

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 uyumsuzluklar, 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 kiralananana 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 uyumsuzluğun giderilmesine yönelik kararlarıyla, bölge adliye mahkemelerinin 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 uyumsuzluklar ile tüketici uyumsuzlukları 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 hukukî niteliği itibariyle dava olmayan şikâyet, itirazın kaldırılması, icranın geri bırakılması ile takibin iptali ve taliki talepleri dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir. Aynı şekilde ihtiyatî 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 sıklığa 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 daireesine 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. fıkrada ise, bu kanunun yabancılik 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 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 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: Kurzkommendar, 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 görülmüş 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 mahkemece bir davanın esasına girilebilmesi için varlığı ya da yokluğu zorunlu olan şartlardır. Dava şartları taraflarca ileri sürülmesi 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 etkilemeyecek, 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 itibariyle 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: Kurzkomentar, 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 tahkim 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 görülmüş 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 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 mündericetine 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 ticarî 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 kanununun 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 kanununun 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 ödemedede 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 başvurması gerektiği kabul edilmelidir.

Menfi tespit davasına ilişkin tüm bu sonuçlar, hukukî niteliği itibariyle 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 esastan reddine karar vermek gerekmiştir.” İstanbul BAM 16. HD, 25.06.2020, 1086/1143 (Lexpera).

maddesindeki açık düzenleme gereğince, tüketici mahkemelerinde görülecek istirdat davalarında dava şartı arabuluculuk uygulama alanı bulacaktır.

Tasarrufun iptali davalarında da bir alacak veya tazminat talebi bulunmamaktadır. Bu davanın kabulü ile alacaklıya, borçlunun üçüncü kişiye 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 ayırımı haline getirilmiştir. Anılan kanununun 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 yasadın 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 davanında dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilmesi hatalı olup davalının 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.

Doktrinadaki 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

- Akil 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.**, Medeni 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 Taslağının 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.
- Ildır 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, Medeni 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.
- Özkes M., Arabuluculuk Mahkemelerine Doğru Tehlikeli Gidiş, Kayseri Barosu Dergisi-Duruşma Arası, S. 1, Y. 2019, s. 53-63.
- Özkes M., Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15 Bası, İstanbul 2017.
- Özkes M./Atalı M.**, 7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Toplantısı, 23 Aralık 2017, İstanbul 2018.
- Özkes M./Çiftçi P., Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul BAM Kararları Örneğinden Bir Bakış), TBBD 2020/148, s.101-134.
- Özümücü S., Arabuluculuk Modelleri, İstanbul 2021.
- Özümücü S., Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk, İÜHFİM, C. LXXI, S. 1, Y. 2013, s. 1369-1390.
- Özümücü S., Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış, İÜHFİM, 2016/2, s.807-842.
- Özümücü S., Uzak Doğuda 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, Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı-VI, Medeni Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme, Ankara 2008, s. 265-300.
- Pekcanitez H./Atalay O./Sungurtekin Özkan M./Özkes M.**, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 7. Bası, İstanbul 2020.
- Paşlı 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.
- Tanrıver 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.
- Tanrıver S.**, Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler, TBBD, 2020 (147), s. 111-142.
- Tanrıver S.**, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBBD, 2006/64, s. 151 vd.
- Tanrıver S.**, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Ankara 2020.
- Tanrıver 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 Usullerle 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 İflâs Hukuku, 7. Bası, 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 kefedeye 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 üretmemesi 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 vakıalardan 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 seçimsiz 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 alacağına tahsilini akim ve semeresiz kılacaktır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağına matuf hüküm, lafzı ve özü itibarıyla muğlak 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 itibarıyla uyuşmazlıklara çözüm olmaktan uzak, gayret ve emekleri zayi edecek ve gelecekte birçok karışıklık ve değişikliğe 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 üretmek 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/Özkes/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 ürettirmelerini 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 açıklatmayı 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 seçimsel 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/Özkes Muhammet/Atalı Murat/Seven Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, İstanbul 2019, s. 8, 28.

15 Ekmekçi/Özkes/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 çözümlenmesi 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, vakia 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/I'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/I'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 inisiyatifi 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 yapılandırılmaya 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 mülahazası 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 yapılacak olursa, 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 gerçekleşeceğinden, 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 yaşamının teminatıdır. Hak kavramı tanımlanmadan hukuk inşa edilemeyecektir. Hak, insanoğlunun maddi ve manevi varlığının muhafaza ile idamesi için fitratta 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, geçmişi 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 gerçekleştirir 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, kötünüyeteye 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 işlemde 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 uyumsuzluğu bitirip, tarafların tatmin ve memnuniyetinin sağlanması, hayatın olağan akışı ile mantık ve tecrübe kuralları çerçevesinde hukuki izahattan yoksundur.

B. İkame/Seçimlik Hukuki Çare

Hakikatte, arabuluculuk, uyumsuzlukların 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 uyumsuzluklarda çözüm odaklı bir düzenlemedir. Bu bağlamda, idare hukukundaki yap, işlet ve devret modeli özel hukuk uyumsuzluklarına³⁵ evrilmiştir. 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 asli 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 uyumsuzlukların 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 Açılmaması

Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz. 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 hükmün 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 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 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 itibarıyla 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 vakalar 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 (HUAİK 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 anlaşmış oldukları hususların açıkça yazılması ehemmiyet kesbeder. Bu vadede, 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 açılmayacağını 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 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'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 Tanrıver, Arabuluculuk, s. 120.

58 Tanrıver, Arabuluculuk, s. 151.

59 Tanrıver, 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 üretememesi 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 aşıkardır. 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 yasağına 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 uyumsuzluğun 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 yaptığının tezahürüdür. Dolayısıyla arabulucuların, arabuluculuk faaliyeti sonrasında hazırlanmış 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. Hakikatte, arabuluculuk, uyumsuzlukların 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 uyumsuzluklarda çözüm odaklı bir düzenlemedir. Toplumdaki uyumsuzlukların çözümlenip, hukuki barışın sağlanmasının yegâne aracı yargılama faaliyeti olmasa da, bu fonksiyonu sağlamaya namzet ve elverişli olduğu düşünülen arabuluculuk faaliyeti, uyumsuzlukları bütün bir gelecek için söndürüp, devlet mahkemelerine başvuruyu 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/Özkes 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, değerlendirici 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 değerlendirici ("*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/ **Özkes**, 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 değerlendirici 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 uyumsuzluğu, çözülmesi gereken bir problemden ziyade insanın gelişimine katkı sağlayan bir araç olarak değerlendirir. Dönüştürücü arabuluculuğa ilişkin detaylı bilgi için bkz **Özsumcu**, 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 çözümünü 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, “*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 ihtiyari 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 genişlemeyle 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 başvurulan 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. **Özsumcu**, 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/ Özekes/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 ayırım 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 gözeten 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 değerlendirici 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; Rozdeiczer/De la Campa, s. 132).

- 13 Roberts, s. 193; 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, 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; Rozdeiczer/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 paylaşmayacağı 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 uyuşmazlık 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; **Kısmet 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 hukukten daha güçlü hissedebileceği, böyle bir durumda diğer tarafın da eş pozisyona gelebilmesi 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 anlaşmayla çözümlenmelerini 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 arasında 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 buldukları 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 **Özmumcu**, 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 **Johansen**, 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.; **Özmumcu**, Arabulucunun Rolü, s. 1374-1375; **Kismet Kekeç**, s. 240 vd.

29 Değerlendirici dar modele ilişkin bilgi için bkz. **Riskin**, Understanding Mediator, s.

Değerlendirici arabuluculuk, yönlendirici olup olmamasına göre de bir ayrımına tabi tutulmuştur³⁰. Her iki türde de arabulucu, taraf iddialarının zayıf ve güçlü yanları ve uyuşmazlığın 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 ayrımında 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 uyuşmazlığın temelinde tarafların önyargılarının ve uyuşmazlığın çözümünü zorlaştırıcı diğer psikolojik engellerin bulunduğu düşüncesini esas almasıdır. Bu çerçevede, tarafların soruna ilişkin algı ve düşüncelerinin farkına varmaları ve uyuşmazlığa sebep bu düşünce engellerini kaldırmalarıyla uyuşmazlık adil bir şekilde çözümlenecektir³³. Dolayısıyla bu modelde arabulucunun rolü, taraflara aralarındaki uyuşmazlığı 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; **Kismet 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.

Iı. Türk Arabulucuk Mevzuatında Benimsenen Model

Hukuki uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümü, Türk hukukunda 2012 yılında yürürlüğe giren HUAK ile hukuki zemine kavuşturulmuştur. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 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 ihtiyari 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 başvuru 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 olmadığını 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, değerlendiricilik 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; **Özmumcu**, 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 bakımından 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 HUAK'ye 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 hükümlerinde⁴¹,
- Fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuat hükümlerinde (6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu⁴² 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 Kanunu⁴³, 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu⁴⁴)

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/ Özeker/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 yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ila 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ila 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ila 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir 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 Derinliđi Bulunan Diğeri Malların Ticaretinin Düzenlenmesi Hakkında Kanunu⁴⁹ m. 10

örnek olarak verilebilir⁵⁰.

Nispi ticari (yari 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 öngörölmüş 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 itibariyle 128.088,36 TL'den daha aşığı 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 geleneksel 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 Fikri mülkiyet hukuku kapsamındaki hususların soyut yapısı ve bu alandaki uyuşmazlıklarda özellikle zararın tazmininin hesabı noktasında ortaya çıkan belirsizliklerin uyuşmazlıkların çözümlenmesinde 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 Fikri ve sınai mülkiyet mevzuatında düzenlenen hususlardan doğan hukuk davalarında dava şartı arabuluculuğu konu alan yakın tarihli Türk yargı kararları için bkz. **Erdem**, Ümit/ **Yumrutaş**, Dilek: *Fikri ve Sınai Haklar Hukuku'nda "Dava Şartı" Olarak Arabuluculuk*, Legal, 2019.

değerlendirilmesi gereken ve içerik itibariyle 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, uyumsuzluk çözüm sürecinin arabuluculuğun ilkeleri ve temel amacı doğrultusunda yürütülebilmesini zorlaştıracak ve bu durum da en nihayetinde uygulamaya olumsuz şekilde yansıtacaktır.

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 uyumsuzluklarla karşılaşabileceği gibi taraflar arasındaki kişisel ilişkilerin ön planda tutulduğu, daha uzun bir sürede tamamlanmasının taraflar bakımından menfaat kaybına sebep olmayacağı türden uyumsuzlukların çözüm sürecinde de yer alabilir. İkinci türden bir uyumsuzlukta kolaylaştırıcı bir yaklaşım yeterli kabul edilebilecek iken, ilk bahsedilen nitelikte bir uyumsuzluğun kolaylaştırıcı arabuluculuk modeliyle çözümlenmesini beklemek gerçekçi olmayacaktır⁵⁷. Diğer bir ifadeyle, böyle bir uyumsuzlukta 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 sürecinin tamamen kolaylaştırıcı öğelerle yürütülebilmesinin pratik olarak mümkün olmadığı yönünde bkz. **Roberts**, s. 208. Nörobiyolojik olarak insanın doğası gereği değerlendiriciliğe meyilli olduğu, bir arabulucunun kolaylaştırıcı modeli uygulamaya niyet etmiş olması durumunda dahi bir noktadan sonra kendisini değerlendirici pozisyonunda görebileceği yönünde bkz. **Lack**, Jeremy: “A mindful approach to evaluative mediation”, *MfN Tijdschrift Conflictantering*, S. 3, 2014, s. 18-19.

58 Gelişen ve değişen pazar şartları çerçevesinde değerlendirici 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 uyumsuzluğun çözümünde fayda sağlamayacak ve ancak farklı alanlara ilişkin hukuki bilgi ve deneyime sahip bir arabulucunun yardımıyla süreç kurumunun amaç ve ilkelerine uygun şekilde sonuçlandırılacaktır. 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, uyumsuzluk 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 ifadeler 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 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 değerlendiricilik 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 değerlendiriciliğinin 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/ Özekes, 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.
- Kismet 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 Conflictthanting*, 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 Practice and Procedure Version 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.**
- 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.**
- 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 Fusun: 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.**

