacak anlaşma tutanağında "anlaşılan hususların" net bir şekilde ortaya konulmasında zorunluluk bulunmaktadır. Örneğin işçi ve işveren tarafı kudem ve ihbar tazminatı ile fazla mesai ücreti konusunda anlaştıklarında arabulucunun bu kalemleri ayrıca ve açıkça tutanağa bağlamasında fayda görülmektedir. Anlaşma tutanağının içeriğinden "anlaşılan hususlar" net bir şekilde görülebilmeli ve bilahare dava açma yasağına tabi olan bu hususlar tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça tespit edilebilmelidir." açıklamasına yer verilerek, söz konusu düzenleme "dava açma yasağı" olarak nitelendirilmiş ve bu konuda başkaca bir açıklama yapılmadan, arabuluculuk sonucunda varılan anlaşma tutanağının açık ve net olması gerektiği belirtilmiştir.

- 24 Akkan, 1 vd.; Anlaşma belgesinin maddi hukuk sözleşmesi olduğu, bu nedenle de sözleşmede bulunması gereken temel niteliklerin eksik olması halinde uygulanabilirliğinin yitirileceği, borçlar hukukunda düzenlenen asgari koşulların anlaşma belgesinde de uygulanması gerektiğini, dolayısıyla hata, hile, ikrah gibi iddiaların bu sözleşme için de geçerli olduğunu, anlaşma belgesinin her zaman sulh sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğini, anlaşma belgesinin içeriğine göre bir nitelendirilme yapılabileceğini, anlaşma belgesi sadece arabuluculuk faaliyetinde düzenlenmiş olması sebebiyle maddi hukuk geçerlilik ve şekil şartlarından muaf tutulamayacağı da ifade edilmektedir (Asiye Şahin Emir/Büşra Kazmaz Tepe, "İş Uyuşmazlıklarına İlişkin İbra Hükümü İçeren Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi", *Çalışma ve Toplum* (2018/3), 321-344.

için de irade fesadı hükümlerinin titizlikle ele alınması şarttır²⁵. Öğretide arabuluculuk anlaşma tutanaklarının 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunundaki ibraname hükümleri karşısında geçersiz olduğu dahi ileri sürülmektedir²⁶. Gerçekten burada işçi ve işverenin diğer özel hukuk sözleşmelerindeki tarafların aksine eşit konumda olmadıkları; arabuluculuk anlaşma tutanaklarının iş hukukunun emredici yapısına aykırı düştüğü de belirtilmelidir²⁷. Diğer taraftan iş sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte her ne kadar bağımlılık ilişkisi ortadan kalkmış ise de işçinin işveren karşısındaki ekonomik bakımdan zayıf olma durumu varlığını korumaya devam eder²⁸. İş hukukunda asgari düzeyde hükümler tespit edilerek işçinin bu haklara en az düzeyde ulaşması amaç edinilmiştir. Bu nedenle zorunlu arabuluculuk ve bunun sonucu olarak anlaşma tutanakları sonucu dava yasağı ve alacakların pazarlık edilebilir hale gelmesi de eleştiri konusu olmuştur²⁹.

Öğretide Anayasa Mahkemesinin 10.07.2013 tarihli kararında³⁰ belirtildiği üzere arabuluculuk tutanaklarına karşı aşırı yararlanma olgusunun ileri sürülebileceği de diğer bir deyişle irade fesadı halleri kapsamında denetlenmelidir³¹. Gerçekten mahkeme içi sulh sözleşmesinin dahi gabin iddiasıyla iptalinin mümkün olması (HMK. 315/II) karşısında arabuluculuk anlaşma tutanaklarının evleviyetle gabin kapsamında irdelenmesi gerektiği ifade

25 Şahin Çil, *İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamaları*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2020), 282.

26 Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Vural, *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*, 253; Anlaşma tutanaklarına karşı dava açılabilmesinin diğer halleri için bkz.: Akkan, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”, 22-26.

27 Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Vural, *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*, 247; Köme Akpulat, 416.

28 Doğan Yenisey, Kübra, “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk”, “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi*, 178; Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Vural, *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*, 261;

29 Polat Soyer, “Yeni İş Mahkemeleri Kanunu ile Getirilen Bazı Düzenlemeler Hakkında Genel Bir Değerlendirme,” *LİSGHD.*, 57 (2018), 30.

30 Any. Mahk. 10.07.2013, E. 2012/94. K. 2013/89; RG. 25.01.2014, S. 28893.

31 Çelik, Canikioğlu ve Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, 86; Şahin Çil, *İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamaları*, 283; Köme Akpulat, *İş Mahkemelerinde Yargılamaların Özellikleri*, 390.

edilmektedir³². Bu kapsamda 6098 sayılı TBK’da m. 28 uyarınca gabin –aşırı yararlanma– hükümlerinin de incelenmesi önem taşımaktadır. Bahsi geçen maddede “*Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.*” hükmü öngörülmüştür.

Gabin bir sözleşmede taraflardan birinin diğer tarafın içinde bulunduğu düşüncesizlik, tecrübesizlik veya zor durumda olmak gibi yoksunluk durumundan faydalanarak karşı tarafın zararına olarak edimler arasında açık bir oransızlık yaratılarak yarar sağlanması durumudur³³. Burada müzakere gücü yüksek tarafın zayıf taraf üzerindeki tahakkümü neticesinde aşırı derecede menfaat temin etmesi engellenmek istenmiştir³⁴.

İşçinin özellikle işsiz kaldığı durumlarda zor durumda bulunduğu aşırıdır. İşçiden aynı şekilde alacaklarını tam olarak tespit edebilmesini beklemek de mümkün olmayacağından gabin için aranan tecrübesizlik veya düşüncesizlik şartlarının bulunduğu söylenebilir. Bunun yanında deneyimsizliğin sadece genel bir bilgisizlik değil, söz konusu olayı kavrayabilmek için temel bilgilere sahip olunmaması olarak ifade edildiği³⁵ dikkate alındığında ülkemizde işçilerin alacaklarını tam olarak bilebilmelerinin mümkün olmadığı belirtilmelidir. Bu nedenle anlaşma tutanaklarında kararlaştırılan tutarların açık oransızlık oluşturup oluşturmadığı titizlikle incelenmelidir.

32 Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, 124-125; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, İş Hukuku Dersleri, 76; Zorunlu Arabuluculuğun İşçinin Hak Arama Özgürlüğüne ve Mahkemeye Erişim Hakkına Ciddi Sınırlama İçerdiğine yönelik ayrıca bkz.: Ali Güzel, “İş Yargılamasında Yeni Bir Sistem: “Zorunlu” Arabuluculuk (Eleştirel Yaklaşım – I),” Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan, (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2018), 67 vd.

33 Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 417 vd. Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 135 vd.; Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 106 vd.; Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 213.

34 Gediz Kocabaş, “Aşırı Yararlanmanın Şartları ve Aşırı Yararlanmaya Bağlanan Sonuçlar”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (C. 20, S. 20), 107-108.

35 H. Murat Develioğlu ve Doğan Kara, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler ile ilgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2020), 3 vd.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de 03.11.2020 tarihli kararında bu hususu kısmen dikkate alarak, arabuluculuk anlaşma tutanaklarına karşı yapılan itirazın değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir³⁶. Açıklananlar hususlar ışığında açık oransızlığın anlaşma tutanaklarının geçerliliğinin belirlenmesinde etkili olacağını söylemek mümkündür.

Açık oransızlıktan bahsedebilmek için bu miktarın nasıl belirlenmesi gerektiği konusunda somut bir tespit yapmanın güçlüğü ortadadır. Bu konuda Yargıtay’ın hakkaniyet indirimi uygulanırken belirlenecek oranın hakkın özüne zarar vermemesi gerektiği yönündeki kararları yol göstericidir³⁷. Buna göre işçinin hakkının % 30’undan vazgeçmesi şeklinde yapılan

36 Dosya içinde davacının arabulucuya başvurusuna dair bir belgeye rastlanmamıştır. Bunun aksine davacı işçi iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiğini, muhasebe servisinde kendisine birtakım evrakların imzalatıldığını, kıdem ve ihbar tazminatı karşılığı bir miktar ödeme yapıldığını, müvekkilime işe iade davası açmaması için ise “ek ödeme” adı altında “ikale” yapılarak 21.711,01 TL ödeme yapıldığını beyan etmiştir. Davalı taraf ise dava konusu alacakların tamamının arabulucu sonuç tutanağı ile anlaşma sonucu son bulduğunu, bu tutanak ile aralarındaki ihtilafın sonlandırıldığını ileri sürmüştür.

Dosya kapsamında bulunan Bakırköy 6. İş Mahkemesinin 2917/248 esas, 2017/173 karar sayılı ilamı ile davalının başvurusu üzerine davacı ile davalı arasındaki arabuluculuk anlaşma tutanağına icra edilebilirlik şerhi verildiği ve kararın taraflarca istinaf edilmeden kesinleştiği anlaşılmaktadır. Davacının iş sözleşmesinin 22.02.2017 tarihinde feshedilmiş, aynı gün arabuluculuk sonuç tutanağı imzalanmıştır. Davacı tarafça iş bu davanın 31.03.2017 tarihinde açıldığı, davalı tarafça arabuluculuk anlaşma tutanağına icra edilebilirlik şerhi verilmesi için 27.04.2017 tarihinde mahkemeye başvurduğu anlaşılmaktadır. Davacı taraf arabuluculuk tutanağına ilişkin bir arabuluculuk faaliyetinin bulunmadığını, muhasebede bir kısım evrakların imzalatıldığını, iradesinin fesada uğratıldığını belirterek bu iddialarını ispatlayabilmek için deliller sunduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece davacı tarafça sunulan deliller toplanmadan ve davacının iradesinin fesada uğrayıp uğramadığı hususu araştırılmaksızın eksik inceleme ile yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir. Kabule göre de davacının dava dilekçesinde hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil alacaklarını da talep ettiği, arabuluculuk sonuç tutanağında uyuşmazlığa konu alacaklar arasında bu alacakların bulunmadığı anlaşıldığından, bu alacaklar bakımından esastan değerlendirme yapılması gereklidir (Y9HD., 03.11.2020, E. 2020/5958, K. 2020/14477).

37 Mahkemece davacının fazla mesai ücreti alacağı ve ulusal bayram ve genel tatil alacağı tanık beyanına göre belirlenmiş ve mahkemece bu alacaklardan %40 oranında karineye dayalı bir indirim yapılmıştır. Yapılan %40 oranındaki indirim hakkın özünü etkileyecek niteliktedir (Y9HD., 11.11.2020, E. 2017/18516, K. 2020/15815); hükmeye esas alınan bilirkişi raporunda ise davacının 16.006,00 TL fazla mesai ve 11.023,00 TL ulusal bayram ve genel tatil alacağı bulunduğu belirlenmiş olup Mahkemece bu miktarlar üzerinden makul bir indirim yapılarak fazla mesai ve ulusal bayram ve genel tatil alacağının kabulüne karar verilmesi gerekirken dava dilekçesinde belirtilen

anlaşma tutanaklarına geçerlilik tanınabilecektir. Alman hukukunda da aşırı yararlanma BGB. 138 uyarınca ahlaka aykırılık yaptırımı ile düzenlenmiş olup iş sözleşmesinde 2/3'lük sınır da ayrıca dikkate alınabilecektir³⁸. Ancak bu oranlar kesin sınırlar teşkil etmeyeceği, gabinin tüm unsurları dikkate alınarak bir tespit yapılması gerektiği ayrıca vurgulanmalıdır.

C. Arabuluculuk Aşamasının Daha Etkin Bir Şekilde Sağlanabilmesi İçin Çözüm Önerileri

Arabuluculuk aşaması alternatif bir çözüm yolu olarak tarafların mevcut anlaşmazlıklarını hızlı bir şekilde sonlandırmalarını amaçlar. Bu suretle özellikle işçilerin alacaklarına çabuk kavuşabilmeleri bakımından arabuluculuk süreci önem taşımaktadır. Ancak taraflar arasında güç dengesi bulunmadığından işçinin haklarına kavuşabilmesinin etkin bir şekilde sağlanması da zaruridir. Özellikle iş hukuku sistematüğinde ibraname ve ikale sözleşmelerinde öngörülen uygulamalarla işçilik alacaklarına etkin bir şekilde ulaşılması amaçlandığından arabuluculuk sürecinin de katkıda bulunması beklenmelidir. Arabuluculuk süreci işçinin alacaklarına kavuşmasına engel olan, –gücün haklıya değil hakkın güçlüye verildiği bir düzene– hizmet etmemelidir.

Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan yargı reformu stratejisinde de arabuluculuğun etkin bir şekilde yürütölmesi amaçlanmıştır. Bu doğrultuda arabuluculukta uzmanlaşmanın sağlanacağı ifade edilmiştir. Yine arabuluculuğun etkin bir şekilde yürütölmesi amacıyla adli yardım hizmetlerinin de güçlendirileceği vurgulanmıştır. Yargı reformunda belirtilen ilkeler nazara alındığında özellikle arabuluculukta adli yardım hizmetinin daha etkin

miktarlardan %35 indirim yapılarak alacakların kabulüne karar verilmesi hatalıdır. (Y9HD., 11.11.2020, E. 2017/18517, K. 2020/15816); Somut uyuşmazlıkta, Mahkeme gerekçesinde fazla mesai ücreti ile hafta tatili ücretinden %30 indirim yapıldığı belirtilmesine rağmen, bu alacak kalemlerinin 1/3 oranında indirim uygulanarak hüküm altına alındığı anlaşıldığından bu alacak kalemlerine %30 oranında indirimler uygulanarak bu alacak kalemleri hüküm altına alınmalıdır (Y9HD., 14.09.2020, E. 2020/1888, K. 2020/7618).

38 MüKoBGB/Armbrüster, 8. Aufl. 2018, BGB § 138 Rn. 123; BAG, Urteil vom 22.4.2009 - 5 AZR 436/08 (LAG Hamburg Urteil 17.4.2008 1 Sa 10/07; Kocabaş, 115.

hale getirilmesi bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Açıklananlar ışığında gabin durumunun bertaraf edilmesi ve özellikle iş hukukunun işçiyi koruma prensibine hizmet edilmesi açısından ise şu sonuçlara varılmıştır:

1. Arabuluculukta uzmanlığın sağlanması için özellikle arabuluculuk aşamasının etkinliğinin artırılması;

2. Arabuluculuk aşamasının etkin bir şekilde tamamlanabilmesi için uzman arabulucular için öngörülen eğitim sürelerinin artırılması; uzman arabuluculuk eğitimlerinin nitelikli hale getirilmesi ve gerekiyorsa sınava tabi tutulmaları;

3. Arabuluculuk aşamasında işçinin avukatla temsil edilmesinin sağlanması;

4. Arabuluculuk anlaşma tutanağının arabuluculuk başvurusunda bulunulmasından belirli bir süre sonra yapılabilmesi şartı getirilmesi;

5. Arabuluculuk aşamasında işçinin alacağı Daire Başkanlığı tarafından akredite edilecek kurumlar tarafından hesap raporu çıkarılması konusunda yapılacak yenilikler arabuluculuk aşamasının etkin bir şekilde sağlanamadığı konusundaki çekincelerin ortadan kalkmasına hizmet eder mahiyettedir.

Bu önerilerin temel çıkış noktası, güçler dengesi gözetildiğinde güçsüz olan işçinin güçlü olan işverene karşı korunması ve işçiye birtakım menfaatler temin edilerek dengenin sağlanmasının amaç edinilmesidir.

Uzman arabuluculuk eğitimlerinin 36 saat gibi çok kısa bir sürede verilmesi İş hukukunun mahiyetinin anlaşılmasına dahi hizmet etmez. Bu nedenle arabuluculuk eğitimleri için daha uzun süreler öngörülmeli ve sınav dahi düşünülmelidir.

Arabuluculuk aşamasında işçinin avukatla temsil edilmesinin sağlanması ile işçinin işverene karşı etkin bir şekilde korunması da bir diğer yoldur. Bu suretle işçiye hukuki destek sağlanması mümkündür. CMK avukatlığı gibi benzer bir hizmet verilmesiyle işçinin arabuluculuk aşamasında temsil edilmesi de tavsiye edilmektedir.

Arabuluculuk anlaşma tutanağının arabuluculuk başvurusunda bulunulmasından belirli bir süre sonra (en az bir ay) yapılabilmesi şartı getirilmesi de işçinin bu aşamada çabuk –çoğu zaman da hatalı– karar vermesine engel olacaktır. Bu yol ile ibranameye benzer şekilde belirli bir süre sonra anlaşma tutanağının tanzim edilmesi sağlanacak ve işçinin hukuki destek gibi yardımlarla alacakları hakkında bilgi edinmesine fırsat tanınacaktır.

Arabuluculuk aşamasında işçinin alacağının daire başkanlığı tarafından akredite edilecek kurumlar tarafından hesap raporu çıkarılması yoluyla da işçinin arabuluculuk aşamasında talep edebileceği hakkının ne kadar olduğu konusunda bilgilendirme yapılmış olacaktır. Bu yolla gabin iddiası da bertaraf edilmiş olacaktır.

Sonuç

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu uyarınca İş Kanunu'na, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Bu kapsamda arabuluculuk zorunlu bir aşama olarak öngörüldüğünden dava açmadan önce taraflar dava edilecek uyuşmazlığı öncelikle tartışma imkânı bulmaktadır. Alternatif bir çözüm yolu olan arabuluculuk faaliyetinin anlaşma ile sonuçlanması halinde de taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır. Ancak arabuluculuk uygulamasının iş hukuku uyuşmazlıklarında da etkin bir çözüm olup olmadığı da değerlendirilmesi gereken bir konudur.

İş hukukunun temel prensibi, işçi ile işveren arasındaki güçler ayrılığını bertaraf etmek amacıyla işçinin işveren karşısında etkin bir şekilde korunmasının sağlanmasıdır. Bundan hareketle taraflar arasında dengenin sağlanması amaçlanmış ve işçiyi koruyan hükümler getirilmiştir. Hassas denge de gözetilerek emredici hükümler ile işçiler lehine uygulamalar geliştirilmiştir. Bu konuda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile düzenlenen ibraname uygulamasındaki işçi lehine iyileştirici hükümler oldukça belirleyicidir. Zira 6098 sayılı TBK'nda ibra sözleşmesi genel olarak 132. madde ile

düzenlenmiş ve borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borcun tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilceği hüküm altına alınmıştır. Ancak m. 420 uyarınca işçiler için ibra hükümleri ayrıca değerlendirilmiş ve ibranamenin geçerlilik koşulu olarak işçi alacaklarının banka aracılığıyla tam olarak ödenmesinin ardından düzenlenmiş olması aranmıştır. Buna göre de işçinin alacağının tam olarak ödenmediği halde, ibraname makbuz niteliği taşır. Bu durumda işçi hak kazanılan gerçek tutarı işverenden isteme hakkına sahip olur. Söz konusu halde de belgenin makbuz niteliği taşıyabilmesi ödemenin banka aracılığıyla yapılması koşuluna bağlı tutulmuştur. Görüldüğü üzere 6098 sayılı TBK. ile ibraname işçilik alacakları yönünden tam ifa halini almıştır.

Uygulamada hak ve alacakların tam ve noksansız yapılması gereğinin işveren tarafında zorluklar yarattığı bilinmektedir. İbranameye ilişkin hükümler ile işçilik alacaklarına büyük ölçüde ulaşılması amaçlanmıştır. Durum böyle olmakla birlikte arabuluculuk anlaşma tutanakları ile ibraname hükümlerinin işlevini yitirmesi ihtimal dahilindedir. İşçiler arabuluculuk aşamalarında yaptıkları anlaşmalar ile uzun yargılama safhalarından kurtulmakta ve alacaklarına hızlı bir şekilde kavuşmaktadır. Ancak diğer taraftan bu yöntemin uygulanması ile işçilik haklarının özüne zarar verilmesine de fırsat tanınmamalıdır. Nitekim sırf mevcut borçlarını ödeyebilmek maksadıyla arabuluculuk aşamasında işçilerin alacaklarının büyük bir kısmından vazgeçtikleri görülmektedir. Hatta işçiler talep edebileceği alacak miktarını tam olarak bilmediğinden sözü geçen aşamada yapılan anlaşmalarla birtakım mağduriyetler de yaşamaktadır. İşte arabuluculuk faaliyetlerinin etkin bir şekilde yürütülmesinden bahsedebilmek için bu tür hak kayıplarının da önüne geçmek gerekir. Bunun için de irade fesadı hükümlerinin ele alınması şarttır.

Öğretide Anayasa Mahkemesinin 10.07.2013 tarihli kararında belirttiği üzere arabuluculuk tutanaklarına karşı aşırı yararlanma olgusunun ileri sürülebileceği de belirtilmiştir. Bu nedenle 6098 sayılı TBK'da m. 28 uyarınca gabin –aşırı yararlanma– hükümlerinin de incelenmesi önem taşımaktadır. Bahsi geçen maddede “Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında

açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.” hükümü öngörülmüştür. Burada da anlaşma tutanaklarında kararlaştırılan tutarların açık oransızlık oluşturup oluşturmadığı titizlikle incelenmelidir.

Açık oransızlıktan bahsedebilmek için bu miktarın nasıl belirlenmesi gerektiği konusunda somut bir tespit yapmanın güçlüğü ortadadır. Bu konuda Yargıtay’ın hakkaniyet indirimi konusundaki belirlenmesi gereken oranın hakkın özüne zarar verdiğine yönelik kararları yol göstericidir.

Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan yargı reformu stratejisinde de arabuluculuğu etkin bir şekilde yürütülmesi amaçlanmıştır. Bu doğrultuda arabuluculukta uzmanlaşmanın sağlanacağı ifade edilmiştir. Yine arabuluculuğun etkin bir şekilde yürütülmesi amacıyla adli yardım hizmetlerinin de güçlendirileceği vurgulanmıştır. Yargı reformunda belirtilen ilkeler nazara alındığında özellikle arabuluculukta adli yardım hizmetinin daha etkin hale getirilmesi bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanında arabuluculukta uzmanlığın sağlanması için özellikle etkin bir arabuluculuk sisteminin hayata geçirilmesi de bu tür çekincelerin ortadan kalkmasına hizmet eder mahiyettedir.

Bu doğrultuda sağlanacak hizmetlerle gabin iddiasını bertaraf etmek mümkün olabilecek ve ayrıca işçinin korunması prensibi daha etkili bir şekilde sağlanabilecektir.

KAYNAKÇA

- Akkan**, Mine. “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları,” DEÜHFD, C.20. S.2 (2018): 1-31.
- Akyiğit**, Ercan. Bireysel İş Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Armbrüster**, Christian. MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, BGB § 138.
- Ayan**, Mehmet. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Çelik**, Nuri, **Caniklioglu** Nurşen ve **Canbolat** Talat. İş Hukuku Dersleri, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.
- Çil**, Şahin. İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2020.
- Develioğlu** H. Murat ve **Kara**, Doğan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler ile ilgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, (İstanbul: OnikiLevha Yayıncılık, 2020).
- Doğan Yenisey**, Kübra. “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 167 vd.
- Ekmekçi**, Ömer, Özkes Muhammet, **Atalı** Murat ve **Seven** Vural. Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2019
- Ekmekçi**, Ömer ve **Yiğit** Esra. Bireysel İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2020.
- Şahin Emir**, Asiye ve **Kazmaz Tepe**, Büşra. “İş Uyuşmazlıklarına İlişkin İbra Hükümü İçeren Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum (2018/3), 321-344.
- Eren**, Fikret. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2012.
- Eyrenci**, Öner, **Taşkent**, Savaş, **Ulucan**, Devrim, **Baskan** Esra. Bireysel İş Hukuku. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.
- Güven**, Ercan ve **Aydın**, Ufuk. Bireysel İş Hukuku. Eskişehir-İstanbul: Nisan Kitabevi, 2020.
- Güzel**, Ali. “İş Yargılamasında Yeni Bir Sistem: “Zorunlu” Arabuluculuk (Eleştirel Yaklaşım – I)”, Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2018.
- Köme Akpulat**, Ayşe. İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2018.
- Karacabey**, Kürşat, “Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar,” TBB Dergisi 1, (2016): 457-490.
- Kocabaş**, Gediz. “Aşırı Yararlanmanın Şartları ve Aşırı Yararlanmaya Bağlanan Sonuçlar”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (C. 20, S. 20), 105-142.
- Mollamahmutoğlu** Hamdi, **Astarlı** Muhittin ve **Baysal** Ulaş. İş Hukuku Ders Kitabı, C. I, (Ankara: LYKEION Yayınları, 2020).
- Nomer**, Haluk N. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017.
- Oğuzman**, Kemal ve **Öz** Turgut. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012.
- Senyen Kaplan**, Emine Tuncay, Bireysel İş Hukuku, (Ankara: Gazi Kitabevi, 2020).
- Soyer**, Polat. “Yeni İş Mahkemeleri Kanunu ile Getirilen Bazı Düzenlemeler Hakkında Genel Bir Değerlendirme,” LİSGHD., 57 (2018): 21-46.
- Sümer**, Haluk Hadi. İş Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Sümer**, Haluk Hadi. İş Hukuku Uygulamaları. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Süzek**, Sarper. İş Hukuku. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.
- Tanriver**, Süha. Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2020).
- Tunçomağ**, Kenan ve **Centel** Tankut. İş Hukukunun Esasları. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018.

İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK UYGULAMASININ SOSYAL GÜVENLİK İŞLEMLERİNE ETKİSİ VE YAŞANAN SORUNLAR

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet BULUT*

Özet

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile 2018 tarihinde yürürlüğe girmek üzere 4857 sayılı İş Kanunu gereğince bireysel veya toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan işçi ve işveren alacak ve tazminatı ile işe iade taleplerinde dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartı olarak getirilmiştir. Arabuluculuğun en önemli araçlarından birisi ise anlaşma belgeleridir. Nitekim işçi ve işveren arasında yaşanan uyuşmazlıklar sonucunda yürütülen arabuluculuk faaliyeti neticesinde düzenlenen anlaşma belgeleri önemli sonuçlar doğurmaktadır. Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılmaktadır.

Arabuluculuk faaliyeti neticesinde düzenlenen anlaşma belgesinin niteliği sosyal güvenlik işlemleri açısından da ayrı bir öneme sahiptir. Nitekim arabuluculuk sayesinde işe iade edilme durumunda sigortalıya geçmişe dönük ödemeler yapılabilmekte ve bu ödemeler neticesinde geçmişe dönük prim belgelerinin düzenlenmesi ve prim tahakkuklarının yapılması gerekebilmektedir. Bunun yanı sıra geçmişe dönük verilecek prim belgeleri nedeniyle sigorta prim teşviklerinden yasaklanma olup olmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

SGK, arabuluculuk anlaşma belgeleri ile ilgili ilk resmi görüşünü bir genel yazıyla ortaya koymuştur. SGK tarafından yayınlanan 58882267 sayılı ve 21/11/2017 tarihli Genel Yazıda, imzalanan arabuluculuk anlaşma belgesinin mahkeme kararı niteliğinde sayıldığı ve yapılacak işlemlerde mahkeme

* Bayburt Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Maliye Bölümü Öğretim Üyesi, <https://orcid.org/0000-0003-0157-4906>

ilamı vasfında kabul edilerek işlem yapılması gerektiği belirtilmiştir. Aynı görüş SGK'nın 2020/20 sayılı İşveren İşlemleri Genelgesi'nde tekrarlanmıştır. 2020/20 sayılı Genelge'de ayrıca, anlaşma belgesi uyarınca sigortalı için verilmesi gereken asıl veya ek nitelikteki aylık prim ve hizmet belgelerinin arabuluculuk anlaşma belgesinin ilam niteliğini kazandığı tarihi takip eden ayın 23'üne kadar, Kuruma, e-sigorta kanalıyla gönderilmesi veya kağıt ortamında verilmesi halinde yasal süresi içinde verilmiş kabul edileceği belirtilmiştir.

İş uyuşmazlıkları nedeniyle yürütülen arabuluculuk faaliyeti sonucunda düzenlenen anlaşma belgeleri bazı sosyal güvenlik işlemleri için dayanak teşkil etmektedir. Bu noktada da karşımıza uygulamaya yönelik bazı sorunlar çıkmaktadır. Bu sorunlar ise; anlaşma belgelerinde yer alan ücret ve ücret niteliğindeki ödemelerin prime esas kazançta nasıl dahil edileceği, ücret ve ücret niteliğindeki ödemelerin hangi ayın kazancına tabi tutulacağı ve anlaşma belgesinin istihdam teşvik ve desteklerine etkisinin nasıl olacağı ile ilgilidir.

Genellikle anlaşma belgelerinde, belirlenen ve işçiye geçmişe dönük ödenmesi öngörülen ödemelerin tümü toplanmakta ve tek kalem halinde yazılmaktadır. Bu durum da yapılan ödemelerin ne kadarının prime tabi tutulup tutulmayacağı sorununu beraberinde getirmektedir. 2020/20 sayılı Genelge'de arabuluculuk anlaşma belgelerinde yapılan ödemelere toplam olarak yer verilmesi halinde ne şekilde prime tabi tutulacağı hususunda bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak emsal bir uygulama olması açısından, ikale sözleşmelerinde belirtilen ödemelerde olduğu gibi, anlaşma belgelerinde yer alan tutarlar için de toplu olarak yazılan ödemelerin tümünün sigorta primine tabi tutulması yerinde olacaktır.

2020/20 sayılı Genelge'de, arabuluculuk anlaşma belgelerinde yer alan ve prime esas kazançta tabi tutulması gereken ödemelerin hangi ayın kazancına dahil edileceğine ilişkin bir açıklama da bulunmamaktadır. Burada ise işçi alacaklarına ilişkin düzenlenen denetim elemanı raporları ve mahkeme kararlarında olduğu gibi hareket etmek yerinde olacaktır. Dolayısıyla yapılan ödemelerin hangi dönemlere ait olduğu anlaşma belgesinde belirtilmişse o dönemlere ait kazançta; belirtilmemişse akdin fesh edildiği ayın kazancına dahil edilmesi gerekmektedir.

Arabuluculuk anlaşma belgelerinin en önemli etkilerinden birisi ise sigorta prim teşvikleri ile ilgilidir. Anlaşma belgelerinin mahkeme kararları gibi nitelendirilmesi ve prim belgesinin takip eden ayın 26'sından sonra işveren- ce verilmesi halinde işverenlerin sigorta prim teşviklerinden yasaklanmaları ve hatta geçmişte yararlandıkları teşvikleri faiziyle geri ödemeleri söz konusu olabilecektir. Ancak gerek yasal düzenlemelerde gerekse de Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından çıkartılan genelgelerde bu konuya ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Buna karşın bir genel yazıda ve Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü'nün bir görüş yazısında ise bu durumlarda yasaklama işleminin yapılması ve geçmişte yararlanılan teşviklerin faiziyle iadesi öngörülmüştür.

Kanaatimizce ilam niteliğinde sayılma hususu işçinin arabuluculuk faaliyeti neticesinde ortaya çıkan alacaklarının tahsil edilmesi açısından getirilmiş bir düzenlemedir. Bunun dışındaki bir yorum kanun metni lafzının geniş yorumlanmasına ve arabuluculuk faaliyetinin amacı dışında istenmeyen sonuçlara sebebiyet vermesine neden olacaktır. Nitekim sigorta prim teşviklerinden yasaklanma halleri dikkatlice incelendiğinde görülecektir ki hepsinde işverenin isteği dışında Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından tespit edilme veya haberdar olma durumları söz konusudur. Bu itibarla arabuluculuk faaliyeti ve belgesini bu şekilde nitelendirmek doğru olmayacaktır. Arabuluculukta, ortada verilen bir yargı kararı veya düzenlenmiş bir rapor yokken işveren ve işçi anlaşmakta ve bu anlaşma neticesinde işveren kendiliğinden prim belgelerini Sosyal Güvenlik Kurumu'na vermektedir. Bu sebeple sigorta prim teşvikinden yasaklanma da doğru değildir. Ayrıca uygulamanın bu şekilde yürütülmesi halinde, bazı işverenlerin bu yaptırımla muhatap olmamak adına anlaşma belgesini imzalamaya yanaşmaması muhtemeldir. Öyle ki işverenin anlaşmaya yanaşmadığı durumlarda işçi iş mahkemesine başvurursa bile, mahkeme kararının kesinleşmesinden önce muhtasar ve prim hizmet beyannameleri işveren tarafından verilmesi durumunda, kendiliğinden verilmiş kabul edilmekte ve teşvikten/destekten yasaklanma söz konusu olmayacaktır. Bu sebeplerle Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından Arabuluculuk Daire Başkanlığı ile koordineli bir şekilde konunun yeniden ele alınması ve konuyu aydınlatıcı en azından Genelge niteliğinde bir düzenleme yapması yerinde olacaktır.

Anahtar kelimeler: Arabuluculuk, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Sigorta Prim Teşvikleri, Anlaşma Belgesi, Mahkeme Kararı

Abstract

As of 2018, with the Labor Courts Law No.7036, it has been brought as a condition of lawsuit to apply to a mediator before filing a lawsuit for money claims, compensation and reemployment claims between the employee and the employer arising from employment contracts. One of the most important tools of mediation is agreement documents. As a matter of fact, the agreement documents issued as a result of the mediation activities carried out as a result of the disputes between the employee and the employer have important results. The agreement document signed by the parties and their attorneys and the mediator is considered as a court decision without seeking enforceability.

The nature of the agreement document issued as a result of mediation activity is of particular importance in terms of social security procedures. As a matter of fact, retrospective payments can be made to the insured due to reinstatement through mediation. In addition, retrospective premium documents may need to be issued and premium accruals due to these payments. In addition, the problem of prohibition from insurance premium incentives arises due to the premium documents to be given retrospectively.

The SSI presented its first official opinion on mediation agreement documents in a general letter. In the General Letter numbered 58882267 and dated 21/11/2017 published by the SSI, it was stated that the signed mediation agreement document was considered as a court decision and that the proceedings should be accepted as a court order. The same opinion was repeated in the SSI's Employer Transactions Circular No. 2020/20. In addition, in the Circular No. 2020/20, it is stated that if the premium documents required to be given to the insured in accordance with the agreement document are issued until the 23rd of the month following the date when the mediation agreement document becomes a verdict, it will be deemed to be given within the legal period.

Agreement documents issued as a result of mediation activities constitute a basis for some social security transactions. At this point, some practical problems arise. These problems are as follows: (1) How will the

payments in the form of wages and fees included in the agreement documents be included in the earning based on the premium? (2) Payments in the form of wages and fees will be subject to the earnings of which month? (3) How will the agreement document affect employment incentives and supports?

Generally, all payments agreed to be paid retrospectively to the worker are collected and written in a single item in the agreement documents. This situation brings with it the problem of whether the payments made will be subject to premium or not. In the Circular numbered 2020/20, there is no explanation as to how the payments made in the mediation agreement documents are included in total. However, in order to be a precedent practice, it would be appropriate to subject all payments written collectively to insurance premium for the amounts included in the agreement documents, as in the payments specified in the termination agreements.

In the Circular numbered 2020/20, there is no explanation as to which month's earnings will include the payments in the mediation agreement documents. Here, it would be appropriate to act as in the inspector reports and court decisions regarding the employee claims. Therefore, if the periods of the payments are specified in the agreement document, the earnings of those periods; If not specified, it must be included in the income of the month in which the contract was terminated.

One of the most important effects of agreement documents is related to insurance premium incentives. If the agreement documents are qualified as court decisions, employers may be banned from insurance premium incentives and even repay the incentives they used in the past with interest. However, neither in the legal regulations nor in the circulars issued by the Social Security Institution, there is no explanation on this issue. On the other hand, in a general letter and in an opinion letter of the General Directorate of Insurance Premiums, it is stipulated that in these cases the prohibition procedure will be made and the return of the incentives used in the past with interest.

In our opinion, the issue of being deemed as a judgment is a regulation introduced in terms of collecting the receivables of the worker as a result of the mediation activity. Any interpretation other than this will cause the text of the law to be interpreted widely and the mediation activity to cause undesirable consequences. As a matter of fact, when the cases of prohibition from insurance premium incentives are examined carefully, it will be seen that all of them are detected or informed by the Social Security Institution against the request of the employer. In this respect, it would not be correct to characterize the mediation activity and document in this way. In mediation, when there is no judicial decision or issued report, the employer and the employee agree and as a result of this agreement, the employer automatically gives the premium documents to the Social Security Institution. For this reason, it is not right to be banned from insurance premium incentives. In addition, if the implementation is carried out in this way, it is likely that some employers will not be willing to sign the agreement document in order not to be subject to this sanction. So much so that even if the employee applies to the labor court in cases where the employer does not agree, if the premium document is given by the employer before the court decision is finalized, it is considered to be given automatically and there will be no ban from incentives. For these reasons, it would be appropriate for the Social Security Institution to reconsider the issue and make a regulation that enlightens the issue, at least as a Circular.

Keywords: Mediation, Alternative Dispute Resolution, Insurance Premium Incentives, Agreement Document, Court Order

Giriş

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, hukuksal süreçlerin hızlandırılması ve yargıdaki iş yükünün azaltılması adına önemli bir yere sahiptir. Türkiye’de de son yıllarda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına önem verilmeye başlanmıştır. Bu doğrultuda ceza davalarında uzlaştırmacılık, hukuk davalarında ise arabuluculuk uygulamaları hukuk sistemimizin kilit parçaları haline getirilmiştir. Öyle ki zaman içerisinde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kapsamında bazı genişletmelere gidilmiştir.

Türk hukuk sistemimizde henüz “genç uygulamalar” olarak nitelendirilebileceğimiz uzlaştırmacılık ve arabuluculuk ile ilgili zaman içinde bazı eksiklikler ve aksaklıklar da karşımıza çıkabilmektedir. Bu doğrultuda yapılan yasal veya ikincil mevzuat düzenlemeleri ile bu eksiklik ve aksaklıklar ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır. Bu noktada kurumlararası koordinasyon ve işbirliğinin önemi de ortaya çıkmaktadır.

2018 yılından itibaren etkin bir alternatif çözüm yolu olarak uygulanmaya başlayan iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk, işçi lehine geçmişe dönük haklar kazandırabilmektedir. Bu itibarla arabuluculuk belgelerinin niteliği önem arz etmektedir. Arabuluculuk belgelerinin niteliğine ilişkin durum özellikle sosyal güvenlik işlemlerinde bazı hususları tartışmalı hale getirmektedir. Arabuluculuk işlemleri neticesinde çalışanın tekrar işe başlatılması sonucunda geçmişe dönük yapılan ödemeler nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumu’na yapılacak bildirimler ve bu durumun işverenlerin yararlandıkları sigorta prim teşviklerine etkisi tartışılması gereken konuların başında gelmektedir. Nitekim bu hususlarda yaşanan bazı mağduriyetler göze çarpmakta olup yargı konusu edilmeye başlanmıştır.

Bu çalışmamızda arabuluculuk belgelerinin hukuki niteliğini göz önünde bulundurarak sosyal sigorta işlemleri üzerindeki etkileri, yaşanan sorunlar ve bu sorunlara ilişkin çözüm yolları ortaya konulmaya çalışılacaktır.

1. İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk

İş davalarında arabuluculuk uygulaması 2018 yılından itibaren Türk hukuk sisteminde uygulanmaya başlanmıştır. Bazı aksayan yönleri olmakla birlikte, yıllarca süren iş uyuşmazlıklarının kısa sürede çözülmesi ve etkin bir alternatif çözüm yolu olması nedeniyle iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun gerekli bir uygulama olduğu açıktır.

Dava şartı olarak arabuluculuk, uygulama sürecinde, hak arama hürriyetine engel değil bilakis hak arama hürriyetini sağlayan bir rol üstlenmiştir. Özellikle ülkemiz açısından dava masrafları ve yargılama giderleri düşünüldüğünde, masrafsız, hızlı ve kolay bir yol olan arabuluculuk süreci oldukça

başarılı sonuçlar doğurmuştur (Albayrak, 2018: 24). Dava şartı olarak arabulucuya başvuru zorunluluğu getirilmesi bazı sakıncaların doğumuna yol açabileceği gibi, çözümü basit uyuşmazlıkların yargıyı meşgul etmeden hızlı ve ucuz yolla çözümünü de sağlayabilir (Yağcıoğlu, 2018: 483). Bunun yanı sıra genel olarak zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının, arabuluculuğun gönüllü olması ilkesine aykırılık oluşturduğu görüşü de savunulmaktadır (Bakırcı, 2019: 371). İş uyuşmazlıklarında arabuluculuk aynı zamanda işçiyi koruyucu karakteri bulunan iş hukukuna ve iş yargısına, bir yumuşama seçeneği, uygun şartlarda oturup konuşabilme ve serbest irade beyanında bulunma imkanı vermektedir (Akın, 2019: 12).

Dava şartı olmasının bir sonucu olarak arabuluculuğa başvuru bir zorunluluk ise de bu zorunluluk yalnızca arabuluculuğa başvuru ile sınırlıdır ve arabuluculuk sürecinin işleyişi ve sonucu üzerinde taraf iradeleri egemen olup taraflar istedikleri zaman süreci sonlandırabileceği gibi, süreç sonunda anlaşmaya varıp varmamak konusunda da tercih hakkına sahiptir (Yavuz, 2019: 54). Bununla birlikte zorunlu arabuluculuğu düzenleyen hükümlerinin, arabuluculuk yönteminin ruhuna ve buna uygun gerekçelere dayalı Anayasa Mahkemesi kararlarına açıkça aykırı olduğu yönünde düşünceler de mevcuttur (Güzel, 2016: 1137). Hatta kişilerin, son müracaat mercii olarak “bağımsız mahkemelere” doğrudan ve engellemesiz bir şekilde başvurabilme hakkı, Anayasamız tarafından “temel haklar ve hürriyetler” kapsamında değerlendirilerek koruma altına alındığı düşüncesiyle, dava açmadan önce arabulucuya başvurma zorunluluğunun, Anayasa’ya ve genel olarak ruhuna aykırı bir tutum olduğuna ilişkin yaklaşımlar da bulunmaktadır (Karacabey, 2016: 472).

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun¹ 2 inci maddesinde arabuluculuk, “Sistematiik 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 hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi” şeklinde tanımlanmıştır.

1 Yayınlandığı Resmî Gazete: Tarih: 22/6/2012, Sayı: 28331

Arabuluculuk uygulaması iş uyuşmazlıklarında önemli bir yere sahiptir ve zorunlu olarak tatbik edilmesi söz konusudur. Nitekim 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun² 3 üncü maddesinde dava şartı olarak arabuluculuk uygulaması düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin birinci fıkrasına göre; kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bu hususlara ilişkin tespit, itiraz ve rücu davalarına ilişkin uyuşmazlıklarda ise dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilememektedir (Ekmekçi vd., 2018: 119).

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre; davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir.

İş uyuşmazlıklarında arabuluculukta arabulucunun bilgilendirme yükümlülüğü önemli bir role sahiptir. Nitekim bilgilendirme yükümlülüğü çerçevesinde, özellikle bir tarafın diğerine göre oldukça zayıf olduğu iş uyuşmazlıklarında işçinin korunması ilkesi dikkate alınarak gerekli hatırlatmaları yapması gerekmektedir ve bu hatırlatmalar yapıldıktan sonra tarafların arabuluculuk sistemini kullanmak istemeleri halinde ise artık iradilik hususunda tartışmaya sebep olabilecek bir sorun kalmayacağından arabuluculuk yöntemi kullanılarak iş uyuşmazlıklarının dava yoluna gidilmeksizin nihayete erdirilmesi amaca uygun olacaktır (Lokmanoglu, 2018: 875).

2 Yayınlandığı Resmî Gazete: Tarih: 25/10/2017, Sayı: 30221

7036 sayılı Kanun'un yanı sıra 4857 sayılı İş Kanunu'nun³ "fesih bildirimine itiraz ve usulü" başlıklı 20 nci maddesinde de zorunlu arabuluculuk uygulamasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bu maddeye göre; iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir.

Kanun maddesinden de anlaşılacağı üzere arabuluculuk iş uyuşmazlıkları açısından bir ön şart olarak öngörülmüştür. Nitekim yine aynı maddeye göre, arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın usulden reddi hâlinde ret kararı taraflara resen tebliğ edilir. Kesinleşen ret kararının da resen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir.

4857 sayılı Kanun'un 21 inci maddesinin yedinci fıkrasına göre; arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları hâlinde;

- a) İşe başlatma tarihini,
- b) Üçüncü fıkra düzenlenilen ücret ve diğer hakların parasal miktarını⁴,
- c) İşçinin işe başlatılmaması durumunda ikinci fıkra düzenlenilen tazminatın parasal miktarını⁵,

belirlemeleri zorunludur. Aksi takdirde anlaşma sağlanamamış sayılır ve son tutanak buna göre düzenlenir. İşçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması hâlinde fesih geçerli hâle gelir ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.

3 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 10/6/2003, Sayı: 25134

4 Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları. (4857 SK., m. 21/3)

5 İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması hâlinde ödenecek tazminat miktarını da belirler. (4857 SK., m. 21/1,2)

2. Arabuluculuk Tutanağının (Anlaşma Belgesinin) Niteliği

İşçi ve işveren arasında yaşanan uyuşmazlıklar sonucunda yürütülen arabuluculuk faaliyeti neticesinde düzenlenen tutanak önemli sonuçlar doğurmaktadır. Nitekim 6325 sayılı Kanun uyarınca, arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilmelidir (6325 SK; md.17/2). Söz konusu tutanağın taraflar ve arabulucu tarafından imzalanması gerekmektedir.

Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, 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 (6325 SK; md.18/2). Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır (6325 SK; md.18/3). Arabuluculuk süreci sonunda hazırlanan anlaşma belgeleri, taraflar için bağlayıcı olmanın ötesinde, uyuşmazlığı mahkemeye taşımak noktasında da bir engel teşkil etmektedir (Korkmaz ve Kıyak, 2018: 52).

Arabulucunun işlevi esas itibarıyla tarafların uyuşmazlık ve çözüm seçenekleri üzerinde müzakere edebilecekleri ortamı hazırlamaktır. Tarafların anlaşmasının, arabuluculuk sürecinden sonra gerçekleşmesi, varılan anlaşmanın sözleşme niteliğini değiştirmez. Bu sebeple maddi hukukta sözleşmeler için getirilen sınırlamalar arabuluculuk sonunda düzenlenen anlaşma belgesi için de geçerli olmalıdır (Şahin Emir ve Kaymaz Tepe, 2018: 1503).

İcra edilebilirlik şerhinin alınması önemini, İİK md.38 bağlamında ilam niteliğinde bir belge sayılması ve icra takibine konu olması noktasında göstermektedir. Ancak anlaşmanın icra takibine konu olabilmesi için,

içeriğinin cebri icraya elverişli olması gerekir. Şayet anlaşma konusu bir edimin ifası dışında başka bir şey ise, örneğin bir durum tespiti gibi, bu durumda söz konusu metnin icra edilebilirliğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır (Yıldırım, 2016: 760).

Yukarıda yer verdiğimiz madde hükümleri ve açıklamalardan da anlaşılacağı üzere iş uyuşmazlıklarında taraflarca imzalanacak arabuluculuk belgeleri ilam niteliğinde sayılmaktadır. Aynı hususlar Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin 21 inci maddesinde de tekrar edilmiştir. İşçi ve işverenin, arabuluculuk faaliyeti kapsamında avukatları ile temsil edilmeleri halinde, imzalanacak olan anlaşma belgesi, ilam niteliğinde olacağından, ayrıca icra edilebilirlik şerhi alınmasına gerek bulunmamaktadır.

Arabuluculuk belgelerinin ilam niteliğinde olması şeklindeki hüküm, bunun sonucunun ne olacağı sorusunu akıllara getirmektedir. Bu sorunun cevabı ise Anayasa Mahkemesi'nin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na ilişkin kararında yer almaktadır. Söz konusu karara göre; "Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların uzlaşması sonucunda düzenlenen anlaşma metni maddi anlamda kesin hüküm değildir. Anlaşmaya mahkeme tarafından icra edilebilirlik şerhinin verilmesi söz konusu anlaşmayı hüküm kesin hüküm/mahkeme ilâmı hâline getirmemekte, sadece ilam niteliğinde belge hâline getirmektedir. İlamlar ile ilam niteliğindeki belgeler birbirinden tamamen farklıdır. İlamlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil ederken, ilam niteliğindeki belgelerin maddi anlamda kesin hüküm olma nitelikleri yoktur. Kanun koyucu ilam niteliğindeki belgeleri, sadece icra edilebilirlik açısından ilamlarla aynı hukuki rejime tabi tutmuştur."⁶

3. Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Sosyal Güvenlik İşlemleri Açısından Niteliği

Arabuluculuk faaliyeti neticesinde düzenlenen anlaşma belgesinin niteliği sosyal güvenlik işlemleri açısından ayrı bir öneme sahiptir. Nitekim arabuluculuk sayesinde işe iade edilme durumunda sigortalıya geçmişe dönük ödemeler yapılabilmekte ve bu ödemeler neticesinde geçmişe dönük

6 Anayasa Mahkemesi Kararı, 10.7.2013, 2012/94, 2013/89; RG 25.1.2014, S. 28893

prim belgelerinin düzenlenmesi ve prim tahakkuklarının yapılması gerekebilmektedir. Bunun yanı sıra geçmişe dönük verilecek prim belgeleri nedeniyle sigorta prim teşviklerinden yasaklanma olup olmayacağı hususu ortaya çıkmaktadır. Bu meseleleri incelemeden önce Sosyal Güvenlik Kurumu'nun (SGK) arabuluculuk anlaşma belgesine bakış açısını ortaya koymak yerinde olacaktır.

SGK arabuluculuk anlaşma belgeleri ile ilgili ilk resmi görüşünü bir genel yazıyla ortaya koymuştur. SGK tarafından "arabuluculuk anlaşmalarının" SGK tarafından işleme alınması hakkında yayınlanan 58882267 sayılı ve 21/11/2017 tarihli Genel Yazısında yapılan açıklamalarda; 6325 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununa istinaden işveren-işçi ilişkisinden kaynaklanan, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebine ilişkin bir uyuşmazlığın arabuluculuk süreci sonucunda anlaşma ile sona ermesi durumunda, taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılması gerektiğinden bahsedilmiş ve imzalanan arabuluculuk anlaşma belgesinin mahkeme kararı niteliğinde sayılarak Sosyal Güvenlik Kurumu iş ve işlemlerinde mahkeme ilamı vasfında kabul edilerek işlem yapılması gerektiği belirtilmiştir.

SGK, arabuluculuk faaliyetlerinin sosyal güvenlik işlemlerine etkisi konusunda en ayrıntılı açıklamalara ise 18/06/2020 tarih ve 2020/20 sayılı İşveren İşlemleri Genelgesi'nde yer vermiştir. Genelge'de aylık prim ve hizmet belgelerinin verilme süresi açıklanırken, Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanları çalıştıranlar yönünden, öngörülen sürelerde verilmemiş olmakla beraber, arabuluculuk faaliyeti sonunda tanzim edilen ve ilam niteliğinde bulunan anlaşma belgesi uyarınca sigortalı için verilmesi gereken asıl veya ek nitelikteki aylık prim ve hizmet belgelerinin arabuluculuk anlaşma belgesinin ilam niteliğini kazandığı tarihi takip eden ayın 23'üne kadar, Kuruma, e-sigorta kanalıyla gönderilmesi veya kağıt ortamında verilmesi halinde yasal süresi içinde verilmiş kabul edileceği belirtilmiştir⁷. Aynı ilke, primlerin ödenme süresi için de kabul edilmiştir.

7 01/07/2020 itibarıyla Türkiye genelinde aylık prim ve hizmet belgesi uygulamasına son verilmiş olup, muhtasar ve prim hizmet beyannamesi uygulamasına geçilmiştir.

2020/20 sayılı Genelge uyarınca, 6325 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununa istinaden işveren-işçi ilişkisinden kaynaklanan, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebine ilişkin bir uyuşmazlığın arabuluculuk süreci sonucunda anlaşma ile sona ermesi durumunda, taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılması gerektiğinden, imzalanan arabuluculuk anlaşma belgesinin mahkeme kararı niteliğinde sayılarak Kurum iş ve işlemlerinde mahkeme ilamı vasfında kabul edilerek işlem yapılacaktır⁸.

4. Sosyal Güvenlik İşlemlerinde Arabuluculuk Anlaşma Belgesinden Kaynaklanan Sorunlar

İş uyuşmazlıkları nedeniyle yürütülen arabuluculuk faaliyeti sonucunda düzenlenen anlaşma belgeleri bazı sosyal güvenlik işlemleri için dayanak teşkil etmektedir. Bu noktada da karşımıza uygulamaya yönelik bazı sorunlar çıkmaktadır. Bu sorunları şöyle sıralayabiliriz:

- Anlaşma belgesi ile SGK kayıtları arasında uyumsuzluk olması halinde ne olacaktır?
- Anlaşma belgelerinde yer alan ücret ve ücret niteliğindeki ödemeler prime esas kazançta nasıl dahil edilecektir?
- Ücret ve ücret niteliğindeki ödemeler hangi ayın kazancına tabi tutulacaktır?
- Anlaşma belgesinin istihdam teşvik ve desteklerine etkisi nasıl olacaktır?

Muhtasar ve prim hizmet beyannamelerinin ilgili oldukları ayı takip eden ayın 26'sına kadar verilmesi gerekmektedir.

- 8 Öte yandan arabuluculuk sürecinin anlaşma ile sona ermesi halinde, taraflar ve arabulucunun birlikte imzaladıkları ancak avukatların imzalarının bulunmadığı anlaşma belgesinin icra edilebilir ilam niteliğinde belge sayılması için bu nitelikteki belgenin ilam niteliğinde olduğuna dair mahkemeden şerh alınacak ve ilgili mahkeme şerhi ile belge ilam niteliği kazanacaktır. (2020/20 sayılı SGK Genelgesi)

4.1. Anlaşma Belgesi ile SGK Kayıtları Arasında Uyumsuzluk Olması

İmzalanan arabuluculuk anlaşma belgesi mahkeme kararı niteliğinde sayılmakta ve yapılacak işlemlerde mahkeme ilamı vasfında kabul edilerek işlem yapılması gerekmektedir. Ayrıca, tarafların işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde öncelikle işçinin işe başlatma tarihini belirlemeleri gerekmekte olup bu zorunluluğa ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır (Astarlı, 2017: 49).

Bu itibarla anlaşma belgesinde ilgili dönemler için SGK kayıtlarına nazaran daha yüksek bir prime esas kazanç tespit edilmişse ya da SGK kayıtlarında çalışanın sigorta kaydının bulunmaması (kayıtdışı istihdam edilmesi) söz konusuysa SGK ayrıca bir inceleme yapmaksızın anlaşma belgesindeki hususlara göre tescil ve tahakkuk işlemleri yapabilecektir. Bu durumlarda düzenlenecek olan ek veya asıl nitelikteki prim belgeleri nedeniyle 5510 sayılı Kanun'un 102 nci maddesi uyarınca idari para cezası uygulanıp uygulanmayacağı hususu oldukça tartışmalıdır. Kanaatimizce 2020/20 sayılı Genelge'de yer alan; *"Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanları çalıştıranlar yönünden, öngörülen sürelerde verilmemiş olmakla beraber, arabuluculuk faaliyeti sonunda tanzim edilen ve ilam niteliğinde bulunan anlaşma belgesi uyarınca sigortalı için verilmesi gereken asıl veya ek nitelikteki aylık prim ve hizmet belgelerinin arabuluculuk anlaşma belgesinin ilam niteliğini kazandığı tarihi takip eden ayın 23'üne kadar, Kuruma, e-sigorta kanalıyla gönderilmesi veya kağıt ortamında verilmesi halinde yasal süresi içinde verilmiş kabul edilir"* şeklindeki açıklama gereğince idari para cezası uygulanmaması gerekmektedir. Bu durum da kayıtdışı yapılan çalıştırmanın karşılığında herhangi bir yaptırım uygulanmamasını ortaya çıkartacaktır. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki Genelge hükmü sadece prim belgeleri ile ilgili bir durumu açıkladığından, kayıtdışı çalışma durumunda sigortalı tescili nedeniyle idari para cezası uygulanması gerekmektedir.

Ayrıca bazı durumlarda arabuluculuk anlaşma belgesinde, işçinin işten çıkarılma nedenleri ve dolayısıyla işten çıkış kodlarına ilişkin sonuçlara yer verilmekte ve hem işçi hem de işveren tarafınca bu durum kabul edilerek imza altına alınmaktadır. Şayet SGK ve İş-Kur kayıtlarında bulunan ve

işverence ilk beyan edilen işten çıkış nedeni ile anlaşma belgeleri uyumsuzluk gösterirse ne şekilde işlem yapılacağı da tereddütlere neden olmaktadır. Örneğin, “3-Belirsiz süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından feshi (istifa)” koduyla çıkış yapılan bir durumda işçinin işsizlik sigortasından faydalanarak işsizlik ödeneği alması söz konusu olmayacaktır. Böyle bir durumda arabuluculuk anlaşma belgesinde istifa şeklinde işten ayrılma olmadığı kabul edilir ve taraflarca imza altına alınırsa işsizlik ödeneğinden faydalanılması gerektiği, başka bir deyişle anlaşma belgelerinde işten çıkış kodlarına ilişkin değişiklik yapılabileceği kanaatindeyiz.

4.2. Anlaşma Belgesinde Yer Alan Ödemelerin Prime Esas Kazanca Dahil Edilmesi

2020/20 sayılı Genelge’ye göre, arabuluculuk faaliyeti sonunda tanzim edilen ve ilam niteliğinde bulunan anlaşma belgesi uyarınca sigortalı için asıl veya ek nitelikteki prim belgesinin verilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla anlaşma belgesinde sigortalıya ücret veya ücret niteliğinde bir ödeme yapılması hususunda taraflarca anlaşmaya varılması durumunda, bu ödemeler prime tabi tutulacaktır. Tarafların işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaya varmaları halinde üç husus anlaşma metninde yer almalıdır. Bunlar, işçinin işe başlatma tarihi, ücret ve diğer haklar (yani işçinin çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar ödenecek olan doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları) ve işçinin işe başlatılmaması durumunda ödenecek tazminatın parasal miktarıdır (Özekes, 2018: 300).

İş uyuşmazlıkları neticesinde arabuluculuk anlaşma belgeleri düzenlenirken şayet işçiye geçmişe dönük ödemeler yapılması konusunda anlaşılırsa bu ödemelerin niteliğinin ayrı ayrı belirlenmesi önem arz etmektedir. Nitekim yapılacak ödemelerin bir kısmı prime esas kazanca tabi tutulması gerekirken (fazla mesai, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri, hafta tatili, yıllık izin ücreti, yemek parası, çocuk ve aile zammı gibi) bir kısmı prime esas kazanca tabi tutulmaması söz konusudur (kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı, sendikal tazminat alacağı gibi). Arabuluculuk görüşme ve müzakereleri sonunda alacaklar veya tazminatlar yönünden anlaşmaya varılmışsa hangi alacak kalemleri bakımından anlaşıldığının, ödenecek

miktarın, faiz türü ve başlangıç tarihinin veya faizsiz olarak ödeneceğinin anlaşma tutanağına yazılması gerekir (Çil, 2018: 30). Ancak genellikle arabulucu anlaşma belgelerinde bu tür ödemelerin tümü toplanmakta ve tek kalem halinde yazılmaktadır. Bu durum da yapılan ödemelerin ne kadarının prime tabi tutulup tutulmayacağı sorununu beraberinde getirmektedir.

2020/20 sayılı Genelge’de arabuluculuk anlaşma belgelerinde yapılan ödemelere toplam olarak yer verilmesi halinde ne şekilde prime tabi tutulacağı hususunda bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak aynı Genelgede, ikale sözleşmeleri için yapılan açıklamada; ikale sözleşmesi ile kararlaştırılan ikale bedelinin hangi kalem alacakları/tazminatları kapsadığına yer verilmemesi başka bir deyişle ayırım yapılmaması halinde ikale bedeli adı altında yapılan tüm ödemelerin sigorta primine tabi tutulması gerektiğinden bahsedilmiştir. Emsal bir uygulama olması açısından anlaşma belgelerinde yer alan tutarlar için de toplu olarak yazılan ödemelerin tümünün sigorta primine tabi tutulması yerinde olacaktır.

Ayrıca, anlaşma belgesinde belirlenen tutarların brüt mü net mi olduğunun da açık bir şekilde yazılması önem arz etmektedir (Çil, 2018: 30). Nitekim bu tutarların brüt ya da net yazılması sigorta primine esas kazancın belirlenmesini doğrudan etkileyecektir. Anlaşma tutanağında kararlaştırılan miktarın brüt veya net olduğu belirtilmemişse brüt olduğu kabul edilmeli ve yasal kesintiler ödeme anında yapılmalıdır (Çil, 2018: 30).

4.3. Ödemelerin Tabi Olduğu Ayın Belirlenmesi

2020/20 sayılı Genelge’de, arabuluculuk anlaşma belgesinde yer alan ve prime esas kazanca tabi tutulması gereken ödemelerin hangi ayın kazanca dahil edileceğine ilişkin bir açıklama da bulunmamaktadır.

Burada işçi alacaklarına ilişkin düzenlenen denetim elemanı raporları ve mahkeme kararlarında olduğu gibi hareket etmek yerinde olacaktır.

Nitekim 2020/20 sayılı Genelge’de “İşverenlere yönelik olarak açılan alacak davalarında alınan kararlara ilişkin yapılacak işlemler” başlığı altında “Alacak davasına konu olan dönemlere ilişkin kazançların ücret olması halinde;

öncelikli olarak mahkeme kararında dönemler belliyse ücret kazançları ilgili aylara mal edilecektir. Ücretin dönemi belli değilse mahkemeden konu hakkında bilgi alınacaktır. Söz konusu ücret alacaklarının dönemleri mahkemeden temin edilmesi halinde ilgili aylara temin edilememesi halinde ise alacak davasına konu olan dönemdeki sigortalılık bildirimi yapılan son ayın, kazancına mal edilecektir.” açıklaması yer almaktadır.

Bununla birlikte, “Mahkeme kararındaki ücret ve ücret dışı ödemenin birlikte bildirilmesi (ayrıştırılmaması) halinde; mahkemeden ücret ve ücret dışı ödemelerin ayrı ayrı miktarları ve hangi aylara ait olduğu istenecek, bildirilmesi halinde ücret ve ücret dışı alacaklara uygulanan işlemler yapılacak, bildirilmemesi halinde ise ücret ve ücret dışı ödemelerin toplamı alacak davasına konu olan dönemde prime esas kazanç bildirimi yapılan en son ayın kazancına mal edilecektir.” açıklaması yer almaktadır.

Dolayısıyla yapılan ödemelerin hangi dönemlere ait olduğu anlaşma belgesinde belirtilmişse o dönemlere ait kazanca; belirtilmemişse akdin fesh edildiği ayın kazancına dahil edilmesi gerekmektedir.

4.4. Anlaşma Belgesinin İstihdam Teşvik ve Desteklerine Etkisi

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, arabuluculuk sonucunda geçmişe dönük olarak verilen muhtasar ve prim hizmet beyannameleri arabuluculuk anlaşma belgesinin ilam niteliğini kazandığı tarihi takip eden ayın 26’sına kadar verilmesi halinde süresinde verilmiş sayılacağından herhangi bir idari para cezası uygulanması söz konusu olmayacaktır. Aksi halde; arabuluculuk anlaşma belgesinde yer alan ödemelere ilişkin muhtasar prim hizmet beyannamesinin hiç verilmediği veya süresi dışında verildiği gerekçesiyle 5510 sayılı Kanunun 102. maddesinin birinci fıkrasının m/4 bendine göre idari para cezası uygulanması gerekecektir⁹.

9 Söz konusu idari para cezasının tutarı işyerinin niteliğine göre farklılık göstermektedir. Buna göre;
- Kamu idareleri ile 213 sayılı Vergi Usul Kanunu uyarınca bilanço esasına göre defter tutmak zorunda olanlar hakkında asgari ücretin üç katını geçmemek üzere sigortalı başına aylık asgari ücret tutarında,

Ancak bu noktada karşımıza arabuluculuk anlaşma belgelerinin mahkeme kararı niteliğinde sayılarak Kurum iş ve işlemlerinde mahkeme ilamı vasfında kabul edilmesi nedeniyle istihdam teşvik ve desteklerinden yasaklanma söz konusu olup olmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Ülkemizde sigorta prim teşvikleri yıllardır farklı şekillerde ve farklı kapsamlarda uygulanmaktadır. Nitekim 2020 yılı itibariyle 14 farklı sigorta prim teşviki uygulanmaya devam etmektedir. Söz konusu sigorta prim teşvikleri bazı durumlarda işverenler açısından ortadan kalkabilmekte, diğer bir deyişle işverenler teşviklerden yasaklanabilmektedir. Söz konusu ortadan kalkma sebepleri 6824 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹⁰ yayınlanmadan önce oldukça dağınıkken söz konusu Kanun ile 5510 sayılı Kanun'a eklenen Ek 14 üncü madde birkaç istisna haricinde birleştirilmiştir.

5510 sayılı Kanun'un Ek 14 üncü maddesine göre, mahkeme kararıyla veya yapılan kontrol ve denetimlerde çalıştırdığı kişileri sigortalı olarak bildirmediği veya bildirilen sigortalıyı fiilen çalıştırmadığı tespit edilen işyerleri ilk tespitte bir ay süreyle, ilk tespit tarihinden itibaren üç yıl içinde tekrar eden her bir tespit için ise bir yıl süreyle sigorta primi teşviklerinden yararlanamayacaktır.

Buna göre işyerinde kayıtdışı çalıştırmanın veya sahte sigortalılığı;

1. Yapılan kontrol ve denetimlerle,
2. Mahkeme kararları ile,

tespit edilmesi halinde teşvikten yararlanılması mümkün değildir. Bu durumlarda teşviklerden belli sürelerle yararlanamama söz konusu olacaktır.

- Diğer defterleri tutmak zorunda olanlar hakkında asgari ücretin iki katını geçmemek üzere sigortalı başına yarım asgari ücret tutarında,
- Defter tutmakla yükümlü olmayanlar hakkında aylık asgari ücreti geçmemek üzere sigortalı başına asgari ücretin üçte biri tutarında,
idari para cezası uygulanmaktadır.

10 Yayınlandığı Resmî Gazete: Tarih: 08/03/2017, Sayı: 30001

Sigorta prim teşviklerinden yasaklanma halleri ele alınırken arabuluculuk anlaşma belgelerinin etkilerinin de üzerinde durulması gerekmektedir. Çünkü anlaşma belgelerinin mahkeme kararları gibi nitelendirilmesi ve prim belgesinin takip eden ayın 26'sından sonra işverence verilmesi halinde işverenlerin sigorta prim teşviklerinden yasaklanmaları ve hatta geçmişte yararlandıkları teşvikleri faiziyle geri ödemeleri söz konusu olabilecektir. Ancak gerek yasal düzenlemelerde gerekse de Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından çıkartılan genelgelerde bu konuya ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Buna karşın bir genel yazıda ve Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü'nün bir görüş yazısında bu konuya değinilmiştir.

SGK Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü 2018 yılında verdiği bir görüşte¹¹, arabuluculuk sözleşmesini mahkeme ilamı olarak nitelendirmekte ve bunun neticesinde geçmişe dönük verilen prim belgeleri sebebiyle asgari ücret desteğini iptal edip geçmişte yararlanılan tutarların da faiziyle iadesini uygun görmektedir. Ancak söz konusu bu görüş hatalı ve kişileri mağdur edip gereksiz yargısal süreçlerin başlamasına neden olacak niteliktedir. Sebeplerini şu şekilde açıklayabiliriz:

Öncelikle arabuluculuk sözleşmelerinin mahkeme ilamı niteliğinde sayılması 6325 sayılı Kanun'un 18 inci maddesine dayanmaktadır ve bu maddede belgenin, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılacağı belirtilmektedir. Nitekim SGK'nın 58882267 sayılı ve 21/11/2017 tarihli Genel Yazısı da bu yöndedir. Ancak burada üzerinde durulması gereken nokta ilam niteliğinde sayılmanın hangi durumlarda söz konusu olacağıdır. Kanaatimizce ilam niteliğinde sayılma hususu işçinin arabuluculuk faaliyeti neticesinde ortaya çıkan alacaklarının tahsil edilmesi açısından getirilmiş bir düzenlemedir. Bunun dışındaki bir yorum kanun metni lafzının geniş yorumlanmasına ve arabuluculuk faaliyetinin amacı dışında istenmeyen sonuçlara sebebiyet vermesine neden olacaktır. Dolayısıyla Sosyal Güvenlik Kurumu'nun verdiği görüşte madde hükmündeki lafzı geniş yorumlayıp ruhunu göz ardı etmesi hatalı olmuştur.

Değınmemiz gereken ikinci nokta ise arabuluculuk faaliyetinin sonucundan Sosyal Güvenlik Kurumu'nun nasıl haberdar olduğudur. Sigorta

11 SGK Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü'nün 27/09/2018 tarih ve 12627333 sayılı görüşü

prim teşviklerinden yasaklanma halleri dikkatlice incelendiğinde görülecektir ki hepsinde işverenin isteği dışında Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından tespit edilme veya haberdar olma durumları söz konusudur. Bunlar yukarıda da belirttiğimiz gibi mahkeme kararı ile, SGK denetimleri ile veya diğer kurumlardan alınan bilgi ve belgeler iledir. Ancak arabuluculuk faaliyeti ve belgesini bu şekilde nitelendirmek doğru olmayacaktır. Arabuluculukta, ortada verilen bir yargı kararı veya düzenlenmiş bir rapor yokken işveren ve işçi anlaşmakta ve bu anlaşma neticesinde işveren kendiliğinden prim belgelerini Sosyal Güvenlik Kurumu'na vermektedir. Bu sebeple sigorta prim teşvikinden yasaklanma da doğru değildir.

Nitekim belirtmemiz gerekir ki taraflar mahkeme huzurunda anlaşma belgesinden hiç söz etmeden, mahkeme dışında sulh olduklarını beyan ederlerse dahi hâkimin arabuluculuk anlaşma belgesinden kendiliğinden haberi olamayacağı için bu hâlde taraf beyanları çerçevesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun sulh hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır (Akkan, 2018: 27). Dolayısıyla nasıl ki işverenin herhangi bir yargı kararı veya tespit olmadan kendiliğinden geçmişe dönük prim belgesi vermesi sigorta prim teşviklerinden yasaklanmaya gerekçe oluşturmuyorsa arabuluculuk faaliyeti sonucunda düzenlenen belge nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumu'na geçmişe dönük prim belgesi verilmesi de sigorta prim teşviklerinden yasaklanmaya neden olmamalıdır.

Sonuç

İş uyuşmazlıkları neticesinde düzenlenen arabuluculuk anlaşma belgelerinin içerdiği bilgiler sosyal güvenlik işlemleri için oldukça önemlidir. Nitekim arabuluculuk faaliyeti sonucunda işçiye geçmişe dönük ödemelerin yapılması söz konusu olabilecektir. Bu durumda da karşımıza bazı soru işaretleri çıkmaktadır. Söz konusu soru işaretlerinin sebebi ise Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yayınlanan ikincil mevzuatta yeterli bilgi ve açıklamaların bulunmamasıdır. Ancak burada belirtmek gerekir ki arabuluculuğa yönelik genel sorunlar da bulunmakta olup mevzuatın aksayan yönlerinin gözden geçirilmesi, hatta mümkünse yeni bir yasanın hazırlanarak konuya ilişkin dağınık yapının giderilmesi de gerekmektedir (Akin, 2020: 17).

Arabuluculuk anlaşma belgelerinin sosyal güvenlik işlemleri açısından ortaya çıkardığı başlıca üç sorun bulunmaktadır. Bu sorunlar; anlaşma belgesinde yer alan ücret ve ücret niteliğindeki ödemelerin prime esas kazanca nasıl dahil edileceği, ücret ve ücret niteliğindeki ödemelerin hangi ayın kazancına tabi tutulacağı ve anlaşma belgesinin istihdam teşvik ve desteklerine etkisinin nasıl olacağı ile ilgilidir. Bu sorunlardan ilk ikisi sosyal güvenlik işlemlerindeki emsal düzenlemeler ile çözülebilse de tereddütlerin giderilmesi bakımından gerekli ikincil mevzuat düzenlemelerinin yapılması yerinde olacaktır.

Arabuluculuk anlaşma belgelerinden kaynaklanan üçüncü sorun olan teşvik ve desteklerden yasaklanma hususunun ise ayrıca ele alınması gerekmektedir. Nitekim arabuluculuk belgelerinin mahkeme kararları gibi nitelendirilmesi halinde işverenlerin sigorta prim teşviklerinden ve desteklerinden yasaklanmaları ve hatta geçmişte yararlandıkları teşvikleri faiziyle geri ödemeleri söz konusu olabilecektir.

Sosyal Güvenlik Kurumu uygulamada arabuluculuk belgesini mahkeme kararları ile eşit tutmakta ve dolayısıyla da arabuluculuk belgesi esas alınarak geçmişe dönük ve Genelge'de belirtilen süre dışında prim belgesi verilmesi halinde sigorta prim teşvikinden yasaklama işlemlerini gerçekleştirmektedir. Ancak söz konusu yaklaşım; ilam niteliğinde sayılma hususunun işçinin arabuluculuk faaliyeti neticesinde ortaya çıkan alacaklarının tahsil edilmesi açısından getirilmiş bir düzenleme olması, aksi yönde yapılacak geniş bir lafzi yorumun işveren mağduriyetlerine neden olacağı ve arabuluculuk belgesi gerekçe gösterilerek geçmişe dönük prim belgesi verilmesinin işverenin kendiliğinden bildirmesi şeklinde nitelendirilmesi gerektiği göz önünde bulundurulduğunda oldukça hatalıdır. Ayrıca uygulamanın bu şekilde yürütülmesi halinde, bazı işverenlerin bu yaptırımla muhatap olmamak adına anlaşma belgesini imzalamaya yanaşmaması muhtemeldir. Öyle ki işverenin anlaşmaya yanaşmadığı durumlarda işçi iş mahkemesine başvursa bile, mahkeme kararının kesinleşmesinden önce muhtasar ve prim hizmet beyannameleri işveren tarafından verilmesi durumunda, kendiliğinden verilmiş kabul edilmekte ve teşvikten/destekten yasaklanma söz konusu olmayacaktır. Bu sebeplerle Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından konunun yeniden ele alınması ve konuyu aydınlatıcı en azından Genelge niteliğinde bir düzenleme yapması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akın, Levent. (2019). Dava Şartı Arabuluculuk Sistemine İlişkin Güncel Değerlendirme ve Öneriler. Çimento İşveren Dergisi. 33 (5), 8-15.
- Akın, Levent. (2020). İkinci Yılında Dava Şartı Arabuluculuk Alanında Gelişmeler ve Öneriler. SGD-Sosyal Güvenlik Dergisi. 10 (1), 1-18.
- Albayrak, Hakan. (2018). Eşitlik Ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu. Gaziantep University Journal of Social Sciences. 17 Etik Özel Sayı, 12-24.
- Akkan, Mine. (2018). Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 20 (2), 1-28.
- Astarlı, Muhittin. (2017). 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4857 Sayılı İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi. Sicil İş Hukuku Dergisi. 38, 40-53.
- Aşçı, Mehmet Saim. (2019). Zorunlu Arabuluculuk Uygulamasının Olumlu ve Olumsuz Yönleri. Uluslararası Hukuk ve Sosyal Bilim Araştırmaları Dergisi. 1 (2) , 80-91.
- Bakırcı, Kadriye. (2019). Alternatif Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu (Arabuluculuk) Aracılığıyla "Alternatif" İş Hukukuna Doğru. Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 2019 (140), 355-392.
- Çil, Şahin. (2018). Zorunlu Arabuluculuk Görüşmelerinde Son Tutanak, İnşaat Sanayii Dergisi, 165, 26-35.
- Ekmekçi, Ömer, Özkes, Muhammet, Atalı, Murat. (2018), Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk (6325 sayılı HUAK/7036 sayılı İş MK. ve Diğer Mevzuat Kapsamında), İstanbul, On İki Levha Yayınları.
- Güzel, Ali. (2016). İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!... Çalışma ve Toplum Dergisi. 3, 1131-1146.
- Karacabey, Kürşat. (2016). Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar. Ankara Barosu Dergisi. 2016 (1), 457-489.
- Korkmaz, Fahrettin, Kıyak, Emre. (2018). 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 4 (1) , 31-56.
- Lokmanoglu, Salim Yunus. (2018). İş Mahkemeleri Kanunu Işığında Arabuluculuk Kavramı. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. (33) , 863-885.
- Özkes, Özlem. (2018). İşe İade Taleplerinde Dava Şartı Olan (Zorunlu) Arabuluculuk. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2018 (138), 273-316.
- Şahin Emir, Asiye; Kaymaz Tepe, Büşra. (2018). İş Uyuşmazlıklarına İlişkin İbra Hükmi İçeren Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi. Çalışma ve Toplum. 2018/3, 1481-1508.
- Yağcıoğlu, Kaan Muharrem. (2018). Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculuğun İş Yargılamasına Etkileri. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 20 (2) , 457-486.
- Yavuz, Mustafa. (2019). Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk. Gümrük ve Ticaret Dergisi. 5 (15) , 52-61.
- Yıldırım, Ferhat. (2016). Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk. International Journal of Social Sciences and Education Research. 2 (3), 748-762.

TÜRKİYE VE İNGİLTERE’DEKİ İŞ HUKUKU ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI’NIN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ MD 6(1) BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Av. Mustafa NALBANT*

Özet

Frank Sander’ in 1976 yılında Amerika’daki Pound Konferansı’nda yaptığı konuşma AUÇY nin başlangıcı kabul edilmektedir. 1990’lara gelindiğinde ise AUÇY hukukun birçok alanında kullanılmaya başlanmıştır ve iş davaları da yaygın kullanım alanlarından biri olmuştur. İngiltere ise bu dönemde bu trendin daima bir parçası olmuştur. Bu bağlamda 2002 yılında is davalarını mahkeme dışında çözüme kavuşturmak için zorunlu bir AUÇY mekanizması benimsemiş fakat bu mekanizma istenilen faydayı vermemiştir. 2010’lu yıllara gelindiğinde İngiltere artık gönüllü bir arabuluculuk sistemi benimsemektedir ve birçok kez yargısal olan ve yargısal olmayan AUÇY yollarını tarafların istifadesine sunmaktadır. Türkiye ise 2012 yılında Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile bireysel iş hukukunda AUÇY dünyasına adım atmış ve is hukuku özelinde elde edilen pozitif sonuçlar neticesinde zorunlu arabuluculuğa (mediation) geçiş yapmıştır.

İki ülke de mahkemelerin is yüklerinin artması nedeniyle tarafları AUÇY’ye yönlendiren ve içerisinde zorunluluk unsurları barındıran sistemler benimsemiştir. Ama bir ülkedeki zorunluluğun yoğunluğu diğer bir ülkedeki ‘zorunluluk’ kavramı aynı anlamı ifade etmeyebilir. Diğer bir deyişle, bir sistem ne tamamen gönüllü ne de tamamıyla zorunludur; yasaların içerisindeki bazı unsurlar sistemi daha gönüllü veya daha zorunlu hale getirebilir. Bu konuda bu yasal sistemlerin içerisindeki zorunluluğun yoğunluğunu belirlemek için Quek’ in ‘Continuum of Mandatoriness

* Avukat, Nottingham Üniversitesi, Doktora Öğrencisi (PhD Candidate). <https://orcid.org/0000-0001-7710-3188>

(Zorunluluğun Sürekliliği)’ adını verdiği bir ölçek ortaya sürmüştür. Bu bildiride öncelikli olarak bu ölçek tanıtılacak daha sonra Türkiye’nin ve İngiltere’nin bu ölçek üzerindeki yeri belirlenmeye çalışılacaktır.

Quek’in ölçeği farklı derece zorunluluk örnekleri içeren 5 farklı tipi öngörmüştür. Birinci seviye tarafların süreci başlatmada bitirmede tamamen serbest oldukları; ikinci seviye, tarafların AUÇY nin ne ölçüde uygun bir sistem olduğunu düşünmeye yönlendiren ama reddetme durumunda herhangi bir müeyyide öngörmeyen; üçüncü seviye, yine tarafları sistemin uygunluğunu düşünmeye yönlendiren ama sebepsiz reddetme durumunda müeyyide öngören, dördüncü seviye; AUÇY’yi mahkemeye gidebilmenin bir koşulu olarak düzenleyen ancak belirli türden davalara istisnalar tanıyan; besinci seviye, istisnasız bir şekilde AUÇY’yi mahkemeye gidebilmenin bir koşulu olarak düzenleyen ve aynı zamanda sebepsiz yere katılmayı reddetme durumunda müeyyideler içeren sisteme referans etmektedir. Burada vurgulanması gereken diğer bir nokta ise zorunluluk derecesi arttıkça, mahkemeye erişim hakkını garanti altına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesini ihlal etme riskinin de artmış olmasıdır.

İngiltere iş davalarının çözümü için 2 farklı yargı yolu benimsemiştir; 25.000£ altındaki talepler için taraflar İş Mahkemelerine (Employment Tribunal) a gidebilirken 25.000£ üstündeki talepler için Genel Hukuk Mahkemelere (Civil Court) başvurmaları gerekmektedir. Bu iki mahkeme ayrı usul kuralları ve ayrı AUÇY mekanizmaları içermektedir. İş mahkemelerindeki sisteme bakıldığında, dava açmadan önce tarafları early conciliation certificate (erken uzlaşma sertifikası) adı verilen bir dokümanı almayla zorlamaktadır ve bu dokümansız yapılan başvurular reddedilmektedir. Bu sertifikayı alabilmek için taraflar ACAS ismi verilen bir AUÇY Kurumu ile irtibata geçmek zorundadır ancak uzlaşma görüşmelerine katılmak zorunda değildirler. Yani taraflar sadece uzlaşma (conciliation) görüşmesine katılmak istemediklerini belirterek bu sertifikayı alabilmek mümkündür. Genel mahkemelerdeki sistem ise hâkim veya davanın diğer tarafı arabuluculuğa gitme teklifinde bulunursa ve bu kişi sebepsiz yere bu teklifi reddederse mahkemenin reddeden tarafı yargılama masraflarıyla cezalandırabilme yetkisi vardır. Türkiye ise arabuluculuğu dava şartı olarak düzenlemiş

ve arabuluculuk görüşmesine katılmayı sebepsiz reddeden tarafları davayı kazansa da mahkeme maliyetleri ile cezalandırmaktadır; ancak, iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat zorunluluğa istisna olarak öngörülmüştür.

İngiltere' nin tarafları sertifika almaya zorlaması fakat AUÇY nin ne ölçüde uyumsuzluğa uygun olduğunu düşünme görevi yüklenmediğinden dolayı ölçek içindeki yeri birinci ile ikinci seviye arasında olmalıdır. Genel mahkemelerindeki AUÇY ise sebepsiz arabuluculuk görüşmesine katılmayan kimselere müeyyide öngördüğünden üçüncü seviyeye yerleştirilmelidir. Is mahkemeleri kanunumuz ise bazı istisnalar barındırmasına rağmen sebepsiz yere arabuluculuk görüşmelerine katılmayan tarafı cezalandırıldığından zorunlu arabuluculuk sistemimiz dördüncü ile beşinci seviye arasında olmalıdır.

AIHS'nin garanti altına aldığı mahkemelere erişim hakkı kesin değildir ve bazı sınırlandırmalara tabi tutulması mümkündür ancak bu sınırlamaların hakkın özünü ihlal etmemelidir. Ancak burada önemli olan AUÇY nin mahkemeye ulaşımın zorunlu koşulu olması AIHS nin 6. maddesini ihlal edip etmediğidir. Bu tür düzenlemelere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM) orantılılık (proportionality) testi uygulamaktadır ve bu yasanın *gerekli olup olmadığını ve uygun bir düzenleme olduğunu* incelemektedir.

İngiltere'deki (400.000) ve Türkiye'deki (569.000) dava sayılarına bakıldığında, en azından gereksiz bir düzenleme diyemiyoruz. AIHM bir kararında üye devletler arasında trend düzenlemenin *gerekli* olması için yeterli görmüştür. AB' nin 2008 mediation direktifleri zorunlu arabuluculuğu üye devletlerin takdir yetkisine bırakmıştır ve sonuçta Polonya, Slovakya gibi ülkeler direktif kurallarını bireysel is davalarını çözmek için kullanmaktadır. Avrupa Adalet Mahkemesi ise bir kararında eğer mahkeme sürecinde aşırı gecikmeye sebep olmuyorsa, zamanaşımı nedeniyle hak kaybına neden olmuyorsa ve aşırı derecede pahalı değilse dava şartı olarak arabuluculuğun düzenlenebileceğine karar vermiştir.

Yukarıdaki bilgiler ışığında dava şartı arabuluculuk AIHS ye ve AIHM içtihatlarına uygun olduğunu düşünmekteyim. Ancak iki husus; sebepsiz yere arabuluculuk görüşmesine katılmayı reddeden tarafı devamındaki

mahkeme sürecinde cezalandırması (bu durum İngiltere'deki genel mahkemeleri giden iş davaları için de geçerlidir) ve AUÇY sonunda imzalanan tutanakların niteliği md 6'yi ihlal etme potansiyeli söz konusudur.

Öncelikli olarak sebebin geçerli sebep olmaksızın katılmama ifadesi subjektiftir. Mahkemede kesin kazanacağına inanmak, ya da arabuluculuğun basarisiz olacağına inanmak geçerli bir sebep olup olmadığı muammadır. Bu belirsizlik ayrıca herhangi bir nedenle arabuluculuk duruşmasına katılmayan tarafı muhtemel mahkeme masraflarıyla karşılaşmak korkusuyla dava açmasını engelleyebilecek bir faktördür. Ayrıca 'restorative justice' anlayışı uyumsuzluk hiç yaşanmamış gibi olmasını ve mağduriyetin giderilmesini hedeflemektedir ancak burada taraflar hakkı olduğu bir davada cezalandırılabilme ihtimalini ihtiva etmektedir. İngiltere genel mahkemelerdeki iş davaları bakımından ise, bu subjektifliğin tarafları müeyyide korkusuyla anlaşmaya zorlayabileceğinden dolayı potansiyel 6. maddenin ihlali olabileceği ifade edilmiştir.

Diğer bir husus ise, İngiltere'de ve Türkiye'de arabuluculuk tutanakları bağlayıcı sözleşmelerdir (kesin hüküm) ve bunlarla alakalı uyumsuzluklar için is yargılamasına devam edilebilme ihtimali söz konusu değildir. Ve hata hile tehdit gibi iradeyi sakatlayıcı durumlar da bile kişi is yargılamasından uzak tutulmaktadır. Mahkemeye erişim hakkı sadece arabuluculuk veya uzlaşma sürecinde uyumsuzluklarını çözemeyen kişiler için değil bir uyumsuzluğa dâhil olan herkesin hakkıdır. Bu durum iki ülke için geçerlidir ve madde 6'yi ihlal edebileceği ihtimalinden dolayı eleştirilere açıktır.

Sonuç olarak, dava şartı zorunlu arabuluculuk sisteminin önemli bir gecikmeye sebep olma ihtimali olmadığından ve basarisiz olma durumunda ücretsiz olması nedeniyle ve mahkeme yolu kapanmadığından AIHS 6(1) ihlaline sebep olmayacaktır. Nitekim AYM de bu doğrultuda karar vermiştir. Ancak usul kurallarındaki belirsizlikler ve subjektiflikler ve AUÇY sonundaki imzalanan tutanakların is ilişkisinin taraflarını bu kişilere özgülenmiş olan is yargılamasına gitmesini engelleyebilecek bir faktör olabileceğinden AIHS 6(1) aykırılık oluşturabilecektir.

Anahtar kelimeler: AUÇY, Arabuluculuk, Zorunlu, Mahkemeye Erişim Hakkı, İş Hukuku

Frank Sander's speech at the Pound Conference in the United States in 1976 is considered as the beginning of the ADR. When it comes to 1990s, ADR started to be used in many areas of the law, and employment dispute became one of the common areas of use. England has always been a part of this trend during this period. In this context, a compulsory ADR mechanism was adopted in 2002 to resolve employment disputes to resolve them the outside of the court, but this mechanism did not give the desired benefit. Since 2008, the UK has been adopting a voluntary mediation system and it offers judicial and non-judicial LRM to the benefit of the parties. In contrast, Turkish Mediation Law in Turkey in 2012 has taken a step into the world of individual employment disputes and then, after receiving positive results, compulsory mediation has been introduced to resolve employment disputes.

Due to the increase in the caseload in litigation, both countries have adopted systems that direct the parties to the ADR mechanism and that include compulsion elements. But the intensity of the compulsion elements in one country may not mean the same as the concept of 'compulsory' in another country. In other words, a system is neither completely voluntary nor completely compulsory; some elements within the laws may make the system more voluntary or more compulsory. In order to determine the intensity of the mandatoriness within these legal systems in, a scale called "Continuum of Mandatoriness" by Quek has been introduced. In this paper, it will initially be introduced this scale, and then Turkey's and the England's position on this scale will be determined.

Quek's scale has stipulated 5 different types containing the different degrees of compulsion. The *first* level refers to totally discretionary ADR system meaning that parties are entirely free to commence and to bring an ADR proceeding to an end; the *second* level refers to a system that parties are pre-required to assess whether ADR is an appropriate alternative to resolve the dispute but without sanctions; the *third* level stipulates a system pre-requesting disputants to consider the appropriateness of ADR system but with a sanction; the *fourth* level refers to a mandatory ADR system with provisions involving an opt-out system or exemptions; the *fifth* level means

mandatory ADR system with no exemptions and cost sanctions for refusing to participate in ADR meetings. On this basis, the higher-level compulsion, the higher the Art 6 hurdle.

England has adopted two different judicial methods for the settlement of employment disputes; for claims less than £25,000, the parties can go to the Employment Tribunal, while claims over £25,000 must apply to the Civil Court. These two courts contain separate procedural rules and separate ADR mechanisms. Looking at the system in employment tribunals, it forces the parties to obtain a document called an 'early conciliation certificate' before filing a lawsuit, and applications made without this document are rejected. In order to obtain this certificate, parties must contact an ADR Institution called ACAS, but they do not have to participate in settlement negotiations. In other words, it is possible to get this certificate by just stating that the parties do not want to participate in the conciliation meeting. In the civil court system, if the judge or the other party of the case proposes to go to mediation and this person rejects this offer without any reason, the court has the authority to punish the rejecting party with the costs of a trial. Turkey regulated mediation as a pre-condition to action and the system punishes a party, who does not attend mediation meetings without any reason, in following court proceedings with the costs of litigation, even if the party wins the case. The Turkish system has a few exemptions to mandatory mediation, namely; the claim of compensation for pecuniary and non-pecuniary damages arising from occupational accidents or diseases.

Since English system forces the parties to receive certification, but it is not tasked with the suitability of the conflict to ADR methods, its place in the scale should be between the first and the second level. The ADR in the general courts, on the other hand, should be placed at the third level, as it sanctions the persons who do not participate in the mediation meetings without a legitimate reason. Our compulsory mediation system should be between the fourth and fifth level, though our Employment Courts Law includes some exceptions, the party that does not participate in mediation meetings without reason is punished with the cost of litigation.

The right of access to courts guaranteed by Art 6(1) ECHR is not certain and may be subject to some restrictions, but these restrictions should not violate the essence of the right. However, what is important here is whether ADR is a compulsory condition for access to court violates Art 6 of the ECHR. The European Court of Human Rights (AIHM) applies a proportionality test to such regulations and examines whether this law is *necessary* and an *appropriate* regulation.

The caseload in England (400,000) and Turkey (569 000) is taken into consideration, at least it can be said that they are unnecessary regulations. In this context, in one of ECtHR judgments, it has been found that trend regulation between member states might be sufficient to be regarded as *necessary*. The 2008 mediation directives of the EU left mandatory mediation to the discretion of member states, and as a result, countries such as Poland and Slovakia use the directive rules to resolve individual labour cases. On the other hand, the European Court of Justice has decided that mediation can be regulated as a pre-condition to action if it does not cause excessive delay in the court process, does not cause loss of rights due to the statute of limitations and is not extremely expensive.

In light of the information above, I think that mandatory mediation is in line with the ECHR and the ECtHR case law. However, two issues; there is a potential to punish the party who refuses to participate in the mediation meeting for no reason to be punished in the subsequent court process (this is also valid for the employment cases outgoing to the general courts in England) and the quality of the ADR agreement signed at the end of the ADR proceedings, there is a potential to violate Article 6.

Primarily, ‘unreasonably refusing’ is a subjective term. It is a mystery whether it is a valid reason to believe that he will definitely win in court, or that mediation will fail. This uncertainty is also a factor that can prevent a party that does not attend a mediation hearing for any reason from suing for fear of possible court costs. In addition, the understanding of “restorative justice” aims to make the conflict as if it never happened and to eliminate the damages suffered, but here the parties contain the possibility of being punished in a case where they are justified. In terms of employment

cases in England general courts, it was stated that this subjectivity could force the parties to agree to a mediation agreement with the fear of sanction, which could potentially be a violation of Article 6.

Another issue is that mediation agreement are binding contracts in Turkey and England (res judicata) and it is not possible to continue employment litigation for these mediation agreements even in situations such as mistakes, cheat, and undue influence. Nevertheless, the right of access to court is the right of everyone involved in a dispute, not just those who cannot resolve their dispute during the mediation or settlement process. This is the case for the two countries and is open to criticism as it may violate article 6.

As a result, mandatory mediation will not cause a violation of the AIHS 6 (1) since the compulsory mediation system is unlikely to cause a significant delay and since it is free of charge in case of failure and the court way is not closed. As a matter of fact, the Turkish Constitutional Court has also decided in this direction. However, since the uncertainties and subjectivity in the procedural rules and since the mediation agreements signed at the end of the ADR proceedings may be a factor that may prevent the parties of the employment relationship from going to the employment litigation specific to these persons. This situation may create a violation of Convention 6 (1).

Keywords: ADR, Mediation, mandatory, right to a fair trial, employment law

Giriş

Frank Sander'in 1976 yılında Amerika'daki Pound Konferansı'nda yaptığı konuşma AUÇY'nin başlangıcı kabul edilmektedir.¹ 1990'lara geldiğinde ise AUÇY hukukun birçok alanında kullanılmaya başlanmış ve iş davaları da yaygın kullanım alanlarından biri olmuştur.² İngiltere ise bu

1 Frank Sander, *Varieties of Dispute Processing* (The National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice, Minnesota, April 1976).

2 Minawa Ebisui, Sean Cooney, Colin Fenwick, "Resolving Individual Labour Disputes: A General Introduction" in *Resolving Individual Labour Disputes: A Comparative Overview*, ed. Minawa Ebisui, Sean Cooney, Colin Fenwick (International Labour Organisation 2016), 1.

dönemde bu trendin daima bir parçası olmuştur. Bu bağlamda 2002 yılında iş davalarını mahkeme dışında çözüme kavuşturmak için zorunlu bir AUÇY mekanizması benimsemiş fakat bu mekanizma istenilen faydayı vermemiştir.³ 2010'lu yıllara gelindiğinde İngiltere artık gönüllü bir arabuluculuk sistemi benimsemektedir ve birçok kez yargısal olan ve yargısal olmayan AUÇY'yi tarafların istifadesine sunmaktadır. Türkiye ise 2012 yılında Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile bireysel iş hukukunda AUÇY dünyasına adım atmış ve iş hukuku özelinde elde edilen pozitif sonuçlar neticesinde zorunlu arabuluculuğa (mediation) geçiş yapmıştır.⁴

Medeni hakların ve yükümlülüklerin belirlenmesinde mahkemeye erişim hakkı veren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 6 Maddesi sözleşme organları tarafından atılan en önemli adımlardan biri olarak kabul edilmektedir.⁵ Bu madde demokratik bir toplumun üzerine inşa edildiği ve hukukun üstünlüğünü teminat altına alan yargının adalet yönetimindeki temel rolünü ifade eder.⁶ Bu yüzden, Madde 6(1) ile korunan haklar sözleşme sistemi içerisinde merkezi bir yer tutmaktadır.⁷

AİHS'nin 6(1) maddesi medeni hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde veya kendisine yöneltilen herhangi bir suç isnadında, herkes yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından makul bir süre içinde adil ve açık bir şekilde yargılanma hakkını ihtiva etmektedir. İngiltere ve Türkiye AİHS'nin taraf ülkeleri olduğu için kural olarak hukuk sistemlerini AİHS'nin 6. Maddesi uyarınca oluşturmak zorundadırlar.⁸

3 Michael Gibbons, *Better Dispute Resolution: A Review of Employment Dispute Resolution in Great Britain* (Department of Trade and Industry, 2007), 8.

4 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun Gerekçesi, 11.

5 Karen Reid, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights* (Sweet & Maxwell 2015), 127.

6 Dovydas Vitkauskas, Grigoriy Dikov, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması*, trans. Serkan Cengiz (Avrupa Konseyi 2018), 11.

7 Benadette Rainey, Elizabeth Wicks and Clara Ovey, *The European Convention on Human Rights* (Oxford University Press 2017), 274. Reid, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights* 127.

8 Vitkauskas *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması*, 16.

Madde 6(1)'in lafzından üç ana unsur çıkarılabilir. Bunlardan birincisi, hak ve yükümlülüklerin belirlenmesi için mahkemeye erişim hakkının garanti altına alınmasıdır.⁹ Bu temelde, herhangi bir AUÇY mekanizması tamamen zorunlu veya tamamen isteğe bağlı olmayabilir. Bu sistemler içerisinde sistemi daha gönüllü ya da daha zorunlu hale getiren bazı unsurlar olabilir. Zorunluluğun yoğunluğu arttıkça, 6. Maddenin ihlali olasılığı artacaktır. Dolayısıyla bu faktörler İngiltere ve Türkiye sistemlerinin tarafların mahkemelere erişim hakkını ne derecede ihlal ettiğini incelemeyi gerektirmektedir. Bu bağlamda, İngiltere'nin Erken Uzlaşma (Early Conciliation) hükümleri ve Medeni Usul Kurallarının (Civil Procedural Rules) (CPR) arabuluculukla ilgili hükümleri ve Türkiye'deki dava şartı olan zorunlu arabuluculuk müessesesi incelenecektir.

İkinci unsur ise AUÇY mekanizmalarının 'makul süre' üzerindeki etkileridir. Bu unsur AUÇY'nin zamanaşımını durduran hükümlerinin mahkemelere erişim hakkının ihlaline yol açıp açmadığını ve AUÇY süreçlerinin ortalama sürelerinin 'makul süre' ilkesini ihlal edip etmediğini incelemeyi gerektirmektedir. Mahkemeye erişim hakkının etkin bir şekilde sağlanmadığı ve bu hakların etkin bir şekilde korunamadığı durumlarda, İngiltere ve Türkiye'deki işçi ve işveren hakları korunması mümkün olmayacaktır. Bu hakların korunması için yeterli olup olmadıklarını anlamak için İngiltere'deki Erken Uzlaşma mekanizması ve Türkiye'nin zorunlu arabuluculuğunun zamanaşımı hükümleri ve arabuluculara ve uzlastırmacılara tanıyan müzakereleri bitirme süreleri hakkındaki hükümler analiz edilecektir.

Son unsuru belirtmeden önce, 'mahkeme' ya da 'tribunal' in anlamının yargı kurumlarıyla sınırlı olmadığı ve çeşitli işlevleri (idari, düzenleyici, yargılayıcı, danışma ve disiplin) haiz olan bir kurumun bir 'mahkeme' ya da 'tribunal' olmasını engelleyemeyeceği AIHM kararlarında belirtildiği vurgulanmalıdır.¹⁰ Bu nedenle, belirli bir konuyu ele almak için kurulmuş ancak mahkeme sistemi dışında uygun şekilde yönetilen herhangi bir yasal müessese, 'mahkeme' ya da 'tribunal' kapsamına alınmalıdır.¹¹ Bu bağlam-

9 Rainey, *The European Convention on Human Rights*, 285.

10 *Mutu and Pechstein v Switzerland* App No. 40575/10 (ECtHR, 2 October 2018) para 139.

11 Council of Europe, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*

da üçüncü unsur, tarafsız üçüncü kişilerin (uzlaştırmacılar ve arabulucular) ‘bağımsızlığı ve tarafsızlığı’dır. Bu bölüm, tarafsız üçüncü şahısların niteliklerinin iş hukuku uyumsuzlukları özelinde yeterli olup olmadığını ve bu kişilerin bağımsızlığına ve tarafsızlığına zarar verebilecek faktörleri inceleyecektir. Bu aşamada, ‘tarafsız üçüncü kişi’ terimi, arabuluculara ve uzlaştırmacılara atıfta bulunacaktır çünkü karşılaştırma ülkeleri varsayılan yöntem olarak farklı AUÇY mekanizması kullanmaktadır. (İngiltere’de uzlaştırma; Türkiye’de arabuluculuk). Böylelikle, oluşabilecek herhangi bir karışıklığın önlenmesi amaçlanmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi

AIHS 6. maddesi modern adalet sistemlerindeki iki temel yargılama kategorisi olan medeni ve ceza yargılamasına hususi üç fıkra içermektedir.¹² Ancak, sadece birinci fıkra özel hukuk uyumsuzluklarının çözümü ile ilgili olup, diğerleri ceza yargılamasına özgüdür. Örneğin, ikinci paragraf masumiyet karinesini kabul ederken, üçüncü paragraf ceza yargılamalarına uygulanması gereken asgari garantilerin bir listesini verir.¹³ Bu nedenle bu çalışma sadece Madde 6 (1) çerçevesinde bir inceleme yapacaktır.

AIHS’nin 6. Maddesi, Avrupa Birliği (AB)’nin hukuki temellerinden biri olan AB Temel Haklar Şartı’nın (EU Charter of Fundamental Human Rights) (CoFR) 47. Maddesi ile paraleldir ve 47. madde bu hukuki temelin en önemli maddelerinden biri olarak kabul edilmektedir.¹⁴ Özellikle 47. maddenin ‘herkesin daha önce yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından makul bir süre içinde adil ve açık bir şekilde yargılama hakkı olduğunu’ belirten 2. fıkrası AIHS madde 6 tarafından garanti altına alınan adil yargılama hakkını yansıtmayı amaçlamaktadır. Bu ilke hukukun üstünlüğünü destekleyen temel bir demokratik hukuk devleti ilkesidir.

(*Civil Limb*) (European Court of Human Rights, 31 August 2019) 34. erişim tarihi Eylül 11, 2020. https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_eng.pdf.

12 William Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary* (Oxford Publishing 2015), 271.

13 Ibid.

14 Dinah Shelton, “C. Sources of Article 47 Rights” in *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, ed. Steve Peers et al. (Hart Publishing 2014), 1209.

Madde 6 tarafların statüsüne, uyusmazlığın niteliğine ve yürürlükteki mevzuata (medeni, ticaret, vb.) ve konuyla ilgili yargı yetkisine sahip makamın niteliğine (olağan mahkeme, idari makam) bakılmaksızın uygulanabilir.¹⁵ Ayrıca, iş hukuku özelinde, 6. maddenin, özel şirket çalışanlarının işten çıkarılmasına ilişkin yargılamalar¹⁶ veya kamu görevlisi ile ilgili iş hukuku uyusmazlığını içeren sosyal konularla ilgili uyusmazlıklara da uygulanabileceği AİHM tarafından belirtilmiştir.¹⁷

İş hukuku ihtilaflılarını mahkeme dışı yollarla çözmeye yönelik teşvikler için kullanılan zorlama unsurlarının kullanılabilip kullanılamayacağı çok önemlidir çünkü bu zorunluluk unsurları Madde 6'nın bir ihlaline sebep olabilir. Bu bağlamda AİHM, madde 6 kapsamındaki mahkemeye erişim hakkından yasayla ve yahut baskı olmadığı sürece tahkim gibi bağlayıcı uyusmazlık çözüm methotlarını kabul ederek feragat edebileceğini kabul etmiştir.¹⁸ Karşılaştırılması yapılan her iki ülkenin de iş hukuku uyusmazlıklarındaki AUÇY'yi, farklı düzeylerde zorlayıcı unsur içermektedir ancak önemli olan husus bu zorlama unsurlarının mahkemeye gitme hakkının özüne zarar verip vermediğinin belirlenmesidir.

Bu bağlamda bu içerisinde zorunluluk barındıran bu sınırlamalar bireylerin ihtiyaçlarına ve kamunun kaynaklarına göre olmalıdır. Bu temelde, üye devletler, 'bireye bırakılan erişimi, hakkın özünü bozacak şekilde kısıtlamadan veya azaltmadan bu tür düzenlemeleri yapma konusunda bir 'takdir yetkisine (margin of appreciation)' sahiptir.'¹⁹ Diğer bir deyişle, düzenlemenin meşru bir amaç gütmeyeceği ve kullanılan araçlar ile aranan amaç arasında bir orantı olmadığı müddetçe sınırlama Madde 6(1) ile uyumlu olmayacaktır.²⁰ Bu prensip AİHM kararlarında karsimiza'orantılılık (proportionality)' ilkesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konteks içerisinde, aşağıdaki bölümler ilk olarak, karşılaştırma yapılan ülkelerin iş hukuku AUÇY'nin zorunluluk

15 *Georgiadis v Greece* App No. 21522/93 (ECtHR, 29 May 1997) para 34.

16 *Buchholz v Germany* App No. 7759/77 (ECtHR, 6 May 1981) para 45.

17 Council of Europe, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*, 13.

18 Susan Blake, Julie Browne and Stuart Sime, *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution* (Oxford University Press 2018), 5.

19 *Baka v Hungary* App No. 20261 (ECtHR, 27 May 2014) para 73.

20 Reid, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 128.

düzeyini belirleyecek. Sonrasında, AİHS Madde 6(1) ve CoFR Madde 47 hükümleri uyarınca kararların verildiği ilgili davalar tanıtılacaktır. Son olarak, karşılaştırılan ülkelerin Madde 6(1)'i ne ölçüde ihlal edip etmediklerini analiz etmek için AİHM'nin 'orantılılık' ilkesi kullanılacaktır.

Zorunluluğun Sürerliliği (Continuum of Mandatoriness)

Zorunluluk ve gönüllülük siyah veya beyaz değildir ve bir sistem içerisinde her zaman gri noktalar bulunabilir. Açıklığa kavuşturmak için bir ölçek düşünelim, bir tarafta zorunlu sisteme atıfta bulunan siyah renk var; öte yandan, gönüllü bir sisteme atıfta bulunan beyaz renk var. Her iki ülkedeki iş hukukunda kullanılan AUCY mekanizması tamamen siyah veya beyaz olmayabilir. Bir dereceye kadar zorunluluğa işaret eden gri noktalar her zaman olabilecektir. Bu temelde, Quek'in "Zorunluluğun Sürerliliği", her iki ülkenin de ADR sistemindeki zorunluluk düzeyini belirlemede yardımcı olacaktır.²¹ Bu sürerlik içerisinde;

Birinci seviye tarafların süreci başlatmada bitirmede tamamen serbest oldukları; *ikinci* seviye, tarafların AUCY nin ne ölçüde uygun bir sistem olduğunu düşünmeye yönlendiren ama reddetme durumunda herhangi bir müeyyide öngörmeyen; *üçüncü* seviye, yine tarafları sistemin uygunluğunu düşünmeye yönlendiren ama sebepsiz reddetme durumunda müeyyide öngören, *dördüncü* seviye; AUCY'yi mahkemeye gidebilmenin bir koşulu olarak düzenleyen ancak belirli türden davalara istisnalar tanıyan; *beşinci* seviye, istisnasız bir şekilde AUCY'yi mahkemeye gidebilmenin bir koşulu olarak düzenleyen ve aynı zamanda sebepsiz yere katılmayı reddetme durumunda müeyyideler içeren sisteme referans etmektedir. Burada vurgulanması gereken diğer bir nokta ise zorunluluk derecesi arttıkça, mahkemeye erişim hakkını garanti altına AİHS'nin 6. maddesini ihlal etme riskinin de artmış olmasıdır.²²

21 Dorcas Quek, "Mandatory Mediation: An Oxymoron - Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program" *Cardozo Journal of Conflict Resolution* No.11 (2010): 488.

22 Helen Waller, "Towards Mandatory Mediation in England?", erişim tarihi Eylül 28, 2020. https://sites.google.com/site/349924e64e68f035/issue-5/towards-mandatory-mediation-in-england#_ftn45.

İngiltere iş davalarının çözümü için 2 farklı yargı yolu benimsemiştir; 25.000£ altındaki talepler için taraflar İş Mahkemelerine (Employment Tribunal) gidebilirken 25.000£ üstündeki talepler için Genel Hukuk Mahkemelere (Civil Court) başvurmaları gerekmektedir.²³ Bu iki mahkeme ayrı usul kuralları ve ayrı AUÇY mekanizmaları içermektedir.

Öncelikli olarak, İngiltere'deki hukuk mahkemeleri CPR (Civil Procedural Rules) kuralları altında yönetilmektedir ve CPR'nin ilk maddesi, bir mahkemenin tarafları uygun gördüğü takdirde alternatif bir anlaşmazlık çözüm prosedürü kullanmaya teşvik etmeyi ve bu prosedürün kullanımını kolaylaştırmayı amaçlar.²⁴ Ayrıca, uyuşmazlıkların yargılamaların başlamasından sonra da dahil olmak üzere mahkeme dışında bir çözüme ulaşma olasılığını göz önünde bulundurmalarını gerektirmektedir.²⁵ CPR teorik olarak tarafların gönüllü olarak girdiği bir sistem öngörür ve mahkemelerin uygun vakalar için AUÇY'ni kullanımını teşvik etme rolü vardır. Mahkemeler uygun davaları belirlerken çeşitli faktörleri gözönünde bulundurabilirler. Bu faktörler özetle; anlaşmazlığın niteliği ve esası, diğer AUÇY yöntemlerinin daha önce denenip denenmediği, makul bir başarı olasılığı olup olmadığı, AUÇY'nin maliyetinin orantısız bir şekilde yüksek olup olmayacağı veya tarafların AUÇY'ye önyargılı olup olmayacağı gibi sıralanabilir.²⁶

Bu sistemde mahkeme, mahkeme masraflara kimin katlanacağını belirlerken tarafların AUÇY'yi “makul olmayan bir sebeple” reddedip reddetmediğini veya görüşmelerde işbirliği yapmayan davranışlar gösterip göstermediğini değerlendirebilecektir.²⁷ Bu hususta mahkemenin değerlendirmeye alıp almama konusunda takdir yetkisine sahip olduğu vurgulanmalıdır.²⁸ Ayrıca taraflar, AUÇY talebi mahkemenin kendisi yerine karşı

23 The Industrial Tribunals Extension of Jurisdiction (England and Wales) Order 1994, Madde 10.

24 Civil Procedural Rules, Madde 1.4(e).

25 John O'hare, Kevin Browne, *Civil Litigation* (Sweet&Maxwell 2019), 107.

26 Ibid, 542.

27 Civil Procedural Rules, para 44(3)(2)(a).

28 Masood Ahmed, “Mediation, Unreasonable Behaviour and Costs”, The Law Society Gazette, erişim tarihi Eylül 28, 2020. <https://www.lawgazette.co.uk/law/mediation-unreasonable-behaviour-and-costs/63877.article>.

tarafça yapıldığında bile bir mahkeme masrafları yaptırımı ile karşı karşıya kalabilmeleri mümkündür.²⁹ Quek'in zorunluluk ölçeği perspektifinden bakıldığında, böyle bir AUÇY sistemi tarafları ihtilaflarının uygunluğu hakkında düşünmeye zorladığından ve potansiyel bir maliyet yaptırımı olduğundan *üçüncü* kategoriye dahil edilmelidir. Ancak, bilgisel ve ekonomik yönden zayıf olan işçilerin vakaların AUÇY'ye uygunluğunu değerlendirme sorumluluğu yüklemek ve onları bir maliyet yaptırımı ile tehdit etmek kabul edilemez kısıtlamalar olabilir. Bu yüzden bu hükümlerinin AIHS'nin 6. Maddesini ne ölçüde ihlal ettiğinin analiz edilmesini gerektirir.

Erken uzlaşma hükümlerine gelince, davacı ilk olarak, tamamlanmış bir erken uzlaşma formunu (online veya postayla) sunarak veya ACAS (Advisory Conciliation and Arbitration Service)³⁰ a telefon ederek iş mahkemesine başvuru yapmak istediğini bildirmelidir.³¹ Davalı da ilk talebi yapabilir. Bu aşamada, davacıların tarafların adı ve adresi gibi temel bilgileri vermesi istenir. Fakat iddianın niteliği hakkında herhangi bir ayrıntı sağlamaya gerek yoktur.³² Bu durumun altında yatan sebep, örneğin, haksız bir işten çıkarılma iddiası aynı zamanda ayrımcılık iddiası içerebileceğinden ve hukuki herhangi bir yardım almayan işçiden bunu farketmesi ve ileri sürmesi beklenmemesi gerektiğinden böyle bir düzenleme yapılmıştır. Aksi takdirde, mevzuat tüm olası taleplerin Erken Uzlaşma formunda listelenmesini gerektirdiğinden, davacının ayrımcılık iddiası için Erken Uzlaşmaya gitmeden mahkemede böyle bir iddia dile getiremeyecektir.³³

Daha sonra, davacının davalıyla iletişim kurmak için ACAS'a onay verdiği durumlarda, ACAS uzlaştırmacıları davalıya bir ay içinde ulaşmak için maaş girişimlerde bulunmalıdır.³⁴ Bir aylık süre, bir anlaşmaya varma potansi-

29 Waller, "Towards Mandatory Mediation in England?"

30 İngiltere'de iş hukuku uyuşmazlıklarına özgü bağımsız fakat ekonomik olarak devlet tarafından desteklenen bir alternative uyuşmazlık çözüm merkezidir.

31 The Employment Tribunals (Early Conciliation: Exemptions and Rules of Procedure) Regulations 2014, para 3(1)(c).

32 "Early Conciliation - the New Rules" *IDS Employment Law Brief* (2014): 11-19.

33 Ibid.

34 The Employment Tribunals (Early Conciliation: Exemptions and Rules of Procedure) Regulations 2014, madde 6(1).

yeli olduğu durumlarda ve tarafların rızasıyla iki haftaya kadar uzatılabilir.³⁵ Taraflar bir anlaşmaya varırsa, anlaşmanın şartları uzlaştırıcılar tarafından kaydedilir ve bu durumda erken uzlaşma sertifikası düzenlenmez. Bunun yerine, COT3 adı verilen uzlaştırma sözleşmesi imzalanacaktır. Ancak, taraflardan biri uzlaşma görüşmesine katılmak istemezse ve yahut uzlaşma denemesi başarılı olmazsa, ACAS uyuşmazlığın mahkemeye götürülebilmesi için şartın karşılandığını gösteren erken bir uzlaştırma sertifikası verir.³⁶ Bu bağlamda, davacılar ACAS ile bağlantı kurma gerekliliğine uyduklarını iddia etseler de, ACAS'ın böyle bir kaydı yoksa, davacı mahkemeye gidemeyecek, ancak erken uzlaşma için ikinci bir talepte bulunabilecektir.³⁷

Bu sistemde zorunluluk sadece sertifika alınmasına yöneliktir ve taraflar uzlaşma veya mahkeme yolunu seçme konusunda özgürlüğe sahiptir. Bu nedenle, Erken Uzlaşma müessesisi uyuşmazlıkları İş Mahkemelerine götürmeden önce geçmeleri gereken zorunlu kapı olarak algılanabilir.³⁸ Bu yönüyle Türkiye'deki dava şartı arabuluculuk ile benzerlik göstermektedir. Sonuç olarak Erken Uzlaşma hükümleri *birinci düzey* ile *ikinci seviye* yerleştirilmelidir. Bunun nedeni tarafların erken uzlaşma sertifikasını almaya zorlanmaları ama uyuşmazlığın uzlaşma ile çözülmesine ne ölçüde uygunluğunu değerlendirme zorunluluğunun olmamasıdır.

İngiltere'de iş uyuşmazlıklarının kullanılan AUÇY yöntemlerinin yukarıda belirtilenlerle sınırlı olmadığı başka mekanizmalar olduğu da vurgulanmalıdır; ilk olarak işyeri uyuşmazlıklarının hukuki bir anlaşmazlığa dönüşmesini engellemeyi amaçlayan işyeri arabuluculuğu; ikincisi, tarafların mahkemedeki ön inceleme aşamasında yönlendirilebileceği ACAS Uzlaşması ve üçüncü olarak, bir iş mahkemesi hakiminin bir uyuşmazlığın arabuluculuk ile çözümlenmeye uygun olduğuna inandığı durumlarda arabulucu olarak hareket edebileceğine atıfta bulunan adli arabuluculuktur. Bunların hepsi ölçekte birinci seviyeye yerleştirilmelidir çünkü partiler zorlama olmaksızın AUÇY sürecini başlatma ve sona erdirme konusunda tamamen özgürdürler.

35 Ibid, madde 6(3).

36 Enterprise and Regulatory Reform Act 2013, madde 7(4).

37 "Early Conciliation: Extension of Time does not Apply to Second Early Conciliation Period" *IDS Employment Law Brief* (2017): 11-12.

38 "Early Conciliation - the New Rules": 11-19.

Bütün bunlar İngiltere'deki AUÇY düzenlemeleri bir iş uyuşmazlığı ortaya çıktığında bunun dava açılmadan, dava açılrsa bile yargısal AUÇY yolları ile çözülmesini istediğini göstermektedir. ACAS'ın 2019 verilerine bakıldığında, ACAS'ın temas kurduğu 135.000 anlaşmazlığın yalnızca 4500'ü iş mahkemeleri tarafından çözüldüğü gözüne alınırsa söylenebilir ki;³⁹ iş uyuşmazlıklarının çözümü için gerçekten de yüksek düzeyde zorunluluk unsurları içeren AUÇY söz konusu olmadığı söylenebilir, ancak kelimenin tam anlamıyla 'ısrarcı' bir AUÇY mekanizması vardır.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, mahkemeye başvurunun ön koşulu olarak zorunlu bir arabuluculuk sistemini öngörmekte ve bu sistemde taraflara arabuluculuğu tercih etmeme imkanı tanımamaktadır. Ayrıca sistem, makul bir sebep olmaksızın arabuluculuk toplantılarına katılmayan tarafı, davayı kazanmış olsa bile, mahkeme masraflarıyla cezalandırmaktadır.⁴⁰ Bu bağlamda, hakimin mahkeme masrafları müeyyidesi konusunda takdir yetkisinin olmadığı vurgulanmalıdır.⁴¹ Ayrıca arabulucu taraflara ulaşmadığı takdirde söz konusu maliyet yaptırımı da uygulanmayacağı belirtilmelidir. Arabulucu başlangıçta arabuluculuk toplantılarına katılmayı reddetme nedenini ne ölçüde geçerli olduğunu değerlendirir. Daha sonra uyuşmazlık mahkemeye taşındığında, geçerliliğine ilişkin nihai karar verilirken iş mahkemesi hakimi tarafından arabulucunun değerlendirmesi de dikkate alınacaktır. Ancak mazeretin arabulucu tarafından geçersiz görüldüğü fakat mahkemece yeterli görülmesi hâlinde, uyuşmazlık tekrar arabulucuya gönderilmeyecek ve mahkeme tarafından sonuçlandırılacaktır.⁴²

Türkiye'deki zorunlu arabuluculuk sistemi zorunluluğa bazı uyuşmazlıklarda muafiyet öngörmektedir. Bu muafiyetler iş kazaları veya meslek hastalıklarından kaynaklanan maddi ve manevi zararlar için tazminat talepleri ile Milli İstihbarat Teşkilatı'nın (Milli İstihbarat Teşkilatı) taraf olduğu

39 "Annual Report and Accounts 2019-20" ACAS, erişim tarihi Kasım 18, 2020. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/900245/Acas_annual_report_and_accounts_2019_to_2020_-_web_accessible.pdf.

40 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, Madde 3(17).

41 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Gerekçesi, 16.

42 Ibid.

uyuşmazlıkları kapsamaktadır.⁴³ Sonuç olarak, Türkiye'nin zorunlu arabuluculuk sistemi zorunluluk ölçeğinde yeri *dördüncü* ve *beşinci* seviye arasındadır çünkü sistem arabuluculuğu dava şartı olarak düzenlemiş ve istisnalar içermesine rağmen sebepsiz yere arabuluculuk toplantılarına katılmayanları mahkeme masraflarıyla tehdit etmektedir.

AUCY ile Madde 6 (1) Arasındaki İlişkiye Dair Mahkeme Kararları

AİHM'ye getirilen ilk dava Deweer ile Belçika hükümeti arasındadır. Deweer davasında AİHM, mahkeme dışı dostane bir çözümün mahkemelelere erişim hakkından feragat anlamına gelip gelmediğini inceledi. Belçika'da kasapların perakende domuz eti ve sığır eti fiyatını düşürmesini gerektiren bir kararname yayınlanır. Bir kasap olan Deweer kararnameyi ihlal eder ve hapis cezasına çarptırılır, ancak 'dostane çözüm' olarak para cezası ödeme seçeneği de sunulur.⁴⁴ Daha sonra, uyuşmazlık AİHM'ye taşındı. Belçika Hükümeti, Deweer'in dostane anlaşmayı kabul ederek mahkemeye erişim hakkından feragat ettiğini iddia etse de, AİHM, işletmenin kapanması nedeniyle, personele ödeme yapma zorluklarıyla birlikte gelir kaybı ve potansiyel müşteri kaybı olacağından bu kapatma tehdidi, bir 'haktan feragat' yerine mahkemelere erişim yolunda bir 'kısıtlama' olduğuna hükmetti.⁴⁵

Bu dava, karşılaştırılan ülkelere dair çok fazla rehberlik sağlamadığı söylenebilir çünkü İş Mahkemeleri Kanunu arabuluculuğu mahkemeye gidebilmenin ön koşulu olarak düzenlediğinden, 'mahkemeye erişim hakkından feragat etmeyi' tartışmaya gerek yoktur. İngiltere sistemi için ise Deweer'daki durumundan farklıdır; Deweer'de iş yerini kapatmak için yakın bir tehdit söz konusudur. Buna karşılık, İngiltere sisteminde her zaman yakın bir tehditten ziyade maliyet yaptırımlarının baskısı vardır.⁴⁶ Dolayısıyla-

43 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, Madde 3(3). 2937 sayılı Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu, Madde 4.

44 *Deweer v Belgium* App No. 6903/75 (ECtHR, 27 February 1980) para 51.

45 Ibid.

46 Shirley Shipman, "Alternative Dispute Resolution, the Threat of Adverse Costs, and the Right of Access to Court" in *The Civil Procedure Rules Ten Years On* ed. Déirdre Dwyer, (Oxford University Press 2009), 345.

la burada tartışılması gereken mesele, bu baskı ve tehdidin haklardan feragat etme konusunda bir kısıtlamaya yol açıp açmadığıdır.

Deweer davası, İngiltere ve Galler Temyiz Mahkemesi tarafından Halsey adlı köşetaşı bir davada temel noktası yapılmıştır.⁴⁷ Mahkeme, ‘mahkemeye erişim hakkından örneğin bir anlaşma yoluyla feragat edilebileceğini, ancak davacının ‘hukuka aykırı bir kısıtlamaya’ tabi olmamasını garanti altına almak için bu tür bir feragat hususi ve dikkatli bir incelemeye tabi tutulması gerektiğini ifade etmiştir. Sonuç olarak, CPR içerisindeki yer alan mahkeme maliyeti müeyyidesini hukuka uygun bulmuş, arabuluculuğun tahkim (arbitration) müessesinden farklı olduğunu vurgulayıp mahkemeye erişim hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir.⁴⁸

Avrupa Birliği hukuku bağlamında, Avrupa Adalet Divanı (European Court of Justice) (ECJ), zorunlu bir AUÇY sistemi ile ilgili Rosalba Alassini ve Italia Telecom arasındaki uyuşmazlıkta bir karar vermiştir.⁴⁹ Bu durumda, İtalyan Hükümeti, evrensel hizmet ve elektronik iletişim ağları ile ilgili kullanıcıların hakları ve 2002/22/EC sayılı Direktifin 34. Maddesini ülkesel mevzuata uyarlaması durumunda mahkemeye erişimin ön koşulu olarak tarafları arabuluculukla çözmeye yönlendirdi. Direktifin 34. maddesi, ‘Direktif kapsamındaki konularla ilgili olarak tüketicileri ilgilendiren çözülmemiş ihtilafların ele alınması için şeffaf, basit ve ucuz mahkeme dışı prosedürlerin mevcut olmasını’ öngörmektedir.⁵⁰ Mahkeme, bu düzenlemenin AİHS’nin 6 (1) ve CoFR nin Madde 47 (2) uygunluğunu incelemiş: Sürecin sonunda bağlayıcı bir karar olmadığı için, önemli bir gecikmeye (maksimum 30 günlük süre) yol açmadığı için, zamanaşımı süreleri nedeniyle mahkemenin yargı yetkisini ya da mahkemeye erişim hakkını kısıtlamadığı için ve aşırı pahalı olmadığı için (hizmet ücreti yok) Avrupa Adalet Divanı mahkeme dışı zorunlu arabuluculuk kurumunun AİHS’nin 6 (1) Maddesi ile ve CoFR’nin 47(2) maddesini ihlal etmediğine hükmetmiştir.

47 *Halsey v. Milton Keynes Gen. Hosp.*, [2004] EWCA (Civ) 576.

48 *Ibid*, para 9.

49 *Case C-317/08 Rosalba Alassini v Telecom Italia SpA* [2010] *Case C-318/08 Filomena Califano v Wind SpA* *Case C-319/08 Lucia Anna Giorgia Iacono v Telecom Italia SpA* and *Case C-320/08 Multiservice Srl v Telecom Italia SpA* [2010] ECR-I 2231, para 63.

50 *Ibid*, para 53-57 and 68.

Bu Düzenlemeler Orantılılık Prensibine Uygun Mudur?

Genel olarak orantılılık ilkesi çağdaş dünyanın uluslararası bir aracı olan hukukilik ilkesinin kilit bir yönünü yansıtır.⁵¹ Örneğin, ChFR Madde 52 (1) ‘orantılılık ilkesine tabi olarak sınırlamalar ancak gerekliyse ve hükümetin tanıdığı genel çıkar hedeflerini gerçekten karşıladığında yapılabilir’ diyerek orantılılık ilkesine atıfta bulunmaktadır.⁵² Bir benzetme ile anlatmak gerekirse; orantılılık ilkesi eğer bir fındık, fındık kırıcı ile kırılabilecekse fındığı kırmak için buharlı çekiç makinesi kullanımının yasaklanmasıdır.⁵³ Diğer bir deyişle, bir tedbirin kamu yararına meşru hedefe ulaşmak için gerekli ve uygun olanın sınırlarını aşmamasını gerektirir.⁵⁴ Yani orantılılık ilkesi gereklilik ve uygunluk olmak üzere iki unsuru içerir ve yalnızca her iki unsur da yerine getirildiğinde, bir düzenleme ‘orantılı’ olarak kabul edilebilir.

Gereklilik ilkesi bir tedbire ancak meşru amaç için daha az kısıtlayıcı bir tedbir olmadığında izin verilebileceği veya bir tedbirin gereğinden daha fazla kısıtlayıcı olmaması gerektiği anlamına gelir.⁵⁵ Bu nedenle, daha etkili bir uyumsuzluk çözüm sistemi oluşturmak için zorunlu AUÇY sistemi getirerek dava yükünü azaltmanın meşru bir amaç olup olmadığı tartışmalıdır. Bunun nedeni, AİHM’nin Vocaturo ve İtalya arasındaki davada, aşırı dava yükünün olağanüstü gecikmeler için geçerli bir neden olarak kabul edilemeyeceğini belirtmesidir çünkü yasal sistemleri makul bir süre içinde adli bir karar alma hakkını garanti altına alacak şekilde düzenlemek devletin sorumluluklardan biridir.⁵⁶ Bu davanın yorumlanmasıyla, aşırı dava yükünü azaltmak için zorunluluk unsurları içeren AUÇY mekanizması işletmek meşru bir amaç olarak kabul edilmemelidir sonucuna varılabilir.

51 Eric Engle, “The History of the General Principle of Proportionality: An Overview” *Dartmouth Law Journal* 10 (2012): 2.

52 Avrupa Birliği Temel Haklar Sarti, Madde 52(1).

53 Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study* (Kluwer Law International 1996), 2.

54 J Ceno, “Compulsory Mediation: Civil justice, Human rights and Proportionality” *International Journal of Law in the Built Environment* 6 (2014) 3: 293.

55 Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, 29.

56 *Vocaturo v Italy* App No. 11891/85 (ECtHR, 24 May 1991) para 17.

Ancak bu davada vurgulanmak istenen şey mahkeme ve yargıçların sayısını artırılması veya daha efektif usul kuralları kabul etmelerinin gerekliliğidir. Bu nedenle AIHM'nin dava yükünü azaltmak için zorunlu sistemi getirmeye karşı olduğunu düşünülmemelidir çünkü AIHM Naft-Liman ve İsviçre arasındaki davada, meşru amacın bazen 'Avrupa Mutabakatına' veya en azından Üye devletler arasında belirli bir eğilime (trende) dayanabileceğini belirtmiştir.⁵⁷ Bu temelde, 2008/52/EC sayılı Arabuluculuk Direktifi'nin 14. önsözünde, "bu Direktifte yer alan hiçbir şey, arabuluculuğun kullanımını zorunlu kılan ulusal mevzuata halel getirmemelidir" demiştir. Başka bir deyişle direktif zorunlu bir sistem getirmeye izin vermektedir ve Üye Devletlerin takdir yetkisinin sınırları içinde olduğunu kabul etmiştir.⁵⁸

İngiltere ve Türkiye dava yükünü azaltarak daha hızlı bir iş uyuşmazlığı çözüm mekanizması oluşturmayı hedeflemektedir. İngiltere tarafları iş mahkemeleri'ne erişim için bir erken uzlaşma sertifikası almaya zorlarken, Türkiye arabuluculuğu mahkemeye gidebimenin ön koşulu olarak düzenlemektedir. Böylelikle, tarafları yalnızca davanın erken aşamasında ihtilaflarını düşünmeye teşvik etmekle kalmaz, aynı zamanda arabuluculuğu topluma tanıtmının bir yolu görmektedir. Ek olarak, bu tür sistemler anlamsız ve hukuki yararı bulunmayan iddiaları filtrelediği için, büyük olasılıkla olağanüstü dosya yüklerini azaltacak ve bu da anlaşmazlıkların daha hızlı çözülmesine olanak sağlayacaktır. Bu nedenlerle, hızlı bir anlaşmazlık çözümü sistemi önermek meşru bir amaca yönelik gerekli bir adım olarak görülmelidir.

Ayrıca, İngiltere'de iş mahkemelerinde son yirmi yılda artan bir dava yüküyle karşı karşıya kalıp, nihayetinde iş mahkemelerindeki dava yükü 400.000'in üzerine çıkmışken; Türkiye'de iş mahkemelerindeki bekleyen birikmiş dava sayısı 569.595'tir.⁵⁹ Bu yüksek sayıdaki dava sayısı aşırı bir gecikmeye neden olmaktadır. Örneğin Türkiye'de iş davaların sona erme süresi 2019'da 555 güne ulaşmıştır. Bu sayı İngiltere'de yaklaşık 254 gündür.⁶⁰ An-

57 *Naft-Liman v. Switzerland* App No. 51357/07 (ECtHR, 15 March 2018) para 175.

58 Lord Dyson, "A Word on Halsey v. Milton Keynes" *Arbitration* (2011): 338.

59 Adalet Bakanlığı, *Adli İstatistikler* (2019) 189, erişim tarihi Ekim 19, 2020. <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-bask%C4%B1-%C4%B0SA.pdf>

60 Ministry of Justice, *Tribunal Statistic Quarterly April-June 2020* (29 September 2020), erişim tarihi Kasım 20, 2020. <https://www.gov.uk/government/>

cak; İngiltere’de Covid-19’un patlak vermesinin ardından Birleşik Krallık’ta 2019 yılının aynı dönemine göre Nisan ve Haziran 2020 arasında iş mahkemelerine gelen dava sayısı % 18 artarken, çözülen dava sayısı % 21 azalmıştır.⁶¹ İş mahkemeleri başkanı, dava yükünün önemli ölçüde artacağını ve bu durumun mahkemelerin makul bir süre içinde davaları sonuçlandırabilme yeteneklerinde önemli zorluklara neden olacağını tahmin etmektedir. Bu nedenle, bu tür dava yüklerinin mahkeme dışı çözümlerin sayısında önemli bir artışa yol açacağı düşünülmektedir.⁶² Erken uzlaşmaya yapılan başvuru sayısı Haziran ve Temmuz 2020’de 33.169 başvuru yapılmıştır, bu sayı bir önceki yılın aynı dönemine göre % 169’luk bir artışa isabet etmektedir ve bu nedenle Haziran 2020’de iş mahkemelerine yapılan başvurular için tayin edilen ilk duruşma günleri 2022’ye kadar uzamaktadır.⁶³

Sonuç olarak, AİHM’nin iş uyuşmazlıklarının süratle çözülmesi gereken uyuşmazlıklar olduğunu belirten kararları göz önüne alındığında, yüksek düzeyde bir zorlama içeren bir sistem getirmenin gereksiz olmadığı söylenebilir.⁶⁴ Belki de söylenebilir ki; dava yükünü azaltmak, arabuluculuğu meşru bir amaç olarak teşvik etmek veya zorunlu kılmak için doğrudan bir amaç olmamalıdır, ancak doğası gereği bu AUÇY’nin yaygın bir şekilde kullanımının bir sonucudur. Lakin, bu ifade İngiltere ve Türkiye’deki AUÇY sistemlerini gereksiz kılmaz çünkü AUÇY yöntemleri, bazı avantajları kısmen aşınmış olsa da, zorunlu bir nitelikte kullanılsa bile, avantajlarının bir çok faydasını taraflara sunmaya devam edecektir. AUÇY yöntemlerinin genel faydalarına ek olarak, mahkeme kaynaklarının etkin kullanımı ve süreci hızlandırılması da zorlamayı içeren AUÇY sistemini uygulamaya koymak için meşru hedeflerdir.⁶⁵ Sonuç olarak AİHM’nin gelecekteki bir davada

publications/tribunal-statistics-quarterly-april-to-june-2020/tribunal-statistics-quarterly-april-to-june-2020

61 “Employment Tribunals Backlog Could Trigger More Settlements”, Jane Croft, Financial Times, London, erişim tarihi Aralık 3, 2020. <https://www.ft.com/content/374d7a33-d626-4423-bcbb-6fa36c7ae459>.

62 Ibid.

63 Ibid.

64 *Vocatur v Italy* App No. 11891/85 (ECtHR 24 May 1991) para 17.

65 Shirley Shipman, “Compulsory Mediation: The Elephant in the Room” *Civil Justice Quarterly* 30 (2011) 2: 183.

AUÇY’yi kullanma zorunluluğunun meşru bir amacı haiz ve gerekli bir düzenleme olarak düşüneneğini ileri sürülmektedir.⁶⁶

Uygunluk denetimine gelindiğinde, uyuşmazlıkların tahkim gibi nihai ve bağlayıcı kararlara sahip olan bir mekanizma ile çözülmesi durumunda, AİHM nin bunu ‘kabul edilemez bir engel’ olarak kabul edeceği ve dolayısıyla 6.maddenin ihlali olacağı vurgulanmalıdır.⁶⁷ Halbuki, Türkiye ve İngiltere’deki iş davalarında kullanılan AUÇY, tarafların mahkemeye gitmesi engellenmediği için 6. maddenin ihlali söz konusu olmayacaktır. AİHM Momčilović ve Hırvatistan arasındaki davada, bir mahkeme dışı uyuşmazlık yönteminin resmi dava sürecini başlatmadan önce bir dostane çözüm prosedürüne teşebbüs etme gerekliliğinin öngören sistemin madde 6 yi ihlal etmeyeceğine karar vermiştir çünkü tarafların başarısız bir mahkeme dışı çözüm süreci sonrasında dava açma fırsatına sahip olmasıdır.⁶⁸ Yani, tarafların öncelikle çözüm talebinde bulunmalarını gerektiren bir mekanizma mahkemeye erişimin orantısız engeli olarak kabul edilmemektedir.⁶⁹ Açıktır ki, her iki sistemde de, ihtilaflıların mahkemeye gitmesi engellenmesi söz konusu olmadığı için mahkemeye erişim yalnızca ertelenir. Dolayısıyla, AUÇY zorunlu bile olsa (*beşinci seviye*), bu Madde 6 (1) ‘in ihlali anlamına gelmeyecektir.⁷⁰

Diğer taraftan, 6. Madde bağlamında iki konu halen sorunlu olabilir. İlk konu, İngiltere’de arabuluculuk görüşmelerine katılmayı makul olmayan bir sebeple reddetme durumunda mahkemeyi kazansa dahi mahkeme masraflarıyla karşılaşabilme ihtimalidir. Türkiye’de ise aynı şekilde arabuluculuk toplantılarına katılmayı makul olmayan bir sebeple reddedilmesi halinde reddeden tarafın davayı kazansa dahi kendi mahkeme masraflarına katlanmak zorunda olmasıdır. İkinci konu ise, tarafların anlaşmaya varabildiği durumlarda tarafların iş yargılamasından uzak tutulmasıdır.

66 Ibid.

67 Lord Phillips of Worth Matravers, “Alternative Dispute Resolution: An English Viewpoint” *Arbitration* 74 (2008): 413

68 *Momčilović v. Croatia* App No. 11239/11 (ECtHR, 26 March 2013) para 56.

69 Reid, *A Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights*, 136.

70 Jens Scherpe, Bevan Marten, “Mediation in England and Wales Regulation and Practices” in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* ed. Klaus Hopt, Felix Steffex (Oxford University Press 2013), 379.

İlk sorun için, tarafların arabulucuğa teşviki ile arabuluculuğun gayri resmi ve gönüllü niteliğini gölgelemeyen yaptırımların gerekliliği arasında hassas bir dengeyi korunması gerektiği vurgulanmalıdır.⁷¹ Ancak söz konusu kanun maddelerinin net olmadığı, ve yoruma muhtaç olduğu durumlarda aralarındaki dengeyi sağlamak her zaman kolay değildir. Belirtildiği gibi, Türkiye sistemi, taraf davayı kazanmış olsa bile, herhangi bir meşru sebep olmaksızın arabuluculuk toplantılarına katılmamış ise, mahkeme masrafları ile cezalandırılmaktadır. İngiltere sistemi ise, maliyet yaptırımlarını belirlerken tarafların makul olmayan bir şekilde AUÇY'yi kullanmayı reddedip reddetmediklerini değerlendirir ve makul olmayan davranışların ispat yükü, masrafları ödemekten kaçınmaya çalışan tarafın üzerindedir. Bu durum, İngiliz davacılar üzerindeki arabuluculuk girişimine yönelik baskıyı önemli ölçüde azaltmaktadır.⁷² Buna karşılık, Türkiye'de iş mahkemesi hâkimi makuliyet hususunda re'sen soruşturma yapacak ve sebebin makul bulunmaması durumunda hâkimin maliyet yaptırımını uygulaması zorunludur ve bu konuda hakimin takdir yetkisi söz konusu değildir. Bu düzenlemeler, diğer bir deyişle, maliyet yaptırımlarının amacının Devlet için gelir elde etmek değil, mahkeme ve AUÇY yöntemleri için halihazırda masraf yapılan diğer tarafı korumak olduğu temelinde savunulmaktadır.⁷³ Ancak böyle bir amaca sahip olmak aşağıdaki endişeler nedeniyle uygun bir önlem olduğu anlamına gelmeyecektir.

Ortaya çıkan ilk endişe, 'makul' ifadesindeki belirsizliktir. Maliyet yaptırımları tehdidi mahkemelerin arabuluculuk teşvikini arabuluculuk içinde anlaşılmaya zorlamaya dönüştürebilir çünkü makul bir sebep olmaksızın reddetmenin anlamı mutlak ve nesnel değildir. Başka bir deyişle, bir ret nedeni taraflar için makul olabilir ancak bu makuliyet hakimler için geçerli olmayabilir. Örneğin, davayı kesin kazanacağına yönelik inanç öznel bir olgudur ve sadece tarafların düşüncelerine dayanmaktadır. Ayrıca İngiltere'deki sistem arabuluculuğun neden başarısız olacağını

71 Quek, "Mandatory Mediation: An Oxymoron - Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program": 497.

72 Matravers, "Alternative Dispute Resolution: An English Viewpoint": 415-417

73 Shipman, "Alternative Dispute Resolution, the Threat of Adverse Costs, and the Right of Access to Court", 352.

düşündüğünü açıklama yükümlülüğü getirmektedir, ancak genellikle denemeden arabuluculuğun başarılı olup olmayacağını bilebilmek her zaman da mümkün değildir. Bu yüzden buna yönelik yapılan açıklamalar sağlam bir temelden yoksun kalmaktadır.⁷⁴

İkinci olarak, olası bir maliyet yaptırım korkusundan dolayı, taraflar mahkemeye dönmek (veya Türkiye'deki İş Mahkemesine gitmek) istemeyebilir. Bu nedenle, prosedürel güvencelerin ve öngörülebilirliğin olmadığı durumlarda, taraflar üzerinde “baskı ve manipülasyon” riski olabilir.⁷⁵ Böyle bir ortamda, arabuluculuk görüşmelerine yönelik zorlama zorlama, “koyun elbisesine saklanmış bir kurt”a dönüşebilir. Bu nedenle, makul olmayan davranışları engellemek ve mahkemeye erişim hakkı arasında denge kurmak çok önemlidir. Bu nedenle, bu maliyet yaptırımı, daha nesnel, hukuki öngörülebilirliğe sahip ve inandırıcı temele dayanmalıdır.⁷⁶

Üçüncüsü, potansiyel bir güç dengesizliğinin olduğu iş anlaşmazlıkları bağlamında, uygunluk incelemesi, zorunlu AUCY sisteminin bir çalışanı uzlaşmaya veya arabuluculuğa zorlayıp zorlanamayacağının incelenmesini gerektirir. Bir çalışan, acil para ihtiyacı (ekonomik güç dengesizliği) veya yasal bilgi eksikliği (bilgi gücü dengesizliği) nedeniyle baskı altında hissedebilir.⁷⁷ Örneğin, Hickman ve Blake Lapthorn arasındaki davada mahkeme güç eşitsizliğinin olduğu durumlarda daha zayıf olan taraf, masrafları ödemek zorunda kalma riskinden kaçınmak için talep değerinden daha düşük bir uzlaştırma tutarını kabul edebileceğini vurgulamıştır.⁷⁸ “Makul” kelimesinin anlamı konusunda belirsizlikten dolayı işçilere sorumluluk atfetmek, işçi haklarına halel getirme potansiyeline sahiptir. Bu nedenle, bu tür düzenlemeler iş ilişkilerinin kendine özgü (*sui generis*) yapısına uygun olmayacaktır.

74 Matravers, “Alternative Dispute Resolution: An English Viewpoint” : 413

75 Simon Roberts, “Alternative Dispute Resolution and Civil Justice: An Unresolved Relationship” *Modern Law Review* 56, (1993): 463

76 Andreas Nelle, “Making Mediation Mandatory: A Proposed Framework” *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 7 (1991): 305.

77 Ibid, 304.

78 *Hickman v Blake Lapthorn* [2006] EWHC 12, para 30.

Nihayetinde, onarıcı (*restorative*) adalet anlayışı hukuka aykırı fiilin neden olduğu zararları zarar hiç meydana gelmemiş gibi onarmayı amaçlar.⁷⁹ Ancak bu düzenlemeler, onarıcı adalet anlayışının tersine kazanan tarafı cezalandırabilme ihtimali sozkonusur. Yani, taraflar, makul ifadesinin yanlış yorumlanması nedeniyle maliyet yaptırımıyla karşı karşıya kalabilir. Sonuçta, AİHM'nin böyle düzenlemelerin orantısız bulabileceğini ve madde 6 ile korunan mahkemeye erişim hakkının özüne zarar verebileceğine hükmedebileceği belirtilmelidir.⁸⁰

İkinci kaygı, tarafların AUÇY sürecine dahil olup ve ardından bir uzlaşmaya vardıklarında, taraflar mahkemelere erişim haklarının ihlal edildiğini iddia edebilirler. Bunun nedeni, bu uzlaşma tutanaklarının bağlayıcı sözleşmeler olması, hata, hile, tehdit gibi iradeyi sakatlayıcı durumlar söz konusu olsa bile, borçlar hukuku (*contract law*) hükümleri dışında bu tür bir sözleşmelere itiraz edebilmenin bir yolu yoktur.⁸¹ Örneğin, davacı uzlaştırma anlaşmasındaki iradesinin tehdit veya hile yoluyla fesada uğratıldığını ispatlamak zorundadır.⁸² Bu nedenle madde 6 kapsamında korunan adil yargılanma hakkının, medeni hakları ve yükümlülükleri her birey için mevcut olduğu, sadece alternatif yollarla uyuşmazlıklarını çözemeyenlere özgü olmadığı vurgulanmalıdır.⁸³

Bu argümana karşı, bir tarafın arabuluculuk veya uzlaşma işlemleri sırasında herhangi bir uzlaştırma şartına itiraz edebileceği söylenebilir.⁸⁴ Ancak işçiler ve işverenler arasında potansiyel bir güç dengesizliği vardır ve dengesizliğin bir sonucu olarak, zayıf tarafın bir gerçekçi bir hedef ve irade ortaya koyması beklenmemesi gerektiğinden, zayıf bir taraf olan işçinin uzlaştırma şartlarına itiraz edebilmesinin çok da mümkün olmayabileceğini söylemek gerekir çünkü bir konu hakkında itiraz edebilmek o konuda yeterince

79 Henry Brown and Arthur Marriott, *ADR: Principles and Practice* (Sweet&Maxwell 2011), 231.

80 Shirley Shipman, "Alternative Dispute Resolution, the Threat of Adverse Costs, and the Right of Access to Court", 352.

81 Shirley Shipman, "Compulsory Mediation: The Elephant in the Room": 166.

82 Ibid, 163.

83 Ibid, 174

84 Anthony Clarke, "The Future of Civil Mediation" *Arbitration* 74 (2008): 422.

bilgiyle donatılmak gerekmektedir. Ayrıca taraflar sadece anlaşmaya varması nedeniyle iş yargılamasından ve iş hukuku prensiplerinden uzaklaştırılmamalıdır. Bu nedenlerle tarafların belirli süreliğine bağlayıcı olmayan bir anlaşmayı kabul etmeleri mümkün olabilir; örneğin, daha sonraki bir tarihte resmileştirmek üzere önce kararlaştırılan hususlar üzerinde düşünmelerine izin vermek için bir bekleme süresi (*cooling-off*) öngörülebilir.⁸⁵

AUÇY Mekanizmasının Zamanaşımı Süreleri ve Makul Sürede Yargılanma Hakkı Üzerindeki Etkileri

Madde 6 (1) ‘... Herkesin makul bir süre içinde bir mahkeme tarafından duruşma hakkı vardır...’ olarak belirtmektedir. Bu hüküm, tarafları belirsizlik baskısı altında çok uzun süre yaşamaktan korumayı ve adaletin sistemin etkililiğine ve güvenilirliğine zarar verebilecek gecikmeleri engellemeyi amaçlamaktadır.⁸⁶ AUÇY ile Madde 6 (1) arasındaki ilişki iki argümanla gösterilebilir; ilk olarak, kurallar arabuluculuk nedeniyle zamanaşımı sürelerini dondurmazsa, mahkemeye erişim hakkına hanel getirebilir. İkinci olarak, AUÇY toplantıları aşırı derecede geciktirilirse, makul süre içinde yargılama sağlanmadığı için 6. maddenin ihlaline yol açabilecektir.

Adalet mekanizmasının düzgün bir şekilde çalışabilmesi için zamanaşımı ile ilgili kurallar kaçınılmazdır.⁸⁷ İlk argümana göre, İngiltere’de, erken uzlaşma müessesine başvurunun zamanaşımı süreleri üzerinde iki önemli etkisi vardır. İlk olarak, zamanaşımı süresi, uzlaşmaya başvurulması ile birlikte duracaktır ve eğer uzlaşma görüşmesi başarısız olursa veya uzlaşmaya dahil olmak istemezlerse Erken Uzlaşma Sertifikası almasından sonraki gün tekrar işlemeye başlayacaktır.⁸⁸ İkinci etkisi ise, tarafların mahkemeye başvuru sürecini düzgün ve zaman baskısı olmadan yönetebilme-leri için eğer mahkemeye başvuru için zamanaşımı süresi bir aydan az kalmış ise erken uzlaşma sertifikasının taraflara ulaştığı andan itibaren bir aylık sabit süre öngörülmüştür.⁸⁹ Ancak, zamanaşımı süresinin belirlenmesi

85 Scherpe, Marten, “Mediation in England and Wales Regulation and Practices”, 407.

86 Rainey, *The European Convention on Human Rights*, 303.

87 Nelle, “Making Mediation Mandatory: A Proposed Framework” 304.

88 Employment Right Act 1996, madde 207B.

89 Employment Right Act 1996, madde 207B.

konusunda hala endişeler söz konusudur çünkü bunun belirlenmesi işçi için çok kolay olmayacak ve geç bir talepte bulunmaları nedeniyle hak kaybına uğrayabilmeleri mümkündür. Ancak belirtilmelidir ki, zamanaşımı süresi dolduktan sonra bir dava iş mahkemesine getirilirse, mahkeme'nin süresinde talepte bulunabilmenin makul bir şekilde uygulanabilir olmadığı durumlarda zamanaşımı süresini genişletme konusunda takdir yetkisi vardır.

Türkiye'de arabuluculuk bürosuna yapılan başvuru ile zamanaşımı süresi durur ve arabuluculuk tutanağı nin düzenlenmesiyle ile çalışmaya başlar.⁹⁰ Zorunlu arabuluculuktan önce, ihtiyari arabuluculukta zamanaşımı süresinin dondurulmasının başlangıcı, arabuluculuğa devam edileceğinin belgelenmesiydi.⁹¹ Türkiye'de, İngiltere'deki gibi dava açabilmek için bir aydan az sürenin olduğu durumlarda bir aylık uzatma söz konusu değildir. Aslında, zamanaşımı süresi bir ay olan işe iade davaları haricinde, iş mahkemelerine yönelik taleplerin zamanaşımı süreleri sınırı genellikle beş yıldır. Zorunlu arabuluculuktan sonra, ise iade davası açan işçi arabuluculuk görüşmeleri sona erdiği süreden itibaren iki hafta içinde mahkemelere başvurmak zorundadır.⁹² İngiltere'de, iş mahkemeleri için zamanaşımı limiti esas olarak üç aydır ve 2020 tarihli Hukuk Komisyonu Raporu, bunun 6 aya kadar artırılmasını önermektedir.⁹³ Bu nedenle, böyle bir düzenleme, zamanaşımı sınırı İngiltere'den çok daha uzun olduğu için çok pratik olmayabilir. İşe iade davaları için, başarısız bir arabuluculuktan sonra halihazırda iki haftalık bir uzatma sağlanmaktadır. Ayrıca, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, zamanaşımı dolduktan sonra arabuluculuğa başvurma konusunda ne olacağı bakımından sessizdir.⁹⁴ Bu bağlamda, arabulucu yargı mercii olmadığı ve davacının davayı arabulucuya getirip getiremeyeceğini inceleme yetkisinin olmadığı açıktır. Dolayısıyla, zamanaşımı süresinin dolmasına

90 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, madde 3(17).

91 6325 sayılı Hukuk Usulü Arabuluculuk Kanunu, madde 16(1).

92 4857 sayılı İş Kanunu, madde 20(1).

93 "Employment Law Hearing Structures: Report" Law Commission (28 April 2020), erişim tarihi, Mayıs 25, 2020. para 2.58 https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2020/04/6.6527_LC_ELHS-Main-Report_FINAL_WEB_210420.pdf.

94 Çağatay Serdar Şahin, "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Uygulaması" (2018) *Yeditepe Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi* 2 (2018): 100.

rağmen, eğer taraflar arabulucuk görüşmelerine bir anlaşmaya varırsa arabulucuların bu anlaşmayı tutanağa dökmesi gerektiği belirtilmelidir.⁹⁵

İkinci argüman için, AİHM, bir uyuşmazlığın çözülmesi için öngörülen “makul süre” nin başlangıç noktasının, dava ile alakalı bir işlem yapılması gerekiyorsa bu işlemten itibaren başlayacağını belirtmektedir.⁹⁶ Ayrıca, diğer bir davada, bir talebin idari bir makama yapılan başvuru ‘dava açabilmenin ön koşulu’ olarak getirmesi durumunda, ‘makul süre’ bu ön idari prosedürü içermesi gerektiğini belirtmiştir.⁹⁷ Bu nedenle, “makul süre” hesaplanırken AUÇY işlemleri dikkate alınmalıdır. Fakat, makul süre her zaman AUÇY yöntemlerine başvuru ile başlamayabilir. Pizzette’ nin İtalya’ya karşı davasında AİHM, davacının kendisinin talebi üzerine duruşmanın üç kez ertelenmesini talep etmesinden dolayı mahkeme dışı bir çözüme ulaşma girişiminin neden olduğu gecikmeden davalı Devlet’in sorumlu tutulamayacağını ve makul sürenin ihlali olmadığını ifade etmiştir.⁹⁸ Devletlerin yalnızca gecikme kendilerine atfedilebildiği durumlarda sorumlu olacak; aksi takdirde, tarafların kendisinin gecikmeye neden olduğu durumlarda bu süreler dikkate alınmayacaktır.⁹⁹

Daha önce de belirtildiği gibi, ACAS uzlaştırıcıları davayı bir ay içinde sonuçlandırması gerekmektedir. Uzlaştırıcılar tarafında tarafların rızası ile bu bir aylık süre uzatılabilirler. Bu uzatma bir sefere mahsus olmak üzere 14 gün ile sınırlıdır.¹⁰⁰ Bu bağlamda parlamentoya getirilen en son düzenlemelere göre, varsayılan bir aylık süre ve olası bir iki haftalık uzatma yerine her durumda standart altı haftalık bir erken uzlaşma süreci oluşturmak planlanmaktadır.¹⁰¹ Öte yandan Türkiye’de arabulucuların davayı arabulucunun görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırması

95 Ibid.

96 *Poiss v Austria* App No. 9816/82 (ECtHR, 23 April 1987) para 50.

97 *X v France* App No. 18021/91 (ECtHR, 31 March 1991) para 31.

98 *Pizette v Italy* App No. 33158/96 (ECtHR, 18 February 1999) para 22

99 Rainey, *The European Convention on Human Rights*, 303.

100 The Employment Tribunals (Early Conciliation: Exemptions and Rules of Procedure) Regulations 2014, sect 6(3).

101 The Employment Tribunals (Constitution and Rules of Procedure) (Early Conciliation: Exemptions and Rules of Procedure) (Amendment) Regulations 2020, sect 20.

gerekiyor. Bu süre, gerektiğinde arabulucular tarafından en fazla bir hafta uzatılabilir.¹⁰² Bu sınırlamaların amacı, gereksiz gecikmeleri önlemek ve yasal öngörülebilirlik sağlamaktır. Bu süre kesindir ve bir aydan fazla uzatılamaz.¹⁰³ Ancak öngörüleemeyen bir durumda ne olacağı belli konusu açıklıktan varestedir. Bu nedenle, örneğin, taraflardan biri acilen yurt dışına çıkması veya ağır hastalık durumunda arabulucu her iki tarafın da izni ile bu süreyi daha da uzatmaya karar verebilmelidir.¹⁰⁴

Sonuç olarak, her iki ülke de zorunluluk unsurları içeren AUÇY sistemini karşılığında taraflar için haklar sağlamaktadır. Bu bağlamda, her iki ülke de aynı zamanaşımı durdurma mekanizmasına sahiptir. Ek olarak, İngiltere’de, taraflara mahkemeye talepte bulunmaları için bir aydan daha az bir süre kaldığında ACAS sertifikasyon tarihinden itibaren bir aylık süre tanınması, işçi haklarının etkin bir şekilde aramak için çok önemlidir. Türkiye ise iade talepleri için iki haftalık bir uzatma veriyor. Diğer talepler için, genellikle 5 yıllık bir zamanaşımı sınırı olduğundan, İngiltere benzeri bir uzatmanın pratik olmayacağı kanaatindeyiz. Her iki ülkenin zamanaşımı hükümleri, Madde 6 (1) tarafından garanti edilen hakları ihlal etmeyeceği belirtilmelidir.

Ayrıca iş uyuşmazlıklarının hızlı bir karara ihtiyaç duyduğunu bir çok AIHM kararında belirtilmiştir.¹⁰⁵ Bu nedenle, zorunlu bir sistem içerisinde sürecin bitirilmesi gereken süreye yönelik getirilen sınırlandırmaların hukuki öngörülebilirlik bakımında önemi ve taraflar için daha az külfetli olacağı vurgulanmalıdır.¹⁰⁶ Makul sürenin başlatılmasının AUÇY işlemlerini içerdiği durumlarda, maksimum 6 haftalık (İngiltere) ve 4 haftalık (Türkiye) dönemler meşru amaca yönelik uygun araçlar kabul edilip, Madde 6 (1) ‘in ihlaline sebebiyet vermeyecektir.

102 7036 sayılı Is Mahkemeleri Kanunu, madde 3(10).

103 Mustafa Çiçek, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk* (Seçkin Yayıncılık 2018), 113.

104 Tuğçem Şahin, Yasin Çelik, Ahmet Cemal Ruhi, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Rehberi* (Seçkin Yayıncılık 2018), 37.

105 *Vocatur v Italy* App No. 11891/85 (ECtHR 24 May 1991) para 17.

106 Nelle, “Making Mediation Mandatory: A Proposed Framework”, 304.

Üçüncü Kişilerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı

Üçüncü kişiler (arabulucular ve uzlastırıcılar) tarafları bir araya getiren ve dostane bir çözüm ortamı sağlayan kişilerdir ve bu kişilerin AUÇY'nin sonuçları üzerinde birçok önemli etkileri vardır.¹⁰⁷ İlk olarak, uyuşmazlığın isimlendirilmesi hususunda aktif bir konumdadırlar.¹⁰⁸ Başka bir deyişle, “gerçeklik kontrolü (reality-checker)” rolünü üstlenerek yasal ve olgusal sorunların belirlenmesine yardımcı olurlar.¹⁰⁹ Ayrıca bu yolla tarafsız üçüncü kişiler uyuşmazlık çözüm sürecini hızlandırabilirler. İngiltere’de 2002’de yapılan bir anket katılımcıların % 66’sının tarafsız üçüncü kişilerin dahiliyeti çözüm sürecini hızlandırmaya yardımcı olduğunu sonucuna ulaşmıştır.¹¹⁰ İkinci olarak, AUÇY tarafların bir çözüme ulaşması için en uygun methodun ne olduğuna ilişkin üçüncü kişilerin tutum ve varsayımlarından önemli ölçüde etkilenebilir.¹¹¹ Bu bağlamda, karşı tarafın olası karşı müdahalelerini önlemek için toplantıların birlikte mi (joint meeting) mi yoksa ayrı ayrı oturumlarda (shuttle diplomacy) mi yapılacağına karar verme yetkisine sahiptirler.¹¹² Dahası, AUÇY süreci bir anlaşmayla sonuçlanmasa bile, tarafsız üçüncü kişilerin gelecekteki bir tarihte anlaşma müzakerelerine aracılık etmesinin istenmesi İngiltere’de yaygın bir olgudur.¹¹³

Potansiyel güç eşitsizliğinin olduğu iş uyuşmazlıklarında tarafsız üçüncü kişilerin önemi daha belirgindir. Bunun nedeni, bu tür anlaşmazlıklarda; taraflara eşit olmayan ‘pazarlık kozları’ sağlayabilecek farklı ‘yasal donanım’ düzeyleri; alternatif sonuçların değerlendirilmesine ilişkin bireysel

107 Kaan Muharrem Yagcioglu, “Yeni Is Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculuğun Is Yargılamasına Etkileri” *Dokuz Eylul Universitesi Hukuk Fakultesi Dergisi* 20 (2018) 2: 467.

108 Nicole Busby, Morag McDermot, “Workers, Marginalised Voices and the Employment Tribunal System: Some Preliminary Findings” *Industrial Law Journal* 41 (2012) 2, 181.

109 Blake, *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution*, 243.

110 Gill Dix, Sarah Oxenbridge, ‘Coming to the Table with Acas: From Conflict to Co-operation’ *Employee Relations* 26 (2004) 516.

111 Cheryl Dolder, ‘The Contribution of Mediation to Workplace Justice’ *Industrial Law Journal* (2004) 334.

112 Blake, *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution*, 244.

113 Ibid.

yetenekler; risk tercihleri; her bir tarafın işlem maliyetlerine dayanma konusundaki duygusal ve ekonomik yeterlilikleri; ve her bir tarafın stratejik davranışta bulunma becerisi” gibi durumlar bu güç eşitsizliğinin en belirgin örnekleridir.¹¹⁴ Ancak burada bir ikilem ile karşılaşırız çünkü tarafsız üçüncü kişiler daha zayıf olan tarafa, anlaşmanın şartları ile ilgili endişelerini veya sorularını dile getirmesi için daha fazla fırsat verdiklerinde, tarafsızlık kuralını ihlal ile suçlanabilir. Diğer taraftan, hareketsiz kalmayı tercih ederlerse taraflar arasındaki eşitsizlik boyutu da artacaktır çünkü her iki tarafın da eşit kişisel ve mesleki statüde olmadığı durumlarda, taraflara eşit davranmak eşitsizlik sonucunu doğuracaktır.¹¹⁵ Öte yandan, üçüncü kişilerin müdahalelerinin olmadığı durumlarda, işverenlerin AUÇY’yi mahkemeler karşısında daha avantajlı görmelerine neden olabilir.¹¹⁶ Ayrıca bir çalışanı bir işverenin isteklerini kabul etmeye ikna etmeye yönelik sürekli çabaların veya arabulucuların çalışanlar veya işverenler veya onların temsilcileri ile tartışmaya girmesi veya taraflarca dile getirilen sorunları kaydetmeyi reddetmesi, arabulucunun tarafsızlığını kaybettiği anlamına geleceği aşîkârdır.¹¹⁷

Bu nedenle, tarafsız üçüncü şahısların müdahalesi, iş uyumsuzluklarında AUÇY kullanıcılarının güven ve desteğini kazanmak için önemlidir ve tarafların güven ve desteğini sağlamanın yolu ise AİHS madde 6 ile korunan tarafsız üçüncü şahısların bağımsızlığını ve tarafsızlığını garanti etmektir. AİHM kararlarında bağımsızlık ve tarafsızlık iki kavram olarak sıklıkla birlikte ele alınır.¹¹⁸ Bu temelde, bu bölüm öncelikle üçüncü şahısların tarafsızlık ve bağımsızlığı anlayışına ilişkin AİHM içtihadını gösterecektir. Ardından, iş uyumsuzluklarında kullanılan İngiltere ve Türkiye’nin AUÇY sistemlerindeki üçüncü şahısların bağımsızlığı ve tarafsızlığı perspektifinden inceleyecektir.

114 M. Shaffer, “Divorce Mediation: A Feminist Perspective” *Toronto Faculty of Law Review* 46, (1988); 179.

115 Bernadine Van Gramberg, Julian Teicher, “Managing Neutrality and Impartiality in Workplace Conflict Resolution: The Dilemma of the HR Manager” *Asia Pacific Journal of Human Resources* 44 (2006) 2; 202.

116 Ibid, 205.

117 Şahin, “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Uygulaması”: 106.

118 Reid, *A Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights*, 197.

AIHS'nin 6 (1) bağlamında, bağımsızlık esas olarak güçler ayrılığına ve yargıların yöneticiler ve parlamentodan bağımsız olmasına atıfta bulunur. Böylelikle, hâkimlere yeterli ücret verilmesine veya görevden alınmalarına karşı koruma gibi bazı garantiler sağlamayı amaçlamaktadır.¹¹⁹ Ancak AUÇY sistemlerinin yargısal işlevleri yoktur ve güçler ayrılığının bir parçası da değildirler. Bu temelde, bu yöntemlerin yargısal bir işlevleri olmaması ve güç ayrılığının bir tarafı olmaması nedeniyle, AIHM içtihadı bağlamındaki 'bağımsızlık' ile arabulucular ve uzlastirmacılar tam anlamıyla uygulanabilir değildir.

Tarafsızlık ise, üçüncü kişilerin taraflara yönelik herhangi bir önyargı veya temayül olmaması gereksinimidir.¹²⁰ Madde 6 (1) anlamında tarafsızlığın belirlenmesinde, öznel test ve nesnel test olarak adlandırılan iki test uygulanır. Bu bağlamda, öznel test belirli bir uyuşmazlıkla ilgili üçüncü kişilerin kişisel kanaatlerinin belirtilip belirtilmemesini belirlenmesini gerektirirken, nesnel test, dış gözlemciler veya diğer bağlantılar açısından tarafsızlık konusunda kuşkuların olup olmadığına dair bir soruşturma gerektirir. İş uyuşmazlıklarında AUÇY bakımından tarafsızlık, daha zayıf tarafların endişelerini dile getirmeleri için daha fazla fırsat yaratmak anlamına da gelmelidir.¹²¹ Bu nedenle, iş uyuşmazlıklarında taraflar arasında eşitliği dikkate alma sorumluluğu ile tarafsızlık arasında yakın ve korunması gereken bir ilişki söz konusudur.

Türkiye'de arabulucular Adalet Bakanlığı tarafından seçilmektedir.¹²² Adalet Bakanlığı ilk olarak yazılı bir sınav yapar, ancak yazılı sınava katılabilmek için adayların mesleklerinde 5 yıllık deneyime ve hukuk diplomasına sahip olması gerekmektedir. Ardından yazılı sınavda başarılı olan adaylar sözlü sınava davet edilir.¹²³ Son olarak, sözlü sınavda da başarılı olan adayların iş hukuku arabuluculuğu yapabilmek için iş uyuşmazlıklarının çözümü konusunda eğitim (36 saat) almaları gerekmektedir. Daha sonra bu arabulucular Adalet Bakanlığı listesine kaydedilir ve bu kimseler 'kayıtlı

119 Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, 294.

120 *Micallef v. Malta* App No. 17056/06 (ECtHR 15 October 2009) para 93.

121 Şahin, "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Uygulaması": 106.

122 Hukuk Usulu Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği, Madde 30.

123 Ibid.

arabulucular' olarak adlandırılırlar.¹²⁴ Uyuşmazlığın tarafı olan işçi veya işveren Adalet Bakanlığı'nın şehirlerdeki bir dairesi olan arabuluculuk bürosuna başvurduğunda, arabuluculuk bürosu tarafından Adalet Bakanlığı'nin listesinde bir arabulucu atanır. Aynı zamanda tarafların listedeki bir arabulucunun adı üzerinde anlaşması halinde üzerinde anlaşmaya varılan kişi de arabulucu olarak atanabilmesi mümkündür.¹²⁵

Öncelikle, tarafsız üçüncü kişilerin Adalet Bakanlığı tarafından seçilmesi ve atanması hususunda, Strazburg Mahkemesi (AİHM) bir kararında atanan kişinin etki veya baskıdan uzak olması kaydıyla Madde 6 (1) bağlamında herhangi bir probleme sebep olmayacağını vurgulamıştır.¹²⁶ Bir Avusturya davası'nda AİHM, yargılama heyeti üyelerinin atanması yetkisinin hükümete verilmiş olmasının, üyelerin bir davaya atanmasının devletin takdir yetkisi sınırları içerisinde görüp bağımsızlıkları hakkında şüphe uyandırmak için yeterli olmadığını belirtmiştir.¹²⁷

Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 9. Maddesi arabulucuların görevlerini dikkatli ve tarafsız bir şekilde yerine getirmeleri gerektiği belirtilmiştir. Arabulucu, şüpheli olayların varlığında tarafları bu olay hakkında bilgilendirmekle yükümlüdür.¹²⁸ Bu şüpheli durumlar geçmişteki herhangi bir kişisel veya mesleki ilişkiden kaynaklanabilir.¹²⁹ Veyahut bu şüpheli durum, arabulucu anlaşmazlığa müdahale ettikten sonra ortaya çıkabilir. Nitekim arabulucuların, taraflar ile kendileri arasında bu tür ilişkilerin olup olmadığını araştırma sorumluluğu vardır ve şüpheli olayı fark ettikleri anda tarafları bilgilendirmek zorundadırlar.¹³⁰ Ancak arabulucu, bu şüpheli olaya rağmen her iki tarafın rızası halinde göreve devam edebilmeleri mümkündür; ancak, durumun arabulucuların tarafsızlığına halletme ihtimali varsa, tarafların aksi yönde talebi olsa bile arabulucu

124 Ibid.

125 7036 sayılı Is Mahkemeleri Kanunu, Madde 3(6).

126 Reid, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 198.

127 *Sramek v. Austria* App No. 8790/78 (ECtHR, 22 October 1984, para 38.

128 6325 sayılı Hukuk Usulu Arabuluculuk Kanunu, madde 9(2).

129 Şahin, Çelik, Ruhi, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Rehberi*, 57.

130 Şahin, Çelik, Ruhi, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Rehberi*, 57.

davadan kaçınmalıdır.¹³¹ Ek olarak, söz konusu uyuşmazlığın mahkemelere taşınması durumunda arabulucuların her iki taraf için de avukat olarak hareket etmesi yasaklanmaktadır.¹³²

Türk Hukuk Muhakemeleri Kanunu, hakimlerin bir davaya bakmaktan kendilerini çekmelerini gerektiren yakın aile ilişkileri gibi hükümler içermektedir. Bu durumlar, AİHM içtihat hukukunun öznel tarafsızlığına atıfta bulunmaktadır. Ek olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ayrıca, ihtilaflıların önceden ihtilafla ilgili tavsiye veya rehberlik vermek gibi, o yargıcın tarafsızlığı konusunda şüphe duymalarına sebep olacak durumların varlığı durumunda yargıcı reddetmelerine olanak tanıyan hükümler de içermektedir. Bu hükümler, AİHM içtihat hukukunun nesnel tarafsızlığının bir yansımasıdır. Bu temelde, bu hükümlerin arabulucular için de geçerli olduğunu belirtilmektedir.¹³³

Lakin, Türkiye'deki iş hukuku AUÇY mekanizmalarına ilişkin eleştiriler hala söz konusudur. Birincisi, arabulucu olabilmenin hukuk fakültesi mezunu olan ve mesleklerinde en az beş yıl kıdeme sahip olanlara özgülenmesi bunlardan biridir. Bu durum eleştirilmektedir çünkü arabulucu bir çözüm önermemeli, tarafları hiçbir şekilde yönlendirmemeli veya tavsiyede bulunmamalıdır; bu yüzden böyle bir çekinceye gerek yoktur denilmektedir.¹³⁴ Fakat, güç dengesizliğini gidermek ile tarafsızlığı koruyabilmek arasında hassas bir denge söz konusudur ve beş yıllık avukatlık deneyimine sahip ve iş hukuku anlaşmazlıklarının çözümünde eğitilmiş kişiler, güç dengesizliğinin giderilebilmesi için en azından teorik olarak ideal kişiler olarak karşımıza çıkmaktadır çünkü iş hukuku arabuluculuğunun rollerinden biri, en azından, güçlü olana kendisinin o kadar güçlü olmadığını hissettirmek ve zayıfın o kadar da zayıf olmadığını hissetmesini sağlamaktır.¹³⁵ Daha-

131 6325 sayılı Hukuk Usulu Arabuluculuk Kanunu, madde 9(2).

132 Hukuk Usulu Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği, Madde 3(4).

133 Özgür Oğuz, *Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk* (Legal Yayıncılık 2019), 41.

134 Mert Namlı, *İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakiminden Değerlendirilmesi* (Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu 2016), 162.

135 Şahin, Çelik, Ruhi, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Rehberi*, 80.

sı, taraflar uzlaşmasalar bile, deneyimli ve uzman arabulucular tarafından hazırlanan sonuç raporları, daha sonraki mahkeme sürecinde anlaşmazlıkları verimli bir şekilde çözebilmeleri için bir ‘yol haritası’ olacaktır. Bu nedenle, söz konusu özgüleme iş uyuşmazlıklarının etkili bir şekilde çözülmesi üzerinde olumlu bir etkiye sahip olacaktır.

İkinci olarak, tarafsız bir üçüncü şahsi seçme özgürlüğü tarafsızlık açısından önemlidir çünkü bir işverenin dayatması sonucunda belirli bir arabulucu belirlendiğinde arabulucuların tarafsızlığı üzerinde bir şüphe ortaya çıkabilmesi mümkündür. Yani, bir işverenin işçi ile yaptığı iş sözleşmesine Adalet Bakanlığı listesinde yer alan bir arabulucunun adını sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ekleyebilmesi sorunlu olabilir çünkü işverenler, bir anlaşmazlığın mahkemeye götürülmesini önlemek için işçiye önceden belirlenmiş bir arabulucuyu kabul etmeye zorlayabilir.¹³⁶ Bu durumda, işe ihtiyacı olan bir çalışan çok fazla seçme özgürlüğüne sahip olmayacak ve maddeyi kabul etmek zorunda kalabilecektir. Diğer bir ifadeyle, zamanla bu arabulucular işverenin uyuşmazlıkların mahkemeye gitmesini engelleyen işçisi gibi hareket etmeye başlayacak ve böyle bir durum kabul edilemez bir hal alacaktır.

Üçüncüsü, arabuluculukta kaybeden ve kazanan olmadığından arabuluculuğun bedelini kimin üstleneceğine taraflarca karar verilmesi olağandır.¹³⁷ Ancak, taraflar ücreti eşit olarak ödemediği durumlarda arabulucunun tarafsızlığı hususunda bir şüphe ortaya çıkabilir.¹³⁸ Örneğin, bir işverenin tüm ücreti ödediği durumlarda, arabulucuların tarafsızlığı konusunda bir şüphe ortaya çıkma olasılığı yüksektir. Bu nedenle sürecin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi için bir kontrol mekanizmasının geliştirilmesi önem arz edecektir.¹³⁹

136 Talat Canbolat, “İş Hukuku Bakımından Arabuluculuk” *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 6-7 Aralık 2018: 106.

137 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, Madde 3(16).

138 Şahin, “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Uygulaması”: 105.

139 Yağcıoğlu, “Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculuğun İş Yargılamalarına Etkileri”:470.

Dördüncüsü, arabulucu tarafları yönlendiremez, hukuki bilgi veremez, karar veremez veya hakim veya hakem olarak hareket edemez ancak öneri sunabilmesi mümkündür.¹⁴⁰ Ancak bu durum bazı belirsizlikler içermektedir. Örnek vermek gerekirse, Arabuluculuk Kanunu'ndan farklı olarak, İş Mahkemeleri Kanunu, tarafların bir anlaşmaya varamadığı durumlarda arabulucuların önerilerde bulunmasına izin verir.¹⁴¹ Ancak çözüm önerisinde bulunmak arabulucular için zorunlu bir görev değildir ve tarafları bu teklifi kabul etmeye zorlama yetkisi de yoktur. Bunu yaparken, Türk iş hukuku arabuluculuk sistemi kolaylaştırıcı arabuluculuk modelinden değerlendireci arabuluculuk modeline geçiş yaptığı söylenebilecektir. Bu bağlamda, arabulucuların başarısız olma ihtimaline bağlı kalmak yerine, doktrinde arabulucuların her iki taraf da talepte bulunduğu bir çözüm önerisi sunma hakkına sahip olmaları önerilmektedir.¹⁴²

Bu durumda başka bir endişe ortaya çıkar; taraflar bu öneriyi kabul ederse, gelecekte taraflardan biri kendini tatminsiz hissettiğinde bu sonuçtan bir arabulucuyu sorumlu tutma riskidir.¹⁴³ Bu durum, arabulucunun çözüm önerisinde bağımsızlığını engelleyen bir faktör olarak da karşımıza çıkabilir çünkü bağımsızlık sadece üstlere veya Parlamente'ye karşı her zaman korunması gereken bir olgu değildir. Bazen bir arabulucuların kendi düşünceleri, korkuları veya çevresi bağımsız hareket etmelerini engelleyebilir. Bu bağlamda arabuluculuk toplantılarının arabuluculuğa dahil olan tüm tarafların bağımsız hareket edebileceği bir ortamda yapılması gerekmektedir. Adliyelerde kurulacak toplantı odalarında veya arabulucunun kendi ofisinde yapılabilmesi tavsiye edilir ancak bu toplantıların işyerinde veya işveren ofisinde veya sendika gibi yerlerde yapılmaması özellikle önerilir.¹⁴⁴ Ayrıca, Türk arabuluculuk sistemi, toplantıda gündeme getirilen

140 Serkan Odaman, Eda Karaçöp, "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme" *Sicil İş Hukuku Dergisi* 39 (2018):47.

141 6325 sayılı Hukuk Usulu Arabuluculuk Kanunu, madde 15(7).

142 Fahrettin Korkmaz, Emre Kıyak, "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi" *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4 (2018) 1: 36.

143 Talat Canbolat, "İş Hukuku Bakımından Arabuluculuk": 98.

144 Şahin, Çelik, Ruhi, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Rehberi, 82.

çözüm önerisinden arabulucuyu sorumlu olmaktan koruyan, İngiltere'deki zorunlu bir mesuliyet sigortası da öngörmemektedir.

Beşinci olarak, Türk arabulucuk sistemi tarafları belirli coğrafi sınırlar içerisinde bir arabulucu seçmeye zorluyor.¹⁴⁵ Fakat, küçük bir kasabadaki akrabalık, ticari, ekonomik, sosyal veya dini bağlantıların bir sonucu olarak arabulucunun tarafları önceden tanınması büyük olasılıktır. Bu durum karşımıza arabulucuların tarafsızlığına zarar verebilme ihtimalini ihtiva eden unsurlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle, belirli bir coğrafi bölgeye yerleşik bulunmak yerine arabulucuların becerileri, bilgileri, deneyimleri daha kritik faktörler olduğundan, tarafların atanan arabulucuları bu sayılan faktörler bağlamında reddetmelerine izin verilmelidir. Bu nedenlerle, bu tür bir sınırlama, arabulucuların tarafsızlığının ihlali anlamına gelebilir ve bu bahsedilen çekincelerden ötürü gelecekte Madde 6(1)'in potansiyel bir ihlali olarak ortaya çıkabilir.

ACAS uzlaştırmacılarına gelindiğinde, ACAS'ın resmi unsurları uzlaşma sırasında tarafsızlığının önemini vurgulamaktadır, ancak bu uzlaştırmacılarının tarafsızlığı ve bağımsızlığı garanti eden hakkında yasal bir çerçeve bulunmamaktadır.¹⁴⁶ ACAS uzlaştırmacıları tarafları uzlaştırma işlemleri hakkında bilgilendirebilir, sorun ve olası çözüm hakkında konuşabilir veya tarafların bir uyuşmazlığı mahkemeye gitmeden çözüp çözemeyeceğini tartışabilir. Fakat taraf tutmaları, tarafları temsil etmeleri, taraflara bir çözüm üzerinde anlaşıp anlaşamayacaklarını söylemeleri, söz konusu uyuşmazlıkta tarafların ne kadar güçlü veya zayıf olduğunu söylemeleri ve olası mahkeme sonuçlarını tahmin etmeleri yasaktır.¹⁴⁷ Bu çerçevede ampirik araştırmaya göre, neredeyse tüm katılımcılar (% 92) ACAS uzlaştırmacılarının anlaşmazlık çözümü sırasında bağımsız ve tarafsız göründüğünü kabul etmiştir.¹⁴⁸

145 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, Madde 3(4-6).

146 "How Early Conciliation Works" ACAS, erişim tarihi 6 Kasım 2020. <https://www.acas.org.uk/early-conciliation/how-early-conciliation-works>.

147 Ibid.

148 Dix and Oxenbridge, "Coming to the Table with Acas: From Conflict to Co-operation": 523.

Özel arabuluculuk kuruluşları tarafından sunulan işyeri arabulucuları konusunda ise, CPR’da arabuluculuğa çok sayıda atıf vardır, ancak arabuluculuk uygulamalarını denetleyen, arabuluculuk eylemi veya arabulucuların eğitimi, atanması ve performansına yönelik devletin denetim mekanizması yoktur.¹⁴⁹ Ayrıca İngiltere, AB (Avrupa Birliği) Arabuluculuk Direktiflerini kendi yasal düzeni içerisine dahil etmeyi de tercih etmemiştir. Aslında, 2011 yılında CPR, 2008 tarihli AB Arabuluculuk Direktiflerine uygun olarak değiştirilmiştir, ancak söz konusu hükümler artık ülke içindeki (domestic) uyuşmazlıklara değil de sınır ötesi (cross-border) anlaşmazlıklara uygulanmaktadır.¹⁵⁰ Tarafların talebi üzerine, CEDR (Centre for Effective Dispute Resolution) veya CMC (Civil Mediation Center) gibi alternative uyuşmazlık çözüm merkezleri uyuşmazlık için en uygun arabulucuyu seçmektedir.¹⁵¹ Ancak burada da arabulucunun seçilmesi veya reddedilmesi için de bir yasal süreç yoktur.

İngiltere’de arabuluculuk veya uzlaştırma vakalarının sayısı arttıkça, tarafsız üçüncü şahıslara duyulan ihtiyaç artmaktadır.¹⁵² Bu durum aynı zamanda bir arabulucu akreditasyon planının gerekliliğini de beraberinde getirmektedir. Bununla birlikte, İngiltere arabulucuların rolü ve akreditasyonları üzerinde herhangi bir yasal düzenleme veya kontrol mekanizmalarına sahip değildir.¹⁵³ Diğer bir deyişle, arabulucu olarak eğitilecek kişilerin seçimi ve bunların yetkinliğinin nasıl değerlendirileceğine ilişkin tutarlı bir temel düzenleme yoktur. Ancak yukarıda belirtildiği gibi arabuluculuk kuruluşları akredite edilmiş arabulucu olmak isteyen kişilere ağırlıklı olarak 40-42 saat veya 5-6 günlük eğitim verdiği söylenebilir.¹⁵⁴ Lakin, bu eği-

149 Hazel Genn, Shvia Riahi, Katherine Fleming, “Regulation of Dispute Resolution in England and Wales: A Sceptical Analyses of Government and Judicial Promotion of Private Mediation” in *Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads* ed. Felix Steffex and et al. (Hart Publishing 2013), 165.

150 Ibid, 167.

151 Scherpe, Marten, “Mediation in England and Wales Regulation and Practices”, 405.

152 Waller, “Towards Mandatory Mediation in England?”

153 Hazel Genn, Riahi, Fleming, “Regulation of Dispute Resolution in England and Wales: A Sceptical Analyses of Government and Judicial Promotion of Private Mediation”, 169.

154 Scherpe, Marten, “Mediation in England and Wales Regulation and Practices” 235.

tilen arabulucular genellikle eğitmenleri tarafından değerlendirilmektedir.¹⁵⁵ Ancak bu şüphesiz AUÇY sistemine güvenilirliğini azaltıp ve nesnellikten uzak bırakmaktadır.¹⁵⁶ Bu nedenle, taraflara karşı herhangi bir tarafsızlık görevi, arabulucuların arabuluculuk kuruluşlarıyla imzalamış oldukları sözleşmenin şartlarından ve tarafların arabuluculuk sözleşmesinin şartlarından kaynaklanabilir. Bu nedenle, yasal usul güvencesi olmadığından tarafsız üçüncü şahısların bağımsızlığı ve tarafsızlığının değerlendirilmesi her bir bireysel uyuşmazlığın spesifik özelliklerine göre yapılmalıdır.

Devlet tarafından uygulanan bir control mekanizmasının eksikliği olduğu durumlarda, arabuluculuk kurumlarının profesyonel olarak kendi özgün kurallarını oluşturabilmeleri mümkündür.¹⁵⁷ Arabulucularla ilgili yasal düzenlemeler yapılmadığından, arabulucu olabilmek için bu profesyonel kurumlar tarafından verilen eğitimlere katılabilmek için herhangi yeterlilik şartı gerekli değildir. Her bir arabuluculuk kuruluşu arabulucularının eğitimi ve yeterliliği açısından kendi standartlarını geliştirmektedir ve bunların kalite kontrolü piyasaya bırakılmıştır.¹⁵⁸ Bu bağlamda, arabulucuların ait olduğu her arabuluculuk kuruluşu kurumunun uygulama kurallarına dayalı olarak arabulucular için rehberler hazırlamaktadır. Örneğin, Civil Mediation Council (CMC) pratikte arabulucuların nasıl hareket etmesi gerektiğini gösteren Code of Good Practice for Mediation arabulucuların nasıl hareket etmeleri gerektiğini ortaya koymaktadır.¹⁵⁹ CMC ayrıca arabulucular için bir akreditasyon planı sağlar. Arabulucular yeterli eğitim şartını sağlamalı ve olası bir sorumluluk durumunda sigortalanmış olması, yeterli deneyime sahip olması ve arabuluculuk sürecinin yönetimi gibi konularda istenilen standartların yerine getirmiş olması aranmaktadır.¹⁶⁰

155 Hazel Genn, Riahi, Fleming, "Regulation of Dispute Resolution in England and Wales: A Sceptical Analyses of Government and Judicial Promotion of Private Mediation", 170

156 Ibid.

157 Andrew Boon, Richard Earle, Avis Whyte, "Regulating Mediators?" *Legal Ethics* 10 (2015) 1: 26.

158 Scherpe, Marten, "Mediation in England and Wales Regulation and Practices", 422.

159 Civil Mediation Council Individual Registration Scheme - Amended in 2019", Civil Mediation Council, erişim tarihi Kasım 13, 2020 <https://civilmediation.org/wp-content/uploads/2019/07/2019-Individual-Registration-Guidance-Notes.pdf>.

160 Ibid.

Sonuç

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Türkiye’de arabuluculuğun tanıtılması yaygınlaştırılması bakımından büyük önem arz etmektedir. Bu yasa henüz tasarı halindeyken, birçok eleştiri dile getirilmiştir. Bir İngiliz atasözüyle ifade etmek gerekirse deniliyordu ki; “atı zorla suya götürebilirsin; ancak ata suyu zorla içeremezsin”. Bu düşünce karşısında yasakoyucular ise at suya götürülürse zaten atın suyu içeceğine inanıyordu. Bu çatışma sadece Türkiye’ye özgü değil, İngiltere de yüksek düzeyde zorunlu unsurlar içeren AUÇY mekanizmasına sahip olduğu için bu tür eleştirilerle karşı karşıya kalmıştır. Ancak bu iki görüşün birbiriyle uzlaşması mümkün görünmemektedir çünkü burada tarafların “su” kelimesine atfettikleri mana farklılaşmaktadır. Yasakoyucunu “su” kelimesinden kastı mahkemelerde birikmiş dava yükünü azaltmak iken, karşıt görüşün “su” kelimesine atfettiği mana adil yargılanma ve sonuç elde etme hakkıdır.

Bu çalışma bağlamında, öncelikle her iki ülkedeki AUÇY mekanizmaları AİHS madde 6’yı ihlal edip etmediği belirtildi. İki sistemin de bütüncül olarak mahkemeye erişim hakkını ihlal etmediği söylenebilir. Fakat, bu sistemler içerisinde “makul” gibi yoruma açık bazı ifadelerin mahkemeye erişim hakkına yönelik tehdit oluşturabilecektir. Ayrıca, AUÇY sonrasında imzalanan uzlaşma tutanaklarının iş sözleşmesinin taraflarını iş yargılamasından faydalanabilmesini engelleyecek faktörler olarak düzenlenmesi yüksek düzeyde zorunluluk unsurları içeren AUÇY mekanizmalarının bulunduğu iki ülkede sorun oluşturabilir çünkü mahkemeye erişim hakkı sadece alternatif çözümler sonucunda uzlaşmayanlara özgü değil; uyuşmazlığın tarafı her bir bireyin hakkıdır.

İkinci olarak, AUÇY mekanizmasının zamanaşımı sürelerine etkisi ve makul sürede yargılama hakkını üzerindeki etkisi incelenmiştir. İki ülkedeki sistemin zamanaşımı kurallarına ilişkin sürelerin ve arabuluculuğun bitirilmesine yönelik sürelerle sınırlamaların yerinde olacağından mahkemeye erişim hakkını ihlal etmeyeceği belirtilmiştir.

AİHS madde 6(1)'in son unsuru olarak arabulucuların veya uzlaştırıcıların bağımsızlığı ve tarafsızlığı hususu incelenmiştir. Türkiye’de arabulucuların tarafsızlığı mevzuat ile düzenlenmiştir. Lakin sistem içerisinde bu üçüncü kişilerin tarafsızlığını koruyabilmesini zorlaştıracak arabulucuların seçiminde coğrafi sınırlandırma gibi unsurların madde 6’yı ihlal edebileceği belirtilmiştir. İngiltere’ye gelince, AUÇY’ye yönelik herhangi yasal çerçeve söz konusu değildir. Tarafsızlık olgusu AUÇY kuruluşlarının kendi kılavuzları çerçevesinde yürütüldüğünden hukuki bütünlük söz konusu değildir. Dolayısıyla bu son unsura yönelik incelemeler her bir uyuşmazlığın kendi özelliklerine göre değerlendirilmesi gerektirmektedir.

Kaynakça

- ACAS** “How Early Conciliation Works”, erişim tarihi 6 Kasım 2020. <https://www.acas.org.uk/early-conciliation/how-early-conciliation-works>.
- ACAS**, “Annual Report and Accounts 2019–20” erişim tarihi Kasım 18, 2020. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/900245/Acas_annual_report_and_accounts_2019_to_2020_-_web_accessible.pdf.
- Adalet Bakanlığı, Adli İstatistikler (2019) 189, erişim tarihi Ekim 19, 2020.
- Masood**, Ahmed. “Mediation, Unreasonable Behaviour and Costs”, *The Law Society Gazette*, erişim tarihi Eylül 28, 2020. <https://www.lawgazette.co.uk/law/mediation-unreasonable-behaviour-and-costs/63877.article>.
- Blake**, Susan, Julie Browne, ve Stuart Sime. *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution*. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- Boon**, Andres, Richard Earle, ve Avis Whyte. “Regulating Mediators?” *Legal Ethics* 10 (2015) 1: 26.
- Brown**, Henry, ve Arthur Marriott. *ADR: Principles and Practice* (Sweet&Maxwell 2011).
- Busby**, Nicole, ve Morag McDermot, “Workers, Marginalised Voices and the Employment Tribunal System: Some Preliminary Findings” *Industrial Law Journal* 41 (2012) 2.
- Canbolat**, Talat. “İş Hukuku Bakımından Arabuluculuk.” Arabulucuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 6-7 Aralık 2018.
- Ceno**, Julian. “Compulsory Mediation: Civil justice, Human rights and Proportionality” *International Journal of Law in the Built Environment* 6 (2014) 3.
- Çiçek**, Mustafa. *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk* (Seçkin Yayıncılık 2018).
- Civil Mediation Council**. “Civil Mediation Council Individual Registration Scheme - Amended in 2019”, erişim tarihi Kasım 13, 2020 <https://civilmediation.org/wp-content/uploads/2019/07/2019-Individual-Registration-Guidance-Notes.pdf>.
- Clarke**, Anthony. “The Future of Civil Mediation” *Arbitration* 74 (2008).
- Council of Europe**. Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights (Civil Limb). European Court of Human Rights, 31 August 2019. Erişim tarihi Eylül 11, 2020. https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_eng.pdf

- Croft**, Jane. "Employment Tribunals Backlog Could Trigger More Settlements", *Financial Times*, London, erişim tarihi Aralık 3, 2020. <https://www.ft.com/content/374d7a33-d626-4423-bcbb-6fa36c7ae459>.
- Dix**, Gill, ve Sarah Oxenbridge. 'Coming to the Table with Acas: From Conflict to Co-operation' *Employee Relations* 26 (2004).
- Dolder**, Cheryl. 'The Contribution of Mediation to Workplace Justice' *Industrial Law Journal* (2004) 334.
- Dyson**, Lord. "A Word on Halsey v. Milton Keynes" *Arbitration* (2011).
- Ebisui**, Minawa, Sean Cooney ve Colin Fenwick. "Resolving Individual Labour Disputes: A General Introduction." In *Resolving Individual Labour Disputes: A Comparative Overview*, edited by
- Emiliou**, Nicholas. *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study* (Kluwer Law International 1996).
- Engle**, Eric. "The History of the General Principle of Proportionality: An Overview" *Dartmouth Law Journal* 10 (2012)
- Genn**, Hazel, Shvia Riahi, ve Katherine Fleming. "Regulation of Dispute Resolution in England and Wales: A Sceptical Analyses of Government and Judicial Promotion of Private Mediation" in *Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads* ed. Felix Steffex and et al. (Hart Publishing 2013).
- Gibbons**, Michael. *Better Dispute Resolution: A Review of Employment Dispute Resolution in Great Britain*. Department of Trade and Industry, 2007.
- Gramberg**, Bernadine Van, ve Julian Teicher, "Managing Neutrality and Impartiality in Workplace Conflict Resolution: The Dilemma of the HR Manager" *Asia Pacific Journal of Human Resources* 44 (2006).
- IDS** "Early Conciliation - the New Rules" *Employment Law Brief* (2014).
- IDS**. "Early Conciliation: Extension of Time does not Apply to Second Early Conciliation Period" *IDS Employment Law Brief* (2017): 11-12.
- Korkmaz**, Fahrettin, ve Emre Kıyak."7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi" *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4 (2018).
- Law Commission**. "Employment Law Hearing Structures: Report" (28 April 2020), erişim tarihi, Mayıs 25, 2020. para 2.58 https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2020/04/6.6527_LC_ELHS-Main-Report_FINAL_WEB_210420.pdf.
- Lord Phillips of Worth Matravers**, "Alternative Dispute Resolution: An English Viewpoint" *Arbitration* 74 (2008): 413
- Ministry of Justice**, Tribunal Statistic Quarterly April-June 2020 (29 September 2020), erişim tarihi Kasım 20, 2020. <https://www.gov.uk/government/publications/tribunal-statistics-quarterly-april-to-june-2020/tribunal-statistics-quarterly-april-to-june-2020>
- Namlı**, Mert. İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakimından Değerlendirilmesi (Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu 2016).
- Nelle**, Andres. "Making Mediation Mandatory: A Proposed Framework" *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 7 (1991):

- Odaman**, Serkan, ve Eda Karaçöp. “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme” *Sicil İş Hukuku Dergisi* 39 (2018)
- Oğuz**, Özgür. *Türk İş Hukukunda Dava Şarti Olarak Arabuluculuk* (Legal Yayıncılık 2019),
- Quek**, Dorcas. “Mandatory Mediation: An Oxymoron - Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program” *Cardozo Journal of Conflict Resolution* No.11 (2010): 488.
- Rainey**, Benadette, Elizabeth Wicks, ve Clara Ovey. *The European Convention on Human Rights* (Oxford University Press 2017).
- Reid**, Karen. *A Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights* (Sweet & Maxwell 2015), 127.
- Roberts**, Simon. “Alternative Dispute Resolution and Civil Justice: An Unresolved Relationship” *Modern Law Review* 56, (1993)
- Şahin**, Çağatay Serdar. “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Uygulaması” (2018) *Yeditepe Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi* 2 (2018):
- Şahin**, Tuğçem, Yasin Çelik, ve Ahmet Cemal Ruhi. *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Rehberi* (Seçkin Yayıncılık 2018),
- Sander**, Frank. *Varieties of Dispute Processing* (The National Conference on the Causes of Popular
- Schabas**, William. *The European Convention on Human Rights: A Commentary*. Oxford Publishing, 2015.
- Scherpe**, Jens, ve Bevan Marten. “Mediation in England and Wales Regulation and Practices” in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* ed. Klaus Hopt, Felix Steffex (Oxford University Press 2013).
- Shaffer**, Martha. “Divorce Mediation: A Feminist Perspective” *Toronto Faculty of Law Review* 46, (1988).
- Shelton**, Dinah. “C. Sources of Article 47 Rights.” in *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, edited by Steve Peers et al. Hart Publishing, 2014.
- Shipman**, Shirley. “Alternative Dispute Resolution, the Threat of Adverse Costs, and the Right of Access to Court.” In *The Civil Procedure Rules Ten Years On* ed. Déirdre Dwyer, (Oxford University Press 2009),
- Shipman**, Shirley. “Compulsory Mediation: The Elephant in the Room” *Civil Justice Quarterly* 30 (2011) 2:
- Vitkauskas**, Dovydas, ve Grigoriy Dikov. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması*, translated by Serkan Cengiz. Avrupa Konseyi, 2018.
- Yagcioglu**, Kaan Muharrem. “Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculugun İş Yargılamasına Etkileri” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20 (2018) 2.

YASALAR

- 2937 sayılı Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu.
- 4857 sayılı İş Kanunu
- 6325 sayılı Hukuk Usulu Arabuluculuk Kanunu.
- 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Gerekçesi.
- 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu.

Avrupa Birliği Temel Haklar Sarti.

Civil Procedural Rules 1999

Employment Right Act 1996.

Enterprise and Regulatory Reform Act 2013.

Hukuk Usulu Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği

The Employment Tribunals (Constitution and Rules of Procedure) (Early Conciliation: Exemptions and Rules of Procedure) (Amendment) Regulations 2020.

The Employment Tribunals (Early Conciliation: Exemptions and Rules of Procedure) Regulations 2014.

MAHKEME KARARLARI

Halsey v Milton Keynes Gen. Hosp., [2004] EWCA (Civ) 576.

Hickman v Blake Lapthorn [2006] EWHC 12.

Mutu and Pechstein v Switzerland App No. 40575/10 (ECtHR, 2 October 2018)

Case C-317/08 *Rosalba Alassini v Telecom Italia SpA* [2010] Case C-318/08 *Filomena Califano v Wind SpA* Case C-319/08 *Lucia Anna Giorgia Iacono v Telecom Italia SpA* and Case C-320/08 *Multiservice Srl v Telecom Italia SpA* [2010] ECR-I 2231

Deweere v Belgium App No. 6903/75 (ECtHR, 27 February 1980).

Buchholz v Germany App No. 7759/77 (ECtHR, 6 May 1981)

Sramek v. Austria App No. 8790/78 (ECtHR, 22 October 1984)

Poiss v Austria App No. 9816/82 (ECtHR, 23 April 1987).

X v France App No. 18021/91 (ECtHR, 31 March 1991)

Vocaturro v Italy App No. 11891/85 (ECtHR, 24 May 1991)

Georgiadis v Greece App No. 21522/93 (ECtHR, 29 May 1997)

Pizette v Italy App No. 33158/96 (ECtHR, 18 February 1999)

Micallef v. Malta App No. 17056/06 (ECtHR 15 October 2009).

Momčilović v. Croatia App No. 11239/11 (ECtHR, 26 March 2013).

Baka v Hungary App No. 20261 (ECtHR, 27 May 2014)

Nait-Liman v. Switzerland App No. 51357/07 (ECtHR, 15 March 2018)

II. OTURUM

Arabuluculuk Daire Başkanı Umut İlhan Durmuşoğlu

Herkesi en derin saygı ve en içten sevgilerimle selamlıyorum. Öncelikle bu programın düzenlenmesinde emeği geçen karar vericiler ile teknik ekibe teşekkürlerimi iletiyorum. Bu program özelinde, tüm arabulucuların da 14 Kasım gününü tebrik ediyorum, Arabuluculuk günleri kutlu olsun.

Bu programlarda özellikle bürokrasinin, akademinin ve uygulamacıların bir araya gelmesi oldukça büyük önem taşıyor. Şöyle ki, burada paylaşılan bilgilerden ve istişare edilen görüşlerden ileriki aşamalarda da gerek politika üretirken, gerekse mevzuat çalışmalarında yararlanılacağını düşünüyorum.

Öncelikle ilk oturumda ilk panelistlerimiz Doç. Dr. Berk Demirkol ve Dr. Öğr. Üyesi Ural Aküzüm ile birlikte bir sunum gerçekleştirecektir. Berk Hocam Galatasaray Üniversitesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı kürsüsünde görev yapıyor. Kendisi Galatasaray Lisesi ve aynı zamanda Galatasaray Hukuk Fakültesi mezunu. Yine yüksek lisansını da aynı üniversitede tamamlamış, bir yüksek lisans da Cenevre Üniversitesi'nde uyuşmazlıkların çözümü alanında yapmış bulunmakta. Yine Hocam Cambridge doktoralı ve söylemeden geçemeyeceğim, doktora 2017 yılında ICC tarafından "ICC Institute Prize" ödülüne layık görülmüş bulunmakta.

Ural Hocam da Gedik Üniversitesi'nde İdare Hukuku alanında öğretim üyesi, kendisi aynı üniversitede Anayasa Hukuku ve İdare Hukuku alanında bölüm başkanlığı görevini ifa etmiştir. Galatasaray Lisesi mezunu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve aynı zamanda Montpellier Üniversitesi'nde eğitim görmüş. İdare Hukuku doktora 2017 yılında İstanbul Kültür Üniversitesi'nde tamamlamış. Ural Hocanın dört adet kitabı ve çok sayıda yayınlanmış makalesi bulunmakta. Hocalarım bizlere ISTAC Med-Arb Kurallarının getirdiği yenilikler konusunda sunum yapacaklar. Şimdi den kendilerine teşekkür ediyorum.

DENİZ TİCARETİ HUKUKU

PERSPEKTİFİNDEN ARABULUCULUK

Doç. Dr. Hacı KARA*

Özet

Dünya genelinde uyuşmazlık çözümü için en fazla mahkemeler tercih edilmektedir. Mahkemelerde yapılan yargılamalarda, hâkimler uyuşmazlığın tarafları hakkında hukuka, evrensel hukuk kurallarına ve hukuk felsefesine göre bir karar vermektedirler. Ancak dünya genelinde mahkemelerde açılan davalar çoğunlukla kaynak ve başka kısıtlamalar nedeniyle gecikmekte ve mahkemeler çok sayıda dava ile dolup, taşmaktadır.

Dünyanın birçok bölgesinde resmi mahkeme sürecine erişemeyen kişiler için, kaynağını toplumsal kurallarda bulan, karşılıklı ve ortak bir çözüm yöntemi uygulanmaktadır. Özellikle, aile ve toplum ile ilgili sorunların, bu şekilde çözümü gerek dini inançlardan gerekse toplumsal ve kültürel değerlerden kaynaklanmaktadır. Bu tür ihtilafların çözümünde genellikle, yaşlılar ve toplumun saygı duyulan bireyleri görevlendirilmektedirler. Bu kişiler görevlerini, taraflar arasında uzlaştırıcı diyalog sağlamak suretiyle yerine getirmişlerdir. Bu şekilde tarihi bir geçmiş bulunuyor olması sayesinde, konunun uzmanları, arabuluculuğun gelişimi için de, yerel kültürler içinde benimsenmiş olan, çözüm yöntemlerine yeniden odaklanmış ve bu kuralları güncelleştirmişlerdir.

Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (AUC), (*Alternative Dispute Resolution*, ADR) kavramı, uyuşmazlık çözümü için kullanılan faaliyetlerin tümünü adlandırmak için kullanılmaktadır. Arabuluculuk da çok sayıda uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden sadece biridir. Uzlaşma birçok yerel yetki alanında bir hukuk normu haline dönüşmüştür. Günümüzde modern arabuluculuk, hukuk muhakeme usulü kuralları, statüleri, diğer maddi kanunlar, genel ve

* İstanbul Medeniyet Üniversitesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0002-8255-6277.

uluslararası hukuk kuralları göz önünde bulundurulduğunda dünya genelinde bilinen sürecin tarihi örneklerinden pek de farklı değildir. Arabuluculuğun asli özellikleri şunlardır: Taraflar bu sürece gönüllü olarak girer, süreç esnek, gizli bir şekilde yürütülür, arabulucu yansız bir kişidir, arabulucu uyuşmazlıklarının müzakere edilmiş bir çözümüne ulaşmaları için uyuşmazlık taraflarına aktif bir şekilde yardım eder, taraflar uzlaşıp, uzlaşmamaya ve uzlaşma şartlarına karar verir ve arabuluculuk bağlayıcı değildir.

Başlangıçta, hâkim ve avukatların AUC'a direnç göstereceği düşünülmüştür. Buna karşın, geleneksel yargılama usulü hukuk sistemini uygulayan bu kişiler, AUC'un gelişiminde çok önemli bir rol oynamışlardır. Hemen hemen tüm yargı sistemlerinde davaya bakan mahkemeler uyuşmazlığın sulhen çözümünü teşvik etmektedirler. Dolayısıyla arabuluculuğun gelişiminde medeni usul hukukunun bu kurallarının önemli etkisi olmuştur.

Tahkim gibi bazı çözüm süreçlerinde seçilen veya atanan yansız bir hakem ya da hakem kurulu tarafından, uyuşmazlık tarafları hakkında sonuça bir karar yani bir hüküm verilmektedir. Bu niteliği, tahkim alternatifinin de yargılama kapsamında yer almasını sağlar. Arabuluculuk ise yansız bir kişi, tarafların kendi aralarında sonuca veya uzlaşmaya varmasına yardım etmeyi amaçlar ve bu niteliği dolayısıyla arabuluculuk yargılayıcı bir faaliyet değildir.

Arabuluculuğun çeşitli faydalarından, uygulama esnekliği onu farklı bir konuma koyar. Bu esneklik özellikle, uyuşmazlığın kısa zamanda çözülmesi, maliyetin daha az olması, daha iyi bir uzlaşma etkinliğinin sağlanması, tarafların ve her uyuşmazlığın niteliğine göre güncel ve etkin yaklaşımlar geliştirilmesinde görülür.

Arabuluculuk dünya genelinde, inşaat, ortaklık ve şirket, işyeri ve istihdam, bedensel zararların tazmini, tıbbi malpraktis başta olmak üzere çeşitli uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmaktadır. Medeni hukuk ve ticaret hukuku alanındaki arabuluculuk, ilk olarak, yirminci yüzyılda ABD'de ortaya çıkmıştır. Bu tercihte, tarafların mahkemelerde açılan davaların maliyetinden ve harcanan zamandan kurtulma düşünce ve ihtiyacı önemli bir etken

olmuştur. İngiltere, Avustralya ve Kanada başta olmak üzere birçok ülke de aynı yolu izlemiştir. Böylece arabuluculuk dünya genelinde kabul görmüş ve çok sayıda ülkede dava açmanın bir alternatifi haline gelmiştir.

Türk Hukukunda ise ticari davalarda arabuluculuk 7155 sayılı Abo-nelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Baş-latılması Usulü Hakkında Kanun'un 20. maddesi ile Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nın 5 inci maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 5/A madde-si ile getirilmiştir.

Deniz ticareti hukuku ile ilgili davalar TTK Beşinci Kitap ile düzen-lenmiştir. Bu davalar TTK 4 üncü madde uyarınca mutlak ticari davalardır. Dolayısıyla konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat ta-lepleri hakkında dava açılması halinde dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş gerekmektedir. Bu çalışmada, Türk Hukukunda, deniz ticare-tine dair hangi davaların açılmasından önce arabulucuya başvurmanın zo-runlu olduğu incelenecek, yabancı hukuklarda bu tür ihtilafların nasıl dü-zenlendiği araştırılacak ve son olarak deniz ticareti davaları için zorunlu arabuluculuk değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: *Deniz ticareti hukukunda arabuluculuk, zorunlu arabuluculuğa tabi deniz ticaret hukuku davaları, dava şartı olarak arabulu-culuk, deniz ticaret hukukunda arabuluculuk zorunlu olmalı mı, karşılaştıрма-lı hukukta arabuluculuk.*

Abstract

Courts are mostly preferred for dispute resolution around the world. In court proceedings, judges make a decision about the parties to the dis-pute according to the law, universal rules of law and legal philosophy. However, lawsuits filed in courts around the world are often delayed due to resource and other constraints and courts are overflowing with a large number of cases.

In many parts of the world, a mutual and common solution method, which finds its source in social rules, is applied for those who cannot access the official court process.

Especially, the solution of family and society related problems in this way stems from both religious beliefs and social and cultural values. The elderly and respected members of the community are often assigned to resolve such disputes. These persons fulfilled their duties by establishing a conciliatory dialogue between the parties. Thanks to its historical background in this way, the experts on the subject refocused on the solution methods adopted within local cultures and updated these rules for the development of mediation.

The concept of Alternative Dispute Resolution (ADR) is used to name all activities used for dispute resolution. Mediation is just one of many dispute resolution methods. Compromise has become a norm of law in many local jurisdictions. Today, modern mediation is not much different from the historical examples of the process known around the world, when considering the rules of legal procedure, statutes, other substantive laws, general and international law rules. The essential features of mediation are: The parties enter this process voluntarily, the process is flexible, it is executed in secret, the mediator is a neutral person, actively assist dispute parties to reach a negotiated resolution of their disputes, the parties, decide whether to compromise and not to compromise and the terms of compromise and mediation is non-binding.

Initially, it was thought that judges and lawyers would resist the ADR. On the other hand, these people, who implemented the traditional legal system, played a very important role in the development of the ADR. In almost all jurisdictions, the courts dealing with the case encourage the peaceful resolution of the dispute. Therefore, these rules of civil procedure law had an important effect on the development of mediation.

In some resolution processes such as arbitration, a decision, namely a judgment, is ultimately made about the parties to the dispute by an impartial arbitrator or arbitral tribunal who is chosen or appointed. This feature ensures that the arbitration alternative is also included in the judgment.

Mediation, on the other hand, is a neutral person, aiming to help the parties reach conclusions or reconciliation among themselves, and therefore mediation is not a judgmental activity.

Due to the various benefits of mediation, its flexibility of implementation puts it in a different position. This flexibility is especially seen in the resolution of the dispute in a short time, the cost is lower, a better settlement efficiency, and the development of current and effective approaches according to the parties and each nature of the dispute.

Mediation is used in the solution of various disputes around the world, including construction, partnership and company, workplace and employment, compensation for bodily injuries and medical malpractice. Mediation in the field of civil and commercial law first emerged in the USA in the twentieth century. This preference has been an important factor in the idea and need of the parties to get rid of the costs and time spent in court cases. Many countries, especially England, Australia and Canada, have followed the same path. Thus, mediation has been accepted worldwide and has become an alternative to filing lawsuits in many countries.

In Turkish Law, mediation in commercial cases has been introduced with Article 20 of the Law No. 7155 on “Procedure for the Initiation of the Follow-up of Money Receivables Arising from the Subscription Agreement” Article 5/A added after Article 5 of the Turkish Commercial Code (TCC). The subject of claims and compensation should be about the payment of some amount of money.

Lawsuits related to maritime law are regulated in the Fifth Book of the TCC. These cases are commercial cases in accordance with Article 4 of the TCC. Therefore, if a lawsuit is filed about the claims and compensation, the subject of which is the payment of a certain amount of money, it must be applied to the mediator before the lawsuit is filed. In this study, it will be examined which lawsuits regarding maritime commerce are required to apply to a mediator in Turkish Law, how such disputes are regulated in foreign law will be examined and finally, for maritime commerce cases compulsory mediation will be evaluated.

Keywords: *Mediation in maritime law, maritime law cases subject to compulsory mediation, mediation as a condition of law suit, should mediation be obligatory in maritime law, mediation in comparative law.*

Giriş

Türk Hukukunda arabuluculuk ilk kez, ihtiyari arabuluculuk şeklinde “6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu” ile düzenlenmiştir. Kanuna göre “Yabancılik unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir”.

İkinci olarak, 2017 yılında yürürlüğe konulan “7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu”¹ ile dava şartı² olarak belirli dava konuları bakımından düzenlenmiştir. Kanunun 3/12 maddesine göre: “Bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.” Kanunun 3/3 maddesinde, “İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları ...”nda arabuluculuk dava şartının aranmayacağı belirtilmiştir.

Üçüncü olarak, “7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun”un³ ile 20. maddesi ile Türk Ticaret Kanunu (TTK)’nın 5 inci maddesinden sonra

1 RG 25.10.2017/30221

2 Dava şartları, davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi ve karar verilebilmesi için varlığı veya yokluğu mutlaka gerekli olan şartlardır. Hâkim, dava şartı eksikliği ni kendiliğinden dikkate alır; tarafların bu konuda ayrıca talepte bulunmasına gerek yoktur. Ancak, taraflar bu konuda hâkime yardımcı olabilir ve hâkimin bu konuya dair dikkatini çekebilirler. Dava şartlarından bazıları olumlu, yani davanın açılması sırasında mevcut olması gereken; bazıları ise olumsuz, yani davanın açılması sırasında bulunmaması gereken şartlardır. Olumsuz dava şartlarından birisi mevcutsa veya olumlu dava şartlarından biri mevcut değilse, davanın esası incelenmez.

3 RG 19.12.2018 T. ve 30630

gelmek üzere 5/A maddesi eklenmiştir. TTK 5/A maddesi gereğince, “... 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.”

Dördüncü olarak, 7251 sayılı “Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un⁴ 59 uncu maddesi uyarınca “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun”a⁵ eklenen 73/A-1 maddesi birinci cümle gereğince, “Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.” şeklinde düzenleme yapılmıştır⁶. Kanunun 73/A-1 maddesi a, b, c, ç ve d bentlerinde istisna dışında bırakılan haller dışında tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar için dava şartı olarak arabuluculuk yani zorunlu arabuluculuk hali düzenlenmiştir.

Türk hukukunda yapılan düzenlemeleri değerlendirmek bakımından karşılaştırmalı hukukta diğer ülkelerin ulusal kanunlarında arabuluculuğun nasıl düzenlendiğine göz atmak gerekir.

1. Karşılaştırmalı Hukuk

Karşılaştırmalı hukukta, hukuk sistemleri belirli kümelere ayrılarak sınıflandırılır ve sınıflandırma ölçütü olarak; ırk, hukuk tekniği, dil, ortak tarihsel geçmiş, ideoloji ve benzeri unsurlar esas alınır. Bu nedenle karşılaştırmalı hukuk, tekdüze bir sınıflandırma ortaya koyabilmiş değildir. Her ülkenin hukuku, kendine özgü kurallar içermektedir. Her devletin pozitif (ulusal) hukuk kuralları birçok yönden birbirinden farklılık gösterirse de, bu farklılıkların boyutu dünyadaki devlet veya eyalet sayısı kadar da değildir. Bu farklılıklar bazen çok önemli konularla ilgilirken bazen ikinci

4 RG 28.07.2020/31199

5 RG 28.11.2013/28835

6 Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler, bu hükümlerin yürürlüğe girdiği (01.01.2019 tarihinden önce açılmış olan ticari davalar) tarih itibarıyla ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay’da görülmekte olan davalar hakkında uygulanmayacaktır (7155 sayılı Kanun’un 21. maddesi ile 6102 sayılı TTK’ya eklenen geçici 12. madde).

derecede önemli olan konularla ilgilidir. Tarihi, siyasi, sosyal ve kültürel açıdan birbirine yakın olan devletlerin ulusal hukukları birbirine benzemektedir. Aynı hukuk Sistemine dâhil olan devletlerin iç hukukunun temel özellikleri küçük farklılıklar dışında aynıdır⁷.

I. Anglo-Amerikan Hukukunda Arabuluculuk

Esas olarak İngiltere’de⁸ doğmuş, gelişip, şekillenmiş olan “Anglo-Amerikan (*Common Law*)” hukuk sistemi, İngiltere dışında, İskoçya hariç⁹, Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Kanada, Avustralya ve İngiliz sömürgesi olan bazı Afrika ülkeleri (Güney Afrika) ile Hindistan’da uygulanır. Aynı hukuk sistemi içinde yer alan, İngiliz ve Amerikan hukukunu birlikte ifade eder.

Bu sistemin başlıca özelliği Kıta Avrupası hukukunun aksine, tedvin edilmemiş (kodifiye edilmemiş) olmasıdır¹⁰. Anglo-Amerikan hukuk sistemi esas olarak, asli kaynak olarak örf ve adet kuralları ile mahkemelerin daha önce benzer konularda verdiği kararlara (içtihatlar) (*jurisprudence*) dayanmaktadır. Anglo-Amerikan hukuku esas itibarıyla içtihadi (yazılı

7 Jürgen Basedow, (Çev. Gökçe Kurtulan), ‘Karşılaştırmalı Hukuk Ve Kullanıcıları (Comparative Law and Its Clients)’, İÜHF C. LXXIV, S. 2, (2016), s. 819-917, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/291152>>, Erişim tarihi 20.10.2020.

8 Birleşik Krallık’ın yönetim sistemi anayasal monarşidir. Birleşik Krallık (Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı-United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland) İngiltere, İskoçya, Galler ve Kuzey İrlanda olmak üzere 4 ülkeden oluşan üniter bir devlettir. Büyük Britanya (Great Britain) sadece İngiltere, İskoçya ve Galler’i ifade etmektedir. <http://www.mfa.gov.tr/ingiltere-siyasi-gorunumu.tr.mfa>, Erişim tarihi: 10.10.2020.

9 Büyük Britanya Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı (UK) içerisinde üç hukuk sistemi yer almaktadır: İskoç, İngiliz ve Galler, Kuzey İrlanda. Kuzey İrlanda hukuk sistemi İngiliz modeline çok yakınsa da ve İngiliz hukuk sistemi, hem İngiltere hem Galler için geçerliyse de, İskoç hukuku bunlardan tamamen denecek kadar farklıdır. Britanya içinde, ayrıca Channel Islands (Jersey ve Guernsey) ve Isle of Man’de de farklı hukuk sistemleri var, fakat bunlar Birleşik Krallık tanımı içinde yer almadığından Büyük Britanya’da beş ayrı hukuk sistemi yer almaktadır. Güney Afrika, Seylan, Quebec, Louisiana, St. Lucia gibi sistemlerle beraber İskoç hukuk sistemi de, melez ya da karma sistemler grubuna girmektedir. Ersin Özücü, “Karşılaştırmalı Hukukçu Gözüyle İskoç Hukuk Sistemi” (1990), İstanbul Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 18, s. 71, İstanbul.

10 Örneğin, İngiliz Anayasası tedvin edilmemiştir. Buna karşın ABD Anayasası yazılıdır.

olmayıp uygulamaya dayanan) niteliktedir. Yani mahkemelerin vermiş olduğu kararlar bağlayıcı niteliktedir ve izleyen benzer somut olaylara uygulanır. Bu sebepten ötürü Anglo-Amerikan hukukuna “hâkimler tarafından yapılmış hukuk” (*judge-made law, case law*) da denmektedir¹¹. Bu sistemde Kıta Avrupası sisteminde olduğu gibi kamu hukuku-özel hukuk ayrımı ya da adli yargı-idari yargı ayrımı yoktur, yargı birliği geçerlidir.

Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, hukukun oluşmasında ve gelişmesinde bunların etkili olması önemli bir etken ise de, bu hukuk sistemi sadece örf ve adetler ile içtihatlarla dayanmaz. Bu hukuk sisteminde de kanun ve yönetmelik gibi yazılı hukuk kuralları vardır. Ancak, Kara Avrupa’sı Hukuk Sisteminde Hâkimlere yalnızca somut olay adaletini gerçekleştirmek üzere tanınan takdir yetkisi ve kural koyma yetkisi, Anglo-Amerikan sisteminde çok daha geniş, ayrıntılı ve etkili şekilde tanınmaktadır. Yani Kara Avrupa’sı Hukuk Sisteminde istisna olan Hâkimin kural koyma ve takdir yetkisi Anglo-Amerikan hukuk sisteminde esastır¹².

A. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri (ABD)’nde anlaşmazlıkları çözmek için alternatif uyuşmazlık çözüm biçimleri¹³ ve arabuluculuk, 1960’ların başından itibaren uygulanmaktadır. Geçmişte, ABD’de işçi uyuşmazlıkları genel mahkemelerde çözülmüştür. Bu arada anayasa gereği önceliğe sahip olan ve hızlı yargılama gerektiren uyuşturucuyla ilgili suçlarla ilgili de kovuşturmalar ve mahkemelerden gelen talepler de artmıştır. Bu arada imkânlar bu taleplerle orantılı olarak artmadığından, mahkemelerdeki davalar çoğalmıştır. Boşanma oranının genel olarak artmasıyla birlikte aile içi ilişkilere dayalı

11 Bu hukuk, münferit olaylarda hâkimlerin verdikleri kararlara dayanır. Andreas B. Schwarz, Çev. Bülent Davran, ‘Roma Hukuku Ve İngiliz Hukuku’ (1945), İÜHF, C. 11, S. 3-4, s. 188.

12 İngiliz hukuku Albert Venn Dicey isabetle der ki: İngiliz hukuku hakikatte yapılmış veya yaratılmış olmaktan ziyade büyüyüp yetişmiştir (English Law had in fact grown rather than been made). Schwarz, s. 185.

13 Arbitration, case conferencing, collaborative law, mediation, neutral evaluation, parenting coordination (PC) ve summary jury trials (SJT). ‘Alternative Dispute Resolution’, <https://ww2.nycourts.gov/ip/adr/What_Is_ADR.shtml>, Erişim tarihi: 01.11.2020.

dava dosyaları da hızla artmış, kısmen adli kaynakları korumak ve kısmen de çocuklar için daha iyi sonuçlar sağlamak için mahkemelerin kontrolünde bulunan “aile arabuluculuğu” hizmetleri çoğalmıştır. Ayrıca ebeveynler, bir mahkeme tarafından atanan arabulucunun yardımıyla oluşturdukları velayet ve ziyaret planını, bir yargıç tarafından dayatılanlardan daha kolay kabul etmişler ve arabuluculuk sonrasında daha az boşanma davası açmışlardır. Bu, mahkemelerin uzlaşma hizmetleri sağlayarak artan dava yükünü yönetmede nasıl daha proaktif olabileceklerine bir örnek teşkil etmiştir. Bunun yanı sıra, komşuluktan kaynaklanan anlaşmazlıkları çözmek için toplum temelli arabuluculuk programları, mahkemelerin dışında büyümüş, bazı hukuk hizmeti programları, taraflardan hiçbirinin avukat tutamayacağı davalarda arabuluculuk ve hakemlik yapmayı denemeye başlamıştır.

Avukat tutabilecek maddi güce sahip olan ancak mahkeme duruşmasını bekleyemeyen iş adamları, özellikle devam eden inşaat projelerini içeren anlaşmazlıklar gibi zamana duyarlı davalarda özel tahkim ve arabuluculuk kullanımlarını artırmışlardır. Her tür hukuk davası, kapsamlı hareket uygulaması ve uzmanların kullanımı yoluyla duruşmaya hazırlanmak daha karmaşık ve pahalı hale geldikçe, alternatif uyuşmazlık çözümü biçimlerine olan ilgiyi artırmıştır. Kurumsal müşteriler ve sigortalılar mahkemelerde uzun süre beklemek zorunda kalmışlar, ayrıca boşanma oranının genel olarak artmasıyla ve artan dava masrafları, özel ADR’nin daha fazla kullanılmasını zorunlu hale getirmiştir. Taraf avukatları başta isteksiz davranmışlar, ancak bunun müvekkillerin tazminat ve alacak tahsilatı ile şarta bağlı ücretlerinin ödenmesini hızlandırabileceğini fark etmişler ve arabuluculuğu daha fazla desteklemişlerdir. Daha fazla verimlilik, daha düşük maliyetler, daha fazla kontrol, daha az risk ve daha iyi sonuçlar arabuluculuğun kabul görmesine yol açmıştır.

Arbuluculuğa olan ilgiye rağmen arabuluculuk ABD’de federal düzeyde düzenlenmemiştir. Buna karşın her eyaletin kendisi düzenleme yapabilir. Genellikle eyalet içindeki yerel yargı çevreleri kendi kurallarını belirlemiştir¹⁴. 1998 yılında “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Kanunu (*Alternative*

14 Thomas P. Valenti, ‘Mediation in the USA’, <<https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=8BF06633-BC0F-47F5-B97B-F9E16A907B52>>, Erişim tarihi: 07.11.2020.

Dispute Resolution Act of 1998)¹⁵, yürürlüğe konulmuş ve Amerika Birleşik Devletleri Kanunu (*United States Code*)’nun 28. Bölüm (*Section*), 651. Başlığı (*Title*) değiştirilmiştir. Yetki başlıklı Sec. 651’e göre, her bir Birleşik Devletler bölge mahkemesi, 2071 (a) maddesine göre benimsenen yerel kural ile, bu bölüm uyarınca, iflasta açılan davalar da dâhil olmak üzere tüm hukuk davalarında alternatif anlaşmazlık çözüm süreçlerinin kullanılmasına izin verecektir, tahkim kullanımına sadece 654. bölümde belirtildiği şekilde izin verilebilir. Her bir Birleşik Devlet bölge mahkemesi, kendi bölgesinde alternatif uyuşmazlık çözümünün kullanımını teşvik etmek ve teşvik etmek için, 2071 (a) bölümünde benimsenen yerel kurallara göre kendi alternatif anlaşmazlık çözüm programını tasarlayacak ve uygulayacaktır.

Arabuluculuk, tüm ADR türleri arasında federal bölge mahkemelerinde birincil ADR süreci olarak öne çıkmıştır. Çoğu federal yargı alanı bir çeşit arabuluculuk sunmakta ve çoğu kanunlar bunu gerektirmektedir. Arabuluculuğa katılmak için çoğu eyalette tarafların rızası gerekli değildir. Zorunlu arabuluculuk, ya tarafların belirli durumlarda arabuluculuk yapmasını gerektirmekte ya da tarafların bunu reddetmemesi için caydırıcı unsurlar yaratmaktadır¹⁶. Tarafların arabuluculuğa katılmaları gereken davalar

15 ‘Alternative Dispute Resolution Act of 1998’, <<https://www.transportation.gov/civil-rights/pl-105-315-28-usc-651-alternative-dispute-resolution-act-1998>>, Erişim tarihi, 28.10.2020.

16 1998 tarihli ADR Kanunu, rıza gerektirmeyen süreçlerden biri olarak arabuluculuğu dışlayacak şekilde değiştirilebilir. Diğer seçenekler arasında, Arabuluculuk Direktifi’nin çıkarılmasının ardından Avrupa Birliği’ndeki bazı ülkeler tarafından kullanılanlar gibi ekonomik teşvikler bulunmaktadır. Diğer bir seçenek, geliştirilmiş eğitim programları olabilir. Mahkemelerin arabuluculuk sürecinden ne bekleyecekleri konusunda halkı eğitmeye yönelik devam eden çabaları, tarafların arabuluculuk konusunda karar vermelerine yardımcı olmak açısından önemlidir. Mevcut teknoloji den faydalanan mahkemeler, taraflara arabuluculuğa farklı yaklaşımları anlatan bilgilendirici videolar sağlayabilir. Daha sonra, bir tarafın arabuluculuğa katılma veya katılmama kararı>, En azından arabuluculuk sürecini bilinçli bir şekilde anlamaya dayanacaktır. Bu yazıda ele alınmasını önerdiğim seçenek, arabuluculuğun uzlaşmaya dayalı bir süreç olduğu, ancak mahkemelerin tarafları arabuluculuğa dahil etmek için güçlü bir teşvik kullanabileceği şeklindeki İngilizce görüşünü benimsemek. Taraflar makul olmayan bir şekilde arabuluculuğa rıza göstermeyi reddederse, maliyetler yüklenebilir. Bu, kaybeden tarafın masrafları karşıladığı olağan İngiliz kuralından bir sapmayı temsil eder. Bu bağlamda, İngiltere’de, arabuluculuk anlaşmalarının icra edilebilirliğine meydan okuyan çok daha az sayıda taraf vakası bulunduğu belirtilmekte fayda var. Jacqueline M. Nolan-Haley, ‘Judicial Review of Mediated Settlement Agreements: Improving Mediation with Consent’ (2013), *Arbitration Law Review*, Vol. 5 Year-

arasında; boşanma davaları, çiftlik ipotek davaları, toplu pazarlık anlaşmazlıkları, tarımsal üretici-dağıtıcı pazarlığı ve tıbbi uygulama hatası davaları gibi aile hukuku davaları yer almaktadır. Aslında, arabuluculuk, en çok mahkemelerin iyi bir şekilde ele alma umutsuzluğuna sahip olduğu ve devamının genellikle pazarlık masasında olmayanları etkilediği düşünülen anlaşmazlıklar için zorunludur¹⁷.

Eyalet mahkemeleri, zorunlu arabuluculuğun esası konusunda farklılık gösterir ancak hem eyalet mahkemelerinde hem de federal mahkemelerde, tarafların arabuluculuğa katılmamaları veya iyi niyetle katılmamaları nedeniyle yaptırımlar uygulanabilir¹⁸.

Tarafların arabuluculuk yapması gerekmediğinde bile, mahkemeler yine de arabuluculuğu teşvik etmek için, örneğin masrafların dayatılması veya vazgeçen taraflara yaptırımların dengelenmesi gibi teşviklere sahip olabilir. Hatta bazı mahkemeler, arabuluculuğa başvurmamanın mahkemenin tarafların davasını görme yetkisinden mahrum bıraktığını tespit edecek kadar ileri gitmiştir¹⁹.

Mahkemenin ADR süreçleri, ABD’de yargı yetkisinden dolayı her bir yargı alanına göre farklılık gösterse de, bazı ortak unsurları bulunmaktadır. Mahkeme ADR’si ve özellikle arabuluculuğun amacı; her bir avukatı uzlaşma tartışmalarını başlatacak kişi olmaktan kurtarmak, avukatların yerleşimi erken keşfetmeleri için bir teşvik veya gereklilik sağlamak, önemli karar vericilerin katılımını teşvik etmek veya gerektirmek, avukatları adli kaynakları artırmak için tarafsız olarak kullanmak, resmi yargılamadan daha fazla esneklik sağlamak ve uzlaşma yoksa duruşmaya başkanlık edecek yargıcı dâhil etmekten kaçınmaktır.

book on Arbitration and Mediation Article 9, s. 156-157, <<https://elibrary.law.psu.edu/arbitrationlawreview/vol5/iss1/9/>>, Erişim tarihi: 09.10.2020.

17 Michael McManus/Brianna Silverstein, *Brief History of Alternative Dispute Resolution in the United States*, Cadmus 2011, Volume I, Issue 3, s. 104, http://www.cadmusjournal.org/files/pdfreprints/vol1issue3/Reprint_McManus_Silverstein_Brief_History_ADR.pdf>, Erişim tarihi: 01.11.2020.

18 Nolan-Haley, s. 154.

19 McManus/Silverstein, s. 104

ABD’de arabuluculuk uygulaması, son birkaç on yılda yeni bir mesleğe dönüşmüştür. ADR hizmetleri sağlayan mevcut özel kuruluşlar önemli bir büyüme sağlamış, 1980’lerde on binlerce davayı tahkim eden Amerikan Tahkim Derneği, ticari arabuluculuğun kullanımını genişletmiş ve teşvik etmiştir. Uluslararası Çatışma²⁰ Önleme ve Çözme Enstitüsü (CPR Enstitüsü) olan Kamu Kaynakları Merkezi, uygun uyuşmazlık çözümünün kullanımını teşvik etmek için öncelikle kurumsal danışmanlar ve hukuk firmaları tarafından desteklenmiştir. Şirketler birbirlerine karşı dava açmak yerine, anlaşmazlıklarını çözmek için ADR’yi kullanmayı tercih etmişlerdir. 1979’da “Yargı Tahkim ve Arabuluculuk Hizmetleri” olarak kurulan en büyük özel ADR sağlayıcı kuruluşu, şimdi JAMS, ülke çapında 25 merkeze ulaşmıştır ve uluslararası iştirakleri bulunmaktadır. Eyalet barolarının çoğu artık aktif anlaşmazlık çözüm bölümlerine sahiptir. Amerikan Barolar Birliği’nin Uyuşmazlık Çözümü Bölümü, 1000’den fazla katılımcıyı yıllık toplantısına çeken ve çok sayıda yayına destek (sponsor) olan en büyük bölümlerden biridir.

Mesleğin bir düzenlemesi olmadığı için herkes kendisini arabulucu olarak belirleyebilir. Genelde profesyonel arabulucular işe başlamadan önce 30-40 saat mesleki eğitim alırlar. Ulusal arabuluculuk kaydı yoktur. Arabulucular, isterlerse, herhangi bir sayıda özel derneklere katılabilir ve ayrıca uluslararası panellere de katılabilir²¹. Uyuşmazlık çözümü kursları hukuk fakültesi müfredatlarının düzenli bir parçasıdır. Bazı hukuk okulları LL.M. ve ADR’de sertifika programları. Avukatlar için arabuluculuk eğitim programlarında da bir artış olmuştur.

Arabuluculuk daha yaygın olarak kullanıldığı için bazı eyalet mahkemelerindeki hukuk davaları azalmıştır. Örneğin Kaliforniya’da, 1998 ile 2007 yılları arasında tüm eyalet mahkemelerindeki hukuk davaları yüzde 14’ün üzerinde, 1.700.445’ten 1.461.111’e düşmüştür. Federal ve eyalet mahkemelerinde yargılanacak davaların hem yüzdesinde hem de fiili

20 Çatışma, En az iki bireyin kendi amaçlarına ulaşma doğrultusundaki yaklaşımlarının veya eylemlerinin birbirlerini engellediği, ketlediği veya sınırladığı durumdur. Çatışma durumunda, her birey kendi yaşamı ile ilgili olarak belirlediği ihtiyaçlara, güdülere, dileklere veya amaçlara bağlı olarak karşısındaki kişi ile hiç uyuşmayabilir veya sınırlı bir uyuşmazlık yaşanabilir. *Temel Arabuluculuk Eğitimi, Katılımcı Kitabı*, (Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı 2019), <<https://adb.adalet.gov.tr/arabuluculukkatilimcielkitabı.pdf>, s. 13>, Erişim tarihi: 09.10.2020.

21 Valenti, s. 1.

sayısında dramatik bir düşüş oldu. Federal mahkemelerde yargılanan hukuk davalarının yüzdesi 1962 ile 2002 arasında yüzde 11'den yüzde 1,8'e düşmüştür. 25 yıllık bir süre içinde, 22 eyaletteki jüri duruşmalarının sayısı yüzde 25'in üzerinde bir düşüş göstermiştir. Daha yakın zamanlarda, 1998'den 2007'ye kadar California Yüksek Mahkemelerinde sivil jüri davaları yüzde 59'un üzerinde, 1,902'den 767'ye düşmüştür. Açılan davaların yüzdesindeki azalma ile mahkemelerde ve özel sektörde artan ADR kullanımı arasındaki kesin ilişki net değildir, ancak birçoğu değişimin bir nedeni olarak arabuluculuğa işaret etmiştir²².

B. İngiltere

İngiliz hukukunda “ADR”nin yasal bir tanımı yoktur. Birleşik Krallık'ta terim genellikle mahkeme işlemleri ve tahkim dışında bir anlaşmazlığı çözmek için mevcut tüm yöntemleri tanımlamak için kullanılır²³. İngiltere ve Galler'de gecikme ve genel rahatsızlıktan rahatsız olan medeni yargı sistemi üzerinde kapsamlı bir çalışmadan sonra, 1997 yılında alternatif uyuşmazlık çözümü (ADR), Medeni Usul Kanunu (*Civil Procedure Rules, CPR*) ile getirilmiştir²⁴. CPR, iç hukukun birincil kaynağıdır. CPR, ADR'yi “normal yargılama sürecinden farklı olarak anlaşmazlıkları çözmek yöntemlerinin toplu bir açıklaması” olarak tanımlar. Tanınmış bir ADR hizmet sağlayıcısı olan Etkili Uyuşmazlık Çözümü Merkezi (CEDR) ise, ADR'yi “Dava ve tahkimin esnekliğini önleyen ve bunun yerine tarafların en az doğrudan ve dolaylı maliyetle daha iyi veya benzer bir sonuca ulaşmasını sağlamaya odaklanan bir anlaşmazlık çözüm teknikleri bütünü” olarak tanımlamaktadır. Arabuluculuk, uzlaştırma, erken tarafsız değerlendirme ve uzman tespiti, ADR türlerinin farklı örnekleridir. Arabuluculuk en yaygın kullanılanıdır²⁵.

22 Jay Folberg, 'Development of Mediation Practice in the United States' (2015), Year 16, Vol. 17, pp. 35-39, <https://www.researchgate.net/publication/321894850_Desarrollo_de_la_practica_de_la_mediacion_en_los_Estados_Unidos/fulltext/Sa386d56a6fdccdd41fdf270/Desarrollo-de-la-practica-de-la-mediacion-en-los-Estados-Unidos.pdf>, Erişim tarihi, 08.10.2020.

23 Donald Lambert/Nicole Finlayson, 'Mediation in United Kingdom', <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=02ee5416-79ba-484b-bd62-eb26318d330b>>, s. 1>, Erişim tarihi: 10.10.2020.

24 1999'dan itibaren geçerlidir.

25 Lambert/Finlayson, s. 1

Arabuluculuk 1999'da gerçekten öne çıkmış ve hukuk davalarını daha hızlı, daha basit ve daha az çekişmeli hale getirmeyi amaçlayan kapsamlı reformlar²⁶ yürürlüğe konulmuştur²⁷. Daha sonra mahkeme içtihatları ile bunu güçlendirmiştir (PGFIISA v OMFS Company 1 Ltd. [2013] EWCA Civ 1288)²⁸. Reformların bir sonucu olarak, mahkemeler, davacıları uygun ADR süreçleri ile anlaşmazlıklarını çözmeye yöneltmekte ve bunu yapmayanları cezalandırmaktadır. CPR Uygulama Yönergesi Ön Eylem Davranışı ve Protokolleri, özellikle, davanın son çare olması gerektiğini ve dava açılırsa, taraflardan ADR'nin dikkate alındığına dair kanıt sunmaları istenebileceğini belirtir²⁹.

CPR, AB Arabuluculuk Direktifine (2008/52/EC) tabi olan sınır ötesi arabuluculuklar için geçerli yerel kuralları da içerir³⁰. Arabuluculuk Direktifi, sınır ötesi anlaşmazlıklarda arabuluculuk yoluyla çözümü kolaylaştırmayı ve teşvik etmeyi amaçlamaktadır ve bir tarafın Birleşik Krallık'ta ve diğerinin başka bir AB üye devletinde ikamet ettiği çoğu hukuki ve ticari sınır ötesi anlaşmazlık için geçerlidir. Hukuk Usulü Değişiklik Kuralları 6 Nisan 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir ve Sınır Ötesi Arabuluculukla ilgili 2011 AB Direktifi, (SI 2011/1133) 20 Mayıs 2011'de yürürlüğe girmiştir. Her iki tarafın da yargı yetkisine dayandığı anlaşmazlıklar ile Arabuluculuk Direktifine tabi olmayan sınır ötesi unsurlarla ilgili anlaşmazlıklar arasında hiçbir ayırım yoktur. İngiliz mahkemelerinin yetki alanına giren ancak Arabuluculuk Direktifi kapsamına girmeyen uluslararası uyuşmazlıklarda arabuluculuk, tıpkı yerel arabuluculukla aynı şekilde iç hukuka tabidir³¹.

26 CPR'de başlatılan "Woolf reformları (The Woolf Report, 1996)" olarak bilinir.

27 Lambert/Finlayson, s. 1

28 Mike Whitehouse, 'Regulating civil mediation in England and Wales: towards a 'win-win' outcome' (2017), Mediation theory and practice, Vol. 2 Issue 1, s. 2, <<https://journalequinoxpub.com/MTP/article/view/444>>, Erişim tarihi: 07.11.2020.

29 Lambert/Finlayson, s. 2

30 2008/52/EC sayılı Arabuluculuk Direktifi yalnızca sınır ötesi uyuşmazlıklar için uygulandığından, şu anda Birleşik Krallık'ta geçerli yatay veya genel bir arabuluculuk kanunu bulunmamaktadır. Pablo Cortes, 'The Promotion of Civil and Commercial Mediation in the UK', University of Leicester School of Law Research Paper No. 15-23, s. 3, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2633215>, Erişim tarihi: 10.10.2020.

31 Medeni Usul Değişikliği Kuralları 2011, aşağıdakiler prosedürleri düzenleyen CPR 78.23'te 78.28'de; bir arabuluculuk anlaşmasının uygulanabilir hale getirilmesi; kanıtların

Arabuluculuk, Birleşik Krallık'ta arabuluculuk ilk andan itibaren istikrarlı bir şekilde gelişmiştir. Arabuluculuk, Birleşik Krallık'ta; güven ve veraset anlaşmazlıkları (mirasın paylaşımı konusunda aile üyeleri arasındaki çatışmaları azaltmaya çalışmak)³², mülkiyet anlaşmazlıkları (özellikle komşular arasındaki), ev sahibi ve kiracı anlaşmazlıkları, ticari anlaşmazlıklar, if-tira, istihdam, sigorta ve konut anlaşmazlıkları dâhil bir dizi hukuk davasında kullanılmaktadır. Ayrıca, esas olarak gayri resmi arabuluculuk veya kolaylaştırma süreçleri yoluyla çözülmekte olan çok sayıda tüketici anlaşmazlığı vardır. Financial Ombudsman Service'e göre, yarım milyon yıllık şikayetlerinin çoğu, esas olarak telefonla kolaylaştırmayı ve vaka işleyicileri tarafından yapılan önerileri içeren gayri resmi çözümle çözülüyor. Birleşik Krallık'taki ticari anlaşmazlıkları çözmek için de yıllardır kullanılmaktadır. Birleşik Krallık'ta ticari arabuluculuğun hacmi hakkında resmi bir veri olmamasına rağmen, önde gelen arabuluculuk hizmet sağlayıcısı olan Etkili Uyuşmazlık Çözümü Merkezi (CEDR) dosya yüklerinde artışlar bildirmiştir. 2014 yılında CEDR tarafından yapılan bir ankete göre, İngiltere'de her yıl arabuluculuk yapan yaklaşık 9.500 ticari ve hukuk davası vardır. Bu rakam, tüketici arabuluculuğunu, istihdam uyuşmazlıkları için yasal uzlaştırma hizmetlerini, aile arabuluculuğunu ve küçük talepleri hariç tutmaktadır - bunların tümü aşağıda bu belgede tartışılmaktadır³³.

Birleşik Krallık'ta akredite bir arabulucu olmak için ulusal çapta gereklilikler bulunmamaktadır. Ancak, yeterlilik kursları normalde beş ila altı gün arasındadır³⁴.

açıklanması ve incelenmesi; tanık celpi ve çapraz sorgulama yoluyla arabuluculuk kanıtlarının elde edilmesi konularında değişiklik yapmıştır. Lambert/Finlayson, s. 2

32 Son yıllarda, faydaları giderek daha fazla kabul gördükçe ve daha yaygın olarak anlaşıldıkça, bir dizi kanun, aile arabuluculuğunun kullanımını ve ilgisini artırmaya çalışmıştır: Aile Hukuku Kanunu 1996; 1999 Adalet Erişim Kanunu; Çocuklar ve Evlat Edinme Kanunu 2006; Hukuki Yardım Suçluların Cezalandırılması ve Cezalandırılması Kanunu 2012 ve Çocuklar ve Aileler Kanunu 2014. Sir James Munby, 'Family Mediation in England and Wales: A guide for judges', magistrates and legal advisors, s. 1, <<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2014/06/mediation-guide-for-judges-may2014.pdf>>, Erişim tarihi: 07.11.2020.

33 Cortes, s. 3.

34 <<https://www.londonschoolofmediation.com/story/2019/02/06/mediation-in-italy-how-does-it-differ-/107/#:~:text=For%20a%20limited%20category%20of,of%20resolving%20their%20dispute%20via>>, Erişim tarihi: 10.10.2020.

İngiliz mahkemeleri, zorunlu bir arabuluculuk rejimi kurmak için yıllarca sorunlarla boğuşmuştur. Bazı mahkemeler makul olmayan bir şekilde arabuluculuk yapmayı reddeden taraflara maliyetler yüklemiş, son olarak, 2004'te Temyiz Mahkemesi, Halsey-Milton Keynes General NHS Trust v. Steel-Joy davasında zorunlu arabuluculuk rejimini reddetmiştir. Tarafların arabuluculuğa katılmaları için artık rızaları gerekli olacaktır. Aksini yapmak ve katılmaya isteksiz tarafların arabuluculuk yapmasını istemek, mahkemenin görüşüne göre, bir davacının mahkemelere erişim temel hakkını ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi³⁵ ihlal eder. Mahkemenin rolü, tarafları ADR yapmaya zorlamak değil, teşvik etmek olmalıdır. Ancak cesaretlendirme etkin olmalı ve makul olmayan bir şekilde arabuluculuğa rıza vermeyi reddeden taraflara maliyetler hatırlatılmalıdır. Bu, başarısız tarafın başarılı tarafın masraflarını ödemesini gerektirir. Dolayısıyla geleneksel İngiliz kuralından önemli bir sapma olmuştur.

Halsey-Milton Keynes General NHS Trust v. Steel-Joy davasına bakan mahkeme, bir tarafın rıza vermeyi reddetmesinin makul olup olmadığını belirlemede dikkate alınabilecek altı faktörden oluşan kapsamlı bir liste sunmuştur. Buna göre: (a) anlaşmazlığın niteliği; (b) davanın esası; (c)

35 İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, m. 6: Adil yargılanma hakkı 1) Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar aleni olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir. 2) Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır. 3) Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir: a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek; b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak; c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek; d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek; e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.

başka çözüm yöntemlerinin denenme derecesi; (d) ADR maliyetlerinin orantısız bir şekilde yüksek olup olmayacağı; (e) ADR'yi kullanmada gecikmenin zarar verip vermeyeceği ve (f) ADR'nin makul bir başarı olasılığının olup olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır.

İngiltere'deki arabuluculuk davalarında, arabuluculuğa dayalı anlaşmalar için, makul olmayan bir şekilde arabuluculuk yapmayı reddeden, adli inceleme isteyen taraflara odaklanılmaktadır. Bu nedenle, arabuluculukta mahkemelerin en aktif rolü, tarafların arabuluculuğa katılmaya rıza gösterme konusundaki mantıksız retlerinin incelenmesi olmaktadır. Maliyet yaptırımı tehdidi göz önüne alındığında, arabuluculuğun İngiltere'de tamamen rızaya dayalı bir süreç olduğu söylenemez. Ancak, İngiltere'deki arabuluculuk anlaşmalarının uygulanabilirliğine, alternatif davaların yetersizliği göz önünde bulundurulduğunda, bazı açılardan tarafların onay vermesi gerekliliği önemli olmalıdır³⁶.

C. Kanada

Kanada, 10 eyalet ve 3 bölgeden oluşan bir federasyon ve anayasal bir monarşidir. Bölgeler gibi her vilayetin kendi yasama organı vardır. Federal hükümetin merkezi Ontario Eyaleti, Ottawa'dadır. Eyaletler ile federal hükümet arasındaki yetki paylaşımı, 1867 Anayasası ile kontrol edilmektedir. Esasen, arabuluculuğa ilişkin, ulusal ve uluslararası konular, eyalet yasama yetkisi dâhilindedir. İllerin dokuzu örfi hukuk yargı yetkisidir. Québec'in ticaret hukuku, Québec Medeni Kanunu ve Québec Medeni Usul Kanunu'ndan türetilmiştir. Kanada'da arabuluculuğa ilişkin Kanun halen geliştirilmektedir. Beş il, dava işlemlerinde arabuluculuğun kullanımını kolaylaştırmak için mevzuat çıkarmıştır. Bunlar:

1) Ontario, belirli durumlarda arabuluculuğu zorunlu kılar. Ontario Hukuk Usulü Muhakemeleri Usulü Kurallarının 24.1 Bölümü (R.R.O. 1990, Yönetmelik 194), belirli belediye yetki alanlarında, belirli eylemler için zorunlu arabuluculuğu zorunlu kılar.

36 Nolan-Haley, s. 159.

2. Nova Scotia, ticari anlaşmazlıkları çözmek için arabuluculuğun kullanımını kolaylaştırmayı amaçlayan Ticari Arabuluculuk Kanunu (S.N.S. 2005, c. 36) kabul etmiştir. Kanun, arabuluculuğu zorunlu kılmaz ve yalnızca taraflar arabuluculuğa katılmayı kabul ettiğinde geçerli olur. Nova Scotia Kanunu ayrıca açıkça “UNCITRAL Uluslararası Ticari Uzlaşma Model Kanununa (*UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation*)” dayanmaktadır.

3. British Columbia, Arabuluculuk Bildirim Yönetmeliği (*Notice to Mediate Regulations*) (B.C. Reg. 4/2001), bir tarafın arabuluculuk için bir bildirimde bulunduğu bazı durumlarda arabuluculuğu zorunlu kılar.

4. Saskatchewan Kraliçesi’nin Bench Kanunu (*Saskatchewan Queen’s Bench Act*) (S.S. 1998, c. Q-1.01), Kraliçe Mahkemesi’ndeki (*Queen’s Bench*) hukuk davalarında arabuluculuğu zorunlu kılmaktadır³⁷.

II. Kıta Avrupası Hukukunda Arabuluculuk

“Kıta Avrupası” veya “Kara Avrupası Hukuku Sistemi” (Continental Law, Civil Law System) denildiğinde, Avrupa’nın kuzeyinde yer alan; İsveç, Norveç, Danimarka, İzlanda, Finlandiya, Faroe Adaları, Åland Adaları ve Grönland gibi Nordik ülkelerin ve Avrupa kıtasındaki, Türkiye, Almanya, İtalya, Fransa, İspanya, Hollanda, Avusturya ve İsviçre gibi ülkelerin, hukuk düzenlerini, Roma Hukuku’na dayalı olma özelliği temelinde kuşatan bir üst kavramdan söz edilmiş olur. Bir diğer deyişle Kıta Avrupası Hukuku, Roma Hukukuna dayalıdır. Batı dünyasına ait hukuk olarak tasnif edilir.

A. Almanya

Almanya’da, modern haliyle arabuluculuk, 1970’lerin sonunda başlamıştır. Alman³⁸ Arabuluculuk Kanunu’nun (MediationsG) 1. Bölüm, 1. pa-

37 IBA Mediation Sub-Committee on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (“MLICC”), <<https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=42ED5502-915B-4A06-9BD7-778FEB06C1A8>>, Erişim tarihi: 12.11.2020.

38 Alman tarihinde anlaşmazlıkların çözümünün, uzun bir geçmişi vardır. Tarihsel belgeler, İtalyan diplomat Alvise Contarini’nin (1597-1651), Otuz Yıl Savaşını sona

ragrafı, arabuluculuğu, “ *tarafların bir veya daha fazla arabulucunun yardımıyla gönüllü olarak ve kendi sorumlulukları üzerine çatışmalarına dostane bir çözüm aradıkları gizli ve yapılandırılmış bir prosedür*” olarak tanımlar. Ancak, Alman iç hukukunda ADR ve uzlaşma terimlerinin hiçbir yasal tanımı bulunmamaktadır. Genel olarak, ADR, dava dışında yapılandırılmış çatışma çözme yöntemlerini tanımlayan şemsiye terim olarak anlaşılır. Uzlaştırma, genellikle uzlaştıracının etkin bir şekilde çözüm seçenekleri sunarak çözümlemeyi kolaylaştırdığı bir uyuşmazlık çözüm yöntemini tanımlamak için kullanılır³⁹.

1990’ların sonlarına kadar, Almanya’da çekişmeli olmayan ADR yöntemlerine genel ilgi görece azdı. Arabuluculuk oldukça nadirdi ve kullanımı çoğunlukla boşanma ve çevresel anlaşmazlıklar ile sınırlıydı. Alman Medeni Usul Kanunu’nun Uygulanması Hakkında Kanun (EGZPO)⁴⁰’un §15a maddesi eyaletlere, belirli türdeki hukuk uyuşmazlıkları ile ilgili olarak yargı organının himayesi altında zorunlu arabuluculuk yapmasını şart koşturmaktadır. Bu maddeye göre belirli hukuki durumlarda taraflar mahkemeye gitmeden önce dostane çözüm yoluna gitmek zorundadırlar. Ayrıca taraflar arasındaki uyuşmazlık buna müsait olmalıdır. Başka bir ifadeyle mevcut uyuşmazlık madde metnindeki tahdidi olarak tanımlanan durumlardan birini karşılamalıdır. Bu düzenleme ilk olarak Almanya’da Bavyera eyaletinde Bavyera eyaleti Uzlaşma Kanunu kapsamında uygulanmıştır. Bu Kanun ise daha sonra Baden Württemberg Uzlaşma Kanunu ile birlikte Türk Arabuluculuk Kanunu için model kanun teşkil etmiştir. Kanun, Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO)’nun; bölüm 278, paragraf 6 hükmünü değiştirmiştir. Kanun belirli dava türleri için zorunlu uzlaşma sağlama yetkisi veren düzenlemeyi yapmıştır. Kanunun §15a/1 maddesinin 1 ila 4 no’lu bentleri arasında tanımlanan durumlarda taraflar zorunlu olarak uzlaşma yoluna gideceklerdir. Bunlar:

erdmek için sırasıyla Münster ve Osnabrück’te kesinleşen Vestfalya Barışı müzakerelerine arabulucu olarak atandığını göstermektedir. (1618-1648).

39 Alman Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (ZPO) ve eski usul kanunları, geleneksel olarak mahkemede taraflar arasında bir uzlaşma sağlamak için hakimlerin görevine odaklanır. Bir yargıcın, yargılamanın herhangi bir anında dava taraflarına uzlaşma imkânı sağlaması kanunen emredilmiştir.

40 Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozeßordnung (EGZPO) 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Sulh Hukuk Mahkemeleri önünde görülen ve değeri 750 Euroyu aşmayan malvarlığı ile ilgili uyuşmazlıklar,

Komşuluk Hukukundan doğan uyuşmazlıklar,

Kişinin Şeref ve Haysiyetinin zedelenmesine ilişkin uyuşmazlıklar (basın ve medya aracılığıyla gerçekleşen zararlar hariç),

Eşit Muamele Kanunu'nun 3. Maddesinde yer alan hususlarla ilgili uyuşmazlıklardır.

Ayrıca bu zorunlu uzlaşma ve dostane çözüm Eyalet Adalet Bakanlığı tarafından yetkilendirilen ve belirtilen birim aracılığıyla gerçekleştirilecektir. Federal kanun, eyalet parlamentolarına, resmi olarak mahkeme işlemlerine başlamak için ön koşul olarak arabuluculuğa katılmayı zorunlu kılma yetkisi verir. Başka bir deyişle, Federal Hükümet tarafından öngörülen zorunlu arabuluculuk biçimi, anlaşmazlığın arabuluculuğa uygun olup olmadığı konusunda taraflar veya mahkemeye herhangi bir takdir hakkı bırakmamaktadır. Bu nedenle, ilgili eyalet mevzuatının yürürlüğe girdiği durumlarda, yukarıda belirtilen kriterleri karşılayan tüm anlaşmazlıklar, mahkeme işlemleri başlatılmadan önce arabuluculuk yapılmalıdır. Her eyalet, uygun bir model seçerken yerel ihtilaf kültürü, mevcut kaynaklar ve mevcut altyapı gibi bölgesel faktörleri dikkate alma fırsatına sahip olacaktır⁴¹.

Ayrıca, Aşağı Saksonya'daki Adalet Bakanlığı, çeşitli mahkemelerde gönüllü arabuluculuğu teşvik etmek için bir pilot program başlatmıştır. Bu program bağlamında, hakimler davaları esas olarak belirli davaya atanmamış hakim-arabuluculara yönlendirmişlerdir. Proje Ocak 2003'te başlamış ve son derece başarılı olmuştur. Mahkemeye bağlı bu tür arabuluculuğun başarı oranı yüzde 79 olmuştur.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi 2007 yılında, zorunlu uzlaşmanın anayasal hukuk yargılaması hakkını ihlal etmediğine karar verdi ve bir uyuşmazlığın dostane çözümünün temelde mahkeme kararından önce olduğuna karar vermiştir⁴².

41 Nadja Alexander, 'German Law Paves the Way For Mandatory Mediation' (2000), ADR Bulletin: The Monthly Newsletter on Dispute Resolution, Vol. 2, Issue 9, s. 87, <<https://core.ac.uk/download/pdf/111760975.pdf>>, Erişim tarihi: 09.10.2020.

42 BVerfG, 14.02.2007 - 1 BvR 1351/01

Almanya’da ulusal ve uluslararası davalarda arabuluculuğun birincil kaynağı olan Arabuluculuk Kanunu (MediationsG) 21 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Alman Arabuluculuk Kanunu, neredeyse tüm AB üye devletlerinin arabuluculuk mevzuatını uygulamak için AB Direktifi⁴³ uyarınca zorunlu hale getirilmesinin ardından kabul edildi. Kanun koyucu Medeni ve Ticari Konularda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine ilişkin 21 Mayıs 2008 tarihli, tüm AB üye devletlerinin arabuluculuk mevzuatını uygulamak için zorunlu hale getirilen “Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin 2008/52/EC Direktifi” tarafından sağlanan asgari standartlarını dikkate almıştır. MediationsG şu alanlar için düzenlemeler sağlar: Bölüm 1: Arabuluculuk ve Arabulucunun Tanımı, bölüm 2: Arabuluculuk usulü, arabulucunun hakları ve görevleri, bölüm 3: Arabulucunun tarafsızlığı ve tarafsızlığı, bölüm 4: Arabulucu için gizlilik yükümlülükleri, bölüm 5 ve 6: Arabulucular için temel ve sürekli eğitim, yetkili arabulucu için gereksinimler, bölüm 7: Arabuluculuğun araştırma ve mali desteği ve bölüm 8: Almanya’da arabuluculuğun gelişiminin değerlendirilmesi. Ayrıca, ZPO ve diğer kanunlar değiştirilmiştir. Örneğin, bir davanın başlaması durumunda, davacı, arabuluculuğun önceden denenip denenmediğini iddia beyanında beyan etmesine ve söz konusu davada arabuluculuk yapmayı reddetmenin ilgili nedenlerine dair ZPO 253, paragraf 3. Ayrıca, mahkeme, dava sırasında arabuluculuğu tavsiye edebilir. Son olarak arabuluculuk süresi için, mahkeme yargılamayı durdurabilir (ZPO m. 278a)⁴⁴.

Ayrıca, 21 Mayıs 2013 tarihli ve 524/2013 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin Tüketici Uyuşmazlıklarına Yönelik “Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözümü” ve “Tüketici Uyuşmazlıklarında Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Hakkında” 21 Mayıs 2013 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (2013/11/EU Yönetmeliği), Alman hukukuna aktarılmıştır. Alman Tüketici Anlaşmazlıklarının Çözümü Kanunu (VSBG) 1 Nisan 2016’da yürürlüğe girmiştir⁴⁵.

43 21 Mayıs 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

44 Muratcan Bayraktar, ‘Alman Ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış’ (2015), İstanbul Barosu Dergisi, C. 89. S. 4, s. 152 vd., <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/YayinDetay.aspx?ID=403&desc=Cilt:89-Say%C4%B1:2015/4>>, Erişim tarihi: 10.10.2020.

45 Greg Bond, ‘The German Mediation Act Five Years On: the Perspective of Two Judge Mediators’ (July 24 2017), Kluwer Mediation Blog, <<http://mediationblog.kluwer->

B. İsviçre

1648'den beri İsviçre Kantonları'nın bağımsızlığı ve tarafsızlığı kabul edilir. İyi bilinen gizlilik kuralları ve uluslararası çerçevede uyuşmazlık çözümüne yönelik özel rolü, doğal olarak bu ülkeyi Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (ADR) bakımından, önemli alternatif bir ülke haline getirmektedir. İsviçre şu anda 26 kanton medeni usul kanunu ve federal kanunların yanı sıra 26 adli teşkilat kanunu ile çalışan 26 kantonlu bir federal sistemdir.

İsviçre'de medeni ve özellikle ticari uyuşmazlıklar, sıradan yasal işlemlerin yanı sıra müzakere, arabuluculuk, ombudsman, uzlaştırma, tahkim dâhil olmak üzere bir Uyuşmazlık Çözüm Araçları (DRT) çerçevesine tabidir. Kamu düzenine ve bazı zorunlu kurallara tabi olan bu konularda taraflar, sunulan çeşitli sistemler arasında gezinmek için bile DRT'lerini seçmekte özgürdür.

2010 yılında, tüm medeni usullerin, bir dereceye kadar yargılama öncesi uzlaşmaya alternatif olarak arabuluculuk sağlayacak tek bir İsviçre medeni usul hukukunda birleştirilmesi beklenmektedir. Ayrıca şu anda tartışılan, İsviçre ceza usul hukuku (genel federal hukuk) ve özellikle küçüklerle ilgili olan projeler, arabuluculuk üzerine bazı maddeler de içermektedir.

İsviçre'de yargı uzlaşması en az iki ve tahkim bir yüzyıldan beri biliniyorsa, arabuluculuk yalnızca on yıldan beri bilinmektedir ve her Kantonda mevcut değildir. Nitekim medeni ve cezai arabuluculuk sadece Cenevre'de bir yargı sistemi olarak mevcuttur. Ancak Argau, Basel, Fribourg, Neuchâtel, St Gallen, Solothurn, Ticino, Vaud ve Zürih'te yargı dışı bir sistem olarak temsil edilmektedir. Arabuluculuk, bir dereceye kadar şu Kanton kanunlarında yasalaşmıştır: Argau; Küçükler için ceza kanunu, Basel; Kültürlerarası arabuluculuk, Fribourg; Küçükler için ceza kanunu ve iş hukukunda toplu çatışmalar, Glaris; Aile meseleleri, Neuchâtel; Küçükler ve Aile meseleleri için Ceza Kanunu.

arbitration.com/2017/07/24/german-mediation-act-five-years-perspective-two-judge-mediators/>, Erişim tarihi: 07.11.2020, Renate Dendorfer Ditges, 'Mediation in Germany', <https://www.lexology.com/1231491/author/Renate_Dendorfer_Ditges>, Erişim tarihi: 28.10.2020.

Cenevre’de ise medeni ve ticari arabuluculuğa ilişkin yeni kurallar 1 Ocak 2005’te yürürlüğe girmiştir. Kanun uyarınca arabuluculuk, herhangi bir mahkeme işleminden önce veya dava mahkemeye getirildikten sonra başlatılabilir. Taraflara sadece arabuluculuk teklifinde bulunan yargıç tarafından herhangi bir arabuluculuk delegasyonu bulunmamaktadır. Dolayısıyla, arabuluculuk süreci üzerinde, ne esasa ne de resmi boyutta (kurallar, süre, maliyetler, eş arabuluculuk vb.) Bununla birlikte, etik davranış kurallarının açık bir kodlaması vardır: - arabuluculuk işleminin gizliliği ve arabulucunun bağımsızlığı, tarafsızlığı ve tarafsızlığı. Cenevre kuralları, yeminli olarak yemin eden arabulucuyu, arabuluculuk sürecini ve öğrenilen tüm gerçekleri zamanla sınırlama olmaksızın gizli tutmaya özellikle zorunlu kılmaktadır. Herhangi bir ihlal disiplin cezasına ve cezai yaptırımlara yol açabilir. Diğer Kantonlarda, gizlilik yükümlülüğü genellikle arabuluculuk sözleşmesinde belirtilmiştir, ancak bu taahhüdün geçerliliği ve uygulanabilirliği henüz herhangi bir Mahkeme tarafından kararlaştırılmamıştır⁴⁶.

C. Fransa

Fransa 8 Şubat 1995 yılında temel bir arabuluculuk düzenlemesini Medeni Usul Kanunu’nun (CPC) 131-1. maddeleri ve devamı ile yapmıştır ve arabuluculuk merkezlerinin kurulmasıyla gelişmiştir. Ancak o zamandan beri, mahkemeler ve hukukçuların isteksiz davranması ve bu konuda eğitim eksikliği nedeniyle arabuluculuğun gelişimi nispeten sınırlı olmuştur ve önemli bir başarıya ulaşmamıştır.

Avrupa Parlamentosu ise, hukuki ve ticari konularda sınır ötesi anlaşmazlıklarda arabuluculuğun kullanılmasını teşvik etmeye yönelik olası tedbirler konusunda Üye Devletlerle geniş çapta istişarede bulunduktan sonra, 2008/52/EC sayılı Direktifi kabul etmiştir. Avrupa Parlamentosu bu Direktifi tamamlamak için 13 Eylül 2011 tarihinde, arabuluculuktan kaynaklanan bir anlaşmanın yargı kararı ile aynı etkide uygulama yetkisini veren bir karar kabul etmiştir. Ayrıca, arabuluculuğa başvuran taraflara mali

46 Birgit Glasner Sambeth, ‘Mediation in Switzerland’, s. 2, <<https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=620C75EA-07EF-4B10-8857-494941BA0BF8>>, Erişim tarihi: 07.11.2020.

teşvikler de sağlamak için bazı Avrupa Devletleri girişimlerde bulunmuştur. Fransa, bu Direktifi 16 Kasım 2011 tarih ve 2011-1540 sayılı Ordonnance ile milli hukuka aktarmış, CPC'deki arabuluculuğun yasal çerçevesinde CPC'nin adli arabuluculuğu düzenleyen 131-1. vd. maddeleri ve geleneksel arabuluculuğa dair CPC m. 1532 vd. ile daha da ileri bir düzenleme yapmıştır. Bu nedenle, 1 Ocak 2016'dan bu yana ticaretle uğraşanlar tüketicilere, kendi tüketici arabulucularının iletişim bilgilerini vermekle yükümlüdürler (Tüketici Kanunu m. L.612-1). Böylece tüketicilerin bir anlaşmazlık durumunda arabuluculuk sürecini başlatmalarına imkan tanınmıştır.

Yirmi birinci yüzyıl için adaletin modernizasyonu hakkındaki 18 Kasım 2016 tarihli Kanun, aile mahkemesinde dava açılmadan önce, zorunlu arabuluculuk girişimini öngörmektedir. Adalet sisteminde reform yapan 23 Mart 2019 tarihli ve 2019-222 sayılı Kanun, artık (arabuluculuğun anlamını bozma riski taşısa da) tarafların birleşme süreci olan tüm yargılamalarda, özet yargılamalar da dâhil olmak üzere, tarafların bir arabulucu ile görüşmesini düzenlemektedir (CPC m. 128 ve 8 Şubat 1995 tarihli Kanunun 22-1 maddesi). Bu yeni mevzuat, aynı zamanda, 5.000 avrodan daha az miktardaki veya komşuluk hukuku ile ilgili uyuşmazlıklarda yasal yollara başvurmadan önce arabuluculuk yapma yükümlülüğü getirmektedir (CPC m. 750-1)⁴⁷.

Son üç yılda ise arabuluculuk, Fransa'da, şaşırtıcı bir şekilde ticari konularda gelişme eğilimine girmiştir. Buna göre sözleşmede kararlaştırılması halinde uyuşmazlığa bir çözüm bulmak için ilk adım olarak arabuluculuk zorunludur. Bu eğilimin arabuluculuk lehine ilk işaretleri 13 Şubat 2004 tarihli bir davada Yargıtay önündeki bir davada ortaya çıkmış ve herhangi bir yasal işlemde ilk adım olarak, anlaşmalarda yer alan arabuluculuk veya uzlaştırma maddelerinin geçerliliğini ve etkinliğini açıkça göstermiştir. Yüksek Mahkeme, bu ilk arabuluculuk adımını uygulamadan bir tarafın Mahkeme önünde başlattığı yasal işlemlerin artık kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Taraflar, anlaşmazlık ortaya çıktığında arabuluculuğun başarısız olacağını ve dolayısıyla arabuluculuğun zaman kaybı olacağını düşünseler bile, mahkemeler, tarafların, gizli bir ortamda tarafsız bir

47 Marinka Schillings/Maureen Henry, 'Mediation' (2020), <<https://amstelseine.com/en/news/mediation/>>, Erişim tarihi: 01.11.2020.

üçüncü tarafın yardımıyla bir anlaşmaya varmaya çalışması gerektiğine karar vermişlerdir. Önemli olan tarafların sözleşme imzalandığı zamanki iradeleri ve ruh halleridir. Sözleşmede böyle bir madde mevcutsa, ancak arabuluculuğun nasıl olacağı hakkında özel bilgi yoksa bir Fransız kuruluşu ve Paris Ticaret Odası'nın bir şubesi olan "Paris Arabuluculuk ve Tahkim Merkezi (CMAP)" gibi uzman bir kuruluşa başvuracaklardır. CMAP, İngiliz CEDR'nin eşdeğeridir ve "Uluslararası Arabuluculuk Hizmetleri Birliği (MEDAL)"in üyesidir. Böyle bir durumda CMAP düzenlemeleri geçerli olacaktır. Aksi takdirde tarafların, arabuluculuk sürecinin kurallarını ve özellikle gizlilik ilkesini belirleyen bir anlaşma imzalamaları gerekecektir. Bununla birlikte, taraflar, herhangi bir yasal anlaşmazlıktan önce, karşı tarafa dava açmadan önce arabuluculuk teklifi göndererek arabuluculuk başvurusunda bulunma hakkına sahiptir. CMAP tarafından yayınlanan istatistikler, vakaların yüzde 60'ından fazlasında böyle bir teklifin kabul edildiğini göstermektedir (2005 istatistikleri).

Davanın arabulucuya başvurmadan mahkemede açılmış olması ve tarafların kabul etmesi halinde, yargıç herhangi bir zamanda arabuluculuğa karar verebilir. Bu anlaşma duruşmada sözlü olarak veya mahkemeye yazılı verilen bir dilekçe yoluyla olabilir. Hakim daha sonra bir arabulucu atar (ticari konularda CMAP aracılığıyla yapılabilir) ve arabuluculuk süresini düzeltir. Teoride, arabuluculuk süreci, gerekirse üç aylık bir yenileme dönemi ve tarafların ödemek zorunda kalacakları arabulucu ücreti için avans üç aylık süreyi geçmemelidir. CMAP istatistiklerine göre, bu avans miktarı ve arabuluculuğun genel maliyetleri oldukça makuldür. Bu maliyetler, söz konusu meblağların yüzde 39'u için 1 milyon Euro'dan fazla olduğu anlaşmazlıklar için 1.000 Euro'nun (yüzde 25) altından 4.000 Euro'ya (yüzde 16) kadardır. Arabuluculuğun hâkim tarafından emredilmesi halinde, Medeni Usul Kanunun 131.14. maddesi uyarınca görüşmelerin gizliliği aranmaktadır.

Arabuluculuğun kolayca uygulanması ve etkinliği göz önüne alındığında CMAP istatistiklerine göre, 2005 yılı için arabuluculuğun, ihtilafların yüzde 71'inde bir anlaşmayla sonuçlandığını göstermektedir. Yine, 2005 yılı CMAP verilerine göre ihtilaf konuları arasında arabuluculuğun yüzde 12'sinin fikri haklarla ilgili olduğu görülür. Mesleklerarası Birliklerin

en büyükleri arasında olan Fransız şirketlerinin yüzde 55'i, 22 Kasım 2005 tarihinde Fransız Ekonomi ve Maliye Bakanı himayesinde Şirketler Arası Arabuluculuk Sözleşmesi imzaladıklarından bu noktayı açıkça kabul etmişlerdir. Avukatlar da, 16 Ekim 2006 tarihinde benzer bir sözleşme olan “Avukatlar Arabuluculuk Sözleşmesi”ni imzalamışlar, böylece müvekkillerinin eğilimini izleme imkanına kavuşmuşlardır⁴⁸.

D. İtalya

ADR yöntemleri genellikle İtalya’da uzun zamandır bilinmektedir, ancak özellikle arabuluculuk, İtalyan yasa koyucunun hukuki ve ticari uyumsuzlukları çözmek için yargısız yöntemler lehine kanunlar çıkarmaya başladığı son 20 yılda, ciddi bir yargısız anlaşmazlık çözüm aracı olarak dikkat çekmiştir.

1990’ların sonlarından 2016’ya kadar İtalya’da beş farklı arabuluculuk düzenlemesi yapılmıştır: Birincisi, 1990’ların sonundan, 2004’e kadar düzenleme olmadan gönüllü arabuluculuk, ikincisi, 2005-2010 yılları arası “şirket anlaşmazlıkları” için akredite arabuluculuk hizmet sağlayıcıları nezdinde gönüllü arabuluculuk, üçüncüsü, Mart 2011-20 Ekim 2012 arasında, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin bazı medeni ve ticari konularda dair uyumsuzluklarda zorunlu arabuluculuk arabuluculuğun belirli yönleri hakkında, 21 Mayıs 2008 tarihli, LD 2008/52/EC sayılı Direktifini, LD 28/2010 nolu, 180/2010 ve 145/2011 sayılı Bakanlık Kararnameleri ile uygulamaya koyması⁴⁹, Dördüncüsü 20 Ekim 2012’den 20 Eylül 2013’e kadarki dönemde İtalyan Anayasa Mahkemesi’nin önceki yasama karararnemesinin usule ilişkin nedenlerle anayasaya aykırı olduğuna karar vermesinin ardından zorunlu arabuluculuğun durdurulması⁵⁰, sadece gönüllü

48 Paule Drouault-Gardrat/Marion Barbier, ‘Mediation In France’, <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=80559d1c-3455-4fd6-aa1f-4e879092bb6d>>, Erişim tarihi: 09.10.2020.

49 Giuseppe Conte, The ‘Italian Way of Mediation’ (2014), Arbitration Law Review, Vol. 6 Yearbook on Arbitration and Mediation, s. 179 vd., <<https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1059&context=arbitrationlawreview>>, Erişim tarihi: 10.10.2020.

50 İtalyan Anayasa Mahkemesi’nin Ekim 2012 tarihli No. 28/2010 Yasama Kararnemesine göre, usule aykırı olmasından dolayı anayasaya mahkemesi, konuyu Kanun koyucuya bırakarak, zorunlu arabuluculuk sürecine ilişkin esash bir görüş yayımla-

arabuluculuğun devam etmesi⁵¹ ve beşincisi de 2013'ten günümüze kadar yani 69/2013 sayılı kanun hükmünde kararnameyi takiben sınırlı dava kategorileri için ilk arabuluculuk oturumu gerekmesidir⁵².

20 Eylül 2013'ten günümüze kadar olan süreçte ise arabuluculuk sayısındaki sert düşüşe ve mahkemelerde açılan davaların sayısındaki artışa bir önlem olarak, İtalyan kanun koyucu, zorunlu bir ilk arabuluculuk oturumu hususunda 6 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'yi yürürlüğe koymuştur. Bu düzenlemeden sonra 69/2013 sayılı orijinal Kanun Hükmünde Kararnameyi değiştiren. 28/2010 ile dört yıllık sınırlı bir süre ve sınırlı dava kategorileri için ilk arabuluculuk oturumunu gerektiren hafifletilmiş zorunlu arabuluculuk hükmü yeniden getirilmiştir⁵³.

İtalya'da arabulucu olabilmek için, akredite bir üniversiteden 3 yıllık bir lisans derecesine sahip olmak veya profesyonel bir topluluğa kaydolmak gerekir. İkincisi, en az elli dört saatlik bir arabuluculuk eğitiminin yanı sıra iki yılda bir yeniden sertifika eğitiminin tamamlanması gerekir. Son olarak, sertifikalandırıldıkları ilk iki yılda en az yirmi arabuluculukta daha deneyimli bir arabulucuya yardımcı olması gerekmektedir⁵⁴.

mıştır. Leonardo D'urso, 'Italy's Mediation Law: An Overview' (2017), <<https://imimediation.org/2017/06/22/italys-mediation-law-an-overview/>>, Erişim tarihi: 10.10.2020.

51 İtalya'nın, tüm hukuki ve ticari uyuşmazlıklar için tamamen gönüllü bir arabuluculuk sistemine dönüşmüştür. Leonardo D'urso, 'Italy's Mediation Law: An Overview' (2017), <<https://imimediation.org/2017/06/22/italys-mediation-law-an-overview/>>, Erişim tarihi: 10.10.2020.

52 Alessandro Bruni, 'Mediation in Italy', <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d0faf894-e442-46f9-9fee-dfb1f78ddd4a>>, Erişim tarihi: 10.10.2020.

53 Leonardo D'urso, 'Italy's Mediation Law: An Overview' (2017), <<https://imimediation.org/2017/06/22/italys-mediation-law-an-overview/>>, Erişim tarihi: 10.10.2020.

54 <<https://www.londonschoolofmediation.com/story/2019/02/06/mediation-in-italy-how-does-it-differ-/107/#:~:text=For%20a%20limited%20category%20of,of%20resolving%20their%20dispute%20via>>, Erişim tarihi: 10.10.2020.

E. İspanya

İspanya’da, deneyim ve pratik uygulamanın her zaman kanunun önünde olduğu görülüyor. Aslında, hâlihazırda geçerli olan kanun yürürlüğe girmeden önce, mahkemeye bağlı arabuluculuk programları üzerinde çalışan bazı özerk topluluklar zaten vardı. Yasal açıdan, eyalet düzeyinde, arabuluculuk, İspanya Medeni Kanununu ve Medeni Usul Kanununu ayrılık ve boşanma meselelerine ilişkin olarak değiştiren 8 Temmuz 2005 tarihli Kanun (15/2005)’da bulunmaktadır.

Arabuluculuğun, tarafların arabuluculuk sürecini başlatma sürecini as-kiya alma imkanı olarak, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 770.7 maddesine dâhil edilmesi, bu alternatif çözümleri geliştirmek için yasal desteğin sağlanmasını gerektirmiştir. Ayrıca, Otonom Topluluklar tarafından sunulan, halihazırda gönüllülük, tarafsızlık, bağımsızlık ve gizlilik esaslarına dayalı olarak sunulan arabuluculuk hizmetlerine ek olarak, 15/2005 sayılı Kanunun üçüncü son hükmü, Hükümeti, Avrupa Birliği hükümlerinde belirtilen ilkelere dayalı olarak, arabuluculuğa ilişkin bir Kanun tasarısını Parlamento’ya sunmaya teşvik etmiştir⁵⁵.

Bu gerçek, 2008/52/EC sayılı Direktifin 12. maddesine dayanılarak iç hukuka aktarılması amacı ile birlikte, 29 Nisan 2011 tarihli “Medeni ve Ticari Konularda Arabuluculuk Kanunu (*Law on Mediation in Civil and Commercial Matters*) hükümet taslağı, Parlamentonun feshi ve ardından 2011 genel seçimlerinin yapılması nedeniyle yasalasamamıştır. Avrupa Birliği, tüm AB Üye Devletlerini, 2008/52/EC Direktifinin belirlenen zaman sınırı içinde yasal düzenlemenin yapılması konusunda uyarmıştır. Belirlenen süre 21 Mayıs 2011 tarihinde sona ermiştir. Bu nedenle, Temmuz 2011’de Avrupa Komisyonu, Çek Cumhuriyeti, Fransa, Kıbrıs, Lüksemburg, Hollanda, Finlandiya, Slovakya, Birleşik Krallık ve İspanya gibi dokuz farklı ülkeye “resmi temerrüt bildirim mektubu” göndermiştir. Bahsedilen ülkeler arasında, sadece Finlandiya, Slovakya ve Birleşik Krallık, 2008/52/EC Direktifinin iç hukuka aktarılması için ilgili önlemlerini Komisyona bildirmiştir. Bu bağlamda,

55 Belén Hernández Moura, ‘Mediation: What is Necessary to Achieve its Success in Spain?’ (2017), Białostockie Studia Prawnicze, vol. 22 nr 4, s. 264, <https://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/6534/1/BSP_22_4_B_Hernandez_Moura_Mediation.pdf>, Erişim tarihi: 07.11.2020.

İspanya'da 2008/52/EC sayılı Direktifin birleştirilmesi, ilk olarak Temsilciler Kongresi tarafından 29 Mart 2012 tarihinde onaylanan Medeni ve Ticari Konularda Arabuluculuk Hakkında 5 Mart 2012 tarihli Kraliyet Kararnamesi 5/2012 kabul edilerek gerçekleşmiştir. Daha sonra 6 Temmuz 2012 tarihli ve 5/2012 tarihli Medeni ve Ticari Konularda Arabuluculuk Kanunu ile sonuçlanan bir kanun tasarısı olarak işleme koyulmuştur. Nihai metin, kuralını basitleştirmek için maddelerinde küçük değişiklikler içerse de, büyük ölçüde, önceki yasama taslağına dayanarak oluşturulmuştur⁵⁶.

Ulusal mevzuat kabul edilmeden önce bile, on yedi özerk İspanyol bölgesinden on üçü, özellikle aile arabuluculuğu alanında, yasama girişimlerini ve Mahkemeye Bağlı Arabuluculuk Programlarını kabul etmiştir. Bu da, arabuluculuk kurumunun İspanya'da yaygın bir çatışma çözme aracı olduğunu ve 2001'den beri güçlü bir şekilde genişlediğini göstermektedir.

İspanya Genel Yargı Konseyi (*The Spanish General Council of the Judiciary, Consejo General del Poder Judicial*) verileri, aile arabuluculuğunun 2014 ve 2015 yıllarında nasıl olumlu bir gelişme yaşadığını göstermektedir. Ancak, arabuluculuk programına gönderilen dava sayısı 5.829 olmasına rağmen, hala arabuluculuk programlarına yönlendirilen dava sayısı ile arabuluculuk yapılan gerçek dava sayısı arasında büyük bir fark vardır. 2015 yılında, aile arabuluculuğuyla ilgili olarak, arabuluculuk programlarına yönlendirilen 5.829 davadan yalnızca 1.383'ü arabuluculuk yapmış ve bunlardan 844 dava anlaşma olmadan sonuçlanmıştır. 2015 yılında arabuluculuk yapılan medeni hukukla ilgili işlere gelince, arabuluculuk davalarının % 46.15'i anlaşmayla sonuçlanmış, 2014'e göre biraz daha iyi bir durum olmasına yani toplam arabuluculuk sevk sayısının daha yüksek olmasına rağmen, ancak vakaların % 31.09'unda anlaşmaya varılabilmektedir. Bu gerçeğe eklenecek bir istatistik daha vardır. İspanya Genel Konseyi'nin verdiği bilgiye göre, Aile Arabuluculuk Programı'na sevk edilen vakaların % 54,7'sinde taraflar bilgilendirme oturumuna katılmamış, bu vakaların bazılarında taraflara ulaşmak mümkün olmamış, ya da sürecin kendisine ilgi göstermişlerse de katılmamayı tercih etmişlerdir⁵⁷.

⁵⁶ Moura, s. 265.

⁵⁷ Moura, s. 266.

F. Hollanda

Hollanda hukukunda arabuluculuğa ilişkin belirli bir kanun hükmü yoktur ve konuyla ilgili şimdiye kadar sadece birkaç mahkeme kararı yayınlanmıştır. Sadece Ulusal Arabuluculuk Enstitüsü (NMI) arabuluculuk kurallarını kabul etmiştir⁵⁸. Bu kurallar arabuluculuğun temel ilkelerinin kaynağıdır ve yasal çerçeve olmadığından arabulucular, doktrin ve yargıçlar için standartları belirlemektedir.

NMI Arabuluculuk Kurallarında üç temel ilke bulunmaktadır. Bunlar: arabuluculuğun, tüm tarafların gönüllü rızasına dayanması; arabulucunun bağımsız ve tarafsız olması gereği ve arabuluculuk sırasında ve sonrasında tüm ilgili taraflarca gizliliğin gözetilmesidir. AB Arabuluculuk Direktifinin gerekliliklerini uygulayan bir arabuluculuk yasama işlemi projesi hazırlık aşamasındadır.

1999-2002 döneminde iki bölge mahkemesinde pilot arabuluculuk programları başlatılmıştır. 2005 yılında ise, ülke çapında bir arabuluculuk için mahkeme sevk sistemi oluşturulmuştur⁵⁹.

G. Avusturya

Bir uyuşmazlık çözümü yöntemi olan arabuluculuk, ilk olarak Avusturya'da 1994/1995 yıllarında Viyana ve Salzburg'daki mahkemelerde pilot projeler oluşturularak uygulamaya konmuştur. Boşanmak isteyen evli çiftler, tamamen gönüllülük esasına göre, tarafsız bir üçüncü şahsın desteğiyle boşanmanın hem hukuki hem de ekonomik yönlerini halletmeye davet edilmiştir⁶⁰. Amaç, boşananların ebeveyn olarak gelecekteki rolüne ve çocuklarının iyiliğine ilişkin rızaya dayalı bir anlaşma yapmaktır. Pilot projelerin başarısı göz önüne alındığında, arabuluculuk işlemleri, kısa bir süre sonra aile hukuku bağlamında resmen başlatıldı. Uygulamada, Avusturyalı arabulucular

58 1995'te kabul edilen NMI Arabuluculuk Kuralları, 2000'de değiştirilmiştir.

59 'Legal Frame of Mediation in Netherlands', <<https://mediation-net.eu/index.php/en/mediatziya/pravna-ramka/22-netherlands/66-legal-frame-of-mediation-in-netherlands>>, Erişim tarihi: 07.11.2020.

60 Walter H. Rechberger, 'Mediation in Austria' (2015), Ritsumeikan Law Review No. 32, pp. 61-70, <<http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr32/rechberger.pdf>>, Erişim tarihi: 08.11.2020.

ağırlıklı olarak kolaylaştırıcı ve dönüştürücü arabuluculuk modellerini desteklemektedir. Değerlendirici arabuluculuk modeli, daha çok, taraflarca arabulucuların düzenli olarak nitelikli avukat olmalarını istediği karma uyumsuzluk çözüm süreçlerinin (med-arb, arb-med-arb) bir özelliğidir.

Arabuluculuk, 2003 yılında kabul edilen ve Avrupa ile diğer Avrupa yargı bölgeleri için bir model olarak hizmet eden, “Avusturya Arabuluculuk Kanunu (*Austrian Mediation Act, AMA*)”⁶¹ ile düzenlenmektedir. Medeni ve ticari konularda ‘listelenen’ arabulucuların mesleğini düzenleyen ve arabuluculuk işlemleri bağlamında bazı usuli faydaları (örneğin, zamanaşımı sürelerinin kesilmesi) düzenleyen AMA, arabuluculuk yasalarının ilk kodlamalarından biridir. Kanun tüm medeni hukuk meselelerinde anlaşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözülme olasılığını ortaya çıkarmıştır.

Avusturya arabuluculuk yaklaşımı, arabulucunun rolü taraflar arasındaki müzakerelerin kolaylaştırılmasıyla sınırlı olduğu için ağırlıklı olarak menfaat temelli olmayı amaçladığından, UNCITRAL Uluslararası Ticari Uzlaşma Model Kanunu Avusturya tarafından yasalaştırılmamıştır. Model Kanun, aksine, daha değerlendirici bir arabuluculuk tarzını teşvik eder. AB içinde sınır ötesi davalarda arabuluculuğa ilişkin kurallar ise, Avusturya Avrupa Birliği Arabuluculuk Kanunu (EU-MeditG)’nda düzenlenmiştir. 2008/52/EC sayılı AB Arabuluculuk Direktifi ile aynı şekilde uygulama kapsamını ve kullanımından kaynaklanan sonuçları tanımlar. Ayrıca Avusturya, Medeni Hukukta Arabuluculuk Eğitimi Yönetmeliğinde arabulucuların zorunlu niteliklerini ve eğitimini düzenleyen mevzuatı çıkaran ilk Avrupa medeni hukuku yargı bölgesidir. Daha genel olarak, Avusturya Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (ZPO) ve Avusturya Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (StPO), özellikle arabulucuların ifade vermeyi reddetme haklarıyla ilgili olarak, arabuluculukla ilgili hükümler de içermektedir.

61 06.06.2003 tarihinde yayınlanan Kanun (Law on Mediation in Civil Law Matters), Almanca’da İngilizce’ye, Vienna Rechtsanwaltskammer, Accredited Mediator in Austria (Ministry of Justice List)’e kayıtlı Maria Theresa Trofaiert (M.A. (KCL) DiplArb, Solicitor (England & Wales) tarafından tercüme edilmiştir. <https://www.viac.eu/images/law/Austrian_Mediation_Act.pdf>, Erişim tarihi: 08.11.2020, <<https://mediatorenliste.justiz.gv.at/mediatoren/mediatorenliste.nsf/docs/home>>, Erişim tarihi: 08.11.2020.

EUAMA 1. Bölümü, arabuluculuğu: “Arabuluculuk, tarafların gönüllülüğüne dayalı olarak, profesyonel olarak eğitilmiş bir tarafsız (arabulucu) taraflar arasındaki iletişimi sistematik olarak teşvik etmek için tanınmış yöntemleri kullanan bir süreçtir. EUAMA 2 (1) Bölümü ise arabuluculuğu: “Bir anlaşmazlığın iki veya daha fazla tarafının kendi başlarına, gönüllü olarak, bir arabulucunun yardımıyla anlaşmazlıklarının çözümü konusunda bir anlaşmaya varmaya çalıştıkları, adı veya atıfta bulunulan yapılandırılmış bir süreç” olarak tanımlamaktadır. Bu süreç, taraflarca başlatılabilir veya bir mahkeme tarafından önerilebilir veya emredilebilir veya bir Üye Devletin yasaları tarafından emredilebilir. “ADR” terimi, genel olarak, hem yargısal hem de yargısal olmayan yöntemler dâhil olmak üzere, dava dışındaki uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kısaltması olarak anlaşılır. “Uzlaşma” terimi, genellikle arabuluculuğun birçok özelliğini gösteren bir anlaşmazlık çözüm sürecini tanımlamak için kullanılır. Önemli fark, uzlaşmada uzlaştırıcının spesifik çözüm çözümleri önerebilmesidir. Uzlaşma, hakemlerden taraflara çözüm seçenekleri önermelerinin talep edilebildiği tahkim yargılaması bağlamında oldukça düzenli olarak gerçekleşir⁶².

2. Türk Hukukunda Arabuluculuk

I. Genel Olarak Arabuluculuğa Dair Düzenleme

Genel olarak arabuluculuğu düzenleyen temel kanun, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun (HUAK)”⁶³udur. HUAK 18/A-8 maddeye göre, “Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz” denilmiştir. Bunun işlerlik kazanabilmesi için, tahkim sözleşmesinde, davanın hakemlerde açılması gerektiği ve dava şartı arabuluculuğun uygulanma alanı bulamayacağı açıkça düzenlenmiş olmalıdır. Buna karşın, tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen, dava, hakem mahkemesi

62 Anne-Karin Grill/Dieter Heine, ‘Mediation in Austria’, <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=cd3bda60-3042-4f6c-b9fc-2469d7fecb98>>, Erişim tarihi: 08.11.2020.

63 07.06.2012 T. ve 6325 S. Kanun 22.06.2012 T. ve 28331 S. RG’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

yerine, devlet mahkemesinde açılmış; davalı, süresinde ve usulüne uygun olarak, tahkim ilk itirazında bulunmadığı için, devlet mahkemesi, davaya bakabilecek bir konuma kavuşmuşsa, uyuşmazlık, dava şartı arabuluculuğa tabi olsa bile, buna ilişkin hükümler işlerlik kazanamaz.

II. Ticari Davalarda Arabuluculuk

A. Ticari Arabuluculuğa Dair Düzenleme

Ticari davaların bir kısmında öngörülen dava şartı olan arabuluculuk, 7155 sayılı “Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun”un 20. maddesi ile Türk Ticaret Kanunu (TTK)’nın 5 inci maddesinden sonra gelmek üzere TTK’ya eklenen 5/A maddesi uyarınca düzenlenmiştir. TTK 5/A/1 maddesine uyarınca, *“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”*⁶⁴.

B. Mutlak ve Nispi Ticari Dava

a) Mutlak Ticari Dava

Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğmuş olmasına ve tarafların tacir olup olmadıklarına yani tarafların sıfatına bakılmaksızın bir takım davalar kanun tarafından “ticari dava” olarak kabul edilmiştir.

64 Eldeki uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığının daha kolay bir şekilde tespit edilmesi bakımından “5 aşamalı kısa bir soru-cevap denetimine” tabi tutmak yerinde olacaktır. Söz konusu 5 aşamalı soru-cevap denetimi şu şekilde olabilir: 1) Uyuşmazlık konusu arabuluculuğa elverişli midir? 2) Uyuşmazlığın konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebine ilişkin midir? 3) Uyuşmazlık konusu özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu durumların dışında mıdır? 4) Uyuşmazlığın konusu 6102 sayılı TTK’nın 4. maddesinde sayılan ticari davaların konusuna girmekte midir? 5) Uyuşmazlığın konusu 6102 sayılı TTK dışındaki kanunlarda belirtilen ticari davaların konusuna girmekte midir? Burak Aslanpınar, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olan Arabuluculukta Taraf Vekilliği*, (1. B., TBB Yayınları 2019), s. 20, <<https://d.barobirlik.org.tr/2019/ticariuyusmazliklardaarabuluculukelkitabi/20/>>, Erişim tarihi: 10.8.2020.

Her halükarda ticari dava olarak kabul edilen bu davalar “mutlak ticari davalar” olarak adlandırılırlar⁶⁵. Konu itibariyle ticari dâvalar da denilen bu kategoriye giren davalar, tarafların sıfatı ne olursa olsun, yani taraflardan biri veya her ikisi tacir sıfatını haiz olsun veya olmasın, mutlak surette ticari davadırlar. Bunlar, ticari işler arasında “öz ticaret hayatına mahsus olup ayrı bir ihtisas cephesi arz eden” meselelerden doğan davalardır⁶⁶.

TTK’da 4 üncü madde 1-6 bentlerde sayılan davalarla, özel kanunlarda ticari dava oldukları açıkça belirtilen veya ticaret mahkemelerinde görülecekleri açıkça belirtilen davalar mutlak ticari davalardır. Bir diğer ifadeyle hangi davaların ticari dava olarak kabul edilecekleri TTK hükmü ile düzenlenmiştir.

b) Nispi Ticari Dava

Nispi ticari davalar konuları itibariyle değil, taraflarının sıfatı itibariyle ticari sayılan davalardır⁶⁷. Mutlak ticari davaların aksine, bu tür davaların ticari dava sayılması için; *iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan kaynaklanması ve davanın her iki tarafının da tacir olması*⁶⁸ gerekir. Bir diğer ifadeyle sözkonusu davanın nispi ticari dava olabilmesi için bazı şartların birlikte mevcut olması gerekir. Ancak bazı şartlar birlikte varsa bu kategorideki davalara nispi ticari dava denir.

65 Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, (25. B., Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2019) , s. 107, Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, *Ticaret Hukuku Bilgisi*, (17. B., Dora Yayınları 2020), s. 47, Sami Karahan, *Ticari İşletme Hukuku*, (27. B., Seçkin Yayıncılık 2015), s. 80, Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, (22. B., Yetkin yayınları 2011), s. 176, Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku*, (12. B., Yetkin Yayınları 2011), s. 134, Yargıtay HGK, T. 10.2.2016, E. 2014/17-2389, K. 2016/129 (Yayınlanmamıştır), İlker Koçyiğit/Alper Bulur, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, (1. B., Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını 2019), s. 91, dn. 46, <<https://adb.adalet.gov.tr/link/ticariuyusmazliklardadavasartiarabuluculuk.pdf>>, Erişim tarihi: 15.8.2020.

66 Burhan Gürdoğan, ‘Ticari Usul Hukuku’ (1956), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 13, s. 173, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/634014>>, Erişim tarihi: 03.11.2020.

67 Gürdoğan, s. 176.

68 Arkan, s. 115, Bilgili/Demirkapı, s. 49, Karahan, s. 81, Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 135.

Bunun için evvela, söz konusu davanın hukuk davası olması gerekir. Taraflardan yalnız birinin ticari işletmesiyle ilgili olan; istisna, kira, ödünç ve satış gibi hukuki işlerden doğan davalar ticari dava sayılmaz. Buna karşılık her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili olan davalar nispi ticari dava sayılır. Ayrıca, diğer şartlar bulunsa bile, eğer dava bir ceza davası ise bu dava ticari dava olarak değerlendirilmeyecektir.

C. Ticari Arabuluculuk Faaliyeti

Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir. Buna göre arabuluculuk için öngörülen en fazla süre $6+2=8$ haftadır.

Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir (HUAk m. 18/A-2).

Buna göre konusu para alacaklarının tahsili için dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz. İlgili kanunlarda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin kabul edilen özel hükümler saklıdır.

Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde

mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir⁶⁹.

III. Deniz Ticareti Davalarında Arabuluculuk

A. Genel Olarak

Karşılaştırmalı hukuk bakımından deniz ticareti davalarına dair ayrı bir usul belirleyen herhangi bir ülkenin varlığı tespit edilmemiştir. Ülkeler deniz ticareti davaları için ayrı bir usul belirlemiş değillerdir. Deniz ticaretine dair davalar, diğer ticari davalar içerisinde yer almaktadır.

Türk hukukunda da deniz ticareti hukukuna dair davalar için ayrı bir düzenleme yoktur. Deniz ticareti hukuku TTK'nın Beşinci Kitabı ile düzenlenmiştir. Bu Kitaba dair davalar TTK 4 üncü madde uyarınca ticari davalarlardır. Dava konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri istemi ile dava açılması halinde, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş gerekmektedir. Bu dava şartıdır.

B. Deniz Ticareti Davalarında Görevli Mahkeme

Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir. Bir yerde asliye ticaret mahkemesi varsa, asliye hukuk mahkemesinin görevi içinde bulunan ve 4 üncü madde hükmünce ticari sayılan davalarla özel hükümler uyarınca ticaret mahkemesinde görülecek diğer işlere asliye ticaret mahkemesinde bakılır. Bir yerde ticaret davalarına bakan birden çok asliye ticaret mahkemesi varsa, iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde Hâkimler ve Savcılar

69 Aslanpınar, s. 14 vd.

Kurulu'na⁷⁰, asliye ticaret mahkemelerinden biri veya birkaçı münhasıran bu Kanundan ve diğer kanunlardan doğan deniz ticaretine ve deniz sigortalarına ilişkin hukuk davalarına bakmakla görevlendirilebilir. Asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yargı çevresindeki bir ticari davada görev kuralına dayanılmamış olması, görevsizlik kararı verilmesini gerektirmez; asliye hukuk mahkemesi, davaya devam eder⁷¹.

IV. Deniz Ticareti Hukuku İle İlgili Davalarda Arabuluculuk

A. Geminin Mülkiyetine ve Sicile Dair Davalar

a) Olağanüstü Zamanaşımı İle Gemi Mülkiyetini Kazanma

Sicile kaydı gerekirken kaydedilmemiş olan bir gemiyi en az on yıl süreyle davasız ve aralıksız olarak asli zilyet sıfatıyla elinde bulunduran bir kişi, geminin, sicile kendi malı olarak tescil edilmesi için dava açabilir. En az on yıl önce ölmüş veya gaipliğine karar verilmiş bir kişinin adına kayıtlı bulunan ve hakkında on yıldan beri malikin onayına tabi bir husus kaydedilmemiş olan bir gemiyi yukarıda yazılı şartlarla elinde bulunduran kişi de o geminin maliki olarak tescil edilmesini isteyebilir. Zilyetlik süresinin hesabı, kesilmesi ve durması Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nin alacak zamanaşımına ilişkin hükümlerine tabidir.

Tescil ancak mahkeme kararıyla olur. Tescil davası, geminin kayıtlı olduğu veya kaydedilmesi gereken sicil müdürlüğüne karşı deniz ticareti işlerine bakmakla görevli asliye ticaret mahkemesinde, bu mahkeme bulunmadığı takdirde asliye ticaret mahkemesinde, o da yoksa ticaret davalarına bakmakla görevli asliye hukuk mahkemesinde açılır. Yapılacak ilan üzerine, itiraz edilmez veya itiraz reddolunursa tescile karar verilir. Mahkemece verilen tescil kararına dayanarak kendisini sicile kaydettirdiği anda asli zilyet,

70 6087 Sayılı "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu" 18.12.2010 T. ve 27789 S. RG'de yayımlanmıştır. Kanunun adı 2.7.2018 T. ve 703 S. KHK'nin 208 inci maddesiyle "Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanunu" şeklinde değiştirilmiştir.

71 Y. 20. HD, T. 23.6.2016, E. 2016/5316 ve K. 2016/7481 karar sayılı kararı. www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 8.8.2020.

geminin mülkiyetini iktisap eder. Tescile karar verilmeden önce, üçüncü bir kişi malik sıfatıyla tescil edilir veya üçüncü kişinin mülkiyeti dolayısıyla sicile, gemi sicilinin doğru olmadığı yolunda bir itiraz şerhi verilmiş olursa, tescil kararı üçüncü kişi hakkında hüküm ifade etmez (TTK m. 1000).

Olağanüstü zamanlaşımında gemiyi asli zilyet sıfatıyla elinde bulunduranın, 1000 inci maddenin üçüncü fıkrasına göre açtığı tescil davası sonucunda tescile karar verilmesiyle, önceki malikin mülkiyet hakkı sona erer (TTK m. 1005). Bu düzenlemeye göre yeni malik mülkiyeti ancak tescil ile kazanmaktadır. Dolayısıyla, mahkeme kararı ile tescil arasında gemi sahipsiz hâle gelmektedir. Bu sakıncayı gidermek için Bir gemi veya gemi ipoteki üzerinde bir hakkın kurulmasını veya kaldırılmasını yahut böyle bir hakkın içeriği veya derecesinin değiştirilmesini isteyebilmek hakkını teminat altına almak için gemi siciline şerh verilebilir. Gelecekte doğacak veya şarta bağlı bir istem hakkının teminat altına alınması amacıyla gemi siciline şerh verilmesi mümkündür. Şerhten sonra gemi veya ipotek üzerinde yapılacak tasarruflar, şerh ile teminat altına alınan hakkı ihlal ettiği ölçüde geçerli değildir. Tasarrufun cebri icra veya ihtiyati haciz yoluyla yahut iflas idaresi tarafından yapılması hâllerinde de hüküm böyledir. Şerh ile teminat altına alınan hakkın derecesini belirlemede şerh tarihi esas tutulur. Hak, şerh verilmek suretiyle teminat altına alındığı ölçüde yükümlünün mirasçısı, sorumluluğunun sınırlı olduğunu ileri süremez (TTK m.977)⁷².

Bu tür davalar geminin aynı (mülkiyeti) ile ilgili olduğundan dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması zorunlu değildir. Bu dava dışındaki geminin mülkiyetine ilişkin davalar da arabuluculuğa tabi değildir. Ancak mülkiyetin devri dolayısıyla geminin bedelinden kaynaklanan ihtilaflar için açılan davalarda tarafların arabuluculuğa başvurması zorunludur.

b) Sicil Teşkilatına Karşı Açılan Davalar

Türk gemileri için, Bakanlığın uygun gördüğü yerlerde Milli Gemi Sicili (MGS) veya Birinci Sicil olarak adlandırılan gemi sicili tutulmaktadır (TTK m. 954 vd.). Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı, *İstanbul, Trabzon,*

72 Hacı Kara, *Deniz Ticareti Hukuku*, (1. B., Onikilevha Yayınevi 2020), s. 116.

Samsun, Zonguldak, Bandırma, Çanakkale, İzmir, Antalya, Mersin ve İskenderun taşra teşkilatı bünyesinde on farklı coğrafi bölgedeki Liman Başkanlıkları nezdinde “Gemi Sicil Müdürlüğü” kurmuştur.

Gemi sicil müdürünün her türlü kararına karşı, o yerde deniz ticareti işlerine bakmakla görevli asliye ticaret mahkemesinin, bu mahkeme bulunmadığı takdirde asliye ticaret mahkemesinin, o da yoksa ticaret davalarına bakmakla görevli asliye hukuk mahkemesinin gözetimine tabidir⁷³.

TMK m. 1007 hükmü gemi sicilleri hakkında da geçerlidir (TTK m. 954 /3). Buna göre gemi sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan devlet sorumludur. Devlet zararın doğmasında kusuru bulunan görevlilere rücu eder. Devletin sorumluluğuna ilişkin davalar, gemi sicilinin tutulmasını gözeticek olan mahkemede görülür. Sicil müdürünün verdiği kararlara karşı açılacak davaların alacağın tahsili ile ilgili olmaması nedeniyle arbuluculuğa tabi değildir.

B. Donatan ve Kaptan Sifatından Kaynaklanan Davalar

a) Gemi İşletme Müteahhidi’ne Karşı Açılan Davalar

Gemi işletme müteahhidi (işleten) (*disponent owner, operator*) maliki olmadığı bir gemiyi, menfaat sağlamak amacıyla, suda kendi adına bizzat veya kaptan aracılığıyla kullanan kişidir. Üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde donatan sayılır. Bu işletilme malike karşı haksız ve alacaklı da kötüniyet sahibi olmadıkça, üçüncü kişi alacağının tahsilini ve gerekirse gemi üzerinde gemi alacaklısı hakkının tanınmasını isteyebilir. Alacağının tahsiline dair dava açması halinde ise bu davadan önce arbulucuya başvurması gerekir.

73 Y. 11. HD, T. 21.6.2017, E. 2015/15186 ve K. 2017/3974 sayılı karar: Mahkemece, iddia, savunma, toplanan deliller, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; bu davadan önce davacıların 27.01.2003 gün ve 8061 Milli Gemi Siciline yapılan ... A.Ş. adına oluşturulmuş bulunan kaydı iptali için ... Denizcilik İhtisas Mahkemesi’ne açtıkları dava neticesinde verilen 2006/158-218 Sayılı kararın Yargıtay incelemesinden geçerek kesinleştiği ayrıca TTK’nın 933 ve 33. madde yollaması gereği 34. maddesindeki itirazın hak düşürücü süre geçtikten sonra yapıldığı gerekçesiyle davanın hak düşürücü süre yönünden reddine karar verilmiştir. Yukarıda açıklanan nedenlerle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA oybirliğiyle karar verilmiştir.” Erişim tarihi: 8.8.2020.

b) Donatanın Sorumluluğuna Dair Davalar

aa) Donatanın Haksız Fiil Sorumluluğu

Donatan gerçek kişi ise bu kişinin, tüzel kişi ise tüzel kişi organlarının haksız fiil sorumluluğu genel hükümlere tabi olup, TBK 49 hükmü uygulanır. Buna göre kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren donatan, bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Donatana bu nedenle açılacak tazminat talepli davalardan önce arabulucuya başvurulması gerekmektedir.

bb) Gemi Adamlarının Kusurlarından Doğan Sorumluluğu

Donatan, *gemi adamlarının*⁷⁴, *zorunlu danışman kılavuzun* veya *isteğe bağlı kılavuzun* görevlerini yerine getirirken işledikleri kusur sonucunda, üçüncü kişilere verdiği zararlardan sorumludur. Donatan aynı zamanda taşıyan sayılıyorsa, kendi gemisindeki yolculara ve yükle ilgili kişilere karşı, taşıyanın gemi adamlarının kusurundan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlere göre sorumlu olur (TTK m. 1062).

Gemi adamları Donatanın, Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin milletlerarası sözleşmelerden doğan sorumluluğunu sınırlandırma hakkı saklıdır. Donatanın bu sorumluluğu, müstakil (asli) bir sorumluluk değil, başka birinin gerçekleşen sorumluluğuna katılma (mülhak) şeklinde sorumluluktur.

Dünyada birçok yerde ve ülkemizde, Çanakkale ve İstanbul Boğazları'nda uygulanan sistem zorunlu danışman kılavuzluk sistemidir. Bu sistemde tüm yetki kaptandadır dolayısıyla sorumluluk kaptana ve donatana aittir. Bu nedenle kılavuzun ya da kılavuzluk teşkilatının sorumluluğu bulunmaz. İhtiyari kılavuzluk sisteminde ise kılavuz almak tamamen

74 Gemi adamları; kaptan, gemi zâbitleri, tayfalar ve gemide çalıştırılan diğer kişilerdir (TTK m. 931/1). "Gemiadamları Ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği" 3/s maddesine göre gemiadamı geminin kaptanı, zabıtları, yardımcı zabıtları, stajyerleri, tayfaları ve yardımcı hizmet personeli. Yine Yönetmelik, 3/ş maddesine göre: "Stajyer: Gemiadamı olmak için eğitim gören ve kanun veya yönetmeliklerce bu nitelikte olduğu belirtilen gemiadamını", m. 3/tt: "Tayfa: Geminin güverte, makine ve kamara bölümlerinde çalışan ve gemi kaptanı, gemi zabiti, yardımcı zabıtları ve stajyerler dışında kalan gemiadamını", m. 4/3.d: "Yardımcı hizmetliler: Kamarot, aşçıyı ifade eder.

isteğe bağlıdır. Tabi olarak da kılavuz veya kılavuzluk teşkilatının herhangi bir sorumluluğu yoktur⁷⁵. Donatana karşı bu sebepten dolayı açılacak tazminat talepli davalardan önce arabulucuya başvurulmalıdır.

cc) Donatanın Deniz Kirliliğinden Sorumluluğu

TTK m. 1336 uyarınca donatan, eğer gemi kendisi tarafından işletilmiyorsa sicilde kayıtlı gemi sahibi kusuru bulunmasa dahi Petrol kirliliğinden doğan zararlardan dolayı Türkiye'nin de tarafı bulunduğu "1992 Tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşme" ve "1992 tarihli Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile İlgili Uluslararası Sözleşme" hükümlerine göre sorumludur. Bu sözleşmelerin uygulanması gerektiği hâllerde, mevzuatın, bu sözleşmelerde düzenlenen hususlara ilişkin diğer hükümleri uygulanmaz.

Kirlenme zararlarının tazmini için yürürlüğe konulan, 5312 sayılı "Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun uyarınca; çarpışma, kırılma, yangın, patlama veya diğer nedenlerle gemilerden veya kıyı tesislerinden kaynaklanan kirlenmelere acil müdahale, kirlenmenin önlenmesi ve giderilmesi zararların tespit ve tazmini hususlarında önemli hükümler içermektedir.

Bunun dışında Çevre Kanunu hükümleri uygulanabilecektir. ÇK m.28/2, "*Kirletenin meydana gelen zararlardan ötürü genel hükümlere göre de tazminat sorumluluğu saklıdır*" hükmü gereğince, ÇK dışındaki hükümler de uygulama alanı bulabilecektir. Bu nedenle, uğradığı kirlenme zararlarının tazmini talebeden kişi, ÇK dışında, TTK veya TBK'na dayanabilecektir.

Çevre kirliliğinin yol açtığı zararların tazminine dair talepler nedeniyle dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmalıdır.

75 Kara, s. 140 vd.

c) Deniz Raporu Alınması

Kaptan, yolculuk sırasında gemiyi veya taşınan eşyayı ilgilendiren veya başkaca bir maddi zarar doğurması muhtemel olan bir kaza meydana geldiğinde, gemi zayi olsa bile, bir deniz raporu düzenlenmesini istemeye yetkili ve kendisinden istendiği takdirde buna zorunludur. Deniz raporu, yolculukla ilgili önemli olayların, özellikle kazalar ve zararın önüne geçilmesi veya azaltılması için alınan önlemlerin tam ve açık olarak tespit edilmesi için düzenlenir.

Deniz raporu, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mahkemelerce, diğer yerlerde, Türk Bayraklı gemiler için yerel mevzuat hükümleri saklı kalmak üzere Türk konsolosluklarınca düzenlenir. Deniz raporunun alınacağı ülkede, bu iş için özel bir yargı usulü öngörülmüş olabilir. Bu durumda yerel mevzuat ile belirtilen usul izlenir. Başvuru üzerine; mahkeme veya konsolosluk, tespit için mümkün olduğu kadar yakın bir gün belirler ve bunu uygun olan bir şekilde ilan eder. Ancak gecikmesinde sakınca görülen hâllerde ilandan vazgeçilebilir. Hâkim veya konsolos, gerek gördüğünde gemi adamlarından mahkemeye gelmemiş olanları dinleyebileceği gibi, olayların yeterince anlaşılması için kaptan ve diğer gemi adamlarına istediğini de sorabilir.

Kaptan, gemi jurnaline dayalı olarak gerekli açıklamalarda bulunur. Gemi journali, mahkemeye veya konsolosluka getirilemiyorsa veya tutulması zorunlu değilse, bu hâllerin sebepleri bildirilmelidir. Hazırlanan tutanağın aslı mahkemece veya konsoloslukça saklanır. İlgililerden isteyenlere onaylanmış örnekleri verilir.

Deniz raporu alınması için açılacak davalarda arabuluculuk şartı aranmaz.

C. Deniz Ticareti Sözleşmelerine Dair Davalar

1188 inci madde hükmü saklı kalmak kaydıyla, gemi kira sözleşmeleri ile zaman charteri sözleşmeleri ve navlun sözleşmelerinden veya koniementodan veya onun düzenlenmesinden doğan bütün alacaklar bir yılda zamanaşımına uğrar (TTK m. 1246/1). Yolcunun ölümünden ve bedensel

zararından ilgilisi lehine doğan bütün tazminat istemleri on yılda zamanaşımına uğrar. Yolcu taşıma sözleşmesinden doğan, bagajın zıyaa veya hasara uğramasından doğan alacaklar dâhil olmak üzere, diğer bütün alacaklar, iki yılda zamanaşımına uğrar. Bu süre; a) Bagajın zıyayı veya hasarı hâlinde, hangisi daha sonra vukubulmuş ise yolcunun gemiden indiği veya inmesi gereken tarihten, b) Diğer bütün alacaklarda muaccel oldukları tarihten, itibaren işlemeye başlar (TTK m. 1270/1-2).

a) Çıplak Gemi Kirası Sözleşmesi

Gemi kira sözleşmesi bir bedel karşılığında yapılan yani karşılık (ivaz) gerektiren bir sözleşmedir. Kira bedeli kural olarak bir miktar para belirlenir. Para ise ülke parası olabileceği gibi ülkede tedavül kabiliyetine sahip yabancı bir para birimi de olabilir. Ancak kira bedelinin mutlaka bir miktar para olarak belirlenmesi zorunlu değildir. Kira bedeli olarak misli ve misli olmayan bir şey, bir eşya kararlaştırılacağı gibi, kira konusu geminin işletilmesinden elde edilen cironun belli bir kısmı ya da yüzdesi olarak da belirlenebilir. Önemli olan kira bedelinin belirlenebilir olmasıdır. Kiracı ve kiraya veren kira bedelinin miktarı hususunda müzakere etmişler fakat anlaşmamışlarsa, esaslı unsurlardan olduğundan kira sözleşmesi kurulmuş olmaz⁷⁶.

Gemi kira sözleşmesinden kaynaklanan alacağın tahsili için dava açılmasından önce arabulucuya başvurulması ve uzlaşma olmadığına dair tutanağın mahkemeye ibraz edilmesi gerekir. Aksi takdirde dava reddolunur.

b) Zaman Çarteri Sözleşmesi

TTK'ya göre zaman çarteri sözleşmesi, tahsis edenin (*donatan veya gemi işletme müteahhidi*), donatılmış bir geminin ticari yönetimini belli bir süre için ve bir ücret karşılığında tahsis olunana (*çarterer*) bırakmayı üstlendiği sözleşmedir. Sözleşme gereğince ödenmesi kararlaştırılan ücretin veya tazminat alacaklarının tahsili için dava açılması halinde arabulucuya başvurulması zorunludur.

76 Kara, s. 165.

c) Navlun Sözleşmesi

aa) Yüklün Zıya, Hasar Ve Gecikme Zararına Dair Davalar

Taşıyan, eşyanın zıyaı veya hasarından yahut geç tesliminden doğan zararlardan, zıya, hasar veya teslimde gecikmenin, eşyanın taşıyanın hâkimiyetinde bulunduğu sırada meydana gelmiş olması şartıyla sorumludur.

Eşyanın zıyaı veya hasarı ile geç tesliminden dolayı taşıyana karşı her türlü tazminat istem hakkı, bir yıl içinde yargı yoluna başvurulmadığı takdirde düşer. Bu süre taşıyanın eşyayı veya bir kısmını teslim ettiği veya eşya hiç teslim edilmemişse, onun teslim edilmesinin gerektiği tarihten itibaren işlemeye başlar.

Sorumlu tutulan kişinin rücu davası, birinci fıkrada öngörülen hak düşürücü sürenin sona ermesinden sonra da açılabilir. Ancak, rücu davası açma hakkı, bu hakka sahip olan kişinin, istenen tazminat bedelini ödediği veya aleyhine açılan tazminat davasında dava dilekçesini tebellüğ ettiği tarihten itibaren doksan gün içinde kullanılmadıkça düşer.

Bu süre, tarafların dava sebebinin doğmasından sonra yapacakları bir anlaşma ile uzatılabilir (TTK m. 1188).

Bu davaların açılmasından önce arabulucuya başvurulmalıdır.

bb) Eşya Üzerinde Hapis Hakkı Tanınması

Hapis hakkı, eşya, taşıyanın zilyetliğinde bulunduğu sürece devam eder; teslimden sonra dahi, otuz gün içinde mahkemeye müracaat edilmek ve eşya henüz gönderilenin zilyetliğinde bulunmak şartıyla, hapis hakkından doğan yetkilerin kullanılması mümkündür (TTK m. 1201/1 2. Cümle). Hapis hakkıyla teminat altına alınan alacak, bir ilama veya ilam niteliğindeki belgeye dayanıyorsa, alacaklı, defterin tutulmasından başlayarak onbeş gün içinde taşınır rehninin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip yapar. Şu kadar ki, takip konusu ilamda veya ilam niteliğindeki belgede hapis hakkı da belirtilmemişse, borçlu hapis hakkına itiraz edebilir (TTK m. 1399-1400). Borçlu ödeme emrine itiraz etmiş ancak:

1) Rehin hakkına açıkça itiraz etmemişse, alacaklının rehin hakkı takip safhası içinde artık tartışma konusu olamaz.

2) Sırf rehin hakkına itiraz edildiği takdirde, alacaklı, rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takipten vazgeçerek, takibin haciz yolu ile devamını isteyebilir. Bu takdirde, borçluya mal beyanında bulunması için yedi gün mühlet verilir (İİK m. 147/1-2).

Eşya üzerinde hapis hakkı tanınması talepleri davanın esasına ilişkin olmayıp tedbir niteliğinde olduğundan arabuluculuğa tabi değildir. Ancak eşya üzerinde alınan hapis hakkının kaldırılmasına dair dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması gerekmektedir.

d) Yolcu Taşıma Sözleşmesi

Yolcunun en önemli borcu taşıma ücretini ödemektir. Gerek taşıma ücretinin tahsili için taşıyanın ve gerekse kaybolan bagajın veya ölüm ya da yaralanma halinde tazminatın ödenmesi için yolcunun veya yolcu yakınlarının açacakları davada arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak aranır.

D. Gemi Alacaklısı Hakkına Dayanan Davalar

Gemi alacaklısı hakkı (*maritime liens*), kanunda sayılan bir takım alacakları temin etmek üzere gemi üzerinde tanınan bir rehin hakkıdır ve kanundan doğar⁷⁷.

1. Gemi Alacaklısı Hakkı Veren Alacaklar

Gemi alacaklısı hakkı veren alacaklar, TTK 1320. maddede altı bent halinde düzenlenmiştir⁷⁸, bunlar:

⁷⁷ Kara, s. 329.

⁷⁸ Bu kısmın düzenlenmesinde 06.05.1993 tarihinde Cenevre’de kabul edilen “Gemiler Üzerindeki İmtiyazlar ve İpotekler Hakkında Milletlerarası Sözleşme” (*International Convention on Maritime Liens and Mortgages*) esas alınmıştır. TTK 1320. madde gerekçesi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf>, Erişim tarihi: 28.05.2019.

a) Ülkelerine getirilme giderleri ve onlar adına ödenmesi gereken sosyal sigorta katılma payları da içinde olmak üzere, gemi adamlarına, gemide çalıştırılmakta olmaları dolayısıyla ödenecek ücretlere ve diğer tutarlara ilişkin taleplerden doğan haklar. İş sözleşmesinden doğan her türlü alacak gemi alacağı niteliğindedir.

b) Geminin işletilmesi ile doğrudan doğruya ilgili olarak karada veya suda meydana gelen can kaybı veya diğer bedensel zararlardan doğan alacaklar.

c) Kurtarma ücreti.

d) Liman, kanal, diğer su yolları, karantina ve kılavuzluk için ödenecek resimler.

e) Gemide taşınan eşya, konteynerler ve yolcuların eşyalarına gelecek olan zıya veya hasar dışında, geminin işletilmesinin sebep olduğu maddi zıya veya hasardan doğan ve haksız fiile dayanan alacaklar.

f) Müşterek avarya garame payı alacaklarıdır. Müşterek avarya olarak görülen zararların gemi, navlun ve yük arasında paylaşılması sonucu gemiye karşı ortaya çıkan garame alacakları gemi alacağı niteliğindedir.

Gemi alacaklılarının sahip oldukları rehin hakkı, gemi alacağının doğduğu tarihten itibaren geçecek bir yılın sonunda düşer; meğerki, bu sürenin geçmesinden evvel gemi ihtiyaten haczedilmiş ve bunun sonucunda cebri icra yolu ile satılmış olsun. Bu bir yıllık süre.

a) Ülkelerine getirilme giderleri ve onlar adına ödenmesi gereken sosyal sigorta katılma payları da içinde olmak üzere, gemi adamlarına, gemide çalıştırılmakta olmaları dolayısıyla ödenecek ücretlere ve diğer tutarlara ilişkin istem hakları bakımından, alacaklının gemiden ayrılması tarihinde,

b) Geminin işletilmesi ile doğrudan doğruya ilgili olarak karada veya suda meydana gelen can kaybı veya diğer bedensel zararlardan doğan alacaklar, kurtarma ücreti, liman, kanal, diğer su yolları, karantina ve kılavuzluk için ödenecek resimler ve gemide taşınan eşya, konteynerler ve yolcuların

eşyalarına gelecek olan ziya veya hasar dışında, geminin işletilmesinin sebep olduğu maddi ziya veya hasardan doğan ve haksız fiile dayanan alacaklar bakımından, kanuni rehin hakkıyla teminat altına alınan alacakların olduğu tarihte, işlemeye başlar.

Müşterek avarya garame payı alacakları alacaklılarının sahip olduğu rehin hakkı; a) Geminin, zararın tespitinin ve paylaştırılmasının yapılacağı varma yerine ve eğer gemi buraya varmazsa yolculuğun bittiği limana vardığı günden itibaren işleyecek altı ay içinde; gemi cebrî icra yoluyla satışla sonuçlanacak şekilde ihtiyaten haczedilmemişse altı ayın geçmesiyle, b) Geminin iyiniyetli bir üçüncü kişiye satılması hâlinde, alıcının gemiyi, sicil yeri hukukuna uygun olarak kendi adına tescil ettirdiği günden itibaren işleyecek altmış günün sonunda, düşer. Bu sürelerin ikisi de işlemeye başlamışsa, rehin hakkı ilk sürenin dolmasıyla düşer (TTK m. 1326).

Gemi alacaklısı hakkı tanınması ile açılan davalar bir alacak veya tazminatın tahsilinden ibaret olduğundan arabuluculuğa tabidir.

E. Deniz Kazalarına Dair Davalar

a) Çatma

Çatma, gemilerden birinin donatanının veya gemi adamlarının kusurundan ileri gelmişse, zararı o geminin donatanı tazmin etmek zorundadır (TTK m. 1288). Çatma, çarpışan gemilerin donatanlarının veya gemi adamlarının kusurlarından ileri gelmişse, bu gemilerin donatanları, çatma yüzünden gemilerin veya gemide bulunan eşyanın uğradıkları zarardan kusurlarının ağırlığı oranında sorumludur. Bununla beraber, duruma göre, bu oranın saptanması mümkün olmaz veya tarafların aynı derecede kusurlu olduğu ortaya çıkarsa, taraflar eşit oranda sorumlu tutulurlar. Bu tazminat istemleri bakımından, donatanların üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğu müteselsil değildir⁷⁹.

79 Kara, 144.

Çatmaya dayanan her türlü tazminat istemi, çatmanın meydana geldiği günden başlayarak iki yılda zamanaşımına uğrar. 1289 uncu maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesine⁸⁰ veya 1290 ıncı maddenin ikinci fıkrasına göre⁸¹, donatanların birbirine karşı olan rücu hakları, ödemenin yapıldığı tarihten başlayarak bir yıl içinde zamanaşımına uğrar (TTK m. 1297).

Çatma zararlarının tazmini istemi ile açılacak davalardan önce arabulucuya başvurulmalıdır.

b) Kurtarma

1989 tarihli Kurtarma Sözleşmesi 6/2. maddeye göre kaptan geminin sahibi adına kurtarma sözleşmelerini imzalama yetkisine sahip olacaktır. Aynı şekilde TTK m. 1300/1 gereğince kaptan, aracın kurtarılması için malik adına kurtarma sözleşmesi yapmaya yetkilidir. Kurtarma ücretinden ise kaptan değil, donatan bizzat donatan sorumlu olacaktır.

Bir sözleşmeye dayanıp dayanmadığına bakılmaksızın, kurtarma faaliyeti ile enkazın kaldırılmasından doğan bütün alacaklar iki yılda zamanaşımına uğrar. Bu süre kurtarma faaliyetinin sona erdiği tarihten ve enkazın kaldırılması giderlerinden doğan alacaklar için enkaz kaldırma işinin tamamlandığı tarihten itibaren işlemeye başlar. Kendisine karşı istemde bulunan kişi, zamanaşımı süresi içinde istemde bulunana yapacağı bir beyanla bu süreyi bir veya birden çok kez uzatabilir (TTK m. 1319).

Kurtarma alacağının tazmini istemi ile açılacak davalardan önce arabulucuya başvurulmalıdır.

80 TTK m. 1289/2-İkinci cümle: Bu sorumsuzluk hâli sebebiyle kendi donatanından tazminat elde edemeyen yük ilgilisi, söz konusu zarar için diğer kusurlu donatanların birinden yabancı bir hukuka göre tazminat alırsa, bu ödemeyi yapan donatanın fazladan ödemek zorunda kaldığı kısım için sorumsuzluk hâlinde yaranlanan donatana rücu etmesi hâlinde, kendisine rücu edilen donatan, o yük ilgisine aynı oranda rücu hakkına sahiptir.

81 TTK m. 1290/2: Donatanların birbirine rücuunda, her donatan, kusurunun ağırlığı oranında sorumludur.

c) Müşterek Avarya

aa) Genel Olarak

Ortak bir deniz sergüzeştine (macerasına) atılmış olan gemiyi, yükü, diğer eşyayı ve navlunu birlikte tehdit eden bir tehlikeden onları korumak amacıyla ve makul bir hareket tarzı oluşturacak şekilde, bile bile olağanüstü bir fedakârlık yapılması veya olağanüstü bir gidere katlanılması hâlinde “müşterek avarya hareketi” var sayılır ve bu hareketin doğrudan doğruya sonucu olan zarar ve giderler müşterek avarya olarak kabul edilir. Müşterek avaryadan sayılacak bir giderin yapılmaması için göze alınan her fazla gider de, başka ilgililer bu fazla giderlerden faydalansalar bile, önlenmiş olan giderin tutarına kadar, müşterek avarya garamesine girer. Müşterek avarya garamesine giren zarar ve giderler gemi, yük, navlun ve diğer eşya arasında TTK hükümlerine göre paylaşılır. Müşterek avarya garamesi paylarının kişisel borçluları, garameye girecek olan geminin müşterek avarya hareketinin meydana geldiği andaki donatı, navlunun boşaltma tarihindeki alacaklısı ve diğer eşyanın boşaltma tarihindeki malikidir (TTK m. 1274/1).

Müşterek avarya garamesi payı alacakları bir yılda zamanaşımına uğrar. Zamanaşımı, geminin varma yerine, eğer buraya varılmazsa yolculuğun bittiği limana vardığı tarihten itibaren işlemeye başlar (TTK m. 1285).

Müşterek avarya alacağının tahsili için dava açılması halinde arabulucuya başvurmadan davaya devam edilemeyecektir.

bb) Dispeç Raporuna İtiraz Ve Dispeçin Onaylanması Talebine Dair Davalar

Sigortacılar dâhil olmak üzere ilgililer, varma yerinde, eğer buraya varılmazsa yolculuğun bittiği limandaki görevli mahkemeden dispeçin onaylanmasını isteyebilecekleri gibi avarya türüne veya hesaplarına itiraz da edebilirler. Dilekçede duruşmaya çağrılacak olan ilgililerin ad ve soyadları bildirilir. Dilekçe üzerine mahkeme, dispeççiden, dispeç ile istemleri ispatayan belgeleri ister; bu belgelerin tamamlanmasına gerek görülürse, ibrazını onları elinde bulunduranlara emreder.

Bu tür davalar esnasında alacağın esasına dair savunmalar yapılacak ve onaylanan dispeç raporuna göre ödenecek müşterek avarya miktarı belirlenecektir. Bu nedenle arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak gereklidir.

F. İhtiyati Haciz Talebi

Bir geminin ihtiyaten veya icraen haczi, cebri icra yoluyla satışı ve mülkiyetin intikali de dâhil olmak üzere bu satışın sonuçları ve cebri icraya ilişkin diğer bütün işlem ve tasarruflar, geminin bu işlem ve tasarrufların yapıldığı sırada bulunduğu ülkenin hukukuna tabidir.

Gemiler için kabul edilen özel usûle göre akdî veya kanuni bir rehin ile teminat altına alınmış deniz alacakları dâhil tüm deniz alacaklarının teminat altına alınması, sadece geminin ihtiyati haczi ile sağlanabilir⁸².

Dava şartı arabuluculukta dava açılmadan önce, ihtiyati haciz kararı verilmesi hâlinde ise, İİK'nın 264. maddesinde düzenlenmiş bulunan dava açma süresi, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar işlemez (HUAK m. 18/A-16). Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz (HUAK m.18/A-18).

İhtiyati haciz taleplerinde arabulucuya başvuru zorunlu değildir. Ancak örneğin icra takibine itiraz sonrasında, itirazın iptali davası açılmasında olduğu gibi mesele “dava” halini alırsa dava şartı arabuluculuk vardır sonucuna ulaşılıyorsa zorunluluk mevcuttur⁸³.

82 Kara, s. 338.

83 Aslanpınar, s. 8-9.

Sonuç

Türk hukukunda arabuluculuk genel olarak HUK ile düzenlenmiştir. İş alacaklarında zorunlu arabuluculuktan sonra ticari davalarda ve tüketici davalarında da zorunlu arabuluculuğa dair düzenleme yapılmıştır. Buna göre dava açılmadan önce tarafların arabuluculuğa başvurarak kısmen veya tamamen herhangi bir anlaşma sağlanamadığına dair tutanağı mahkemeye sunmak zorundadırlar. Aksi takdirde hakim usulen davayı reddedecektir.

Ticari davaların ihtisas sahibi uzman kişilerce çözülmesi önemli olduğundan bu konuda genel olarak asliye ticaret mahkemeleri görevlendirilmiştir. Ancak ilgili kanunda hüküm bulunduğu takdirde ticari davalara diğer mahkemelerde görülmekte iseler yine arabuluculuğa başvurmak gerekir.

Türk Ticaret Kanunda karmaşık bir düzenleme ile doktrinde sınıflandırıldığı gibi ticari davalar mutlak ve nispi ticari davalar olarak adlandırılmıştır. Deniz Ticareti Hukuku TTK 5. Kitap ile düzenlenmiştir. Bu nedenle mutlak ticari davalar grubunda yer alırlar.

Deniz ticaretine dair açılacak davalardan; sicile ait alanlar ile olağanüstü zamanaşımı ile kazanmalara dair davalar arabuluculuğa tabi olmadan açılabilir. Aynı şekilde teminat kapsamında olan hapis hakkının tanınmasına dair davalar da arabuluculuğa tabi olmadan açılabilir. Ancak, buna itiraz olarak açılan davalar arabuluculuğa tabidir. Bunun dışında gemi alacaklısı hakkından, deniz ticareti sözleşmelerinden, deniz kazalarından (çatma, müşterek avara ve kurtarma) nedeniyle bir alacağın veya tazminatın tahsiline dair davalar arabuluculuğa tabi olacaktır.

Kaynakça

- Alexander N. (2000), 'German Law Paves the Way For Mandatory Mediation', ADR Bulletin: The Monthly Newsletter on Dispute Resolution 2000, Vol. 2, Issue 9, pp. 87-88, <<https://core.ac.uk/download/pdf/111760975.pdf>>, Erişim tarihi: 09.10.2020.
- Arkan S. (2019), *Ticari İşletme Hukuku*, 25. B., Ankara: Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- Aslanpınar B. (2019), *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olan Arabuluculukta Taraf Vekilliği*, I. B., Ankara: TBB Yayınları, <<https://d.barobirlik.org.tr/2019/ticariuyusmazliklar-daarabuluculukelkitab/20/>>, Erişim tarihi: 10.8.2020.
- Basedow J., (Çev. Gökçe Kurtulan) (2016), 'Karşılaştırmalı Hukuk Ve Kullanıcıları (Comparative Law and Its Clients)', İÜHF C. LXXIV, S. 2, s. 819-917, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/291152>>, Erişim tarihi 20.10.2020.
- Bilgili F., Demirkapı E. (2020), *Ticaret Hukuku Bilgisi*, 17. B., Bursa: Dora Yayınları.
- Bond G. (2017), 'The German Mediation Act Five Years On: the Perspective of Two Judge Mediators', University of Wildau, <file:///G:/Deniz%20Ticareti%20Perspektifi%20Arabuluculuk%20TEBLIG/The%20German%20Mediation%20Act%20Five%20Years%20On%20the%20Perspective%20of%20Two%20Judge%20Mediators%20-%20Kluwer%20Mediation%20Blog.html>, Erişim tarihi: 10.10.2020.
- Börü L., Koçyiğit İ. (2013), *Ticari Dava*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Bruni A., 'Mediation in Italy', <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d0faf894-e442-46f9-9fee-dfb1f78ddd4a>>, Erişim tarihi: 10.10.2020.
- Conte G. (2014), 'The Italian Way of Mediation', Arbitration Law Review, Vol. 6 Yearbook on Arbitration and Mediation, pp. 179-203, <<https://elibrary.law.psu.edu/cgi/view-content.cgi?article=1059&context=arbitrationlawreview>>, Erişim tarihi: 10.10.2020.
- Cortes P., 'The Promotion of Civil and Commercial Mediation in the UK', University of Leicester School of Law Research Paper No. 15-23, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2633215>, Erişim tarihi: 10.10.2020.
- Dendorfer-Ditges R., 'Mediation In Germany', <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=cce08f79-a8c8-43a3-9da0-f0dc861fc2bb>>, Erişim tarihi: 28.10.2020.
- Drouault-Gardrat P., Barbier M., 'Mediation In France', <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=805559d1c-3455-4fd6-aa1f-4e879092bb6d>>, Erişim tarihi: 09.10.2020.
- D'urso L., 'Italy's Mediation Law: An Overview', <<https://imimediation.org/2017/06/22/italys-mediation-law-an-overview/>>, Erişim tarihi: 10.10.2020.
- Folberg J. (2015), 'Development of Mediation Practice in the United States', Year 16, Vol. 17, pp. 35-39, <https://www.researchgate.net/publication/321894850_Desarrollo_de_la_practica_de_la_mediacion_en_los_Estados_Unidos/fulltext/Sa386d56a6fdccdd41fdf270/Desarrollo-de-la-practica-de-la-mediacion-en-los-Estados-Unidos.pdf>, Erişim tarihi, 08.10.2020.
- Henry M. S. M., 'Mediation', <<https://amstelseine.com/en/news/mediation/>>, Erişim tarihi: 09.10.2020.
- Glasner Sambeth B., 'Mediation in Switzerland', <<https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUId=620C75EA-07EF-4B10-8857-494941BA0BF8>>, Erişim tarihi: 07.11.2020.

- Grill A.-K., Heine D., 'Mediation in Austria', <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=cd3bda60-3042-4f6c-b9fc-2469d7fecb98>>, Erişim tarihi: 08.11.2020.
- Gürdoğan B. (1956), 'ticari usul hukuku', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Y, S. 13, s. 172-193, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/634014>>, Erişim tarihi: 03.11.2020.
- Kara H. (2020), *Deniz Ticareti Hukuku*, İstanbul: Onikilevha Yayınları.
- Karahan S. (2015), *Ticari İşletme Hukuku*, 27. B., Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Kuru B., Arslan R., Yılmaz E. (2011), *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 22. B., Ankara: Yetkin yayınları.
- Koçyigit İ., Bulur A. (2019), *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, 1. B., Ankara: Arabuluculuk Daire Başkanlığı <<https://adb.adalet.gov.tr/link/ticariuyusmazliklarda-davasartiarabuluculuk.pdf>>, Erişim tarihi: 15.8.2020.
- Lambert D., Finlayson N., 'Mediation In United Kingdom', <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=02ee5416-79ba-484b-bd62-cb26318d330b>>, Erişim tarihi: 10.10.2020.
- McManus M., Silverstein B. (2011), 'Brief History of Alternative Dispute Resolution in the United States', Cadmus, Volume I, Issue 3, s. 100-105, <http://www.cadmusjournal.org/files/pdfreprints/vol1issue3/Reprint_McManus_Silverstein_Brief_History_ADR.pdf>, Erişim tarihi: 01.11.2020.
- Munby Sir J., 'Family Mediation in England and Wales: A guide for judges, magistrates and legal advisors', s. 1, <<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2014/06/mediation-guide-for-judges-may2014.pdf>>, Erişim tarihi: 07.11.2020.
- Nolan-Haley J. M. (2013), 'Judicial Review of Mediated Settlement Agreements: Improving Mediation with Consent', *Arbitration Law Review*, Vol. 5 *Yearbook on Arbitration and Mediation* Article 9, pp. 151-161, <<https://elibrary.law.psu.edu/arbitrationlawreview/vol5/iss1/9/>>, Erişim tarihi: 09.10.2020.
- Örücü E. (1990), 'Karşılaştırmalı Hukukçu Gözüyle İskoç Hukuk Sistemi', İstanbul Muka-yeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 18, İstanbul.
- Pekcanitez H., Atalay O., Özkes M. (2011), *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku*, 12. B., Ankara: Yetkin Yayınları.
- Rechberger W. H. (2015), 'Mediation in Austria', *Ritsumeikan Law Review* No. 32, pp. 61-70, <http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr32/rechberger.pdf>, Erişim tarihi: 08.11.2020.
- Schwarz A. B., (Çev. Bülent Davran) (1945), 'Roma Hukuku Ve İngiliz Hukuku', İÜHFM, C. 11, S. 3-4.
- Schillings M., Henry M., 'Mediation' (2020), <<https://amstelseine.com/en/news/mediation/>>, Erişim tarihi: 01.11.2020.
- Temel Arabuluculuk Eğitimi, Eğitici Kitabı* (2019), Ankara: Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı.
- Temel Arabuluculuk Eğitimi, Katılımcı Kitabı* (2019), Ankara: Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı, <<https://adb.adalet.gov.tr/arabuluculukkatilimcielkitabı.pdf>>, Erişim tarihi: 09.10.2020.
- Valenti T. P., 'Mediation in the USA', <<https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=8BF06633-BC0F-47F5-B97B-F9E16A907B52>>, Erişim tarihi: 07.11.2020.

- Whitehouse M., 'Regulating civil mediation in England and Wales: towards a 'win-win' outcome' (2017), Mediation theory and practice, Vol. 2 Issue 1, <<https://journal.equinoxpub.com/MTP/article/view/444>>, Erişim tarihi: 07.11.2020.
- 'Alternative Dispute Resolution', <https://ww2.nycourts.gov/ip/adr/What_Is_ADR.shtml>, Erişim tarihi: 01.11.2020.
- 'Alternative Dispute Resolution Act of 1998', <<https://www.transportation.gov/civil-rights/pl-105-315-28-usc-651-alternative-dispute-resolution-act-1998>>, Erişim tarihi: 28.10.2020.
- 'Arabuluculuk Avusturya Arabuluculuk Kanunu İngilizce tercümesi', <https://www.viac.eu/images/law/Austrian_Mediation_Act.pdf>, Erişim tarihi: 08.11.2020.
- 'IBA Mediation Sub-Committee on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (MLICC)', <<https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=42ED5502-915B-4A06-9BD7-778FEB06C1A8>>, Erişim tarihi: 12.11.2020.
- <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 8.8.2020.
- 'Legal Frame of Mediation in Netherlands', <<https://mediation-net.eu/index.php/en/mediatziya/pravna-ramka/22-netherlands/66-legal-frame-of-mediation-in-netherlands>>, Erişim tarihi: 07.11.2020.
- <<https://www.londonschoolofmediation.com/story/2019/02/06/mediation-in-italy-how-does-it-differ-/107/#:~:text=For%20a%20limited%20category%20of,of%20re-solving%20their%20dispute%20via>>, Erişim tarihi: 10.10.2020.
- <<http://www.mfa.gov.tr/ingiltere-siyasi-gorunumu.tr.mfa>>, Erişim tarihi: 10.10.2020.

TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA ZORUNLU ARABULUCULUĞUN UYGULAMASINA İLİŞKİN GÜNCEL SORUNLAR VE TESPİTLER

Dr. Öğr. Üyesi Muhammed SULU*

Özet

Ticaret hayatının gerektirdiği hızlilik, kolaylık ve güvenlik gerekçelerinden dolayı ticari uyuşmazlıklar kendilerine özgü usuller ile uzman mahkemeler vasıtası ile çözüme kavuşturulurlar. Asliye ticaret mahkemelerinde görülen ticari uyuşmazlıkların yanında, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği meselelerde alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının her geçen gün daha da önem kazandığı görülmektedir. Uzun yıllardır ticari uyuşmazlıkların çözümünde kişilerce tercih edilen tahkim uygulamasının yanında 06.12.2018 tarihli ve 7155 sayılı kanunla Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesine gelen değişiklikle *ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı* haline gelmiştir. Ticari uyuşmazlıklardan hangilerinin zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğunu tespit edebilmek için öncelikle ticari davaların neler olduğunun belirlenmesi gerekir. Bu itibarla, sempozyum tebliğinde öncelikle ticari davalar, akabinde ise arabuluculuğa elverişli olan ticari davalar, örnekler ile birlikte açıklanacaktır. Bu açıklamalar, bellibaşlı ticari dava türlerinin arabuluculuğa elverişlilik bağlamında incelenmesi ile yapılacaktır.

Zorunlu arabuluculuğa tâbi olan ticari uyuşmazlıkların belirlenmesinde son iki yılda Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay tarafından verilen kararlar da ticari arabuluculuğa ilişkin önemli veriler içerdiğinden dolayı tebliğde incelenecektir. Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuculuk süreçlerinin taraflar arasındaki uyuşmazlığı kazan-kazan anlayışı ile dostane bir şekilde çözümleme amacının son iki senede ne ölçüde amacına ulaştığı,

* İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, msulu@29mayis.edu.tr. ORCID ID: 0000-0001-9634-2272.

uygulamadan örnekler ve ticari uyuşmazlıkların doğal yapısı bağlamında detaylı bir şekilde tebliğde irdelenecektir.

Yüzyıllardır bu topraklardaki lonca teşkilatlarında “helalleşme” gibi yollarla dostane bir şekilde çözümlenen ticari uyuşmazlıkları canlandırma gayretinin önemli bir sonucu olan ticari dava şartı arabuluculuk uygulamasının pozitif hukukumuzda ve uygulamanın ihtiyaçlarına ne ölçüde uygun olduğu ticaret hukukunun genel prensiplerinin de incelenmesini elzem kılar. Günümüzdeki ticari uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk kapsamına ne ölçüde uygun olduğunu belirlemek için, kamu düzeni olgusu ile tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği hususlardan doğan uyuşmazlıkların tespiti de önem arz eder. Dolayısıyla tebliğde tüm bu hususlar detaylı bir şekilde irdelenecektir.

Sunulacak tebliğde, ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğun ticaret hayatındaki toplumsal uzlaşi kültürüne ne ölçüde katkıda bulunabileceği sorusuna bilimsel bir cevap aranırken, hukukumuzdaki diğer zorunlu arabuluculuk türleri olan iş ve tüketici uyuşmazlıklarındaki güncel durumun tespiti de mukayeseli olarak yapılacaktır. Ticari uyuşmazlıkta dava şartı arabuluculuğun hukukumuzda yeni olması hasebi ile yargı kararlarının ve doktrindeki eserlerin azlığı, konunun teorik temellerinin oluşturulması bağlamında uygulamadan verilecek örnekleri daha da önemli kılmaktadır.

Anahtar kelimeler: Ticari Uyuşmazlık, Uzman Arabuluculuk, Dostane Çözüm, Ticari Dava,

Abstract

Due to the speed, convenience and security reasons required by commercial life, commercial disputes are resolved through specialized courts with their own procedures. In addition to the commercial disputes seen in the commercial courts of first instance, it is seen that alternative dispute resolution mechanisms gain more importance day by day in matters on which the parties can freely decide. In addition to the arbitration practice preferred by individuals in the settlement of commercial disputes for many

years, the amendment to the article 5/A of the Turkish Commercial Code with the law dated 06.12.2018 and numbered 7155, the subject of which is the payment of a certain amount of money, were applied with the mediator before the lawsuit was filed, it has become a case requirement. In order to determine which commercial disputes are subject to compulsory mediation, first of all, it is necessary to determine what the commercial cases are. In this respect, in the symposium notice, firstly the commercial cases and then the commercial cases that are eligible for mediation will be explained together with examples. These disclosures will be made by examining the main types of commercial cases in the context of eligibility for mediation.

The decisions made by the Regional Courts of Justice and the Court of Cassation in the last two years in determining commercial disputes subject to mandatory mediation will also be examined in the notice, as they contain important data on commercial mediation. In the notice, the extent to which the purpose of resolving the dispute between the parties amicably with a win-win approach in commercial disputes has reached its purpose in the last two years, will be discussed in detail with examples from the implementation and the nature of commercial disputes.

Commercial litigation clause, which is an important result of the efforts to revive commercial disputes that have been resolved amicably by means of “helalleşme” in the guild organizations in these lands for centuries, makes it necessary to examine the general principles of commercial law to what extent the practice of mediation is suitable for our positive law and the needs of the practice. It is also important to examine the public order phenomenon and the disputes arising from the issues that the parties can decide freely, in order to determine to what extent the current commercial disputes are suitable for the scope of the case clause mediation. Therefore, all these issues will be examined in detail in the notice.

In the notice, a scientific answer is sought to the question of how much mediation can contribute to the culture of social consensus in commercial life, and the current situation in business and consumer disputes, which are other mandatory mediation types in our law, will be determined comparatively.

The fact that mediation is new in our law and the scarcity of judicial decisions and works in the doctrine make the examples to be given in practice in the context of forming the theoretical basis of the issue more important.

Keywords: Commercial Dispute, Expert Mediator, Amicable Resolution, Commercial Litigation, Court

GİRİŞ

Tarih boyunca yaşanan ilk uyuşmazlık; ilk insanın çocukları olan Habil ile Kabil arasında cereyan etmiş ve fiziken güçlü olanın güçsüz olanı yok etmesiyle son bulmuş. Dolayısıyla kişiler arasındaki menfaat çatışmalarının ilk insanın çocuklarından bu yana süregeldiğini söylememiz hatalı olmayacaktır. Kişiler mizaçları gereği kişisel menfaatlerini diğerlerinden daha ön planda tutma temayülü içerisinde. İşte bu noktada güçsüz olanın da haklı olabileceği ve dahi uyuşmazlıkların her iki tarafın da menfaatine olacak bir şekilde, geleceğe dönük kazanımlarla çözümlenmesi arayışları tarih boyunca hukuk ilminin en önemli iştigal alanlarından biri olmuştur. Bu yöndeki arayışların ülkemiz hukuk sistemindeki sonuçlarından birisi de arabuluculuk sisteminin yerleştirilmeye çalışılması ve bazı dava türlerinde dava şartı olarak kabul edilmesidir. Konumuz bakımından da, 2019 yılının başından itibaren, TTK m. 5/A uyarınca, *konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri* bakımından açılacak ticari davalardan önce arabulucuya başvurulması bir dava şartı olarak kabul edilmiştir. Topraklarımızda özellikle ahilik teşkilatından bu yana ticaret hayatı belirli kurallar çerçevesinde yürütüldü. Ticari dava şartı arabuluculuğun kabulünü, yüzyıllardır topraklarımızdaki “helalleşme” gibi yollarla dostane şekilde ticari uyuşmazlık çözümünü canlandırma gayreti olarak görmek gerekir. Nitekim Osmanlı İmparatorluğu dönemindeki “müslih” denilen kişiler, uyuşmazlıkların kadı önüne gitmeden çözümlenmesi için arabuluculuk yapmaktaydılar¹. Dolayısıyla arabuluculuk kurumunun ülkemiz için yeni ve yabancı bir kurum olduğundan bahsetmek mümkün değildir.

1 Müslihun kurumu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Kılınç, **Osmanlı Devleti’nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Müslihun: Osmanlı Arabuluculuğu**, II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, C. 2, İstanbul 2016, s. 15-83.

Ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğun kapsamını ve uygulamasına ilişkin sorunlarını sağlıklı bir şekilde tespit etmek için öncelikle hangi uyuşmazlıkların ticari davaya vücut verdiğinin tespiti gerekmektedir. Zira genel olarak ticari davaları düzenleyen Türk Ticaret Kanunu (“TTK”)’nın 4. maddesi uygulamada ciddi tereddütlere sebebiyet vermektedir. Bu itibarla çalışmada öncelikle ticari dava kavramının sınırları çizilmeye çalışılacak, akabinde ise bu davalardan hangilerinin ticari dava şartı arabuluculuk kapsamına girdiği irdelenecektir. Nihayet çalışmanın son bölümünde zorunlu ticari arabuluculuk süreçlerinde karşılaşılan/karşılaşılması muhtemel sorunların tespiti yapılmaya ve çözüm önerileri sunulmaya çalışılacaktır.

1. Ticari Davalar

TTK’nın 3. maddesine göre, TTK’da düzenlenen tüm hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren tüm işlem ve fiiller ticari iş mahiyetindedir. Yine TTK m. 19’a göre, bir tacirin tüm borçları ile taraflardan yalnız biri için ticari iş mahiyetindeki işler yayma kriteri ile ticari iş sayılır. Ne var ki, kanunumuzda dört grup altında sayılan ticari işlerin hepsi bir ticari davaya vücut vermez. Kanun koyucu, yalnızca niteliği ve konusu itibarıyla ticaret mahkemesi hakiminin özel uzmanlığına ihtiyaç gösteren davaları, ticari dava olarak kabul etmiştir. Bu itibarla, ticari davaların belirlenmesinde ticari iş kavramından ziyade, ticari işletme ve tacir kavramları önem arz etmektedir. Bir davanın ticari dava olarak nitelendirilmesinin iki sonucu vardır. Bunlardan birincisi bu davaların asliye ticaret mahkemesi adındaki özel bir mahkemede görülmesi, ikincisi ise bu davalarda bazı özel muhakeme usullerinin uygulanmasıdır².

Ticari davaların birtakım ayrı usul, bilgi ve teknikler ile özel mahkemelerde görülmesi hiç şüphesiz ticaret hayatının kendine özgü ihtiyaçlarından doğmuş bir gerekliliktir. Ticaret hayatındaki hızlılık, kolaylık ve güvenlik ihtiyaçlarının ticari uyuşmazlıkların çözümünde de aranması, ticari örf ve adet kurallarına sıklıkla ve genel hükümlerden önce uygulanması

2 Reha Poroy/Hamdî Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2019, s. 131; Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Arslan Kaya/N. Füsün Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2019, s. 123.

gereklilikleri gibi haller ticari davaların diğerlerinden ayrı bir kategoride değerlendirilmelerini zorunlu kılar. Nitekim günümüzde Fransız ve Alman ticaret mahkemelerinde tacirlerin de üye olarak bulunduğu müşahade edilmektedir. Topraklarımızın kodifiye edilmiş ilk ticaret kanunu olan Kanunname-i Ticaret'e göre de ticaret mahkemesinin altı üyesinden dördü "muteber ve tasavvuf erbabı" tacirlerden oluşmaktaydı³. Günümüz uygulamasında ise bu konuda bir geriye dönüş olduğu ve tacir sıfatını haiz kimsenin asliye ticaret mahkemelerinde bulunmadığı görülmektedir. Ayrıca ülkemizdeki hakimlerin tayin dönemlerinde mahkemeler arasındaki sık rotasyonları, yani bir dönem asliye ticaret mahkemesi hakiminin diğer tayin döneminde asliye ceza mahkemesi hakimi vb. olduğu göz önünde bulundurulduğunda "ticaret mahkemesi hakiminin özel uzmanlığına ihtiyaç gösteren davalar" meselesinin yeniden sorgulanması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim uygulamada yüksek meblağlı ticari uyuşmazlıkların⁴ asliye ticaret mahkemesi önüne götürülmeden ticari uyuşmazlıklar hususunda özel uzmanlığa sahip hakemler ile tahkim yargılamasında çözümlendiği sıklıkla gözlemlenmektedir.

Ticari davalar, TTK m. 4'ün kaleme alınış şekline de uygun olarak mutlak ve nisbi ticari davalar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Tarafların sıfatına ve işin niteliği ile ilgili olmaksızın herhalükarda mutlak olarak ticari dava olarak görülen uyuşmazlıklara mutlak ticari davalar, uyuşmazlığın her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olması şartıyla ticari dava sayılanlara ise nispi ticari dava denir. TTK m. 4'e göre TTK'nın altı kitabının herhangi bir yerinde düzenlenmiş bir husustan doğan uyuşmazlık mutlak ticari davaya vücut verir. Bu itibarla tarafların sıfatına, alacağın veya borcun sebebine/kaynağına bakmaya gerek yoktur⁵. Ayrıca Ticaret Kanunu'nda sayılmakla birlikte; Türk Medenî Kanununun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ilâ 969 uncu maddelerinde; Türk Borçlar

3 Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2018, s. 105.

4 Ticari uyuşmazlık kavramı ile ticari dava kavramı aynı anlamda kullanılmaktadır.

5 Bu noktada son dönemlerde Yargıtay'ın, mutlak ticari dava kıstasına aykırı olarak uyuşmazlığın bir tarafını tüketicinin oluşturduğu bazı davaları tüketici uyuşmazlığı kabul ederek tüketici mahkemelerini görevli saydığı kararları mevcuttur. Bkz. Y13HD, 2010/993 E. 2010/5138 K. 14.04.2010 T. (Kaya s. 129)

Kanununun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ilâ 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ilâ 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ilâ 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörölmüş bulunan 547 ilâ 554, havale hakkındaki 555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ilâ 580 inci maddelerinde⁶; Fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta⁷; Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde; Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde öngörölen hususlardan doğan davalar tarafların tacir sıfatına bakılmaksızın ticari dava olarak tebarüz ederler. Bunlara ilaveten, Ticaret Kanunu dışındaki kanunlardaki bazı özel hükümler de taraflar arasındaki uyuşmazlığın mutlak ticari dava olmasını gerektirebilir. Örneğin, İcra ve İflas Kanunu m. 154/3 uyarınca, iflas davaları, asliye ticaret mahkemelerinde görölen mutlak ticari dava mahiyetindedirler. Yine Kooperatifler Kanunu’nun 99. maddesine göre, *“Bu kanunda düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın ticari dava sayılır.”*

Ticaret Kanunumuzun herhangi bir kitabında düzenlenmeyip de uyuşmazlık konusunun her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olduğu durumlarda da ticari davanın söz konusu olduğu görölmektedir. TTK’nın merkez kavramı olarak nitelendirilen ticari işletmenin TTK m. 11 uyarınca *esnaf işletmesi için öngörölen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütöldüğü işletme* olarak tanımlanması mümkündür. Bu noktada, uyuşmazlığın bir tarafının bir ticaret şirketi olduğu hallerde yalnızca diğer taraf için değerlendirme yapılması yeterli olacaktır. Zira bilindiğı üzere, ticaret şirketlerinin ticari olmayan bir faaliyet yürütebilmeleri teorik olarak mümkün değildir. TTK m. 16’da belirtilen, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıf, dernek veya bazı

6 TTK m. 4/1-c’de sayılan bu hallerden bir çoğunun taciri ve ticari işletmeyi ilgilendirmediğı halde mutlak ticari dava sayılmasının hatalı ve zararlı olduğu yönünde bkz. Hayri Domaniç, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi C. 1**, İstanbul 1988, s. 23.

7 Havale, vedia, fikir ve sanat eserlerinden doğan uyuşmazlıkların ticari davaya vücut verebilmesi için uyuşmazlığın, taraflardan en az birinin ticari işletmesi ile ilgili olması gerekmektedir.

kamu tüzel kişilerinin de tüzel kişi tacir sayıldığını ve bunların hiç şüphesiz ticari olmayan adi alanlarının da bulunabileceği göz önünde bulundurulduğunda, nisbi ticari davanın belirlenmesinde işlemin bir tarafında tüzel kişi tacirin olması sadece diğer tarafı değerlendirmeye yeterli gelmez⁸. Hukuki işlemlerden doğan uyuşmazlıklar gibi haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğan uyuşmazlıkların da ticari davaya vücut verebilmesi için uyuşmazlık konusunun her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olması gerekmektedir. Bu konuda verilen tipik örnek; ticari işletmeye tahsis edilmiş bir aracın bir başka ticari işletmeye çarpması halinde meydana gelen uyuşmazlıktan doğan davanın ticari dava olduğudur⁹. Bu örnekteki araç şayet bir gerçek kişiye veya ticari işletme mahiyetinde olmayan bir yapıya çarpmış olsa idi, ticari davadan söz etmek mümkün olmayacaktı.

Kanaatimizce, TTK m. 4'te yapılan ticari dava ayrımı, amaca tam olarak hizmet etmeyen ve uygulamada da çeşitli zorluklara sebebiyet veren bir yapıdadır. Özellikle nisbi davaların belirlenmesinde yaşanan tereddütler ve bir davanın görevsizlik kararları ile mahkemeler arasında gidip gelmesi mağduriyetler doğurmaktadır. Bu itibarla, ticari davaların belirlenmesinde uyuşmazlığın ticari işletme ile ilgili olması kıstası yerine uyuşmazlığın türüne, başka bir deyişle uyuşmazlığın ticari bir işten doğup doğmadığına bakmak gerektiği kanaatindeyiz¹⁰.

2. Ticari Dava Şartı Arabuluculuğa Tâbi Olan Belli Başlı Uyuşmazlıklar

2019 yılının başından itibaren, *konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri* bakımından açılacak ticari davalardan önce ticari dava şartı arabuluculuğa başvurulması gerektiğini belirtmiştik. Bu türden davaların açılmasından önce arabuluculuğa başvuru zorunluluğu 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) 18/A

8 Krş. Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 137.

9 Bkz. Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 138.

10 Bkz. İsmail Kırcı, **Nispi Ticari Davaya Dair**, Batider 2017, C. XXXIII, S. 1, s. 57. Domaniç de ticari davaların tayini için TK m. 4 dışında birçok unsura ve hususen mantık ölçülerine de bakmak gerektiği görüşündedir. Domaniç, s. 23.

maddesinin 2. fıkrasından anlaşılmaktadır. Hakikaten ilgili hükme göre, “Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemeye davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir.” Hal böyle olunca, dava şartı arabuluculuğa tâbi bir uyuşmazlık hakkında doğrudan dava yoluna gidilmişse hakim en geç tensip tutanağı ile birlikte, işin esasına girmeden davayı usulden reddetmesi gerekecektir.

Bir uyuşmazlığın ticari dava şartı arabuluculuğa tâbi olmasının iki şartı mevcuttur: Öncelikle uyuşmazlık ticari davaya vücut verecek bir uyuşmazlık olmalıdır. Bundan sonra ikinci şart ise, ticari davaya konu edilmek istenen uyuşmazlığın konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve/veya tazminat talebi olmalıdır. Kanun koyucu, uygulamayı dondurmamak adına ticari arabuluculuğa elverişli olan konuları tek tek saymaktan, tarif edip tahdit etmekten kaçınmış ve HUAK m. 1/2’ye de uygun olacak bir şekilde tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri ticari davalar için dava şartı olarak arabuluculuğu kabul etmiştir. Ahilik teşkilatından bu yana “helalleşme” gibi dostane uyuşmazlık çözüm yollarını ihya etme çabalarının bir sonucu olarak ihdas edilen ticari dava şartı arabuluculuk kurumunun emredici hukuk kuralları ile düzenlenmiş alanlarda geçerli olmadığını söylemek gerekir¹¹.

Bilindiği üzere emredici hukuk kuralları (ahkâm-ı amire, jus cogens), kendilerine mutlak surette uyulması gereken, kişilerin aksini kararlaştırmayacakları hukuk kurallarıdır¹². Genel itibarıyla kamu düzenine, genel ahlak ve adaba, kişilik haklarına ilişkin hükümler emredici hukuk kuralları

11 Cafer Eminoglu/Ersin Erdogan, **Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk**, Ankara 2020, s. 196.

12 Kemal Gözler, **Hukuka Giriş**, Bursa 2019, s. 268; Aytekin Ataay, **Medeni Hukukun Genel Teorisi**, İstanbul 1971, s 180; Necip Bilge, **Hukuk Başlangıcı**, Ankara 2019, s. 65.

ile düzenlenmiştir. Kamu düzeni, tanımlanması zor olan soyut bir kavram olsa da, toplumun temel yapısını ve temel menfaatlerini korumak amacıyla konulan kuralların kamu düzenine ilişkin kurallar olduğu ifade edilir¹³. Başka bir deyişle, sadece iki tarafı değil, genel olarak toplumun bütünü nü etkileme kabiliyetine sahip olgular kamu düzeni ile ilgilidir ve taraflar bu olgular üzerinde serbestçe tasarruf edebilme iktidarına sahip değillerdir¹⁴. Kamu düzenine kavramına yüklenen anlamın zaman içerisinde değişiklik arz ettiği sıklıkla müşahade edilmektedir. Örneğin Yargıtay, önceleri iş hukuku uyuşmazlıklarının büyük bölümünün kamu düzenine dayandığını ve bu itibarla iş tahkime elverişli olmadıkları yönünde kararlar verirken artık bu uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu¹⁵ ve dahi dava şartı arabuluculuk kapsamına alındığını görmekteyiz¹⁶. Daha ziyade kamu hukuku disiplinlerinin emredici kaidelerle çevrili olduğu dile getirilse de, özel hukuka dahil olan pek çok alanda da emredici hukuk kuralları ile bazı konularda tarafların tasarruf kabiliyeti sınırlandırılmıştır. Nitekim özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkların çözüm usullerinin düzenlendiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 308 ve 313. maddelerine göre kabul ve sulh, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkları konu alan davalarda hüküm doğurmaktadır. Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri konular, kişilerin özgür iradelerine bırakılmış, bunları kullanıp kullanmama hususunda kendilerinin karar verebilecekleri hak ve yetkileri kapsamaktadır¹⁷.

13 Seyfullah Edis, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara 1983, s. 149.

14 Yargıtay'a göre, "Bir kuralın kamu düzeni ile ilgisi, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun az önce sözü edilen kararında belirtildiği üzere, ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmelidir. Diğer bir deyimle, sözü edilen gerçekler kuralın vazgeçilmezliğini; toplumsal yararını ve hukuk düzeninin korunmasına yönelik amacını ortaya koyuyorsa, kuralın kamu düzeni ile ilgisi kabul edilmelidir..." YHGK 1990/3-527 E. 1990/627 K. 12.12.1990 T. (www.lexpera.com.tr) (erişim:05.12.2020)

15 Yargıtay, iş sözleşmesinin feshinden önce yapılan tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu, buna mukabil fesihden sonra yapılan tahkim sözleşmesinin geçerli olduğu görüşündedir. Bkz. Y9HD 2008/5830 E. 2008/29774 K. 03.11.2008 T. (www.lexpera.com.tr) (erişim:18.12.2020)

16 **7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 3/1**: "Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır."

17 Ahmet M. Kılıçoğlu, **Arabuluculuk Sözleşmeleri**, Ankara 2020, s. 22-23.

Ticari dava şartı arabuluculuğa tâbi olan ticari uyuşmazlıklar konusundaki genel esasları belirlerken, hakimin müdahalesini gerektiren ve yargılaması sonucunda inşai bir hükmün ortaya çıkacağı uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir. Yani başka bir deyişle, hakimin tespitine ihtiyaç duyulan hususlarda zorunlu arabuluculuk sürecinden bahsedilemez. Bu itibarla anonim şirket genel kurul kararının iptali davası (TTK m. 445), haklı sebeple fesih davası (TTK m. 531), iflas davası (İİK m. 155 vd.) gibi hallerde dava şartı arabuluculuğa başvurulmaz. Zira bu türden davalar hakimin tespitini gerekmekte ve yargılamasının sonucunda inşai bir hüküm ortaya çıkmaktadır. Bu davalardan örneğin haklı sebeple fesih davasının sonucunda da hiç şüphesiz bir miktar paranın ödenmesi söz konusu olabilir. Fakat bu durum, uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamına dahil edilebilmesi için yeterli olmaz.

Emredici hukuk kuralları ile çevrilmiş ve tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları, keza yargılamasının sonucunda bir inşai hükmün ortaya çıkacağı uyuşmazlıkların ticari dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadıkları noktasında doktrinde ve uygulamada herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte çeşitli soru işaretleri barındıran bazı uyuşmazlık türleri de mevcuttur. Bunların en önemlilerinden biri İcra ve İflas Kanunu'nun 67. maddesinde düzenleme altına alınan itirazın iptali davasıdır. Bu dava, borçlunun icra takibine itirazının iptal edilmesi, takibe konu alacağın varlığının saptanması ve akabinde icra takibine devam edilmesi amacıyla açılmaktadır. Hal böyle olunca, itirazın iptali davasının konusunu oluşturan uyuşmazlık bakımından tarafların, arabulucunun da imzasıyla birlikte kendi aralarında anlaşarak icra takibinin devam etmesini sağlamaları mümkün değildir. Ayrıca taraflar arasındaki icra takibine konu edilmeyen bir talep hakkında da itirazın iptali davasının açılması mümkün değildir¹⁸. Bu dava, icra-inkar tazminatı (İİK m. 67/2) gibi

18 “...İtirazın iptali davasının amacı itiraz üzerine duran ilamsız icra takibinin devamını sağlamaktır. Böylece itirazın iptali davasının konusunu icra takibinde yer alan talepler oluşturabilir. İcra takibine konu edilmeyen bir talep hakkında itirazın iptali davası açılmaz. Somut olayda dava konusu edilen %15 cezai şart takibe konu edilmediği halde mahkemece bu talep yönünden alacak hükmü kurulmuş olması doğru görülmüştür...” Y19HD 2012/6066 E. 2012/13541 K. 25.09.2012 T. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) (erişim: 16.12.2020)

kendine özgü yaptırımları bulunan, icra hukukuna özgü bir davadır¹⁹. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında itirazın iptali davasını, alacak davasından net çizgilerle şu şekilde ayırmıştır: “... *itirazın iptali davası, takiple dolayısıyla İcra Hukukunun kendine özgü kuralları ile sıkı sıkıya bağlı kendine özgü bir dava türüdür. Salt alacak davasının doğuramayacağı sonuçlar bu davanın sonuçlanmasına bağlı olup, süresinde açılmayan itirazın iptali davasının sonuçlarını etkileyecek, hatta bu nedenle verilecek red kararı nedeniyle doğacak hukuki etkileri ve borçlu yararına gerçekleşecek hakları ortadan kaldıracak, takibi askıda bırakacak şekilde, eldeki itirazın iptali davasının bir başka davaya alacak (Tahsil) davasına dönüştürülerek davaya devam edilebileceğini kabule olanak bulunmamaktadır...*”²⁰ İcra hukukuna özgü yapısı sebebi ile tarafların her ikisinin de ticari işletmesi ile ilgili olsa dahi itirazın iptali davalarının dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz²¹. Fakat uygulamanın ve yargı kararlarının bu kanaatin aksi yönde geliştiğini belirtmek gerekir. Son dönemlerdeki İstinaf Mahkemesi kararlarında şayet uyuşmazlık her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili ise itirazın iptali davasının açılmasından önce dava şartı olarak arabuluculuk sürecinin tamamlanması, aksi takdirde davanın usulden reddedilmesi gerektiği benimsenmektedir²². İtirazın iptali davaları için dava şartı olarak uygulamada kabul edilen bu durumun hak arama hürriyetinin önüne gereksiz bir engel koymaktan ibarettir. Nasıl ki, bir

19 Kuru, alacaklının dava dilekçesinde hem itirazın iptali ve icra inkar tazminatı hem de tahsil taleplerinde bulunabileceğini, böylece itirazın iptali davasının aynı zamanda bir alacak davası olduğunu belirtmektedir. Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, Ankara 2013, s. 248. Aksi yöndeki bir Yargıtay kararı için bkz. YHGK 2005/19-528 E. 2005/568 K. 12.10.2005 T. (Kuru s. 272.)

20 YHGK 2005/19-528 E. 2005/568 K. 12.10.2005 T. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) (erişim: 05.12.2020)

21 Eminoğlu/Erdoğan, s. 145; Ömer Ekmekçi/Muhammet Özkes/Murat Atalı/Vural Seven, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**, İstanbul 2019, s. 197. (Yazarlar, kendisine gönderilen ödeme emrine itiraz ederek alacaklıyla anlaşma ihtimalinin bulunmadığını göstermiş olan borçluyla birlikte alacaklıyı buna rağmen arabulucu önüne göndermenin anlamlı olmadığını da savunmaktadır. Yazarların, itirazın iptali davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi olmadığı görüşüne katılmakla birlikte, bu gerekçelerine uygulamayı göz önünde bulundurduğumuzda katılamamaktayız. Zira ödeme emrine sırf zaman kazanmak veyahut alacaklı ile pazarlık yapmak saiki ile itiraz edildiği ve bu itibarla anlaşma zemini oluşturmaya çalışıldığı da müşahade edilmektedir.)

22 AnkBAM 3HD 2020/1462 E. 2020/1420 K. 15.10.2020 T. (Yayınlanmamıştır.)

alacak ve tazminat talebi için arabuluculuğa başvurmadan doğrudan icra takibi yapılabiliriyorsa, icra takibine yapılan itirazın iptali için açılacak dava da zorunlu arabuluculuğa tâbi olmamalıdır. Nitekim Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi'nin 17.06.2020 tarihinde vermiş olduğu bir kararda kanaatimizce son derece isabetli bir şekilde; "...icra takibiyle itirazın iptali davası arasındaki organik bağ da dikkate alındığında; [itirazın iptali] dava[sını] karakterize eden öğeler, borçlunun, itirazının iptaline ve takibin devamına karar verilmesiyle icra inkâr tazminatına çarptırılmasıdır (İİK m 67). Bu boyutları itibariyle sözü edilen dava, takip prosedürünün bütünü içinde yer alan, esas itibariyle onun ayrılmaz bir parçasını oluşturan ve takibin işleyişini sağlamaya yönelmiş bulunan bir dava konumunda bulunduğu için, dava şartı arabuluculuk kurumunun kapsamın dışında kalır..."²³ şeklinde hüküm kurarak itirazın iptali davalarının zorunlu arabuluculuk kapsamında olmaması gerektiğini belirtmiştir. Ne var ki, Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararın yanında farklı Bölge Adliye Mahkemeleri'nin aksi yönde verdikleri kararlar²⁴ neticesinde Yargıtay 23. Hukuk Dairesi 04.12.2020 tarihinde Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Daireleri'nin kesin nitelikteki kararları arasındaki uyuşmazlığın giderilmesine yönelik bir karar vermiştir. Bahsi geçen kararda Yüksek Mahkeme, "İtirazın iptali davasının açılması halinde aynı alacakla ilgili genel hükümlere göre alacak davası açılmasında hukuki yarar olmadığı, itirazın iptali davası süresinde açılmamış ise veya başka bir nedenle alacaklı davaya alacak davası olarak devam etmek istediği takdirde itirazın iptali davasını ıslah suretiyle alacak davasına dönüştürebileceği, itirazın iptaline karar verilmesi halinde ilamın icra dairesine ibrazı suretiyle duran icra takibine devam edilerek alacağın tahsilinin sağlanabileceği gözetildiğinde, itirazın iptali davasının alacağın tahsilini sağlama, bir başka deyişle bir miktar para alacağının ödetilmesi (tahsili) amacını hizmet ettiği..." ve devamla "*itirazın iptali davasında alacaklının davadan kısmen veya tamamen feragat etmek*

23 SakBAM 7HD 2020/808 E. 2020/670 K. 17.06.2020 T. (www.lexpera.com.tr)(erişim: 16.12.2020)

24 AdanaBAM 9HD 2019/1538 E. 2020/234 K. ; AnkBAM 22HD 2020/105 E. 2020/494 K. ; TrabzonBAM 4HD 2020/318 E. 2020/316 K.; İstBAM 12HD 2019/1376 E. 2019/1059 K.; İstBAM 13HD 2020/39 E. 2020/45 K.; İzmirBAM 17 HD 2020/246 E. 2020/516 K.; SamsunBAM 3 HD 2019/2035 E. 2020/213 K.; AnkBAM 23 HD 2019/2420 E. 2019/1789 K.

suretiyle alacağından vazgeçebileceği, buna karşılık borçlunun yargılama sırasında alacak tutarını kısmen veya tamamen ödemesinin geçerli olduğu, ödeme tutarınca borcun sona ereceği, borçlunun icra takibine yaptığı itirazdan kısmen veya tamamen vazgeçmek suretiyle alacaklının alacağını kısmen veya tamamen kabul edebileceği... ” gerekçeleri ile İİK m. 67’de düzenlenen itirazın iptali davasının HUAK’ın aradığı anlamda “tamamen taraf iradelerinin hâkim olduğu ve tarafların dava konusu alacak hakkında serbestce tasarrufta bulunabileceği dava türlerinden olduğu”ndan dolayı ticari nitelikteki itirazın iptali davalarının zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğuna ve dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurmanın dava şartı olduğuna karar vermiştir²⁵. Bu kararda arabuluculuk kurumu ile ilgili yapılan genel değerlendirmelere²⁶ son derece isabetli bulmakla birlikte, itirazın iptali davalarının kendine özgü yapıları mahiyetiyle dava şartı arabuluculuk kapsamında olduklarına yönelik görüşe katılamamaktayız. Nitekim bu çalışmanın hazırlandığı zamana kadar geçen iki yıllık gözlemlere dayandığımızda itirazın iptali davası evvelinde gerçekleştirilen zorunlu arabuluculuk süreçlerinde elde edilen anlaşma oranının oldukça düşük olduğu gözlemlenmektedir. Kanaatimizce itirazın iptali davasının bünyesinde barındırdığı icra-inkar tazminatı gibi imkanlardan yararlanma imkanı, tarafların arabuluculuk sürecinde anlaşma oranlarını ziyadesiyle düşürmektedir.

Menfi tespit davası, dava şartı olarak ticari arabuluculuğa tâbi olduğu ilk zamanlarda tartışmalı olan, fakat artık içtihatlarla bu tartışmaların son bulduğu bir dava türüdür. Hakikaten menfi tespit davası, mahiyeti itibariyle bir alacak davasını içermediğinden dava açılmadan önce arabuluculuğa gidilmesi zorunlu değildir. Kaldı ki, arabuluculuktaki anlaşma belgesi bir

25 Y23HD 2020/1943 E. 2020/4052 K. 04.12.2020 T. (Yayınlanmamıştır.)

26 “...Modern dünyada hukuk uyuşmazlıklarının artan nüfus, sosyal ve ekonomik gelişmelere paralel olarak büyük bir hızla arttığı, mevcut mahkemelerin kapasitelerinin veya hâkim sayısının artırılmasının tek başına çözüm olmadığı bir gerçektir. Bu nedenle gelişmiş toplumlarda altarnetif uyuşmazlık çözüm yöntemleri geliştirilmeye çalışılmaktadır. Bu yöntemlerden en yaygın olanı arabuluculuktur. Arabuluculuk, taraflar arasındaki uyuşmazlığın arabulucu eğitimi almış tarafsız ve bağımsız üçüncü bir kişi aracılığıyla çözülmesi yöntemidir. Arabuluculuk kazan kazan ilkesi gereğince her iki tarafın da kazançlı çıktığı, sorunların iletişim kurularak çözüldüğü, uyuşmazlıkların da bu yöntemle giderildiği, toplumsal barışa katkı sunan para ve zamandan tasarruf sağlayan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir...” Y23HD 2020/1943 E. 2020/4052 K. 04.12.2020 T. (Yayınlanmamıştır.)

ilam niteliğinde olduğundan icra edilebilirlik kabiliyetine sahip olmalıdır. Menfi tespit davasının sonucunda ise yalnızca bir borç olgusunun var olup olmadığı tespit edilmektedir. Daha önce de belirtildiği üzere, hakimin tespitini gerektiren bir uyuşmazlık dava şartı arabuluculuğa elverişli değildir. Arabulucu, uyuşmazlığa dair tespit yapma yetkisine sahip bir kişi değildir²⁷. Yakın tarihli bir İstinaf Mahkemesi kararı da şu şekildedir: *“Arabuluculuk sonucunda verilen kararlar ilam hükmünde olup, cebri icra yoluna başvurulabilecek niteliktedir. Ancak yukarıda açıklandığı gibi menfi tespit davaları sonucunda verilen hükümler esasa yönelik olarak cebri icraya konu edilip infaz edilemeyeceğinden, ticari davalarda Arabuluculuğa başvuruyu dava şartı olarak öngören madde hükmünün amaçsal yorumundan Yasa Koyucu’nun bilinçli olarak menfi tespit davalarını Arabuluculuk dava şartına tabi tutmadığı anlaşılmaktadır.”*²⁸

Ticari uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuğa tâbi olup olmaması meselesinde önem arz eden bir diğer konu, HMK m. 110²⁹ bağlamında bir dava yığılmasının olduğu hallerde, bazı taleplerin dava şartı ticari arabuluculuk kapsamında iken bazılarının olmaması halinde dava açmadan önce arabuluculuğa başvuru zorunluluğun bulunup bulunmamasıdır. Örneğin ortaklık durumunun tespiti ve alacak veyahut uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı üzere haksız rekabetin tespiti³⁰, menî ve durumun eski hale iadesi ile alacak

27 HUAK m. 2/1-b: *“Arabuluculuk: Sistematiik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelede 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 hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarı olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini, ... ifade eder.”*

28 İstBAM 12HD 2020/1227 E. 2020/1042 K. 23.10.2020 T. (Yayınlanmamıştır.) Daha önceki tarihli aksi yöndeki bir Yargıtay kararı için bkz. Y11HD 2019/3048 E. 2020/1093 K. 10.02.2020 T. (*“...Netice itibarıyla mahkeme menfi tespit davasında davacının borçlu olup olmadığının tespiti ile birlikte davalının da alacaklı olup olmadığının tespitini yapacaktır. Şu halde menfi tespit davasında dava konusunun bir miktar alacağı ilişkin olduğu açık olup 7155 sayılı Yasa’nın 20. maddesi ile TTK’nin 5. maddesine eklenen 5/A maddesi kapsamında menfi tespit davasında arabulucuya başvurmak dava şartı ise de...”*)

29 *“Davacı, aynı davalıya karşı olan, birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. Bunun için, birlikte dava edilen taleplerin tamamının aynı yargı çeşidi içinde yer alması ve taleplerin tümü bakımından ortak yetkili bir mahkemenin bulunması şarttır.”*

30 Eminoğlu’na göre, “Arabuluculuk sözleşmesinin salt bir tespit üzerine kurulu olmasına

taleplerinin bulunduğu uyuşmazlıklarda ticari arabuluculuk sürecinin işletilmesi gerekecek midir? Belirtmek gerekir ki, davadaki taleplerin birbirinden ayrılamayacağı, başka bir deyişle alacak veya tazminat uyuşmazlığı için öncelikle tespitin yapılmasının gerektiği uyuşmazlıklar için dava şartı olarak arabuluculuğa gitmeye gerek yoktur. Doğrudan mahkemede dava açabilir. Bu minvalde aksi yönde Bölge Adliye Mahkemesi kararları³¹ mevcutsa da son dönemdeki müstakar Yargıtay içtihatlarına³² göre de dava yığılması hallerinde davacının talepleri arasında arabuluculuğa tâbi olmayan bir husus varsa tüm talepleri bakımından doğrudan mahkemede dava açılabilir³³.

3. Ticari Dava Şartı Arabuluculukta Karşılaşılan ve Karşılaşılması Muhtemel Olan Bazı Sorunlar

Günümüz kapitalist ekonomik sistemlerinde ticaret hayatının karmaşık ve çok taraflı ilişkilerden oluştuğu görülmektedir. Dolayısıyla ticari uyuşmazlıklar da, çok taraflı ve menfaat ilişkileri fazlasıyla girift davalardır. Likit bir fatura alacağın talep edilmesi gibi örneklerde değil fakat örneğin,

mani olan bir düzenleme bulunmamaktadır.” Dolayısıyla yazar, bir davranışın veya ticari uygulamanın haksız rekabet teşkil edip etmediğine ilişkin tespitin arabuluculuğa elverişli olduğunu savunmaktadır. Bkz. Eminoglu/Erdoğan s. 248-249.

- 31 İstBAM 16HD 2019/1868 E. 2019/2012 K. 07.10.2019 T. (Yayınlanmamıştır.) “6102 Sayılı TTK’nun 5/A maddesi gereğince konusu bir miktar alacak ve tazminat olan davalar yönünden arabuluculuğa başvurulması dava şartıdır. Somut olayda davacının; her ne kadar markaya tecavüzün tespiti, ref’i ve haksız rekabete dayalı olarak ticaret unvanının kısmen iptali talepleri mevcut ise de, aynı zamanda maddi ve manevi tazminat talepleri de mevcuttur. Tazminat talepleri zorunlu arabuluculuğa tabidir. Davacının diğer talepleri de aynı iddiadan kaynaklanmakta olup tüm talepler yönünden davacı haklarının ihlalini ve tecavüzün varlığını ispatlamalı ve neticeten; uyuşmazlığın bir bütün olarak değerlendirilmesi gereklidir.”

- 32 Y11HD 2019/3048 E. 2020/1093 K. 10.02.2020 T.

- 33 “...Somut olayda, 6100 sayılı HMK’nın 110. maddesiyle düzenleme altına alınan “davaların yığılması” durumu söz konusu olup, uyuşmazlık, verilen paranın tahsili ve ortak olmadığının tespiti olmak üzere iki ayrı dava içermektedir. Konusu bir miktar paranın ödenmesi olan tahsil davası arabuluculuğa tabi ise de, geçerli bir ortaklık ilişkisinin kurulmadığının tespitine ilişkin dava, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan bir alacak ya da tazminat davası olmadığından arabuluculuğa tabi değildir. Bu durumda, arabuluculuğa tabi olmayan bir dava ile birlikte açılan tahsil davası da arabuluculuk dava şartına tabi olmayacağından aksi yöndeki mahkeme gerekçesi isabetli görülmüştür...” Y11HD 2020/197 E. 2020/1578 K. 17.02.2020 T. (www.lexpera.com.tr) (erişim: 06.12.2020)

farklılaştırılmış teselsülün söz konusu olduğu anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu gibi davalarda dava şartı zorunlu arabuluculuğun amaca ne ölçüde uygun olduğu tartışılabilir³⁴. Zira bu örnekteki gibi çoğu ticari dava, bilirkişi incelemesine ve yargılamaya, daha doğrusu geniş yetkilerle uyuşmazlığın incelenmesine ihtiyaç duyulan davalardır. Bu durum da ticari arabuluculukta anlaşma oranını düşüren sebeplerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır³⁵. Her ne kadar HUAK m. 15/6'da belirtilen *“Uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişiler de müzakerelerde hazır bulundurulabilir.”* hükmünün bu olumsuzluğu bertaraf edebilecek bir enstrüman olarak kurgulandığı akla gelse de mevcut uygulamada hem arabulucuların hem de taraf/taraf vekillerinin bu yönde bir taleplerinin olmadığı müşahade edilmektedir. Uyuşmazlık konusunda uzman olan bir kişinin müzakerelerde hazır bulundurulmasının öneminin arabulucular ve taraflar nezdinde daha iyi anlaşılması ile birlikte bu sorunun çözümü yolunda önemli bir adım atılmış olacaktır. Bu uzman kişiler, uyuşmazlık konusunda teknik uzmanlığı bulunan kişiler olabileceği gibi, ilgili alanda uzmanlaşmış hukukçu kişiler de olabilir. Uzman kişi, pek tabidir ki münhasıran hakimim yapabileceği işleri yapamayacaktır fakat uyuşmazlığın çözümü için getireceği öneri ile uyuşmazlığın dostane ve kalıcı bir şekilde çözümlenmesine önemli katkı sunabilir. Bu itibarla özellikle girift ticari uyuşmazlıklardaki arabuluculuk toplantılarında uzman kişilerin bulunmasına daha ağırlık verilmesi kanaatindeyiz.

Ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk konusunda uygulamada karşılaşılan bir diğer önemli sorun ise uyuşmazlığın tâbi olduğu alanın yani görev ayrımının bazı arabuluculuk bürolarında katı bir şekilde uygulanmasıdır. Şöyle ki, özellikle tüketici uyuşmazlıklarının ticari uyuşmazlıklar ile karıştırıldığı ve bir tüketici uyuşmazlığı için ticari dava şartı arabuluculuk başvurusunda bulunulduğu sıklıkla müşahade edilmektedir. Özünde tüketici uyuşmazlığı olan fakat, ticari arabuluculuk kapsamında anlaşılamama ile

34 Bu tür bir uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında olmasının usuli veya maddi bir temelinin olamayacağı eleştirisi için bkz. Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan s. 127.

35 Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın vermiş olduğu bilgiye göre, 02.01-19.12.2019 tarihleri arasındaki 146.413 ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk dosyasının %57'si anlaşma ile sonuçlanmıştır. (<https://adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/ticaridavasarti.pdf>) (erişim: 12.12.2020)

sonuçlanan bir dosya için tüketici mahkemesinde dava açıldığı zaman tüketici dava şartı olarak arabuluculuk sürecinin gerçekleştirilmediği gerekçeyle davanın usulden reddedilmesi veya bazı cumhuriyet savcılıkların uyuşmazlığın ticari uyuşmazlık kapsamında değil de tüketici uyuşmazlığı olduğu veya ne ticari ne tüketici uyuşmazlığı kapsamında olduğundan bahisle ticari arabuluculuk tarifesindeki ücreti arabulucuya ödememeleri arabuluculuk kurumunun önündeki ciddi sorunlardır. Görev meselesinin bir içtihadı birleştirme kararına veya kanuni düzenlemeye kadar görev ayrımının çok katı olarak uygulanması ticari arabuluculuk kurumunun öngördüğü amaca zarar verecektir. Kaldı ki arabulucuk ücreti hakkında sarf kararını veren hakim kararının üstüne başsavcılığın ücreti herhangi bir sebeple ödemekten kaçınmaları açıkça hukuka aykırıdır fakat bazı yerlerde böyle durumlarla karşılaşıldığına şahit olunmaktadır. Geniş yetkilerle donatılmış hakimlerin dahi bazı hallerde tüketici ve ticari uyuşmazlıklar arasındaki sınırı belirlemede oldukça zorlandıklarını, zira bu iki tür uyuşmazlık arasındaki sınırın bazen oldukça geçirgen olduğunu ve tüketici hukukunun, ticaret hukukunun uygulama alanını daralttığını belirtmeliyiz.

Uygulamadaki bir diğer önemli sorun; tarafların iletişim bilgilerine, hususen adreslerine tam olarak ulaşamaması sebebiyle sürecin uzaması ve gerekli tebligatların yapılamamasıdır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin 24. maddesinin 3. fıkrasında tarafların iletişim bilgilerinin adliye arabuluculuk bürosu tarafından verileceği, ihtiyaç duyduğunda arabulucunun kendiliğinden de iletişim bilgisi araştırması yapabileceği belirtilmektedir. Bu hükmün işlev kazanabilmesi için tarafların MERNİS adreslerine arabulucuların ulaşabilmesi gibi imkanların sağlanması gerektiği kanaatindeyiz.

Ticari dava şartı olarak arabuluculuktaki anlaşma oranının yükselmesinin önündeki en önemli engellerden biri; bir uyuşmazlığın çözümü noktasında hakiki anlamda kazançlı bir sonucun yalnızca devlet mahkemeleleri aracılığıyla sağlanabileceği yönündeki sağlıklı düşünceyi. Aslında “en kötü sulh, en iyi davadan iyidir.” gibi pek çok özdeyişimiz olmasına rağmen ticari arabuluculukta halen tahkim veya mahkeme yargılamasının tercihe şayan olduğu şahsen gözlemlenilmektedir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla

bunun iki sebebi vardır: Birincisi, her iki taraf için kazançlı olacak çözümü tarafların birlikte bulması yerine, en doğru çözümü mahkeme salonunda-ki kürsüde, yüksekte oturan hakimin bulacağı düşüncesi halen daha bir ön yargı olarak toplumumuzda mevcuttur. Başka toplumlarda da buna benzer ön yargıların mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Almanya’da, uyuşmazlık çözümünün hakimlerin asli işi olduğu, bu hususta kimsenin ve hiçbir kurumun hakimlerle “boy ölçüşemeyeceği” gibi ifadelerin sosyal platformlarda sıklıkla dillendirilmesinin arabuluculuk kurumuna ciddi zararlar verdiği belirtilmektedir³⁶. Benzer ön yargılara başka ülkelerde de tesadüf etmek mümkündür. Arabuluculuk kurumu özelinde diğer tüm dostane çözüm yollarının mahkeme yargısına ikame edilen değil de³⁷, onu tamamlayan, onunla birlikte yürüyen ve nihai kertede uyuşmazlık çözümüne ve toplumsal barışa hizmet eden usuller olduğunun topluma anlatılıp bu psikolojik direncin aşılması gerekmektedir³⁸. Tam da bu noktada, kanaatimizce esnaf, ticaret ve sanayi odaları ile diğer sivil toplum kuruluşlarına ciddi sorumluluklar düşmektedir. Hususen ticaret ve sanayi odalarının üyelerine ticari dava şartı arabuluculuk kurumunu anlatmasının bazı psikolojik dirençlerin aşılmasında önemli katkılarının olacağı kanaatindeyiz. Tespit edebildiğimiz sebeplerden ikincisi ise, arabuluculukta anlaşma ile sonuçlanan bir durumla ilgili olarak taraf vekillerinin muhtemel sorumluluk davaları ile

36 Reinhard Greger, **Die Verzahnung von Mediation und Gerichtsverfahren in Deutschland**, Zeitschrift für Konfliktmanagement 2003/6, s. 242. (240-245)

37 Nitekim konu ile ilgili bir Anayasa Mahkemesi kararına göre; “...Arabuluculuk, tarafların sorunlarını kendilerinin çözmesini amaçlayan gönüllülük esasına dayanan dostane bir çözüm yolu olup bir yargılama faaliyeti değildir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, uyuşmazlıkların çözümünde yargısal yolların yanında yer alan ve tarafların istemleri hâlinde işlerlik kazanan, esas itibarıyla ilişkilerin koparılmadan sürdürülmesini ve adil bir karardan ziyade, her iki tarafı da tatmin edici bir çözüme ulaşılmasını hedefleyen yöntemler bütünüdür. Bir başka ifadeyle, alternatif uyuşmazlık çözümleri, Devlete ait yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden işlerlik kazanan ve uygulama alanı bulan ek yöntemler bütünü olarak nitelendirilebilir.... Esasen, doktrinde de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yargının alternatifi olan ve dolayısıyla yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan veya onunla rekabet içinde bulunan bir süreçler bütünü olmadığı, tam tersine uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen yöntemlere ilave edilmiş tamamlayıcı yöntemler topluluğu olduğu hususunda tam bir mutabakat bulunduğu anlaşılmaktadır....” AYM 2012/94 E. 2013/89 K. 10.07.2013 T. (RG 25.01.2014, S. 28893)

38 Süha Tanrıver, **Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk**, Ankara 2020, s. 176.

karşı karşıya kalmamak istemedikleri için arabuluculukta anlaşmayıp uyuşmazlığı hakimın çözümüne havale etmeleridir. Aslında arabulucular siciline kayıtlı bir arabulucunun bizatihi süreçte bulunması taraf vekilleri için ciddi bir güvence teşkil eder. Buna ilaveten taraf vekillerinin arabuluculuk sürecinde anlaşma hallerinden dolayı sorumsuzluk hallerinin mevzuatta açıkça düzenlenmesi de uygun olacaktır.

SONUÇ

Ticaret hukukunun diğer hukuk disiplinlerinden ayrılmasına sebep olan husus; hızlilik, kolaylık ve güvenliğin ticaret hayatında arz ettiği büyük önemdir. Arabuluculuk sürecinin TTK m. 5/A'nın 2. fıkrası uyarınca en fazla 8 hafta içerisinde tamamlanma gerekliliği –ki bu hükmün bir düzen hükmü olmadığı, mutlak surette bu süre içerisinde anlaşma veya anlaşmama şeklinde sürecin tamamlanması gerektiği anlaşılmaktadır³⁹–. Ticaret hayatının gerektirdiği bir diğer unsur olan kolaylık unsuru da düşünüldüğünde, davadaki usuli zorunlulukların arabuluculukta olmaması, son derece esnek ve tarafların arabulucu ile belirledikleri müzakere usulü ile sürecin sürdürüldüğü ve nihayet güvenlik bakımından da arabuluculukta cari olan ve altı aya kadar hapis cezası ile müeyyidelendirilen gizlilik kuralı düşünüldüğünde ticari uyuşmazlıkların arabuluculuğa teorik olarak son derece uygun olduğu görülmektedir. Bunların yanında, hususen taraf vekillerinin, arabuluculuğun önemini biraz daha kavraması ve arabuluculukta anlaşma halinde kendilerine ilave mali avantajların sunulması halinde ticari dava şartı arabuluculukta tarafların el sıkışıp anlaşarak masadan kalkma oranlarının artacağı düşünülmektedir. Bu durumun da hiç şüphesiz çok uzak olmayan bir vadede toplumsal uzlaşi kültürümüze ciddi anlamda katkısının olacağını belirtmemize gerek yoktur.

39 Pek tabii ki tarafların bu süre içerisinde anlaşamamaları ve/fakat müzakerelere devam etmek istemeleri mümkündür. Bu durumda 8 haftanın son günü anlaşmama tutanağı ile dava şartı arabuluculuk süreci sonlanmalı ve Arabulucu Portal'ından yeni açılacak bir ihtiyari arabuluculuk dosyası ile sürece devam edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Arkan, Sabih; **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2018.
- Ataay, Aytakin; **Medeni Hukukun Genel Teorisi**, İstanbul 1971.
- Bilge, Necip; **Hukuk Başlangıcı**, Ankara 2019.
- Domanıç, Hayri; **Türk Ticaret Kanunu Şerhi C. 1**, İstanbul 1988.
- Edis, Seyfullah; **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara 1983.
- Ekmekçi, Ömer / Özokes, Muhammet / Atalı, Murat / Seven, Vural; **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**, İstanbul 2019.
- Eminoğlu, Cafer / Erdoğan, Ersin; **Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk**, Ankara 2020.
- Gözler, Kemal; **Hukuka Giriş**, Bursa 2019.
- Greger, Reinhard; **Die Verzahnung von Mediation und Gerichtsverfahren in Deutschland**, Zeitschrift für Konfliktmanagement 2003/6, s. 240-245.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.; **Arabuluculuk Sözleşmeleri**, Ankara 2020.
- Kılınç, Ahmet; **Osmanlı Devleti'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Müslihün: Osmanlı Arabuluculuğu**, II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, C. 2, İstanbul 2016, s. 15-83.
- Kırca, İsmail; **Nispi Ticari Davaya Dair**, Batider 2017, C. XXXIII, S. 1, s. 55-61.
- Kuru, Baki; **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, Ankara 2013.
- Poroy, Reha / Yasaman, Hamdi; **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2019.
- Tanrıver, Süha; **Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk**, Ankara 2020.
- Ülgen, Hüseyin / Helvacı, Mehmet / Kaya, Arslan / Nomer Ertan, N. Füsün; **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2019.

ARABULUCULUK MERKEZLERİ BAKIMINDAN ŞİRKETLEŞME, VERGİ VE FATURA DÜZENİ

Av. Arb. Salih ÜNAL*

Özet

Hukuk sistemimize arabuluculuk 2012 yılında dahil olmuştur; ancak iş uyuşmazlıklarında¹ arabuluculuğun dava şartı olduğuna ilişkin hükümlerin 1 Ocak 2018 tarihinde yürürlüğe girmesi ile ve ardından da arabuluculuğun dava şartı olduğu uyuşmazlıkların kapsamına 1 Ocak 2020 tarihinden itibaren ticari uyuşmazlıklar² ve 28 Temmuz 2020 tarihinden itibaren tüketici uyuşmazlıklarının³ alınması ile yaygın bir uygulamaya kavuşmuştur. Gerçekten, 2 Ocak 2018 ila 19 Aralık 2019 döneminde dava şartı arabuluculuk kapsamında iş uyuşmazlıklarında 739.255⁴; ticari uyuşmazlıklarda 146.413⁵ arabulucu görevlendirmesi yapılan dosya olduğu tespit edilmiştir. 2013 yılından 19 Aralık 2019 tarihine kadar ihtiyari arabuluculuk kapsamında 239.927 arabulucu görevlendirmesi yapılan dosya olmuştur⁶.

Günümüzde yaygın bir uygulaması olduğunu açıklıkla söyleyebileceğimiz arabuluculuğun nasıl yapılacağı ise bu süre zarfında gerek arabulucuların gerekse de arabuluculuk hizmetlerinin düzenli ve verimli olarak

* Avukat, Arabulucu, Serbest Muhasebeci Mali Müşavir. Konya Barosu, ORCID: 0000-0002-7262-343X.

1 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, RG 25.10.2017, 30221.

2 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na eklenen m. 5/A hükmü, RG 19.12.2018, 30630.

3 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a eklenen m. 73/A hükmü, RG 28.07.2020, 31199.

4 <https://adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/davasarti.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2020).

5 <https://adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/ticaridavasarti.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2020).

6 <https://adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/ihityari.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2020).

yürütülmesini sağlamakla görevli (m. 30/1, a) Arabuluculuk Daire Başkanlığının gündemini oluşturmuştur. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu⁷ arabuluculuğun sadece hukuk fakültesi mezunları tarafından icra edilmesine izin vermektedir (m. 20/2, b). Bununla birlikte, Daire Başkanlığınca arabuluculuğun tek başına değil, birlikte ve elbirliği ile yapılmasının teşvik edildiği, şirketleşmenin önerildiği de bir gerçekliktir.

Gerçekten de, arabuluculuğun icra edilmesinde arabulucunun yetkin olması yanında hizmet kalitesi de önem taşımaktadır. “Arabuluculuk merkezi” adı altında sunulan arabuluculuk hizmetlerinde uygun müzakere salonları ile arabuluculuk faaliyeti kolaylaştırırken tarafların da daha konforlu ortamlarda müzakere imkânına sahip olması sağlanmaktadır⁸. Ancak mevzuatımızda arabuluculuk merkezlerine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu da, arabuluculuğu arabuluculuk merkezleri bünyesinde yerine getirmek ve aslında böyle bir merkez kurmak isteyen arabulucular bakımından birçok bilinmezi beraberinde getirmiştir.

Bu çalışma ile, öncelikle arabuluculuk merkezlerinin anonim şirket olarak kurulup kurulamayacağı değerlendirilecektir. Kişisel kanaatimiz gereği, anonim şirket olarak kuruluşun mümkün olduğu yasal dayanakları ile birlikte ortaya konduktan sonra anonim şirket bünyesinde sunulan arabuluculuk hizmetinin vergisel boyutu incelenecektir. Söz konusu hizmet karşılığı serbest meslek makbuzu mu fatura mı kesilmesi gerektiği açıklanacaktır. Anonim şirket bünyesinde sunulan arabuluculuk hizmetleri bakımından yanıtlanması gereken diğer önemli soru ise gelir vergisi stopajı yapıp yapılmayacağı olup gerekçeleri ile birlikte yanıtlanacaktır.

Anahtar kelimeler: arabuluculuk merkezi, anonim şirket, fatura, serbest meslek makbuzu, gelir vergisi stopajı

7 RG 22.06.2012, 28331.

8 Akın, Levent: “İkinci Yılında Dava Şartı Arabuluculuk Alanında Gelişmeler ve Öneriler”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, 2020, C. 10, S. 1, 8.

Abstract

Mediation became a part of Turkish legal system in 2012. However, it became widespread after that the provisions regulating mediation as a cause of action for certain disputes. Such provisions about the labour disputes⁹ entered into force on January 1, 2018, while the provisions about the commercial disputes¹⁰ on January 1, 2020 and about the consumer disputes¹¹ on July 28, 2020 entered into force. It is determined that between 2 January 2018 and 19 December 2019 there are 739.255¹² mediation folders about labour disputes, 146.413¹³ folders about commercial disputes. From 2013 to 19 December 2019, the number of voluntary mediation file is 239.927¹⁴.

Today mediation has a common practice. By the mediators and the Mediation Head of Department, it has been argued how the mediation service is provided. The Law about Mediation in Legal Disputes no. 6325¹⁵ allows only the law school graduates to exercise mediation (Art. 20/2, b). The Mediation Head of Department encourages that mediation exercised not alone, but together, in cooperation and corporatization.

Indeed, in the execution of the mediation, service quality is also important as well as competence of the mediator. In the mediation services provided under the name of “mediation center, mediation activities are facilitated in the suitable negotiation halls. So, the parties are able to negotiate in more comfortable environments¹⁶. However, there is no clear regulation about the mediation centers. As a consequence, there are many questions for the mediations who prefer to perform mediation within mediation centers and actually want to establish such a center.

9 Labour Courts Law no. 7036, Official Gazette 25.10.2017, 30221.

10 By Law no. 7155 added to Turkish Commercial Law no. OG 19.12.2018, 30630.

11 By Law no. 7251 added to the Law no. 6502, OG 28.07.2020, 31199.

12 <https://adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/davasarti.pdf> (Access date: 15.10.2020).

13 <https://adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/ticaridavasarti.pdf> (Access date: 15.10.2020).

14 <https://adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/ihitiyari.pdf> (Access date: 15.10.2020).

15 OG 22.06.2012, 28331.

16 Akın, Levent: “İkinci Yılında Dava Şartı Arabuluculuk Alanında Gelişmeler ve Öneriler”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, 2020, Vol. 10, N. 1, 8.

With this study, first of all, it will be evaluated whether mediation centers can be established as joint stock companies. We agree that they is no obstacle. Secondly, tax aspect of the mediation service offered within a joint stock company will be examined. Within this scope, it will be explained whether a self-employment receipt or an invoice should be issued for the said service. Another important question to be answered in terms of the mediation services provided within the joint stock company is whether there will be income tax withholding. Finally, this question will be answered.

Keywords: mediation center, joint stock company, invoice, self-employment receipt, income tax withholding

Giriş

Hukuk sistemimize arabuluculuk 2012 yılında dahil olmuştur. Ancak arabuluculuğun yaygın bir uygulamaya kavuşması, öncelikle iş uyuşmazlıklarında¹⁷ arabuluculuğun dava şartı olduğuna ilişkin hükümlerin 1 Ocak 2018 tarihinde yürürlüğe girmesi ile ve ardından da arabuluculuğun dava şartı olduğu uyuşmazlıkların kapsamına 1 Ocak 2019 tarihinden itibaren ticari uyuşmazlıklar¹⁸ ve 28 Temmuz 2020 tarihinden itibaren tüketici uyuşmazlıklarının¹⁹ alınması ile gerçekleşmiştir. Gerçekten, 1 Ocak 2018 ila 19 Aralık 2019 döneminde dava şartı arabuluculuk kapsamında iş uyuşmazlıklarında 739.255²⁰; ticari uyuşmazlıklarda 146.413²¹ arabulucu görevlendirmesi yapılan dosya olduğu tespit edilmiştir. 2013 yılından 19 Aralık 2019 tarihine kadar ihtiyari arabuluculuk kapsamında 239.927 arabulucu görevlendirmesi yapılan dosya olmuştur²².

17 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, RG 25.10.2017, 30221.

18 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na eklenen m. 5/A hükmü, RG 19.12.2018, 30630.

19 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a eklenen m. 73/A hükmü, RG 28.07.2020, 31199.

20 <https://adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/davasarti.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2020).

21 <https://adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/ticaridavasarti.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2020).

22 <https://adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/ihyari.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2020).

Günümüzde yaygın bir uygulaması olduğunu açıklıkla söyleyebileceğimiz arabuluculuğun nasıl yapılacağı ise bu süre zarfında gerek arabulucuların gerekse de arabuluculuk hizmetlerinin düzenli ve verimli olarak yürütülmesini sağlamakla görevli (m. 30/1, a) Arabuluculuk Daire Başkanlığının gündemini oluşturmuştur. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu²³ arabuluculuğun sadece hukuk fakültesi mezunları tarafından icra edilmesine izin vermektedir (m. 20/2, b). Bununla birlikte, Daire Başkanlığınca arabuluculuğun tek başına değil, birlikte ve elbirliği ile yapılmasının teşvik edildiği, şirketleşmenin önerildiği de bir gerçekliktir.

Gerçekten de arabuluculuğun icra edilmesinde arabulucunun yetkin olması yanında hizmet kalitesi de önem taşımaktadır. “Arabuluculuk merkezi” adı altında sunulan arabuluculuk hizmetlerinde uygun müzakere salonları ile arabuluculuk faaliyeti kolaylaştırırken tarafların da daha konforlu ortamlarda müzakere imkânına sahip olması sağlanmaktadır²⁴. Ancak mevzuatımızda arabuluculuk merkezlerine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu da, arabuluculuğu arabuluculuk merkezleri bünyesinde yerine getirmek ve aslında böyle bir merkez kurmak isteyen arabulucular bakımından birçok bilinmezi beraberinde getirmiştir.

Bu çalışma ile, öncelikle arabuluculuk merkezlerinin anonim şirket olarak kurulup kurulamayacağı değerlendirilecektir. Kişisel kanaatimiz gereği, anonim şirket olarak kuruluşun mümkün olduğu yasal dayanakları ile birlikte ortaya konduktan sonra anonim şirket bünyesinde sunulan arabuluculuk hizmetinin vergisel boyutu incelenecektir. Söz konusu hizmet karşılığı serbest meslek makbuzu mu fatura mı kesilmesi gerektiği açıklanacaktır. Anonim şirket bünyesinde sunulan arabuluculuk hizmetleri bakımından yanıtlanması gereken diğer önemli soru ise gelir vergisi stopajı yapıp yapılmayacağı olup gerekçeleri ile birlikte yanıtlanacaktır.

23 RG 22.06.2012, 28331.

24 **Akın**, Levent: “İkinci Yılında Dava Şartı Arabuluculuk Alanında Gelişmeler ve Öneriler”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, 2020, C. 10, S. 1, 8.

I. Arabulucuların Şirketleşmesi Mümkündür

Arabuluculuk faaliyetlerinin dava şartı arabuluculukla birlikte hızla arttığı 2018 yılından itibaren, arabulucuların “arabuluculuk merkezleri” olarak ifade ederek iki ve üzeri sayıdaki arabulucunun bir araya gelerek oluşturdukları yapıların ortaklık yapısı tartışmaları arabulucu camiasında güncelliğini korumaktadır. Bu tartışmalarda, çoğunluğu avukat olan arabulucuların ortaklık yapısı ile ilgili değerlendirmeleri incelendiğinde, birçok arabulucunun, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nu²⁵ adeta ise bir üst normmuş gibi ele alıp kanuni düzenlemelerle ihdas edilen ve gelişmekte olan arabuluculuğu Avukatlık Kanunu gölgesinde yorumlamaktadır.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile, Avukatlık Kanunu’nun “Avukatlıkla Birleşebilen İşler” başlıklı 12’nci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendine “arabuluculuk” ifadesi ilave edilmiştir. Böylece, arabuluculuğun avukatlıkla birleştiği açıkça kanun ile düzenlenmiştir.

Öte yandan Avukatlık Kanunu’nun 12’nci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde avukatlıkla birleşebilen işler olarak anonim, limited, kooperatif şirketlerinin ortaklığı, yönetim kurulu başkanlığı, üyeliği ve denetçiliği ve komandit şirketlerde komanditer ortaklık sayılmaktadır. Bu düzenleme gereği avukat; anonim şirket ortağı, limited şirket ortağı, kooperatif ortağı, komandit şirket komanditer ortağı olabilmekte; anonim şirket ve kooperatifte yönetim kurulu başkanı, üyesi ve denetçisi sıfatına haiz olabilmektedir. Ancak aynı düzenleme uyarınca avukat, komandit şirket komandite ortağı, kollektif şirket ortağı, limited şirket müdürü olamayacaktır.

Avukatlık Kanunu’nun 12’nci maddesinde belirtilen ortaklık türleri mukayese edildiğinde, avukatın anonim şirket yönetim kurulu başkanı, yönetim kurulu üyesi ve denetçisi olabilmesi, anonim şirketin diğer ortaklık türlerinin yanında avukatlık mesleğiyle daha geniş kapsamda birleştiği sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Mezkûr kanunda hangi ortaklık türünün hangi organlarında avukatların görev alabileceği veya hangi ortaklık türünde avukatların ortak olabileceği açıkça belirtilmiş olmaktadır.

25 RG 07.04.1969, 13168.

Açıklanan kanuni düzenlemelere rağmen Avukatlık Kanunu'nun 11'inci maddesinde avukatlıkla birleşmeyen işlerden sayılan tacirlik açısından avukatların şirket ortağı olamaması gerektiği şeklinde uygulamada yapılan itirazlar kanun koyucunun iradesi ile örtüşmemektedir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu açısından ise Avukatlık Kanunu'nda avukatlıkla birleşemeyen/birleşebilen işler hükümlerine benzer bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, arabuluculuk faaliyetinde bulunan bir kişinin arabuluculukla birlikte yürütemeyeceği herhangi bir meslek kanun ile düzenlenmemiştir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun "arabulucular siciline kayıt şartları" başlıklı 20'nci maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinde, mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olan ve maddede belirtilen diğer şartları haiz kişilerin arabulucular siciline kaydolabileceği düzenlemiştir. Burada, hukuk fakültesi mezunları açısından bir meslek kriteri konulmamış, herhangi bir meslekte 5 yıllık kıdeme sahip olmak yeter şart kabul edilmiştir. Yani, arabuluculuk hukuk fakültesi mezunlarına özgü bir iş olsa da sadece avukatlara özgü değildir. Bu sebeple arabuluculuk merkezlerinin şirketleşmesi konusunda yapılacak değerlendirmeler, salt Avukatlık Kanunu açısından da yorumlanmamalıdır.

Kısaca özetlemek gerekirse, avukat, bir tarafta anonim şirket ortağı, yönetim kurulu başkanı, üyesi ve denetçisi olabiliyorken bir tarafta da arabuluculuk yapabilmektedir. Bunun yanında, arabuluculuk mevzuatı açısından merkezleşme faaliyetleri konusunda arabulucuların ticari ortaklıklar kuramayacağına ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamakta, ilaveten hukuk fakültesi mezunu olmak kaydıyla avukatlık yapmayıp başka bir meslek mensubu olan kişilerin arabuluculuk yapması da mümkün olmaktadır. Bu sebeple merkezleşme ile ilgili değerlendirmeler ve yapılacak düzenlemeler, Avukatlık Kanunu'na tabi olmayan meslek sahiplerini de göz ardı etmemelidir. Ancak başka meslek sahibi arabuluculara sunulacak imkanlar da avukatlardan esirgenmemelidir.

II. Arabuluculuk İçin Merkezleşme Gereklidir

Ülkemizde, özellikle 2018 yılında uzman arabuluculuk kavramı da dahil iş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuğun yürürlüğe girmesi, müteakip yıllarda ticari ve tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuğun uygulama alanı bulmasıyla arabuluculuk faaliyetleri logaritmik hızda artış göstermiş ve toplumda karşılık bulmuştur. Adalet teşkilatının da gündeminde dava şartı arabuluculuk kapsamını daha da genişletmenin bulunduğu malumdur. Bu şekilde hızla yayılan arabuluculuk faaliyetleri, arabulucuların adapte olmaya çalıştığı bir süreç olarak karşımıza çıkmaktadır. Çoğunluğu avukatlık mesleğine mensup olan arabulucular, bir yandan uzmanlık ve yenileme eğitimlerini alıyorlarken bir taraftan da avukatlık mesleklerinden çok farklı özellikler taşıyan arabuluculuk hizmetini avukatlık bürolarından dışarı çıkararak arabuluculuğun ruhuna daha uygun mekanlarda yapmaya çalışmaktadırlar. Burada da karşımıza birden çok arabulucunun bir araya geldiği arabuluculuk merkezleri olarak kendilerini ifade ettikleri yapılar çıkmaktadır. Kanaatimizce de *arabuluculuk için merkezleşme gerekli, şirketleşme mümkündür*. Zira, merkezlerin mevcut yasal düzenleme açısından bir tüzel kişi olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak, pratikte sağladığı yararlar açısından şirketleşme hareketliliği her geçen gün artmaktadır.

Bu bağlamda, arabuluculuk açısından daha avantajlı olduğunu düşündüğümüz anonim şirket ile adi ortaklık kıyaslanarak incelenecektir. Türk Ticaret Kanunu uyarınca anonim şirketler en az bir kişiyle kurulabildiği gibi istenildiği sayıda ortakla da kurulabilmektedir. Bunun yanında zaman içerisinde hisse devriyle ve adi bir hisse devir senediyle ortak sayısını artırma veya azaltma imkanına da sahiptir. Asgari elli bin Türk Lirası sermaye ve iki bin Türk Lirası masrafla kurulabilen anonim şirketlerin, ticari hayatta kurumsal bir kimliği ve ağırlığı bulunmaktadır. Anonim şirketlerde, kurucu ortaklara, hisse devirleri ve hisse değerleri konularından farklı şartlar ve farklılıklar tanınabilmek, sonradan hisse sahibi olacak ortakların şirket kurucusu ortakların ilkeleri doğrultusunda hak ve yükümlülükler sahibi olmaları sağlanmaktadır. Sorumluluk konusunda ise, amme alacakları açısından yönetim kurulu sorumlu iken ortaklar taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlı olarak sorumlu olmaktadır. Anonim şirketlerde kurumlar vergisi

oranı %22 iken Gelir Vergisi stopajı yoktur. Ortak sayısının artmasından veya azalmasından şirket etkilenmez. Genel olarak ifade ettiğimiz ve bazıları ciddi avantaj sağlayan bu özelliklerin yanında anonim şirketlerin kuruluş masrafları, muhasebe ücretleri, muhatap kalabileceği usulsüzlük cezalarının, genel kurul, ticaret odası, ticaret sicil masraflarının adi ortaklığa göre daha fazla olması da olumsuz özellikler olarak sayılabilir.

Anonim şirketlere göre kuruluş ve faaliyet masrafları daha düşük olan adi ortaklıklarda ise sorumluluk sınırsızdır. Hepsi ortaklığı temsile yetkili ve sorumlulukları sınırsız olan ortaklar, hangi gerekçelerle böyle bir sorumluluğun altına girmelidirler. Bu sorunun makul bir cevabı bulunmamaktadır. Bunların yanında, adi ortaklıkta ortak sayısının artması veya azalması, basılı evrakları, defter ve belgeleri, dolayısıyla muhasebeyi yeniden ortaklık kuruyormuş gibi etkileyecektir. Mali açıdan da adi ortaklıkta gelir vergisine tabii olarak %40'a varan vergi oranlarıyla karşı karşıya kalınacağı, serbest meslek makbuzu düzenleneceği ve stopaja tabi olunacağını da ilave etmek gerekir.

III. Anonim Şirkette Vergisel Durum

Avukatların arabuluculuk faaliyetlerini kendi avukatlık bürolarında yaptıkları durumda, bu faaliyetin serbest meslek kapsamında değerlendirilmesi ve arabuluculuk ücretlerinin karşılığında serbest meslek makbuzu düzenlemeleri hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Arabulucuların bir araya gelerek merkez olarak tanımladıkları çatılar kurmaları ve bu oluşumları sebepleriyle aktardığımız üzere anonim şirketler kimliğiyle gerçekleştirmeleri seçeneğinde ise konunun vergi boyutu ile ilgili tartışmalara rastlanılmaktadır.

Öncelikle, anonim şirket olarak kurulan arabuluculuk merkezlerinin, sadece ortaklarına değil merkezin arabuluculuğa uygun mekânı ve sekreterya hizmetleri değerlendirmek isteyen arabuluculara veya şirket ortağı olmakla beraber merkez bünyesinde arabuluculuk faaliyetlerine katılan arabuluculara da hizmet verdiği görülmektedir. Bu örneklerde, arabulucular, arabuluculuk hizmetlerine karşılık serbest meslek makbuzu düzenleyecek, şirket de arabuluculara verdiği hizmet karşılığında fatura düzenleyecektir.

Şirket ortağı olan arabulucular açısından da iki seçenek ortaya çıkmaktadır. Şirket ortağı olan arabulucu da dilerse, şirket ortağı olmayan arabulucu gibi kendi serbest meslek makbuzunu düzenleyip parasının tahsil edebilir ve stopajını yatırabilir. Bu durumda, şirket ortağı olmayan arabulucular gibi arabuluculuk merkezini mekan olarak kullanmış olur ve bunun karşılığında kullanım bedelini öder. Merkez de şirket olmasından ötürü hissedarı arabulucuya fatura düzenler.

Şirket ortağı olan arabulucuların, serbest meslek makbuzu düzenlemek yerine şirketin fatura düzenlemesi yoluna gitmeleri de mümkündür. Bu halde, şirket, verilen arabuluculuk hizmeti için fatura düzenleyecek, faturada görev yapan arabulucuya, taraflara ve dosyaya ilişkin bilgilere yer verilecektir. Fatura karşılığında ücret şirket tarafından tahsil edilecektir. Şirket, kurumlar vergisi mükellefi olduğundan dolayı gelir vergisi stopajı olmayacaktır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2'nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, arabulucu, arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişi olarak tanımlanmıştır. Şirket ortağı olan arabulucuların verdiği hizmet için şirketin fatura düzenlemesi, gerçek kişi olan arabulucunun arabuluculuk faaliyetinde bir değişiklik meydana getirmez. Bu durumda da arabulucu, arabuluculuk faaliyetini kendisi gerçekleştirmekte, tutanakları kendisi imzalamakta, arabuluculuk mevzuatı gereği yükümlülüklerini kendisi yerine getirmekte ve yine kendisi sorumlu bulunmaktadır. Ancak, verdiği hizmetin ücretinin ödenmesi ise ortak olmasında herhangi bir yasal engel bulunmayan şirketin düzenleyeceği faturaya karşılık olacaktır.

IV. Anonim Şirkette Belge Düzeni ve Gelir Vergisi Stopajı

Anonim şirket olan arabuluculuk merkezinde, hizmeti veren arabulucu şirketin ortağı ise, verilen hizmetin faturalandırılması gerekecek, fatura da şirket tarafından düzenlenecektir. Şöyle ki, Türk Ticaret Kanunu 124'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre ticaret şirketi olan anonim şirket, ikinci fıkrasına göre sermaye şirketi sayılmaktadır. 213 sayılı Vergi Usul

Kanunu'nun²⁶ 176'ncı maddesinde ise tüccarlar defter tutma bakımından iki sınıfa ayrılmış olup 1. sınıf tüccarlar bilanço esasına göre, 2. sınıf tüccarlar işletme hesabı esasına göre defter tutacak olup, 177'nci maddesinde ise her türlü ticaret şirketinin 1. sınıfa dahil olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla, anonim şirketler bilanço esasına göre defter tutacağı kuralı getirilmiştir. Mezkur kanunun 232'nci maddesinde ise birinci sınıf tüccarların sattıkları emtia veya yaptıkları işler için fatura vermek mecburiyetinde oldukları belirlenmiştir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin 13'üncü fıkrasına göre arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya iki saatten az süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hallerinde, iki saatlik ücret tutarı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin birinci kısmına göre Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenmektedir. Bu sebeple dava şartı arabuluculuk faaliyeti sonunda yukarıda belirtilen sonuçların ortaya çıkması durumunda parayı ödeyecek olan Cumhuriyet Başsavcılığına fatura düzenlenecektir. Anlaşma olması durumunda ise, taraflara veya taraflar bir tarafın arabuluculuk ücretini ödemesinde anlaşmışlarsa ilgili tarafa fatura düzenlenecektir.

Vergi Usul Kanunu'nun faturanın şekli başlığını taşıyan 230'uncu maddesinde faturada bulunması gereken en az bilgiler belirtilmiş olup, anonim şirket tarafından düzenlenen faturada, mezkûr maddede sayılan bilgilerle arabuluculuk hizmetini sağlayan arabulucunun bilgileri, taraf bilgileri, dosya numarası bilgileri yazılmalıdır.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 1'inci maddesine göre gerçek kişilerin gelirleri gelir vergisine tabidir. Arabuluculuk faaliyetinin anonim şirket bünyesinde yapılması durumunda, sermaye şirketi olarak tüzel kişiliği haiz bulunan anonim şirketin kazancı, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'na²⁷ göre kurumlar vergisine tabi olacaktır.

Gelir Vergisi Kanunu'nun “vergi tevkifatı” başlıklı 94'üncü maddesinde stopaj (vergi tevkifatı) düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre Kamu idare

26 RG 10.01.1961, 10705.

27 RG 21.06.2006, 26205.

ve müesseseleri, iktisadi kamu müesseseleri, sair kurumlar, ticaret şirketleri, iş ortaklıkları, dernekler, vakıflar, dernek ve vakıfların iktisadi işletmeleri, kooperatifler, yatırım fonu yönetenler, gerçek gelirlerini beyan etmeye mecbur olan ticaret ve serbest meslek erbabı, zirai kazançlarını bilanço veya zirai işletme hesabı esasına göre tespit eden çiftçiler aşağıdaki bentlerde sayılan ödemeleri (avans olarak ödenenler dahil) nakden veya hesaben yaptıkları sırada, istihkak sahiplerinin gelir vergilerine mahsuben tevkifat yapmaya mecburdurlar.

Tabiatıyla, serbest meslek faaliyeti olarak, uygulamada en sık şekilde karşılaşıldığı gibi avukatın, arabuluculuk faaliyeti yapması durumunda Gelir Vergisi Kanunu 94'üncü maddesi uygulanacaktır. Buna göre arabulucuya yapılan ödemelerde tevfiyat yapmakla sorumlu olanlarca %20 oranında gelir vergisi tevfiyatı uygulanacaktır²⁸.

Ancak anonim şirket bünyesinde arabuluculuk yapılması durumunda, kurumlar vergisi mükellefi olunması sebebiyle mahsup işlemi yapılacak gelir vergisi söz konusu olmayacaktır.

Değerlendirme ve Sonuç

Arabuluculukta merkezleşme gerekli, şirketleşme ise mümkündür.

Arabulucuların şirketleşmesinde mevcut hukuki düzenlemeler dikkate alındığında en isabetli tercihin anonim şirket olduğu kanaatindeyiz. Anonim şirket altında faaliyet gösteren arabulucular ise serbest meslek erbabı olarak değerlendirilmeyeceklerdir. Bu sebeple kazançları serbest meslek kazancı olmayacağından dolayı verdikleri hizmet sebebiyle serbest meslek makbuzu yerine fatura düzenleyecekler, bu faturalar da gelir vergisi stopajına (tevfiyatına) tabi olmayacaktır.

28 T.C. Ordu Valiliği Defterdarlık Gelir Müdürlüğü, Arabuluculuk konulu, 09.09.2019 tarih, 25953680-045.02[2018-22]-E.48014 sayılı yazısı (<https://www.gib.gov.tr/avukatlik-faaliyetine-ek-olarak-yapilan-arabuluculuk-faaliyeti-kapsamindaki-islemlerin/gelirlerin>) E.T. 12.01.2021

Arabuluculuk merkezleri ile ilgili yapılması muhtemel yasal düzenlemelerde de şirketleşme teşvik edilmeli, şirket türünün belirlenmesinde ise sağlayacağı avantajlardan dolayı anonim şirket en başta tercih edilmelidir. Bu konuda, avukatlık ortaklığı gibi, ne kadar başarılı olduğu tartışmaya açık olan bir ortaklık tipi ihdas etmek yerine, hukuki, mali, ticari, muhasebe yönleri bilinen, iktisadi dünyada kullanımı artan anonim şirketten istifade edilmelidir. Arabuluculuğun kendine özgü ihtiyaçlarının, özelliklerinin karşılanması ve/veya anonim şirket yapısının arabuluculuğa uygun olmayan hatta aykırı olan yönlerinin rehabilite edilmesi bu konuda yapılacak yasal düzenlemeyle hayata geçirilerek arabuluculuk merkezleri, özel hükümlere bağlı anonim ortaklıklar şeklinde düzenlenmelidir. Unutulmamalıdır ki, arabuluculuğun özellikleri gereği serbest meslek şeklinde icra edilmesi farklı bir konu olup, (anonim) şirketleşme, arabulucuların çeşitli sebeplerle bir araya gelerek kurumsal bir çatının altında arabuluculuk hizmeti vermeleri durumunda ortaya çıkan ihtiyaçların gerçekçi cevabıdır.

Kaynakça

- Akın**, Levent: “İkinci Yılında Dava Şartı Arabuluculuk Alanında Gelişmeler ve Öneriler”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, 2020, C. 10, S. 1.
- Bozkurt**, Tamer: *Şirketler Hukuku*, Legem, 2020.
- Ekmekçi**, Ömer/Özekes, Muhammet/**Atalı**, Murat/**Seven**, Vural: *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, İstanbul: On İki Levha, 2019. ^[1]_[5EP]
- Erol**, Muammer: *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması* (yüksek lisans tezi), İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- Pulaşlı**, Hasan: *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Adalet, 2020.
- Uzun**, Alper: *Türk Hukukunda İş Ortaklıkları ve Vergilendirilmesi*, İstanbul: On İki Levha, 2020.

ULUSLARARASI YATIRIM UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNDE ARABULUCULUK

Arş. Gör. Süleyman Yasir ZORLU*

Özet

Yabancı yatırımcı ile devlet arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü konusunda en çok başvurulanan yöntem olan “tahkim”, son yıllarda çeşitli nedenlerden dolayı eleştirilerin hedefi olmuştur. Bu eleştiriler neticesinde tarafların, yatırım uyuşmazlıklarının çözüm yöntemlerini çeşitlendirmek ve tahkimin yerine geçebilecek veya birlikte kullanılabilecek yöntemler üzerindeki çalışmaları hızlanmıştır. Bu bağlamda alternatif uyuşmazlık yöntemi olarak uluslararası ticari uyuşmazlıklarda sıkça başvurulanan “arabuluculuk”, uluslararası yatırım hukukunda da gündeme gelmiştir.

Uluslararası yatırım hukukunda, kurumsal dostane çözüm yöntemi olarak şu ana kadar sadece uzlaştırma (conciliation) kullanılmıştır. Uzlaştırma yöntemi, Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne ilişkin Uluslararası Merkezi (International Center for the Settlement of Investment Disputes kısaca ICSID) tarafından 1966 yılından beri taraflara sunulmuş olmasına rağmen ilk uzlaştırma 1985 yılında tamamlanmış ve bu zamana kadar toplamda 9 tane uzlaştırma ICSID tarafından yürütülmüş olup 4 tane uzlaştırma süreci halen devam etmektedir. Bu rakamlar dikkate alındığında devlet ile yabancı yatırımcının aralarında çıkan ihtilafın çözümü için dostane yöntemleri tercih etmediği açıkça görülmektedir. Fakat son zamanlarda tahkim yönteminin eleştirilerin odağı olmasından dolayı ICSID, dostane ihtilaf çözme konusunu tekrardan gündemine almış ve özellikle yatırımcı-devlet arabuluculuk (investor-state mediation) yöntemi üzerinde çalışmalarını hızlandırmıştır.

* Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, ORCID: 0000-0001-6561-7691.

Arabuluculuk yöntemi, tamamen taraf iradelerine bağlı olarak gerçekleşen bir yöntem olduğu için usul kuralları da öncelikli olarak taraflarca belirlenmektedir. Fakat tahkimde ve uzlaştırma yönteminde olduğu gibi kurumlar, arabuluculuk yöntemine de yol gösterici olması amacıyla çeşitli kurallar yayınlamıştır. Bu sebeple, kurumsal bağlamda ilk olarak Uluslararası Barolar Birliği (International Bar Association kısaca IBA), 2012 yılında ilk düzenlemeyi yapmış ve “Yatırımcı-Devlet Arabuluculuk Kuralları”nı ilgililerin hizmetine sunmuştur. Şu ana kadar genel olarak uluslararası ticari tahkim alanında kural ve rehberler yayınlayan IBA’nın yatırımcı-devlet arabuluculuk konusunda bir metin hazırlaması bu husustaki ilgisini açıkça göstermektedir.

ICSID nezdinde yatırımcı-devlet arabuluculuk yöntemine dair çalışmalar 2018 yılında Arabuluculuk Kuralları’nın görücüye çıkmasıyla hızlanmıştır. Bu kurallar son olarak 2020 yılında ICSID tarafından yayınlanan çalışma raporunda yer almış fakat henüz yürürlüğe girmemiştir. Arabuluculuk Kuralları’nın yanı sıra ICSID arabuluculuk kurumunun yatırım hukukunda yaygınlaşması adına arabuluculuk sonucunda tarafların vardığı anlaşma metninin tarafları bağlayıcı özelliğinin olmaması sorununu da dikkate alarak taraflara bu konuda bir çözüm önerisinde bulunmaktadır. Bu bağlamda tarafların istemeleri halinde ilgili anlaşma metni, ICSID Tahkim Kuralları Madde 43(2) uyarınca, tahkim kararına dahil edilerek ICSID’in sağladığı tenfiz gücüne haiz olacaktır. Böylece arabuluculuk neticesinde ulaşılan uzlaşma metni uluslararası tenfiz kabiliyetine sahip olacak ve arabuluculuğun bu konudaki eksikliği giderilecektir.

Uluslararası yatırım anlaşmalarında da arabuluculuk, son zamanlarda tahkim öncesi basamak olarak yer almaya başlamıştır. Bu anlaşmalardan birisi olan Avrupa Birliği ile Kanada arasında imzalanan Serbest Ticaret Anlaşması’nın 8.20. maddesinde tarafların her an arabuluculuk yöntemine başvurabilecekleri açıkça düzenlenmiştir. Bu anlaşma dahilinde, arabuluculuk gönüllü ve ad hoc olarak öngörülmüştür. Ayrıca Avrupa Birliği şu sıralar müzakere ve imza aşamasında olduğu diğer serbest ticaret anlaşmalarına da arabuluculuk yöntemini bu şekilde dahil etmeye çalışmaktadır.

Arabuluculuğun tercih edilme nedenleri arasında başta süre ve maliyet olmak üzere arabuluculuk yönteminin başından sonuna kadar tahkime nazaran taraflara daha fazla esneklik sunması gibi özellikleri dikkat çekmektedir. Bu nedenle tahkime nazaran arabuluculuk sürecinin düzenlenmesine dair kural ve rehberlerin sınırlı olması, arabuluculuk sürecinin tarafların rıza ve anlaşmalarına bağlı olarak yürütülmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu durum, taraf iradelerinin sürece doğrudan yansımaları sağlamaktadır. Fakat sürecin sonunda ortaya çıkan anlaşma da tahkim kararına nazaran içerik ve tenfiz konusunda farklılıklar içermektedir. Özellikle tenfiz konusunda ticari meselelerden doğan ihtilafların arabuluculuk yoluyla çözülmesi halinde tarafların anlaştığı metnin tenfizi için önemli katkıları olan “Singapur Konvansiyonu”, yatırım uyuşmazlıklarını kapsama konusunda henüz bir kesinlik yoktur.

Bu tebliğde de uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında ihtilaf çözüm yöntemi olarak arabuluculuk meselesi öncelikle uluslararası yatırım hukukundaki en önemli kurum olan ICSID’in arabuluculuk konusundaki çalışmaları çerçevesinde incelenecektir. ICSID’in yanı sıra yatırım hukukunda arabuluculuk meselesine ilişkin diğer kurumlarca yapılan çalışmalar ele alınacaktır. Daha sonrasında uluslararası yatırım hukukunun en önemli kaynağı olan uluslararası yatırım anlaşmalarında arabuluculuk kurumunun varlığı incelenecektir. Son olarak arabuluculuk kurumunun yatırım hukuku bağlamında değerlendirilmesi sonucunda bu kurumun uluslararası yatırım uyuşmazlıkları için bir ihtilaf çözüm yöntemi olarak tercih edilip edilmeyeceğine dair görüşler ortaya konacaktır.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, ICSID, IBA, Yatırım Anlaşmaları, Singapur Konvansiyonu

Abstract

“Arbitration”, which is the most used method for the settlement of disputes between foreign investors and the state, has been the target of criticism for various reasons in recent years. As a result of these criticisms, the parties’ efforts to diversify the resolution methods of investment disputes

and on methods that can replace or be used together with arbitration have accelerated. In this context, “mediation”, which is frequently used in international commercial disputes as an alternative dispute method, has also come to the fore in international investment law.

In international investment law, only conciliation has been used as a institutional amicable solution method until now. Although the conciliation method has been presented to the parties by ICSID since 1966, the first conciliation was completed in 1985 and a total of 13 conciliations have been carried out by ICSID so far, some of which are still ongoing. Considering these figures, it is clearly seen that the state and foreign investors do not prefer friendly methods to resolve the dispute between them. However, due to the fact that the arbitration method has been the focus of criticism recently, ICSID has put the issue of friendly dispute resolution on its agenda again and accelerated its studies especially on the investor-state mediation method.

Since the mediation is a method that depends entirely on the will of the parties, the rules of procedure are primarily determined by the parties. However, as in arbitration and mediation method, institutions have published various rules to guide the mediation. For this reason, in an institutional context, the International Bar Association (IBA for short) made the first arrangement in 2012 and introduced the “Investor-State Mediation Rules” to the service of the relevant parties. The preparation of a text on investor-state mediation by IBA, which has generally published rules and guidelines in the field of international commercial arbitration until now, clearly shows its interest in this issue.

Studies on the investor-state mediation method at ICSID have accelerated in 2018 with the introduction of the Mediation Rules. These rules were last included in the report published by ICSID in 2020, but have not yet come into force. In addition to the Mediation Rules, ICSID offers a solution to the parties regarding the problem of the enforcement of the agreement reached by the parties as a result of mediation in order to spread the mediation institution in investment law. In this context, if the parties so request, the relevant

text of the agreement will be included in the arbitration decision in accordance with Article 43 (2) of the ICSID Arbitration Rules, and will have the enforcement power provided by ICSID. Thus, the reconciliation text reached as a result of mediation will have the capability of international enforcement and the lack of mediation on this issue will be eliminated.

Mediation has recently started to take place as a pre-arbitration step in international investment agreements. Article 8.20 of the Free Trade Agreement signed between the European Union and Canada, one of these agreements. It is clearly stated in the article that the parties can apply for mediation at any time. Under this agreement, mediation is foreseen as voluntary and ad hoc. In addition, the European Union is trying to include the mediation method in other free trade agreements that it is currently in the negotiation and signature phase.

The mediation method includes fewer rules than arbitration from the beginning to the end, and allows the parties to be more flexible, including the time, duration and cost of the reasons for choosing mediation. Therefore, the limited rules and guidelines regarding the regulation of the mediation process compared to arbitration results in the mediation process being carried out depending on the consent and agreements of the parties. This situation ensures the direct reflection of the will of the parties to the process. However, the agreement that emerged at the end of the process also contains differences in content and enforcement compared to the arbitration award. The “Singapore Convention”, which makes important contributions to the enforcement of the text agreed by the parties in the mediation, especially in the event that disputes arising from commercial issues, may not cover investment disputes.

In this paper, mediation as a dispute resolution method in international investment disputes will primarily be examined by the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID), which is the most important institution in international investment law. In addition to ICSID, studies conducted by other institutions on the issue of mediation in investment law will be discussed. Explanations will be made with various examples regarding the

place of the mediation in international investment agreements, which is the most important source of investment law. Finally, as a result of the evaluation of the mediation concept in the context of investment law, opinions will be put forward whether this institution will be preferred as a dispute resolution method for international investment disputes.

Keywords: Mediation, ICSID, IBA, Investment Treaties, Singapur Konvansiyonu

I. Giriş

Yabancı yatırımcı ile devlet arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü konusunda en çok başvurulanan yöntem olan “tahkim”, son yıllarda çeşitli nedenlerden dolayı eleştirilerin hedefi olmuştur.¹ Bu eleştiriler neticesinde tarafların, yatırım uyuşmazlıklarının çözüm yöntemlerini çeşitlendirmek ve tahkimin yerine geçebilecek yöntemler üzerindeki çalışmalarını hızlandırmıştır.² Bu bağlamda alternatif uyuşmazlık yöntemi olarak uluslararası ticari uyuşmazlıklarda sıkça başvurulanan “arabuluculuk”, uluslararası yatırım hukukunda da gündeme gelmiştir.

Arabuluculuk, uyuşmazlık taraflarının bir araya getirilerek aralarındaki sorunun giderilmesine yardımcı olan bağımsız ve objektif bir kişi vasıtasıyla yürütülen dostane bir çözüm yöntemi olarak tanımlanabilir.³ Ayrıca 2012 yılında yürürlüğe giren 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 2. maddesinde arabuluculuk şu şekilde tanımlanmaktadır:

- 1 Eleştirilere rağmen uluslararası yatırım hukukunda uyuşmazlık çözümü konusunda tahkim halen taraflarca en çok tercih edilen yöntemdir ve tenfiz meselesi özellikle tahkimin seçilmesinin önemli nedenlerinden birisidir, konuya ilişkin güncel ve detaylı araştırma için bkz. SIDRA International Dispute Resolution Survey, 2020.
- 2 Tahkim yöntemine alternatif olarak Avrupa Birliği tarafından ileri sürülen “Çok Taraflı Yatırım Mahkemesi” hakkında bkz, Lee M Caplan, “ISDS Reform and the Proposal for a Multilateral Investment Court” *Berkeley J. Int’l L.* 37 (2019): 207-214. Ayrıca UNCITRAL nezdinde kurulan 3 nolu Çalışma Grubu’da Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlık Çözüm Reformu başlığı altında düzenli değerlendirmeler yapılmaktadır.
- 3 Arabuluculuk hakkında karşılaştırmalı ve detaylı bilgi için bkz. Gizem Ersen Perçin, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 31/2 (2011): 177-201.

“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 üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafların ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarı olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemidir”.

Ayrıca ilgili Kanun’un 1. maddesinde arabuluculuğun amaç ve kapsamı; *“yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır”* şeklinde belirtmiştir. Bu kapsamda Türkiye’deki ulusal ve uluslararası özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk yöntemine gidilmesinin önü açılmıştır.

Uluslararası ticari uyuşmazlıklar bağlamında ise arabuluculuk hızlı ve ucuz olmasından dolayı çok uluslu ticari şirketler tarafından uzun zamandan beri tercih edilmektedir. Fakat son zamanlara kadar arabuluculuk yöntemi belirtilen bu olumlu özelliklerine rağmen uluslararası yatırım hukukunda tercih edilen dostane çözüm yöntemlerinden biri olamamıştır. Uluslararası yatırım hukukunda, kurumsal dostane çözüm yöntemi olarak şu ana kadar sadece uzlaştırma (conciliation) kullanılmıştır. ⁴ Uzlaştırma yöntemi, ICSID tarafından 1966 yılından beri taraflara sunulmuş olmasına rağmen ilk uzlaştırma 1985 yılında tamamlanmış ⁵ ve bu zamana kadar toplamda 9 tane uzlaştırma ICSID tarafından yürütülmüş olup 4 tane uzlaştırma süreci halen devam etmektedir. ⁶ Bu rakamlar dikkate alındığında devlet ile yabancı yatırımcı aralarında çıkan ihtilafın çözümü için dostane yöntemleri tercih etmediği açıkça görülmektedir. Fakat son zamanlarda tahkim yönteminin eleştirilerin odağı

4 Uluslararası yatırım hukukunda uzlaştırma kurumu ve ICSID Uzlaştırma Kurallarına dair detaylı çalışma için bkz. Dilara Baytaroğlu, “Yatırım Uyuşmazlıklarının ICSID Arabuluculuk Kurallarına İstinaden Çözümü” *Public and Private International Law Bulletin* 39 (2019): 357-392. Yazar, ICSID Arabuluculuk Kuralları başlığı altında eseri yayınlamış olmasına rağmen asıl kastedilen ve incelenen ICSID Uzlaştırma Kurallarıdır.

5 İlk uzlaştırma olayı için bkz Nurick Lester, and Stephen J Schnably. “The First ICSID Conciliation: Tesoro Petroleum Corporation v. Trinidad and Tobago”. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 1/2 (1986): 340-353.

6 2020 sonu itibarıyla ICSID’in tahkim ve uzlaştırma dava yüküne dair resmi raporuna bakıldığı vakit tüm zamanlara ilişkin dava sayılarına ulaşmak mümkündür.

olmasından dolayı ICSID, dostane ihtilaf çözme konusunu tekrardan gündemine almış ve özellikle yatırımcı-devlet arabuluculuk (investor-state mediation) yöntemi üzerinde çalışmalarını hızlandırmıştır.

Sonuç olarak, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının tarafları uyuşmazlığın çözümü için sadece tahkimi değil arabuluculuğu da göz önünde bulundurmalı ve bu sistemin de özelliklerini değerlendirmelidir. Bu bağlamda tebliğde öncelikle, uluslararası yatırım hukukunda kurumlar tarafından arabuluculuk konusuna dair yapılan ve yapılmakta olan çalışmalara değinecektir. Akabinde uluslararası yatırım anlaşmalarında yer alan arabuluculuk hükümlerine yer verilecektir. Devamında da arabuluculuk sisteminin unsurları ve özellikleri uluslararası yatırım hukuku bağlamında değerlendirilecektir. Aynı zamanda uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında arabuluculuk konusunda farkındalık oluşturmayı hedefleyen bu tebliğ, uluslararası yatırım uyuşmazlıkların çözümüne arabuluculuğun yapabileceği katkılara ve Türkiye'nin bu konudaki rolüne de temas edecektir.

II. Yatırımcı-Devlet Arabuluculuk Konusunda Kurumların Yaptığı Çalışmalar

Arabuluculuk yöntemi, tamamen taraf iradelerine bağlı olarak gerçekleşen bir yöntem olduğu için usul kuralları da öncelikli olarak taraflarca belirlenmektedir. Fakat tahkimde ve uzlaştırma yönteminde olduğu gibi kurumlar, arabuluculuk yöntemine de yol gösterici olması amacıyla çeşitli kurallar yayınlamıştır. Bu sebeple, Uluslararası Barolar Birliği (International Bar Association kısaca IBA), 2012 yılında konuya ilişkin ilk düzenlemeyi yapmış ve “Yatırımcı-Devlet Arabuluculuk Kuralları”nı ilgililerin hizmetine sunmuştur.⁷ Şu ana kadar genel olarak uluslararası ticari tahkim alanında kural ve

7 IBA Arabuluculuk Kurallarının ICSID Uzlaştırma ve Tahkim Kuralları ile karşılaştırılmalı değerlendirmesi için bkz, Frauke Nitschke, , “The IBA’s Investor-State Mediation Rules and the ICSID Dispute Settlement Framework” *ICSID Review* 29/1 (2014): 112-132; Anna Joubin-Bret, and Barton Legum. “A Set of Rules Dedicated to Investor–State Mediation: The IBA Investor–State Mediation Rules”. *ICSID Review* 29/1 (2014): 17-24. IBA Yatırımcı-Devlet Arabuluculuk Kuralları kapsamında bilinen ilk yatırım arabuluculuğu, 2016 yılında Filipinler ile Systra SA ve Systra Filipinler Inc. arasında Fransa-Filipinler İki Taraflı Yatırım Anlaşması’na dayanılarak yapılmıştır, bkz. Luke Eric Peterson, In An Apparent First, Investor and Host-State Agree to Try Mediation under IBA Rules to Resolve An Investment Treaty Dispute, *IA Reporter*, 2016.

rehberler yayınlayan IBA'nın yatırımcı-devlet arabuluculuk konusunda bir metin hazırlaması bu husustaki ilgisini açıkça göstermektedir.

IBA'nın yanı sıra uluslararası enerji hukukunda önemli bir yere sahip olan Enerji Şartı Sekreteryası da arabuluculuk konusundaki çalışmalara dahil olmuştur. Bu kapsamda 2016 yılındaki Konferansta “Yatırım Arabuluculuğuna dair Rehber” yayınlanmıştır. Bu rehber bünyesinde tarafların arabuluculuğu seçmesi halinde sürecin başından sonuna kadar taraflara arabuluculuğa dair her türlü yol gösterici bilgi yer almaktadır. Ayrıca tarafların dostane çözüm yöntemi olarak arabuluculuğu seçmeleri teşvik edilmiştir.⁸ Bir de arabuluculuk sonucunda imzalanan anlaşma metninin tenfizi konusunda da tarafların kolaylaştırıcı adımlar atmaları tavsiye edilmiştir.

Ayrıca yatırım uyuşmazlıklarında arabuluculuk yapmak isteyen kişilerin konu hakkındaki yetkinliklerini belli bir seviyenin üzerinde tutmak için de kurumlar tarafından çeşitli çalışmalar yürütülmektedir. Bu çerçevede Uluslararası Arabuluculuk Enstitüsü (International Mediation Institute kısaca IMI), yaptığı çalışma neticesinde tarafların arabulucu seçerken göz önünde tutabilecekleri somut kriterleri ortaya koymuştur.⁹ Arabulucu için özel kriterlerin konulmasının nedeni, yatırım uyuşmazlıklarının kamu düzeni, devletlerin egemenlik hakları ve uluslararası hukukla ilişkili unsurları bünyesinde barındırmasıdır. Bu nedenle yatırım uyuşmazlıklarında arabulucu olarak görev yapmak için uluslararası ticari uyuşmazlıklardaki arabuluculuktan farklı özellikler gerekmektedir. Ayrıca taraflardan birinin devlet olması hasebiyle, arabulucu olacak kişi arabuluculuğun sadece hukuki değil politik ve sosyal bir süreç de olduğunun bilincinde olmalı ve bu şekilde taraflara yaklaşmalıdır.

Son olarak ise yatırım uyuşmazlıklarının büyük bir kısmının çözümlendiği merkez olan ICSID'e başvuran taraflar ağırlıklı olarak uyuşmazlık

8 Claudia Caluori, “Guidelines for Mediation in Investor-State Disputes,” *Yearbook on International Arbitration* 6/1 (2019), s.263-265; Ayrıca Enerji Şartı madde 26(1) kapsamında yatırımcı ile devletin uyuşmazlığının dostane bir şekilde çözümlenmesi tavsiye edilmiştir ve yayınlanan Rehber ile Sekreterya taraflara dostane çözüm olarak arabuluculuğu sunmaktadır.

9 Enstitü konuyla ilgilenmesi için bir çalışma grubu oluşturmuştur ve bu grubun çalışmaları sonucunda “IMI Competency Criteria for Investor-State Mediators” adlı metin ortaya çıkmıştır.

çözüm yöntemi olarak tahkimi tercih etmektedir. Fakat son yıllarda IC-SID, tahkimin yanı sıra başta uzlaştırma olmak üzere diğer dostane uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin çalışmalar yapmaya başlamıştır. Bu kapsamda “arabuluculuk” kavramına son zamanlarda ehemmiyet veren ICSID, eğitimler ve bilgilendirme toplantıları ile yatırımcı-devlet arabuluculuk konusunu ilgililerin gündemine taşımaya çalışmaktadır. Yapılan çalışmalar sonucunda ICSID, yatırımcı-devlet arabuluculuk yöntemine dair 2018 yılında Arabuluculuk Kuralları’nın ilgililerin dikkatine sunmuştur. Bu kuralların en güncel hali 2020 yılında ICSID tarafından yayınlanan çalışma raporunda yer almış fakat kurallar henüz yürürlüğe girmemiştir.¹⁰

ICSID Arabuluculuk Kuralları; genel hükümler, arabuluculuğun başlatılması, genel usuli hükümler, arabulucu ve arabuluculuğun yürütülmesi olmak üzere toplamda 5 bölüm ve 22 kuraldan oluşmaktadır. Kurallar, yatırımcı ile devlet arasındaki ihtilafın arabuluculuk yoluyla çözülmesi talebi halinde süreci baştan sona yürütebilmek için gereken önemli hususları düzenlemektedir. Yatırım uyuşmazlıklarında arabuluculuk kurumu henüz emekleme aşamasında olduğu için kuralların uygulamadan gelen talepler çerçevesinde genişletilmesi ve revize edilmesi ilerleyen dönemlerde mümkündür.

Arabuluculuk kurallarında yer verilmeyen arabuluculuk metninin tenfiz meselesine ilişkin ICSID, taraflara bu konuda ayrıca bir çözüm önerisinde bulunmaktadır. Bu bağlamda tarafların istemeleri halinde ilgili anlaşma metni, ICSID Tahkim Kuralları Madde 43(2) uyarınca, tahkim kararına dahil edilerek ICSID’in sağladığı tenfiz gücüne haiz olacaktır. Böylece arabuluculuk neticesinde ulaşılan uzlaşma metni uluslararası tenfiz kabiliyetine sahip olacak ve arabuluculuğun bu konudaki eksikliği giderilecektir.

III. Uluslararası Yatırım Anlaşmalarında Arabuluculuk

Arabuluculuk, tarafların gönüllü ve iyiniyetli katılımlarına bağlı olduğu için devletleri bu tarz bir yönetime ikna etmek için ciddi adımlar atılmalıdır. Bu adımlardan en önemlisi, devletlerin kendi aralarında imzalamış

10 Çalışma raporu için bkz. https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/WP_4_Vol_1_En.pdf (son erişim tarihi 11.12.20).

oldukları yatırım anlaşmalarına arabuluculuk yöntemini dahil etmeleridir. Bu şekilde anlaşmaya dahil edilen arabuluculuk sayesinde devletler yabancı yatırımcı ile aynı masa etrafına oturup ihtilafların arabuluculuk yöntemi ile çözümü desteklenecektir.¹¹

Bu kapsamda arabuluculuk, son zamanlarda tahkim öncesi basamak olarak yatırım anlaşmalarında yer almaya başlamıştır. Bu anlaşmalardan birisi olan Avrupa Birliği ile Kanada arasında imzalanan Serbest Ticaret Anlaşması'nın 8.20. maddesinde tarafların her an arabuluculuk yöntemine başvurabilecekleri açıkça düzenlenmiştir. Bu anlaşma dahilinde, arabuluculuk gönüllü ve ad hoc olarak öngörülmüştür. Ayrıca Avrupa Birliği şu sıralar müzakere ve imza aşamasında olduğu diğer serbest ticaret anlaşmalarına da arabuluculuk yöntemini bu şekilde dahil etmeye çalışmaktadır.¹²

Bunun yanı sıra yatırımcı ile devlet arasında uyuşmazlık çıktığı takdirde tahkime gidilmeden önce tarafların müzakere etme zorunluluğunun bulunduğu bir dönem (cooling-off period) çoğu yatırım anlaşmasında yer almaktadır.¹³ Taraflar arabuluculuk yöntemine başvurarak bu dönemi verimli bir şekilde değerlendirebilir. Bu dönem genellikle 6 aylık veya 1 yıllık bir süreyi içermektedir ve taraflara bu zaman zarfında birbirleriyle iletişim halinde olma yükümlülüğünü getirmektedir.¹⁴ Bu bağlamda arabuluculu-

11 İki veya Çok Taraflı Yatırım Anlaşmalarında arabuluculuğa değinen anlaşmalar için bkz: Kun Fan, "Mediation of Investor-State Disputes: A Treaty Survey", *Journal of Dispute Resolution* 2 (2020), s. 332-337.

12 Şu an müzakere aşamasında olan AB-Çin Serbest Ticaret Anlaşması'nda yer alması muhtemel olan yatırımcı-devlet arabuluculuk sistemi için bkz, Zhao Chunlei, "Investor-State Mediation in a China-EU Bilateral Investment Treaty: Talking About Being in the Right Place at the Right Time" *Chinese Journal of International Law* 17 (2018): 111-135. Ayrıca taraflarca imzalanan fakat henüz yürürlüğe girmeyen AB-Vietnam Yatırımların Korunması Anlaşması'nın 4. bölümünün 10. ekinde yatırımcı devlet arabuluculuk kurumunu düzenlemiştir. Aynı şekilde AB-Singapur Yatırımların Korunması Anlaşması'nın 4. Bölümünün 6. Ekinde yatırımcılarla devlet arasındaki uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk kurumuna yer verilmiştir.

13 James M. Claxton, "Compelling Parties to Mediate Investor-State Disputes: No Pressure, No Diamonds?" *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 20/1 (2020), s.91.

14 Türkiye'nin imzaladığı en güncel serbest ticaret anlaşması olan Türkiye-Singapur STA Madde 12.15, 6 aylık bir müzakere dönemini düzenlemektedir. Aynı zamanda Türkiye'nin imzalamış olduğu çeşitli iki taraflı yatırım anlaşmalarında da benzer hükümlere rastlamak mümkündür: Türkiye-Afganistan Madde 7, Türkiye-Arnavutluk

ğün, uluslararası yatırım anlaşmalarına tahkim öncesi uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak dahil edilmesi uyuşmazlığın tahkime gidilmeden etkin ve hızlı bir şekilde çözümlenmesini sağlayacaktır.

Ayrıca UNCTAD tarafından derlenen güncel istatistikler uyarınca, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının yaklaşık 1/3'ü hakem heyetinin önüne gelmeden ya taraflarca devam ettirilmemekte ya da tarafların anlaşmasıyla sona ermektedir.¹⁵ Bu durum dikkatle incelendiğinde, uluslararası yatırım hukukunda tarafların aslında uyuşmazlığı hakem heyetinin önüne gitmeden çözme eğilimlerinin olduğu görülmektedir. Bu nedenle uluslararası yatırım anlaşmalarında arabuluculuk gibi dostane ihtilaf çözme metodlarının daha fazla yer alması ve teşvik edilmesi gerekmektedir. Böylece tarafların uyuşmazlıklarını daha hızlı ve az maliyetli bir şekilde çözüme kavuşturmaları söz konusu olacaktır. Ayrıca yeni nesil uluslararası yatırım anlaşmalarında yer alacak arabuluculuk yöntemi sayesinde yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet dostane ve verimli bir şekilde aralarındaki uyuşmazlığı giderme imkanına sahip olacaklardır.¹⁶

IV. Yatırımcı-Devlet Arabuluculuk Sisteminin Değerlendirilmesi

Alternatif uyuşmazlık yöntemleri altında sayılabilecek tahkim ve arabuluculuk, tarafların anlaşma ve iradelerine bağlı olarak kurulmalarına rağmen usul ve yöntem açısından birbirinden tamamen farklıdır.¹⁷ Başta gizlilik,

Madde 11, Türkiye-Avustralya Madde 12, Türkiye-Avusturya Madde 9, Türkiye-Azerbaycan Madde 11, Türkiye-Kolombiya Madde 14, Türkiye-Kore Madde 10, Türkiye-Rusya Madde 10, Türkiye-ABD Madde 6.

15 Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz, Roberto Echandi, and Priyanka Kher “Can International Investor–State Disputes be Prevented? Empirical Evidence from Settlements in ICSID Arbitration” *ICSID Review*, 29/1 (2014): 41-65.

16 Son zamanlarda birçok devlet 20.yy'da müzakere etmiş ve imzalamış olduğu uluslararası yatırım anlaşmalarını sonlandırma veya revize etme çalışmalarını hızlandırmıştır. Bu çalışmalar neticesinde anlaşmalardaki hükümlerde önemli değişiklikler yapılması gündeme gelmiştir. Bu nedenle 21.yy'da imzalanacak anlaşmalara “yeni nesil” uluslararası yatırım anlaşmaları demek yanlış olmayacaktır.

17 Tahkim ile arabuluculuk arasındaki farklar ve arabuluculuk çeşitleri konusunda detaylı bilgi için bkz, Nancy A. Welsh and Andrea K. Schneider “Becoming Investor-State Mediation” *Penn. St. J.L. & Int'l Aff.* 86/1 (2012): 86-96.

süre ve maliyet olmak üzere, arabuluculuk yöntemi başından sonuna kadar tahkime nazaran daha az kural içerip taraflara daha esnek olma imkanı sağlamaktadır.¹⁸ Ayrıca sürecin sonunda ortaya çıkan anlaşma da tahkim kararına nazaran içerik ve tenfiz konusunda önemli farklılıklar içermektedir.

Öncelikle arabuluculuk, süre açısından daha kısa olması ve maliyet olarak daha masrafsız olmasıyla ön plana çıkmaktadır. Bu nedenle özellikle uluslararası ticari uyuşmazlıklarda taraflar arabuluculuğa yönelmekte ve ilerleyen süreçte bu durumun yatırım uyuşmazlıklarına da yansımaları beklenmektedir. Süre konusunda arabuluculuk yöntemi, tahkim yöntemi ile kıyas edilemeyecek kadar kısa ve verimli bir zaman diliminde sonuca ulaşmayı sağlamaktadır. Arabuluculuk yöntemi sayesinde birkaç hafta hatta birkaç günde sorunlar, tarafların gönüllü bir şekilde bir masa etrafında oturması ve birbiriyle anlaşması sonucunda çözülebilecektir. Kısa sürede ve az miktarda kaynak ile uyuşmazlığın giderilmesini mümkün kılan arabuluculuk yönteminin, devletlere maddi anlamda büyük külfetler getiren tahkimin yerini alması veya en azından tahkimden önceki müzakere dönemlerinde ya da tahkim süreci sırasında taraflarca tercih edilmesi muhtemeldir.¹⁹ Ayrıca bir arabulucunun seçilmesi ve arabulucuk sürecinde tarafların taleplerini dinlemesi, hakem heyetini oluşturan üç kişinin seçilmesi ve olayın bu heyet karşısında günlerce anlatılmasından doğal olarak daha kısa sürecektir. Fakat diğer taraftan her arabuluculuk süreci bir anlaşmayla sona ermemekte ve tarafların sonrasında tahkime başvurusu halinde de arabuluculuk süreciyle birlikte tüm sürecin daha da uzaması söz konusu olabilecektir.

Uluslararası ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğun tercih edilme nedenlerinden diğerleri, sürecin tarafların rızasına dayanması, taraflarca yönlendirilmesi ve gizliliğe önem vermesidir.²⁰ Tahkime nazaran arabuluculuk sürecinin düzenlenmesine dair kural ve rehberlerin sınırlı olması,

18 Caluori, s. 261-262.

19 Fan, s. 330: Bir yatırım tahkimi ortalama dört yıl sürerken süreç içerisinde maliyet tarafların her biri için ortalama dört milyon doları bulmaktadır.

20 Susan D. Franck, "Using Investor-State Mediation Rules to Promote Conflict Management: An Introductory Guide" *ICSID Review* 29/1 (2014): s.75-77. Franck'e göre, arabuluculuğun üç temel özelliği şudur; üçüncü kişinin tarafsızlığı, tarafların süreçte hakim olması ve katılımı ile gizlilik.

arabuluculuk sürecinin tarafların rıza ve anlaşmalarına bağlı olarak yürütülmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu durum, taraf iradelerinin sürece doğrudan yansımaları sağlamaktadır. Fakat şu anda esnek ve tarafların hakimiyeti temelli yürütülen arabuluculuk, ilerleyen zamanlarda kural ve rehberlerin artmasıyla esnekliğini kaybetme tehlikesi ile karşı karşıyadır.

Bir diğer unsur olan sürecin gizli yürütülmesi, uluslararası ticari uyuşmazlıklarda taraflar için arabuluculuğu cazip kılan unsurlardan birisidir. Fakat yatırım uyuşmazlıklarında son zamanlarda artan “şeffaflık” arzusunun dolaylı arabuluculuğun da daha şeffaf bir şekilde yürütülmesi muhtemeldir.²¹ Özellikle kamuyu yakından ilgilendiren unsurları bünyesinde barındırdığı için yatırımcı-devlet arabuluculuk yönteminin ilgililer tarafından yakından takip edilme imkanını sağlanması önemlidir.

Diğer taraftan, arabuluculuk yönteminin en büyük handikaplarından birisi tanıma ve tenfiz sorunudur. Bu sorun uluslararası alanda arabuluculuğun “New York Konvansiyonu”²² olarak ifade edilebilecek “Arabuluculuktan sonucunda yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu”nun 12 Eylül 2020 yılında girmesiyle yeni bir boyuta taşınmıştır.²³ Singapur Konvansiyonu’nun 1.maddesi uyarınca Konvansi-

21 Uluslararası yatırım tahkimindeki şeffaflık talebine binayen UNCITRAL; Şeffaflığa dair Mauritius Konvansiyonunu ve Şeffaflığa dair UNCITRAL Kurallarını hazırlamıştır. Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz, Pınar Karacan, *Uluslararası Yatırım Tahkiminde Şeffaflık Kavramı*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017.

22 New York Konvansiyonu, tahkimin en büyük avantajlarından birisi olarak sayılmaktadır. Bu Konvansiyon sayesinde tahkim sonucunda elde edilen kararın, taraf olan yüzlerce ülkede belli şartlar dahilinde tanınması ve tenfizi mümkündür. Son dönemde arabuluculuk için de benzer bir Konvansiyon oluşturulmasına dair çalışmaların yapılmasına rağmen henüz imzaya açılmış bir metin mevcut değildir.

23 Singapur Konvansiyonu hakkında detaylı inceleme için bkz. Mustafa Erkan, *Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi*, İstanbul: On iki Levha Yayıncılık 2020; Sibel Özel “Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Konvansiyonu” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25 (2019): 1190-1210; Talat Kaya, “Singapur Sözleşmesi ve Uluslararası Ticari Arabuluculuk Sonucunda Ortaya Çıkan Sulh Anlaşmalarının Tanınması ve İcrası Meselesi” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25 (2019): 979-1008; Banu Şit Köşgeroğlu, *Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sonunda Varılan Anlaşmaların Singapur Konvansiyonu Çerçevesinde Taraf Devletlerde İcra Edilebilirliği*, Ankara: Adalet Yayıncılık 2020.

yon sadece ticari uyuşmazlıklara uygulanacaktır. Konvansiyon ticari uyuşmazlık kavramını tanımlamamıştır ama aynı zamanda madde 1 fıkra 2 tüketici ve aile hukukundan kaynaklı uyuşmazlıkları kapsam dışı tutarken yatırım uyuşmazlıklarını bu fıkra da zikretmemiştir. Bu nedenle ticari uyuşmazlık niteliğindeki yatırım uyuşmazlıklarının Konvansiyon kapsamında olduğu kabul edilebilirken salt yatırım ve uluslararası kamu hukukundan kaynaklı uyuşmazlıklar kapsam dışı olması şeklinde yorumlanabilir.²⁴ Bu yorumu destekleyeceği henüz uygulamada bir kararla karşılaşılmamıştır fakat yatırım uyuşmazlıklarını Konvansiyon dahilinde değerlendirilmesini destekleyen bazı düzenlemeler mevcuttur.

Bu çerçevede Konvansiyon'un uygulama alanına dair taraf ülkelerin çekince koyması imkanı madde 8 kapsamında devletlere sunulmuştur. İlgili hüküm çerçevesinde devletin veya devlet kurumlarının taraf olduğu arabuluculuk sonucunda varılan anlaşmanın Konvansiyon kapsamı dışında tutulmasına karar verilebilir.²⁵ Bu hükümden yola çıkarak yatırım uyuşmazlıklarının Konvansiyon kapsamında olacak şekilde yorumlanması gereklidir çünkü kapsam dışı tutulması için ayrıca bir istisna hükmü yer almaktadır. İstisna hükmünün varlığı kural olarak yatırım uyuşmazlıklarının Konvansiyon'un uygulama alanı içerisinde yer aldığı sonucunu doğurmaktadır. Ayrıca yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının çözümü için UNCITRAL bünyesinde oluşturulan 3 nolu Çalışma Grubu'nun 2019 tarihli toplantısının rapor notunda, devletlerin madde 8 kapsamında yatırımcı-devlet arasında arabuluculuk konusunda esnek davranma imkanlarının yanı sıra arabuluculuk sonucunda varılan sulh anlaşmasının Singapur Konvansiyonu kapsamında tenfizi yoluna başvurabileceği sonucuna varılmıştır.²⁶

24 Ticari nitelikte olduğu vakit Konvansiyon yatırım uyuşmazlıklarına da uygulanabilir: Christina G.Hioureas, "The Singapore Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation: A New Way Forward?", *Berkeley J. Int'l L.* 37 (2019).s.222.

25 UNCITRAL Çalışma Grubu, istisna hükmünün doğrudan yatırım uyuşmazlıklarını kapsam dışı tutmayacağı ve bu konuda devletlere esneklik verilmesinin amaçlandığını ifade etmiştir, A/CN.9/WG.II/WP.198 par. 24. Şu ana kadar sadece 3 ülke istisna hükmüne başvurmuştur.

26 UNCITRAL 3 nolu Çalışma Grubu, A/CN.9/WG.III/WP.160, par. 54.

Konvansiyon'un yatırım uyuşmazlıklarını da kapsayacağı iddiasını destekleyen diğer bir durum ise Konvansiyon ile benzer konuları düzenleyen Uluslararası Arabuluculuk konusuna ilişkin UNCITRAL Model Kanunu'dur. UNCITRAL tarafından 2018 yılında yayımlanan Uluslararası Ticari Arabuluculuk ve Arabuluculuk neticesinde yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları hakkında Model Kanun'un ilk maddesinde ticari uyuşmazlık kavramının geniş yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca ticari uyuşmazlık meselesi tahdidi olarak yatırımdan doğan uyuşmazlıkları da kapsayıcı şekilde açıklanmıştır.²⁷ Böylece yatırımcı-devlet arabuluculuk kurumunun gelişmesi için engel teşkil eden tenfiz meselesi giderilecek olup Konvansiyon'un uygulamada geniş yorumlanmasıyla birlikte taraflar arasında daha fazla tercih edilmeye başlanacaktır.

Arabulucuğa dair endişelerden birisi de tarafların alternatif uyuşmazlık çözme metodlarına olan rağbetsiziği ve bunun sonucunda arabuluculuğun uzlaştırma ile aynı kaderi paylaşacağı yönündedir. Arabuluculuğun önündeki en büyük engellerden birisi ise devleti temsil eden ve masada diğer taraf ile sulh olmaya çalışan kişiler genellikle maddi ödeme veya taviz içeren arabuluculuk anlaşmalarına imza atmak sorumluluğunu almamaktadır.²⁸ Ayrıca, yatırım uyuşmazlığının birden çok devlet kurumunu ilgilendir-

27 UNCITRAL Model Kanun'un birinci maddesinin dipnotu şu şekildedir: "The term "commercial" should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business cooperation; and carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road".

28 Silvia Constain, "Mediation in Investor-State Dispute Settlement: Government Policy and the Changing Landscape", *ICSID Review* 29/1 (2014), s.34: Constain'e göre devlet memurları yabancı yatırımcılar ile arabuluculuk sonucunda imzaladıkları anlaşmadan dolayı hukuki, siyasi ve finansal olarak sorumlu tutulma ihtimalinden endişe duymaktadırlar. Bu nedenle devlet memurları, hakem heyetinin bu tarz meselelerde bağlayıcı kararlar vermesini yeğlemektedir. Monde Marshall, "Investor-State Dispute Settlement Reconceptionalized: Regulation of Disputes, Standards and Mediation," *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 17/2 (2017), s.252-253: Sulh olma konusunda devlet görevlilerinin sorumluluk almak konusunda çekimser duracak olması politik bir gerçektir. Araştırmada yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarında sulh olmamanın en büyük nedeni olarak kararı üçüncü bir kişiye bırakarak sorumluluktan kurtulmak olarak ifade

mesi halinde, ilgili arabuluculuk anlaşmasının altına imza atma yetkisi konusunda da belirsizlik oluşacaktır. Tahkimin buradaki en kayda değer farkı ise hakem heyetinin davalı devlete hakem kararını dayatması ve bu kararın sonucundan hiçbir devlet görevlisinin sorumlu tutulamayacağıdır. Tüm bu handikaplara rağmen ICSID arabuluculuk konusunu son zamanlarda ön plana çıkarmaya ve teşvik etmeye çalışmaktadır.

Son olarak ise arabuluculuk sayesinde devlet ile yabancı yatırımcı, tahkimden farklı olarak yönettikleri süreç sonucunda her iki tarafında lehine olacak bir anlaşmaya varabilir. Bu durum ancak arabuluculuğun doğasında yer alan ve en önemli özelliklerinden biri olan tarafların birbirleriyle müzakereler etmeleri sayesinde oluşabilecektir. Arabuluculuk sürecindeki müzakereler sonucunda taraflar karşılıklı ekonomik menfaatlerini koruyarak ilişkilerini dostane bir şekilde devam ettirme imkanına sahiptir.²⁹ Başka bir deyişle, arabulucu olan kişinin tarafların ilgi ve ihtiyaçlarına dikkat çekmesi neticesinde taraflar, tahkimde hükmedilen maddi tazminat kararından farklı olarak uzun vadeli ve salt maddi karşılığı olmayan anlaşmalara varabilir.³⁰ Bu duruma örnek vermek gerekirse; devletin yatırımcıya hak ihlallinden dolayı sunacağı bir özür, devletin yatırımcıya sağlayacağı uzun vadeli menfaatler ve yatırımcının ilgili devletteki yatırımlarına devam etme sözü gibi esnek hükümler arabuluculuk sonunda imzalanacak anlaşmaya dâhil edilebilecektir. Özellikle de devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki uzun vadeli ticari ilişkinin tesisi ve devamı için arabuluculuk, hem dostane bir çözüm yöntemi olması hem de her iki taraf için de karlı anlaşmalara imkân sağlamasından dolayı tarafların her daim gündeminde yer almalıdır.³¹ Ayrıca arabuluculuk vasıtasıyla yabancı yatırımcılar ve devletler, yatırım tahkiminin uzun ve meşakkatli yolunu tercih etmeyerek yatırımların korunması ve artırılması gibi daha temel meselelere yoğunlaşabileceklerdir.

edilmiştir: Seraphina Chew, Lucy Reed, & J. Christopher Thomas, Report: Survey on Obstacles to Settlement of Investor–State Disputes, 2016.

29 Claxton, s.84; M. R. Dahlan And Wolf von Kumberg, “Investor-State Dispute Settlement Reconceptualized: Regulation of Disputes, Standards and Mediation,” *Pep-perdine Dispute Resolution Law Journal* 18/3 (2018), s. 486.

30 Devlet ve yatırımcı açısından tarafların uzun vadeli çıkar ve menfaatlerine yoğunlaşmanın olumlu sonuçları için bkz, Franck, s.75.

31 Fan, s. 330.

Sonuç

Uluslararası ticari uyuşmazlıklarda yıllardan beri kullanılan arabuluculuk, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında da son zamanlarda çeşitli kurumlarca devletler ve yabancı yatırımcılar için gündeme getirilmiştir. Bu kapsamda ilgili kuruluşlar, kurumsal arabuluculuk için kurallar ve standartlar üzerinde çalışmaya başlamışlardır. Bu düzenlemeler paydaşların beğenisine sunulmuştur ve gelen yorumlar çerçevesinde iyileştirilmeye çalışılmaktadır. Neticesinde arabuluculuk yönteminin tahkim yöntemine alternatif ya da tahkimin yanı sıra dostane bir çözüm metodu olarak devlet ve yabancı yatırımcı tarafından tercih edilmesi için çalışmalar hız kazanmıştır. Özellikle yatırım tahkimine son zamanlarda yöneltilen eleştirilerden dolayı arabuluculuk uluslararası yatırım hukukunda kendisine yer bulabilir ve tahkime alternatif olarak değerlendirilebilir.

Yatırımcı-devlet arabuluculuk yöntemine karşın yukarıda da belirtilen çeşitli nedenlerden dolayı negatif bir tutum hâkim olsa da unutulmamalıdır ki yatırım tahkimi konusunda da ilk yıllarda iç açıcı gelişmeler yaşanmamaktaydı. ICSID, kuruluşundan sonraki ilk 20 yılda sadece 18 tane tahkim davasını idare etmiş ve bu rakamlar ancak sonraki yıllarda üç hanelere ulaşabilmiştir. Bu bağlamda, yatırımcı-devlet arabuluculuk yöntemi konusunda olumsuz bir tablo çizmeden önce yapılması gereken konu hakkındaki gelişmeleri takip etmek ve bu çalışmalara katkı sağlamaktır. Ayrıca Türkiye'nin ilerleyen süreçte müzakere edileceği veya revize edeceği uluslararası yatırım anlaşmalarında uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak "arabuluculuk" yöntemini de göz önüne alınması gerekmektedir. Bu kapsamda başta arabuluculuk olmak üzere alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri üzerine çalışmaların özel ve kamu sektörü nezdinde giderek artması temennimizdir.

Kaynakça

- Baytaroğlu, Dilara. "Yatırım Uyuşmazlıklarının ICSID Arabuluculuk Kurallarına İstinaden Çözümü". *Public and Private International Law Bulletin* 39 (2019): 357-392.
- Caluori, Claudia. "Guidelines for Mediation in Investor-State Disputes," *Yearbook on International Arbitration* 6/1 (2019): 257-266.
- Caplan, Lee M. "ISDS Reform and the Proposal for a Multilateral Investment Court" *Berkeley J. Int'l L.* 37 (2019): 207-214.

- Chunlei, Zhao. "Investor-State Mediation in a China-EU Bilateral Investment Treaty: Talking About Being in the Right Place at the Right Time". *Chinese Journal of International Law* 17 (2018): 111-135.
- Constain, Silvia. "Mediation in Investor-State Dispute Settlement: Government Policy and the Changing Landscape". *ICSID Review* 29/1 (2014): 25-40.
- Claxton, James M., "Compelling Parties to Mediate Investor-State Disputes: No Pressure, No Diamonds?," *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 20/1 (2020): 78-100.
- Dahlan M. R. And Wolf von Kumberg, "Investor-State Dispute Settlement Reconceptualized: Regulation of Disputes, Standards and Mediation," *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 18/3 (2018): 467-496.
- Echandi, Roberto and Priyanka Kher. "Can International Investor-State Disputes be Prevented? Empirical Evidence from Settlements in ICSID Arbitration". *ICSID Review*, 29/1 (2014): 41-65.
- Erkan, Mustafa. *Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi*. İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2020.
- Ersen Perçin, Gizem. "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri". *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 31/2 (2011): 177-201.
- Fan, Kun. "Mediation of Investor-State Disputes: A Treaty Survey". *Journal of Dispute Resolution* 2 (2020): 327-342.
- Franck, Susan D. "Using Investor-State Mediation Rules to Promote Conflict Management: An Introductory Guide". *ICSID Review* 29/1 (2014): s.66-89.
- Hioureas, Christina G. "The Singapore Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation: A New Way Forward?". *Berkeley J. Int'l L.* 37 (2019): 215-224.
- Joubin-Bret, Anna and Barton Legum. "A Set of Rules Dedicated to Investor-State Mediation: The IBA Investor-State Mediation Rules". *ICSID Review* 29/1 (2014): 17-24.
- Karacan Pınar, *Uluslararası Yatırım Tahkiminde Şeffaflık Kavramı*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017.
- Kaya, Talat. "Singapur Sözleşmesi ve Uluslararası Ticari Arabuluculuk Sonucunda Ortaya Çıkan Sulh Anlaşmalarının Tanınması ve İcrası Meselesi" *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı* 25/2 (2019): 979-1008.
- Lester, Nurick and Stephen J Schnably. "The First ICSID Conciliation: Tesoro Petroleum Corporation v. Trinidad and Tobago". *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 1/2 (1986): 340-353.
- Marshall, Monde, "Investor-State Dispute Settlement Reconceptualized: Regulation of Disputes, Standards and Mediation," *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 17/2 (2017): 233-262.
- Nitschke, Frauke, "The IBA's Investor-State Mediation Rules and the ICSID Dispute Settlement Framework" *ICSID Review* 29/1 (2014): 112-132.
- Özel, Sibel. "Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Konvansiyonu" *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı* 25/2 (2019): 1190-1210.
- Şit Köşgeroğlu, Banu. *Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sonunda Varılan Anlaşmaların Singapur Konvansiyonu Çerçevesinde Taraf Devletlerde İcra Edilebilirliği*. Ankara: Adalet Yayıncılık 2020.
- Welsh, Nancy A. and Andrea K. Schneider. "Becoming Investor-State Mediation". *Penn. St. J.L. & Int'l Aff.* 86/1 (2012): 86-96.

III. OTURUM

Prof. Dr. Talat Canbolat

Arabuluculuk ilk başladığı günden bu zamana kadar çok gelişti. Arabuluculuğun geleceğini konuşurken bir iki cümle etmeden geçemeyeceğim. İlk başladığı zaman haklı olarak çok tereddütler vardı. Bunun için uygulamayı takip etmek gerekti. Ancak bugün artık arabuluculuk uygulamalarında sağlıklı değerlendirme yapılabilecek yeterli sayılara ulaşıldı. Ümit ediyorum ki, bundan sonra kaliteli yapılan hizmetleri konuşuruz. Bu kaliteden yani nitelikten kastım hem arabulucuların bizzat kendilerinin daha eğitilmiş, daha kaliteli, daha iyi hizmet verebilecek yeteneğe sahip olmalarını, hem de verilen hizmetlerin fiziki ortamlarının daha kaliteli olmasıdır. Böyle kafeler gibi gizliliğin ihlal edildiği ciddiyetten uzak yerlerden ziyade, arabuluculuğun ruhuna uygun daha müsait ortamlarda faaliyet icra edilmesini temenni ediyorum. Hepsinden de önemlisi tarafların gerçek iradelerini yansıtan, adaletli, hakkaniyetli çözümlerin yapıldığı arabuluculuk uygulamalarının yaygınlaşmasını diliyorum. Tarafların gerçekten el sıkışarak masadan kalktıkları, aralarındaki uyuşmazlığı ileriye yönelik ortadan kaldırdıkları ve huzursuzluğu sona erdirip huzura kavuştukları hatta iyi ki arabulucuya gitmişim diyebildikleri uygulamaların yaygınlaşmasını diliyorum. Zira son günlerde özellikle iş hukuku uyuşmazlıklarında, işçinin avukatla temsil edilmediği görüşmelerde, işçinin haklarının neler olduğunu bilmemesinden kaynaklanan önceden hazırlanmış metinlerin arabuluculuk sözleşmesi diye dayatıldığı ve işçinin imzalamaya zorlandığı uygulamaları daha çok duyar olduk ki bunlar gerçek anlamda arabuluculuk faaliyeti değildir. Arabuluculuk kurumuna da ciddi zarar vermektedir.

İlk oturumda yine genç bir meslektaşım Doç. Dr. Selin Sert Sütçü bize arabuluculuk sözleşmesindeki genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin uygulanmasını anlatacak.

ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNDE GENEL İŞLEM KOŞULLARINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN UYGULANMASI

Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ*

Özet

6235 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, uyuşmazlık içerisinde olan tarafların söz konusu uyuşmazlığı arabulucu aracılığıyla kanunda düzenlenen hususlarda zorunlu, kanunda arabuluculuğa başvurunun zorunlu olarak düzenlenmediği hususlarda ise ihtiyari olarak çözümlemesine imkân tanımıştır. Tarafların uyuşmazlığı arabulucu ile çözmeye karar vermesi halinde ise arabulucunun uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bir arabuluculuk sözleşmesi hazırlaması, taraflar arasındaki bilgilerin kaybolmaması ve belirli bir tutanak altına tutulması bakımından önemlidir. Arabulucu tarafından hazırlanacak olan bu sözleşmede tarafların kimlik bilgileri, uyuşmazlık konusu, tarafların uyuşmazlık konusu ile ilgili iddia ve düşünceleri, bu iddia ve düşüncelerin ispatlanmasını sağlayacak deliller, uyuşmazlık konusuna ilişkin çözüm önerileri ile arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan sonuç ve bu sonuca taraflarca iyi niyet ve dürüstlük kuralları gereğince riayet edileceği hususunun belirtilmesi gibi konulardır. Arabuluculuk faaliyeti ile bir şeyin yapılması edimi üstlenilmiş ise bu edimin ifa edilmesi de gerekmektedir.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 20 vd. hükümlerinde sözleşmelerin standart sözleşmeler haline gelmesi durumunda, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla önceden tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümlerinin olabileceğini ve bu hükümlere genel işlem koşulları denilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Arabuluculuk sözleşmesinde de arabulucu, aynı veya benzer uyuşmazlıklarda kullanılmak üzere bu şekilde genel işlem

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0001-7483-6394.

koşullarını içeren bir sözleşme metni hazırlar ise uyuşmazlığın çözülmesi amacıyla başvuruda bulunan tarafların bu koşulları değiştirip değiştiremeyeceği meselesi çalışmamızın temel konusudur.

Arabulucunun arabuluculuk sözleşmesinin tarafı olmaması sebebiyle arabuluculuk sözleşmesinde tarafların adı, soyadı gibi kimlik bilgilerine yer vermesi, uyuşmazlık konusunun belirlenmesi amacıyla uyuşmazlık konusu şeklinde bir başlığa yer vermesi mümkün iken her uyuşmazlık kendi içerisinde farklı sorunlar ve farklı çözüm önerileri ile sonuçlanacak olması sebebiyle sözleşmesinin tamamının genel işlem koşullarına tabi olmayacağını kabul etmemiz gerekecektir.

Arabuluculuk ile uyuşmazlığın çözülmesi halinde arabulucu tarafından hazırlanan tutanağın da genel işlem koşulları içeren bir tutanak olarak hazırlanması mümkün müdür?

Arabuluculuk sözleşmesinin genel işlem koşullarını içermesi halinde bu koşulların geçersizliğinin genel işlem koşulları denetimine tabi değil de haksız şart olarak tüketici hukukundaki düzenlenen husustan yararlanarak çözümlenmesi olanaklı mıdır?

Çalışmamız da arabuluculuk sözleşmesinde genel işlem koşulları ile düzenlenebilecek hususlar ve düzenlemeyecek hususlar ile genel işlem koşulu ile düzenlenen hususlarda tarafların kullanabilecekleri hukuki yollar inceleme konusu yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: arabulucu, arabuluculuk sözleşmesi, genel işlem koşulları, genel işlem koşullarının özellikleri, elverişlilik.

Abstract

With the Law on Mediation in Legal Disputes numbered 6235, parties in dispute were allowed to resolve the dispute through the mediator as mandatory in matters regulated by law, and voluntarily in matters where the application for mediation is not regulated by law. If the parties decide

to resolve the dispute with the mediator, it is important for the mediator to draw up a mediation agreement for the settlement of the dispute, in order not to lose the information between the parties and to keep them under a certain report. In this contract to be prepared by the mediator, the identity information of the parties, the subject of the dispute, the claims and opinions of the parties regarding the subject of the dispute, the evidence to prove these claims and thoughts, the solution proposals regarding the dispute, the conclusion reached as a result of the mediation activity and the good faith and honesty rules of the parties. These are issues such as stating that it will be duly respected. If the act of doing something has been undertaken with the mediation activity, this act must also be performed.

Turkish Code of Obligations No. 6098 m. In the provisions of 20 et seq., It is stated that in the event that the contracts become standard contracts, when making a contract, there may be contract provisions prepared individually and presented to the other party in order to use in many similar contracts in the future and these provisions should be called general transaction conditions. In the mediation agreement, if the mediator prepares a contract text that includes the general transaction conditions to be used in the same or similar disputes, the issue of whether the parties applying for the settlement of the dispute can change these conditions is the main subject of our study.

Since the mediator is not a party to the mediation contract, it is possible to include the identity information such as the name and surname of the parties in the mediation contract, to include a title in the form of the subject of the dispute in order to determine the subject of the dispute, while each dispute will result in different problems and different solution proposals. We will have to accept that it will not be subject.

In our study, the issues that can be regulated with the general transaction conditions in the mediation agreement and the matters that will not be regulated and the legal ways that the parties can use in the matters regulated with the general transaction condition will be examined.

Keywords: mediator, mediation agreement, general transaction conditions, properties of general transaction conditions, availability.

I. Genel Olarak

Toplum halinde yaşayan insanların çeşitli sorunlar yaşamaları ve bu sorunları barışçı bir şekilde çözmeye çalışmaları her zaman mümkün olmayabilecektir. Hukuk sistemleri bu şekilde kişiler arasında ortaya çıkan anlaşmazlıkların ve aynı şekilde kişilerle Devlet arasında ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözülmesi sağlamak amacıyla farklı yargılama sistemleri geliştirmiştir. Zaman içerisinde yargılamanın yükünün ağırlaşması sorunları da beraberinde getirmiş, ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemler aranmaya başlanmıştır.

Uyuşmazlığa düşen tarafların bazen birbirini dinlememesi, bazen dinlemesine rağmen yanlış anlaşılmalara sebep olması nedeniyle tamamen taraflardan bağımsız ve onları arabulmak amacıyla dinleyecek, yol gösterecek bir müesseseye olan ihtiyacın ortaya çıkmasıyla birlikte hem bu sorunları çözecek ve hem de söz konusu sorunların daha kısa sürede çözülmesi hedeflenmiş, arabuluculuk kavramı bu şekilde gelişmiştir. Tarafların bulundukları ortamda paylaştıkları bilgilerin gizli olması, arabulucu adı verilen bu kişinin taraflardan tamamen bağımsız olması ve tarafların çıkarlarını eşit şekilde korumaya yönelmiş olması sebebi ile yeni bir alternatif çözüm yöntemi olarak karşımıza çıkmıştır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kavramı, ilk kez Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkmış, Birleşik Krallık'ta ise gelişme göstermiştir. Amerika Birleşik Devletleri'nde, profesyonel anlamda arabuluculuğun uygulanması 1940'lı yıllarda toplu iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görülmüştür. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin gelişmesine en büyük katkının, 1976 yılında Amerika Barolar Birliği tarafından gerçekleştirilen bir konferansta alınan, pilot bölgelerde arabuluculuk ve tahkim uygulanmasının tavsiye edilmesi kararı olduğu görülmektedir¹.

Alternatif çözüm yöntemleri içerisinde en sık uygulananın arabuluculuk olduğu ve arabuluculuğa 6235 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile uyuşmazlık içerisinde olan tarafların uyuşmazlığı

1 Mustafa Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış, GÜHFD, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan'dan Ayır Bası, İstanbul, 2004.1, 2006, 248-249.

arabulucu aracılığıyla kanunda düzenlenen hususlarda zorunlu, kanunda arabuluculuğa başvurunun zorunlu olarak düzenlenmediği hususlarda ise ihtiyari olarak çözümlemesine imkân tanındığı ifade edilmiştir. Böylelikle arabuluculuk ülkemizde hem zorunlu hem de ihtiyari olarak çok sayıda uyuşmazlığın çözümüne hizmet etmektedir.

Arabuluculuk faaliyeti içerisinde taraflar; a. Arabulucu sözleşmesi, b. Arabuluculuk sözleşmesi ve c. Arabulucu anlaşma belgesi hazırlarlar. Bu belgelerin hazırlanması için arabuluculuk faaliyeti sonrasında tarafların anlaşmaları gerekmektedir. Aksi halde bu belgelerin düzenlenmesi gerekmez.

II. Arabuluculuk Faaliyeti Kapsamında Düzenlenen Sözleşmeler

A. Arabuluculuk Sözleşmesi

Arabuluculuk sözleşmesi, tarafların arabulucuya başvurma konusunda kendi aralarında yaptıkları sözleşmedir. Taraflardan birisinin arabulucuya başvurmayı diğerine teklif etmesi öneri ve diğer tarafın bunu kabul etmesiyle arabuluculuk sözleşmesi kurulmuş olabileceği gibi, tarafların karşılıklı olarak bir araya gelerek arabuluculuk sözleşmesi akdetmesi de mümkündür².

Arabuluculuk sözleşmesi kanunun zorunlu olarak arabulucuya başvurmasını öngördüğü hususlar bakımından değil, tamamen tarafların isteği ile arabulucuya başvurmayı kararlaştırması halinde söz konusu olacaktır.

Arabulucuya başvurma sözleşmesinin hükümleri tespit edilirken, sadece bu sözleşmeyle düzenlenmiş olan hususlar dikkate alınmaz. Bu sözleşmeden doğan haklar ve yükümlülüklerin tespitinde, öncelikle Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda yer alan emredici hükümler³ dikkate alınır. Diğer hükümler ise 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve

2 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özlem Bora: Arabuluculuk sözleşmesi, (1 st., edn., Turhan Kitabevi 2020), 49-50; Onur İlhan, Arabuluculuk Sözleşmesi, (1 st., edn., Seçkin Yayıncılık 2020), 66; Ahmet Kılıçoğlu, Arabuluculuk Sözleşmeleri, (1 st., edn., Turhan Kitabevi, 2020), 1 vd.

3 Seyfullah Edis, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, (4 th, edn., Ankara Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1991, 65; M. Kemal Oğuzman and

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu ve diğer sair kanunlardan alınabilecektir. Örneğin; Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, vb.

Arabulucuya başvuru, dava açılmadan önce veya davanın görülmesi esnasında gündeme gelebilir (HUAK m.13). Dava açılmadan önce taraflar aralarında ayrı bir arabulucuya başvurma sözleşmesi yapmışlarsa ya da esas sözleşmeye arabulucuya başvurma konusunda bir şart eklemişlerse, uyuşmazlığın çözümü için öncelikle arabulucuya başvuru konusunda taraflar bakımından bir yükümlülük meydana gelir. Bu yükümlülüğe uymamanın yaptırımı ise tazminat olarak karşımıza çıkacaktır.

B. Arabulucu Sözleşmesi

Arabulucu sözleşmesi arabuluculuk sürecine başvuran tarafların arabulucu ile yaptıkları sözleşmedir⁴. Arabulucunun taraflar arasındaki hukuki uyuşmazlığa dahil olması dava şartı arabuluculuktan farklı olarak tamamen tarafların isteği ile gerçekleşmektedir. Arabulucu sözleşmesi de ayrı bir sözleşme şeklinde düzenlenebileceği gibi bir sözleşme hükmü şeklinde de karşımıza çıkabilecektir.

Arabulucu yetkisini taraflardan alır ve bu doğrultuda uyuşmazlık tarafları ile arabulucu arasında bir arabulucu sözleşmesi gerçekleştirilir⁵. Dava şartı arabuluculuk ise bu durumun bir istisnası olarak yorumlanabilir⁶. Yani, arabuluculuğa başvurunun zorunlu olduğu durumlarda arabulucu sözleşmesinin varlığından söz edilemez⁷.

Nami Barlas, Medenî Hukuk, (26 th, edn., Vedat Kitapçılık 2020), 87; Mustafa Dural and Suat Sarı, Türk Özel Hukuku: Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, (9 th, edn., Filiz Kitabevi 2020),131; Rona Serozan, Medenî Hukuk, (8 th, edn., Vedat Kitapçılık 2018), 136 vd.

4 Mustafa Serdar Özbek, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Rıza Okur'a Armağan, Özel Sayı, 2014, 20.1,1123.

5 Ömer Ekmekçi/Muhammet Özkes/Murat Atalı, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, (1 st., edn., On İki Levha Yayıncılık 2018), 25.

6 Ekmekçi, Özkes, Atalı, (n.1), 25.

7 Betül Azaklı Arslan, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, (1 st., edn., Yetkin Yayıncılık 2018), 25.

Arabulucu sözleşmesinde taraflar sözleşmesinin kapsamında hangi hususların yer alacağını, hangi hususlara yer vereceklerini ve arabulucunun bu sözleşmede iş görme faaliyeti içerisinde bulunması sebebiyle arabulucu-ya ödenecek ücreti kararlaştırmaları gerekmektedir⁸. Bu sözleşmenin yapılması veya geçerli olması için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Bu açıdan önemli olan taraflar ile arabulucu arasında akdedilen bir sözleşme olduğunun ispatlanabilmesidir.

Arabulucu sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalıdır⁹. Ancak bas-
kın görüş; bu sözleşmenin hukuki niteliğinin vekâlet sözleşmesine benze-
diğini savunmaktadır¹⁰.

C. Arabulucuk Anlaşma Belgesi

Tarafların hukuki uyumsuzluğu arabulucu ile çözüme konusunda anlaş-
maları halinde düzenlenecek olan belgeye arabuluculuk anlaşma belgesi adı
verilmektedir. Arabuluculuk anlaşma belgesinde (arabuluculuk ortak çö-
züm kararı) tarafların imzalarının ve arabulucunun imzasının yer alması ve
arabuluculuk görüşmelerinin T.C. Adalet bakanlığı tarafından tutulan ara-
bulucu siciline kayıtlı, tarafsız arabulucu nezdinde yapılması sözleşmenin
esaslı unsurlarıdır. HUAK 18/(5) maddesi uyarınca; “arabuluculuk faali-
yeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hak-
kında taraflarca dava açılmaz”.

Arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenmesi taraflar bakımından zo-
runlu değildir. Ancak daha sonra taraflar arasında ortaya çıkabilecek ihtilafların
daha kolay çözümlenmesi ve ispat edilmesi bakımından anlaşma bel-
gesinin hazırlanması tarafların yararına olacaktır.

8 Ekmekçi, Özkes, Atalı, (n.2), 51.

9 Tartışmalar için bkz. Bora, (n 1), 52-53.

10 Aynı şekilde T.C. Ankara Bölge İdare Mahkemesi, 4. Hukuk Dairesi'nin 2018/1242
E, 2018/1884 K ve 11/10/2018 tarihli kararında sözleşmenin hukuki niteliğinin vek-
alet sözleşmesi olduğunu ifade etmiştir.

Taraflar arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi ekleyebilirler¹¹. İş Mahkemeleri Kanunu’nun 24/(4) maddesi uyarınca taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi alınmasına gerek bulunmadan ilam niteliğinde belge sayılır.

III. Arabuluculuk Faaliyeti Kapsamında Düzenlenen Sözleşmelerde Genel İşlem Koşulları İçeren Hükümlerin Yer Alması

A. Genel İşlem Koşullarının Tanımı

Genel işlem koşulları; TBK m. 20/f. 1 hükmünde “*bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri*” şeklinde tanımlanmıştır.

Genel işlem koşulları; tek taraflı olarak düzenlenen genel ve soyut nitelikte, ileride yapılacak çok sayıda sözleşme için kullanılmak maksadıyla hazırlanmış, karşı tarafa müzakere edilmeksizin (pazarlık edilmeksizin) sunulmuş ve sözleşme içeriği olması istenen sözleşme şartlarıdır¹².

Genel işlem koşulunun varlığından söz edebilmek için; tek tarafın sözleşmenin içeriğini düzenlemek adına önceden, birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanmak üzere hazırladığı ya da hazırlattığı ve karşı tarafa bir bütün halinde sözleşmeyi kabul etmesi amacıyla sunulan sözleşme hükümlerinin bulunması gereklidir.

11 Serkan Odaman, “Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, Özel Sayı, 2017.19, 1765.

12 Ayşe Havutçu, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, (1 st., edn., Güncel Yayınevi 2003), 76; Atilla Altop, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Reyegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, (1 st., edn., Vedat Kitapçılık 2007), 255; Kemal Oğuzman and Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, (18 th., edn., Vedat Kitapçılık 2020), 163; Osman Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V, 1,1, (2 nd., edn., Seçkin Yayıncılık 2020), 300; Yeşim Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, (1 st., edn., Beta Yayıncılık 2001), 1 vd.; Adem Yelmen, Genel İşlem Şartları, (1 st., edn., Yetkin Yayıncılık 2014), 1 vd.

Genel işlem koşullarının unsurları; bir sözleşmenin konusunu veya yan edimini oluşturma, önceden ve sözleşmenin yalnız bir tarafınca düzenlenme, çok sayıda sözleşmede kullanılmak için hazırlanması, önceden hazırlanması sebebiyle taraflarca tartışmaya açık olmamasıdır.

Türk Borçlar Kanunu'nda, önce genel işlem koşullarının tanımı daha sonra ise genel işlem koşullarının denetimi düzenlenmiştir. Bunlar; yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimidir. Denetime ilişkin ilk düzenleme; TBK m.21/1 hükmünde sayılan şartları taşımayan genel işlem koşulları yazılmamış sayılacağıdır. Yazılmamış sayılma¹³, sözleşmenin içeriğine dâhil olmama şeklinde anlaşılır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşulunun sözleşmenin içeriğine dâhil olmadığı hallerde hâkim, objektif esaslı noktalar üzerinde anlaşma olduğuna kanaat getirirse, sözleşmede düzenlenmiş olan hususları tamamlayarak uyumsuzluğu çözecektir. Bu halde genel işlem koşullarını kullanan taraf, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.

Türk Borçlar Kanunu m. 23 hükmü aracılığıyla, yorum denetimi gerçekleştirilmektedir. Bu maddenin uygulanabilmesi için ise genel işlem koşullarında bir hükmün ya açık ve anlaşılır olmaması ya da birden çok anlama gelmesi gerekmektedir.

Son denetim şekli olan içerik denetimi ise TBK m. 24 ve m. 25 hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu maddeler sayesinde de uygulamada sadece genel işlem koşullarını düzenleyen lehine olmak üzere, bu koşulların tamamının veya bir kısmının değiştirilmesi hususunda düzenleyene yetki veren kayıtların geçersiz olacağı ifade edilmiştir.

Genel işlem koşullarının bir uygulaması ise 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında düzenlenmiştir. TKHK her genel koşulu ile değil, sadece genel işlem koşulunun tüketici bakımından haksız şart olması halinde uygulanacak yaptırımını düzenlemiştir.

13 Ayrıntılı bilgi için bkz. Muzaffer Şeker, Yazılmamış Sayılma, (2 nd., edn., On İki Levha Yayıncılık 2019), 1 vd.

Haksız şart; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun m. 5 hükmünde “satıcı ve sağlayıcının tüketici ile müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu” koşullar olarak ifade edilmiştir. Genel işlem koşullarının tamamı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 5 hükmüne göre haksız şart¹⁴ niteliği taşımamaktadır. Gerçekten her ne kadar Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da haksız şart, Türk Borçlar Kanunu’nda genel işlem koşulu olarak farklı şekilde ifade edilmişse de her iki kavrama ilişkin olarak benzer düzenlemelere yer verildiği görülmektedir¹⁵. Türk Borçlar Kanunu’nun m.21/2 hükmünde bir sözleşme şartının genel işlem koşulu olması halinde bu şartın yazılmamış sayılacağı düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere TKHK ile TBK arasında ifade tarzı bakımından farklılık TKHK’nın haksız şartlara ilişkin düzenlemelerinde yaptırımın kesin hükümsüzlük kabul edilmesi, TBK anlamında genel işlem koşullarına yer verilmesinin yaptırımının ise yazılmamış¹⁶ sayılma¹⁷ olduğu¹⁸ belirtilmiştir. Doktrin-

14 Ömer Çınar, Tüketicinin Hukukunda Haksız Şartlar, (1 st., edn., On İki Levha Yayıncılık 2009), 1 vd.

15 Bkz. Murat Aydoğdu, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı, Prof. Dr. Aydın Zevkiler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt 2013.8, 608.

16 Doktrinde bir kısım yazarlar yazılmamış sayılma yaptırımının hukuki niteliğinin yokluk/kısmi yokluk olduğunu savunmaktadır. Oğuzman and Öz, (n 1), 165-168; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (24 th., edn., Turhan Kitabevi), 117-119; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (25 th., edn., Yetkin Yayıncılık 2020), 221-222; Havutçu, (n 1), 144-145; Murat Topuz, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, (1 st., edn., Filiz Kitabevi 2013), 1165-1169; Hüseyin Hatemi and Kadir Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (4 th., edn., İstanbul 2017), 45.

17 Yazılmamış sayılma esasen taraf iradesinin sözleşmeye yansımaması sonucuna bağlanmış bir yaptırımdır. Burada, sözleşmenin kurulmasını sağlayan kabul beyanı şeklen var olsa da, hakkında açıkça bilgi verilmeyen ya da sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine aykırı genel işlem koşulları bakımından ortada gerçek bir irade beyanı olmadığı kabul edilmektedir. Bu sebeple, yazılmamış sayılmanın, daha çok yokluk yaptırımına benzeyen ancak, kendine özgü bir yaptırım türü olduğu söylenebilir.; Umut Yeniocak, Borçlar Kanunu Hükümlerine göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, TBB Dergisi, 2013.107, 85.

18 Genel işlem koşulları için yazılmamış sayılma hali, kesin hükümsüzlük yaptırımı ile oldukça benzer noktalar taşımaktadır. Kesin hükümsüzlükte olduğu gibi yazılmamış sayılma halinde de sonradan bu durumu düzeltmek, onamak, ortadan kaldırmak mümkün olmamaktadır ve en baştan itibaren herhangi bir hukuki durumu açıklamak için kullanılamamaktadır. Yelmen, (n 1), 99.

de yazılmamış sayılma kavramının ne anlama geldiğine ilişkin tartışmalara baktığımızda; kesin hükümsüzlük, yokluk/kısmi yokluk ve esnek geçersizlik gibi görüşlere yer verilmiştir. Yazılmamış sayılma yaptırımının kanaatimizce ‘kesin hükümsüzlük’¹⁹ olarak değil, ‘yokluk’²⁰ olarak değerlendirmek gerekir²¹. Ancak katıldığımız görüş²² doğrultusunda TBK m. 22’ye göre, sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliklerini koruyacaklarından, buradaki ‘yokluk’ yaptırımını ‘kısmi yokluk’ şeklinde değerlendirmek gerekmektedir.

Türk Borçlar Kanunu, TKHK’ya göre genel niteliktedir. Dolayısıyla taraflarından birinin tüketici olmadığı uyuşmazlıklar bakımından TBK hükümleri uygulanmalıdır. Sözleşmeye konulan bir şartın haksız olarak nitelendirilmesi de ayrıca TKHK bakımından zorunludur. Genel işlem koşullarının tümünün taraflardan birine zarar ermesi bir işlemin genel işlem koşulu olarak kabul edilmesi bakımından aranan şartlardan değildir.

B. Arabuluculuk Faaliyetinde Yer Alan Sözleşmelerde Genel İşlem Koşulu

Genel işlem koşullarının sözleşme taraflarından birisinin önceden, karşı tarafa danışmadan ve müzakere etmeden yazdığı ve sözleşmede yer verdiği şartlar olduğunu ayrıca sözleşme imzalanmadan önce diğer tarafça yeterince incelenmemiş ve ileride doğacak tüm sonuçlar değerlendirilmeden imzalanmışsa yazılmamış sayılacağını ifade etmiştik.

Önceden hazırlanmış bulunan sözleşme hakkında herhangi bir bilgi verilmesi yeterli olmayıp, yeterince bilgilendirme yapılması gereklidir. Yeterince

19 ‘Yazılmamış sayılma’ yaptırımını ‘kesin hükümsüzlük’ olarak değerlendiren görüş için bkz. Çınar, (n.1),101.

20 ‘Bir hukuki işlemin kurucu unsurlarının tamam olmaması halinde, söz konusu hukuki muamele varlık kazanamaz ve hukuki ilişki kurulmaz; ortada bir hukuki muamele “yok”tur.’ Bkz. Oğuzman and Barlas, (n 1), 162.

21 Aynı doğrultuda Oğuzman and Öz, (n 1), 168; Eren, (n 1), 221; Kılıçoğlu, (n 1), 119; aksi yönde, Yelmen, (n 2), 103 vd.; ayrıca ‘yazılmamış sayılma’ yaptırımını ‘yokluk’ olarak değil ‘esnek geçersizlik’ olarak değerlendiren görüş için bkz. Antalya, (n 1), 310.

22 Eren, (n 2), 221.

bilgilendirme ise karşı tarafın sözleşmeyi okuması, anlaması ve gerekirse sözleşmenin ona anlatılması şeklinde yerine getirilmelidir. Geçersiz sayılacak genel işlem koşullunun “karşı tarafın menfaatine aykırı” olması da gerekir.

Tartışılması gereken husus; arabuluculuk şartının tarafların menfaatine aykırı olup, olmayacağı konusudur. Arabuluculuk tamamıyla menfaat temelli bir süreçtir. Süreç doğru olarak yönetildiğinde taraf ya da tarafların menfaatine aykırılık söz konusu olmayacaktır. Ancak, genel işlem koşulları içinde yer alan arabuluculuk şartının yerine getirilmemesinin yaptırımı olarak bir ceza koşulu kararlaştırılmış ise bu durumda “karşı tarafın menfaatine aykırılık” söz konusu olacak ve hükümsüzlük yaptırımı gündeme gelebilecektir. TBK m. 21/(2) hükmüne göre “Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılmalı”dır. Karşı tarafa genel işlem koşullarının değerlendirilmesinde imkan tanınmış ve sonuçlarını öngörerek bu koşulları kabul etmiş olsa bile, sözleşmenin diğer hükümleri arasında yadırganacak nitelikte görülen hükümler geçersiz sayılacaktır²³. Bu bağlamda genel işlem koşulları içinde yer alan arabuluculuk şartının yerine getirilmemesi halinde dava açılmayacağını öngören düzenleme geçersiz olacaktır.

Türk Borçlar Kanunu m. 23 hükmü; genel işlem koşullarında yorum denetimi getirmiş olup, ilgili düzenlemeye göre “*Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır*” düzenlemesine yer verdiği için tarafların arabulucuya başvurma konusunda sözleşmede açık hüküm yoksa veya ayrı bir sözleşme akdedilmediyse sözleşmede tarafların iradelerinin doğru yorumlanması veya arabulucuya başvurma isteğinin olup olmadığının yorumlanması önemlidir. İfade açık değilse veya birden çok anlama gelebilecek nitelikte ise kanaatimce arabuluculuğun taraf menfaatlerine uygun olması halinde somut olayın şartları göz önüne alınarak, arabulucuya başvurma konusunda anlaşıldığı sonucuna varılmalıdır.

Türk Borçlar Kanunu m. 25 hükmündeyse genel işlem koşullarında içerik denetimi getirmiş olup, söz konusu maddeye göre “*Genel işlem*

23 Oğuzman and Öz, (n 3), 166.

koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz". Bu hükmün uygulanmasında dürüstlük kuralını ihlal edecek derecede karşı tarafın menfaatine aykırılık aranacaktır²⁴. Kanımızca arabulucuya başvurma şartının dürüstlük kuralına aykırı olması söz konusu olamaz. Arabulucuya başvurma'nın amacı, uyuşmazlığın en erken ve en ucuz şekilde çözülmesidir. Bu durumda dürüstlük kuralına aykırılık ile bağdaşan bir durumun meydana gelmeyeceği sonucuna varılması gerekmektedir.

Arabuluculuk şartının tarafların menfaatine aykırı olup olmadığı her somut olayın özelliği göz önüne alınarak değerlendirilmelidir. Bu durumda biz arabuluculuğa başvuru şartının kısmi yokluk olduğunu kabul eden görüşe katıldığımızı ifade ettiğimiz için, bu şartın yok hükmünde olduğunu; diğer sözleşmede var olan sözleşme hükümlerinin ve diğer taraf menfaatine aykırılık teşkil etmeyen genel işlem koşullarınınsa geçerli olacağını düşünmekteyiz.

IV. Sonuç

Arabuluculuk; en yaygın şekilde kullanılan alternatif çözüm yöntemlerinin başında gelmektedir. Uyuşmazlık içerisinde olan tarafların uyuşmazlığı hem en kısa zamanda hem de en az masrafla çözüme konusunda arabulucuya başvurmaları lehlerine bir çözüm yöntemidir.

Arabulucuya başvurma tarafların kendi iradeleri ile alacakları bir karar sonucu gerçekleştirebileceği gibi, kanun tarafından arabulucuya başvurma'nın zorunlu olduğu hallerde ise uyuşmazlığın çözümü bakımından öngörülen bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

Arabuluculuk faaliyeti içerisinde ihtiyari arabuluculuk söz konusuysa; tarafların arabulucuya başvurmak için hazırladıkları sözleşmeye arabuluculuk sözleşmesi; taraflarla arabulucu arasındaki sözleşmeye arabulucu sözleşmesi, tarafların arabuluculuk faaliyeti sonrası anlaşmaları halinde düzenlenen belgeye arabuluculuk anlaşma belgesi adı verilmektedir.

24 Oğuzman and Öz, (n 4),166.

Genel işlem koşulları ise TBK da aynı türden ve benzer nitelikteki sözleşme hazırlama işleminden tasarruf edilmesi amacıyla hazırlanan standart tip uygulaması getiren sözleşme şartlarıdır. En önemli özelliği, hazırlanan taraftan sözleşmenin diğer tarafı ile müzakere edilmeden hazırlanmasıdır.

Alıcı ve satıcının akdedeceği satış sözleşmesi bakımından satıcının bir satış sözleşmesi hazırlaması ve bu sözleşmede uyumsuzluk çıkması halinde tarafların dava açmadan önce arabulucuya başvurması gerektiğiyle ilgili sözleşmeye bir koşul koyması ve alıcının da sözleşme maddelerine çekince koymadan bu sözleşmeyi imzalaması halinde bu koşul genel işlem koşulu-
dur. Alıcının tüketici olması halinde ise söz konusu koşulun haksız şart olup olmadığı değerlendirilmelidir. Genel işlem koşulunu alıcının kabul etmemesi halinde bu koşul yazılmamış sayılacak ve sözleşmenin geri kalanı geçerli bir sözleşme olarak hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Arabulucuya başvurma koşulunun aynı zamanda TKHK anlamında haksız şart olduğu sonucuna varırsak söz konusu hükme uygulanacak yaptırım kesin hükümsüzlük olacak yine sözleşmenin diğer hükümleri geçerli olacaktır.

Kanımızca TBK genel kanun ve TKHK özel kanun olduğu için genel işlem koşullarının uygulama alanı daha geniştir. Haksız şartın uygulanması için hem şartın haksız olduğu sonucuna ulaşmak hem de alıcının tüketici sıfatına sahip olması gerekmektedir.

Arabuluculuk şartının tarafların menfaatine aykırı olup olmadığı her somut olayın özelliği göz önüne alınarak değerlendirilmelidir. Bu durumda biz arabuluculuğa başvuru şartının kısmi yokluk olduğunu kabul eden görüşe katıldığımızı ifade ettiğimiz için, bu şartın yok hükmünde olduğunu; diğer sözleşmede var olan sözleşme hükümlerinin ve diğer taraf menfaatine aykırılık teşkil etmeyen genel işlem koşullarının ise geçerli olacağını düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

- ALTOP, Atilla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Reyegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, (1 st., edn., Vedat Kitapçılık 2007).
- ANTALYA, Osman Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V, 1,1, (2 nd., edn., Seçkin Yayıncılık 2019).
- ARSLAN, Betül Azaklı, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, (1 st., edn., Yetkin Yayıncılık 2018).
- ATAMER, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, (1 st., edn., Beta Yayıncılık 2001).
- AYDOĞDU, Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı, Prof. Dr. Aydın Zevkiler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 2013.8.
- BORA, Özlem, Arabuluculuk sözleşmesi, (1 st., edn., Turhan Kitabevi 2020).
- ÇINAR, Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, (1 st., edn., On İki Levha Yayıncılık 2009).
- DURAL Mustafa and SARI, Suat, Türk Özel Hukuku: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, (9 th, edn., Filiz Kitabevi 2020).
- EDİS, Seyfullah Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, (4 th, edn., Ankara Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1991).
- EKMEKÇİ, Ömer, ÖZEKES, Muhammet, ATALI, Murat, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, (1 st., edn., On İki Levha Yayıncılık 2018).
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (25 th., edn., Yetkin Yayıncılık 2020).
- HAVUTÇU, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, (1 st., edn., Güncel Yayınevi 2003).
- HATEMİ Hüseyin and GÖKYAYLA, Kadir Emre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (4 th., edn., İstanbul 2017).
- İLHAN, Onur: Arabuluculuk Sözleşmesi, (1 st., edn., Seçkin Yayıncılık 2020).
- KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (24 th., edn., Turhan Kitabevi 2020).
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Arabuluculuk Sözleşmeleri, (1 st., edn., Turhan Kitabevi 2020).
- ODAMAN, Serkan, Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, Özel Sayı, 2017.19.
- OĞUZMAN, Kemal and ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, (18 th., edn., Vedat Kitapçılık 2020).
- OĞUZMAN, M. Kemal and BARLAS, Nami, Medenî Hukuk, (26 th, edn., Vedat Kitapçılık 2020).
- ÖZBEK, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış, GÜHFD, Prof. Dr. Erden Kuntalpe Armağan'dan Ayrı Bası, İstanbul, 2004.1, 2006.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Rıza Okur'a Armağan, Özel Sayı, 2014, 20.1.

SEROZAN, Rona Medenî Hukuk, (8 th, edn., Vedat Kitapçılık 2018).

ŞEKER, Muzaffer: Yazılmamış Sayılma, (2 nd., edn., On İki Levha Yayıncılık 2019).

TOPUZ, Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, (1 st., edn., Filiz Kitabevi 2013).

YELMEN, Adem, Genel İşlem Şartları, (1 st., edn., Yetkin Yayıncılık 2014).

YENİOCAK, Umut, Borçlar Kanunu Hükümlerine göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, TBB Dergisi, 2013.107.

BENİMLE BOŞANIR MISIN?!

BOŞANMANIN HUKUKİ SONUÇLARI BAKIMINDAN ARABULUCULUĞUN UYGULANABİLİRLİĞİ

Dr. Öğr. Üyesi Özlem ACAR ÜNAL*

ÖZET

Arabuluculuk kurumuna ilişkin ülkemizdeki temel düzenleme, 07.06.2012 tarihinde kabul edilen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'dur. HUAK md. 1/f.2 gereğince Kanun'un uygulama alanına, özel hukuk uyuşmazlıkları girdiğinden aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların da arabuluculuk kurumu vasıtasıyla çözümlenebilmesi mümkündür. Ancak kanun koyucu her özel hukuk uyuşmazlığında arabulucuya başvurmayı kabul etmemiş ve yalnızca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuğa gidilebileceğini belirterek bir sınırlamaya gitmiştir. Bu kapsamda çalışmamızda boşanma davalarına ilişkin hangi anlaşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenebilmesinin mümkün olduğuna ilişkin tespit ve değerlendirmelerde bulunulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, boşanma, aile içi şiddet, boşanma sebepleri, boşanmanın hukuki sonuçları

Abstract

The basis of the provisions regarding Mediation is the code of Mediation in Legal Disputes (MLD), No:6325, adopted in 7th of June, 2012. Because according to the Art. 1/f.2 of MLD, Private Law is also involved, it is possible to resolve the disputes regarding Family Law via Mediation Institution. However, the Law Maker refused the applicability of Mediation in every case regarding the disputes in Private Law and put restrictions on

* İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0001-8112-0001.

the applicability of Mediation stating that the parties may apply for mediation only in terms of disputes on which they both may freely save. Within this context, in our citation, we will try to determine and evaluate which types of disputes regarding divorce might be solved through Mediation.

Key Words: Mediation, divorce, domestic violence, causes of divorce, legal consequences of divorce

GİRİŞ

Çok eski zamanlarda dahi uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak başvuru arabuluculuk kurumuna ilişkin ülkemizdeki en temel düzenleme, 07.06.2012 tarihinde kabul edilen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'dur (HUAK). Arabuluculuğun tanımı, HUAK md. 2/f.1 b bendinde düzenlenmiştir. Buna 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 yöntemi”* olarak tanımlanmıştır. Doktrinde ise arabuluculuk *“bir uyuşmazlığın, tarafların iradi olarak başvurmaları sonucu, arabulucu (veya uzlaştırmacı) olarak adlandırılan tarafsız ve güvenilir bir üçüncü kişi yardımıyla üzerinde anlaştıkları yöntem ve esaslara göre, karşılıklı iletişimle iki tarafın ortak menfaati esas alınarak çözülmesi”* şeklinde ifade edilmiştir¹.

Bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuğa her uyuşmazlık kapsamında gitmek mümkün değildir. HUAK md. 1/f.2 hükmünde yalnızca özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk vasıtasıyla çözümlenebileceği ifade edilmiştir.

1 Ekmekçi, Ömer/Özekes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Murat, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Bası, İstanbul 2019, s. 17. Doktrindeki diğer tanımlar için bkz. Şıpka, Şükran, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:6, Sayı: 12, Güz 2007/2 (Bundan sonra “Şıpka, Tasarı” olarak anılacaktır), s. 165.

Kanun'un uygulama alanına, özel hukuk uyuşmazlıkları girdiğinden aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların da arabuluculuk kurumu vasıtasıyla çözümlenebilmesi mümkündür. Bu çerçevede değerlendirildiğinde bir aile hukuku uyuşmazlığı olan boşanma davalarında da arabuluculuğa gitmeye bir engel yoktur. Kaldı ki, arabuluculuğun boşanma sürecine dahil edilmesiyle tarafların kendilerini daha rahat ifade edebilmeleri ve bu çerçevede birbirlerini daha iyi anlayabilmeleri, daha az yıpranarak süreci hızlı bir şekilde sonlandırabilmeleri mümkün olabilecektir². Bilindiği üzere, boşanma davaları çok uzun sürebilmekte ve çiftler bakımından da sürenin uzaması aslında dostane ilişki kısmından o kadar uzaklaşmaya yol açabilmektedir. Bu sebeple boşanma aşamasının kısa sürede ve dostane bir şekilde bitirilmesi hem eşlerin hayata devam edebilmelerini kolaylaştırır hem de mahkemelerin iş yükünü azaltır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu hakkındaki R (98) 1 sayılı Tavsiye Kararı md. 7'de aile arabuluculuğunun faydaları şu şekilde ifade edilmiştir:

- *“Aile üyeleri arasındaki iletişimin iyileştirilmesi;*
- *İhtilaflı taraflar arasındaki anlaşmazlığın azaltılması;*
- *Dostane çözümle üretilmesi;*
- *Aileler ve çocuklar arasındaki kişisel ilişkinin devamının sağlanması;*
- *Ayrılık ve boşanmanın, tarafların kendileri ve devlet için yol açtığı sosyal ve ekonomik masrafların azaltılması;*
- *Anlaşmazlığın çözülmesi için (dava yoluna başvurulması halinde) gereken zamanın azaltılması”³.*

2 Arabuluculuk, hukuk ve psikoloji bilimlerinin harmanlanmasıdır. Bu kapsamda Kaliforniya hukukunda mahkeme arabulucularının psikoloji, sosyal hizmetler ya da aile/çocuk danışmanlığı alanında yüksek lisans yapmış olması ve çocuk gelişimi ile Kaliforniya Aile Mahkemesi sistemine ilişkin bilgi sahibi olması gerekmektedir. Oregon'da ise davranış bilimlerinde yüksek lisans yapmış olmak ya da bu alanda lisans mezunu olup bir yıl davranış bilimlerinde uzmanlık eğitimi almak ve iki yıl bu alanda çalışmak ya da klinik tecrübeye sahip olmak veya davranış bilimlerinde lisans mezunu olup dört yıl bu alanda çalışmak ya da klinik tecrübeye sahip olmak gerekmektedir. New York'da psikoloji alanında yüksek lisans derecesi ve iki yıl tecrübe aranmaktadır. Bkz. Sideris, Nicole, Divorce Mediation: Must Is Be Voluntary?, 26(2) Concil. Cts. Rev. 67 (1988), s. 72 (Hein Online).

3 Özbek, Mustafa, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Aile Arabuluculuğu” Konulu

Boşanmadan kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuğa gitmek mümkün olmakla birlikte, bu konudaki tüm uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenebilmesi mümkün olmayacaktır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu hakkındaki R (98) 1 sayılı Tavsiye Kararında, boşanma ve ayrılık davalarında aile arabuluculuğuna elverişli uyuşmazlıklar şu şekilde ifade edilmiştir:

“1) *Çocuğun velayeti (custody)*: Çocuğun nerede ve kiminle yaşayacağı, yerleşim yeri, yetiştirilmesi ve eğitimi konularını kapsar.

“2) *Çocuk ile kişisel ilişki kurulması (access)*: Çocukla birlikte yaşamayan, çocuğu kendi velayeti altında bulunmayan anne veya babanın ya da çocuğun yakın hısımlarının (örneğin, büyük anne veya büyük babanın) çocukla görüşmesini kapsar.

“3) *Ekonomik konular*: Ailenin mal varlığını ve bu mal varlığının boşanmadan sonra tarafların ihtiyaçlarına ve durumlarına uygun olarak nasıl paylaşılabileceğini; aile konutunun ve eşyalarının paylaşımını kapsar”⁴.

Mevzuatımız kapsamında ise HUAK md. 1/f.2 gereğince yalnızca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuğa gidilebilecektir. Kanun’un gerekçesinde tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar “*tarafların sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri uyuşmazlıklar*” olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla kamu düzenine ilişkin olan⁵ ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf yetkisine sa-

Tavsiye Kararı, DEÜHFD, S. 2, C. 7, 2005 (Bundan sonra “Özbek, Tavsiye” olarak anılacaktır), s. 73.

4 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu hakkındaki R (98) 1 sayılı Tavsiye Kararı’na yönelik değerlendirmeler için bkz. Özbek, Tavsiye, s. 71-102. Almanya’da aile arabuluculuğuna en sık başvuru alan konular arasında boşanma, miras, finansal meseleler, velayet ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik uyuşmazlıklar yer almaktadır. Bkz. Castillejo y Peetsch, Isabel Fernandez de, Almanya’da Aile Arabuluculuğu ve Sınır Aşan Davalara İlişkin Özellikler, Çev. Cenk Akil, Özyeğin Üniversitesi Uluslararası Arabuluculuk Sempozyumu, Editör Ferhat Yıldırım, Ankara 2018, s. 25-26. Fransa’daki aile arabuluculuğuna ilişkin ayrıntılı çalışma için bkz. Özcan, Cem, Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 9, Haziran 2017, s. 383-396.

5 HUAK açısından kamu düzeni kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bilge, M.

hip olmadığı uyuşmazlık bakımından arabuluculuğa gidilemeyecektir⁶. Bu çerçevede boşanmaya ilişkin hangi uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözüme elverişli olup olmadığını tespit etmek gerekmektedir.

I. Aile İçi Şiddet İddiası Kapsamında Arabuluculuk

HUAK md. 1/f.2 son cümledeki düzenlemeye göre, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözülmesi mümkün değildir. O halde öncelikle aile içindeki şiddetten ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmalıdır⁷.

Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi) md. 3 b bendinde aile içi şiddet şu şekilde tanımlanmıştır⁸: “*aile içi şiddet, aile içerisinde veya hanede, mağdur faille aynı evi paylaşıp da paylaşmasa da eski veya şimdiki eşler veya partnerler arasında meydana gelen, her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik şiddet eylemi anlamına gelir*”. 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Kanunu md. 2 b bendinde ise aile içi şiddet ifadesi yerine ev içi şiddet terimi kullanılmıştır. Buna göre “*Ev içi şiddet: Şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddet*” olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere hem İstanbul Sözleşmesi’nde hem de

Turgay, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Açısından Kamu Düzeni Kavramı, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, 1. Bası, İstanbul 2014, s. 93-114.

6 Özkes, Muhammet, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. III, Pekcanitez, Hakan/Özkes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya (Ed.), 15. Bası, İstanbul 2017, s. 2829; Koç, Evren, Arabuluculuk Kanununun Uygulanmasına İlişkin Tespitler, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, 1. Bası, İstanbul 2014, s. 45.

7 Aile içi şiddetin hukuki açıdan değerlendirilmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ayan, Serkan, Hukuki Yönden Aile İçi Şiddet, Legal Hukuk Dergisi, S. 38, Şubat 2006, s. 415-445. Aile içi şiddetin önlenmesine yönelik iç hukuk düzenlemeleri için bkz. Akın, Merve, Aile İçi Şiddet, Prof. Dr. Füsun Sokullu-Akinci’ya Armağan, İÜHFİM, C. LXXI, S. 1, s. 30 vd.

8 Sözleşmede “domestic violence” yani ev içi şiddet ifadesi kullanılmış olmasına karşın “aile içi şiddet” olarak çevrilmiştir.

6284 sayılı Kanun'da benzer tanım yapılmış ve yalnızca fiziksel değil cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddetin de aile içi şiddet sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu tanımlama çerçevesinde boşanma sebeplerini oluşturan maddi olayların çok büyük çoğunluğunda aile içi şiddetle karşılaşılacaktır⁹. Zira fiziksel, cinsel ya da ekonomik şiddetin olmadığı bir olasılıkta çok yüksek ihtimalle psikolojik şiddet bulunacaktır. Kadın Dayanışma Vakfı'nın bir raporuna göre; 2016-2017 tarihleri arasında 355 kadın vakfa başvurmuş ve %81'i hakaret, aşağılama, bağırma, nasıl giyineceğine, nereye gideceğine, kimlerle görüşeceğine karışma, kendisine ya da yakınlarından birine zarar vermekle tehdit etme, suçlama, çocuklarını göstermemekle tehdit etme gibi davranışlar sonucu psikolojik şiddetle karşı karşıya kaldıklarını ifade etmişlerdir¹⁰. Öğretide eşini küçük görmek, bir işi yapamayacağına ya da beceremeyeceğine yönelik söylemlerde bulunmak, lakap takmak, sürekli eleştirmek, emir yağdırmak gibi davranışlar da psikolojik şiddete örnek gösterilmiştir¹¹.

Aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuğa başvurulmamasının gerekçesi, Adalet komisyonu raporunda şu şekilde ifade edilmiştir: *"... Bununla birlikte arabuluculuk sırasında yapılan müzakereler, tarafların herhangi bir korku veya baskı altında kalmaması ve tarafların eşitliği prensibine dayanır. Arabuluculuk, tarafların kendilerini güvende hissedebilecekleri bir ortamda gerçekleştirilmelidir. Yapılan araştırmalarsa aile içi şiddet olaylarının varlığı, taraflardan birinin diğerini tehdit etmesi veya benzeri nedenlerin varlığı halinde, tarafların kendilerini güvende hissedemeyeceklerini ve eşitlik prensibinin hayata geçemeyeceğini göstermektedir. Bu nedenle aile içi*

9 Demir, Şamil, Arabuluculuk ile Aile İçi Şiddet ve Uzlaşmaya Tabi Suçların İlişkisi, Ankara Barosu Dergisi, 2014/2, s. 221; Bilge, s. 105. Eşlerden birinin süreklilik arz edecek alkol kullanması şiddet olarak nitelendirilmese de alkollü olduğu için eşini ya da çocuklarını dövmesi, hakaret etmesi, tehdit etmesi halinde aile içi şiddet gerçekleşmiş olacaktır. Bkz. Ayan, s. 423.

10 Eryalçın, Münevver/Demirel, Sibel/Duyan, Veli, Kadına Yönelik Şiddetin Düzeyi Ölçeği'nin Türkçeye Uyarlama Çalışması, TJFMPC, 2020 (1), s. 34. <https://dergi-park.org.tr/tr/download/article-file/979413> E.T. 01.11.2020. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/2-2412, K. 2018/1670, T. 8.11.2018 sayılı kararında eşini kendi ailesiyle kıyaslayan kadının kusurlu olduğuna karar vermiştir. Karar için bkz. www.kazanci.com. E.T. 01.11.2020.

11 Akkaş, İbrahim/Uyanık, Zeki, Kadına Yönelik Şiddet, Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi, 6 (1) 2016, s. 38.

şiddet iddiası içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa uygun olmadığı düşünülmektedir”. Kanun koyucu, aile içi şiddetin varlığı halinde tarafların eşit olmayacağı düşüncesinden hareketle hem dava şartı hem de ihtiyari arabuluculuğu yasaklamıştır. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, boşanmaya sebep olan maddi olayların çok büyük kısmında aile içi şiddetle karşılaşmak mümkün olduğundan boşanmaya ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurabilmek pek mümkün görünmemektedir. Bu sebeple doktrinde isabetli bir şekilde, aile içi şiddet içeren uyuşmazlıklar bakımından hem dava şartı hem de ihtiyari arabuluculuğun önünün kapatılması yerine yalnızca dava şartı arabuluculuğa elverişli olmadığı yönünde bir düzenleme yapılmasının yerinde olacağı ifade edilmiştir¹². Zira HUKAK’daki düzenlemeler kapsamında arabulucu taraflar arasındaki eşitliği gözetmekle yükümlüdür. Tarafların eşit olmadığına yönelik bir kanaate vardığında ise arabuluculuğu sonlandırmalıdır. Dolayısıyla aile içi şiddet iddiası sebebiyle tarafların kendilerini güvende hissetmediği ya da eşitliğin sağlanamadığı durumlarda süreç zaten arabulucu tarafından sonlandırılacaktır¹³. Ayrıca Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi) md. 48/f.1’deki düzenlemede de her türlü şiddete ilişkin olarak zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm süreçlerinin yasaklanması için gerekli hukuki ve idari tedbirlerin

12 Demir, s. 220-221; Akkaya, Tolga, Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası, Ankara 2017 (Bundan sonra Akkaya, Usul” olarak anılacaktır), s. 387. Aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıkların da arabuluculuk kapsamına alınması gerektiği yönünde bkz. Özbek, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2. Cilt, 4. Bası, Ankara 2016 (Bundan sonra “Özbek, Uyuşmazlık” olarak anılacaktır), s. 1195; Arabuluculuk Çalışma Toplantısı, Arabuluculukla İlgili Güncel Sorunlar, Beklentiler ve Öneriler Sonuç Raporu, AndHD 2015, C. 1, S. 1, s. 126. Şiddetin türleri bakımından ayırım yapılması gerektiği ve bu kapsamda şiddetin yoğunluğuna göre psikolojik ve ekonomik şiddette arabuluculuğa gidilebileceği yönünde bkz. Dağlıoğlu, Duygu, Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, C. 2, Y. 2020, s. 574. Aile içi şiddet iddiasının uyuşmazlığın kendisinde aranması gerektiği ve uyuşmazlığın kendisinde bulunmadığı durumlarda şiddetin hala mevcut olup olmadığının araştırılması gerektiği yönünde bkz. Demircioğlu, Huriye Reyhan, Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Uygulanabilirliği, TAAD, S. 23, Y. 6, Ekim 2015, s. 72. Aksi görüş için bkz. Uyumaz, Alper/Erdoğan, Kemal, Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 1, Y. 2015, s. 139 dipnot 55.

13 Demir, s. 219.

alınması gerektiği ifade edilmiştir¹⁴. O halde İstanbul Sözleşmesi de yalnızca dava şartı arabuluculuğun yasaklanması yükümlülüğünü getirmiştir¹⁵. Açıklanan gerekçelerle boşanmaya sebep olan uyuşmazlıklar bakımından aile içi şiddetin varlığı ve iddiasının yalnızca dava şartı arabuluculuk bakımından yasak olması, bu tür uyuşmazlıklar bakımından ihtiyari arabuluculuğa başvurabilmenin önünü açacak ve bu şekilde boşanmadan kaynaklanan uyuşmazlıkları arabuluculuk yöntemiyle çözebilmek mümkün olabilecektir¹⁶.

I. Boşanma ve Arabuluculuk

1. Boşanma Sebepleri ve Boşanma Kararı

Doktrinde boşanma “*eşler hayattayken, kanunda öngörülmüş olan bir sebebe dayanarak, birinin açacağı dava sonucunda evlilik birliğine hakim kararı ile son verilmesi*” olarak tanımlanmaktadır¹⁷. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, boşanma ancak kanunda yazılı sebeplere dayanabilir. Boşanmanın özel

14 Doktrinde metni hazırlayanların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin avantajları göz ardı etmediklerini ancak özellikle vurgulamak istedikleri hususun şu şekilde olduğu ifade edilmiştir: “Özellikle bu tür alternatif çözüm yöntemleri zorunlu tutulduğunda ve mahkeme süreçlerinin yerini aldığı anda, olumsuz birtakım sonuçlar da ortaya çıkabilir. Şiddet mağdurları, alternatif çözüm süreçlerine, hiçbir zaman faille eşit düzeyde giremezler. Mağdurların utanç, çaresizlik ve güçsüzlük duygularıyla baş başa bırakılmaları, buna karşılık faillelerin güç ve egemenlik duygusuna kapılmaları bu tür suçların doğasında vardır. Ev içi şiddetin ve kadınlara yönelik şiddetin yeniden özelleşmesinden kaçınmak ve mağdurların adalet arayışını güçlendirmek açısından, başında doğal yargıcın yer aldığı ve yürürlükteki ulusal yasalar uyarınca yürütülecek karışık temeldeki yargı süreçlerine erişimin sağlanması devletin sorumluluğundaki bir iştir”. Bkz. Bakırcı, Kadriye, İstanbul Sözleşmesi, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, Y. 2015, s. 192-193.

15 HUAK md. 1 hükmündeki düzenlemeyle İstanbul Sözleşmesi md. 48 hükmünün uyum içinde olduğu yönünde bkz. Börü, Levent, Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 2017, Y. 2017, s. 189.

16 Doktrinde, aile içi şiddet içeren uyuşmazlıkların arabuluculuk vasıtasıyla çözümlenmesinin yararları olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, arabuluculuk sürecinde çatışmanın sebebi ve çözümlenebilmesi üzerinde durulacak ve şiddet mağduru olan kişi şiddeti gerçekleştirene karşı duygularını daha iyi ifade etme şansı bulabilecektir. Bkz. Özbek, Uyuşmazlık, s. 1194. Ayrıca öğretilde, arabuluculuk yöntemiyle şiddet eylemini gerçekleştiren aile bireyinin hatasını görmesi ve durumu düzeltmek için çaba göstermesinin sağlanabileceği belirtilmiştir. Bkz. Börü, s. 191.

17 Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku-Aile Hukuku, Cilt III, 13. Bası, İstanbul 2018, s. 104; Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya, Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku, C. II, 22. Bası, İstanbul 2020, s. 235.

sebepleri; zina (TMK md. 161), hayata kast, pek kötü muamele ya da onur kırıcı davranış (TMK md. 162), küçük düşürücü suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (TMK md. 163), terk (TMK md. 164) ve akıl hastalığıdır (TMK md. 165). Boşanmanın genel sebepleri ise evlilik birliğinin temelinden sarsılması, anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın yeniden kurulamamasıdır (TMK md. 166). Boşanma sebeplerinden hangisi olursa olsun sebebin var olup olmadığına karar verecek kişi hakimdir. Bu sebeple boşanma sebeplerinin varlığına yönelik uyuşmazlıklar arabuluculuk vasıtasıyla çözümlenemez¹⁸.

TMK md. 170 hükmündeki düzenlemeye göre, hakim boşanma sebeplerinin varlığına kanaat getirirse boşanma ya da ayrılığa karar verecektir. Boşanma kararının mutlaka hakim tarafından verilmesi gerektiğinden, tarafların bu konuda serbestçe tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. O halde boşanma kararına yönelik olarak ortaya çıkacak uyuşmazlıklar, arabuluculuğa elverişli değildir¹⁹.

2. Boşanma Davasında Alınacak Geçici Önlemler

TMK md. 169 hükmü gereğince, boşanma davasının açılmasıyla birlikte eş ve çocukların dava sürecinden zarar görmemesi adına bir takım geçici önlemlerin alınması gerekmektedir. Bu kapsamda ilk olarak dava sırasında eşlerin barınma ve geçinme ihtiyaçlarının giderilmesi gerekecektir. Zira boşanma davasının açılmasıyla birlikte artık eşlerin ayrı yaşama hakkı ortaya çıkacak ve ortak konutta kimin yaşayacağı sorunu gündeme gelecektir²⁰. Tarafların bu konuda anlaşamamaları halinde ise hakim eşlerden hangisinin

18 Şıpka, Tasarı, s. 174.

19 Özkes, Pekcanitez Usul, s. 2829; Şıpka, Tasarı, s. 174; Şıpka, Şükran, Türkiye’de Aile Arabuluculuğu Çalışmaları, İzmir Medeni Hukuk Günleri II- Aile Hukuku Sempozyumu Bildiri Özetleri (27-28 Nisan 2018) (Bundan sonra “Şıpka, Aile” olarak anılacaktır), s. 59 https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2018/03/A_LE-HUKUKU-sempozyum-17-nisan-2018.pdf, E.T. 15.10.2020; Koç, s. 46; Bilge, s. 106; Ceylan, Ebru, Türk Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, Legal Hukuk Dergisi, S. 190, C. 16, Y. 2018, s. 4573; Uyumaz/Erdoğan, s. 147-148; Dağlioğlu, s. 568.

20 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 133; Akıntürk/Ateş, s. 283; Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015, s. 744; Helvacı, Serap/Erlüle, Fulya, Medeni Hukuk, 6. Bası, İstanbul 2020, s. 176.

ortak konutta yaşayacağına karar verecektir²¹. Dava sırasında alınması gereken bir diğer geçici önlem ise eşlerin geçimine ilişkin olacaktır. Dava açıldığında eşlerden birisi kendi imkanlarıyla geçimini sağlayamıyorsa, hakim diğer eşin tedbir nafakası ödemesine karar verir²². Tedbir nafakası geçici bir nafakadır ve boşanma veya ayrılık davasının açılmasıyla başlayıp hükmün kesinleştiği tarihe kadar devam eder²³. Bir diğer geçici önlem, eşlerin mallarına ilişkindir. Hakim, boşanma veya ayrılık davası sırasında eşlerin mallarına yönelik geçici önlemleri alacaktır²⁴.

Çocuklar açısından ise bakım ve korunmaya yönelik önlemler alınmalıdır. Davanın açılmasıyla birlikte eşlerin ayrı yaşama hakkı doğduğundan ortak çocukların hangi eşin yanında kalacağı, diğer eşin çocuklara ilişkin geçim giderlerine nasıl katkıda bulunacağı ve kişisel ilişkilerine yönelik geçici önlemlerin alınması gerekmektedir.

TMK md. 169 hükmündeki düzenlemeye göre, hakim bu önlemleri re'sen alacaktır. O halde belirtilen önlemlerin alınması ya da değiştirilmesi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir husus olmadığından, arabuluculuk yöntemiyle çözüme uygun değildir²⁵. Doktrinde; eşler arasında aşırı çatışmanın olduğu durumlarda, hakimin çocuğun korunmasına ilişkin geçici bir önlem olarak eşleri arabulucuya ya da boşanma danışmanına yönlendirebileceği ifade edilmiştir²⁶. Buradaki amaç eşler arasındaki uyuşmazlığın arabuluculuk vasıtasıyla sona erdirilmesinden ziyade, taraflar

21 Ortak konutun mülkiyetinin ya da içerisinde bulunan eşyaların hangi eşe ait olduğu bir önem arz etmemektedir. Hakim, ortak konutta yaşamayan eşlerden hangisi bakımından daha yararlı olacağını göz önüne alarak kararını verecektir. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 133; Akıntürk/Ateş, s. 284; Öztan, s. 745.

22 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 133; Akıntürk/Ateş, s. 285; Öztan, s. 747; Kılıçoğlu, Ahmet M., Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara 2019, s. 120; Helvacı/Erlüle, s. 176.

23 Akıntürk/Ateş, s. 285.

24 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 134; Öztan, s. 755; Kılıçoğlu, s. 120.

25 Kaplan Güler, Beyhan, Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, 1. Bası, İstanbul 2014, s. 114; Uyumaz/Erdoğan, s. 149; Ceylan, s. 4573-4574; Dağhoğlu, s. 568-569.

26 Akkaya, Usul, s. 394; Akkaya, Tolga, Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı, Ankara Barosu Dergisi, 2014/4 (Bundan sonra "Akkaya, Arabuluculuk" olarak anılacaktır), s. 44; Ceylan, s. 4574.

arasında tekrar iletişimin kurulması sağlanarak çocuğun boşanma sürecinden mümkün olduğu kadar az zarar görmesini sağlamaktır²⁷.

3. Boşanmanın Hukuki Sonuçları

A. Boşanmanın Eşler Bakımından Kişisel Sonuçları

Boşanma kararının eşler yönünden bir takım kişisel sonuçları söz konusudur. Bu sonuçlardan biri, boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte evlilik birliği sona erdiğinden artık eşlerin yeniden evlenebilmelerinin mümkün olmasıdır. Ancak TMK md. 132 hükmündeki düzenlemede kadının için bir bekleme süresi öngörülmüştür. Buna göre “*Evlilik sona ermişse, kadın, evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün geçmedikçe evlenemez. Doğurmakla süre biter. Kadının önceki evliliğinden gebe olmadığının anlaşılması veya evliliği sona eren eşlerin yeniden birbiriyle evlenmek istemeleri hallerinde mahkeme bu süreyi kaldırır*”²⁸. Bu düzenleme, soybağı karışıklığını engellemek amacıyla getirilmiş olup kamu düzenini ilgilendirdiğinden ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar arabuluculuk yönetimiyle çözümlenemeyecektir²⁹.

Boşanma kararıyla birlikte ortaya çıkabilecek bir diğer sonuç, kadının evlenmeden önceki soyadını almasıdır. TMK md. 173/f.2 hükmüne göre, kadının boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunması ve bu durumun kocasına zarar vermemesi halinde hâkimden kocasının soyadını taşımasına izin vermesini talep edebilmektedir. Örneğin, yazar olan kadının bütün kitapları evliyken yayınlanmışsa ve bu sebeple kocasının

27 Akkaya, Arabuluculuk, 57.

28 Doktrinde hükme yönelik haklı eleştiriler şu şekilde ifade edilmiştir: “...bugün, DNA testleri ile %99.9’a varan bir kesinlikle babanın kim olduğunun anlaşılabilirdiği düşünülecek olursa, bu bekleme süresinin bir anlamı olduğu söylenemez. Kaldı ki, MK 290, ananın ilk evliliğinden itibaren üçyüz gün geçmeden yeniden evlenmesi ve yine üçyüz gün bir çocuk doğurması halinde, kimin baba sayılacağına ilişkin bir karine getirmiştir. Bu karine ile de babanın eski koca mı yoksa yeni koca mı olduğu belirlenebileceğine göre, MK 132’nin tümüne gerek yoktur. Nitekim, İsviçre’de ZGB Art. 257 ile, MK 290’a paralel bir hüküm getirilince, MK 132’yi karşılayan ZGB eski Art. 103, yürürlükten kaldırılmıştır”. Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 61. Ayrıca bkz. Gayretli Aydın, Seda, Kadın ve Hukuki Bekleme Süresi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 136, Mayıs-Haziran 2018, s. 282. Kadının bekleme süresine ilişkin düzenlemenin yerinde olduğu yönünde bkz. Hatemi, Hüseyin, Hatemi Aile Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2020, s. 59.

29 Kaplan Güler, s. 115; Ceylan, s. 4574-4575; Uyumaz/Erdoğan, s. 149.

soyadıyla tanınıyorsa aynı soyadı taşımakta menfaati olacaktır. Bu durum kocasına zarar vermeyecekse aynı soyadını taşımaya izin verilmesini hakimden talep edebilecektir. Taraflar bu konuda anlaşmış olsa dahi hakimin anlaşmayı onaylaması gerektiğinden, soyadı konusunda ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlık için arabulucuya başvurulamayacaktır³⁰.

Türk Borçlar Kanunu md. 153/b.3 hükmüne göre, boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte eşlerin birbirlerinden olan alacakları için duran zamanaşımı durduğu yerden tekrar işlemeye başlar. Bu düzenleme de kamu düzenine ilişkin olduğundan, ortaya çıkan uyuşmazlıklar arabuluculuk yöntemiyle çözümlenemeyecektir³¹.

B. Boşanmanın Eşler Bakımından Mali Sonuçları

a. Miras Hakları

TMK md. 181 hükmündeki düzenlemede, boşanan eşlerin mirasçılık sıfatının ortadan kalktığı ve boşanmadan önce yapılan ölüme bağlı tasarruflarla sağlanan hakların aksi tasarruftan anlaşılmadıkça ortadan kalkacağı yer almaktadır³². Aynı hükmün ikinci fıkrasında ise boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümü halinde mirasçılık hakkının ne olacağı düzenlenmiştir. Buna göre dava sona ermeden eşlerden birinin ölmesi durumunda yasal mirasçılık devam edecektir. Ancak ölen eşin mirasçılarının birinin davaya devam etmesi ve diğer eşin boşanmada daha kusurlu olduğunun ispatlanması halinde mirasçılık sıfatı ortadan kalkacak ve aksi tasarruftan anlaşılmadıkça yapılan ölüme bağlı tasarruflar ortadan kalkacaktır. TMK md. 181 hükmü çerçevesinde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konular olmadığından arabuluculuk yoluyla çözümlenemeyecektir³³.

30 Kaplan Güler, s. 116; Ceylan, s. 4575; Uyumaz/Erdoğan, s. 149-150.

31 Kaplan Güler, s. 117; Ceylan, s. 4575; Uyumaz/Erdoğan, s. 150.

32 Evlilik sona ermiş olsa dahi eşler arasında kan hısımlığı olması halinde bu sıfatla yasal mirasçılık hakkı devam eder. Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 140; Öztan, s. 771.

33 Kaplan Güler, s. 118; Uyumaz/Erdoğan, s. 150.

b. Maddi Tazminat

Boşanmanın mali sonuçlarından biri, eşlerin birbirlerinden maddi tazminat talep edebilmesidir. TMK md. 174/f.1 hükmündeki düzenlemeye göre “Mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebilir”³⁴.

Maddi tazminata hükmedilmesi için gerekli şartlardan ilki, maddi tazminat talebinde bulunan eşin kusurunun bulunmaması ya da daha az kusurlu olmasıdır. Kusur, boşanma sebebinde aranacaktır. Bu sebeple tazminat talep eden eşin boşanma sebebinin gerçekleşmesinde ya hiç kusuru bulunmamalı ya da diğer eşe göre daha az kusurlu olmalıdır. Maddi tazminatın bir diğer koşulu ise kendisinden tazminat talep edilen eşin kusurlu olmasıdır. Dolayısıyla tazminat talebinden bulunan eş kusursuz olsa dahi diğer eşin de kusuru yoksa maddi tazminata hükmedilmez. Örneğin ayırt etme gücü bulunmayan bir eşten tazminat talep edilemez³⁵.

Maddi tazminat talep edebilmek için mutlaka bir zarar bulunmalıdır. Bu zarar, boşanma sebebiyle zedelenen mevcut veya beklenen menfaatlerdir. Doktrinde mevcut menfaatlerin zedelenmesine örnek olarak, eşlerden birinin boşanma sebebiyle kaybettiği nafaka veya bir ticarethanenin tasfiye edilmesi gösterilmektedir³⁶. Beklenen menfaatler ise evlilik boşanma sebebiyle sona ermemiş olsaydı ileride elde edilecek bir takım faydalardır. Örneğin, yasal mirasçılık hakkının sona ermesi ya da yapılmış olan ölüme bağlı tasarrufların boşanma yüzünden ortadan kalması gibi³⁷.

Yukarıda belirtilen tüm şartların gerçekleşmesi halinde hakim, tarafların ekonomik ve sosyal durumları ile boşanmadaki kusur oranları çerçevesinde uygun bir tazminata hükmedecektir. Dolayısıyla zararın tamamının karşılanması gibi bir zorunluluk söz konusu değildir³⁸.

34 Maddi tazminata yönelik düzenlemenin TMK'dan çıkarılması gerektiği yönünde bkz. Hatemi, s. 134-135.

35 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 148; Akıntürk/Ateş, s. 297; Öztan, s. 808.

36 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 148; Akıntürk/Ateş, s. 297. Eşin yeni bir kiralaması, yeni eşyalar satın alması ve taşınma masrafları da mevcut menfaat zedelenmesi kavramına girmektedir. Bkz. Öztan, s. 811.

37 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 148; Akıntürk/Ateş, s. 297; Öztan, s. 812; Kılıçoğlu, s. 128 dipnot 192; Erdem, Mehmet, Aile Hukuku, 2. Bası, Ankara 2019, s. 192.

38 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 148; Akıntürk/Ateş, s. 298; Öztan, s. 815.

Maddi tazminattan kaynaklanan uyuşmazlıklar, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği konular kapsamına girdiğinden arabuluculuğa elverişlidir³⁹.

c. Manevi Tazminat

TMK md. 174/f.2 hükmünde, boşanmaya sebep olan olaylar sonucu kişilik hakkı saldırıya uğrayan tarafın kusurlu olan taraftan manevi tazminat talep edebileceği düzenlenmiştir. Manevi tazminat talebinde bulunabilmenin koşullarından ilki, talepte bulunan eşin kişilik hakkının zedelenmiş olmasıdır. Bu zedelenme, boşanmaya sebep olan olaylardan kaynaklanmalıdır. Kişilik hakkı ihlalinin ağır olması gerekmektedir⁴⁰.

Kişilik hakkını ihlal eden eş kusurlu olmalıdır ancak kusurunun ağır olması şart değildir. Manevi tazminat talebinde bulunan eşin ise ya hiç kusuru bulunmamalı ya da davalı eşe oranla daha az kusurlu olmalıdır⁴¹.

TMK md. 174/f.2 hükmündeki düzenleme çerçevesinde hakim, manevi tazminat olarak bir miktar para ödenmesine karar verecektir. O halde paradan başka bir şeye hükmedilemeyecektir. Ayrıca TMK md. 176/f.2 gereği hakim, manevi tazminatın irat biçiminde ödenmesine de karar veremeyecektir.

Boşanmanın mali sonuçlarından biri olan manevi tazminat, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir konu olduğundan bu konudaki uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenebilmesi mümkün olabilecektir⁴².

d. Yoksulluk Nafakası

Yoksulluk nafakası, TMK md. 175 hükmünde düzenlemiştir. Buna göre *“Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka*

39 Kaplan Güler, s. 123; Akkaya, Usul, s. 389; Şıpka, Aile, s. 59; Bilge, s. 104; Ceylan, s. 4577; Uyumaz/Erdoğan, s. 151; Demircioğlu, s. 79; Dağlıoğlu, s. 569.

40 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 150; Akıntürk/Ateş, s. 300; Kılıçoğlu, s. 130.

41 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 150; Akıntürk/Ateş, s. 299; Öztan, s. 826-827; Erdem, s. 195.

42 Kaplan Güler, s. 128; Akkaya, Usul, s. 389; Şıpka, Aile, s. 59; Bilge, s. 104; Uyumaz/Erdoğan, s. 151; Demircioğlu, s. 79; Dağlıoğlu, s. 569.

isteyebilir”. Yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için mutlaka bir talep olmalıdır⁴³. Hakim kendiliğinden eşlerden birinin yoksulluk nafakası ödemesine karar veremez⁴⁴.

Yoksulluk nafakası isteyebilmenin bir başka şartı, nafaka talebinde bulunan eşin boşanma sebebiyle yoksulluğa düşmesidir. Doktrinde yoksulluğun büyük olmasının gerekmediği, normal ve vasat düzeyde olmasının yeterli olacağı ifade edilmiştir⁴⁵.

Nafaka talebinde bulunan eşin boşanmada kusursuz ya da diğer eşten daha az kusurlu olması gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki, nafaka talep edilen eşin kusuru bulunmasa dahi diğer koşulların varlığı halinde hakim yoksulluk nafakasına hükmedebilecektir.

Yoksulluk nafakasının miktarı, nafaka ödeyecek eşin mali gücüyle orantılı ve talepte bulunan eşin yoksulluğa düşmesini engelleyecek bir miktar olmalıdır⁴⁶. Yoksulluk nafakasına ilişkin uyumsuzluklar da tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği konular olduğundan, arabuluculuğa elverişli olarak kabul edilmelidir⁴⁷.

43 TMK’da yoksulluk nafakası talep edecek eşin kadın ya da erkek olması bakımından bir fark gözetilmemiştir. Bu çerçevede, şartlar varsa erkek eş de yoksulluk nafakası talep edebilir. Doktrinde, kadın eşten yoksulluk nafakası istenmemesi gerektiği ancak ahlaki bir görev olarak ve kendi isteğiyle kadın eşin nafaka ödeyebileceği yönünde bkz. Hatemi, s. 134.

44 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 150; Akıntürk/Ateş, s. 303; Öztan, s. 836; Kılıçoğlu, s. 134.

45 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 151; Akıntürk/Ateş, s. 303-304; Erdem, s. 201. Boşanma sebebiyle yoksulluğa düşecek olan eş, TMK md. 364 hükmü kapsamında yardım nafakası isteme imkanına sahip olsa da yoksulluk nafakası talep edebilecektir. Bkz. Öztan, s. 839; Erdem, s. 202.

46 Akıntürk/Ateş, s. 304. Yoksulluk nafakasının miktarı belirlenirken, eşin boşanmadan önceki yaşam standartları esas alınmalıdır. Bkz. Öztan, s. 839. Ancak evliyken yaşadığı lüks yaşantının devam ettirilmesi amaçlanmamalıdır. Bkz. Kılıçoğlu, s. 134; Erdem, s. 204.

47 Kaplan Güler, s. 140; Şıpka, Tasarı, s. 174; Şıpka, Aile, s. 59; Akkaya, Usul, s. 389; Bilge, s. 104; Uyumaz/Erdoğan, s. 154; Ceylan, s. 4580; Dağlıoğlu, s. 569.

e. Mal Rejiminin Tasfiyesi

TMK md. 202 hükmüne göre “Eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır. Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kanunda belirlenen diğer rejimlerden birini kabul edebilirler. Eşler mal rejimi sözleşmesi yapmadıkları takdirde yasal mal rejimine tabi olacaklardır”. Bu çerçevede, eşler mal rejimi sözleşmesi yapmadıkları takdirde kanun gereği edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olacaklardır. Edinilmiş mallara katılma rejimini tercih etmedikleri takdirde mal rejimi sözleşmesi yaparak başka bir mal rejimini tercih edebileceklerdir. Bu kapsamda sözleşmeyle mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı ya da mal ortaklığı rejimini seçebileceklerdir.

Boşanma kararıyla birlikte evlilik birliği sona ereceğinden mal rejiminin tasfiyesi gündeme gelecektir. TMK md. 179 hükmünde, boşanma halinde eşlerin bağlı olduğu mal rejimine ilişkin hükümler çerçevesinde mal rejiminin tasfiye edileceği düzenlenmiştir.

Mal rejiminin tasfiyesine ilişkin hususlar kamu düzenini ilgilendirmedüğinden, ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar arabuluculuk yoluyla çözümlenebilecektir⁴⁸.

C. Boşanmanın Çocuklara Yönelik Sonuçları

Boşanmanın çocuklara ilişkin bir takım hukuki sonuçları söz konusudur. Bunlardan biri çocuğun velayetidir. Boşanmanın gerçekleşmesiyle birlikte hakim kural olarak çocuğun velayetini eşlerden birine verir⁴⁹. Hakim

48 Özekes, Pekcanitez Usul, s. 2829; Tanrıver, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 64, 2006, s. 173; Kaplan Güler, s. 158; Şıpka, Tasarı, s. 174; Şıpka, Aile, s. 59; Akkaya, Usul, s. 389; Uyumaz/Erdoğan, s. 154; Ceylan, s. 4582; Demircioğlu, s. 79.

49 Somut olayın şartlarına göre, velayetin anne ya da babaya verilmesi çocuğun menfaatine aykırı olacaksa hakim çocuğun vesayet altına alınmasına karar verebilir. Bkz. Akıntürk/Ateş, s. 311; Erdem, s. 175.

Son yıllarda yaşanan gelişmeler çerçevesinde, boşanma halinde de velayetin anne ve baba tarafından birlikte kullanılabilmesi mümkün hale gelmiştir. Zira 25.03.2016 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 No’lu protokolün 5’inci maddesinde evlilik birliği sona erse dahi velayetin anne ve baba tarafından birlikte kullanılabilmesi düzenlenmiştir. Bu gelişmeler ışığında Yargıtay 2.

kararını verirken olanak bulundukça ana ve babayı dinleyecek ya da çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini alacaktır (TMK md. 182/f.1). Ancak burada takdir yetkisi hakime ait olacak ve çocuğun menfaatine en uygun kararı verecektir⁵⁰.

Velayetin anne ya da babadan birine verilmiş olması halinde, velayet kendisine verilmeyen eşin çocuğun bakım ve eğitim masraflarına katılma yükümlülüğü ortaya çıkar. Bu yükümlülük, uygulamada iştirak nafakası olarak bilinmektedir⁵¹. TMK md. 182/f.2 son cümle gereğince velayet hakkı olmayan taraf, bu giderlere mali gücü oranında katılacaktır. Hakim, talep olmasa dahi iştirak nafakası ödenmesine karar verir⁵².

Velayete sahip olmayan eşin, çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkı bulunmaktadır (TMK md. 323). Ancak TMK md. 326/f.3 hükmüne göre; hakim tarafından çocuk ile kişisel ilişki kurulması yönünde bir düzenleme yapılmadığı müddetçe, velayet hakkına sahip olan eşin rızası dışında çocuk ile kişisel ilişki kurulamaz. TMK md. 182/f.2 hükmünde ise çocuk ile kişisel ilişkiler düzenlenirken özellikle çocuğun sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarının esas alınacağı düzenlenmiştir.

Boşanmanın çocuklara yönelik sonuçlarında çocuğun menfaati üstün tutulduğundan, anne ve baba anlaşmalar dahi bu anlaşmanın hakim tarafından onaylanması gerekmektedir. Ayrıca talep olmasa dahi hakimin re'sen düzenleme yapma yetkisi bulunmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği gibi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu hakkındaki R (98) 1 sayılı Tavsiye Kararı'nda velayet ve çocukla kişisel ilişki kurulması konularının arabuluculuğa elverişli

Hukuk Dairesi, T. 20.02.2017, E. 2016/15771, K. 2017/1737 sayılı kararında velayetin anne ve baba tarafından birlikte kullanılmasına karar vermiştir. Karar için bkz. www.kazanci.com. E.T. 08.12.2020. TMK'nın birlikte velayete engel olmadığı yönünde Bkz. Erdem, s. 173. Birlikte vekaletle yönelik eleştirisi için bkz. Hatemi, s. 131.

50 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 143; Hatemi, s. 131.

51 Akıntürk/Ateş, s. 316; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 146; Hatemi, s. 133; Öztan, s. 795; Kılıçoğlu, s. 152; Helvacı/Erlüle, s. 177.

52 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 146; Öztan, s. 796.

olduğu ifade edilmiştir. Ancak bizim hukukumuzda velayet, çocukla kişisel ilişki kurulması ve iştirak nafakası konularında çocuğun menfaati üstün tutulmaktadır. Dolayısıyla boşanmanın çocuklara ilişkin sonuçları kamu düzenine ilişkin olduğundan, çıkacak uyuşmazlıkların arabuluculuk vasıtasıyla çözümü söz konusu olmayacaktır⁵³.

4. Boşanmanın Arabuluculuğa Elverişi Sonuçları Bakımından HUAK Uygulaması

Yukarıda açıklanan bilgiler ışığında, boşanmanın arabuluculuğa elverişli sonuçları mali konulara ilişkindir. Bu çerçevede maddi-manevi tazminat, yoksulluk nafakası ve mal rejiminden kaynaklanan uyuşmazlıklar arabuluculuk vasıtasıyla çözümlenebilir.

Taraflar bu konularda arabuluculuk yöntemiyle anlaşmış olsalar da öncelikle mahkemenin boşanma kararını vermesi gerekmektedir.

TMK md. 184/f.1 b. V’de yer alan düzenlemeye göre “*Boşanma ve ayrılığın fer’i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hakim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz*”. Maddi-manevi tazminat, yoksulluk nafakası, iştirak nafakası, mal rejiminin tasfiyesi gibi konular boşanmanın fer’i sonuçlarına girmektedir. Hükümde fer’i sonuçlar bakımından herhangi bir ayırım yapılmadığı göze çarpmaktadır. Ancak bu sonuçlardan bazıları üzerinde taraflar serbestçe tasarruf edebilirken bazıları ise bu kapsamda değildir. Dolayısıyla boşanmanın arabuluculuğa elverişli sonuçları çerçevesinde arabuluculuk

53 Kaplan Güler, s. 182; Bilge, s. 105-106; Uyumaz/Erdoğan, s. 157; Ceylan, s. 4583; Demircioğlu, s. 105; Dağlıoğlu, s. 570. Velayete ilişkin olarak anne-babanın ve çocuğun görüşlerinin de esas alınması gerekeceği ve çok büyük sakıncalar doğurmayacaksa tarafların kararlarının aksi yönünde çözümler üretilmemesi gerektiği yönünde Özkes, Pekcanitez Usul, s. 2829. Almanya’da ise velayet ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklarda arabulucuya başvurmak mümkündür. Hatta mahkeme tarafından anne ya da babaya veya her ikisine birden arabuluculuk faaliyeti hakkında ücretsiz bilgilendirme toplantısına katılma yükümlülüğü getirilebilir. Bkz. Castillejo y Peetsch, s. 26. Amerika’da ise çocuğun velayetine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından önce arabuluculuk yoluna başvurulması gerektiği yönünde ilk eyalet yasası 1981 yılında yürürlüğe girmiş ve bu düzenlemeden sonra çok sayıda eyalet benzer yöndeki arabuluculuk hükümlerini aile hukuklarına dahil etmiştir. Bkz. Beyer, Elizabeth F., A Pragmatic Look At Mediation and Collaborative Law As Alternatives to Family law Litigation, St. Mary’s Law Journal, Vol. 40, Issue 1 (2008), s. 310 (Hein Online).

yöntemiyle anlaşılrsa dahi TMK md. 184/f.1 b. V gereği hakimın onayına ihtiyaç duyulacaktır. Doktrinde bir görüş, hükümdeki düzenlemenin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği fer'i sonuçlara ilişkin anlaşmaların hakimın onayına tabi olduğu şeklinde yorumlanmasının isabetli olacağını belirtmiştir⁵⁴. Aksi yöndeki görüşe göre ise TMK md. 184/f.1 b. V'deki düzenleme, zayıfların korunması amacıyla getirildiğinden devletin aile hukukuna doğrudan müdahalesidir. Bu kapsamda her ne kadar HUAK, TMK'ya göre özel ve yeni bir kanun olsa da TMK md. 184/f.1 b. V'deki düzenlemeyi ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla boşanmanın arabuluculuğa elverişli sonuçları bakımından anlaşma sağlansa dahi doğrudan icra edilebilirlik şerhi alınamayacaktır. Hakimın anlaşmanın tarafların menfaatine uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapması gerekecektir⁵⁵. Kanaatimizce de aile hukuku arabuluculuğuna ilişkin olarak yeni bir düzenleme yapılmadığı sürece, arabuluculuk yöntemiyle elde edilen anlaşmanın TMK md. 184/f.1 b. V'deki düzenleme kapsamında hakim tarafından onaylanması gerekecektir. Elbette ki bu durum arabuluculuk kurumunun amacıyla bağdaşmayacaktır. Bu sebeple aile hukuku arabuluculuğuna ilişkin yeni bir düzenleme yapılması, boşanmanın hukuki sonuçları bakımından arabuluculuğun uygulanabilirliğini çok daha elverişli kılacaktır.

Tekrar belirtmek gerekir ki, uyuşmazlık arabuluculuğa elverişli olsa dahi aile içi şiddet iddiasını içeriyorsa, HUAK'daki mevcut düzenleme kapsamında ihtiyari arabuluculuk yoluyla dahi çözümlenemeyecektir. Örneğin; kocasından fiziksel şiddet gören kadın, maddi-manevi tazminat talepleri için arabulucuya başvuramayacaktır.

Sonuç

Bilindiği üzere, boşanma davaları çok uzun yıllar sürebilmekte ve süre uzadıkça zaten bir uyuşmazlığın içerisinde olan çiftler dostane ilişkilerden o kadar uzaklaşmaktadır. Özellikle çocuk söz konusu olduğunda boşanma döneminde adeta bir savaşa dönen anlaşmazlıklar, çocuk bakımından kalıcı psikolojik hasarlara sebep olabilmektedir. Boşanma sürecine arabuluculuğun

54 Uyumaz/Erdoğan, s. 151-152, dipnot 97.

55 Demircioğlu, s. 75-76.

dahil olmasıyla birlikte, tarafların kendilerini daha rahat ifade edebilmeleri ve çatışmaların azalarak karşılık iletişimin tekrar kazanılması mümkün olabilecektir. Ayrıca boşanma aşamasının kısılmasıyla çiftlerin yeni hayatlarına alışması kolaylaşacak ve mahkemelerin de iş yükü azalacaktır.

HUAK md. 1/f.2 son cümledeki düzenlemeye uyarınca, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözümlenmesi mümkün değildir. Aile içi şiddet yalnızca fiziksel şiddet olarak düşünülmemelidir. Cinsel, ekonomik ve psikolojik şiddet de aile içi şiddet kavramının içinde yer alır. Bu tanımlama çerçevesinde boşanmaya sebep olan maddi olayların çok büyük bir çoğunluğunda aile içi şiddetle karşılaşılır. Zira fiziksel, cinsel ya da ekonomik şiddetin olmadığı durumlarda psikolojik şiddetin yansımalarını görmek mümkündür. O halde boşanma davaları bakımından arabuluculuğa başvurabilmek nerdeyse imkansızdır. Bu sebeple boşanmaya sebep olan uyuşmazlıklar bakımından aile içi şiddetin varlığı ve iddiasının yalnızca dava şartı arabuluculuk bakımından yasak olması yönünde bir düzenleme yapılması ve bu şekilde ihtiyari arabuluculuğa başvurulabilmenin önünün açılması yerinde olacaktır.

Boşanma sebeplerinin var olup olmadığına karar verecek kişi hakimdir. Bu sebeple boşanma sebeplerinin varlığına yönelik uyuşmazlıklar arabuluculuk vasıtasıyla çözümlenemez. Boşanma kararının da mutlaka hakim tarafından verilmesi gerektiğinden, tarafların bu konuda serbestçe tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. Bu kapsamda boşanma kararına yönelik olarak ortaya çıkacak uyuşmazlıklar, arabuluculuğa elverişli değildir.

TMK md. 169 hükmündeki düzenlemeye göre, boşanma davasının açılmasıyla birlikte eş ve çocukların dava sürecinden zarar görmemesi için bir takım geçici önlemlerin alınması gerekmektedir. Hakim bu önlemleri re'sen alacaktır. Dava süresince geçici önlemlerin alınması ya da değiştirilmesi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir husus olmadığından, arabuluculuk yöntemiyle çözüme uygun değildir.

Boşanma kararının bir takım hukuki sonuçları bulunmaktadır. Bu sonuçlar biri, boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte eşlerin yeniden evlenebilmeleridir. Ancak TMK md. 132 hükmü gereği kadının yeniden

evlenebilmesi için üçyüz günlük bir bekleme süresi bulunmaktadır. Boşanma kararıyla birlikte ortaya çıkabilecek bir diğer sonuç kadının evlenmeden önceki soyadını almasıdır. TMK md. 173/f.2 hükmüne göre, kadının boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunuyorsa ve bu durumun kocasına zarar vermeyecekse hâkimden kocasının soyadını taşımasına izin vermesini talep edebilmektedir. Boşanma kararının bir diğer sonucu eşlerin artık birbirlerine mirasçı olamamalarıdır. Bir başka sonucu ise boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte eşlerin birbirlerinden olan alacakları için duran zamanaşımının durduğu yerden başlamasıdır. Tüm bu sonuçlar kamu düzenine ilişkin olup tarafların üzerinde serbestçe tasarruf yetkisi olmayan konular olduğundan, ortaya çıkan uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir.

Boşanma kararının mali konulara ilişkin sonuçlarından maddi-manevi tazminat ve yoksulluk nafakası, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği konular kapsamına girdiğinden çıkabilecek uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişlidir. Bunun gibi mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar da kamu düzenine ilişkin olmadığından arabuluculuk vasıtasıyla çözümlenebilecektir.

Boşanmanın çocuklara ilişkin hukuki sonuçları ise velayet, çocukla kişisel ilişki kurulması ve iştirak nafakasının belirlenmesidir. Bu konularda çıkabilecek uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir. Zira boşanmanın çocuklara yönelik sonuçları kamu düzenine ilişkindir ve çocuğun üstün menfaati çerçevesinde bir karar verilmelidir.

Kaynakça

- Akın, Merve, Aile İçi Şiddet, Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı'ya Armağan, İÜHFM, C. LXXI, S. 1, s. 27-41.
- Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya, Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku, C. II, 22. Bası, İstanbul 2020.
- Akkaş, İbrahim/Uyanık, Zeki, Kadına Yönelik Şiddet, Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi, 6 (1) 2016, s. 32-42.
- Akkaya, Tolga, Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası, Ankara 2017 (Usul).
- Akkaya, Tolga, Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve

- Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı, Ankara Barosu Dergisi, 2014/4, s. 23-61 (Arabuluculuk).
- Arabuluculuk Çalışma Toplantısı, Arabuluculukla İlgili Güncel Sorunlar, Beklentiler ve Öneriler Sonuç Raporu, AndHD 2015, C. 1, S. 1.
- Ayan, Serkan, Hukuki Yönden Aile İçi Şiddet, Legal Hukuk Dergisi, S. 38, Şubat 2006, s. 415-445.
- Bakırcı, Kadriye, İstanbul Sözleşmesi, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, Y. 2015, s. 133-204.
- Beyer, Elizabeth F., A Pragmatic Look At Mediation and Collaborative Law As Alternatives to Family law Litigation, St. Mary's Law Journal, Vol. 40, Issue 1 (2008), pp, 303-342 (Hein Online).
- Bilge, M. Turgay, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Açısından Kamu Düzeni Kavramı, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, 1. Bası, İstanbul 2014, s. 93-114.
- Börü, İlevent, Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 2017, Y. 2017, s. 173-198.
- Castillejo y Peetsch, Isabel Fernandez de, Almanya'da Aile Arabuluculuğu ve Sınır Aşan Davalara İlişkin Özellikler, Çev. Cenk Akil, Özyeğin Üniversitesi Uluslararası Arabuluculuk Sempozyumu, Editör Ferhat Yıldırım, Ankara 2018, s. 23-33.
- Ceylan, Ebru, Türk Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, Legal Hukuk Dergisi, S. 190, C. 16, Y. 2018, s. 4561-4588.
- Dağhoğlu, Duygu, Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, C. 2, Y. 2020, s. 551-587.
- Demir, Şamil, Arabuluculuk ile Aile İçi Şiddet ve Uzlaşmaya Tabi Suçların İlişkisi, Ankara Barosu Dergisi, 2014/2, s. 211-228.
- Demircioğlu, Huriye Reyhan, Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanabilirliği, TAAD, S. 23, Y. 6, Ekim 2015, s. 45-84.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku-Aile Hukuku, Cilt III, 13. Bası, İstanbul 2018.
- Ekmekçi, Ömer/Özekes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Murat, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Bası, On İki Levha, İstanbul 2019.
- Erdem, Mehmet, Aile Hukuku, 2. Bası, Ankara 2019.
- Eryalçın, Münevver/Demirel, Sibel/Duyan, Veli, Kadına Yönelik Şiddetin Düzeyi Ölçeği'nin Türkçeye Uyarlama Çalışması, TJFMPC, 2020 (1), s. 33-40. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/979413> E.T. 01.11.2020.
- Gayretli Aydın, Seda, Kadın ve Hukuki Bekleme Süresi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 136, Mayıs-Haziran 2018, s. 263-292.
- Hatemi, Hüseyin, Hatemi Aile Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2020.
- Helvacı, Serap/Erlüle, Fulya, Medeni Hukuk, 6. Bası, İstanbul 2020.
- Kaplan Güler, Beyhan, Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, 1. Bası, İstanbul 2014.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara 2019.
- Koç, Evren, Arabuluculuk Kanununun Uygulanmasına İlişkin Tespitler, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, 1. Bası, İstanbul 2014, s. 43-51.

- Özcan, Cem, Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 9, Haziran 2017, s. 383-396.
- Özbek, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Uyuşmazlık, 2. Cilt, 4. Bası, Ankara 2016 (Uyuşmazlık).
- Özbek, Mustafa, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Aile Arabuluculuğu” Konulu Tavsiye Kararı, DEÜHFD, S. 2, C. 7, 2005, s. 71-102 (Tavsiye).
- Özekes, Muhammet, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. III, Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya (Ed.), 15. Bası, İstanbul 2017.
- Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015
- Sideris, Nicole, Divorce Mediation: Must Is Be Voluntary?, 26 (2) Concil. Cts. Rev. 67 (1988), s. 67-75 (Hein Online).
- Şıpka, Şükran, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Değerlendirilmesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:6, S. 12, Güz 2007/2, s. 163-175 (Tasarı).
- Şıpka, Şükran, Türkiye’de Aile Arabuluculuğu Çalışmaları, İzmir Medeni Hukuk Günleri II- Aile Hukuku Sempozyumu Bildiri Özetleri (27-28 Nisan 2018), s. 56-63 (Aile). https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2018/03/A_LE-HUKUKU-sempozyum-17-nisan-2018.pdf E.T. 15.10.2020
- Tanrıver, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 64, 2006, s. 151-169.
- Uyumaz, Alper/Erdoğan, Kemal, Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 1, Y. 2015, s. 119-169.

TÜKETİCİ UYUŞMAZLIKLARINDA ZORUNLU ARABULUCULUĞUN KAPSAMININ BELİRLENMESİNDEKİ GÜÇLÜKLERİN ORTAYA ÇIKARDIĞI BAZI MESELELER

Dr. Öğr. Üyesi Evrim ERİŞİR*

Giriş

Önceki TKHK döneminde tüketici uyuşmazlıkları üzerinde tarafların serbestçe edebilmesine tereddütle yaklaşılıyordu¹. 2014 yılında yürürlüğe giren TKHK m. 68/5'te tüketici hakem heyetine başvuru zorunluluğunun, tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmasına engel olmadığı hükme bağlandı. Her ne kadar hüküm yalnız tüketici hakem heyetlerinin faaliyet alanına giren uyuşmazlıklara ilişkin olsa ve “*alternatif uyuşmazlık mercileri*” ile kastedilen açık değilse de tüketici uyuşmazlıklarının taşınmazın aynına ilişkin olanları dışında kamu düzeni mülahazası ile alternatif uyuşmazlık çözümüne kapalı olduğunu savunmak güçleşti².

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, evrim.erisir@bilgi.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8988-0996

- 1 Yargıtay 2008 yılında verdiği bir kararında, tüketici -sorunları- hakem heyetlerinin faaliyet alanına giren işlerin ihtiyari tahkime elverişli olmadığını kabul etmişti, bkz. 13. HD, 25.9.2008, 3394/11120 (Kazanıcı). Bazı yazarlarca bu içtihadı paralel bilimsel görüşler ileri sürülmüştü, bkz. **Aras, Aslı**: Bir Yargıtay Kararı Işığında Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları, Erciyes HFD 2012/3-4, s. 145; **Durman, Okay**: Tüketici ve/veya Tüketicinin Kefili Aleyhine Açılan Dava ve İcra Takiplerinde Tüketicinin Hukuki Konumu, 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Ankara 2013, s. 462, 463. O dönemde tüketici uyuşmazlıklarının ihtiyari tahkime elverişli olduğu görüşüyle Yargıtay içtihadının eleştirisi için bkz. **Ermenek, İbrahim**: Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri, GÜHFD C. XVII 2013, s. 602-605.
- 2 Tüketici uyuşmazlıklarının prensip olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ve tahkime elverişliliği hakkında bkz. **Yeşilova, Bilgehan**: 6502 Sayılı (Yeni) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usulü ve Yargılama Kuralları, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, Özel Sayı, Kasım 2014, s. 117, 118; **Atalı, Murat**: 6502 sayılı Kanun'un Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. I,

Önü arkası kesilmeyen görev ve yargı yetkisi sorunlarına yol açan Yeni TKHK'yı bazı iş uyuşmazlıklarında ve ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğun ihdas edilmesinin izlemesiyle, zorunlu arabuluculuğun tüketici uyuşmazlıklarına teşmili tüketici uyuşmazlık çözümünde tartışmaların odağı hâline geldi³. Zorunlu arabuluculuğun kapsamının başta tüketici

Ankara 2014, s. 406; **Erişir, Evrim**: Tüketici İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü Usulü, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Editör: İncoğlu, Murat, İstanbul 2015, s. 90; **Kurtulan, Gökçe**: Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği, TBBD 2017 (131), s. 254-255; **Yeşilirmak, Ali**: Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı (Editörler: Yeşilirmak, Ali/Kekeç, Elif Kısmet), Ankara 2017, s. 31; **Koçyiğit, Pınar**: Tüketici Mahkemelerinin Görevi ve Yargı Yetkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tez (İstanbul Üni. Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2018, s. 150. **Tutumlu**'ya göre ise Yargıtay'ın söz konusu içtihadı TKHK m. 68/5'e rağmen geçerliliğini korumaktadır (**Tutumlu, Mehmet Akif**: Norm, Kuram ve İçtihat Işığında Tüketici Hakem Heyetleri, Ankara 2015, s. 62).

- 3 7251 sayılı Kanun öncesinde **Tanrıver**, istisnai bir nitelik taşıyan iş uyuşmazlıkları ve ticari uyuşmazlıkların yanına, eşitler arası menfaat ilişkilerinin bulunmadığı, kamu düzeninin etkin bir biçimde kendisini hissettirdiği tüketici uyuşmazlıklarının da ilave edilmesinin sağlıklı ve doğru bir yaklaşım olmayacağını ifade etmiş, bu yola gidilirse özel bir dava şartı konumunda bulunan arabuluculuğun, adeta genel bir dava şartı hâline getirileceğini HMK'daki genel dava şartlarının (HMK m. 114) arasına, yeni bir dava şartının da eklenmesi sonucunu doğuracağını ifade etmiştir (**Tanrıver, Süha**: Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler, TBBD 2020 S. 147, s. 119, 122). Aynı yönde bkz. **Akıpek Öcal/Yıldırım/Ermenek/Kutlay**, s. 129 dn. 329; **Ermenek, İbrahim**: Dava Şartının Arabulucu Tarafından Kendiliğinden Dikkate Alınması Sorunu ve Bu Kapsamda Yapılan Hataların Çözümü, YD C. 46 2020/4, s. 1026 dn. 11. Bu son yazara göre tüketicilerin hâkim tarafından dahi yeterince korunması mümkün değilken, zayıf tarafın korunması için elinde yeterli argüman bulunmayan arabulucu tarafından yeterli düzeyde korunabileceğine ilişkin yaklaşım ikna edici değildir (**Ermenek, İbrahim**: Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması, Ankara 2021, s. 55). Ekonomik açıdan zayıf konumda bulunan işçi ve tüketicinin tarafı olduğu uyuşmazlıklarda arabuluculuğun zorunlu kılınmasının eleştirisi için ayrıca bkz. **Tanrıver, Süha**: Medenî Usûl Hukuku, C. II, Ankara 2021, s. 298. Emrediciliğin yoğun olduğu iş hukukunda tarafları arabuluculuğa zorlamanın izahı zor bir durum olduğu yönünde bkz. **Özkes, Muhammet/Atalı, Murat**: 7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı, İstanbul 2018, s. 88. Bu değerlendirme emrediciliğin yoğun olduğu diğer bir alan olan tüketici hukuku için de kanaatimizce geçerlidir. Uzlaşma arzu ve iradesi ile başlatılırsa başarıyla tamamlanabilecek bir süreç olan arabuluculuğun ticari davalarda zorunlu hâle getirilmesinin eleştirisi için ayrıca bkz. **Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol**: Medenî Usul Hukuku, 4. Bası, Ankara 2020, § 24 N. 26. Tüketici uyuşmazlıklarının çözümünde mukayeseli hukuktaki emsaller göz önüne alınarak arabuluculuktan da faydalanılması gerektiği yönünde bkz. **Özbek, Mustafa**: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. II, 4. Bası, Ankara 2016, s. 974. Yazar, tüketici hakem heyetine arabuluculuk için başvuruluktan sonra dava yoluna gidilmesinin sürecin uzatılması olarak görülmemesi gerektiğini belirtmektedir. Aynı yönde bkz. **Taşpolat Tuğsavul, Melis**: Türk Hukukunda Arabu-

ci uyuşmazlıkları olmak üzere genişletilmesine yöneltilen itirazlara itibar edilmeyerek 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m. 59 ile TKHK'ya "*dava şartı olarak arabuluculuk*" kenar başlığını taşıyan 73/A maddesi eklenerek tüketici uyuşmazlıklarının bir kısmı için dava açmadan önce arabuluculuk yoluna başvurulması zorunlu kılındı⁴. Tüketici mahkemesinde dava açmadan evvel arabuluculuk yoluna başvurunun zorunlu tutulmasında, tarafların uyuşmazlık üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri mündemiçtir. Böylece tüketici uyuşmazlıklarının alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine prensip olarak elverişliliği konusundaki tereddütler ortadan kalktı⁵. Yargıtay'ın 2008 yılında verdiği karardan itibaren yaklaşık 12 yıllık dönem bir bütün

luculuk, Ankara 2012, s. 85, 86. Benzer şekilde arabulucuya başvuru zorunluluğu için en uygun başlangıç noktasının tüketici uyuşmazlıklarında tüketici hakem heyetlerinin yanında arabulucuya başvurunun bir alternatif olarak sunulması önerisi için bkz. **Yazıcı Tıktık, Çiğdem:** Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamasının Temel İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Editörler: Süral Efeçınar, Ceyda/Yardım, Mehmet Ertan), Ankara 2019, s. 120, 121. Tüketici uyuşmazlıklarında arabuluculuğun sağlayacağı avantajlar için bkz. **Somer, Pervin:** Tüketici Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk ve Avantajları, Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları (Editör: Zeytin Çağrı, Gözde), İstanbul 2020, s. 103 vd. Yazar, 7251 sayılı Kanun'dan önce tüketici hukukunun dava şartı arabuluculuğa dâhil edilmesinin yeterli olmayacağını, bir uzmanlık alanı olarak belirlenmesinin de şart olduğunu savunmuştur (s. 107).

- 4 Temelleri konusunda dahi üzerinde çok ciddi tartışmaların olduğu sorunlar çözülmeden, her geçen gün derinleşen sorunlar göz ardı edilerek zorunlu arabuluculuğun tüketici uyuşmazlıklarına teşmilinin eleştirisi için bkz. **Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özkes, Muhammet:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme, TBBD 2020 (150), s. 249, 268. Bir siyasi tercih meselesi olarak değerlendirilen arabuluculuğun zorunlu tutulması ve alanının her gün daha fazla genişletilmesinin eleştirisi için ayrıca bkz. **Öztek, Selçuk/Taşpınar Ayvaz, Sema/Kale, Serdar:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi, TBBD 2020 (149), s. 93. 7251 sayılı Kanunla getirilen tüketici zorunlu arabuluculuğunun hukuk sistemimize olumlu katkıları sağlayacağını şüpheşi olduğu değerlendirilmesi için bkz. **Taşdelen, Nihat:** Tüketici Hukuku Uyuşmazlıklarında İkinci Alternatif Çözüm Yöntemi Olarak Arabuluculuk, Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu'na Armağan, C. II, İstanbul 2020, s. 1757, 1758.
- 5 **Selçuk, Seyhan:** Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Dava Şartı, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 8 S. 16 Aralık 2020, s. 1188; **Akipek Öcal, Şebnem/Yıldırım, Abdülkerim/Ermenek, İbrahim/Kutlay, Selda:** Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk (Editörler: Akipek Öcal, Şebnem/Yıldırım, Abdülkerim), Ankara 2021, s. 126-127; **Ermenek, İbrahim:** Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması, Ankara 2021, s. 49-50.

olarak değerlendirildiğinde, tüketici uyuşmazlıkları kararın verildiği tarihte –tartışmaya açık olmakla birlikte– gerçekten tahkime ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine elverişlilik bağlamında üzerinde serbestçe tasarruf edilmesine kapalıyken, 7251 sayılı Kanunla artık bu uyuşmazlıklar hakkında tarafların müzakere ederek tasarrufta bulunmaya zorlanmaları, tüketici uyuşmazlık çözümünün radikal bir dönüşüm sürecine sahne olduğunu ortaya koymaktadır.

Tüketici uyuşmazlık çözümünün kapsamının belirlenmesindeki güçlüğü yol açtığı görev ve yargı yetkisi sorunları çözümlenmeden arabuluculuğun esas itibarıyla tüketici mahkemesince karara bağlanabilecek uyuşmazlıklar için zorunlu tutulmasıyla, uyuşmazlık çözümü oldukça karmaşık bir görünüme büründü. Tüketici zorunlu arabuluculuğunun hukukî çerçevesinin çizilmesiyle başlanacak bu çalışmada söz konusu güçlüğü ortaya çıkardığı üç temel sorun üzerinde durulacaktır. Bunlardan ilki, başta tüketici işlemi niteliğini haiz hukukî işlemler olmak üzere tüketici uyuşmazlıklarının kapsamının, ikincisi tüketici hakem heyetlerinin faaliyet alanının belirlenmesindeki güçlüktür. Her iki sorun da hak arayanın yanlış bir merciye başvurabilme riskiyle karakterizedir. Üçüncüsü ise başvurunun zorunlu olup olmadığının arabuluculuk faaliyeti esnasında ve arabuluculuk faaliyeti sona erdikten sonra mahkemede ortaya çıkarılabileceği sorunlardır.

A. Tüketici Zorunlu Arabuluculuğunun Hukukî Çerçevesi

7251 sayılı Kanunla TKHK'ya 73/A maddesi eklenerek zorunlu arabuluculuk tüketici uyuşmazlıklarına teşmil edilmiştir. Tüketici uyuşmazlıklarının ilk kez 7251 sayılı Kanunla değil, ticari zorunlu arabuluculuğun ihdas edilmesiyle zorunlu arabuluculuğa tâbi kılındığı, yani tüketici zorunlu arabuluculuğunun 7251 sayılı Kanun öncesinde de var olduğu savunulabilir. Nitekim bazı yargı kararlarında uyuşmazlığın çözümünde tüketici mahkemesi görevli olsa dahi uyuşmazlık ticari zorunlu arabuluculuk kapsamında görülüyor ve arabuluculuk yoluna başvurulmadan önce tüketici mahkemesinde açılan davalar, dava şartı yokluğundan usûlden reddediliyordu⁶.

⁶ Bireysel kredi kartı alacağı için yapılan takibe tüketicinin itirazı üzerine itirazın iptali

Oysa TKHK m. 66 vd.'nda taraflardan birinin satıcı/sağlayıcı/kredi veren, diğerinin tüketici sıfatını haiz olduğu tüm hukukî işlemleri içine alan, geniş kapsamlı, özel uyuşmazlık mercileri ve bunların tatbik edeceği usûllerle özel bir uyuşmazlık çözüm mekanizması ihdas edilmiştir. Üstelik TKHK m. 73/5'te "*tüketici davası*" ifadesi kullanılarak ticari davadan ayrı bir dava kategorisi yaratılmıştır. Kanun koyucu tüketici davalarını ticari davaların bir cüzü olarak görseydi, "*tüketici davası*" şeklinde bir nitelendirmede bulunarak abesle iştigal etmiş olurdu. 6502 sayılı TKHK'nın yürürlüğe girmesinden evvel taşıma, sigorta gibi TTK'da düzenlenen sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar tarafların sıfatına bakılmaksızın mutlak ticari davanın konusunu oluştururken, TTK'ya göre sonraki özel kanun olan yeni TKHK'da taraflardan birinin satıcı/sağlayıcı/kredi veren diğerinin tüketici sıfatını haiz olduğu tüm sözleşmeler tüketici işlemi olarak nitelendirilmekle (m. 3/1-l), TTK'da düzenlenip tüketici işlemi niteliğindeki bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların mutlak ticari dava vasfı zımnen ilga edilmiştir. Şu hâlde, kanımızca tüketici uyuşmazlıklarında arabuluculuk ilk kez 7251 sayılı Kanunun 28.7.2020 tarihinde yürürlüğe girmesiyle zorunlu hâle gelmiştir⁷.

davası açılmadan önce arabuluculuk yoluna başvurulmasının gerektiği yönünde bkz. İstanbul BAM 19. HD, 24.5.2019, 1519/1322 (E-Uyar). Aynı mahkeme çok yakın tarihli diğer bir kararında ise tam aksi yönde içtihatla bulunmuştur, bkz. İstanbul BAM 19. HD, 11.4.2019, 1062/937 (Legalbank). Başka BAM'lar tarafından da farklı kararlar verilmesi üzerine içtihat uyuşmazlığı 19. HD, 11.6.2020, 439/976 (Kazancı) sayılı kararıyla "*hamili tüketici olan bireysel kredi kartı dolayısıyla talep edilen alacak nedeniyle açılan davaların ticari dava olarak kabul edilmeyeceği, bu kabul karşısında arabuluculuğa gidilmesinin zorunlu olmadığı ve arabulucuya gidilmesinin bir dava şartı olmadığına*" şeklinde giderilmiştir. Diğer yandan, ticari zorunlu arabuluculuğun tespit davalarını kapsayıp kapsamadığı etrafında yapılan tartışmalardan tüketici uyuşmazlık çözümünü de etkilenmiştir. Tüketici davalarının ticari dava olarak nitelendirildiği bazı kararlar da tüketicinin açacağı menfi tespit davasının da zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğu sonucuna varılmıştır, örneğin bkz. İstanbul BAM 18. HD, 23.5.2019, 1339/1098 (E-Uyar); İstanbul BAM 8. HD, 16.5.2019, 1066/1022 (E-Uyar). Zorunlu arabuluculuğa tâbi olmadığına ilişkin aksi yönde bkz. İstanbul BAM 19. HD, 23.5.2019, 1509/1299 (E-Uyar); İstanbul BAM 18. HD, 17.5.2019, 1174/1047 (E-Uyar).

- 7 TKHK m. 73/A'nın yürürlüğe girmesinden evvel tüketici mahkemesinde görülen bir davanın ticari olarak nitelendirilemeyeceği gerekçesiyle ticari zorunlu arabuluculuğa tâbi olmadığına ilişkin bkz. **Ekmekçi, Ömer/Özekes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Vural:** Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul 2019, s. 297, 306; **Yardım, Ertan:** Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Editörler: Sural Efeçimar, Ceyda/Yardım, Mehmet Ertan), Ankara 2019, s. 98; **Tanrıver,** Düşünceler, s. 118 dn. 2; **Yağbasan, Hicabi:** Medeni Usul Hukuku Kuralları Çerçevesinde Tüketici

TKHK m. 73/A'da tüketici işlemlerinden doğan tüm uyuşmazlıklar zorunlu arabuluculuğa tâbi tutulmamıştır. Bazı uyuşmazlıklar kapsam dışında tutulmuştur. Öncelikle kollektif hukukî koruma için zorunlu arabuluculuk öngörülmemiştir. Buna göre, tüketiciler ve tüketici örgütleri tüketici mahkemelerinde topluluk davası (TKHK m. 73/6; 74/1) açmadan önce arabuluculuk yoluna başvurmak zorunda değildir. Bireysel hukukî korumada da zorunlu arabuluculuk sınırlandırılmıştır. Tüketici uyuşmazlık çözümünde tüketici hakem heyetleri ve tüketici mahkemeleri olmak üzere iki farklı merci görev yapmaktadır. Tüketici hakem heyetinin faaliyet alanına giren uyuşmazlıklarda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmayacaktır⁸. Keza tüketici hakem heyetinin kararına karşı

Hakem Heyetlerinde Ortaya Çıkan Bazı Usuli Sorunlar, Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, C. 2, S. 1, 2019, s. 118. Görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olmasının davanın ticari dava olma vasfını etkilemeyeceği, bu nedenle uyuşmazlığın ticari zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğuna ilişkin karşı yönde bkz. **Eminoğlu, Cafer/Erdoğan, Ersin:** Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Ankara 2020, s. 193; **Yılmaz, Abdülhamit:** Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, AndHD C. 4 S. 1 Ocak 2018, s. 233; **Somer,** s. 101-102; **Narbay, Şafak/Akkuş, Muhammed:** Ticari İş ve Tüketici İşlemleri Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler, TAAD S. 44 Ekim 2020, s. 324-327; **Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer:** Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 8. Bası, İstanbul 2021, s. 1029; **Taşdelen,** s. 1742, 1743; **Koçyiğit, İlker/Bulur, Alper:** Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara 2019, s. 126. Bu son yazarların TKHK'da "tüketici davası" diye bir dava tanımlamasının bulunmadığını belirtmeleri dikkat çekicidir. **Ermenek/Azraklı Arslan** da özellikle mutlak ticari davalar söz konusu olduğunda işlemin taraflarından birisinin tüketici olmasının onun ticari dava vasfını ortadan kaldırmayacağı görüşündedirler. Fakat yazarlara göre tüketici uyuşmazlıklarının niteliği ve TTK m. 5/A'nın sevk amacı dikkate alındığında, bu Kanun'un amacını ve koruduğu menfaat dengesini aşacak uygulamalar Anayasa'nın 172'nci maddesinin ihlali anlamına gelir (**Ermenek, İbrahim/Azraklı Arslan, Betül:** İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A), TBBD 2020 (148), s. 139 dn. 3). Bu konuda ayrıca bkz. **Ermenek,** Zayıf Tarafın Korunması, s. 52. Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından yayımlanan Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk kitabının yazarlarının da bu konuda farklı görüşte olduğu görülmektedir, bkz. **Akipek Öcal/Yıldırım/Ermenek/Kutlay,** s. 135-136. Ticari dava ve tüketici işlemi kavramlarının birbirini dışlamadığı, tüketici kredisinden doğan uyuşmazlıklarda tüketici mahkemesinin görevli olmasının açılacak davanın mutlak ticari dava olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmediğine ilişkin ayrıca bkz. **Kara, İlhan:** Tüketici Mahkemelerinin İşleyişi ve Yaşanan Güncel Sorunlar, Tüketici Hukuku Konferansı (Editör: Aksoy, Hüseyin Can), Ankara 2016, s. 310.

8 TKHK m. 68/5 uyarınca tüketici hakem heyetine başvuru zorunluluğu alternatif

tüketici mahkemesine itiraz yoluna (TKHK m. 70/3) başvurulmadan önce arabuluculuk yoluna başvurulması zorunlu tutulmamıştır. Değeri itibarıyla tüketici mahkemelerinin yargı yetkisinin bulunduğu taşınmazın aynına ilişkin davalar da zorunlu arabuluculuktan hariç tutulmuştur.

İş zorunlu arabuluculuğunun konusu Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebi (İş Mahkemeleri Kanunu m. 3/1), ticari zorunlu arabuluculuğun konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri iken (TTK m. 5/A), tüketici zorunlu arabuluculuğunun kapsamına her türlü talep alınmıştır. Buna göre, yalnız paranın ödenmesi değil, malın teslimi yahut hizmetin görülmesi talepli olarak tüketici mahkemesinde açılacak eda davasından önce de arabuluculuk yoluna başvurulması zorunludur.

İş uyuşmazlıklarında ve ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğun zorunlu kılındığı hükümlerin lafzından yalnız eda davalarının bu kapsamda olduğu anlaşılmakla birlikte, bazı yazarlarca menfi tespit davalarının da iş zorunlu arabuluculuğuna ve ticari zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğu ileri sürülmektedir⁹. Her iki hükümden farklı olarak TKHK m. 73/A'da kapsayıcı bir şe-

uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurulmasına engel değildir. Şüphesiz taraflar arabuluculuk sözleşmesi akdederek tüketici hakem heyetinin faaliyet alanına giren uyuşmazlıklarını arabuluculuk yoluyla çözümleyebilirler (**Kuru, Baki**: Medenî Usul Hukuku El Kitabı, C. II, Ankara 2020, s. 1129; **Özbek**, Uyuşmazlık Çözümü, s. 975; **Koçyiğit/Bulur**, s. 65; **Görgün, L. Şanal/Börü, Levent/Toraman, Barış/Koçdağolu, Mehmet**: Medenî Usûl Hukuku, 9. Bası, Ankara 2020, s. 809; **Tanrıver, Süha**: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Ankara 2020, s. 134; **Tanrıver**, Medenî Usûl, C. II, s. 302; **Selçuk**, s. 1195; **Akipek Öcal/Yıldırım/Ermenek/Kutlay**, s. 126, 140; **Ermenek**, Zayıf Tarafın Korunması, s. 53).

- 9 Ticari zorunlu arabuluculuk bakımından bu yönde bkz. **Kurt Konca, Nesibe**: Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu Arabuluculuk), Seta Perspektif Dergisi, 2018, S. 225, s. 5; **Koçyiğit/Bulur**, s. 67-68; **Yılmaz**, s. 226 dn. 27; **Budak, Ali Cem**: Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, Legal MİHDER C. 15 S. 42 2019/1, s. 33; **Budak/Karaaslan**, § 24 N. 47; **Toraman, Barış**: Takip Hukukuna Özgü Bazı Davaların Dava Şartı Arabuluculuğa Tâbi Olup Olmadığı Sorunu, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5 S. 1, Nisan 2020, Ar. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, s. 3163. Menfi tespit davasının ticari zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğu, fakat müspet tespit davasının ise tâbi olmadığı yönünde yapılan ayırım için bkz. **Akil, Cenk**: Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hakkında Usûl Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler, TAAD S. 41 Ocak 2020, s. 321, 322. Menfi tespit davasının zorunlu arabuluculuğa tâbi olmadığı görüşü için bkz. **Ekmekçi/Özkes/Atalı**/

kilde “tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar” ifadesi kullanılmıştır. Demek oluyor ki, uyuşmazlığın çözümü için ister eda ister tespit davası açılmak istensin, öncelikle arabuluculuk yolunun tüketilmesi gerekir¹⁰.

B. Temel Sorun I: Tüketici Uyuşmazlıklarının Kapsamının Belirlenmesi

I. Tüketici İşlemi Niteliği Tartışmalı Olan Hukukî İşlemler

TKHK’da tüketici uyuşmazlık çözümünün kapsamı taraflardan birinin mesleki ve ticari amaçla, diğerinin böyle bir amaç olmadan hareket etmesi şartıyla tüm özel hukuku içine alacak genişlikte düzenlenmiştir¹¹. Tüketici işlemini tanımlayan TKHK m. 3/1-l hükmünde her türlü sözleşme ve hukuki işleminin bu kapsamda olabileceği belirtilmiş, tüketici mahkemelelerinin görevi TKHK m. 73/1’de ayırım yapılmaksızın tüm tüketici işlemleriyle tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalar olarak tanımlanmıştır. Üstelik Önceki TKHK döneminde olduğu

Seven, s. 190-191; **Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet**: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 7. Bası, İstanbul 2020, s. 134; **Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin**: Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara 2020, s. 772; **Atalı, Murat**: Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtay’ın 150. Kuruluş Yıl Dönümü Etkinliği, Ankara 2019, s. 150, 151; **Yardım**, s. 100; **Ermenek/Azaklı Arslan**, s. 144 vd.; **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 156-159; **Tanrıver**, Düşünceler, s. 123, 124 dn. 11; **Tanrıver**, Medenî Usûl, C. II, s. 308; **Toprakkaya, İrem**: Fikir ve Sanat Eserlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu İle Çözümü, İstanbul 2021, s. 184; **Özekes, Muhammet/Çiftçi, Pınar**: Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul BAM Kararları Örneğinden Bir Bakış), TBBD 2020 (148), s. 122 vd.; **Atalı, Murat/Erdoğan, Ersin**: Türk Ticaret Kanunu’nun 5/A Maddesi Çerçevesinde Menfi Tespit Davaları Sorunu, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5 S. 1, Nisan 2020, Ar. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, s. 216 vd., 221.

- 10 Bu usûlün uygulanması bakımından davanın türünün dikkate alınmadığına ilişkin bkz. **Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel**: Medenî Usul Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2020, s. 768. Arabulucuya başvuru zorunluluğunun kapsamının dava konusuna göre değil, tüketici mahkemelerinin görevine göre belirlendiğinde ilişkin bkz. **Ermenek**, Arabulucu, s. 1044-1045.
- 11 **Yılmaz, Ejder/Yardım, Mehmet Ertan**: Milli Şerh – 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul 2016, s. 1190. TKHK’dan kopuk, bağlantısız her türlü ihtilâfin yalnızca tarafları nedeniyle tüketici mahkemesi/tüketici hakem heyetinde çözümlenmesinin, ciddi bir amaç sorununu beraberinde getireceği hususunda haklı bir değerlendirme için bkz. **Yeşilova**, s. 124, 125.

gibi görev yönünden meydana gelebilecek tereddütlerin önüne baştan geçilmek istenerek TKHK m. 83/2'de taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili, diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye dair hükümlerinin uygulanmasını engellemeyeceği düzenlenmiştir.

Tüketici uyuşmazlık çözümünün kapsamını genel mahkeme niteliğindeki asliye hukuk mahkemesinin görevi kadar geniş tutma iradesine¹² rağmen yeni TKHK döneminde tartışmaların odağında görev konusu yer almıştır¹³. Yargı kararlarının kahir ekseriyetinde görevli mahkemenin tüketici mahkemesi mi yoksa diğer mahkemeler mi olduğunu konu edinmesi göstermektedir ki, zorunlu arabuluculuk öncesinde hangi işlemlerin tüketici işlemi niteliğini haiz olduğunun, dolayısıyla tüketici uyuşmazlık çözümünün kapsamının açıklığa kavuşturulduğundan söz etmek güçtür¹⁴. Örneğin, mesleki ve ticari amaçla hareket etmeyen bir müvekkil'e avukat arasında addedilen avukat sözleşmesinin tüketici işlemi niteliğinde olup olmadığında yargı kararlarında birlik bulunmamaktadır¹⁵. Tüketicinin satıcı/

12 Tüketici mahkemelerinin malvarlığı haklarından doğan dava ve işlerde adeta genel görevli bir yargı yeri hâline getirildiği eleştirisi için bkz. **Tanrıver, Süha**: Medenî Usûl Hukuku, C. I, 3. Baskı, Ankara 2020, s. 195. Tüketici mahkemelerinin torba mahkemeler hâline getirildiği eleştirisi için bkz. **Narbay/Akkuş**, s. 323.

13 Tüketici işlemlerinin kapsamına giren sözleşme ve hukukî işlemler genişlediği için, taraflar arasında doğabilecek uyuşmazlıkların, tüketici işlemi kavramının kapsamı içine girip girmediğinin öncelikle belirlenmesi gerektiğine; yeni görev tanımının tüketici mahkemelerinin iş yükünün artmasına ve aynı zamanda mahkemeler arasında mahkemelerin görevi sebebiyle büyük sorunların doğmasına neden olacak nitelikte olduğuna ilişkin bkz. **Özmumcu, Seda**: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış, DÜHFD C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanterze Armağan, İzmir 2015, s. 840, 841. Tüketici mahkemelerinin görev alanının tespitinin tatbikatta güçlük arz ettiği tespiti için bkz. **Budak/Karaaslan**, § 3 N. 19.

14 Kapsamın bu denli geniş olmasının uygulamada sorunlara yol açtığına ilişkin haklı tespit için bkz. **Göksu, Mustafa**: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim, Ankara 2019, s. 191. Görev tanımına getirilen eleştiriler ve bunların değerlendirilmesi için bkz. **Koçyiğit**, s. 107 vd.

15 "Avukatlık sözleşmelerinden kaynaklanan ihtilaflarda mahkemelerin görevi yönünden, Daireler arasındaki görüş ve uygulama aykırılığına ilişkin uyuşmazlığın, yukarıda açıklandığı şekilde temeldeki işlemin tüketici işleminden kaynaklanması durumunda tüketici mahkemesinin görevli olduğuna, aynı yer ve farklı yer Bölge Adliye Mahkemeleri daireleri arasında farklı görüş ve uygulama aykırılığının bu şekilde giderilmesine oybirliği ile kesin olarak 12/07/2018 gününde karar verildi." 13. HD,

sağlayıcı/kredi verenden üç katına kadar kartel tazminatı istemi (RKHK m. 58/2), temel ilişkisi tüketici işlemi olan bono, taraflardan birinin mesleki veya ticari, diğerinin bu amaçlarla hareket etmediği kira sözleşmesi, birden çok bağımsız bölüm için akdedilen konut satış sözleşmesi¹⁶, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ve kefalet sözleşmesinin¹⁷ tüketici işlemi niteliği, te-reddüt edilen diğer bazı hukuki işlemler olarak sayılabilir.

Özel mahkemeler enflasyonunun olduğu hukuk sistemimizde görev tanımının gereği gibi yapılmayışı, hak arayanın hukuki konumunu belirsizlik içinde bırakmaktadır. Tüketici işlemi niteliği tartışmalı hukuki işlemlerin çokluğunda, satıcı/sağlayıcı/kredi veren yahut tüketicinin hangi mahkemeye başvurusu

12.7.2018, 3545/7887 (Legalbank). “Somut olayımızda, avukat olan davacının mesleki faaliyette bulunan kişi olması nedeniyle tüketici ve tacir konumunda olmadığı, davalının da mesleki ve ticari faaliyetinden kaynaklanan bir hakkını dava etmek için vekaletname verdiği gözetildiğinde tüketici kabul edilemeyeceğine göre, uyuşmazlığın genel hükümler uyarınca Asliye Hukuk Mahkemesinde görülüp, sonuçlandırılması gerekmektedir. SONUÇ: Yukarıda belirtilen nedenlerle; 6100 sayılı HMK’nın 21 ve 22. maddeleri gereğince İstanbul Anadolu 20. Asliye Hukuk Mahkemesinin YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE (...)” İstanbul BAM 37. HD, 13.11.2018, 1389/1848 (Legalbank). “Somut uyuşmazlıkta; avukat olan davacı, davalı ile aralarında yapılan Avukatlık sözleşmesi gereğince ödenmesi gereken ücretin ödenmediğinden bahisle vekâlet ücretinin davalıdan tahsili için başlatılan icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkindir. Dava dilekçesinde belirtilen davacı ile davalı arasındaki vekalet sözleşmesinin kaynağı davalı hakkında Savcılığınca emre itaatsizlikte ısrar suçundan şüpheli olarak sürdürülen 2013/1535 sayı ile açılan soruşturmadan kaynaklı uyuşmazlıklara ilişkindir. Davalı, mesleki ve ticari amaçla hareket etmediğinden, 6502 sayılı Kanun anlamında tüketici olup, taraflar arasında tüketici ilişkisi bulunmaktadır. Bu nedenlerle, uyuşmazlığın Tüketici mahkemesinde görülüp, sonuçlandırılması gerekmektedir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle; 6100 sayılı HMK’nın 21 ve 22. maddeleri gereğince YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE (...)” 20. HD, 13.5.2019, 1765/3407 (Legalbank).

16 “Dava dilekçesinde davacının Almanya’da işçi olarak çalıştığı ve burada kazandığı birikimlerle memleketinde taşınmaz satın almak istediği, bu doğrultuda kendisi için üç, babası için iki daireyi satın aldığı belirtilmiş olup, bu işlemin özel ihtiyaçlar için nihai tüketim gayesi ile yapıldığı hususu dosyaya yansımamış olduğundan; gerçekleşen hukuki işlemin tüketici hukukunun özel olarak koruduğu anlamda tüketici işlemi olarak kabul edilmesi mümkün olmadığından uyuşmazlığın genel mahkemelerin görev alanı içerisinde kaldığı yönündeki yerel mahkeme gerekçesi yerindedir.” HGK, 22.11.2018, 2017/13-1982 E. 2018/1752 K. (Lexpera). Görüleceği üzere, alıcı müteahhitten kaç daire satın aldığında tüketici sıfatını haiz olacağı, kaç daire satın aldığında haiz olmayacağı belirsizdir.

17 Bu konudaki tartışmalar ve kefile karşı veya kefil tarafından tüketici mahkemesinde dava açılmayacağı görüşü için bkz. **Ayan, Serkan:** Kefalet Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli ve Yetkili Mahkeme, İnÜHFD- C. 9 S. 2 Y. 2018, s. 678.

gerektiği yeterince karmaşık bir görünüm arz ediyorken¹⁸ zorunlu arabuluculuğun ihdasıyla uyuşmazlık çözümü hercümerç bir hâl almıştır¹⁹.

II. Tüketici Mahkemesinden Başka Bir Mahkemede Dava Açılması

Zorunlu arabuluculuğun sınırlarının tayinindeki güçlük, hak arayana tereddüde sevk etmekle kalmayacak, aynı zamanda açtığı davanın usûlden reddi tehlikesi ile de karşı karşıya bırakabilecektir. TKHK m. 73/A sevk edilmeden önce bir işlemin tüketici işlemi olup olmadığına yanılğı, zorunlu arabuluculuk öncesinde görevsizlik kararı verilmesine sebep olabiliyor, fakat talep üzerine davaya görevli mahkemede devam edilebiliyordu (HMK m. 20). TKHK m. 73/A'nın yürürlüğe girmesinden sonra tüketici işlemi olup olmadığına tereddüt edilen bir hukukî işlemde doğan uyuşmazlık için tüketici mahkemesinden başka bir mahkemede dava açılır ve mahkemeyece uyuşmazlığın tüketici mahkemesinin görevine girdiği tespit edilirse, görevsizlik kararı verilemeyecek, zorunlu arabuluculuğa başvurulmadığı için dava, dava şartı yokluğundan²⁰ usûlden reddedilecektir (HUAK m. 18/a

18 Tüketici hakem heyetleri, sigorta tahkim, zorunlu ve ihtiyari arabuluculuk gibi farklı yöntemlerin ortalama bir vatandaşın ne zaman nereye başvuracağı konusunda her geçen gün işini zorlaştırdığı tespiti için bkz. **Özekes, Muhammet:** Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi-Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtay'ın 150. Kuruluş Yıl Dönümü Etkinliği, Ankara 2019, s. 130.

19 Zorunlu arabuluculukla görev alanı ve başvurulacak yer konusunun sorunlu hâle geldiği değerlendirilmesi için bkz. **Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet:** Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 8. Baskı, İstanbul 2020, s. 46. Usûlî karmaşanın zayıf tarafın hukukî güvenliğini zedelediği ve onu hak arama özgürlüğünü kullanmaktan alıkoyacağına ilişkin haklı tespit için bkz. **Ermenek,** Zayıf Tarafın Korunması, s. 82. Tüketicinin korunabilmesinin kendisine yalnız hak tanınması ile değil, bu hakkına kavuşması için önüne çıkan maddi ve şekli hukuka ilişkin engellerin kaldırılması ile sağlanabileceği tespiti için bkz. **Pekcanitez, Hakan:** Tüketici Mahkemeleri, İBD 1996/4-5-6, s. 147.

20 Arabuluculuk yoluna başvuru zorunluluğunun teknik (HMK m. 114) ve teorik anlamda bir dava şartı olmadığı, olsa olsa bir "dava engeli" mahiyeti taşıdığı görüşü için bkz. **Atalı,** Sorunlar, s. 138 dn. 3; **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 770. Aynı görüşte olan **Eminoğlu/Erdoğan,** söz konusu noksanlığın hangi aşamada inceleneceğinin özel surette düzenlendiğini, diğer genel ve özel dava şartlarından önce bu meselenin incelenmesi gerektiğini ifade etmektedirler (s. 113-116). Dava engeli nitelendirmesi ve HUAK m. 18/A f. 2 hükmünün eleştirisi için bkz. **Yazıcı Tıktık,** Değerlendirme, s.

f. 2 c. 4)²¹. Üstelik usûlden ret kararı, diğer dava şartlarından farklı olarak dava dilekçesi tebliğe dahi çıkarılmaksızın verilecektir. Oysa zorunlu arabuluculuğun kapsamının tayinindeki güçlük karşısında duruşmalı ön inceleme

115, 116. İnceleme usûlünün dava şartı kavramı ile bağdaşmadığına ilişkin bkz. **Atalı/Erdoğan**, s. 208 dn. 4. Buradaki usûli reddin özel dava şartı sebebiyle usûlden ret olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Medeni Usûl Ders Kitabı, s. 633. Özel dava şartı nitelendirmesi için ayrıca bkz. **Azaklı Arslan, Be-tül**: Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018, s. 140; **Postacioğlu/Altay**, s. 1027; **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 143; **Selçuk**, s. 1190. Dava şartı teriminin müessesenin kanunlardaki ifade ediliş biçimi ve varlığının usûl hukuku bakımından karşılığı olduğu değerlendirilmesi için bkz. **Toraman**, s. 3142 dn. 1.

- 21 Uyuşmazlık, mahkemenin görevi dışında olup aynı zamanda zorunlu arabuluculuğa tâbi ise görevsizlik kararı verilmesi gerektiğine ilişkin karşı yönde bkz. **Köroğlu, Anıl**: Görevsizlik Kararının Dava Şartı Arabuluculuk Üzerindeki Etkileri (Arabuluculuğa Başvurunun Zorunlu Olmadığı Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa Başvurmak Zorunlu Mudur?), Selçuk Hukuk Kongresi 2020 Özel Hukuk Tebliğleri Tam Metni, Ankara 2020, s. 526 dn. 4. Yazar, bir uyuşmazlığın arabuluculuğa tâbi olup olmadığını tespit etmenin bazı durumlarda ancak o uyuşmazlık bakımından uzman olan mahkemenin yapabileceği türden bir iş olabileceği ve arabuluculuk şartını tamamlayıp yine aynı mahkemeye başvurulması durumunda davanın bu sefer görevsizlikten ötürü reddedileceği, bunun da usûl ekonomisi ilkesine uygun düşmeyeceği argümanlarıyla temellendirmektedir. İlk argümana ilişkin olarak mahkemenin nitelendirmesinin bölge adliye mahkemesinin hukuki kontrolüne tâbi olduğu, ikinci argümana ilişkin olarak da usûlden ret gerekçesinde hukuki işlemin hangi zorunlu arabuluculuğa, dolayısıyla hangi mahkemenin görevine gireceğinin anlaşılabileceği, buna bağlı olarak arabuluculuk yolu tüketildikten sonra aynı mahkemede dava açılmasının nadiren söz konusu olabileceği söylenebilir. Belirtmek gerekir ki, bu konuda mahkeme kararlarında birlik bulunmamaktadır. Davadan önce arabulucuya başvuru şartı, davanın mahkemelerde açılıp görülmesine yönelik olarak düzenlenen özel bir dava şartı olduğu, arabuluculuk özel dava şartının, HMK. 114/1-c maddesinde düzenlenen “mahkemenin görevli olması” genel dava şartından önce incelenmesi gerektiğine ilişkin bkz. İstanbul BAM 13. HD, 14.5.2020, 2019/2623 E. 2020/553 K. (Legalbank). Denizcilik ihtisas mahkemesi olarak görev yapan asliye ticaret mahkemesinde arabuluculuk yoluna başvurulmadığı gerekçesiyle verilen usûlden ret kararının, görevsizlik kararı verilerek dosyanın genel görevli asliye ticaret mahkemesine gönderilmesi ve dava şartı ve diğer hususlarda genel görevli mahkemece inceleme yapıp bir karar verilmesi gerektiği için hatalı olduğuna ilişkin bkz. İstanbul BAM 15. HD, 4.12.2020, 1706/1442 (Legalbank). Tüketici mahkemesinin görevine giren, fakat asliye ticaret mahkemesinde açılan davanın aynı gerekçeyle usûlden reddedilemeyeceği, görevsizlik kararı verilmesi gerektiği yönünde bkz. İstanbul BAM 18. HD, 12.2.2020, 2019/3380 E. 2020/334 K. (Legalbank). Asliye hukuk mahkemesinde açılan, fakat ticari zorunlu arabuluculuğa tâbi olan uyuşmazlık hakkında başlangıçta davanın ticari dava olduğu tespit edilemediğinden HUAk kapsamında bir inceleme yapılamamış, görevsizlik kararı verilmiş, dosya asliye ticaret mahkemesine gönderilmiş, bu arada arabuluculuk yoluna başvurularak eksiklik tamamlanmışsa, HMK m. 115/3 uyarınca asliye ticaret mahkemesince davanın usûlden reddine karar verilemeyeceğine ilişkin bkz. İstanbul BAM 12. HD, 1.9.2020, 800/714 (Legalbank).

(HMK m. 140/1) yapılarak davacıya dava konusu işlemin tüketici işlemi niteliğinde olmadığı hakkında açıklama hakkı (HMK m. 27/2-b) tanınmamıştır. Dava dilekçesi tebliğ edilmeden davanın usûlden reddi usûli temel haklar bağlamında başlı başına sorunlu iken, zorunlu arabuluculuğun kapsamının belirlenmesinde güçlük çekilen tüketici uyuşmazlıklarında hukukî işlemin niteliği hakkında muhakemeden mahrum bırakılan davacının hukukî konumu oldukça zayıflatılmıştır²². Gerçekten davacı, tabii hâkimine başvurduğu, öncesinde alternatif bir yönteme başvuru zorunluluğu altında olmadığını, davaya bakan mahkemede dinletememekte, usûlden ret kararını –talebin miktar veya değeri parasal sınırın üzerinde olmak koşuluyla– istinaf ederek bölge adliye mahkemesinde ileri sürmek zorunda bırakılmaktadır²³. Bu noktada belirtmek gerekir ki ister istinaf edilmesin ister kanun yolu denetiminden geçerek kesinleşsin, ilk derece mahkemesinin uyuşmazlığın tüketici mahkemelerinin görevine girdiği, dolayısıyla zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğu, bu yol tüketilmeden mahkemeye başvurulamayacağı gerekçesiyle verdiği usûlden ret kararı tarafları olduğu kadar arabulucuyu da bağlamalıdır²⁴. Davası reddedilen davacı arabuluculuk yoluna başvurduğunda, arabulucu uyuşmazlığın tüketici zorunlu arabuluculuğu kapsamında olmadığı, örneğin ortada bir tüketici işlemi bulunmadığı gerekçesiyle yapılan arabuluculuk bürosunca yapılan görevlendirmeyi iade edemez, tarafları bir araya getirmişse, aşağıda açıklanacak olan aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde eldeki uyuşmazlığın kapsam içerisinde olup olmadığı konusunda tereddüdünü taraflarla paylaşamaz²⁵.

22 Dava derhal reddedilmeyip ön inceleme aşaması yapılabilseydi, karşı tarafın da açıklamalarıyla birlikte uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığını anlaşılabileceği hakkında bkz. **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 157.

23 Bu kararın istinaf edilebileceği yönünde bkz. **Atalı**, Sorunlar, s. 142; **Akil**, s. 311; **Azaklı Arslan**, s. 148.

24 Karşı yönde bkz. **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 159; **Atalı**, Sorunlar, s. 142. Yazarlar, usûlden ret kararını yanlış bulduğu için arabulucu önüne gitmeyen taraf bir şekilde uyuşmazlığın mahkeme önünde görülmesini sağlar ve davayı kazanırsa, onun HUAK m. 18/A f. 11 uyarınca yargılama giderlerinden sorumlu tutulmasını eleştirmektedirler. Fakat kanımızca usûle ilişkin kararlar da ilgili usûli eksiklik hakkında kesin hüküm teşkil eder. İlk usûlden ret kararının ardından arabuluculuk yoluna başvurulmadan gerek aynı gerekse farklı bir görevli mahkemede açılan dava, kesin hüküm nedeniyle usûlden reddedilmelidir. Arabuluculuk yoluna başvurulmadığı için verilen usûlden ret kararının kesin hüküm teşkil edeceği yönünde bkz. **Azaklı Arslan**, s. 148.

25 Bkz. a.ş. Ç, I.

C. Temel Sorun II: Tüketici Hakem Heyetinin Faaliyet Alanının Belirlenmesi

İşlemin tüketici işlemi niteliğini haiz olduğu, dolayısıyla tüketici uyuşmazlık çözümüne tâbi olduğunda tereddüt edilmese bile, bu sefer tüketici hakem heyetine başvuru zorunluluğunun bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekecektir. Zira TKHK m. 73/A f. 1-a'da tüketici hakem heyetinin faaliyet alanı kapsamındaki uyuşmazlıklar zorunlu arabuluculuktan hariç tutulmuştur. Tüketici hakem heyetine başvuru zorunluluğu parasal sınır esasına göre düzenlenmiştir (TKHK m. 68/1)²⁶. 2021 yılı için anılan parasal sınır 11.330 Türk Lirası'dır²⁷. Parasal sınırın aşılp aşılmadığının tayin etmenin güçlüğü, arabuluculuğa da sirayet etmesi muhtemel sorunların başında gelmektedir. Bu sorunun temelinde tüketici hakem heyetlerinde uyuşmazlık çözüm usûlünün gereği gibi düzenlenmeyip Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğine bırakılması (TKHK m. 72) yatmaktadır.

Parasal sınırın aşıldığında hataya düşülmesi, gerekmemekle birlikte arabuluculuğa başvurulmasına sebebiyet verecek; aşılmadığında hataya düşülmesi ise arabuluculuğa başvuru zorunlu iken bundan imtina edilmesi sonucunu doğuracak, her iki ihtimalde de hakla ulaşma gecikecek, bunun için gereksiz gider yapılmak zorunda kalınacak; son tahlilde yargıya güven sarsılacaktır²⁸.

26 Tüketici hakem heyetine başvuru zorunluluğunun heyetlerde kural olarak ihtisaslaşmasının bulunmaması nedeniyle eleştirisi için bkz. **Atalı, Murat:** Yargılama İlkeleri Çerçevesinde Tüketici Hakem Heyetleri, Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, Ankara 2018, s. 76.

27 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 68'inci ve Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği'nin 6'ncı Maddelerinde Yer Alan Parasal Sınırların Artırılması'na İlişkin Tebliğ m. 3 (RG 26.12.2020, S. 31346).

28 Zorunlu arabuluculukta yargılama giderlerine mahkûm edilme gibi ölçsüz yaptırımlarla hak arayanın mahkemeye ulaşamadığı ya da geç ulaştığı eleştirisi için bkz. **Özekes, Muhammet:** Arabuluculuk Mahkemelerine Doğru Tehlikeli Gidiş, Kayseri Barosu Dergisi-Duruşma Arası, Ocak 2019, s. 55. Zorunlu arabuluculuğun, hak arama özgürlüğüne engel, ona ulaşmayı zorlaştırma ve karmaşık bir takım usûller içermesi sebebiyle hak aramaktan adeta yıldırma anlamına geldiği değerlendirmesi için bkz. **Ekmekeçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 149-150. Zorunlu arabuluculuğun daha fazla masraf yapılmasına sebebiyet vereceği değerlendirmesi için bkz. **Özekes/Atalı**, s. 89. Taraflar arasında uyuşmazlığı uzlaşa yahut sulh yoluyla sona erdirmek hususunda genel bir isteksizlik mevcut ise, dava açılmasından önceki evrede tarafları arabuluculuğa başvuru hususunda zorlamanın, adalete erişim hakkının ertelenmesine sebebiyet vereceği yönünde bkz. **Tanrıver**, Düşünceler, s. 121. Yazar, HUAK m. 18/A hükmünün hak

Parasal sınırın altında kaldığında tereddüt edilmese bile itirazın iptali, menfi tespit, manevi tazminat gibi bazı davaların münhasıran mahkemelerde karara bağlanmasının gerekip gerekmediğine ilişkin tartışmalarda hak arayan bakımından diğer bir belirsizlik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu başlık altında sözü edilen sorunlara temas edilecektir.

arama özgürlüğünün önünde doğrudan bir engel oluşturmaya bile, olağan bir yargılama sürecinde tarafları katlanamayacakları bir mali külfetle karşı karşıya bıraktığı için hak arama özgürlüğünü güçleştiren bir durum olarak değerlendirmektedir (**Tanriver**, Arabuluculuk, s. 146, 147). Yine yazara göre iş yükünün fazlalığı sebebiyle yargılama sürecinin ağır işlediği ülkelerde, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvuru zorunluluğu, uyuşmazlık çözüm sürecinin daha da uzamasına sebebiyet verebilir; öncelikle arabuluculuk yahut uzlaştırma mekanizmalarına işlerlik kazandırma konusunda getirilecek olan yasal zorunluluk, yarardan çok sakınca yaratır (**Tanriver, Süha**: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBBD S. 64 Mayıs-Haziran 2006, s. 154). TTK m. 5/A ile getirilen düzenlemenin hak arama özgürlüğünü sınırlandıran ve mahkemeye erişim hakkını şarta bağlayan bir hüküm olduğu değerlendirmesi için bkz. **Ermenek/Azıklı Arslan**, s. 148. Mahkemeye erişim engeli nitelendirmesi için bkz. **Ermenek**, Arabulucu, s. 1024. HUAK'ta zorunlu arabuluculuğun tercih edilmemesinin nedenleri için bkz. **Pekcanitez, Hakan**: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Tanıtımı, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – VI, Ankara 2008, s. 253-254. Arabuluculuğa başvurunun zorunlu olmasının lehinde bkz. **Kuru, Baki**: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüşler ve Öneriler, Legal MİHDER 2010/2, s. 239; **Özbek, Mustafa**: Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – IX, Ankara 2012, s. 139. Yine zorunlu arabuluculuğa taraftar olan **Yazıcı Tıktık**, zorunlu arabuluculuğun AY m. 36'ya aykırı olmayacağı görüşündedir (**Yazıcı Tıktık, Çiğdem**: Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013, s. 39-43; **Yazıcı Tıktık, Çiğdem**: Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı (Editörler: Yeşilirmak, Ali/Kekeç, Elif Kismet), Ankara 2017, s. 46). Zorunlu arabuluculuğun AİHS m. 6 ve AY m. 36'ya aykırı olmadığı değerlendirmesi için ayrıca bkz. **Özbek**, İlkeler, s. 140; **Erdoğan, Ersin**: 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi C. 14 S. 55 2017, s. 1229 vd. Aynı yönde bkz. **Dür, Orhan**: Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Ankara 2017, s. 256-258. Uyuşmazlığın daha hızlı ve daha az masrafla çözümünü amaçlayan arabuluculuğun zorunlu hâle getirilmesinin kurumun ruhuna uymadığını belirten **Yıldırım**, bazı özel konularda zorunlu arabuluculuk modelinin mahkemelerin iş yükünün azalması, uyuşmazlığın çözümünün hızlanması ve masrafin azalması amaçlarına hizmet edeceği görüşünü savunmaktadır (**Yıldırım, M. Kâmil**: İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 355). Uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözülmesinin taraflara zaman ve para tasarrufu sağlayabilmesi ve mahkemelerin iş yükünü azaltması nedenleriyle arabuluculuğun hak arama hürriyetine katkı sağlayabileceğine ilişkin aynı yönde bkz. **Özçelik, Volkan**: Dava Şartı Olarak Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (Usûl Ekonomi İlkesi ve Hak Arama Hürriyeti Bakımından Değerlendirme), Kesit Akademi Dergisi, S. 14 Haziran 2018, s. 348.

I. Parasal Sınırın Aşılıp Aşılmadığının Belirlenmesindeki Güçlük

TKHK m. 73/A f. 1-a'da tüketici hakem heyetinin faaliyet alanı kapsamındaki uyuşmazlıklar zorunlu arabuluculuktan hariç tutulmakla söz konusu parasal sınır aynı zamanda arabuluculuğa başvurulması zorunlu kılınan ve kılınmayan talepleri belirleyen bir kriter hâline gelmiştir. Gerçekten tüketici zorunlu arabuluculuğunun ihdasından önce tüketici hakem heyetine mi başvurulacağı yoksa tüketici mahkemesinde dava mı açılacağına belirlenmesine hizmet eden parasal sınırın fonksiyonu TKHK m. 73/A'nın yürürlüğe girmesiyle artık tüketici hakem heyetine mi yoksa arabuluculuğa başvurulacağının belirlenmesine dönüşmüştür.

Parasal sınırın aşılıp aşılmadığının belirlenmesi her şeyden önce hak arayan açısından güçlük arz eder. Zorunlu arabuluculuk, parasal taleplerle sınırlı kalmayıp her türlü talebi kapsadığı için talebin konusu malın teslimi veya hizmetin görülmesi ise, tüketici uyuşmazlık çözümüne başvurmaya hazırlanan, hakkın değerinin tam ve kesin olarak tespit etmek külfeti altına sokulmuştur. Böylece hak arayan çatışmacı mı yoksa barışçıl mı uyuşmazlık çözümüne tâbi olduğunu, ancak mal veya hizmetin değerini tespit ederek/ettirerek bulabilir. Bu konuda yapacağı hata aşağıda²⁹ ele alınacağı üzere hakka ulaşmasına geciktireceği gibi, gereksiz gider yapmasına da sebebiyet verebilir.

Parasal sınırın aşılıp aşılmadığının belirlenmesinde mevzuattan kaynaklanan güçlükler de bulunmaktadır. TKHK m. 68/1'de "*parasal sınırın altında bulunan uyuşmazlıklar*" ifadesiyle yetinilmiş, sınırın aşılıp aşılmadığının belirlenmesine hizmet edecek herhangi bir kritere yer verilmemiştir. Talebin parasal sınırın kapsamı içinde olup olmadığı başta faiz gibi fer'i taleplerde tereddüt uyandırmaktadır. Örneğin, alacaklı asıl alacağı ile birlikte temerrüt faizi talebinde de bulunduğunda, yalnız asıl alacağının mı yoksa asıl alacağı ile birlikte faizin toplamının mı parasal sınırın aşılıp aşılmadığına esas alınacağı açık değildir. Bu belirsizlik zorunlu arabuluculuğun ihdasıyla daha da derinleşecektir. Zira yine aşağıda³⁰ görüleceği üzere parasal sınırın aşılıp aşılmadığı konusundaki hatalar yeni başvurulara, bunun sonucunda zaman ve gider kaybına sebebiyet verecektir.

29 Bkz. a.ş. C, I, 2 ve 3.

30 Bkz. a.ş. C, I, 2 ve 3.

Sorunun kaynağında asliye hukuk ve sulh hukuk mahkemesi arasındaki görev ilişkisinin bulunduğu HUMK döneminde parasal sınırın belirlenmesinde fer'i taleplerin dikkate alınmayacağını düzenleyen m. 1/2 c. 2'ye benzer bir hükmün bu iki mahkeme arasındaki görev ilişkisinin uyumsuzluk konusuna göre düzenlenmesine paralel olarak HMK'da yer verilmeyişi yatmaktadır³¹. İstinaf ve temyize başvuruda parasal sınırı düzenleyen HMK m. 341/4 ve 362/2'de "*asıl talebin kabul edilmeyen bölümü*" esas alınmıştır. Bu ifade kanımızca HUMK m. 1/2 c. 2'nin düzenleme şekline benzerdir. Bizce kesinlik sınırında faiz, icra tazminatı gibi fer'i talepler dikkate alınmamalıdır³². Yalnız istinaf ve temyiz edebilirliğin belirlenmesinde değil, tüm özel hukuk uyumsuzluk çözümündeki parasal sınırın aşıp aşılmadığının belirlenmesinde genel bir düzenleme yapılınca kadar HMK m. 341/4 ve 362/2 tutamak noktası mahiyetindedir. Bu gerekçeyle kanımızca faiz gibi fer'i talepler tüketici hakem heyetine başvuru zorunluluğunun aşıp aşılmadığı, buna bağlı olarak arabuluculuk yoluna başvurunun zorunlu olup olmadığının tayininde dikkate alınmaz³³. Buna karşılık, 13. Hukuk Dairesi kararlarında parasal sınırın aşıp aşılmadığında işlemiş faiz dâhil olmak üzere değerlendirme yapılması gerektiğini benimsemiştir³⁴.

31 HUMK m. 1/2'nin kaldırılmasının eleştirisi ve müddeabihin değerinin belirlenmesine yönelik ortaya çıkardığı meseleler hakkında bkz. **Karlı, Abdurrahim**: Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2014, s. 176, 185, 186, 198.

32 **Kuru**, Medenî Usul El Kitabı, s. 1342, 1391. "Kesinlik sınırı kamu düzeni ile ilgilidir. Temyiz kesinlik sınırı belirlenirken yalnız dava konusu edilen taşınır malın veya alacağın değeri dikkate alınır. Faiz, icra (inkar) tazminatı, vekalet ücreti ve yargılama giderleri hesaba katılmaz." 9. HD, 14.4.2015, 6602/14362 (İBD 2015/5, s. 297, 298). İstinaf sınırı belirlenirken faiz ve icra-inkâr tazminatının hesaba katılması gerektiğine ilişkin karşı yönde bkz. **Umar, Bilge**: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 985; **Karaaslan, Varol**: Kanun Yolları Sistemine Eleştirel Bir Bakış, Legal MİHDER C. 15 S. 43 2019/1, s. 450; **Budak/Karaaslan**, § 22 N. 24. Yazarlar, HUMK m. 1/2 hükmüne benzer bir kanun hükmünün HMK'nın kanun yolları hükümleri arasında konulmasını önermektedirler.

33 **Ermenek**, Hakem Heyetleri, s. 571; **Yeşilova**, s. 124; **Tutumlu**, Tüketici Hakem Heyetleri, s. 60 özellikle dn. 50; **Aydoğdu, Murat**: Tüketici Kılavuzu-Hukuk Rehberi, İstanbul 2014, s. 213; **Taşpınar Ayyaz, Sema**: Tüketici Hakem Heyetlerinin İşleyişi ve Sorunlar, Tüketici Hukuku Konferansı (Editör: Aksoy, Hüseyin Can), Ankara 2016, s. 300; **Yılmaz/Yardım**, s. 1139; **Özsöker, Gökberk**: Tüketici Hakem Heyetleri, Ankara 2019, s. 113-114; **Yağbasan**, s. 83, 84. Karşı yönde bkz. **Koçyiğit**, s. 131-132; **Yerkaya, Kübra**: Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yargılama Usulü, İstanbul 2018, s. 44-45.

34 "Mahkemece, dava değeri 3.037,21 TL olarak gösterilmesi nedeniyle dava tarihi itibarıyla 6502 sayılı yasanın 68/1. maddesine göre 2.200,00 TL ile 3.300,00 TL arasındaki uyumsuzluklarda İl Tüketici Hakem Heyetine başvurunun zorunlu olması

Parasal sınırın aşılp aşılmadığına dair diğer bir belirsizlik de alacağın bir kısmı hüküm altına alınmak istendiğinde ve alacağın meblağının talep tarihinde tam ve kesin olarak belirlenemediğinde kendisini gösterecektir. Bu durumda acaba alacağın tamamına bakılarak tüketici mahkemesinde dava açmadan evvel arabuluculuk yoluna mı yoksa talep sonucu parasal sınırın altında kaldığı için tüketici hakem heyetine mi başvurulacaktır? Konu, kısmi ve belirsiz alacak davası bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

HUMK döneminde kısmi davada görevli mahkeme HUMK m. 4'te düzenleniyordu. Dava edilen, tamamı çekişmeli olan alacağın son kısmı değilse, alacağın tamamı dikkate alınıyordu. HMK'da benzer bir düzenlemeye istinaf ve temyiz sınırında yer verilerek alacağın tamamının esas alınacağı hükme bağlanmıştır (HMK m. 341/3; 362/2). Alacağın bir kısmı hüküm altına alınmak istendiğinde, talebin zorunlu arabuluculuğa tâbi olup olmadığı, anılan düzenlemeler ışığında değerlendirilmelidir. Buna göre, tamamı parasal sınırın üzerinde bulunan alacağın şimdilik bir kısmı hakkında karar verilmesi isteniyorsa, talep edilen meblağ parasal sınırın altında kalsa bile tüketici hakem heyetine başvurulamaz³⁵. Talep kısmi de olsa zorunlu arabuluculuğa tâbi olup doğrudan tüketici mahkemesinde de dava açılmaz³⁶.

ve bu hususun dava şartı olması nedeniyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir. Dosyanın incelenmesinde, eldeki itirazın iptali davasına konu Bursa 13. İcra Müdürlüğü'nün 2015/1648 E. sayılı dosyasında davacı tarafından 3.037,21 TL asıl alacak olmak üzere toplamda 3.366,59 TL üzerinden davalı aleyhine icra takibi başlatıldığı, itiraz üzerine duran takip sonucu açılan bu davada ise davacı tarafından dava değerinin 3.366,59 TL gösterilerek ve harcı yatırılarak açıldığı anlaşılmaktadır. O halde, dava değeri göz önüne alındığında Hakem Heyeti görev sınırı olan 3.300,00 TL'nin üzerinde kalmakta olup uyuşmazlığın çözümünde Tüketici Mahkemeleri görevlidir." 13. HD, 19.12.2017, 731/12841 (E-Uyar). Aynı yönde bkz. 13. HD, 20.10.2017, 2016/961 E. 2017/9792 K. (E-Uyar); 13. HD, 11.10.2017, 2015/41885 E. 2017/9409 K. (E-Uyar).

35 **Taşpınar Ayvaz**, İşleyiş ve Sorunlar, s. 299; **Koçyiğit**, s. 127; **Akıpek Öcal/Yıldırım/Ermenek/Kutlay**, s. 139. Tüketici hakem heyetinin görev sınırı içinde kalmak şartıyla fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak kısmi alacak başvurusunda bulunulabileceği, hakem heyetindeki uyuşmazlık çözümünde ıslah yoluna da başvurulabileceği yönünde bkz. **Yağbasan**, s. 101, 102. Tahkikat sonucunda tüm alacağın parasal sınırın altında kaldığı tespit edilirse, tüketici mahkemesince dava usûlden reddedilir (**Tutumlu, Mehmet Akif**: Kısmi Dava ile Belirsiz Alacak Davasının Tüketici Mahkemesiyle Tüketici Hakem Heyeti Arasındaki Görev İlişisine Etkisi, Terazi Mayıs 2019, s. 1069).

36 HUMK m. 4 hükümlerinin göz önünde tutmanın uygun olacağı yönünde bkz. **Yeşilova**, s. 124.

Alacağın tamamı parasal sınırın üzerindeyse zaten tüketici hakem heyetine kısmi alacak başvurusu yapılmasına Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 6/3 uyarınca izin verilmemiştir³⁷. Anılan hüküm uyarınca başvurunun, tek bir uyuşmazlıkla ilgili olması ve uyuşmazlık konusunun bu maddede belirtilen parasal sınırları aşması hâlinde, sınırları aşan kısımdan feragat edilerek tüketici hakem heyetine başvuru yapılabilir. Kaleme alınma şekli pek çok açıdan eleştiriye açık olan bu hükümle esasen tüketici halem heyetinin –feragat edilmedikçe– alacağın parasal sınıra kadar olan kısmını kara-ra bağlaması engellenmiştir³⁸.

Ayıplı araçtaki değer kaybı, banka tarafından kesilen ve müşteriye iade edilmesi gereken kredi masrafını tüketicinin meblağ olarak bilmemesi örneklerinde olduğu gibi alacağın miktarının tam ve kesin olarak belirlenemediği hâllerde belirlenebilen kısım (geçici talep sonucu) parasal sınırın altındaysa arabuluculuğa başvurunun zorunlu olup olmadığı çözümü oldukça güç, kanımızca düzenleme yapılmasına ihtiyaç bulunan bir mesele arz etmektedir. Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 22/1 c. 2 ve 3'te bu konuda açık bir düzenleme sevk edilmiştir. Başvurunun yapıldığı tarihte uyuşmazlık miktarının tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, başvuru sahibinin hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktarı belirtmesi ve inceleme sürecinde uyuşmazlık miktarının bilgi veya belgelerle tam olarak tespit edilmesi hâlinde, talep edilen miktardan daha fazlasına veya daha azına tüketici hakem heyetince karar verilebilir. Verilen kararın her hâlükârda 6. maddede belirtilen parasal sınırlar dâhilinde olması gerekir. Anılan düzenlemeye göre talep parasal sınır altında kaldığı için hakem heyetine başvurulsa, yapılan inceleme neticesinde alacağın parasal sınırın üzerinde olduğu anlaşılırsa yine aynı Yönetmelik m. 6 f. 3 ve 5 uyarınca talep iade edilecektir. Tahkikat sonucunda belirli hâle gelecek alacağın parasal sınırın üzerine çıkma ihtimaline binaen önce zorunlu arabuluculuk yoluna başvurulup, ardından tüketici mahkemesine dava açılırsa, fakat alacağın parasal sınırın altında olduğu anlaşılırsa dava usûlden reddedilecektir³⁹.

37 **Tutumlu**, Tüketici Hakem Heyetleri, s. 64.

38 Hükümün eleştirisi için bkz. **Erişir**, Tüketici İşlemleri, s. 65.

39 **Erişir, Evrim**: Belirsiz Alacak Davasının Tüketici Hukukunda Gösterdiği Özellikler, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım (Editörler: Ha-

Görüleceği üzere, her iki ihtimalde de alacaklı iradesi dışında yanlış merciye başvurmış sayılabilmekte, alacağı parasal sınırın altında ise boş yere arabuluculuk yoluna başvurmaya mecbur tutulmaktadır. Belirlenebilen kısım parasal sınırı aşmıyorsa düzenleme yapılana değin kanımızca Yönetmelik hükmüne uygun olarak tüketici hakem heyetine başvurulmalıdır⁴⁰.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi zorunlu arabuluculuğun ihdasından önce konuya ilişkin bir kararında⁴¹ anılan Yönetmelik hükmüne rağmen geçici talep sonucu parasal sınırın altındaysa yine de tüketici mahkemesinde dava açılması gerektiğini içtihat etmiştir. Böylece belirsiz alacak davası, münhasıran mahkemelerce görülebilecek bir tüketici davası olarak kabul edilmiş, tüketici hakem heyetine belirsiz alacak başvurusunda bulunulmasına izin verilmemiştir. Buna karşılık Hukuk Genel Kurulu 2020 yılında verdiği bir kararında⁴² talep sonucunda gösterilen meblağ parasal sınırın altındaysa, tüketici hakem heyetine başvurulması gerektiği sonucuna varmıştır.

mamcıoğlu, Esra/Uzun Kazmacı, Özge/Yardım, M. Ertan/Karamanlioğlu, Argun/Sayın Zeliha Gizem, Ankara 2016, s. 100; **Tutumlu, Mehmet Akif**: Belirsiz Alacak Davasında Görevli Mahkemenin Hangi Ölçüte Göre Belirleneceği – Tüketici Uyuşmazlıklarında Görev Sorunları ve Çözüm Yolları, Terazi Kasım 2020, s. 2384.

40 Aynı yönde bkz. **Özsöker**, s. 113. Geçici talep sonucu hakem heyetlerine başvuru sınırının altında olsa dahi tüketici mahkemesinin davaya bakması gerektiğine ilişkin karşı yönde bkz. **Taşpınar Ayvaz**, İşleyiş ve Sorunlar, s. 299; **Akkan, Mine**: Pekanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. I, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 193.

41 “(...) ayıplı araç satışı nedeniyle, araçtaki değer kaybının davanın açıldığı tarihte davacı tarafından tespiti mümkün olmadığından ve bunun tespiti ancak mahkemece yaptırılacak bilirkişi incelemesi ile mümkün olduğundan dava dilekçesinde bu alacağın 2.000,00 TL’lik kısmının talep edildiği gerekçesiyle tüketici hakem heyetinin görevli olduğundan bahisle davanın usulden reddine karar verilemez.” 13. HD, 6.4.2016, 4128/9678 (Legalbank).

42 “Tüketicinin belirleyebildiği ve bu suretle dilekçesinde gösterdiği asgari miktar TKHK’nın 68., ilgili Yönetmelik’in 6. maddesinde düzenlenen parasal sınır dâhilindeyse başvurunun kanunun amacına uygun şekilde öncelikle tüketici hakem heyetleri nezdinde yapılması gerekir. Aksi yönde bir kabul, kanun koyucunun belli parasal sınırlar için zorunlu çözüm yeri olarak öngördüğü tüketici hakem heyetlerini işlevsiz hâle getirerek, belirsiz alacak davası olarak açıldığı belirtilen her ihtilafın mahkemeler önüne getirilmesine ve bu suretle kanun koyucunun amacına aykırı şekilde mahkemelerin iş yükünün artmasına, uyuşmazlıkların daha geç çözümlenmesine yol açacaktır. Nitekim bu husus Kanun’un 72. ve 84. maddelerine dayanılarak tüketici hakem heyetlerinin usul ve esaslarına ilişkin yönetmeliğin hazırlanması sırasında da dikkate alınmış ve 22. maddede açıkça düzenlenmiştir.” HGK, 4.3.2020, 2017/13-551 E. 2020/239 K. (Lexpera). Hukuk Genel Kurulu’nun kararına konu olan diğer

II. Parasal Sınırın Aşıldığında Hataya Düşülmesi

Talebin miktar veya değerinin parasal sınırın üzerinde olduğundan hareketle arabuluculuk yoluna başvurulmuş, tarafların anlaşamaması üzerine tüketici mahkemesinde dava açılmış olmasına karşın, mahkemece ön inceleme aşamasında talebin parasal sınırı aşıldığı gerekçe gösterilerek dava usûlden reddedilebilir⁴³. Örneğin, alacağının miktar veya değerini tam ve kesin olarak belirleyemeyen tüketici, tahkikat sonunda belirli hâle gelecek alacağının tamamının parasal sınırı aşacağı öngörüsüyle önce arabuluculuk yoluna başvurmuş, ardından tüketici mahkemesinde belirsiz alacak davası açmış olsun. Hukuk Genel Kurulu'nun yukarıda⁴⁴ belirtilen 2020 tarihli kararına itibar eden tüketici mahkemesi, tüketici mahkeme-leri ile tüketici hakem heyetleri arasında gönderme prosedürü (HMK m. 20) öngörülmediğinden⁴⁵ davayı usûlden reddederse, tüketicinin bu sefer hakem heyetine başvuruda bulunulması gerekecektir. Görüleceği üzere, parasal sınırın aşıldığında hataya düşülmesi boş yere arabuluculuk yoluna başvurulmasıyla sonuçlanacaktır. Açıktır ki, uyuşmazlık konusu işlem tüketici işlemi niteliğini haiz olmakla birlikte parasal sınırın aşıldığında hataya düşülmesi, hak arayana gereksiz zaman ve masraf kaybına uğrama rizi-kosu ile karşı karşıya bırakacaktır.

bir olayda tüketici, parasal sınırın altında kalan talebini tüketici mahkemesinde dava etmiş, dava devam ederken ıslahla talebini arttırmıştır. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir. Özel Daire tarafından karar, talebin parasal sınırın altında kalması gerekçe gösterilerek bozulmuştur. İlk derece mahkemesince yaklaşık kira kaybının davanın açıldığı tarihte davacı tarafından tespiti mümkün olmayıp ancak mahkemece yapılacak bilirkişi incelemesi sonucunda tespit edilebileceğinden görevin tüketici mahkemesine ait olduğu, benzer kararlar Özel Dairece onanmışken yazılı gerekçe ile bozma kararı verilmesinin hukuk güvenliğine zarar verdiği belirtilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir. Hukuk Genel Kurulu, uyuşmazlığın miktar itibarı ile tüketici hakem heyetinin görev sınırı dâhilinde olduğu gerekçesiyle direnme kararını bozmuştur, bkz. HGK, 29.11.2018, 2017/13-1707 E. 2018/1805 K. (Legalbank).

43 Tüketici mahkemesince davanın kısmen kabulüne karar verilecek kısım parasal sınırın altında kalıyorsa, kanımızca alacağın parasal sınırın altında kaldığı gerekçe gösterilerek dava usûlden reddedilemez. Parasal sınırın aşılp aşılmadığında hükmedilen değil, talep edilen alacak esas alınmalıdır.

44 Bkz. yuk. C, I.

45 HMK m. 20'nin kıyasen uygulanamayacağına ilişkin bkz. **Budak, Ali Cem:** 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Hakem Heyetleri, DÜHFD C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, İzmir 2015, s. 87.

III. Parasal Sınırın Aşılmadığında Hataya Düşülmesi

Talebin miktar veya değerinin parasal sınırın altında olduğundan hareketle tüketici hakem heyetine başvurulmuş, fakat hakem heyetince talebin parasal sınırın üzerinde olduğu sonucuna varılmışsa, Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 6/5 uyarınca başvurunun iadesine karar verilecektir⁴⁶. Tüketici hakem heyetlerinin tüm kararlarına karşı tüketici mahkemesinde itiraz yoluna başvurulabilir (TKHK m. 70/3). Başvuru sahibi söz konusu iade kararına karşı şüphesiz itiraz edebilir. İtiraz üzerine tüketici mahkemesince verilen karar kesindir (TKHK m. 70/5); istinaf kanun yoluna başvurulamaz. Tüketici mahkemesi iade kararını hukuka uygun bularak itirazı reddederse, davaya kendisinin bakması gerektiğini tescil etmiş olur. Bu durumda tüketici hakem heyetine başvuran yeni bir dava açma lüzumuna sokulmaksızın tüketici mahkemesinin aynı dosya üzerinden işin esasına girip inceleme yapması tartışmaya değer olmakla beraber⁴⁷, henüz arabuluculuk yolu denenmediği, dolayısıyla dava şartı tekemmül etmediği için itirazı reddetmekle yetinecektir. Bu karar üzerine arabuluculuk yoluna başvurulduğunda arabulucunun talebin miktar veya değerinin parasal sınırı aşıp aşmadığını değerlendiremeyeceği, kararın onun bakımından da bağlayıcı olduğu açıktır.

46 Önceki THH Yön. m. 5/4'e göre başvuruların doğrudan ilgili merciye intikal ettirilmesi öngörüliyordu. Tüketici mahkemesinin görevine giren bir konuda il veya ilçe hakem heyetine başvurulmuşsa, hakem heyetinin bu başvuruyu kendiliğinden tüketici mahkemesine intikal ettireceği ifade ediliyordu (**Pekcanıtez, Hakan**: Tüketici Sorunları Hakem Heyeti, İzBD Temmuz 1996, s. 48; **Ulukapı, Ömer**: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Tüketici Mahkemeleri), Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, Konya 1996, s. 83). Hakem heyetinin bu durumda görevsizlik kararı vermesi gerektiği yönünde bkz. **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 158. Usûlden ret kararı verilmesi gerektiği yönünde bkz. **Yılmaz/Yardım**, s. 1129.

47 Tüketici hakem heyetinin parasal sınırın altında kaldığından bahisle esas hakkında verdiği karara karşı itiraz yoluna başvurulmuş, tüketici mahkemesince uyuşmazlığın değeri itibarıyla tüketici mahkemelerinde görülmesi gereken bir uyuşmazlık olduğuna kanaat getirmişse, hakem heyeti kararının iptal edilip yargılama yapılması gerektiği yönünde bkz. **Yardım, M. Ertan**: Tüketici Hakem Heyeti Kararlarının İcrası ve İtiraz Yolu (4077 Sayılı TKHK ile 6502 Sayılı TKHK'nın Karşılaştırılması), Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım (Editörler: Hamamcıoğlu, Esra/Uzun Kazmacı, Özge/Yardım, M. Ertan/Karamanlioğlu, Argun/Sayın Zeliha Gizem), Ankara 2016, s. 122.

Başvurusu tüketici hakem heyeti tarafından iade edilen tarafın, itiraz etmeyip tüketici mahkemesinde de dava açamayacağı için derhal arabuluculuk yoluna başvurması ihtimalini de değerlendirmek gerekir. Arabuluculuk müzakerelerinin başarısızlıkla sonuçlanmasının ardından dava açıldığında tüketici mahkemesi, talebin bilakis parasal sınırın altında kaldığı sonucuna vararak davayı usûlden reddedebilir mi? Tüketici hakem heyetinin itiraz yoluna başvurulmayarak kesinleşen kararları taraflar bakımından bağlayıcıdır (TKHK m. 70/1). Acaba kesinleşen bu karar kesin hükme benzer bir etki doğurup tüketici mahkemesini de bağlar mı? Yargıtay'a göre itiraz yoluna başvurulmayıp karar kesinleşirse, aleyhine karar verilen tüketici mahkemesinde menfi tespit veya istirdat davası açamaz⁴⁸. Şu hâlde, mahkeme olmayıp yargılama yapmasa da tüketici hakem heyetinin esas yönünden kesinleşen kararının kendisine özgü bir kesinliğinin bulunduğu⁴⁹, karara adli hakikat nazarıyla bakılarak onun kesin hükme denk bir etkiye sahip olduğu söylenebilir⁵⁰. Tüketici hakem heyetlerince karara bağlanan uyuşmazlıklarda tüketici mahkemelerinin zaten yargı yetkisinin bulunmadığı argümanı da bu içtihadı desteklemektedir⁵¹.

48 11. HD, 31.10.2017, 2900/5921 (Legalbank); 19. HD, 31.1.2018, 2017/2502 E. 2018/275 K. (Lexpera).

49 **Erişir**, Tüketici İşlemleri, s. 80, 81.

50 **Budak**, s. 94; **Yağbasan**, s. 105. Tüketici hakem heyeti kararlarına kesin hüküm etkisini bahşetmenin mümkün olmadığını belirten **Yeşilova**, buradaki bağlayıcılığın, ancak yeni bir sözleşme kadar değerli ve güçlü olduğu sonucuna varmaktadır (s. 128). Kararların kesin hüküm teşkil etmeyeceği yönünde ayrıca bkz. **Tutumlu**, Tüketici Hakem Heyetleri, s. 38. Tüketici hakem heyetinin mecburi tahkim olduğunu savunan **Ermenek**'e göre ise kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder (**Ermenek**, Hakem Heyetleri, s. 616, 617). Aynı yönde bkz. **Atalı**, Değerlendirme, s. 407, 412; **Yılmaz/Yardım**, s. 1163, 1164. Hakem heyeti kararlarının tekrar dava konusu yapılmasına izin verdiğini ileri sürmenin mümkün olmadığını belirten **Taşpınar Ayyavaz**, hukuki statüsü ve niteliği açıkça ortaya konulmamış bir tüketici kuruluşunun kararlarına kesin hüküm gücü atfedilemeyeceğini ifade etmektedir (**Taşpınar Ayyavaz**, İşleyiş ve Sorunlar, s. 293).

51 Bu konuda bkz. **Yeşilova**, s. 129; **Erişir**, Tüketici İşlemleri, s. 53, 100; **Koçyiğit**, s. 122-123. Tüketici hakem heyetine başvuru zorunluluğunun HMK m. 115/2 1. tümce anlamında özel bir dava şartı olduğu değerlendirmesi için bkz. **Taşpolat Tuğsavul**, s. 85; **Budak**, Hakem Heyetleri, s. 84, 85; **Dür**, s. 305 dn. 72; **Topuz, Gökçen**: Tüketici Mahkemeleri, Ankara 2018, s. 82, 84; **Özbek**, Uyuşmazlık Çözümü, s. 971; **Selçuk**, s. 1194-1195 dn. 90.

Hakem heyeti kararlarının itiraz süresi geçtikten sonra tüketici mahkemesinde hukuki kontrolünün yahut meselenin yeniden tahkikinin mümkün olmaması esas yönünden verilen kararlar içindir. Buna karşılık, tüketici hakem heyetinin tüketici mahkemesine yargı yetkisi veren kararları için de aynı bağlayıcılık kanımızca söz konusu değildir. Tüketici mahkemesinde dava açılması gerektiğine ilişkin itiraz yoluna başvurulmayarak kesinleşen hakem heyeti kararı tüketici mahkemesini bağlamaz. Mahkeme bir dava şartı olan talebin parasal sınırın altında kalıp kalmadığını re'sen inceler; kalıyorsa davayı usûlden reddeder. Kanun yolu denetiminden geçsin veya geçmesin kesinleşen usûlden ret kararı, yeniden tüketici hakem heyeti başvurulduğunda hakem heyetini bağlar. Hakem heyeti ilk kararında ısrar edemez.

Tüketici mahkemesinin talebin miktar veya değerinin parasal sınırın altında kaldığından bahisle davayı usûlden reddedebilecek olması ihtimaline binaen tüketici hakem heyetinin başvurunun iadesi kararına karşı tüketici mahkemesinde itiraz yoluna başvurulması, süreçteki belirsizliği aşmak bakımından tercihe şayandır.

Yukarıda⁵² alacağın miktar veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenemediği ve geçici talep sonucunun parasal sınırın altında kaldığı hâllerde başvuru merciinin belirlenmesindeki güçlük üzerinde durulmuştu. Hukuk Genel Kurulu'nun 2020 tarihli içtihadı takip edildiğinde, alacaklı önce tüketici hakem heyetine başvuracak, yapılan inceleme sonunda alacağın parasal sınırı aştığı tespit edildiğinde, talep iade edilecektir. Bunun üzerine alacaklı önce arabuluculuk yoluna başvuracak, anlaşma sağlanamazsa, tüketici mahkemesinde dava açacaktır.

Parasal sınır esasının net bir biçimde düzenlemeyişinin süreci ne denli karmaşıktırdığı, hakka ulaşmayı ne denli geciktirme ve gereksiz masraf yapma riskinin olduğu, parasal sınırın aşılmadığına nazaran aşıldığında hataya düşüldüğünde çok daha belirgindir. Tüketici hakem heyetleri ile tüketici mahkemeleri arasındaki ilişkinin doğru bir temele oturtulamayışının

52 Bkz. yuk. C, I.

ortaya çıkardığı sorunlara⁵³ şimdi bir de zorunlu arabuluculuk eklenmektedir. Arabuluculuğun anılan sorunlar çözüme kavuşturulmadan sisteme dâhil edilmesinin en başta kendisinin işlerliğini ve güvenilirliğini olumsuz yönde etkileyeceği kanaatindeyiz.

IV. Münhasıran Mahkemelerce Görülebileceği Kabul Edilen Tüketici Davaları

Tüketici hakem heyetinin faaliyet alanı talebin miktar veya değeri dışında başka bir kritere göre sınırlandırılmamıştır. Buradan hareketle kanımızca tüketici hakem heyetleri her türlü uyuşmazlığı çözümleyip her türlü kararı verebilir⁵⁴. Fakat yargı kararlarında bazı uyuşmazlıkların tüketici hakem heyetlerince çözüme kavuşturulamayacağı, talep parasal sınırın altında olsa dahi tüketici mahkemesinde dava açılması gerektiği benimsenmiştir. Tüketici hakem heyetlerinin mahkeme olmadıklarını, kanunlarımızda münhasıran mahkemelerce karara bağlanacağı belirtilen davaların olduğunu temel çıkış noktası kabul eden söz konusu yargı kararlarına Önceki TKHK'nin yürürlükte olduğu dönemde verilen bir Hukuk Genel Kurulu kararı kaynaklık etmektedir⁵⁵. Bu kapsamdaki uyuşmazlıklar için “*münhasıran mahkemelerce görülecek tüketici davası*” kategorisinden söz edilebilir⁵⁶.

53 Tüketici hakem heyetlerinin hukukî niteliğinin açık bir şekilde Kanunda belirtilmemiş olmasının, bu alanda ortaya çıkan sorunların en başta gelen nedenlerinden birisi olduğu değerlendirmesi için bkz. **Atalı**, Değerlendirme, s. 405, 415; **Taşpınar Ayvaz**, İşleyiş ve Sorunlar, s. 298, 305-306; **Taşpınar Ayvaz, Sema**: Tüketici Hakem Heyetlerinin Hukukî Niteliği, Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, Ankara 2018, s. 45. **Ermenek**'in “*kanun koyucu adeta başında hâkim olmayan özel bir mahkeme yaratmıştır.*” tespiti (**Ermenek**, Hakem Heyetleri, s. 626), tüketici hakem heyetlerinin üzerine bina edildiği zeminin ne kadar çürük olduğunu anlamlı bir biçimde ortaya koymaktadır.

54 **Erişir**, Tüketici İşlemleri, s. 57-58.

55 “4077 Sayılı Kanun kapsamında bulunan bir uyuşmazlıkta, asıl olan tüketici mahkemesinin görevli olmasıdır. TSHH'ne zorunlu olarak başvuruyu düzenleyen kanun hükmü, uyuşmazlığın değeri bakımından bir sınırlamayı içermektedir. Bunun anlamı, TSHH'nin görev alanının dar, tersine tüketici mahkemelerinin görev alanının ise daha geniş olduğudur. Göreve dair bir belirsizlik ve tereddüt halinde istisnai kanun hükümlerinin dar yorumlanması gerektiğine dair hukukun genel ilkesi uyarınca, tüketici lehine ve TSHH'nin görevinin sınırlı olduğu gözetilerek, tüketici mahkemesinin görevli olduğunu kabul etmek gerekir.” HGK, 28.3.2012, 13-23/255 (Kazanıcı).

56 “6502 sayılı Yasanın hakem heyetlerine zorunlu başvuruyu düzenleyen kanun hükmü ve yasanın genel amacı gözetildiğinde THH'lerini sadece uyuşmazlığın değeri

Münhasıran mahkemelerce görülmesi gerektiği kabul edilen davaların başında itirazın iptali davası (İİK m. 67) gelmektedir. Yalnız tüketici işlemlerinden doğan ve parasal sınırın altındaki alacaklar için İİK uyarınca yapılan genel haciz yoluyla takiplerde değil, aynı zamanda 7155 sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usûlü Hakkında Kanun m. 7/3 c. 2’de duran takipler hakkında İİK hükümlerinin uygulanacağı belirtildiğinden bu Kanun kapsamındaki ilâmsız takiplerde de⁵⁷, ödeme emrine itiraz üzerine itirazın iptalinin tüketici hakem heyetinden mi yoksa tüketici mahkemesinden mi isteneceği açık değildir. Konu doktrinde tartışmalıdır⁵⁸. Yargı kararlarında da birlik bulunmamaktadır.

Yargıtay 3 ve 13. Hukuk Dairesi İİK m. 67’de “*mahkeme*” sözcüğü kullanıldığı için tüketici hakeme heyetinden itirazın iptaline ve takibin devamına karar verilmesinin istenemeyeceği içtihat etmişti⁵⁹. Hatta bu kararlarda pa-

açısından bir sınırlamaya tabi tutmayıp diğer kanunlardaki düzenlemelerle karşılaştırıldığında dava çeşidi açısından da sınırlamaya tabi tuttuğu kabul edilmelidir.” 3. HD, 18.3.2015, 4623/8731 (E-Uyar).

57 Bu takip yolunda takibin kesinleşmesinin genel haciz yoluyla takiple aynı olduğuna ilişkin bkz. **Özekes, Muhammet**: Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Yeni Takip Yolu (7155 Sayılı Kanun’un Düzenlemesi), İzBD Eylül 2018, s. 254.

58 İtirazın iptali taleplerinin tüketici hakem heyetlerinde karara bağlanabileceği yönünde bkz. **Ermenek**, Hakem Heyetleri, s. 605; **Kara, İlhan**: Tüketici Hukuku, Ankara 2015, s. 605, 621; **Erişir**, Tüketici İşlemleri, s. 57, 58; **Koçyiğit**, s. 173; **Tanrıver**, Medenî Usûl, C. I, s. 200, 201; **Topuz**, s. 18; **Özsöker**, s. 176; **Tandoğan Özbaykal, Nacihan**: Tüketici Hakem Heyetlerinde İtirazın İptali Davası Sorunu ve 7063 Sayılı Kanun Sonrasında Verilen Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S. 1, Haziran 2020, s. 479, 480, 483. İtirazın iptali davasının hakem heyetlerinde görülemeyeceği yönünde bkz. **Özbek, Mustafa**: Tüketici Hakem Heyetinin Görevine Giren Alacaklarla İlgili Olarak İlâmsız Takip Yapılamayacağına İlişkin Yargıtay Kararlarının Tahlili, Legal MİHDER C. 11 S. 31, 2015/2, s. 58, 59; **Yeşilova**, s. 120; **Taşpınar Ayvaz**, İşleyiş ve Sorunlar, s. 303, 304; **Yağbasan**, s. 112; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s.135-136, 175 dn.3; **Akipek Öcal/Yıldırım/Ermenek/Kutlay**, s. 137-138; **Tutumlu, Mehmet Akif**: Yeni İçtihatlar Göre Düşük Miktarlı İtirazın İptali Davalarının Tüketici Mahkemesine Bakılması, Terazi Mart 2019, s. 662. Bununla birlikte yazar diğer çalışmalarında itirazın iptali ve icra-inkâr tazminatı isteklerinin hakem heyetlerince karara bağlanmasına engel bir durumun olmadığını gerekçeleriyle birlikte açıklamaktadır (**Tutumlu**, Tüketici Hakem Heyetleri, s. 64-70. **Tutumlu, Mehmet Akif**: 7063 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hakem Heyetlerinin Görev Alanı ve İtirazın İptali Sorunu, Terazi Şubat 2018, s. 149).

59 “İtirazın iptaline ilişkin istem hakkında karar verme yetkisi mahkemede olduğuna ve tüketici hakem heyetinin mahkeme niteliğinde olmadığına göre tüketici hakem heyeti

rasal sınırın altındaki talep için tüketici mahkemesine de başvurulamayacağı gerekçe gösterilerek ilâmsız takip yapılamayacağı sonucuna varılmıştı⁶⁰. 7063 sayılı Kanunla TKHK m. 68/1'e " *tarafların İcra ve İflâs Kanunundaki hakları saklı olmak kaydıyla*" ifadesi eklenince içtihat yoluyla yaratılan ilâmsız takip engeli sona erse de itirazın iptali için hangi merciye başvurulacağı sorunu bâki kaldı. Yargıtay 13 ve 19. Hukuk Dairesi'nin bu gelişmeden sonraki kararları parasal sınırın altındaki bir ilâmsız takibe itiraz üzerine tüketici mahkemesinde itirazın iptali davası açılmayacağı yönünde iken⁶¹, sonradan 19. Hukuk Dairesi içtihadından dönmüş⁶², 3. Hukuk Dairesi'nin⁶³ ve

itirazın iptali olarak önüne gelen olayları alacak şeklinde karara bağlamak ve kendilerine yapılan başvuruları her halükarda kabul etmek zorundadır." 3. HD, 18.3.2015, 4623/8731 (Legalbank). Aynı yönde bkz. 13. HD, 18.3.2015, 10571/8738 (Kazancı).

60 7063 sayılı Kanun öncesinde tüketici hakem heyetine başvurmadan icra takibi yapılamayacağı yönünde bkz. **Özbek**, İlâmsız Takip, s. 48, 49, 54, 55; **Yılmaz, Ejder**: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. I, 3. Baskı, Ankara 2017, s.165. İlâmsız takip yapılabileceği yönünde bkz. **Taşpınar Ayvaz**, İşleyiş ve Sorunlar, s. 303, 304; **Erişir, Evrim**: Tüketici Hakem Heyetine Başvuru Zorunluluğu Bulunan Taleplerde İlâmsız İcra Yolunu Kapatın Yeni Yargıtay İçtihatlarının Düşündürdükleri, 5. Tüketici Hukuku Kongresi, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016, (Editörler: Tokbaş, Hakan/Üçışık, H. Fehim), Ankara 2016, s. 613 vd.; **Akkan**, s. 195; **Yılmaz/Yardım**, s. 1131, 1132. Parasal sınırın takip koşulu olmadığı yönünde ayrıca bkz. **Ermenek**, Hakem Heyetleri, s. 606, 607; **Kara**, Tüketici Hukuku, s. 605. Devlet yargısının ertelendiği dikkate alındığında, para alacaklarına özgü usûllerin (ilâmsız icra takiplerinin) varlığının muhafaza edilmesini beklemenin mümkün olmadığını, her nasılsa başlatılmış bir ilâmsız takibe devam edilemeyeceğine ilişkin bkz. **Yeşilova**, s. 120. 7063 sayılı Kanun ile yapılan düzenlemenin tüketici ile girişimci arasındaki güç eşitsizliğinin daha da bozulmasına neden olduğuna ilişkin bkz. **Ermenek**, Zayıf Tarafın Korunması, s. 54.

61 13. HD, 15.5.2017, 5270/6010 (E-Uyar); 19. HD, 21.6.2017, 2016/9594 E. 2017/5273 K. (E-Uyar); 19. HD, 18.9.2017, 2016/11991 E. 2017/5987 K. (E-Uyar).

62 19. HD, 15.11.2018, 2016/20066 E. 2018/5818 K. (E-Uyar).

63 "7063 Sayılı Kanun değişikliği sonrasında ise tüketici kanunun kapsamındaki uyuşmazlıklarda tüketici işleminin tarafları bakımından İcra ve İflâs Kanunundaki hakları saklı olmak kaydıyla belli değerlerin altındaki uyuşmazlıklar için Tüketici Hakem heyetlerine başvuru zorunluluğu, belli miktarların üzerindeki uyuşmazlıklarda bu heyetlerin görevli olmadıkları belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre ise uyuşmazlık taraflarının THH ne başvuruda zorunluluk teşkil eden miktarlar içindeki uyuşmazlıklarda İcra İflâs kanundaki İlâmsız / genel haciz yolu ile icra takibinde bulunup borçlunun itirazı üzerine alacaklının icra takibinin devamını sağlamak için ise İİK m. 67/1 uyarınca "Mahkemeye" başvuruda bulunabileceğinden itirazın iptali talepli olarak Tüketici Mahkemelerine dava ile başvuru yolu açılmıştır. Bu durumda, davacı itirazın iptali davası açabileceğinden mahkemece davanın reddine karar verilmesi

Hukuk Genel Kurulu'nun⁶⁴ kararlarıyla birlikte İİK m. 67'de "*mahkeme*" sözcüğü kullanıldığı için tüketici hakeme heyetinden itirazın iptaline ve takibin devamına karar verilmesi istenemeyeceği yönünde uygulama istikrar kazanmıştır. Anayasa Mahkemesi de 2019 yılında verdiği bir kararında⁶⁵ itirazı iptali davası için tüketici mahkemesine işaret etmiştir.

Benzer şekilde 13 ve 19. Hukuk Dairelerinin içtihatlarına⁶⁶ göre parasal sınırın altındaki bir alacak için derdest bir ilâmsız takip devam ederken İİK m. 72 uyarınca menfi tespit davası tüketici hakem heyetinde değil, tüketici mahkemesinde açılabilir.

Münhasıran mahkemelerce görülecek tüketici davalarında parasal sınırın altındaki talepler için tüketici hakem heyetine başvuruyu zorunlu tutan TKHK m. 68/1 hükmü uygulanmayacak, bunun sonucunda tüketici mahkemelerinin yargı yetkisinin bulunduğu kabul edilecektir. Tüketici mahkemelerinde davanın görülmesi arabuluculuk yolunun tüketilmesi koşuluna bağlı

isabetli bulunmamıştır. Mahkemece, deliller değerlendirilerek itirazın iptali talebinin aydınlatılması gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir." 3. HD, 31.10.2018, 2017/871 E. 2018/10831 K. (E-Uyar).

64 "Hâl böyle olunca tüketici sorunları hakem heyetlerinin yargı organlarının ve men-suplarının Anayasa'da belirtilen niteliklerine sahip olduklarından bahsedilemeyeceğinden, hakem heyetlerinin "*mahkeme*" sayılamayacakları, bu nedenle de itirazın iptali davalarında uyuşmazlıkları çözümleme görevlerinin bulunmadığı açıktır." HGK, 6.12.2018, 2017/13-570 E. 2018/1859 K. (Legalbank).

65 "(...) itiraz konusu kuralla hakem heyetlerine başvuru yolunun kapatılması ve tüketici, satıcı ya da sağlayıcının -tercihine göre- hakem heyeti veya icra yolunu kullanma imkânının ortadan kaldırılması da söz konusu değildir. Bunun yanında bu tür uyuşmazlıklarda gerek tüketicilere gerekse satıcı ya da sağlayıcılara doğrudan icra takip yoluna başvurulabilme imkânı tanınmasının başlı başına tüketici aleyhine sonuç doğuracağı da söylenemez. Nitekim kanun koyucu 2004 sayılı Kanun'un 66. maddesinde, ilamsız icra takibine yapılan itiraz üzerine takibin durdurulacağını hükme bağlamış; 2004 sayılı Kanun'un 67. ve 6502 sayılı Kanun'un 73. maddeleri gereğince alacaklıya (tüketici, satıcı ya da sağlayıcı) da tüketici uyuşmazlıklarının esas çözüm yeri olan tüketici mahkemesinde itirazın iptali davası açma hakkı tanımıştır." Anayasa Mahkemesi, 14.11.2019, 2019/99 E. 2019/83 K. (RG 28.1.2020, S. 31022).

66 "(...) talep menfi tespit istemine ilişkin olup Tüketici Hakem Heyeti tarafından çözüme ulaştırılabilecek nitelikte de değildir." 13. HD, 10.10.2016, 8176/17895 (E-Uyar). "Somut olayda uyuşmazlık menfi tespit istemine ilişkindir. Böyle bir uyuşmazlığın yargı organlarının niteliklerine ve sıfatlarına sahip olmayan tüketici hakem heyetlerince çözüme kavuşturulması mümkün değildir." 19. HD, 8.2.2018, 2017/5506 E. 2018/508 K. (E-Uyar).

olduğuna göre, münhasıran mahkemelerce görülecek tüketici davası kategorisine dâhil uyumsuzluklar için öncelikle arabuluculuk yoluna başvurulması gerekecektir. Şu hâlde, talebin miktar veya değerinin parasal sınırın altında yer alması her zaman arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun bulunmadığı anlamına gelmez. Münhasıran mahkemelerce görülecek tüketici davaları parasal sınır esasına tâbi olmaksızın zorunlu arabuluculuğun kapsamı içindedir.

İtirazın iptali davasında olduğu gibi oturmuş bir içtihat varsa, tüketici hakem heyetinin karar veremeyeceğinde tereddüt edilmeyecek, tüketici mahkemesinin yargı yetkisi doğacağından arabuluculuğa başvuru zorunlu hâlde gelecektir. Fakat münhasıran mahkemelerce görülecek tüketici davalarının neler olduğu belirli değildir. TKHK m. 68/1 ve 83/2’de beliren kanunun amacı bu olmamakla birlikte “mahkeme” sözcüğünün geçtiği kanun hükümlerini tüketici hakem heyetlerinin uygulayamayacağı, tüketici mahkemesinde dava açmanın, öncesinde arabuluculuk yoluna başvurmanın gerekeceği genellemesi belirsizliğin aşılmasını tek başına sağlamaz. Çünkü “mahkeme” sözcüğünün kanunlarımızda yaygın bir kullanımı olup çok sayıda uyumsuzluk bu kriterle göre tüketici hakem heyetinin faaliyet alanından çıkacaktır. Örneğin, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerinde de uygulanacağından, “mahkeme” ve “hâkim” sözcüklerinin sıkça kullanıldığı (TKHK m. 11/6 ve 15/1; TBK m. 51, 52, 58/2) maddi veya manevi tazminat, meblağı parasal sınırın altında da yer alsın hakem heyetinden talep edilemeyecektir⁶⁷. Hukuk Genel Kurulu’nun Önceki TKHK döneminde verdiği 28.3.2012 tarihli kararında geçen ve yukarıda alıntılarımız *“hakem heyetlerinin görev alanının dar, tersine tüketici mahkemelerinin görev alanının ise daha geniş olduğu, göreve dair bir belirsizlik ve tereddüt halinde, istisnai kanun hükümlerinin dar yorumlanması gerektiğine dair hukukun genel ilkesi uyarınca, tüketici lehine ve hakem heyetlerinin görevinin sınırlı olduğu gözetilerek, tüketici mahkemesinin görevli olduğunu kabul etmek gerekir”* tespiti, zorunlu arabuluculuğun da mevcut olduğu yürürlükteki TKHK dönemi için tereddüt hâlinde tüketici mahkemesinin yargı yetkisinin bulunduğu, özellikle

67 Tüketici hakem heyetinin maddi ve manevi tazminata karar verebileceği yönünde bkz. **Ermenek**, Hakem Heyetleri, s. 605; **Tutumlu**, Tüketici Hakem Heyetleri, s. 64-70; **Kara**, Tüketici Hukuku, s. 621. Manevi tazminat bakımından karşı yönde bkz. İlgin, Candaş; Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin Son Uygulamalarına Göre Tüketici Hakem Heyetlerinin Görev Alanı, Terazi Haziran 2015, s. 89.

altlanacak normda “mahkeme” sözcüğünün geçtiği her durumda parasal sınırın aşılp aşılmadığı sorunu bir kenara bırakılıp öncelikle arabuluculuk yoluna başvurulmasının tavsiyeye şayan olduğu çıkarımında bulunulmasına olanak vermemektedir. Yerleşik içtihat ile giderilmediği sürece belirsizlik veya tereddüt hak arayan bakımından bâkidir. Kaldı ki, gelecekte yargı kararıyla yeni kriterler ışığında başkaca uyumsuzlukların çözümü için de yalnız tüketici mahkemeleri adres gösterilebilir yahut tüketici hakem heyetlerinin karar veremeyeceği hâllerden sarfı nazar edilebilir. Nitekim önceki TKHK m. 6’da haksız şart denetimi öngörülse de söz konusu Hukuk Genel Kurulu kararında tüketici hakem heyetlerinin haksız şart denetimi yapamayacağı belirtilmişken, kredi kurumlarının müşterilerinden aldıkları zorunlu olmayan masrafların iade etmeleri gerektiğine ilişkin kararları takiben tüketici hakem heyetlerine yapılan on binlerce başvurunun hakem heyetlerince haksız şart denetimi yapılarak sonuçlandırılmasında bir mahzur görülmemiştir.

Sözün özü, tüketici hakem heyetlerinin faaliyet alanıyla tüketici mahkemelerinin yargı yetkisinin içtihat temelli olarak da ayrıştırılması, zorunlu arabuluculuğun kapsamını doğrudan etkilemekte ve gerek arabulucuları belirsiz, hak arayanları da güvencesiz ve zaman kaybına sebebiyet verebilecek bir rejim ile karşı karşıya bırakmaktadır. Münhasıran mahkemelerce bakılabilecek tüketici davaları şeklinde bir kategori ihdas etmektense, tüketici hakem heyetlerinin parasal sınırın altındaki tüm talepleri karara bağlayacağıının kabulü, zorunlu arabuluculuğun kapsamını bir nebze olsun berrak hâle getirecektir.

Ç. Temel Sorun III: Arabuluculuğa Başvurunun Zorunlu Olup Olmadığının Arabuluculuk Faaliyeti Esnasında Ve Arabuluculuk Faaliyeti Sona Erdikten Sonra Mahkemede Ortaya Çıkarılabileceği Sorunlar

Yalnız mahkemeye veya tüketici hakem heyetine değil, arabuluculuk yoluna başvurulduğunda, hatta arabuluculuk faaliyeti sona erdikten sonra gerek tüketici mahkemesinde dava açıldığında yahut sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik şerhi talebinde bulunulduğunda talebin zorunlu arabuluculuğun kapsamı içinde kalıp kalmadığı sorun yaratmaya elverişlidir. Sorunun tüketici zorunlu arabuluculuğunda münhasır olmadığı, iş zorunlu arabuluculuğu ile ticari zorunlu arabuluculukta da gündeme gelebileceği belirtilmelidir.

Talebin miktar veya değerinin parasal sınırın üzerinde olduğundan hareketle arabuluculuğa başvurulduğunda, arabulucu gerek dosyayı Arabuluculuk Bürosundan aldıktan sonra taraflarla bir araya gelmeden önce gerekse arabuluculuk süreci devam ederken –örneğin, tarafların müzakeresi esnasında– uyuşmazlığın tüketici zorunlu arabuluculuğuna tâbi olup olmadığına tereddüt edebilir. Keza taraflardan biri –özellikle karşı taraf– işlemin tüketici işlemi olmadığını veya talebin miktar veya değerinin parasal sınırın altında kaldığını müzakereler esnasında ileri sürebilir. Arabulucunun uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığına benzer şekilde (HUAK m. 17/1-d) işlemin zorunlu arabuluculuk kapsamı içinde olup olmadığını inceleme yetkisinin olup olmadığı, varsa kapsam dışında kaldığını tespit etmesi üzerine nasıl bir tutum takınması gerektiği; yoksa başvuru sahibinin nitelendirmesi ile bağlı olarak süreci uyuşmazlığın arabuluculuğa tâbi olduğunu varsayarak mı yürüteceği belirsizdir ve sorun arz etmeye elverişlidir.

Taraflardan biri arabuluculuk süreci başladıktan sonra uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığını ileri sürmesine rağmen masada kalabileceği gibi, aynı gerekçeyle ilk toplantıya katılmayabilir yahut müzakereleri sonlandırmak isteyebilir. Arabuluculuk faaliyetinin bu gerekçeyle taraflardan birince sona erdirilmesi, müzakerelerden imtina eden tarafın ileride açılacak davada yargılama giderlerinden sorumluluğu (HUAK m. 18/A f. 11) ve arabuluculuk yolu tüketilerek dava şartının gerçekten tekemmül ettirilip ettirilmediği olmak üzere iki farklı sorunu ortaya çıkarmaktadır. Bu sorunlardan ilki fark edilerek TKHK m. 73/A'da bir düzenleme yapılmıştır. Fakat ikincisi, arabuluculuk faaliyetinden sonra açılacak davada farklı yorum ve değerlendirmelere yol açma potansiyelini taşımaktadır.

Uyuşmazlık tüketici zorunlu arabuluculuğuna tâbi olmamasına rağmen yürütülen müzakereler sonucunda tarafların anlaşmaları üzerine yöneltilen icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebini inceleyen sulh hukuk mahkemesinin ortada bir tüketici işleminin olmadığı veya tüketici işlemi olmakla birlikte talebin parasal sınırın altında kaldığı gerekçesiyle talebi reddedip reddedemeyeceği sorunu da ortaya çıkacaktır.

Bu başlık altında sözü edilen sorunlar ele alınarak bunlara açıklık getirilmeye çalışılacaktır.

I. Arabuluculuğa Başvurunun Zorunlu Olup Olmadığını Arabulucunun İncelemesi ve Uyuşmazlığın Zorunlu Arabuluculuk Kapsamı Dışında Kaldığı Kanaatine Varması Üzerine Takınacağı Tutum

Uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında olup olmadığı hukuki bir sorundur. Bu sorun, hukuki bir vasıflandırmada bulunularak çözümlenebilir. Örneğin, taraflar arasındaki sözleşmenin bir tüketici işlemi olduğu yahut olmadığı hukuki bir tespittir. Yine bir uyuşmazlığın münhasıran mahkemelerce karara bağlanabileceği yahut tüketici hakem heyetlerince de çözümlenebileceği hukuki bir değerlendirmeyi içerir. Acaba arabulucu Arabuluculuk Bürosunca görevlendirildikten hemen sonra ya da tarafları bir araya getirip arabuluculuk müzakereleri başlayınca –özellikle karşı tarafın uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında yer almadığını ileri sürmesi üzerine– inceleme yapıp hukukî tespitte bulunabilir mi? Bu soruya olumlu yanıt verilirse, arabulucu hukuki vasıflandırmada bulunduktan sonra onu arabuluculuk faaliyetinin/sürecinin devamına veya sona erdirilmesine karar verip veremeyeceğine de yanıt aranması gerekecektir.

Arabulucunun başvuru sahibinin nitelendirmesine bağlı kalıp arabuluculuk faaliyetini uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğunu varsayarak yürütmesi kanımızca mümkün değildir. Eğer uyuşmazlık zorunlu arabuluculuk kapsamı içinde değilse, taraflar iradeleri uyuşmamışken arabuluculuğa mecbur tutulmuş demektir. Oysa iradilik, arabuluculuğa ege-men olan temel ilkelerden birisidir (HUAk m. 3/1)⁶⁸. Taraflar bu süre-

68 Alternatif uyuşmazlık çözümlerinin tümüyle gönüllülük esasına göre yürüyen bir kurum olması esasının korunması, tarafların, özellikle yaptırımlar öngörülerek, bu yollara başvurusunun zorunlu kılınmaması, bu bağlamda getirilecek olan yasal bir zorunluluğun hak arama özgürlüğüne müdahale olarak dahi algılanabileceği yönünde bkz. **Tanrıver**, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, s. 154. Zorunlu arabuluculuğun ihdasından sonra iradiliğin gerçek bir ilke olmadığı hakkında bkz. **Özekes**, Arabuluculuk Mahkemeleri, s. 54. Zorunluluğun, arabuluculuğun iradeye dayanan özüne, amacına ve ilkelerine aykırı olduğuna ilişkin bkz. **Özekes**, Eleştirel Bir Yaklaşım, s. 115, 131; **Özekes/Çiftçi**, s. 102, 118. İradilik ilkesi ile zorunlu arabuluculuğun çelişkili olduğu yönünde bkz. **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 30; **Azaklı Arslan**, s. 51. Zorunlu arabuluculukta arabuluculukta kalıcılığın ve yeni sorunlar ortaya çıkmamasının temel sebebi olan iradilik ilkesinin anlam-sızlaştırıldığı tespiti için bkz. **Özekes/Atalı**, s. 87. Zorunlu arabuluculuk ile iradilik ilkesine istisna getirildiği yönünde bkz. **Özçelik**, s. 350; **Kurt Konca**, s. 2; **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 52, 53; **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 56; **Tanrıver**, Medenî Usûl, C. II, s. 296; **Toprak-**

cin içine zorla dâhil edilemezler (HUAk Yön. m. 5/1 c. 2). Uyuşmazlık tüketici zorunlu arabuluculuğu kapsamında değilse, sürece ancak taraflarca akdedilecek bir arabuluculuk sözleşmesi ile devam edilebilir. Arabulucunun iradilik ilkesinin ihlâl edilmemesi için bu konuda inceleme yapması bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁹. İnceleme için taraflardan

kaya, s. 134 vd. İradilik ilkesinin başvuru serbestisi unsurunun sınırlandırıldığına ilişkin bkz. **Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu**, s. 796. Arabuluculuk mevzuatının ihtiyari olma özelliğini bünyesinde barındırması ve gönüllülük temeli üzerine kurulması gerektiği görüşünde olan **Özmumcu**, tarafların arabuluculuğu seçip seçmeme noktasında irade özgürlüğüne sahip olması gerektiğini, zorunlu arabuluculuğun, arabuluculuğun özelliklerinden biri olan “gönüllülük” esasını bertaraf ettiği için doğru olmadığını belirtmektedir (**Özmumcu**, **Seda**: Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 301; **Özmumcu**, **Seda**: Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemi-ne Genel Bir Bakış, İÜHFEM C. LXXIV, S. 2, 2016, s. 826, 827). Uyuşmazlığın karşı tarafı ile kendi iradesi ile müzakerelere girişmeye gönüllü veya istekli olmayan tarafı bu yöneme başvurmayla zorunlu tutmanın arabuluculuğun ruhu ile bağdaşmadığı eleştirisi için bkz. **Namlı, Mert**: İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medenî Usûl Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İstanbul 2016, s. 156. Arabuluculuğun temelinde gönüllülük esasının olduğuna ilişkin bkz. **Kekeç, Elif Kismet**: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 70 vd.; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 125 vd. Tüketici uyuşmazlık çözümü özelinde konuyu değerlendiren **Özbek**’e göre ise ADR yollarına davadan önce başvurulmasının ihtiyari veya zorunlu olan bir adım şeklinde düzenlenmesi gönüllülük ilkesine uygun düşmektedir (**Özbek**, Uyuşmazlık Çözümü, s. 974, 975). Dava şartı arabuluculuğun iradilik ilkesiyle çok çelişmediğinin söylenebileceği değerlendirmesi için bkz. **Albayrak, Hakan**: Eşitlik ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu, Gaziantep Üni. Sosyal Bilimler Dergisi, C. 17 Etik Özel Sayı, s. 20. Taraflar masada kalmaya devam ettikleri sürece iradilik ilkesinin işlevini sürdüreceği, süreç sonunda anlaşmaya varılmışsa, katılım özgürlüğündeki iradilik ilkesi ihlâlinin görmezden gelinebileceği değerlendirmesi için bkz. **Dür**, s. 255-256.

- 69 HUAk’ın hazırlık çalışmaları arabulucuların hukukçu olmasının gerekip gerekmediği yoğun tartışmalara sahne olmuştur. Arabuluculuğun özel hukukun geniş bir alanını içine alacak şekilde zorunlu hâle getirilmesi, bunun sonucunda arabulucuların hukukî vasıflandırma yapmalarının gerekmesi, kanun koyucunun “*mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak*” şartını (HUAk m. 20/1-b) ihdas etmesini haklı bir temele kavuşturmuştur. Arabulucuların avukat veya avukat olarak baro levhasına kayıtlanma hakkını kazanmış kişiler olması gerektiği yönünde bkz. **Kuru**, Arabuluculuk, s. 243. Arabuluculuk mesleğinin, sadece hukukçulara hasredilmesinin de doğru bir yaklaşım biçimi olup olmadığı, bu tercihin gözden geçirilmesinin isabetli olacağı hususunda farklı bir değerlendirme için bkz. **Tanriver**, Düşünceler, s. 129. Benzer yönde bkz. **Namlı**, s. 162, 163. Fakat bu son yazar böyle bir uygulamanın ülkemizin sosyal şartları çerçevesinde çok sakıncalı sonuçları ortaya çıkarılabileceğini de belirtmektedir (dn. 27).

birinin müzakereler esnasında arabuluculuğa başvurunun zorunlu olmadığını ileri sürmesi gerekmemeli, arabulucu Arabuluculuk Bürosu tarafından görevlendirilir görevlendirilmez bu incelemeyi yapmalıdır⁷⁰. Arabulucu, incelemesi sonucunda uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığı kanaatindeyse yahut uyuşmazlığın bu kapsamda olduğunda bir açıklık olmaması nedeniyle tereddüt ediyorsa, bu durumu taraflara açıklamalıdır. Kanımızca tarafların iradeleri hilafına arabuluculuk faaliyetinin başlamış olabileceğine işaret etmek, arabulucunun aydınlatma yükümlülüğünün (HUAK m. 11) gereğidir⁷¹. Örneğin, arabulucu uyuşmazlık konusu olan avukatlık sözleşmesinin tüketici işlemi vasfını taşıyıp taşımadığının tartışmalı olduğunu, yargı kararlarında birlik bulunmadığını taraflara açıklamalıdır. Diğer yandan, 7036 sayılı Kanunla HUAK'ta yapılan değişikliklerle arabulucunun üstlendiği rolün genişletilip kolaylaştırıcı arabuluculuktan değerlendirici arabuluculuk anlayışına yaklaşıması⁷² da ara-

70 Uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında bulunup bulunmadığının arabulucu tarafından incelenebileceğine ilişkin bkz. **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 166. **Ermenek**, bir uyuşmazlığın arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kalıp kalmadığının hukukî bir vasıflandırmayı gerektirmekle, arabuluculuk alanındaki uzmanlaşma ve uyuşmazlığı çözecek arabulucunun ilgili alanda sertifikalandırılmış olması zorunluluğunun arabulucunun hukukî vasıflandırmada bulunmasını zorunlu kılmakla birlikte, arabulucunun uyuşmazlığı hukukî olarak vasıflandırma yetkisinin olmadığı, önüne gelen uyuşmazlığın arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kalıp kalmadığını kendiliğinden inceleyemeyeceği görüşünü savunmaktadır (**Ermenek**, Arabulucu, s. 1029, 1041, 1048, 1055).

71 **Ermenek**, Arabulucu, s. 1052. Arabulucunun aydınlatma yükümlülüğünün iradilik ilkesinin hayata geçirilmesindeki önemi için bkz. bkz. **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 29. Arabulucunun hukukî durumlarına etki edecek önemli olgular ile ilgili olarak da tarafları bilgilendirmesi gerekliliği hakkında bkz. **Yazıcı Tıktık**, Arabuluculuk, s. 172.

72 Kolaylaştırıcı arabuluculuk modelinde, arabulucuların taraflara hukukî bir bilgi sağlamaya yetkili olmadıkları, buna karşılık değerlendirici arabuluculukta arabulucunun taraflara tavsiyede bulunabildiği, değerlendirme yapabildiği, davanın olası sonuçlarını içeren görüşlerini bildirebildiği hakkında bkz. **Özsumcu, Seda**: Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk, İÜHF, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 1372, 1375, 1376, 1377. Yazar, iş zorunlu arabuluculuğu ile değerlendirici arabuluculuk modeline dönüşüm yapıldığını ifade etmektedir. Aynı yönde bkz. **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 65; **Azaklı Arslan**, s. 196. Benzer yönde bkz. **Albayrak, Adem**: Türk Hukukunda Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtay'ın 150. Kuruluş Yılı Dönümü Etkinliği, Ankara 2019, s. 208, 209. Benzer yönde bkz. **Albayrak H.**, s. 15. Yazar tam olarak örtüşmemekle birlikte dönüştürücü arabuluculuk modelinin benimsendiğinin aşıkâr olduğunu belirtmektedir (s. 16). İlke bazında, teknik anlamda arabuluculuğun benimsendiği, ancak tüm boyutları itibarıyla olmasa bile, modelin uzlaştırmaya

bulucunun söz konusu incelemeyi yapıp taraflara gereken hukuki bilgiyi aktarmasına hukukî bir zemin yarattığı gibi, böyle bir hukukî bilgi aktarımını gerekli de kılmaktadır. Arabulucunun uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında olup olmadığı hakkındaki değerlendirmesi, HUAK Yön. m. 17/5 bağlamında taraflara hukukî tavsiyede bulunma yasağına da aykırılık teşkil etmez. Zira arabulucu, uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığını ifade ederek hukukî tavsiyede bulunmamakta, hukukî bilgi vermekle yetinmektedir⁷³. Önemle belirtmek gerekir ki, arabulucunun söz konusu incelemesi bir dava şartı incelemesi olmayıp tarafların iradeleri bu yolda uyuşmamışken arabuluculuk sürecine onların zorlanıp zorlanamayacaklarının açıklığı kavuşturulmasına yöneliktir. Bu inceleme yetkisi temelinin iradilik ilkesinde bulunmaktadır. Bu nedenle arabulucu bu incelemeyle kanımızca bir usulî norm hakkında altlama faaliyetinde bulunarak yargı yetkisini kullanmamakta, mahkemenin yargılama sonunda varabileceği bir sonucu öne çekerek uyuşmazlığı çözüme kavuşturmamaktadır.

Arabulucunun hukukî vasıflandırmada bulunma gerekliliği, arabuluculuk faaliyeti/süreci hakkında tasarrufta bulunma yetkisine sahip olduğu anlamına da gelmemektedir. Arabulucuya inceleme ve hukukî tespitte bulunduktan sonra süreci sona erdirmeye veya devam ettirme yetkisi yalnız arabuluculuğa elverişlilikte tanınmıştır. Uyuşmazlık arabuluculuğa elverişli değilse, arabulucu HUAK m. 17/1-d uyarınca arabuluculuk faaliyetinin sona erdiğini tespit eder. Arabuluculuğa elverişlilik dışında arabulucunun hukukî vasıflandırmada bulunduktan sonra süreç hakkında tasarrufta

doğru evrildiğini söylemenin mümkün olduğu değerlendirmesi için bkz. **Tanrıver**, Düşünceler, s. 127; **Tanrıver**, Medenî Usûl, C. II, s. 251. Sistemin değerlendirici arabuluculuğa evrilmesinin arabuluculuğu asli fonksiyonundan uzaklaştırma tehlikesine yönelik olarak bkz. **Ermenek**, Zayıf Tarafın Korunması, s. 15-16. Yazar arabuluculuk modelleri içerisinde en anlaşılabilir ve arabuluculuğun doğası ile bağdaşır olanının kolaylaştırıcı arabuluculuk olduğunu ifade etmekte, bununla birlikte bu modelin tüketici gibi zayıf tarafın korunmasına hizmet edebilmesi için arabuluculuk sürecinin güçlendirilmesini ve avukatların bu süreçteki rollerinin yeniden yapılandırılmasını gerekli görmektedir (s. 217). Değerlendirici arabuluculuk lehinde ayrıca bkz. **Özbek**, Uyuşmazlık Çözümü, s. 1182, 1883. Arabuluculuk faaliyetine göre arabuluculuk türleri hakkında ayrıca bkz. **Yeşilirmak**, s. 35-36.

73 Arabuluculukta hukukî tavsiye ile hukukî bilgi arasındaki ayrım için bkz. **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 51, 52, 62.

bulunmasına mevzuatta yer verilmemiştir⁷⁴. Arabulucunun arabuluculuğa elverişlilik dışında hukukî değerlendirme yaptıktan sonra tarafların bu yönde iradeleri olmadan süreci sona erdirebilmesinin düzenlenmeyişi kanımızca bilinçli bir tercihtir. Arabulucunun hukukî vasıflandırmaya göre bir tutum takınma, giderek arabuluculuk faaliyetinin sona erdirilmesine karar verme yetkisi bulunmamaktadır⁷⁵. Arabulucu, uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuğa tâbi olup olmadığı dâhil olmak üzere hukukî sonuçlar doğuran kararlar veremez⁷⁶. Ayrıca arabuluculuğun sona erme sebepleri HUAK m. 17’de sınırlandırıcı bir şekilde sayılmıştır. Arabuluculuk yoluna başvurulmasının zorunlu olmadığının anlaşılması bu sebeplerden birisi değildir.

Müzakereler esnasında gerek re’sen gerekse taraflardan birinin ile ri sürmesi üzerine bu konuda karar verme yetkisi bulunmayan arabulucu henüz arabuluculuk süreci başlamadan arabuluculuğa başvurulmasının zorunlu olmadığı kanaatinde olsa bile prensip olarak görevlendirmeyi Arabulucu Bilgi Sistemi üzerinden sonlandırmamalı yahut Adliye Arabuluculuk Bürosuna dosyayı iade etmemelidir⁷⁷. Arabulucunun hukukî değerlendirme yapıp inisiyatif olarak arabuluculuk yapmaktan imtina etmesi iki açıdan doğru olmaz:

74 **Ermenek**, Arabulucu, s. 1050.

75 Arabulucunun hâkimin sürogatı olmayıp hüküm verme yetkisinin bulunmadığı hakkında bkz. **Özmumcu**, Arabulucunun Rolü, s. 837. Arabulucunun karar verici olmadığına ilişkin ayrıca bkz. **Yıldırım**, s. 335; **Özbek**, İlkeler, s. 128; **Özmumcu**, Arabuluculuk, s. 282; **Kekeç**, s. 68, 69; **Özekes**, **Muhammet**: Pekkantez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 2817, 2818, 2840; **Yazıcı Tıktık**, Katılımcı Kitabı, s. 53; **Özekes/Atalı**, s. 101; **Namlı**, s. 155; **Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu**, s. 795; **Azaklı Arslan**, s. 27; **Postacioğlu/Altay**, s. 1023; **Ermenek**, Arabulucu, s. 1035; **Tanrıver**, Medenî Usûl, C. II, s. 285.

76 **Ermenek**, Arabulucu, s. 1052.

77 Bu noktada belirtmek gerekir ki ne HUAK’ta ne de HUAK Yön.’te Adliye Arabuluculuk Bürosuna bu konuda bir inceleme yapma yetkisi tanınmıştır. Yön m. 56/1’de Büroların yerine getireceği görevler, arabuluculuğa başvuranları bilgilendirmek, arabulucuları görevlendirmek ve kanunla verilen diğer görevleri yapmak olarak ifade edilmiştir. Her ne kadar arabuluculuk başvurusu sırasında başvurandan, uyuşmazlık konusuna ilişkin hususların açıklanması istenirse de (HUAK Yön. m. 23/4), bu açıklamaya istinaden Büro, arabuluculuğa başvurunun zorunlu olmadığından bahisle arabulucu görevlendirmekten imtina edip başvuruyu iade edemez (**Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 166).

Bir kere, zorunlu arabuluculuk yoluna başvuran, talep parasal sınırın altında kaldığı için dosya iade edilirse, tüketici hakem heyetine; hukukî işlem, tüketici işlemi niteliğinde değilse tüketici mahkemesi dışındaki mahkemelere; tüketici işlemi olmakla birlikte taşınmazın aynına ilişkin bir uyuşmazlık varsa tüketici mahkemesine başvurulacaktır. Başvurusu iade edilenin özellikle hukukî işlem tüketici işlemi niteliğinde değilse, dava şartının mevcut olmadığına hataya düştüğünü, gerçekte dava açmasının önünde bir engelin bulunmadığını düşünerek derhal diğer mahkemelerde dava açması olasıdır. Fakat gerek hakem heyeti gerekse mahkemeler arabulucunun hukukî değerlendirmesinin aksine uyuşmazlığın bilakis zorunlu arabuluculuk kapsamında kaldığına kanaat getirebilir. Bu durumda tüketici hakem heyeti başvuruyu iade eder, mahkeme davayı dava şartı yokluğundan usûlden reddeder⁷⁸. Arabuluculuk başvurusu uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığı gerekçesiyle iade edilenin, tüketici hakem heyeti veya mahkemeye yaptığı başvurunun da arabuluculuk adres gösterilerek kabul görmemesinin yargıya olan güveni sarsacağı muhakkaktır. Üstelik usûlden ret kararıyla davacı yargılama giderine de katlanmak zorunda bırakılacaktır. Arabuluculuk başvurusunun hukuka aykırı olarak iade edilmesiyle illiyet bağı içinde yargılama gideri gibi zararlar için arabulucunun hukukî sorumluluğu dahi gündeme gelebilir⁷⁹.

Arabulucunun arabuluculuk yapmaktan imtina etmesi ikinci olarak uyuşmazlığın ihtiyari arabuluculuk süreci içinde çözümü fırsatının kaçırılması sonucunu doğurur. Arabuluculuk yoluna prensip olarak dava açmadan evvel bu yol tüketilmek zorunda olduğu için başvurulmakla birlikte pekâlâ böyle bir zorunluluk olmasaydı dahi başvuranın uyuşmazlığın

78 Arabulucunun uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında kalmadığı gerekçesiyle kaydı kapatmasının dava şartını karşılamadığı gibi, mahkeme arabulucunun dava konusu edilen uyuşmazlığın arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kalmadığına ilişkin görüşü ile de bağlı olmadığına ilişkin bkz. **Ermenek**, Arabulucu, s. 1046.

79 **Ermenek**, Arabulucu, s. 1046. Arabulucunun AY m. 129/5 kapsamında diğer kamu görevlisi statüsünde bulunduğu, bunun sonucunda arabulucunun görevini icra ederken işlediği kusurlu fiillerden birinci derecede Devletin sorumlu olacağına ilişkin bkz. **Tanrıver**, Medeni Usûl, C. II, s. 314-315; **Azaklı Arslan**, s. 220, 228. Bu son yazar, arabulucunun Arabuluculuk Bürosunca değil de taraflarca seçilmesi hâlinde bu hükmün uygulanabilirliğinde tereddüt etmektedir. Arabuluculuğun adli hizmetin ifasına yönelik bir kamu hizmeti olduğunu belirten **Ermenek**'e göre de arabulucu diğer kamu görevlisi statüsünde olup sorumluluk davası Devlete karşı açılmalıdır (**Ermenek**, Arabulucu, s. 1032, 1037, 1054). İhtiyari arabuluculukta arabulucunun hukukî sorumluluğu hakkında ayrıca bkz. **Kekeç**, s. 209-214.

arabuluculuk yoluyla çözümünü istemesi, yani bu yönde iradesinin bulunması olasıdır. İradeleri uyuşmamışken arabuluculuğa mecbur tutulan taraflar arabulucunun uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığına dair uyarısına rağmen müzakereleri sürdürmek isteyebilirler. Bu durumda artık taraflarca arabuluculuk sözleşmesi akdedildiği⁸⁰ ve sürecin ihtiyari arabuluculuğa dönüştüğü kabul edilmelidir. Tarafların bu yönde iradelerinin olup olmadığı asıllarla yapılacak ön görüşmede açığa çıkacaktır. Gerçekten HUAK Yön. m. 25/2 c. 2'de arabulucunun asılları, arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında aydınlatıp, arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığın çözümünün ekonomik, sosyal ve psikolojik faydalarının olduğunu hatırlatarak kendilerini bilgilendireceği öngörülmüştür. Denilebilir ki, arabulucunun dosyayı iade etmesi üzerine taraflardan biri ihtiyari arabuluculuğa başvuru teklifinde bulunabilir (HUAK m. 13/2). Karşı tarafın kabul etmesi ve arabulucunun görevlendirilmesiyle arabuluculuk süreci başlatılabilir. Fakat mevcut arabuluculuk faaliyetini sonlandırmaktansa, onu iradilik ilkesine uygun olarak ayakta tutmanın arabuluculuğun uyuşmazlıkların süratli ve basit bir şekilde sonuçlandırılması hedefine daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

Uyuşmazlığın tüketici zorunlu arabuluculuğuna tâbi olmamakla birlikte mal veya hizmet satın alan ile satıcı veya hizmeti sağlayanın tacir sıfatına sahip olup taraflardan birinin bir miktar paranın ödenmesini talep etmesi örneğinde olduğu gibi ticari zorunlu arabuluculuğa tâbi olabileceğini de göz önünde bulundurmak gerekir. Arabuluculuk Daire Başkanlığı HUAK m. 6/3 ve HUAK Yön. m. 32/5 uyarınca uzmanlık alanlarını belirlemiştir. Tüketici ve ticaret hukuku farklı genel uzmanlık alanlarıdır. Bunun yanında hem tüketici hem de ticari zorunlu arabuluculuğu ilgilendiren özel uzmanlık alanları ihdas edilmiştir⁸¹. Uyuşmazlık özel uzmanlık alanlarından birisine girmediği için tüketici hukuku genel uzmanı olarak görevlendirilen ve ticaret hukuku uzmanlık sertifikasına sahip olmayan arabulucu, uyuşmazlığın ticari zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğu sonucuna

80 Zorunlu arabuluculukta arabuluculuk sözleşmesinin yapılmasının gerekmediği hakkında bkz. **Yeşilirmak**, s. 38.

81 <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/7102020163604arabuzm.pdf> **Ermenek**, haklı olarak arabulucular arasında uyuşmazlığın niteliğinden hareketle medenî usûl hukuku alanındaki görev ilişkisi benzeri usûli problemlerin çıkacağına işaret etmektedir (**Ermenek**, Arabulucu, s. 1045).

varmışsa, dosyayı iade etmelidir⁸². Şu da var ki, uyuşmazlığın ticari zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğu müzakereler esnasında tespit edilmişse, taraflar mevcut arabulucunun göreve devam etmesini kararlaştırabilirler. Bu durumda sürece ihtiyari arabuluculuk olarak devam edilebilir⁸³. Taraflar müzakereler sonunda anlaşamazlarsa, uzlaşmazlık tutanağını imzalayan arabulucunun uzmanlık sertifikası bulunmasa dahi dava şartı engeli sona erer. Uyuşmazlık özel uzmanlık alanlarından birine giriyor, arabulucunun da o özel uzmanlık alanında sertifikası varsa, uyuşmazlık tüketici değil ticari zorunlu arabuluculuk kapsamında olsa dahi arabulucu görevini yerine getirmeli, dosyayı iade etmemelidir.

II. Taraflardan Birinin Uyuşmazlığın Zorunlu Arabuluculuk Kapsamı Dışında Kaldığını Gerekçe Göstererek İlk Toplantıya Katılmaması yahut Arabuluculuktan Çekilmesi

Taraflardan biri uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığı gerekçesiyle ilk toplantıya katılmaktan imtina edebilir. Yine taraflardan biri gerek kendisinin ileri sürmesi gerekse arabulucunun işaret etmesi üzerine uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığını gerekçe göstererek müzakerelerden çekilebilir. Taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi, arabuluculuğun sona ermesine yol açan hâllerden birisidir (HUAK m. 17/1-c). Çekilme için sebep gösterilmesi dahi gerekmez. Bunun üzerine arabulucu tarafından tarafların anlaşamadıklarına ilişkin bir tutanak tutulur (HUAK m. 17/2 c. 1). Tutanakta yer alacak hususları taraflar belirler (HUAK m. 17/3). Çekilen taraf uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığını tutanağa yazılmasını isteyebilir.

82 İş uyuşmazlıkları için uzmanlık sertifikası olmayan bir arabulucu görevlendirilmişse, arabulucunun maddî yetkisizliği nedeni ile dosyayı kendiliğinden iade etmek zorunda olduğuna ilişkin bkz. **Ermenek**, Arabulucu, s. 1051.

83 **Ermenek**, uyuşmazlıkların uzman arabulucular vasıtası ile çözümüne ilişkin uygulamanın mutlaka açık bir kanun hükmü ile hayata geçirilmesi gerektiğini savunmakta, bu düzenleme yapılırken arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında uzman arabulucular yardımıyla çözülmesi gereken uyuşmazlıkların ihtiyari arabuluculuk çerçevesinde aynı hukukî sonuçları doğuracak şekilde özel ve alt uzmanlıkları bulunmayan arabulucular yardımıyla da çözülebileceğinin göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmektedir (**Ermenek**, Arabulucu, s. 1045 dn. 44).

İlk toplantıya katılmayan taraf tüketici ise, ileride açılacak davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderlerinden tamamen sorumlu tutulma ve lehe vekâlet ücretine hükmedilmeme yaptırımı (HUAK m. 18/A f. 11) kendisi hakkında uygulanmaz. Bu konuda TKHK m. 73/A f. 2’de özel hüküm sevk edilerek anılan yaptırımların tüketici aleyhine uygulanmayacağı öngörülmüş, böylece yaptırımlardan azade kılınmak için ilk toplantıya katılmamanın geçerli bir mazerete dayandırılması kuralı devre dışı bırakılmıştır. Ele aldığımız mesele özelinde, ilk toplantıya uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuğa tâbi olmasına rağmen tâbi olmadığını gerekçe göstererek katılmayan tüketicinin mazeretinin geçerli sayılmaması, bunun sonucunda anılan yaptırımlara maruz bırakılması söz konusu olmayacaktır⁸⁴.

Arabuluculuk yoluna başvuran, müzakerelerin hiç başlayamaması yahut sona ermesiyle dava şartı engelinin ortadan kalktığını düşünerek mahkemede dava açma yoluna gidecektir. Ortada bir tüketici işlemi olmadığından hareketle dava tüketici mahkemesi dışında bir mahkemede açılırsa, hâkim bilakis uyuşmazlığın tüketici uyuşmazlık tâbi olduğunu sonucuna varabilir. Bu durumda tüketici mahkemesi lehine görevsizlik kararı vermek ile çekilme uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında olmamasına dayandırıldığı için gerçekte arabuluculuk faaliyetinde bulunulmadığı, bu nedenle dava şartı tekemmül etmediği gerekçesiyle davanın usûlden reddedilmesi arasında tereddüt edilebilir. Özellikle karşı taraf ilk toplantıya katılmamışsa

84 İş zorunlu arabuluculuğunda yalnız sürecin başlatılmasında iradilikten vazgeçildiği yönünde bkz. **Erdoğan**, s. 1222. Yazar, HUAK m. 18/A f. 11 gibi ilk toplantıya geçerli bir mazeret olmaksızın katılmamayı yargılama giderlerinden sorumlu olmak şeklinde bir yaptırıma bağlayan İş Mahkemeleri Kanunu m. 3 f. 12’nin AİHS m. 6 ve AY m. 36’e aykırılık teşkil etmediği kanaatindedir (s. 1236). İş zorunlu arabuluculuğu ile ticari zorunlu arabuluculukta arabulucuya başvuru zorunluluğunun, arabuluculuk sürecinin başlatılması ve ilk toplantıya katılmayla sınırlı tutulduğu; arabuluculuk sürecinin sürdürülmesini sağlama ve anlaşmayla sonlandırılmasını kapsamadığı değerlendirilmesi için bkz. **Tanriver**, Düşünceler, s. 113; **Tanriver**, Arabuluculuk, s. 128. Aynı yönde bkz. **Selçuk**, s. 1186. Dava şartı arabuluculuğun öngörüldüğü konularda zorunluluğun sadece arabulucu nezdinde bir araya gelme noktasında olduğu yönünde bkz. **Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu**, s. 794; **Göksu**, s. 32. İş zorunlu arabuluculuğunda bu yönde bkz. **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 768. Tüketici zorunlu arabuluculuğunda ise arabulucuya başvuru zorunluluğu tüketici açısından arabuluculuk sürecinin başlatılmasıyla sınırlıdır (**Akıpek Öcal/Yıldırım/Ermenek/Kutlay**, s. 123-124; **Ermenek**, Zayıf Tarafın Korunması, s. 71). İhtiyari arabuluculukta sürece iştirak yükümlülüğü için bkz. **Yazıcı Tıktık**, Arabuluculuk, s. 203, 204.

yahut katılmakla birlikte derhal anılan gerekçeyi ileri sürerek arabuluculuktan çekilmişse, tarafların gerçekte müzakerede bulunmadıkları, bu nedenle arabuluculuk yolunun tüketilmediği düşünülebilir. Arabuluculuk yoluna başvuran, karşı tarafın bu gerekçeyle arabuluculuğu sona erdirmesini hatalı bulup tüketici mahkemesinde dava açtığı da aynı tereddüt hasıl olabilir. Zira tüketici mahkemesi de dava şartının tekemmül etmediği, bu nedenle dava dilekçesini davalıya tebliğ etmeden davanın usûlden reddedilmesi gerektiği yorumunu yapabilir.

Dava şartının tekemmül edip etmediği değerlendirilirken öncelikle dava şartının Kanun'da nasıl formüle edildiği, yani dava şartının ne olduğu üzerinde durulmalıdır. HUAK m. 18/A f. 2. c. 1'de arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın dava dilekçesine eklenmesi zorunlu tutulmuş, aynı hükmün 4. tümcesinde arabulucuya başvurulmadan davanın açıldığının anlaşılması hâlinde davanın usûlden reddedileceği ifade edilmiştir. Bu iki tümceden dava şartının *"dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması ve arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığı hakkında tutanak düzenlenmesi"* olduğu çıkarılabilir. Arabuluculuk faaliyeti arabuluculuğa başvuru ile başlarken, HUAK m. 16/1 uyarınca arabuluculuk sürecinin başlaması, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun tutanakla belgelendirilmesini şart koşar. Dikkat edilirse, başvuru ve onunla başlayan arabuluculuk faaliyeti esas alınmış, sürecin başlayıp başlamaması, başlamışsa müzakerelerin hangi nedenle başarısızlıkla sonuçlandığı önemsenmemiştir. Buna göre, tarafların bir araya gelmeleri, gelseler dahi müzakere etmeleri dava şartı engelini ortadan kalkması için şart değildir. Zaten HUAK Yön. m. 25/6'da tarafların kısmen veya tamamen anlaşmaları haricindeki her durum için tarafların anlaşmamış sayılacakları şeklinde bir varsayım öngörülmüş⁸⁵, bu durumda arabulucunun anlaşamama son tutanağı düzenleyeceği belirtilmiştir. Karşı taraf uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında bulunmadığı savıyla müzakerelere katılmaktan imtina etmiş yahut arabuluculuktan çekilmişse de arabuluculuk yoluna başvurulmuş, arabuluculuk faaliyetinde

85 HUAK Yön. öncesinde bu varsayım doktrinde bir görüş olarak savunulmuştur, bkz. **Özekes/Atalı**, s. 103.

bulunulmuş ve taraflar anlaşmamış demektir⁸⁶. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığının arabulucu tarafından tutanak altına alınmasıyla dava şartı engeli sona erer. Bundan sonra hangi mahkemede dava açılırsa açısın, tarafları müzakerede bulunmaya zorlayacak şekilde dava şartı yokluğu nedeniyle usûlden ret kararı verilemez.

III. Uyuşmazlığın Zorunlu Arabuluculuğa Tâbi Olmaması, İcra Edilebilirlik Şerhi Engeli Midir?

İşlem zorunlu arabuluculuk kapsamında olmamasına rağmen arabuluculuk müzakereleri yürütülmüş ve taraflar mutabakata varmışlarsa, anlaşma belgesi düzenlenir. Bu anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için sulh hukuk mahkemesine başvurulmuşsa, acaba talep sırf uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında olmaması nedeniyle reddedilebilir mi? Kanımızca bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Müzakereler arabuluculuk anlaşması olmaksızın yürütülmüşse de son tahlilde taraflar karşılıklı iradeleleriyle anlaşmaya varmışlardır. Mahkeme, sırf arabuluculuğun ihtiyari olarak, yani bir anlaşmaya dayalı olarak yürütülmesi icap ederken, zorunlu olarak yürütüldüğü gerekçesiyle icra edilebilirlik şerhi vermekten imtina edemez. Kaldı ki bu incelemenin sınırları Kanun'da belirlenmiştir. Buna göre, incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır (HUAk m. 18/3 c. 2). Mahkeme bunun dışında bir inceleme yapıp şerh vermekten imtina edemez⁸⁷.

86 **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 283, 284.

87 İş arabuluculuğunda hâkimin anlaşmanın içeriğini inceleyerek taraflar arasında uyuşmazlık olduğundan bahisle icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebini reddetmesinin kanuni sınırı aşmak anlamına geldiği değerlendirmesi ve Yargıtay içtihadının eleştirisi için bkz. **Odaman, Serkan**: Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, DEÜHFD C. 19 Özel Sayı, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, İzmir 2017, s. 1761. Mahkemenin anlaşmanın içeriğine müdahale edemeyeceğine veya bir düzeltme yapamayacağına ilişkin bkz. **Arsalan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 797. Bu yargılamada re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu hususundaki değerlendirmenin isabetli olmadığına ilişkin bkz. **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 71. Anlaşmanın içeriğinde emredici hükümlere veya kamu düzenine aykırı bir durum söz konusu ise anlaşmaya şerh verilemeyeceği yönünde bkz. **Özekes**, Pekcanitez Usûl, C. III, s. 2846; **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 112; **Azaklı Arslan**, s. 240; **Akipek Öcal/Yıldırım/Ermenek/Kutlay**, s. 151; **Ermenek**, Zayıf Tarafın Korunması, s. 222. Anlaşma belgesinin kamu düzeni bakımından denetime tâbi tutulabileceği yönünde bkz. **Namlı**, s. 164. Hiç veya kanuna uygun arabuluculuk faaliyetinde bulunulmadığı,

Sonuç

Parasal sınırın üzerindeki bir talep için tüketici mahkemesinde mi yoksa diğer mahkemelerde mi dava açacağında; tüketici mahkemesinde dava açması gerekiyorsa, talebinin parasal sınırı aşıp aşmadığında ve parasal sınır aşılmasa dahi işin niteliği gereği mahkemeye başvurulması gereken bir uyuşmazlığın söz konusu olup olmadığında tereddüt eden hak arayan, TKHK m. 73/A'nın yürürlüğe girmesinden sonra bir de zorunlu arabuluculuğa tâbi olup olmadığında duraksayacaktır.

Görev gibi uyuşmazlık çözüm merciine başvuru kurallarının hak arayan için basit ve açık olması adil yargılanma hakkının (AY m. 36), etkin hukuki korumanın ve usûl ekonomisi ilkesinin (AY m. 141/4; HMK m. 30) bir gereği olmasına karşın tüketici uyuşmazlık çözümünün kapsamı, başta tüketici hakem heyetlerinin hukukî niteliğinin saptanmasındaki güçlüğün kaynaklık ettiği uyuşmazlık çözüm mercilerinin faaliyet/görev alanındaki belirsizlik ve hakem heyetleriyle tüketici mahkemeleri arasındaki ilişkinin doğru bir temele oturtulmayışının ortaya çıkardığı sorunların zorunlu arabuluculuğa da sirayet etmesi muhtemel olup onun işlerliğini olumsuz yönde etkileyebileceği gibi, aynı zamanda gereksiz gider ve zaman kaybına da sebebiyet verebilecektir.

Kaynakça

- Akil, Cenk:** Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hakkında Usûl Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler, TAAD S. 41 Ocak 2020, s. 307-324.
- Akipek Öcal, Şebnem/Yıldırım, Abdülkerim/Ermenek, İbrahim/Kutlay, Selda:** Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk (Editörler: Akipek Öcal, Şebnem/Yıldırım, Abdülkerim), Ankara 2021.
- Akkan, Mine:** Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. I, 15. Baskı, İstanbul 2017.
- Albayrak, Adem:** Türk Hukukunda Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtay'ın 150. Kuruluş Yıl Dönümü Etkinliği, Ankara 2019, s. 203-210.
- Albayrak, Hakan:** Eşitlik ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu, Gaziantep Üni. Sosyal Bilimler Dergisi, C. 17 Etik Özel Sayı, s. 12-24.

anlaşma belgesinin irade sakatlığı nedeniyle geçersiz olduğu veya anlaşma belgesinin içeriğinin arabuluculukta anlaşılan hususlardan farklı düzenlendiğine yönelik iddiaların icra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin yargılamada incelenmesi gerektiği yönünde bkz. **Kazmaz Tepe, Büşra:** Arabuluculuk Anlaşma Belgesine İlişkin İcra Edilebilirlik Şerhi Taleplerinde Yargılama Usûlü, TNNBD 2018/1, s. 142.

- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel:** Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2020.
- Aras, Aslı:** Bir Yargıtay Kararı Işığında Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları, Erciyes HFD 2012/3-4, s. 135-153.
- Atalı, Murat:** Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtay'ın 150. Kuruluş Yılı Dönümü Etkinliği, Ankara 2019, s. 137-154. (Sorunlar)
- Atalı, Murat:** 6502 sayılı Kanun'un Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. I, Ankara 2014, s. 397-418. (Değerlendirme)
- Atalı, Murat:** Yargılama İlkeleri Çerçevesinde Tüketici Hakem Heyetleri, Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, Ankara 2018, s. 69-87.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin:** Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara 2020.
- Atalı, Murat/Erdoğan, Ersin:** Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A Maddesi Çerçevesinde Menfi Tespit Davaları Sorunu, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5 S. 1, Nisan 2020, Ar. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, s. 205-221.
- Ayan, Serkan:** Kefalet Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli ve Yetkili Mahkeme, İnÜHFD C. 9 S. 2, 2018, s. 665-692.
- Aydoğdu, Murat:** Tüketici Kılavuzu-Hukuk Rehberi, İstanbul 2014.
- Azaklı Arslan, Bettül:** Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018.
- Budak, Ali Cem:** 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Hakem Heyetleri, DÜHFD C. 16 Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, İzmir 2015, s. 77-103. (Hakem Heyetleri)
- Budak, Ali Cem:** Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, Legal MİHDER C. 15 S. 42, 2019/1, s. 25-40. (Arabuluculuk)
- Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol:** Medeni Usul Hukuku, 4. Bası, Ankara 2020.
- Durman, Okay:** Tüketici ve/veya Tüketicinin Kefili Aleyhine Açılan Dava ve İcra Takiplerinde Tüketicinin Hukuki Konumu, 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Ankara 2013, s. 461-468.
- Dür, Orhan:** Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Ankara 2017.
- Ekmekçi, Ömer/Özekes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Vural:** Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul 2019.
- Eminoglu, Cafer/Erdoğan, Ersin:** Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Ankara 2020.
- Erdoğan, Ersin:** 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi C. 14 S. 55, 2017, s. 1211-1242.
- Erişir, Evrim:** Tüketici İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü Usulü, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Editör: İnceoğlu, Murat, İstanbul 2015, s. 43-122. (Tüketici İşlemleri)
- Erişir, Evrim:** Tüketici Hakem Heyetine Başvuru Zorunluluğu Bulunan Taleplerde İlâmsız İcra Yolunu Kapatın Yeni Yargıtay İçtihatlarının Düşündürdükleri, 5. Tüketici Hukuku Kongresi, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016, (Editörler: Tokbaş, Hakan/Üçışık, H. Fehim), Ankara 2016, s. 611-641.

- Erişir, Evrim:** Belirsiz Alacak Davasının Tüketici Hukukunda Gösterdiği Özellikler, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım (Editörler: Hamamcıoğlu, Esra/Uzun Kazmacı, Özge/Yardım, M. Ertan/Karamanlioğlu, Argun/Sayın Zeliha Gizem), Ankara 2016, s. 97-104.
- Ermenek, İbrahim:** Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri, GÜHFD C. XVII 2013, s. 563-630. (Hakem Heyetleri)
- Ermenek, İbrahim:** Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması, Ankara 2021. (Zayıf Tarafın Korunması)
- Ermenek, İbrahim:** Dava Şartının Arabulucu Tarafından Kendiliğinden Dikkate Alınması Sorunu ve Bu Kapsamda Yapılan Hataların Çözümü, Yargıtay Dergisi C. 46 2020/4, s. 1017-1062. (Arabulucu)
- Ermenek, İbrahim/Azıklı Arslan, Betül:** İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A), TBBD 2020 (148), s. 135-196.
- Göksu, Mustafa:** Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim, Ankara 2019.
- Görgün, L. Şanal/Börü, Levent/Toraman, Barış/Kodaköğlu, Mehmet:** Medenî Usûl Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2020.
- İlgün, Candaş: Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin Son Uygulamalarına Göre Tüketici Hakem Heyetlerinin Görev Alanı, Terazi Haziran 2015, s. 86-91.
- Kara, İlhan:** Tüketici Hukuku, Ankara 2015. (Tüketici Hukuku)
- Kara, İlhan:** Tüketici Mahkemelerinin İşleyişi ve Yaşanan Güncel Sorunlar, Tüketici Hukuku Konferansı (Editör: Aksoy, Hüseyin Can), Ankara 2016, s. 307-319.
- Karaaslan, Varol:** Kanun Yolları Sistemine Eleştirel Bir Bakış, Legal MİHDER C. 15 S. 43, 2019/1, s. 441-466.
- Karslı, Abdurrahim:** Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2014.
- Kazmaz Tepe, Büşra:** Arabuluculuk Anlaşma Belgesine İlişkin İcra Edilebilirlik Şerhi Taleplerinde Yargılama Usûlü, TNNBD 2018/1, s. 125-150.
- Kekeç, Elif Kısmet:** Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. Baskı, Ankara 2016.
- Koçyiğit, Pınar:** Tüketici Mahkemelerinin Görevi ve Yargı Yetkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tez (İstanbul Üni. Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2018.
- Koçyiğit, İlker/Bulur, Alper:** Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara 2019.
- Köroğlu, Anıl:** Görevsizlik Kararının Dava Şartı Arabuluculuk Üzerindeki Etkileri (Arabuluculuğa Başvurunun Zorunlu Olmadığı Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa Başvurmak Zorunlu Mudur?), Selçuk Hukuk Kongresi 2020 Özel Hukuk Tebliğleri Tam Metni, Ankara 2020, s. 521-535.
- Kurt Konca, Nesibe:** Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu Arabuluculuk), Seta Perspektif Dergisi, S. 225 2018, s. 1-6.
- Kurtulan, Gökçe:** Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği, TBBD 2017 (131), s. 239-260.
- Kuru, Baki:** Medenî Usul Hukuku El Kitabı, C. II, Ankara 2020. (Medenî Usul Hukuku El Kitabı)
- Kuru, Baki:** Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüşler ve Öneriler, Legal MİHDER 2010/2, s. 237-246. (Arabuluculuk)

- Namlı, Mert:** İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medenî Usûl Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İstanbul 2016, s. 151-165.
- Narbay, Şafak/Akkuş, Muhammed:** Ticari İş ve Tüketici İşlemleri Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler, TAAD S. 44 Ekim 2020, s. 301-333.
- Odaman, Serkan:** Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, DEÜHFD C. 19 Özel Sayı, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, İzmir 2017, s. 1753-1766.
- Özbek, Mustafa:** Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. II, 4. Baskı, Ankara 2016. (Uyuşmazlık Çözümü)
- Özbek, Mustafa:** Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – IX, Ankara 2012, s. 107-154. (İlkeler)
- Özbek, Mustafa:** Tüketici Hakem Heyetinin Görevine Giren Alacaklarla İlgili Olarak İllamsız Takip Yapılamayacağına İlişkin Yargıtay Kararlarının Tahlili, Legal MİHDER C. 11 S. 31, 2015/2, s. 39-68. (İllamsız Takip)
- Özcelik, Volkan:** Dava Şartı Olarak Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (Usûl Ekonomi İlkesi ve Hak Arama Hürriyeti Bakımından Değerlendirme), Kesit Akademi Dergisi, S. 14 Haziran 2018, s. 344-352.
- Özekes, Muhammet:** Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. Baskı, İstanbul 2017. (Pekcanitez Usûl, C. III)
- Özekes, Muhammet:** Arabuluculuk Mahkemelerine Doğru Tehlikeli Gidiş, Kayseri Barosu Dergisi-Duruşma Arası 2019/1, s. 52-63. (Arabuluculuk Mahkemeleri)
- Özekes, Muhammet:** Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi-Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtay'ın 150. Kuruluş Yılı Dönümü Etkinliği, Ankara 2019, s. 111-136. (Eleştirel Bir Yaklaşım)
- Özekes, Muhammet:** Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Yeni Takip Yolu (7155 Sayılı Kanun'un Düzenlemesi), İzBD Eylül 2018, s. 225-256.
- Özekes, Muhammet/Atalı, Murat:** 7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı, İstanbul 2018, s. 41-122.
- Özekes, Muhammet/Çiftçi, Pınar:** Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul BAM Kararları Örneğinden Bir Bakış), TBBD 2020 (148), s. 101-133.
- Özmumcu, Seda:** 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış, DÜHFD C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, İzmir 2015, s. 831-871.
- Özmumcu, Seda:** Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış, İÜHF C. LXXIV S. 2, 2016, s. 807-842
- Özmumcu, Seda:** Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk, İÜHF C. LXXI S. 1, 2013, s. 1369-1390. (Arabulucunun Rolü)

- Özmumcu, Seda:** Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, 3. Baskı, İstanbul 2013. (Arabuluculuk)
- Özsöker, Gökberk:** Tüketici Hakem Heyetleri, Ankara 2019.
- Öztek, Selçuk/Taşpınar Ayvaz, Sema/Kale, Serdar:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi, TBBD 2020 (149), s. 77-152.
- Pekcanıtez, Hakan:** Tüketici Sorunları Hakem Heyeti, İzBD Temmuz 1996, s. 40-58.
- Pekcanıtez, Hakan:** Tüketici Mahkemeleri, İBD 1996/4-5-6, s. 141-161.
- Pekcanıtez, Hakan:** Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Tanıtımı, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – VI, Ankara 2008, s. 247-264.
- Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet:** Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 8. Baskı, İstanbul 2020. (Medenî Usûl Ders Kitabı)
- Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet:** İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 7. Baskı, İstanbul 2020.
- Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme, TBBD 2020 (150), s. 247-299.
- Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer:** Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 8. Baskı, İstanbul 2021.
- Selçuk, Seyhan:** Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Dava Şartı, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 8 S. 16, Aralık 2020, s. 1173-1213.
- Somer, Pervin:** Tüketici Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk ve Avantajları, Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları (Editör: Zeytin Çağrı, Gözde), İstanbul 2020, s. 97-108.
- Tandoğan Özbaykal, Nagihan:** Tüketici Hakem Heyetlerinde İtirazın İptali Davası Sorunu ve 7063 Sayılı Kanun Sonrasında Verilen Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26 S. 1, Haziran 2020, s. 467-486.
- Tanrıver, Süha:** Medenî Usûl Hukuku, C. I, 3. Baskı, Ankara 2020. (Medenî Usûl, C. I)
- Tanrıver, Süha:** Medenî Usûl Hukuku, C. II, Ankara 2021. (Medenî Usûl, C. II)
- Tanrıver, Süha:** Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBBD 2006 (64), s. 151-177. (Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları)
- Tanrıver, Süha:** Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler, TBBD 2020 S. 147, s. 111-142. (Düşünceler)
- Tanrıver, Süha:** Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Ankara 2020. (Arabuluculuk)
- Taşdelen, Nihat:** Tüketici Hukuku Uyuşmazlıklarında İkinci Alternatif Çözüm Yöntemi Olarak Arabuluculuk, Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu'na Armağan, C. II, İstanbul 2020, s. 1733-1758.
- Taşpınar Ayvaz, Sema:** Tüketici Hakem Heyetlerinin Hukuki Niteliği, Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, Ankara 2018, s. 43-53.
- Taşpınar Ayvaz, Sema:** Tüketici Hakem Heyetlerinin İşleyişi ve Sorunlar, Tüketici Hukuku Konferansı (Editör: Aksoy, Hüseyin Can), Ankara 2016, s. 283-306. (İşleyiş ve Sorunlar)

- Taşpolat Tuğsavul, Melis:** Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012.
- Toprakkaya, İrem:** Fikir ve Sanat Eserlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu İle Çözümü, İstanbul 2021.
- Topuz, Gökçen:** Tüketici Mahkemeleri, Ankara 2018.
- Toraman, Barış:** Takip Hukukuna Özgü Bazı Davaların Dava Şartı Arabuluculuğa Tâbi Olup Olmadığı Sorunu, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5 S. 1, Nisan 2020, Ar. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, s. 3141-3170.
- Tutumlu, Mehmet Akif:** Norm, Kuram ve İçtihat Işığında Tüketici Hakem Heyetleri, Ankara 2015. (Tüketici Hakem Heyetleri)
- Tutumlu, Mehmet Akif:** 7063 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hakem Heyetlerinin Görev Alanı ve İtirazın İptali Sorunu, Terazi Şubat 2018, s. 144-149.
- Tutumlu, Mehmet Akif:** Yeni İçtihatlar Göre Düşük Miktarlı İtirazın İptali Davalarının Tüketici Mahkemesine Bakılması, Terazi Mart 2019, s. 656-662.
- Tutumlu, Mehmet Akif:** Kısmi Dava ile Belirsiz Alacak Davasının Tüketici Mahkemesiyle Tüketici Hakem Heyeti Arasındaki Görev İlişisine Etkisi, Terazi Mayıs 2019, s. 1066-1072.
- Tutumlu, Mehmet Akif:** Belirsiz Alacak Davasında Görevli Mahkemenin Hangi Ölçüte Göre Belirleneceği – Tüketici Uyuşmazlıklarında Görev Sorunları ve Çözüm Yolları, Terazi Kasım 2020, s. 2378-2385.
- Ulukapı, Ömer:** Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Tüketici Mahkemeleri), Prof. Dr. Şakir Berkî'ye Armağan, Konya 1996, s. 77-101.
- Umar, Bilge:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Yağbasan, Hicabi:** Medeni Usul Hukuku Kuralları Çerçevesinde Tüketici Hakem Heyetlerinde Ortaya Çıkan Bazı Usuli Sorunlar, Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, C. 2 S. 1, 2019, s. 73-125.
- Yardım, Ertan:** Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Editörler: Sürat Efeçinar, Ceyda/Yardım, Mehmet Ertan), Ankara 2019, s. 89-110.
- Yardım, M. Ertan:** Tüketici Hakem Heyeti Kararlarının İcrası ve İtiraz Yolu (4077 Sayılı TKHK ile 6502 Sayılı TKHK'nın Karşılaştırılması), Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım (Editörler: Hamamcıoğlu, Esra/Uzun Kazmacı, Özge/Yardım, M. Ertan/Karamanlioğlu, Argun/Sayın Zeliha Gizem, Ankara 2016, s. 105-124.
- Yazıcı Tıktık, Çiğdem:** Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013. (Arabuluculuk)
- Yazıcı Tıktık, Çiğdem:** Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı (Editörler: Yeşilirmak, Ali/Kekeç, Elif Kısmet), Ankara 2017. (Katılımcı Kitabı)
- Yazıcı Tıktık, Çiğdem:** Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamasının Temel İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Editörler: Sürat Efeçinar, Ceyda/Yardım, Mehmet Ertan), Ankara 2019, s. 113-125. (Değerlendirme)
- Yerkaya, Kübra:** Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yargılama Usulü, İstanbul 2018.
- Yeşilirmak, Ali:** Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı (Editörler: Yeşilirmak, Ali/Kekeç, Elif Kısmet), Ankara 2017.
- Yeşilova, Bilgehan:** 6502 Sayılı (Yeni) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usulü ve Yargılama Kuralları, Terazi C. 9, Özel Sayı, Kasım 2014, s. 107-143.

Yıldırım, M. Kâmil: İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözölmesi Hakkında, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 337-360.

Yılmaz, Abdülhamit: Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, AndHD C. 4 S. 1, Ocak 2018, s. 219-238.

Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. I, 3. Baskı, Ankara 2017.

Yılmaz, Ejder/Yardım, Mehmet Ertan: Milli Şerh – 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul 2016.

IV. OTURUM

Prof. Dr. Ali Yeşilırmak

Konuşmacılarımızın süresinden almamak adına hali hazırda açılış konuşması da yapmış olduğumdan ben hemen konuya gireyim. Bu oturum dördüncü ve son oturumumuz. Bu oturumda, beş konuşmacımız var. Her birine 15'er dakika vermek durumundayız. İlk konuşmacımız Dr. Öğr. Üyesi Uğur Bulut. Uğur Hoca Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunu. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yüksek lisans ve doktorasını yapmıştır. Kendisi "Ödeme Yerine Alacakların Devri" ve "Davaların Yığılması" konularını sırasıyla yüksek lisans ve doktora tezi olarak hazırlamıştır. Sözü size bırakıyorum Hocam.

BİRDEN FAZLA TALEBİN YER ALDIĞI DAVA ÇEŞİTLERİNDE ARABULUCULUK DAVA ŞARTININ İNCELENMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Uğur BULUT*

Özet

Arabuluculuk iradî bir süreç olmasına rağmen (HUAK m. 3), belirli uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması mecburî kabul edilmiş ve bu durum kanunen *dava şartı arabuluculuk* olarak düzenlenmiştir. Arabulucuya başvurulmasının dava şartı olduğu hâllerde davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır¹. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usûlden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usûlden reddine karar verilir. Hatta, arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde, böyle bir ihtar dahi gerek olmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usûlden reddine karar verilir.

Dava şartı arabuluculuk, dava konusu edilen talep esas alınarak düzenlenmiş ve özellikle Türk Ticaret Kanunu ile İş Mahkemeleri Kanunu'nda talep vurgulanmıştır. Buna göre, *"ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında"* ve *"bireysel veya*

* Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul Hukuku ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi <https://orcid.org/0000-0002-4347-1799>

1 9. HD, 17.06.2020, 2020/932, 2020/5773 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) sayılı karar ile İstanbul ve Antalya Bölge Adliye Mahkemesi kararları arasındaki uyuşmazlık hakkında *"tutanağın aslının veya onaylanmış bir örneğinin elden veya UYAP sistemi üzerinden dosya ibrazının gerektiğine ve uyuşmazlığın bu şekilde giderilmesine"* şeklinde karar verilerek tutanapın örneğinin UYAP üzerinden dosyaya sunulmasının da yeterli olduğu sonucuna varılmıştır.

toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle” açılan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır (TTK m. 5/A, İşMK m. 3/1). Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da ise, genel olarak sayılan istisnâi uyuşmazlıklar haricinde tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak düzenlenmiştir (TKHK m. 73/A). Bu durumda, dava konusunun talep esas alınarak belirlendiği Türk hukukunda, dava şartı olarak arabulucuya (zorunlu arabuluculuğa) başvurulmasının da talebe göre belirlenmesi gerektiği kabul edilmelidir.

Arabuluculuk dava şartının dava konusu edilen talebe göre belirleneceği açık olmakla beraber, birden fazla talebin ileri sürüldüğü uyuşmazlıklarda arabuluculuk dava şartının nasıl inceleneceği tartışmaya açıktır. Bu hususa ne birden fazla talebin yer aldığı dava türlerine ilişkin düzenlemelerde ne de dava şartı arabuluculuğun kabul edildiği düzenlemelerde yer verilmiştir. Bu durumda, birden fazla talebin ileri sürüldüğü her bir dava çeşidinin kendi özellikleri dikkate alınarak sonuca gidilmelidir. Davaların yığılması, terditli dava ve seçimlik dava gibi dava türlerinin tamamında birden fazla talep yer alsa dahi bu taleplerin ileri sürülüş biçimleri birbirinden farklıdır. Bunun sonucu olarak, ilgili dava türlerinde taleplerin incelenme şekilleri de tamamen farklıdır. Bu nedenle, dava şartı arabuluculuk bakımından da belirtilen dava türlerinden biri için uygun görünen çözüm tarzı diğer bir dava türü için (yine birden fazla talep ileri sürülüyor olsa dahi) uygun olmayabilir.

Davaların yığılmasında (objektif dava birleşmesi), birden fazla talep tamamen birbirinden bağımsız ve asli niteliktedir (HMK m. 110). Bu davada, esasen talep sayısı kadar dava vardır ve bu nedenle, her bir talep için dava şartlarının da ayrı ayrı sağlanması gerektiği konusunda bir tereddüt yoktur. O hâlde, arabuluculuk da gerçek anlamda bir dava şartı ise, davaların yığılması olarak her bir talebe ayrı ayrı hükmedilmesinin talep edildiği davalarda yine her bir talep için ayrı ayrı dava şartı arabuluculuk incelenmelidir. Bu durumda, davada ileri sürülen taleplerden münferit olarak arabuluculuk dava şartını tâbi olanların her biri için arabulucuya başvurulmuş olmalı; aksi hâlde, sadece ilgili talebin usûlden reddi ve diğer talepler (arabuluculuk dava şartına tâbi olmayan ve tâbi olmasına rağmen arabulucuya

başvurulmuş olan) bakımından davanın esastan incelenmesi gerekmektedir. Genel anlamda arabuluculuk dava şartına yöneltilen eleştiriler nedeniyle bu çözüm tarzı da eleştirilebilir olsa dahi, bu sonuç davaların yığılmasının bir gereğidir. Arabuluculuk dava şartının olumsuz yönleri, belirli ve bilinen bir dava türünün şartları esnetilerek giderilemez. Bu nedenlerle, davaların yığılmasında arabuluculuk dava şartına tâbi olan taleplerin tamamının arabuculuk başvurusuna konu edilmiş olması gerekir. Özellikle, arabuculuk dava şartına tâbi bir talebin bu şarta tâbi olmayan başka bir taleple birlikte ileri sürülmesi hâlinde, diğer talep için de arabuculuk dava şartının aranmayacağı yönündeki kararları tartışmaya açık olmaktan öte tehlikeli bulduğumuzu da ifade etmek isteriz. Zira, bu durumda, arabulucuya başvurmak istemeyen taraf talebinin yanına göstermelik olarak arabuculuk dava şartına tâbi olmayan bir talep ekleyerek arabuluculuk dava şartını bertaraf etmeyi düşünebilir.

Birden fazla talebin yer aldığı diğer bir dava türü olan terditli davada, talepler arasında aslîlik-ferîlik ilişkisi kurulmaktadır. Buna göre davacı, öncelikle aslî talebinin kabul edilmesini istemekte; ancak, bu talebin kabul edilmemesi hâlinde fer'î talebi ileri sürmektedir. Bu nedenle, mahkemece aslî talep reddedilmeden fer'î talep hakkında inceleme yapılarak hüküm kurulamaz (HMK m. 111). Kanaatimizce, bu dava türünde arabuluculuk dava şartı sadece aslî talebe göre belirlenmeli ve sadece aslî talep bakımından arabuluculuğa başvurulmuş olması yeterli görülmelidir. Zira, fer'î talep davacı için ikincil nitelikte olduğundan bu talebini arabuculuk yoluyla ileri sürerek kabul etmesi terditli davanın amacına aykırı olacaktır. Bu nedenle, fer'î talep arabuluculuk dava şartına tâbi olsa dahi bu talep için arabulucuya başvurulmaksızın aslî talep esas alınarak dava açılabilir. Eğer aslî talep arabuluculuk dava şartına tâbi değilse doğrudan ferî taleple birlikte terditli dava açılabilir; aslî talep arabuluculuk dava şartına tâbi ise, sadece aslî talep için arabuluculuğa başvurularak son tutanağın düzenlenmiş olması yeterli görülmelidir.

Seçimlik borçlarda söz konusu olabilen seçimlik dava, seçim hakkı kendisine ait olan borçlu veya üçüncü kişinin bu hakkı kullanmaktan kaçınması hâlinde gündeme gelmektedir. Davacı, seçimlik borcun konusunu

oluşturan her iki talebi de ileri sürmekle beraber esasen sadece birini talep edebilmekte; ancak, seçim hakkı kullanılmadığı için seçimlik mahkûmiyet hükmü kurulmaktadır (HMK m. 112). Bu nedenle, esasen borç ifa edilmeye kadar edim tam olarak bilinmemektedir. O hâlde, seçimlik borcun konusunu oluşturan edimlerden sadece biri dahi arabuluculuk dava şartına tâbi taleplerden ise dava açılmadan önce arabuluculuk yoluna başvurulması gerekir. Bu durumun sadece seçim hakkının borçluda olduğu durumlarda söz konusu olduğu, seçim hakkı üçüncü bir kişide ise o kişiye karşı arabuluculuk yoluna başvurulamayacağı ifade edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, zorunlu, talep, dava şartı, dava çeşitleri.

Abstract

Although mediation is a voluntary process, it is accepted mandatory at certain cases and this is named as *mediation as procedural requirement*. At those cases, plaintiff must attach the original or approved copy of the final report, which indicates that no agreement has been made at the end of compulsory mediation process, to its petition. Otherwise, a formal notification is given to the plaintiff in order to submit the final report in two weeks time frame failing that the case will be dismissed without prejudice. If the requirements of the notifications are not fulfilled, the case is dismissed without prejudice. Moreover, when it is seen that the suit is filed without applying to the mandatory mediation, the case is dismissed without prejudice because of the lack of a procedural requirement without need to notify.

Mediation as procedural requirement is regulated based on the claim sued for and the term claim is emphasized especially in Turkish Commercial Code and The Code of Labour Courts. Hence, it is a procedural requirement to apply mandatory mediation before filing the suit about “at the commercial cases, claims of credit and compensation including the demand to pay some amount of money” and “claims of employee or employer credit and compensation or reemployment based on individual or collective labour agreement”. Also, it is regulated generally as procedural requirement to apply

mandatory mediation except some limited disputes and claims at the Code of Consumer Protection. Therefore, it can be concluded that because the subject of dispute is specified based on the claim in Turkish law, the mediation as procedural requirement (mandatory mediation) should be accepted also based on the claim.

Although it is clear that mediation as procedural requirement is specified according to claim, it can be discussed how to determine mediation as procedural requirement at the cases including more than one claim. This situation is not clearly determined neither in the regulations of the lawsuits including more than one claim nor in the regulations about the mandatory mediation. Therefore, it should be interpreted according to individual characteristics of lawsuits including more than one claim. Although there are more than one claim in the all cases such as cumulative, alternative and possible accumulation of claims, the ways they are presented are different from each other. Hence, the solution about the mandatory mediation which seems to be appropriate for a specific type of action mentioned above may not be applicable for any other type of action (despite that it also contains more than one claim).

Each one of the claims is completely independent and primary from each other at the cumulative accumulation of cases (objective joinder of cases). There are indeed cases as many as claims in this type of action. Therefore, it is undisputed that all procedural requirements must be met for all and each one of the claims. Consequently, if mandatory mediation is in fact a procedural requirement, in accumulation of cases, which is demanded a judgement for each of the claim, mediation as procedural requirement should be considered for each one of the claims. Hence, mandatory mediation process must be fulfilled for any claim, which is individually subject to mandatory mediation; otherwise, only related claim should be dismissed without prejudice and other claims (which are not subject to mandatory mediation or subject to mandatory mediation and so the process is fulfilled) should be examined. Despite that this way of solution may be argued because of the general objections to the mandatory mediation, this conclusion is the natural necessity of cumulative accumulation

of cases. Negative aspects and results of the mandatory mediation cannot be removed by disregarding the conditions of a certain, known type of action. Therefore, all the claims in cumulative accumulation of cases which are subject to mandatory mediation must have been made subject to the mediation. In this respect, it should be stated that the decisions of Court of Cassation are not only agreeable but also dangerous, on which it is not all mandatory to apply for mediation, if a claim, which is individually subject to mandatory mediation, is brought together cumulatively with another claim, which is not individually subject to mandatory mediation. Yet, if so, the plaintiff who does not want to apply for mediation could be able to bypass the mandatory mediation by adding a fake claim, which is not subject to mandatory claim, beside his real claim.

The other type of action, possible accumulation of cases, which includes also more than one claim, consists of one primary and one or more secondary claims. The plaintiff first demands his primary claim to be accepted; however, in case of that the primary claim is dismissed, he asserts the secondary claim. Therefore, the secondary claim can not be examined and ruled about without dismissing the primary claim. So, in our opinion, mandatory mediation should be determined according to the primary claim in this type of action and it should be enough to apply for mandatory mediation only about the primary claim. As it would be contrary to the aim of possible accumulation of cases to apply for mandatory mediation about the secondary claim and be agreed upon. Thus, even if the secondary claim is normally subject to mandatory mediation, the primary claim should be sued for without applying for mandatory mediation about the secondary claim. If the primary claim is not subject to mandatory mediation, the secondary claim directly could be asserted by the primary claim; if the primary claim is subject to mandatory mediation, it should be enough to apply for mediation only about the primary claim and the final report to be issued.

Alternative accumulation of cases, which can occur in case of alternative obligation, can be filed when the debtor or a third person, who has the right to choose, do not determine the obligation choice. Even if the plaintiff has to assert the both claims that are subjects of the alternative obligation,

he can only have one of them; but, because he has not the right to choose, alternative judgment is to be rendered. Therefore, the exact subject of the performance stays unknown until one of them is performed by the debtor. Hence, even if only one of the claims which forms the subjects of alternative obligation is subject to mandatory mediation, mediation must be applied for before filing the suit. It is stated that this way of solution can only be applied when the debtor has the right to choose the performance; if a third person has the right to choose, mandatory mediation cannot be applied for against the third person.

Keywords: Mediation, mandatory, claim, procedural requirement, types of action.

Giriş

Dava şartı (*zorunlu*) arabuluculuk kapsamına alınan uyuşmazlıkların sayısı, bizzatıhi dava şartı arabuluculuğa ve düzenlenme şekline yöneltilen ciddi eleştirilere rağmen, artmaya devam etmektedir. Bu hususta genellikle talep esası çerçevesinde düzenlemeler yapılmakta; dava konusu edilecek olan talebin kaynağı ve niteliğine göre arabuluculuk dava şartına tâbi olup olmadığı tespit edilmektedir. Bu noktada, dava konusu yapılan veya daha doğru ifade ile yapılacak taleplerin sayısı ve ileri sürülüş şekilleri dikkate alınarak arabuluculuk dava şartının incelenmesi de zorunludur. Böylece talepler bakımından arabuluculuk dava şartının sağlanıp sağlanmadığı noktasında yerinde ve tam bir değerlendirme yapılabilir. Zira, ilerde açılacak davanın talepleri, dava şartı sebebiyle daha önce arabuluculuk bakımından değerlendirilmelidir ki, ilerde de taleplerin durumuna göre dava şartının gerçekleşip gerçekleşmediği doğru şekilde tespit edilebilsin. Bu ise usûl hukuku bakımından taleplerin türleri dikkate alınarak bir değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır.

Çalışmamızda, dava şartı arabuluculuğa ilişkin kısa ve genel bir açıklama yapılmakla yetinilmiş, genel olarak zorunlu arabuluculuğa yöneltilen eleştiriler çalışmamız kapsamını aştığından bu konuda ayrıntılı çalışmalara atıf yapılmakla yetinilmiştir. Genel açıklamadan sonra talep sonucuna ilişkin dava çeşitlerine ilişkin olarak talebin sayısı ve ileri sürülüş şekillerine

göre yapılan ayırmada yer alan davaların yığılması, terditli dava ve seçimli davanın her birine ilişkin kısa bir açıklamadan sonra her biriyle ilgili arabuluculuk dava şartının nasıl incelenmesi gerektiği konusunda yargı kararları çerçevesinde sonuçlara yer verilmiştir.

I. Dava Şartı Olarak Arabuluculuk

Dava şartı olarak arabuluculuk², hukukumuzda ilk defa 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu³ ile düzenlenmiştir. Daha sonra 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un⁴ 20. maddesiyle Türk Ticaret Kanunu'na 5/A maddesi eklenerek bazı ticarî davalar da dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır. 7036 sayılı Kanun'dan farklı olarak Türk Ticaret Kanunu'nda özel olarak ticarî davalara ilişkin dava şartı arabuluculuğun sonuçları hakkında hükümler ihdas edilmemiş; 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na dava şartı arabulucuğa ilişkin genel bir hüküm eklenmiştir. Esasen bu şekilde dava şartı arabuluculuğun kapsamının genişlemeye devam edeceğinin somut sinyalleri de verilmiştir. Nitekim, son olarak 7251 sayılı Kanun'un⁵ 59. maddesiyle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a 73/A maddesi eklenmek suretiyle bazı tüketici uyuşmazlıkları da dava şartı arabuluculuk kapsamına dahil edilmiştir.

2 Gerek arabuluculuğun zorunlu bir yol olarak dava şartı şeklinde düzenlenmesi, gerek düzenlenme yeri ve sistematığı gibi birçok husus eleştirilmektedir. Bu konular çalışmamız kapsamını aştığından değinilmemiştir. Bu konudaki detaylı açıklama ve eleştiriler için bkz. **Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes, Murat Atalı ve Vural Seven**, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk* (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2019), 129 vd; **Muhammet Özkes**, “Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi “Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım”, *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtay'ın 150. Kuruluş Yılı Dönümü Etkinliği, Yargıtay ve AYBÜ Hukuk Fakültesi, Ankara 6-7 Aralık 2018, Toplantı Kitabı* (Ed. Ersin Erdoğan) (2019): 111 vd; **Mert Namlı**, “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı İle Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medenî Usûl Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi*, 13 Mayıs 2016 İstanbul, Toplantı Kitabı (Ed. Kübra Doğan Yenisey) (2016), 156 vd.

3 RG, 25.10.2017, S. 30221.

4 RG, 19.12.2018, S. 30630.

5 RG, 28.07.2020, S. 31199.

Doktrinde, arabuluculuk dava şartının bir dava şartından öte, dava açılmasını dahi engelleyici nitelikte bir dava engelini çağrıştırdığı ifade edilmiştir⁶. Bu görüşe göre, arabuluculuk dava şartı yerine getirilerek ilgili belgeler sunulmadıkça davanın açılmaması, özellikle UYAP üzerinden dava açılmasına imkân dahi tanınmaması eleştirilmekle beraber dava şartı arabuluculuğun daha ileri seviyede bir şart olarak uygulandığına dayanak olarak kabul edilebilir. Diğer yandan, düzenlenme şekli ve sonuçları çerçevesinde değerlendirme yapıldığında, yerindeliği tartışılabilir olsa da, arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun en azından kanundaki düzenleniş şekliyle mecburen bir dava şartı olarak değerlendirileceği ifade edilmektedir⁷.

Kanaatimizce, kanunî ifade ediliş şekliyle arabuluculuk dava şartının dava engeli düzeyinde ileri bir şart olduğu sonucuna varmak mahkemeye erişim hakkının sınırlaması niteliğinde olan zorunlu arabuluculuk konusunu daha da tartışmalı hâle getirebilecektir. İlgili görüşe dayanak yapılabilecek UYAP sisteminin kullanımına ilişkin idarî engellemeler zaten bizatihi hukuka aykırı olarak elektronik altyapının kullanımı örneğidir. Nitekim aynı görüş bu uygulamayı da ciddi bir şekilde eleştirerek mahkeme erişim hakkının ihlâl edildiği sonucuna varmıştır⁸. Bu açıklamalar kapsamında kendisi hukuka aykırı olan birtakım sistemsel uygulamalar özelinde dava şartı arabuluculuğa nitelik kazandırılmamalı; bu özel dava şartı da diğer dava şartlarıyla ilişkisi içerisinde incelemeye tâbi tutulmalıdır. Şüphesiz bu, arabuluculuğun bir dava engeli mi yoksa dava şartı mı olduğu, dava şartı olarak da gerçek bir dava şartı olup olmadığı tartışmasını geçersiz kılmamaktadır. Sadece bizim inceleme konumuz, bu tartışmanın dışında bir değerlendirme şeklinde yapılacaktır.

Bu çerçevede, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinde düzenlenen dava şartlarının incelenme sırası bakımından doktrinde kabul gören görüşlere paralel bir şekilde arabuluculuk dava şartı da dava konusuna ilişkin dava şartları kapsamında mahkemeye ve taraflara ilişkin dava şartlarının sağlandığının tespitini müteakiben araştırılmalı ve incelenmelidir.

6 **Cafer Eminoğlu ve Ersin Erdoğan**, *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 114 vd.

7 **Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven**, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 153-154.

8 **Eminoğlu ve Erdoğan**, *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk*, 114, dn. 106.

Nitekim, uygulamada, dava şartlarının varlığı veya yokluğunun görevli ve yetkili mahkeme tarafından incelenmesi gerekliliğinden hareketle görevsiz veya yetkisiz mahkemenin arabuluculuk dava şartı incelemesini yapması hukuka aykırı bulunmaktadır⁹.

II. Genel Olarak Birden Fazla Talebin Yer Aldığı Dava Çeşitleri

Talep, kelime anlamıyla bir kimseden bir şeyi yapmasını veya yapmamasını isteme olarak tanımlanabilir¹⁰. Maddî hukukta kabul gören talep kavramı da bu tanıma benzer olsa da usûl hukuku bakımından talep, bir hukuki sonucun kesin bir şekilde belirlenmesine ilişkin, mahkemeye yöneltilmiş, davacı tarafından ileri sürülen talep sonucuna göre ortaya konulabilecek bir istek olarak tanımlanmaktadır¹¹. Medenî usûl hukukunda dava konusu olarak karşımıza çıkan talebi (*usûlî talep*) tam olarak belirlemek, uyuşmazlık konusunun tespiti, dava çeşitlerini ayırt etme, derdestlik, kesin hüküm gibi birçok noktada büyük bir önemi haiz olduğundan talebin tespiti notkasında da birçok farklı görüş ileri sürülmüştür¹². Ancak, genel olarak Türk hukukunda, dava konusu olan usûlî talebi belirleyen aslî unsurun talep; vakıaların ise, talebin belirginleştirilmesi ve diğer taleplerden ayrılması ile ispatı bakımından önem taşıyan bir unsur olarak kabul gördüğü söylenebilir¹³.

9 “Bu nedenle görevli mahkeme tarafından, öncelikle yetkili olup, olmadığı belirlenip, yetkili ise diğer dava şartlarının değerlendirilmesi gerekirken, yetki hususu ve özellikle davalının yetki itirazı değerlendirilmeden davanın 7036 Sayılı Yasada düzenlenmiş bir başka dava şartı olan arabuluculuğa başvurulmadığı gerekçesiyle usulden reddine karar verilmesi ve istinaf merci olan ... Adliye Mahkemesi 26. Hukuk Dairesi tarafından da davalı tarafın yetki hususundaki istinaf başvurusunun değerlendirilmeden istinaf başvurusunu reddetmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.” 9. HD, 04.03.2019, 2019/520, 2019/5144 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

10 “Talep”, Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Erişim 07.10.2020, <https://sozluk.gov.tr/>; **Konrad Hellwig**, *Anspruch und Klagerecht* (Leipzig, 1924), 5.

11 **Saim Üstündağ**, *Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997), 274, 472; **Süha Tanrıver**, *Medenî Usûl Hukuku, C. I* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 450.

12 Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Uğur Bulut**, *Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yılgılması (Objektif Dava Birleşmesi)* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 253 vd.

13 **Tanrıver**, *Medenî Usûl Hukuku, C. I*, 476; **Ejder Yılmaz**, *Medenî Yargılama Hukukunda Islah, 4. Baskı*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 190; **İbrahim Ermenek**, *Medenî Usûl*

Dava konusunu belirleyen asli unsur olan talebin sayısı ve ileri sürülme şekline göre farklı dava çeşitleri karşımıza çıkmaktadır. Talep sonucuna göre dava çeşitleri, davaların yığılması (objektif dava birleşmesi), terditli dava, seçimlik dava, kısmi dava, belirsiz alacak davası ve mütelahik dava olarak sınıflandırılmaktadır¹⁴. Kısmi dava ve belirsiz alacak davasında, talep sayısının fazlalığı değil talebin niteliği ile bölünebilir olup olmadığı gibi kriterler dikkate alınmaktadır. Bu durumda, birden fazla talebin yer aldığı dava çeşitleri olarak davaların yığılması ile terditli ve seçimlik dava karşımıza çıkmaktadır. Aşağıda bu dava çeşitlerinin her biri hakkında kısa açıklamalar da bulunularak devamında arabuluculuk dava şartının bu özel dava çeşitleri için nasıl inceleneceği konusunda değerlendirmeler yapılmıştır.

III. Davaların Yığılmasında (Objektif Dava Birleşmesi) Arabuluculuk Dava Şartı

A. Genel Olarak

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 110. maddesinde düzenlenen davaların yığılmasında davacı, aynı davalıya karşı olan birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini aynı dava dilekçesinde ileri sürmektedir. Böyle bir dava açılabilmesi için taleplerin tamamı bakımından ortak görevli ve yetkili bir mahkemenin bulunması ve taleplerin tamamının aynı yargı çeşidine tâbi olması gerekmektedir¹⁵.

Davaların yığılmasında taleplerin her biri birbirinden bağımsız ve asli nitelikte olduğu için görünüşte tek bir yargılama süreci söz konusu olsa dahi o yargılamanın konusunu oluşturan talep konusu kadar dava vardır¹⁶. Her bir talep ayrı bir dava konusunu oluşturabilecek bağımsız birer

Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 166; **Levent Börü**, *Dava Konusunun Devri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), 232.

14 **Hakan Pekcanitez**, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C.II* (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2017): 988 vd.

15 Davaların yığılmasının şartları hakkında detaylı bilgi için bkz. **Bulut**, *Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)*, 179 vd.

16 **Baki Kuru**, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II* (İstanbul: Demir Demir Yayıncılık, 2001), 1500; **Ejder Yılmaz**, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. II* (Ankara: Yetkin

dava niteliğinde olduğu için her bir talep hakkında ayrı ayrı karar verilmesi gerekmekte olup taleplerden birinin kabul veya reddedilmiş olması, kural olarak, diğer talepleri etkilemez¹⁷. Yine taleplerin her birinin bağımsız dava niteliğinde olması nedeniyle dava şartlarının her bir talep için ayrı ayrı incelenmesi gerektiği konusunda da herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır¹⁸.

B. Arabuluculuk Dava Şartının İncelenmesi

Davaların yığılması şeklinde ileri sürülen taleplerin tamamı ayrı ayrı arabuluculuk dava şartına tâbi ise, her biri hakkında arabuluculuk dava şartının yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Aksi hâlde, mahkemece davanın tüm talepler bakımından usûlden reddine karar verilmelidir¹⁹. Tüm talepler bakımından arabuluculuk dava şartının gerçekleştiğini tespit noktasında son tutanakta yer verilen somut talepler ve tutanağın düzenlenme şekli büyük bir önemi haizdir. Aynı hukukî ilişkiden kaynaklansa dahi sadece bir takım talepler ismen zikredilerek bu talepler bakımından anlaşmaya varılamadığı şeklinde düzenlenen tutanak yalnızca ilgili talepler bakımından arabuluculuk dava şartının yerine getirildiğine işaret edecektir. Ancak, özellikle münhasıran belirli bir talebin ismen zikredilmeyerek temel hukukî ilişkiden kaynaklanan hiçbir talep bakımından anlaşmaya varılamadığı şeklinde düzenlenen bir son tutanak, o hukukî ilişkiden kaynaklanan tüm talepler için arabuluculuk dava şartını sağlar kabul

Yayımları, 2017), 1689; **Pekcanitez**, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C.II, 1093; **Tanrıver**, *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 614; **Ingo Saenger**, “Klagenhäufung und alternative Klagebegründung”, *Monatsschrift für Deutsches Recht*, No. 9 (1994): 861; “Davaların yığılması söz konusu olduğunda, görünüşte tek dava, gerçekte ise talep sayısınca dava mevcuttur.” HGK, 30.04.2019, 4-1394/494 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); “...davaların yığılması (objektif dava birleşmesi) halinde, talep sayısı kadar dava bulunduğu kabul edildiğinden...” HGK, 17.06.2015, 22-787/1552 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

17 **Pekcanitez**, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C.II, 1093; **Tanrıver**, *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 615.

18 **Kuru**, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. II, 1500; **Pekcanitez**, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C.II, 1093; **Tanrıver**, *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 614; **Yılmaz**, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 1689; “Davacı birçok talebini, tek bir dava dilekçesi ile talep etmektedir. Aslında kural olarak talep sayısınca dava mevcuttur... Bu sebeple dava şartlarının da her talep açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.” 9. HD, 28.03.2018, 5239/6929 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

19 **Eminoğlu ve Erdoğan**, *Ticaret Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk*, 162.

edilmelidir²⁰. Taleple bağıllık ilkesi gereği böyle bir durumda arabuluculuk başvuru formunun da incelenmesi gerekebilir. Keza Yargıtay, arabuluculuk başvuru formunun da dikkate alınması gerektiği ve şayet davacı tarafından başvuru formunda talepler ismen sınırlandırılarak zikredilmişse sadece formda yer alan taleplerin arabuluculuk sürecine konu edildiğinin; aksi hâlde, o hukukî ilişkiden kaynaklanan tüm talepler için arabuluculuk dava şartının sağlandığının kabulü gerektiği sonucuna varmıştır²¹. Ancak, kanunen mahkemeye sunulması zorunlu evrak sadece anlaşamama son tutanağı olup bu evrak haricinde başvuru formu gibi diğer belgeleri mahkemeye sunulmasının talep edilmesi arabuluculuğa ilişkin genel ilkelerden olan gizlilik ilkesini zedeleyebilecektir²². Bu nedenle, bu yönde bir uygulama gizlilik ilkesiyle çelişebileceğinden eleştiriye açıktır²³.

Kuşkusuz ki, herhangi bir tereddüde mahâl vermemek adına, anlaşmaya varılamayan tüm taleplerin ayrı ayrı ve açıkça tutanakta yer alması yerinde olacaktır. Nitekim, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği ile söz konusu sorunlar giderilmeye çalışılmış, Yönetmeliğin 25. maddesinin yedinci fıkrasında, tarafların sadece bir takım talepler bakımından anlaşmaya varmaları hâlinde, üzerinde anlaşılan ve anlaşılabilen taleplerin anlaşma son tutanağında açıkça belirtilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Aynı durum, birden fazla talebin yer aldığı ve taleplerin tamamı için anlaşma sağlanamadığı hâllerde düzenlenecek olan anlaşamama son tutanağında da kabul edilmelidir.

20 Aksi yönde **Eminoğlu ve Erdoğan**, *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk*, 112, 167.

21 9. HD, 10.09.2019, 2019/6226, 2019/15522 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 9. HD, 07.05.2019, 2019/3610, 2019/10073 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 22. HD, 09.05.2019, 2019/3584, 2019/10279 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 9. HD, 11.02.2019, 2019/510, 2019/3277 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 9. HD, 11.02.2019, 2018/11190, 2019/3278 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay, söz konusu kararında *başvuru formu* uygulamasının başlatıldığı 02.08.2018 tarihinden itibaren son tutanakta hangi talep için anlaşmaya varıldığı veya varılmadığının açıkça yazılması gerektiği; aksi hâlde, arabuluculuk dava şartının sağlanmamış kabul edileceği yönünde görüş beyan etmiştir.

22 Bkz. **Çiğdem Yazıcı Tıktık**, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması* (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2013), 57 vd.

23 Bkz. **Eminoğlu ve Erdoğan**, *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk*, 113.

Davaların yığılmasına konu taleplerden sadece bir kısmının arabuluculuk dava şartı kapsamında yer almaması veya arabuluculuğa elverişli olmaması hâlinde nasıl hareket edileceği tartışmalıdır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 10.06.2020, 2019/4851 E. ve 2020/2732 K. numaralı kararında,

“Dava, marka hakkına istinaden unvan terkinini, markaya tecavüzün tespiti, men’i, buna bağlı olarak da maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. İlk Derece mahkemesince, dava türü itibariyle dava açılmadan önce arabulucuya müracaat edilmesinin dava şartı olduğundan bahisle davanın usulden reddine karar verilmiş; davacı tarafından yapılan istinaf başvurusu da Bölge Adliye Mahkemesince aynı gerekçeyle esastan reddedilmiştir. Davanın 7115 sayılı Yasa’nın 20. maddesi ile TTK’na eklenen 5/A maddesinin yürürlüğe girmesinden sonra açıldığı uyuşmazlık konusu değildir. Bahse konu maddeye göre, TTK’nın 4. 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. Somut olayda, 6100 sayılı HMK’nın 110. maddesiyle düzenleme altına alınan “davaların yığılması” durumu söz konusu olup, uyuşmazlık, marka hakkına dayalı olarak unvan terkinini, markaya tecavüzün tespiti, meni ve tecavüz nedeniyle maddi ve manevi tazminat davalarını içermektedir. Konusu bir miktar paranın ödenmesi olan tazminat istemlerine ilişkin davalar arabuluculuğa tabi ise de, unvan terkinine, markaya tecavüzün tespiti ve menine ilişkin davalar, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan bir alacak ya da tazminat davası olmadığından arabuluculuğa tabi değildir. ***Bu durumda, arabuluculuğa tabi olmayan bir dava ile birlikte açılan tahsil davası da arabuluculuk dava şartına tabi olmayacağından aksi yöndeki mahkeme gerekçesi isabetli görülmemiştir.*** Bu itibarla, işin esasına girilerek, taraf iddia ve savunmalarının değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın usulden reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, karara karşı yapılan istinaf başvurusunun esastan reddine dair bölge adliye mahkemesi kararının bozularak kaldırılması gerekmiştir.”

yönünde ifadelere yer verilerek arabuluculuk dava şartına tâbi olmayan bir taleple arabuluculuk dava şartına tâbi başka bir talep bir arada ileri sürülmüşse taleplerin bir bütün olarak arabuluculuk dava şartı kapsamında çıkacağı

sonucuna varılmıştır. Aynı Yargıtay Hukuk Dairesinin²⁴ ve Bölge Adliye Mahkemesinin²⁵ aynı sonuca varan başka kararları da bulunmaktadır.

Diğer yandan, arabuluculuk dava şartına tâbi olmayan talebin ayrılaraq o taleple ilgili yargulamaya devam edilmesi; arabuluculuk dava şartına tâbi olmasına rağmen arabulucuya başvurulmadan açılan taleplere ilişkin davaların ise usûlden reddi gerektiği yönünde kararlar da mevcuttur:

“Davacının tek bir dava dilekçesi ile birbirinden bağımsız birden fazla asli talebi hakkında ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekmektedir.TTK’nın 5/A maddesine göre davacının asli taleplerinden olan itirazın iptali davası arabuluculuk dava şartına tabidir. Davacı bu talebi ile ilgili olarak arabuluculuk dava şartını yerine getirmeden dava açtığından 6325 Sayılı kanun 18/A maddesi gereğince herhangi bir işlem yapılmaksızın dava, dava şartı yokluğundan reddedileceğinden bu dava yönünden HMK 114/2 ve 115/2 maddeleri gereğince dava şartı yokluğu nedeniyle usulden red kararı verilmesi usul ve yasaya uygundur... ***Mahkemeye yapılacak iş HMK’nın 110. Maddesine göre davaların yığılması şeklinde açılan itirazın iptali davası ile menfi tespit davasının tefriki ile itirazın iptali davasında arabuluculuk dava şartı yokluğu***

24 Örneğin, “Davada diğer talep olan davacının çek nedeniyle davalıya borçlu olmadığının tespiti talebinin yani menfi tespit davasının arabuluculuk dava şartına tabi olup olmadığı hususuna gelince, menfi tespit davasında davacı, davalıya borçlu olmadığının tespitini istemekte, buna karşın davalı taraf davacının borçlu olduğunu savunmaktadır. Netice itibarıyla mahkeme menfi tespit davasında davacının borçlu olup olmadığının tespiti ile birlikte davalının da alacaklı olup olmadığının tespitini yapacaktır. Şu halde menfi tespit davasında dava konusunun bir miktar alacağa ilişkin olduğu açık olup 7155 Sayılı Kanun’un 20. maddesiyle TTK’nın 5. maddesine eklenen 5/A maddesi kapsamında menfi tespit davasında arabulucuya başvurmak dava şartı ise de arabuluculuk dava şartına tâbi olmayan çek istirdadı davası ile birlikte açıldığından eldeki davada menfi tespit talebi de arabuluculuk dava şartına tâbi olmayacaktır.” 11. HD, 10.02.2020, 2019/3048, 2020/1093 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); “Somut olayda, 6100 sayılı HMK’nın 110. maddesiyle düzenleme altına alınan “davaların yığılması” durumu söz konusu olup, uyumsuzluk, verilen paranın tahsili ve ortak olmadığının tespiti olmak üzere iki ayrı dava içermektedir. Konusu bir miktar paranın ödenmesi olan tahsil davası arabuluculuğa tabi ise de, geçerli bir ortaklık ilişkisinin kurulmadığının tespitine ilişkin dava, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan bir alacak ya da tazminat davası olmadığının arabuluculuğa tabi değildir. Bu durumda, arabuluculuğa tabi olmayan bir dava ile birlikte açılan tahsil davası da arabuluculuk dava şartına tabi olmayacağından aksi yöndeki mahkeme gerekçesi isabetli görülmemiştir.” 11. HD, 17.02.2020, 2020/197, 2020/1578.

25 İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. HD, 25.09.2020, 2020/1224, 2020/1447 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

nedeniyle usulden red kararı vermek, menfi tespit davası yönünden ise dava değeri üzerinden harç eksikliği ikmal edildikten sonra taraf delillerinin toplanarak oluşacak sonuca göre karar vermek olmalıdır. Bu nedenle davacı istinaf başvurusunun menfi tespit talebine yönelik olarak kısmen kabulüyle mahkeme kararının HMK 353/1-a4 maddesi uyarınca kaldırılmasına yukarıda belirtilen şekilde işlem yapılarak yeniden karar verilmek üzere mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerektiği kanaatine varılarak aşağıdaki hüküm kurulmuştur.”²⁶

Doktrinde, yukarıda da açıklandığı üzere²⁷, davaların yığılmasına konu her bir aslı talebin bağımsız bir dava niteliğinde olduğunun ve her bir talep için dava şartlarının ayrı ayrı incelenmesinin gerektiğinin tereddütsüz olması karşısında, arabuluculuk dava şartının da her bir talep için ayrı ayrı değerlendirilmesi ve sağlanması gerektiği belirtilmektedir²⁸. Arabuluculuk dava şartına tâbi olmayan bir talebin arabuluculuk dava şartına tâbi başka bir taleple bir arada ileri sürülmesi hâlinde, arabuluculuğa tâbi olmayan talepler için yargılamaya devam edilmesi gerekirken diğer taleplerin usûlden reddi gerektiği haklı olarak dile getirilmiş²⁹ ve bu durumlarda davacının arabuluculuk dava şartına tâbi olan talepler için bu şartı yerine

26 İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. HD, 09.07.2020, 2020/538, 2020/796 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). İlgili kararda itirazın iptali davası dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilmiş olmasına rağmen bu davanın niteliği gereği dava şartı arabuluculuk kapsamında yer almadığı doktrinde haklı olarak ifade edilmiştir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan, Muhammet Özkes, İcra ve İflâs Hukuku** (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2019), 108; **Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**, 196-197; **Süha Tanrıver, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 147 (2020): 123; **Murat Atalı, “Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtay’ın 150. Kuruluş Yılı Dönümü Etkinliği, Yargıtay ve AYBÜ Hukuk Fakültesi, Ankara 6-7 Aralık 2018, Toplantı Kitabı** (Ed. Ersin Erdoğan) (2019): 147; **Eminoğlu ve Erdoğan, Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk**, 145.

Benzer yönde başka bir karar için bkz. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 6. HD, 07.05.2019, 2019/1593, 2019/1066 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

27 Bkz. yuk. II, B, 1.

28 **Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**, 192-193. Karş. **Atalı, “Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, 148.**

29 **Eminoğlu ve Erdoğan, Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk**, 164.

getirmek suretiyle münferit davalar açmak durumunda kalabileceği ifade edilmiştir³⁰. Kanaatimizce de davaların yığılması şeklindeki dava türünün diğer tüm dava şartları bakımından kabul edilen temel özelliklerini arabuluculuk dava şartı için esnetmek yerinde olmayacaktır. Dahası aksi yönde bir düşünce, davacının bizatihi arabuluculuk dava şartını bertaraf etmek amacıyla görünüşte birtakım talepleri ileri sürmek suretiyle davaların yığılmasına sebebiyet vererek arabulucuya başvuru zorunluluğunu dolanmasının da yolunu açabilecektir³¹. Bu noktada, aksi yönde gibi görünen yukarıda belirtilen Yargıtay 11. Hukuk Dairesi kararları, davaların yığılması açısından yerinde görünmese dahi ilgili somut olaylardaki dava türleri bakımından hukuka uygundur. Bu konuya aşağıda ilgili bölümde değinildiği için burada detaylı açıklama yapılmamıştır³².

Özetle davaların yığılması şeklindeki dava türünde asli talep ileri sürülen her bir talep için arabuluculuk dava şartı ayrı ayrı değerlendirilmeli ve her bir talep kendisi için aranan dava şartları çerçevesinde diğerlerinden bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Taleplerden bir ya da birkaçı arabuluculuk dava şartına tâbi olmasına rağmen bu şart sağlanmamışsa ilgili talep veya talepler bakımından gereken usûlî karar verilmeli; sadece diğer talepler için yargılamaya devam edilmelidir.

IV. Terditli Davada Arabuluculuk Dava Şartı

A. Genel Olarak

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 111. maddesine göre davacı, aynı davalıya karşı birden fazla talebini, aralarında aslilik-ferilik ilişkisi kurmak suretiyle, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. Bunun için, talepler arasında hukukî veya ekonomik bir bağlantının bulunması şarttır. Mahkeme, davacının asli talebinin esastan reddine karar vermedikçe, fer'î talebini inceleyemez ve hükme bağlayamaz. Hâkim görüşe göre de *gerçek terditli dava*, asli talebin reddi hâlinde fer'î talebin incelendiği davayı; *gerçek olmayan terditli dava* ise,

30 **Tanrıver**, *Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler*, 136.

31 **Eminoğlu ve Erdoğan**, *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk*, 164, dn. 178.

32 Bkz. a.ş. II, C, 2.

ancak ilk talebin kabul edilmesi hâlinde fer'î talebin incelendiği dava türünü ifade etmektedir³³. Türk hukukunda genel olarak kabul gören sadece *gerçek* terditli dava olup terditli davaya ilişkin olarak mahkeme asli talebi kabul etmişse fer'î taleple ilgili karar verilemeyeceği ifade edilmektedir³⁴.

Gerçek olmayan terditli davada ileri sürülen taleplerin asli nitelikte olması davaların yığılmasına benzer olarak kabul edilebilirse de bağımsızlık noktasında davaların yığılmasından ayrıldığı ve bu davada birden fazla bağımsız talepten söz edilemeyeceği belirtilmektedir³⁵. Ancak, yine de her iki dava türünün birbirine oldukça yakın olması nedeniyle ileri sürülen talepler arasında maddi hukuktan kaynaklanan birinin diğerinin kabulüne bağlı olduğu bir ilişki söz konusu olduğu takdirde ortaya çıkan dava türü, terditli objektif dava yığılması olarak da ifade edilmiştir³⁶. Bu durumda, her iki dava türü arasındaki sınırın tespitinde bizatihi maddi hukuka dayalı bağlılık değil davacının talep sonucunu şekillendirmesinin de önemli olduğu ve bu nedenle aslında davacının isteğine göre, gerçek olmayan terditli dava hâllerinde davaların yığılmasının da söz konusu olabileceği ileri sürülmüştür³⁷.

Alman hukukundaki bu tartışmalara rağmen Türk hukukunda terditli davanın Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda sadece asli talebin reddi kriteri esas alınarak düzenlenmesi karşısında gerçek olmayan terditli davanın reddedildiği düşünülebilir. Ancak uygulamada, özellikle boşanma davaları bakımından bu dava türüne ilişkin sonuçların kabul edildiği de unutulmamalıdır³⁸. Örneğin, boşanma ve boşanma nedeniyle tazminat veya na-

33 **Werner Merle**, "Zur eventuellen Klagenhäufung", *Zeitschrift für Zivilprozess*, S. 4 (1970): 436.

34 **Bilge Umar**, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 334; **Yılmaz**, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 1694-1703; **Pekcanitez**, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C.II, 1083; **Tanrıver**, *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 616.

35 **Fabian Hollwitz**, *Alternative Klagehäufung und alternative Klagebegründung nach § 260 ZPO*, (Norderstedt: GRIN Verlag, 2009), 5.

36 **Hans-Jürgen Kion**, *Eventualverhältnisse im Zivilprozeß*, (Berlin: Duncker&Humblot, 1971), 138.

37 **Kion**, *Eventualverhältnisse im Zivilprozeß*, 138; **Merle**, "Zur eventuellen Klagenhäufung", 439.

38 **Timuçin Muşul**, *Medenî Usûl Hukukunda Terdit İlişkileri*, 2. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), 123.

faka davalarında, tazminat ve nafakaya hükmedilmesi boşanmanın kabul edilmesi şartına bağlı olup bu fer'i talepler bakımından ayrı ayrı başvuru ve peşin harç alınmamaktadır.

B. Arabuluculuk Dava Şartının İncelenmesi

Arabuluculuk dava şartının terditli davalarda ne şekilde uygulanacağına dair herhangi bir özel kanuni düzenleme söz konusu değildir. Bu nedenle arabuluculuk dava şartı bakımından terditli davanın niteliği ve özellikleri dikkate alınarak bir sonuca gidilmesi gerekmektedir. Bu noktada da öncelikle Türk hukukunda kabul gören anlamda gerçek terditli dava çerçevesinde bir değerlendirme yapmak gerekirse, aslî ve fer'i talebin her ikisinin de ayrı ayrı arabuluculuk dava şartına tâbi olduğu hâllerde dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması gerektiği aşîkârdır. Yine, terditli dava öncelikle aslî talep esas alınarak değerlendirildiğinden aslî talep arabuluculuk dava şartına tâbi ise, fer'i talep arabuluculuk dava şartına tâbi olmasa dahi aslî talebe ilişkin olarak arabuluculuğa başvurulmuş olması gerekmektedir. Esasen aynı hukukî gerekçeden hareketle, diğer bir ihtimâl olan aslî talep arabuluculuk dava şartına tâbi olmamasına rağmen sadece fer'i talebin arabuluculuk dava şartına tâbi olduğu hâllerde de aslî talep dikkate alınarak sonuca gidilmeli ve bizzat fer'i talep için arabuluculuğa başvurulmuş olması şartı aranmamalıdır. Zira, terditli davanın başında henüz fer'i talebin esaslanıp incelenip incelenmeyeceği belirsiz olmakta ve davacı fer'i talebi sadece aslî talebinin esastan reddedilmesi ihtimâlinde ileri sürerek talep etmektedir. Bu nedenle, aslî talebi arabuluculuğa tâbi olmayan davacının, fer'i talep için arabuluculuğa başvurarak esasen ikincil isteği olan bu talep için anlaşmaya varmaya zorlanması hukuken yerinde olmayacaktır³⁹. Nitekim, İstanbul 16. Hukuk Dairesi tarafından terditli davada arabuluculuk dava şartının aslî talep esas alınarak belirleneceği şu şekilde ifade edilmiştir:

39 **Eminoğlu ve Erdoğan**, *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk*, 169. Terditli dava olarak mahkeme önünde ileri sürülme şekline paralel bir şekilde arabuluculukta da her iki talebin terditli olarak ileri sürülmesinin düşünülebileceği yönündeki görüş için ayrıca bkz. **Tanriver**, *Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler*, 137.

“Mahkemece , terditli olan malın bedelinin tahsili isteminden kaynaklanan talep nedeni ile zorunlu arabuluculuk dava şartının bulunmadığı nedenle usulden red kararı verildiği görülmüştür. Öncelikle dava şartı hususunda ; davacının “ birincil” talebi olan “ malın aynen iadesi” istemi hususunda değerlendirme yapılmalıdır. Terditli talep; birincil talebin yerine getirilmesinin imkansız olduğunun anlaşılması durumunda devreye girecek ikincil bir taleptir. Kaldı ki bu talep İİK 27- 28-29. Maddelerin uygulanmasını gerektirmektedir. ***Bu nedenle dava şartının biricil ve asıl talebe göre belirlenmesi zorunlu olup; taşınmaz teslimini içeren talep hakkında dava şartı olarak arabuluculuk şartı bulunmadığından kararın kaldırılması gerekmiştir.***”⁴⁰

Özetle kanaatimizce gerçek terditli davada, arabuluculuk dava şartı sadece aslı talep dikkate alınarak belirlenmeli ve aslı talebin arabuluculuk dava şartına tâbi olduğu durumlarda bu talep için arabulucuya başvurulmuş olması gözetilmeli; diğer tüm ihtimallerde arabulucuya başvurulmuş olması şartı aranmamalıdır.

Gerçek olmayan terditli dava ifadesi, her ne kadar Türk hukukunda yaygın olarak kabul görmese de, gerçek terditli dava için kabul edilen sonuçların bu dava türü bakımından da uygulanabilir olduğu kanaatindeyiz. Bu durumda, özellikle maddi hukuktan kaynaklanan sebeplerle ikincil bir talebin kabul edilebilmesi aslı bir diğer talebin kabul edilmesi şartına bağlı ise, sadece aslı talep için arabuluculuk dava şartı incelenmelidir. Böylece, aslı talep arabuluculuk dava şartına tâbi ise sadece bu talep için arabuluculuğa başvurulmuş olması yeterli görülmeli; eğer aslı talep arabuluculuk dava şartına tâbi değilse, fer’i talep arabuluculuk dava şartına tâbi olsa dahi aslı talebin kabulüne karar verilmesi hâlide ilgili fer’i talep için arabuluculuğa başvurulmamış olmasından hareketle bu talep yönünden davanın reddine karar verilmemelidir. Zira, aksi hâlde, aslı talebin arabuluculuğa tâbi olmadığı ve hatta arabuluculuğa el-verişli dahi olmadığı durumlarda, bu talebe bağlı diğer talepler için arabuluculuğa başvurulması zorunlu kılınarak aslında arabuluculuk görüşmelerinin aslı talebe ilişkin hususları da içermesi sonucu doğabilecektir.

40 İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. HD, 09.07.2020, 2020/1107, 2020/1256 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. HD, 07.10.2019, 2019/1863, 2019/2013 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Esasen yukarıda⁴¹ değinilen ve davaların yığılmasına ilişkin olduğu ifade edilen Yargıtay kararlarının da gerçek olmayan terditli davaya ilişkin olduğu görülmektedir. Bu nedenle, ilgili kararlar davaların yığılmasının özellikleri ve sonuçlarıyla çelişir durumda olsa dahi aslında bu kararlara konu davalar gerçek olmayan terditli dava niteliğinde olup ilgili kararlarda varılan sonuçlar da gerçek olmayan terditli dava bakımından uygundur⁴². Söz konusu kararlara konu olaylarda marka hakkında tecavüzün tespiti, men'i ve tecavüzden kaynaklanan maddi ve manevî tazminat⁴³; çek istirdadı⁴⁴ ve menfi tespit⁴⁵ 46; ortak olunmadığının tespiti ve paranın iadesi⁴⁷ taleplerinde ikincil taleplerin arabulucuk dava şartına tâbi olmasına rağmen ilk taleplerin arabulucuk dava şartına tâbi olmamasına dikkat çekilerek ilgili yargılamalarda bir bütün olarak arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olarak aranmayacağı sonucuna varılmıştır.

41 Bkz. yuk. II, B, 2.

42 Doktrinde bu kararlara konu davaların kademeli dava (*Stufenklage*) niteliğinde olduğu ve ilgili dava türü özelinde yerinde olduğu da ileri sürülmüştür. Bu konuda bkz. **Eminoğlu ve Erdoğan**, *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk*, 164, dn. 178. Kanaatimizce somut kararlara konu olaylarda kademeli davadan ziyade gerçek olmayan terditli dava söz konusudur. İlgili dava türleri ve karşılaştırması hakkında bkz. **Bulut**, *Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)*, s. 95 vd., 347, dn. 466.

43 11. HD, 10.06.2020, 2019/4851, 2020/2732. Aynı yönde İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. HD, 25.09.2020, 2020/1224, 2020/1447 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

44 İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 43. HD, 09.10.2020, 2020/1848, 2020/145, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. HD, 20.04.2020, 2020/459, 2020/441 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) sayılı kararlarında çek istirdadı talebinin dava devam ederken çek bedelinin tahsil edilmesi nedeniyle bedele dönüşmesi hâlinde de aslı unsurun çek istirdadı talebinin haklı olup olmadığına bağlı olmasından yola çıkılarak davanın arabuluculuk dava şartı olmadığı sonucuna varmıştır.

45 11. HD, 10.02.2020, 2019/3048, 2020/1093. Aynı yönde İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. HD, 17.06.2020, 2020/652, 2020/587 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

46 İlgili kararda Yargıtay menfi tespit talebinin münferiden arabuluculuk dava şartına tâbi olduğu yönünde değerlendirilmelerde bulunmuş ise de kanunî düzenlemeler ile işin niteliği gereği menfi tespit taleplerinin arabuluculuk dava şartına tâbi olamayacağı kanaatindeyiz. Detaylı bilgi için bkz. **Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes**, *İcra ve İflâs Hukuku*, 131; **Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven**, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 191; **Atalı**, “Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkarıldığı Sorunlar”, 150-151; **Eminoğlu ve Erdoğan**, *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk*, 156. Nitekim Yargıtay tarafından, bu konudaki bölge adliye mahkemesi kararları arasındaki uyumsuzlukların ticarî nitelikteki menfi tespit davalarının arabuluculuk dava şartına tâbi olmadığı yönünde giderilmesine karar verilmiştir. Bkz. 19. HD, 13.02.2020, 2020/85, 2020/454 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

47 11. HD, 17.02.2020, 2020/197, 2020/1578.

Dikkat edilirse her bir yargılamada ileri sürülen talepler, her ne kadar ileri sürülüş şekli olarak davaların yığılmasına benzemekte ise de, maddi hukuka göre birbirine tamamen bağlı talepler olup ve gerçek olmayan terditli davadaki gibi ikincil taleplerin kabul edilebilmesi için öncelikle münferiden arabuluculuk dava şartına tâbi olmayan ilk taleplerin kabul edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, terditli davalar için kabul gören genel kuralın gerçek olmayan terditli dava niteliğindeki yargılamalar için de kabul edilerek arabuluculuk dava şartının sadece aslî talep dikkate alınarak uygulanmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz. Aynı şekilde İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi de çek bedelinin ödenmesi talebinin çek istirdadı talebiyle terdit ilişkisi içerisinde olduğunu belirtmiş ve çek bedelinin tahsili talebinin dahi çek istirdadı talebinin kabul görmesine bağlı olduğunu kabul ederek böyle bir yargılamada arabuluculuk dava şartının –aslî talep olan çek istirdadının dava şartı arabuluculuğa tâbi olmamasını esas alarak– uygulanamayacağı sonucuna varmıştır:

“Somut olayda ise uyuşmazlık T.T.K.’nın 792. maddesi uyarınca çek istirdadı istemine ilişkin olup, konusu bir miktar para alacağı değildir. Dava devam ederken çekin bedelinin davalı tarafça tahsil edilmesi halinde davanın çek bedelinin istirdatına dönüşmesinde de durum değişmeyecektir. Zira çek bedelinin istirdadı istemi, çek istirdadı isteminin kabul edilmesine bağlıdır ve terditli bir talep olarak ileri sürülmektedir. O halde ilk derece mahkemesince davanın asıl talebi olan çek istirdadı talebinin 6102 Sayılı T.T.K.’nın 5/A maddesi gereğince arabuluculuk dava şartına tabi olmadığı dikkate alınarak işin esasına girilip bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.”⁴⁸

48 İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. HD, 06.10.2020, 2020/1087, 2020/937 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. HD, 24.09.2020, 2020/850, 2020/938 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 8. HD, 17.09.2020, 2020/1548, 2020/3264 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

V. Seçimlik Davada Arabuluculuk Dava Şartı

A. Genel Olarak

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 112. maddesine göre, seçimlik borçlarda seçim hakkı kendisine ait olan borçlu veya üçüncü kişinin bu hakkı kullanmaktan kaçınması hâlinde, alacaklı seçimlik dava açabilir (m. 112/1). Seçim hakkının alacaklıya ait olduğu hâllerde seçimlik dava açılmaz; alacaklı, seçim hakkını kullanarak belirli bir edimi seçip o edimin konusunu oluşturduğu bir dava açmalıdır⁴⁹.

Seçimlik davada, talebin hukuka uygun olduğuna kanaat getiren mahkeme, seçimlik hüküm verecektir (m. 112/2). Alacaklı, bu seçimlik hükümde yer alan edimlerden birini seçerek cebri icraya başvurabilecek; ancak, borçlu hâlen diğer edimi ifa etmek suretiyle de borcundan kurtulabilecektir (m. 112/3).

B. Arabuluculuk Dava Şartının İncelenmesi

Seçimlik davada, her ne kadar davalı tarafından davaya konu taleplerden sadece biri ifa edilerek borç sona erdirilecek olsa da, bu dava türünde de görünüşte birden fazla talep yargılamanın konusunu oluşturmaktadır. Bu nedenle, bu dava türünde de talep esası çerçevesinde arabuluculuk dava şartının incelenmesi gerekmektedir. Yine, dava şartı arabuluculuğa ilişkin düzenlemelerde bu dava türüne ilişkin özel bir hükme yer verilmemiş olduğundan seçimlik davanın özelliği çerçevesinde bir sonuca gidilecektir.

Seçim hakkının borçluda olduğu durumlarda seçimlik borcun konusunu oluşturan edimlerden biri dahi zorunlu arabuluculuk dava şartına tâbi olsa dava açmadan önce arabulucuya başvurulması gerekmektedir⁵⁰. Zira, seçimlik dava neticesinde mahkemece seçimlik hüküm olarak her iki talebi de kapsayıcı şekilde karar verilmektedir.

49 **Kuru**, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. II, 1496; **Yılmaz**, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 1705; **Pekcanitez**, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C.II, 1088; **Tanrıver**, *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 617.

50 **Eminoğlu ve Erdoğan**, *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk*, 170.

Seçim hakkının alacaklı ve borçlu dışında üçüncü bir kişide olması hâlinde ise, bu kişi uyuşmazlığın tarafı olarak değerlendirilemeyeceği için üçüncü kişiyle arabuluculuk görüşmesi yapılarak edimin ifası konusunda anlaşılması mümkün değildir. Bu nedenle, uyuşmazlığın tarafları arasında işletilmesi gereken arabuluculuk sürecinin sadece borcun konusunu belirleme yetkisine sahip olan üçüncü kişiyle yürütülerek sonuçlandırılması da söz konusu olamaz⁵¹. Kanaatimizce, bu ihtimâlde arabuluculuk dava şartı da seçimlik dava bakımından benimsenen sonuca göre belirlenmelidir. Örneğin, birkaç edimden birini seçme hakkının tanındığı üçüncü kişi, eğer herhangi bir karşılık bedel olarak seçme taahhüdünde bulunmamışsa, seçme hakkının taraflardan birine geçebileceği şeklinde görüşler maddi hukukta ileri sürülmektedir⁵². O hâlde, maddi hukukta benimsenen görüşe göre de seçimlik borcun konusunu belirleme yetkisinin geçtiği kişi borçlu ise borçluyla arabuluculuk görüşmesi yapılabilecek veya duruma ve taraflar arasındaki maddi hukuk sözleşmesine göre yetki alacaklıya geçmişse alacaklının doğrudan seçtiği edime göre sonuca gidilebilecektir.

Sonuç

Dava şartı arabuluculuğa ilişkin düzenlemeler genel olarak ileri sürülen talep çerçevesinde hükümler içermektedir. Bu nedenle, mahkeme önünde yapılacak yargılamada da dava konusunu oluşturan talep ve bu talebe ilişkin olarak arabuluculuk dava şartının sağlanıp sağlanmadığının tespiti önemlidir.

Yargılamada ileri sürülen talep sonucuna göre yapılan dava çeşitleri ayırımında davaların yığılması, terditli dava ve seçimlik davada yargılamanın konusunu oluşturan talebin sayısı ve ileri sürülüş şekli dikkate alınmaktadır. Bu bağlamda her bir dava çeşidi için ayrı ayrı konusunu oluşturdıkları talebin arabuluculuk dava şartı noktasında nasıl bir değerlendirmeye tâbi tutulacağını tespit etmek gerekmektedir.

51 **Tanrıver**, *Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler*, 137.

52 Bu konuda bkz. **Mehmet Şengül**, “Seçimlik Borçlara İlişkin Temel Özellikler ve Seçimlik Borçların İfası”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 3-4 (2011): 235-236.

Aynı davacının aynı davalıya karşı birden fazla aslî talebini aynı dava dilekçesinde ileri sürdüğü davaların yığılmasında, her bir talep birbirinden bağımsız olup mahkemece her bir talep hakkında ayrı ayrı karar verilmesi gerekmektedir. Esasen bu yargılamada talep sayısı kadar dava söz konusu olduğu için her bir talep için dava şartlarının da diğer taleplerden bağımsız olarak ayrı ayrı değerlendirilmesi söz konusudur. Bu nedenle, diğer genel dava şartları için tartışmasız bir şekilde kabul edilen bu genel kuralın arabuluculuk dava şartı için de uygulanması gerekir. Bu noktada, arabuluculuk süreci sonrasında düzenlenen anlaşamama son tutanağında her bir talebe ayrı ayrı yer verilmesi önemlidir.

Birden fazla talep yer almasına rağmen taleplerden birinin aslî talep; diğerinin ise, fer'î talep olarak ileri sürüldüğü terditli davada, davaların yığılmasında olduğu gibi birden fazla bağımsız davadan söz edilemez. Terditli davada, davacı öncelikle bir aslî talebi ileri sürmekte; bu talebinin kabul görmemesi ihtimâline yönelik olarak ikinci bir fer'î talebi ileri sürmektedir. Bu nedenle, arabuluculuk dava şartının da sadece aslî talep esas alınarak incelenmesi gerekmekte; aslî talep arabuluculuk dava şartına tâbî değilse, fer'î talep arabuluculuk dava şartına tâbî olsa dahi davacı sadece bu fer'î talep için arabulucuya başvurmaya zorlanmamalıdır. Aksi hâlde, mahkeme önünde hukuken aslî talebe hak kazanabilecek davacının zorunlu olarak ikincil bir talebi üzerinde anlaşmaya varmaya zorlanması gibi izahı güç bir durum ortaya çıkabilecektir. Aynı sonuç, gerçek olmayan terditli dava olarak adlandırılan fer'î talebin maddî hukuka göre ancak aslî talebin kabul edilmesi hâlinde incelenebileceği davalarda da kabul edilmelidir. Zira bu davada da, davacının ve davalının fer'î talep için arabuluculuk yoluyla anlaşmaya zorlanması; aslında bu talebin kabul edilmesi için maddî hukuka göre bir ön şart olan aslî talebi de dava şartı arabuluculuk kapsamına almak anlamına gelecektir. Böyle bir durumda, münferiden arabuluculuk dava şartına tâbî olmayan ve hatta belki de arabulucuya elverişli olmayan bir konuda tarafların arabuluculuğa zorlanmasını açıklamak zor olacaktır. Bu nedenle, terditli davada her hâlükârda aslî talep esas alınarak değerlendirilme yapılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Maddi hukuktan kaynaklanan seçimlik borçlarda seçim hakkının alacaklıda olmadığı durumlarda söz konusu olan seçimlik davanın konusunu oluşturan birden fazla talebin söz konusu olduğu kabul edilebilirse de esasen davacı bu taleplerden sadece birini elde edebilecektir. Ancak, davalı tarafından hangi talebin ifa edileceği bilinemeyeceğinden taleplerden biri dahi arabuluculuk dava şartı kapsamında olsa seçimlik dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması gerektiği kanaatindeyiz. Diğer yandan seçim hakkı üçüncü bir kişiye tanınmışsa, üçüncü kişinin yetkisi sadece ifa edilecek edimi seçmek olduğundan ifanın konusunu oluşturduğu talep hakkında bu üçüncü kişiyle arabuluculuk görüşmesi yapılamayacağı da dikkate alınmalıdır.

Kaynakça

- Atalı, Murat.** “Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtay’ın 150. Kuruluş Yıl Dönümü Etkinliği*, Yargıtay ve AYBÜ Hukuk Fakültesi, Ankara 6-7 Aralık 2018, Toplantı Kitabı (Ed. Ersin Erdoğan) (2019): 137-154.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan.** *Medenî Usûl Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Börü, Levent.** *Dava Konusunun Devri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.
- Bulut, Uğur.** *Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Ekmekçi, Ömer, Muhammet Özkes, Murat Atalı ve Vural Seven.** *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2019.
- Eminoğlu, Cafer ve Ersin Erdoğan.** *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Ermenek, İbrahim.** *Medenî Usûl Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Hellwig, Konrad.** *Anspruch und Klagerecht*, Leipzig, 1924.
- Hollwitz, Fabian.** *Alternative Klagehäufung und alternative Klagebegründung nach § 260 ZPO*, Norderstedt: GRIN Verlag, 2009.
- Kekeç, Elif Kısmet.** *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktiler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Kion, Hans-Jürgen.** *Eventualverhältnisse im Zivilprozeß*. Berlin: Duncker&Humblot, 1971.
- Kuru, Baki.** *Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II*. İstanbul: Demir Demir Yayıncılık, 2001.
- Özkes, Muhammet.** “Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi ‘Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım’”, *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtay’ın 150. Kuruluş Yıl Dönümü Etkinliği*, Yargıtay ve AYBÜ Hukuk Fakültesi, Ankara 6-7 Aralık 2018, Toplantı Kitabı (Ed. Ersin Erdoğan) (2019): 111-136.

- Merle, Werner.** “Zur eventuellen Klagenhäufung”, *Zeitschrift für Zivilprozess*, S. 4 (1970): 436-469.
- Muşul, Timuçin.** *Medeni Usûl Hukukunda Terdit İlişkileri*, 2. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- Namlı, Mert.** “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı İle Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usûl Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi*, 13 Mayıs 2016 İstanbul, Toplantı Kitabı (Ed. Kübra Doğan Yenisey) (2016): 151-165.
- Pekcanitez, Hakan.** *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C.II. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2017.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan, Muhammet Özkes.** *İcra ve İflâs Hukuku*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2019.
- Postacıoğlu, İlhan ve Sümer Altay.** *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Saenger, Ingo.** “Klagenhäufung und alternative Klagebegründung”, *Monatsschrift für Deutsches Recht*, No. 9 (1994): 860-863.
- Şengül, Mehmet.** “Seçimlik Borçlara İlişkin Temel Özellikler ve Seçimlik Borçların İfası”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 3-4 (2011): 207-248.
- Tanrıver, Süha.** “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 147 (2020): 111-142.
- Tanrıver, Süha.** *Medenî Usûl Hukuku*, C. I. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Umar, Bilge.** *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Üstündağ, Saim.** *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997.
- Yazıcı Tıktık, Çğdem.** *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2013.
- Yılmaz, Ejder.** *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C. II. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Yılmaz, Ejder.** *Medenî Yargılama Hukukunda Islah*, 4. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- “Talep”. Türk Dil Kurumu Sözlükleri. Erişim 07.10.2020. <https://sozluk.gov.tr/>

İCRA TAKİPLERİNDE ZORUNLU ARABULUCULUK UYGULAMASI

Dr. Öğr. Üyesi Cemil SİMİL*

Alacaklı dava açmak yerine, cebri icraya başvuru seçeneğini her zaman tercih edebilir. Arabuluculuğa başvurunun zorunlu olması sadece bir dava şartı olarak kabul edilmiştir (İşMK m. 3; HUAK m. 18/A; TTK m. 5/A; TKHK m. 73/A). Bu nedenle, icra takibi başlatılmadan önce arabulucuya başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır. İcra takipleri zorunlu arabuluculuk kapsamı dışında bırakılmasına rağmen, icra takibinin ilerlemesi ve neticelendirilmesi amacıyla açılan davalar ile icra takibiyle sıkı sıkıya bağlı davalarda zorunlu (dava şartı) arabuluculuğun uygulanıp uygulanmayacağı gerek doktrinde gerekse uygulamamızda tartışmalıdır.

Alman ve İsviçre hukukunda icra takipleri bakımından bazı özel düzenlemeler bulunmaktadır. Alman Usûl Kanununun Uygulanmasına Dair Kanun [Das Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung (EGZ-PO)] ile belirli koşullarda eyaletlerde dava açılmadan önce arabulucuya başvurunun dava şartı olarak kabul edilmesi yönünde düzenleme yapılmasına izin verilmektedir. Ancak söz konusu Kanun'un 15a maddesinin ikinci fıkrasının altıncı bendine göre, özellikle Alman Usûl Kanunu'nun sekizinci kitabında düzenlenen icra hukukuna ilişkin davaların dava şartı arabuluculuk kapsamında olamayacağı kabul edilmiştir. Buna göre, eyaletlerde dava şartı olarak arabuluculuğa yönelik düzenleme yapılabilse de icra hukukuna ilişkin davalarda bu yönde bir düzenlemenin yapılabilmesi kabul edilmemiştir.

İsviçre hukukunda uzlaştırma kurumu bakımından kural olarak aynı ilke kabul edilmiştir. İsviçre Usûl Kanunu'nun (İUK) 197 ve devamı maddelerinde uzlaştırma kurumu düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun'un 197. maddesi uyarınca tarafların, devlet mahkemeleri önünde dava açmadan

* İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku ABD Öğretim Üyesi. ORCID: 0000-0002-5353-7624.

önce, uzlaştırma yoluna başvurmaları zorunlu kılınmıştır. İsviçre Usûl Kanunu’nun 59. maddesinde dava şartları arasında sayılmamış olsa da, doktrinde uzlaştırmaya başvurma zorunluluğunun bir dava şartı olduğu kabul edilmektedir. Ancak İsviçre Usûl Kanunu’nda bazı uyuşmazlıklar, uzlaştırma yoluna başvurma zorunluluğunun dışında tutulmuştur. Bunlar arasında, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu’nda (SchKG) yer alan borçtan kurtulma davası (Art.83 Abs. 2 SchKG), tespit davası (Art.85a SchKG), istihkak davası (Art.106–109 SchKG), hacze imtiyazlı iştirak davası (Art.111 SchKG), iflâsta üçüncü kişinin masaya ve masanın üçüncü kişiye karşı açtığı istihkak davaları (Art.242 SchKG), sıra cetveline itiraz ve sıra cetvelinin iptali davası (Art.148, 250 SchKG), borçlunun yeni malvarlığı iktisap ettiğinin tespiti davası (Art.265a SchKG) ve kiralayanın hapis hakkından kaçırılmış olan eşyanın yeniden kiralanana geri getirilmesi için açılan dava (Art.284 SchKG) sayılmıştır. Ayrıca İsviçre Usûl Kanunu’nda dava açılması için sürenin öngörüldüğü hallerde de uzlaştırma yoluna başvurma zorunluluğunun bulunmadığı kabul edilmiştir (İUK m. 198/1, b. h).

Hukukumuzda icra takibinin ilerlemesi ve neticelendirilmesi amacıyla açılan davalar ile icra takibiyle sıkı sıkıya bağlı davalarda dava şartı arbuluculuğun uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrindeki tartışmalar ve yargı kararlarındaki farklılıklar da dikkate alındığında, bu konuda bir düzenleme yapılmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz. Özellikle bölge adliye mahkemeleri uygulamasında, bu konuda birbirinden tamamen farklı kararlar görülmektedir. Yargıtay, bölge adliye mahkemeleri hukuk dairelerinin kesin nitelikteki kararları arasındaki uyuşmazlığın giderilmesine yönelik kararlarıyla, bölge adliye mahkemelelerinin farklı uygulamalarını gidermeyi amaçlamaktadır.

Mevcut hukukî düzenlemeler dikkate alınarak icra takibinin ilerlemesi ve neticelendirilmesi amacıyla açılan davalar ile icra takibiyle sıkı sıkıya bağlı davalarda dava şartı arbuluculuğun uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bir değerlendirme yapılırken, iş ve ticari nitelikte uyuşmazlıklar ile tüketici uyuşmazlıkları ayrı değerlendirilmelidir. İş Mahkemeleri Kanunu’nun (İşMK) 3. maddesi ile Türk Ticaret Kanunu’nun (TTK) 5/A maddesi dikkate alındığında, genel olarak “*alacak ve tazminat talepleri*”ni içeren davalar

dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğu için bunların birlikte değerlendirilmesi mümkündür. Bununla birlikte tüketici uyuşmazlıklarının dava şartı arabuluculuk kapsamına alınması bu konuda yapılan en son değişikliklerle kabul edilmiştir. Kanun koyucunun doktrindeki görüş farklılıkları ile uygulamada yaşanan tereddütleri giderecek tarzda, daha geniş kapsamlı bir düzenleme yapmış olduğu görülmektedir¹. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 73/A maddesine göre, tüketici uyuşmazlıkları bakımından dava şartı arabuluculuk için “*uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülmesi*” kural olarak yeterli kabul edilmiştir. Böylelikle tüketici uyuşmazlıkları bakımından dava şartı arabuluculuğun uygulama kapsamının belirlenmesinde, iş ve ticari nitelikteki uyuşmazlıklardan farklı olarak, talebin bir alacağa veya tazminata ilişkin olması gerektiği şeklinde bir sınırlama yapılmamıştır.

Arabulucuya başvurma zorunluluğu, dava şartı olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle icra takipleri sırasında icra mahkemesinde görülen ve hukuki niteliği itibariyle dava olmayan şikâyet, itirazın kaldırılması, icranın geri bırakılması ile takibin iptali ve taliki talepleri dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir. Aynı şekilde ihtiyati haciz talepleri dava şartı arabuluculuk kapsamı dışındadır. İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen icra takibinin ilerlemesi ve neticelendirilmesi amacıyla açılan davalar ile icra takibiyle sıkı sıkıya bağlı davalarda dava şartı arabuluculuğun uygulanıp uygulanmayacağı konusunda şu sonuçlara ulaşmaktayız:

İstihkak davaları dava şartı arabuluculuk kapsamında kabul edilemez. Zira istihkak davası, borçlunun borcu için haczedilen ve fakat üçüncü bir kişinin de üzerinde hak iddia ettiği bir mal üzerindeki haczin akıbetinin somut icra takibi bakımından belirlenmesi amacına yönelik bir davadır. Bu davada, haciz işleminin caiz olup olmadığı takip hukuku bakımından tespit edilmektedir. İstihkak davasının, hacizli malın bedeli hakkında açılması durumunda da sonuç değişmez. Zira bu ihtimâlde de istihkak davası

1 Gerekçede de şu şekilde ifade edilmiştir: “Maddeyle, 6502 sayılı Kanuna 73/A maddesi eklenmektedir. Düzenlemeyle dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlıkların kapsamı genişletilmektedir. Buna göre, tüketici hakem heyetlerinin görevi kapsamında olmayan ve doğrudan tüketici mahkemelerinde açılması gereken davalarda dava şartı arabuluculuk usulünün uygulanması kabul edilmektedir.”

açmaktaki amaç, malın bedelini hacizden kurtarmak, cebri icranın dışına çıkartmaktır. Bu nedenle, bu ihtimalde de dava şartı arabuluculuğun uygulanması mümkün değildir.

Sıra cetveline itiraz davasının amacı, sıra cetvelindeki pay tahsis kararının kısmen veya tamamen iptal edilerek değiştirilmesidir. Dava neticesinde verilen hüküm davalı alacaklıyı mahkûm eden bir edayı değil, icra daire-sine yapması gereken bir talimatı içermektedir. İcra dairesi de hükme bağlı olarak sıra cetvelinde gerekli düzeltmeyi yapar ve davalı alacaklıya ayrılan pay, davacı alacaklıya ödenir. Sıra cetveline itiraz davalarında alacak veya tazminat talepleri bulunmadığı için, bu davalar da dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir². Yargıtay'ın yerleşik uygulamasında sıra cetveline

-
- 2 “[...] Dava, İİK’nun 235. maddesine göre, alacağın iflas masasına kayıt ve kabul istemine ilişkindir. Mahkemece davanın niteliği gereği arabuluculuk dava şartına tabi olduğu ve davadan önce davacının arabulucuya başvurmamış olması nedeniyle bu yönden arabuluculuk dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar verilmiştir. Uyuşmazlık, iflas sıra cetveline itiraz davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, 07.06.2012 tarihinde kabul edilerek, 22.06.2012 tarihli Resmî Gazetede yayımlanmıştır. Kanunun amacı ve kapsamı 1. maddede, hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde uygulanacak usul ve esasları düzenlemek olarak ifade edilmiş, 2. fıkra ise, bu kanunun yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanacağı, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı belirtilmiştir. Yasanın, 18/A maddesinde:” Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarı içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verileceği” ne yer verilmiştir. 7155 sayılı Yasanın 20. maddesi ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na eklenen 5/A maddesi ticari davalarda dava şartı olarak zorunlu arabuluculuğu öngörmüştür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 114’üncü maddesinde gösterilen genel dava şartlarına ek olarak bir özel dava şartı getirildiğinden, bu dava şartının ne şekilde anlaşılıp uygulanacağı üzerinde durmak gerekir. Bilindiği gibi dava şartları mahkemece bir davanın esasına girilebilmesi için varlığı ya da yokluğu zorunlu şartlardır. Dava şartları taraflarca ileri sürülmesi dahi hakim tarafından re’sen dikkate alınır. Dava şartı tamamlanmıyor ya da tamamlanamıyor ise mahkemece davanın reddine karar verilir (HMK m.115).Türk Ticaret Kanunu’nun 5/A maddesi zorunlu arabuluculuk dava

şartını “... konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri...” ile sınırlı tutmuştur. Somut olayda dava bir alacak ya da tazminat davası olmayıp masaya kayıt davasıdır. Bilindiği gibi kayıt kabul davası bir para alacağının tahsili amacını gütmeyiz; bu dava ile o alacağın o iflas tasfiyesinden pay alıp almayacağı hususu belirlenir. Nitekim doktrinde de sıra cetveline itiraz davasının, iflas idaresi tarafından düzenlenen sıra cetveline karşı tanınmış bir kanun yolu olduğu ve yalnızca sıra cetvelinin düzeltilmesi amacını taşıdığı; bu dava ile alacaklının, iflas idaresinin bir alacağı kabulü veya reddi, miktarı ve sırası ile sınırlı bir aynı hakkın mevcudiyeti ve mahiyeti hakkında vermiş olduğu kararın doğru olmadığını ileri sürerek, iflas alacaklılarından birinin maddi hukuka uygun bir şekilde garameye dâhil edilip edilmemesini talep ettiği kabul edilmektedir. Bu dava ile güdülen amaç, alacak hakkında kesin hüküm oluşturacak bir karar verilmesi olmayıp, sadece ortak borçlunun (müflisin) aktiflerinin paraya çevrilmesi sonucu elde edilen paranın dağıtımında alacaklının hangi ölçüde dikkate alınacağıdır. Davanın kabul edilmesi belirli bir para alacağının tahsilini değil sadece sıra cetvelinin düzeltilmesi sonucunu doğurur (bkz., Hunkeler/Sprecher: Kurzkomm. 2. Bası, Basel 2014, m.250, kn.1). Öte yandan, İcra ve İflâs Kanunu’nun 226’ncı maddesine göre; iflas idaresi masanın yasal temsilcisi olup bu temsil yetkisi, masanın menfaatlerinin gözetilmesi ve tasfiye ile sınırlıdır. İflas idaresi, davayı organ olarak takip ettiği için, dava ile ilgili bütün işlemleri yapabilir. Açıklanan nedenlerle kayıt kabul davası, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerini içermediğinden kayıt kabul davası açılmadan önce zorunlu arabuluculuğa başvurulması yönünde bir dava şartı bulunmadığı gibi iflas idaresinin de arabuluculuk görüşmesine katılma yetkisinin bulunmadığı anlaşıldığından davacı vekilinin istinaf başvurusu yerinde görülmesi olmakla ilk derece mahkemesinin istinafa konu kararının usul ve yasaya aykırı olması nedeniyle HMK’nun 353/1,a,4 maddesi gereğince davanın esası incelenmeden kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye gönderilmesine karar verilmesine dair aşağıdaki şekilde hüküm oluşturulmuştur.” İstanbul BAM 45. HD, 11.11.2020, 1917/234 (Kazancı).

“[...] Eldeki kayıt kabul (iflas sıra cetveline itiraz ya da alacağın sıra cetveline yazdırılması) davası bakımından düzenleme iki yönden incelenmelidir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 114. maddesinde gösterilen genel dava şartlarına ek olarak özel bir dava şartı getirildiğinden, bu dava şartının ne şekilde anlaşılıp uygulanacağı üzerinde durmak gerekir. Dava şartları mahkemeye bir davanın esasına girilebilmesi için varlığı ya da yokluğu zorunlu olan şartlardır. Dava şartları taraflarca ileri sürülmese dahi hakim tarafından re’sen dikkate alınmalıdır. Özel dava şartlarının bu niteliği gereği dar biçimde yorumlanmaları gerekir. Türk Ticaret Kanununun 5/A maddesi zorunlu arabuluculuk dava şartını “... konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri...” ile sınırlı tutmuştur. Somut dava bir alacak ya da tazminat davası olmayıp masaya kayıt-kabul davasıdır. Masaya Kayıt-kabul davası ile alacağın müflis şirketin masadaki iflas tasfiyesinden pay alıp almayacağı veya ne miktarda pay alacağı hususu tespit edilir. Buna bağlı olarak dava sonunda verilecek hükmün sonucu sadece davacı alacaklı ile müflis borçlunun haklarını etkilemeye, masada kayıtlı olan veya olacak olan ve işbu davanın tarafı da olmayan dava dışı alacaklı 3. Kişilerin de haklarını etkileyecektir. Dolayısıyla arabuluculuk görüşmeleri sonunda yapılacak anlaşma da yine dava dışı işbu 3. Kişi alacaklıların maddi hukuktan kaynaklanan hak ve alacaklarını yani masadaki paylarını doğrudan etkileyecektir. Bu nedenle de işbu sıra cetveline itiraz/masaya kayıt ve kabul davası niteliği itibarıyla zorunlu arabuluculuğa elverişli görülmemiştir. Sıra cetveline itiraz davası da, iflas idaresi tarafından düzenlenen sıra

cetveline karşı tanınmış bir kanun yoludur. Sıra cetvelinin düzeltilmesi amacını taşır. Bu dava ile alacaklının, iflas idaresinin bir alacağı kabulü veya reddi, miktarı ve sırası ile sınırlı bir aynı hakkın mevcudiyeti ve mahiyeti hakkında vermiş olduğu kararın doğru olmadığını ileri sürerek, iflas alacaklılarından birinin maddi hukuka uygun bir şekilde garameye dâhil edilip edilmemesini talep ettiği kabul edilmektedir. Bu dava ile güdülen amaç, alacak hakkında kesin hüküm oluşturacak bir karar verilmesi olmayıp, sadece ortak borçlunun (müflisin) aktiflerinin paraya çevrilmesi sonucu elde edilen paranın dağıtımında alacaklının hangi ölçüde dikkate alınacağıdır. Davanın kabul edilmesi belirli bir para alacağının tahsilini değil sadece sıra cetvelinin düzeltilmesi sonucunu doğurur (bkz., Hunkeler/Sprecher: Kurzkommentar, 2. Bası, Basel 2014, m.250, kn.1). Nitekim dava on beş günlük hak düşürücü süreye tâbi tutulmuş olmakla birlikte dava süresinde açılmasa dahi tasfiye sonucunda tasfiye artığı kalması halinde alacaklının bu kısma müracaat edebileceği kabul edilmektedir. Yargıtay uygulaması/içtihatları da bu yönde olup, davanın bu niteliği gereği alacak/tazminat davalarından farklı olarak, talep edilen alacak tutarı üzerinden nispi harç ve vekalet ücretine değil maktu harç ve vekalet ücretine hükmedileceği ilkesi benimsenmiştir. İkinci olarak dava öncesi süreçte de borçlu davalının iflası üzerine iflas dairesince ilanlar yapılmakta ve alacaklı davacı alacağının masaya kaydı için iflas idaresine başvurmaktadır. Sınırsız bir tahkik ve tetkik yetkisiyle donatılan iflas idaresi (İİK m.230) alacaklı tarafından sunulan belgeleri değerlendirerek alacağın tamamını veya bir kısmını reddetmektedir. İflas idaresinin bu şekildeki incelemesi üzerine ret ve bu durumu sıra cetveli ile ilan ettiği bir alacağın arabuluculuk sürecinde varlığını kabul etmesi çelişkili kararlara neden olacaktır. İflas idaresinin arabuluculuk sürecinde masayı ne şekilde temsil edebileceği konusunda ise: İcra ve İflâs Kanunu'nun 226'ncı maddesine göre iflas idaresi masanın yasal temsilcisidir. Ancak bu temsil yetkisi masanın menfaatlerinin gözetilmesi ve tasfiye ile sınırlıdır. İflas idaresinin iki bin liraya kadar olan alacaklardan doğrudan doğruya, "daha ziyade alacaklardan" alacaklılar toplanmasının vereceği yetkiyle sulh olabileceğine ve tahkim yapabileceğine ilişkin düzenleme ise masanın borçlu olduğu halleri değil, aksine masanın alacaklı olduğu halleri ifade etmek üzere yasaya konulmuştur (İİK m.226/II). Bu nedenle masanın borçlu olduğu hallerde iflas idaresinin bir sulh ve tahkim yetkisi olduğu da düşünülemez. Bu yetkiyi haiz olmayan iflas idaresinin arabuluculukta masayı temsil etmesi ve uzlaşma suretiyle belirlenecek tutarı masaya kaydetmesi de mümkün görülmemiştir. Ayrıca alacağı bir kez reddettikten sonra arabuluculuk sürecinde ve diğer alacaklıların katılımı olmaksızın alacağın kabulü, masanın menfaatine bir temsil biçimi de değildir. Açıklanan nedenlerle kayıt kabul davasının "konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri" cümlesinden olmayıp, zorunlu arabuluculuk dava şartına tâbi olmayacağı, işbu sıra cetveline itiraz/masaya kayıt kabul davası açılmadan önce zorunlu arabuluculuğa başvurulmasının bir dava şartı olmadığı, iflas idaresinin arabuluculuk görüşmesine katılma yetkisinin de bulunmadığı anlaşıldığından, davacının istinaf sebepleri bu yönlerden haklı ve yerinde görülüşüyle, ilk derece mahkemesinin istinafa konu kararının usul ve yasaya aykırı olması nedeniyle HMK nun 353/1,a,4 maddesi gereğince davanın esası incelenmeden kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye gönderilmesine kesin olarak karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki gibi hüküm kurulmuştur." Kayseri BAM 6. HD, 30.01.2020, 121/108. Aynı yönde benzer diğer kararlar için bkz.: İstanbul BAM 45. HD, 07.10.2020, 1325/76; İstanbul BAM 17. HD, 12.10.2020, 1350/1864; İstanbul BAM 17. HD, 02.06.2020, 198/946. (Kararlar için bkz.: Lexpera).

itiraz davalarında asliye hukuk mahkemelerinin görevli³ olduğunun kabul edildiği de dikkate alındığında, bu davalar tüketici mahkemesinde görülmeyeceği için, itiraza uğrayan alacağın niteliği tüketici alacağı olsa dahi dava şartı arabuluculuk uygulama alanı bulmayacaktır.

Kaldı ki, istihkak davaları ile sıra cetveline itiraz davalarının bir icra işlemine yönelik oldukları dikkate alındığında, bu uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklardan olmadığı da değerlendirilmelidir.

İtirazın iptali davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığı konusunda hem bölge adliye mahkemelerinin farklı kararları hem de doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. İtirazın iptali davaları da esasında icra hukukuna özgü davalardandır. Bu davada icra takibine konu alacağın tahsiline ilişkin bir talep bulunmamaktadır. İtirazın iptali davasında davacı alacaklı, borçlunun ödeme emrine karşı yaptığı itirazın iptalini istemektedir. Bu davanın amacı, itiraz üzerine duran takibe devam edilmesinin sağlanmasıdır. Bu nedenle, ticari ve iş uyuşmazlıkları kapsamında görülen itirazın iptali davalarının da dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığı kabul edilmelidir. Bu konuda özellikle Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi'nin 17.06.2020 Tarih, 808-Esas ve 670-Karar⁴ sayılı kararı oldukça açıklayıcıdır. Söz konusu Daire, itirazın iptali davasının icra takibi ile organik bağ içinde olduğunu, bu davanın takip prosedürünün bütünü içinde yer alan, esas itibarıyla onun ayrılmaz bir parçasını oluşturan ve takibin işleyişini sağlamaya yönelmiş bulunan bir dava olduğunu gerekçe

3 “[...] İİK'nın 142/1 maddesinde “Cetvel suretinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde her alacaklı takibin icra edildiği mahal mahkemesinde alacaklılar aleyhine dava etmek suretiyle cetvel mündericatine itiraz edebilir.” hükmü düzenlenmiştir. Bu hükümde belirtilen mahal mahkemesinin hangi mahkeme olduğu konusunda bir açıklık bulunmamasıyla birlikte İİK'nın 235/1. maddesindeki kayıt kabul ve 154/3. maddesindeki iflas davaları için Ticaret Mahkemeleri'nin görevli olduğu yolundaki düzenleme gibi açık bir düzenleme bulunmadığından bu mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi olduğunun kabulü gerekir. Sıra cetveline itiraz davalarında taraflar arasında doğrudan bir ticari ilişki bulunmadığı gibi uyuşmazlık, davacı ve dava dışı borçlu arasındaki ilişkiden kaynaklanmaktadır. 01.10.2011 tarihinden sonra açılan sıra cetveline itiraz davaları için görevli mahkeme HMK'nın 2/1. maddesi uyarınca Asliye Hukuk Mahkemesidir. (Prof. Dr. Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2013, sh:738)” 23. HD, 24.02.2020, 5383/1248. Aynı yöndeki diğer kararlar için bkz.: 23. HD, 02.10.2019, 1613/4003; 23. HD, 31.10.2018, 1663/5047 (Kararlar için bkz.: Lexpera)

4 Karar için bkz.: Lexpera.

göstererek, dava şartı arabuluculuk kurumunun kapsamının dışında olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 14.12.2020 tarihinde, “*Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Daireleri’nin Kesin Nitelikteki Kararları Arasındaki Uyuşmazlığın Giderilmesine Yönelik Karar*”ı ile itirazın iptali davalarında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmasının zorunlu olduğunu kabul etmiştir⁵. Bu karar, iş hukukundan doğan uyuşmazlıklar bakımından da aynı şekilde değerlendirilmelidir.

Menfi tespit davalarında da alacak ve tazminat talepleri bulunmadığı için ticari ve iş uyuşmazlıkları bakımından bu davaların da dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığı kabul edilmelidir. Ancak bu hususta da doktrinde farklı görüşler ve bölge adliye mahkemelerinin birbirinden farklı kararları mevcuttur. Bununla birlikte Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 13.02.2020 tarihinde, “*Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Daireleri’nin Kesin Nitelikteki Kararları Arasındaki Uyuşmazlığın Giderilmesine Yönelik Karar*”ı ile ticari nitelikteki menfi tespit davalarında dava açılmadan önce arabuluculuğa gidilmesinin dava şartı olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir⁶. Bu kararın da iş hukukundan doğan uyuşmazlıklar bakımından aynı şekilde değerlendirilmesi gerekir.

İtirazın iptali davaları ile *menfi tespit davalarının tüketici mahkemesinde* görülmesi durumunda, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurunun zorunlu olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Tüketici hukukundan doğan uyuşmazlıklar hakkında getirilen düzenleme dikkate alındığında, dava şartı arabuluculuk için uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülmesi yeterli kabul edilmiştir. Bu düzenleme çerçevesinde itirazın iptali davası

5 “[...] 7155 sayılı Kanun’un 20. maddesi ile eklenen 6102 sayılı TTK’nın 5/A maddesi uyarınca, “ticari nitelikteki itirazın iptali davalarında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmasının zorunlu olduğuna ve arabulucuya başvurulmuş olmasının HMK’nın 114/2 ve TTK’nın 5/A maddeleri gereği dava şartı olduğuna, uyuşmazlığın bu şekilde giderilmesine” 04.12.2020 gününde oybirliğiyle ve 5235 sayılı Kanun’un 35/4 maddesi gereğince kesin olarak karar verildi.” 23. HD, 04.12.2020, 1943/4052 (Lexpera).

6 “[...] 7155 sayılı kanunun 20. maddesi ile 6102 sayılı TTK’na eklenen 5/A maddesi gereğince ticari nitelikteki menfi tespit davalarında dava açılmadan önce arabuluculuğa gidilmesinin zorunlu olmadığına ve arabulucuya gidilmiş olmasının bir dava şartı olmadığına, uyuşmazlığın bu şekilde giderilmesine 13.02.2020 gününde oybirliğiyle ve 5235 sayılı kanunun 35/4 maddesi gereğince kesin olarak karar verildi.” 19. HD, 13.02.2020, 85/454 (Lexpera).

ile menfi tespit davası tüketici mahkemesinde görülüyorsa, bu davaların dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğu söylenebilir. Ancak burada da tarafların anlaşmalarının derdest takibe etkisinin ne olacağı sorunu karşımıza çıkacaktır. Yani, borçlu anlaşma belgesine uygun ödemede bulunmadığı takdirde, alacaklı mevcut takibin devamını mı talep edecektir, yoksa anlaşma belgesine bağlı olarak ilâmlı icra takibinde mi bulunulacaktır? Kanaatimizce burada artık alacaklının ilâm niteliğindeki belgeye bağlı olarak ilâmlı icra yoluna başvurusu gerektiği kabul edilmelidir.

Menfi tespit davasına ilişkin tüm bu sonuçlar, hukukî niteliği itibarıyla menfi tespit davası olan **borçtan kurtulma davası** bakımından da geçerlidir.

İstirdat davaları bakımından da benzer bir sonuç doğmaktadır. Zira istirdat davaları doğrudan doğruya bir alacak davası olmayıp, koşulları icra hukukuna dayanmaktadır. Bu davada, cebri icra tehdidi ile ödenen paranın geri verilmesi talep edilir. Bu nedenle, bu davalar bakımından da kural olarak arabulucuya başvurulması dava şartı olarak kabul edilemez. Bununla birlikte İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Hukuk Dairesi, 25.06.2020 tarihli bir kararında ticari alacağa yönelik istirdat davasının bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olduğu gerekçesiyle dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğunu kabul etmiştir⁷. Yine, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 73/A

7 “[...] TTK'nın 5/A maddesine göre, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Kanun koyucu zorunlu arabuluculuğa tabi ticari davaları belirlerken konusunun alacak ve tazminat olan davalar olması gerektiğini özellikle vurgulamıştır. Bu nedenle menfi tespit davası niteliği gereği bir olumsuz durumun tespiti istemine ilişkindir. Bir miktar paranın ödenmesi veya tazminat talebi yoktur. Bu dava davalı açısından bir alacağın tahsili davasıdır demek de doğru bir yaklaşım değildir. Nasıl ki alacak davasına davalı açısından bu bir menfi tespit talebidir diyemiyorsak; menfi tespit davasında da davalı açısından bu bir alacak davasıdır nitelendirmesi yapamayız. Bir hukuki durumun savunulması ile dava edilmesi birbirinden farklı kavramlardır. Bu nedenle menfi tespit davaları zorunlu arabuluculuğa tabi davalar değildir. Farklı yargı kararlarının oluşması üzerine de Yargıtay 'nin 13.02.2020 tarih ve 2020/ 85- 454 Karar sayılı kararında menfi tespit davaları özelinde arabuluculuğa tabi olmadığı yönde karar verildiği bilinmektedir. Ancak eldeki davada ödenen paranın istirdadı istemi de bulunmaktadır. Menfi tespit ve istirdat davası birlikte açılmıştır. Talep tek bir hukuki gerekçeye dayalı olmakla tefriki de mümkün olmayan taleplerdir. Zira istem gerekçesi tektir. Bu nedenle menfi tespit ve istirdat davasının birlikte açılmış olması halinde istem sonucunda bir miktar paranın ödenmesi talebi bulunduğundan artık bu hali ile arabuluculuğa tabi olduğunun kabul edilmesi gerekecektir. Bu nedenle istinaf başvurusunun esasın reddine karar vermek gerekmiştir.” İstanbul BAM 16. HD, 25.06.2020, 1086/1143 (Lexpera).

maddesindeki açık düzenleme gereğince, tüketici mahkemelerinde görülecek istidat davalarında dava şartı arabuluculuk uygulama alanı bulacaktır.

Tasarrufun iptali davalarında da bir alacak veya tazminat talebi bulunmamaktadır. Bu davanın kabulü ile alacaklıya, borçlunun üçüncü kişilere devretmiş olduğu mal veya hakkı üzerinden, cebri icra yoluyla alacağını alma yetkisi verilmektedir. Bu davalarda görevli mahkeme de asliye hukuk mahkemesidir. Bu nedenle, bu davaların da dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığı kabul edilmelidir⁸. Bu sonuç, tasarrufun iptali davasının

8 “[...] TTK’nın 5/A maddesine göre, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Davanın konusu (müddeabih), dava dilekçesindeki talep sonucu, yani neticeyi talep esas alınarak belirlenir. Neticeyi talebin bir para alacağının tahsili veya tazminata ilişkin olduğu durumlarda, arabulucuya başvuru yapılmış olması dava şartıdır. Ancak, Tasarrufun iptali davalarının düzenlendiği İİK’nun 277 vd. Maddelerinde görevli ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İİK’nun 281/1 maddesinde sadece “Mahkeme” ibaresi kullanılmıştır. Bu nedenle tasarrufun iptali davalarında görevli mahkeme, HUMK’nun yürürlükte olduğu dönemde genel hükümlere göre (Mülga 1086 Sayılı HUMK’nun 8. mad.) belirlenmekteydi. 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 Sayılı HMK’da Sulh ve Asliye Hukuk Mahkemeleri arasındaki ayırım kaldırılmış, görev ayrımı haline getirilmiştir. Anılan kanunun 2. maddesinde, dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın mal varlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkemenin, aksine bir düzenleme bulunmadıkça Asliye Hukuk Mahkemesi olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu durum karşısında HMK’nun yürürlüğe girmesinden sonra açılan tasarrufun iptali davalarında İİK’nun 281/1 maddesinde görevli olduğu belirtilen “mahkemesinin” dava konusu tasarruf işleminin değerine bakılmaksızın Asliye Hukuk Mahkemesi olduğu netlik kazanmıştır. Öte yandan; İİK’nun 277 vd. Maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davalarının, ticari dava nitelikleri bulunmadığından ticaret mahkemelerinde bakılamaz. Zira tasarrufun iptali davalarında amaç borçlunun aciz ya da iflasından önce yaptığı ve aslında geçerli olan bazı tasarrufların geçersiz ya da iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle alacaklıya karşı sonuçsuz kalmasını ve dolayısıyla o mal üzerinden cebri icraya devamla alacağın tahsilini sağlamaktır. İptal davası, alacaklıya alacağını tahsil olanağını sağlayan, nisbi nitelikte yasadan doğan bir dava olup tasarrufa konu malların 3. Kişi tarafından satın alınmış olmasının ya da uyuşmazlığın davalılar arasında çıkmasının görev hususunun belirlenmesine doğrudan bir etkisi yoktur. Kaldı ki davada incelenmesi gereken husus davalı borçlunun yaptığı tasarruflarının iptali gerekip gerekmediği, başka bir anlatımla İİK 277 vd. Maddelerinde belirtilen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Açıklanan şekli ile görevin, İİK 281/1 maddesine göre genel mahkemelere ait olduğu, davanın ticari dava olmadığı da açıktır. Yukarıda açıklanan nedenlerle mahkemece; davacı banka tarafından davalıların kendi aralarında yapmış oldukları tasarrufun İİK’nun 277 ve devamı maddeleri gereğince iptali istemi ile açılan tasarrufun iptali davasının ticari dava olarak değerlendirilmesi ile davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilmesi hatalı olup davanın istinaf talebinin kabulüne karar verilmesi gerektiği anlaşılmıştır.” Konya BAM 3. HD, 13.06.2019, 528/554 (Lexpera).

İcra ve İflâs Kanunu'nun 283. maddesine göre açıldığı hâllerde de geçerlidir. Zira bu ihtimalde de, öncelikle borçlu ile üçüncü kişi arasında yapılan tasarruf işleminin İcra ve İflâs Kanunu'nun 278 ilâ 280. maddelerine göre iptalinin gerekip gerekmediği incelenir. Tasarruf işleminin iptaline karar verilirse, o malın iyiniyetli bir başka kişiye (dördüncü kişiye) devrinden dolayı, üçüncü kişi tazminat ödemek zorunda kalmaktadır. Yoksa davacının talebi alelade bir tazminat talebi değildir.

Doktrindeki tartışmalar ve uygulamadaki farklı kararlar dikkate alındığında, icra takibi sırasında açılacak davalar ile icra takibiyle sıkı bağlantısı bulunan davaların dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığı hususunda bir düzenlemenin yapılmasına ihtiyaç olduğu açıktır. Özellikle icra takipleri sırasında açılacak davalar bakımından takibe konu alacağın iş ve ticari uyuşmazlıklardan kaynaklanması ile tüketici uyuşmazlıklarından kaynaklanması hâlinde farklı sonuçlara varmanın kabul edilebilir haklı bir gerekçesi de bulunmamaktadır.

Takip sırasında açılan davalar ve takiple ilgili davaların konuları dikkate alındığında tarafların müzakere temelli bir arabuluculuk faaliyeti gerçekleştirmeleri kural olarak mümkün değildir. Yine, hiçbir belgeye dayanmadan dahi alacaklıya takip başlatma imkânını tanıyan, alacaklının kısa sürede ve basit şekilde alacağına kavuşmasını amaçlayan icra sisteminde, takip başladıktan sonra arabulucuya başvurma zorunluluğu getirmek birbiri ile uyumlu değildir. Bununla birlikte, dava şartı arabuluculuk düzenlemesinin hukukumuzdaki gelişimini dikkate aldığımızda, kanaatimizce yakın zamanda kanun koyucunun icra takipleri bakımından da arabulucuya başvuruyu zorunlu kılması muhtemeldir. Takip şartı olarak arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilirse, icra takibinin ilerlemesi ve neticelendirilmesi amacıyla açılan davalarla icra takibiyle sıkı bağlantısı bulunan davalarda, dava şartı arabuluculuğun uygulanmayacağı açıkça kabul edilmelidir. Bazı hâllerde bu davalarda üçüncü kişilerin yer alması da bu sonucu değiştirmemelidir. Zira alacaklının hem icra takibi başlatmadan önce arabulucuya başvurmak zorunda kalmasının hem de takiple ilgili davaların dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmasının, hukukî korumanın etkin olması ilkesiyle bağdaşmayacağı kanaatindeyim.

Bibliyografya

- Akıl C.**, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hakkında Usûl Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirme, TAAD, Yıl: 11, Sayı: 41 (Ocak 2020), s. 307-234.
- Akkan M.**, Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları, DEÜHFD, Cilt: 20, Sayı: 2, 2018, s. 1-31.
- Albayrak H.**, Eşitlik ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu, Gaziantep University Journal of Social Sciences, 17 Etik Özel Sayı, s. 12-24.
- Arslan R./Yılmaz E./Taşpınar Ayvaz S./Hanağası E.**, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Bası, Ankara 2020.
- Atalı M.**, Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bağlamında Ortaya Çıkardığı Sorunlar, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, 6-7 Aralık 2018, Ankara 2019, s.137-154.
- Atalı M./Erdoğan E.**, Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A Maddesi Çerçevesinde Menfi Tespit Davaları Sorunu, Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, C. I, ÇÜHFD, 2020/1, Ankara 2020, s.205-219.
- Atalı M./Ermenek İ./Erdoğan E.**, İcra ve İflâs Hukuku, 3. Bası, Ankara 2020.
- Azaklı Arslan B.**, Medenî Usûl Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018.
- Budak A. C.**, Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk, Legal MİHDER, 2019/1, s.25-40.
- Çiçek M.**, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018.
- Doğan Yenisey K.**, İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı'nın Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 İstanbul, s.167-193.
- Ekmekçi Ö./Özekes M./Atalı M./Seven V.**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Bası, İstanbul 2019.
- Erdönmez G.**, Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali, 2. Bası, İstanbul 2019.
- Eminoğlu C./Erdoğan E.**, Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, Ankara 2020.
- Erdoğan E.**, 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C:14, S. 55, Yıl 2017, s. 1211-1242.
- Erdoğan E./Erzurumlu N.**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı, Ankara 2016.
- İldır G.**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003.
- Karacabey K.**, Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, ABD, 2016/1, S. 16, ss.457-489.
- Koçyiğit İ./Bulur A.**, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara 2019.
- Kurt Konca N.**, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, SETA Perspektif 2018/225, s.1-6.
- Kuru B.**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, 2010/2, s. 237-246.
- Kuru B.**, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Ankara 2013.
- Kuru B.**, İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, Ankara 2003.
- Kuru B.**, Tespit Dâvaları, Ankara 1963.

- Kuru B./Budak A. C.**, Tespit Davaları, İstanbul 2010.
- Kuru B./Arslan R./Yılmaz E.**, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 28. Baskı, Ankara 2014.
- Meriç N.**, Türk-İsviçre İcra Hukukunda Paylaştırma Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları, Ankara 2015.
- Muşul T.**, İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, Ankara 2014.
- Namlı M.**, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağıyla Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun, Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 İstanbul, s.151-165.
- Namlı M.**, Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Mahkemeye Erişim Hakkı ile İlişkisi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C: 15, S. 60, Yıl: 2018, s. 1295-1327.
- Özbek M. S.**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Cilt: I-II, 4. Bası, Ankara 2016.
- Özbek M. S.**, Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme, Başkent Üniversitesi HFD, C. 3, S. 2, Y. 2017, s. 69-85.
- Özekes M., Arabuluculuk Mahkemelerine Doğru Tehlikeli Gidiş, Kayseri Barosu Dergisi-Duruşma Arası, S. 1, Y. 2019, s. 53-63.
- Özekes M., Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15 Bası, İstanbul 2017.
- Özekes M./Atalı M.**, 7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Toplantısı, 23 Aralık 2017, İstanbul 2018.
- Özekes M./Çiftçi P., Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul BAM Kararları Örneğinden Bir Bakış), TBBD 2020/148, s.101-134.
- Özmumcu S., Arabuluculuk Modelleri, İstanbul 2021.
- Özmumcu S., Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk, İÜHFİM, C. LXXI, S. 1, Y. 2013, s. 1369-1390.
- Özmumcu S., Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış, İÜHFİM, 2016/2, s.807-842.
- Özmumcu S., Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış, 2. Bası, İstanbul 2012.
- Öztek S., Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'na İlişkin Görüş ve Eleştiriler, Arabuluculuk Yasa Tasarısı -Eleştiri ve Öneriler- Sempozyum Notları, İstanbul 2008, s. 17-34.
- Pekcanitez H.**, Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sempozyumu, Ankara 5-6 Kasım 2009, s. 59 vd.
- Pekcanitez H.**, Tasarı Üzerine Genel Tartışma ve Değerlendirme, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı-VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme, Ankara 2008, s. 265-300.
- Pekcanitez H./Atalay O./Sungurtekin Özkan M./Özekes M.**, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 7. Bası, İstanbul 2020.
- Paslı A.**, Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A maddesinin Yorumlanması, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2019, s.13-25.

- Sutter-Somm T.**, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2012.
- Tanriver S.**, Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler, Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarında Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi, Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sempozyumu, Ankara 5-6 Kasım 2009, s. 89 vd.
- Tanriver S.**, Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler, TBBD, 2020 (147), s. 111-142.
- Tanriver S.**, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBBD, 2006/64, s. 151 vd.
- Tanriver S.**, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Ankara 2020.
- Tanriver S.**, Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine, AÜHFD, 2000/1-4, s.67-83.
- Taşpolat Tuğsavul M.**, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012.
- Toraman B.**, Takip Hukukuna Özgü Bazı Davaların Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Olup Olmadığı Sorunu, Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, C.III, Ankara 2020, ÇÜHFD, 2020/1, s. 3141-3167.
- Türk A.**, Maddi Hukuk ve İcra-İflâs Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, Ankara 2006.
- Umar B.**, Türk İcra-İflâs Hukukunda İptal Dâvası, İstanbul 1963.
- Üstündağ S.**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Düşünceler, Yargı Dünyası, 2008/145, s. 11-17.
- Yardım E. M.**, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2019, s.89-110.
- Yazıcı Tıktık Ç.**, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013.
- Yazıcı Tıktık Ç.**, Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamasının Temel İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Editörler: **Süral Efeçinar C./ Yardım E. M.**), s. 113-129.
- Yeşilirmak A.**, Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2011.
- Yeşilirmak A.**, Yollarının Birlikte Kullanılarak Çözümü, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtay’ın 150. Kuruluş Yıldönümü Etkinlikleri, Yargıtay ve AYBÜ Hukuk Fakültesi, Ankara 6-7 Aralık 2018, Ankara 2019, s.181-188.
- Yılmaz E.**, Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru ‘ya Armağan, Ankara 2005, s. 843-855.
- Yılmaz E.**, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara 2016.
- Yıldırım K.**, İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davaları, İstanbul 1995.
- Yıldırım K.**, İhtilâfların Mahkeme Dışı Usûllerle Çözülmesi Hakkında, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 337-360.
- Yıldırım K.**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, Arabuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiri ve Öneriler Sempozyum Notları, İstanbul 2008, s. 35-81.
- Yıldırım K./Deren Yıldırım N.**, İcra ve İflas Hukuku, 7. Basi, İstanbul 2016.

ARABULUCULUK SİSTEMİ VE KANUNU ÜZERİNE DÜŞÜNCELER VE TAHLİLLER

Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ*

Özet

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, uyuşmazlıkların çözülerek toplumsal barış ve istikrarın sağlanması zaviyesinden yardımcı ve ikmal edici bir fonksiyonu haiz olup, yargılama yetkisine yardımcı ve seçimsel bir düzenlemedir. Nitekim arabuluculuk faaliyeti bir yargılama işi değil, temelinde, gönüllülük, eşitlik ve gizlilik ilkelerini de barındıran, tarafların sulh ve tasarrufuna tabi uyuşmazlıklarda haklılık vaziyeti tespit edilmeden, menfaat dengelenmesi üzerine kurgulanmış bir hukuki çözüm yoludur. Alternatif çözüm yolu olmasından dolayı, gönüllü katılım, bağlayıcı olmayan tavsiyelerde bulunma ve tatmin olmama halinde taraflara yargıya başvurma hakkında muhtariyet hakkı tanımaktadır. Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti kapsamında uyuşmazlık hakkında karar vermek sureti ile çözüm üretmeyi değil, ikna ve telkin marifeti ile tarafların yeniden müzakerelere girişmesini ve bir anlaşma sağlanmasına imkân veren bir ortam oluşturmayı hedefler. Haklıyı ya da haksızı bulmak değil, tarafların her ikisinin de menfaatlerini iki ayrı kefedede dengelemek, her ikisinin de memnuniyetini öngören bir anlaşma zemini oluşturup, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasına katkı sağlar. Toplumda kişiler arasındaki uyuşmazlıkların nihayete erdirilip, hukuki barışın tesisinin yegâne aracı yargılama yetkisini haiz devlet mahkemeleri değil, geleceği ve menfaatlerin dengelenmesini hedef alan arabuluculuk marifetiyle de çözüme kavuşturulması mümkündür. Nitekim yargılamanın da nihai amacı kesin hüküm elde etmek değil, uyuşmazlığın bütün bir gelecek için söndürülmesidir. Zira uyuşmazlığın biteviye tevali etmesinde toplumun, tarafların ve kamunun hiçbir menfaati olmayacaktır.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, Hak, Menfaat, Hukuki Himaye, Çözüm.

* Adalet Bakanlığı, Büyükçekmece Asliye Hukuk Mahkemesi Hâkimi, ORCID: 0000-0002-8858-2580.

Abstract

Mediation has an auxiliary and supplementary function, rather than the function of ensuring social peace and stability by resolving disputes, and is an optional and auxiliary arrangement to judicial power. As a matter of fact, mediation is not a matter of judgment, but a legal solution that includes the principles of volunteering, equality and confidentiality, and is based on balancing the interests of disputes subject to the settlement and disposition of the parties, without determining the situation of justification. Since it is an alternative solution, voluntary participation gives the parties autonomy to make non-binding recommendations and to apply to the judiciary in case of dissatisfaction and reach an agreement by persuasion and suggestion. Within the scope of mediation, the mediator does not aim to resolve the dispute by making a decision on it, but to create an environment that allows the parties to re-negotiate and reach an agreement by persuasion and suggestion. Not finding the right or wrong, but balancing the interests of both parties on two separate scales, creates an agreement ground for the satisfaction of both and contributes to the resolution of the dispute. It is possible to end disagreements between individuals in the society and to resolve them not only by state courts with jurisdiction as the only means of establishing legal peace, but also through mediation aimed at balancing the future and interests, not the past and the facts. As a matter of fact, the ultimate aim of the trial is not to obtain a final judgment, but to extinguish the dispute for the whole future. Because the society, the parties and the public will not have any interest in the continuation of the dispute.

Keywords: Mediation, Right, Benefit, Legal Protection, Solution.

Giriş

Meselelerin hukuki çözümünü bulma sanatı olan hukuk, lügatlerde hakkın çoğulu diye tarif edilse de hak, bilfiil gerçeklik ve doğruluk olduğundan, hukuk, yaşam akış ve döngüsünün yani fiiliyatın muvazenesidir. İnsan hakikat olması sebebiyle haktır ve yaşamın özünden intaç etmesinden mütevellit dünyaya geldiği toplumda mündemiç olan hukuktan azade kalması muhaldir. Dolayısıyla hak, insanın varlığının ve toplum halinde

yaşamının teminatıdır. Nitekim hak kavramı tanımlanmadan hukuk inşa edilemeyecektir. Hak, yargılama faaliyeti sonucu hukuki varlık kazanıp, hukuki koruma sağlayacaktır. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununa göre; Arabuluculuk, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemde doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanacaktır. Yine bu kanun gereği taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır. Arabulucu, kanunun uygulanmasında tarafları görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretememesi halinde çözüm önerisi de getirebilen hukuk fakültesi mezunu uzmanlık eğitimi almış tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişiyi ifade eder. Arabuluculuk Kanunu, hak kavramından ziyade menfaat üzerine kurgulanmış, hakkın özü tartışılmadan kişileri bir çözüme mecbur eden, hukuk yargılamasının müşkülpesent vaziyetinden dolayı ölümü gösterip, sıtmaya razı eden bir düzenlemedir. Arabuluculuk, hakkın özünü tespit etmekten uzak, bilakis menfaate dayalı olduğundan, hukukun gelişmesi önünde engel oluşturacaktır. Zira hukuk, vakıalar üzerinden tekâmül edecektir. Nitekim haklar ve borçlar vakılardan ilham alarak vücut bulacaktır. Kaldı ki, kanun koyucu, her hadiseye uygun tam isabet, mahzı keramet sahibi olmadığından, içtihatlar uyuşmazlıklara hukuki varlık kazandıracaktır. Dolayısıyla vakıaların çokluğu ve çeşitliliği hukukunun gelişmesine katkı sağlayacaktır. Arabuluculuk, hakkın nitelik ve özünden gayri salt menfaat kavramı üzerine odaklanan, kişilerin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işlere ilişkin uyuşmazlıklarda yargılama faaliyeti yapmaksızın çözüm üretmeye matuf bir düzenlemedir. Bu minvalde, arabuluculuk, uyuşmazlıkların çözülerek toplumsal barış ve istikrarın sağlanması zaviyesinden yardımcı ve ikmal edici bir fonksiyonu haiz olup, yargılama yetkisine yardımcı ve seçimli bir düzenleme olduğu düşünülebilir. Bu bağlamda, idare hukukundaki yap, işlet ve devret modeli özel hukuk uyuşmazlıklarına evrilmiştir. Taraflar ve avukatları ile arabulucu nezaretinde yapılan anlaşma tutanağına ilam niteliği bahşedilmekle, içtimai hayatta yapay borç ilişkisi oluşturmak konusunda kişilere bakir ve serbest bir alan ihdas edilmiştir. Bu

durum gerçek alacaklıların alacağının tahsilini akim ve semeresiz kılacaktır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağına matuf hüküm, lafzı ve özü itibariyle muğlâk bir ifade olup, dava açılmayacağına ilişkin ibarenin maddi ve usul hukuku yönünden sonuçları belirlenmediğinden birçok karışıklığa ve uyuşmazlıklara sebep olacağı her türlü izahtan varestedir. Kanaatimizce bu ihtimalde hukuki menfaat yokluğu gündeme gelecektir. Sosyal zaruretler, yasal çarelere takaddüm etse de, arabuluculuk düzenlemesi gerek amaç, gerek yöntem ve gerekse sonuçları itibariyle uyuşmazlıklara çözüm olmaktan uzak, gayret ve emekleri zayi edecek ve gelecekte birçok karışıklık ve değışikliğe maruz kalması kaçınılmaz bir düzenlemedir.

I. Arabuluculuk Kanunu'nun Amacı

Arabuluculuk faaliyeti, özel hukuk sahasında kişilerin sulh yoluyla sona erdirip, serbestçe tasarruf edebilecekleri ve kamu düzenine ilişkin olmayan nitelikteki uyuşmazlıklara, adli soruna dönüşüp, devlet mahkemelerine gitmeden çözüm üreterek toplumsal barışa hizmet eden bir hukuki düzenlemedir. Arabuluculuğun işlerlik kazandığı özel hukukta egemen ve geçerli olan irade serbestliğinin bir gereği olarak taraflar yargı yoluna müracaat etmeden doğrudan yahut yargı yoluna müracaat ettikten sonra üçüncü bir kişi olan arabulucu marifetiyle uyuşmazlığı nihayete erdirebilirler⁹. Nitekim yargılama sırasında hakim dahi tarafları sulh ve arabuluculuk konusunda aydınlatıp, teşvik edebileceği gibi tarafların birlikte arabulucuyu başvuracaklarını beyan etmeleri halinde yargılama üç ayı geçmemek üzere ertelenecektir. Arabuluculuk ve uzlaşma; hakim ve hakem sıfatından yoksun, bağlayıcı bir karar verme yetki ve otoritesini haiz olmayan bir üçüncü kişi refakat ve nezaretinde, taraf iradesi mihver alınıp, haklılık- haksızlık kriterinden ziyade menfaat kavramı üzerine, çözüm üretmek, teklif ve öneri sunmak suretiyle, tarafların anlaşmaları için uygun ortam hazırlama faaliyeti¹⁰. Bu niteliği sebebiyle arabuluculuk yolunun temeli, borçlar hukukunda hakim olan irade serbestisine dayalı olup¹¹ bir yargılama faaliyeti

9 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 50.

10 Boran- Güneysu, s. 87.

11 Taşpolat – Tuğsavul, Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012, s. 106.

değildir¹². İctimai hayatta, kişiler arasındaki uyuşmazlığın nihayete erdirilip, hukuki barışın sağlanmasının yegane yolu devlet mahkemelerindeki yargılama faaliyeti değil, alternatif uyuşmazlık yolları ve bu bağlamda arabuluculuk marifetiyle de mümkün olacaktır. Bir diğer ifadeyle, arabuluculuk çözüm yolu da uyuşmazlıkların çözümü için hukuki barışın tesis edilmesine namzet ve elverişli bir hukuki çözüm çaresidir. Arabuluculuk faaliyetinde, arabulucu herhangi bir karar veremeyeceği gibi, tarafların tartışacakları ve üzerinde fikir teatisi yapacakları bir çözüm önerisinde bulunamayacaktır¹³. Meğerki taraflar çözüm üretememiş olsun. Dolayısıyla uyuşmazlık hususunda tarafları, konuşmak, istişare ve müzakerede bulunmak için bir araya getiren ve kendi çözümlerini üretmelerini sağlamak amacıyla aralarında iletişimi kolaylaştıran bağımsız, tarafsız, objektif ve uzmanlık eğitimi almış üçüncü kişi nezaretinde yürütülen gönüllü bir hukuki çözüm yoludur¹⁴. Arabulucu, tarafların meram ve çözüm yöntemlerini ifade etmekte zorlandıkları hususların açıklığa kavuşmasını sağlamak ve öneri ile çözümlerini tarafların iradesi bağlamında somutlaşmasına yardımcı olmalıdır. Bunun sağlanması için de taraflarla belirli şekilde iletişim, konuyu özetleme, sınırlama ve çerçeve içinde tutma, menfaat ve konumlarını belirleme ve netleştirme ve düşüncelerini açıklamayı sağlamalıdır¹⁵. Bu minvalde, arabulucu uyuşmazlık hakkında karar veremeyeceği gibi, kazai bir yetkisi de yoktur. Arabuluculuk faaliyeti bir yargılama işi de değildir. Nitekim arabuluculuk faaliyeti sonrasında anlaşmaya varılan hususlarda düzenlenen ve ilam niteliğini haiz tutanak, maddi anlamda kesin hüküm kuvvetinden yoksun olsa da, yargılamanın nihai amacı da kesin hükme ulaşmak değil, ihtilafların biteviye tevali etmeden sonlandırıp, hukuki barış ve istikrarın sağlanmasıdır. Kaldı ki arabuluculuk, Devlet mahkemelerindeki yargılama faaliyetini de kapatmayacaktır. Zira arabuluculuk faaliyet, Devlet mahkemelerinde yürütülen yargılamaya nazaran ikame değil, yargılama faaliyetinin yanında seçimlik ve gönüllülük esasına dayalı alternatif çözüm yolu düzenlemesidir¹⁶. Bu sebeple, arabuluculuk faaliyetinin asıl amacı, mahkemelerin iş yükünün

12 Taşpolat – Tuğsavul, s. 197.

13 Tanrıver Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Ankara 2020, s. 39.

14 Tanrıver, Arabuluculuk, s. 39; Ekmekçi Ömer/Özekes Muhammet/Atalı Murat/Seven Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, İstanbul 2019, s. 8, 28.

15 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 77.

16 Özbek Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004, s. 83.

azaltılıp, daha az masrafla ve daha kısa sürede, kanunda tahdidi olarak sayılmasa da kamu düzenini ilgilendirmeyen ve tarafların sulh yolu ile çözüp, tasarruf sahasına dahil mevzularda yargılamaya ikame ve onunla rekabet içinde değil¹⁷, bilakis yargılama faaliyetine yardımcı ve uyum içinde varlık ve uygulama alanı bularak uyuşmazlıkların temelden çözümlemek suretiyle sosyal ve hukuki barışa katkı sağlamayı hedefleyen yasal bir çözüm metottur. Bir ihtilafın çözümlenmesinde asıl olan iki tarafın karşılıklı görüşerek sulh marifetiyle tatmin olmasıdır. Uyuşmazlığın ortaya çıkması ve sürecin uzaması tarafların sabır ve sebatkârlığını zorlayabileceği gibi, taraflarda gönül yorgunluğu da oluşturabilir. Bu sebeple bir araya gelmeleri ve uzlaşmaları daha da güçleşebilir. Tahkim ve yargılama faaliyetinde süreci yönetip, karar veren tarafların kontrolü dışındadır. Oysaki arabuluculukta süreç tarafların kontrol ve iradesi çerçevesinde gerçekleşecektir¹⁸. Dolayısıyla iki tarafın ortak menfaatini esas alan ve tarafların mutabık kaldığı bir çözüm yoluyla uyuşmazlık nihayete erdirilmektedir.

II. Arabuluculuk Kanunu'nun Konusu (Arabuluculuğa Elverişlilik)

Arabuluculuk Kanunu, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Kanunun amacı göz önüne alındığında; Devlet mahkemesinde görülen yargılama yetkisine nazaran seçimlik ve gönüllük esasına dayalı ve uyuşmazlıklara kısa sürede ve daha az masrafla adli bir soruna dönüşmeden çözüm üreten hukuki bir süreçtir. Nitekim küçük çaplı ve kamu düzenini ilgilendirmeyen hususlarda uygulama alanı bulacaktır¹⁹. Dolayısıyla, alternatif çözüm yolu vasfıyla, Devlete ait yargı yetkisinin mutlak ve münhasır yetkisini zedelemeyen²⁰, vakıa ve hak kavramlarından ziyade menfaat olgusunu esas ve referans alan yasal bir hukuki çare yoludur. Arabuluculuk faaliyetinin

17 Tanrıver, Arabuluculuk, s. 28.

18 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 18.

19 Tanrıver, Arabuluculuk, s. 28.

20 Tanrıver, Arabuluculuk, s. 28.

uygulama alanı bulacağı uyuşmazlıklar, bir diğer ifadeyle arabuluculuğa elverişli konular Kanunda sayma yolu ile sıralanmış değildir. Kanun; yabancılık unsuru taşıyan da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemde doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının²¹ çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir hükmünü munderiçtir. Tarafların serbestçe tasarruf edemeyecekleri konuları tahdidi olarak saymak mümkün değildir²². Tarafların serbestçe tasarruf edemeyecekleri konular, kamu düzeni, zayıfların korunması, hukuk güvenlik sebebiyle mahkeme kararına ihtiyaç duyulan ölçütler çerçevesinde²³, özel hukuk kapsamına dahil olan her bir alana göre belirlenmesi gerekecektir²⁴. Bu bağlamda, Kanun lafzı ve ruhu ile yorumlandığında, Kanun'un amacını aşan farklı bir sonuca ulaşmak mümkündür. Şöyleki; Arabuluculuk faaliyeti, her türlü hukuk uyuşmazlıklarında değil; ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, madde gerekçesinden referans ile "sulh" olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıkları bağlamında uygulanma alanı bulacaktır. Dolayısıyla kamu düzeni bağlamında, tarafların anlaşmak suretiyle üzerinde serbestçe tasarrufuna imkan vermeyen hukuki ilişkilerden neşet eden uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında arabuluculuk müessesesi elverişli olmayacaktır. Bu noktada öncelikle belirtmek gerekir ki örneğin HMK m. 308/II'de (kabul) ve m. 313/II'de (sulh) ifade edilen "tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işler" ile HMKm. 408/T'de (tahkim) ifade edilen "iki tarafın iradelerine tâbi olmayan işler" birbirlerinden farklı kavramlardır. "İki tarafın iradelerine tâbi olmayan işler" ile anlatılmak istenen "bir işlemin geçerliliği için, kanunen iki tarafın irade açıklamalarının yeterli görülmediği hâller"dir. Söz konusu iki kavramın farklı kavramlar oldukları, "Yemine konu olamayacak vakıaları" düzenleyen HMK m. 226/T'in (a) ve (b) bentlerinde kanun koyucunun bu iki kavrama ayrı ayrı yer vermesinden de anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda örnek

21 Devlet mahkemelerindeki özel hukuk uyuşmazlıklarında kural olarak tasarruf ve taraflarca hazırlama ilkesi geçerli olduğundan, davayı, ikama, yürütmek ve sonuçlandırmak tasarruf ve inisiyatifli taraflara aittir.

22 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 50.

23 Taşpolat- Tuğsavul, s. 109.

24 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 50.

vermek gerekirse, taşınırın devri ve teslimi (taşınırın mülkiyeti teslim ile geçtiği için) tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir iştir ve aynı zamanda iki tarafın iradelerine tâbi olan bir iştir. Taşınmazın devri ve tescili ise (taşınmazın mülkiyeti ancak tapu siciline tescil ile geçtiği için) tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir iştir; ama iki tarafın iradelerine tâbi olmayan bir iştir. Bu bağlamda taşınmazın devri ve tescili HMK çerçevesinde tahkime elverişli değildir; ancak arabuluculuk yoluna elverişlidir. Bununla birlikte, aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar kapsamında “boşanma” konusu, TMK m. 170/I uyarınca, mutlaka hâkim kararını gerektiren emredici bir düzenleme bulunduğu ve ancak hâkim kararı ile tesis edilebildiği için arabuluculuğa elverişli değildir. Yine, aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar kapsamında “velâyet” konusu, TMK m. 335 ve devamı hükümleri uyarınca, mutlaka hâkim kararını gerektiren emredici bir düzenleme bulunduğu ve ancak hâkim kararı ile tesis edilebildiği için arabuluculuğa elverişli değildir. Keza taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara müteallik uyuşmazlıklar, rekabet hukuku, iflas, uzlaştırma suretiyle yeniden yapılandırma ve konkordatoya ilişkin uyuşmazlıklar ile ilgililerin üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığı çekişmesiz yargı işleri²⁵ ve Cumhuriyet Savcılarının taraf olduğu dava ve işlerde tasarruf edilmezlik ilkesi uygulanacağından, arabuluculuk faaliyeti kapsamı dışında kalacaktır²⁶. Yukarıda zikrettiğimiz üzere kamu düzeni mülhazası ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf yetkisi bulunmayan boşanma ve velayet hususunda yargı kararı ve hâkimin takdiri söz konusu iken, boşanmaya bağlı, maddi ve manevi tazminat, yardım nafakası, yoksulluk nafakası ile mal rejiminin tasfiyesinden doğan katkı ve katılım payı alacağı hakları, malvarlığına ilişkin olup, tarafların anlaşması mümkün olduğundan²⁷, arabuluculuğun kapsamını dahil olabilecek iken, buna karşın, iştirak nafakası, kamu düzeni niteliği gereği, yargılama faaliyetinin kapsamında olacaktır. Takip hukukuna müteallik hususlar da arabuluculuğa elverişli değildir. Bu vadede, dava şartı arabuluculuk kapsamında, takip hukukunu ilgilendiren dava türleri bakımından bir inceleme yapılacaktır. İtirazın kaldırılması, iptali, menfi tespit, istihkak, borçtan kurtulma ve tasarrufun iptali davaları, alacaklı bakımından alacağın tahsiline matuf

25 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 50.

26 Tanrıver, Arabuluculuk, s. 53.

27 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 52.

olup, özünde para alacağının tahsiline müncer olsa da temelinde takip hukukunun devamını sağlayacağından, arabuluculuğa elverişli değildir. Sonuç olarak, arabuluculuğa elverişli alanların sayma marifetiyle belirleyip, kesin bir sınır çizmek mümkün değildir. Bu husus, zaman içinde yargı içtihatları ile belirlenecektir. İşte vakıa ve hak üzerinden değil, bilakis menfaat odak ve kurgulu arabuluculuk faaliyetinin tekâmülü de yine hukukun gelişmesine yardımcı, hak ve borçların ileri sürülüş aracı olan vakıa üzerinden gerçekleştirileceğinden, yargı kararlarıyla fonksiyonunu icra edecektir.

A. Hak ya da Menfaat Üzerine Kurgulanması

İnsan hakikat olması sebebiyle haktır ve yaşamın özünden intaç etmesinden mütevellit, dünyaya geldiği toplumda mündemiç olan hukuktan azade kalması muhaldir. Dolayısıyla hak, insan varlığının ve toplum halinde yaşamanın teminatıdır. Hak kavramı tanımlanmadan hukuk inşa edilemeyecektir. Hak, insanoğlunun maddi ve manevi varlığının muhafaza ile idamesi için fıtratta bahşedilen ve insanın şahsında kaim bir (maya) cevherdir. Arabuluculuk Kanunu, hak kavramından ziyade menfaat üzerine kurgulanmış, hakkın özü tartışılmadan kişileri bir çözüme mecbur eden, hukuk yargılamasının müşkülpesent vaziyetinden dolayı ölümü gösterip, sıtmaya razı eden bir düzenlemedir. Arabuluculuk, hakkın özünü tespit etmekten uzak, bilakis menfaate dayalı olduğundan, hukukun gelişmesi önünde engel oluşturacaktır. Zira hukuk vakıalar üzerinden tekâmül edecektir. Arabuluculuk Kanunu beyan ve belgelerin kullanılmaması²⁸ başlıklı 5. madde içeriği²⁹ de açıkça maddi gerçeğin bulunmasından ziyade menfaat kavramı üzerine kurgulandığının tezahürüdür. Nitekim haklar ve borçlar vakıalardan ilham alarak vücut bulacaktır. Arabuluculuk faaliyetinde, tarafların

28 Kanun koyucu, hakkaniyete aykırı bir sonuca sebebiyet vermemek ve hak ve savunma hakkını sınırlamamak adına Arabuluculuk Kanunu 5. Maddesinde belirtilen belge, bilgi ve beyanlarla ilgili yasağa adil ve makbul bir sınırlama getirerek, şayet bir delil, arabuluculuk süreci olmasaydı dahi hukuk davası yahut tahkimde kullanılıp ileri sürülebiliyorsa, salt arabuluculukta sunulması sebebiyle yasak delil niteliğine bürünmeyecektir.

29 Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılınlar da dahil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası ikame edildiğinde ya da tahkim yoluna başvurulduğunda arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan bazı beyan veya belgeleri delil olarak ileri sürmez ve bunlar hakkında tanıklık da yapamazlar.

haklılığı değil, menfaatlerinin dengelenmesi, geçmişini değil, geleceği hedef alması hasebiyle tarafların tatmin ve memnuniyetine kurgulanmış³⁰, alacak ya da borcun kaynağı vakıa irdelenmeden salt uyuşmazlığın sona erdirilmesine olanak veren bir çözüm modelidir. Ne var ki, bir uyuşmazlığın kahramanları olan taraflarla aynı atmosferi solumadan, vakıa, delil takdiri ve hukuk kuralları uygulanmadan menfaat odaklı çözüm üretmek tarafların tatmin ve memnuniyetini bütün bir gelecek için sağlamaktan uzak olacaktır. Nitekim insanlar arasında husule gelecek uyuşmazlıkların tür ve niteliğini saymak mümkün olmadığı gibi, arabuluculuğa elverişli hukuki ihtilafları belirlemek de yargı marifetiyle gerçekleşecektir. Bu ise vakıa üzerinden cereyan edecektir. Kaldı ki, kanun koyucu, her hadiseye uygun tam isabet, mahzı keramet sahibi olmadığından, içtihatlar uyuşmazlıklara hukuki varlık kazandıracaktır. Dolayısıyla vakıaların çokluğu ve çeşitliliği hukukunun gelişmesine katkı sağlayacaktır. Oysaki arabuluculuk sınırlı sayıdaki uyuşmazlıklarda, vakıa ve hak kavramını tartışmadan salt menfaat odaklı bir çözüm üretecektir. Çözüm bağlamında, arabulucu, uyuşmazlığı karar vermek marifetiyle değil, ikna ve telkin yolu ile tarafların müzakerede bulunmak ve bir anlaşma zemini sağlayarak katkı vermeyi amaçlar. Bu amacı gerçekleştiren iken, haklıyı ya da haksızı bulmaya değil, tarafların üzerinde uzlaşacakları ortak paydayı tespit etmeye gayret eder³¹. Arabuluculuk bir yargılama ve dava değildir. Ancak, arabuluculuğa başvuru ve karşı tarafın da arabulucuya başvurusundan haberdar olması ihtimalinde dava ikamesi ile husule gelen, maddi ve usul hukukuna ilişkin bir takım hukuki sonuçların doğması da mümkündür. Zira arabuluculuk faaliyeti, menfaat odaklı kurgulansa dahi hak aramanın başlangıcını oluşturmakta ve uyuşmazlığın diğer tarafına bir talep yöneltilmektedir³². Bu bağlamda, derdestlik, davanın geri alınması ve doğrudan dava ikamesine bağlı sonuçlar doğmasa da, karşı tarafın iyiniyetinin, kötünüyetine dönüşmesi ve temerrüt durumu gerçekleşecektir³³. Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmayacağı Kanun'un emredici ifadesidir. Tarafların, davanın

30 Tanrıver, Arabuluculuk, s. 29.

31 Tanrıver, Arabuluculuk, s. 40.

32 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 88.

33 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 88.

ikamesinden sonra birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmesi üzerine yargılamanın mahkeme tarafından üç ayı geçmemek üzere ertelenir. Bu süre tarafların birlikte başvurusu üzerine üç ay daha uzatılacağına ilişkin hüküm de Kanun'un emredici düzenlemesidir. Mahkemece ertelenen sürenin hitamında taraflarca mazeretsiz olarak mahkemeye icabet edilmez ise dosyanın işlemiden kaldırılması ve müteakiben davanın açılmamış sayılması hükümleri uygulanacaktır³⁴. Bir diğer usul hukukuna ilişkin sonuç ise zorunlu arabuluculuğa başvurunun dava şartı olarak düzenlenmesidir.

Arabuluculuk faaliyetinde, tarafların üzerinde anlaşacağı ortak payda, menfaat üzerine inşa edilecektir. Ancak, taraflara hukuki tavsiye ve telkinde bulunamayan, herhangi bir çözüm önerisini taraflara sunmak ya da çözüm önerisi üzerinde tarafları anlaşmak hususunda tasarrufu bulunmayan arabulucunun, arabuluculuk faaliyeti kapsamında bütün bir gelecek için uyuşmazlığı bitirip, tarafların tatmin ve memnuniyetinin sağlanması, hayatın olağan akışı ile mantık ve tecrübe kuralları çerçevesinde hukuki izahtan yoksundur.

B. İkame/Seçimlik Hukuki Çare

Hakikatte, arabuluculuk, uyuşmazlıkların çözülerek toplumsal barış ve istikrarın sağlanması fonksiyonu zaviyesinden seçimlik ve yardımcı bir hukuki çözüm yolu olmaktan ziyade, yargılama yetkisine yardımcı olmak bağlamında haklılığı değil, menfaatlerin dengelenmesini amaçlayan küçük çaplı ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıklarda çözüm odaklı bir düzenlemedir. Bu bağlamda, idare hukukundaki yap, işlet ve devret modeline özel hukuk uyuşmazlıklarına³⁵ evirilmiştir. Arabuluculuk sürecinin işleyişinde tarafların haklılık durumu, hukuk kuralları, deliller ve delillerin değerlendirilmesi söz konusu değildir. Arabuluculuk faaliyeti, haklılık zemininde değil, menfaate dayalı, geçmişteki durum değil, geleceği gözetten, tarafların egemen olduğu, tarafların ortak menfaat paydasında tatminini öngördüğünden, Devlete ait yargı organlarının aslı işi olan yargılama faaliyeti ve hukukun uygulanması arasında doğrudan bir bağ kurulması söz

34 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s.90, 107.

35 Özel hukuk, kişilerin şahıs ve malvarlığına müteallik konularda irade serbestliği ve kurul olarak taraflar arasında eşitliğe dayalı uyuşmazlıkların dahil olduğu alandır.

konusu olmayıp, uyuşmazlık hakkında karar vermeden tarafları bir mutabakat zeminine ulaştıran çözüm mekanizmasıdır³⁶. Dolayısıyla tarafların sorgulanması, tanık dinlenmesi, keşif ve diğer yargısal yetkileri kullanması söz konusu olmayacaktır³⁷. Kaldı ki, niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hakim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamayacaktır (m. 15/4). Lakin hukuki barış sadece yargılama yoluyla değil, alternatif uyuşmazlık yolu olan arabuluculuk ile de sağlanıp, yargı yükü hafifletilecektir. Arabuluculuk sürecinin işleyişinde tarafların haklılık durumu, hukuk kuralları, deliller ve delillerin değerlendirilmesi söz konusu değildir. Arabuluculuk faaliyeti haklılık zemininde değil, menfaate dayalı olduğundan, geçmişteki durum değil, geleceği gözetken, yargısal yetkilerin kullanılmadığı, lakin adalet işlerinin işleyiş ve ifasına katkı sağlayan, yargı faaliyetine rakip ve ikame olmadan, uyuşmazlıkların adli bir soruna dönüşmeksizin çözüme kavuşturulmasını hedefleyen bir düzenlemedir. Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti kapsamında uyuşmazlık hakkında karar vermek sureti ile çözmeyi değil, ikna ve telkin marifeti ile tarafların yeniden müzakerelere girişmesini ve bir anlaşma sağlanmasına imkan veren bir ortam oluşturmayı hedefler. Haklıyı ya da haksızı bulmak değil, tarafların her ikisinin de menfaatlerini iki ayrı kefedeye dengelemek, her ikisinin de memnuniyetini öngören bir anlaşma zemini oluşturup, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasına katkı sağlar. Arabuluculuk alternatif bir çözüm yolu marifetiyle tarafsız bir üçüncü kişinin nezaretinde, yetkisini taraflardan alan ve karar verme yetkisi bulunmayan bir hukuki süreç mekanizmasıdır.

III. İlamlı İcra Niteliği

Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir, anlaşma belgesi düzenlenmesi halinde, bu belgeler taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır. Taraflar, arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, 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

³⁶ Tanrıver, Arabuluculuk, s. 116.

³⁷ Tanrıver, Arabuluculuk, s. 116.

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. İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir³⁸ 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. Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır. İcra edilebilirlik şerhi almış bir anlaşma belgesi, bütün yönleriyle değil, sadece icra edilebilirlik bakımından ilâmlarla aynı hukuki rejime tâbi tutulmuştur. Bu bağlamda, elinde ilâm niteliğinde belge olan bir alacaklı, Türkiye'deki herhangi bir yer icra dairesinden takip başlatabilir ve borçlunun, icra emrine itiraz ederek takibi durdurma hak ve yetkisi kural olarak yoktur. Bununla birlikte, mahkeme ilâmları maddi anlamda kesin hüküm oluştururken, ilâm niteliğinde belgeler kural olarak bu nitelikten yoksundurlar ve maddi anlamda kesin hüküm oluşturmazlar. Mahkeme ilâmlarının irade bozukluğu (hata, hile, tehdit) sebepleri ile iptali istenemez; ancak, kanun yoluna başvurulabilir; ilam niteliği kazanmış olsun olmasın arabuluculuk faaliyeti sonrasında üzerinde anlaşılan hususlara karşı kanun yoluna gidilemez; ancak, koşulları varsa irade bozukluğu (hata, hile, tehdit) sebepleri ile iptali istenebilir.

1. Arabuluculuk Faaliyeti Kapsamında Üzerinde Anlaşılan Hususlarda Dava Açılamaması

Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılamaz. Kanun metninden de anlaşılacağı üzere tarafların, arabulucunun iştiraki ile icra edilebilirlik şerhi bulunmadan arabuluculuk ve uzlaşma sonucu ulaştıkları çözüm, kural olarak doğrudan kesin hüküm kuvvetini haiz değil ise de³⁹, ilam niteliğinin

38 Tanrıver, Arabuluculuk, s. 121.

39 Uyuşmazlık Çözüm Kurulu bu tür uyuşmazlıklarda ihtiyari tahkim olup, mecburi tahkime ilişkin hükümler uygulanmaz. Önceki kararların uyuşmazlık çözüm kurulunda karara bağlanması da eldeki dava için kesin hüküm ya da kesin delil teşkil

de belge vasfıyla icrai bir etkiyi haiz olup, uyuşmazlığa konu hadisenin yeniden dava edilmesini önleyeceği için, kesin hüküm olumsuz etkisi işlerlik kazanacaktır. Kesin hüküm kavramının hukukî mahiyeti icabı, devletin yargı yetkisinin bir sonucu olarak verilen kararlar, maddî manada kesin hüküm ve kesin delil niteliğini haiz iken⁴⁰, arabuluculuk ve uzlaşma sonucu ulaşılan çözümde, devletin doğrudan bir katılım ve etkisi olmayıp, gönüllülük esasına dayanmakla birlikte⁴¹ ulaşılan çözüm, maddî manada kesin hüküm ve kesin delil özelliğini içinde barındırmasa da⁴², ilam niteliğiyle cebri icraya imkân tanıyacaktır. Bu bağlamda, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun 68 ve devamı maddelerinde düzenlenen değeri 4000 TL altındaki uyuşmazlıklarda ilçe, 6000 TL altındaki uyuşmazlıklarda il hakem heyetine başvuruyu zorunlu kılan düzenlemeyi alternatif uyuşmazlık çözümü kapsamında arabulucu olarak kabul etmek mümkün değildir⁴³ Zira tüketiciyi ilgilendiren uyuşmazlıklarda hakem heyetine başvuru, özel bir dava şartıdır⁴⁴. Kaldı ki, tüketici hakem heyeti kararlarının bağlayıcı olması da temelinde gönüllülük esasının bulunduğu arabuluculuk faaliyetinden uzaklaştırmaktadır. Bu sebeple, tüketici hakem heyeti, alternatif

etmez ve görev hususu kamu düzenine ilişkin olduğu için kazanılmış hak da söz konusu olamaz. Mahkemeye her aşamada re'sen nazara alınması gerekmektedir. Taraflar arasında uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun görevinin kabul edildiğine dair bir kararlaştırma bulunduğu iddia ve ispat edilmemiştir. Açıklanan yasal düzenlemeler karşısında, Genel mahkemelerin görevli olduğu anlaşıldığından bu durumda davanın niteliği itibarıyla davaya bakmaya Asliye Hukuk Mahkemeleri görevlidir." (13. HD 05.12.2012, 20984/27826).

40 İcra edilebilirlik şerhi almış bir anlaşma belgesi, bütün yönleriyle değil, sadece icra edilebilirlik bakımından ilâmlarla aynı hukukî rejime tâbi tutulmuştur. Bu bağlamda, elinde ilâm niteliğinde belge olan bir alacaklı, Türkiye'deki herhangi bir yer icra daîresinden takip başlatabilir ve borçlunun, icra emrine itiraz ederek takibi durdurma hak ve yetkisi yoktur. Bununla birlikte, mahkeme ilâmları maddi anlamda kesin hüküm oluştururken, ilâm niteliğinde belgeler kural olarak bu nitelikten yoksundurlar ve maddi anlamda kesin hüküm oluşturmazlar. Ayrıca, mahkeme ilâmlarının irade bozukluğu (hata, hile, tehdit) sebepleri ile iptali istenemez; ancak, kanun yoluna başvurulabilir; ilâm niteliğinde belgelere karşı kanun yoluna gidilemez; ancak, koşulları varsa irade bozukluğu (hata, hile, tehdit) sebepleri ile iptali istenebilir.

41 Tanrıver, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Makalelerim, Ankara 2011, (s. 3- 31), s. 6.

42 Zira arabuluculuk faaliyeti, yargılama işi olmadığından, kesin hüküm için öngörülen olumsuz dava şartı uygulama alanı bulmayacaktır.

43 Taşpolat – Tuğsavul, s. 85; Tanrıver, Makale, s. 29.

44 Taşpolat - Tuğsavul, s. 85.

uyuşmazlık çözümünü icra eden resmî bir kuruluş⁴⁵ ya da mecburi bir tahkim organı olarak da tanımlanmıştır⁴⁶. Tüketici hakem heyeti kararları, İcra ve İflas Kanunu'nun ilamların yerine getirilmesi hakkındaki hükümlere göre icra edilecektir. Bu hüküm, kazai yetkisi olmayan tüketici hakem heyetinin, söz konusu kararlarının ilam niteliği değil, ilamlar gibi icra edileceğinin bir sonucudur⁴⁷. Zira, kazai yetkisi olmayan tüketici hakem heyeti kararlarının bağlayıcılığı, maddî manada kesinliği haiz ilam niteliğinde değil, ancak ilamlar gibi icra edilmesi vasfına bağlanmıştır. 7036 sayılı Kanun ile Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu'na yapılan ekleme ile arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağına ilişkin düzenleme (m. 18/5), Anayasa'nın hak arama başlıklı 36. maddesine göre, “ Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercii önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” hükmüne açıkça aykırı olduğu gibi, anlaşmaya rağmen dava açılması halinde, arabuluculuk anlaşmasının maddi hukuk bakımından def'i mi? Ya da itiraz olarak mı? Yahut yargılama hukuku bağlamında ilk itiraz yahut dava şartı olarak mı? Kabul göreceği muğlak olduğu gibi, maddi hukuk anlamında arabuluculuk anlaşma tutanağına karşı arabuluculuk anlaşma tutanağının ehliyetsizlik, emredici hukuk kuralları, kamu düzeni, ahlak ve kişilik hakları ve şekle aykırılık sebebi ile mutlak butlanla batıl olması, kurucu unsur eksikliği ile yokluğu ya da irade fesadı halleri ile gabin sebebiyle iptal edilebilirlikle malul olması da ihtimal dâhilindedir⁴⁸. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağına ilişkin düzenleme ne ilk itiraz ne de dava şartı özelliklerini taşımaktadır⁴⁹.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmış olması halinde anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge vasfı kazanıp kazanmadığı önemsenmeksizin üzerinde anlaşmaya varılan hususlar hakkında dava açılmayacağına ilişkin düzenleme nitelik itibariyle alelade bir mahkeme dışı sulh

45 Tanrıver, Makale, s. 28; Taşpolat – Tuğsavul, s. 85.

46 Tanrıver, Makale, s. 29.

47 (AYM, 20.03.2008, 2006/78, 2008/84).

48 Akkan, s. 22.

49 Ekmekçi/Özekes/Atalı-Seven, s. 114.

sözleşmesi niteliğindedir⁵⁰. Hukukumuzda davayı doğrudan sona erdirmeye gücü mahkeme içi sulhe tanınmıştır⁵¹ (HMK m. 315). Dolayısıyla mahkeme dışı sulh sözleşmesinin konusunu oluşturan hususlarda dava açma olanağının kaldırılması hak arama özgürlüğüne aykırıdır. Bundan başka, bünyesinde, gönüllük, eşitlik, gizlilik esaslarını barındıran ve tatmin olmama ihtimalinde devlet mahkemelerine başvuruyu kapatmayan arabuluculuk faaliyetinin özüne aykırılıktır. Kaldı ki, yargılama sürecinde maddi vakıalar ve hukuki dayanaklar değerlendirilip, tarafların sunmuş oldukları bilgi ve belgelerin incelenmesi sonucunda haklılık ölçütüne göre gerekçeli karar tesis edilerek uyuşmazlık çözümlenecektir. Bu sebeple, maddi hukuk kuralları uygulanmaksızın, vakia ve delil değerlendirilmesi yapılmadan, hakkın ileri sürülüş şekli olan dava hakkının engellenmesi Anayasaya aykırıdır.

Şayet arabuluculuk faaliyeti sonunda üzerinde anlaşılan belge ilam niteliğinde ise alacak ilama bağlanmakla yeniden dava açılmasında hukuki yarar bulunmayacaktır. Öğretide, kanundaki yasağa rağmen dava açılması halinde davanın esasına girmeyi engelleyen usule dair özel bir dava şartı olduğundan, hakimin davayı usulden reddi gerektiği savunulmuştur⁵². Bu görüş bağlamında, tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda üzerinde uzlaştıkları anlaşma belgesini mahkemeye ibrazı ihtimalinde, mahkemenin özel dava şartı niteliğiyle dava hangi aşamada olursa olsun re'sen usulden red kararı vermesi gerektiği savunulmuştur⁵³. İlam niteliğinde belge niteliği kazanmamış olan anlaşma tutanağının kapsamına dahil olan hususlar hakkında dava açılması ihtimalinde ise, yasal düzenlemenin varlığı sebebiyle (HUAk m. 18/5) davanın konusuz kalması sebebi ile esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına dair hüküm tesis edilmelidir⁵⁴. Ancak, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde üzerinde anlaşılan hususlarda dava açılmayacağına ilişkin hüküm, üzerinde anlaşılan hususlar ile davada ileri sürülen hususların özdeşliğini belirlemek, tarafların anlaşmaları hususların net olarak tespit edilebilir olması yanında bu anlaşmanın

50 Tanrıver, Arabuluculuk, s. 120; Taşpolat- Tuğsavul, s. 185.

51 Tanrıver Süha, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları Ve İcranın İadesi, Ankara 1996, s. 96

52 Akkan Mine, Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı Ve Sonuçları, DEÜHFD, C. 20, S. 2, 2018, (s. 1- 30), s. 10.

53 Akkan, s. 20.

54 Tanrıver, Arabuluculuk, s. 124.

hangi hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlık üzerinde yapıldığını doğru, açık ve net bir biçimde tespit etmesi davanın dinlenebilirliği noktasında önem arz edecektir. Bir başka ifade ile dava açma yasağı bağlamında belge içeriğinden tarafların anlaştıkları hususların açıkça yazılması ehemmiyet kesbeder. Bu vadide, yasağa rağmen dava açılması ihtimalinde hakim anlaşmaya varılan hususların sebep olduğu hukuki ilişkiyi de göz önüne alarak davanın konusu, tarafları ve talep sonucu ile anlaşma belgesinde mutabakata varılan hususlar arasında örtüşme olup olmadığını tespit etmelidir⁵⁵. Tarafların arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmalarına karşın, kanun ve usule uygun bir arabuluculuk faaliyeti yürütülmemiş, taraf iradesi sakatlanmış yahut uyuşmazlık arabuluculuğa elverişli olmamasına rağmen yürütülüp, anlaşma tutanağı düzenlenmiş ise, bu ihtimalde dava açılmayacağı⁵⁶ nı söylemek hukuken isabetli olmayacaktır. Kaldı ki, anlaşılan hususlarda dava açılmayacağına dair yasal düzenlemenin varlığı göz önüne alındığında, dava hakkı maddi hukuktaki asıl hakkın devamı niteliğindedir⁵⁶. Arabuluculuk faaliyetinde vakıa ve hak kavramından ziyade, menfaatlerin dengelenmesi ön planda olup haklılık durumu irdelenmediği için tarafların maddi hukuktaki hakkı üzerinden tasarrufta bulunmaları maddi hukuk kuralları çerçevesinde yapılması gerekirken, vakıa ve delil incelemesi yapılmadan hakkın ortadan kalkması hukuken söz konusu olmayacaktır.

2. Arabuluculuk Tutanağının Resmi Belge Niteliği Ve Sahtelik İddiası

Resmî belge, kamu görevlisi veya hukuken yetkili kabul edilen görevli tarafından yasa gereğince yerine getirdiği fonksiyona dayanılarak düzenlenen belgedir. Resmi belgede bulunması gerekli kurucu unsurlar; tarih, sayı, düzenleyen kurumun adı, var ise mühür ile isim ve imzasından mürekkeptir. Üzerinde anlaşılan arabuluculuk tutanağının ilamlı icraya konu edilmesi halinde karşı tarafça sahtelik iddiası ihtimalinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu 209. maddesinin işlerlik kazanıp kazanmayacağı tereddütlüdür. HMK'nun 209. Maddesine göre; Adi bir senetteki yazı veya imza inkar edildiğinde, bu konuda bur karar verilinceye kadar, o

⁵⁵ Akkan, s. 14.

⁵⁶ Akkan, s. 12.

senet herhangi bir işleme esas alınmaz. Resmi senetteki yazı veya imza inkâr edildiğinde, senetteki yazı veya imzanın sahteliği ancak mahkeme kararıyla sabit olursa bu senet herhangi bir işleme esas olmaz. Senede dayanılarak verilmiş olan ihtiyati tedbir, o senet hakkındaki sahtelik iddiasından etkilenmez ve gerektiğinde senet sahibi haklarının korunması için yeni tedbirler talep edebilir.

Arabuluculuk anlaşması, yargılama yapma yetkisi ve bu bağlamda resmi bir sıfatı bulunmayan arabulucu nezaretinde gerçekleşmektedir⁵⁷. Arabulucu uyuşmazlığın çözümünde taraflara destek vermek sureti ile adalet hizmetinin ifasına ve işleyişine katkı sağladığı için kamu görevi yapmaktadır⁵⁸. Arabulucunun görevlendirilmesi Adli-İdari bir organın kamusal tasarrufu ile gerçekleşmekte⁵⁹, kanunla belirlenmiş ve icra edilen faaliyetin resmi sicil ile resmi bir listeye kaydolma koşuluna bağlı kılınması disiplin ve ceza sorumluluğunun bulunması, arabulucunun resmi bir görev yaptığının tezahürüdür. Dolayısıyla arabulucuların, arabuluculuk faaliyeti sonrasında hazırlamış oldukları belge kanaatimizce resmi belge niteliğinde olduğu için sahteliği ancak mahkeme kararı ile sabit olduğu takdirde herhangi bir işleme esas alınamayacaktır. Dolayısıyla salt sahtelik iddiası ilam niteliğinde olan arabuluculuk tutanağına dayalı icra takibini doğrudan durdurma gücünden yoksundur. Nitekim Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın Adalet Bakanı nezdinde tutulması, kanundan doğması ve sicilin varlığı söz konusu belgeye resmiyet kazandırmaya yetecektir. Arabuluculuk belgesinin gizli olması resmi belge olmasına engel değildir. Öğretide, arabuluculuk anlaşma belgesinin icrası sırasında sahtelik davası açılması faraziyesinde İcra ve İflas Kanunu'nun 72. madde hükmünün uygulama alanı bulacağı savunulmuştur⁶⁰.

57 Tanriver, Arabuluculuk, s. 120.

58 Tanriver, Arabuluculuk, s. 151.

59 Tanriver, Arabuluculuk, s. 152.

60 Akkan, s. 23.

Sonuç

Arabuluculuk Kanunu, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanacaktır. Kanun, arabuluculuğa elverişlilik konusunda sayma yolu ile bir sınırlama getirmemiş, sadece aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığını tasrih etmiştir. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar, tarafların sulh yoluyla çözümlenebileceği hususlardır. Kamu düzeninden sayılan uyuşmazlıkların arabuluculuğa konu olmayacağına tereddüt bulunmamaktadır. Malvarlığına ilişkin tüm uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Arabuluculuğa elverişlilik, uygulamada yargı içtihatları ile tekâmül edip, zaman içinde belirlenecektir. Arabuluculuk bir yargılama işi olmadığı gibi, arabulucu karar dahi vermek yetkisinden yoksundur. Kaldı ki, yargılama noktasında resmi bir vazifesi de yoktur. Arabulucu, tarafları istişare ve uzlaşmak zemini oluşturmak bağlamında ismi ile müsemma olarak tarafları bir araya getirecek, lakin tarafları anlaşmak konusunda telkin, talimat ya da zorlama yoluna tevessül edemeyecek, belki tarafların çözüm üretmemesi halinde çözüm önerisi de getirebilecektir. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması ihtimalinde, arabuluculuk faaliyeti sona erecek, şerh verilmiş ya da taraflar, avukatları ile arabulucu nezaretinde anlaşılan hususlarda düzenlenen tutanak ilam niteliğinde sayılacaktır. İcra edilebilirlik şerhi almış bir anlaşma belgesi, bütün yönleriyle değil, sadece icra edilebilirlik bakımından ilâmlarla aynı hukuki rejime tâbi tutulmuştur. Bu bağlamda, elinde ilâm niteliğinde belge olan bir alacaklı, Türkiye'deki herhangi bir yer icra dairesinden takip başlatabilir ve borçlunun, icra emrine itiraz ederek takibi durdurma hak ve yetkisi kural olarak yoktur. Bununla birlikte, mahkeme ilâmları maddi anlamda kesin hüküm oluştururken, ilâm niteliğinde belgeler kural olarak bu nitelikten yoksundurlar ve maddi anlamda kesin hüküm oluşturmazlar. Mahkeme ilâmlarının irade bozukluğu (hata, hile, tehdit) sebepleri ile iptali istenemez; ancak, kanun yoluna başvurulabilir; ilam niteliği kazanmış olsun olmasın arabuluculuk faaliyeti sonrasında üzerinde anlaşılan hususlara karşı kanun yoluna gidilemez; ancak, koşulları varsa irade bozukluğu (hata, hile, tehdit) sebepleri ile iptali

istenebilir. Arabuluculuk anlaşma tutanağının ehliyetsizlik, emredici hukuk kuralları, kamu düzeni, ahlak ve kişilik hakları ve şekle aykırılık sebebi ile mutlak butlanla batıl olması, kurucu unsur eksikliği ile yokluğu ya da irade fesadı halleri ile gabin sebebi ile iptal edilebilirlikle malul olması da ihtimal dâhilindedir. 7036 sayılı Kanun ile Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu'na yapılan ekleme ile arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağına ilişkin düzenleme (m. 18/5), Anayasa'nın hak arama başlıklı 36. maddesine göre, “ Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercii önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” hükmüne açıkça aykırı olduğu gibi, anlaşmaya rağmen dava açılması halinde, arabuluculuk anlaşmasının maddi hukuk bakımından def'i mi? Ya da itiraz olarak mı? Yahut yargılama hukuku bağlamında ilk itiraz yahut dava şartı olarak mı? kabul göreceği muğlak olduğu gibi, maddi hukuk anlamında arabuluculuk anlaşma tutanağına karşı hata, hile, ikrah ya da gabine dayalı olarak iptal davası açılması ihtimalinde hukuki süreç açıkça belirlenmediğinden dolayı birçok karışıklık ve uyuşmazlığa sebep olacağı aşîkardır. Nitekim arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde üzerinde anlaşılan hususlarda dava açılmayacağına ilişkin hüküm tarafların anlaştıkları hususların net olarak tespit edilebilir olması yanında bu anlaşmanın hangi hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlık üzerinde yapıldığını doğru açık ve net bir biçimde tespit etmesi gereklidir. Bir başka ifade ile dava açma yasağı bağlamında belge içeriğinden tarafların anlaştıkları hususların açıkça yazılması ehemmiyet kesbeder. Bu bağlamda yasağı rağmen dava açılması ihtimalinde hakim anlaşmaya varılan hususların sebep olduğu hukuki ilişkiyi de göz önüne alarak davanın konusu, tarafları ve talep sonucu ile anlaşma belgesinde mutabakata varılan hususlar arasında örtüşme olup olmadığını tespit etmektedir. Kaldı ki, anlaşılan hususlarda dava açılmayacağına dair yasal düzenlemenin varlığı göz önüne alındığında, dava hakkı maddi hukuktaki asıl hakkın devamı niteliğindedir. Arabuluculuk faaliyetinde vakıa ve hak kavramından ziyade, menfaatlerin dengelenmesi ön planda olup haklılık durumu irdelenmediği için tarafların maddi hukuktaki hakkı üzerinden tasarrufta bulunmaları maddi hukuk kuralları çerçevesinde yapılması gerekirken, vakıa ve delil incelemesi yapmadan hakkın ortadan kalkması hukuken söz konusu olmayacaktır.

Üzerinde anlaşmaya varılan ilam niteliğindeki belgenin icra takibini konu olması üzerine, muhatap borçlunun arabuluculuk tutanağına sahtelik iddiasında bulunması üzerine Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 209. maddesi gereği adi belge mi? Yoksa resmi belge niteliği gereği mi? İşlem görecektir. Arabuluculuk anlaşması, yargılama yapma yetkisi ve bu bağlamda resmi bir sıfatı bulunmayan arabulucu nezaretinde gerçekleşmektedir. Arabulucu uyuşmazlığın çözümünde taraflara destek vermek sureti ile adalet hizmetinin ifasına ve işleyişine katkı sağladığı için kamu görevi yapmaktadır. Arabulucunun görevlendirilmesi Adli-İdari bir organın kamusal tasarrufu ile gerçekleşmekte, kanunla belirlenmiş ve icra edilen faaliyetin resmi sicil ile resmi bir listeye kaydolma koşuluna bağlı kılınması disiplin ve ceza sorumluluğunun bulunması, arabulucunun resmi bir görev yaptığıının tezahürüdür. Dolayısıyla arabulucuların, arabuluculuk faaliyeti sonrasında hazırlamış oldukları belge kanaatimizce resmi belge niteliğinde olduğu için sahteliği ancak mahkeme kararı ile sabit olduğu takdirde herhangi bir işleme esas alınamayacaktır. Dolayısıyla salt sahtelik iddiası ilam niteliğinde olan arabuluculuk tutanağına dayalı icra takibini doğrudan durdurma gücünden yoksundur. Nitekim Arabuluculuk Daire Başkanlığı Adalet Bakanı nezdinde tutulması, kanundan doğması ve sicilin varlığı söz konusu belgeye resmiyet kazandırmaya yetecektir. Arabuluculuk belgesinin gizli olması resmi belge olmasına engel değildir. Bu sebeple, ilam niteliğini haiz arabuluculuk tutanağına karşı sahtelik iddiası, icra işlemini durdurmayacaktır. Hakkatte, arabuluculuk, uyuşmazlıkların çözülerek toplumsal barış ve istikrarın sağlanması fonksiyonu zaviyesinden seçimlik ve yardımcı bir hukuki çözüm yolu olmaktan ziyade, yargılama yetkisine yardımcı olmak bağlamında haklılığı değil, menfaatlerin dengelenmesini amaçlayan küçük çaplı ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıklarda çözüm odaklı bir düzenlemedir. Toplumdaki uyuşmazlıkların çözümlenip, hukuki barışın sağlanmasının yegâne aracı yargılama faaliyeti olmasa da, bu fonksiyonu sağlamaya namzet ve elverişli olduğu düşünülen arabuluculuk faaliyeti, uyuşmazlıkları bütün bir gelecek için söndürüp, devlet mahkemelerine başvuru kapatmayacağı gibi, uygulamada birçok karışıklığa sebep olacağı ve gelecekte birçok değişikliğe maruz kalması kaçınılmaz bir düzenlemedir.

Kaynakça

- Akkan Mine, Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı Ve Sonuçları, DEÜHFD, C. 20, S. 2, 2018, (s. 1-30).
- Ekmekçi Ömer/Özekes Muhammet/Atalı Murat/Seven Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı İstanbul 2019.
- Göksu Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Tahkim, 2. Baskı, Ankara 2020.
- Güneysu-Boran Nilüfer, Medeni Usul Hukukunda Karar, Ankara 2014.
- Koçyiğit İlker/Yeşilkaya İzzet, Ticari Davalarda, İş Uyuşmazlıklarında, Tüketici Mahkemelerinde Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları, Ankara 2020.
- Özbek Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004.
- Tanrıver Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Ankara 2020. (Arabuluculuk).
- Tanrıver Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Makalelerim II, Ankara 2011, (s. 3-31). (Makale).
- Tanrıver Süha, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları Ve İcranın İadesi, Ankara 1996, (İlamlı İcra).
- Tanrıver Süha, Türk Hukuku Bağlamında Çekişmesiz Yargı ve Noterlik, Makalelerim II, Ankara 2011, (s. 345-360). (Çekişmesiz Yargı).
- Tuğsavul-Taşpolat, Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012.

–ÖZELLİKLE TİCARİ UYUŞMAZLIKLAR EKSENİNDE– ARABULUCUNUN ÇÖZÜM SÜRECİNDEKİ ROLÜNDE DEĞİŞİKLİK İHTİYACI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER VE KARMA MODEL ÖNERİSİ

Dr. Öğr. Üyesi Gül BÜYÜKKILIÇ*

Özet

Hukuki uyuşmazlıkların yargı yolu dışında çözümlenmesi fikri, aksi yöndeki baskın toplumsal inanç sebebiyle uzun süre tartışma konusu olmuş, süreç içerisinde yargı yükünün hafiflemesi, uyuşmazlıkların daha kısa sürede ve daha az masrafla giderilmesi gibi olumlu etkileri sayesinde benimsenmiş ve yaygınlaşmaya başlamıştır. Arabuluculuğun uyuşmazlıkların çözümünde sıklıkla başvurulur bir yol haline gelmesi ve bu çerçevede arabuluculuğa tabi uyuşmazlıkların kapsamının genişlemesi, kuruma ilişkin mevcut kuralların, uygulamada ortaya çıkan yeni sorunlar çerçevesinde gözden geçirilmesi gerekliliğini doğurmuştur. İşte bunlardan belki de en önemlisi, arabulucunun süreç içerisindeki yetki alanını, uyuşmazlık çözüm sürecini kolaylaştırmakla sınırlandıran kuraldır. Nitekim arabulucunun kendisine tanınan bu sınırlı yetkiyle gelişen ve değişen piyasa şartlarının ortaya çıkardığı karmaşık yapıya sahip hukuki uyuşmazlıkları çözümlenebilmesi oldukça zordur. Bu nitelikteki uyuşmazlıkların mümkün olan en kısa sürede, tarafların menfaatlerine en uygun şekilde sonuçlanabilmesi ve böylece geniş ölçekte arabuluculuk kurumunun kabul edilmesinde gözetilen amacın da gerçekleştirilebilmesi, arabulucuya süreç içerisinde daha aktif bir rol verilmesini gerekli kılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, zorunlu arabuluculuk, ticari uyuşmazlıklar, arabuluculuk modelleri, değerlendirci arabuluculuk, kolaylaştırıcı arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözümleri.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku AnaBilim Dalı Öğretim Üyesi. ORCID: 0000-0002-3484-7002.

Abstract

The idea of resolving legal disputes outside of the judiciary has been a subject of discussion for a long time due to the dominant social belief in the opposite direction, has been adopted and has become widespread due to its positive effects such as reducing the judicial burden in the process and resolving disputes in a shorter time and with less cost. The fact that mediation has become a common way to resolve disputes and the scope of disputes subject to mediation has expanded within this framework, necessitates the revision of the existing rules regarding the institution within the framework of new problems that arise in practice. Perhaps the most important of these is the rule that limits the power of the mediator in the dispute resolution process. As a matter of fact, it is very difficult for the mediator to resolve the legal disputes with a complex structure caused by the developing and changing market conditions with this limited authority. The conclusion of such disputes in the shortest possible time, in the most appropriate way for the interests of the parties, and thus the achievement of the goal pursued in the acceptance of the mediation institution on a large scale, requires the mediator to be given a more active role in the process.

Keywords: Mediation, mandatory mediation, commercial disputes, mediation models, evaluative mediation, facilitative mediation, alternative dispute resolution.

Giriş

Hukuki uyuşmazlıkların dava yolu ile çözümünde harcanan zaman, emek ve para kaybının giderek artması, son yıllarda ülkeleri, uyuşmazlıkların çözümünde alternatif yollar aramaya yöneltmiştir. Bu yönelimin bir sonucu olarak ortaya çıkan arabuluculuk kurumu hâlihazırda gerek dünya gerekse ülkemizde en sık başvurulmuş alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur.

1990'lı yıllarda arabuluculuğun uygulamadaki yeri ve öneminin artmasıyla beraber arabuluculuğun benzer diğer yöntemlerden ayırt edilebilmesi, uygun arabuluculuk yönteminin seçilebilmesi ve arabuluculuk

uygulanmasının düzenlenebilmesi amacıyla doktrinde *Riskin* tarafından bir arabuluculuk şeması oluşturulmuştur¹. Bu şemaya göre, arabulucunun konuya bakış açısı, müdahalesi ve bunları dile getirmesi çerçevesinde şekillenen² kolaylaştırıcı ("*facilitative mediation*") ve değerlendirci ("*evaluative mediation*") olmak üzere iki temel arabuluculuk modeli bulunmaktadır³.

- 1 Şemalara ilişkin detaylı bilgi için **Riskin**, Leonard L.: "Mediator Orientations, Strategies and Techniques", *Alternatives to the High Cost of Litigation*, C. 12, S. 9, 1994, s. 111-114 (Mediator Orientations); **Riskin**, Leonard L.: "Understanding Mediator's Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for The Perplexed", *Harvard Negotiation Law Review*, 1996, C.7, s. 26 vd. (Understanding Mediator). Yazar, bu temel şemalandırmayı, doktrindeki eleştiriler çerçevesinde geliştirerek yeni bir şema modeli önerisinde de bulunmuştur (bkz. **Riskin**, Leonard L.: "Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System", *Notre Dame Law Review*, C. 79, S. 1, 2003, s. 1-54 (Decisionmaking)).
- 2 Bunun dışında, mahkeme aşamasından önce arabuluculuk ("*pre-litigation mediation*"), mahkeme bağlantılı ("*court-connected mediation*") arabuluculuk, geleneksel ("*traditional mediation*") ve modern arabuluculuk ("*modern mediation*") , ihtiyari arabuluculuk ("*voluntary mediation*") ve zorunlu arabuluculuk ("*compulsory mediation*"), arabulucuların meslekle olan bağlantıları [tam zamanlı profesyoneller ("*full time professionals*"), bilim yapıcılar ("*field builders*") ve dışarıdakiler ("*outsiders*")], izledikleri yaklaşımlar [yöntem odaklı ("*technique-focused mediation*") ve problem odaklı arabuluculuk ("*solution-focused mediation*")], taraflara yol göstermeleri ve bunun derecesi [yöneticiler ("*orchestrators*") ve anlaşma yapıcılar ("*dealmakers*")] çerçevesinde yapılan başkaca sınıflandırmalar da mevcuttur (bkz. (bkz. **Özbek**, Mustafa Serdar: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, C.1, 4. Baskı, Yetkin, Ankara 2016, s. 632 vd.; **Ekmekçi**, Ömer/**Özekes**, Muhammet/**Atalı**, Murat/ **Seven**, Vural: *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2019, s. 63-66).
- 3 Arabulucunun süreç içerisindeki rolünü temel alan bir diğer model, kolaylaştırıcı ve değerlendirci modele nazaran daha geri planda ve teorik düzeyde kalan dönüştürücü arabuluculuktur ("*transformative mediation*"). Bu model, diğerlerinden farklı olarak arabuluculuğu, toplumsal etkilerine odaklanan, taraflar arasındaki ilişkiyi temel alan ve uyuşmazlığı, çözülmesi gereken bir problemden ziyade insanın gelişimine katkı sağlayan bir araç olarak değerlendirir. Dönüştürücü arabuluculuğa ilişkin detaylı bilgi için bkz **Özmumcu**, Seda: "Amerika Birleşik Devletleri'nde Uyuşmazlık Çözümünde Dönüştürücü Arabuluculuk Modeli", *Journal of Istanbul University Law Faculty* , C. 73, S. 2, 2015 (Dönüştürücü Arabuluculuk), s. 325-356; **Bush**, Robert A. Baruch/ **Folger**, Joseph P.: "A Response to Gaynier's "Transformative Mediation : In Search of a Theory of Practice", *Conflict Resolution Quarterly*, C.23 S.1, 2005 (Transformative Mediation), s.123-127; **Bush**, Robert A. Baruch/ **Folger**, Joseph P.: *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*, Jossey-Bass, 2005 (Promise of Mediation), s. 15 vd.; **Goldberg**, Stephen B./ **Sander**, Frank E. A.: "Selecting a Mediator: An Alternative (Sometimes) to a Former Judge", *People, Practice, Pitfalls (American Bar Association)*, C. 33, S. 4, 2007, s. 40-44. Ayrıca bkz. **Kıyak**, Emre: *Dönüştürücü Arabuluculuk – Problem Çözücü Arabuluculuk ile Uyumlaştırılması*, Seçkin, Ankara 2018; **Folger**, Joseph P./ **Bush**, Robert A. Baruch/ **Della Noce**, Dorothy J.: *Transformative Mediation: A Sourcebook Resources For Conflict Intervention Practitioners and Programs*, Institute for the Study

Kolaylaştırıcı modelde arabulucunun rolü, tarafların menfaatleri ve ihtiyaçları temelinde, birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümü kendilerinin üretmelerini sağlamak için gereken iletişim olanaklarının sağlanması ve yürütülmesi ile sınırlıdır⁴. Değerlendirici arabuluculuk ise Amerika Birleşik Devletleri’nde mahkeme temelli arabuluculuk uygulamaları çerçevesinde ortaya çıkan ve arabulucunun süreçte aktif bir role sahip olduğu arabuluculuk modelidir. Taraflar arasındaki kişisel ilişkinin hukuki durumlarına nazaran daha az önem taşıdığı ve uyuşmazlık için hızlı bir çözümün arandığı hâllerde tercih edilen bu modelde arabulucu, tarafların menfaatlerinden ziyade hakları üzerinde yoğunlaşır, taraflara durumlarının zayıf ve güçlü yanlarından bahsederek hukuki tavsiyelerde bulunabilir, değerlendirme yapabilir, muhtemel bir davanın sonuçları üzerine tahminler yürütebilir⁵.

Türk hukukunda, arabuluculuğa kanuni bir altyapı kazandıran 22.06.2012 tarih ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nda (HUAK)⁶ kolaylaştırıcı arabuluculuk modeli benimsenmiş ve 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, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi*” şeklinde tanımlanmıştır (m. 2/1-b).

of Conflict Transformation, 2010. Arabulucunun uyuşmazlık çözümündeki yardımcı rolünün kapsamı ve sınırları çerçevesinde şekillenen diğer arabuluculuk modelleri; çözüm arabuluculuğu (“*settlement mediation*”), ârif arabuluculuk (“*wise counsel mediation*”), geleneksel arabuluculuk (“*tradition based mediation*”) ve öyküsel arabuluculuktur (“*narrative mediation*”) (Detaylı bilgi için bkz **Kısmet Kekeç**, Elif: *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, Adalet Yayınları, İstanbul 2016, s. 241-246. Arabulucunun süreç içerisindeki rolüne ilişkin tartışmalar temel olarak kolaylaştırıcı ve değerlendirici modeller ekseninde yapıldığından, bu çalışmada, bahsi geçen iki model dışındakiler inceleme ve değerlendirme konusu yapılmamıştır.

4 Detaylı bilgi için bkz. I.A. Kolaylaştırıcı Arabuluculuk (“*Facilitative Mediation*”) başlığı.

5 Detaylı bilgi için bkz. I.B. Değerlendirici Arabuluculuk (“*Evaluative Mediation*”) başlığı.

6 RG. 22.06.2012, S. 28331.

Zaman içerisinde arabuluculuk yönteminin benimsenmesi, gelişmesi, yaygınlaşması ve arabuluculuk uygulamasının ortaya çıkardığı ihtiyaçlar dikkate alınarak arabuluculuğun tanımında revizyona gidilmiş ve 25.10.2017 tarih ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (İMK)⁷ (m. 17) ile arabulucuya “ *tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilme*” yetkisi tanınarak arabulucunun süreçte daha aktif bir rol almasına yönelik önemli bir adım atılmıştır.

Arabuluculuk alanında getirilen bir diğer yenilik, öncelikle 2018 yılında iş uyuşmazlıklarında (İMK m. 22), 2019 yılında ticari uyuşmazlıklarda [19 Aralık 2018 tarih ve 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun⁸ (7155 sayılı Kanun) m. 20] ve son olarak 2020 yılında tüketici uyuşmazlıklarında [28 Temmuz 2020 tarih ve 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (7251 sayılı Kanun)⁹ m. 59] dava şartı arabuluculuk sisteminin kabul edilmesi ile yaşanmıştır.

Arabuluculuğa tabi uyuşmazlıkların kapsamının genişlemesi, arabulucuya ancak ve sadece tarafların çözüm üretemedikleri noktada devreye girebilmeye sınırlı bir hareket alanı sağlayan İMK değişikliğini yetersiz hale getirmiştir. Nitekim özellikle karmaşık bir yapıya sahip ticari uyuşmazlıklarda, arabuluculuk sürecinin, kurumunun amaç ve ilkelerine uygun şekilde yürütülebilmesi ve sonuçlandırılabilmesi arabulucuya çözüm sürecinde –değerlendirici modelde olduğu gibi– daha etkin bir rol verilmesini gerekli kılmıştır¹⁰.

7 RG. 25.10.2017, S. 30221.

8 RG. 06.12.2018, S. 30630.

9 RG. 22.07.2020, S. 31199.

10 Bu çalışmada arabuluculuk uygulamalarının ortaya çıkardığı ihtiyaçlar, zorunlu arabuluculuğun kabulü ve bu tür arabuluculuğa tabi uyuşmazlıkların kapsamındaki genişlemeye bağlantılı olarak ele alınmış ise de konuya ilişkin açıklamalar kuşkusuz zorunlu arabuluculuktan daha eski bir uygulama geçmişine sahip olan ihtiyari arabuluculuk bakımından da geçerlidir.

Bu çalışma, gerek global gerek ülkesel düzeyde arabuluculuk uygulamalarındaki değişim ve gelişimin –özellikle ticari uyuşmazlıklar bakımından– arabulucunun çözüm sürecindeki rolünde ortaya çıkardığı değişiklik ihtiyacını konu almakta ve bu çerçevede karma bir modelin benimsenmesi önerisinde bulunmaktadır.

I. Arabulucunun Süreçteki Rolü Çerçevesinde Arabuluculuk Modelleri

A. Kolaylaştırıcı Arabuluculuk (“Facilitative Mediation”)

Günümüzde arabuluculuk, gerek dünya gerekse ülkemizde en sık başvurulacak alternatif uyuşmazlık çözüm yolu ise de hukuki uyuşmazlıkların yargı yolu dışında çözümlenmesi fikri, ilk etapta yargı çevrelerinde tereddütlerle karşılanmıştır. Başlangıç dönemindeki bu şüpheli yaklaşım, arabulucunun uyuşmazlığın çözüm sürecindeki rolünün belirlenmesi noktasında da etkisini göstermiş ve arabulucuya, tarafların birbirlerini anlamaları, uyuşmazlığı karşı tarafın bakış açısıyla değerlendirebilmeleri, böylece menfaatleri ve ihtiyaçlarını olası en yüksek düzeyde karşılayacak bir çözüm yolu üretebilmeleri için gereken iletişim olanaklarının sağlanması ve yürütülmesi ile sınırlı bir rol verilmiştir¹¹. “Kolaylaştırıcı arabuluculuk” olarak ifade edilen¹² bu

- 11 Kolaylaştırıcı arabulucuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Roberts**, Kenneth M.: “Mediating the Evaluative-Facilitative Debate: Why Both Parties Are Wrong and a Proposal for Settlement”, *Loyola University Chicago Law Journal*, 2007, s. 188-192; **Stempel**, Jeffrey W.: “The Inevitability of the Eclectic: Liberating ADR from Ideology”, *Journal of Dispute Resolution*, S. 2, 2000, s. 252 vd.; **Alfini**, James J.: “Evaluative versus Facilitative Mediation: A Discussion”, *Florida State University Law Review*, C. 24, S. 4, 1997, s. 919-936. Ayrıca bkz. **Özmumcu**, Seda: “Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 71, S. 1, 2013, s. 1369-1389 (Arabulucunun Rolü), s. 1370-1375; **Ekmekçi/ Özkes/ Atalı/ Seven**, s. 64-65; **Kismet Kekeç**, s. 238 – 240; **Yeşilirmak**, Ali: *Doğrudan Görüşme Arabuluculuk Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim, Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, **On İki Levha Yayınları**, İstanbul 2011, s. 18-19; **Erdoğan**, Ayben: “Kolaylaştırıcı-Değerlendirici Arabuluculuk Ayrımı: Orta Yolda Uzlaşmak Mümkün mü?”, *Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, Prof. Dr. Ali Necip Ortan’a Armağan, C. 2, S. 32, 2019, s. 2259- 2278;
- 12 Arabuluculuğun geniş ölçüde kolaylaştırıcı model çerçevesinde uygulanmaya başlanmış olması sebebiyle bu model “saf arabuluculuk” (“pure mediation”) olarak da anılmaktadır (bkz. **Roberts**, s. 193). Öte yandan **Riskin** 2003 tarihli eserinde, kolaylaştırıcı yerine “gerçeği ortaya çıkarıcı” teriminin söz konusu modeli daha iyi ifade edeceğini belirtmiş, ancak bunun kolaylaştırıcı ve değerlendirici model arasında ayrım yapılabilmesi bağlamında faydalı olmayacağını da ifade etmiştir (**Riskin**, Decision-

model, uyuşmazlığın taraflar arasındaki eksik iletişimden kaynaklı olduğu ve bu eksikliğin giderilmesi ile uyuşmazlığın her iki taraf menfaatine olacak şekilde çözümlenebileceği inancına dayanır¹³. Dolayısıyla arabulucu süreçte pasif bir role sahip olup, sürece müdahalesi asgari düzeydedir.

Bu model çerçevesinde arabulucu, tarafları uygun koşullarda bir araya getirerek uyuşmazlıkla ilgili fikir alışverişinde bulunmalarını, birbirlerini anlamalarını ve çözüme yönelik eylemlerde bulunmalarını sağlamaya çalışır¹⁴. Modelin ayırt edici özelliği, hak merkezli (“*rights-based*”) değil, menfaat merkezli (“*interests-based*”) bir yaklaşımı esas almasıdır¹⁵. Diğer bir ifadeyle arabulucu, uyuşmazlık bakımından haklıyı veya haksızı tespit etmeyi değil, her iki tarafın da menfaatlerini, ihtimal dahilindeki en yüksek düzeyde gözetken bir sonuca ulaşmayı hedefler. Bu hedefe ulaşılmasında, arabulucunun hukuki bilgisinden ziyade, iletişim, ikna ve telkin yeteneği belirleyici olacaktır. Bu özellikleri sebebiyle kolaylaştırıcı model, taraflar arasındaki kişisel ilişkilerin önem arz ettiği uyuşmazlıklar bakımından uygun bir tercih olacaktır¹⁶.

making, s. 30 vd.). Nitekim doktrinde *Roberts* ve *Birke*, “gerçeği ortaya çıkarıcı” ile neredeyse özdeş olan ve “gerçeğin temsilcisi” anlamına gelen “*agent of reality*” ifadesi de değerlendirci arabulucunun nitelikleri arasında saymıştır (**Roberts**, s.196; **Birke**, Richard: “Evaluation and Facilitation: Moving Past Either/Or”, *Journal of Dispute Resolution*, C. 2, 2000, s. 315. (Evaluation and Facilitation)]. Ayrıca bkz. **Barker**, Julie: “International Mediation - A Better Alternative for the Resolution of Commercial Disputes: Guidelines for a U.S. Negotiator Involved in an International Commercial Mediation with Mexicans”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, C. 19, S. 1, 1996, s. 11; **Rozdeiczner/De la Campa**, s. 132).

- 13 **Roberts**, s. 193; **Rozdeiczner**, Lukasz/ **De la Campa**, Alejandro Alvarez: “Alternative Dispute Resolution Manual: Implementing Commercial Mediation”, *International Finance Cooperation, Small and Medium Enterprise Department, The World Bank Group*, Kasım 2006, s. 3-4; **Levin**, Murray S.: “The Propriety of Evaluative Mediation: Concerns About the Nature and Quality of an Evaluative Opinion”, *Ohio State Journal On Dispute Resolution*, C. 16, S. 2, 2001, s. 269; **Özmumcu**, Arabulucunun Rolü, s. 1373.
- 14 **Love**, Lela P.: “Love, The Top Ten Reasons Why Mediators Should Not Evaluate”, *Florida State University Law Review*, C. 24, 1997, s. 939; **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 64; **Özmumcu**, Arabulucunun Rolü, s. 1373.
- 15 **Riskin**, Mediator Orientations, s. 28-29; **Roberts**, s. 194; **Rozdeiczner/De la Campa**, s. 3; **Schafer**, Erik: “The Use of Arbitration and Mediation for Protecting Intellectual Property Rights: A German Perspective”, *The Trademark Reporter*, C. 94, S. 3, 2004, s. 703; **Levin**, s. 269; **Özmumcu**, Arabulucunun Rolü, s. 1369,1370,1372;
- 16 **Riskin**, Strategies and Techniques, s. 19-23; **Roberts**, s. 189; **Özmumcu**, Arabulucunun Rolü, s. 1374.

Riskin şemasına göre, kolaylaştırıcı arabuluculuk, dar ve geniş, yönlendirici ve yönlendirici olmayan şeklinde iki gruba ayrılmaktadır. Kolaylaştırıcı-dar (“*facilitative –narrow*”) modelde arabulucunun, çoğunlukla özel toplantılarda, tarafların hukuki durumlarını anlamaya çalışacağı, uyuşmazlığın zayıf ve güçlü yanları hakkında tarafları bilgilendirebileceği, ancak uyuşmazlığın olası çözümüne ilişkin tahminlerini taraflarla paylaşamayacağı ve taraflara bir sonucu kabul etmek hususunda baskı yapamayacağı ifade edilmektedir¹⁷. Buna karşılık kolaylaştırıcı-geniş (“*facilitative–broad*”) arabulucunun rolünün, özel toplantılardan ziyade ortak oturumlar yaparak tarafların uyuşmazlığı geniş bir perspektiften değerlendirmelerine ve kendi menfaatlerinin yanı sıra toplumsal menfaatleri de gözeten çözüm seçenekleri üretmelerine yardım etmek olduğu belirtilmektedir¹⁸. Bu açıklamalardan yola çıkarak modeller arasında - teorik düzeyde dahi-bir ayırım yapabilmek mümkün değildir. Nitekim hukuki bilgi ve değerlendirmelerde bulunabilme yetkisi, kolaylaştırıcı ve değerlendirici arabuluculuk arasında ayırım yapılabilmesinde belirleyici özellikte olup, bunun kolaylaştırıcı dar model kapsamında sayılması arabuluculuk modelleri arasındaki çizgiyi tamamen belirsiz hale getirmektedir.

Öte yandan yönlendiricilik kriteri çerçevesinde de modeller arasında ayırım yapılabilmesi olanaklı değildir. Nitekim konuya ilişkin açıklamalarda yönlendiricilik, kolaylaştırıcılık ile karşılıklı etkileşim içerisinde olan bir özellik olarak değerlendirilmektedir¹⁹.

Gerek doktrin gerek uygulama açısından önemli olan, kolaylaştırıcı arabuluculuk modelinin kapsamının bir bütün olarak –alt kategorilerinden bağımsız şekilde– olabildiğince net bir şekilde tespit edilmesidir. Bu çerçevede, yukarıda yapılan açıklamalar da dikkate alınarak, kolaylaştırıcı modelin, en yalın şekilde, arabulucunun süreç içerisinde taraflar arasındaki iletişim

17 **Özmumcu**, Arabulucunun Rolü, s. 1374-75. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Riskin**, Understanding Mediator, s. 28 vd.

18 Kolaylaştırıcı dar modele ilişkin bilgi için bkz. **Riskin**, Understanding Mediator, s. 28-29; **Özmumcu**, Arabulucunun Rolü, s. 1374-1375. Kolaylaştırıcı geniş modele ilişkin bilgi için bkz. **Riskin**, Understanding Mediator, s. 32-34; **Roberts**, s. 189-190; **Özmumcu**, Arabulucunun Rolü, s. 1375.

19 **Özmumcu**, Arabulucunun Rolü, s. 1381-1382.

eksikliğini gidererek tarafların çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamakla sınırlı, pasif ve sürece müdahalesinin asgari düzeyde olduğu, menfaat odaklı bir çözüm süreci olarak ifade edilebileceği düşüncesindeyim.

B. Değerlendirici Arabuluculuk (“*Evaluative Mediation*”)

“Değerlendirici arabuluculuk”²⁰, ABD’de mahkeme temelli arabuluculuk uygulamaları çerçevesinde ortaya çıkan ve arabulucunun süreçte aktif bir role sahip olduğu arabuluculuk modelidir²¹. Taraflar arasındaki kişisel ilişkinin, hukuki durumlarına nazaran daha az önem taşıdığı ve uyumsuzluk için hızlı bir çözümün arandığı hâllerde tercih edilen bu modelde arabulucu, tarafların menfaatlerinden ziyade hakları üzerinde yoğunlaşır, uyuşmazlığın konusunu ve tarafların iddialarını inceler, (ortak veya özel toplantılarda)²² taraflara durumlarının zayıf ve güçlü yanlarından bahsedebilir²³, uyuşmazlıkla ilgili hukuki bilgi verebilir ve hukuki tavsiyelerde bulunabilir²⁴, değerlendirme yapabilir, muhtemel bir davanın sonuçları

20 Değerlendirici yerine “yol gösterici” veya “yönlendirici” anlamına gelen “*directive*” teriminin söz konusu modeli daha iyi ifade edeceği yönünde bkz. **Roberts**, *Decisionmaking*, s. 30-32.

21 Değerlendirici arabulucuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Bush**, Robert A. Baruch: “Substituting Mediation for Arbitration: The Growing Market for Evaluative Mediation and What it Means for the ADR Field”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, C. 3, 2002, s.111- 131; **Hughes**, Scott H.: “Facilitative Mediation or Evaluative Mediation : May Your Choice Be Wise One”, *Alabama Lawyer*, 1998, s. 246; **Roberts**, s. 195-207; **Goldberg/ Sander**, s. 42-43; **Ekmekçi/ Özekes/ Atalı/ Seven**, s. 65; **Özmumcu**, Arabulucunun Rolü, s. 1375-1377; **Kismet Kekeç**, s. 240.

22 Buna karşılık kolaylaştırıcı arabuluculukta toplantıların ortak yapılması tercih edilmektedir (**Stempel**, s. 252; **Birke**, Richard: “Mandating Mediation of Money: The Implications of Enlarging the Scope of Domestic Relations Mediation from Custody to Full Service”, *Willamette Law Review*, C. 35, 1999, s. 498 vd.

23 Arabulucunun açıklamaları doğrultusunda bir tarafın kendini hukuken daha güçlü hissedebileceği, böyle bir durumda diğer tarafın da eş pozisyona gelebilmek için rekabetçi bir tutum sergileyebileceği yönünde bkz. **Love**, s. 940; **Goldberg/ Sander**, s. 42.

24 Arabulucunun taraflara hukuki bilgi vermesinin bazı olumsuz sonuçlar doğurabileceği, nitekim verilen hukuki bilginin aleyhine olduğunu düşünen tarafın, arabulucunun tarafsızlığı hakkında tereddüde düşebileceği, lehe olduğunu düşünen tarafın ise kabul edilemeyecek bir taleple veya pozisyonla bağlı kalabileceği veya sürecin tamamen kopma noktasına gelebileceği yönünde bkz. **Love**, s. 945. Değerlendirme çerçevesinde hukuki bilgi veya tavsiye verilmesinin, taraf egemenliği, tarafsızlık ve bağımsızlık gibi arabulucunun temel ilkelerinin ihlali tehlikesini beraberinde getirdiği yönünde bkz. **Archerd**, Erin R.: “Evaluating Mediation’s Future”, *Journal of Dispute Resolution*,

üzerine tahminler yürütebilir²⁵. Değerlendirici arabuluculuk yönteminin benimsendiği uyuşmazlıklarda, arabulucu süreç içerisinde ayrıca gerçeklik testi ve risk analiziyle tarafların uyuşmazlığı daha geniş bir perspektifle görmelerine yardımcı olur²⁶.

Arabulucuya süreç içerisinde bu kadar geniş bir hareket alanı sağlanması, arabulucunun hakim rolü oynamasını, haklıya veya haksıza karar vermesini gerektirmemektedir. Aksine, değerlendirme tarafların uyuşmazlığa ilişkin ilave bilgiler edinmelerini, bu çerçevede durumlarını yeniden gözden geçirmelerini ve uyuşmazlığı anlaşıyla çözümlemelerini sağlamak şeklinde yorumlanmalıdır²⁷. Diğer bir ifadeyle, değerlendiricilik süreç boyunca devam etmekte, sürecin sonunda nihai kararı yine taraflar vermektedir.

Riskin şemalarına göre, kolaylaştırıcı arabuluculuk gibi değerlendirici arabuluculuk da dar ve geniş [değerlendirici - dar («*evaluative-narrow*») ve değerlendirici –geniş («*evaluative-broad*»)] olmak üzere iki alt kategoriye ayrılmaktadır²⁸. Ancak yine kolaylaştırıcı modeldekine benzer şekilde kategoriler arasına net bir çizgi çekilememektedir. Zira her iki türde de arabulucu, kolaylaştırıcı modelden farklı olarak, taraflar arasında iletişim ve işbirliğinin sağlanması amacıyla bilgi toplamak, tarafları uyuşmazlık ve uyuşmazlığın olası çözüm yolları hakkında bilgilendirmek ve değerlendirmelerde bulunmak gibi daha aktif bir role sahiptir. Tespit edilebilen tek farklılık, değerlendirici - geniş modelde arabulucunun bilgi toplayacağı konuların, tarafların içinde bulundukları durum, uyuşmazlığın temelindeki menfaatler ve bireyler veya grupları etkileyen hususları içerecek şekilde geniş bir kapsama sahip olmasıdır²⁹.

S. 1, 2020, s. 58; Levin, s. 294-295.

25 **Özsumcu**, Arabulucunun Rolü, s. 1375-1376; **Honeyman**, Chris Schneider/**Schneider**, Andrea Kupfer: “The Negotiator’s Fieldbook The Desk Reference for the Experienced Negotiator”, *American Bar Association*, 2006, s. 596.

26 **Johnsen**, Joan Stearns: *Alternative Dispute Resolution in the Futures Industry*, Juris New York 2013, s. 104.

27 **Roberts**, s. 209-210.

28 Bkz. **Riskin**, Understanding Mediator, s. 26 vd.; **Roberts**, s.189 vd.; **Özsumcu**, Arabulucunun Rolü, s. 1374-1375; **Kısmet Kekeç**, s. 240 vd.

29 Değerlendirici dar modele ilişkin bilgi için bkz. **Riskin**, Understanding Mediator, s.

Değerlendirici arabuluculuk, yönlendirici olup olmamasına göre de bir ayrıma tabi tutulmuştur³⁰. Her iki türde de arabulucu, taraf iddialarının zayıf ve güçlü yanları ve uyumsuzluğun mahkeme yargılamasına taşınması durumunda ne şekilde çözümlenebileceği gibi hususlarda tarafları bilgilendirir. Farklılık, yönlendirici arabulucunun, değerlendirme yapmakla kalmayarak, taraflara belirli bir öneriyi kabul etme hususunda baskı yapabilmesidir³¹. Ancak üçüncü kişinin bu yönde bir müdahalede bulunması, arabuluculuğun bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkelerine açık bir aykırılık teşkil ettiğinden, bu seviyede müdahaleye olanak sağlayan bir sürecin arabuluculuğun bir türü olarak zikredilmesinin yerinde olmadığı kanaatindeyim. Öte yandan, “değerlendirme” çoğu zaman yönlendirmeyi de ihtiva ettiğinden, bu ayrımda temel alınan kriterin “yönlendiricilik” değil, “baskı düzeyinde yönlendiricilik veya baskı kurma” şeklinde ifade edilmesinin daha isabetli olacağı düşüncesindeyim.

Değerlendirici arabuluculuk kapsamında “yeni değerlendirici arabuluculuk” (“*new evaluative mediation*”)³² olarak ifade edilen farklı bir yaklaşımdan da bahsetmek gerekir. Bu modelde de arabulucu, klasik değerlendirici modelde olduğu gibi, süreçte aktif bir role sahip olmasına rağmen, nihai karar taraflara aittir. Modelin yenilik vasfı, mevcut bir uyumsuzluğun temelinde tarafların önyargılarının ve uyumsuzluğun çözümünü zorlaştıracı diğer psikolojik engellerin bulunduğu düşüncesini esas almasıdır. Bu çerçevede, tarafların soruna ilişkin algı ve düşüncelerinin farkına varmaları ve uyumsuzluğa sebep bu düşünce engellerini kaldırmalarıyla uyumsuzluk adil bir şekilde çözümlenecektir³³. Dolayısıyla bu modelde arabulucunun rolü, taraflara aralarındaki uyumsuzluğu objektif bir şekilde yeniden değerlendirerek ön yargılarından kurtulmalarını sağlamak ve adil bir çözüm yolu geliştirmelerine yardım etmektir.

26-28; **Özmumcu**, Arabulucunun Rolü, s. 1377. Değerlendirici geniş modele ilişkin bilgi için bkz. **Riskin**, Understanding Mediator, s. 29-32; **Özmumcu**, Arabulucunun Rolü, s. 1377.

30 Bkz. **Riskin**, Understanding Mediator, s. 26 vd.; **Roberts**, s.189 vd.; **Özmumcu**, Arabulucunun Rolü, s. 1374-1375; **Kısmet Kekeç**, s. 240 vd.

31 **Roberts**, s. 196; **Özmumcu**, Arabulucunun Rolü, s. 1381-1382.

32 **Roberts**, s. 196; **Özmumcu**, Arabulucunun Rolü, s. 1385.

33 **Roberts**, s. 196; **Özmumcu**, Arabulucunun Rolü, s. 1385.

Arabuluculuk uygulamalarında belirlilik ve istikrarın temini amacıyla, kolaylaştırıcı arabuluculukta olduğu gibi değerlendirici model bakımından da teorik düzeyde kalan ayrımlardan ziyade modelin kapsamının tereddüde mahal vermeyecek şekilde tespiti gerekir. Bu çerçevede, yukarıdaki açıklamalardan da yola çıkarak, değerlendirici modelin, arabulucunun uyuşmazlıkla ilgili bilgi elde etme, tavsiyelerde bulunma, olası sonuçlarla ilgili tahmin yürütme ve çözüm önerilerinde bulunma gibi öğelerden yararlanarak aktif bir şekilde sürece dahil olduğu, mahkeme yargılamasından farklı olarak uyuşmazlığın çözümünün nihai olarak tarafların sorumluluğunda bulunduğu, hak merkezli bir çözüm süreci olarak ifade edilebileceği düşüncesindeyim.

1. Türk Arabulucuk Mevzuatında Benimsenen Model

Hukuki uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümü, Türk hukukunda 2012 yılında yürürlüğe giren HUAK ile hukuki zemine kavuşturulmuştur. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (Arabuluculuk Yönetmeliği) ise 26.01.2013 tarih ve 28540 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Kanun’un 2 nci maddesinde arabuluculuk, “*sistemik 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, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi*” şeklinde tanımlanmıştır (m. 2/1-b).

Hükmün gerekçesinde, arabulucunun süreçteki rolüne ilişkin detay açıklamalara yer verilmiş ve Kanun’daki ifadelere ek olarak, arabulucunun uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremeyeceği, taraflara çözüm önerilerinde bulunamayacağı, çözüm önerisi geliştirip bunu onlara empoze edemeyeceği ve geliştirilen çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için onları zorlayamayacağı belirtilmiştir. Hükmün son bölümünde ise, “*taraflardan birisinin, uyuşmazlığın çözümü bağlamında sunmuş olduğu somut*

bir önerinin arabulucu tarafından karşı tarafa iletilmesinin, arabulucu tarafından çözüm önerisi geliştirilip diğer tarafa empoze edilmesi şeklinde yorumlanamayacağı...» ifade edilmiştir.

Paralel şekilde, Arabuluculuk Yönetmeliği'nde de kolaylaştırıcı arabuluculuk modeli esas alınarak, "Arabulucu, sürecin yürütülmesi sırasında, taraflara hukuki tavsiyelerde bulunamaz; bir çözüm önerisi ya da öneriler katalogu geliştirip, bunu onlara empoze edemeyeceği gibi, müzakereler sırasında geliştirilen bir çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için de onları zorlayamaz. Ancak, taraflardan birisinin, uyuşmazlığın çözümü bağlamında, sunmuş olduğu bir önerinin, arabulucu tarafından, diğer tarafa iletilmesi ve onun bu konudaki beyanının alınması bu kapsamda mütalaa edilemez." hükmüne yer verilmiştir (m. 19/5). Yönetmelik'te, arabulucunun yapamayacağı hususlar arasına, HUAK m. 2/1-b'dekilere ilave olarak uyuşmazlığa ilişkin hukuki tavsiyelerde bulunma da eklenmiş ve arabulucunun süreçteki hareket alanı biraz daha sınırlandırılmıştır.

HUAK m. 2/1-b, madde gerekçesi ve Yönetmelik m. 19/5 bir bütün olarak değerlendirildiğinde kanun koyucunun *kolaylaştırıcı arabuluculuk modelini* benimsediği sonucuna varılmaktadır. Gerekçenin son bölümünde, arabulucunun taraflardan birinin önerisini diğer tarafa iletilmesinin çözüm empoze etmek anlamına gelmediğinin açıkça vurgulanması da arabulucunun süreçteki rolü hususunda yaşanabilecek tereddütleri bertaraf edici ve kolaylaştırıcı modelin benimsendiğini teyit eder niteliktedir.

Uyuşmazlık çözümünde arabuluculuğun sıklıkla başvurulmuş bir yol haline gelmesi, uygulamada bazı ihtiyaçları da beraberinde getirmiştir. Nitekim bunlardan biri de arabulucunun süreç yönetimindeki sınırlı yetkisinin, özellikle karmaşık yapıya sahip uyuşmazlıkların çözümünde yetersiz kalmasıdır. Bu gereksinim dikkate alınarak 2017 yılında yürürlüğe giren İMK (m. 17) ile arabuluculuğun tanımında (HUAK m. 2/1-b) revizyona gidilmiş ve arabulucuya "tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilme" yetkisi tanınarak arabulucunun süreçte daha aktif bir rol almasına yönelik önemli bir adım atılmıştır. Bunun yanı sıra, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesini düzenleyen

HUAK m. 15'e yedinci fıkra olarak "*Tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması halinde arabulucu bir çözüm önerisinde bulunabilir*" hükmü eklenmiştir (İMK m. 22).

Kanun koyucu tarafından tanınan bu yetki, arabulucunun müdahalesi olmaksızın uyuşmazlık sürecine devam edilmesinin mümkün olmadığı istisnai nitelikteki durumlarla sınırlıdır³⁴. Diğer bir ifadeyle arabulucu, gerekli gördüğü herhangi bir anda değil, tarafların herhangi bir çözüm üretemedikleri, dolayısıyla sürece devam etmenin mümkün olmadığı anlaşıldığı, müdahalenin son çare olduğu anda devreye girebilir. Böyle bir durumda dahi, arabulucunun müdahalesi asgari düzeyde olup, "*çözüm önerisinde bulunma*" ile sınırlıdır.

Doktrinde, bu değişiklik sonrası HUAK kapsamında gerçekleştirilecek tüm arabuluculuk uygulamalarının değerlendirici arabuluculuk modeline yaklaşan bir niteliğe sahip olacağı ifade edilmektedir³⁵. Ancak bu yakınlık, değerlendircilik ağırlıklı bir modelin benimsenmek istendiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira aslen hedeflenen, arabulucunun aktif bir müdahalesine gerek olmaksızın sadece kolaylaştırıcı öğelerden faydalanarak süreci tamamlamasıdır. Bu çerçevede, 2017 tarihli değişiklik sonrası Türk Arabuluculuk Mevzuatında - hâlihazırda da - geçerli olan modelin, *«kolaylaştırıcılık merkezli karma model arabuluculuk»* olarak ifade edilebileceği düşüncesindeyim.

34 Aynı yönde bkz. Mich. Supreme Court, State Court Admin. Office, & Office of Dispute Resolution, Michigan Judges Guide to ADR Practice and Procedure Version 1.0, 2015, s. 32-33.

35 Bkz. **Ekmekçi/ Özkes/ Atalı/ Seven**, s. 65; **Korkmaz**, Fahrettin/ **Kıyak**, Emre: "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 4, S.1, Haziran 2018, s. 36; **Özsumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 836 (Yazarın, daha önceki çalışmasında Batı hukukunda kabul gören yeni değerlendirici arabuluculuk modelinin Türk hukukunda da kabul edilmesi gerektiği yönündeki önerisine atıfta bulunarak HUAK'daki bu yeni düzenlemenin de arabuluculuk faaliyetinin işlerlik kazanması açısından olumlu olduğunu belirtmesi sebebiyle değerlendirici arabuluculuktan ziyade yeni değerlendirici arabuluculuk modeline geçiş yapıldığı görüşünde olduğu düşünülmektedir.)

III. Arabuluculuk Alanındaki Gelişmeler ve – Özellikle Ticari Uyuşmazlıklar Ekseninde – Arabulucunun Çözüm Sürecindeki Rolünde Değişiklik İhtiyacı

2017 yılında İMK ile arabulucunun uyuşmazlık çözümdeki rolünün sınırlı düzeyde de olsa genişletildiği bir üst başlık altında ifade edilmişti. İMK ile getirilen bir diğer yenilik, 01.01.2018 tarihi itibarıyla uygulanmasına başlanılan bireysel iş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk modelinin kabulüdür (m. 22). Takiben, 2018 yılında 7155 sayılı Kanun m. 20 ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na (TTK)³⁶ eklenen 5/A maddesi doğrultusunda 01.01.2019 tarihi itibarıyla bazı ticari uyuşmazlıklar bakımından da arabuluculuğa başvurulması dava şartı olarak kabul edilmiştir³⁷. Son olarak, 2020 yılında 7251 sayılı Kanun m. 59 ile tüketici uyuşmazlıklarında bakamından zorunlu arabuluculuk sistemi kabul edilmiş ve zorunlu arabuluculuğa tabi uyuşmazlıkların kapsamı biraz daha genişletilmiştir.

Arabuluculuğa tabi uyuşmazlıkların kapsamının bu denli genişlemesi arabulucuların da farklı alanlardan kaynaklı uyuşmazlıklarla karşı karşıya gelmelerine sebep olmuş ve bu bağlamda arabulucunun çözüm süreci içerisindeki rolünün yeniden değerlendirilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Dava şartı arabuluculuğa tabi ticari uyuşmazlıkların kapsamını belirleyen TTK m. 5/A-1 incelendiğinde bunun bir ihtiyaçtan öte zorunluluk haline geldiği dahi söylenebilir. Nitekim bahsi geçen hükümde, *“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 şartı”* olarak kabul edilmiştir. Bu çerçevede, dava şartına tabi ticari uyuşmazlıklara yakından bakıldığında şöyle bir tabloyla karşılaşılmaktadır:

TTK m. 4 ticari davaları düzenlemektedir. Ticari davalar doktrinde *mutlak, nispi ve herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmesi şartıyla ticari sayılan (yarı nispi) davalar* olmak üzere üç grup altında incelenmektedir³⁸.

36 RG. 29.06.1956, S.9353.

37 7155 sayılı Kanun'un 23 üncü maddesiyle HUKAK'ya dava şartı arabuluculuğa ilişkin genel bir düzenleme mahiyetindeki 18/A maddesi de eklenmiştir.

38 **Arkan**, Sabih: *Ticari İşletme Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü

Mutlak ticari davalar kendi içinde iki gruba ayrılmaktadır.

- Bunlardan ilki, uyumsuzluğun konusu veya tarafların sıfatına bakılmaksızın,
- TTK'da,
- 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) ³⁹ ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) ⁴⁰ bazı hükümlerinde ⁴¹,
- Fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuat hükümlerinde (6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ⁴² m. 156/1),
- Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde,
- Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde (5411 sayılı Bankacılık Kanunu ⁴³, 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu ⁴⁴)

öngörülen hususlardan doğan hukuk davalarıdır [TTK m. 4/1(a—f)].

Yayınları, Ankara 2020, s. 105-117; **Ülgen**, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/ **Kaya**, Arslan/ **Nomer Ertan**, Nedret Füsün: *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat, İstanbul 2019, s.123-151; **Yasaman**, Hamdi/ **Poroy**, Reha: *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat, İstanbul 2019, s. 131-141. Ayrıca bkz. **Ekmekçi/ Özekes/Atalı/ Seven**, s. 287-397; **Narbay**, Şafak/ **Kanyılmaz**, Sevgi/ **Eminoğlu**, Cafer/ **Gürbüz Usluel**, Aslı E. (**Akipek Öcal**, Şebnem Ed.): *Ticaret Hukukunda Uzman Arabuluculuk*, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Ankara 2020, s. 22-32; **Eminoğlu**, Cafer/ **Erdoğan**, Ersin: *Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk*, Adalet Yayınevi, İstanbul 2020, s. 188-192.

39 (RG. 08.12.2001, S. 24607) TMK'nın rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ila 969 uncu maddeleri.

40 RG. 04.02.2011, S. 27836.

41 TBK'nın malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasasına 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 yardımcılar için öngörülmüş bulunan 547 ila 554, havale hakkındaki 555 ila 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ila 580 inci maddeleri.

42 RG.10.01.2017, S. 29944.

43 RG, 1.11.2005, S. 25983 (mük.).

44 RG, 13.12.2012, S. 28496.

- Diğeri ise, özel kanunlarda ticari olduğu ifade edilen davalardır. Bunlara;
- 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu⁴⁵ (m. 154/3, c. 2),
- 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu⁴⁶ m. 99,
- 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu⁴⁷ m. 31,
- 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu⁴⁸ m. 64/4,
- 5957 sayılı Sebze ve Meyveler ile Yeterli Arz ve Talep Derinliği Bulunan Diğer Malların Ticaretinin Düzenlenmesi Hakkında Kanunu⁴⁹ m. 10

örnek olarak verilebilir⁵⁰.

Nispi ticari (yarı nispi) davalar ise, taraflardan en az birinin ticari işletmesini ilgilendiren havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan hukuk davalarıdır. Ancak TK m. 4/c.son gereği, herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bundan istisnadır.

Ticari nitelikteki bir dava, aynı zamanda bir miktar paranın ödenmesi konulu alacak veya tazminat talebine dayanıyorsa, söz konusu davanın açılabilmesi için arabuluculuğa başvurulması gerekecektir.

Bu bilgiler çerçevesinde, zorunlu arabuluculuğa tabi ticari uyuşmazlıkların kapsamına ilişkin genel bir fikir edinmek mümkündür. Ancak

45 RG. 19.06.1932, S. 2128.

46 RG. 10.05.1969, S. 13195.

47 RG. 28.06.1985, S. 18795.

48 RG, 21.6.2005, S. 25852.

49 RG, 26.3.2010, S. 27533.

50 7155 sayılı Kanun ile HUAK'ye eklenen m. 18/A-18'de dava şartı arabuluculuk kuralının istisnası öngörülmüş olup bu hükme göre, "Özel Kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hallerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz". 26.12.2020 itibarıyla 128.088,36 TL'den daha aşağı uyuşmazlıklarda hal hakem heyetine başvuru zorunludur. Uyuşmazlığın konusunun bu rakamın üstünde bir değerde olması durumunda dava şartı olarak arabuluculuğa başvurulması gerekir.

zikredilen hususların kendi içinde birçok farklı alana temas ettiği ve bu alanlardan kaynaklı uyuşmazlıkların çözümünün ilgili alana özgü ileri düzey bilgi ve tecrübe gerektirdiği de söylenmelidir. Nitekim diğerleri bir kenara bırakılıp TTK ele alındığında, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak, Taşıma İşleri, Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku olmak üzere altı kitaptan oluşan oldukça geniş bir kapsamla karşılaşılmaktadır⁵¹. Bunlara ilave olarak, (marka, patent, faydalı model, tasarım, coğrafi işaret ve geleceksel ürün adlarını koruyucu hükümler içeren) 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu⁵², 5042 sayılı Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun⁵³ ve 5147 sayılı Entegre Devre Topoğrafyalarının Korunması Hakkında Kanun'da⁵⁴ düzenlenen hususlar da mutlak ticari dava niteliğinden ötürü zorunlu arabuluculuğa tabi olabilecektir⁵⁵. Dolayısıyla TTK'da olduğu gibi sınai mülkiyet hukuku çatısı altında da teknik ve pratik bilgi gerektiren ayrı uzmanlık alanları mevcuttur⁵⁶.

Şüphesiz hukukun her alanında olduğu gibi, yukarıda bahsi geçen alanlarda da teorik tartışmalara konu olan ve/veya teoriyle uygulamanın örtüşmediği hususlar söz konusu olacaktır. Bu gibi durumların arabulucunun süreç içerisindeki rolüne ne şekilde yansıtacağı, her bir alan için özel olarak

51 Doktrinde TTK'nın farklı hükümleri çerçevesinde yapılan inceleme ve değerlendirmelere örnek olarak bkz. Doğrusöz Koşut, Hanife: "Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk Sisteminin Sigorta Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanması ve Sigortacılık Tahkimi ile Karşılaştırması", *Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu (Tebliğler – Tartışmalar)*, 19 Haziran 2019, s. 9-50; Sarıkaya, Sinan: Yeniden Yapılandırma Davalarında (TTK m. 191-192-193) Arabuluculuk, *Legal Hukuk Dergisi*, C.17, 2019, s. 3865-3894.

52 RG. 10.01.2017, S. 29944.

53 RG. 15.01.2004, S. 25347.

54 RG. 30.04.2004, S. 25448.

55 Fikrî mülkiyet hukuku kapsamındaki hususların soyut yapısı ve bu alandaki uyuşmazlıklarda özellikle zararın tazmininin hesabı noktasında ortaya çıkan belirsizliklerin uyuşmazlıkların çözülmesinde de uzmanlığı gerektirdiği yönünde bkz. **Chi**, Stephanie: "The Role of Mediation in Trademark Disputes", *American Journal of Mediation*, S. 2, 2008, s. 108. Marka hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculuk uygulamalarına ilişkin detaylı değerlendirmeler için bkz. **Chi**, s.105-114.

56 Fikrî ve sınai mülkiyet mevzuatında düzenlenen hususlardan doğan hukuk davalarında dava şartı arabuluculuğu konu alan yakın tarihli Türk yargı kararları için bkz. **Er-dem**, Ümit/ **Yumrutaş**, Dilek: *Fikri ve Sınai Haklar Hukuku'nda "Dava Şartı" Olarak Arabuluculuk*, Legal, 2019.

değerlendirilmesi gereken ve içerik itibarıyla ayrı bir çalışmayı gerekli kılan bir kapsama sahip olması sebebiyle bu çalışmada inceleme ve değerlendirme konusu yapılmamıştır. Ancak şunu net bir şekilde söylemek mümkündür ki, arabulucunun konulara ilişkin bilgi ve pratik eksikliği, uyuşmazlık çözüm sürecinin arabuluculuğun ilkeleri ve temel amacı doğrultusunda yürütülebilmesini zorlaştıracak ve bu durum da en nihayetinde uygulamaya olumsuz şekilde yansımaktadır.

Şöyle ki, bir arabulucu karmaşık bir yapıya sahip, taraflar arasındaki kişisel ilişkiden ziyade ticari ilişkilerin onarılması ve muhafaza edilmesinin daha önemli olduğu, –özellikle ticari hayatın gerektirdiği hız ve güvenlik sebebiyle– kısa sürede sonlandırılması gerekli olan uyuşmazlıklarla karşılaşabileceği gibi taraflar arasındaki kişisel ilişkilerin ön planda tutulduğu, daha uzun bir sürede tamamlanmasının taraflar bakımından menfaat kaybına sebep olmayacağı türden uyuşmazlıkların çözüm sürecinde de yer alabilir. İkinci türden bir uyuşmazlıkta kolaylaştırıcı bir yaklaşım yeterli kabul edilebilecek iken, ilk bahsedilen nitelikte bir uyuşmazlığın kolaylaştırıcı arabuluculuk modeliyle çözümlenmesini beklemek gerçekçi olmayacaktır⁵⁷. Diğer bir ifadeyle, böyle bir uyuşmazlıkta arabulucuya ancak ve sadece tarafların çözüm üretemedikleri noktada devreye girebilmeye sınırlı bir hareket alanı sağlanması çözüme ulaşılması bakımından yetersiz gelecektir⁵⁸. Bir an için bunun mümkün olacağı kabul edilse dahi, çözüme ulaşmak muhtemelen uzunca bir sürecin geçirilmesini gerektirecek, bu da tarafların aleyhine bir sonuç doğuracaktır.

57 Arabuluculuk süresinin tamamen kolaylaştırıcı öğelerle yürütülebilmesinin pratik olarak mümkün olmadığı yönünde bkz. **Roberts**, s. 208. Nörobiyolojik olarak insanın doğası gereği değerlendirciliğe meyilli olduğu, bir arabulucunun kolaylaştırıcı modeli uygulamaya niyet etmiş olması durumunda dahi bir noktadan sonra kendisini değerlendirci pozisyonunda görebileceği yönünde bkz. **Lack**, Jeremy: “A mindful approach to evaluative mediation”, *MfN Tijdschrift Conflictmanagement*, S. 3, 2014, s. 18-19.

58 Gelişen ve değişen pazar şartları çerçevesinde değerlendirci arabuluculuk modelinin hızla yaygınlaştığını gösteren çalışmalar için bkz. **Welsh**, Nancy A.: “The Thinning Vision of Self-Determination in Court- Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization?”, *Harvard Negotiation Law Review*, C. 66, S.1, 2001, s. 23-27; **Hensler**, Deborah R.: “In Search of “Good” Mediation”, (**Joseph Sanders/ Hamilton**, V. Lee (ed.), *Handbook of Justice Research in Law*, 2001, s. 231.

IV. Karma Model Önerisi

Çoğu zaman taraflar arasındaki hukuki sorunun tek bir konu çerçevesinde müzakere edilmesi uyuşmazlığın çözümünde fayda sağlamayacak ve ancak farklı alanlara ilişkin hukuki bilgi ve deneyime sahip bir arabulucunun yardımıyla süreç kurumunun amaç ve ilkelerine uygun şekilde sonuçlandırılabilir. Bu durum ise arabulucuya çözüm sürecinde –değerlendirici modelde olduğu gibi– daha etkin bir rol verilmesini gerekli kılmaktadır.

Ancak bu gereklilik bir modelin bütünüyle terk edilip diğerinin kabul edilmesi şeklinde yorumlanmamalıdır⁵⁹. Zira arabulucudan, kolaylaştırıcı öğelerden faydalanmaksızın sadece değerlendiricilik temelinde hareket etmesini beklemek gerçekçi olmadığı gibi gerekli de değildir. Keza kolaylaştırıcı bir arabulucu da konuşma şekli, ses tonu, mimikleri, uyuşmazlık çözümüne harcadığı zaman veya değindiği konularla taraflar nezdinde değerlendirici bir görünüm yaratabilir⁶⁰. Bu sebeple, arabulucunun süreç içerisindeki rolünün tek bir model çerçevesinde açıklanması sadece teorik düzeyde mümkündür. Uyuşmazlığın yapısına göre, arabulucunun –rolünün sınırları dahilinde kalmak kaydıyla– her iki arabuluculuk modelinin öğelerinden de faydalanabildiği karma bir modelin benimsenmesi yerinde olacaktır. Bu çerçevede, hâlihazırda geçerli model olan kolaylaştırıcılık merkezli karma model takip edilebileceği gibi değerlendiricilik merkezli karma bir model de tercih edilebilir.

Bu noktada *değerlendiriciliğin kapsamı ve sınırının* doğru bir şekilde tespiti önem arz eder ki bu sınır kanaatimce yönlendiricilik seviyesine gelmemiş olmaktır. “Değerlendiricilik” in kapsamı belirlenirken, –terminolojik ifadelere değil– arabulucunun süreçteki rolüne odaklanılması gerekir. Eşdeyişle, değerlendiriciliğin yönlendiriciliği ihtiva etmesinden ötürü,

59 Nitekim kolaylaştırıcı süreç içerisinde değerlendirici öğeler de başarılı bir şekilde kullanılabilir (bkz. **Stulberg**, Joseph B.: “Facilitative Versus Evaluative Mediator Orientations: Piercing the Grid” Lock”, *Florida State University Law Review*, C. 24, 1997, s. 1003). Değerlendirici veya kolaylaştırıcı arabuluculuk uygulamalarının genişlemesinin diğerinin kapsamını daralttığı anlamına gelmediği, zira bu arabuluculuk modellerinden her birinin farklı tüketici kitlelerine hitap eden ürünler gibi değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. **Bush**, s. 126.

60 Aynı yönde bkz. **Roberts**, s. 208; **Levin**, s. 267.

“yönlendiricilik” ifadesi de bu nitelikteki bir arabuluculuğu tasvir edilebilir niteliktedir. Daha önce de ifade edildiği üzere⁶¹, değerlendiricilik kapsamında arabulucu, tarafların, durumlarını gerçeğe uygun ve objektif bir şekilde yeniden değerlendirmelerine yardımcı olur, uyuşmazlığa ilişkin olarak taraflara hukuki bilgi verebilir ve gerektiğinde hukuki tavsiyelerde bulunabilir, mahkeme yargılamasının olası sonuçları hakkında tahminlerde bulunabilir. Ancak arabulucunun değerlendiricilik kapsamında yapabilecekleri bunlarla sınırlı tutulmamalı, uyuşmazlığın çözümü için gerekli ve değerlendiriciliğin sınırını aşmayan başkaca araçlardan da yararlanabilmelidir.

Elbette arabulucunun tespit, tahmin ve önerileri, taraflardan birini diğerine nazaran daha güçlü bir pozisyona getirebilir. Ancak bu, arabulucuya tanınan değerlendiricilik yetkisinin zorunlu bir sonucudur. Kaçınılması gereken, taraflara belirli bir sonucu empoze etmek gibi arabulucunun tarafsızlığını tereddüde düşürecek, değerlendirmenin baskıya dönüştüğü ve sürecin kontrolünün aslında tarafların kendilerinde olmadığını düşündürecek tutum ve davranışlardır. Diğer bir ifadeyle, değerlendirmenin baskıya dönüşmemesi gerekir. Aksi halde, tarafların süreç üzerindeki kontrolleri ve özerklikleri zarar göreceği gibi arabulucunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı da sorgulanır hale gelecektir. Ortaya çıkacak bir diğer tehlike de, arabuluculuğun yargının yardımcısı değil, alternatifi haline gelmesidir. Bu çerçevede, sürecin mümkün olduğunca kolaylaştırıcı öğelerden faydalanılarak yürütülmesi, taraflar nezdinde arabulucunun tarafsızlığının muhafazası için toplantıların ortak değil, ayrı oturumlarda yapılması, sürece girilmeden önce tarafların⁶² arabuluculuk modelleri hakkında bilgilendirilmesi (ve uygulanacak olan modelin seçiminin taraflara bırakılması⁶³) ve/veya

61 Bkz. I.B. Değerlendirici Arabuluculuk (“*Evaluative Mediation*”) başlığı.

62 Tarafların yanı sıra taraf vekillerinin de süreçte kullanılacak modellerle ilgili bilgilendirilmesi gerektiği yönünde bkz. **Levin**, s. 295-296.

63 Arabuluculuğa başvuru olan uyuşmazlıkların birçoğu yargıya gitmesi durumunda ne yönde sonuçlanacağı hakkında fikir yürütülmesinin pek de mümkün olmadığı durumlara ilişkindir. Bu çerçevede değerlendirici bir arabulucunun bu yönde bir faaliyette bulunabilmesi tarafları, nitelikleri konusunda kapsamlı bir şekilde bilgilendirmesini gerekli kıldığı yönünde bkz. **Levin**, s. 295. Aynı yönde bkz. **Archerd**, s. 51. Buna karşılık, çoğu durumda arabulucunun süreç içerisinde tarafların ve uyuşmazlığın ihtiyaçları çerçevesinde hareket etmesi sebebiyle seçimin taraflara bırakılmaması gerektiği yönünde bkz. **Roberts**, s. 188-192.

değerlendirici arabuluculuğun tarafların vekille temsil edildiği durumlarla sınırlı olarak uygulanması önerilebilir⁶⁴⁻⁶⁵.

Arabuluculuk nosyonunun kazanılması, bu alandaki temel eğitim ve zaman içerisinde uygulamayla kazanılan tecrübelerin bir sonucu olacaktır. Bu temel edinimin yanı sıra, değerlendirici arabulucunun taraflar arasındaki uyumsuzluğu tespit ederek, uygun öneri ve yönlendirmelerde bulunabilmesi konuya ilişkin ileri düzeyde bilgi ve tecrübe sahibi olmasını gerektirmektedir. Bu anlamda, uzmanlık eğitimlerine ihtiyaç bulunmaktadır.

Sonuç

Bu çalışmadaki bilgi ve değerlendirmeler çerçevesinde,

- Arabulucunun sürece etkisinin, taraflara belirli bir sonucu empoze etmesi seviyesine varmadığı, arabuluculuğun temel ilkeleri - iradilik, tarafların eşitliği, arabulucunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı ve gizlilik - ışığında, uyumsuzluğun yapısına göre, arabulucunun kolaylaştırıcı ve değerlendirici öğelerden faydalanabildiği karma bir modelin benimsenmesi gerektiği, bu çerçevede somut uyumsuzluk çerçevesinde hâlihazırda geçerli model olan kolaylaştırıcılık merkezli karma model takip edilebileceği gibi değerlendircilik merkezli karma bir modelin de tercih edilebileceği,
- Önerilen modelin uygulanabilmesinin arabulucunun uyumsuzluk konusuna ilişkin ileri düzey teorik ve pratik bilgisini gerektirdiği,
- Bu gerekliliğin kısa zaman önce kabul edilen belirli uzmanlık alanlarında arabuluculuk yapılabilmesi için getirilen zorunlu eğitim programlarıyla sağlanabileceği,

64 Aynı yönde bkz. **Moberly**, Robert B.: “Mediator Gag Rules: Is It Ethical for Mediators to Evaluate or Advise”, *South Texas Law Review*, C. 38, S. 2, 1997, s. 671-672.

65 Bir diğer öneri olarak, arabulucunun değerlendirciliğinin kaçınılmaz olması halinde, en azından arabulucuların, mahkeme yargısının olası sonuçları hakkında fikir beyan edebilecek yeterliliğe sahip olabilecekleri düşüncesiyle avukatlar arasından seçilmesi gerektiği, ancak böyle bir durumda da avukat olmayanların arabuluculuk yapmasının mümkün olmayacağı, öte yandan avukatların meslekleri gereği, süreci tartışmalı bir zeminde yürütmeye alışkın oldukları, böyle bir yaklaşımın ise arabuluculuk sürecinin yapısı ve niteliği ile bağdaşmayacağı yönünde bkz. **Love**, s. 941-942.

- Bu çerçevede uzmanlık eğitimi zorunluluğuna ilişkin genel ve detay düzenlemelerin yapılarak konuya ilişkin hukuki çerçevenin çizilmesi gerektiği

sonucuna varılmıştır.

Yakın zamanda Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığınca genel ve özel uzmanlık alanlarının belirlenmesi ve bu alanlarda arabuluculuk yapılabilmesinin zorunlu eğitim programlarının tamamlanması şartına bağlanması da Türk hukukunda da arabulucunun süreçte daha aktif role sahip olduğu bir modelin kabul edileceğine işaret etmektedir.

Kaynakça

- Alfini**, James J.: “Evaluative versus Facilitative Mediation: A Discussion”, *Florida State University Law Review*, C. 24, S. 4, 1997, s. 919-936.
- Archerd**, Erin R.: “Evaluating Mediation’s Future”, *Journal of Dispute Resolution*, S. 1, 2020, s. 31-60.
- Arkan**, Sabih: *Ticari İşletme Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2020.
- Barker**, Julie: “International Mediation - A Better Alternative for the Resolution of Commercial Disputes: Guidelines for a U.S. Negotiator Involved in an International Commercial Mediation with Mexicans”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, C. 19, S. 1, 1996, s. 1-56.
- Birke**, Richard: “Evaluation and Facilitation: Moving Past Either/Or”, *Journal of Dispute Resolution*, C. 2, 2000, s. 309-319 (Evaluation and Facilitation).
- Birke**, Richard: “Mandating Mediation of Money: The Implications of Enlarging the Scope of Domestic Relations Mediation from Custody to Full Service”, *Willamette Law Review*, C. 35, 1999, s. 485-522.
- Bush**, Robert A. Baruch/ **Folger**, Joseph P.: *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*, Jossey-Bass, 2005 (Promise of Mediation).
- Bush**, Robert A. Baruch: “Substituting Mediation for Arbitration: The Growing Market for Evaluative Mediation and What it Means for the ADR Field”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, C. 3, 2002, s. 111-131.
- Bush**, Robert A. Baruch/ **Folger**, Joseph P.: “A Response to Gaynier’s “Transformative Mediation : In Search of a Theory of Practice”, *Conflict Resolution Quarterly*, C.23 S.1, 2005, s.123-127 (Transformative Mediation).
- Chi**, Stephanie: “The Role of Mediation in Trademark Disputes”, *American Journal of Mediation*, S. 2, 2008, s. 105-114.
- Doğrusöz Koşut**, Hanife: “Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk Sisteminin Sigorta Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanması ve Sigortacılık Tahkimi ile Karşılaştırması”, *Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu (Tebliğler – Tartışmalar)* 19 Haziran 2019, s. 9 -50.

- Ekmekçi, Ömer/ Özkes, Muhammet/Atalı, Murat/ Seven, Vural:** *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2019.
- Eminoğlu, Cafer/ Erdoğan, Ersin:** *Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk*, Adalet Yayınevi, İstanbul 2020.
- Erdem, Ümit/ Yumrutaş, Dilek:** *Fikri ve Sınai Haklar Hukuku'nda "Dava Şartı" Olarak Arabuluculuk*, Legal, İstanbul 2019.
- Erdoğan, Ayben:** "Kolaylaştırıcı-Değerlendirici Arabuluculuk Ayrımı: Orta Yolda Uzlaşmak Mümkün mü?", *Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, Prof. Dr. Ali Necip Ortan'a Armağan, C. 2, S. 32, 2019, s. 2259- 2278.
- Folger, Joseph P./ Bush, Robert A. Baruch/ Della Noce, Dorothy J.:** *Transformative Mediation: A Sourcebook Resources For Conflict Intervention Practitioners and Programs*, Institute for the Study of Conflict Transformation, 2010.
- Goldberg, Stephen B./ Sander, Frank E. A.:** "Selecting a Mediator: An Alternative (Sometimes) to a Former Judge", *People, Practice, Pitfalls (American Bar Association)*, C. 33, S. 4, 2007, s. 40-44.
- Hensler, Deborah R.:** "In Search of "Good" Mediation", *Joseph Sanders/ Hamilton, V. Lee* (ed.), *Handbook of Justice Research in Law*, 2001, s. 239-245.
- Honeyman, Chris Schneider/ Schneider, Andrea Kupfer:** "The Negotiator's Fieldbook The Desk Reference for the Experienced Negotiator", *American Bar Association*, 2006.
- Hughes, Scott H.:** "Facilitative Mediation or Evaluative Mediation : May Your Choice Be Wise One", *Alabama Lawyer*, 1998, s. 246-249.
- Johnsen, Joan Stearns:** *Alternative Dispute Resolution in the Futures Industry*, Juris New York 2013.
- Kısmet Kekeç, Elif:** *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, Adalet Yayınları, İstanbul 2016.
- Kıyak, Emre:** *Dönüştürücü Arabuluculuk – Problem Çözücü Arabuluculuk ile Uyumlaştırılması*, Seçkin, Ankara 2018.
- Koçyiğit, İlker/Bulur, Alper:** *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Ankara 2019.
- Korkmaz, Fahrettin/ Kıyak, Emre:** "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.4, S.1, Haziran 2018, s. 31-56.
- Lack, Jeremy:** "A Mindful Approach to Evaluative Mediation", *MfN Tijdschrift Conflicthandling*, S. 3, 2014, s. 18-23.
- Levin, Murray S.:** "The Propriety of Evaluative Mediation: Concerns About the Nature and Quality of an Evaluative Opinion", *Ohio State Journal On Dispute Resolution*, C. 16, S. 2, 2001, s. 267-296.
- Love, Lela P.:** "Love, The Top Ten Reasons Why Mediators Should Not Evaluate", *Florida State University Law Review*, C. 24, 1997, s. 937-948.
- Mich.** Supreme Court, State Court Admin. Office, & Office of Dispute Resolution, Michigan Judges Guide to ADR Practiceand ProcedureVersion 1.0, 2015, s. 32-33.
- Moberly, Robert B.:** "Mediator Gag Rules: Is It Ethical for Mediators to Evaluate or Advise", *South Texas Law Review*, C. 38, S. 2, 1997, s. 669-680.

- Narbay, Şafak/ Kanyılmaz, Sevgi/ Eminoğlu, Cafer/ Gürbüz Usluel, Aslı E. (Akipek Öcal, Şebnem ed.): Ticaret Hukukunda Uzman Arabuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü arabuluculuk Daire Başkanlığı, Ankara 2020.**
- Özbek, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C.1, 4. Baskı, Yetkin, Ankara 2016.**
- Özmumcu, Seda: “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIV, S. 2, 2016, s. 807-842 (Zorunlu Arabuluculuk).**
- Özmumcu, Seda: “Amerika Birleşik Devletleri’nde Uyuşmazlık Çözümünde Dönüştürücü Arabuluculuk Modeli”, Journal of Istanbul University Law Faculty, C. 73, S. 2, 2015 (Dönüştürücü Arabuluculuk), s. 325-356.**
- Özmumcu, Seda: “Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 71, S. 1, 2013, s. 1369-1389 (Arabulucunun Rolü).**
- Riskin, Leonard L., “Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System”, Notre Dame Law Review, C. 79, S. 1, 2003, s. 1-54 (Decisionmaking).**
- Riskin, Leonard L.: “Understanding Mediator’s Orientations, Strategies and Techniques : A Grid for the Perplexed”, Harvard Negotiation Law Review, 1996, C.7, s. 7-51 (Understanding Mediator).**
- Riskin, Leonard L.: “Mediator Orientations, Strategies and Techniques”, Alternatives to the High Cost of Litigation, C. 12, S. 9, 1994, s. 111-114 (Mediator Orientations).**
- Roberts, Kenneth M.: “Mediating the Evaluative-Facilitative Debate: Why Both Parties Are Wrong and a Proposal for Settlement”, Loyola University Chicago Law Journal, 2007, s. 187-213.**
- Rozdeiczer, Lukasz/De la Campa, Alejandro Alvarez: “Alternative Dispute Resolution Manual: Implementing Commercial Mediation”, International Finance Cooperation, Small and Medium Enterprise Department, The World Bank Group, Kasım 2006.**
- Sarıkaya, Sinan: “Yeniden Yapılandırma Davalarında (TTK m. 191-192-193) Arabuluculuk”, Legal Hukuk Dergisi, C.17, 2019, s. 3865-3894.**
- Schafer, Erik: “The Use of Arbitration and Mediation for Protecting Intellectual Property Rights: A German Perspective”, The Trademark Reporter, C. 94, S. 3, 2004, s. 695-723.**
- Stempel, Jeffrey W.: “The Inevitability of the Eclectic: Liberating ADR from Ideology”, Journal of Dispute Resolution, S. 2, 2000, s. 247-293.**
- Stulberg, Joseph B. : “Facilitative Versus Evaluative Mediator Orientations: Piercing the Grid” Lock”, Florida State University Law Review, C. 24, 1997, s. 985 -1005.**
- Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/ Kaya, Arslan/ Nomer Ertan, Nedret Füsün: Ticari İşletme Hukuku, Vedat, İstanbul 2019.**
- Welsh, Nancy A.: “The Thinning Vision of Self-Determination in Court- Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization?”, Harvard Negotiation Law Review, C. 66, S.1, 2001, s. 23-27.**
- Yasaman, Hamdi/ Poroy, Reha: Ticari İşletme Hukuku, Vedat, İstanbul 2019.**
- Yeşilirmak, Ali: Doğrudan Görüşme Arabuluculuk Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, On İki Levha, İstanbul 2011.**

İDARENİN TARAF OLDUĞU ARABULUCULUK SÜREÇLERİNE DAİR ÖZEL KURALLAR VE UYGULAMA SORUNLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Pınar ÇİFTÇİ*

Özet

Hukuk uygulamamızda gün geçtikçe arabuluculuk ve özellikle zorunlu arabuluculuk uygulamasının genişlemesi, çok sayıda uyuşmazlıkta idareyi de arabuluculuk sürecine dahil etmektedir. Bu süreçte mevzuat tarafından idarenin tabî olacağı birtakım özel düzenlemeler kabul edilmiştir. Çalışmamızın birinci kısmı bu özel kuralları ele almaktadır. Özel mevzuat düzenlemelerinin yanı sıra, kamu kurumlarının, bazı kamusal gelenekleri arabuluculuk sürecinde de sürdürmesi uygulamada birtakım sorunlara sebebiyet vermektedir. Çalışmamızın ikinci kısmında bu sorunlara, çözüm önerileri ile birlikte bir pencere açma amacını taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, idarenin temsili, telekonferans, arabuluculuk görüşmeleri, kurulun oluşumu

Abstract

In our legal practice, the expansion of mediation and especially the practice of compulsory mediation involves the administration in the mediation process in many disputes. In this process, some special regulations were adopted by the legislation, which the administration will be subject to. The first part of our study deals with these specific rules. In addition to special legislative arrangements, public institutions maintain some public traditions in the mediation process, which causes some problems in practice. In the second part of our study, these problems will be discussed together with solution suggestions.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku ABD, pnr.ciftci@gmail.com, ORCID: 0000-0001-9012-9673

Key words: Mediation, representation of the administration, teleconference, mediation negotiations, formation of the board.

Giriş

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na 2017 yılında yapılan ekleme ile idarenin özel hukuk uyuşmazlıklarının tarafı olduğu arabuluculuk süreçlerinin işletilmesine dair hükümler eklenmiştir.¹ Bu çerçevede “Arabuluculuk Faaliyetinin Yürütülmesi” başlığını taşıyan 15. maddenin 8. fıkrasına göre “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. Komisyon, arabuluculuk müzakereleri sonunda gerekçeli bir rapor düzenler ve beş yıl boyunca saklar.” Aynı madde ile konuya ilişkin ayrıntılı düzenlemelerin Yönetmelik ile belirleneceği düzenlenmiştir (6325 sayılı Kanun m. 15/10). Nitekim bu çerçevede Yönetmelik hükümleri kabul edilmiştir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin² “İdarenin Temsili” başlığını taşıyan 18. maddesi 12 fıkra hâlinde ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir. Bu düzenlemelerin hâricinde aynı zamanda 659 Sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'de³ de genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinde ve özel bütçeli idarelerde hukuk hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin belirlenen kurallarda idarenin temsiline ilişkin özel düzenlemeler bulunmaktadır. Bu çalışmanın ilk amacı da idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında işletilecek arabuluculuk süreçlerinde uyulması gereken özel kuralları değerlendirmektir.

1 12/10/2017 tarih ve 7036 sayılı Kanun m. 22.

2 RG 02.06.2018, S. 30439.

3 RG 02.11.2011, S. 28103.

I. İdarenin Arabuluculuk Sürecine Taraf Olması Durumu ve Uygulama Alanı

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları genelinde arabuluculuk kurumunun adli yargıda gün geçtikçe uygulama alanını genişletmesi hem yargının iş yükünü azaltmaya hem de kişiler arasında çıkan uyuşmazlıkların kısa sürede barışçıl yöntemlerle sonlandırılmaya yönelik toplumsal barışın tesisine katkı sağlamaktadır. Bu amaç elbette idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında da yargının işleyişine ve toplumsal barışa hizmet eder. Diğer yandan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olsa da, idarenin taraf olduğu pek çok uyuşmazlıkta arabuluculuğa başvurunun *zorunlu dava şartı olması*, idarenin temsilini oldukça önemli kılmaktadır. Özellikle idarenin taraf olduğu çok sayıda iş uyuşmazlığı zorunlu arabuluculuk kapsamına dâhildir.⁴ Bu durum da, arabuluculuk sürecinde idarenin temsilini ve idarenin temsilinden kaynaklanan hukukî sorunların önemini artırmaktadır.

Kanun ve Yönetmelik'te idarenin temsiline ilişkin özel düzenlemelerin getirilmesi, idare hukukunun kendine has özelliklerinden kaynaklanır. Örneğin kanun koyucu herhangi bir ticarî şirketin arabuluculuk sürecinde temsilinde kurul olarak sürece katılma şartı aramazken bu şartı özellikle kamu hukuku tüzel kişileri için kabul etmiştir. Oybirliği ile karar alma, sorumluluk esası, arabuluculuğa davet gibi hususlar hukuk sistemimizde özel olarak idareler bakımından kabul edilmiştir.

İdarî uyuşmazlıkların yargı dışı yöntemlerle çözümü konusunda hukuk sistemimizde buna imkân tanıyan düzenlemelere yer yer rastlanmaktadır. İdareye başvurularak uyuşmazlığın çözümünü düzenleyen 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesindeki ihtiyarî idari başvuru; 6203 sayılı Kamulaştırma Kanunu'ndaki kamulaştırma bedelinin tespiti ilişkin uzlaşma süreci; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen

4 Farklı hukuk sistemlerinde de benzer bir gelişme kaydedilmektedir. Bu konuda bkz. Nilay Arat, *Türk İdare Hukuku'nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Programı, Doktora Tezi, İstanbul 2009), 44 vd.; Mustafa Serdar Özbek, "İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (56): 90 vd.; Mustafa Serdar Özbek, "İdarî Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (II)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (57): 82 vd.

itiraz usûlü ve 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükümünde Kararname ile getirilen sulh başvurusu bunlara örnek olarak verilebilir.⁵ Bununla birlikte bu çalışmada ele alınacak olan idarenin taraf olduğu arabuluculuk süreçleri, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kapsamında olanlardır. Bu konudaki düzenleme de, 12.10.2017 tarihinde 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile kabul edilmiştir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 2. maddesinde belirtilen tanımlar içerisinde *idare*,

“10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan idare ve kurumlar ile 5018 sayılı Kanunda tanımlanan mahalli idareler ve bu idareler tarafından kurulan işletmeleri, özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum, kurul, üst kurul ve kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunların bağlı ortaklıkları, müessese ve işletmelerini, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait diğer ortaklıkları” kapsamaktadır.

Görüldüğü üzere Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu kapsamına dahil olan idare kavramı son derece geniştir. Kamu hukuku tüzel kişiliğine sahip olmakla birlikte, devlet veya mahalli idarelerinin doğrudan veya dolaylı olarak iştirak ettikleri özel hukuk tüzel kişileri de bu kapsamdadır.

İdarenin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kapsamında taraf olabileceği uyuşmazlık türleri, idarenin özel hukuk alanında yaptığı işlemlerdir. Dolayısıyla idarenin kamu gücü kullanarak yapmış olduğu eylem ve işlemlerden doğan uyuşmazlıklar kamu hukukuna tâbi olduğundan Hukuk Uyuşmazlıkları Hakkında Arabuluculuk kapsamında zorunlu arabuluculuğa tâbi değildir.⁶ Bu kapsamda elektrik, su, gaz, te-

5 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Karaaslan, “İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Giderilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (140): 71 vd.; Aynur Hasoğlu, “İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (4): 1989 vd.; Özbek, “İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde (I),” 90 vd.; Özbek, “İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde (II),” 82 vd.

6 Asuman Çapar, “İdarenin Taraf Olduğu Hukuki Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk Yöntemi”, *Journal of Social and Humanities Sciences Research*, 7 (59): 14.

lefon abonman sözleşmeleri; idarenin taraf olduğu kira sözleşmeleri gibi idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmeleri; kamu iktisadi teşebbüslerinin iş ve işlemleri; idare ile işçiler arasındaki sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar⁷ Hukuk Uyuşmazlıkları Hakkında Kanun kapsamında zorunlu arabuluculuğa tâbi olacaktır.⁸

II. Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Khk'da Yer Alan İdarenin Taraf Olduğu Arabuluculuk Süreçlerine İlişkin Uygulanacak Özel Hükümler

2011 yılında, 659 Sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükümünde Kararname kabul edilerek bu KHK ile idarenin (i) hukuki uyuşmazlıkların çözümündeki görev ve yetkileri; (ii) dava ve icra takiplerinin başlatılması, yürütülmesi konusunda yetkileri; (iii) anlaşmazlıkların sulh yolu ile çözümü konusundaki yetkileri düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu KHK, sadece idarenin taraf olduğu arabuluculuk sürecine ilişkin genel esaslar belirlememekte, genel olarak davaların, icra takiplerinin ve dolayısıyla hukuki uyuşmazlıkların çözümünde idarenin sahip olduğu genel yetkileri düzenlemektedir. Nitekim bu KHK'nın yayımı tarihinde ülkemizde arabuluculuk uygulaması, bugün mevzuat kapsamında henüz kabul edilmemişti. Bununla birlikte bu KHK'da düzenlenen önemli birtakım hususlar, idarenin taraf olduğu arabuluculuk süreçlerinde uygulama alanı bulacaktır.

7 Çapar, “İdarenin Taraf Olduğu,” 2530.

8 06-08 Ocak 2016 tarihli “Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın Paris Çalışma Ziyareti Toplantı Tutanağı”nda bu görüşlerden bir kısmına değinilmiştir. Bu toplantıda idari faaliyetler kapsamında ortaya çıkabilecek çevre, imar, hastane sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıklar, ecrimisil davaları, memurların küçük disiplin cezaları, işgaliye davaları, kamu ihaleleri, alımları ile özel sektörle yapılan birtakım işler arabuluculuğa elverişli olduğu yönünde görüş bildirilmiştir (Paris Çalışma Ziyareti Toplantı Tutanağı, 2016). Bu konuda ayrıca bkz. Çapar, “İdarenin Taraf Olduğu,” 2529.

Öncelikle bu Kanun Hükmünde Kararname'nin amacı, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ve özel bütçeli idarelerin *hukuk hizmetlerinin* etkili, verimli ve usul ekonomisine uygun şekilde yerine getirilmesine ve bu hizmetlerin yürütülmesinde uygulama birliğinin sağlanmasına yönelik usul ve esasların belirlenmesidir (KHK m. 1). Dolayısıyla amaç idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda etkili, usul ekonomisine uygun şekilde ve uygulama birliğini sağlamaya yönelik olarak hukuk hizmetlerinin yürütülmesidir.

KHK'da benimsenen önemli düzenlemelerin başında "İlkeler" gelmektedir (KHK m. 3). Bu kapsamda:

- (i) idarelerin taraf oldukları uyuşmazlıkların, tarafların hak ve menfaatlerinin dengeli olarak değerlendirilerek, adil ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi,
- (ii) idarelerin taraf oldukları davaların, usul ekonomisine uygun olarak, imkanlar ölçüsünde idarelerde istihdam edilen hukuk müşavirleri ve avukatları tarafından takibi,
- (iii) davaların takibinde, mahkeme kararlarının hukuka uygun olarak, adil, süratli ve en az masrafla verilebilmesine yardımcı olunması,

esas alınmaktadır. Bu ilkelerin arabuluculuk sürecinde de idare tarafından dikkate alınması gerektiği konusunda şüphe duymamak gerekir. Örneğin idare, uyuşmazlığın taraflarının hak ve menfaatlerini dengeli olarak tartmalı ve arabuluculuk sürecine bu yönüyle katkı sağlamalıdır. Bu anlamda örneğin idare hukukunun içtihadî yönlerini gereğince bilmeli, dava sürecinde idarenin kaybedeceği bir uyuşmazlıkta arabuluculuk sürecini bu çerçevede yürütmelidir. Bu şekilde hem usul ekonomisine uygun davranmış olacak hem de söz konusu uyuşmazlığı adil ve hakkaniyete uygun olarak çözümlayebilecektir. Dolayısıyla idare, sürecin henüz başında herhangi bir değerlendirme yapmadan, menfaat ve haklar bazında dinamikleri ölçmeden, o konudaki yargı kararlarını ve idarî uygulamayı araştırmadan önyargılı şekilde sürecin başından olumsuz tavır takınmamalıdır. Bu gereklilikler söz konusu KHK'nın bizatihi 3. maddesinden doğmaktadır.

III. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda Yer Alan İdarenin Taraf Olduğu Arabuluculuk Süreçlerine İlişkin Uygulanacak Özel Hükümler

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na 2017 yılında 7036 sayılı Kanun ile idarenin özel hukuk uyuşmazlıklarının tarafı olduğu arabuluculuk süreçlerinin işletilmesine dair hükümler eklenmiştir. “Arabuluculuk Faaliyetinin Yürütülmesi” başlığını taşıyan 15. maddenin 8. fıkrasına göre:

“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. Komisyon, arabuluculuk müzakereleri sonunda gerekçeli bir rapor düzenler ve beş yıl boyunca saklar.”

Aynı madde ile konuya ilişkin ayrıntılı düzenlemelerin Yönetmelik ile belirleneceği düzenlenmiştir (6325 sayılı Kanun m. 15/10). Kanun'un son derece kısıtlı bir şekilde konuyu ele almış olması, buna karşılık Yönetmelik hükümlerinde ayrıntılara gidilmesi zaman zaman kanunilik ilkesi bakımından tartışmalar yaratabilecek niteliktedir.

IV. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nde Yer Alan İdarenin Taraf Olduğu Arabuluculuk Süreçlerine İlişkin Uygulanacak Özel Hükümler

A. Komisyonun Oluşumu

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 (Yön. m. 18/1). Komisyon-da iki yıl süreyle görev yapmak üzere asıl ve yedek üyeler belirlenir. İdare

merkezde veya taşra teşkilatlarında komisyonlar kurabilir (Yön. m. 18/3). Görüldüğü gibi, Kanun'da yedek üyelerin oluşumuna, seçimine, rejimine dair herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte, yedek üyelere ilişkin bu hususlar Yönetmelik'te düzenlenmektedir.

İdarenin arabuluculuk sürecine üç kişilik kurul hâlinde katılması zorunluluğu kapsamında idare kendini bir avukat veya hukuk müşaviri ve ayrıca üst yönetici tarafından belirlenen iki üye ile temsil ettirmek zorundadır. Bu gereklilik ilk olarak kurulun hukukçu olmayan üyelerinin, arabuluculuk süreci konusunda eğitim almalarını gerekli kılar. Ancak bugün için idareyi temsil edecek hukukçu olmayan temsilcilerin de arabuluculuk eğitimi almalarına yönelik bir düzenleme, uygulama bulunmaz. Avukatlar ise, arabulucu olmasalar dahi, hukuk uygulamasında arabuluculuğun gün geçtikçe yaygınlaşması sebebiyle kendilerini bu konuda daha fazla eğitebilme imkânına sahiptir. Aynı şekilde idareyi temsil edecek kurulun diğer üyeleri de arabuluculuk süreci, süreçte uyulması gereken temel ilkeler ve kurallar konusunda bilgili olmalı, bu konudaki değişiklikleri yakından takip etmelidir. İdareyi temsil edecek kurul üyelerinin arabuluculuk süreci ve kuralları konusunda yeterli bilgiye ve tecrübeye sahip olması sağlıklı bir arabuluculuk sürecinin yürütülmesi için ilk koşuldur. İdarenin kurul olarak sürece katılmasının bir diğer önemli etkisi, üç kişilik kurul olarak fiilen ve bizzat görüşmelere katılma zorunluluğunun bulunmasıdır. Nitekim bu gereklilik, aşağıda ele alınacağı üzere uygulamada birtakım aksaklıklar ortaya çıkarmaktadır.

B. Arabulucunun İdareyi Daveti

İdare, arabuluculuk davetlerinin yapılacağı adres, kayıtlı elektronik posta adresi ve telefon numarasını, bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içerisinde internet sitesinde yayınlar. Arabulucular görüşmeler kapsamında yapacakları davetlerde öncelikle bu bilgileri esas alır (Yön. m. 18/2). İdare hem merkezde hem taşrada komisyonlar teşekkül ettirmişse, merkezdeki ve taşradaki adres, kayıtlı elektronik posta adresi ve telefon numarası bilgisinin ayrı ayrı internet sitesinde paylaşılması gerekmektedir.⁹

9 Gül Fiş Üstün, "Arabuluculuk Faaliyetlerinde İdarenin Yeri ve Yetkisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26 (1): 18.

Uygulamadaki sorunlardan bir tanesi de, tüm idari kurumların arabuluculuk davetlerinin yapılacağı elektronik posta adresleri ile telefon numaralarının internette yayımlanmamasıdır. Birtakım kurumsal özel şirketler bu konuda çok daha fazla yol almış durumdadır. Bu gereklilik arabulucunun vakit kaybetmeden, idareye ulaşabilmesini sağlar. Özellikle merkezi ve taşra teşkilâtı bulunan idareler için önem taşır.

C. Toplantıya Katılım ve Karar Alma

İdarenin arabuluculuk sürecinin tarafı olması hâlinde, komisyon kararlarını oy birliği ile alır (Yön. m. 18/4). Belirlenen komisyon üyeleri arabuluculuk sürecinde karar alma konusunda tam yetkilidir (Yön. m. 18/5). Dolayısıyla idareler arabuluculuk komisyonları, arabuluculuk sürecinde karar alma konusunda tam yetkilidir.¹⁰

Komisyon üyeleri arabuluculuk müzakerelerinde gerekli kararları almak için, ilgili özel ve kamu kurum ve kuruluşları ile sekretarya aracılığıyla yazışma yetkisine sahip olup, kurum ve kuruluşlar tarafından komisyona ivedi olarak cevap verilmelidir.¹¹ Komisyon, arabuluculuk müzakereleri sonunda gerekçeli bir rapor düzenler ve beş yıl boyunca saklar. Komisyonun sekretarya hizmetlerini yürüten birim tarafından gerekçeli raporların saklanmasına ilişkin gerekli tedbirler alınır (Yön. m. 18/6).

İdarenin hukuka uygun hareket etme zorunluluğu, idarenin özel hukuk alanında sahip olunan irade özerkliğinin bulunmaması sonucunu doğurur. Dolayısıyla idare hukukunda yetki açık kanunî düzenlemeler ile tanındığından veya bunlara dayanılarak elde edildiğinden kural idarenin yetkisizliğidir. Bu sebeple idarenin tasarruflarını oluştururken ortaya koyduğu iradesi önceden belirlenmiş ‘objektif’ kurallara dayanmalıdır.¹² Bu anlamda klasik idare hukuku teorisinde karar alma yetkisinin çok esnek olduğundan

10 Aynı yönde Fiş Üstün, “Arabuluculuk Faaliyetlerinde İdarenin,” 19.

11 Fiş Üstün, “Arabuluculuk Faaliyetlerinde İdarenin,” 20.

12 Nilay Arat, “İdari Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Halli Önündeki Engeller”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Prof. Dr. İl Han Özay’a Armağan, Cilt LXIX, (1-2): 895.

bahsetmek güçtür. Esasen idarenin klasik işlem teorisi, bu kapsamda arabuluculuk faaliyetinde uygulandığında, süreçten verimli sonuç almak da zorlaşmaktadır. Zira arabuluculuk sürecinin en önemli özellikleri arasında sürecin esnekliğe dayanmasıdır. Yargısal çözüm yolu esnek değildir, kesin kurallara bağlı iken, arabuluculukta tarafların anlaştıkları yöntem ve çözüm tarzı esastır, yöntem esnek ve çözüme en uygun olanıdır.¹³ Bu gerekliliğin ise, idare hukukunun klasik değerleri, kabulleri ile bağdaşması kolay olmayan bir yön olduğu aşıkardır. Nitekim sırf bu sebeple, idare hukukunda arabuluculuk uygulamasına çekince ile yaklaşılmaktadır.¹⁴

Bu anlamda kanaatimizce başarılı bir arabuluculuk süreci ve sonucundan bahsedebilmek için tarafların esnek bir sürece hazırlıklı olmaları önemlidir. İdarenin de arabuluculuk faaliyetlerinde taraf olmaları hâlinde, sonuca ulaşma konusunda kendilerini gerçekten takdir yetkisini haiz görmeleri, esnek davranmaları her ne kadar klasik idari işlemlerdeki yaklaşımdan farklılık arz etse de, arabuluculuk faaliyeti bakımından önemli bir gerekliliktir.

D. Komisyon Üyelerinin Sorumluluğu

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 (HUAK m. 15/9).

Komisyon üyeleri, bu madde kapsamındaki görevleri uyarınca aldıkları kararlar ve yaptıkları işlemler nedeniyle görevinin gereklerine aykırı davrandıklarının mahkeme kararıyla tespit edilmesi dışında, mali ve idari yönden sorumlu tutulamazlar (Yön. m. 18/7). Bu hükümle, arabuluculuk komisyonlarında görev alan üyelerin sorumsuzlukları vurgulanmış, kamu personelinin görevi sırasında veya göreviyle ilişkili olarak verdiği karar/

13 Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku, Pekanitez Usul* (Cilt 3, İstanbul 2017), 2823.

14 Arat, “İdari Uyuşmazlıkların Alternatif”, 904-905. Aksi yönde bkz. Murat Asiltürk, “Arabuluculuk Müessesesinin İdari Yargılama Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözüm- lenmesinde Uygulanabilirliği”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, (95): 37 vd.

işlerden kaynaklı zararlardan doğan davaların ancak idare aleyhine açılması gerekliliği kuralı korunmuştur. Sorumluluk için görevlerinin gereklerine aykırı davrandıklarına ilişkin mahkeme kararının bulunmasına bağlıdır. Şayet bu düzenleme olmasa idi, sorumluluk baskısı ile süreci esnek yürütemeyecek; takdir yetkisini gereğince kullanamayacaktı. Böylece idarenin taraf olduğu arabuluculuk süreçlerinde biraz daha esneklik sağlanmış olmakta, idari çalışanlar daha rahat kararlar alabilmektedir.¹⁵

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 (Yön. 18/8).

Devlet aleyhine tazminat davası açılması hâlinde mahkeme ilgili komisyon üyelerine davayı re'sen ihbar eder (Yön. m. 18/9).

E. Komisyon Faaliyetlerinin Yürütülmesi

Komisyonun ve sekretaryasının çalışma usul ve esasları idareler tarafından belirlenir (Yön. m. 18/10). Komisyon üyeleri bu madde kapsamındaki görevleri uyarınca ilgili özel ve kamu kurum ve kuruluşları ile sekretarya aracılığıyla yazışma yetkisine sahiptir. Kurum ve kuruluşlar tarafından komisyona ivedi olarak cevap verilir (Yön. m. 18/11). Özellikle bu yetki, idarenin hızlı ve doğru kararlar alabilmesi için önemli bir yetki barındırmaktadır.

İdarelerin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında, arabuluculuk sürecinde idarenin temsili, anlaşma belgesinin düzenlenmesi ve diğer hususlarda 7036 sayılı Kanun ile bu Yönetmelik hükümleri uygulanır (Yön. m. 18/12).

15 Arat, 253.

V. İdarenin Taraf Olduğu Arabuluculuk Süreçlerine İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri

A. Bazı Sorunlar

Uygulamada yaşanan birtakım sorunlar, idarenin temsili konusunda bazı aksaklıkları da gündeme getirmektedir. Bu sorunların başında toplantıların yapılması ve imzaların atılması konusundaki bilgi eksiklikleri, hatalı uygulamalar gelmektedir. Özellikle pandemi döneminde bazı kamu hukuku tüzel kişileri aynı şehirdeki uyuşmazlıklar için dahi taraflar ve arabulucu ile yüz yüze bir araya gelmek istememekte, telekonferans yolunu talep etmekte; telekonferans yolu tercih edilse bile tutanakların elektronik imza ile imzalanmasına imkân verilmemekte; ıslak imza ile tutanakların imzalanması konusunda sorunlar çıkarmaktadır. Bu durumda arabulucular yüz yüze oturum yapılması konusunda ısrarcı olursa, bir kısmı kurul olarak görüşmelere hiç katılmamakta; bazı kamu hukuku tüzel kişileri ıslak imzaların tamamlanması konusunda kargo yöntemi gibi birtakım yöntemlere arabulucuları zorlayabilmektedir. Esasen bu uygulamaların Kanun ve Yönetmelik hükümlerine ve arabuluculuğun temel ilkelerine uyumlu olmadığı aşîkardır. Ancak arabulucular da tarafları masada bir araya getirebilme ve anlaşma olasılığını artırmak için bu konuda kendilerini, kanuna uygun olmayan yöntemler benimseme zorunluluğunda hissedebilmektedir.

Bunların yanı sıra, arabulucular kamu hukuku tüzel kişilerinin temsilinde idareyi temsil edecek kişilerin kimlik doğrulamasında dahi sıkıntılar yaşayabilmektedir. Bu durum da esasen idarenin arabuluculuk komisyon üyelerinin, arabuluculuk süreci konusunda yeterli derecede bilgi sahibi olunmadığını gösterir. Arabuluculuk faaliyetinin etkin şekilde işleyebilmesi için komisyon üyelerinin tamamının yeteri derecede arabuluculuk konusunda etkin ve bilgili olması gerekir.

İdarenin taraf olduğu arabuluculuk süreçlerinde, idarenin sürece uyuşmazlık çözüm odaklı yaklaşmaması sorunlardan bir diğeridir. İdare arabuluculuk görüşmelerini, bürokratik bir gereklilik olarak değerlendirdiği yönünde genel bir kanaat oluşturmaktadır. Komisyon üyeleri, uyuşmazlık dinamikleri ve çözümü yöntemlerine odaklanmaktan ziyade, süreci atlatılması gereken idari bir süreç bir gördüğü görünümünü vermektedir. Bu durum da, şüphesiz ki yürütülen arabuluculuk faaliyetini işlevsiz bırakır. Bu

yönüyle devlet otoritesi ve bürokratik bakış açısı, arabuluculuk sürecinde iletişimi zayıflatmakta, süreci çözümden uzaklaştırmakta ve ayrıca taraflar arasındaki korunması gereken dengeyi bozmaktadır. Zira klasik idari işlem teorisindeki özel hukuk kişisi ile kamu hukuku tüzel kişisinin eşit olmaması durumu, arabuluculuk faaliyetlerinde çözüme ulaşmayı engelleyen olumsuz bir etken olarak karşımıza çıkar.

B. Çözüm Önerileri

Uygulamada arabuluculuk süreçlerinde idarenin temsiline ilişkin hukukî sorunları birtakım önlemler olarak en azından kısmen engelleyebilmek mümkün olabilir. Gerçekten de bir idari teşkilatta üst yönetici tarafından belirlenen iki kişi ile bir kurum avukatı veya hukuk müşavirinin sürekli olarak arabuluculuk toplantılarına katılmak zorunda olmaları kurumun işleyişini etkileyebilir. Örneğin bir belediyenin çok sayıda işçisi bulunabilir. İş hukukuna ilişkin çıkan her uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında olacağı dikkate alındığında, arabuluculuk görüşmelerinin ciddi bir iş gücü gerektirdiği açıktır. Bu durumda sadece pandemi sebebiyle değil, tarafları aynı şehirde olan uyuşmazlıklarda bile taraflardan birisi idare ise, arabuluculuk oturumunun telekonferans şeklinde yapılmasına yönelik düzenleme kabul edilebilir.

Benzer şekilde imzaların tamamlanması konusunda birtakım imkânların yaygınlaştırılması mümkün olabilir. Bu şekilde tarafların tutanakları imzalamaları konusunda birtakım özel düzenlemeler –elektro-nik imza zorunluluğu gibi– kabul edilebilir. Böylece idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda imzaların kargo şirketleri aracılığı ile imzalatılması gibi daha az güvenli yollara başvurulması ihtiyacı bertaraf edilebilir.

Yine idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda idareyi temsil edecek kurul üyelerinin arabuluculuk eğitimi almaları konusunda birtakım adımlar atılarak en basit örneği ile arabulucuların kimlik doğrulama açısından yaşadığı sorunları engelleyebilmek mümkün olabilir.

Arabuluculuğun özel hukuk alanında uygulama alanını genişletmesi, zaman içerisinde idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarının sayısını daha fazla artıracaktır. Bu sebeple kanaatimizce bu konuda yaşanan sorunlar hakkında farkındalık düzeyi artırılmalı, sorunlara hukukî düzlemde çözümler getirilmelidir.

Sonuç olarak özetle;

- İdarenin arabuluculuk faaliyetlerine komisyon olarak değil, yetkili avukat veya hukuk müşaviri aracılığıyla katılması yönünde revizyona gidilmesi değerlendirilmeli;
- Bir tarafı idare olan arabuluculuk faaliyetlerinin telekonferans yoluyla gerçekleştirilmesi sağlanabilmeli;
- Bir tarafı idare olan arabuluculuk faaliyetlerinde komisyonun elektronik imza ile tamamlaması konusunda idari komisyonlar bilinçlendirilmeli;
- İdarenin belirlediği komisyon üyelerinin arabuluculuk süreci konusunda etkinliğinin ve bilginliğinin artırılması sağlanmalıdır.

Kaynakça

- Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığının Paris Çalışma Ziyareti Toplantı Tutanağı (6-8 Ocak 2016). http://www.adb.adalet.gov.tr/duyurular/2016/subat/fransa_raporu/fransa_raporu.pdf.
- Arat, Nilay. *Türk İdare Hukuku'nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Programı, Doktora Tezi, 2009.
- Arat, Nilay. “İdari Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Halli Önündeki Engeller”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Prof. Dr. İl Han Özay'a Armağan, Cilt LXIX, (1-2): 891-906.
- Asiltürk, Murat. “Arabuluculuk Müessesesinin İdari Yargılama Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümlemesinde Uygulanabilirliği”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, (95): 29-40.
- Çapar, Asuman. “İdarenin Taraf Olduğu Hukuki Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk Yöntemi”, *Journal of Social and Humanities Sciences Research*, 7 (59): 2526-2535.
- Fiş Üstün, Gül. “Arabuluculuk Faaliyetlerinde İdarenin Yeri ve Yetkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26 (1): 13-23.
- Hasoğlu, Aynur. “İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (4): 1981-1996.
- Karaaslan, Mehmet. “İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Giderilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (140): 71-113.
- Özbek, Mustafa Serdar. “İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (56): 90-132.
- Özbek, Mustafa Serdar. “İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (II)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (57): 82-134.
- Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukuku, Pekanitez Usul*. Cilt 3, İstan

EŞ ZAMANLI
I. OTURUM

Prof. Dr. Yusuf Çalışkan

Tüm oturumda bulunan konuşmacılara çok teşekkür ediyoruz. Gerçekten çok önemli bir gün. 14 Kasım Arabulucular ve Arabuluculuk Günü-müz kutlu olsun. Bu konferansın hazırlanması hakikaten önemliydi, 2-3 ay sürdü. Bu bağlamda ilk önce başlamadan önce şunları söyleyeyim; Bizim Uyuşmazlık Çözüm Merkezimizin müdürü olan Ali Yeşilırmak Hoca, Hukuk Fakültesinden özellikle Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu Hocanın çok büyük emekleri oldu bu konferansın düzenlenmesinde. Bunun yanında Ahmet Dülger, Gülnihal Ahter Yakacak, Ömer Faruk Kafalı hocalarımızın ayrı ayrı emekleri var. Hepsine çok çok teşekkür ediyorum.

Tabii ki bilim kurulunda yer alan, oturumda tebliğlerini sunan hocalarımıza da ayrıca çok teşekkür ediyorum. Yeliz Hocam bana hocam oturum başkanlığını bu oturuma veriyorum deyince ben de hakikaten çiçek gibi, O kadar güzel konular vermişsin ki dedim, seve seve kabul ettim. Her ne kadar diğer oturum uluslararası alanda ve ben de uluslararası tahkim, yatırım ve ticari tahkim çalışan birisi olsam da, bu oturumdaki konuları da çok sevdim. Her bir konu, “toplumsal cinsiyet” “e- arabuluculuk”, gibi farklı farklı alanlar, mukayeseli hukuk alanıyla ilgili çalışmalar da olacak. Bu nedenle eminim dinleyiciler keyif alacaklardır bu konulardan.

Bütün tebliğ sunan kişiler hepsi uygulamadan da geliyorlar ve hem uygulama hem teori açısından dinleyiciler de eminim faydalanacaklardır.

TÜRK VE MUKAYESELİ HUKUK

DÜZENLEMELERİNDE ARABULUCU OLABİLME

ŞARTLARI VE ARABULUCULAR SİCİLE KAYIT

Öğr. Gör. Ferhat YILDIRIM*

Özet

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK)'nın “Tanımlar” başlığını taşıyan ikinci maddesinin ilk fıkrasının (a) bendinde arabulucu tanımlanmaktadır. İlgili hükme göre arabulucu, *“Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişiyi”* ifade etmektedir. Yine bu düzenleme ile ilintili olarak HUAK md 20 arabulucular siciline kayıt koşullarını tahdidi olarak saymış ve bu şartları sağlayan kişinin arabulucu olarak sicile kaydedileceğini ve arabuluculuk mesleğini ancak bu sicile kayıt işleminden sonra icra edebileceğini hüküm altına almıştır. Arabuluculuk mesleğinin fiili olarak yerine getirilebilmesi açısından gerekli olan en temel koşulun arabulucular sicile kaydolmak olduğu, keza sicile kayıt olabilmek ve dolayısıyla da arabuluculuk mesleğini yapabilmek için sicile kayıt şartlarını küllen taşımak gerektiği görülmektedir.

Çalışmada arabulucular siciline kayıt için gerekli olan şartlar, sicil kaydının tutulmasındaki usul ve esaslar, sicil kaydının düzeltilmesine ilişkin getirilen düzenlemeler gerek HUAK gerek mukayeseli hukukta özellikle Alman, Avusturya uygulamaları merkezinde ele alınarak karşılaştırılmaktadır. Düzenlemeler arasında arabulucu olabilmek, sicile kayıt ve sicillerin tutulması sistemleri bakımından benzerlikler belirtilmekle birlikte, bilhassa Avusturya Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Federal Kanunu [Zivilrechts-Mediations-Gesetz (ZivMediatG)] özelinde getirilen arabulucu olma şartları ve bu şartlardan farklılık arz edenlerin HUAK kapsamında uygun olup olmayacağı meselesi üzerinde durulmaktadır. Yapılan

* Öğretim Görevlisi, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku ABD, ferhat.yildirim@ozyegin.edu.tr; ORCID: 0000-0002-6745-8820

karşılaştırma neticesinde, mukayese edilen ülkelerin uyguladıkları sistemler birlikte yorumlanarak mevcut düzenlemelere farklı bir bakış açısı, eleştiri ve görüş getirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK), arabulucu, arabulucular sicili, arabulucu olabilme şartları, sicile kayıt şartları, sicilden silinme.

Abstract

A mediator is defined in subparagraph (a) of the first paragraph of the second article titled “Definitions” in the Law no. 6325 on Mediation in Civil Disputes (LMCD). According to the said provision, a mediator means *“a natural person who acts as a mediator and is registered with the mediators’ registry kept by the Ministry.”* In connection with this provision, Article 20 of the LMCD also provides a non-exhaustive list of conditions for registration with the mediators’ registry and prescribes that individuals meeting these conditions shall be registered with the registry as mediator and shall be eligible to perform the mediation profession only following this registration. It is noted that the most basic condition that is indispensable in order to be eligible to practice as a mediator is to be registered with the registry of mediators, and in fact, it is necessary to meet all of the conditions for registration with the said registry in order to be able to register therewith and thus to be eligible to serve as a mediator.

In this study, the conditions sought for registration with the mediators’ registry, procedures and principles applicable to keeping of the registry records, and the regulations introduced with respect to correction of the registry records, are examined within the framework of the Law on Mediation in Civil Disputes (HUAK) as well as comparative law, by making comparisons especially in view of the practices in German and Austria. From among the regulations, similarities especially in terms of eligibility criteria for becoming a mediator, registration with the registry, and the systems in place for keeping of the registries, are set forth, and emphasis is made on the conditions sought for becoming a mediator, as introduced within the

scope of the Austria Federal Law on Mediation in Civil Disputes [Zivilrechts-Mediations-Gesetz (ZivMediatG)] and the issue of whether or not anything that deviates from these conditions would be applicable under HUAK. Upon the comparison made, the systems applied in the countries that are the subject of the comparison were interpreted, and it was sought to introduce a different perspective, criticism and opinion with respect to the existing regulations.

Key words: The Law on Mediation in Civil Disputes (LMCD), mediator, mediators' registry, conditions of eligibility to act as mediator, conditions for registration, deregistration.

Giriş

Teknoloji ve globalleşme süreci, uluslararası arenada ülkelerin birbirleri ile olan ilişkilerindeki değişim, her alanda gün geçtikçe artan gelişmeler uyuşmazlıkların çeşitlenmesinde önemli faktör olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle içerisinde bulunduğumuz dönemde uyuşmazlıkların zaman ve masraf bakımından seri şekilde çözülmesi isteği yargı yolu dışında çeşitli yöntemlerin denenmesi ihtiyacını doğurmuştur. Bu bağlamda yargının dışındaki uyuşmazlık çözümlerine ilişkin yol ve yöntemlerin tümüne kümülatif olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi ya da Yolları denilmektedir¹.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içerisinde en yaygın şekilde uygulanan arabuluculuğu, taraflar arasındaki uyuşmazlığın objektif, tarafsız, bağımsız ve uzman üçüncü bir kişi yönetiminde çeşitli müzakere yöntemlerinin kullanılması vasıtası ile taraflarca çözüme ulaştırılan, tamamen gönüllülük esasına dayalı bir süreç olarak tanımlamak mümkündür.

1 Türk ve yabancı öğretilerde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemine dair getirilen farklı tanımlamalar için bkz. Melis Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk* 6325 sayılı *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2012), 24 vd.; Öğretilerde Tanrıver alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi yerine “dostane bir biçimde uyuşmazlık çözüm yolları” ifadesinin daha isabetli olduğunu savunmaktadır. Bkz. Süha Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (Mayıs-Haziran 2016): 155.

Böylesine rağbet gören, uyuşmazlıkların çözümünde taraflara birçok olumlu imkanlar sunan arabuluculuk yönteminde, müzakere sürecinin ade-ta moderatörü rolünü üstlenen arabulucu önemli bir aktör olarak karşımıza çıkmaktadır². Arabuluculuk sürecinde oldukça önemli bir role sahip olan arabulucuların, arabuluculuk faaliyetinde bulunabilmeleri için gerekli koşullar ülkelerin yasal düzenlemelerinde farklı şekillerde düzenlenmiştir.

Çalışmamızda arabuluculuk mesleğine kabul ve arabulucular siciline kayıt için gerekli koşulların neler olduğu hususu 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu çerçevesinde, Avusturya Arabuluculuk Federal Kanunu (*ZivMediatG*) ve Alman Arabuluculuk Kanunu (*MediationsG*) hükümleri ile mukayese edilerek ele alınmıştır.

1. Arabuluculuk ve Arabulucu Tanımı

1.1. Arabuluculuk (Arabuluculuk Sürecinin Yasal Düzenlemeler Kapsamında) Tanımı

Latince “*mediate*” yani ortada bulunma, ikiye bölme anlamlarına gelen arabuluculuk (*mediation*) günümüzde oldukça rağbet gören ve en sık kullanılan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biridir³.

Arabuluculuğun ne olduğuna dair tanıma gerek öğretide⁴ gerek alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuğa sistemlerinde yer veren ülkelerin mevzuatlarında rastlamak mümkündür.

2 Arabulucu için sürecin zorunlu kişisi olduğu, arabuluculuk sürecinin arabulucu katılımı ile mümkün olduğu, aksi halde bu uyuşmazlık çözüm sürecinin müzakere olarak adlandırılacağı hususunda bkz. Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes ve Murat Atalı, *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2018), 52.

3 Ferhat Yıldırım, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019), 43; Karin Sonnlitner, *Wege aus der Konflikt Mediation Schlichtung- Gericht*, (Graz: Uni Press Graz Verlag, 2015), 59.

4 Arabuluculuk tanımına ilişkin öğretideki tanımlamalar için; Doktrindeki tanımlar için bkz. Şule Ceylan Şahin, *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2009), 298 vd; İsmail Ercan, *Medeni Usul Hukuku* (Kocaeli: Kuram Kitap, 2016), 568; Dietmar Knapp, *Grundzüge des Mediationsrecht* (Wien: Linde Verlag, 2012), 7; Pınar Akan, *Arabuluculuk ve Deniz Hukukuna İlişkin İhtilaflarda Uygulanması* (Ankara: Adalet Yayınları, 2013), 7; Ünsal Sığı ve A.

Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu Konseyi Yönergesi⁵ (2008/52/EG) uyarınca arabuluculuk, adlandırılma ve başvuru şekline bakılmaksızın, uyuşmazlığın tarafı olan iki ya da daha fazla kişinin gönüllülük temelinde uyuşmazlıklarını çözmek için bir arabulucunun yardımı ile bizzat çaba gösterdikleri, yapılandırılmış bir süreci ifade etmektedir.

Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun (*ZivMediatG*) arabuluculuğu dördüncü maddesinde⁶, taraflar açısından

Kadir Varoğlu, *Müzakere ve Arabuluculuk* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2013), 223 vd.; Christine Susanne Rabe ve Martin Wode, *Mediation Grundlagen, Methoden, rechtlicher Rahmen* (Hannover: Springer Verlag, 2013), 4-5; Horst Eidenmüller ve Gerhard Wagner, *Mediationsrecht* (Köln: Otto Schmidt Verlag, 2015), 3 vd, 15; Özgür Oguz, *Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016), 37 vd.; Çiğdem Yazıcı Tıktık, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2013), 8 vd.; Ali Halıcı ve Musa Toprak, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2014), 2 vd.; Monika Oboth ve Al Weckert, *Mediation für Dummies* (Weinheim: Wiley-VCH Verlag, 2014), 33; Kurtuluş Tayanç Çalışır, *Arabuluculuk* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015), 22 vd.; Orhan Dür Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri (Ankara: Adalet Yayınları, 2017), 12 vd.; Murat Erdem, “Das türkische Mediationssystem bei der Schlichtung der Rechtsstreitigkeiten”, *Law & Justice Review*, (Haziran 2016): 372; Mustafa Serdar Özbek, “Avrupa’da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması”, *Prof. Dr. Özer Selici’ye Armağan*, (2006): 441, 442; Mustafa Serdar Özbek, “Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AUHFD)*, (2007): 88 vd.; Şükran Şıpka, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, (Güz 2007/2): 165; Seda Öz mumcu, *Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı İle Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış*, (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2013), 276 vd.; Jacqueline Noaln-Haley, “Mediation: The New Arbitration”, *Harvard Negotiation Law Review*, (Spring 2012): 73; Martin Risak, “Die Mediation im Arbeitsrecht”, *Österreichische Juristen Zeitung (ÖJZ)*, (Mai 2012): 389.

- 5 RL 2008/52/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2009 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen. § 3 (a) “Mediation ein strukturiertes Verfahren unabhängig von seiner Bezeichnung, in dem zwei oder mehr Streitparteien mit Hilfe eines Mediators auf freiwilliger Basis selbst versuchen, eine Vereinbarung über die Beilegung ihrer Streitigkeiten zu erzielen. Dieses Verfahren kann von den Parteien eingeleitet oder von einem Gericht vorschlagen oder angeordnet werden oder nach dem Recht eines Mitgliedstaats vorgeschrieben sein”. Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TEXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052&from=EN> (erişim tarihi 09.12.2020).
- 6 Bundesgesetz über mediation in Zivilrechtssachen (Zivilrechts-Mediations-Gesetz-ZivMediatG) BGBl. I. Nr. 29/2003 § 1 “(1) Mediation ist eine auf Freiwilligkeit der Parteien beruhende Tätigkeit, bei der ein fachlich ausgebildeter, neutraler Vermittler (Mediator) mit anerkannten Methoden die Kommunikation zwischen den Parteien systematisch mit dem

gönüllülük esasının merkezinde olan bir faaliyet olmakla birlikte, konusunda uzman ve eğitim almış tarafsız bir arabulucu (aracı) vasıtası ile taraflar arasındaki uyuşmazlığın, iletişim yolu ile herkes tarafından kabul gören sistem ve metotlar kullanılarak ve tüm sorumluluğun taraflarda olması koşulu ile hedefe, çözüme kavuşturulma, şeklinde bir tanımlama getirmiştir.

Arabuluculuk ve Diğer Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Teşvik Edilmesine Dair Alman Kanunu⁷ (*MediationsG*)⁸ kapsamında arabuluculuğun güvene dayalı, bir ya da birden fazla arabulucu tarafından yürütülen, tarafların uyuşmazlıklarını çözmeye yarayan bir yol olduğu belirtilmiştir.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu⁹ (HUAK) kapsamında arabuluculuk md. 2/1 (b)'de ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği¹⁰ md. 4/1 (c)'de tanımlanmıştır. Hükme göre arabuluculuk, sistematik teknikler uygulayarak, görüşme ve müzakerelerde bulunmak üzere, tarafları bir araya getiren, birbirlerini

Ziel fördert, eine von den Parteien selbst verantwortete Lösung ihres Konfliktes zu ermöglichen." Bkz. <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung/Bundesnormen/20002753/ZivMediatG%2c%20Fassung%20vom%2012.12.2020.pdf> (erişim tarihi 09.12.2020).

- 7 Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (MediatG) 21.07.2012, § 1 "(1) Mediation ist ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben". Bkz. https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&start=//*%255B@attr_id=%2527bgbl112s1577.pdf%2527%255D#bgbl1%2F%2F%255B%40attr_id%3D%27bgbl112s1577.pdf%27%5D_1607773446786 (erişim tarihi 09.12.2020); İbrahim Özbay ve Damla Özden Çelt, "Alman Arabuluculuk Kanunu", *Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EBYÜHFD)*, (2018): 148.

- 8 Almanya'da arabuluculuk temel olarak iki tür olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunlar; mahkeme dışı arabuluculuk ve mahkeme içi arabuluculuktur. Çalışmamızda ele aldığımız konu sınırlaması ve diğer ülke yasal düzenlemeleri ile mukayese edilebilmesi için mahkeme dışı arabuluculuk alanı ile sınırlıdır. Nitekim MediationsG isimli 21.07.2012 tarihli ve dokuz maddeden oluşan MediationsG mahkeme dışı arabuluculuğa ilişkin düzenlemeler getirmektedir.

- 9 Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6325.pdf> (erişim tarihi 09.12.2020).

- 10 Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/06/20180602-1.htm> (erişim tarihi 09.12.2020)

anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak adına aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretemedikleri durumda çözüm önerisi de ileri sürebilen, uzmanlık eğitimi almış tarafsız ve bağımsız üçüncü bir kişinin katılımı ile ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemidir.

Arabuluculuk sürecine dair farklı normlar ele alındığında, sürece ilişkin tanımlamanın bazı düzenlemelerde oldukça kısa ve öz şekilde, bazılarında ise ayrıntılı şekilde ele alındığını görmek mümkündür. Ancak getirilen tanımlar birlikte değerlendirildiğinde, neredeyse tamamının arabuluculuğun özellik ve ilkelerine değindiği ve arabuluculuk sürecinin öznelerinden biri olan arabulucu ve onun vasıflarına dair bilgilere yer verdiği görülmektedir. Bu tanımlardan hareketle sürecin önemli öznesi olan arabuluculuktan ne anlamamız gerektiğine yakında bakmamız gerekmektedir.

1.2. Arabulucu Tanımı

Arabuluculuk sürecinde önemli role sahip olan arabulucunun kim olduğuna ilişkin Türk, Avusturya ve Alman hukukunda yapılan tanımlamaları mukayese edecek olursak:

1.2.1. Türk Hukukunda Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) Kapsamında Arabulucu Tanımı

Türk hukuk sisteminde 6325 sayılı HUAK md. 2/1 (b) çerçevesinde tanımlanmaya çalışılan arabuluculuk sürecinin ne olduğuna dair açıklamalar içerisinde, sürecin öznesi olan arabulucuya dair önemli bilgiler paylaşılmaktadır. Hüküm dahilinde arabulucu, sistematik teknikler uygulayan, görüşme ve müzakerelerde bulunan, tarafları bir araya getiren, onlar arasında iletişim kurulması ya da kuvvetlenmesi için çaba sarf eden, çözüm noktasında tıkanıklıklarında çözüm önerisi ileri sürebilen¹¹, uzmanlık eğitimi almış, tarafsız ve bağımsız bir kişi olarak belirtilmiştir.

11 Söz konusu özellik HUAK'a 12.10.2017 tarih ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu md. 17 ile yapılan değişiklik ile getirilmiş olup, değişiklik öncesinde arabulucunun taraflara çözüm önerisinde bulunması söz konusu değildi. İlgili düzenleme için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.7036.pdf> (erişim tarihi 09.12.2020).

Kanun koyucu süreci tanımladığı bahse konu hükümde özelliklerini zikrettiği arabulucunun kim olduğuna dair tanımlamayı tekrar “Tanımlar” başlığını taşıyan md. 2/1 (a) ve HUAKY md. 4/1 (b) hükümlerinde kısa ve öz şekilde ele almıştır. Bahse konu düzenlemelere göre arabulucu, arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişiyi ifade etmektedir.

1.2.2. Avusturya Hukukunda Arabuluculuk Federal Kanunu (Ziv-MediatG) Kapsamında Arabulucu Tanımı

Avusturya’daki ZivMediatG incelendiğinde, genel hükümler başlıklı birinci bölümünün, tanımlar başlığını taşıyan md. 3/1 (2)’de arabulucunun kim olduğuna dair kısa ve öz bir tanımlamanın getirildiği görülmektedir. Söz konusu hükme göre arabulucu listeye kayıtlı arabulucular olarak ifade edilmiştir. Buradan hareketle, Avusturya’daki yasal düzenleme açısından, HUAK’ın getirdiği arabuluculuk tanımlamasında olduğu gibi, arabulucular siciline kaydedilmiş kişinin arabulucu olarak kabul gördüğü söylenebilecektir.

1.2.3. Alman Hukukunda, Alman Arabuluculuk Kanunu Kapsamında Arabulucu Tanımı

Almanya’da, MediationsG incelendiğinde gerek HUAK gerek ZivMediatG’ye nazaran oldukça kısa bir düzenleme¹² olduğu, arabuluculuk yöntemine dair düzenlemelerin ayrıntılı bir şekilde ele alınmadığı görülmektedir. Hal böyle olunca, arabulucuya ilişkin tanımlama da ayrıntı içermeyen bir tanımlamadır.

Tanımlar başlığını içeren MediationsG md. 1 ilk fıkrasında arabuluculuk sürecini tanımlayan kanun koyucu, aynı maddenin ikinci fıkrasında ise arabulucunun kim olduğuna dair düzenleme getirmiştir. MediationsG md. 1/2 uyarınca arabulucu, tarafları arabuluculuk ile yönlendirecek şekilde karar verme yetkisi olmayan bağımsız ve tarafsız bir kişi olarak tanımlanmıştır.

12 Alman Arabuluculuk Kanunu toplamda (9) maddeden oluşmaktadır.

Alman yasa koyucusunun getirmiş olduğu düzenleme yukarıda bahsettiğimiz HUAK ve ZivMediatG ile birlikte yorumlandığında, önemli bir fark dikkat çekmektedir. Hem Türk hem de Avusturya sistemlerinde var olan ve arabulucu olabilmek, arabulucu olarak faaliyette bulunmak için temel kriter olan sicile kaydolma şartının, MediationsG’de yer almadığı görülmektedir. İlerde daha ayrıntılı şekilde ele alacak olmamıza karşın Alman hukuk sisteminde arabulucu olmak için sicile kaydolma gibi bir şartın olmadığını şimdiden söylemek mümkündür.

2. Arabulucular Sicili

Türk ve Avusturya arabuluculuk kanunlarında hem arabuluculuk sürecine hem arabulucu tanımına ilişkin getirilen düzenlemelerde, arabuluculuk faaliyetinin gerçekleştirilebilmesi için arabulucular siciline kaydolma şartından bahsedildiği görülmektedir. Bu çerçevede arabulucu olarak arabulucular siciline kaydolma şartları aynı zamanda arabulucu olabilmek şartları olarak da adlandırılabilir. Keza sicile kaydolma şartının, arabulucu olabilmek şartlarından farklı olduğunu söylemek isabetli değildir.

O nedenle ki, çalışmamızda öncelikli olarak arabulucular sicilinden ne anlamamız gerektiğinden bahsederek akabinde sicile kaydolma şartları yani arabulucu olabilmek şartlarını ele alacağız.

2.1. Türkiye’de Arabulucular Sicili

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun beşinci bölümü, arabulucular siciline kayıt konusuna dair düzenlemeler getirmektedir. Kanunun beşinci bölümü “Arabulucular Sicili” başlığını taşımakta olup, arabulucular siciline ilişkin genel kurallar, düzenlemeler bu başlık altında ele alınmıştır. Ancak HUAK genel olarak incelendiğinde arabulucular siciline ilişkin düzenlemelerin sadece bu bölümle sınırlı olmadığı, kanun koyucunun yasanın diğer hükümlerinde de arabulucular siciline ilişkin düzenlemelere yer verdiği görülmektedir. Şöyle ki; HUAK md. 2, md. 6/1, 12/1, 19, 20, 21/1, 35 keza HUAKY md. 29, 30 ve 31 arabuluculuk siciline dair hükümlerdir.

HUAK md. 2/1 (a) arabulucuyu “Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişiyi...ifade eder” şeklinde tanımlamıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere kanun koyucu arabuluculuk faaliyetinin gerçekleştirilebilmesi için sicile kayıt unsuruna dikkat çekmiştir. Hükümden hareketle, Türk hukuk sisteminde bir gerçek kişinin arabulucu olarak faaliyet gösterebilmesi, meslek olarak arabuluculuğu icra edebilmesi öncelikli şart olarak arabulucular siciline kaydolmakla mümkün olabilmektedir. Kaldı ki bu ifadeyi destekler mahiyette diğer düzenlemelerde; HUAK m. 6/1’de “sicile kayıtlı arabulucular, arabulucu unvanının ve bu unvanın sağladığı yetkileri kullanma hakkına sahiptir”, HUAK md. 20/3 “Arabulucu, sicile kayıt tarihinden itibaren faaliyete başlayabilir” şeklinde kaleme alınmıştır.

Arabulucular için sicile kayıt sisteminin kabul edilmesindeki temel amacın, arabuluculuk unvanı ve bu unvanlardan kaynaklanan yetkilerinin kullanımı ve bu yetkilerin belirli bir düzene bağlanmak suretiyle arabulucularının denetlenebilmesini sağlamak, denetlemeyi kolaylaştırmak olduğu söylenebilir¹³.

Arabulucular sicili HUAK md. 19’da ve HUAKY md. 29’da belirtildiği üzere, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde, Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından tutulmaktadır¹⁴. Düzenlemelere göre, özel hukuk uyumsuzluklarında arabuluculuk yapma yetkisi kazanan kişilerin sicilleri, bir sicil numarası verilmek suretiyle Daire Başkanlığı tarafından tutulmaktadır. Sicile kaydolacak kişilere ilişkin veriler bu sicilde elektronik ortamda tutulup, herkesin erişimine açık olmaktadır¹⁵.

13 Ayrıntı için bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2012Yili/Kanunmetni/632Sss.pdf> (erişim tarihi 09.12.2020); TBMM HUAK Tasarısı ve AB Uyum Komisyonu ile Adalet Komisyonu Raporları (1/486), Sıra Sayısı: 223, md. 19, s. 15

14 HUAK taslak gerekçe metinleri incelendiğinde, “arabulucular sicilini tutma ve güncelleme görevi Adalet Bakanlığına verilmiştir. Böylece, Türkiye düzeyinde tutulacak tek sicille tüm arabuluculara ilişkin kayıtlar bir arada bulunabilecektir...” şeklindeki açıklama ile sicile duyulan ihtiyaç ve bunun tek elden belirli bir düzene göre tutulması gerektiği fikri bu şekilde açıklanmıştır.

15 Adalet Bakanlığı, Arabuluculuk Daire Başkanlığı Güncel Arabulucular Sicil Listesi için bkz. <https://adb.adalet.gov.tr/arabulucu/> (erişim tarihi 10.12.2020).

Daire Başkanlığı tarafından dijital ortamda tutulan ve herkesin erişimine açık olan sicilde arabulucuya dair hangi bilgilerin paylaşılacağı HUKUK md. 29/ 2 ve devamında ayrıntılı şekilde düzenleme getirilmiştir. Bu çerçevede sicilde yer alması gereken ve paylaşılması gereken bilgiler;

- Arabulucunun adı ve soyadı
- Arabulucunun uzmanlık alanları¹⁶
- Varsa diğer mesleği¹⁷
- İş adresi ve erişim bilgileri
- Varsa akademik unvanı gibi şahsi bilgilerdir.

Arabulucunun mevcut bilgilerinde bir değişikliğin meydana gelmesi söz konusu ise, bu değişikliklerin bir ay içerisinde varsa belgeleri ile birlikte Genel Müdürlüğe bildirilmesi gerekmektedir. Bildirime istinaden, Daire Başkanlığı elektronik ortamda tutulan arabulucular sicilinde mevcut güncellemeleri gerçekleştirecektir.

Daire Başkanlığı arabuluculara yönelik olarak elektronik ortamda sicil dosyaları tutmaktadır. Söz konusu dosyada, arabulucunun kimliği, öğrenim durumu, mesleki bilgileri, bildiği yabancı dil/ler, mesleki anlamdaki çalışmaları (eserleri, yazılar vs.), disiplin ve ceza soruşturması olmuş ise bunların sonuçlarını içeren disiplin dosyaları, başkaca görevlerde geçen hizmet süreleri vs. muhafaza edilmektedir.

16 Türk hukuk sistemi içerisinde 2017 ve 2018 yılında yapılan değişiklikler neticesinde, HUKUK kapsamında iş uyuşmazlıklarından kaynaklanan ihtilaflarda ve ticari uyuşmazlıklardan kaynaklı ihtilaflarda zorunlu arabuluculuk sistemi getirildi. Özellikle iş uyuşmazlıkları zorunlu arabuluculuk sürecinde arabulucu olabilmek adına, bu konuda belirli bir saatlik uzmanlık eğitimi almak ve iş hukukunda arabuluculuk listesine kaydolmak gerekmektedir. Keza hali hazırda Daire Başkanlığı tarafından hukukun diğer alanlarında da zorunlu arabuluculuk çalışmaları ve bazı alanlarda uzman arabuluculuğun getirilmesine yönelik çalışmaları devam etmektedir. Bu çerçevede, kanunun belirlediği alanlarda uzmanlığı olan arabulucular, bu bilgilerini arabulucular sicilinde kullanabileceklerdir.

17 Türkiye’de arabulucu olarak sadece hukuk fakültesi mezunu olan kişiler arabuluculuk faaliyetini yürütebilirler. Dolayısıyla burada arabuluculuk mesleğinin dışında kişi aynı zamanda avukat olabilir (ki uygulamada neredeyse arabulucuların tamamı avukatlardan oluşmakta), bu mesleğin yani avukatlığın da sicilde yer alması gerekir. Bunun dışında şu alternatif de nazara alınabilir. Kişi daha önceden başka bir okul bitirerek bir meslek sahibi olmuş, akabinde ikinci üniversite olarak hukuk fakültesi okuyarak gerekli şartları sağlayıp arabulucu olabilir. Bu durumda da (varsa) diğer mesleği ifadesi anlam kazanabilecektir.

Yasal düzenlemelerde yer alan sicil ve sicilde bulunması gereken unsurların Arabuluculuk Daire Başkanlığı nezdinde tutulan ve resmi internet sayfasında erişime açtığı arabulucular sicili (listesi) ile karşılaştırıldığında, örtüştüğü görülmekle birlikte, arabulucunun yabancı dil/ler bilgisinin paylaşılmadığı görülmektedir. Kanımızca bahse konu bu bilginin listede yer almaması bir eksiklik olarak değerlendirilmelidir. Malum üzeredir ki, HUAK md. 1, bu kanunun amaç ve kapsamını belirleyen bir düzenlemedir. Bu düzenlemede, uyuşmazlığın yabancılık unsuru içermesi halinde –diğer konu bakımından da gerekli olan şartları taşıması halinde– HUAK hükümlerinin uygulanabilir olmasıdır. Yasa koyucu yabancılık unsuru da dahil olmak üzere diyerek kapsamı belirlemişken, arabuluculuk sicilinde arabulucunun bildiği dil/lere yer verilmesi, özellikle yabancılık unsuru taşıyan ihtilaflarda sicilden (listeden) arabulucu seçilmesinde kolaylık sağlayacaktır. Kaldı ki, mukayese açısından diğer ülkelerdeki sicil sistemlerine bakıldığında, sicilde arabulucunun bildiği dil/ler bölümünün ayrıca belirtildiği, sicilde ayrı bir bilgi paylaşımı olarak ele alındığı görülmektedir.

2. Avusturya’da Arabulucular Sicili

Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Federal Kanunu sistematğinde arabulucular siciline ilişkin düzenleme ZivMediatG kapsamında “Arabulucular Sicili” başlığını taşıyan üçüncü bölümde ele alınmıştır. Kanun koyucunun arabulucular siciline ayırdığı bu bölüm dahilinde öncelikli olarak arabulucular sicil kaydının tutulması hakkında hüküm tesis etmiş, akabinde arabulucular siciline kaydolabilmek için gerekli şartların neler olduğu sayılmış, devamında arabulucular listesine kayıt aşaması ve nihayetinde de sicilden silinme başlığı ile ilgili bölüme yer verilmiştir. ZivMediatG’nin getirdiği düzenleme ve içerik nazara alındığında HUAK’ta ele alınan arabulucular siciline göre daha ayrıntılı bir düzenleme getirdiği görülmektedir. Ancak burada şu hususu hatırlatmakta fayda görmekteyiz. HUAK kapsamındaki arabulucular siciline ilişkin düzenlemenin ayrıntılı şekline HUAKY’de rastlamak mümkündür. Avusturya’da ZivMediatG’ye bağlı olarak düzenlenen bir yönetmelik olmadığından ötürü, kanunun sicile ilişkin düzenlemeyi ayrıntılı şekilde kaleme alması olağandır.

ZivMediatG § 8 kapsamında arabulucular sicilinin (listesinin) tutulmasına ilişkin bir düzenleme getirilmektedir. ZivMediat § 8 ilk cümlesi, Federal Adalet Bakanı'nın arabulucular için bir liste tuttuğundan bahsetmektedir. Avusturya'da, 1.5.2004 tarihinden bu yana arabulucular listesi adalet Bakanlığı tarafından tutulmaktadır. Dolayısıyla Türk hukuk sisteminde olduğu gibi Avusturya'da da arabulucu olarak faaliyette bulunmak isteyen, Bakanlık tarafından tutulan sicile kaydolmak zorundadır.

Bakanlığın tuttuğu arabulucular sicilinde (listesine) hangi hususların yer alacağı sorusunu sordüğümüzda, kanın koyucunun HUAK'a benzer bir düzenleme getirdiği görülmektedir. ZivMediatG § 8 uyarınca sicile bulunacak bilgiler;

- Arabulucunun adı ve soyadı
- Arabulucunun doğum tarihi
- Arabulucunun diğer mesleğinin adı
- İş adresi ve erişim bilgileri
- Varsa akademik derecesi
- Bunun yanında arabulucunun mesleki faaliyet alanını belirtmesi yani uzmanlığı var ise bunları belirtmesi ve tutulan sicile yazılması gerekmektedir.

Burada özellikle değinmek istediğimiz husus, sicile kayıta söz konusu olan “arabulucunun diğer mesleğinin adı” olan bilgidir. Bir önceki başlık altında benzer bir düzenlemenin HUAK kapsamında da mümkün olduğundan bahsetmiştik. Bu noktada iki düzenleme arasında bir fark olmadığı görülmektedir. Fark oluşturan husus, arabulucular sicilindeki bu kısma ilişkin kayıt altına alınan bilgilerin Türkiye'den farklılık göstermesidir. Şöyle ki, Türkiye'de sicilde böyle bir bilginin paylaşılması söz konusu olmasa da HUAK çerçevesinde sicile kayıt arabulucu olmak için hukuk fakültesi mezunu olmak şartı arandığı için, genelde arabulucuların büyük çoğunluğunun mesleği arabuluculuk dışında avukatlıktır. Oysa durum Avusturya'da daha farklıdır. İleride de ayrıntılı olarak ele alacağımız üzere, Avusturya'da arabulucu olabilmek için hukuk fakültesi mezunu olmak gibi bir şart

bulunmamaktadır. Bundan dolayıdır ki, bir mühendis, bir ekonomist, bir psikolog, bir mimar da arabuluculuğu yaptığı mesleklerin yanında ikinci bir meslek olarak icra edebilmektedirler. Bu bağlamda Avusturya’da sicildeki bu bölümün ve bu bölümün karşılığının Türkiye’ye nazaran daha seçenekli ve çeşitli olduğunu söyleyebiliriz.

Avusturya’da arabulucular sicili Federal Adalet Bakanlığı’nın bünyesinde elektronik ortamda yayınlanmaktadır. Federal Adalet Bakanlığının arabulucu listesinin yer aldığı resmi internet sayfası incelendiğinde¹⁸, burada dört ana başlığa bölünmüş bir tablo şeklinde arabulucu listesine erişmek mümkündür. Bu dört ana başlık; arabulucunun adı ve soyadı (diğer mesleği, akademik unvanı), adresi, uzmanlık alanları ve keza konuştuğu dillerden oluşmaktadır.

Genel olarak Avusturya’da gerek sicile dair getirilen yasal düzenlemeler gerek listenin tutuluş şekli, elektronik ortamda yayınlanması, Adalet Bakanlığı tarafından listenin tutulması Türkiye’deki sistemle örtüşen özellikleri teşkil etmektedir.

3. Almanya’da Arabulucular Sicili

Çalışmanın başında ülkelerin getirdiği arabuluculuk yöntemine ve arabulucuya ilişkin tanımları ele alırken Alman Arabuluculuk Kanunu MediationsG’de arabulucu tanımının diğer ülke tanımlarına göre çok sade ve farklı olduğunu belirtmiştik. Söz konusu tanımlamayı hatırlayacak olursak, MediationsG § 1/2 uyarınca arabulucu, tarafları arabuluculuk yolu ile yönlendirecek şekilde karar verme yetkisi olmayan bağımsız ve tarafsız bir kişi olarak tanımlanmıştır. Bahse konu tanımlama ele alındığında ne Türk mevzuatında ne Avusturya mevzuatında olduğu gibi arabulucular sicile rastlanmak mümkündür.

Almanya da kabul gören arabuluculuk, sicile kayıtlı sınırlı olmayan, herkesin kendisini arabulucu olarak tanımlayabileceği, herkesin uyuşmazlık çözümünde arabulucu olarak görev alabileceği bir yapı olarak kabul

18 Bkz. https://mediatoren.justiz.gv.at/mediatoren/mediatorenliste.nsf/contentByKey/VSTR-7DZNPA-DE-p?open=&ref=mn&fname=A* (erişim tarihi 10.12.2020)

etmektedir. Herkesin arabulucu olarak faaliyette bulunabileceği bir sistemde, arabuluculuk mesleğinin kalitesinin güvencesinin nasıl sağlanacağı sorunsalı ortaya çıkmaktadır. Bu noktada MediationsG §§ 5 ve 6 düzenleme getirmekte ve bu kalitenin alınacak arabuluculuk eğitimi ile mümkün olacağına işaret etmektedir. Nitekim Kanunun 5 ve 6. maddelerinde arabuluculuk başlangıç eğitimi ve ileri düzey eğitimlerinden bahsedilmekle birlikte, arabulucular arasında basit arabulucu (*einfache Mediator*) ve sertifikalı arabulucu (*zertifizierte Mediator*) ayırımına gitmiştir. Basit ve sertifikalı arabulucu konusundaki açıklamalarımızı Almanya’da arabulucu olabilme şartları altında açıklamayacağımızdan, buradaki tekrar olmaması adına kısa bir şekilde değinmiş olmayı yeterli görmekteyiz.

Almanya’daki yasal düzenleme ve uygulama bakımından, arabulucular sicilî başlığını özetleyecek olursak, çalışmamıza konu olan ve mukayese teşkil eden Türkiye ve Avusturya’dan farklı olarak Almanya’da Adalet Bakanlığı ya da başkaca bir kurum tarafından tutulan ve kayıt zorunluluğu getirilen arabulucular sicilinden bahsetmek mümkün değildir.

3. Arabulucu Olabilme Şartları (Arabulucular Siciline Kayıt Şartları)

Arabulucu olabilme başlığı altında aslında sicile kaydolabilme ve doğal olarak da arabuluculuk mesleğini ifa edebilmek için gerekli olan şartların neler olduğunu mukayese olarak inceleme yaptığımız ülkelerin yasal düzenlemeleri çerçevesinde ele alacağız.

3.1. HUAK Kapsamında Arabulucu Olmak İçin Gerekli Koşullar

Sicile kaydın arabulucu olabilmek için ön koşul olduğunu çalışmamızın önceki başlıklarında belirtmiştik. Sicile kayıtlı olmak için gerekli şartların neler olduğuna bakacak olursak, HUAK md. 20’de bu şartların açık şekilde tahdidi olarak sayıldığını görmekteyiz. Bu bağlamda HUAK md. 20/2 ve HUAKY md. 30/2 uyarınca Türkiye’de arabulucular sicilîne kaydolabilmek ve diğer bir değişle arabuluculuk mesleğini icra edebilmek için aranan şartlar;

- Türk vatandaşı olmak,
- Mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak¹⁹,
- Tam ehliyetli olmak,
- 26.09.2004 tarihli ve 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, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, görevi 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 suçundan mahkum olmamak²⁰,
- Terör örgütleriyle iltisaklı ve irtibatlı olmamak²¹,
- Arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı sınavda²² başarılı olmaktır.

19 Bu koşulu sağlayan ve arabuluculuk mesleğini ifa edenlerin çoğu avukat olması nedeniyle, bunu öngören yasa koyucu HUAK md.35 "Değiştirilen Hükümler" başlığı altında (1) fıkrada "19.03.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 12'nci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde "Hakemlik" ibaresinden sonra gelmek üzere "arabuluculuk" ifadesi eklenmiştir" şeklinde bir düzenleme getirmiştir. Kanun koyucu böyle bir düzenleme getirmemiş olsaydı dahi, kanunun avukatlar açısından arabuluculuk mesleğini yapabilecekleri şeklinde yoruma açık olduğunu söylemek mümkündür. Bu söylemi destekler düzenleme AvK md.2 hükmünün yorumundan anlaşılmaktadır. AvK md.2 avukatlığın amacından bahsetmekte olup, "hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derece yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktadır" şeklinde düzenleme getirmiştir. Bu düzenleme çerçevesinde arabuluculuk görevinin daha çok avukatlar tarafından yerine getirilebileceği işaret edilmektedir.

20 Madde içeriği 12.10.2017 tarih ve 7036 sayılı yasanın 26. maddesi ile genişletilmiştir.

21 05.06.2017 tarihli ve 691 sayılı KHK'nın 9. maddesi ile bu fıkra (ç) bendinden sonra gelmek üzere (d) bendi eklenmiş ve mevcut (d) bendi (e) bendi olarak teselsül ettirilmiştir.

22 12.10.2017 tarih ve 7036 sayılı yasanın 26. maddesi ile bu bentte yer alan "ve uygulama" ibaresi madde metninden çıkartılmıştır.

Arabuluculuk Daire Başkanlığı başvuru tarihinden itibaren başvuru sahibinin başvurusunu inceler ve başvuru tarihinden itibaren iki ay içerisinde, sicile kaydedilip edilemeyeceği ya da belge eksikliği hususunda karar verir. Şayet evrak eksikliği söz konusu ise, eksikliğin giderimi için tarafa bir aylık ek süre verilir ve bu eksikliğin giderildiği andan itibaren iki ay içerisinde Arabuluculuk Daire Başkanlığı başvuru hakkında sonucunu bildirir.

Türk hukuk sistemi açısından arabulucular siciline kaydolabilmek ve arabuluculuk mesleğini²³ yapabilmek için mukayese ettiğimiz iki sistem olan Avusturya ve Alman arabuluculuk yapısından büyük çapta farklılık gösterdiği nokta, Türkiye’de arabuluculuk mesleğinin sadece “hukuk fakültesi mezunu olmak” şartı nedeniyle avukatlar tarafından yerine getiriliyor olmasıdır. Yasa taslak halinde iken, mevcut düzenleme fakülte mezunu olmak şeklinde düzenlenmiş, böylece her meslek grubunun arabuluculuk mesleğini yapabilmesine fırsat verilmişti. Ancak, yasa tasarısının tartışılmaya başlanması ile o dönemde görsel ve yazılı basında konu ayrıntılı şekilde ele alınmış ve özellikle hukukçular tarafından ciddi eleştirilere maruz kalmıştır. Barolar da bu konuda görüşlerini beyan ederek, hukukçu olmayanların, arabuluculuk mesleğini icra etmelerinin isabetli bir düzenleme olmadığını belirterek, taslağa tepki göstermişlerdir²⁴. Bu tepkiler neticesinde taslağın yasa çalışması sırasında, sicile kaydolma şartına “hukuk fakültesi mezunu olmak” koşulunun eklenmesi ile bahse konu şart değiştirilmiş ve bu şekilde yasalaşmıştır.

23 Doktrinde bazı yazarlar arabuluculuğun meslek olarak anılsa da genel olarak bağımsız bir meslek olmadığını, hukukla ilgili mesleklerin üzerine inşa edilmiş profesyonel bir uğraş olduğunu savunmaktadır. Görüş için bkz. Ekmekçi, Özkes ve Atalı. Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, 55 ve 56

24 Türkiye’de yasa taslağı hazırlanırken arabuluculuk tüm meslek gruplarına açıkken, özellikle Baroların yoğun tepkisi ile söz konusu taslak değiştirilmiş ve madde metni içerisine “hukuk fakültesi” ibaresi eklenmiştir. Baroların ve bazı STK’ların yasa taslağına ilişkin tepkilerine ilişkin bkz. Hakan Muran, “Arabuluculuk, mahkemelerin iş yükünü mü yoksa yargıya olan güveni mi azaltacaktır?”, *Milliyet*, 6 Ocak 2012. <http://www.milliyet.com.tr/-arabuluculuk-tartisma-yaratti/gundem/gundemde-tay/06.01.2012/1485072/default.htm> (erişim tarihi 10.12.2020)

3.2. ZivMediatG Kapsamında Arabulucu Olmak İçin Gerekli Koşullar

ZivMediatG'nin arabulucular siciline ve sicilin tutulmasına ilişkin getirmiş olduğu düzenlemeler her ne kadar HUAK ile benzerlik gösterse de ZivMediatG'nin arabulucu olmak için aradığı şartlar HUAK'tan bazı önemli başlıklarda ayrılmaktadır. ZivMediatG § 9 hükmü nazara alındığında, Avusturya Arabulucular Siciline kaydolabilmek için aranan şartların neler olduğunun HUAK'ta olduğu gibi tahdidi şekilde sayıldığını görmekteyiz. ZivMediatG § 9 uyarınca arabulucular siciline (listeye) kaydolmak için aranan şartlar:

- 28 yaşını doldurmuş olmak,
- §§ 10 ve 29 ZivMediatG kapsamında alanında uzmanlaşmış olmak,
- Güvenilir olmak
- § 19 ZivMediatG hükmü kapsamında sorumluluk sigortası yaptırmaktır.

Aranan şartlara baktığımızda HUAK'tan daha az oldukları görülmektedir. Ancak getirilen şartlara ilişkin her iki mevzuat birlikte ele alındığında, şartların bir kısmının birbirinin muadili olduğunu görmek mümkündür. Örneğin, güvenilir olmak ve sayılan suçlardan mahkum olmamak, terör örgütleriyle iltisaklı ve irtibatlı olmamak, keza 28 yaşı doldurmak ve 5 yıllık mesleki deneyime sahip olmak gibi.

Her iki mevzuat arasında benzerlikler olmakla birlikte farklılıklar da mevcuttur. Bunlardan biri hukuk fakültesi mezunu olma şartının aranmamasıdır. Daha önceki açıklamalarımızda da dile getirdiğimiz gibi, Avusturya'da her meslek grubu arabulucu olarak sicile kaydolabilmektedir. Sistem arabuluculuğu belirli bir mesleğe özgülememektedir. Bir diğer önemli fark ise, § 19 ZivMediatG kapsamında Avusturya'da arabulucuların mesleki sorumluluk sigortası yaptırmak zorunda olmasıdır. Kanun koyucu bu sigortanın varlığını sicile kayıt için zorunlu şart olarak öngörmüş ve §19 ZivMediatG'de bu konuyu ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Sorumluluk sigortasına ilişkin şartı daha iyi anlayabilmek adına bunun münhasır bir şekilde kaleme alındığı §19 ZivMediatG incelemek isabetli olacaktır.

Kanunun 19. maddesi üç fıkradan meydana gelmektedir. Bahse konu düzenleme mali mesuliyet sigortası başlığını taşımaktadır. Buna göre:

“(1) Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti nedeniyle oluşan tazminat taleplerini karşılayabilmek için Avusturya’da ticari faaliyet iznine tabi sigortacı ile mali mesuliyet sigortası imzalamak ve bunu arabuluculuk listesine kayıtlı olduğu süre boyunca sürdürmek, muhafaza etmek zorundadır.

(2) Sigorta sözleşmesi şu hususları içermek zorundadır:

1.Sözleşme hakkında Avusturya hukuku uygulanmalıdır.

2.Asgari sigorta meblağı sigortalanan her bir olay için 400.000-€ tutarında olmalıdır.

[...]

(3) Sigortacı Federal Adalet Bakanlığına kendiliğinden ve gecikmesizin sigortanın sağladığı korumayı sona erdiren ya da sınırlandıran veya orijinal sigorta sözleşmesinde sapma meydana geldiğinde Federal Adalet Bakanlığına bilgi vermekle yükümlüdür. Arabulucu mali mesuliyet sigortası yaptırdığını ve mevcudiyetini her zaman ispatla yükümlüdür.”

Bahse konu düzenleme tetkik edildiğinde, sorumluluk sigortasına ilişkin ayrıntılı bir şekilde düzenlemenin kaleme alındığı görülmektedir.

Arabulucunun iş bu sözleşme gereğince kendisine getirilen yükümlülükleri ihlal etmesi söz konusu olduğunda, bundan dolayı kendisine yöneltilebilecek tazminat taleplerini karşılayabilmesi adına sorumluluk sigortası yaptırmayı koşulu getirilmiştir. Sorumluluk sigortasını yasa koyucu, arabulucunun faaliyet gösterdiği ve sicile kayıtlı olduğu süreç dahiline bulunması gerektiğini vurgulamaktadır. Arabulucunun imzalayacağı sorumluluk sigortasının bu alanda resmi olarak faaliyet gösteren ve Avusturya’da kurulu bulunan bir işletmeden temin edilmesi gerekmektedir. Ancak yasa koyucunun metin içerisinde alan olarak belirttiği Avusturya’nın sadece bu ülke ile sınırlı olacak şekilde dar yorumlanması isabetli olmayacaktır. Nitekim doktrinde de bu ifadenin, *Europäischer Wirtschaftsraum (EWR)* ülkeleri nezdinde yetkili olan sigortacılar şeklinde anlaşılması gerektiği dile getirilmiştir²⁵.

25 Christian Fuchshuber, *Mediation im Zivilrecht Neue Wege der Konfliktlösung* (Wien: Lexis Nesix Ard Orac. 2004), 19.

Yasa, sigorta bedeli konusunda alt sınır belirleyerek, bu bedel altında sigorta sözleşmesi yapılmasını engellemiştir. Hükümde de bahsedildiği üzere, en az 400.000 Euro bedelli bir sigorta poliçesinin yapılmış olması gerekmektedir. Böylesi bir alt sınırın belirlenmesi, bir yanda sigorta ettireni korurken aynı zamanda sigorta sözleşmesi dışındaki üçüncü kişileri (arabuluculuk sürecindeki arabulucu dışındaki kişileri) de dolaylı olarak korumayı hedeflemiştir. Sigorta sözleşmesinin oluşturulması ile, küçük primler karşılığında önemli riskler bertaraf edilmiş olacak, bu durumda da hem sigorta ettiren hem de zarar gören üçüncü kişiler, finansal tehlikelere karşı korunmuş olacaktır.

Kanun koyucu, arabulucu olabilme şartı olarak belirlediği sorumluluk sigortasının varlığına ilişkin sadece sicile kaydolmak isteyen arabulucuya değil, aynı zamanda sorumluluk sigortası yapan şirkete de birtakım yükümlülükler getirmiştir. Böylece sigortacı, sigorta kapsamının sınırlandırılması veya sigorta korumasının sona ermesi söz konusu ise, bu durumu kendiliğinden –bir bildirimle gerek olmaksızın ve kendisine sorulmaksızın– derhal Adalet Bakanlığı’na bildirmelidir. Her kim bildirim kuralını ihlal ederse, idari yaptırım ve 3.500 Euro’ya kadar para cezası ile cezalandırılmaktadır²⁶. Şayet sigorta ettiren sigorta süresinin sona erdiği ve sigorta sözleşmesinin uzatılmadığını, ya da sigorta ettiren arabulucunun sigorta sözleşmesinden dönme ya da fesih yolu ile sözleşmeyi sona erdirmesi söz konusu olmuşsa, § 14/1 ZivMediatG²⁷ uyarınca sicilden kaydının silinmesine kadar varacak bir yaptırım söz konusu olabilecektir.

Avusturya özelinde getirilen ve HUAK kapsamında benimsenmeyen sicile kayıtlı ilgili bir diğer farklılık ise, § 13 ZivMediatG’deki düzenlemedir.

“(1) Her kim arabulucular listesine kayıt için gerekli koşulları haiz olursa, Adalet Bakanı tarafından sürenin son günü belirtilmek kaydı ile beş yıllık bir süre için arabulucular siciline (listesine) kaydı yapılır. Listeye kayıt için gerekli koşulları taşımayan kişilerin talepleri kararlarla reddedilir.

26 Fuchshuber, *Mediation im Zivilrecht Neue Wege der Konfliktlösung*, 21.

27 § 14/1 ZivMediatG “Federal Adalet Bakanı, arabulucunun Kanunun 9. maddesinde aranan koşulları yitirdiğini ya da taşımadığını, arabulucunun, Kanunun 20. maddesi uyarınca kendisine düşen görevleri yerine getirmediği ya da görevini ağır bir şekilde yahut iltara rağmen ihlal ettiği bilgisine ulaşırsa, gereken hallerde Arabulucu Komisyonu’nun mütalaasını aldıktan sonra, arabulucuyu listeden silebilir” şeklinde düzenleme getirmektedir.

- (2) Arabulucu, kayıt süresinin dolmasından en erken bir yıl en geç üç ay öncesinde, kaydının devam eden on yıllık süre için geçerli olabilmesi için yazılı olarak talepte bulunmalıdır. Başvuru sahibinin bu talebi sonuçlanıncaya kadar mevcut kaydı korunmaktadır. Kaydın muhafazası adına sonraki her on yıllık süre için yeniden talepte bulunmak mümkündür.
- (3) Arabulucu kaydının uzatılması talepli isteme yönelik olarak arabulucu başvuru dilekçesine, bu süreçte aldığı mesleki geliştirme eğitimi (§ 20 ZivMediatG) belgelemelidir”.

Bahse konu düzenleme Avusturya Arabuluculuk Kanununda sicile kayıt ile ilgili olarak özel bir düzenlemedir. Avusturya’da, arabuluculuk siciline kayıt Türkiye’de uygulandığı gibi bir kere yapılmamaktadır. Sicile kayıt süreci kendi içerisinde iki aşamadan meydana gelmektedir. Bunlar, ilk beş yıllık (ilk sicile kayıt dönemi) ve sonraki onar yıllık yapılan diğer yenilemelerdir (sicile sonraki kayıt dönemleri ya da yenileme dönemleri denebilir).

3.3. MediationsG Kapsamında Arabulucu Olmak İçin Gerekli Koşullar

Almanya’da arabulucu olabilmek için aranan şartların önceki başlıklarda ele aldığımız Türkiye’deki ve Avusturya’daki düzenlemelerden çok farklı olduğunu belirtmiştik. MediationsG hükümleri incelendiğinde, düzenlemenin içerisinde ne arabulucu olmak için gerekli şartların varlığını ne de arabulucular siciline kayıt için gerekli koşullardan bahsedildiğini görmek mümkündür. Kanun koyucu getirdiği düzenlemede sadece arabulucuların eğitimine değinerek, arabulucuları sertifikalı (*zertifizierte*)²⁸ ve sertifikasız (*einfache*) olmak üzere ikili bir ayrıma tuttuğu görülmektedir²⁹.

Almanya’da arabuluculuk mesleğinin icrası bakımından herkesin kendisini arabulucu olarak belirlemesi mümkün olabilmektedir³⁰. Bu serbesti içerisinde § 5 MediationsG “Arabulucunun Başlangıç ve İleri Düzeyde Eğitimi:

28 Almanya’da sertifikalı arabulucuların sadece hukukçulardan olabileceğini öngören düzenlemeler de mümkündür. Bu düzenlemeler eyaletler arasında farklılık gösterebilir. Örneğin Baden-Württemberg eyaletinde sadece avukatlar sertifikalı arabulucu olmaya hak kazanabilmektedir.

29 Eidenmüller ve Wagner, *Mediationsrecht*, 334 vd.

30 Muratcan Bayraktar, “Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış”, *İstanbul Barosu Dergisi*, (2015): 169.

Sertifikalı Arabulucu” başlığı altında düzenlemeler getirmiştir. Kişinin arabulucu sıfatını kullanabilmesi için, arabuluculuk eğitimi alma ya da benzer yükümlülükleri yerine getirme gibi bir zorunluluğu söz konusu değildir. Şayet arabulucu zorunlu olmayan arabuluculuk eğitimini tamamlamış ve ilgili enstitülerden sertifikasını temin etmişse, o halde sertifikalı arabulucu olarak isimlendirilmesi söz konusu olmaktadır³¹. Sertifikalı ya da sertifikasız arabuluculuğa ilişkin farklılıklar gözetilmekle birlikte, temel bağlamda iki tür arasında da arabuluculuk mesleğini ifa etmek açısından bir fark olmadığını belirtmek gerekecektir. Dolayısıyla Türkiye ve Avusturya’da olduğu gibi, arabulucu olabilmek için belirli bir eğitim sürecinin tamamlanması zorunlu değildir. Şayet sertifikalı arabulucu olarak anılmak istemiyorsa, o halde de belirlenen kurallar çerçevesinde arabuluculuk eğitiminin tamamlanması gerekecektir.

Eğitim konusunda da Almanya’da standart bir yapının olduğu söylenemez. Ancak Almanya’da enstitüler tarafından verilen arabuluculuk eğitimlerinin genel olarak 120 saatlik bir eğitim süreci olduğu görülmektedir.

Özellikle arabuluculuk eğitimine ilişkin standartların olmaması, arabulucular siciline ve arabuluculuk ücret tarifesine ilişkin düzenlemelerin olmaması Alman sisteminde eleştiriye maruz kalan birkaç başlık olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu eleştirilerden hareketle Almanya 21.08.2016 tarihinde Sertifikalı Arabulucular Eğitimi Yönetmeliğini (*Zertifiziert-Mediatoren-Ausbildungsverordnung- ZMediatAubV*³²) kabul etmiş ve sertifikalı arabuluculuk eğitimine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere, Almanya’da arabulucu olarak faaliyet gösteren kişilerin mutlaka arabuluculuk eğitimi alması yani sertifikalı arabulucu olması şart değildir. Arabuluculuk eğitimi almamış kişiler dahi arabuluculuk yapabilmekte, kendisini arabulucu olarak adlandırebilmektedir.

Sertifikalı arabulucu ile sertifikasız arabulucu, fark olmaksızın arabuluculuk mesleğini serbest rekabet ortamı içerisinde bir odaya ya da meslek kuruluşuna, sicile bağlı olmadan yerine getirmektedirler. Bundan dolayıdır

31 § 5 Abs. 2 MediationsG “6. *Maddeye göre öngörülen mevzuatın gereklerine uygun bir arabuluculuk eğitimini tamamlayan kimse kendisini sertifikalı arabulucu olarak tanıtabilir*”.

32 Orijinal Yönetmelik metni için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/zmediat-ausbv/BJNR199400016.html> (erişim tarihi 11.12.2020).

ki, bu rekabet ortamı içerisinde arabuluculuk eğitimi alarak donanım kazanan sertifikalı arabulucuların, sertifikasız arabulucular karşısında rekabet ortamında daha avantajlı konumda olduklarını söylemek mümkündür³³.

4. Sonuç

Arabuluculuk sürecinin önemli aktörü olan arabulucunun, arabulucu olarak kabul görebilmesi ve sürece dahil olabilmesi için ülkelerin yasal düzenlemelerinde farklı kriterleri getirdikleri görülmektedir.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kapsamında arabulucu olarak faaliyette bulunmanın ön koşulu, Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı bünyesinde tutulan Arabulucular Siciline kaydolmaktır. Arabulucular siciline kaydolmak için; Türk vatandaşı olmak, mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak, tam ehliyetli olmak, 26.09.2004 tarihli ve 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, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, görevi 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 suçundan mahkum olmamak, terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmamak, arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı sınavda başarılı olmak gerekmektedir. Bu şartların yerine getirilmesi ile birlikte, arabulucunun talebi ile sicile kaydı gerçekleşecektir. Arabulucunun, arabuluculuk faaliyetinde bulunabilmesi için sicile kaydolması öncelikli koşuldur. Arabulucu, yasa tarafından aranan koşulları yerine getirirse dahi sicile kaydolmadıkça arabulucu sıfatı ile arabuluculuk faaliyetinde bulunamayacaktır.

6325 sayılı yasa, arabulucular sicilinin tutulmasına ilişkin özel hükümler getirmiştir. HUAK'ın belirlediği sicile dair düzenlemeler, HUAKY ile ayrıntılı şekilde ele alınmıştır. Düzenlemeler kapsamında, tutulan arabulucular

33 Bayraktar, "Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış", 170.

sicilinde yer alması gereken bilgiler; arabulucunun adı ve soyadı, arabulucunun uzmanlık alanları, arabulucunun varsa diğer mesleğinin ne olduğu bilgisi, iş adresi ve erişim bilgileri, yine varsa akademik unvanı gibi şahsi bilgilerdir. Bu bilgilerde süreç içerisinde bir değişikliğin olması durumunda, güncel bilgilerin Daire Başkanlığı ile paylaşılması gerekmektedir.

Avusturya’da geçerli olan ZivMediatG kapsamında arabulucu olarak faaliyette bulunmak için, Türk mevzuatında olduğu gibi Federal Adalet Bakanlığı tarafından tutulan arabulucular siciline kaydolmak gerekmektedir. Avusturya’da arabulucu olarak sicile kaydolma şartları ise, ZivMediatG’de tahdidi olarak sayılmıştır. Buna göre, yirmi sekiz yaşını doldurmuş olmak, uzmanlık bilgisini haiz olmak, güvenilir olmak ve yasanın 19. maddesi uyarınca 400.000 Euro değerinde sorumluluk sigortası yaptırmak gerekmektedir. Bu şartları sağlayan arabulucu, Federal Adalet Bakanlığına başvuruyla bulunarak, sicile kaydolup, arabuluculuk faaliyetine başlayabilecektir. Avusturya’da tutulan arabulucular sicilinde yer alan bilgiler, Türk hukuk sistemindeki kriterlerle benzerlik göstermektedir.

HUAK ile ZivMediatG’nin arabulucu olma ve arabulucular sicili kaydolma koşulları çerçevesinde getirdiği düzenlemeleri mukayese ettiğimizde, Türk sistemi açısından iki öneriyi naçizane ileri sürmenin yerinde olduğu kanısındayız.

Öncelikli olarak arabulucular siciline kayıt koşullarında Avusturya mevzuatında var olan “sorumluluk sigortası” yaptırma zorunluluğunun Türk sistemine sicile kayıta bir ön şart olarak kabul edilmesidir. HUAK kapsamında arabulucu için getirilen yükümlülükler ve bunların neden olacağı istenmeyen sonuçlara karşı sigorta yöntemi ile kalkan oluşturmak, hem arabulucunun hem de tarafların arabuluculuk sürecine olan güvenliğini arttırmaktadır. HUAK’a eklenecek bu yöndeki bir düzenleme ile ödenecek küçük primler karşılığında ortaya çıkan ciddi masrafların ve zararların önlenmesi sağlanacaktır. Keza böyle bir koşulun mevcudiyeti taraflara, süreç kapsamında meydana gelecek olası bir riskin neden olacağı zararların bertarafının mümkün olduğunu gösterecek aynı zamanda da arabuluculuk sürecinin tercih edilmesinde olumlu bir etki yaratacaktır.

İkinci husus ise, ZivMediatG kapsamında tutulan sicil bilgilerinde bulunan “bildiği yabancı diller” başlığının Arabuluculuk Daire Başkanlığı nezdinde tutulan sicil bilgilerinde de yer verilmesidir. HUAK md. 1 kapsamında arabuluculuğun konusu tespit edilirken, yasa koyucu “yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere..” ifadesini kullanmaktadır. Dolayısıyla yabancılık unsuru taşıyan ve HUAK’ın uygulanmasının söz konusu olduğu ihtilaflarda, tarafların ilgili yabancı dil bilgisine sahip olan arabuluculara listeden kolaylıkla erişimi, arabulucuya ait bu bilginin sicilde paylaşımı ile mümkün olabilecektir.

Türk ve Avusturya arabuluculuk mevzuatları küçük nüanslar dışında benzerlik göstermesine karşın, Alman MediationsG her iki ülke mevzuatından oldukça farklı bir şekilde kaleme alınmıştır. MediationsG dahilinde arabulucu tanımı yapılırken, sicile kayıtlı olma gibi bir şarttan bahsedilmediği, tanım dışında yasanın tümünde arabulucular siciline ya da arabulucu olmak için gerekli şartların neler olduğuna dair bir hükmün getirilmediği görülmektedir. Buradan hareketle Almanya’da mesleği ne olursa olsun, herkes kendisini arabulucu olarak tanımlayabilmektedir. Yasada buna engel olan bir düzenleme mevcut değildir.

Arabuluculuk eğitimini almış, ilgili kurumdan bu eğitim karşılığında sertifika edinmiş olan arabulucular, sertifikalı arabulucular olarak adlandırılırken, bu eğitimi almamış arabulucular ise sertifikasız arabulucular olarak adlandırılmaktadır. Bu ayırmadan da anlaşıldığı üzere ister sertifikalı olsun ister sertifikasız olsun arabuluculuk faaliyetinde bulunmak mümkün olabilmektedir. Arabulucu olmak için arabuluculuk eğitimini almak MediationsG dahilinde zorunlu bir koşul olarak düzenlenmemiştir.

MediationsG ile getirilen sistemin HUAK ile mukayese edildiğinde, HUAK kapsamında arabuluculuk faaliyetine başlamak için sicile kayıt şartının varlığı kanımızca tartışmaya götürmeyecek şekilde isabetli bir düzenlemedir. Bu yöntem ile belirli bir düzen ve denetim mekanizmasının doğru bir şekilde işlemesi söz konusu olmaktadır.

Kaynakça

- Akan, Pınar. *Arabuluculuk ve Deniz Hukukuna İlişkin İhtilaflarda Uygulanması*. Ankara: Adalet Yayınları, 2013.
- Bayraktar, Muratcan. “Alman ve Türk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış”, *İstanbul Barosu Dergisi*, (2015): 151-172.
- Çalışır, Kurtuluş Taylan. *Arabuluculuk*. Ankara: Adalet Yayınları, 2015.
- Dür, Orhan. *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*. Ankara: Adalet Yayınları, 2017.
- Eidenmüller, Horst ve Gerhard Wagner. *Mediationsrecht*. Köln: Ottoschmidt Verlag, 2015.
- Ekmekçi, Ömer, Muhammet Özkes ve Murat Atalı. *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2018.
- Ercan, İsmail. *Medeni Usul Hukuku*. Kocaeli: Kuram Kitap, 2016.
- Erdem, Murat. “Das türkische Mediationssystem bei der Schlichtung für Rechtsstreitigkeiten”, *Law and Justice Review*, (Haziran 2016): 371-382.
- Fuchshuber, Christian. *Mediation im Zivilrecht Neue Wege der Konfliktlösung* (Wien: Lexis Nexis Ard Orac. 2004).
- Halıcı, Ali ve Musa Toprak. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2014.
- Kanpp, Dietmar. *Grundzüge des Mediationsrecht*. Wien: Linde Verlag, 2012.
- Muran, Hakan. “Arabuluculuk, mahkemelerin iş yükünü mü yoksa yargıya olan güveni mi azaltacaktır?”, *Milliyet*, 6 Ocak 2012.
- Noal-Haley, Jacqueline. “Mediation: The New Arbitration”, *Harvard Negotiation Law Review*, (Spring 2012): 61-95.
- Oboth, Monika ve Al Weckert. *Mediation für Dummies*. Weinheim: Wiley-CH Verlag, 2014.
- Oğuz, Özgür. *Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016.
- Özbay, İbrahim ve Damla Özden Çelt. “Alman Arabuluculuk Kanunu”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EBYÜHFD)*, (2018):147-153.
- Özbek, Mustafa Serdar. “Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2007): 183-231.
- Özbek, Mustafa Serdar. “Avrupa’da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması”, *Prof. Dr. Özer Selici’ye Armağan*, (2006): 442-502.
- Özmumcu, Seda. *Uzakdoğu’da Arabuluculuk Anlayışı İle Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2013.
- Rabe, Christine Susanne ve Martin Wode. *Mediation Grundlagen Methoden, rechtlicher Rahmen*. Hannover: Springer Verlag, 2013.
- Sağrı, Ünsal ve A. Kadir Varoğlu. *Müzakere ve Arabuluculuk*. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2013.
- Sonnleitner, Karin. *Wege aus der KONflikt Mediation Schlichtung-Gericht*. Graz: Uni Press, 2015.
- Şahin Ceylan, Şule. *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2009.
- Şıpka, Şükran. “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, (Güz 2007): 163-175.

Tanrıver, Süha. “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (Mayıs-Haziran 2016): 151-177.

Taşpolat Tuğsavul, Melis. *Türk Hukukunda Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2012.

Yazıcı Tıktık, Çiğdem. *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2013.

Yıldırım, Ferhat. *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2019.

İnternet Kaynakları

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052&from=EN> (erişim tarihi 09.12.2020).

<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung/Bundesnormen/20002753/ZivMediatG%2c%20Fassung%20vom%2012.12.2020.pdf> (erişim tarihi 09.12.2020).

https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//%255B@attr_id=%2527bgbl112s1577.pdf%2527%255D#bgbl%2F%2F%25B%40attr_id%3D%27bgbl112s1577.pdf%27%5D_1607773446786 (erişim tarihi 09.12.2020).

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6325.pdf> (erişim tarihi 09.12.2020).

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/06/20180602-1.htm> (erişim tarihi 09.12.2020).

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.7036.pdf> (erişim tarihi 09.12.2020).

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2012Yili/Kanunmetni/6325ss.pdf> (erişim tarihi 09.12.2020).

https://mediatoren.justiz.gv.at/mediatoren/mediatorenliste.nsf/contentByKey/VSTR-7DZNP-DE-p?open=&ref=mn&fname=A* (erişim tarihi 10.12.2020).

<http://www.milliyet.com.tr/-arabuluculuk-tartisma-yaratti/gundem/gundemdetay/06.01.2012/1485072/default.htm> (erişim tarihi 10.12.2020).

<https://www.gesetze-im-internet.de/zmediatausbv/BjNR199400016.html> (erişim tarihi 11.12.2020).

<https://adb.adalet.gov.tr/arabulucu/> (erişim tarihi 10.12.2020).

ARABULUCULUK SÜREÇLERİNDE TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTSİZLİKLERİ, GÜÇ DENGESİZLİKLERİ VE FARKLILIKLARIN YÖNETİLMESİ

Av. Arb. Dilek YUMRUTAŞ*

Özet

Hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde, kişilerarası iletişimin kurulmasıyla uygun müzakere koşullarının sağlanarak, kişiler arasında yaşanan sorunun barışçıl yöntemlerle çözümüne olanak sağlayan arabuluculuk, bireyin insan olarak hukuksal eşitliğinin sağlanması, cinsiyete dayalı ayrımcılığın önlenmesi ile güçsüz, dezavantajlı konumdaki bireylerin, toplumsal farklılıklar üzerinden şekillenen güç dengesizliklerini gidermeye yönelik toplumsal cinsiyet eşitliği bakış açısı ile toplumsal cinsiyet ihtiyaçlarının doğru bir şekilde analiz edilebilmesini esas almaktadır. Çalışmamızda, arabuluculuk süreçlerinde, bireyin insan olarak hukuksal eşitliğinin, toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması, cinsiyete dayalı ayrımcılığın önlenmesi ile güçsüz, dezavantajlı konumdaki bireylerin, toplumsal farklılıklar üzerinden şekillenen güç dengesizliklerini gidermeye yönelik toplumsal cinsiyet eşitliği bakış açısı ile toplumsal cinsiyet ihtiyaçlarının analiz edilebilmesinin, uyuşmazlıkların çözümü bakımından taşıdığı önem, farklı bakış açılarıyla vurgulanmaktadır. Araştırmalarda, farklı cinsiyete sahip bireylerin farklı ihtiyaçlar ile farklı bakış açılarına sahip oldukları, uyuşmazlık çözüm süreçlerine gelirken birbirleriyle aynı norm ve değerlerle gelmedikleri tespit edilmiştir. Arabuluculuk temel ilke ve esasları ile etik kuralları çerçevesinde, arabuluculuk sürecinde eşitlik, tarafsızlık, bağımsızlık, iradilik, gizlilik, güvenin sağlanması ve tarafların sürece katılım konusundaki toplumsal cinsiyet eşitsizlikleri, dezavantajlar ve güç dengesizliği nedeniyle olası engellerin giderilmesi için, farkındalığın artırılması ile toplumsal cinsiyet dengeli arabuluculuğun uygulanması önerilmektedir.

* İstanbul Barosu. ORCID: 0000-0003-4847-9893.

Mediation, which enables the solution of the problems between individuals through peaceful methods, by establishing appropriate negotiation conditions by establishing inter personal communication in the resolution of legal disputes, ensuring the legal equality of the individual as a human being, preventing discrimination based on gender, and eliminating the power imbalances of weak and disadvantaged individuals, which are shaped by social differences. It is based on the accurate analysis of gender needs with a gender equality perspective.

In our study, in mediation processes, ensuring the legal equality of the individual as human, gender equality, preventing gender-based discrimination, and analyzing the gender needs of weak and disadvantaged individual with a gender equality perspective to eliminate the power imbalances shaped by social differences, Its importance is emphasized with different perspectives. In studies, it has been determined that individuals with different gender have different needs and perspective and that they do not come to the same norms and values when coming to conflict resolution processes. With in the frame work of the basic principles and principles of mediation and ethical rules, in order to eliminate possible obstacles due to gender in equalities, disadvantages and power imbalances in the mediation process, ensuring equality, impartiality, independence, will, confidentiality, trust and participation of the parties in the process, awareness raising and gender balanced mediation application is recommended.

Giriş

Hukuk uyumsuzluklarının çözümünde, kişilerarası iletişimin kurulmasıyla uygun müzakere koşullarının sağlanarak, kişiler arasında yaşanan sorunun barışçıl yöntemlerle çözümüne olanak sağlayan arabuluculuk, bireyin insan olarak hukuksal eşitliğinin sağlanması, cinsiyete dayalı ayrımcılığın önlenmesi ile güçsüz, dezavantajlı konumdaki bireylerin, toplumsal farklılıklar üzerinden şekillenen güç dengesizliklerini gidermeye yönelik toplumsal cinsiyet eşitliği bakış açısı ile toplumsal cinsiyet ihtiyaçlarının doğru bir şekilde analiz edilebilmesini esas almaktadır.

Cinsiyetler arasındaki eşitlik, farklı cinsiyetten bireylerin güç ilişkileri açısından eşit ve adil bir konuma sahip olması, gündelik yaşamdaki kaynak ve fırsatlara eşit bir şekilde ulaşabilmesi ve tüm toplumda eşit haklara sahip bireyler olarak kabul edilmesini ifade eder.

Cinsiyet, kadın ve erkekleri biyolojik olarak birbirinden ayıran genetik temelli yapıya dayanır¹. Biyolojik cinsiyet ve toplumsal cinsiyet birbiriyle bağlantılı olmakla birlikte birbirinden farklı kavramlardır. Biyolojik cinsiyet kadınların ve erkeklerin fiziksel, biyolojik olarak farklı özelliklerini ifade etmektedir. Toplumsal cinsiyet ise farklı cinsiyete sahip bireylerin toplumun uyum bulduğu, toplumsal olarak inşa edilen rolleri, davranışları, aktiviteleri ve nitelikleri olarak ifade edilmektedir.²

Toplumsal cinsiyet, sosyal ortam içerisinde toplumun kadın ve erkek bireylere yönelik beklentisi, kadınlık ve erkeklikten anladığı, cinsiyetlere uygun gördüğü davranışları, yönelimleri ve tutumları ifade etmektedir. Bir başka deyişle toplumsal cinsiyet, biyolojik cinsiyetten farklı olarak, kadınla erkeğin sosyal ve kültürel açıdan tanımlanmasını, toplumların bu iki cinsi birbirinden ayırt etme biçimini, onlara verdiği toplumsal rolleri anlatmak için kullanılan bir kavramdır. Toplumsal cinsiyet, biyolojik cinsiyetin psikososyal ortamdaki dışavurumudur.³ Toplumsal cinsiyetin oluşmasının temelinde psikolojik, kültürel ve toplumsal faktörler yer almaktadır⁴. Cinsiyet tek bir faktöre (biyolojik fark) bağlı olarak farklılık yaratırken, toplumsal cinsiyet birçok faktöre (psikolojik, kültürel ve toplumsal) bağlı olarak farklılık yaratmaktadır.

Toplumsal cinsiyet, biyolojik cinsiyetten farklı olarak, kadınla erkeğin sosyal ve kültürel açıdan tanımlanmasını, toplumların bu iki cinsi birbirinden ayırt etme biçimini, onlara verdiği toplumsal rolleri anlatmak için kullanılan bir kavramdır.⁵ Bu kavram, kadınlar ile erkekler arasındaki güç ilişkilerini, eşitsizlikleri, farklılıkların farkındalıkla sorgulanması bakımından önem kazanmıştır.

1 (Yüce, 2017)

2 Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tanımı

3 (Dökmen, 2009)

4 (Yüceol, 2016)

5 (AÖF,20011/4)

Toplumsal cinsiyet analizi, toplumsal cinsiyet temelli eşitsizliklerin fark edilerek farklı nüfus gruplarının ihtiyaçlarının karşılanması için tarafsızlığı ve insan haklarını geliştirebilmenin önemli bir aracıdır.

Toplumsal cinsiyet eşitliği; bireylerin, cinsiyet temelli ayrımcılığa uğramadan; eşit hak, imkân ve olanaklara sahip olarak kamusal ve özel yaşamın her alanında yer alması, görülebilmesi, kararlara katılabilmesi, fırsatları değerlendirebilmesi, güçlenmesi, temsil edilmesi ve kaynaklara erişimi olarak ifade edilebilir.

Her toplumda kadınların ve erkeklerin üstlendikleri görevler, toplumsal rolleri ile kaynaklara erişiminde farklı kategorilerde farklı derecelendirilen eşitsizlikler bulunduğu görülmektedir. Toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığın önlenmesi ve toplumda kadının statüsünün yükseltilmesi, farklı cinsiyete sahip bireylerin hukuksal eşitliğinin yanı sıra fiili eşitliğinin de sağlanması amacıyla gerek uluslar arası hukukta gerekse ulusal hukukta kadınlar için pozitif ayrımcık olarak adlandırılan düzenlemeler yer almaktadır. Pozitif ayrımcılık, tarihi olarak dışlanmış grupların, eğitim, istihdam ve siyaset vb. alanlara dahil olmaları için çabalayan kurumsal politika ve uygulamalar olarak ifade edilmektedir. Pozitif ayrımcılık politikaları cinsiyet, ırk vb. farklılıkların lehinde olacak şekilde, telafi edici ayrımcılığı savunmaktadır. Toplumsal cinsiyet eşitliğine yönelik pozitif ayrımcılık politikaları da, farklı cinsiyetler arasındaki farklılıklara işaret etmektedir. Bu farklılıklar, kadınların kamusal hayattan dışlanmasına neden olan farklılıklardır. Politika, ekonomi, eğitim vb. alanlar erkek egemen alanlardır. Bu anlamda kadınları eşit vatandaşlar olarak gören eşitlikçi paradigmlar sorgulanmaktadır. Modern toplumlardaki farklı cinsiyetler arasındaki bölünmeye neden olan kamusal-özel ayrımı da sorun haline gelmiştir. Böylece “özel olan politiktir” sloganı ile cinsiyetler arası ilişkinin kamusal yaşamdaki eşitsizlikleri ağırlaştıran temelleri olduğu düşüncesi ortaya çıkmıştır.⁶

Dünya Ekonomik Forumu (WEF) tarafından yaklaşık 15 yıldır hazırlanmakta olan küresel cinsiyet eşitsizliğine ilişkin tespitler içeren raporlar, cinsiyet eşitliğini dört farklı alanda incelemektedir. Bu alanlar arasında;

6 Öztan, 2004

cinsiyet temelli ayrımlar, ekonomik katılım ve fırsat eşitliliği, eğitimsel kazanımlar, sağlık ve siyasi güçlendirme olanakları yer aldığı görülmektedir. Bu çerçevede raporda yer alan, Küresel Cinsiyet Uçurumu Endeksi, toplumsal cinsiyet eşitliğini ölçmek için tasarlanmış bir endekstir. Küresel ölçekte, cinsiyet eşitsizliklerine sebep olan faktörleri inceleyen raporlar, toplumsal cinsiyet eşitsizliğine son verecek politika ve uygulamalara da ana hatlarıyla değinmektedir.

Dünya Ekonomik Forumu'nun 156 ülkeyi kapsayan 2021 yılı Küresel Cinsiyet Eşitsizliği Raporu'na⁷ göre, Türkiye, ekonomik katılım ve fırsat eşitliği, siyasi yetkilendirme, eğitimsel kazanım, sağlık ve hayatta kalma gibi kriterler göz önünde bulundurulduğunda, 133. sırada yer alıyor. Rapora göre kadınların erkeklerle eşit haklara sahip olması için en az 100 yıl (pandemi sonrası 136 yıl öngörülmektedir), erkeklerle eşit ücrete sahip olması için ise 257 yıl geçmesi gerektiği vurgulanmaktadır.

Toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin değerlendirilmesi ve eşitsizliklerin giderilmesine yönelik gerekli ekonomik, sosyal, hukuki düzenlemelerin sağlanması temeline yapılan araştırmalarda, kadınların adalete erişiminde engel olan başlıca faktörlerin; toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılık, ekonomik güçlük, yetersiz eğitim, bilgiye erişimdeki yetersizlikler ve mahkemeye erişimde eşitsiz koşullar olduğu görülmektedir.

Kişilerarası uyuşmazlıkların çözümünde, şiddetsiz iletişim ve müzakereyi esas alan, tarafsız, bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla gerçekleşen nitelikli müzakere yolu olarak arabuluculuk, mahkeme öncesi ve/veya mahkeme içi süreçlerde tarafların arasında yaşanan uyuşmazlığın çözümüne olanak sağlayan barışçıl, dostane çözüm yolu olarak, toplumsal cinsiyet eşitsizliklerini, güç dengesizliklerini, farklılıkları gözetken bir anlayışla adalete erişimin kolaylaştırmasını sağlamak üzere, mahkeme yargılaması uyuşmazlık çözüm yolunu destekleyici nitelikte bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak ülkemizde 2013 yılında 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile uygulanmaya başlanmıştır.

7 WEF Global Gender Gap Report 2020 ve 2021

Arabuluculuk Süreçlerinde Toplumsal Cinsiyet Eşitsizlikleri, Güç Dengesizlikleri ve Farklılıkların Yönetilmesi

Hukuk uyumsuzluklarının çözümünde, kişilerarası iletişimin kurulmasıyla uygun müzakere koşullarının sağlanarak, kişiler arasında yaşanan sorunun barışçıl yöntemlerle çözümüne olanak sağlayan arabuluculukta, bireyin insan olarak hukuksal eşitliğinin sağlanması, cinsiyete dayalı ayrımcılığın önlenmesi ile güçsüz, dezavantajlı konumdaki bireylerin, toplumsal farklılıklar üzerinden şekillenen güç dengesizliklerini gidermeye yönelik toplumsal cinsiyet eşitliği bakış açısı ile toplumsal cinsiyet ihtiyaçlarının doğru bir şekilde analiz edilebilmesi, toplumsal cinsiyet eşitsizliklerinin, güç dengesizliklerinin önlenmesi bakımından önemlidir.

Arabuluculuk, arabuluculuk eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin (arabulucu), kolaylaştırıcı olarak sürece katılımıyla hazırlık, başlangıç, inceleme, müzakere ve sonuç olmak üzere beş temel aşamadan oluşan, iki veya daha fazla taraf arasında nitelikli iletişim ve müzakere ile gerçekleştirilen uyumsuzluk çözüm yöntemidir.

Tüm vatandaşlara yönelik olarak sunulan arabuluculuk hizmetinin herkes için ulaşılabilir olması, biyolojik cinsiyet farklılıklarına karşı geliştirilen tutumun tarafsız, adil ve eşitlik ilkesine uygun olmasını gerektirir. Arabuluculuk toplumsal cinsiyet eşitliğini temel almalıdır.

Toplumsal cinsiyet ihtiyaçları, toplumsal cinsiyet eşitliği ve ayrımcılıkla mücadeleyle ilişkilidir ve arabuluculuk ilkeleri çerçevesinde önemlidir.

Toplumsal cinsiyet eşitliği bakış açısı, ulusal ve uluslararası hukuk tarafından koruma altına alınan insan haklarının bir gereği olarak, gündelik yaşamda var olan eşitsizliklerle mücadeleyi ve ayrımcılık karşıtlığını içerir. Haklar, sorumluluklar ve fırsatlar, kişinin erkek ya da kız çocuğu olarak doğmasına bağlı değildir. Dolayısıyla toplumsal cinsiyet eşitliği, sadece kadınları değil, erkekleri de ilgilendirir. Farklılaşan ihtiyaçları gösterir. Bireylerin biyolojik ve toplumsal cinsiyetleri ne olursa olsun eşit haklara sahip bireyler olarak görülmesini gerektirir. Eşitsiz güç ilişkilerini fark edebilmeyi ve

toplumsal cinsiyet eşitsizliklerini de dikkate alarak adaletli ve adil davranmayı içerir. Genellemelerden kaçınarak, güç ilişkileri açısından dezavantajlı konumunda yer alan bireyleri güçlendirmeyi gerektirir.

Arabuluculuk, çatışmaların çözümü ve yönetimi açısından en etkili çözüm yollarından biridir ve temelinde tarafsızlık, adil olma ve eşitlik ilkesi yatar. Çatışmaya neden olan tutumların ve inançların biyolojik cinsiyet, sınıf, etnik köken, dini inanç vb. ile biçimlenen farklı güç ilişkileri çerçevesinde ele alınması gerekir. Arabuluculuk sürecinde toplumsal cinsiyet bakışı, çatışma içerisinde yer alan aktörlerin iletişim tarzlarını, çatışma davranışını ve ihtiyaçlarını anlayabilmek açısından önemlidir.⁸

Arabuluculuk sürecinde toplumsal cinsiyet analizi, çatışmaların, bu çatışmalara verilen farklı tepkilerin tespitinde ve farklılaşan ihtiyaçların analizinde, müzakere edilecek konuların (güvenlik, güç paylaşımı, ekonomi, sosyal konular vb.) belirlenmesinde, arabuluculuk sürecine katılımın sağlanmasında, sürece ilişkin memnuniyetin geliştirilmesinde ve tüm bu konular açısından gerekli olan mekâna ve lojistiğe ilişkin düzenlemelerin gerçekleştirilmesinde kapsamlı bir çerçeve sunar.⁹

Kadın ve erkekleri biyolojik farklılıklarına dayanarak toplumdaki rolleri ve konumlarının doğal ve kaçınılmaz olduğunu düşünmek ve onları kadın ve erkek rolleriyle ve olanaklarıyla ayırtırmak ve sınırlandırmak, eşit ve adil bir yaklaşım değildir. Arabuluculuk süreçlerinde, arabulucuların güç dengesizliğinin bulunduğu durumlarda tarafsızlığını koruyabilmesi ancak toplumsal cinsiyet farkındalığıyla mümkündür. Ulusal ve uluslararası yasal düzenlemelerde, arabuluculuk sürecinin temel insan haklarını ihlal edecek bir süreç olarak görülemeyeceği ve güç dengesi gözetilerek yürütülmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir.

Toplumsal cinsiyet farklılıkları ve güç eşitsizliğine ilişkin farkındalık, farklı cinsiyete sahip bireylerin aynı ihtiyaçlara, olanak veya kısıtlılıklara ve kaynaklara sahip olmadığını, arabuluculuk sürecinde planlanan eylemlerin farklı cinsiyete sahip bireylerin toplumsal güç eşitsizlikleri nedeniyle farklı

⁸ TAEKK,s.189,ADB,Nisan 2019

⁹ TAEKK,s.189,ADB,Nisan 2019

sonuçları olabileceğinin, kadınlar ve erkeklerin çatışan ihtiyaçları veya sınırlılıklarının, pratik ve stratejik toplumsal ihtiyaçlarının arabulucular tarafından bilinmesini ve tarafsız bir arabuluculuk sürecinde güç eşitsizliklerini giderecek şekilde farklılıkların farkındalıkla yönetimini zorunlu kılar. Arabuluculuk yolu ile uyuşmazlık çözümü süreçlerinde toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması, bu yönde farkındalığın artırılması ve toplumsal cinsiyet dengeli arabuluculuğun uygulanması ile mümkün olacaktır.

Arabuluculuk sürecinde kadınların ve erkeklerin hangi fırsat ve kaynaklara erişebilir, hangilerini kontrol edebilir veya hangi fırsat ve kaynaklardan yararlanabilir olduğunu belirlemek, toplumsal cinsiyet ihtiyaçlarını tanımlayabilmeyi gerektirir. Toplumsal cinsiyet ihtiyaçları, toplumsal cinsiyet eşitliği ve ayrımcılıkla mücadeleyle ilişkilidir ve arabuluculuk ilkele-ri çerçevesinde önemlidir. Toplumsal cinsiyet ihtiyaçları, pratik ve stratejik ihtiyaçlar olarak iki başlıkta ele alınmaktadır. Pratik ihtiyaçlar, kadın ve erkek olarak gündelik yaşamımızda bizden beklenen rol ve sorumluluklarımız açısından rahatlatma yaratan konulardaki ihtiyaçlarımızdır. Stratejik ihtiyaçlar ise bu rol ve sorumluluklarımızı yerine getirirken karşılaştığımız eşitsizliklerin dönüşümü için önemli olan ihtiyaçları ifade eder.¹⁰

Pratik toplumsal cinsiyet ihtiyaçlarının arabuluculuk süreçlerinde farkındalıkla dikkate alınması, arabuluculuğun adliyede yürütülen süreçten farkını ortaya koyması açısından önemlidir. Nitekim yapılan çalışmalar, iş yerlerinden izin almak veya evden çıkmak ve adliyeye gelmek zorunda kalmanın, kadınlar için ilave maliyet olarak görüldüğünü göstermektedir. Çocukların bırakılacağı yerlerin olmaması da kadınların adalete erişimini zorlaştıran bir konudur. Pratik toplumsal cinsiyet ihtiyaçları, kadın ve erkeklerin erişebildiği, kontrol edebildiği veya yararlanabildiği kaynak ve fırsatlar açısından farklılaşan ve çoğu zaman eşitsizlik yaratan ilişkileri dikkate almayı ifade etmek için üretilmiştir. Ancak pratik toplumsal cinsiyet ihtiyaçları, karşılandıklarında eşitsizlik yaratan güç ilişkilerinin dönüşümüne ve kadınların güçlenmesine olanak sağlayan stratejik toplumsal cinsiyet ihtiyaçlarıyla birlikte ele alınmalıdır.¹¹

10 TAEKK,s.190,ADB,Nisan 2019

11 TAEKK,s.190,ADB,Nisan 2019

Stratejik toplumsal cinsiyet ihtiyaçları, kadın ve erkeklerin kaynak ve fırsatlar açısından erişim, kontrol ve yararlanma kapasitelerini eşitsiz biçimde etkileyen ilişkilerin değişimini amaçlayan ihtiyaçları ifade eder¹². Örneğin; kadınların adalete erişimi açısından, toplumsal cinsiyete dayalı şiddetten ve ayrımcılıktan korunmasını sağlayacak mekanizmalar stratejik ihtiyaçlardır. Ekonomik, sosyal, kültürel ve siyasal hakların eşitlik ilkesi çerçevesinde uygulanmasını sağlayacak bilinçlendirme çalışmaları da stratejik toplumsal cinsiyet ihtiyaçları olarak ele alınabilir. Bu ihtiyaçlar, kadınların arabuluculuk sürecine adil ve eşit bir düzlemde katılımını sağlamak için bilinçlenmelerini ve güçlenmelerini sağlayacak mekanizmalarla bağlantısının kurulmasını gerektirir. Ayrıca gerekli durumlarda kadınların temel insan haklarına ilişkin olarak koruyucu önlemlerin alınması garanti edilmelidir. Stratejik önemdeki toplumsal cinsiyet ihtiyaçları, insan haklarıyla yakından ilişkilidir. Bir örnek verecek olursak, kadının bakım rolü gereği hissettiği “uygun zaman” ihtiyacı, pratik toplumsal cinsiyet ihtiyacı olarak, arabuluculuk sürecinde toplantı saatinin ayarlanmasında dikkate alınabilir. Ancak bu durum daha genel düşündüğümüzde kadının hareket özgürlüğünün ve toplumsal hizmetlerden (örneğin; eğitim, istihdama katılım) yararlanma hakkının kısıtlı olduğu bir toplumsal yapıda pek işe yaramayacaktır. Bu çerçevede ucuz veya ücretsiz kreş / gündüzlü bakım hizmeti veya ana baba sorumluluklarının eşit paylaşımına yönelik destekler, toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamak açısından bir stratejik ihtiyaç olarak karşımıza çıkar.¹³

Toplumsal cinsiyet eşitliği, toplumun özel alandan kamusal alana kadar tüm alanlarında toplumsal cinsiyete dayalı olarak gelişmiş olan güç ilişkilerinde eşitlik yönünde bir değişimi hedefler¹⁴. Bu değişim için, öncelikle eşitsizliğin görünür hâle getirilmesi ve eşitsizliğe neden olan yapısal ve kültürel farklılıkların ortaya çıkarılması gereklidir. Toplumsal olarak kadın ve erkekler, sadece kadın ve erkek değildirler, farklı özellikleri çerçevesinde (yaş, etnik köken, dinî inanç, mesleki konum, eğitim durumu vb.) farklı deneyimlere sahiptirler, olaylara farklı tepkiler verebilir veya farklı tepkilerle karşılaşabilirler. Bir çatışma durumu karşısında yaşlı bir erkeğin vereceği tepkiyle genç bir

12 Sida Gender Tool Box, 2015.

13 TAEKK,s.190,ADB,Nisan 2019

14 Sida Gender Tool Box, 2016.

erkeğin vereceği tepki nasıl değişebiliyorsa, aynı durum kadınlar için de geçerlidir. Aynı çatışma durumunda farklı cinsiyetten bireyler yaşlarına veya eğitim durumlarına göre bambaşka tepkiler verebilirler. Toplumsal cinsiyet eşitliği, birçok ulusal ve uluslararası yasal düzenleme ile koruma altına alınmış ve insan haklarıyla bağlantısı kurulmuş bir kavramdır. Dolayısıyla, bu konu arabuluculuk sürecinde dikkate alınması önerilen değil, zorunlu olan bir konudur. Avrupa Konseyi'nin Aile Arabuluculuğu ve Cinsiyetler Arası Eşitlik konusundaki 1639 sayılı ve 2003 tarihli Tavsiye Kararı'nda da (madde 7 ve madde 8), arabuluculuk sürecinin temel insan haklarını ihlal edecek bir süreç olarak görülemeyeceği ve güç dengesi gözetilerek yürütülmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle, arabulucunun toplumun farklı cinsiyet özellikleri nedeniyle kadın ve erkeklerden beklediği davranışları akılda tutmakla birlikte bu konuda genellemelerden kaçınması gerekir. Bu her bir vakanın kendi özellikleri çerçevesinde değerlendirilmesini ifade eder. Örneğin; engelli kadın olmak veya hem yoksul hem de engelli kadın olmak, aynı toplumsal konumdaki erkeklere göre daha dezavantajlı bir durum yaratabilmektedir. Bu açıdan, toplumsal cinsiyet eşitliği perspektifi, toplumda dezavantajlı konumdaki bireylerin arabuluculuk sürecindeki sesini duyabilmek açısından önemli bir bakış açısı sunar ve kadınların kriz veya çatışma durumlarında karşılaşılabilecekleri baskıların ve ayrımcı tutumların farkında olunmasını sağlar. Böylelikle arabulucu, eşitsizlik yaratan yapıları desteklememiş; eşitlik, adil olma ve tarafsızlık ilkelerine uygun hareket etmiş olacaktır. Bununla beraber, her iki tarafın istek, talep ve ihtiyaçlarının duyulduğunu hissetmesi ile varılan anlaşmanın, her iki taraf açısından da daha kabul edilebilir ve sürdürülebilir olacağı varsayılmaktadır. Bu şekilde zarar, en aza indirgenebilecektir.¹⁵

Arabulucuların, arabuluculuk sürecinde ön yargılarla ve ayrımcılıkla ilişkili bir durum fark ettiklerinde uygun tepkileri verebilmesi beklenir. Bu ve benzeri durumlarda arabulucuların farklı tepkiler verebildiklerini belirtmiştir.¹⁶ Bu çerçevede arabulucu, ayrımcılığa uğrayan veya eşitsiz konumdaki ve kendi kararını veremeyecek durumdaki tarafla görüşerek arabuluculuk sürecini sonlandırabilmekte veya görüşmeleri ayrı oturumlarla yapma kararı alabilmektedir. Koşullara bağlı olarak, ortaklıklar üzerinden

15 TAEKK, s.192,ADB, Nisan 2019

16 Raymond ve Bell,2000

bilgilendirme yapmanın veya önyargılı olduğunu düşündüğü kişiye bu durumu fark ettiğini kibarca veya mizahı kullanarak yansıtmamanın, güç dengesini kurma açısından işe yaradığı da belirtilmiştir. Böyle bir durumda arabulucunun kararlarını etkileyebilecek bireysel inançlarını / düşüncelerini hesaba katarak tarafsız bir değerlendirme yapabilmesi ve kendi ayrımcılık algısından emin olması gerekmektedir.¹⁷

Sonuç:

Arabuluculuk temel ilke ve esasları, mevzuat ve etik kuralları çerçevesinde, arabuluculuk sürecinde eşitlik, tarafsızlık, bağımsızlık, iradilik, gizlilik, güvenin sağlanması ve tarafların sürece katılım konusundaki toplumsal cinsiyet eşitsizlikleri, dezavantajlar, farklılıklar ve güç dengesizliği nedeniyle olası engellerin giderilmesi için, farkındalığın artırılması ile toplumsal cinsiyet dengeli arabuluculuğun uygulanması bakımından, arabuluculuk sürecine hazırlık ve diğer tüm aşamalarda, toplumsal cinsiyet ihtiyaçlarının dikkate alınarak gerekli planlamanın özenle yapılması, bu kapsamda tüm sürecin farkındalıkla yönetilmesinin, arabuluculuk süreçlerinden beklenen faydaya erişim ile tarafların beklenti ve ihtiyaçlarının karşılanmasını ve adalete erişimlerini kolaylaştıracak şekilde arabuluculuk süreçlerinin tamamlanmasına olanak sağlayacağı öngörülmektedir.

Kaynaklar:

- 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Resmî Gazete Tarihi: 22.06.2012 Resmî Gazete Sayısı: 28331
- Avrupa Konseyi'nin Aile Arabuluculuğu ve Cinsiyetler Arası Eşitlik konusundaki 1639 sayılı ve 2003 tarihli Tavsiye Kararı
- Beham, M. ve Dietrich, L. (2013). Enhancing Gender-Responsive Mediation: A Guidance Note. (M. Beham ve A. Langley, Ed.). Vienna: OSCE.
- Çavdar, D. (2013). Üniversite öğrencilerinin toplumsal cinsiyet rollerine ilişkin tutumları veromantik ilişkilerde akılcı olmayan inançları. Ankara üniversitesi, Ankara.
- Dökmen, Z. (2009). Toplumsal cinsiyet sosyal psikolojik açıklamalar. İstanbul: Remzi Kitapevi.
- Dünya Ekonomik Forumu (WHO) Küresel Cinsiyet Eşitsizliği Raporu-2020, 2021
- http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2020.pdf
- Dünya Ekonomik Forumu (WHO) Küresel Cinsiyet Eşitsizliği Raporu-2021

17 TAEKK,s 192,ADB, Nisan 2019

http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2021.pdf

Erzeybek, B. (2015). Anne-babaların çocuklarını yetiştirirken benimsedikleri toplumsal cinsiyet rolleri tutumları. Ankara Üniversitesi, Ankara.

Hatipoğlu A. D. (2015). Kadınların Adalet Erişimi, Ankara Barosu Dergisi, sayı 4:77-107.

Mason S. J. A., Hess A., Gasser R. ve Federer J. P. (2015). Gender in Mediation: An Exercise Handbook for Trainers. Zürich: Center for Security Studies.

Nadrac ve Attorney-General. (1999). A Fair Say: Managing Differences in Mediation and Conciliation, A guide for all involved. Australia.

Özcan E., (2004). Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Politikaları ve Olumlu Ayrımcılık, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 59-1, 1-25.

Sida Gender Tool Box. (2015). Gender Analysis - Principles & Elements. Sida: Sweden.

Sida Gender Tool Box. (2016). Gender Equality and Gender Equity. Sida: Sweden.

Şimşek H. (2011). Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliğinin Kadın Üreme Sağlığına Etkisi: Türkiye Örneği. DEÜ Tıp Fakültesi Dergisi, 25(2), 119-126.

Thompson, N. (2016). Güç ve Güçlendirme. (Ö. Cankurtaran, Çev. ve Ed.). Ankara: Nika Yayınevi.

TAEEK, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Adalet Bakanlığı, Nisan 2019

Uygur, G. (2012). Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi, T.C. Anadolu Üniversitesi AÖF Yayın No: 2307, 154-178, Turkey.

Yüce, D. (2017). Cinsel yönelim ve cinsel kimlik ayrımı.

Yüceol, E. (2016). Toplumsal cinsiyet rollerine ilişkin tutumlar, İstanbul Bilim Üniversitesi, İstanbul.

İnternet Kaynakları

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin Aile Arabuluculuğu ve Cinsiyetler Arası Eşitlik konusundaki Tavsiye Kararı 1639 (2003) (madde 7 ve madde 8). www.arabuluculuk.adalet.gov.tr/Sayfalar/proje_belgeleri/ailearb.pdf

Bora, A. (2008). Sivil Toplum Kuruluşları İçin Toplumsal Cinsiyet Rehberi. Ankara: STGM yayınları, <http://panel.stgm.org.tr/vera/app/var/files/s/t/stklar-icin-toplumsal-cinsiyet-rehberi.pdf>.

Bora, A. (2012). "Toplumsal Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık" içinde Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar. (K. Çayır ve M. A. Ceyhan, Der.). İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları. <http://aciktoplumvakfi.org.tr/pdf/ayrimcilikanakitap.pdf>.

CEDAW (2005). Concluding Comments: Turkey. Advance Unedited Version. <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reports/docs/concludecomments/Turkey.rev.1.pdf>

Gül, İ. İ. ve Karan, U. (2011). Ayrımcılık Yasası Eğitim Rehberi. (G. Ayata ve B. Yeşilada, Ed.). İnsan Hakları Hukuku Çalışmaları, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları. http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/02/24/Ayrimcilik_Yasagi_Egitim_Rehberi.pdf.

Raymond, T. , Ball, J. (2000). Alternative Dispute Resolution in the Context of Anti-discrimination and Human Rights Law: Some Comparisons and Considerations, Australian Human Rights & Equal Opportunity.

<https://www.humanrights.gov.au/our-work/complaint-information-service/publications/alternative-dispute-resolution-context-anti>.

EŞ ZAMANLI
II. OTURUM

Prof. Dr. Mustafa Erkan – Açılış Konuşması

Saygıdeğer dinleyicilerimiz, değerli konuşmacılarımız, hepiniz hoş geldiniz. “Arabuluculuğun Geleceği” konulu sempozyumun son panelindeyiz, çok güzel bilgiler anlatıldı, çok istifade ettik ve ediyoruz. Tabii, ben arabuluculuğa çok önem veren bir insanım. Bu program benim için o kadar tatlı ve değerli ki, “Arabuluculuk Okulu” program serisi ile eş zamanlı bir şekilde gidiyor ve Arabuluculuk Okulu’na da katkı sağlamış olacak. Buradan öğrendiklerimizi Arabuluculuk Okulu’na aktaracağız. Dolayısıyla bize ciddi katkısı var. Bu arada reklamımızı da yapalım; Adalet Bakanlığı, İstanbul Tahkim Merkezi ve Marmara Üniversitesi olarak arabuluculuk okulumuz devam etmekte.

Üçüncü programı bitirdik, dördüncüsüne ilerliyoruz. İbn Haldun Üniversitesi’ne, Sayın Hocalarım Prof. Dr. Ali Yeşilırmak, Prof. Dr. Yusuf Çalışkan, Doç. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Ar. Gör. Ahmet Dülger’e ve diğer arkadaşlara çok teşekkür ediyorum. Çok uzatmayacağım, zaten gecikmiş durumdayız. Bugün bu panelde iki teknik, iki hukuki konuşma olacak. Teknik konulardan birisi tıp alanında, diğeri de mimarlık ve inşaat konularında olacak, gerekirse hukuki konularda da yorum yapacaklar. Yani iki hukukçu iki teknik konuşmacımız var.

Ben hocalarım müsaade ederlerse, akış sırasına göre, bir diğer deyişle program sırasına göre ilerlemek istiyorum. İlk konuşmayı da Prof. Dr. Nevzat Alkan Hocama vermek istiyorum. Nevzat Hocama platformu bırakmadan şöyle kısaca kendisini takdim edeyim. Kendisi Ege Üniversite Tıp Fakültesini bitirmiş 1991 yılında, daha sonra her bir doktor gibi Anadolu’ya doğru koşmuş. İlk olarak Zonguldak, sonrasında muhtemelen birçok yeri gezdi. Daha sonra İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Anabilim Dalında 1993 yılında uzmanlık eğitimine başlamış, 1996 yılında tamamlamış. 2003 yılında doçent, 2010 yılında da Profesör unvanını almıştır. Hocam şu anda İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalında görev yapıyor. Hocam, söz sizde buyurun bizi tıbbi uygulama hatası iddiaları dosyalarında arabuluculuk uygulamaları konusunda aydınlatın.

İNŞAAT UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK KULLANILMASININ ÖNEMİ

Dr. Öğr. Üyesi Yaprak ARICI ÜSTÜNER*

Özet

İnşaat sektörü, ülke ekonomileri açısından lokomotif olarak nitelendirilen bir sektördür. İnşaat sektörünü diğer sektörlerden ayıran bazı karakteristik özellikleri vardır. İnşaat sektöründeki projeler tek defaya özgü yapıda, bulunduğu yerin iklimsel koşullarından ve dönemin sosyo-ekonomik özelliklerinden etkilenen, çok farklı disiplinin bir arada bulunduğu ve bu esnada kendi menfaatlerini olabildiğine korumaya çalıştıkları yapılanmalardır. Bu sayılan özelliklerle beraber inşaat proje süreçlerinde uyuşmazlıkların yaşanması olağan bir duruma gelmektedir. Literatürde yapılan araştırmalar, inşaat projelerinde yaşanan uyuşmazlıklarla beraber oluşan mali kayıpların, çok ciddi boyutlarda olduğunu göstermektedir (Mahfouz ve Kandil 2011) İnşaat projelerinde yaşanan uyuşmazlıklarla beraber proje süreci çıkmaza girmekte, kişiler maddi ve manevi anlamda zarara uğramaktadır. Bu nedenle inşaat projelerinde yaşanan uyuşmazlıkları kısa sürede çözerek projelerin sağlıklı bir şekilde ilerlemesini sağlamak oldukça önemlidir (Saleh 2019). Ancak her sektörde olduğu gibi inşaat sektöründe de ilk akla gelen uyuşmazlık çözüm yolu genellikle yargısal yollar olan mahkemelerdir. Oysaki mahkemelerin uzun süreleri, mali yükleri ve sonucunda sadece bir kazananın olması özelliği inşaat sektörünün hızlı ve dinamik yapısıyla bağdaşmamaktadır.

Dünyada inşaat sektöründe uyuşmazlıkların kısa sürede çözülebilmesi için yargısal yollardan, dostane yollara yönelim başlamıştır. Yapılan araştırmalarda, dostane çözüm yolları olan Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarından arabuluculuğun, inşaat projelerinde en sık kullanan alternatif çözümlerden biri olduğu görülmektedir Arabuluculuğun hızlı çözüme ulaştırma gücü, mahremiyet içeren süreci, esnek yapısı, süreçteki tarafsız kişinin varlığı ve mali anlamda taraflara sağladığı kazançlar inşaat projeleri açısından önemlidir.

* Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Mimarlık ve Tasarım Fakültesi Mimarlık Bölümü Öğretim Üyesi, yarici@fsm.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-3949-0444>

Ayrıca arabuluculuk, kazan-kazan anlayışı nedeniyle tarafların iş ilişkilerinin korunmasını sağlayarak, gelecekte yapacakları iş birliklerini tehlikeye atmamış olur. Tüm bu nedenlerle inşaat sektöründe yaşanan uyuşmazlıklarda arabuluculuğun kullanımı önem kazanmaktadır (Arıcı Üstüner 2020).

Dünyada inşaat sektöründe arabuluculuğun kullanılmasını teşvik etmek amacıyla yapılan bazı uygulamalara rastlanmaktadır. Örneğin bazı ülkelerde, kullanımı yaygın olan standart inşaat sözleşmelerinde uyuşmazlıkların çözümü için arabuluculuğun kullanılması istenmekte; inşaat sektöründe arabuluculuk kullanımını zorunlu kılan/teşvik eden yasalar ya da kanunlar çıkmakta veya bu konuda çalışan önemli ve güçlü kurumların varlıklarına rastlanmaktadır. Yapılan bu hamlelerle beraber inşaat sektöründe arabuluculuğun kullanımının artması hedeflenmektedir (Arıcı Üstüner 2020).

Türkiye’ye bakıldığında ise arabuluculuk 2008 yılında arabuluculuğa yönelik hazırlanan yasa tasarısının gündeme gelmesiyle hayatımıza girmiştir. Hazırlanan yasa tasarısı yapılan revizyonlarla beraber 2012 yılında son halini almış ve Haziran’da “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK)”, TBMMce kabul edilerek 2013 yılında yürürlüğe girmiştir. Yasanın yürürlüğe girmesiyle beraber ülkemizde arabuluculuğa yönelik çalışmalar hız kazanmıştır. Yasanın çıkmasının akabinde, Adalet Bakanlığınca Arabuluculuk Daire Başkanlığı kurulmuş ve Türkiye, arabuluculuk çözüm yolunu uygulamaya başlamıştır. 2018 yılında ise ülkemizde, arabuluculuk, işçi-işveren uyuşmazlıklarında; 2019 yılının başında da inşaat uyuşmazlıklarını içine alan ticari uyuşmazlıklarda mahkeme ön koşulu olmuştur. Böylece arabuluculuk, Türk inşaat sektöründe yaşanan ve mahkemeye taşınmak istenen uyuşmazlıklarda, uygulanması zorunlu hale gelmiştir (Url-1). Bu hamle inşaat sektörü açısından oldukça önemlidir. Bu sayede arabuluculuk çözüm yolunun sektörde bilinirliği artacak, mahkeme yargılamasının sektöre getirdiği maddi ve manevi zarar ve projelerin girdiği çıkmazlarla kaos ortamları azalacaktır. Ancak ülkemizde inşaat sektöründe yapılan hamlelerle beraber arabuluculuğun kullanımının artacağı düşünülse de diğer ülkelerle kıyaslandığında, hala bu konuda yapılabilecek hamlelerin olduğu görülmektedir. Örneğin kamu inşaat projelerinde kullanılan Yapı İşleri Genel Sözleşmesinde, hala yaşanan uyuşmazlıklarda mahkeme yargılamasına gidilmesi ön görülmektedir ki bu durum, 2019 yılında ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğun kullanılmasını emreden yasayla çalışmaktadır.

Anlatılan tüm bilgilerin ışığında, bu çalışmada dünyada inşaat sektöründe arabuluculuk kullanılması önemi üzerinde durularak, Türkiye’deki güncel arabuluculuk uygulaması incelenecek ve Türk inşaat sektöründe arabuluculuk kullanımının artması için yapılabilecek hamleler tartışılacaktır (Arıcı Üstüner 2020).

Anahtar sözcükler: İnşaat sektörü, inşaat uyumsuzlukları, arabuluculuk, inşaat arabuluculuğu, ADR, uyumsuzluklar.

Abstract

The construction sector is a sector that is described as the locomotive for the national economies. There are some characteristics that distinguish the construction sector from other sectors. The construction projects are unique structures, which are affected by the climatic conditions of the location and the socio-economic characteristics of the period, where many different disciplines coexist and try to protect their interests as much as possible. With these features, disputes in construction project processes becomes commonplace. Literature researches show that the financial losses arising from the disputes in construction projects are very serious (Mahfouz ve Kandil 2011) however, impeded by the increasing number of disputes that unfold and oftentimes escalate as projects progress. The majority of construction disputes are resolved in courts unless project contracts call for alternate dispute resolution mechanisms. Despite the numerous advantages offered by the litigation process, the extra financial burdens and additional time required by this process makes litigation less desirable in resolving the disputes of a very dynamic construction industry. It is believed that construction litigation could be reduced or even avoided if parties have a realistic understanding of their actual legal position and the likely outcome of their case. Consequently, researchers in the artificial intelligence field have developed tools and methodologies for modeling judicial reasoning and predicting the outcomes of construction litigation cases. Despite the success of some of these systems, they were not on the basis of detailed analyses of legal concepts that govern litigation outcomes. In an attempt to provide a robust legal decision methodology for the construction industry, this paper develops an automated litigation outcome prediction method for differing site condition (DSC. With

the disputes in construction projects, the project process comes to a halt and the dispute parties suffer financial and moral damage. For this reason, it is very important to solve the disputes in construction projects in a short time to ensure the healthy progress of the projects (Saleh 2019). However, as in every sector, the first thing that comes to mind in the construction sector is usually the courts proceeding to solve the disputes. However, the long duration of the courts, the financial burden, and the fact that there is only one winner as a result are not compatible with the fast and dynamic structure of the construction sector.

To resolve disputes in the construction sector in a short time, a tendency towards alternative ways has started from judicial ways. In the research, it is seen that mediation, which is one of the alternative solutions that are used most frequently in construction projects. The power of mediation to reach a speedy solution, the presence of the impartial person in the process, the confidentiality and flexibility of the process and the financial benefits it provides to the parties are important for construction projects. In addition, mediation does not endanger future cooperation by ensuring the protection of the business relations of the parties due to its win-win approach. For all these reasons, the use of mediation becomes important in disputes living in the construction sector (Arıcı Üstüner 2020).

There are some practices in the world to encourage the use of mediation in the construction sector. For example, in some countries, it is desirable to use mediation to resolve disputes in standard construction contracts common in use; there are laws that oblige / encourage the use of mediation in the construction sector, or the existence of important and powerful institutions working in this field. With these moves, it is aimed to increase the use of mediation in the construction sector (Arıcı Üstüner 2020).

Referring to Turkey, mediation entered Turkey's agenda with the draft law prepared in the 2008 The draft law was finalized in 2012 with the revisions made, and the "Legal Disputes Mediation Act (HUAK)" was accepted by the TBMM in June and entered into force in 2013. With the enactment of the law, studies on mediation have gained momentum in our country. Following the Act, the Ministry of Justice established Department of Mediation and Turkey has started to implement the mediation

solutions. In 2018, in Turkey, in employee-employer disputes; at the beginning of 2019, in commercial disputes, mediation has become prerequisite for court proceeding. Thus, mediation has become mandatory in disputes that want to be brought to court in the Turkish construction sector (Url-1). This move is very important for the construction sector. In this way, the recognition of the mediation in the sector will increase, the financial and moral damage caused by the court proceedings will decrease and the chaos environment will decrease with the deadlocks that the projects enter. However, although it is thought that the use of mediation will increase with the moves made in the construction sector in Turkey, it is seen that there are still moves that can be made in this regard when compared to other countries. For example, the General Contract for Construction Works, which is used in public construction projects, still stipulates court proceedings in disputes that occur, which contradicts the law that ordered the use of mediation in commercial disputes in 2019 (Arıcı Üstüner 2020).

In the light of all the information described in this study, in the world, with emphasis on the importance of using mediation in the construction sector, the current mediation practice in Turkey will be studied and the moves that can be done to increase mediation use in the Turkish construction sector will be discussed.

Keywords: Construction sector, construction disputes, mediation, construction mediation, ADR, disputes.

1. Giriş

İnşaat projeleri, çok farklı disiplinden kişileri bir araya getiren, yüklenici, alt yüklenici, iş sahibi, mimar, mühendisler, hukukçular ve danışmanlar vb. gibi katılımcıların ortak bir amaç için çalışırken bir yandan da kendi menfaatlerini olabildiğince korumaya çalıştıkları tek seferlik, özgün ve planlı ama diğer bir yandan da oldukça karmaşık bir süreci ifade etmektedir. Son yıllarda hızlanan teknolojik gelişmelerle beraber inşaat sektöründe de beklentiler ve sektörel standartlar yükselmiş; böylece iklimden, ekonomiye her türlü gelişmeye ve etkiye açık bir süreç olan inşaat projeleri daha da kaotik bir boyuta taşınmıştır. Bu süreçlerin kaotik hali, sürecin yönetilmesini giderek zorlaştırmaktadır. Bu nedenle de katılımcılar arasında iletişim sorunlarının ortaya

çıkması ve menfaatlerin korunma çabasıyla beraber süreç boyunca çatışmaların yaşanması olasıdır. Proje sürecinde yaşanan çatışmalar çözüldüğünde, süreci olumlu olarak beslese de çatışmaların uyuşmazlıklara dönüşmesi mümkündür. Özellikle yukarıda sayılan nedenlerle, inşaat sektöründe bu olasılığın, daha da yüksek olduğunu söylemek doğru olacaktır.

İnşaat sektörü açısından uyuşmazlıklar, literatürde “yaşanması kaçınılmaz” olarak tanımlanan, projeleri süre ve maliyet anlamında kayıplara uğrattırırken, istenilen kalite hedefinden uzaklaştıran faktörlerdir. Ayrıca inşaat projeleri esnasında yaşanan uyuşmazlıklarda, tarafların iş ilişkileri ve prestijleri zarar görürken, proje süreci çıkmaza girer ve proje katılımcıları önemli zararlara uğrayabilir. Bu nedenle ortaya çıkan uyuşmazlıkların, en kısa süre ve düşük maliyetle çözümü, sürecin başarılı bitirilebilmesi açısından çok önemlidir.

Dünyada ve inşaat sektöründe, bir uyuşmazlığın çözümü için ilk aklı gelen yol, çoğunlukla mahkemelere başvurmaktır. Ancak son yüzyılda, tüm dünyada kabul edilen bir gerçek vardır ki, mahkemeler giderek hantallaşan mekanizmalara dönüşmüştür. Mahkemelerin giderek artan yükü, yavaşlayan sistemi, küreselleşen dünyanın ihtiyaçlarını karşılayamaması, yüksek maliyetleri ve her zaman bir kaybedenin olması, inşaat sektörü katılımcılarını farklı çözüm yollarına yöneltmiş ve mahkemeye alternatif olarak geliştirilen tahkim, inşaat sektöründe kullanılmaya başlanmıştır. Buna karşılık son yıllarda yapılan literatür araştırmalarında, tahkim süreçlerinin de mahkemeler gibi yavaşladığı ve maliyetlerinin yükseldiği gözlemlenmiştir. Böylece tahkim de inşaat sektörünün dinamik yapısıyla bağdaşmayan bir çözüm yolu olmaya başlamıştır. Bu durumda uyuşmazlık yaşayan kişiler yeni çözüm yollarına ihtiyaç duymuş ve neticesinde, alternatif çözüm yollarına yönelmiştir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları (ADR-Alternative Dispute Resolution), kazan-kazan anlayışında, hızlı, formalitesiz, düşük maliyetli ve sonuçları bağlayıcı olmayan çözüm yollarını tanımlamaktadır. Bu yolların en büyük özelliklerinden biri de süreçlerinin gizliliği ve güvenilirliğidir. Bu yollar, sayılan tüm özellikleriyle, yargısal yollardan ayrılmakta ve uyuşmazlık yaşayanlara farklı çözümler sunarak, inşaat sektöründe uyuşmazlıkların çözümünde ihtiyaç duyulan hızlı ve dinamik süreçleri sağlamaktadır. ADR yollarına örnek olarak müzakere, arabuluculuk, hakem-bilirkişi, kısa yargılama ve uyuşmazlık inceleme kurulları verilebilir.

Dünyada inşaat sektörüne bakıldığında, arabuluculuk en sık başvuru-
lan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biridir. Arabuluculuk süreci,
uyuşmazlık taraflarının, tarafsız bir kişi olan arabulucunun yardımıyla uyuş-
mazlıklarının çözümü için verdikleri çabayı kapsamaktadır. Arabuluculuk
hızlı, esnek, gizliliği yüksek, kazan-kazan anlayışında ve düşük maliyetli bir
uyuşmazlık çözüm yoludur. Arabuluculuğun sayılan tüm bu özellikleri, onu
inşaat sektörü açısından uygun bir seçenek yapmaktadır. Yurtdışındaki bir-
çok ülkeye bakıldığında, bu konunun uzun yıllardır gündemlerinde oldu-
ğu, arabuluculuğa dair kanun ve yönetmelikler geliştirdikleri, aynı zamanda
da mahkeme sistemlerine arabuluculuğu entegre ettikleri görülmektedir.
Özellikle, İngiltere ve A.B.D gibi arabuluculuk üzerine önemli gelişmelerin
yaşandığı ülkelerde, bu konuda hizmet veren önemli kurumların da olduğu
göze çarpmaktadır. Bu tür kurumların en önemli özelliklerinden biri, sek-
törel bazda hizmet vermesidir. Bu özellikleri nedeniyle bu kurumlar, inşaat
sektörü gibi farklı özellikteki bir sektörde yaşanan uyuşmazlıklarda, tarafla-
rın sektörel bazda arabuluculuk hizmeti alarak, kaliteli ve güvenilir bir ara-
buluculuk süreci geçirmelerini sağlamaktadır.

Türkiye’de ise Haziran 2012 yılında “Hukuk Uyuşmazlıklarında Ara-
buluculuk Kanunu (HUAK)” nun kabul edilmiş, 2013 yılında ise bu kanun
yürürlüğe konmuştur. Bu esnada, Adalet Bakanlığınca Arabuluculuk Daire
Başkanlığı kurulmuş ve Türkiye, arabuluculuk çözüm yoluyla tanışmıştır.
2018 yılında ise ülkemizde, arabuluculuk, işçi-işveren uyuşmazlıklarında;
2019 yılının başında da inşaat uyuşmazlıklarını içine alan ticari uyuşmaz-
lıklarda mahkeme ön koşulu olmuştur. Böylece arabuluculuk, Türk inşaat
sektöründe yaşanan ve mahkemeye taşınmak istenen uyuşmazlıklarda, uy-
gulanması zorunlu hale gelmiştir.

Türkiye’nin arabuluculuk geçmişine bakıldığında, 8 yıl gibi bir sürede
önemli bir yol kat ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Arabuluculuk anla-
mında gelişmiş diğer ülkelerle karşılaştırıldığında, arabuluculuk konusunda
Türkiye’nin eksikliği, arabuluculuk yolunu uygulamak isteyenlerin başvu-
rabilecekleri ve onlara yol gösterecek güçlü bir kurumun varlığıdır. Halihazır-
da Türkiye’de birçok arabuluculuk kurumu olmakla beraber, yurtdışındaki
kurumlarla karşılaştırıldığında bu kurumlar küçük ölçeklidir ve verdikle-
ri hizmetler daha sınırlıdır. Türkiye’de 2015 yılında kurulmuş olan İstan-
bul Tahkim Merkezi (ISTAC)’nin arabuluculuk hizmet olmakla beraber,

yurtdışında bu konuda çalışan kurumlarla karşılaştırıldığında, bu hizmetin yüzeysel ve en önemlisi de sektörel bazda ayrılmamış olduğu görülmektedir. Özellikle inşaat sektörü gibi kendine has özellikleri bulunan teknik bir sektörde, uyuşmazlıkların çözümünün sektörel bazda ele alınması ve sürece dâhil olan arabulucuların doğru seçilmesi çok önemlidir. Bu nedenle yurtdışındaki arabuluculuk üzerine hizmet veren kurumlar, arabuluculuğun inşaat sektöründe verimli olarak kullanılmasında önemli rol oynamaktadır. Ancak Türkiye’de henüz böyle bir kurum yoktur.

2. İnşaat Sektöründe Arabuluculuk

İnşaat sektöründe en çok kullanılan ADR yollarından biri arabuluculuk çözüm yoludur (Brooker ve Wilkinson, 2010; İltar ve diğ., 2016). İnşaat sektörü diğer sektörlerden farklı özellikler göstermektedir. Bu nedenle, inşaat sektörü açısından arabuluculuk kullanımı diğer sektörlerden farklıdır. Örneğin her kararda insan ögesi önemli bir faktördür. Ancak bu öge inşaat sektöründeki karar verme süreçlerine farklı bir şekilde dahil olmaktadır. İnşaat sektörü müzik, reklamcılık hatta sağlık gibi duyguların işin içine yansıtıldığı sektörlerden farklı olarak, iş performans göstergeleri ve ölçümlerle yürütülmektedir. Bu nedenle, inşaat sektöründe uyuşmazlıklar, daha çok verilere, ölçümlere ve daha net ölçülebilen menfaatlere dayanmaktadır. Bunun yanı sıra uyuşmazlık yaşanan projelerde süreçlerde tıkanmalar yaşanmaya başlamaktadır. Uyuşmazlıklarla beraber projelerin nasıl devam edeceği belirsizleşeceği gibi, inşaatın durma noktasına gelmesiyle, inşaat sahasındaki ekipmanlar da zarar görmeye başlamaktadır. Bu durum ise daha büyük uyuşmazlıkların yaşanmasına zemin hazırlamaktadır (Saleh, 2019). Uyuşmazlıkların ortaya çıkışıyla beraber yaşanan tüm bu olumsuz durumlar nedeniyle, inşaat sektöründe mahkeme yargılaması gibi yavaş bir çözüm yolundansa, arabuluculuk gibi dinamik bir çözüm yoluna ihtiyaç duyulmaktadır (Saleh, 2019). Ayrıca inşaat sektöründeki uyuşmazlıklar, genellikle ikiden fazla taraf arasında geçmektedir. Mahkeme gibi yargısal yollar da, davalı ve davacı olmak üzere iki ayrı taraf dışında üçüncü bir taraf yer alamaz. Ancak arabuluculukta, birden çok uyuşmazlık tarafı bulunabilir. Arabuluculuğun çok katılımcı süreçlere uygun yapısı da inşaat sektörü açısından bu çözüm yolunu seçmede önemli bir faktördür.

2.1 Ülkelerin Arabuluculuk Sistemleri

Yurtdışında birçok ülkede arabuluculuk adına önemli adımlar atılmakta ve bu uyuşmazlık yolunun kullanılması için teşvik edici hamleler yapılmaktadır. Örneğin İngiltere, A.B.D gibi ülkelerde uzun yıllardır arabuluculuk uygulaması olduğu, inşaat sektöründe arabuluculuğun yaygın olarak kullanıldığı ve hukuk sistemlerine arabuluculuğun verimli bir biçimde entegre edildiği görülmüştür. Ayrıca bu ülkelerde, ulusal ve uluslararası hizmet veren güçlü kurumların olduğu ve bu kurumların arabuluculuğa yönelik önemli katkılarının bulunduğu da bir gerçektir.

İngiltere'deki arabuluculuk sistemine bakmak gerekirse, her ne kadar İngiltere'de uzun yıllardır arabuluculuğa dair önemli çalışmalar olsa da arabuluculuğun mahkemelerin sistemlerine dahil edilmesi 1998 yılında yayımlanan Civil Prodecure Rules (CPR) ile olmuştur. Bu kanunla beraber davaların uygun bulunması halinde, uyuşmazlık taraflarının mahkemelerce, ADR yollarına başvurmaları konusunda teşvik edilmesine başlanmıştır. Böylece mahkemelerin yüklerinin hafifletilmesi amaçlanmıştır. Ayrıca bu kanun kapsamında, ön eylem (pre-action protocol) protokolleri üretilmiştir. Teknoloji ve İnşaat Mahkemeleleri (TCC), bu protokollerden, İnşaat ve Mühendislik Ön Eylem Protokolü (The Construction and Engineering Pre- action Protocol-CEPP) ile düzenlenmektedir. Bu protokole göre uyuşmazlık tarafları, mahkeme süreçleri başlamadan önce bir ön toplantı düzenleyerek uyuşmazlıklarını mahkeme harici bir yolla çözüp çözemeyeceklerini tartışmaktadır. Bu toplantılarla taraflar ADR yollarına yönelmektedir. (Scherpe ve Marten 2013; Brooker ve Wilkinson 2010; Arıcı Üstüner ve Taş 2016; Brooker 2017; Arıcı Üstüner 2020).

İngiltere'de, arabuluculuğun yayılmasında etkili olan başka hamleler de yapılmıştır. 2003 yılında kurulan The Civil Mediation Council (CMC), özellikle ticari uyuşmazlıklarda, arabuluculuk kullanımını destekleyerek, arabuluculuğa yönelik kurallar, kalite ve eğitimlere dair bir standart oluşturmayı hedeflemiştir. İngiltere ve tüm Avrupa Birliği ülkelerinin, arabuluculuk konusunda ilerlemelerini sağlayan en önemli gelişmelerden biri ise, 2008 yılında, Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21 Mayıs 2008 Tarihli Avrupa Birliği Arabuluculuk Direktifi (2008/52/EC)'nin kabul edilmesidir. Bu Direktif, sınır ötesi arabuluculuklarda; tarafların gönüllü arabuluculuk yoluna başvurmasını, arabuluculuk eğitimlerini, arabuluculuk kuralları, pratiği ve kalitesini; arabuluculuk anlaşmalarının

icrasını, arabuluculuğun güvenilirliğine saygı duyulmasını ve uyuşmazlık taraflarının yargıya başvurma haklarının saklı olmasını konu almaktadır (Brooker ve Wilkinson 2010; Scherpe ve Marten 2013; Arıcı Üstüner 2020).

İngiltere’de, arabuluculuk üzerine çalışan güçlü kurumların varlığından söz etmek mümkündür. Bu kurumlar da arabuluculuğun aktif olarak kullanılmasında önemli bir rol oynamaktadır. Bu kurumların en önemlilerine örnek olarak CEDR (Centre for Effective Dispute Resolution) verilebilir. CEDR, uyuşmazlıkların çözümü için süreç adımları, kuralları, standart dokümanlar hazırlayıp, konuya yönelik eğitimler düzenleyerek, uyuşmazlıkların çözümünde etkili, uluslararası bir kurum olmayı amaçlamaktadır. Aynı zamanda bu kurum, İngiltere’deki mahkeme bağlantılı arabuluculuk sistemiyle entegre çalışmaktadır. Diğer bir yandan, İngiltere inşaat sektöründe hizmet veren, önemli bir kurum olan ICE (Institution of Civil Engineering)’nin de sektöre özel bir arabuluculuk hizmetinin olması ve ülkede yaygın olarak kullanılan, ICE ve JCT (Joint Contracts Tribunal) gibi standart sözleşmelerde, ADR yolları ve arabuluculuğun, uyuşmazlık çözüm yolları olarak yer alması, inşaat sektöründe arabuluculuk kullanımını arttıran önemli faktörlerdir (Brooker ve Wilkinson 2010; Arıcı Üstüner 2020; Url-2).

A.B.D arabuluculuk konusunda önemli çalışmaları olan bir diğer ülkedir. Arabuluculuk yolunun geçmişi 1900’lü yılların başına dayanan A.B.D’de, arabuluculuğun yayılmasını sağlayan en önemli gelişmelerden biri 1969 yılında Ohio’da mahkeme bağlantılı arabuluculuk sisteminin kullanılmaya başlanmasıdır. Bu yıldan sonra diğer eyaletlerde de, mahkeme bağlantılı arabuluculuk gelişmeye başlamıştır (Stipanowich 2017; Saul 2012; Url-3; Arıcı Üstüner ve Taş 2016; Arıcı Üstüner 2020). 1990 yılına gelindiğinde ise, Medeni Yargı Reform Kanunu (The Civil Justice Reform Act) yayınlanmıştır. Bu kanunla, hâkimlerce uygun bulunan davaların, direkt arabuluculuk yoluna sevk edilmesinin, bazı davalarda ise uyuşmazlık taraflarına arabuluculuk yolunun önerilmesinin önü açılmıştır. Ancak A.B.D’nin çok eyaletli yapısı bazı olumsuzlukları beraberinde getirmiş ve arabuluculuğa yönelik hazırlanan kanunlar 2000’in üstünde bir sayıya ulaşmıştır. Kanunların 2000’in üstünde bir sayıya ulaşmasıyla beraber, 2002 yılında, A.B.D’de, Tek Tip Arabuluculuk Kanunu (The Uniform Mediation Act) yayınlanmış ve tavsiye kararı ile eyaletlere gönderilmiştir (Saul 2012; Url-3; Arıcı Üstüner ve Taş 2016; Arıcı Üstüner 2020). A.B.D’de yapılan araştırmada, uyuşmazlık taraflarının mahkemelerce, en çok arabuluculuk

çözüm yoluna yönlendirildiği görülmüştür (Stipanowich 2017). Tüm bu hamleler, A.B.D’de, arabuluculuk kullanımını arttırmıştır.

A.B.D’de, İngiltere’de olduğu gibi önemli arabuluculuk kurumlarından bahsetmek mümkündür. 1926 yılında, önemli ADR kurumlardan biri olan American Arbitration Association (AAA), faaliyete geçmiştir. 1996 yılında ise uluslararası hizmet verebilmek için AAA bünyesinde, International Centre for Dispute Resolution (ICDR) kurulmuştur. AAA-ICDR, A.B.D’de, inşaat sektöründe arabuluculuk üzerine hizmet veren ve inşaat sektöründe arabuluculuk yolunun yaygınlaşmasına katkı sağlayan önemli bir kurumdur (Url-4). Ayrıca A.B.D’de, inşaat sektöründe arabuluculuk üzerine yenilikçi yaklaşımları olan Judicial Arbitration and Mediation Services (JAMS) ve arabuluculuk üzerine aktif bir kurum olan International Institute for Conflict Prevention&Resolution (CPR)’de, ülkede faaliyet göstererek, arabuluculuğun yayılmasına katkıda bulunmaktadır (CPR, 2015; Url-5). Sayılan bu kurumların dışında, dünyada inşaat sektöründe kullanılan en önemli standart sözleşmelerinden olan AIA (The American Institute of Architects) dokümanlarında da arabuluculuk, uyuşmazlık çözüm yolu olarak gösterilmektedir (Url-6). Yine bu durum da arabuluculuğun A.B.D inşaat sektöründe yaygın olarak kullanılmasını sağlamaktadır.

Türkiye’deki arabuluculuk sistemine bakıldığında, arabuluculuğun ülke gündemine 2006 yılında Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu (TÜBİTAK) ve Adalet Bakanlığı’nın iş birliği ve Türkiye Sanayi Sevk ve İdare Enstitüsü (TÜSSİDE)’nin moderatörlüğü ile düzenlenen Türkiye Hukuk Kamu Araştırma Programı Ortak Akıl Platformu’nun, TÜSSİDE’nin Gebze-Kocaeli tesislerinde gerçekleştirdiği ortak akıl toplantılarıyla girdiği görülmektedir. Bu toplantılarda, günümüzde yürürlükte olan arabuluculuk sisteminin temelleri atılmıştır. Bu toplantılardan sonra bir komisyon kurularak, taslak bir arabuluculuk kanunu hazırlanmıştır. 2008 yılının haziran ayında ortaya konan “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı”, geçirdiği revizelerden sonra 2012 yılının haziran ayında TBMM’de kabul edilmiş ve 2013 yılında yürürlüğe girmiştir (Url-1). Türkiye’de arabuluculuk ülke gündemine her ne kadar geç girmiş olsa da gelişmeler hızlı ilerlemiştir. 2018 yılına gelindiğinde ülkemizde işçi-işveren, 2019 yılına gelindiğinde ise ticari davalarda arabuluculuk mahkeme ön şartı olmuştur. Böylece mahkeme bağlantılı arabuluculuk sistemi uygulanmaya başlanmıştır. Ticari davalarda arabuluculuğun mahkeme ön şartı olması inşaat sektörü açısından önemli bir

gelişmedir. Bu şartla beraber ticari davalar kapsamında olan inşaat davalarında arabuluculuk yolunu uygulamadan mahkemeye başvurulmasının önü kapanmıştır. Yapılan araştırmalarda ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğun dava ön şartı olmasıyla beraber inşaat sektöründe arabuluculuk kullanımının arttığı gözlenmiştir. Ayrıca gelen dava ön şartıyla beraber inşaat sektöründe arabuluculuğa dair bilincin arttığı görülmüştür. Ancak inşaat sektörü profesyonellerinin Türk arabuluculuk sistemine yönelik olumsuz buldukları en önemli özellik, sektör profesyonellerinin arabulucu olamamasıdır. Yurtdışındaki arabuluculuk sistemlerinde, arabuluculuk konusunda akredite kurumlardan eğitim alarak gerekli staj/eğitim/sınav gibi zorunlulukları tamamlayan kişilerin arabulucu olabilmesine imkân varken, ülkemizde hukuk eğitimi almamış kişiler arabulucu olamamaktadır. Yapılan araştırmada sektör profesyonellerine göre özellikle inşaat sektörü gibi teknik bir sektörde, arabuluculuk sürecini yöneten kişilerin, sektörel özelliklere hâkim olmasının önemli bulunmaktadır. Yurtdışındaki arabuluculuk sistemleri de göz önüne alındığında da bu talebin makul ve uygulanan bir çözüm olduğu görülmektedir (Arıcı Üstüner 2020). Türkiye’deki arabuluculuk sisteminde ilerleyen zamanlarda, şartların olgunlaşmasıyla beraber bu tür hamlelerin yapılabileceği düşünülmektedir. İnşaat sektörü profesyonellerinin Türkiye’de arabuluculuk konusunda ihtiyaç duydukları bir diğer husus ise bu konuda çalışan güçlü bir kurumun varlığıdır. Türkiye’de arabuluculuk merkezi adı altında birçok arabuluculuk kurumu bulunmaktadır. Ancak bu kurumlar küçük ölçekli ve lokal hizmetler veren kurumlardır. 2015 yılında kurulan ISTAC ise her ne kadar uluslararası bir kurum olsa da daha çok tahkim üzerine hizmetleri olan, arabuluculuk hizmeti ise yurtdışındaki kurumlarla kıyaslandığında yüzeysel ve en önemlisi sektörel bazda ayrılmadığı görülen bir kurumdur. Türk inşaat sektöründe yukarıda anlatılan CEDR ya da AAA gibi hizmet veren güçlü ve uluslararası bir kurumun varlığından söz etmek mümkün değildir. İnşaat sektörü gibi özerk bir sektörde arabuluculuk konusunda sektörel bir hizmet almak önemlidir. Bu nedenle Türk inşaat sektörü için bu tür bir kurumun varlığı, sektördeki arabuluculuk kullanımını arttıracaktır.

3. Sonuç

Arbuluculuk dünyada sıkça kullanılan bir ADR yollarından biri olup, basit, yalın, düşük maliyetli ve kısa süreli uyuşmazlık çözüm yoludur. Yurtdışına bakıldığında, inşaat sektöründe uzun yıllardır arabuluculuğun kullanıldığı,

bu yolun standart dokümanlara dâhil edildiği ve sektörde bu konu üzerine hizmet veren önemli kurumların olduğu görülmektedir. Ayrıca birçok ülkede, yargı sistemlerine entegre edilmiş olan arabuluculuğun, yapılan bu hamlelerle beraber inşaat sektöründe kullanımının artması sağlanmıştır. Ülkemize bakıldığında arabuluculuğun 2008 yılında taslak kanunun hazırlanmasıyla beraber konuşulur, 2012 yılında ise Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun kabulüyle beraber uygulanır olduğu görülmektedir. Her ne kadar Türkiye'de arabuluculuk geç gündeme alınmış olsa da arabuluculuğa yönelik gelişmeler hızlı ilerlemiş ve 2018 yılında işçi-işveren uyuşmazlıklarında, arabuluculuğun mahkeme ön koşulu olmasıyla beraber mahkeme bağlantılı arabuluculuk sistemi ülkemizde uygulanmaya başlanmıştır.

2018 yılında işçi-işveren, 2019 yılında ise ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk, mahkeme ön koşulu olmuştur. Böylece Türkiye için mahkeme bağlantılı arabuluculuk sistemi uygulanmaya başlanmıştır. Ancak özellikle Türk inşaat sektörü için arabuluculuğa yönelik üç önemli hamlenin yapılması, sektörde arabuluculuğun yaygın kullanılmasının önünü açacağı düşünülmektedir. Bunlardan ilki sektör profesyonellerinin de arabulucu olabilmesidir. Yurtdışı uygulamalarında arabulucu olma şartında mesleki kısıtlamalara yer verilmezken, ülkemizde hukukçular dışındaki sektörlerin arabulucu olmasına izin verilmemektedir. Türk arabuluculuk sisteminin gelişmesi, yerleşmesi ve olgunlaşmasıyla bu durumun değişerek yurtdışındaki uygulamalarla eşitlenmesi, ülkemizdeki arabuluculuk kullanımını arttıracaktır. İnşaat sektöründe arabuluculuk kullanılmasını arttıracak bir diğer hamle ise bu konuda sektörel bazda çalışan güçlü bir kurumun varlığı olacaktır. CEDR ve AAA gibi kurumlar, uyuşmazlıklara sektörel bazda arabuluculuk hizmeti vererek, uyuşmazlıkların sektörüne göre arabuluculuk prosedür ve süreçleri tanımlamaktadır. Bu tür uygulamalar ve güçlü kurumların varlığıyla, arabuluculuğa başvuran kişilerin sürece güveni artmakta ve süreç çok daha profesyonel ve başarılı bir biçimde yürütülmektedir. Türk inşaat sektörü açısından yapılacak bu tür hamlelerle beraber, sektörde arabuluculuk kullanımının artacağı düşünülmektedir. Son olarak ise yurtdışında yaygın olarak kullanılan inşaat sözleşmelerinde arabuluculuğun uyuşmazlık çözüm yolu olarak kullanıldığı görülmektedir. Ancak Türkiye'de kamuda kullanılan YİGS'de uyuşmazlık çözüm yolu halen mahkeme yargılamasıdır. Bu sözleşmeye arabuluculuk yolunun dahil edilmesiyle beraber, yine sektörde arabuluculuk çözüm yolunun kullanımının artacağı ön görülmektedir.

Kaynakça

- Arıcı Üstüner, Y. 2020.** “Türk İnşaat Sektöründe Arabuluculuk Üzerine Hizmet Verecek Bir Kurum Önerisi”. *İTÜ Fen Bilimleri*. İstanbul Teknik Üniversitesi.
- Arıcı Üstüner, Y., ve E. Taş. 2016.** “Yurtdışındaki Arabuluculuk Sistemlerinin Türkiye İnşaat Sektöründeki Kullanım Koşullarında Değerlendirilmesi”. İçinde 4. *Proje ve Yapım Yönetimi Kongresi*, 3–5. Eskişehir.
- Brooker, P. 2017.** “Court-connected Construction Mediation Practice in England and Wales”. İçinde *Court-Connected Construction Mediation Practice*, editör Andrew Agapiou ve Deniz Artan İler, 1. baskı, 11–34. Routledge Taylor&Francis Group.
- Brooker, P., ve Wilkinson, S. 2010.** “Introduction”. İçinde *Mediation in the Construction Industry*, editör Penny Brooker ve Suzanne Wilkinson, 1. baskı, 1–19. London: Spon Press.
- CPR. 2015.** “CPR European Mediation and ADR Guide”. *CPR International Institute for Conflict Prevention & Resolution*. New York.
- Mahfouz, T., ve Kandil, A. 2011.** “Litigation Outcome Prediction of Differing Site Condition Disputes through Machine Learning Models”. *Journal of Computing in Civil Engineering* 26 (3): 298–308.
- Saleh, Ahmed M. 2019.** “New Approach to Mediating Construction Disputes”. *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction* 11 (4): 02519003.
- Saul, J. A. 2012.** “The Legal and Cultural Roots of Mediation in the United States”. *Opinio Juris in Comparatione* 1 (August): 1–12.
- Scherpe, J.M., ve Marten, B. 2013.** “Mediation in England and Wales: Regulation and Practice”. İçinde *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective*, editör Klaus J. Hopt ve Felix Steffek, 1. baskı, 365–456. Oxford.
- Stipanowich, L.J. 2017.** “Court-Connected Mediation for Construction Disputes in the United States of America”. İçinde *Court-Connected Construction Mediation Practice*, editör Andrew Agapiou ve Deniz Artan İler, 79–110. Routledge Taylor&Francis Group.
- Url-1.** <https://adb.adalet.gov.tr/>>. Erişim: 17.10.2020.
- Url-2.** <https://www.cedr.com/aboutus/>. Erişim: 20.12.19.
- Url-3.** <http://www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/hgdmakale/2009-1/8.pdf>. Erişim: 25.11.19.
- Url-4.** <https://www.adr.org/mission>. Erişim: 25.11.19.
- Url-5.** <https://www.jamsadr.com/>. Erişim: 23.12.19.
- Url-6.** https://books.google.com.tr/books?id=xle1QPrIsG4C&pg=PA105&lpg=PA105&dq=AIA+dispute+resolution&source=bl&ots=KF511sYKz-&sig=ACfU3U2CHcaw-NXgk_s-Mr_tcLCHUPc-ZQ&hl=tr&sa=X&ved=2ahUKewjo9eGLh7TqAhVSxIUKHTdPD6YQ6AEwAnoECAYQAQ#v=onepage&q=mediation&f=false. Erişim: 20.07.20.