



T.C.
GAZI ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KSEK
ANS
zi

**MEDENİ USUL HUKUKU AÇISINDAN
ZORUNLU ARABULUCULUK**

BETÜL AZAKLI ARSLAN

MEDENİ USUL İCRA-İFLAS HUKUKU ANABİLİM DALI



MEDENİ USUL HUKUKU AÇISINDAN ZORUNLU ARABULUCULUK

Betül AZAKLI ARSLAN

YÜKSEKLİSANS TEZİ

MEDENİ USUL İCRA-İFLAS HUKUKU ANABİLİM DALI

GAZİ ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Tez Danışmanı

Doç. Dr. İbrahim ERMENEK

OCAK- 2018

Betül AZAKLI ARSLAN tarafından hazırlanan "Medeni Usul Hukuku Hakkında Zorunlu Arabuluculuk" adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ / OY ÇOKLUĞU ile Gazi Üniversitesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalında Hukuk Bilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Danışman: Doç. Dr. Tahsin Ermenek
Gazi Ün. Hukuk Fak.

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum

Başkan : Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK
Başkent Univ. Hukuk Fak. Medeni Usul, İcra İflas Hk. ABD
Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum

Üye : Dr. Doç. Dr. Mustafa Göksu
Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum

Tez Savunma Tarihi: 23.01.2018

Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Yüksek Lisans Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.

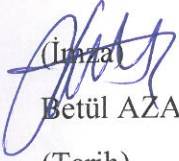


Prof. Dr. Hilmi ÜNSAL

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

ETİK BEYAN

Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada; Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi, Kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı, Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu, bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

(İmza)


Betül AZAKLI ARSLAN

(Tarih)

26/01/2018

MEDENİ USUL HUKUKU AÇISINDAN ZORUNLU ARABULUCULUK

(Yüksek Lisans Tezi)

Betül AZAKLI ARSLAN

GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

OCAK 2018

ÖZET

Arbuluculuk faaliyeti, mukayeseli hukuk sistemlerinde en fazla kabul gören alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sistemde asıl olan arbuluculuğun gönüllülük esasına dayalı olarak yürütülmesidir. Ancak bazı hukuk düzenlerinde arbuluculuğa başvuru zorunlu tutulmakta ve özel bir dava şartı olarak düzenlenmektedir. Arbuluculuğa başvurunun zorunlu tutulmasındaki amaç, mahkemelerdeki iş yükü probleminde çözüm oluşturmak ve dolayısıyla tarafların mahkemeleri meşgul etmeden uyuşmazlığı iyi niyetle çözüme kavuşturmalarını sağlamaktır. Hukukumuzda da benzer amaçlarla kabul edilen arbuluculuğa başvurma zorunluluğu, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununda “dava şartı olarak arbuluculuk” başlığı altında düzenlenmiştir. Ancak arbuluculuğa başvurunun zorunlu kılınması, hukukumuzda ve mukayeseli hukukta, gönüllülük ilkesinin tam olarak uygulanmamasına ve bu durumun arbuluculuğun mahiyetine aykırılık oluşturduğu düşüncesiyle birçok tartışmaya konu olmuştur. Ayrıca, zorunlu arbuluculuk faaliyeti, sürecin başlangıcından sonuna kadar usul hukuku boyutuyla bir takım sonuçlar doğurmaktadır. Tüm bu nedenlerle arbuluculuğa başvurunun zorunlu kılınması uygulamasının usul hukuku bakımından sonuçları ele alınmıştır. Çalışmamızda, ilk olarak zorunlu arbuluculuk faaliyeti kavramının teorik ve pratik temelleri mukayeseli hukuk çalışması ile birlikte incelenmiştir. Bu incelemenin ardından İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan zorunlu arbuluculuk uygulamasına ilişkin hükümlerin usul hukuku açısından sonuçları ortaya konulmuştur. Bu bağlamda arbuluculuğa başvuru zorunluluğunun hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil edip etmediği, mahkemelerdeki iş yükü probleminde çözüm oluşturup oluşturmadığı hususlarına temas edilmek suretiyle hukuk sistemimiz içerisindeki yeri açıklanmaya çalışılmıştır. Son olarak, zorunlu arbuluculuk faaliyetini sona erdiren haller ele alınarak bu kapsamda hukukumuzda benzer kurumlarla karşılaştırılması yapılmıştır.

Bilim Kodu : 51101

Anahtar Kelimeler : Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, İş Hukukunda Arbuluculuk, Zorunlu Arbuluculuk, Dava Şartı, Arbulucu

Sayfa Adedi : 242

Tez Danışmanı : Doç. Dr. İbrahim ERMENEK

MANDATORY MEDIATION IN TERM OF LAW OF CIVIL PROCEDURE

(Master's Thesis)

Betül AZAKLI ARSLAN

GAZİ UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES

JANUARY 2018

ABSTRACT

Mediation activity has arisen as one of the most well accepted alternative dispute resolution methods in comparative law systems. What really matters in this system is that the mediation should be based on a volunteer basis. However, in some legal orders, application to mediation is mandatory and it is arranged as a special cause of action. The aim behind the act of obligatory application to mediation is to come up with a solution to the problem of workload of courts and thus, it is aimed that parties will resolve the disputes in good faith without occupying the courts. In our law system the obligation to apply for mandatory mediation has been accepted in similar aims and, it is regulated under the title of "mediation as a cause of action" in the Law on Labour Courts numbered 7036. The obligation to apply for a mediation has been much discussed in our law system and in comparative law with the thoughts of the abeyance of voluntariness principle and that this situation has constituted a contradiction to the essence of mediation. Besides, mandatory mediation activity has led to some consequences from beginning to end of the procedures in terms of law of civil procedure. Because of all those reasons stated, the consequences of obligatory application to mediation have been discussed in terms of law of civil procedure. In our study, first of all, the theoretical and practical bases of mandatory mediation activity term have been examined with comparative law study. Afterwards, the consequences of the clauses regarding the mandatory mediation practice, which are under the Article 3 of the Law on Labour Courts have been presented in terms of the law of civil procedure. Within this context, with regards to whether the obligation to apply for mediation constitutes a contradiction to the right to legal remedies or not and whether the mandatory mediation is a resolution to the problem of workload of courts, the place of mandatory mediation in our law system has been explained. Finally, by addressing terminating cases to mandatory mediation, these cases have been compared to similar institutions in our law system.

Science : 51101

Keywords : Alternative Dispute Resolution Methods, Mediation in Labour Law, Mandatory Mediation, Mediator, Cause of Action.

Page : 242

Supervisor : Assist. Prof. Dr. İbrahim Ermenek

TEŞEKKÜR

Genel olarak iki yıl süren yüksek lisans eğitimimin ürünü olarak ortaya çıkan bu tez çalışması, yoğun ve yorucu bir sürecin arka planında bana destek olan birçok kişiyi barındırmaktadır. Bu sebeple, vermiş oldukları desteklerinden dolayı, teşekkür borçlu olduğum çok sayıda insan bulunmaktadır.

Tez konusunun belirlenmesinin akabinde, tavsiye ve eleştirileriyle bana yol gösteren ve bu doğrultuda benim daima daha ileriye ve daha iyiye gitmemi sağlayan, yalnızca bu tez çalışması ile sınırlı olmamakla birlikte her türlü konuda bana değerli vakitlerini ayıran, ilgisini ve desteğini her zaman hissettiğim saygıdeğer danışmanım Doç. Dr. İbrahim Ermenek Hocam'a, Öğrencilik yıllarımdan itibaren her zaman yol gösteren ve sahip çıkan aynı zamanda da akademik hayata adım atmam konusunda beni cesaretlendiren ve üzerimde her zaman desteğini hissettiğim saygıdeğer Hocam Doç. Dr. Varol Karaaslan'a ve tezin yazımında değerli görüşleriyle bana yol gösteren saygıdeğer Hocam Doç. Dr. Ali Yeşilirmak'a,

Tezi yazmaya başladığım ilk günden beri gerek kaynak toplamamda gerekse iş hukuku boyutundaki tartışmalarda bana her zaman yardımcı olan Arş. Gör. Merve AKKAYA'ya ve tezin son aşamaya gelmesinde yaptıkları çok değerli katkılar nedeniyle Arş. Gör. Esra Dursun, Arş. Gör. Zühre Elvan'a, tez çalışmamın en yoğun döneminde yanımda olarak soluklanmamı sağladıkları için teşekkürü borç bilirim.

25 yıllık hayatımın her anında attığım her adımda elimi tutan, aldığım her kararda arkamda duran ve beni dünyanın en şanslı insanı yapan ablalarım Gülşah, Sinem ve Elif'e ve bana her zaman sevgileri ve destekleriyle güç veren, üzerimdeki emeklerini hiçbir zaman ödeyemeyeceğim ve onların evladı olmaktan her zaman gurur duyduğum annem Sermin Azaklı ve babam Niyazi Azaklı'ya,

Son olarak, yalnızca bu tezi yazmam esnasında bana olan desteği ve sabrından ötürü değil, buraya sığdıramayacağım pek çok nedenden dolayı, değerli eşim Kazım Arslan'a tüm kalbimle teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
TEŞEKKÜR.....	vi
İÇİNDEKİLER.....	vii
KISALTMALAR.....	xv
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ZORUNLU ARABULUCULUK

1. KAVRAMSAL OLARAK ZORUNLU ARABULUCULUK.....	13
1.1. Tanımı.....	13
1.2. Zorunlu Arabuluculuk Türleri	14
1.2.1. Dava Şartı Olarak Arabuluculuk	14
1.2.2. Mahkeme Bağlantılı Olarak Zorunlu Arabuluculuk.....	14
1.2.3. Yarı Mecburi Zorunlu Arabuluculuk	15
1.3. Zorunlu Arabuluculuğun Ayırt Edici Özellikleri.....	15
1.3.1. Başvurunun Niteliği Açısından	16
1.3.1.1. Taraflarca başvurunun zorunlu kılınması.....	16
1.3.1.1.1. Genel olarak	16
1.3.1.1.2. Arabuluculuk şartının bağlayıcılığı konusunda doktrinde yer alan tartışmalar	17
1.3.1.1.3. Türk hukukunda arabuluculuk şartının bağlayıcılığı.....	18
1.3.1.2. Mahkeme tarafından başvurunun zorunlu kılınması.....	21
1.3.1.3. Kanun koyucu tarafından başvurunun zorunlu kılınması.....	21
1.3.2. İyiniyetle Katılma Yükümlülüğü Bakımından	22
1.3.3. İnisiyatif Kullanabilme Yetkisi Açısından	22

1.3.4. Kararın Bağlayıcılığı Açısından.....	23
1.4. Zorunlu Arabuluculuk Sisteminin Olumlu Yanları.....	24
1.5. Zorunlu Arabuluculuk Sisteminin Olumsuz Yanları	27
2. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLU OLARAK ZORUNLU ARABULUCULUK.....	29
2.1. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Kavramı	29
2.2. Zorunluluk Kavramının Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yoluna Uygunluğu.....	31
3. ARABULUCULUĞA HAKİM OLAN İLKELER AÇISINDAN ZORUNLU ARABULUCULUK.....	32
3.1. Gönüllülük ilkesi.....	32
3.2. Eşitlik İlkesi.....	36
3.3. Gizlilik İlkesi	37
3.3.1. Genel Olarak.....	37
3.3.2. İyi Niyetle Katılma Yükümlülüğünün Gizlilik İlkesine Aykırılığı Sorunu.....	40

İKİNCİ BÖLÜM

MUKAYESELİ HUKUK VE TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN ZORUNLU ARABULUCULUK

1. MUKAYESELİ HUKUK BAKIMINDAN ZORUNLU ARABULUCULUK	41
1.1. Avrupa Birliği Hukuku'nda	41
1.2. İtalyan Hukuku'nda.....	43
1.2.1. İtalya'da Zorunlu Arabuluculuk Öncesi.....	44
1.2.2. İtalya'da Zorunlu Arabuluculuk.....	46
1.3. Alman Hukuku'nda	49
1.3.1. Bavyera Eyaletinde Zorunlu Arabuluculuk.....	50
1.3.2. Kuzey Ren Vestfalya Eyaleti'nde Zorunlu Arabuluculuk.....	51
1.4. Amerikan Hukuku'nda.....	52
1.4.1. Kalifornia Eyaleti'nde Zorunlu Arabuluculuk.....	53

1.4.2. Indiana Eyaleti'nde Zorunlu Arabuluculuk	54
1.4.3. Delawera Eyaleti'nde Zorunlu Arabuluculuk	54
1.4.4. Nevada Eyaletinde Zorunlu Arabuluculuk	55
1.5. Avustralya Hukukunda	55
2. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN ZORUNLU ARABULUCULUK	56
2.1. Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlık Türlerinde Zorunlu Arabuluculuk.....	56
2.2. İş Hukukundan Doğan Uyuşmazlık Türlerinde Zorunlu Arabuluculuk Uygulaması.....	63
2.2.1. Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Zorunlu Arabuluculuk	63
2.2.2. Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Zorunlu Arabuluculuk.....	64
2.2.2.1. Toplu Menfaat Uyuşmazlığının Çözümü	65
2.2.2.2. Toplu hak uyuşmazlığının çözümü.....	67

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

7036 SAYILI İŞ MAHKEMELERİ KANUNU'NDA DÜZENLENEN DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK UYGULAMASI

1. GENEL OLARAK	69
2. DÜZENLEMENİN AMACI	69
2.1. İş Yükü Problemine Çözüm Oluşturma Amacı.....	70
2.2. İş Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıkların Müzakere Edilerek Sonuçlandırılmaya Uygun Olması.....	75
2.2.1. İş Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Faaliyetinin Gerekliliği.....	75
2.2.2. İş Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuğa Elverişliliği	77
2.2.3. İş Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklarda Var Olan Güç Dengesizliğinin Arabuluculuk Faaliyetine Yansıması	79
3. KANUN KAPSAMINDA YER ALAN UYUŞMAZLIK TÜRLERİ	83
4. USUL HUKUKU AÇISINDAN DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK	85
4. 1. Arabuluculuğun Dava Şartı Olarak Kabul Edilmesi.....	85

4.1.1. Genel Olarak.....	85
4.1.2. Dava Şartı Niteliği	86
4.1.3. Dava Şartının İncelenmesi.....	87
4.1.4. Dava Şartı Yokluğu Nedeniyle Davanın Usulden Reddedilmesinin Sonuçları.....	90
4.1.5. Dava Şartı Eksikliği Giderilmeden Verilen Hüküm Dolayısıyla Kanun Yoluna Başvurulması	94
4.2. Yetki.....	96
4.3. Yargılama Giderlerine Olan Etkisi.....	98
4.3.1. Yargılama Giderleri	98
4.3.2. Yargılama Giderlerinden Sorumluluk	99
4.4. Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Sürelere Etkisi	103
4.5. Tarafların Teşkili	104
4.5.1. Genel Olarak.....	104
4.5.2. İhtiyari Dava Arkadaşlığı.....	106
4.5.3. Mecburi Dava Arkadaşlığı	108
4.5.4. İşe İade Davalarında Dava Arkadaşlığı Probleminin Arabuluculuk Uygulamasına Yansıması.....	111
4.6. Tarafların Temsili	113
4.7. Zorunlu Arabuluculuk ve Adli Yardım	115
4.8. Hükümün Zaman Bakımından Uygulaması	118
5. ANAYASAL AÇIDAN DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK UYGULAMASI	119
5.1. Hukuki Dinlenme Hakkı Açısından Değerlendirilmesi.....	119
5.2. Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi.....	119
5.2.1. İş Mahkemeleri Kanunu ile Getirilen Arabuluculuğa Başvurma Zorunluluğunun Hak Arama Özgürlüğüne Aykırı Olup Olmadığının Tespiti.....	121
5.2.1.1 Genel Olarak.....	121

5.2.2.2 Sınırlamanın Şartları	123
5.2.2.1. Hakkın özüne dokunmaması.....	123
5.2.2.2. Sınırlamanın meşru bir amaca dayanması.....	124
5.2.2.3. Ulaşılmak İstenilen Amaç için Kullanılan Aracın Orantılı Olması	125
6. ZORUNLU ARABULUCULUK SÜRECİ.....	127
6.1. Arabulucunun Taşınması Gereken Nitelikler.....	127
6.2. Arabulucunun Seçimi Usulü.....	128
6.3. Arabulucu Sözleşmesi	131
6.4. Arabulucunun Görevi	132
6.5. Zorunlu Arabuluculuk Sürecinin İşleyişi.....	134
6.6. Zorunlu Arabuluculuk Ücreti	136
7. ARABULUCULUNUN SORUMLULUĞU	139
7.1. Genel Olarak.....	139
7.2. Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu	141
7.2.1. Genel Olarak.....	141
7.2.1.1. Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Hukuki Niteliği.....	141
7.2.1.2. Arabulucunun Hukuki Statüsü.....	146
7.2.2 Haksız Fiil Sorumluluğu	149
7.2.2.1. İdarenin Sorumluluğu.....	149
7.2.2.2. Sorumluluğun Şartları.....	150
7.2.2.3. Tazminat Davası	153
7.2.3. Sözleşmeye Aykırılık	153

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ZORUNLU ARABULUCULUK SÜRECİNİN SONA ERMESİ VE BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

1. ZORUNLU ARABULUCULUK SÜRECİNİN SONA ERMESİ	157
--	------------

1.1. Genel Olarak.....	157
1.2. Taraflara Ulaşılamaması	158
1.3. Tarafların Geçerli Mazeret Olmaksızın Arabuluculuk Görüşmelerine Katılmaması	159
1.4. Tarafların Arabuluculuk Görüşmeleri Sonunda Anlaşmaya Varamaması	160
1.5. Tarafların Anlaşması	161
1.5.1. Genel Olarak	161
1.5.2. Anlaşmanın Hukuki Niteliği	162
1.5.3. Dava Açılmadan Önce Arabuluculuk Yoluna Başvurulması.....	163
1.5.4. Dava Açıldıktan Sonra Arabuluculuk Yoluna Başvurulması	163
1.5.5. Anlaşmanın İcra Edilebilirliği.....Hata! Yer işareti tanımlanmamış.	
1.5.6. Anlaşmaya Rağmen Dava Açılıp Açılmayacağı Sorunu	168
2. DAVA ŞARTI OLARAK ZORUNLU ARABULUCULUĞUN BENZER MÜESSESELERLE KARŞILAŞTIRILMASI.....	170
2.1. Genel Olarak.....	170
2.2. AV. K. 35/A Maddesinde Düzenlenen Uzlaştırma Kurumu ile Karşılaştırılması. 171	
2.2.1. Kavramsal Olarak Uzlaşma.....	171
2.2.2. Zorunlu Arabuluculuk Kurumu İle İlişkisi	172
2.2.2.1. Düzenlemelerin amacı.....	172
2.2.2.2. Yöntemlerin Uygulanabileceği Uyuşmazlık Türleri Açısından	173
2.2.2.3. Başvurunun Niteliği Açısından	173
2.2.2.4. Sisteme başvurulacak zaman bakımından	174
2.2.2.5. Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Sürelere Etkisi Bakımından.....	175
2.2.2.6. Sistemi Yönetecek Kişilerin Taşınması Gereken Nitelikler Bakımından .	175
2.2.2.7. Arabulucu ve Uzlaştırıcının Hak ve Yükümlülükleri Bakımından	176
2.2.2.8. Faaliyetin Süresi Bakımından.....	177

2.2.2.9. Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği Bakımından	178
2.2.2.10. Avukatla Temsil Zorunluluğu Bakımından	179
2.3. Tahkim Kurumu ile Karşılaştırılması.....	179
2.3.1. Genel Olarak.....	179
2.3.2. Zorunlu Arabuluculuk ile İlişkisi	181
2.3.2.1. Başvurunun Niteliği Açısından	182
2.3.2.2. Başvuru Yapılmamasının Sonuçları Bakımından.....	183
2.3.2.3. Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Sürelere Etkisi Bakımından	183
2.3.2.4. Faaliyetin Süresi Bakımından	184
2.3.2.5. Süreci Yöneten Kişilerin Özellikleri ve Seçimi Usulleri	185
2.3.2.6. İnisiyatif Kullanabilme Yetkisi Açısından	187
2.3.2.7. Kararın Bağlayıcılığı Açısından.....	187
2.4. Sulh Kurumu ile Karşılaştırılması.....	189
2.4.1. Genel Olarak.....	189
2.4.2. Mahkeme İçi Sulhun İle İlişkisi	190
2.4.2.1. Genel olarak.....	190
2.4.2.2. Başvurunun niteliği bakımından	190
2.4.2.3. Anlaşmanın Hukuki Niteliği ve Sonuçları Bakımından	192
2.4.3. Mahkeme Dışı Sulh ile İlişkisi	194
SONUÇ.....	197
KAYNAKLAR.....	207
ÖZGEÇMİŞ.....	221

KISALTMALAR

AAÜT	: Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
ADR	: Alternative Dispute Resolution
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMKDK	: Aile Mahkemelerinin Kuruluşuna Dair Kanun
AndHD	: Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜEHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi
Av. K.	: Avukatlık Kanunu
AY.	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BDDK	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
bkz./ Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
Del. Journal Corp.	: Delaware Journal of Corporate
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DÜSBED	: Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi

E.	: Esas
Ed.	: Editör
EGZPO	:Gesetz, betreffend die Einfuhrung der Zivilprozessordnung (Medeni Usul Kanununun Yürürlüğüne İlişkin Kanun)
EÜHFĐ	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFĐ	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
HUAK	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUAKY	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği
ICC	: International Chamber of Commerce
ICSID	: International Centre for Settlement of Investöemt Disputes
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İMK	: İş Mahkemeleri Kanunu
İSGHD	: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
İTÜSBD	: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
İÜHFĐ	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜMHAD	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi.
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
LİHSGHD	: Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
m.	: Madde

MHB.	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MİHDER	: Medeni Usul ve İcra iflas Hukuku Dergisi
NADRAC	:National Alternative Dispute Resolution Advisory Council (Ulusal Alternatif Anlaşmazlık Çözümü Danışma Konseyi)
N.	: Number
prg.	: Paragraf
RG	: Resmi Gazete
RK	: Rekabet Kurulu
S.	: Sayı
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurulu
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TESEV	: Türkiye Ekonomik ve Etüdler Vakfı
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TİSGLK	: Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TDK	: Türk Dil Kurumu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği

UNSW : University of New South Wales (New South Wales Üniversitesi)

vd. : ve devamı / ve diğeri

Vol. : Volume

Yrg. : Yargıtay

YÜHFD : Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

YİBK : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

ZPO : Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usûl Kanunu)





GİRİŞ

Adalet erişiminin sağlanması ve böylece etkin bir hukuk sisteminin oluşması, sosyal devletin bir gereğidir. Bu gereğin yerine getirilmesinin önündeki engellerin başında mahkemelerin iş yükü yoğunluğu gelmektedir. Sorunun çözümü için hukukumuzda pek çok yasa değişikliği yapılmıştır. Yapılan en önemli değişiklik, alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan arabuluculuk müessesinin hukuk sistemimize dâhil edilmesidir. Bu müessesenin kabulü ile hem uyuşmazlıkların çözüm sürecini kısaltmak hem yargının iş yükünü azaltmak hem de sulh olma kültürünün yaygınlaştırılması suretiyle toplumda içselleştirilmiş bir kamusal barışın sağlanmasının amaçlandığı söylenebilir. Arabuluculuk müessesesi mukayeseli hukuk sistemlerinde de en fazla kabul gören alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sistemlerde, ülkemizde olduğu gibi, asıl olan arabuluculuğun gönüllülük esasına dayalı olmasıdır. Ancak arabuluculuğa başvurunun zorunlu tutulduğu hukuk sistemleri de bulunmaktadır. Bu sistemlerde dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra arabulucuya başvuru zorunluluğu, özel bir dava şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak arabuluculuğa başvurunun zorunlu kılınması, hukukumuzda ve mukayeseli hukukta, gönüllülük ilkesinin tam olarak uygulanmamasına ve bu durumun arabuluculuğun mahiyetine aykırılık oluşturduğu düşüncesiyle birçok tartışmaya konu olmuştur. Bu düşünceye karşı olarak da, zorunluluğun sadece başvuru aşaması için geçerli olduğu, sürecin devamında ve sona erdirilmesinde gönüllülük ilkesinin hâkim olduğu ileri sürülmektedir.

Arabuluculuğa başvuru, mahkemelerdeki iş yükü problemine çözüm bulmak ve dolayısıyla tarafların mahkemeleri meşgul etmeden uyuşmazlığı iyi niyetle çözüme kavuşturmaları amacıyla zorunlu kılınmıştır. Nitekim böylelikle uyuşmazlıkların barışçıl çözümü, toplumsal barışın gerçekleşmesine yardımcı olacaktır. Devletlerin asli görevlerinden birisi de toplumsal barışın sağlanmasına katkı sağlamaktır. Mukayeseli hukukta kabul gören bu yaklaşımın ülkemizde de kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Nitekim bu düşüncenin sonucu olarak da ülkemizde 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile bazı iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk zorunlu hale getirilmiştir.

Bu çalışmada, zorunlu arabuluculuk uygulamasının teorik ve pratik temelleri mukayeseli hukuk çalışması ile birlikte incelenecek olup, başvuru zorunluluğunun mahkemelerdeki iş yükü problemine çözüm oluşturup-oluşturmadığı hususuna temas edilmek suretiyle hukuk sistemimiz içerisindeki yeri açıklanmaya çalışılacaktır.

Çalışmamızın birinci bölümünde, kavramsal olarak zorunlu arabuluculuk faaliyeti

ele alınacaktır. Bu kapsamda zorunlu arabuluculuğun tanımı, türleri, arabuluculuğa başvuruyu zorunlu kılan hususlardan bahsedildikten sonra doktrinde zorunlu arabuluculuk uygulamasının olumlu ve olumsuz yönlerine ilişkin olarak belirtilen görüşlere yer verilecektir. Bu bağlamda, zorunlu arabuluculuk uygulamasının alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olup olmadığı konusu tartışılacak olup, arabuluculuğa başvurunun zorunlu kılınmasının gönüllülük ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi yapılacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, mukayeseli ve Türk hukukunda zorunlu arabuluculuk uygulamaları incelenmeye çalışılacaktır. Bu uygulamalardan özellikle 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilen zorunlu arabuluculuk uygulaması üzerinde durulacaktır. Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise, arabuluculuğun yargılama önünde özel bir dava şartı oluşturması başta olmak üzere, arabuluculuğa başvurunun zorunlu kılınmasının usul hukuku bakımından sonuçları anlatılmaya çalışılacaktır. Ardından anayasal bağlamda zorunlu arabuluculuk uygulamasının hak arama özgürlüğüne ve hukuki dinlenilme hakkına aykırı olup olmadığı doktrindeki görüşler bağlamında değerlendirilecektir. Bu bölümde ayrıca, İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilen dava şartı olarak arabuluculuk uygulamasının işleyiş usulü, başvurunun ihtiyari tutulduğu arabuluculuk türlerinden farkları belirtilerek açıklanacaktır. Bu noktada, mevzuatımızda bir düzenleme bulunmayan arabulucunun sorumluluğuna ilişkin uygulanacak hükümler belirlenmeye çalışılacaktır.

Çalışmamızın dördüncü bölümünde ise zorunlu arabuluculuk faaliyetinin sona erme halleri, arabuluculuk faaliyetiyle çözüme ulaşılması halinde anlaşmanın hukuki niteliği ve icrai etkisi ile anlaşmaya rağmen yeniden dava açılıp açılmayacağı hususları incelenecektir. Son olarak, zorunlu arabuluculuk yönteminin benzer kurumlarla karşılaştırılması yapılarak hukuki niteliği ortaya konulacaktır.

Arabuluculuk Kavramı

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2. maddesine göre, *“Arabuluculuk, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemidir.”* Doktrinde

ise¹, arabuluculuk, aralarında uyuşmazlık bulunan tarafları, müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, her iki tarafın üzerinde uzlaşma sağladığı, tarafsız bir üçüncü kişinin yardımı ile uyuşmazlığın çözüme kavuşturulduğu ve tarafların iradesiyle başvurdukları çözüm yolu olarak ifade edilmektedir.

Arabuluculuk yöntemi, taraflar arasındaki hukuki ilişkilerin yanı sıra, uluslararası alandaki ilişkiler için de önem arz ettiğinden uluslararası birçok düzenlemeye konu olmuştur. 2002 yılında Birleşmiş Milletler tarafından yayımlanan Uluslararası Ticari Arabuluculuğa İlişkin Model Kanunu'nda arabuluculuk, “tarafların aralarındaki sözleşme veya mevcut hukuki ilişkiden doğan uyuşmazlıklarının barışçıl yollarla ortadan kaldırılması için üçüncü kişi veya kişilerin yardımına başvurulması” şeklinde tanımlanmıştır. Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi'nde ise, “adlandırılma ve başvurma şekline bakılmaksızın, uyuşmazlığın tarafı iki ve daha fazla kişinin, gönüllü bir temelde uyuşmazlıklarını çözmek için bir arabulucunun yardımı ile bizzat çaba gösterdikleri yapılandırılmış bir süreç” olarak ifade edilmiştir².

Geçmişten beri hukuk sistemlerinin üzerinde çalıştığı bir kurum olan arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri³ arasında, en sık başvurulmuş çözüm yoludur⁴.

¹ Taşpolat Tuğsavul, M. (2012). *Türk Hukukunda Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin Yayınları, 26; Ildır, G. (2003). *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 88; Tanrıver, (2006). “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”. *TBBD*, 64, 151, (Tanrıver-Arabuluculuk); Kekeç E. K. (2014). *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*. (3. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, 23; Özbek M. (2016). *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. (Dördüncü Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, 592; Postacıoğlu, İ. E., Altay, (2015). *Medeni Usul Hukuku Dersleri*. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 1056; Karşlı, A. (2012). *Medeni Muhakeme Hukuku*. (Üçüncü Baskı). İstanbul: Alternatif Yayınları, 898; Pekcanitez, H., Atalay, O., Özekes, M. (2016). *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. (Dördüncü Baskı). Ankara: Yetkin Yayıncılık, 672; Akan, P. (2013). *Arabuluculuk ve Deniz Hukuku'na İlişkin İhtilaflarda Uygulanması*. Ankara: Adalet Yayınevi, 8; Özekes, M. (2006). “Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi”. *HPD*, 7, 43; Özmumcu, (2016). “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”. *İÜHF*, 74 (2), 827; Biçkin, İ. (2006). “Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”. *HPD*, 7, 37; Yıldırım, M. K. (2007). “İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında”. *Prof. Dr. Yavuz Alangoza için Armağan*. İstanbul: Alkim Yayınevi, 347; Dür, O. (2017). *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 13; Yazıcı Tıktık, Ç. (2013). *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 8; Erdoğan, E. (2017). “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Değerlendirilmesi”. *İSGHD*, 14(55), 1212; Sungurtekin Özkan, M. (2005). “Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”. *İSGHD*, 2, 358; Tanrıver, S. (2010). “Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi”. *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan*. C. II. Ankara: Turhan Kitapevi, 2025; Özekes, M. (2017). *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*. C.II. (15. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2813.

² Council Of The European Union, Directive 2008/52/EC, 6.

³ Alternatif uyuşmazlık çözüm yolu kavramı hakkında bkz.: birinci bölüm, 2. başlık.

⁴ Ildır, 2003, 88; benzer yönde görüşler için bkz.: Erdoğan, E., Erzurumlu, N. (2016). *Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı*. İstanbul: SETA Yayınları, 7; Göksu, M. (2017). “Mandatory mediation in labour disputes”. *PressAcademia Procedia*

Arabuluculuk yönteminde, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin genel olarak bütün özellikleri bulunmakta olup, mahkeme yargılamasına göre daha hızlı sonuç alınmakta ve her iki tarafın da kazandığı bir çözüme ulaşılmaktadır⁵. Arabuluculuğa başvuru genel olarak tarafların iradesinde olup, uyuşmazlık hakkında taraflar uyuşmazlığı anlaşma sağlayarak çözümlenmek zorunda değildir zira tarafların sürece başladıktan sonra devlet yargısına başvurma hakkı bulunmaktadır⁶. Arabulucu, uyuşmazlığı doğrudan çözüme kavuşturmak yerine tarafların kendi önerileri üzerinde uzlaşmalarını sağlamaya çalışmaktadır. Arabulucunun uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisi yoktur⁷. O sadece, belirli yöntem ve teknik uygulayarak, tarafların arasındaki uyuşmazlığın, dava yoluna gitmeden çözümüne yardımcı olmaktadır. Böylelikle taraflar kendi istedikleri çözüme ulaşmış olacaktır. Başka bir ifadeyle, arabulucu, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözüme kavuşturmayı değil, sorumlulukları tamamen kendilerine ait olacak şekilde, uyuşmazlığı kendilerinin çözmesine katkı sağlamaktadır⁸.

Arabuluculuk Türleri

Arabuluculuk müessesisi, zaman içerisinde, farklı toplumlarda ve kültürlerde,

(PAP). Vol. 3, 378-384; Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, (2016). *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 756; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 21; Pekcanitez, Atalay, Özekes, 2016, 670; Özekes, 2017, 2808; Dür, 2017, 9; Biçkin, 2006, 2006, 37; Tanrıver-Arabuluculuk, 156.

⁵ Namlı, M. (14 Mayıs 2016). “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı İle Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”. K. Doğan Yenisey (Editör). *İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı. İstanbul. Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu*, 155; Özbek M. (2007). “Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi”. *AÜHFD*. 1, 188; Akan, 2013, 26; Pekcanitez, Atalay, Özekes, 2016, 669; Biçkin, 2006, 35; Özbek, 2016,192; Postacioğlu, Altay, 2015, 1056; Dür, 2017, 273. Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 12.

⁶ Pekcanitez, H. (2005). “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”. *HPD*. 5, 16; Demir Ş. (2014). *Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 6; Özbay, İ. (2006). “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”. *EÜHFD*. 10(3-4), 460; Ersen Perçin, G. (2011). “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri”. *MHB*. 31(2), 185; Yıldırım, 2007, 338; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 23; Özbek, 2016, 201; Ildır, 2003, 23; Tanrıver-Arabuluculuk, 152; Dür, 2017, 16; Akan, 2013,12.

⁷ Kuru, B. (2016). *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: Legal Yayınları, 566, (Kuru-İstinaf); Taşpolat Tuğsavul, 2012, 27; Tanrıver-Arabuluculuk, 165; Ildır, 2003, 90; Özbek, 2016, 607; Kekeç, 2014, 68; Karlı, 2012, 898; Pekcanitez, Atalay, Özekes, 2016, 677; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 2016, 758; Özekes-Pekcanitez Usul, 2817; Dür, 2017, 13; Akan, 2013, 37; Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 9; Sungurtekin Özkan, 2005, 358; Ersen, Perçin, 2011, 185; Erdemir, M. A. (2017). “Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Arabuluculuk ve İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı”. *Terazi Hukuk Dergisi*. 12(132), 4. Web: <https://jurix.com.tr/article/8051>. adresinden 26 Aralık 2017 tarihinde alınmıştır; Tanrıver, (2009). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi, *Prof. Dr. Ali Nail İnan'a Armağan*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 637.

⁸ Ildır, 2003, 100; benzer yönde bkz.: Pekcanitez-Alternatif, 16; Tanrıver- Arabuluculuk,152; Tanrıver, (2006). “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış”, *Makalelerim(2006)*. Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 67; Özbek, 2016, 609; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 27; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 2016, 758; Dür, 2017, 14; Pekcanitez-Alternatif,14; Özbay, 2006, 465; Namlı, 2016, 162; Özmumcu, 2016, 827; Hutchinson, C. C. (1996). “The Case for Mandatory Mediation”. *Loyola Law Review*. N. 42, 86; Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 9; Ersen Perçin, 2011, 182.Tanrıver, 2009, 184.

çeşitli uyuşmazlık türleri için, kullanılmaya başlanmıştır. Arabulucular değişen uyuşmazlık türlerine yönelik olarak farklı yöntemler geliştirmişler ve sonuç olarak arabuluculuk doktrinde çeşitli şekillerde ele alınmıştır⁹.

Yöntemsel Olarak Arabuluculuk

Kolaylaştırıcı Arabuluculuk

Kolaylaştırıcı arabuluculukta¹⁰; taraflara aralarındaki mevcut uyuşmazlığın nasıl çözüme kavuşturulacağından bahsedilmemektedir. Arabulucunun temel amacı, uyuşmazlık hakkında karar vermek yerine tarafların kararının oluşmasına yardımcı olmaktır. Çünkü bu tür arabuluculukta, tarafların uyuşmazlık hakkında herhangi bir üçüncü kişiden daha bilgili olduğu düşünülemez. Ancak aynı zamanda tarafların dışarıdan yöntemsel yardım almaya da ihtiyaçları vardır. Bu nedenle de arabulucu, problemi doğrudan anlatmak yerine, taraflara “çözüm odaklı davranmadığınız sürece sizce bu sorun ortadan kalkacak mı?” ya da “eğer bu sorun yargıya taşınırsa sizce hâkim ne tür bir karar verecektir?” şeklinde sorular sormalıdır. Böylelikle, taraflar mevcut durumlarını, tekrar gözden geçirerek ve bir sonuca ulaşmalıdır. Nitekim tarafların kendi iradeleriyle ulaştıkları çözümün uygulanması daha kolay olacaktır.

Değerlendirmeci Arabuluculuk

Değerlendirmeci arabuluculukta¹¹, uyuşmazlık, tarafların içinde buldukları durumu bilen o konu hakkında bilgili ve tecrübeli tarafsız bir üçüncü kişinin yardımıyla çözülmektedir. Değerlendirmeci arabuluculuk faaliyetinde tarafsız üçüncü kişi konumunda olan arabulucu, avukatlar veya emekli hâkimler içerisinden seçilmektedir. Belirtilen bu özellik sayesinde arabuluculuk müessesine duyulan güvensizlik azalmakta ve taraflar arabuluculuk faaliyetine başvurmaktadır. Arabulucuların bu özelliğinden dolayı taraflar, arabuluculuğu tercih etmek istemekte ve böylelikle, arabuluculuk müessesesine başından beri mevcut güvensizlik ortadan kalkmaktadır. Arabuluculuk faaliyeti sırasında arabulucu, tarafların çıkarlarını belirlemekte, birbirleri hakkındaki iddiaları değerlendirmekte ve dosyanın zayıf ve güçlü yanlarından bahsederek en iyi çözüm önerilerinde bulunmaktadır.

⁹ Arabuluculuk türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Akan, 2013, 47; Kekeç, 2014, 235; Özbek, 2016, 632; Moore C. W. (2016). *Arabuluculuk Süreci* (Çev. T. Kaçmaz, M. Tercan 4. Baskıdan çeviri). Ankara: Nobel Yayınları, (Eserin orijinali 2014 yılında yayımlanmıştır), 46; Akan, 2013, 68.

¹⁰ Özmumcu (2013). “Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”. *İÜHFİM*. 71(1), 1372-1375; Moore, 2016, 46-47; Akan, 2013, 48; Özbek, 2016, 632; Kekeç, 2014, 235; Dür, 2017, 116.

¹¹ Kekeç, 2014, 240; Moore, 2016, 54; Akan, 2013, 49; Özmumcu, 2016, 807-842; Dür, 2017, 117; Erdemir, 2017, 8.

Dönüştürücü Arabuluculuk

Dönüştürücü arabuluculukta¹² amaç, uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak için taraflara yardım etmek değil, tarafları uyuşmazlığa çözüm üreten kişilere dönüştürmektir¹³. Bu nedenle uyuşmazlık, çözülmesi gereken bir problem olarak görülmeyip, insanları kişisel ilişkilerde geliştiren bir fırsat olarak düşünülmektedir. Bu fırsat insanda iki önemli gelişimi desteklemektedir; tanıma ve güçlendirme¹⁴. Tanıma, bir nevi empati kurmayı öğretmektir. Taraflar kendi problemlerinin dışında oluşan durumlara da saygı göstermeyi öğrenmektedir. Güçlendirme ise, taraflara var olanın dışında da sorunlar olabileceğini anlatmak ve aynı şekilde mücadele ederek bu sorunların da ortadan kaldırılabileceğini öğretmektir. Bu önemli gelişmeler sonrasında problem ortadan kalkmasa bile geleceğe yönelik olarak taraflara önemli gelişmeler sağlamaktadır. Bu tür arabuluculukta bahsi geçen gelişmelerin sağlanabilmesi için arabulucular, asıl problemi çözmenin yanı sıra, taraflarla iyi iletişim kurmak için, huzurda hazır bulunmaya çalışmaktadırlar. Hazır bulunma sırasında tarafları dinlemekte ve tartışmanın asıl konusuna değil nasıl konuşulduğuna dikkat edilmektedir.

Öyküleyici Arabuluculuk

Öyküleyici arabuluculukta¹⁵ önemli olan uyuşmazlıkların asıl kaynağının ne olduğunu ortaya koymaktır. Uyuşmazlıkların, tarafların kişilik özellikleri veya kişisel menfaatlerinden ziyade, ortak sosyal ve kültürel deneyimlerden kaynaklandığı düşünülmektedir¹⁶. Bu türde arabulucu, öncelikle taraflara durumlarını, anlaşmazlığın temelini oluşturan duygu karmaşasını yansıtan öykü anlatmasını istemektedir. Amaç, uyuşmazlığın kaynağını oluşturan kişisel ve kültürel anlayışı, alternatif öykülerle açığa çıkarmaktır. Bu aşama tamamlandıktan sonra arabulucu taraflara ilişkileri hakkında ortak bir öykü yazmaları konusunda yardımcı olmaktadır. Öykünün ortak olarak yazılması sırasında aslında gizli kalmış anlaşmazlıklar ve tarafların ilişkilerindeki sıkıntılı olan noktalar belirlemektedir. Tarafların ortak çalıştırılmaya zorlanmasıyla aslında uyuşmazlık dolayısıyla yürütülemeyen ilişkiler canlanmaktadır. Nitekim taraflar hem birbirleriyle iletişim kuracak hem de karşı tarafın düşüncesine saygı duyması gerektiğini öğrenecektir.

¹² Dönüştürücü arabuluculuk faaliyeti başlangıçta aile içi özellikle de boşanma konulu uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmaktayken, artık, personel, mahkûmlar ve okullarda birden çok tarafın katıldığı uyuşmazlıklar için de kullanılmaktadır. Bkz.: Moore, 2016, 49.

¹³ Moore, 2016, 48; Kekeç, 2014, 243; Akan, 2013, 51.

¹⁴ Kekeç, 2014, 243; Dür, 2017, 120.

¹⁵ Kekeç, 2014, 245; Dür, 2017, 135. Öyküleyici arabuluculuk faaliyeti, daha çok küçük çaplı işletmelerde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda kullanılmakla birlikte, ortam yaşamsal ve kültürel alana sahip olan topluluklarda da uygulanmaktadır. Bkz.: Moore, 2016, 50.

¹⁶ Moore, 2016, 51; Kekeç, 2014, 245.

Tarihsel Dönüşümüne Göre Arabuluculuk

Geleneksel Arabuluculuk

Geleneksel arabuluculuk¹⁷ yönteminde amaç, taraflar açısından adalete erişimden ziyade, tarafların yaşadıkları toplum içerisindeki anlaşmazlıkları çözmeye çalışmaktır. Bu nedenle geleneksel arabuluculuk faaliyetinde toplumun sahip olduğu değerlerin, sosyal barışın ve topluluğu oluşturan bireylerin ilişkilerinin korunması ön plandadır. Dolayısıyla geleneksel arabuluculuk, genellikle birbirine sıkı bağlarla bağlı olan toplumlarda görülmektedir. Bu tür arabuluculukta, herkesçe tanınan ve topluluğun üzerinde büyük etkilere sahip olan, üst düzey saygın kişiler arabuluculuk yapmaktadır¹⁸. Arabulucu uyuşmazlığın çözümü için, tarafların arasındaki iletişim sorunlarını ele almakta ve uyuşmazlığın çözümünde taraflara yardımcı olmaktadır. Ayrıca arabulucu, uyuşmazlığın içeriğini değerlendirerek uyuşmazlık hakkında düşüncelerini açıklamaktadır. Taraflar bu yöntemler denendikten sonra, uzlaşma sağlayamazsa, arabulucu, çözüm için tavsiyede bulunup, taraflara bunu kabul ettirmeye çalışmaktadır. Buna rağmen taraflar uyuşmazlık üzerinde uzlaşma sağlayamazsa, arabulucu, hukuk uyuşmazlıkları için tazminat veya telafi, ceza uyuşmazlıkları için para cezası veya hapis cezası şeklinde bağlayıcı olan veya olmayan kararlar vermektedir¹⁹.

Yargısal Arabuluculuk

Yargısal arabuluculuk, arabuluculuk ve tahkimin birleştirilmesiyle oluşan kurumsallaşmış arabuluculuk faaliyetidir. Geleneksel arabuluculuğun bir türü olarak kabul edilmekle birlikte bazı noktalarda ondan ayrılmaktadır. Yargısal arabuluculukta arabulucu, geleneksel arabuluculukta olduğu gibi, toplumda saygı duyulan, üst düzeyde yer alan ve taraflar üzerinde büyük etkilere sahip olan kişilerden oluşmaktadır. Ancak burada arabulucu, hukuk bilgisine ve bağlayıcı karar verebilme gücüne sahip olan resmi görevli bir hakimdir²⁰. Arabulucu dosyayı inceleyerek, tarafların durumlarını ele aldığı bir görüşme düzenlemektedir. Ayrıca arabulucu, dava sonucunda verilebilecek kararların türlerini ve oluşacak masrafların anlaşılması için çaba sarf etmektedir. Bu bağlamda arabulucu öneride bulunma hakkına sahiptir.

¹⁷ Geleneksel arabuluculuk faaliyeti, hırsızlık, tecavüz, işkence gibi suçlar da, parasal uyuşmazlıklarda, çeyiz, boşanma, evlilik gibi ailevi sorunlarda, mirastan doğan uyuşmazlıklarda, sınır uyuşmazlıkları, savaş kültürel çatışmalarda uygulanmaktadır. Bkz.: Moore, 2016, 58.

¹⁸ Şahin Ceylan Ş. (2009). *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 163; Özbek, 2016, 632; Kekeç, 2014, 242; Özbay, 2006, 467.

¹⁹ Moore, 2016, 59.

²⁰ Özbek, 2016, 638; Özbay, 2006, 467.

Modern Arabuluculuk

Modern arabuluculuk²¹ ş uanda çoğu ÷lkede kullanılan bir arabuluculuk türüdür. Modern arabuluculuğu, geleneksel arabuluculuktan ayıran en önemli özellik, modern arabuluculukta, uyuşmazlığın çözümünde arabulucudan ziyade, tarafların etkili olmasıdır. Taraflar, kendilerine anlaşma seçenekleri bularak, bu seçeneklerden birini tercih edip, müzakereyi sonuçlandırmaktadır. Arabulucu ise bu süreçte taraflara çözüme ulaşılması konusunda yardımcı olmakta ve dosya üzerinde düşüncelerini açıklayarak, sonuç hakkında tahminde bulunmaktadır. Amaç, tarafların menfaatine ve iradelerine uygun olarak uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak ve mevcut ilişkilere zarar vermeden, ilişkinin devamını sağlamaktır.

Mahkemeye Olan İlişkinine Göre Arabuluculuk

Arabuluculuğun mahkemelerle olan ilişkisine göre yapılan ayırmda, üç farklı sistem bulunmaktadır²². Bu sistemler; “mahkeme dışı arabuluculuk”, “mahkeme bağlantılı arabuluculuk” ve “mahkeme içi arabuluculuk” şeklinde ifade edilmektedir. Mahkeme dışı arabuluculuk, tarafların uyuşmazlığın çözümü için tamamen iradeleriyle tarafsız bir üçüncü kişinin yardımına başvurmak için arabuluculuk sözleşmesi yapılmasını ifade etmektedir²³. Mahkeme bağlantılı arabuluculuk ise, dava açıldıktan sonra, mahkeme dışında arabulucuya başvurulması halini ifade etmek üzere kullanılmaktadır²⁴. Mahkeme bağlantılı arabuluculuk, dava süreci başlatıldıktan sonra mahkemenin görevlendirdiği arabulucu tarafından yönetilmektedir. Mahkeme öncelikle, bu tür arabuluculuğa uygun olan uyuşmazlık türlerini belirlemede, daha sonra bu türlere uygun arabulucu listelerini bildirmektedir²⁵.

Mahkeme içi arabuluculukta ise, arabuluculuk faaliyeti davayı görmekte olan hâkim veya onun yetkilendirdiği başka bir hâkim tarafından yürütölmektedir²⁶. Hâkim, dava süreci sırasında arabuluculuk faaliyetini gerçekleştirerek tarafları uzlaştırmaya çalışmaktadır. Süreç başarı ile sonuçlanırsa, hâkim davayı sona erdirmekte, aksi halde,

²¹ Özbek, 2016, 661; Özbay, 2006, 467.

²² Taşpolat Tuğsavul, 2012,164. Benzer bir sınıflandırma için bkz.: E. K. (2-3 Nisan 2012). “Mahkeme Bağlantılı Arabuluculuk”. *Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumu*. Ankara: Dumat Ofset, 588.

²³ Taşpolat Tuğsavul, 2012,164; Kekeç, 2012, 588.

²⁴ Gottwald, W. (2009). “Gerichtsnahе Mediation-Erfahrungen und Lehren aus dem Modellprojekt in Niedersachsen”. *Haft feritјof/von Schlieffen, Katharina Grafın(Hrsg). Handbuch Mediation*. Münih. 963-986, (Aktaran: Dür, 2017, 126).

²⁵Kekeç, 2012, 588.

²⁶ Taşpolat Tuğsavul, 2012,165; Kekeç, 2012, 588; Dür, 2017, 126; Burkhard, H. (2010). “Almanya’da Mahkeme içi Arabuluculuğun Gelişimi” (Çev. Nedim Meriç). *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları. (Eserin Orjinali 9.4.2010 tarihindeki Viyana Medeni Usül Hukukçuları Toplantısında sunulmuştur), 256.

yargılamaya devam etmektedir. *Hess*'e göre, mahkeme içi arabuluculuk, uyuşmazlığın çözümü için bir alternatif olmayıp; devlet yargılamasının içerisinde yer alan, devlet yargılamasının yanında bağımsız bir süreci ifade etmektedir²⁷. Bu yöntemde, yargılamayı yürüten hâkim, önce arabulucu olarak tarafların bütün sırlarını öğrenebildiği arabuluculuk görüşmelerine katılmakta, şayet uzlaşma sağlanamazsa, o uyuşmazlık için hüküm vermektedir. Bu durum doktrinde tarafların mahkemeye olan güvenini sarsıcı nitelikte görüldüğünden eleştirilmektedir²⁸.

Hukumumuzda, hem mahkeme bağlantılı arabuluculuk hem de mahkeme dışı arabuluculuk hakkında düzenlemeler bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemelerden biri, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 13. maddesinin birinci fıkrasında yer almaktadır²⁹. Bu hükme göre, taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir³⁰. Bu düzenlemede hâkimin tarafları arabuluculuğa başvuruya teşvik etmesi zorunda olmayıp, tamamen hâkimin takdirine bırakılmıştır. Ancak benzer bir düzenlemenin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 137. maddesinin 1. fıkrasında mahkemenin tarafları arabuluculuğa teşvik etmesi zorunluluğu düzenlenmiştir³¹.

Başvurunun Niteliğine Göre Arabuluculuk

İhtiyari Arabuluculuk

Arabuluculuğa başvurunun ihtiyari olması arabuluculuğun “gönüllülük” esasına dayalı olmasından kaynaklanmaktadır³². Arabuluculuk sözleşmesinin varlığı tarafların mahkemeye veya tahkim yargılamasına başvurma haklarının önünde bir engel oluşturmamaktadır³³. İhtiyari yöntem olduğu kabul edilen arabuluculukta, taraflar arabulucuya başvurup başvurmamakta serbest oldukları gibi, sürecin devamında ve sona

²⁷ Hess, B. (2008). *Mediation und weitere Verfahren konsensualer Streitbeilegung-Regelungsbedarf im Verfahrens-und Berufsrecht*. München, F. 19, (Aktaran: Taşpolat Tuğsavul, 2012,165).

²⁸ Yıldırım, 2007, 356.

²⁹ Benzer bir düzenleme Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 140. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır. Hükme göre, hâkim ön inceleme aşamasında tarafların üzerinde anlaşma sağlayamadıkları uyuşmazlık konularını tespit ettikten sonra tarafları sulhe teşvik edebilecektir.

³⁰ Dava devam ederken tarafların anlaşmaya varması durumunda arabuluculuk yönteminden değil, mahkeme içi sulhten bahsedileceğine ilişkin bkz.: Akan, 2013, 59.

³¹ Dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurulması durumunda arabulucu ile mahkeme arasındaki ilişkiye yönelik bir düzenleme yer almadığından, mevcut durum eleştirilmektedir. Bu eleştiriler için bkz.: Öztekin, S. (2008). “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına İlişkin Görüş ve Öneriler”. *Arabuluculuk Yasa Tasarısı- Görüş ve Öneriler Sempozyum Notları*. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 26; Kaplan, Y. (2008). “Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bakış”. *MHB*. 28(1-2), 140.

³² Postacıoğlu, Altay; 2015, 1059; Taşpolat Tuğsavul, 2012,128; Bulur, A. (2007). “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”. *ABD*, 65(4), 43.

³³ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Birinci Bölüm, 1.3.1.1.

eridirilmesinde de tarafların iradesi egemendir³⁴.

Taraflar yapacakları bir sözleşme ile mevcut veya ileride doğabilecek bir uyuşmazlığın çözümü için, arabuluculuğa başvurmayı kararlaştırabilirler³⁵. Bu durumda tarafların iradeleriyle arabuluculuğa başvurunun kabul edildiği bir “arabuluculuk sözleşmesi” yapılmaktadır. Bu sözleşme tarafların hem asıl uyuşmazlık konusu olan sözleşmeye ekleyecekleri bir şart ile hem de bağımsız bir sözleşme şeklinde düzenlenebilir³⁶. Arabuluculuk sözleşmesi dava açılmadan önce yapılabileceği gibi, dava açıldıktan sonra da yapılabilir. Taraflar dava açılmadan önce arabuluculuğa başvuru yapabileceklerini kararlaştırabilecekleri gibi, dava açıldıktan sonra da kararlaştırabilirler³⁷. Uyuşmazlık hakkında dava veya tahkim yoluna başvurulduktan sonra da, tarafların isteğiyle arabuluculuğa başvurulması mümkündür³⁸. Arabuluculuk sözleşmesi ile arabulucuya taraflar kendi iradeleri ile aralarındaki uyuşmazlığı çözümlemeye yardımcı olması için yetki vermektedir³⁹. Bu anlamda, arabuluculuğa başvurunun ihtiyari olduğu söylenebilir.

Hukukumuzda kabul edilen arabuluculuk türü de kural olarak ihtiyari arabuluculuktur. Hukuki dayanağı ise HUAK’ın 3. maddesinde şu şekilde belirtilmiştir: “Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttir”. Muhtelif yerlerde arabuluculuğa ilişkin görmüş olduğumuz tanımlamalar ihtiyari arabuluculuğa ilişkindir.

Zorunlu Arabuluculuk

Arabuluculuğa hâkim olan gönüllülük ilkesi arabuluculuk müessesinin faaliyete geçmesi konusunda tarafların iradesini ön plana çıkarmaktadır. Ancak bazı durumlarda arabuluculuğa başvuru kanuni düzenlemelerle devlet yargısına başvurabilmenin “ön adımı”

³⁴ Dür, 2017, 13; Şahin Ceylan, 2009, 298; Akan, 2013, 8.

³⁵ Oğuz, Özgür. (2016). *Türk İş Hukuku’nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*. İstanbul: Legal Yayınevi, 59; Ersen-Perçin, 2011, 183; Postacıoğlu, Altay, 2015, 1061; Ildır, 2003, 64; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 101; Kekeç, 2014, 140; Özbek, 2016, 757; Kuru, 2010, 245; Kekeç, 2012, 588; Özkes, 2006, 41.

³⁶ Taşpolat Tuğsavul, 2012, 101; Bayraktar, M. (2015). “Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış, *İBD*. 89(4), 168.

³⁷ Özbek, 2016, 127; Tanrıver-Arabuluculuk, 151; Özbay, 2006, 463; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 2016, 759; Yılmaz, E. (2004). “Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”. *75. Yaş Günü İçin Prof. DR. Baki Kuru Armağanı*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 846; Ildır, 2003, 89, Özbek, M. (2001). “Avukatlık Kanunu’nun 35/A maddesine göre Arabuluculuk”. *ABD*. 3, 114; Postacıoğlu, Altay, 2015, 1061; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 166; Karslı, 2012, 902; Dür, 2017, 315; Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 20; Kuru, 2010, 237; Tanrıver, 2009, 645; Bıçkın, 2006, 38. Bu başvurunun en geç tahkikat sonuna kadar yapılması gerektiğine ilişkin bkz.: Özbek, 2016, 758.

³⁸ Özbek, 2016, 127; Tanrıver-Arabuluculuk, 151; Özbay, 2006, 463; Yılmaz, 2004, 846; Ildır, 2003, 89; Özbek, 2001, 114.

³⁹ Taşpolat Tuğsavul, 2012, 103. Kekeç, 2012, 588; Özkes, 2006, 41.

nı oluşturmaktadır⁴⁰. Taraflar sözleşmeye koyacakları bir hüküm veya kanun koyucunun iradesi gereği başvuruya zorlanmaktadır⁴¹. Tarafların dava açmadan önce arabuluculuk faaliyetine başvurmak zorunda olmaları özel bir dava şartı teşkil etmekte olup⁴², doğrudan dava açılması durumunda davanın, dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddini gerektirmektedir. Dolayısıyla zorunlu arabuluculukta, gönüllülük ilkesinin bir parçası olan arabuluculuk faaliyetinin başlangıcında tarafların iradesinin egemen olması özelliği tam olarak uygulanmamaktadır⁴³. Zorunlu arabuluculuk faaliyetinde zorunluluk sürece başlangıç aşaması için geçerli olup, sürecin devamı ve sona erdirilmesi tamamen tarafların iradesindedir⁴⁴.

⁴⁰ Ildır, 2003, 65; benzer yönde bkz.: Taşpolat Tuğsavul, 2012, 105. Demir-Uzlaştırma, 35; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 125; Özbay, 2006, 464; Dür, 2017, 129; Özekes, 2017, 2818, 2819. Dür, 2017, 7.

⁴¹ Nelle, A. (1992). "Making Mediation Mandatory: A proposed Framework". *Journal on Dispute Resolution*. Vol.7, 288-289; Streeter-Schaefer, H. A. (2001). "A Look at Court Mandated Civil Mediation". *Drake Law Review*. Vol. 49, 371; Özmumcu- Zorunlu Arabuluculuk, 828.

⁴² Taşpolat Tuğsavul, 2012, 105; Dür, 2017, 130; Yıldırım, 2007, 355.

⁴³ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Birinci Bölüm, 3.1. başlık.

⁴⁴ Dür, 2017, 130; Özekes, 2017, 2819.



BİRİNCİ BÖLÜM

ZORUNLU ARABULUCULUK

1. KAVRAMSAL OLARAK ZORUNLU ARABULUCULUK

Arabuluculuk, dünya genelinde uyuşmazlık çözme noktasında giderek daha fazla tercih edilen bir seçenek haline gelmiştir⁴⁵. Zaman içerisinde ülkeler, kullanım çeşitliliğinden dolayı bir takım yasal düzenlemeler yapmak zorunda kalmışlardır. Böylelikle, ülkelerin hukuki yapısıyla oluşturulmuş birbirinden farklı arabuluculuk türleri belirtilmiştir. Zorunlu arabuluculuk da, arabuluculuk sürecine başvurunun niteliğine göre yapılan ayırım sonucu ortaya çıkmıştır. Bir uyuşmazlığın çözümü söz konusu olduğunda arabuluculuk müessesesinin faaliyete geçebilmesi için her şeyden önce başvurunun varlığı şarttır. Başvuru, tarafların iradesine bağlı olabileceği gibi kanundan kaynaklanan bir zorunluluğa da dayanabilir. Bu anlamda arabuluculuğa başvuru, ihtiyari veya zorunlu olabilir. Muhtelif yerlerde arabuluculuğa ilişkin gördüğümüz tanımlamalar ihtiyari arabuluculuğa ilişkindir. Ancak bizim asıl araştırma konumuzu zorunlu arabuluculuk kurumu oluşturmaktadır.

1.1. Tanımı

Zorunlu arabuluculuk (*mandatory mediation*); tarafların, bir usul hukuku kurumu vasıtasıyla, mahkemeye veya hakeme başvurmadan önce katılmaları gerekli bulunan arabuluculuk sürecini ifade eder⁴⁶. Bu tanımlama, tarafları başvuruya zorlayıcı etkilerin neler olduğu belirtilmediğinden yeterli görülmeyle daha genel bir ifadeyle şu şekilde tanımlanmıştır: “Zorunlu arabuluculuk, mahkemeye başvuracak olan tarafların, yasama komisyonu ya da mahkeme kuralı gereği, uyuşmazlığın çözümü için yargılama başlamadan önce arabuluculuğa başvurulmasının zorunlu olmasıdır⁴⁷”. Hukukumuzda ise bu kavram, “uyuşmazlığın genel mahkemelerde incelenebilmesi için, yargılama öncesinde veya yargılama sırasında arabuluculuğun denenmesinin zorunlu tutulduğu arabuluculuk türüdür”

⁴⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Türkiye Barolar Birliği. (2012). *Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı*. 11 Mart 2011. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.

⁴⁶ Winestone, J. (2015). “Mandatory Mediation: A Comparative Review of How Legislatures in California and Ontario are Mandating The Peacemaking Process in Their Adversarial Systems”, prg. 5, Web: <http://www.mediate.com/articles/WinestoneJ4.cfm> adresinden 30 Mart 2017 tarihinde alınmıştır; Commercial Mediation- A Comparative Review, (June 2013). 23, Web: https://lpscdn.linklaters.com/-/media/files/linklaters/pdf/mkt/london/mediation_2013_7053.ashx?rev=2d3c8444-3b43-4ecf-a4cc-6aaa6dd12ba6, adresinden 20 Mayıs 2017 tarihinde alınmıştır; Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 35.

⁴⁷ Reuben, R. C. (2007). “Tort Reform Renews Debate Over Mandatory Mediation”. *Dispute Resolution Magazine*. 13(2), 13. Benzer tanımlamalar için bkz.: Swaleh, B. M. (2016). “An Analysis Of Mandatory Mediation”, 1, Web: <https://su-plustrathmore.edu/handle/11071/4817> adresinden 06. Haziran 2017 tarihinde alınmıştır.

şeklinde tanımlanmıştır⁴⁸.

Yukarıda yer alan tanımlamalar incelendiğinde, zorunlu arabuluculuğu diğer türlerden ayıran en önemli özelliğin başvurunun niteliği olduğu görülmektedir. Uyuşmazlığın çözümü için taraflar, arabuluculuk yöntemini denemeden genel mahkemelere başvuramıyorsa, arabuluculuk müessesesine başvuru zorunlu tutulmuş demektir. Bu zorunluluk, tanımda yer aldığı üzere, mahkemelerde hâkimlerin veya tahkim yargılamasında hakemlerin inisiyatifinden kaynaklanabileceği gibi, kanun koyucunun iradesinden de kaynaklanabilir.

1.2. Zorunlu Arabuluculuk Türleri

Dünya geneline baktığımızda üç farklı zorunlu arabuluculuk yöntemi olduğu görülmektedir⁴⁹. Bunlar dava şartı olarak arabuluculuk, mahkeme bağlantılı olarak zorunlu arabuluculuk ve yarı mecburi arabuluculuk yöntemidir.

1.2.1. Dava Şartı Olarak Arabuluculuk

Kategorik yaklaşım⁵⁰ olarak ifade edilen bu türde, belli bazı konularda kendiliğinden veya zorunlu bir yasal düzenlemenin gereği olarak arabuluculuğa başvuru zorunlu tutulmaktadır⁵¹. Bu türde taraflar, dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunlu olup, bu durum özel bir dava şartı olarak düzenlenmiştir. Arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlenmesi, arabuluculuk faaliyetine başvurmadan açılacak davanın esasa girilmeden reddedilmesine sebep olur. Bu anlamda arabuluculuk yöntemine başvurulmamış olması, açılacak olan davanın, esasa girilmeden reddedilmesine sebep olacaktır. Ancak bu yöntemden beklenen faydanın gerçekleşebilmesi için arabuluculuğun sadece aşılması gereken bir prosedür olarak görülmemesi gerekir. Birçok ülkede uygulaması bulunan dava şartı olarak arabuluculuk düzenlenmesi özellikle Avustralya'nın New South Wales eyaletinde ve İtalya'da uygulanmaktadır⁵². Hukukumuzda da dava şartı olarak arabuluculuk uygulaması, 2017 yılı itibariyle yürürlüğe giren, 1.1.2018 tarihi itibariyle de uygulanmasına başlanılan 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile düzenlenmiştir.

1.2.2. Mahkeme Bağlantılı Olarak Zorunlu Arabuluculuk

Zorunlu arabuluculuk modellerinin bir diğerini ise, uyuşmazlıkların dava açıldıktan

⁴⁸ Kekeç, 2014, 71; benzer yönde bkz.: Özbek, 2016, 29; Karacabey, K. (2016). "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar". *TBBD*. 123, 451.

⁴⁹ Hanks, M. (2012). "Perspectives on Mandatory Mediation". *UNSW Journal*. 35(3), 930; Swaleh, 2016, 7; Özmumcu, 2016, 808.

⁵⁰ Sander, E.A. (2007). "Another View of Mandatory Mediation". *Dispute Resolution Magazine*. 13(2), 16.

⁵¹ Özmumcu, 2016, 808; Hanks, 2012, 930.

⁵² Hanks, 2012, 930; Özmumcu, 2016, 808.

sonra mahkemeler tarafından arabuluculuğa gönderilmesi oluşturmaktadır⁵³. Genelde zorunlu arabuluculuk modeli dava açılmadan önce denenmesi gereken bir ön aşama olarak düzenlenmektedir. Oysa bu türde uyuşmazlık, davanın açılmasından sonra tarafların rızasına bakılmaksızın, mahkemenin gerekli görmesi halinde veya bir kural gereği arabuluculuğa havale edilmektedir⁵⁴. Bu türde hâkim tarafların rızası olsun veya olmasın uyuşmazlıkları arabuluculuğa sevk etme yetkisine sahiptir. Buradaki zorunluluk ile kastedilen sadece dava dosyasının arabuluculuğa nasıl gönderildiği ile ilgili olduğundan arabuluculuk faaliyetinin seyri ve sonucu hala tarafların iradesindedir. Mahkemenin vermiş olduğu gönderme kararından sonra yapılan uzlaşma çabası sonuçsuz kalırsa, davaya devam edilebileceği için tarafların arabuluculuk yöntemini denedikleri ve başarısız olma sebeplerini gösteren bir raporun mahkemeye sunulması gerekmektedir⁵⁵.

1.2.3. Yarı Mecburi Zorunlu Arabuluculuk

Yarı mecburi zorunlu arabuluculuk modelinde, arabuluculuğa başvurulmadan dava açılması durumunda, taraflar davada haklı çıkmış olasalar bile, yargılama giderlerinden sorumlu olurlar. Kabul edilmiş son zorunlu arabuluculuk modeli de yarı mecburi arabuluculuk olarak adlandırılmaktadır. Bu türde arabuluculuğa başvuru kategorik olarak zorunlu tutulmamakla birlikte, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmamışsa yargılama giderlerine mahkûm edilme durumu söz konusu olmaktadır⁵⁶. Bu durum, tarafları dolaylı olarak arabuluculuğa başvuruya zorlamaktadır. Davacı veya davalı tarafça yapılan teklifin diğer tarafça reddedilmesi durumunda, dava sonucunda önceki teklife nazaran daha iyi bir karar alınamazsa, reddeden taraf yargılama sonundaki giderlerden sorumlu tutulmaktadır⁵⁷. Bu uygulamaya örnek olarak da İngiliz Hukuk Usulü Kuralları (*Civil Procedure Rules*)⁵⁸, Avustralya'da yürürlüğe giren 2011 tarihli Hukuk Uyuşmazlıklarını Çözüm Kanunu (*Civil Dispute Resolution Act*) ve İsviçre Federal Hukuk Mahkemeleri Kanunu⁵⁹ gösterilebilir⁶⁰.

⁵³ Mahkeme bağlantılı arabuluculuk faaliyeti ABD'de ve Avustralya'da geniş çapta uygulanmaktadır. Hanks, 2012, 931; Sander, 2007, 16. Amerika Birleşik Devletleri'nde mahkeme bağlantılı arabuluculuk uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Özbek- ADR, 354-584.

⁵⁴ Kekeç, 2014, 222.

⁵⁵ Kekeç, 2014, 224.

⁵⁶ Özmumcu, 2016, 809; Hanks, 2012, 931.

⁵⁷ Türk Hukukunda benzer bir düzenleme önerisi için bkz.: Erdoğan-Erzurumlu, 43; Özkes, 2006, 40-45.

⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Woolf, Lord. (2006). "Adalet Erişim" Nihai Rapor (Çev. Mustafa Özbek). *MİHDER*. S. 2, 989-1002.

⁵⁹ Ayrıntılı Bilgi için bkz.: Atalı, M. (2006). "İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Ön Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler". *MİHDER*. S. 3. 607-631.

⁶⁰ Hanks, 2012, 931-932; Özmumcu, 2016, 809.

1.3. Zorunlu Arabuluculuğun Ayırt Edici Özellikleri

1.3.1. Başvurunun Niteliği Açısından

Arabuluculuk faaliyetine başvuru, tarafların iradesiyle olabileceği gibi tarafların sözleşmeye koyacakları bir hükümden, kanun koyucunun iradesinden ve hakimin arabuluculuğa başvuru konusundaki takdirinden de kaynaklanabilir⁶¹. Bu husus zorunlu arabuluculuğu diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından ayıran en temel özelliktir. Zira alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında asıl olan başvurunun tarafların iradesine bağlı olarak yapılmasıdır. Taraflar yukarıda sayılan hususlar söz konusu olduğunda uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemi ile çözmek için arabuluculuğa başvurmak zorundadır. Buna karşılık taraflar arabuluculuğa başvurmadan dava açma yolunu tercih ederse sonuçları başvuruyu zorunlu kılan hususlar açısından değişmektedir.

1.3.1.1. Taraflarca başvurunun zorunlu kılınması

1.3.1.1.1. Genel olarak

Taraflar, yapacakları bir sözleşme ile mevcut veya ileride doğabilecek bir uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuğa başvurmayı kararlaştırabilirler⁶². Bu sözleşmeye “arbuluculuk sözleşmesi” denilmektedir. Arabuluculuk sözleşmesi hem dava açılmadan önce hem de dava açıldıktan sonra yapılabilir⁶³. Arabuluculuk sözleşmesinin hukuki niteliğinin, çift karakterli olduğu söylenebilir. Maddi hukuk bakımından sonuçları tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla kurulmasıyla doğmaktadır⁶⁴. Arabuluculuk sözleşme ile taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözülmesine yardımcı olmak için bir arabulucu yetkilendirilmekte ve arabuluculuk görüşmeleri sonucunda da uyuşmazlığın sona erme ihtimali bulunmaktadır. Bu hususlar arabuluculuk sözleşmesinin usul hukuku bakımından sonuçlarını oluşturmaktadır⁶⁵.

Arabuluculuk sözleşmesinin arabuluculuğa başvuruyu zorunlu kılıp kılmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Zira arabuluculuk sözleşmesinin varlığına rağmen uyuşmazlık çıktığında taraflardan birisi arabuluculuğa gitmek istemeyebilir. Bu hususta sözleşmede yer alan arabuluculuk şartının doğrudan dava açma hakkını engelleyip engellemediği hususunun belirlenmesi önem arz etmektedir.

⁶¹ Nelle, 1992, 288-289; Streeter-Schaefer, 371; Özmumcu- Zorunlu Arabuluculuk, 828.

⁶² Oğuz, 2016, 59; Ersen Perçin, 2011, 183; Postacıoğlu, Altay, 2015, 1061; Ildır, 2003, 64; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 101; Kekeç, 2014, 140; Özbek, 2016, 757; Kuru, 2010, 245; Özekes, 2017, 2830; Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 12.

⁶³ Özbek, 2016, 127; Tanrıver-Arabuluculuk, 151; Özbay, 2006, 463; Yılmaz, 2004, 846; Ildır, 2003, 89; Özbek, 2001, 114; Özekes, 2017, 2831.

⁶⁴ Ildır, 2003, 67; Dür, 2017, 273. Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 13.

⁶⁵ Taşpolat Tuğsavul, 2012, 103. Kekeç, 2012, 588; Özekes, 2006; 41; Ildır, 2003, 323; Dür, 2017, 273. Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 113.

1.3.1.1.2. Arabuluculuk şartının bağlayıcılığı konusunda doktrinde yer alan tartışmalar

Dünya üzerinde arabuluculuk sözleşmesinin bağlayıcılığı konusunda farklı uygulamalar bulunmaktadır. Avrupa Birliği Komisyonu tarafından hazırlanan Yeşil Kitap'ta, tarafların uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile çözümlenmesi konusunda anlaşır ve bunu yerine getirilmemeleri halinde taraf iradesinin yorumlanması ve sözleşme hukukuna göre karar verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁶⁶. Hâkim, sözleşmenin varlığına rağmen uyuşmazlık konusunda dava açıldığında bu davayı usulden reddedileceği gibi, dava açılmasını dürüstlük kuralına aykırılık olarak da yorumlayabilir⁶⁷.

Amerikan Hukuku'nda, arabuluculuk sözleşmesinin bağlayıcılığı konusunda uygulamada ve doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrinde *Ware* bu uygulamaları üç şekilde sınıflandırmıştır⁶⁸: Bunlardan ilki, hakimin arabuluculuk sözleşmesine rağmen dava açılması durumunda tepkisiz kalarak yargılamaya devam etmesidir. Yazara göre arabuluculuk sözleşmesi, diğer hukuk sözleşmelerinden ayrı düşünülemez; şayet arabuluculuk sözleşmesinin varlığına rağmen taraflar dava açarsa davaya devam edilmesi borçlar hukuku sözleşmeleri için uygulanacak olan sözleşmeye aykırılık hükümleriyle çelişkili sonuçlar doğurmaktadır. Diğer bir ihtimal ise, mahkemenin sözleşmeye aykırılıktan dolayı uğranılan zararların karşılanmasına karar vermesidir. Ancak bu durumda da, arabuluculuğa gidilmesiyle elde edilebilecek karar ile yargılama sonucunda elde edilecek kararın karşılaştırılması zorluğu bulunduğu iddia edilmektedir. Üçüncü ihtimal ise, arabuluculuk yönteminin denenmesinin emredilmesidir. Ancak bu durumda da, tarafların istemedikleri bir sisteme başvuruya zorlanmalarının sonucunda sürecin başarısız sonuçlanacağı ileri sürülmektedir⁶⁹. Uygulamada ise, bazı Amerikan mahkemeleri, dava açılmadan önce arabulucuya başvurunun düzenlendiği durumlarda sözleşmelerin icra edilebileceğini kabul etmiştir. Örneğin⁷⁰; Amerika Birleşik Devletleri'nde bulunan Alabama Eyaleti'nde tarafların uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk sözleşmesi yapması halinde; dava açmadan önce arabuluculuğa başvuru, tüketilmesi gereken bir yol haline gelmektedir. Başka bir ifadeyle, dava açılmadan önce tarafların arabuluculuğa başvurma

⁶⁶ Kekeç, 2014, 144; Özbek, M. S. (2007). "Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 68, 299.

⁶⁷ Özbek, 2007, 299.

⁶⁸ Ware, J. (2001). *Alternative Dispute Resolution*. St. Paul, 258, (Aktaran: Kekeç, 2014, 142).

⁶⁹ Kayalı, D. (2009). "Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Basamaklı Uyuşmazlık Çözüm Şartları", *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, C.I, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 499-517.

⁷⁰ Streeter-Schaefer, 2001, 376; Diğer bir benzer durum da Oregon Bölge Mahkemesi'nde arabuluculuk sözleşmesinin varlığı tarafların doğrudan dava açmasına engel teşkil etmiştir. Ildır-Hak Arama Özgürlüğü, 396.

konusunda yapmış oldukları anlaşma tarafların doğrudan mahkemeye başvurma imkânını ortadan kaldırmaktadır. Doktrinde ise, *Phillips* ve *Olson* bir arabuluculuk şartının tek başına icraya konu olamayacağını ileri sürmüştür. Böyle bir şartın taraflara arabuluculuğa başvurma yükümlülüğü yüklediği anlamına gelmeyeceği, hatta süreç sonunda anlaşmaya zorlama durumu söz konusu olmadığı için diğer tarafın arabuluculuğa katılmayı reddetmesi ile herhangi bir zarara uğramayacağı belirtilmiştir⁷¹.

Avustralya Hukuku'nda ise, mahkemelerin yargı yetkilerinin elinden alınamayacağı doktrini, sözleşmeye dayalı yükümlülüklerin yerine getirilmesini gerektiren diğer ilkelere üstün kabul edilmiştir⁷². Uygulamada, mahkeme, arabuluculuk şartının bağlayıcı olmadığını, tarafların uyuşmazlıkları için dava açmadan önce arabuluculuğa başvuruya zorlanamayacağını ileri sürmektedir⁷³.

Fransa'da ise, arabuluculuk sözleşmesi ile tarafların uyuşmazlığı arabuluculuk faaliyetiyle çözmeye karar verdiği, bu nedenle de sözleşmenin bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir. Başka bir ifadeyle arabuluculuk sözleşmesinin varlığı devlet mahkemelerine başvuru imkânını ortadan kaldırılmaktadır⁷⁴. Belçika'da ise, arabuluculuk sözleşmesine rağmen dava açılmış olması durumunda arabuluculuk sözleşmesinin varlığı ilk itiraz olarak ileri sürülebilir⁷⁵. Arabuluculuk sözleşmesi ilk itiraz olarak ileri sürüldüğünde, hâkimin davayı durdurması ve diğer tarafın bu konudaki düşüncesini alması gerekmektedir; şayet diğer taraf arabuluculuk sisteminden vazgeçtiğini açıklarsa mahkemenin davaya devam etmesi ve aksi takdirde davayı reddetmesi gerekmektedir⁷⁶.

1.3.1.1.3. Türk hukukunda arabuluculuk şartının bağlayıcılığı

Türk Hukuku'nda arabuluculuk sözleşmesinin bağlayıcılığı konusunda tartışmalar bulunmaktadır⁷⁷. Bu tartışmaların esas noktası arabuluculuk sözleşmesinin varlığının uyuşmazlığın çözümü konusunda mahkemeye başvurmaya engel teşkil edip etmediği ve

⁷¹ P., Bradley, O., Ronald. (1982). Enforceability of Agreements to Participate in a Mediation. Corporate Dispute Management. 91-92, (Aktaran: Özbek, 2016,783). Benzer şekilde, Alman hukukunda arabuluculuk sözleşmesinin varlığı, tarafların geçici olarak dava açma hakkından feragat ettikleri anlamına gelmektedir. Bu hususun sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirildiğine ilişkin bkz. Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 13; Dolayısıyla sözleşmeye rağmen dava açılması durumunda hâkim bu hususu re'sen dikkate alamayacak taraflardan birinin ileri sürmesi halinde de davayı reddetmesi gerekecektir. Bkz.: Bayraktar, 2015, 169

⁷² Ildır-Hak Arama Özgürlüğü, 397.

⁷³ Özbek, 2016, 768. Buna karşılık, Macaristan ve Kaliforniya'da arabuluculuk sözleşmesine rağmen taraflar mahkemeye başvurabilirler. Ancak mahkemeye başvuran tarafın davayı kazanması durumunda dahi yargılama giderlerinden sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Taşpolat Tuğsavul, 2012, 108.

⁷⁴ Taşpolat Tuğsavul, 2012, 107; Dür, 2017, 324.

⁷⁵ Namlı, M. (2008). "Belçika Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumunun Esasları". *Arabuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiriler Öneriler-Sempozyum Notları*. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 102.

⁷⁶ Namlı, 2016, 102; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 108. Özetek, Görüş ve Eleştiriler, 22

⁷⁷ Tartışmalar için bkz.: Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 12-15; Özbek, 2016, 757-vd; Kekeç, 2014, 142; Taşpolat Tuğsavul, 2012,101-vd., Oğuz, 2016, 59.

tarafardan birisinin arabuluculuk sözleşmesine rağmen doğrudan dava açması halinde mahkemenin görevsizlik kararı verip veremeyeceğidir. Bazı yazarlar⁷⁸, sözleşmede yer alan arabuluculuğa başvuru şartının yargılamaya olan etkisi ile tahkim şartının etkisinin benzer olduğunu düşünmektedir. Bu anlamda mahkemelerin, taraflar arasında mevcut bir tahkim sözleşmesinin mevcudiyetine rağmen açılmış bir davayı reddetme yetkisine sahip olduğu gibi, tarafların arabuluculuk sözleşmesini ihlal ederek doğrudan dava açması halinde de aynı yetkiye sahip olduğu düşünülmektedir.

Özbek'e göre⁷⁹, doğrudan dava yoluna başvurunun arabuluculuk sözleşmesini zımnî olarak geçersiz saymaması için özel düzenlemenin varlığı aranmalıdır. Yasal bir düzenleme olmadığı sürece, arabuluculuk sözleşmesinin varlığına rağmen önce dava açılması sözleşmeye aykırılık teşkil etmektedir⁸⁰. Bu bağlamda yazara göre arabuluculuk şartının, tahkim şartına benzer olarak ilk itiraz şeklinde düzenlenmesi gerekmektedir. Böylece, arabuluculuk sözleşmesinin varlığına rağmen öncelikle dava açılması halinde “uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi gerektiğinden davanın usulden reddedilmesi” veya “arabuluculuk aşaması tüketilene kadar yargılamanın ertelenmesi” mümkün olur.

Ildır'a göre ise, tarafların sözleşmenin varlığına rağmen dava açmayı tercih etmeleri, dava açma yoluna giden tarafın arabuluculuk görüşmeleri sonucunda verilecek karara açıkça uymayacağı anlamına gelir ve bu başvuru arabuluculuk sözleşmesini zımnî olarak ortadan kaldırır⁸¹. Benzer bir şekilde *Taşpolat Tuğsavul*'a göre de⁸² tarafların uyuşmazlığın çözümü için yargıya başvurması anayasal olarak korunmakta olup, buradaki yargı yetkisi kamusal bir güvence sağladığından, taraflar aralarındaki arabuluculuk sözleşmesine rağmen uyuşmazlığın çözümü için doğrudan devlet yargılamasına başvurabilir. Tarafların istedikleri zaman arabuluculuk sözleşmesinden dönebilecekleri görüşünün temelinde, borçlar hukukuna hakim olan irade serbestisi yer almaktadır. Buna

⁷⁸ Oğuz, 2016, 60; Mustill, M. J., Boyd C. (1989). *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*. London, 461 (Aktaran: Özbek, 2016, 764). Aynı yönde görüş için bkz.: Tan Dehmen, 2006, 451-571; Bu görüşe benzer bir uygulama Alman Hukukunda gerçekleştirilmektedir. Alman Federal Mahkemesi uzlaştırma hakkında verdiği kararında, uzlaştırma sözleşmesinin varlığına rağmen dava açılması durumunda tahkim ilk itirazında olduğu gibi sözleşmenin varlığının ilk itiraz olarak ileri sürebileceğini kabul etmektedir. Bkz.: Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 13.

⁷⁹ Özbek, 2016, 616.

⁸⁰ Özbek, 2016, 787; Aynı yönde görüş için bkz.: Tan Dehmen, M. (2006). “Tahkim öncesi Müzakere ya da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi”. *MHB Prof. Dr. Aslan Gündüz'e Armağan*. 1-2, 462; Kavasoğlu, Abdurrahman. (2010). “Alman Usul Hukukunda Uyuşmazlıkların Mahkeme Dışı Çözüm Yolları ve Mediation”. *İÜHFD*. 68(1-2), 208; Kekeç, 2014, 146.

⁸¹ Ildır, 2003, 65; benzer yönde bkz.: Ersen Perçin, 2011, 183; Tanrıver-Arabuluculuk, 153;

⁸² Taşpolat Tuğsavul, 2012,106; benzer yönde bkz.: Ildır, 2003, 30.

karşılık *Kekeç*'e göre⁸³, tarafların arabulucuya gitme konusunda anlaşmaları halinde, uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk yöntemini denemeden dava açma yoluna gidilemez. Ayrıca yazara göre, arabuluculuk sözleşmesine ahde vefa kuralı gereği uyulması gerekmektedir; şayet arabuluculuk sözleşmesine rağmen dava açılırsa sözleşmenin zımnî olarak ortadan kalktığı ve bu ihlalin irade serbestisi kapsamında değerlendirilebileceği söylenemez⁸⁴. Bu durumda sözleşmeye aykırılık söz konusu olacaktır. Ancak tarafların sözleşmeye aykırılıktan dolayı uğradıkları zararı talep etmeleri durumunda zararın tespiti zorluğu bulunduğundan arabuluculuk sözleşmesinin varlığının dava açılmasına engel oluşturduğuna ilişkin yasal bir düzenlemenin yapılması gerekmektedir.

Kanımızca, arabuluculuk sözleşmesinin amacı, tarafları sürece katılmaya zorlamak değildir. Ayrıca sözleşmeye konulan şart ile arabuluculuğa başvurunun zorunlu kılındığı düşünülemez. Taraflar iradi olarak arabulucuya başvurmaktadır. Sadece arabulucuya gitme rızasının önceden verilmiş olduğu kabul edilir⁸⁵. Bu nedenle arabuluculuğa başvuru şartının sözleşmede yer alması tarafların doğrudan devlet yargısına başvurma imkânını etkilemez. Arabuluculuğa başvuru nasıl tarafların iradesiyle mümkün kılınabiliyorsa, söz konusu sözleşmeden dönmek de yine tarafların iradesiyle mümkün olmalıdır. Bu nedenle aradaki sözleşmeye rağmen doğrudan dava açılması durumunda taraflar sözleşmeyi sona erdirmektedir. Belirttiğimiz bu sonuçlar her iki tarafın da arabuluculuk sözleşmesine rağmen dava açma yolunu tercih etmelerine ilişkindir. Ancak, taraflardan birinin dava açma yoluna gitmesine rağmen, diğer taraf uyuşmazlığı arabuluculuk faaliyetiyle çözmek isteyebilir. Bu durumda arabuluculuk sözleşmesi yine doğrudan dava açılmasının önünde engel oluşturmamakta ancak, arabuluculuk sözleşmesinin varlığına rağmen dava açma yolunu tercih eden tarafın sözleşmeye aykırılıktan dolayı sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Ayrıca biz de arabuluculuk şartının tarafların uyuşmazlık çıktığında doğrudan dava açılmasını engellemesi için özel bir düzenlemenin olması gerektiği görüşüne katılmaktayız. Böylelikle taraflar açısından arabuluculuğa dava açılmadan önce başvuru zorunlu kılınmış olur. Örneğin, tahkim sözleşmesinin varlığının dava açılmasına engel oluşturması kanuni bir zorunluluğa dayanmakta ve sadece taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanmamaktadır. Şöyle ki hukukumuz bakımından mesele ele alındığında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen mahkemelerde dava açılması durumunda taraflar bunu ilk itiraz olarak ileri sürebilir (HMK m. 116). Bu

⁸³ Kekeç, 2014, 145-147; benzer yönde bkz.: Oğuz, 2016, 60.

⁸⁴ Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 13.

⁸⁵ Kekeç, 2014, 71; Özkes, 2017, 2819.

durumda sözleşmenin varlığı dava açılmasına engel olmaktadır. Ancak arabuluculuk faaliyeti için bu tarz bir yasal düzenleme bulunmadığından arabuluculuk sözleşmesinin tek başına dava açılmasına engel oluşturması mümkün değildir.

1.3.1.2. Mahkeme tarafından başvurunun zorunlu kılınması

Taraflar, uyuşmazlık hakkında dava açılmadan önce ya da dava açıldıktan sonra arabulucuya başvurabilirler⁸⁶. Dava açıldıktan sonra, arabulucuya başvurulması, mahkeme bağlantılı arabuluculuk⁸⁷ olarak ifade edilmektedir. Tarafların iradeleri ile veya iradeleri dışında mahkeme bağlantılı arabuluculuk programlarına başvurma imkânı bulunmaktadır⁸⁸. Sürecin başlangıcının, gönüllü veya zorunlu olması, davanın arabuluculuğa havalesi sırasında tarafların rızasının olup olmamasına göre değişir. Eğer uyuşmazlık, mahkeme tarafından tarafların rızası alındıktan sonra, arabulucuya gönderiliyorsa gönüllü; buna karşılık, tarafların rızası alınmaksızın, mahkemenin gerekli görmesi üzerine veya bir kurala bağlı olarak arabulucuya gönderiliyorsa, zorunlu arabuluculuk faaliyetinden bahsedilir⁸⁹.

Arbuluculuğun zorunlu kılındığı bazı hallerde dosyanın arabuluculuğa gönderilmesi emredilirken, bazı hallerde hâkimin takdirine bırakılmıştır⁹⁰. Hakimin takdiriyle dosyanın arabuluculuğa gönderildiği durumlarda, zorunluluk taraflar açısından oluşmaktadır. Mahkemenin arabuluculuğa başvuruyu zorunlu kıldığı durumlarda, arabuluculuk yargılamanın bir aşaması haline gelmektedir. Taraflar arabuluculuğa başvuru girişiminde bulunmadıkça, davaya devam edilemez. Mahkemenin takdirine rağmen tarafların arabuluculuğa başvurmaması davanın devamına engel teşkil etmekte ve bu husus davanın esasına girilmeden reddini gerektiren bir durum oluşturmaktadır⁹¹.

1.3.1.3. Kanun koyucu tarafından başvurunun zorunlu kılınması

Zorunlu arabuluculuğun asıl şeklini zorunluluğun kanundan kaynaklandığı durumlar oluşturmaktadır. Bu takdirde arabuluculuğa başvuru, hukuki düzenlemeler gereği zorunlu kılınmıştır. Ancak kanunda yazılı olan arabuluculuğa başvuru kuralı taraflar için her zaman bir zorunluluk oluşturmamaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, kanun koyucunun iradesinin emredici nitelikte olup olmadığıdır⁹². İradenin emredici olması

⁸⁶ Özbek, 2016, 127; Tanrıver-Arabuluculuk, 151; Özbay, 2006, 463; Yılmaz, 2004, 846; Ildır, 2003, 30, Özbek, 2001, 114; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 166.

⁸⁷ Mahkeme bağlantılı arabuluculuk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Kekeç, 2014, 208; Özbek, 2016, 354 vd.

⁸⁸ Özbek, 2016, 441; Kekeç- Mahkeme Bağlantılı Arabuluculuk, 601; Kekeç, 2014, 222.

⁸⁹ Kekeç, 2014, 222; Özbek, 2016, 435; Akan, 2013, 96; Özbek, 2007, 281; Kekeç- Mahkeme Bağlantılı Arabuluculuk, 601.

⁹⁰ Kekeç, 2012, 601.

⁹¹ Kekeç, 2012, 602; Yıldırım, 2007, 355.

⁹² Ersen Perçin, 2011, 182.

durumunda arabuluculuk yargılamanın bir parçası olur ve bu yol denenmeden doğrudan dava açılmaz. Bu anlamda, arabuluculuk dava şartı olarak düzenlenmiştir.

1.3.2. İyiniyetle Katılma Yükümlülüğü Bakımından

Zorunlu arabuluculuk faaliyetinde zorunluluğun kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Zira arabuluculuğa başvurunun zorunlu kılındığı durumlarda taraflardan birisi sadece görüşmelere katılıp, konuşmayı reddedebilir. Bu durumda da arabuluculuğa katılma yükümlülüğü yerine getirmiş olup olmadığının tespiti önem arz etmektedir⁹³. Zorunlu arabuluculuğun kabulünün en başta gelen amaçlarından birisinin, uyuşmazlığın çözümü için iyi niyetle çaba harcanması olduğu göz önüne alınmalıdır⁹⁴. Mahkeme taraflardan birinin iyi niyet çabası içerisinde olmadığını tespit ederse, o tarafı parasal olarak cezalandırmakta ve hatta o taraf aleyhine hüküm kurmaktadır⁹⁵. Ancak bu yükümlülük genellikle mahkeme bağlantılı olarak zorunlu arabuluculuk yönteminde uygulanmakta ve kendi içerisinde bir takım sorunları barındırmaktadır⁹⁶. Dolayısıyla bazı zorunlu arabuluculuk programlarında tarafların sürece katılmaları yeterli görülmüş, ayrıca iyi niyetle katılma yükümlülüğü getirilmemiştir. Ancak tarafların sadece sürece katılmalarının yeterli görülmesi halinde, tarafların ve avukatların arabuluculuğu dava açmak için aşılması gereken bir engel olarak görmelerine sebep olmaktadır⁹⁷. Ayrıca süreçte yer almak istemeyen avukatlar da arabuluculuğu bir keşif aracı olarak kullanabilirler⁹⁸. Bu durum avukatların ve tarafların arabulucuyu dava açılmadan önce yürütülmesi gereken bir prosedür olarak görmelerine yol açmaktadır.

1.3.3. İnisiatif Kullanabilme Yetkisi Açısından

Arbuluculuğa başvurunun zorunlu tutulduğu durumlarda sürecin devamı ve sona erdirilmesi tarafların iradesindedir⁹⁹. Bu nedenle de arabuluculuk faaliyeti, tarafların istedikleri zaman, karşı tarafın veya arabulucunun rızasına gerek olmadan sona

⁹³ Kekeç, 2014, 228; Kekeç- Mahkeme Bağlantılı Arabuluculuk, 603.

⁹⁴ Winkle J. R. V. (1992). "Mediation: An Analysis of Indiana's Court-Annexed Mediation Rule". *Indiana Law Review*. Vol. 25, 966; Reuben, 2007, 15; Hutchinson, 1996, 91; Streeter-Schaefer, 2001, 374; Kekeç, 2014, 229; Kekeç, 2012, 603.

⁹⁵ Kekeç, 2014, 229. Örneğin Amerika'nın İndiana Eyaleti'nde avukatlık ücretleri ve arabuluculuk masraflarının karşılanması müeyyideleri öngörülmüştür. Özümücu, 2016, 823.

⁹⁶ Bu sorunlardan ilki iyi niyetin kapsamının belirlenmesinde yaşanmaktadır. Bu konuda doktrinde bir takım ölçütler getirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Lande, J. (2002). "Using Dispute System Design Methods to Promote Good-Faith Participation in Court Connected Mediation Programs". *50 Ucla Law Review*. 69, 82-83. Diğer sorun ise, iyiniyet yükümlülüğü kurallarının gizlilik ilkesine ayrılık teşkil etmesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Birinci Bölüm, 1.3.2.

⁹⁷ Weston, M. A. (2001). "Checks on Participant Conduct in Compulsory ADR: Reconciling the Tension in the Need for Good-Faith Participation, Autonomy, and Confidentiality". *Indiana Law Journal*. 76(3), 614..

⁹⁸ Reuben, 2007, 15.

⁹⁹ Bulur, 2007, 43.

erdirilebilir¹⁰⁰. Eğer taraflar, arabuluculuk faaliyetini devam ettirirlerse, bu uzlaşma konusunda istekli oldukları anlamına gelir. Ancak tarafların arabuluculuk faaliyetine devam ediyor olmaları uyuşmazlığın arabuluculuk faaliyetiyle sona erdirilmesi gerektiği anlamına gelmez. Taraflar uyuşmazlığı isterse arabuluculuk yöntemi ile çözüme kavuşturur isterse de süreci sona erdirip yargı yoluna başvurabilir.

Arabuluculuk faaliyetinde taraf iradesinin ön planda olmasının bir sonucu olarak, arabulucunun uyuşmazlığın çözümü için karar verme yetkisi bulunmamaktadır¹⁰¹. Arabulucunun görevi, tarafların sorumlulukları kendilerine ait olacak şekilde uyuşmazlığı çözmelerine yardımcı olmaktır¹⁰². Dolayısıyla uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması, tamamen tarafların inisiyatifindedir. Arabulucu taraflar uyuşmazlığın çözümünde çıkmaza girdiklerinde çözüm önerisinde bulunabilir ancak, bu çözüm önerisi üzerinde tarafları uzlaşmaları için zorlayamaz.

Arabuluculuğa başvurunun zorunlu tutulması, bu noktada devlet yargılamasından ayrılmaktadır. Mahkemelerde hâkimler, uyuşmazlık hakkında yargısal çözüm üreten kişilerdir. Bu nedenle, hâkimler uyuşmazlık hakkında çözüm önerisinde bulunmakta ve hatta vereceği kararlar bu çözüm yolunun uygulanacağı konusunda tarafları zorlamaktadır¹⁰³. Dolayısıyla hakimlerin uyuşmazlığın çözümü konusunda inisiyatif kullanma yetkisi vardır.

1.3.4. Kararın Bağlayıcılığı Açısından

Arabuluculuk sürecinin tarafların anlaşmasıyla sona ermesi halinde, uyuşmazlık ortak bir noktada çözüme kavuşmuş demektir. Arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların anlaşmış oldukları çözüm yolu, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, tarafların isteği doğrultusunda anlaşma belgesine bağlanmaktadır¹⁰⁴. Taraflar sözleşmeyi kendi iradeleriyle kurdukları için, çoğunlukla uygulama konusunda istekli olurlar. Ancak bazı durumlarda uyuşmazlık anlaşmayla sonuçlanmış olmasına rağmen, taraflar sözleşmeye uygun davranmayabilir. Bu nedenle arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan anlaşmanın bağlayıcı olup olmadığının

¹⁰⁰ Özbek, M. (2010). “Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hakim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk”. *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 137; Kekeç, 2014, 202.

¹⁰¹ Yıldırım, 2007, 349; Bulur, 2007, 42; Tanrıver-Arabuluculuk, 165; Özbay, 2006, 465; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 27; Tanrıver-Arabuluculuk, 165; Ildır, 2003, 90; Özbek, 2016, 607; Kekeç, 2014, 68; Kuru-İstinaf, 566; Karşlı, 2012, 898; Pekcanitez, Atalay, Özekes, 2016, 677; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 758; Özekes, 2017, 2817; Dür, 2017, 13; Akan, 2013, 37; Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 9; Erdemir, 2017, 4; Sungurtekin Özkan, 2005, 358; Tanrıver-Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, 637; Ersen Perçin, 2011, 185.

¹⁰² Ildır, 2003, 100; Tanrıver-Arabuluculuk, 165; Pekcanitez- ADR, 16; Özbay, 2006, 465.

¹⁰³ Pekcanitez-Alternatif, 16; Özbay, 2006, 465.

¹⁰⁴ Özbek, 2016, 1259; Kıyak, E. (2015 Nisan). “Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği”, *TAAD*, 6(21), 531; Kekeç, 2014, 197; Taşpolat Tuğsavul, 2012,185; Oğuz, 2016, 57; Demir, 2014, 57.

tespiti önem arz etmektedir. Bu noktada öncelikle zorunlu arabuluculuğu yargısal yollarla uyuşmazlığı çözecek olan mahkemelerden ayırmak gerekir.

İlâm, kural olarak kesin ve hukuki açıdan bağlayıcıdır. Taraflardan birinin ilâma uygun davranmadığında diğer tarafın doğrudan cebri icra yollarına başvurma imkânı bulunmaktadır. Zorunlu arabuluculuk uygulamasında ise, anlaşma metninin bağlayıcılığı konusunda farklı uygulamalar bulunmaktadır. Bu durumda meselenin iki açıdan ele alınması gerekmektedir. Bazı durumlarda zorunlu arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan anlaşma doğrudan ilâm niteliğinde belge olarak kabul edilmekte ve herhangi bir işleme gerek olmaksızın ilamlı icranın konusunu oluşturmaktadır¹⁰⁵. Bu husus, anlaşma metninde avukatın, tarafların ve arabulucunun imzalarının bulunması halinde geçerlidir. Avukatın imzası olmadığı durumlarda ise, bu belge ancak mahkemeden icra edilebilirlik şerhi alınması durumunda ilamlı icranın konusu oluşturabilir¹⁰⁶. Şayet anlaşma belgesinde avukatın imzası bulunmaz ve icra edilebilirlik şerhi de alınmazsa, anlaşma yalnızca tarafların ilişkilerini düzenlemek konusunda iyi niyetli olduklarını gösteren bir belge niteliğinde olur¹⁰⁷. Dolayısıyla taraflar açısından herhangi bir bağlayıcılığı olmaz. Ancak arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan anlaşmaya taraflar uygun davranmadığında mahkemeye başvurularak anlaşmaya uygun davranılmasının talep edilebilir¹⁰⁸.

1.4. Zorunlu Arabuluculuk Sisteminin Olumlu Yanları

Zorunlu arabuluculuk yönteminin, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasında mahkeme yargılamasına yardımcı olarak uyuşmazlıkların kısa süre içerisinde daha az giderle çözümlenmesini sağlayacağı düşünülmektedir¹⁰⁹. Uyuşmazlıkların olabildiğince çabuk, basit ve mümkün olan en az giderle çözüme kavuşturulmasının önündeki en büyük engeli mahkemelerdeki iş yükü sorunu oluşturmaktadır¹¹⁰. Bu sorun, küçük çaplı birçok uyuşmazlığın mahkemelere taşınması ve asıl uyuşmazlıklara yeterli zaman

¹⁰⁵ 12/10/2017 tarihinde gerçekleştirilen değişiklikle HUAK'ın 18. maddesine eklenen 4. fıkraya göre, taraflar, avukatları ve arabulucu tarafından imzalanan anlaşma belgesi başka herhangi bir işleme konu olmadan ilâm niteliğinde belge hükmünde olup, ilamlı icraya konu olabilecektir. Benzer bir düzenleme de Av. K. 35/A maddesinde yer alan avukatın uzlaşma sağlama yetkisi çerçevesinde düzenlenen, taraflar ve avukatları tarafından imzalanan belge için söz konusudur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Dördüncü Bölüm.

¹⁰⁶ Özbek, 2016, 1259; Kıyak, 2015, 537; Özbay, 2006, 464; Bulur, 2007, 31; Ersen Perçin, 2011, 197; Tanrıver-Arabuluculuk, 157; Kekeç, 2014, 206; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 185; Özbek, 2010, 137; Demir, 2014, 57; Oğuz, 2016, 56. 12/10/2017 tarihinde yapılan değişiklikten önce HUAK'ın 18nci maddesine göre, avukatın, tarafların ve arabulucunun imzasının bulunduğu durumlarda bile anlaşma belgesi, ancak icra edilebilirlik şerhi alınması durumunda icrai etkiye sahip olabilecekti.

¹⁰⁷ Kıyak, 2015, 537.

¹⁰⁸ Biçkin, 2006, 38. Ancak bu davanın açılabilir olması, anlaşmanın bağlayıcı olmadığı özelliğini etkilememektedir. İldır, 2003, 30.

¹⁰⁹ Winston, D. (1996). "Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: You Can Lead A Horse to Water...". *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. Vol.11, 190; Özmumcu, 2016, 826;

¹¹⁰ Oğuz, 2016, 78; Kekeç, 2014, 93; Dür, 2017, 24.

ayrılmamasından kaynaklanmaktadır¹¹¹. Ayrıca yargılama öncesinde bir uzlaşma sisteminin bulunmaması da dava sayısının artışına neden olmaktadır. Günümüze kadar bu sorunun giderilebilmesi için ülkeler, hukuk sistemlerinde birçok değişik uygulamaya yer vermiştir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin geliştirilmeye çalışılması sonucunda, ortaya çıkan zorunlu arabuluculuk yöntemi de bu uygulamalardan birisini oluşturmaktadır¹¹². Avrupa Konseyi'nin mahkemelerdeki iş yükünün azaltılması için alınması gereken önlemler konusunda yayımlanmış olduğu kararda da zorunlu arabuluculuğun gerekliliğinden bahsedilmiştir. Karara göre¹¹³, “küçük taleplerle ilgili uyuşmazlıklarda ve tüketici hukuku, kira hukuku veya trafik kazalarından sorumluluk gibi alanlarda taraflar, ADR hizmeti sunan kuruluşlara başvurabilmeli ve hatta dava açmadan önce buna zorunlu tutulmalıdır... Ancak arabuluculuğa başvurunun zorunlu tutulması durumunda da başarısızlıkla sonuçlandığında yargı yolu açık olmalıdır”.

Zorunlu arabuluculuk faaliyetine ilişkin olarak ileri sürülen bir diğer olumlu görüş ise, zorunlu arabuluculuk faaliyetinin tarafların yasal olarak müzakere ortamına girmelerini sağladığına ilişkindir¹¹⁴. Bu yöntemde taraflar, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması için bir araya gelmeye zorlanmaktadır. Böylelikle, tarafların hukuki uyuşmazlıklarının müzakere görüşmelerine katılımı sağlanmakta ve en azından tarafların çıkarlarının dikkate alındığı bir ortam oluşturulmaktadır. Arabuluculuk görüşmelerine katılımın gerçekleşmesiyle birlikte, eğitilmiş bir arabulucu eşliğinde müzakereler gerçekleştirilmektedir. Ayrıca, taraflar arabuluculuğa başvuruya zorlanarak henüz görüşmelerin başında uzlaşmaya varma konusunda düşünmek zorunda bırakılmaktadır¹¹⁵.

Diğer taraftan, zorunlu arabuluculuk faaliyeti taraflara uyuşmazlığı sağlıklı bir

¹¹¹ Reuben, 2007, 13; Özbek, 2016, 809; Tanrıver, S. (2011). “Hukuk Yargısının Temel Sorunları ve Bu Bağlamda Alınması Gereken Önlemler”. *Makalelerim II (2006-2010)*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 165.

¹¹² Doğan Yenisey, K. (14 Mayıs 2016). “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı İle Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”. K. Doğan Yenisey (Editör). *İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı. İstanbul. Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu*, 184; Erdoğan, Erzurumlu; 28; Tanrıver, 2000, 174; Özbek, 2016, 815; Bulur, 2007, 45; Özbek, 2007, 201; Özmumcu, 2016, 826; Reuben, 2007, 13; Kekeç, 2014, 223. Kuru B. (2010). “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler”. *MİHDER*. 2, 239, (Kuru- Görüş ve Öneriler). İş yükünün azaltılması için Mülha HMUK'ta yer alan “sulh teşebbüsü” kurumundan esinlenilerek “ön tahkim” kurumu getirilmesi gerektiği önerisi için bkz.: Umar, B. “Hukuk ve Adliye Reformu Sorununun Medeni Usul Hukukunu İlgilendiren Bölümü Üzerine Ön Rapor”. *Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*. İzmir: İzmir Barosu Yayını, 127-128; Dür, 2017, 255. Benzer şekilde dava açılmadan önce gidebilecek mecburi tahkim veya uzlaştırmanın iş yüküne çözüm oluşturacağına ilişkin bkz.: Pekcanitez H. (1995). “Yargı Reformu Yapılmasını Gerektiren Nedenler”. *İz.B.D.* 2, 103-113; Dür, 2017, 255.

¹¹³ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin mahkemelerdeki aşırı iş yükünün önlenmesi ve azaltılmasıyla ilgili tedbirler hakkındaki R(86) 12 sayılı tavsiye kararı için bkz.: Özbek, 2007, 229; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 43.

¹¹⁴ Reuben, 2007, 13; Benzer yönde bkz.: Özmumcu, 2016, 826.

¹¹⁵ Özmumcu, 2016, 826.

ortamda değerlendirme fırsatı sunar. Bilindiği üzere uyuşmazlığın asıl çözüme kavuşturulduğu yer genel mahkemelerdir. Ancak mahkeme ortamında, uyuşmazlığın karşılıklı anlaşma sağlanarak çözümü için uygun bir ortam oluşmamaktadır. Bu nedenle de uyuşmazlığın çözümü için mahkemeye başvurmadan önce, tarafların uyuşmazlığı sağlıklı bir ortamda değerlendirmesi için bir takım uygulamalar öngörülmüştür¹¹⁶. Bunlardan birisi olan zorunlu arabuluculuk, mahkemelerdeki yargılamayı daha etkili kılmak için tarafların uyuşmazlığı sağlıklı bir ortamda değerlendirebildiği bir ön aşama oluşturmaktadır¹¹⁷. Böylelikle küçük uyuşmazlıkların yargıya taşınarak daha büyük sorunlara yol açması engellenmiş olduğu gibi¹¹⁸, uyuşmazlık çözüme kavuşturulamadığında hem ilk derece mahkemelerinde hem de kanun yolundaki mahkemelerde yargılamanın etkili bir şekilde yürütülmesine de hizmet edilmiş olur¹¹⁹. Ayrıca, zorunlu arabuluculuk, tarafların arabuluculuk sistemine başvurma konusundaki isteksizliği problemine çözüm oluşturur.

Taraflar arabuluculuk faaliyeti hakkında yeterli bilgiye sahip değildir¹²⁰. Zorunlu arabuluculukta ise, başvurunun zorunlu tutulmasından dolayı taraflar sistemi öğrenme fırsatı yakalamaktadır¹²¹. Böylelikle, arabuluculuk müessesesi tanınmış olur ve zorunlu tutulmayan uyuşmazlık türleri için de taraflarda arabulucuya başvurma isteği oluşturur. Bu hususta tarafların arabuluculuk hakkında bilgi sahibi olabilmeleri için geçici bir yol olarak zorunlu arabuluculuk yönteminin uygulanması gerektiği, topluluğun arabuluculuk konusundaki farkındalığı tatmin edici düzeye ulaştığında ise bu uygulama kaldırılması gerektiği ileri sürülmektedir¹²². Bu konuda İtalya örneğini ele alacak olursak; İtalya’da zorunlu arabuluculuk yöntemine geçilmeden önce 2010 yılında ihtiyari arabuluculuğa

¹¹⁶ Bu durumda oluşturulan diğer uygulamalar; “vakıtların saptanması ve tarafsız ön değerlendirme” yollarıdır. Bu yöntemlerde tarafsız üçüncü kişiler çözüm önerisinde bulunmamakta, yalnızca objektif olarak durum değerlendirmesi yapmaktadırlar. Bkz.: Ildır, 2003, 174.

¹¹⁷ Reuben, 2007, 13; Ildır, 2003, 174.

¹¹⁸ Özbek, 2007, 195.

¹¹⁹ Kekeç, 2014, 223; Yıldırım, 2007, 355.

¹²⁰ Quek, D. (2010). “Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining The Feasibility of Implementing a Court - Mandated Mediation Program”. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*. Vol.11, 483; Nolan-Haley, J. (2012). “Is Europe Headed Down the Primrose Path with Mandatory Mediation”. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*. 37(4), 1251; Özbek, 2010, 109; Hutchinson, 1996, 90; Kekeç, 2014, 72; Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 37; Ildır, 2003, 91; 11-13 Mayıs 2016 tarihlerinde Avrupa Konseyi tarafından gerçekleştirilen Arabuluculuk Mevzuat Çalıştayı’nda Jeremy Tagg’ın ülkemiz hakkında gerçekleştirdiği sunumda belirttiği üzere, vatandaşların yüzde 30 civarı arabuluculuk hizmetleri hakkında hiçbir bilgiye sahip değilken, yüzde 50’sinin ise kısmen bilgi sahibidir. Bu konuda bkz.: “*Türkiye’de Arabuluculuk Mevzuatında Yapılması Planlanan Değişikliklere İlikin Uluslararası Çalıştay ve Çalışma Grubu Toplantıları*”, Council of Europe, 11-13 Mayıs 2016, Web: <http://www.coe.int/tr/web/ankara/-/international-workshop-and-working-group-meetings-on-legislative-amendments-to-mediation-law-and-regulation-in-turkey> adresinden 02 Aralık 2017 tarihinde alınmıştır.

¹²¹ Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 37; Kekeç, 2014, 72; Quek, 2010, 483; Özbek-Anayasal Hak ve Hürriyetler, 139; Dür, 2017, 254.

¹²² Quek, 2010, 484; Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 36.

başvuru sayısı 18.525 iken, zorunlu arabuluculuğa geçilmesiyle birlikte bu sayı 154.879'a yükselmiştir¹²³. Zorunlu arabuluculuk uygulamasının İtalyan Anayasa Mahkemesi tarafından 2012 yılında kaldırılmasıyla birlikte, 2013 yılında başvuru sayısı 41.604'e düşmüştür. Burada dikkat edilmesi gereken mevzu arabuluculuğa başvurunun ihtiyari olduğu aşama (18.525) ile bir süre zorunlu tutulduktan sonra geçilen ihtiyari aşamanın (41.604) verileri karşılaştırıldığında iki katına ulaşmış olmasıdır¹²⁴. Dolayısıyla belli bir süre arabuluculuğun zorunlu bir ön aşama olarak uygulanması ülkede arabuluculuğun tanınmasına imkân sağlamıştır.

Öte yandan, arabulucuya başvurunun taraflardan biri veya taraflardan birinin avukatı tarafından teklif edilmesi karşı tarafça zayıflık belirtisi olarak algılanmaktadır¹²⁵. Ayrıca, avukatlar tarafından yapılan arabuluculuğa başvurma teklifi, müvekkileri ile olan ilişkilerine de zarar vermektedir. Zira müvekkiller uyuşmazlığın dava yoluyla çözülmesi ve avukatın kendisini temsil etmesi konusunda istekli olmakta ve avukatlarının yaptığı arabuluculuğa başvurma teklifini zayıflık göstergesi olarak algılamaktadır. Ancak zorunlu arabuluculukta başvuru, avukatların teklifi üzerine yapılmadığı için müvekkilerin avukatlarına olan güvenlerini zayıflatmadan görüşmelere katılma imkânı sağlamakta¹²⁶ ve taraflardan herhangi biri süreci başlatan taraf olarak görülmediğinden arabuluculuk faaliyeti ile uyuşmazlığın çözülmesi zayıflık belirtisi olarak algılanmamaktadır¹²⁷.

1.5. Zorunlu Arabuluculuk Sisteminin Olumsuz Yanları

Zorunlu arabuluculuğun, uyuşmazlıkların çözümünde mahkemelerin içtihat oluşturmasının önünde bir engel teşkil ettiği ileri sürülmektedir¹²⁸. Zira yargılamanın amacı sadece uyuşmazlıkları çözmek değil, aynı zamanda da kamusal değerleri açıklayarak güçlendirmektir. Bu yöntemde dava açılmadan önce arabuluculuğa başvuru zorunlu kılındığı için, taraflar önce arabuluculuğa başvurmaktadır. Bu husus uyuşmazlıkların

¹²³ Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 37; Erdoğan, 2017, 1223. 11-13 Mayıs tarihleri arasında gerçekleştirilen Arabuluculuk Mevzuat Çalıştayı'nda Leonardo D'Urso tarafından gerçekleştirilen sunumda söz konusu verilere yer verilmiştir. Bkz.: "Türkiye'de Arabuluculuk Mevzuatında Yapılması Planlanan Değişikliklere İlişkin Uluslararası Çalıştay ve Çalışma Grubu Toplantıları" Web: www.coe.int/tr/web/ankara/-/international-workshop-and-working-group-meetings-on-legislative-amendments-to-mediation-law-and-regulation-in-turkey adresinden 30 Nisan 2017 tarihinde alınmıştır.

¹²⁴ Benzer bir örnek İngiltere'de şu şekilde yaşanmıştır: İngiltere'de arabuluculuk yöntemine başvurunun ihtiyari olduğu süreçte, 4.500 uyuşmazlığın yalnızca 160 tanesi için arabuluculuğa başvurulduğu halde, mahkemenin yargılama giderleri tehdidi ile birlikte hakim tarafları teşvik etmesine ilişkin düzenleme ile birlikte %141 oranında artmıştır. Bkz.: Quek, 2010, 483.

¹²⁵ Reuben, 2007, 13; benzer yönde bkz.: Özmumcu- Zorunlu Arabuluculuk, 826; Akan, 2013, 98; Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 36. Quek, 2010, 483.

¹²⁶ Reuben, 2007, 13.

¹²⁷ Huntchinson, 1996, 13; Özmumcu, 2016, 826.

¹²⁸ Doğan Yenisey, 2016, 174; Reuben, 2007, 13; Şişli, Z. (2012). Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm. *ABD.* 2, 62-63.

kamusal alanın dışına itilmesine ve gelecekteki uyuşmazlıkların çözümü noktasında emsal kararların önüne geçilmesine sebep olmaktadır¹²⁹. Oysa hukuk sistemlerinde içtihatlar önemli bir hukuk kaynağı oluşturmaktadır. Zira bazı hukuk sistemleri, sürekli bir değişim içerisinde olduklarından yeni uyuşmazlıkları içtihatlar aracılığıyla çözüme kavuşturmaktadır¹³⁰. Bu nedenle zorunlu arabuluculuğun uygulanacağı uyuşmazlık türlerinin bu konu dikkate alınarak seçilmiş olması gerekmektedir.

Zorunlu arabuluculuk faaliyetinde, arabuluculuğa başvurunun kanuni düzenlemeler gereği zorunlu kılınmasından dolayı gönüllülük ilkesinin tam anlamıyla uygulanmadığı ileri sürülmektedir¹³¹. Arabuluculuk faaliyetinin başarıyla sonuçlanabilmesi, tarafların ortak iradeleri ile çözüme katılmalarına ve iyi niyetle görüşmeleri sürdürmelerine bağlı kabul edilmiştir¹³². Bu husus arabuluculuk faaliyetinin mahiyetine aykırılık teşkil ettiği ve bu nedenle de arabuluculuk faaliyetinden beklenen faydanın sağlanmayacağı düşünülmektedir¹³³.

Zorunlu arabuluculuk taraflar arasındaki güç dengesizliklerinin sömürülmesine neden olabilir. Arabuluculuk faaliyetinde taraflar arasındaki güç dengesizlikleri ustalıkla ele alınmaz ise, arabuluculuk faaliyetinin güç dengesizliklerini daha da artmasına sebep olacağı söylenebilir¹³⁴. Örneğin, evde istismar ya da şiddet içeren boşanma davalarının arabuluculuğunda; güçlü olan eş bazen boşanma şartlarını yalnızca korkutucu değil hayati tehlikeye maruz kaldığı bir ortamda zorla belirleyebilir. Bu tarz bir uyuşmazlığın söz konusu olduğu durumlarda mahkeme güçsüz olan tarafı koruyucu etki oluşturmaktadır. Diğer taraftan, avukatlar ve taraflar zorunlu arabuluculuk faaliyetini karşı tarafın zayıflıklarını öğrenme ve dava aşamasında kullanma aracı olarak görebilir¹³⁵.

Zorunlu arabuluculuk faaliyetinin kişilerin kendi kaderlerini kendilerinin belirleme haklarını ellerinden aldığı ileri sürülmektedir¹³⁶. Tarafların arabuluculuk sürecine başvurmaya zorlanmaları, anlaşmazlıkları kendileri çözmek için ihtiyaç duydukları becerilerin gelişmesini engellemektedir. Zira bu sistemde taraflar arabuluculuğa isteyerek

¹²⁹ Reuben, 2007, 13; Oysa sürekli gelişime açık olan iş hukuku alanında yargının getirdiği yorumların çoğu yasalışıdır. Bkz.: Güzel, 2016, 1138-1140.

¹³⁰ Bazı iş uyuşmazlıkları ile ilgili kararların da yüksek yargı tarafından verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Kural, 33.

¹³¹ Swaleh, 2016, 3; Özbek-Anayasal Hak ve Özgürlükler, 139; Doğan Yenisey, 2016, 183; Karacabey, 2016, 460; Reuben, 2007, 13; Güzel, A. (2016). İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler, *Çalışma ve Toplum*, 3, 1137; Dür, 2017, 252.

¹³² Doğan Yenisey, 2016, 184; Kekeç, 2014, 70; Özbek, 2016, 1198.

¹³³ Hanks, 2012, 949; Taşpolat Tuğsavul, 2012,127; Akan, 2013, 9; Yıldırım, 2007, 358; Karacabey, 2016, 461; Kekeç, 2014, 70; Namlı, 2016, 156.

¹³⁴ Reuben, 2007, 13.

¹³⁵ Doğan Yenisey, 2016, 186.

¹³⁶ Reuben, 2007, 15.

başvurmamaktadır. Oysa tarafların dava açmak yerine arabulucuya başvurmayı en iyi ikinci alternatif olarak görmeleri gerekmektedir. Ayrıca zorunlu arabuluculuk zayıf avukatlığı da teşvik edebilir. Çünkü avukatlar arabulucuların karşı tarafın avukatının veya kendi müvekkilinin o davaya olan yeteneği ve bilgisi konusunda baskı oluşturmaya izin vermeyeceğini bilir¹³⁷. Bu durum ise avukatın uyuşmazlığın çözümü için daha az uğraş vermesine neden olabilir.

2. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLU OLARAK ZORUNLU ARABULUCULUK

2.1. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Kavramı

Birçok ülkede, uyuşmazlıkların yargılama yapılarak çözüme kavuşturulması, masraf ve zaman kaybının çok olması ve mahkemelerin iş yükünün fazla olmasından dolayı yetersiz görülmektedir. Bu nedenle ülkeler, mevcut uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yanında yeni alternatif çözüm yolları geliştirmektedir¹³⁸. Geliştirilen bu yollara doktrinde “alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri” denilmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları genellikle tarafsız bir üçüncü kişinin, aralarında uyuşmazlık bulunan tarafları, ortak bir çözüme ulaştırmak amacıyla bir araya getiren, iletişim kurmalarını sağlayan her türlü yöntemi ifade etmektedir¹³⁹. Bu kavram, literatürümüze İngilizce “Alternative Dispute Resolution” kavramının Türkçe’ye çevrilmesiyle girmiştir. Bir yöntemin alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak ifade edilmesi için, “gönüllü olarak katılım”, “bağlayıcı olmayan tavsiyelerde bulunma” ve “tatmin olmama halinde yargıya başvurma hakkı” şeklinde üç özelliğe sahip olması gerekir¹⁴⁰.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, kavramsal olarak incelendiğinde “alternatif”

¹³⁷ Reuben, 2007, 15.

¹³⁸ Pekcanitez, Atalay, Özekes, 2016, 669; Kekeç, 2014, 12; Oğuz, 2016, 27; Kuru, 2010, 237; Karşlı-Muhakeme, 895; Biçkin, 2006, 34; Bulur, 2007, 31; Odaman, Karaçöp, E. (2016). “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağında Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi”. *Sicil İş Hukuku Dergisi*. 35, 54. Aslında bunun alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının temel hedefi olmamakla beraber sonucu olduğu yönündeki görüşler için bkz.: Ildır, 2003, 26.

¹³⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Özbek, M. (2004). “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış”, *GÜHFD, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan*, 1, 261-292; Özbay, 2006, 459-475; Ildır, 2003, 26; Tanrıver-Arabuluculuk, 151-178; Tanrıver, S. (2006). “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış”, *Makalelerim(2006)*. Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 60; Kekeç, 2014, 13; Özbek-Arabuluculuk, 114 vd.; Özekes, 2017, 2807; Oğuz, 2016, 27; Özbek, 2007, 188; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 22; Karşlı, 2012, 895; Pekcanitez, Atalay, Özekes, 2016, 669; Özmumcu, (2013). *Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış*. (Üçüncü Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 237 (Özmumcu-Genel Bakış); Yazıcı Tıktık, 2013, 5; Dür, 2017, 6; Pekcanitez-Alternatif, 12; Odaman, Karaçöp, 2016, 54; Sungurtekin Özkan, 2005, 355; Biçkin, 2006, 35; Özbay- Uzlaştırma, 387; Bulur-Alternatif, 31; Yıldırım, 2007, 347.

¹⁴⁰ Tanrıver-Arabuluculuk, 152; benzer yönde bkz.: Ildır, 2003, 27-29; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 23; Sungurtekin Özkan- Uzlaştırma, 355; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 23; Özekes, 2017, 2807; Özbay-Uzlaştırma, 388; Bulur, 2007, 31; Ersen Perçin, 2011, 182.

kelimesinin anlamının belirlenmesi gerekmektedir¹⁴¹. Zira bu kelime üzerine birçok anlam yüklenebileceği için, asıl ulaşılmak istenilen sonuçtan uzaklaşılabilir. Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde Fransızca'dan dilimize giren “alternatif” sözcüğünün karşılığı “seçenek” olarak görülmektedir¹⁴². Aynı sözlükte seçenek kavramı ise, “birinin yerine seçilebilecek bir başka yol, yöntem” şeklinde tanımlanmaktadır. Doktrinde ise alternatif kavramı, “iki şey arasında seçim yapmaya izin verilmesi; mevcut iki şey içinden biri seçilerek diğeri reddedilecekse, bu iki durum arasında tercih sunan bir durum veya bir teklif ya da iki veya daha çok şey arasında bir seçim yapma imkânının sunulması” olarak tanımlanmıştır¹⁴³.

Kanımızca, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kavramında yer alan “alternatif” sözcüğü yargı yolu yerine ikame edilecek bir yöntemi ifade etmemektedir. Bu bağlamda, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, aslında yargı sistemi ile rekabet halinde olmayıp, yargısal yollara başvuru imkânını ortadan kaldırmamaktadır¹⁴⁴. Böyle bir kaydın varlığına rağmen yargıya başvurulmuş olması, diğer tarafa herhangi bir itirazda bulunma hakkı vermemektedir¹⁴⁵. Başka bir ifadeyle, bu yöntemler mahkemelerin yargı yetkisini ortadan kaldırmayıp, bu yetkinin yanına ilave olarak kabul edilen çözüm yollarını oluşturmaktadır¹⁴⁶. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, mahkemelerde uygulanacak olan yargılama kurallarının alternatifini oluşturmaktadır¹⁴⁷. *Tanrıver*, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yargıyla rekabet eden, onun yerini almaya çalışan bir müessese olarak algılanmaması için, uyuşmazlıkların alternatif çözümü kavramı yerine dostane bir biçimde uyuşmazlık çözüm yöntemleri ifadesinin kullanılması gerektiğini savunmaktadır¹⁴⁸.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvuru, tamamen tarafların iradesinden kaynaklanabileceği gibi, yargılama faaliyeti sırasında doğrudan hakimnin veya hakemin inisiyatifiyle de olabilir. Bazen de uyuşmazlığın mahkemede incelenebilmesi için yargılama öncesinde veya sırasında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvuru zorunlu

¹⁴¹ Pekcanitez-Alternatif, 16; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 23; Yıldırım, 2007, 338; Demir, 2014, 6; Özbek, 2016, 201; Ildır, 2003, 23; Özbay, 2006, 460; Tanrıver-Arabuluculuk, 152.

¹⁴² <http://tdk.gov.tr>.

¹⁴³ Karacabey, 2016, 458-459.

¹⁴⁴ Kuru- Görüş ve Öneriler, 237; Pekcanitez-Alternatif, 12-16; Namlı, 2016, 154; Oğuz, 2016, 27; Tanrıver, 2006, 60; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 24; Kekeç, 2014, 59; Özekes, 2017, 2807; Özbek, 2016, 201; Tanrıver-Arabuluculuk, 152; Pekcanitez-Alternatif, 13; Güzel, 2016, 1135; Erdemir, 2017, 2; Bulur, 2007, 32; Özbek, 2010, 127.

¹⁴⁵ Ildır, 2003, 48; Tanrıver-Arabuluculuk, 61; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 24.

¹⁴⁶ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun genel gerekçesi. <http://www.kgm.adalet.gov.tr>.

¹⁴⁷ Biçkin, 2006, 34; Yazıcı Tıktık, 2013, 5; Özbay, 2006, 460; Ildır, 2003, 22; Özbay-Uzlaştırma, 5; Sarısözen, M. (2010). *“Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Işığında Avukatlık Hukukunda Uzlaşma”*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 5; Yargının değil dava yolunun alternatif olduğu ilişkin bkz.: Özbek, 2010, 128.

¹⁴⁸ Tanrıver-Arabuluculuk, 63; Benzer yönde bkz.: Taşpolat Tuğsavul, 2012, 25

kılınabilir¹⁴⁹. Bu takdirde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri yargılamanın ön adımını oluşturmaktadır¹⁵⁰. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri (kısaca ADR¹⁵¹) ifadesi, içerisinde birçok yöntemi barındırmaktadır. Bu yöntemler; bağımsız üçüncü kişinin bağlayıcı karar verebildiği tahkim¹⁵² ve görüşme esaslı olup, bağlayıcı olmayan uzlaştırma, arabuluculuk ve kısa görüşmedir¹⁵³.

2.2. Zorunluluk Kavramının Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yoluna Uygunluğu

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında, en sık başvurulmuş çözüm yolu geçmişten beri hukuk sistemlerinin üzerinde çalıştığı bir kurum olan arabuluculuk yöntemidir. Bu yöntemde gerçek anlamda yargılama faaliyeti yürütülmeyip, kararlar taraflar açısından bağlayıcı etkiye sahip değildir. Arabuluculuk faaliyetinde, mahkeme yargılamasına göre daha hızlı sonuç alınmakta ve taraflarının görüşmelerde bulunduğu, her iki tarafın da kazandığı bir çözüme ulaşılmaktadır¹⁵⁴. Bu anlamda, arabuluculuk, dava yoluna seçimsel bir yöntem olmaktadır. Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşma sağlayamazsa, dava yoluna başvurabilirler. Dolayısıyla, arabuluculuk, yargılamaya değil; dava yoluna alternatif oluşturmaktadır¹⁵⁵.

Doktrinde zorunlu arabuluculuk yönteminin bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olup olmadığı üzerine tartışmalar mevcuttur. *Karacabey'e* göre, zorunlu arabuluculuk faaliyeti aslında yargılama faaliyetinin bir alternatifi olmamaktadır; şayet alternatif olarak belirlenen bir yöntemin varlığından söz edilebilmesi için diğer yöntemler arasından özgür irade ile tercih edilmesi gerekmektedir¹⁵⁶. Dolayısıyla bir uyuşmazlık çözüm yönteminin alternatif olarak nitelendirilebilmesi için alternatif yollardan birisinin seçiminde tarafların iradesinin belirleyici olması gerektiği ileri sürülmektedir. Ayrıca yazara göre, kişinin özgür kılınacağı en az iki seçeneğin olması gerekliliği bu noktada kaçınılmaz olup, belli bazı

¹⁴⁹ Özkes, 2017, 2818, 2819; benzer yönde bkz.: Ildır, 2003, 29; Dür, 2017, 7; Pekcanitez, H. (2008). "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı". *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı*, (İzmir 19-20 Ekim 2007). Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 253.

¹⁵⁰Ildır -ADR, 65; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 105; Karılı-Usul, 896; Bıçkin, 2006, s 35; Ersen Perçin, 2011, 182.

¹⁵¹ "ADR" kısaltması doktrinde çeşitli şekillerde tanımlanmıştır: "Dostane Uyuşmazlık Çözümü" (Amicable Dispute Resolution), "Uygun Uyuşmazlık Çözümü" (Appropriate Dispute Resolution), "İdari Uyuşmazlık Çözümü" (Administrative Dispute Resolution), "Tercih Edilen Uyuşmazlık Çözümü" (Preferred Dispute Resolution), "Uygun Olmayan Uyuşmazlık Çözümü" (Inappropriate Dispute Resolution). Özbeke, 2016, 193

¹⁵² Tahkimin alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olmadığına ilişkin tartışmalar için bkz.: Dördüncü Bölüm, 2.3. 1. 795. dn.

¹⁵³ Ildır, 2003, 26; Özbeke, 2010, 109; Oğuz, 2016,27

¹⁵⁴Postacıoğlu, Altay, 2015, 1056; Akan, 2013, 26; Pekcanitez, Atalay, Özkes, 2016, 669; Bıçkin, 2006, 35; Özbeke, 2016, 192; Kuru-Öneriler, 237; Ersen Perçin, 180; Özbeke, 2010, 109;Kuru, 2010, 237; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 756.

¹⁵⁵ Özbeke, 2010, 129.

¹⁵⁶ Karacabey, 2016, 459..

uyuşmazlıklarda, yargı yoluna başvurmadan önce, arabulucuya müracaat etme gereği bir şart olarak taraflara sunulduğu takdirde arabuluculuk, tarafların özgür iradesine ve seçim yapma hakkına dayanan alternatif bir yol ve seçenek olmaktan çıkmakta; usul hukukuna dair yeni bir kuruma, dava şartına dönüşmektedir. *Winston*'a göre ise¹⁵⁷, arabuluculuğa başvurma zorunluluğu ile amaçlanan, tarafları uyuşmazlığın çözümü için anlaşmaya zorlamak değildir. Aksine, taraflara, anlaşmaya ulaşmak için daha az masrafla ve daha etkili alternatif bir ortam sağlamaktır. Zorunlu arabuluculuğun hukuken davaya alternatif teşkil etmese dahi, bir alternatif çözüm yöntemi olduğunun kabulü gerekmektedir.

Yukarıda işaret ettiğimiz hususlar çerçevesinde zorunlu arabuluculuk yöntemi, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri için öngörülmüş olan özellikler çerçevesinde değerlendirildiğinde, tarafların katılımının gönüllü olması dışındaki diğer özelliklere sahip olduğu söylenebilir. Zira arabuluculuğa başvuru zorunluluğu bulunsa da, sürecin devamında tarafların iradesi egemendir. Başka bir ifadeyle taraflar süreci sona erdirip yargı yoluna başvurabilecekleri gibi, sürece devam ederek uyuşmazlığı anlaşma sağlayarak da sona erdirebilirler. Arabulucunun da uyuşmazlığı sona erdiren bir karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Arabuluculuğu ancak taraflar uyuşmazlığın çözümü konusunda çıkmaza girdiklerinde bağlayıcı olmayan önerilerde bulunabilir.

Zorunlu arabuluculuk faaliyetinin sürece başlangıçta olmasa da sürecin devamında taraf iradesi egemen olduğundan yargı yoluna alternatif oluşturduğu söylenebilir. Nitekim sürece devam etmeyip yargı yoluna başvurmak tarafların iradesindedir. Ayrıca, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde amaç, uyuşmazlığın yargı yoluna başvurmadan çözümünün alternatif yollarla sağlanmasıdır. Diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında olduğu gibi, zorunlu arabuluculuk faaliyetinde de dava açılmadan önce uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması ihtimali bulunmaktadır. Tüm bu nedenlerle zorunlu arabuluculuk faaliyetinin alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

3. ARABULUCULUĞA HAKİM OLAN İLKELER AÇISINDAN ZORUNLU ARABULUCULUK

3.1. Gönüllülük ilkesi

Arabuluculuk, bilindiği üzere gönüllüğe dayanan bir sistem olup, bu sistemde önemli olan tarafların kendi iradeleriyle arabuluculuk sürecine katılmaları ve sürecin sonunda kendi çözümlerini üretmeleridir¹⁵⁸. Taraflar, her türlü dış etkiden uzak olarak

¹⁵⁷ Winston, 1996, 190-191.

¹⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Tanrıver, 2009, 639; Özkes, 2017, 2813; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 126-127; Kekeç, 2014, 70; Özbek, 2016, 144-145; Bulur, 2007, 43; Tanrıver-Arabuluculuk, 165; Özbek, 2007, 192;

arabuluculuk sürecini başlatma ve başlamış olan süreci istedikleri zaman sona erdirmeye hakkına sahiptir¹⁵⁹. Bu anlamda taraflar, arabuluculuk faaliyeti sonucunda uzlaşma sağlayamasa bile, herhangi bir çözümü kabule zorlanamaz¹⁶⁰. Arabuluculukta tarafların iradesinin ön planda olması, tarafların kendi kaderini tayin etme hakkının bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim ülkesel ölçekteki uygulamalarda, uyuşmazlıkların alternatif olarak çözüm yolu olan arabuluculuğun, gönüllülük esasına dayalı olduğu kabul edilmiş ve bu şekilde tanımlanmıştır. Doktrinde ve uygulamada bu konuda görüş birliği bulunmakta olup, arabuluculuk hakkında yapılan tanımlara bakıldığında gönüllülük ilkesinin esas olduğu görülmektedir.

Hukukumuzda 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda düzenlenen arabuluculuk faaliyeti, gönüllülük ilkesi esas alınarak hazırlanmıştır. Kanun koyucu, öncelikle arabuluculuğun tanımını yaptığı HUAK'ın 2. maddesinin (b) bendinde arabuluculuğun ihtiyari olarak yürütülen çözüm yöntemi olduğunu vurgulamıştır. Arabuluculuğun ihtiyari bir yöntem olduğuna ilişkin düzenleyici hükmünde ise, tarafların arabuluculuk faaliyetine başvurmak, süreci devam ettirmek ve sona erdirmek konusunda serbest oldukları belirtilmiştir (HUAK m. 3/1). Hatta HUAK'ın kanunlaşma sürecinde yayımlanan tasarının madde gerekçesinde de, *“tarafların öncelikle aralarındaki uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturma konusunda anlaşmaya varmaları gerektiği, arabuluculuğa başvuruda ve sürecin devamında zorlamanın mümkün olamayacağı, zaten zorlamanın arabuluculuğun niteliğine aykırı olacağı, bu konuda ancak özendirici tedbirlerin alınabileceği”* açıkça vurgulanmıştır. Sonuç itibarıyla muhtelif yerlerde gördüğümüz arabuluculuğa ilişkin tanımlar sürecin gönüllülük ilkesine uygun olarak yürütüleceğini ifade etmektedir.

Bazı hukuk sistemlerinde, uyuşmazlık hakkında dava açılabilmesi için arabuluculuğa başvuruyu zorunlu kılan düzenlemeler bulunmaktadır. Arabuluculuğa başvurunun zorunlu kılındığı durumlarda gönüllülük ilkesinin tam anlamıyla

Oğuz, 2016, 115; Demir, 2014, 35; Ersen Perçin, 2011, 182; Doğan Yenisey, 2016, 183; Swaleh, 2016, 7; Postacıoğlu, Altay, 2015, 1059; Namlı, 2016, 155.

¹⁵⁹ Dür, 2017, 16; Akan, 2013, 67; Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 10; Kıyak, 2015, 524.

¹⁶⁰ Dür, 2017, 16; Akan, 2013, 67; Ancak yargılamanın uzun sürmesinden dolayı taraflar, kısa sürede sonuçlanabilecek alternatif yöntemlere başvuruya zorlandıklarında, yargılamanın uzun sürmesi gerçeği karşısında anlaşmasını serbest iradesiyle yapmayacağına ilişkin bkz.: Alpagut, G. (14 Mayıs 2016). “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi”. K. Doğan Yenisey (Editör). *İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı. İstanbul. Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu*, 213. Buna karşılık, anlaşmak istemeyen tarafın arabuluculuk görüşmelerinde anlaşmaya zorlanması mümkün değildir. Bkz.: Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 10.

uygulanmadığı ileri sürülmektedir¹⁶¹. Buna karşılık, gönüllülük ilkesinin sürece başlangıçta gönüllü olma ve süreç sonunda anlaşmaya varma noktasında gönüllü olma şeklinde ikiye ayrıldığı ve tarafların faaliyete devam ettikleri sürece gönüllülük ilkesinin de uygulanmaya devam edeceğini belirtilmektedir¹⁶². Dolayısıyla zorunlu arabuluculukta, zorunluluğun sadece arabuluculuğu faaliyete geçiren başvuru ile ilgili olduğu, arabuluculuğun seyri ve sonucunun uygulanmasında herhangi bir zorunluluğun söz konusu olmadığı ve arabuluculuğa devam etmenin tarafların isteğine bağlı olduğu düşünülmektedir¹⁶³. Doktrinde diğer bir görüşe göre, gönüllülük ilkesi yanlış anlaşılmaktadır. Bu görüşü savunanlara göre, bir sürecin ihtiyari olarak yürütülmesinden kastedilenin ona devam edip etmeme özgürlüğünü ifade ettiği kadar, alternatif olarak tanımlanan o yola başvurup başvurumama özgürlüğünü de kapsamaktadır¹⁶⁴.

Gönüllülük ilkesine aykırılık teşkil eden arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun faydalı olabileceğini doktrinde bazı yazarlar savunurken¹⁶⁵, bazıları da gönüllülük ilkesinin eksiksiz uygulanması gerektiğini, bu hususun arabuluculuğun mahiyetine aykırı olduğunu ve hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmektedir¹⁶⁶. Bu görüşü savunanlara göre, arabuluculuğun ihtiyari niteliğinin, arabulucunun uzlaştırıcı gücünü kuvvetlendirdiği de düşünülmektedir¹⁶⁷. Bu nedenle başvurunun zorunlu tutulduğu

¹⁶¹ Swaleh, 2016, 3; Özbek-Anayasal Hak ve Özgürlükler, 139; Doğan Yenisey, 2016, 183; Karacabey, 2016, 460; Reuben, 2007, 13; Güzel, 2016, 1137; Dür, 2017, 252. Buna karşılık, gönüllülük ilkesinin herhangi bir zorlamanın bulunmadığı veya önceden bir anlaşma ile arabuluculuğa başvurunun kararlaştırılmadığı durumlarda dahi, tam olarak sağlanmadığı ileri sürülmektedir. Bu durumlardan biri, arabuluculuğa başvurunun alışılmış hale gelmesidir. Bu durumda taraf, arabuluculuğa başvurmadığında kendisi aleyhine önyargının oluşabileceği düşüncesiyle arabuluculuğa başvurmak zorunda kalacaktır. Bkz.: Kekeç, 2014, 71; Tarafların sürece gönülsüz katılımlarına yol açacak arabuluculuğu zorunlu kılan faaliyetler gönüllülük ilkesini ortadan kaldıracağına ilişkin bkz.: Green C. (2010). “ADR: Where did the alternative go? Why mediation should not be a mandatory step in the litigation process”, *ADR Bulletin*, 2010, 12(3), Article 2, 55. Zorunlu arabuluculuk uygulamaları kapsamında tarafların görüşmelere katılmak zorunda bırakılmaları gönüllülük ilkesine aykırılık teşkil edeceği için doğru bir yol olmadığı yönünde görüş için bkz.: Özmumcu, 2016, 827; Güzel, 2016, 1137; Karacabey, 2016, 460 vd.

¹⁶² Quek, 2010, 485; Nolan-Haley, 2012, 1251; Wissler, 565; Kekeç, 2014, 71; Erdemir, 2017, 10. Doktrinde bazı yazarlara göre de bu husus, katılım özgürlüğü ve sözleşme özgürlüğü olarak tanımlanmakta olup, bu iki özgürlüğünde var olması “çifte özgürlük” olarak ifade edilmektedir. Bkz.: Nelle A., Hacke, A. (2001). *Obligatorische Mediation: Selbstwidersprucho der Reforminstrument?* Zeitschrift für Konfliktmanagement, 56, (Aktaran: Dür, 2017, 254).

¹⁶³ Swaleh, 2016, 2; benzer yönde bkz.: Quek, 2010, 485; Nolan-Haley, 2012, 1251; Kuru, 239; Dür, 2017, 255; Göksu, 2017, 381.

¹⁶⁴ Hanks, 2012, 949; Karacabey, 2016, 462; Arabuluculuğa başvurunun zorunlu kılınması her ne kadar gönüllülük ilkesiyle çelişkili de olsa, belirtilen amacın sınırları içerisinde kullanıldığında fayda sağlayacağına ilişkin bkz.: Quek, 2010, 484; Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 37.

¹⁶⁵ Kuru, 2010, 239; Üstündağ, S. (2008). “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı Taslağı Hakkında Düşünceler”. *Yargı Dünyası*. S. 145, 16; Özbek, 2010, 139; Dür, 2017, 256; Kekeç, 2014, 71.

¹⁶⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi bkz.: Üçüncü Bölüm 5.2. Başlık.

¹⁶⁷ Hanks, 2012, 949; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 127; Akan, 2013, 9; Yıldırım, 2007, 358; Karacabey, 2016, 461; Namlı, 2016, 156; Kekeç, 2014, 70. *Özbek*, arabuluculukta başarı sağlanabilmesi için başvurunun gönüllü olarak yapılması gerektiğini düşünülmektedir. Yazara göre tarafların zorla arabuluculuğa yönlendirilmesinin faydasız olacaktır. Özbek, 2016, 1198; Benzer yönde bkz.: Özekes, 2017, 2818. ABD’de

arabuluculuk türlerinde, arabuluculuktan beklenen faydanın sağlanamayacağı ifade edilmektedir¹⁶⁸. Taraflar anlaşmak istememelerine rağmen zorla bir araya getirildiği için, görüşmelerde gerekli belgeleri sunmaktan kaçınabilir ve anlaşma konusunda herhangi bir motivasyonları olmayabilir¹⁶⁹. Ayrıca tarafların arabuluculuk müessesesini, karşı tarafın zayıflıklarını öğrenme ve bunları dava sırasında kullanma aracı olarak göreceği savunulmaktadır¹⁷⁰. Hatta bir süre sonra, tarafların arabuluculuğa başvuru konusunda zorlanmaları; adil olmayan, usule aykırı çözüm üzerinde anlaşma yapma konusunda zorlamaya dönüşebileceği ileri sürülmektedir¹⁷¹.

İşaret ettiğimiz bu örnekler birlikte değerlendirildiğinde, meselenin iki aşamalı olarak ele alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Bunlardan ilki, arabuluculuğa başvurma zorunluluğunun gönüllülük ilkesiyle çelişip çelişmediğidir. Kanımızca arabuluculuk, hakkında yapılan birçok tanımlamadan da anlaşıldığı üzere, gönüllü olan bir süreci ifade etmektedir. Zorunlu arabuluculukta, başvurunun zorunlu tutulmuş olması durumu, her şeyden önce bir çelişkiyi ifade etmektedir. Bu çelişkili durum, yukarıda da görüldüğü üzere birçok eleştiriye maruz kalmaktadır. Hukuk sistemlerinin birbirinden ayırık olan düzenlemeleri arabuluculuğa başvurma aşamasıyla ilgilidir. Arabuluculuk sürecine başvuru yapılmasından sonra uyuşmazlığın anlaşma sağlanarak çözülmesi tamamen tarafların iradesindedir. Başka bir ifadeyle zorunlu arabuluculukta taraflar, uyuşmazlığın anlaşma sağlanarak çözüme kavuşturması için değil, sadece müzakere görüşmelerine katılmak için zorlanmaktadır. Taraflar diledikleri zaman süreci sona erdirip, devlet yargılamasına başvurma hakkına sahiptir. Bu nedenle de gönüllülük ilkesi için yapılan ayrımı ele aldığımızda, zorunlu arabuluculuk kavramı, sürecin başlangıcı noktasında gönüllülük ilkesiyle çelişkili olmaktadır. Zira sürecin devamı için tarafları zorlayıcı herhangi bir kural söz konusu olmayıp; taraflar isterse uyuşmazlığı çözüme kavuşturabilir, isterse de görüşmeleri yarıda kesip, faaliyeti sonlandırabilir.

Üzerinde durmamız gereken diğer husus ise, bu çelişkinin arabuluculuğun

yayımlanan Arabuluculuk Standartları Kılavuzu'nda da bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: *"arabuluculuğun temel prensibin irade özgürlüğüdür. Bu durum, tarafların gönüllü ve baskı olmadan bir anlaşmaya ulaşabilmelerini gerektirir. Arabuluculuğun başarılı olabilmesi, tarafların gönüllü olarak ve istekle bu işi yapmalarına bağlıdır; aksi halde verim beklemek zordur."* Bkz.: Kekeç, 2014, 70; Arabuluculuk faaliyetinin başarıyla sonuçlanabilmesi tarafların ortak iradeleri ile çözüme katılmalarına ve iyi niyetle görüşmeleri sürdürmelerine bağlı olduğuna ilişkin bkz.: Doğan Yenisey, 2016, 184.

¹⁶⁸ Özbek, arabuluculukta başarı sağlanabilmesi için başvurunun gönüllü olarak yapılması gerektiğini düşünmektedir. Yazara göre tarafların zorla arabuluculuğa yönlendirilmesinin faydasız olacaktır. Bkz.: Özbek, 2016, 1198; Benzer yönde bkz.: Özekes, 2017, 2818; Kekeç, 2014, 70; Doğan Yenisey, 2016, 184.

¹⁶⁹ Doğan Yenisey, 2016, 184.

¹⁷⁰ Hutchinson, 1996, 91; Doğan Yenisey, 2016, 186.

¹⁷¹ Wissler, 565; Quek, 2010, 485; benzer yönde bkz.: Göksu, 2017, 382; Özümucu, 2016, 828.

mahiyetine aykırılık teşkil edip etmediğidir. Bu noktada, arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesindeki amacın değerlendirilmesi gerekmektedir. Arabuluculuk faaliyetinde amaç, tarafsız üçüncü kişinin müdahalesiyle, uyuşmazlığın taraflarının karşılıklı görüşmelerde bulunarak, her iki tarafın da kazandığı bir çözüm yoluna ulaşmaktadır. Ancak sürecin gönüllü olduğu durumlarda, bu amacın gerçekleştirilmesi için birtakım engeller ortaya çıkmaktadır. Tarafların bir kez olsun görüşmelere katılması, hem arabuluculuk faaliyeti hakkında bilgi sahibi olmalarını hem de arabuluculuğa başvurunun zayıflık göstergesi olarak algılanması anlayışının ortadan kalkmasını sağlamaktadır. Bu nedenle arabuluculuktan beklenen faydanın başvurunun zorunlu tutulduğu arabuluculuk türlerinde sağlanamayacağı görüşüne katılmamaktayız. Her ne kadar taraflar, başvuru aşamasında kendi iradeleriyle hareket etmese de, karşılıklı görüşmelerin sağlanması, uyuşmazlığın çözümüne fayda sağlamaktadır. Zorunlu arabuluculuk yönteminde, taraflar anlaşma sağlayamasa da, uyuşmazlık konuları daralmış olur. Böylelikle gereksiz birçok mesele arabuluculuk görüşmeleri sırasında çözüme kavuşturulur ve bu konular mahkemede tekrar tartışma konusu oluşturmaz.

3.2. Eşitlik İlkesi

Arabuluculuğa hakim olan ilkelerden bir diğeri ise eşitlik ilkesidir. Eşitlik ilkesi, arabuluculuk süreci boyunca tarafların eşit haklara sahip olması anlamına gelmektedir. Bu ilke arabuluculuğa başvuru aşamasından uzlaşmanın sağlandığı aşamaya kadar uygulanmaktadır¹⁷². Tarafların eşit bir şekilde uyuşmazlık çözüm sürecine katılması, anayasal bir hak olup; adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkıyla¹⁷³ da yakından ilgilidir. Eşitlik ilkesi, uyuşmazlıkların hem yargılama yapılarak hem de yargılama yapılmaksızın çözümünde uygulama alanı bulan bir ilkedir¹⁷⁴. Başka bir ifadeyle, devlet yargılamasında ve tarafların iradesiyle başlayan ihtiyari arabuluculukta uygulanacak olan eşitlik ilkesi, arabuluculuğa başvurunun zorunlu tutulduğu arabuluculuk yöntemlerinde de şüphesiz uygulanmaktadır. Zira taraflardan birinin diğeriyle eşit haklara sahip olmadığı bir uyuşmazlık çözüm sürecinde başvuru nasıl gerçekleşirse gerçekleşsin, gerçek anlamda uzlaşma söz konusu olmamaktadır. Arabulucunun da taraflar arasındaki eşitliği gözetmesi gerekmektedir (HUAK m. 9, 3; HUAKY m.5, 2;12, 3; Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular için Model Etik ve Uygulama Kuralları m. 1).

¹⁷² Taşpolat Tuğsavul, 2012, 133; Demir, 2014, 35; Kekeç, 2014, 301; Özbek, 2010, 150.

¹⁷³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Özekes, M. (2003). *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*. Ankara: Yetkin Yayınları; Pekcanitez H. (2000). "Hukuki Dinlenilme Hakkı". *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 753-791.

¹⁷⁴ Özekes, 2003, 48; Özbek, 2010, 150; Dür, 2017, 259.

Arabulucunun, müzakereler sırasında taraflara eşit olarak yaklaşması ve onlara eşit şekilde söz hakkı vermesi gerekmektedir¹⁷⁵. Arabuluculuk faaliyetine başvuruya zorlanan taraflar sisteme isteyerek başvurmadıkları için uyuşmazlığın anlaşma sağlanarak çözümlenmesi konusunda sisteme güvenmeyebilirler. Tarafların arabuluculuk faaliyetiyle uyuşmazlıklarını çözebileceklerine olan inançlarının sağlanması süreç boyunca eşit haklara sahip olduklarına inanmalarıyla mümkün olmaktadır¹⁷⁶. Bu nedenle, zorunlu arabuluculuk yönteminin benimsendiği uyuşmazlık türlerinde taraflar arasındaki eşitliğin tam anlamıyla sağlanmış olması ve bunun taraflarca da hissedilmesi gerekmektedir. Kaldı ki devlet yargılaması önünde eşit konumda olan taraflara dava açmadan önce başvurulması zorunlu tutulan bir arabuluculuk sürecinde eşitlik ilkesine aykırı bir şekilde davranılması düşünülemez. Ayrıca zorunlu arabuluculuk yönteminin uygulanacağı uyuşmazlık türlerinde taraflar arasındaki güç dengesizliğinin olduğu durumlarda arabulucunun özellikle eşitliğin sağlanmasına dikkat etmesi gerekmektedir¹⁷⁷. Zira taraflar iradeleriyle bir araya gelmedikleri için, aralarında güç dengesizliğinin olumsuz sonuçlarının ortaya çıkması daha kolay olmaktadır. Güçlü olan taraf arabuluculuk faaliyeti sırasında güçsüz durumda olan taraf üzerinde baskı kurabilir. Bu baskıyı arabulucu taraflar arasındaki eşitliği sağlayarak azaltabilir.

3.3. Gizlilik İlkesi

3.3.1. Genel Olarak

“Gizlilik ilkesi¹⁷⁸; arabuluculuk sürecinin gizli olarak yürütülmesi ve arabuluculuk faaliyeti boyunca sürece katılanlar tarafından öğrenilmiş olan sırların açıklanmaması gerekliliğini ifade etmektedir¹⁷⁹. Genellikle önemli ticari ilişkilerinin olduğu, yüksek değerli ve iki tarafın sır olarak nitelendirdiği bilgilerin paylaşıldığı uyuşmazlıklarda, gizlilik önem arz etmektedir. Arabuluculuk faaliyeti, resmi bir yargılama faaliyeti olmadığından, devlet yargılaması için geçerli olan alenilik¹⁸⁰ ilkesinin uygulanmamasına imkân sağlamaktadır. Bu nedenle tarafların uyuşmazlığı yargı dışında arabuluculuk yoluyla

¹⁷⁵ Tanrıver-Tasarının Değerlendirmesi, 85, 95; Özbek, 2016, 1231.

¹⁷⁶ Taşpolat Tuğsavul, 2012, 133.

¹⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Üçüncü bölüm, 2.2.3. Başlık

¹⁷⁸ Gizlilik ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Yazıcı Tıktık, 2013.

¹⁷⁹ Taşpolat Tuğsavul, 2012, 137; Benzer şekilde gizlilik ilkesinin hizmet ettiği hususlar hakkında bkz.: Dür, 2017, 272; Bayraktar, 2015, 157.

¹⁸⁰ Alenilik ilkesine göre, yargılama faaliyeti herkese açıktır, kural olarak gizli yapılamaz. Bu ilkeye hem Anayasa'mızın 141. maddesinden hem HMK'nın 28. maddesinden hem de AİHS'nin 6ncı maddesinde yer verilmiştir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Pekcanitez, H. (1999). “Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi”. *Av. Dr. Faruk Erem Armağan*, Ankara: TBB Yayınları, 636 vd.; Kurt Konca N. (2009). *Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi*. Ankara: Adalet Yayınevi; Tanrıver, 2016, 372-378; Erdönmez, 2017, 895-905.

çözmek istemelerinin en önemli sebebini arabuluculuk faaliyetinin gizli olarak yürütülmesi oluşturmaktadır¹⁸¹.

Arabuluculuk faaliyetinin başarıyla sonuçlanabilmesi için, tarafların sağlıklı iletişim kurabildikleri bir güven ortamına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu anlamda, güven ortamı, arabuluculuk faaliyetlerinin gizlilik ilkesi çerçevesinde yürütülmesiyle sağlanacaktır¹⁸². Sürece başvurunun niteliği ne olursa olsun, gizlilik ilkesinin uygulanmasıyla sağlanan güven ortamına ihtiyaç duyulmaktadır. Dolayısıyla gizlilik ilkesinin uygulanması, arabuluculuk faaliyetine başvurunun ihtiyari veya zorunlu olmasıyla bağlantılı değildir¹⁸³. Nitekim her iki yöntemde de arabuluculuk faaliyeti, tarafsız üçüncü kişi olan arabulucunun katılımıyla yürütülmektedir. Ayrıca gizlilik ilkesi, en çok arabulucunun tarafsızlığının korunmasına hizmet eden bir ilkedir¹⁸⁴.

Arabulucunun ileride dava açılması durumunda, taraflardan biri lehine tanıklık yapması halinde, tarafsızlığı zedelenecektir. Böyle bir durumda taraftan kendisi aleyhinde ileride tanıklık yapabilecek olan arabulucu ile açık konuşması ve iletişim kurması beklenemez. Ayrıca, taraflar bu görüşmelerin gizli olarak yürütüleceğinden emin olmadıkları sürece, arabuluculuk faaliyeti için gerekli bilgileri vermekten kaçınabilirler¹⁸⁵. Bu nedenle, sürecin başlangıcından sonuna kadar, hatta sürecin başarısız olması durumunda, dava aşamasına geçildiğinde dahi, gizlilik kuralları uygulanmaya devam edilmelidir. Gizlilik ilkesinin en önemli amacı, süreç olumsuz sonuçlandığında açılacak olan davada, arabuluculuk süreci içerisinde açıklanan bilgi ve belgelerin kullanılmasını engellemektir¹⁸⁶. Kaldı ki zorunlu arabuluculuk yönteminde taraflar bu yola isteyerek başvurmadıkları için arabuluculuk görüşmeleri için gerekli olan güven ortamının sağlanması zorlaşmaktadır. Taraflardan birisi hukuki olarak tecrübesiz olup, arabuluculuğa başvuruya zorlandığında, diğer taraf arabuluculuk görüşmelerini dava aşaması için bilgi sızdırma yolu olarak kullanabilecektir. Bu nedenle gizlilik ilkesinin tam olarak sağlanmalı ve ileride dava açılması halinde tarafın arabuluculuğa başvuruya zorlanmış olması, onun aleyhinde bir durum oluşturmamalıdır.

¹⁸¹ Bulur- Arabuluculuk, 44; Benzer yönde bkz.: Taşpolat Tuğsavul, 2012, 134; Kekeç, 2014, 159; Postacıoğlu, Altay, 2015, 1059; Karşlı, 2012, 897; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 757; Dür, 2017, 16; Özbek, 2016, 291; Dür, 2017, 272; Odaman, Karaçöp, 2016, 64.

¹⁸² Morris, L. M. (1986). "Mandatory Custody Mediation: A Threat to Confidentiality". *SanTA Clara Law Review*. 26(3), 745; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 135; Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 10. Özbek, 2007, 304; Yazıcı Tıktık, 2013, 28; Oğuz, 2016, 47; Kekeç, 2014, 78; Dür, 2017, 273; Akan, 2013, 16.

¹⁸³ Morris, 1986, 745.

¹⁸⁴ Akan, 2013, 17.

¹⁸⁵ Taşpolat Tuğsavul, 2012, 135; Benzer yönde bkz.: Akan, 2013, 16; Dür, 2017, 273; Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 11.

¹⁸⁶ Akan, 2013, 17.

Kanımızca, arabuluculuğa başvurunun zorunlu kılındığı arabuluculuk türlerinde de gizlilik ilkesine uygun olarak arabuluculuk faaliyeti sürdürülmelidir. Zira mahkemenin kamusal değerleri açıklaması gerekliliğinden dolayı gizlilik ilkesinin ihlal edilmesine izin verildiğinde, arabuluculuk görüşmeleri sırasındaki bilgiler mahkemeye taşınabilir. Bu durumda tarafların sürece olan güvenleri sarsılmış olacak ve arabuluculuk faaliyeti, mahkeme yargılamasından farklı bir sistem olarak algılanmayabilir. Sonuçta arabuluculuğa başvuru zorunluluğu, sisteme güvenilmediğinden sadece dava açmak için aşılması gereken bir prosedür haline gelmektedir. Doktrinde ayrıca gizlilik ilkesi sayesinde arabuluculuk faaliyetini tarafların davayı geciktirmek amacıyla kullanmasına yol açacağı da belirtilmektedir¹⁸⁷. Taraflar süreç gizli yürütüldüğünden ispatı imkânsız olacak gerçeğe aykırı beyanlarda bulunabilir.

Arbuluculuk faaliyetinde gizlilik ilkesinin farklı görünüm şekilleri bulunmaktadır¹⁸⁸. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucunun arabuluculuk faaliyeti sırasında edindiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutma yükümlülüğü bulunmaktadır (HUAK m. 4). Arabulucu özel oturumlarda elde ettiği bilgileri tarafın izni olmadan karşı tarafla paylaşamaz. Arabulucunun dışında taraflar¹⁸⁹da aksi kararlaştırılmadıkça, bu konuda gizliliğe uymak zorundadır¹⁹⁰. Ayrıca, tarafların arabuluculuk görüşmeleri sırasında vermiş oldukları beyan ve belgeler ileride dava açılması halinde aleyhlerine delil olarak kullanılamaz ve bunlar hakkında tanıklık yapılamaz (HUAK m. 5/I)¹⁹¹. Bu hususa aykırı olarak ileri sürülen belge ve beyanlar mahkeme

¹⁸⁷ Akan, 2013, 18.

¹⁸⁸ Gizlilik ilkesinin iki istisnası bulunmaktadır. Bunlardan ilki; mutlak olmayıp, gizlilik ilkesi kapsamında kalan bilgilerin kullanılabilmesinin kanun hükmü tarafından emredilmesi olup, diğeri ise, arabuluculuk görüşmeleri sonucunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli ise bu belgeler ve bilgiler kullanılabilir. Bkz.: Taşpolat Tuğsavul, 2012, 137; Yazıcı Tıktık, 2013, 49; Özbek, 2016, 1250; Kekeç, 2014, 84; Dür, 2017, 281; Akan, 2013, 20; Göksu, 2017, 383.

¹⁸⁹ Dür, 2017, 273. Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 10. Hatta arabulucunun gizlilik ilkesi dolayısıyla sorumluluğu yanında çalışan kişiler ve denetim gözetimi altında bulundurduğu stajyerleri ve taraf vekillerini de kapsamaktadır. (HUAKY m. 6).

¹⁹⁰ Dür, 2017, 273; Akan, 2013, 16; Bayraktar, 2015, 157.

¹⁹¹ Kuru'ya göre, bu düzenleme ile tarafların davada iddia ve savunma hakları kısıtlanmış olacak ve dolayısıyla hak arama özgürlüğüne (AY. m. 36) aykırılık teşkil edecektir. Bu nedenle burada sadece Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 188. maddesinin 3. fıkrası anlamında tarafların ikrarlarının geçerli olmayacağı kabul edilmesi gerekmektedir. Bkz.:Kuru, 2010, 240.; Benzer şekilde Göksu, HUAK'ın 5. maddesinde belirtilen haller saklı kalmak kaydıyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen delillerin, sadece arabuluculuk faaliyetinde sunulduğu gerekçesiyle kabul edilmeyeceği görüşüne katılmamaktadır. Yazara göre, bu hususun gönülsüz katılımcılar tarafından delillerin gereksiz yere sunulması; mahkemede kullanılmasına engel olunmaya çalışılacağı ileri sürülmektedir. Bkz.: Göksu, 2017, 383. Benzer yönde eleştiriler için bkz.: Yıldırım K. (2008). "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi". *Arabuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiri ve Öneriler, Sempozyum Notları*. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 63-64; Buna karşılık Akan ise, tarafların arabuluculuk faaliyetinde kullandığı bilgilerin kendi aleyhinde kullanılabilme ihtimali karşısında sürece aktif katılıma engel oluşturacaktır. Bkz.: Akan, 2013, 20, 21.

tarafından hükme esas alınmaz(HUAK m. 5/3). Bu kapsamda kalan deliller sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla elde edilen belge ve beyanlara yöneliktir. Bunun dışında tarafların daha önceden elinde olan deliller sırf arabuluculuk faaliyetinde kullanıldıkları gerekçesiyle hukuk davası ve tahkimde de kabul edilemeyecek delil haline gelmez (HUAK m. 5/5).

3.3.2. İyi Niyetle Katılma Yükümlülüğünün Gizlilik İlkesine Aykırılığı Sorunu

Zorunlu arabuluculuk programlarının bazılarında taraflara iyi niyetle katılma yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak bu yükümlülük bazı durumlarda gizlilik ilkesini ihlal edebilir. Şöyle ki, tarafların arabuluculuk yöntemini tercih etmelerinin en önemli sebebi konuları açıkça tartışma imkânlarının olması ve bu aşamada ortaya çıkacak verilerin sonraki dava aşamasında ileri sürülemez olmasıdır. Ancak tarafların görüşmeler sırasında iyi niyetli veya kötü niyetli olduğunun tespit edilebilmesi için, görüşmelerdeki tavırlarının nasıl olduğunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirmenin yapılacağı arabuluculuk sistemlerinde artık taraflar ileride aleyhlerine kullanılabilecekleri endişesi ile uyuşmazlık hakkında tam olarak bilgi vermeyebilir ve konular tam anlamıyla tartışılmayabilir. Bu nedenle doktrinde iyi niyetle katılma yükümlülüğü kurallarının arabuluculuğun temelinde yatan gizlilik ilkesiyle bağdaşmayacağı ileri sürülmektedir¹⁹².

İşaret ettiğimiz sorunun önüne geçilebilmesi için bazı mahkemeler iyi niyetle katılma yükümlülüğü getirmemektedir¹⁹³. Ancak bu durumda da taraflar sadece görüşmelerde bulunmak amacıyla arabuluculuk faaliyetine katılmaktadır. *Weston'a* göre ise, tarafların iyi niyetli olup olmadıkları başka türlü anlaşılamayacağından gizlilik ilkesinin bir istisnası olarak düzenlenerek iyi niyet değerlendirmesinin esasa girilmeden yapılması gerekmektedir¹⁹⁴. Yazara göre, kötü niyetle katılım durumunda bir takım yaptırımlar için kanunlaşma yoluna gidilmesi, tarafların iyi niyet yükümlülüğünden haberdar olmalarına ve aksi hareketlerden caymalarını sağlayabilir.

¹⁹² Lande, 2002, 74-75; Weston, 2001, 615.

¹⁹³ Kekeç, 2014, 231.

¹⁹⁴ Weston, 2001, 638-639.

İKİNCİ BÖLÜM

MUKAYESELİ HUKUK VE TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN ZORUNLU ARABULUCULUK

1. MUKAYESELİ HUKUK BAKIMINDAN ZORUNLU ARABULUCULUK

Zorunlu arabuluculuk, uygulaması ülkemizde henüz yeni kabul edilen bir yöntem olduğundan, mukayeseli hukukta yer alan uygulamaların incelenmesi, kurumun ülkemizdeki gelişimi açısından önem arz etmektedir. Öncelikle Avrupa Birliği Hukuku'nda yayımlanan direktifler çerçevesinde düzenleme yapan İtalyan Hukuku incelenmiştir. Zira İtalya, zorunlu arabuluculuk faaliyetinde en deneyimli ülke olup; bu konuda diğer ülkelere örnek teşkil etmektedir. Ülkemizde de arabuluculuk yöntemine başvurunun zorunlu kılındığı düzenlemelerin yapılması için Adalet Bakanlığı tarafından İtalya'ya zorunlu arabuluculuk yönteminin incelenmesi için birçok çalışma ziyareti düzenlenmiştir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda yapılan düzenlemeler, bu çalışma ziyaretleri sırasında oluşturulan raporlardan yola çıkılarak hazırlanmıştır. Bu nedenle çalışmamızın bu bölümünde, öncelikle zorunlu arabuluculuk faaliyetinin mukayeseli hukuk bakımından farklı uygulamaları ardından hukukumuzda uygulanan zorunlu arabuluculuk türleri incelenecektir.

1.1. Avrupa Birliği Hukuku'nda

Avrupa Birliği genelinde, adalete erişimin iyileştirilmesinde ve sınır ötesi davaların çözülmesinde, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilir olması büyük önem arz etmektedir. AB organları, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını, medeni yargılamadaki aksaklıklardan, yargılama masraflarından ve aşırı iş yükünden kurtarıcı bir yöntem olarak görmektedir¹⁹⁵. Bu nedenle, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle ilgili birçok düzenleme yapılmıştır¹⁹⁶. Bu düzenlemelerden biri tüketici hukuku alanında Avrupa Birliği'nin 1998¹⁹⁷ diğeri ise 2001¹⁹⁸ yıllarında yayımladığı iki önemli tavsiye kararıdır. Avrupa Birliği Hukuku'nda tüketicilerin alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını

¹⁹⁵ Özbek, 2004, 264; Hanks, 2012, 932; Özbek, 2007, 272; Dür, 2017, 136; Avrupa Birliği hukukunda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının geliştirilmesindeki amacın, hak arama özgürlüğünü sağlamak olduğuna ilişkin bkz. Erdoğan, 2017, 1223.

¹⁹⁶ Avrupa Birliği'nde ADR'nin gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Özbek, 2007, 265-320. Hanks, 2012, 932-935; Bulur, 2007, 35-36; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 41-46.

¹⁹⁷ Commission Recommendation 98/257/EC of 30 March 1998 on the Principles Applicable to the Bodies Responsible for Out-of-Court Settlement of Consumer Dispute.

¹⁹⁸ Commission Recommendation 2001/310/EC of 4 April 2001 on the Principles for Out-of-Court Bodies involved in the Consensual Resolution of Consumer Dispute.

kullanmalarına önem verilmektedir¹⁹⁹. Bu kapsamda yapılan diğer bir düzenleme ise, 2002 yılında Avrupa Komisyonu tarafından yayımlanan medeni hukuk ve ticaret hukuku uyuşmazlıklarında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin çıkarılmış olan Yeşil Kitap²⁰⁰'tir. Yeşil Kitap'ta amaç, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yaygınlaştırılmasıdır²⁰¹. Bu nedenle de ulusal, uluslararası ve Avrupa genelinde uyuşmazlıkların çözümünde mevcut durum incelenerek, belirtilen uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözümünü teşvik eden düzenlemeler ortaya konulmuştur²⁰². Yeşil Kitap, birçok bilimsel araştırmaya ve Avrupa Birliği'ne üye olan veya olmayan birçok devletin düzenlemelerine ışık tutmuştur²⁰³. Arabuluculuğa başvurunun zorunluluğu Yeşil Kitap'ta, tarafların mahkemeye başvurusunu geciktirme veya engelleme ihtimali sebebiyle AİHS'nin 6. maddesinde yer alan mahkemelere erişim hakkına aykırılık oluşturabileceği belirtilmiştir²⁰⁴.

2004 yılında ise, yüksek düzeyde arabuluculuk faaliyetinin gerçekleştirilmesi için, Avrupa Komisyonu tarafından "Arabulucular için Etik Davranış Kuralları"²⁰⁵ yayımlanmıştır. Bu kurallar Avrupa Birliği'nde yer alan herhangi bir ülke tarafından resmen kabul edilmediği için, uygulamak devletlerin ihtiyarındadır²⁰⁶. Avrupa Komisyonu tarafından devam eden süreçte, arabuluculuğa başvurunun teşvik edilmesi amacıyla 21

¹⁹⁹ Hanks, 2012, 932; Özmumcu, 2016, 810; Colombo, G. F. (2012). "Alternative Dispute Resolution, (ADR) in Italy: Inspiration an National Problems". *Ritsumeikan Law Review*. No. 29, 73.

²⁰⁰ 2002 tarihli Medeni ve Ticari Konularda Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri üzerine Yeşil Kitapçığı (Green Paper on Alternative Dispute Resolution In Civil And Commercial Matters 2002), Web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002DC0196> adresinden 18 Haziran 2017 tarihinde alınmıştır. Yeşil Kitap hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Özbek, 2007, 185-231.

²⁰¹ Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 7; Erdoğan, 2017, 1223; Pekcanitez- Arabuluculuk Kanunu, 252; Benzer yönde bkz.: Özmumcu, 2016, 810.

²⁰² Dür, 2017, 138; Erişir E., Tekin C. (2008). "Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Üzerine Yeşil Kitap". *MİHDER*. S. 9, 131-165.

²⁰³ Taşpolat Tuğsavul, 2012, 42; Öztürk, N., Yazar G. (2015). "AB 2008/52/EC Arabuluculuk Direktif Hükümlerinin Bazı Üye Devlet ve Türk Hukukunda Yansımaları". *Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan*, C. II, Ankara: Yetkin Yayınları, 1355; Dür, 2017, 138; Hukukumuzda da Yeşil Kitabın yansımaları Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun genel gerekçesinde şu şekilde yer almıştır: "2002 yılında hazırlanan Yeşil Kitap ile alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından birisi olan arabuluculuk hakkındaki ilkeler tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu sayede adalete daha iyi erişim sağlayacak alternatif uyuşmazlık çözümlerinin fark edilmesi, yasama faaliyetlerinin bu yönde gerçekleştirilmesi ve alternatif uyuşmazlık çözümlerine politik öncelik verilmesi amaçlanmıştır" Web: www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325spdf adresinden 23 Aralık 2017 tarihinde alınmıştır.

²⁰⁴ Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 41; Erdoğan, 2017, 1223.

²⁰⁵ Avrupa Komisyonu yardımıyla hazırlanmış, medeni ve ticari konulara ilişkin arabuluculuklarda, arabulucuların ve arabuluculuk hizmeti veren kuruluşların ihtiyari olarak takip edebileceği kuralları belirten Avrupa Arabulucu Kuralları. (European Code of Conduct for Mediators 2004) Web: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf adresinden 18 Haziran 2017 tarihinde alınmıştır.

²⁰⁶ Özbek, 2007, 317; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 43; Dür, 2017, 139. Bu etik kurallar dikkate alınarak hukukumuzda "Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular için Model Etik ve Uygulama Kuralları, Mart 2013" adıyla etik kuralları Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından hazırlanmıştır. Dür, 2017, 140.

Mayıs 2008 tarihinde 2008/52/EC sayılı Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi²⁰⁷ kabul edilmiştir. Bu direktifin kapsamı, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, sadece sınır ötesi medeni ve ticari uyuşmazlıklarla sınırlıdır²⁰⁸.

Direktifin 3. şartında tarafların uyuşmazlıkları üzerinde iradelerine uygun olarak tasarruf etmelerinin mümkün olduğunun yanı sıra, mahkemelerin emri ile uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenebileceği kabul edilmiştir²⁰⁹. Bu madde kapsamında, arabuluculuğa başvurulması tarafların iradesine bırakıldığı için; arabuluculuğa başvurup başvurmamak konusunda karar verme yetkisi taraflara aittir²¹⁰. Direktifin 5. şartına göre de, üye ülkelerin mahkemelere erişim hakkını engellemek kaydıyla arabuluculuğu zorunlu yapma veya yaptırım uygulama haklarını ellerinden almamak şartıyla geçerli kılınmıştır²¹¹. Direktifte, ülkelerin iç hukuklarında, arabuluculuğa başvurunun zorunlu kılındığı düzenlemelerin yapılmasını engelleyici bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda açık bir düzenlemenin olmayışı, Avrupa Birliği tarafından zorunlu arabuluculuğun Avrupa Hukuku'na aykırı olmadığı sonucuna ulaştırılabilir²¹². Dolayısıyla, üye devletler belirlediği uyuşmazlık türlerinde arabuluculuğu zorunlu kılacaktır. Direktifin 14. şartında ise, arabuluculuğa başvuruyu zorunlu kılan veya teşvik eden ya da yaptırıma bağlayan hükümlerin, yargıya erişim hakkını kullanmalarını engellememesi şartıyla geçerli sayılmıştır²¹³. Bu düzenlemelerden de anlaşıldığı üzere, Avrupa Birliği'nin arabuluculuğa başvuruyu zorunlu kılan düzenlemeleri yasaklayıcı bir uygulaması söz konusu değildir. Avrupa Adalet Divanı tarafından yayımlanan, 18.03.2010 tarihli karar ile bu sonucun desteklenmesi bazı şartlara bağlı kılınmıştır. Zorunlu arabuluculuğun getirilmesi, bağlayıcı bir karar alınmadığı, davada önemli bir gecikmeye sebep olmadığı, mahkemenin yargı yetkisini devre dışı bırakmadığı, aşırı masraflı olmadığı, zorunlu süreç boyunca zamanaşımı süresi ve hak düşürücü süreler işlemediği ve geçici hukuki himaye tedbirlerine başvuru engellenmediği sürece mümkün kılınmıştır²¹⁴.

²⁰⁷ Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21st May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters: Web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008> adresinden 18 Haziran 2017 tarihinde alınmıştır.

²⁰⁸ Hanks, 2012, 933-934; Ersen Perçin, 2011, 187; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 44; Dür, 2017, 142; Özmumcu, 2016, 811.

²⁰⁹ Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 42; Erdoğan, 2017, 1224.

²¹⁰ Özbek, 2007, 215; Özmumcu, 2016, 811.

²¹¹ Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 42; Erdoğan, 2017, 1224; Erdemir, 2017, 9.

²¹² Hanks, 2012, 934; Özbek, 2007, 215.

²¹³ Dür, 2017, 142.

²¹⁴ Hanks, 2012, 934-935; Erdoğan-Erzurumlu, 42; Özmumcu, 2016, 811.

1.2. İtalyan Hukuku'nda

1.2.1. İtalya'da Zorunlu Arabuluculuk Öncesi

Arabuluculuk kurumunun faaliyete geçmesinden önce İtalya Hukuk sisteminde, yargılamalar üç buçuk yıla yakın sürmekte ve kanun yoluna başvurulmasıyla birlikte on yılı aşkın sürede nihai karar elde edilmekteydi²¹⁵. Bu durum, yargılamada gecikmelere ve sonucunda mahkemelerde iş yükü fazlalığına yol açmıştır. Oluşan bu gecikmelerden dolayı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2000 yılına kadar İtalya devleti hakkında, AİHS'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle, 600 milyon Euro'yu aşkın bir cezaya hükmetmiştir²¹⁶

1990'ların başında, İtalya hükümeti tarafından yargılamalardaki gecikmeleri azaltmak için bazı yargısal reformlar yapılmıştır. Ancak bu reformlar hukuk sektörü ve barolar tarafından tedirgin ve eleştiri ile karşılanmıştır. Bu eleştirilere rağmen devam edilen yasama faaliyetleri sonucunda, 4000 civarında “Barış Hakları Yargıçları” hükümet tarafından seçilmiş ve onlara, parasal değeri az olan uyuşmazlıklarda karar verme yetkisi verilmiştir²¹⁷. 1998 yılında devam eden yasama faaliyetleri sonucunda ilk kez zorunlu arabuluculuğun tanıtıldığı 192 sayılı kanun yayımlanmıştır. Bu yasa ile birlikte kanun koyucu tarafından, tüketicilere yetki veren, alt sözleşme yapmayı gerektiren ve dava açmadan önce arabuluculuğa gitmeyi öngören işçi-işveren uyuşmazlıkları ile ilgili üç kanun yürürlüğe konulmuştur²¹⁸. 2003 tarihli 5 No'lu kararname ile birlikte iki yeni uygulama daha yürürlüğe girmiştir. Bunlar; kurumsal olan bazı konularda arabuluculuğa başvurunun zorunlu kılınması ve damga vergisinden muafiyete ilişkindir²¹⁹. Bu kararnameyle ayrıca, arabuluculara da bazı yetkiler verilmiştir. Taraflar anlaşma sağlayamadığında her iki tarafın da talep etmesi şartıyla, arabulucu çözüm için öneride bulunabilir²²⁰. Bu durumdan da anlaşıldığı üzere İtalyan hukuk sisteminde değerlendirici arabuluculuk modeli kabul edilmiştir²²¹. Yasama faaliyetleri sonucunda arabuluculuğa başvuru, istenilen düzeye ulaşmamıştır²²². Bunun sebebi araştırıldığında, arabuluculuk hakkında tarafların yeterli

²¹⁵ Hanks, 2012, 396; De Palo G., Bernadini P., Cominelli, L. (2003). “Mediation in Italy: the Legislative Debate and the Future”. *ADR Bulletin*, 6(3). 51; Özmmucu- Zorunlu Arabuluculuk, 812.

²¹⁶ Hanks, 2012, 936; De Palo, Bernadini, Cominelli, 2003, 51; De Palo G., Harley P.(2005). “Mediation in Italy: Exploring the Contradictions”. *Negotiation Journal*. Vol. 21, 471; Özmmucu, 2016, 812.

²¹⁷ Hanks, 2012, 936; De Palo, Bernadini, Cominelli, 2003, 51; De Palo, Harley, 2005, 471; Yazıcı Tıktık, 2013, 19; Özmmucu, 2016, 812.

²¹⁸ Hanks, 2012, 936-937, Yazıcı Tıktık, 2013, 19; Özmmucu- Zorunlu Arabuluculuk, 812.

²¹⁹ Hanks, 2012, 937; De Palo, Bernadini, Cominelli, 2003, 51. Yazıcı Tıktık, 2013, 19; Özmmucu, 2016, 812.

²²⁰ De Palo, Bernadini, Cominelli, 2003, 51; Özmmucu, 2016, 812.

²²¹ De Palo, Bernadini, Cominelli, 2003, 51; Özmmucu, 2016, 812.

²²² 2010 yılında yapılan araştırmalara göre, mahkemeler tarafından uyuşmazlık arabuluculuğa sevk edildiğinde uyuşmazlıkların %80ininin arabuluculuk faaliyetiyle anlaşma sağlanarak sonuçlandı, ancak

bilgiye sahip olmamasından dolayı başvuru yapılmadığı ortaya çıkmıştır²²³. Ayrıca avukatlar da arabulucuya başvurmak yerine dava açmayı tercih etmiştir. Bütün bu olumsuz gelişmeler sonucunda, İtalya’da, 2009 yılında hükümete 2003 tarihli KHK’nın hükümlerini genişleten destekleyici yasalar ihtisas etme yetkisi veren bir mevzuat kabul edilmiştir²²⁴. Ayrıca avukatlara da müvekkillerini arabulucuya başvurma konusunda bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir²²⁵. İtalyan hukuk sistemine, 2009 yılında hükümete verilen yetki çerçevesinde 4 Mart 2010 tarihinde çıkarılan 28 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 5. maddesiyle zorunlu arabuluculuk uygulaması dâhil edilmiştir. Yayımlanan 28 sayılı KHK ile zorunlu arabuluculuğun uygulanacağı uyuşmazlık türleri²²⁶, Avrupa Komisyonu Direktifinde yer alan uyuşmazlık türlerinin çok ötesine gidilerek belirlenmiştir. Zorunlu arabuluculuğun başlangıçta uygulandığı uyuşmazlık türleri (2010/28 sayılı KHK m. 5/XIV); gayrimenkul mülkiyeti, sigorta, banka ve finansal sözleşmeleri, mal taksimi, aile hukuku, miras, kira hukuku, komşuluk ihtilafları, ariyet akdi, araba ve tekne kazalarında tazminat talepleri, tıbbi ihmal davaları, basın veya diğer medya araçlarında yayın yoluyla yapılan hakaret uyuşmazlıklarıdır²²⁷. Maddenin kapsamına baktığımızda neredeyse bütün uyuşmazlık türleri için arabuluculuğa başvuru zorunlu kılınmıştır. Ancak, bu uyuşmazlıkların dışındaki medeni ve ticari uyuşmazlıklarda zorunlu olmayan arabuluculuk

başvurunun tarafların ihtiyarına bırakıldığında ise bu oranın %1 olduğu görülmüştür. Hanks, 2012, 937; Gabellini, R. (2010). “The Italian Mediation Law Reform”. **ADR Bulletin**. 12(3), 64. İtalya Çalışma Ziyareti Ziyaret Raporuna göre de arabuluculuk faaliyetiyle çözüme kavuşturulan uyuşmazlık türü, 2000’nin altındadır. Web: http://www.adb.adalet.gov.tr/duyurular/2015/Kasim/-italya_çalima_ziyareti.pdf, adresinden 08 Mayıs 2017 tarihinde alınmıştır.

²²³2001 Yılında yapılan ankete göre, ihracat şirketlerinin yüzde 98 kadarının arabuluculuk hakkında bilgi sahibi olmadığını ortaya koymuştur. De Palo, Bernadini, Cominelli, 2003, 51.

²²⁴ Hanks, 2012, 937; Dür, 2017, 184; Özmumcu, 2016, 813.

²²⁵ Özmumcu, 2016, 813; Yazıcı Tıktık, 2013, 20; Hanks, 2012, 937; İtalya Çalışma Ziyareti Ziyaret Raporu; Commercial Mediation- a Comparative Review, 24, Web: file:///C:/Users/Toshiba/Downloads/6163_Commercial_Mediation_SEPT-_2013_Review_FINAL_WEB%20.PDF adresinden 24 Nisan 2016 tarihinde alınmıştır.

²²⁶ Ayrıca zorunlu arabuluculuk, aşağıda belirtilen bazı dava türleri için kesin olarak uygulanmaz; “İtiraz safhası da dahil olmak üzere, imtiyaz örnekleri hakkında karar verilene ve geçici yürütmenin durdurulması kararının askıya alınmasına değin;

Lisans doğrulama ve tahliye için olan davalarda;

Medeni Hukuk yargılamalarına ilişkin kanunun 696. maddesine göre, anlaşmazlıkların çözümü amacıyla önleyici teknik danışmalarda;

703. Maddenin 3. Fıkrası uyarınca, önleyici tedbirler açıklanana kadar mülkiyete ilişkin davalarda;

Zorlayıcı tedbirlere itiraz veya bunlarla ilgili bilgi edinme işlemlerinde;

Kapalı oturumlarla ilgili yasal işlemlerde;

Ceza davalarında ele alınan özel hukuk dava dosyalarında”. İtalya Çalışma Ziyareti Ziyaret Raporu. Web:http://www.adb.adalet.gov.tr/duyurular/2015/Kasim/italya_çalima_ziyareti.pdf, adresinden 28 Nisan 2017 tarihinde alınmıştır.

²²⁷ Loi, P. (14 Mayıs 2016). “İtalyan İş Hukukunda Arabuluculuk ve Uzlaşma”. K. Doğan Yenisey (Editör). **İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği** 40. Yıl Uluslararası Toplantısı. İstanbul: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 131; Commercial Mediation- a Comparative Review, 23; Akan, 2013, 8; Özmumcu, 2016, 813

uygulaması kabul edilmiştir²²⁸. Başlangıç metninde belirtilen uyuşmazlık türleri, 21 Haziran 2013 tarihli ve 69 sayılı yasayla değiştirilerek, ticari ve medeni hukuk kapsamındaki uyuşmazlıklar zorunlu arabuluculuğun kapsamından çıkarılmıştır. Ancak 2013 yılında tekrar 98 sayılı değişiklik yasası ile bu uyuşmazlık türleri kapsama dâhil edilmiş ve son halini almıştır. Bu KHK 20 Mart 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir²²⁹.

1.2.2. İtalya’da Zorunlu Arabuluculuk

2010/28 sayılı KHK’yla birlikte İtalyan hukuk sisteminde, dört farklı arabuluculuk sistemi ortaya konulmuştur. Bunlar²³⁰; gönüllü arabuluculuk, zorunlu arabuluculuk, sözleşme uyarınca arabuluculuk ve hâkim önerisi üzerine yapılan arabuluculuk şeklindedir. Zorunlu arabuluculuk; tarafların uyuşmazlığın çözümü için devlet yargılamasına başvurmadan önce, arabuluculuk faaliyetini gerçekleştirmek zorunda olmasını ifade etmektedir²³¹. Buradaki zorunluluk, arabuluculuk görüşmeleri için yapılan ilk oturum toplantısına katılma zorunluluğu şeklindedir. İlk oturum toplantısına katılımın zorunlu olması yargılama bakımından bir dava şartı olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk yöntemine başvurulmadan dava açılması durumunda, davaya devam edilememeli, dava işlemleri askıya alınmalı ve taraflara arabuluculuk usulüne başvurmaları emredilmelidir²³².

Başlangıçta, tüm arabuluculuk oturumlarına katılım zorunlu tutulmuş olup, oturumların bütün masrafları taraflardan alınmaktaydı. Bu düzenleme kamuoyunda eleştirilere maruz kalmıştır. Eleştirilerin temel noktası, arabuluculuk ücretleri ve arabuluculuk organları hakkındaki sert düzenleyici yaklaşımlardır²³³. Bu tarz düzenlemelerin, arabuluculuk kurumunun gelişmesinde önemli bir engel oluşturduğu savunulmaktadır. 2012 yılında barolar tarafından, zorunlu arabuluculuk kurumunun, ücretli ve eşitliğe aykırı sonuçlar doğurması, arabuluculuğun belirsizliğinden ötürü anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi’ne dava açılmıştır²³⁴. Anayasa Mahkemesi’nin 15 hakimi tarafından verilen 2012/272 sayılı karar ile zorunlu arabuluculuk

²²⁸ Özmumcu, 2016, 813.

²²⁹ Hanks, 2012, 938; Yazıcı Tıktık, 2013, 20; Moore, 2016, 93; Özmumcu, 2016, 813.

²³⁰ Dür, 2017, 185. İtalya’da yıllık arabuluculuk uygulamalarının %84’ü zorunlu arabuluculuk, %10’u ihtiyari arabuluculuk, %4,5 hâkimin göndermesi ile arabuluculuk şeklindedir. İtalya Çalışma Ziyareti Ziyaret Raporu.

²³¹ Loi, 2016, 122; Commercial Mediation- a Comparative Review, 23.

²³² Loi, 2016, 122.

²³³ Hanks, 2012, .s 938; De Palo, Harley, 2005, 477.

²³⁴ Dür, 2017, 184; Zorunlu arabuluculuk faaliyetinin İtalyan Anayasa’sının 27. maddesi uyarınca bir yargı organı huzurunda savunma hakkını tehlikeye düşürdüğü gerekçesiyle AYM’ye başvuru yapıldığına ilişkin bkz.: Loi, 2016, 131.

uygulamasını durdurulmuştur²³⁵. Durdurulma sebebini, İtalyan Anayasa Mahkemesi Başkan Vekili Giorgio Lattanzi, Adalet Bakanlığı tarafından gerçekleştirilen İtalya Çalışma Ziyaretinde şu şekilde ifade etmiştir: “2010 tarihinde kabul edilen KHK ile getirilen zorunlu arabuluculuk uygulamasının, ücretli ve eşitliğe aykırı olması, arabuluculuk sürecinin belirsizliği ve arabuluculuğun niteliğine aykırılıklar sebebiyle iptali istenmiştir. Anayasa Mahkemesi, 2010 tarihli KHK’yi “yetki aşımı” nedeniyle iptal etmiş ve esasa girmemiştir²³⁶”. Yapılan bu açıklamadan da anlaşıldığı üzere Anayasa mahkemesinin vermiş olduğu iptal kararı, İtalyan Barolar Birliği tarafından ileri sürülen, İtalyan Anayasası’nın 24. maddesinde yer alan bireyin savunma hakkının ihlal edilmesi gerekçesine dayanmamaktadır²³⁷. İptal kararının gerekçesi, zorunlu arabuluculuk ile ilgili 28/2010 sayılı KHK’nin hükümet tarafından Parlamento’ya açık bir şekilde sunulmadan önce yürürlüğe konulması dolayısıyla “yetki aşımı” olarak kabul edilmiş olmasıdır²³⁸. Bu kararlar birlikte, arabuluculuğa başvuru tekrar tarafların iradesiyle mümkün olmaktadır.

Zorunlu arabuluculuk uygulaması her ne kadar o tarihlerde kaldırılmış olsa da zorunlu arabuluculuğun uygulandığı sırada toplumda, arabuluculuğa karşı önceden mevcut olan ön yargı yıkılmıştır. Örneğin²³⁹ 2010 yılında arabuluculuğa başvuru sayısı 18.525 iken, zorunlu hale gelmesiyle 2012 yılında 154.879’a yükselmiştir. Söz konusu düzenleme 2013 yılında iptal edilince başvuru sayısı 41.604’e düşmüştür. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, 2010 yılındaki başvuru sayısının(18.525) iki katından fazla (41.604) olmasıdır. Dolayısıyla ara bir dönemde zorunlu arabuluculuk modelinin uygulanmasıyla toplumda genel olarak kuruma yönelik farkındalık artmıştır.

Zorunlu arabuluculuk uygulaması, 20 Eylül 2013 tarihinde önemli değişiklikler yapılarak tekrar uygulanmaya başlanmıştır²⁴⁰. Hükümet ve İtalya Barolar

²³⁵ Hanks, 2012, 938; Commercial Mediation- a Comparative Review, 23; Özmumcu- Zorunlu Arabuluculuk, 814.

²³⁶ Giorgio Lattanzi, TC. Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığının 19-23 Ekim 2015 İtalya Çalışma Ziyareti Tutanakları. Web:http://www.adb.adalet.gov.tr/duyurular/2015/Kasim/italya_çalima_ziyareti.pdf, adresinden 28 Nisan 2017 tarihinde alınmıştır.

²³⁷ Dür, 2017, 185.

²³⁸ Hanks, 2012, 938; Dür, 2017, 185;

²³⁹ 11-13 Mayıs tarihleri arasında gerçekleştirilen Arabuluculuk Mevzuat Çalıştayında Leonardo D’Urso tarafından gerçekleştirilen sunumda söz konusu verilere yer verilmiştir. Bkz.: “Türkiye’de Arabuluculuk Mevzuatında Yapılması Planlanan Değişikliklere İlişkin Uluslar arası Çalıştay ve Çalışma Grubu Toplantıları”. Web:www.coe.int/tr/web/ankara/-/international-workshop-and-working-group-meetings-on-legislative-amendments-to-mediation-law-and-regulation-in-turkey adresinden 30 Nisan 2017 tarihinde alınmıştır.

²⁴⁰ Bu düzenleme için Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne gidilmemiştir. Lattanzi Giorgio, (İtalya Anayasa Mahkemesi Başkan Vekil), TV Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı’nın 19-23 Ekim İtalya Çalışma Ziyareti Tutanakları. Web:http://www.adb.adalet.gov.tr/duyurular/2015/Kasim/italya_çalima_ziyareti.pdf, adresinden 28 Nisan 2017 tarihinde alınmıştır.

Birliğinin iş birliğiyle Avrupa Adalet Divanı'nın kararları nazara alınarak, yeni bir arabuluculuk modeli hazırlanmıştır. Bu düzenleme ile zorunlu arabuluculuk hakkında yapılan değişikler şu şekildedir²⁴¹; Zorunlu arabuluculuk başlangıçta her türlü uyuşmazlık için uygulanırken yapılan değişiklikle birlikte, artık sadece katalog halinde listelenen uyuşmazlık türleri için kabul edilmiştir. Getirilen yeni zorunlu arabuluculuk modelinde, arabuluculuk oturumlarının ilkinde katılım zorunlu olup, sonraki oturumlar tarafların iradesindedir. Anlaşmanın mümkün olmaması durumunda, taraflar başlangıç aşamasında olsa dahi, arabuluculuk görüşmelerinden çekilebilir. Bu durumda taraflar tam anlamıyla arabuluculuk deneyimi kazanmış olmaktadır.

Taraflar, arabuluculuğun yargılamanın ön koşulu olduğu durumlarda, arabuluculuk faaliyetini denemeden mahkemeye başvururlarsa, talepleri işleme alınmayacaktır. Arabuluculuk faaliyetinin başlamaması halinde ise, mahkeme taraflara başvuru için 15 gün süre verecektir. Bu koşula uyulmadan dava açılması hususunu davacı taraf bildirirse, mahkeme ilk duruşmaya kadar hakkın kaybedilmesi cezası verilir. Mahkeme, arabuluculuk faaliyetinin başladığını ancak tamamlanmamış olduğunu tespit ederse, bir sonraki duruşmanın tarihini, 6. maddede ifade edilen sürenin sona ermesini takip eden bir tarihe verir. Arabuluculuk görüşmeleri sırasında tarafların avukatla temsili İtalya Barolar Birliği tarafından savunulduğu için, avukatla temsil imkânı getirilmiştir.

Taraflardan birinin arabuluculuk faaliyetinden çekilmesi durumunda, arabulucu taraflar için bir çözüm önerisinde bulunur ve bu taraflarca reddedilip devlet yargılamasına başvurulursa, reddedilen öneri ile mahkemece verilen hükmün birbirleri ile tutarlı olması halinde, öneriyi reddeden taraf tüm arabuluculuk ve dava masraflarını karşılamak zorunda kalır. Hakimin kararı arabulucunun önerisine tam olarak uymasa da hakim bu yaklaşımı yine de takdir hakkına sahiptir²⁴². Bu düzenleme ile taraflar, arabuluculuk faaliyetinden çekilmeden önce iki kez düşünmeye zorlanmaktadır.

İtalya'da zorunlu arabuluculuk yönteminin kabul edilme sebebi, uzlaşma kültürünün oluşmasını sağlamak olduğu için, arabuluculuk yöntemi 4 yıllık bir zamanla sınırlı olarak zorunlu kılınmıştır. 4 yılın sonunda durumun tekrar gözden geçirilerek ya zorunlu arabuluculuğun kaldırılmasına ya da kapsamının değiştirilmesine karar verileceği kabul edilmiştir. Yürütölen zorunlu arabuluculuk faaliyeti sonucunda amaçlanan, tarafların uyuşmazlığı çözmesidir. Eğer taraflardan birisi, arabuluculuk

²⁴¹ Loi, 2016, 130; Commercial Mediation- a Comparative Review, 23; Özmumcu- Zorunlu Arabuluculuk, 815; Karacabey, 2016, 456; Dür, 2017, 186.

²⁴² Commercial Mediation- a Comparative Review, 23.

görüşmelerine gelmemiş ise veya herhangi bir çözüm üzerinde taraflar, uzlaşma sağlayamamış ise bir rapor düzenlenir. Bu rapor yargı merciinde, davanın kabul edilebilirlik koşulları açısından tamamlandığını gösterir²⁴³ ve mahkemelerde davaya devam edilebilir.

1.3. Alman Hukuku'nda

Alman Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) 278/a maddesi ile Alman Medeni Usul Hukuku Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulanması Hakkında Kanunu'nun (EGZPO) 15a maddesinde alternatif uyuşmazlık çözüm yolları düzenlenmektedir. Düzenlemelerde; bazı uyuşmazlık türleri için, yargı yoluna gidilmesi, zorunlu olarak tüketilmesi gereken arabuluculuk²⁴⁴ usulüne bağlı kılınmış ve bu yönteme başvurulması bir dava şartı olarak düzenlenmiştir²⁴⁵. Arabuluculuğa başvuru şartının yerine getirildiği, tarafların başvuracakları resmi arabuluculuk kurumlarından başvurunun yapıldığına dair verilecek belge ile ispatlanmaktadır.

Federal Kanun Koyucuları, bu madde ile zorunlu arabuluculuk hakkında genel bir düzenleme yapmayıp, Eyalet Kanun Koyucuları'na bu konuda düzenleme yapmaları için yetki vermiştir. Dolayısıyla bu madde ile artık eyaletler, uyuşmazlıkların ADR ile çözümü konusunda kendi iradeleriyle düzenleme yapabilme hakkına sahiptir²⁴⁶. Ancak eyaletlere bu şekilde düzenleme yetkisinin verilmesi doktrinde tartışmalara yol açmıştır. Bu anlamda, her bir eyaletin farklı düzenleme yapabilme hakkına sahip olmasının, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceği ileri sürülmüştür²⁴⁷. Örneğin; A eyaletinde oturan davacının, o eyaletteki düzenleme dolayısıyla dava açmadan önce arabulucuya başvurması zorunlu tutulduğunda, davacının durumu, bu tarz bir düzenlemeye yer vermeyen B eyaletindeki davacıya göre eşitsizlik oluşturacaktır. Bu durumun önüne geçilebilmesi için, en azından Federal Kanun Koyucularının genel bir düzenleme yapması

²⁴³İtalya Çalışma Ziyareti Ziyaret Raporu.

Web:http://www.adb.adalet.gov.tr/duyurular/2015/Kasim/italya_çalışma_ziyareti.pdf, adresinden 28 Nisan 2017 tarihinde alınmıştır.

²⁴⁴ Alman Hukukunda yapılan ayrıma göre kanunda düzenlenen kurum uzlaştırmadır. Bkz.: Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 39. Ancak doktrinde genel olarak bu kurumun arabuluculuk olduğu ileri sürülmektedir. Bkz.: Taşpolat Tuğsavul, 2012, 47-60; Alman Hukuku'nda arabuluculuk ve uzlaşma kavramlarının birbirinden tam olarak ayrılmadığına ilişkin bkz.: Dür, 2017, 156. Türk hukuku açısından iki kavram arasındaki fark uzlaşmada, tarafsız üçüncü kişinin taraflara çözüm önerisinde bulunabilmesidir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Tanrıver, (1-2 Kasım 2013). "Genel Olarak Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları ve Aralarındaki Temel Farklıları". Doğan C., Aksoy Gülaslan Pınar(Editörler). **V. Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara, 277 vd.

²⁴⁵ Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 39; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 48; Tanrıver, 2006, 71; Yıldırım- Mahkeme Dışı Usuller, 351; Dür, 2017, 156; Pekcanitez, 2008, 253.

²⁴⁶ Yıldırım, 2007, 344; Kavasoglu, 2010, 208, Taşpolat Tuğsavul, 2012, 49; Dür, 2017, 156; Erdoğan, 2017, 1226; Bayraktar, 2015, 155.

²⁴⁷ Tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Taşpolat Tuğsavul, 2012, 49-53.

gerektiği önerilmiştir²⁴⁸. Bir diğer tartışma konusu ise; gönüllülük ilkesinin esas olduğu mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yoluna kanunla sınırlama getirilmesinin hukuk düzenine aykırılık teşkil etmesidir²⁴⁹. Alman Medeni Usul Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulanması Hakkında Kanunu'nun 15a maddesiyle eyaletlere verilen düzenleme yapma yetkisini, şimdiye kadar; Bavyera, Baden-Württemberg, Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen-Anhalt ve Schleswig-Holstein eyaletleri kullanarak düzenleme yapmıştır²⁵⁰.

1.3.1. Bavyera Eyaletinde Zorunlu Arabuluculuk

Bavyera eyaletinde²⁵¹, 25.04.2000 tarihinde Arabuluculuk Kanunu çıkarılmıştır. Bu kanuna göre arabuluculuğa başvuru dava şartı olarak düzenlenmiştir. Arabuluculuğa başvurunun zorunlu tutulduğu uyuşmazlık türleri; sulh hukuk mahkemesinin görev alanına giren, konusu para veya parasal değer olup toplamı 750 Euoru'yu aşmayan uyuşmazlıklar, komşuluk hukukundan kaynaklanan belirli bazı uyuşmazlıklar, basın-yayın yoluyla olmamak üzere, kişinin şerefine ve haysiyetine yönelik saldırılardan doğan uyuşmazlıklardır²⁵². Buna karşılık, ZPO md.323'te düzenlenen değişiklik davaları, md.324'te düzenlenen kesinleşmiş bir hükmün geleceğe yönelik etkilerini değiştiren davalar, md.328'de düzenlenen yabancı mahkeme kararlarının tanınmasına ilişkin dava, karşı dava, hak düşürücü süreye bağlı olarak açılacak davalar, aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar, yargılamanın yenilenmesi davaları, kambiyo senetlerine ilişkin usuller ve icra hukukuna ilişkin davalar zorunlu arabuluculuk yöntemine uygun görülmemiştir²⁵³.

Arabuluculuk faaliyetinin başarısızlıkla sonuçlanması, başlangıcından itibaren 3 ay içerisinde uzlaşma sağlanamaması ve arabulucunun, m.1 kapsamında arabuluculuğun esas bakımından uygulama alanının olmadığı, taraflar arasında m.2'ye göre yer bakımından uygulama alanının olmadığı veya olayın hukuki veya fiili sebeplerinden dolayı başlangıçtan arabuluculuğa elverişli olmadığına karar vermesi durumlarında verilmektedir²⁵⁴. Belgenin alınmasıyla dava şartı yerine getirilmiş olmaktadır. Eğer arabuluculuk kurumuna

²⁴⁸ Taşpolat Tuğsavul, 2012, 49.

²⁴⁹ Kavasoglu, 2010, 209; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 50.

²⁵⁰ Tanrıver, 2006, 71-77; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 52; Erdoğan, 2017, 1226.

²⁵¹ Bavyera Eyaletinde yapılan düzenlemeye benzer düzenlemeler Baden-Württemberg ve Nordrhein-Westfalen Eyaletlerinde yapılmıştır. Her iki eyalette de uyuşmazlığın çözümü için dava açılmadan arabuluculuk (uzlaşma) yönteminin denenmesi dava şartı olarak düzenlenmiştir. Tanrıver, 2006, 73-77.

²⁵² Tanrıver, 2006, 71; Sarısözen, 2010, 33; Bulur, 2007, 36; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 53; Dür, 2017, 157; Bayraktar, 2015, 154; Yıldırım, 2007, 345. BW eyaletinde zorunlu arabuluculuk modelinin uygulandığı uyuşmazlık türleri, Bavyera Eyaletindeki hükümlere paralel olarak düzenlenmiştir. NW Eyaletinde de benzer düzenleme yer almakla birlikte, sulh hukuk mahkemelerinin görev alanına giren malvarlığına ilişkin uyuşmazlık türleri için parasal sınır 600 Euro olarak belirlenmiştir. Tanrıver, 2006, 73-76.

²⁵³ Taşpolat Tuğsavul, 2012, 51; Tanrıver, 2006, 71.

²⁵⁴ Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 39; Sarısözen, 2010, 33; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 57.

başvurulmadan dava açılmış ise, davanın dava şartı yokluğu nedeniyle hemen reddedilmemesi gerekmekte ve taraflara arabuluculuğa başvurması için süre verilmesi gerekmektedir²⁵⁵. Tarafların arabuluculuk görüşmeleri sonucunda anlaşması durumunda, bu anlaşma bir belgeye bağlanır ve icra edilmesine ilişkin karar alınabilir.

1.3.2. Kuzey Ren Vestfalya Eyaleti'nde Zorunlu Arabuluculuk

Kuzey Ren Vestfalya Eyaleti'nde EGZPO 15a maddesinin vermiş olduğu yetkilendirme sonucunda, 9 Mayıs 2000 tarihli Tatbikat Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu kanunun 1. maddesi ile uzlaştırma birimleri ve arabuluculuk kanunu sisteme dâhil edilmiştir. Bir davanın açılmasının, ancak kanunun 12. maddesinde belirtilen uzlaştırma merkezlerinden biri tarafından uyuşmazlığın karşılıklı anlaşma ile çözümü denendikten sonra, caiz olduğu kabul edilmektedir²⁵⁶. Bu yöntemin uygulanması, yalnızca taraflar aynı Asliye Mahkemesi yargı çevresi içinde oturuyorlarsa veya bu yargı çevresinde merkezi veya şubesi varsa zorunludur. Arabuluculuk denemesinin başarısızlıkla sonuçlanması üzerine taraflara bir belge verilmekte ve bu belgenin alınmasıyla dava şartı yerine getirilmiş olmaktadır. Aksi halde, açılan dava, dava şartı yokluğundan reddedilmektedir.

Zorunlu arabuluculuk yönteminin kullanılmaya başlanmasından sonra, olumsuz etki oluşturduğu gerekçesiyle Alman Anayasa Mahkemesi'ne hükmün iptali için dava açılmıştır. Şikâyetçiye göre²⁵⁷, hukuk mahkemelerine başvuru, arabuluculuk yönteminin zorunluluğundan dolayı önemli ölçüde zorlaşmıştır. Bunun yanı sıra, arabuluculuk sürecinin eyaletlerde farklı şekillerde düzenlenmiş olması, eşit olmayan muamelelere yol açmaktadır. Bilhassa Kuzey Ren Vestfalya Eyaleti'nde diğer eyaletlerden farklı olarak hukukçu olmayanların da arabuluculuk yapabilmesi, arabuluculuğun kalitesini düşürmektedir. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu kararda²⁵⁸ şu hususlara değinilmiştir; zorunlu arabuluculuk ile kanun koyucu medeni yargıda iş yükünün azaltılmasını hedeflemektedir. Ayrıca, belirtilen uyuşmazlıklarda, anlaşma sağlanmasıyla daha hızlı ve daha ucuz bir şekilde çözüme ulaşılması, yargısal usulle elde edilemeyen daimi hukuk barışına katkı sağlayacaktır. Zorunlu arabuluculuk, daha çok ekonomik açıdan önemi olmayan uyuşmazlıklar için getirilmiştir. Bu durum kanun koyucunun niteliği uygun düşen uyuşmazlık türleri için tarafları uzlaşmaya teşvik etme hakkına sahip olduğundan hak arama özgürlüğüne ve etkin hukuki korumaya zarar vermemektedir. Zorunlu arabuluculuk,

²⁵⁵ Taşpolat Tuğsavul, 2012, 51.

²⁵⁶ Erişir, E.(2009). "Arabuluculuk Müessesesinin Anayasa ya Uygunluğuna ve Devlet Yargısına Nazaran Öncelik Verilmeye Değer Olduğuna İlişkin 14.2.2007 Tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı". *DEÜHFD*. 11(Özel Sayı), 226.

²⁵⁷ Erişir, 2009, 228.

²⁵⁸ Erdoğan: Erzurumlu, 40. Erişir, 2009, 230-235; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 129; Erdoğan, 2017, 1228.

hiçbir şekilde devlet mahkemelerine başvuru imkânını ortadan kaldırmamaktadır. Bu yöntemin getirilmesiyle birlikte, devlet mahkemelerine başvuru imkânı zorlaşmaktadır. Dolayısıyla adaletin sağlanmasını engelleyici ve hak arama özgürlüğüne aykırılık oluşturan bir durum söz konusu olmamaktadır. Bilhassa, zorunlu arabuluculuk, mahkemelerdeki uyuşmazlık çözümlerine nazaran daha ucuz ve daha hızlı bir şekilde çözüm bulmayı sağlamaktadır. Kaldı ki kanun koyucunun çekişmeli yargıyı öngörmek zorunda olmadığı kabul edilmelidir. Yine, zorunlu arabuluculuk yönteminin belirlenmesinde, kanun koyucuların menfaat temelinde hareket etmesi gerektiğinden, her ne kadar bu yolla çözüme kavuşamayacağı bilinen uyuşmazlıklar bakımından masraf ve zaman kaybı gibi görünse de uyuşmazlığın baştan uzlaşma yoluyla çözülmesi, esasen bir hukuk devletinde de mahkeme kararına göre öncelik verilmeye değerdir. Tüm bu nedenlerle, taraflarca bu yolun yararsız görülüyor olması, bu yoldan tamamen vazgeçme sonucunu doğurmamaktadır.

1.4. Amerikan Hukuku'nda

Pek çok ülkede olduğu gibi Amerika Birleşik Devletleri'nde de uyuşmazlıkların alternatif yollarla çözümü için düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerden birisi de, 1992 yılında yapılan Medeni Yargılama Reform Kanunu'dur. Bu kanun ile uyuşmazlıkların çözümü için mahkeme yargılamasına alternatif çözüm yolları getirilmiştir. Bunlar; mahkeme bağlantılı arabuluculuk ve özel arabuluculuktur. Amerikan yargı sistemine bu çözüm yollarının getirilmesiyle birlikte, artık uyuşmazlıklar daha çabuk ve ucuz bir şekilde karara bağlanmaya başlamıştır²⁵⁹. Başlangıçta sadece tarafların iradesiyle faaliyete geçilen bu yöntemlerde, devam eden süreçte mahkemeler tarafından başvuru zorunlu kılınmıştır²⁶⁰. Burada zorunluluk, hâkimin emriyle ya da bir mahkeme kuralıyla belirli uyuşmazlıkların kendiliğinden arabuluculuğa havalesiyle ortaya çıkmaktadır. Böylelikle uyuşmazlıkların çoğu mahkemeye gelmeden önce, çözüme kavuşturulmaktadır. Tarafların çözüme kavuşturamadıkları uyuşmazlıklar için de en azından mahkemeye gelmeden önce, bütün deliller toplanmış olmaktadır²⁶¹.

Arbuluculuk faaliyetinde, tarafsız üçüncü kişi olarak adlandırdığımız arabulucu, tarafları müzakere masasında bir araya getirerek, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasında aracılık edecektir. Tarafların bu görüşme sırasında vardıkları çözüm yolları, kural olarak

²⁵⁹ Sarısözen, 2010, 28; Özbek, 2016, 358.

²⁶⁰ Winesstone, J. (2015). "Mandatory Mediation: A Comparative Review of How Legislatures in California and Ontario are Mandating the Peacemaking Process In Their Adversarial Systems", prg. 1 Web: <https://www.mediate.com/articles/WinestoneJ4.cfm> adresinden 06. Haziran 2017 tarihinde alınmıştır; Özbek, M. (2002). "Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü". *AÜHFD*. 1, 146; Özbek, 2016, 424; Dür, 2017, 241.

²⁶¹ Sarısözen, 2010, 28.

bağlayıcı olmamaktadır. Ancak ABD'nin bazı mahkemelerinde, süreç sonunda uzlaşma sağlanan anlaşma metninin bağlayıcı olduğu uygulamalar da bulunmaktadır. Arabuluculuk yönteminin benimsenmesindeki amaç, dava sayısını azaltarak "daha hızlı, daha aerodinamik ve daha verimli" bir sivil adalet sistemi sağlamaktır²⁶². Her ne kadar ortak amaçlar benimsenmiş olsa da, bu amaçların eyaletlerdeki dava sistemlerine en iyi şekilde nasıl uygulanacağı konusunda farklı yöntemler bulunmaktadır²⁶³. Bu bağlamda, uyuşmazlıkların çözümü için ADR'ye başvuru, eyaletlerin bazılarında ihtiyari iken, bazılarında zorunludur. Bazı eyaletlerde ise, her iki model de uygulanmaktadır²⁶⁴.

1.4.1. Kalifornia Eyaleti'nde Zorunlu Arabuluculuk

Kalifornia'da 1981 yılında yapılan yasal düzenlemeyle zorunlu arabuluculuk modeli yargılama sistemine girmiştir. Bu yöntem, her türlü uyuşmazlık için uygulanmayıp, genellikle aile uyuşmazlıklarında, özellikle çocuğun velayeti ve çocukla kişisel iletişim kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklarda söz konusudur²⁶⁵. Çünkü aile uyuşmazlıklarında arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan çözüm yolu taraflar açısından devlet yargılamasıyla elde edilen sonuca göre daha tatmin edici bulunmaktadır²⁶⁶. Çocuğun söz konusu olduğu uyuşmazlık türlerinde, arabuluculuk yöntemiyle anne-baba arasındaki ilişki korunacak, bu yöntem sayesinde hırçınlık, öfke engellenmiş olacak ve çocuk odaklı sonuçlar ortaya çıkacaktır²⁶⁷. Kaliforniya'da zorunlu arabuluculuğun aile uyuşmazlıklarında kullanılması ağır eleştirilere yol açmıştır. Ülkeler, çoğunlukla aile uyuşmazlıklarında bir tarafın diğer taraf üzerinde haksız avantaj oluşturabilecek güce sahip olması ihtimalinden dolayı, zorunlu arabuluculuğu aile uyuşmazlıkları için uygun görmemektedir. Bu görüşte olan yazarlar, toplumsal önyargılar ve toplumsal cinsiyet eğilimleri nedeniyle kadınların özünde, dezavantajlı hale getirilen bir sürecin dayatıldığı, arabuluculuğun kadına aktif olarak zarar verme potansiyeline sahip olduğu savunulmaktadır²⁶⁸.

Bu tarz eleştirilerin varlığına rağmen, çalışmalar, zorunlu arabuluculuğun uyuşmazlık çözümü konusunda daha iyi bir alternatif olduğunu ortaya koymaktadır. Kaliforniya'da, ayrılan ailelerin yaklaşık yüzde 20-30'u çocuğun velayeti konusundaki

²⁶² Winesstone, 2015, prg. 4. Benzer yönde bkz.: Yıldırım, 2007, 348; Ildır, 2003, 32; Özbek, 2016, 358.

²⁶³ Amerika Birleşik Devletleri'nde arabuluculuğu düzenleyen hukuk kuralları arasında bir yeknesaklık olmayıp, ülkede arabuluculuğa ilişkin eyalet kanunları, federal kanunlar ve mahkeme kurallarının sayısının 2000'den fazla olduğuna ilişkin bkz.: Bulur, 2007, 34.

²⁶⁴ Özbek, 2016, 405.

²⁶⁵ Moore, 2016, 73; Winesstone, 2015, prg. 6; Morris, 1986, 748; Özbek, 2016, 425; Özmumcu- Zorunlu Arabuluculuk, 824-825.

²⁶⁶ Moore, 2016, 74.

²⁶⁷ Streeter-Schaefer, 2001, 378; Özmumcu- Zorunlu Arabuluculuk, 825.

²⁶⁸ Winesstone, 2015, prg. 7.

uyuşmazlığın çözümlenmesini mahkeme sistemi yoluyla istemekte ve bu nedenle arabuluculuğa zorlanmış olmaktadır. Bu anlaşmazlıkların yarısı (toplam ayıran nüfusun yüzde 10-15'i) tamamen çözülmüş ve arabuluculuk yoluyla üçte ikisi (toplam ayıran nüfusun yüzde 13-20'si) kısmen çözülmüştür.

1.4.2. Indiana Eyaleti'nde Zorunlu Arabuluculuk

Indiana Eyaleti'nde²⁶⁹ bulunan ADR kurallarına bakıldığında, mahkemelerin, uyuşmazlıkları tarafların rızası olmaksızın arabulucuya gönderme yetkisi bulunmaktadır²⁷⁰. Taraflar, mahkemenin bu takdirine karşı 15 gün içerisinde itiraz etme hakkına sahiptir²⁷¹. Mahkemenin takdiri dolayısıyla, dosyanın arabulucuya sevki ardından, taraflar arabuluculuk oturumlarından ikisine katılmak zorunda olup, devamında faaliyeti sona erdirmeye hakkına sahiptir²⁷². Katılmaları zorunlu tutulan oturumlara tarafların katılmamaları durumunda, birtakım müeyyideler söz konusu olmaktadır²⁷³. Tarafların arabuluculuk oturumlarına iyi niyetle katılmaları gerekmektedir. Zira iyi niyetle katılmadıkları arabuluculuk görüşmeleri sonucunda, elde edilen anlaşma uyuşmazlığın sağlıklı çözüme kavuşturulmasını engelleyeceği için, arabulucunun tarafların anlaşmasına rağmen uyuşmazlığı mahkemeye gönderme yetkisi bulunmaktadır²⁷⁴. Aksi halde, arabulucu anlaşmaya rağmen faaliyeti sona erdirebilir ve uyuşmazlığı mahkemeye gönderebilir. North Carolina'da Indiana'ya benzer arabuluculuk kurallarına sahiptir. Tarafların arabuluculuk görüşmelerine katılmaları zorunlu olup, kendilerine belirlenen süre içerisinde arabulucularını seçme hakkına sahiptir²⁷⁵. Ancak bu süre içerisinde arabulucu seçilmediği takdirde mahkeme arabulucuyu belirlemektedir. Taraflara mahkeme tarafından kabul edilen bir sebep gösterdikleri takdirde arabuluculuk görüşmelerine katılmadan uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme şansı verilmektedir²⁷⁶.

1.4.3. Delawera Eyaleti'nde Zorunlu Arabuluculuk

Delawera Eyaleti'nde bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu kanunu bulunmaktadır. Bu kanunda yer alan kurallar, ABD'de bulunan diğer eyaletlerden farklı düzenlemeler

²⁶⁹ Winkle, 1992, 957-979; Streeter-Schaefer, 2001, 374-375.

²⁷⁰ Streeter-Schaefer, 2001, 374; Winkle, 1992, 964.

²⁷¹ Streeter-Schaefer, 2001, 374.

²⁷² Winkle, 1992, 966; Streeter-Schaefer, 2001, 374-375.

²⁷³ Bu noktada en sert müeyyideyi, arabuluculuk ve vekâlet ücretlerinin karşılanması oluşturmaktadır. Bkz.: Winkle, 1992, 977-978.

²⁷⁴ Winkle, 1992, 966; Streeter-Schaefer, 2001, 374.

²⁷⁵ Aynı düzenleme Montana'nın temyiz mahkemesinde yer alan ADR programlarda mevcuttur. Ancak bu iki eyalet arasındaki temel fark Montana'da uyuşmazlığın arabuluculukla çözümü için süre sınırının konulmuş olmasıdır. Taraflar üst mahkemeye başvurduğu andan itibaren 75 gün içerisinde arabuluculuk faaliyetini tamamlamak zorundadır. Streeter-Schaefer, 2001, 376.

²⁷⁶ Streeter-Schaefer, 2001, 375; Özmumcu- Zorunlu Arabuluculuk, 823.

içermektedir. ABD'nin diğer eyaletlerinde yer alan zorunlu arabuluculuk yöntemi, mahkeme bağlantılı arabuluculuktur. Başka bir ifadeyle, taraflar uyuşmazlıkları hakkında önce dava açma yoluna gitmekte olup, hâkimin takdiriyle veya kanun gereği uyuşmazlık arabulucuya gönderilmektedir. Bu türü mahkeme bağlantılı arabuluculuktan ayıran özellik, tarafların uyuşmazlıklarının çözümü için dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunda olmasıdır²⁷⁷.

1.4.4.Nevada Eyaletinde Zorunlu Arabuluculuk

Amerika Birleşik Devletleri'nden biri olan Nevada'da zorunlu arabuluculuğun farklı bir uygulaması vardır. Nevada'da mahkemelerden verilen kararlar için yüksek mahkemelere başvuru sayısı oldukça fazladır²⁷⁸. Bu durum yüksek mahkemelerde iş yükü fazlalığına yol açmıştır. Nevada Eyaleti de bu durumu ortadan kaldırmak için, zorunlu arabuluculuğu yüksek mahkemelere sevk edilen uyuşmazlıklar için kabul etmiştir²⁷⁹.

1.5.Avustralya Hukukunda

Son yıllarda, Avustralya, arabuluculuk da dâhil olmak üzere, alternatif uyuşmazlık çözümü adına kayda değer bir kültürel değişim göstermektedir. Arabuluculuk bugün, Avustralya'da uyuşmazlıkların çözümü için, en sık başvuru alan alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Bununla birlikte, arabuluculuk alanının daha etkin olarak kullanılması için, Avrupa'daki diğer ülkelere nazaran daha fazla destek gören, bir dizi arabuluculuk programı başarıyla uygulanmıştır²⁸⁰. Bu programlar, hem arabuluculuğa isteğe bağlı başvuruya izin veren geniş kapsamlı mahkeme yetkilerinden, hem de dava açılabilmesi için bir ön şart olarak arabuluculuğun gerekli sayıldığı kategorik arabuluculuğa²⁸¹ ilişkin düzenlemelere kadar uzanmaktadır²⁸². Yasama reformları söz konusu programları destekleyen düzenlemelere yer vermiştir.

Avustralya'nın New South Wales Eyaleti'nde, 1980 yılında Topluluk Adalet Merkezleri kurulmuştur. Bu merkezlerde, belirlenen bazı uyuşmazlık türleri için tarafların isteğine bağlı olarak arabuluculuk hizmetleri verilmektedir. 1982 yılında yayımlanan raporda, bu kuruluşların vaat ettikleri sonuçları elde ettikleri bu nedenle de daimi hale

²⁷⁷ McNally, E. M., MacDonald B.(1996). "The New Delaware". *Del. Journal Corp. Law.* 2(1), 87; Streeter-Schaefer, 2001, 376.

²⁷⁸ Streeter-Schaefer, 2001, 375; Özmumcu- Zorunlu Arabuluculuk, 822.

²⁷⁹ Streeter-Schaefer, 2001, 375.

²⁸⁰ Hanks, 2012, 944-945; Özmumcu- Zorunlu Arabuluculuk, 818.

²⁸¹ Avustralya'da New South Wales eyaletinde kategorik uygulamaların örnekleri, 1994 tarihli tarım borçları Arabuluculuk Kanunu, 2004 tarihli Avukatlık Kanunu, 1996 tarihli Strata Projeleri Yönetim Kanunu. Bkz.: Hanks, 2012, 945; Özmumcu- Zorunlu Arabuluculuk, 818.

²⁸² Hanks, 2012, 945; Özmumcu- Zorunlu Arabuluculuk, 818; Commercial Mediation, 7. Mahkeme Bağlantılı Arabuluculuk için ayrıca bkz.: Özbek, 2016, 378.

gelecekleri belirtilmiştir²⁸³. Devam eden süreçte, Avustralya mahkemelerine, zorunlu arabuluculuğu düzenlemek için geniş yetkiler verilmiştir. Bu yetki çerçevesinde ilk düzenleme 2000 yılında New South Wales Yüksek Mahkemesi tarafından yapılmıştır. Yüksek mahkemenin yapmış olduğu düzenlemede, hâkimlere, arabuluculuğa başvurmaya istekli olmayan tarafları, arabuluculuğa başvuruya zorlama yetkisi verilmiştir. Mahkemeler davayı ADR'ye sevk etme hususunda takdir hakkına sahiptir²⁸⁴. Mahkemeler daha az karmaşık olan uyuşmazlıkların çözümü, yargılama masraflarının azaltılması ve tarafların arasındaki ilişkileri muhafaza etmek için tarafları arabuluculuğa başvurmaya zorlamaktadır.

2009 yılında, Avustralya'da, Ulusal Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri Danışma Konseyi (*National Alternative Dispute Resolution Advisory Council* (“NADRAC”)) tarafından yarı mecburi arabuluculuk programı önerilmiştir. Bu öneride, dava açılmadan önce uyuşmazlığın çözümü için gerekli adımları atmayan taraflara karşı, yargılama masraflarına mahkûm edilmesini düzenleyen İngiliz Hukuk Usulü Kurallarına atıf yapılmıştır. Söz konusu tavsiyeler, Avustralya'da yakın bir zamanda yasal düzenlemelere konu olmuştur. İngiliz Uluslar Topluluğu'nun 1 Ağustos 2011 tarihinde yürürlüğe giren, tarafların dava açmadan önce uyuşmazlığın çözümü için “gerçek adımlar” atmasının gerekliliğinin konu edildiği kanun çerçevesinde düzenleme yapılmıştır²⁸⁵. Bu düzenlemede, tarafların belirlenen uyuşmazlıkları çözmek için “makul adımlar” atmaları gerektiği belirtilmiştir.

2. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN ZORUNLU ARABULUCULUK

2.1. Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlık Türlerinde Zorunlu Arabuluculuk

Türk hukukunda arabuluculuk faaliyetinin uygulanacağı uyuşmazlık türleri 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun “Amaç ve Kapsam” başlıklı 1. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir²⁸⁶. Mevcut düzenlemeye göre; taraflar ancak

²⁸³ Hanks, 2012, 945; Özmumcu- Zorunlu Arabuluculuk, 818.

²⁸⁴ Hanks, 2012, 946; Özmumcu- Zorunlu Arabuluculuk, 819.

²⁸⁵ Hanks, 2012, 948; Özmumcu- Zorunlu Arabuluculuk, 819; Commercial Mediation, 7.

²⁸⁶ Doktrinde Deren-Yıldırım, arabuluculuğa elverişli konuların kanunda kesin olarak belirlenmesi ve sınırlı tutulması görüşündedir. Yıldırım, N. D. (2008). “Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Düşünceler”. *Arabuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiri ve Öneriler Sempozyum Notları*, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 96. Bulur'a göre, kanunun daha başlangıç aşamasında böyle bir sınırlama getirmiş olması arabuluculuk kurumunun kapsamındaki uyuşmazlıklar bakımından belirsizlik oluşturur. Yapılması gereken, Avrupa Konseyi Arabuluculuk Direktifi Tasarısı'nın 1 inci maddesinin ikinci fıkrasında olduğu gibi, “Bu kanun medeni ve ticari uyuşmazlıklarda uygulanır” şeklinde bir düzenlemenin eklenmesidir. Bulur, 2007, 32. Benzer görüş için bkz. Akcan, R. (2008). “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ile İlgili Bazı Düşünceler. *Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan*. Ankara: Turhan Kitapevi, 43. Buna karşılık, Özmumcu, mevcut düzenlemeyi yerinde bulmasının yanı sıra; bu durumun, arabuluculuğun kapsamını gelişmeye açık hale getirdiğini düşünmektedir. Özmumcu-Uzak Doğu, 288. Benzer bir düşünce için bkz.: Uymaz, A., Erdoğan, K. (2015). “Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”. *DEÜHFD*. 17(1), 138;Kuru, 2010, 240; Tanrıver-Arabuluculuk, 639; Yılmaz, E. (2012). “Arabuluculuğun Yasa ile

üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuk faaliyetine başvurabilirler²⁸⁷. Dolayısıyla taraflar, kamu hukukuna ilişkin olan uyuşmazlıkların²⁸⁸ çözümünde arabuluculuğa başvuramayacakları gibi, özel hukuka ilişkin olup, tarafların üzerinde tasarruf edemeyecekleri uyuşmazlıklar²⁸⁹ için de arabuluculuğa başvuramazlar²⁹⁰. Doktrinde bu kurallar çerçevesinde arabuluculuk yöntemine başvurulamayacak uyuşmazlık türleri şu şekilde belirlenmiştir²⁹¹: evlilik davaları (TMK m.146'daki mutlak butlan davası, TMK m. 148'deki nispi butlan davası, TMK m. 161'deki boşanma davası, TMK m. 170'deki yargısal ayrılık hali), kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıklar, hukuka, ahlaka aykırı sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklar, çekişmesiz yargı işleri, neseple ilgili davalar, ahvali şahsiye davaları ve iflas davalarıdır. Ayrıca Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasında belirtildiği üzere “aile içi şiddet²⁹²” iddiasını

Düzenlenmesi, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi”. **Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan**, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 1285; Şıpka, Ş. (2007/2). “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi”. **İTÜSBD**. Yıl: 6. S. 12,174; Tanrıver, 2009, 639.

²⁸⁷ Arabuluculuk faaliyetinin uygulanacağı uyuşmazlık türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akil, C. (2014). “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı”. **Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan**. C. I, Ankara: Yetkin Yayınları, 75- 135.

²⁸⁸ İdare hukuku alanında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını öngören veya teşvik eden bir yasal düzenleme bulunmamakla birlikte, uzlaşmanın öngörüldüğü belli bazı uyuşmazlık türleri bulunmaktadır. Özbek, M. S. (2005). “İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller(I)”. **TBB**. S. 56, 90-132. Ayrıca idare hukukundan doğan uyuşmazlıklar hakkında arabuluculuk faaliyetinin gerçekleştirilebilmesi için Adalet Bakanlığı tarafından gerçekleştirilen çalışmalar da mevcuttur. Bkz: Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın Paris çalışma ziyareti toplantı tutanağı, 06-08 Ocak, 2016, http://www.adb.adalet.gov.tr/duyurular/2016/subat/fransa_raporu/fransa_raporu.pdf adresinden 8 Ağustos 2017 tarihinde alınmıştır.

²⁸⁹ Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlık türleri ile kastedilen, uyuşmazlığın kamu düzenine ilişkin olmamasıdır. Kamu düzeni, “belirli bir toplumda ve belirli bir zaman diliminde geçerli olan; sosyal, ekonomik, siyasi, ahlaki ve hukuki yönden o toplumun temel yapısını ortaya koyan ve temel çıkarlarını koruyan kurallar bütünüdür.” Tanrıver S. (1997-98). “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizî Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi”. **MHB**. Y. 17-18, 476; benzer tanımlar için bkz. Akil, 2014, 79; Bulur, 2007, 33. Kamu düzeni kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bilge, M. T. (2014). “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Açısından Kamu Düzeni Kavramı”. **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I**. İstanbul: Sümer Kitabevi, 93-144; Ancak kamu düzeninin, tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri alanın tamamını oluşturmadığı ileri sürülmektedir. “Arabuluculuk Çalışma Toplantısı Arabuluculukla İlgili Güncel Sorunlar, Beklentiler ve Öneriler Sonuç Raporu”. (2014). **MIHDER**. 10(29), S. 3, 25, (MIHDER); Bulur, A. (2014, 09 Ocak). 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler. Ankara Barosu VIII. Uluslararası Hukuk Kurultayı'nda “Arabuluculuk ve Diğer Uzlaşım Yöntemleri Çalıştayı”nda tebliğ olarak sunuldu, Ankara, 4-7.

²⁹⁰ Tanrıver, 2009, 639.

²⁹¹ Özbek, 2016, 1040; benzer yönde bkz. Taşpolat Tuğsavul, 2012, 110; Ildır, G. (2006). “İş Kanunu'na Göre Uyuşmazlıkların Özel Hakem Yolu ile Çözümü”. **Terazi Hukuk Dergisi**. Yıl:1, S. 2, 13; Özbay-Uzlaşım, 403.

²⁹² Aile içi şiddet kavramının tanımlandığı tek metin Türkiye'nin de taraf olduğu “Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi”(İstanbul Sözleşmesi)dir. Sözleşmenin tanımlar başlıklı 3 üncü maddesinin b bendine göre; “aile içi şiddet, aile içerisinde veya hanede veya mağdur faille aynı evi paylaşırsa da paylaşmasa da eski veya şimdiki eşler veya partnerler arasında meydana gelen, her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik şiddet eylemi anlamına gelir.”

içeren uyuşmazlıklar da arabuluculuğa elverişli görülmemiştir²⁹³.

Arbuluculuk müzakerelerinin tarafların kendilerini güvende hissedebilecekleri bir ortamda gerçekleşmesi gerektiği gerekçesiyle aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar için arabuluculuk yöntemi uygun görülmemiştir. Zira aile içi şiddet olaylarının çözülmesi aşamasında, taraflardan birinin diğerini tehdit etmesi veya benzer olaylar dolayısıyla tarafların kendilerini güvende hissedemedikleri ve eşit bir şekilde muamele görmedikleri bir ortam oluşmaktadır²⁹⁴. Bu nedenle aile içi şiddet iddialarını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli görülmemiştir²⁹⁵.

Arbuluculuk yöntemiyle çözüme kavuşturulabilecek uyuşmazlık türlerinin belirlendiği bu hükümler arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıkların kapsamının belirlenmesinde genel kurallardır. Ancak bu kural gereği, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konuların belirlenmesiyle aile hukukundan doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuk faaliyetinin uygulama alanı oldukça daraltılmış olacaktır. Zira yapısı gereği, aile hukukundan doğan uyuşmazlıklarda tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri iş veya işlemler diğer özel hukuk uyuşmazlıklarına nazaran oldukça sınırlıdır²⁹⁶. Oysa yapılan araştırmalar aile hukuku uyuşmazlıklarındaki hassasiyet nedeniyle mahkeme yargılamasına göre arabuluculuğun aile hukuku uyuşmazlıklarına daha uygun olduğunu ortaya koymaktadır.

²⁹³ Yazara göre, aile içi şiddet iddiası ile ilgili uyuşmazlıkların arabuluculuğa uygun olmamasını, Türkiye'nin de taraf olduğu İstanbul Sözleşmesi'nin "zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm usulleri veya hükümlerinin yasaklanması" başlıklı 48. maddesine dayandırmaktadır. Maddeye göre, sözleşmenin tarafları, "sözleşme kapsamındaki her türlü şiddete ilişkin olarak arabuluculuk ve uzlaştırma da dahil olmak üzere, zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm süreçlerini yasaklamak üzere gerekli hukuki veya diğer tedbirleri" almakla yükümlüdür. Burada sözü geçen yasaklanması gereken uyuşmazlık çözüm yöntemi zorunlu arabuluculuktur. HUAİK'ta yer alan düzenleme ise genel kural olduğundan ihtiyari arabuluculuğa ilişkindir. Kanun koyucu aile içi şiddet iddialarını içeren uyuşmazlık türleri için atıfta bulunulan İstanbul Sözleşmesinde yer alan düzenlemedeki sınırı aşarak bir düzenleme yapmıştır. Demir, Ş.(2014). "Arbuluculuk ve Aile İçi Şiddet ve Uzlaşmaya Tabi Suçların İlişkisi". *ABD*. S. 2, 220.

²⁹⁴ Taşpolat Tuğsavul, 2012, 113.

²⁹⁵ Buna karşılık, aile içi şiddet kavramı içerisinde yer alan fiziksel ve psikolojik şiddeti de barındırmaktadır. Aile hukukundan doğan uyuşmazlıklarda bunların olmadığı bir aile uyuşmazlığı neredeyse mümkün değildir. Bu nedenle aile hukukundan doğan uyuşmazlıkların çoğu arabuluculuk faaliyetinin kapsamı dışında kalmaktadır. Bu nedenle aile içi şiddet iddialar deyimiyle tam olarak nelerin kastedildiğinin belirlenmesi gerekmektedir. MIHDER, 27, 28; Demir, 2014, 220; Benzer yönde görüş için bkz., Akil, 2014, 124.

²⁹⁶ Bu nedenle doktrinde aile hukukundan doğan uyuşmazlıklar için arabuluculuk yönteminin uygulanabilirliği belirlenmeye çalışılmıştır. 11-12-13 Mayıs 2016 tarihinde Ankara'da gerçekleştirilen-Uyuşmazlık Çözümü-Arbuluculuk Uygulamaları Geliştirme Projesi Çalıştay'ında aile hukukundan doğan arabuluculuk yönteminin uygulanabildiği uyuşmazlık türleri şu şekilde belirtilmiştir:

Nişanın sona ermesi durumunda hediyelerin iadesi ve nişanın bozulması durumunda tazminat talepleri

Boşanmanın kesinleşmesiyle birlikte TMK m. 178 uyarınca ileri sürülecek tazminat, nafaka, mal rejimi ve eşya iadesi ile ilgili taleplerdir. <http://www.yeditepearbuluculuk.org/uyusmazlik-cozumu-arbuluculuk-uygulamaları-gelistirme-projesi>, 14.08.2017.

Aile hukukundan doğan uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişliliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Demircioğlu, H. R. (2015). "Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu'nun Uygulanabilirliği". *TAAD*. Y. 6, S. 23 45-84; Uymaz/Erdoğan, 2017, 140-160.

Aile hukuku uyuşmazlıklarının arabuluculuk yöntemiyle çözümlenmesi Avrupa ülkelerinde de teşvik edilen bir yöntem olmuştur. Dolayısıyla uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk yöntemine başvurulmuş olması dava açma yolunu kapatmadığından arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıkların kapsamı geniş tutulmalıdır²⁹⁷. Dolayısıyla, aile uyuşmazlıkları, tüketici uyuşmazlıkları, taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar, işçi işveren uyuşmazlıkları, kat mülkiyeti kanunundan doğan uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli görülmelidir. Zira bu uyuşmazlıkların tarafların anlaşarak çözmesi mahkeme hükmünden çok daha önemli sonuçlar doğurmaktadır. Nitekim bu konuda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından üye ülkelere yönelik tavsiye kararı yayımlanmıştır²⁹⁸. Karara uygun olarak devletler, aile arabuluculuğunu kabul ettiğinde arabuluculuğun gelişmesine uygun koşulları da hazırlamakla yükümlüdür. Örneğin²⁹⁹, Norveç gibi bazı ülkeler boşanma, ayrılık, aile sorumluluklarına, çocuğun yetiştirilmesine ya da çocukla görüşme koşullarının sağlanmasına ilişkin davalardan önce arabulucuyla görüşmeyi zorunlu kılan düzenlemelere yer vermektedir.

Hukukumuzda da iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğa başvurma zorunluluğu kuralının getirilmesiyle birlikte diğer uyuşmazlık türleri için de bu yöntemin uygun olup olmadığı tartışması gündeme gelmiştir. Esasen aile hukukundan doğan uyuşmazlıklar için arabuluculuğa başvurunun zorunlu kılındığı benzer bir düzenleme geçmiş dönemlerde uygulanmaktaydı. Hukukumuzda ilga edilen 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 1963 yılında yürürlükten kaldırılan 494 ila 499 ncu maddeleri arasında düzenlenen "boşanma işlerinde sulh teşebbüsü" kurumu yer almaktaydı³⁰⁰.

²⁹⁷ Dür, 2016, 289.

²⁹⁸ Söz konusu tavsiye kararı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Özbek, M. S. (2005). "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 'Aile Arabuluculuğu' Konulu Tavsiye Kararı". *DEÜHFD*. 7(2), 71-102.

²⁹⁹ Akkaya, T. (2014). "Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakim'in Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci(Aile Danışmanlığı)". *ABD*. S. 4, 36; Özbek, 2005, 81.

³⁰⁰ Mülgâ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun bu maddeleri şu şekildeydi:

"Madde 494- Boşanma veya ayrılma davasını ikame için evvel emirde hasmı sulh hakimi huzuruna davet lazımdır. Davet ettirmedikçe dava, mesmu olmaz.

Madde 495- Davetname tayin olunan günden laakal beş gün evvel tebliğ olunmak lazımdır. Eğer karı veya koca ecnebi memleketinde ikamet etmekte ise bu müddet hakim tarafından tayin olunur. Müstacel mevadda hakim bu müddeti tenkis edebilir.

Madde 496- İki taraftan biri ecnebi memleketinde mukim veya diğer tarafın ikametgahı meçhul veyahut sulh teşebbüsünün her halde faydasız kalacağı meczum ise sulh hakimi müddeiyi sulh teşebbüsünden istisna edebilir.

Madde 497- Karı veya koca davete icabet etmezse sulh teşebbüsü akim kalmış addolunur.

Sulh teşebbüsü sulh hakiminin odasında karı ve koca yalnız olarak hafıyyen icra olunur. Sulh hakimi karı ve kocayı aralarında ihtilaf olan mesele hakkında şifahen isticvap ettikten sonra sulh etmeğe çalışır. Sulh teşebbüsü esnasında geçen sözler zabıtnameye yazılmıyacağı gibi bilahara dahi dermeyan olunamaz.

Madde 498- Sulh teşebbüsü akim kalırsa boşanma davası, teşebbüsün vukuu tarihinden itibaren üç ay zarfında ikame olunmak lazım gelir. Bu müddetin mürurundan sonra sulh teşebbüsü merfu addolunur.

“Boşanma İşlerinde Sulh Teşebbüsü, Evlilik Birliğini Himaye Tedbirleri” başlığı altında düzenlenen bu hükümler tipik bir zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur³⁰¹. Kanun koyucu uyuşmazlık hakkında dava açılmadan önce evlilik birliğinin korunması amacıyla tarafların sulh teşebbüsünde bulunmasını zorunlu kılmaktaydı (HMUK m.494). Başka bir ifadeyle taraflar, Asliye Hukuk Mahkemesi’nde dava açmadan önce sulh hakimi önünde sulh teşebbüsünde bulunmak zorundaydı³⁰². Böyle bir teşebbüste bulunmadan dava açılmış olursa, bu durumda davanın esası hakkında inceleme yapılmamakta ve bu durum ilk itiraz olarak ileri sürülmekteydi (HMUK m. 187/6). İlk itiraz olduğu için de mahkemenin re’sen inceleme yetkisi bulunmazdı³⁰³. Bu düzenleme her türlü boşanma davası için uygulanmamaktadır; şayet davanın taraflarından birisinin yurtdışında ikamet ettiği durumlarda, adres bilinmiyorsa, sulh teşebbüsünün yarar sağlamayacağı belli ise sulh teşebbüsünden istisna tutulmak mümkündür³⁰⁴. Ancak bu istisnadan yararlanabilmek için tarafın sulh hâkimine başvurup, sulh teşebbüsünden istisna tutulduğuna ilişkin bir karar alması gerekmektedir³⁰⁵. Görüldüğü üzere bu düzenleme, iş uyuşmazlıklarından doğan davalar için getirilmiş olan arabuluculuğa başvurma zorunluluğu kurumuyla benzer özellikler taşımaktadır. Her iki yöntemde de taraflar, dava açmadan önce muhtemel uzlaşma görüşmelerine katılmak zorundadır. Bu zorunlulukların yerine getirilmemesi, davanın devamı açısından engel teşkil etmektedir. Ancak İş Mahkemeler Kanunu’nda düzenlenen zorunlu arabuluculuktan farklı olarak burada arabuluculuk görevini sulh hâkimleri yerine getirmektedir. Yukarıda özelliklerini belirtmiş olduğumuz boşanma işleri için öngörülmüş olan sulh teşebbüsü kurumu 26.09.1963 tarih ve 338 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Adalet Komisyonu tarafından hazırlanan raporda söz konusu hükümlerin kaldırılma gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir³⁰⁶:

“HUMK’nunun yedinci babının ikinci faslında 494 - 499 ncu maddelerde boşanma işlerinde sulh teşebbüsünden bahsedilmektedir. Bu maddeler hükümleri, boşanma veya ayrılık dâvasından evvel, tarafların barışma ihtimallerini derpiş etmek, mümkünse yuvanın

Madde 499- Sulh teşebbüsü için davetin ilan en icrası icap ettiği takdirde davet ilanı boşanma veya ayrılık davası için yapılacak tebligat ile beraber yapılabilir.”

³⁰¹ Sınırlı zorunlu mahkeme içi arabuluculuk olduğu yönünde bkz. Dür, 2016, 70.

³⁰² Özbek, 2016, 841; Tutumlu, M. A. (2009). *Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku*. C. I, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 748; Bu teşebbüsün başarısız olduğuna ilişkin bir karar getirilmeden boşanma ve ayrılık davası açılmayacaktır. Bu konuda bkz. Ercan, İ.(2007). “Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi”. *Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan*. İstanbul: Alkım Yayınevi, 83 vd.

³⁰³ Ercan, 2007, 84; Bunun bir dava şartı olduğu yönünde görüş için bkz. Özbek, 2016, 841; Ayan, S.(2004). *Evlilik Birliğinin Korunması*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 128.

³⁰⁴ Ercan, 2007, 83.

³⁰⁵ Ercan, 2007, 83.

³⁰⁶ Dönem 1, Toplantı 2, Sıra Sayısı 146, <https://www.kanunum.com/tutanakproxy.php?action=show&id=4134>, 11.08.2017.

yıkılmasını önlemek için kaleme alınmıştır. Ancak tatbikatta, bu gayenin temininden ziyade, bu maddelerin lüzumsuzluğu tebellür etmiş ve adaletin geç tevziine sebep olduğu anlaşılmıştır. Bu maddeler, çok kere tatbik kabiliyetini kaybetmiş, bazan âmir hüküm, bazan da iptidai itiraz mahiyetinde itirazi bir hüküm olarak tatbik görmek suretiyle esasen lüzumsuzluğunu ve tatbik kabiliyetini kaybetmiş durumdadır. Ancak son zamanlarda yine iptidai itiraz olarak tatbik edilmektedir. Yüksek Temyiz Mahkemesinin de bu maddeler hakkında müstakar bir görüş birliğine varamamış olması, tatbikatta bunların lüzumsuzluğuna ayrıca bir delil sayılmaktadır. Bu maddelerin lüzumsuzluğunu, kanaatimizce yine bu maddeler kabul etmiş ve sulh teşebbüsünün faydasız kalacağı meczum ise sulh hâkimi davacıyı sulh teşebbüsünden istisna edebilir, denmiştir. Esasen fiilî hiçbir faydası olmayıyan sulh teşebbüsünde bulunan kimse dahi tâyin edilen günde duruşmaya gelmediği takdirde teşebbüs akim kalmaktadır. Duruşmasına gitmek mecburiyetinde olduğum bir iş için beni dâva etmeye mecbur kılmanın hiçbir faydası yoktur. Kaldı ki, dâvâlinin adresi malûm olmazda ilânen tebligat icabederse, bu ilânın boşanma veya ayrılık dâvası ile birlikte yapılabileceğini de yine bu maddeler kabul etmiştir. Sulh teşebbüsünün tatbikattaki tatbik şekli (iki taraf da geldiği takdirde) gizli olarak sulh hâkimi tarafından, taraflara aile birliğinin önemini anlatmak ve boşanmaya gitmemelerini ve barışmalarını temin etmektir. Halbu ki bu husus her sebebe müstenit boşanma dâvalarında esasen boşanma hâkimleri tarafından yerine getirilmektedir. Asrımızın en kıymetli hazinelerinden birisi de zaman ve sürattir. Adalet tevziinde de süratin önemi inkâr edilemez. Bu açıklık ve hakikat karşısında, tatbikatta adalet tevziine ve aile hukukuna en küçük bir faydası olmayıyan H. U. M. K. nunun 494, 495, 496, 497, 498 ve 499 ncu maddelerinin yürürlükten kaldırılması kaçınılmaz bir zaruret olarak kendisini göstermektedir. Bu maddeler hükümleri, tatbikatta muhtelif istikametler göstermiş ve taraflara fayda yerine külfet tahmil eder hale gelmiştir. Esasen bu maddelerin istihdaf ettiği gaye, boşanma hâkimi tarafından yapılmakta olduğundan, tamamen lüzumsuz hale gelmiştir.”

Belirtilen bu gerekçelerle boşanma işlerinde sulh teşebbüsünün kaldırılması, söz konusu bu kurumun toplumun en temel yapı birimi olan aile birliğine hizmet ettiği ve uyuşmazlıkların çözümünde oldukça önemli bir yere sahip olduğu gerekçeleriyle doktrinde eleştirilmiştir. Berki'e göre³⁰⁷, aslında sulh teşebbüsü ile çözüme kavuşturulan uyuşmazlıklar, taraflar arasındaki husumetin ilelebet sürmesine mani olmaktadır. Sulh teşebbüsü her şeyden önce evlendikten bir süre sonra muhtelif sebeplerle boşanmak için

³⁰⁷ Berki, Ş.(1975). “Boşanma ve Ayrılık”. *AÜHFD*. S. 1, 147.

mahkemeye başvuran genç evlilerin tecrübesizliğini dizginlemektedir. Yazara göre, bu kurum sayesinde, genç evliler evlilik yolunda olgunlaşma imkânı kazanacak ve bir evlilik kurtulmuş olsa dahi, hem taraflar hem de toplum açısından fayda sağlanmış olacaktır. Ayrıca bu kurum sayesinde uyuşmazlığın tarafları dava ve avukat masraflarından kurtulur. Tüm bu nedenlerle birtakım hukuki meselelere faydası olmadığı gerekçesiyle toplum için böylesine önemli olan ve aile birliğini ayakta tutmaya yarayan bir kurumun kaldırılması yazar tarafından yerinde görülmemiştir.

Özbek'e göre ise³⁰⁸, kurumun yürürlükten kaldırılmasının temel nedeni, sistemin iş yükü dolayısıyla hâkimlerin arabuluculuk yapacak vakitlerinin olmamasından ve tarafları uzlaştıracak müzakere hünelerine sahip olmamalarından dolayı iyi bir şekilde işletilmemesinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca yazara göre, sistemin tamamen ortadan kaldırılması, HMUK'un 494-499. maddelerinde yer alan boşanma işlerinde sulh teşebbüsünün kaldırılması gerekçesinde sıralanmış olan birçok nedenle çelişkili görülmektedir. Şöyle ki, söz konusu gerekçede "asrımızın en kıymetli hazinelerinden birisinin de zaman ve sür'at" olduğu "adalet dağılımında da sür'atin öneminin inkâr edilemeyeceği" belirtilmiştir. Ancak yazara göre, aslında tamamen bu ilkelere uygun olan sulh teşebbüsü kurumu kanundan çıkarılmış ve bu durum hukukumuzda eksik olan uzlaşma kültürünün giderek daha da unutulmasına sebep olmuştur. Buna karşılık *Özbek*, sistemin tamamen ortadan kaldırılması yerine, işlevini artıracak tedbirlerin alınmasının, daha yerinde olacağını ileri sürmektedir.

Kanımızca, aile hukukunda da uyuşmazlıkların sürekliliği önem arz ettiği için arabuluculuk aile hukukundan doğan uyuşmazlıklarda önemli bir yer tutmaktadır³⁰⁹. Arabuluculuk faaliyeti sayesinde ailenin tamamının menfaatine uygun olarak uyuşmazlıklar çözüme kavuşturulmakta ve uyuşmazlıkların anlaşmaya dayalı bir yaklaşım geliştirilerek azaltılması amaçlanmaktadır³¹⁰. Arabuluculuk faaliyeti, uyuşmazlığın sonucundan ziyade taraflar arasındaki gerçek sorunlara odaklanarak davranışsal çözümler üretmektedir. Arabuluculuk faaliyetine ilişkin 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kabul edilmeden önce de aile hukukundan doğan uyuşmazlıkların yargılama yapılmadan çözülmesi için alternatif yollar geliştirilmişti. Örneğin, hakimler önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce evlilik birliğini yeniden sağlamak için eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh

³⁰⁸ *Özbek*, 2016, 845; Benzer yönde bkz. Petek H. (2000). "Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları". *İz.B.D.* S. 3, 35; Ayan, 2004, 128-129.

³⁰⁹ Demircioğlu, 2015, 56.

³¹⁰ Akkaya, 2014, 26.

yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik edebilir (AMKDK, m. 7). Eğer bu teşvik sonucunda uzlaşma sağlanamazsa esas hakkında karar verilecektir. Ayrıca, 6325 sayılı HUAK'ın 13. maddesine göre de hakim dilerse uyuşmazlığın çözümü için tarafları arabuluculuk faaliyetine de teşvik edebilir. Ancak hakimlerin tarafları arabuluculuk faaliyetine teşvik edebileceğine ilişkin getirilen yasal düzenlemelere karşılık taraflar genellikle doğrudan dava açma yolunu tercih etmektedirler. Bu nedenle de hakimlerin tarafları alternatif yollarla uyuşmazlığın çözülmesi konusunda teşvik etmesinin istenilen amacı gerçekleştirebilecek yeterliliğe sahip olmadığı söylenebilir. Dolayısıyla ilga edilen boşanma işlerinde sulh teşebbüsü kurumunda olduğu gibi tarafların dava açılmadan önce uzlaşma sistemi ile bir araya getirildiği bir yöntemin varlığına ihtiyaç duyulduğu ortadadır. Ayrıca, uyuşmazlıkların çözümünde bugün gelinen nokta, tarafların dava açmalarının önünde bir engel olarak alternatif yollarla uyuşmazlığı çözmeyi denemeyi gerektirmektedir.

2.2. İş Hukukundan Doğan Uyuşmazlık Türlerinde Zorunlu Arabuluculuk Uygulaması

Hukukumuzda İstisnai bir yöntem olarak kabul edilen zorunlu arabuluculuk uygulaması iş hukukundan doğan uyuşmazlıklarda iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'yla getirilen "dava şartı olarak arabuluculuk" diğeri ise, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmeleri Kanunu'nda düzenlenen "olağan arabuluculuk" kurumudur. Bu yöntemler, arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıkların kapsamının belirlenmesi için getirilmiş olan genel kurala göre belirlenecek uyuşmazlık türleri için uygulanmaktadır. Başka bir ifadeyle tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğa başvurma zorunluluğu kuralı uygulanmayacaktır³¹¹. Örneğin, sosyal güvenlik hukukuna ilişkin davalar arabuluculuğa başvurma zorunluluğu kapsamında değerlendirilmeyecektir. Zira sosyal güvenlik hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar yukarıda belirttiğimiz genel kurala uygun olmayıp, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar değildir³¹².

2.2.1. Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Zorunlu Arabuluculuk

İş hukukundan doğan uyuşmazlıklar bireysel veya toplu iş uyuşmazlığı şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bireysel iş uyuşmazlıkları, işçi ile işveren arasındaki bireysel iş

³¹¹ Ancak iş hukukundan doğan uyuşmazlıklardan hangilerinin üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edebileceği konusunda tartışmalar mevcuttur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Üçüncü Bölüm 2.2.3. başlık.

³¹² Odaman, Karaçöp, 2016, 61.

ilişkisinden doğan uyuşmazlıklardır³¹³. Bu tür uyuşmazlıklar, “bireysel olarak işçilerin veya bir grup işçinin karıştığı toplu iş sözleşmesinin, mevzuatın veya hizmet sözleşmesinin kendilerine tanıdığı hakların işveren tarafından gerektiği gibi uygulanmadığı iddiası ile hak uyuşmazlığı” şeklinde ortaya çıkmaktadır³¹⁴.

Hak uyuşmazlıklarının çözümü için, taraflar şahsi olarak hukuki yollara başvuru yapabilirler. Zira 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 5. maddesinin b bendiyle, işçi ile işveren arasındaki hak uyuşmazlıklarının çözüm yeri olarak iş mahkemeleri görevli kılınmıştır³¹⁵. Ancak bireysel iş uyuşmazlıklarında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kullanılmasına bir engel yoktur. Hatta İş Mahkemeleri Kanunu’nun 3. maddesiyle belli bazı hak uyuşmazlık türleri için, hukukumuza yeni bir kavram olan “dava şartı olarak arabuluculuk” kurumu alternatif çözüm yolu olarak öngörülmüştür³¹⁶.

2.2.2. Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Zorunlu Arabuluculuk

Toplu iş uyuşmazlıkları, “işveren veya işveren sendikası ile işçi sendikası arasında toplu iş sözleşmesinin yapılması, uygulanması ve sona ermesi aşamasında oluşan uyuşmazlıklardır”³¹⁷. Bu tür uyuşmazlıklar, ya toplu iş sözleşmesinin yapılması aşamasında menfaat uyuşmazlığı şeklinde ya da sözleşmenin devamında sözleşmeyle vaat edilen bir hakkın yerine getirilmemesi şeklinde hak uyuşmazlığı olarak ortaya çıkmaktadır³¹⁸. Burada bahsi geçen toplu hak ve toplu menfaat uyuşmazlığı birbirinden farklı kavramlardır. Şöyle ki; yukarıda da ifade edildiği üzere hak uyuşmazlığı mevzuatta, kanunda veya toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılmış olan bir hakkın tanınmaması veya uygulanmaması sonucunda ortaya çıkmaktadır. Ancak menfaat uyuşmazlığı, “mevcut bir hakkın değiştirilmesi ya da yeni bir hakkın elde edilmesi amacıyla çıkarılan, çalışma koşullarını ve şartlarını veya işveren ile işçi arasındaki ilişkilerin çeşitli yönlerini düzenleyen kuralları

³¹³ Çelik, N., Caniklioğlu, N., Canbolat, T.(2016). *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta Yayınları, 830; Tunçomağ, K., Centel, T.(2015). *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta Yayınları, 410. Oğuz, 2016, 11; Bedük, M. N.(2009). Toplu İş Hukukunda Resmi Arabuluculuk Uygulaması(Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri). *LİHSGHD*. 6(24), 1358; Odaman, Karaçöp, 2016, 59; Canbolat, T. (2013). 6356 Sayılı Kanunda Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk. *Çalışma ve Toplum*. S. 3, s. 252.

³¹⁴ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, 2016, 830; Oğuz, 2016, 11; Özbek, 2016, 870; Bozkurt, H. A. (2012). *İş Yargılaması Usul Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 270; Bedük, 2009, 1359; Odaman, Karaçöp, 2016, 58.

³¹⁵ Kılıçoğlu, M. (2011). *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Uyarlı İş Yargılamaları Usulü*. İstanbul: Legal, 3; Bozkurt; 121, 122; Tunçomağ, Centel, 2015, 410; Bedük, 2009, 1359; Odaman, Karaçöp, 2016, 58.

³¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: 3. Bölüm.

³¹⁷ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, 2016, 830; Oğuz, 2016, 12; Bedük, 2009, 1359; Kızıloğlu, 6; Canbolat, 2013.

³¹⁸ Oğuz, 2016, 13; Tunçomağ, Centel, 2015, 410; Odaman, Karaçöp, 2016, 59; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, 2016, 829

belirlenmeye yönelik olan ihtilaflardır”³¹⁹. Genel olarak işçi sendikası ile işveren veya işveren sendikasının toplu iş sözleşmesi hükümlerinde anlaşmazlığa düşmesiyle oluşmaktadır.

2.2.2.1. Toplu Menfaat Uyuşmazlığının Çözümü

İş hukukunda toplu iş sözleşmesinin yapılması aşamasında ortaya çıkan menfaat uyuşmazlığının çözümü için tarafların iki seçeneği bulunmaktadır. Bunlar uyuşmazlığın mücadelecisi ya da barışçıl yollarla çözüme kavuşturulmasıdır. Bahsi geçen mücadelecisi yöntemler; grev ve lokavttir. Toplu iş sözleşmesinin taraflarına grev ve lokavt hakkının tanınması kaçınılmazdır. Ancak bu hakların kullanılması ulusal ekonomiyi ve kamu düzenini olumsuz yönde etkileyebileceği düşüncesiyle bazı kısıtlamalara bağlı kılınmıştır³²⁰. Bu çerçevede, yasal düzenlemelerle, uyuşmazlığın çözümü için, doğrudan mücadelecisi yöntemlere başvurmak yerine, taraflara uyuşmazlığı barışçıl yollarla çözme zorunluluğu getirilmiştir. Doktrinde, başvurunun zorunlu tutulduğu barışçıl çözüm yolu olan bu yöntem “olağan arabuluculuk” denilmektedir³²¹.

Olağan arabuluculuk düzenlemesi, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmeleri Kanunu’nun 50. maddesinde yer almaktadır³²². Toplu iş sözleşmesinin görüşmeleri sırasında taraflardan birinin toplu görüşmeye katılmaması veya devam etmemesi yahut toplu görüşmenin başladığı tarihten itibaren belli bir sürenin geçmesine karşın anlaşmanın sağlanamaması durumlarında, tarafların grev ve lokavta ya da zorunlu hakem yoluna gitmelerinden önce başvurmaları zorunlu olan barışçıl bir yoldur³²³. Burada grev ve lokavta ya da zorunlu hakem yoluna başvurmadan önce, takip edilecek yasal bir prosedür olarak

³¹⁹ Özbek, 2016, 871; Oğuz, 2016, 8; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, 2016, 829; Tunçomağ, Centel, 2015, 410; Kızıloğlu, 7; Bedük, 2009, 1360; Odaman, Karaçöp, 2016, 58; Canbolat, 2013, 521.

³²⁰ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, 2016, 833; Subaşı, İ. (2003). “Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk”. *Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan*. Cilt II. İstanbul: Beta, 751; Kılış İ., Selver Başdoğan, Y., Baştürk Ş. (2014). “Türkiye’de Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk ve Uzlaştırma Sisteminin Evrimi ve Sistemin Etkinliğini Arttırıcı Öneriler”. *DEÜSBED*. 16(1), 54; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 91.

³²¹ Genel kurala göre, arabuluculuk yöntemi toplu iş sözleşmesinin yapım aşamasına göre iki şekilde uygulanmaktadır. Bunlardan ilki her türlü uyuşmazlık için söz konusu olan, toplu iş sözleşmesinin görüşmeleri sırasında veya sonunda grev ve lokavt kararı alınmasından önceki aşamada yapılan *olağan arabuluculuk*, diğeri ise, grev ve lokavtın ertelenmesinden sonraki aşamada yapılan *olağanüstü arabuluculuk*dur. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, 2016, 833; Oğuz, 2016, 66; Subaşı, 2003, 755,823; Canbolat, 2013, 255, 267; İldır, 2003, 152; Dür, 2017, 89,90. Toplu İş Hukukunda arabuluculuk çeşitleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Bedük, 2009, 1364-vd; Oğuz, 2016, 66-74; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, 2016, 833-840; Subaşı, 2003, 755-825; Canbolat, 2013.

³²² Toplu iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk faaliyetinin uygulanması hakkında bkz. Kocaoğlu, M. (1999). *Türk İş Hukuku'nda Arabuluculuk Kurumu*. Ankara: Tühis yayınları, 194 vd.; Subaşı, 2003, 751 vd. ; Özekes, M., Birben, E. “2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunundaki Mecburi Tahkim ile İhtiyari Tahkimin Karşılaştırılması”. *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan*. İzmir 2001, 154-155; Oğuz, 2016.

³²³ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, 2016, 835; Tunçomağ, Centel, 2015, 413; Subaşı, 2003, 758; Oğuz, 2016, 69; Özbek, 2016, 893; Kılış, Yıldız Başdoğan, Baştürk, 2014, 54,55; Kızıloğlu, 46; Bedük, 2009, 1361; Odaman, Karaçöp, 2016, 59; İldır, 2003, 149; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 90; Canbolat, 2013, 255ç

arabuluculuya başvurulması tüketilmesi gereken zorunlu bir yol olarak düzenlenmiştir. Başka bir ifadeyle bu yol tüketilmeden grev ve lokavta başvurulamayacağı gibi, aksinin taraflarca kararlaştırılması da hukuken geçersizdir³²⁴.

Tarafların arabulucuya başvurma zorunluluğu kuralı, sadece arabuluculuğa başvuru aşaması için geçerlidir. Bu faaliyet sırasında tarafların herhangi bir şekilde zorlanması söz konusu olamaz. Arabulucu, sadece tavsiye ve öneride bulunabilir³²⁵. Arabulucunun bağlayıcı karar alması söz konusu olmayıp, arabuluculuk faaliyeti sonucunda taraflar, isterse uyuşmazlık konuları üzerinde anlaşma sağlar isterse de grev ve lokavta başvurabilir. Böyle bir düzenlemenin getirilmesindeki amaç, toplu iş mücadelesi aşamasından önce arabuluculuk mekanizması ile sistemin tıkanmasını önlemek ve iş mücadelelerini azaltmaktır³²⁶. Öte yandan, bu yöntem sayesinde her iki tarafın da menfaati gözetilerek uyuşmazlık çözüme kavuşturulacak ve işyerindeki işgücü kaybının önüne geçilerek çalışma barışı korunmuş olmaktadır³²⁷.

Olağan arabuluculuk faaliyetinin işleyişi, tarafların toplu görüşmede anlaşmaya varamaması, toplu görüşmeye gelmemesi, gelip de başlamaması veya başlayıp da devam etmemeleri durumunda bu hususlar tutanağa geçirilerek altı iş günü içerisinde görevli makama bildirilmelidir (STİSK m. 49). Başvuruyu alan görevli makam 6 iş günü içerisinde taraflardan en az birinin katılımı ile veya katılım olmazsa, görevli makam resmi listede yer alan arabuluculardan birini arabulucu olarak görevlendirecektir (STİSK m. 50/I). Ancak taraflar resmi listede yer alan bir arabulucu üzerinde anlaşılırsa o kişi arabulucu olarak görevlendirilecektir. Bu takdirde, arabuluculuk faaliyeti tarafların iradesine bağlı olmadığı için zorunlu arabuluculuk olarak adlandırılmaktadır³²⁸. Görüşmeler görevli olarak belirlenen arabulucuya yapılan bildirimden itibaren en fazla 15 gün sürecektir. Tarafların isteğine bağlı olarak süre en çok altı iş günü süreci uzatabilirler (STİSK m. 50/III). Tüm bu usullerden sonra işletilecek arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşma sağlanırsa, toplu iş sözleşmesi imzalanması 48. maddeye göre hazırlanacaktır (STİSK m. 50/IV). Eğer anlaşma sağlanamazsa, arabulucu bu hususu tespit eden bir tutanak düzenler ve dilerse tutanağa ek tavsiyelerde bulunup taraflara tebliğ edilmek üzere görevli makama tevdi eder (STİSK m.

³²⁴ Subaşı, 2003, 756; Bedük, 2009, 1364.

³²⁵ Subaşı, 2003, 756; Bedük, 2009, 1365; Kılıkış, Başdoğan, Baştürk, 2014, 55; Tunçomağ, Centel, 2015, 416; Kızıloğlu, 50; Ildır, 2003, 152; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 90.

³²⁶ 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Genel Gerekeçe, 11; Web: http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar-/imk_gerekeceli_duz_metin.pdf. et.adresinden 1 Eylül 2017 tarihinde alınmıştır.

³²⁷ Özbek, 2016, 887.

³²⁸ Taşpolat Tuğsavul, 2012, 92; Ildır, 2003, 149.

50/V).

2.2.2.2. Toplu hak uyuşmazlığının çözümü

Toplu iş uyuşmazlıklarından biri olan toplu hak uyuşmazlıklarının çözümünde bireysel hak uyuşmazlıklarında olduğu gibi, tarafların hem yargı yoluna hem de, hukuk uyuşmazlıklarına özgü alternatif yollara başvurma hakları bulunmaktadır³²⁹. Ancak İş Mahkemeleri Kanunu'nda toplu iş sözleşmesinden doğan belli bazı hak uyuşmazlığı türleri için alternatif çözüm yolu olarak dava açmadan önce arabuluculuğa başvurma zorunluluğu öngörülmüştür.

İş Mahkemeleri Kanunu'na göre, *“kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle dava açılmadan önce, arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartıdır”* (İMK m. 3/1). Madde metni lafz-i olarak yorumlandığında *“...talebiyle açılan davalarda”* ibaresi ile menfaat uyuşmazlıklarının kanun kapsamına alınmamış olduğu görülmektedir. Dolayısıyla 6356 sayılı STİSK'da düzenlenen toplu menfaat uyuşmazlıkları için öngörülen arabuluculuk müessesesi korunmuş, toplu sözleşmeyle ilgili olağan-olağanüstü arabuluculukla ilgili düzenlemeler değiştirilmemiştir. Dolayısıyla bu hükümde düzenlenen dava şartı olarak arabuluculuk kurumu iş hukukundan doğan hak uyuşmazlıklarının çözümü için getirilmiştir.

³²⁹ Bedük, 2009, 1362.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

7036 SAYILI İŞ MAHKEMELERİ KANUNU'NDA DÜZENLENEN DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK UYGULAMASI

1. GENEL OLARAK

Çalışmamızın bu bölümünde asıl inceleme konumuzu 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan “dava şartı olarak arabuluculuk” kurumu oluşturmakla birlikte, diğer maddelerde yer alan arabuluculuk müessesisiyle ilgili düzenlemelere de yer geldikçe değinilecektir. Söz konusu Kanun ile ilgili olarak getirilen başlıca eleştirilerden biri, içerikte düzenlenen konularla kanun başlığının arasındaki çelişkidir³³⁰. Şöyle ki kanun metni İş Mahkemeleri Kanunu başlığıyla yayımlanmıştır; ancak içerisinde 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda yer alan düzenlemelere ilişkin değişiklikleri de barındırmaktadır. Bu durum başlığın içeriği tam olarak yansıtmamasına yol açmaktadır.

2. DÜZENLEMENİN AMACI

1950 yılından günümüze, iş hayatında çok hızlı bir gelişme ve bu gelişmeye bağlı olarak da değişim söz konusu olmuştur. Teknolojinin üst seviyelerde kullanımı iş alanları ve iş yapma şekillerini değiştirmiştir. Nüfusun artması, işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıkların sayısını da ciddi oranda arttırmıştır. Sosyal güvenlik hukukuna ilişkin alanların genişlemesiyle birlikte uyuşmazlık çeşitleri de artış göstermiştir. Son yıllarda yargının en büyük problemi olan mahkemelerdeki iş yükü fazlalığı, iş hayatındaki gelişmeyle birlikte iş mahkemelerinin de problemi haline gelmiştir. Bütün bu nedenler, 6100 sayılı Kanunun hükümleri de dikkate alınarak 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun yeniden ele alınmasını gerektirmiştir. Bu çerçevede, 5521 sayılı Kanun ilga edilerek 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu yürürlüğe konulmuştur. Bu anlamda kanunda, iş mahkemelerinin kuruluş, görev, yetki, yargılama usulleri ve dava şartı olarak arabuluculuk kurumuna ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

³³⁰Güzel, 2016, 1131.

Düzenlemenin tamamı incelendiğinde, iş uyuşmazlıklarının çözümü için, arabuluculuğa başvurma zorunluluğu, temel olarak şu gerekçelerle getirilmiştir³³¹:

- İş mahkemelerinin görev alanına giren konuların müzakere edilerek sonuçlandırılmasını sağlamak,
- Uyuşmazlıkları daha kısa sürede ve daha az masrafla çözmek ve böylece adil yargılanma hakkını hayata geçirmek,
- Maddi ya da şekli uyuşmazlığa engel olarak sosyal barışa katkı sağlamak,
- İki tarafın sırlarının korunacağı, taraflara örselenmeden uyuşmazlığı sona erdirmeye imkânı sağlamak.

Belirtilen bu amaçlardan bazılarının söz konusu düzenlemeyle gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği tartışmalıdır. Bu nedenle, konunun derinlemesine analiz edilmesi gerekmektedir.

2.1. İş Yükü Problemine Çözüm Oluşturma Amacı

İş mahkemelerinin kurulma amacı, işçilerin haklarını çabuk, kolay ve ucuz bir yolla alabilmelerini sağlamaktır³³². Bu durum, usul ekonomisi ilkesine de hizmet etmektedir. Zira hâkim, yargılamanın makul süre içerisinde düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür (HMK m.30). İş hukukunda da kanuni düzenlemeler bu ilkelere hizmet edecek şekilde oluşturulmuştur. Örneğin³³³, 4857 sayılı İş Kanunu'nda yargılama aşaması için 4 aylık süre öngörülmüştür. Bu düzenlemeye bağlı olarak işçilerin yargılama aşamasındaki mağduriyetleri de düşünülerek boşta geçen süreye ait en fazla 4 aylık ücret ödemesi yapılacaktır. Dolayısıyla yargılamanın makul süre içerisinde yapılmış olması, hem işçi hem de işveren için daha kârlı bir sonuç oluşturacaktır³³⁴.

İş yargılamasının temelini oluşturan çabukluk, ucuzluk, basitlik ilkelerinin tam olarak uygulanabilmesinin önündeki en büyük engel, mahkemelerdeki iş yükünün fazla olmasıdır³³⁵. Çalışma mevzuatının hazırlanmasında, denetlenmesinde ve yargılama

³³¹ Doğan Yenisey, 2016, 169.

³³² Bozkurt, 2012, 28; Kılıçoğlu, 2011, 157; Odaman, Karaçöp, 2016, 59.

³³³ İş Kanunu'nun 20. maddesine göre, işçinin dava açma süresi için bir aylık, yargılama süresi için iki aylık ve temyiz süresi için bir aylık süre öngörülerek toplamda iş yargılaması için dört ayda uyuşmazlığın çözümlenmesi amaçlanmıştır.

³³⁴ Oğuz, 2016, 77.

³³⁵ İş uyuşmazlıklarının sayısının zamanla daha da artmasının yargı organlarında iş yüküne sebep olduğu ve bunun neticesinde de uzun sürede davaların sonuçlandırılmamakta olduğuna ilişkin bkz. Güzel, 2016, 1132. İş mahkemelerinin en önemli sorunlarından birisinin de iş yükü olduğuna ilişkin bkz. Odaman, Karaçöp, 2016, 60.

aşamasında işçi lehine yorum yapıldığından, sona eren her türlü iş ilişkisi için yargı yoluna başvurulmaktadır³³⁶. Bu durum, iş mahkemelerindeki iş yükünü artırmaktadır. Zira Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü verilerine göre, iş davalarının yıllık ortalama görülme süresi 2010 yılında 466, 2011 yılında 488, 2012 yılında 483, 2013 yılında 381, 2014 yılında 417, 2015 yılında 431, 2016 yılında 434 gündür³³⁷. Yine, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün verilerine bakıldığında, 2016 yılı sonu itibariyle ilk derece mahkemelerindeki 3 milyon 525 bin civarındaki hukuk uyuşmazlığının yaklaşık %15'inin iş uyuşmazlıklarından kaynaklandığı görülmektedir³³⁸. Ayrıca Yargıtay'dan alınan verilere göre de 2016 yılında bakılan 780 bin civarında ki hukuk uyuşmazlığının %30'u iş hukukundan kaynaklanmaktadır³³⁹.

Mahkemelerde yer alan iş yükü fazlalığı uyuşmazlıkların yargılama faaliyetiyle çözümünün çok uzun sürmesine ve dolayısıyla adalete erişim ve savunma hakkının sekteye uğramasına yol açmaktadır³⁴⁰. Dolayısıyla yargılama makul süre içerisinde bitirmediğinden hukuki koruma mekanizmasının işlevine ve hukuk düzeninin etkisi olan güven yol olacaktır. Yargının iş yükünün fazla olması sorununun önüne geçilebilmesi için birçok çözüm önerisinde bulunulmuş ve yargılama usulü kanunlarında değişiklik yapılması gündeme getirilmiştir³⁴¹. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının geliştirilmesindeki amaç da bu tarz sorunları meydana getiren mahkemelerdeki iş yükünün ortadan kaldırılmasıyla adalete erişimdeki engellerin aşılmasıdır³⁴².

Hukukumuzda ise bu sorunun önüne geçmek için kanun koyucu birçok düzenleme yapmaktadır. Bu düzenlemelere istinaf mahkemelerinin yürürlüğe girmesi, tüketici hakem

³³⁶ Pirlar, B. (14 Mayıs 2016). Açılış Konuşması, K. Doğan Yenisey (ed.) *İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı*, 9.

³³⁷ Adli istatistikler 2016, T.C. Adalet Bakanlığı, Adli sicil ve istatistikleri Genel Müdürlüğü, Ankara, 186. <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/AdliIstPdf/2016.pdf> adresinden 17 Ağustos 2017 tarihinde alınmıştır.

³³⁸ Adli istatistikler 2016, T.C. Adalet Bakanlığı, Adli sicil ve istatistikleri Genel Müdürlüğü, Ankara, 133. <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/AdliIstPdf/2016.pdf> adresinden 17 Ağustos 2017 tarihinde alınmıştır.

³³⁹ İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı, Genel Gerekeçe, 10, Acar, N. (14 Mayıs 2016). "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Sunumu" K. Doğan Yenisey (Ed.). *İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl uluslar arası Toplantısı*, 18.

³⁴⁰ Loi, 2016, 125.

³⁴¹ Kuru B. (1984). "Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması için Alınması Gereken Tedbirler". *İBD*. 4-6, 270-289; Üstündağ, (1874). "Yargı Organları Sorunları ve Çözüm Önerileri". *İBD*. 5-8, 270-289; Yılmaz, E.(1996). "Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler" *SÜHFD. Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan*. 1-2, 54-76; Yılmaz, 2012, 1275-1297.

³⁴² Bulur, 2007, 45; Konuralp, H. (1998). "75. Yılda Cumhuriyet Yargı Düzeninin Düşünsel ve Yapısal Kesiti Üzerine Bazı Gözlemler". *Yeni Türkiye*. 23-24, 3824; Öztekin, (1996). "Hukuk Davalarında Adil ve Çabuk Yargılanma, Aksaklıklar-Çözüm Önerileri". *Yeni Türkiye*. 10, 495; Pekcanitez-Alternatif, 13 vd., Şanlı, C. (1996). "Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları Üzerine Düşünceler". *Yeni Türkiye*. 10, 461; Tanrıver-Arabuluculuk, 168-169; Tanrıver, (2011). "Hukuk Yargısının Temel Sorunları ve Bu Bağlamda Alınması Gereken Temel Önlemler". *Makalelerim II (2006-2010)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 76; Özbek, 2016, 814; Doğan Yenisey, 2016, 168; Pekcanitez-1995, 206.

heyetine başvuru zorunluluğu ve bireysel iş uyuşmazlıklarının çözümünde dava açmadan önce arabuluculuğa başvurma zorunluluğu örnek olarak gösterilebilir³⁴³. Dolayısıyla arabuluculuğa başvurma zorunluluğunun düzenlenmesinin getirilme amacı, iş uyuşmazlıklarını daha kısa sürede ve daha az masrafla çözmek ve adil yargılanma hakkının kullanımını etkili hale getirmektedir³⁴⁴.

Doktrinde çoğunluk görüşü, bu düzenlemenin iş yükü sorununa çözüm oluşturacak nitelikte olduğu yönündedir³⁴⁵, ancak aksini ileri süren yazarlar da bulunmaktadır³⁴⁶. *Kuru*'ya göre³⁴⁷, taraflar arabuluculuğa zorunlu olarak yönlendirildiğinde, tarafların doğrudan dava açmasının önünde bir engel oluşturmakta ve birçok uyuşmazlık bu aşamada çözüme kavuşturulmuş olmaktadır. Ayrıca, uyuşmazlık üzerinde herhangi bir anlaşma sağlanamamış olsa bile, birtakım tali faydalar ortaya çıkar. Örneğin, arabuluculuk görüşmeleri sonunda uzlaşma sağlanamasa da; arabulucu, uzlaşmazlık tutanağı hazırlarken konuyu özetlemekte, tarafların ileri sürdükleri delilleri değerlendirecek ve tarafların hangi konularda anlaşmış-anlaşmadığını belirtmektedir³⁴⁸. Böylelikle gereksiz birçok mesele arabuluculuk görüşmeleri sırasında çözüme kavuşturulmuş olur ve bu konular mahkemede tekrar tartışma konusu oluşturmaz. Hâkimler, davanın başında uyuşmazlık tutanağını inceleyerek, dosya hakkında bilgi sahibi olmaktadır³⁴⁹. Bu sayede hâkimler, mevcut dosyaları üzerinde daha fazla vakit harcayabileceğinden uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması daha kısa sürecektir³⁵⁰. *Tanrıver*'e göre ise,³⁵¹ arabuluculuğa başvurunun zorunlu hale getirilmesi iş yükü problemine çözüm oluşturmayacak; aksine, lehine daha avantajlı durum doğan tarafın, çözüm sürecini uzatmasına imkân sağlayacaktır. Dolayısıyla davalı haksız olduğunun bilincinde olduğundan davanın açılmasını geciktirmek için bu mekanizmayı kullanacaktır.

³⁴³ Oğuz, 2016, 77.

³⁴⁴ İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı, Genel Gerekeç, 8.

³⁴⁵ Kuru, 2010, 239; Kekeç, 2014, 94; Akan, 2013, 14; Oğuz, 2016, 83; Özmumcu, 2016, 826; Üstündağ, 2008, 401-407; Odaman, Karaçöp, 2016, 64.

³⁴⁶ İş yükünün azaltılması için alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının seçilmesinin doğru fakat bu amacın gerçekleştirilmesi için öngörülen sistemin zorunlu arabuluculuk değil, işçi ve işveren temsilcilerinden oluşan ve mahkeme bünyesinde kurulacak olan uzlaştırma kurulunun getirilmesi daha uygun olacağına ilişkin bkz.: Güzel, 2016, 1133.

³⁴⁷ Kuru, 2010, 239.

³⁴⁸ Kuru, 2010, 239.

³⁴⁹ Winston, 1996, 190-191; Kekeç, 2014, 94; Akan, 2013, 14; Kuru, 2010, 239; Oğuz, 2016, 83; Özmumcu, 2016, 826. Üstündağ ise, ülkemiz açısından yargı sisteminde yer alan sorunların düzeltilmesi için birçok adım atılması gerektiğini düşünmektedir. Bunlardan birisi de bazı uyuşmazlıklar için arabuluculuğa başvurunun zorunlu kılınmasıdır. Üstündağ, 2008, 401-407.

³⁵⁰ Ildır, 2003, 96.

³⁵¹ Tanrıver- Arabuluculuk, 170; Benzer bir görüş için bkz. Taşpolat Tuğsavul, 2012, 127.

Karacabey ise³⁵², davalının sırf yargılamayı geciktirmek için ya teklifin kabulü için verilen süreyi bilerek geçireceğini ya da görüşmelere başlayacağını, ancak sonucunda uzlaşma sağlamayacağını ifade etmiştir. Ayrıca, başarısız bir arabuluculuk görüşmesi, daha sonra açılacak davada taraflara zarar verebilecek çok sayıda bilgi ortaya çıkmaktadır. Bunun farkında olan taraf ve avukatının, arabuluculuk görüşmelerini dava süreci için keşif amaçlı kullanacağı iddia edilmektedir. Tüm bu nedenlerle, arabuluculuk kurumundan beklenen faydanın sağlanması için, arabuluculuğun tümüyle tarafların ihtiyarına bırakılması gerektiği belirtilmiştir³⁵³.

Göksu'ya göre ise³⁵⁴, mevcut şekliyle uygulanacak olan arabuluculuğa başvurma zorunluluğu yargının iş yükünü ciddi oranda azaltmayacaktır. Şöyle ki, arabuluculuk görüşmeleri sonucunda imzalanan anlaşma, tek başına ilam niteliğinde bir belge sayılmamaktadır. Anlaşma belgesine bu niteliğin kazandırılabilmesi için, mahkemeye başvurularak icra edilebilirlik şerhi alınması gerekmektedir. Bu çerçevede, yazara göre mahkemenin anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verebilmesi için yaptığı inceleme her ne kadar tam anlamıyla yargılama faaliyeti olmasa da mahkemelerde iş yükü teşkil edecektir. Ayrıca, tarafların arabulucuya başvuruya zorlandıkları takdirde, bu anlaşmaları yaparken isteksiz olacakları ve sonuç olarak anlaşmalara uyulmaması durumunda da uyuşmazlığın yargı önüne getirilmiş olacağı ileri sürülmektedir³⁵⁵. Tüm bunlar, mahkemelerdeki iş yükü probleminin çözümünde engel oluşturmaya devam edecek olup, getirilen sistem bu problemlere çözüm oluşturmayacaktır. Yazara göre bir diğer problem de arabuluculuk görüşmeleri sırasında yaşanacak süre kayıplarıdır. Taraflar bu süre kayıplarını arabuluculuğa gönüllü olarak başvurdukları durumlarda “en azından denedik” mantığıyla yorumlayacakken, arabuluculuğa başvuruya zorlandıklarında bu durum yargılamaların daha da uzamasına sebep olacak bir unsur olarak görülecektir.

Tanrıver'e göre³⁵⁶ yapılması gereken, arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlık çözme alışkanlığının taraflara kazandırılması ve bu amaçla arabuluculuk yapacak olanların, bağımsız, tarafsız, gizliliğe riayet eden, mesleki uzmanlık taşıyan hakimler gibi güven telkin edici bir konuma getirilmesidir. *Karacabey*'e göre ise³⁵⁷, mahkemelerdeki iş yükü problemini çözme aşamasında temel öncelik devletin nitelik ve nicelik olarak ihtiyaca

³⁵² Karacabey, 2016, 473; Kekeç, 2014, 229.

³⁵³ Tanrıver-Arabuluculuk, 170; Karacabey, 2016, 479.

³⁵⁴ Göksu, 2017, 383.

³⁵⁵ Göksu, 2017, 383.

³⁵⁶ Tanrıver-Arabuluculuk, 170.

³⁵⁷ Karacabey'in arabuluculuğun gönüllülük temelinde ve ülke gerçeklerini gözetir şekilde uygulanabilir olmasına yönelik çözüm önerileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Karacabey, 2016, 479- 486.

cevap verebilecek yeterlilikte yeni mahkemeler kurması ve hakim ve savcı istihdam etmesidir. *Göksu*'ya göre ise³⁵⁸, yargılamanın hızlandırılması isteniyorsa, hakim sayısının artırılması ve uyuşmazlığın doğmasını engelleyecek idari denetim mekanizmalarının geliştirilmesi (Örneğin, SGK, BDDK, SPK, RK vb. denetimlerinin artırılması ve verilecek cezaların daha caydırıcı hale getirilmesi gibi), davaların gecikmesine sebep olan tebligat kurumunun yeniden düzenlenmesi, yargılamaların daha hızlı yürümesini sağlayacak usuli değişikliklerin yapılması gerekmektedir. *Özmumcu*'ya göre ise³⁵⁹, iş uyuşmazlıklarında dava yükünün azaltılması için bir çözüm arayışına mutlaka girişilmesi gerekiyorsa, yapılması gereken arabuluculuğa başvurma zorunluluğu getirilmesinin yanı sıra dava açıldıktan sonra tarafların arabulucuya başvurmaları konusunda bir ön şartın getirilmesidir. Böylece davanın açılmasıyla ortaya çıkan maddi hukuka ilişkin sonuçların korunması daha kolay olacak ve hatta hem masraf hem de zaman tasarrufu sağlanabilecektir. Hatta yazara göre davanın ön inceleme safhasında hakimin tarafları arabuluculuğa başvurmaya teşvik etmesi düzenlemesiyle kanun koyucu amaçladığı şekilde yararlanılabiliirse, son derece olumlu sonuçlar alınması mümkün olabilecektir³⁶⁰.

Uzlaşma kültürünün yeterince olmadığı ülkemizde, arabuluculuğa başvurma zorunluluğunun mahkemelerdeki iş yükü problemine çözüm oluşturmayacağını savunan yazarların ileri sürdüğü görüşlerin ve gerçekleşmesinde endişe duydukları sonuçların ortaya çıkması mümkündür. Ancak özellikle mahkemelerdeki iş yükü probleminin önüne geçilmesi için hakim savcı sayısının artırılması gerektiği görüşüne katılmamaktayız. Biz de hakim ve savcı sayısının mevcut uyuşmazlıkların çözümünde yetersiz kaldığını ve artırılması gerektiğini düşünmekteyiz. Ancak bu çözüm yolu kısa vadede iş yükü problemine çözüm oluşturmaktadır. Alternatif yollarla uyuşmazlığın çözülmesi, tarafların dava açarak aralarındaki ilişkileri yeniden kurulamaz hale getirilmesini engelleyerek her iki tarafın da kazandığı bir çözüm yolu üzerinde uzlaşma sağlamaktadır. Başka bir ifadeyle, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında amaç, uyuşmazlığın dava açılmadan önce çözüme kavuşturulmasıdır. Bu noktada amaç hâkim sayısını artırarak iş yükünü azaltmak yerine, dava yoluna götürülecek uyuşmazlık sayısını azaltmak olmalıdır. Adalet hizmet edilmesinden bu çözüm yolunun benimsenmesinin daha uygun olacağını düşünmekteyiz. Bu çerçevede tarafların en azından nitelikli bir arabulucu önünde uyuşmazlığın çözülmesini denemeleri için arabuluculuğa başvurmaya zorlanmaları, bu sonucun oluşmasına imkân

³⁵⁸ Göksu, 2017, 384.

³⁵⁹ Özmumcu, 2016, 834; Aynı yönde görüş için bkz.: Namlı, 2016, 156.

³⁶⁰ Özmumcu, 2016, . 835.

sağlayabilir. Uyuşmazlıklar bu aşamada arabuluculuk yöntemiyle çözüme kavuşturulamamış olsa bile, dava aşaması için birçok yararı bulunmaktadır. Bu aşamada en azından küçük uyuşmazlıklar çözülmekte ve arabuluculuk faaliyeti sonucunda düzenlenen tutanak hakimin iş yükünü oldukça azaltacaktır.

Yukarıda ifade edilen iş yükünün azaltılması için taraflara arabuluculuk yoluyla uyuşmazlık çözme alışkanlığının kazandırılması gerektiği görüşüne de katılmakla birlikte aslında arabuluculuğa başvurma zorunluluğu getirilmesindeki amaçlardan birinin de bu olduğunu düşünmekteyiz. Şöyle ki, arabuluculuk kurumunun uyuşmazlıkların çözümünde tartışmasız bir şekilde yararlı olduğu söylenebilir. Zira yayımlanan istatistiklere göre, arabuluculuk yoluna başvuru yapılan uyuşmazlıkların %93'ü anlaşmayla sonuçlanmıştır. Ancak kuruma şu ana kadar 12.005 arabuluculuk dosyası ulaşmıştır³⁶¹. Bu veriler bize arabuluculuk yönteminin uyuşmazlıkların çözümünde yararlı olduğunu ancak çok fazla tercih edilen bir kurum olmadığını göstermektedir. Arabuluculuğa başvurunun zorunlu hale getirilmesiyle birlikte arabuluculuk sistemi hakkında bilgi sahibi olunacak ve bu da diğer uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurmanın önünü açacaktır. Bu nedenle de Adalet Bakanlığı'nın arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun getirilmesiyle mahkemelerdeki iş yükü problemine çözüm oluşturmak istemesinin yanı sıra, arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlık çözme alışkanlığının kazandırılmasını da amaçladığı ifade edilebilir.

Göksu'nun da ileri sürdüğü gibi, anlaşma belgesi ilâm niteliğinde bir belge olmadığında bu niteliği kazanabilmesi için icra edilebilirlik şerhi verilmesi gerektiği için mahkemelerde ayrıca iş yüküne sebep olmaktadır. Bu noktada, tarafların anlaşma belgesine ilam niteliği kazandırılabilmesi için, mahkemeye başvurusu ve anlaşma belgesinin mahkemenin de sınırlı denetiminden geçmesi gerekmektedir. Bu durum her ne kadar gerçek anlamda bir uyuşmazlık çözümü olmasa da bir yargılama faaliyetidir³⁶². Bu husus mahkemelerdeki iş yükünün artmasına da sebep olmaktadır. Ancak İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilen yeni bir düzenleme ile artık avukatlar eşliğinde düzenlenen anlaşma belgesi için icra edilebilirlik şerhi alınmasına gerek yoktur (İMK m. 24). Diğer bir deyişle başka bir işleme gerek kalmadan bu anlaşma belgesi ilâm niteliğinde belge sayılacaktır. Bu durumda getirilen yeni düzenleme 6325 sayılı Kanundaki mahkemelerdeki iş yükü problemine yol açan hususu ve bu hükme getirilen eleştirileri ortadan kaldırmaktadır.

2.2. İş Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıkların Müzakere Edilerek Sonuçlandırılmaya Uygun Olması

³⁶¹ Göksu, 2017, 380.

³⁶² Göksu, 2017, 383.

2.2.1. İş Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Faaliyetinin Gerekliliği

İşçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıklar, sanayileşme ve teknolojinin ilerlemesiyle birlikte hem ulusal ekonominin istikrarını bozabilecek hem de tarafların kendilerine zarar verebilecek niteliğe dönüşmüştür³⁶³. Bu nedenle iş hukukundan doğan uyuşmazlıkların bu alanda ihtisaslaşmış olan mahkemelerde görülmesi amacıyla iş mahkemeleri kurulmuştur. Ancak iş hukukunda işçi ve işveren arasındaki ilişkilerin devamlılık gösteren ilişkiler olması, açılacak davaların bu ilişkilere zarar vermesine ve hatta ilişkilerin tamamen yıkılmasına neden olmaktadır. Ayrıca, davalar sırasında taraflar karşılıklı olarak yıpranmakta ve dava sonrasında tarafların artık eski münasebetlerini tekrar kurmaları imkânsız hale gelmektedir. Tüm bu nedenlerle, gerek yargılama aşamasında uygulanan usulde gerekse dava aşamasından önceki iş uyuşmazlıklarında tarafların olabildiği kadar uzlaşmaya sevk edilmesi gerektiği önerilmektedir³⁶⁴.

İş uyuşmazlıklarının çözümü için dava açmak, grev ve lokavta başvurmak hem taraflara hem de topluma zarar vermektedir. Oysa iş uyuşmazlıklarının alternatif yollarla çözülmesiyle birlikte işyerinde iş gücü kaybı yaşanmayacak, verim azalmayacak ve hepsinden önemlisi çalışma barışı bozulmayacaktır³⁶⁵. Taraflar arasındaki ilişkinin önem arz ettiği bu gibi durumlarda en uygun uyuşmazlık çözüm yöntemi arabuluculuktur³⁶⁶. Davaların açılması işçi ve işveren arasında devamlılık arz eden ilişkilere zarar verecektir. Arabuluculuk kurumuna başvurularak işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıkların her iki tarafın da kazandığı şekilde sonuçlandırılması, iş barışına hizmet edecektir³⁶⁷. Oysa iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun dava açılmadan önce tüketilmesi gereken bir prosedür şeklinde uygulanması dünya genelinde birçok ülkede kabul gören bir yaklaşımdır. Örneğin³⁶⁸, Malezya'da 1952 yılından, Arjantin'de ise 1996 yılından bu yana işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için arabulucuya başvuru zorunludur. Fransa'da

³⁶³ Özbek, 2016, 869; Benzer yönde görüş için bkz.: Odaman, Karaçöp, 2016, 56; Manav, E. (2015). "İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri". *Çalışma ve Toplum*. 4, 185. İş uyuşmazlıklarının her geçen gün artış göstermesinin sebepleri arasında ilk sırada, iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku kurallarının etkin bir biçimde uygulanamaması yer almaktadır. Bir diğer sorun ise, kayıt dışı istihdamın gittikçe artması ve küçük işyerlerinin denetlenememesidir. Tüm bunlara bağlı olarak gelişen çatışmacı sosyal bir iklimin uzlaşmacı kültüre göre, üst seviyelere ulaşması da iş uyuşmazlıklarını karmaşık hale getirmektedir. Bkz.: Güzel, 2016, 1132.

³⁶⁴ Özbek, 2016, S 870; Çenberci, M. (1969). *İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 80; Günay, C. (2000). *İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 238.

³⁶⁵ Özbek, 2016, 887; "Arabuluculuk Çalışma Toplantısı Arabuluculukla İlgili Güncel Sorunlar, Beklentiler ve Öneriler Sonuç Raporu (2014.)". *MIHDER*. 10(29). 2014/3, 26, (Sonuç Raporu).

³⁶⁶ Kekeç, 2014, 98; Özbek, 2004, 286; Özekes, 2006, 43.

³⁶⁷ Yılmaz, E. (2007). "İş Mahkemeleri Kanunu'nun Değiştirilmesi İhtiyacı". *Sicil İş Hukuku Dergisi*. 8, 7.

³⁶⁸ İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Genel Gerekeşi, 12.

iş mahkemesine başvuru yapıldıktan sonra uyuşmazlık arabulucuya yönlendirilmekte ve bu aşama sonuçlanmadan yargılama aşamasına geçilememektedir. Avustralya’da ise, iş hukukunda özel desteğe ihtiyacı olan işçilerin ayrımcılık nedeniyle tazminat talepleri veya işten çıkarılmaya ilişkin itirazları bakımından öncelikli olarak arabuluculuk kurumuna başvurulması gerekmektedir. Hollanda da arabuluculuğa başvuru zorunluluğu bulunmamasına rağmen, iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğa başvuru yapıldığında arabuluculuk ücretleri işveren tarafından karşılanmaktadır. Böylece, işçi açısından arabuluculuğa başvuru teşvik edilmiş olmaktadır. 2012 yılında yürürlüğe giren Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nda yer alan ihtiyari arabuluculuğa ilişkin hükümler, iş hukukundan doğan uyuşmazlıkları da kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Hatta ihtiyari arabuluculuk uygulanmaya başladıktan sonra yapılan araştırmalara göre, arabuluculuğa götürülen uyuşmazlıklardan %89’unu, işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıklar oluşturmakta ve bunların %93’e yakını anlaşmayla sonuçlanmıştır³⁶⁹. Bu anlamda, iş mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıkların yapısının, tarafların müzakere ederek anlaşmaları suretiyle sonuçlandırılmasına uygun olduğu söylenebilir³⁷⁰. Kanun koyucu, bu veriler üzerine iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk yönteminin yaygınlaştırılması amacıyla iş davalarında, tarafların mahkemeye gitmeden önce, arabuluculuk sistemini kullanmalarını 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 3’ncü maddesiyle zorunlu hale getirmiştir. Bu düzenlemenin taslak halini almasıyla birlikte, arabuluculuğa başvurunun ihtiyari olduğu aşamada mevcut olan, iş uyuşmazlıklarının yapısının arabuluculuk yöntemine uygun olup olmadığı tartışması tekrar gündeme gelmiştir.

2.2.2. İş Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuğa Elverişliliği

İş uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişli olup olmadığı tahkim yargılaması için Yargıtay’ın vermiş olduğu kararlar ve doktrinde bu konuda ileri sürülen görüşlerden yola çıkılarak belirlenmektedir. İş hukukundan doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği hakkında Yargıtay, 1475 sayılı Kanun döneminde vermiş olduğu bir kararda İş Kanunu’nun büyük ölçüde kamu düzenine ilişkin olduğu, tahkim anlaşmasının ve hakem kararlarının

³⁶⁹ İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Genel Gereğesi, 11.

³⁷⁰ İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Genel Gereğesi, 11. Odaman, Karaçöp, 2016, 58. Buna karşılık iş uyuşmazlıklarının kamu düzenine ilişkin olmasından dolayı arabuluculuğa elverişli olmadığı yönünde görüşler de mevcuttur. Doğan Yenisey, 2016, 174-180; Namlı, 2016, 159-161; Ildır, 2003, 41; Alpogut, 2016, 213. Aksi yönde düşüncüyü savunan Karacabey’e göre ise, işçi-işveren uyuşmazlıklarında arabuluculuk yönteminin böyle yüksek bir oranla tercih edilmiş olması, işverenin işçinin kendisi karşısındaki zayıf durumunu arabuluculuk müzakereleri sırasında, kendi lehine önemli bir pazarlık aracı olarak kullanabileceğinin bilincinde olmasından kaynaklanmaktadır. Karacabey, 2016, 478. Benzer yönde görüş için bkz: Alpogut, 2016, 213.

Yargıtay'ın kontrol imkânını sınırlandırdığı ve emredici nitelikte olan işçi haklarının ortadan kaldırılmasına sebep olduğu gerekçeleriyle iş sözleşmesine konulan tahkim şartının geçersiz olduğuna karar vermiştir³⁷¹. Doktrinde de Yargıtay'ın kararı benimsenerek hakim görüş haline gelmiştir³⁷². 4857 sayılı Kanun döneminde ise yer alan hükümler dolayısıyla iş uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği konusundaki düşünceler biraz yumuşamıştır.

İş Kanunu'nun "*Fesih Bildirimine İtiraz ve Usulü*" başlıklı 20. maddesinin 1. fıkrasına göre, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya sebebin geçerli olmadığı iddialarında, bir ay içerisinde dava açmak yerine taraflar anlaşılırsa uyuşmazlığı özel hakeme götürebileceklerdir³⁷³. Buna karşılık tahkim yargılamasında hakem, uyuşmazlığı bağlayıcı bir kararla sonuçlandırma yetkisine sahip olduğundan, tahkim yargılaması için konu bakımından bir sınırlama yapılması mümkün iken, aynı yöntemin arabuluculuk açısından uygulanması uygun değildir³⁷⁴. Dolayısıyla tahkim yargılaması ile arabuluculuk faaliyetini birbirinden ayrı düşünmek gerekmektedir. Arabuluculuk faaliyeti sonucunda taraflar anlaşmak zorunda olmayıp, anlaşsalar bile bir anlaşma belgesi imzalamadan da görüşmeleri sona erdirebilirler. Aksi durumda arabuluculuk faaliyetinin kapsamı oldukça daraltılmış olacak, tüketici ve iş hukukundan doğan uyuşmazlıklar kapsam dışında bırakılmış olur.

İş hukukundan doğan uyuşmazlıkların çözümünde alternatif yöntemlerin uygun görülmemesi bazı yazarlara göre, uyuşmazlıkların kamu düzeniyle ilişkili olmasından kaynaklanmaktadır³⁷⁵. Ancak, iş hukukundan doğan uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olup olmadığı belirlenirken iş uyuşmazlıklarının kamu düzenine ilişkin olmasından yola çıkılmaması gerekmektedir. Zira arabuluculuğa elverişli alanlar belirlenirken esas alınan husus tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıklar olup, bu kapsam kamu düzenine ilişkin olan uyuşmazlıklarla sınırlı değildir³⁷⁶. Dolayısıyla iş

³⁷¹ Yargıtay 9 HD., 14.09.1964, 4983/5429. Akil, 2014, 105.

³⁷² Alangoya, Y. (1973). *Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 83-84; Üstündağ, 2000, 943; Yeğengil, R. (1974). *Tahkim(L'arbitrage)*. İstanbul, 175.

³⁷³ Yargıtay'a göre, bu madde kapsamında kalan uyuşmazlıklar, iş sözleşmesinin feshinin geçersizliği, işe iade, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre için ücret alacağından doğanlar olup, ücret alacağından doğan uyuşmazlıklar bu kapsam değildir. Y. 9 HD., 2.3.2005, 2004/14821, 2005/6684, Akil, 2014, 106. Ancak aynı maddede yer alan "*toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa*" da tarafların uyuşmazlığın çözümü için hakem yargılamasına başvurmak zorunda bırakılması Anayasa Mahkemesi'nin 19/10/2005 tarih ve E. 2003/66, K. 2005/72 sayılı kararı ile söz konusu düzenlemenin hak arama özgürlüğüne aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir. Aynı şekilde "*taraflar anlaşılırsa aynı süre içerisinde uyuşmazlık özel hakeme götürülebilir*" düzenlemesi Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne taşınmıştır. Ancak mahkeme İş uyuşmazlıklarında tarafların iradesiyle oluşan sonucun önemine dikkat çekerek bu talebi de aynı kararında reddetmiştir. RG 24.11.2007, 26710.

³⁷⁴ Göksu, 2017, 380; benzer yönde bkz.: Sonuç Raporu, 2015, 24; Dür, 2017, 290.

³⁷⁵ Ildır, 2003, 41; Karacabey, 2016, 474-477; Doğan Yenisey, 2016, 174.

³⁷⁶ Sonuç Raporu, 2015, 25.

hukukundan doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuk faaliyeti nispi emredici hükümlerin sınırları dâhilinde kalmak üzere mümkün kılınmalıdır. Aksine bir yorum arabuluculuk faaliyetinin alanını oldukça daraltır. Bu noktada iş hukukundan doğan uyuşmazlıkların kamu düzenine ilişkin olması hususu arabuluculuk faaliyeti sonucunda icra edilebilirlik şerhi alınması için mahkemeye başvurulduğunda değerlendirilmelidir³⁷⁷. İş Mahkemeleri Kanunu ile yapılan değişiklik sonrasında çoğu halde artık icra edilebilirlik şerhi alınması gerekmeyecektir. Buna karşılık doğrudan icra edilebilirlik niteliği olmayan arabuluculuk tutanakları için ise icra edilebilirlik şerhi alınması mümkündür. Taraflar icra edilebilirlik şerhi verilmesi için başvururlarsa anlaşmanın içeriğinin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir mesele olması aranır³⁷⁸.

2.2.3. İş Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklarda Var Olan Güç Dengesizliğinin Arabuluculuk Faaliyetine Yansıması

İş hukukundan doğan uyuşmazlıkların arabuluculuk faaliyetine elverişliliği konusunda yapılan tartışmaların merkezinde “işçinin korunması” ilkesi ile arabuluculuk faaliyetinin çelişkili olduğu düşüncesi yer almaktadır³⁷⁹. İş hukukunun temel ilkelerinden biri olan işçinin korunması ilkesi, işçi ve işverenin ekonomik ve hukuki açılarından eşit olmadığını ve işçinin işverene karşı özellikle ekonomik olarak bağımlı ve işveren karşısında zayıf bir durumda olması dolayısıyla kabul edilmiştir³⁸⁰. İş hukukunda, menfaatleri birbirleriyle çatışan iki tarafın eşit olmaması nedeniyle güçlü işveren karşısında güçsüz işçi lehine nispi emredici hükümler getirilmiştir³⁸¹.

Yargıtay’ın 1958 tarihli içtihadı birleştirme kararında da bu hususa şu şekilde dikkat çekilmiştir³⁸²: “*Kanun koyucuya İş Kanunlarını kabul ettiren sebepler arasında iktisadi durumca zayıf olan işçiyi iktisadi durumu daha kuvvetli olan işverene karşı özel şekilde koruyacak içtimai muvazeneyi ve cemiyetin sükûnunu sağlama hedefi bulunmaktadır.*” Kararda da belirtildiği gibi, işçinin korunması ilkesi, taraflar arasındaki eşitsizliğin, gerek normun konulmasında işçiyi koruyucu hükümler getirilmesiyle gerekse normun

³⁷⁷ Sonuç Raporu, 2015, 27; Erdoğan, 2017, 26.

³⁷⁸ Sonuç Raporu, 2015 27.

³⁷⁹ Edwards, H.T. (1986). “Alternative Dispute Resolution: Panacea Or Anathema?”. *Harvard Law Review*. 99(3), 673 vd.; Namlı, 2016, 160; Güzel, 2016, 1132; Karacabey, 2016, 477; Şişli, 2012, 49; Doğan Yenisey, 2016, 178. Bu nedenle, yargıdaki iş yükünü azaltılması amacıyla gerçekleştirilen değişiklikler ile iş ilişkisinde daha zayıf durumda olan işçinin korunması ihtiyacı arasında denge kurulması gerektiğine ilişkin bkz. Loi, 2016, 122.

³⁸⁰ Güzel, 2016, 1132; Süzek, S. (2017) *İş Hukuku*. (14. Baskı). Ankara: Beta, 15; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, 2016, 21, 22.

³⁸¹ Doğan Yenisey, 2016, 176.

³⁸² Y.İBK.27.05.1972, E. 1957/15, K. 1958/5, Web:<http://www.kazanci.com> adresinden 11 Eylül 2017 tarihinde alınmıştır.

uygulanması aşamasında işçi lehine yorum yapılması ile her zaman dikkate alınması gereken bir kural haline getirilmiştir³⁸³.

Arbuluculuk faaliyeti ile işçinin işveren karşısındaki zayıf durumuna çözüm olarak işçinin korunması ilkesi kapsamında getirilen hakların müzakere edilebilir hale geleceği ileri sürülmektedir³⁸⁴. Bu görüşü savunanlara göre, iş uyuşmazlıklarında adaletin tesisi açısından en ideal yöntem yargılama faaliyetidir³⁸⁵. Tüm bunların yanı sıra, Yargıtay'ın iş hukuku konusunda uzmanlaşmış dairelerinin bile güçlkle çözebildiği iş uyuşmazlıklarının, arbulucular tarafından çözülmesi pek mümkün görülmemektedir³⁸⁶. Ayrıca, yargısal faaliyetin sonunda verilen kararların hatalı olması ihtimaline karşılık temyiz edilme imkânının alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde bulunmamasının da olumsuz sonuçlar doğuracağı düşünülmektedir³⁸⁷. İş uyuşmazlıklarının alternatif yollarla çözümünde, karar verme mekanizmasını elinde bulunduran makamın, tarafların güçleri arasındaki eşitsizliği göz ardı ederek uyuşmazlığı çözmeye çalışması halinde, uyuşmazlık konusu hadiseye nüfuz edemeyeceği ve en önemlisi de işverene göre her açıdan zayıf durumda olan işçinin süreç sonunda kabul ettiği çözümün hukuken yetersiz kalacağı düşünülmektedir³⁸⁸. Öte yandan arbulucu, taraflar arasındaki güç dengesizliğinin kaldırılması hususunda pasif kalırsa iş ilişkisinde işçiyi daha da zayıf bir konuma getirecektir³⁸⁹. Ancak dava açma yoluna gidildiğinde, uygulanacak usul hükümlerinin tatbikinde zayıf konumda olan işçinin korunması açısından özellikle kanun önünde eşitlik ilkesinin etkili bir hukuki güvence oluşturacağı ileri sürülmektedir³⁹⁰.

İş hukukundan doğan ilişkilerde işçi zayıf taraf olup, işverenle bağımlılık ilişkisi içerisinde bulunduğundan sözleşmenin devamı sırasında işçinin serbest bir irade ile karar veremeyeceği şüphesizdir. Koruyucu hükümlerin getirilmesi de bu aşamada işveren karşısından güçsüz konumda olan işçiyi korumak amacına hizmet etmektedir. Dolayısıyla uyuşmazlık çıkmadan önce kurulan ilişkilerin işçi lehine yorumlanması gerekmektedir. İş uyuşmazlıklarında taraflar arasında güç dengesizliği bulunmasından dolayı taraflar arasında

³⁸³ Namlı, 2016, 160; Doğan Yenisey, 2016, 178.

³⁸⁴ Doğan Yenisey, 2016, 175. Güç dengesizliğinin olduğu bir ortamda, işçi kanunla kendisine tanınmış olan hak ve koruma mekanizmalarından feragat etmek durumunda kalabilecektir. Loi, 2016, 134.

³⁸⁵ Edwards, 1986, 673; Şişli, 2012, 43 vd. Arbuluculuk ve uzlaştırma yöntemlerinin kullanılmasında ise görüşmeler sırasında işçinin korunmasını güvence altına alacak bir sendika temsilcisinin veya kamu görevlisinin hazır bulunması gerektiği ileri sürülmektedir. Loi, 2016, 122.

³⁸⁶ Güzel, 2016, 1133.

³⁸⁷ Mnookin, R.H. (1998). "Alternative Dispute Resolution". *Harvard Law School John M. Olin Center for Law*. (Economics and Business Discussion Paper Series), 232.

³⁸⁸ Edwards, 1986, 672-679; Şişli, 2012, 49-50; Doğan Yenisey, 2016, 179; Karacabey, 2016, 478; Alpagut, 2016, 214.

³⁸⁹ Namlı, 2016, 155.

³⁹⁰ Edwards, 1986, 679; Oğuz, 2016, 36; Doğan Yenisey, 2016, 178.

çıkabilecek bir uyuşmazlığın kamu düzenine ilişkin olduğu söylenebilir³⁹¹. Uyuşmazlığın kamu düzenine ilişkin olması, uyuşmazlık çıkmadan önce hukuki ilişkinin kurulması ve yükümlülüklerin ifası sırasında ilişkinin zayıf tarafı olan işçinin aleyhine olan eşitsizliklerin giderilmesine yöneliktir. Bunun sonucu olarak uyuşmazlık çıkmadan önce sözleşmenin kurulması sırasında başka bir ifadeyle taraf iradelerinin eşit olmadığı kabul edilecektir ve bu sırada düzenlenen işçi işveren arasındaki arabuluculuğa ve tahkime başvurma şartı haksız şart olarak değerlendirilip, işçiyi bağlamayacaktır³⁹². Ancak, kanımızca işçiyi koruyucu hükümlerin uygulanması uyuşmazlık konusu üzerinde işçinin tasarruf etme hakkını ortadan kaldırmamaktadır. Zira aksinin ileri sürülmesi, yargılama aşamasında re'sen araştırılma ilkesinin kullanılmasını gerekli kılacak ve davayı sona erdiren taraf işlemlerinin kullanılmamasına neden olacaktır³⁹³. Uyuşmazlığın ortaya çıktığı andan itibaren iş ilişkisi sona erdiği için taraflar arasındaki eşitsizliğin ortadan kalktığı ve işçinin özgür iradesi ile hareket ettiği kabul edilmelidir. Bu nedenle, uyuşmazlığın çözümü amacıyla alternatif yöntemlere veya yargı yoluna başvurulduğunda taraflar eşit olarak değerlendirilmelidir. Başka bir ifadeyle, dava açılmasıyla birlikte yargılama faaliyetinde geçerli olan silahların eşitliği ilkesi devreye girmektedir.

Yargılama hukukunda tarafların eşit hak ve yetkilere sahip olmasını ifade eden silahların eşitliği ilkesi³⁹⁴, yargılama aşamasında hem şekli anlamda hem de maddi anlamda eşitlik olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Şekli anlamda silahların eşitliği, eşitlik ilkesinin yargılama usulündeki yansıması olarak usuli eşitliği³⁹⁵ ifade etmektedir³⁹⁶. Bu husus hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olarak tarafların yargılama aşamasındaki

³⁹¹ Benzer yönde tüketicilerin zayıf durumda olmasından dolayı tüketiciyle yapılan işlerin kamu düzenine ilişkin olduğuna ilişkin olarak bkz. Ermenek, İ. (2013). “Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 17(1-2), 602.

³⁹² Akil, 2014, 109; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 116; tahkim yargılaması için benzer bir örnek için bkz. Yücel, M. (2004). “İş Güvencesi Kapsamında ‘Özel Hakem Şartı’(İş Kanunu Madde 20)”. *LİHSİGH*. 4, 1357; Eyrenci, Ö. (2004). 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*. 1, 36; Benzer yönde Yargıtay kararı için bkz.: Y. 9 HD., 26.05.2008, 10997/1660, Web: <http://www.kazanci.com> adresinden 31 Aralık 2017 tarihinde alınmıştır.; Tüketici ilişkilerinde zayıf taraf olan tüketicinin uyuşmazlık çıkmadan önce tahkime gitme anlaşması yapamayacağına ilişkin bkz. Ermenek, 2013, 603.

³⁹³ Bir uyuşmazlığın kamu düzeniyle ilişkili olduğunun tespit edilmesi durumunda re'sen araştırma ilkesinin uygulanması ve davayı sona erdiren hallerden biri ile sona erdirilemeyeceğine ilişkin bkz.: Ermenek, 2013, 604.

³⁹⁴ Postacıoğlu, Altay, 2015, 272; Taşkoymaz, Pekcanitez- Pekcanitez Usul-Pekcanitez Usul, 554; Özbek-İlkeler, 150.

³⁹⁵ Bkz. Özmumcu, (2015). “Usuli Adalet (Procedural Justice) ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri (Alternative Dispute Resolution) Üzerine Bir Değerlendirme”. *Prof. Dr. Ramazan ARSLAN'a Armağan*. C.II. Ankara: Yetkin Yayınları, 1275-1299.

³⁹⁶ Pekcanitez, Özkes, Atalay, 2016, 255; Özkes, M. (2003). *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 49, (Özkes-Hukuki Dinlenilme); Dür, 2017, 260.

imkânları birbirleriyle tam ve dengeli bir şekilde kullanabilmesini gerektirir³⁹⁷. Maddi eşitlik ise, uyuşmazlığın çözümüne katılan tarafsız üçüncü kişinin tarafların yargılamadaki eşitliğini sağlamasını gerektirmektedir³⁹⁸. Dolayısıyla denilebilir ki, silahların eşitliği ilkesi, arabuluculuk faaliyetine hakim olan eşitlik ilkesi ile adil yargılanma hakkının bir unsuru olan hukuki dinlenilme hakkının³⁹⁹ kesiştiği bir noktadır⁴⁰⁰. Hukuki dinlenilme hakkı arabuluculuk faaliyetinde, arabulucunun taraflara eşit şekilde davranmasını ve eşit şekilde söz hakkı vermesini gerektirmektedir⁴⁰¹. Dolayısıyla süreç boyunca tarafların eşit şekilde muamele görmesi gerekmektedir. Buna karşılık, ayrıca alınabilecek tedbirler ile taraflar arasındaki güç dengesizliğinin silahların eşitliği ilkesinin uygulandığı sırada taraflara zarar vermemesi sağlanabilir. Ancak taraflar arasındaki güç dengesizliği, zayıf tarafın haktan serbestçe tasarruf etmesini engellemektedir. Doğru şartların olduğu durumlarda nitelikli bir arabulucu da bulunuyorsa, uyuşmazlığın türüne ve taraflarına bakılmadan çok rahat müzakere edilebilecektir⁴⁰². Bu çerçevede, uyuşmazlığın müzakere edilmesi aşamasında yanında vekil bulundurulması⁴⁰³, süreçten herhangi bir yarar sağlanamayacağına anlaşılması durumunda masayı terk edilebilmesi⁴⁰⁴, müzakere sonucunda anlaşma imzalamak zorunda olunmaması taraflar arasındaki güç dengesizliği problemine çözüm oluşturabilecek niteliktedir.

Öte yandan, iş hukukunun amaçları arasında işçinin korunması ilkesinin yanı sıra, her geçen gün artan ölçüde rekabete yönelik işletmecilik esaslarının ve istihdamı göz önüne alan iktisadi düzenin şekillendirilmesine yardımcı olma amacı da bulunmaktadır. İktisadi düzen ve iş hukukundan kaynaklanan uygulamalar karşılıklı etkileşim halinde olduğundan, iş hukukunda işyerinin verimliliği gözetilmeli ve iktisadi düzeni de sağlayan uygulamalar getirilmelidir⁴⁰⁵. İş yargılamasının taraflar üzerinde dengesiz bir uygulamaya dönüşmüş

³⁹⁷ Özkes-Hukuki Dinlenilme, 50; Dür, 2017, 260; Ayrıca, silahların eşitliği adil yargılanma hakkının bir şartı olarak hakkaniyete uygun yargılama yapılmasının da ön şartını oluşturmaktadır. Karşı, 2012, 660; Tanrıver, 2016, 406; Erdönmez, 2017, 846; Tanrıver-Adil Yargılanma, 192.

³⁹⁸ Özkes-Hukuki Dinlenilme, 50; Dür, 2017, 260.

³⁹⁹ Hukuki dinlenilme hakkı, "yargılamada yer alan tarafların tam olarak bilgi sahibi olmalarını, kendilerini ilgilendiren yargılama konularında açıklama ve ispat haklarını tam ve eşit bir şekilde kullanmalarını yargı organlarının da bu açıklamaları dikkate alarak gereği gibi değerlendirme yapılıp karar vermelerini gerektirir." Alangoya Y. (1981). "Anayasa'nın Usul Hukuku'na Etkisi". *MHB*. 2, 3. Özkes, 2003, 31; Benzer yönde bkz.: Özbek-Anaysal Hak ve Hürriyetler, 149; Atalay-Pekcanitez Usul, 2414; Pekcanitez-Hukuki Dinlenilme, 753 vd.

⁴⁰⁰ Dür, 2017, 260.

⁴⁰¹ Özbek-İlkeler, 150; Arslan, R., Tanrıver, (2001). *Yargı Örgütü Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 181; Yılmaz, E. (2008). "Usul Ekonomisi". *AÜHFD*. 1, 244; Dür, 2017, 261.

⁴⁰² Akan, 2013, 44.

⁴⁰³ Namlı'ya göre bu noktada avukatla temsilin zorunlu hale getirilmesi arada güç dengesizliğini ortadan kaldırmaya yardımcı olacaktır. Namlı, 2016, 160;

⁴⁰⁴ Dür, 2016, 250.

⁴⁰⁵ Çelik, Canikliöglü, Canbolat, 2016, 25 Benzer yönde bkz. : Süzek, 2017, 17.

olması ülkemizdeki iktisadi düzeni bozmaktadır. İşçi lehine yorum ilkesinin yargılamalarda baskın hale gelmesiyle birlikte, sona eren her iş ilişkisi için yargıya başvurulmaktadır. Bu durumun iş ilişkisinin diğer tarafı olan işverenler bakımından hukuk güvenliğini tehlikeye düşürdüğü yerli ve yabancı yatırım kararlarını olumsuz etkilendiği ve iş gücü maliyetlerinin yükselmesine neden olduğu ve işverenlerin istihdamdan uzak durma eğilimlerini güçlendirdiği düşünülmektedir⁴⁰⁶. Bu nedenle, iktisadi düzende oluşan aksaklıkların giderilmesi için, iş uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuk yönteminin geliştirilmesi amaçlanmıştır. Kaldı ki, taraflar arasında güç dengesizliği bulunan durumlarda, arabuluculuk dışındaki yöntemlerin zayıf olan taraf açısından daha büyük sorunlar yaratma ihtimali de vardır⁴⁰⁷. Bu çerçevede, işçi açısından alternatif uyuşmazlık çözüm yolları bazı sakıncaları barındırır da söz konusu bu sakıncaların alınacak birtakım önlemlerle giderilmesi imkanı bulunmaktadır.

3. KANUN KAPSAMINDA YER ALAN UYUŞMAZLIK TÜRLERİ

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasında arabuluculuğa başvurma zorunluluğu getirilen uyuşmazlık türleri tahdidi olarak sayılmıştır. Kanuna göre, dava açmadan önce arabuluculuğa başvurma zorunluluğu; kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talepleri ile ilgili uyuşmazlıklar için getirilmiştir⁴⁰⁸. Bu anlamda, arabuluculuğa başvurma zorunluluğu kuralı, iş hukukundan doğan her türlü uyuşmazlık için uygulanacak bir yöntem olmayıp, sadece “işçi veya işveren alacağı ve tazminatı⁴⁰⁹” ile “işe iade” talebiyle ilgili uyuşmazlıklar için öngörülmüştür. Örneğin, işçiye verilen disiplin cezalarına ilişkin davalardan önce arabuluculuğa başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır⁴¹⁰. Ayrıca, İMK'nın 3. maddesinin üçüncü fıkrası ile bu kurala birtakım istisnalar getirilmiştir. Düzenlemeye göre, arabuluculuğa başvurma zorunluluğu kuralı, iş kazası veya meslek

⁴⁰⁶ Karademir, D. (14 Mayıs 2016). İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı. İstanbul. Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 232.

⁴⁰⁷ Akan, 2013, 44.

⁴⁰⁸ Tasarıda işe iade talebiyle açılacak davalar için arabulucuya başvurulmuş olmasının bir dava şartı olarak düzenlenmesi 4859 sayılı İş Kanunu'nda işe iade talebiyle açılacak davaların düzenlendiği 20. ve 21. maddelerinde tasarıyla uyumlu hale getirilmek amacıyla zorunlu olarak değişiklik yapılmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Gerekçe, 22-24; Alpagut, 2016, 212-215.

⁴⁰⁹ 2016 yılında yayımlanan kanun tasarısı taslağında, “Kanuna, bireysel ve toplu iş sözleşmesine dayanan işçi alacağı ile işe iade talebiyle açılacak davalar” arabuluculuğa başvurma zorunluluğu kapsamında kabul edilmiştir. Ancak, bu düzenlemede işverenler tarafından açılacak davalarda arabuluculuğa başvurma zorunluluğunun getirilmemesi işçi-işveren arasında dengesizliğe yol açacaktır. Her ne kadar iş mahkemelerinde işçilerin açtığı davalar büyük bir çoğunluğu oluştursa da işverenler tarafından açılacak davaların da bu kapsama alınması gerektiği ileri sürülmüştür. Doğan Yenisey, 2016, 186. Aynı yönde görüş için bkz.: Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 46.

⁴¹⁰ Oğuz, 2016,78.

hastalığından kaynaklanan maddi veya manevi tazminat davaları ile bunlarla ilgili rücu davaları hakkında uygulanmaz. Ancak tarafların serbestçe üzerinde tasarruf edebildiği konular olduğu için arabuluculuğa elverişli olan bu tür uyuşmazlıklarda ihtiyari olarak arabuluculuk yöntemine başvurulmasında herhangi bir engel söz konusu değildir⁴¹¹.

İş hukukundan doğan uyuşmazlıkların İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin kapsamına girebilmesi için birtakım hususları bünyesinde barındırması gerekmektedir. Bunlardan ilki kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan alacak ve tazminat taleplerinin iş ilişkisinden⁴¹² doğması gerekliliğidir. İş ilişkisi, iş sözleşmesinin yapılmasıyla ortaya çıkmaktadır⁴¹³. Örneğin; işçi ile işveren arasında kurulmuş olsa da, iş ilişkisinden değil taraflar arasında var olan kira ilişkisinden doğduğu için 7036 sayılı Kanun ile düzenlenen arabuluculuğa başvuru zorunluluğu söz konusu olmayacaktır. Bahsi geçen bu uyuşmazlık görünüşte, işçi ile işveren arasında bir alacak uyuşmazlığı olsa da, iş ilişkisinden doğmadığı için kira alacağı olarak nitelendirilmeli ve genel kurala tabi kılınmalıdır. Ancak uyuşmazlık, örneğin işverenin iş sözleşmesi, iç yönetmelik, tip iş akdi ile taahhüt ettiği ya da işyeri uygulaması sonucu oluşan işçilere yılbaşlarında ikramiye verileceğine ilişkin taahhüdünün işveren tarafından yerine getirilmemesinden doğan alacak hakkına dayanmakta ise, işçinin dava açmadan önce arabuluculuğa başvurma zorunluluğu bulunmaktadır.

İş hukukundan doğan uyuşmazlığın madde kapsamında değerlendirilmesi için gerekli olan bir diğer husus ise, uyuşmazlığın taraflarının işçi ve işveren olması ve taleplerin birbirlerine karşı ileri sürülmüş olmasıdır. İş hukukunda işçinin ve işverenin birbirlerine karşı ileri sürülebileceği talepler gerekçede örneksime yoluyla şu şekilde sayılmıştır: İşçi tarafından talep edilebilecekler; ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı, kıdem tazminatı, ayrımcılık tazminatı, sendikal tazminat, ücret, fazla mesai ücreti, yıllık izin ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacağı ile işveren tarafından talep edilebilecek ise; ihbar tazminatı, cezai şart, avansın iadesi ve eğitim giderleri gibi kalemlerdir. Dikkat edilmesi gereken husus, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesi ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun ikinci kısmının altıncı bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işverenler veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarında

⁴¹¹ Erdoğan, 2017, 1215.

⁴¹² İş ilişkisi kavramı hukukumuzda ayrıntılı olarak incelenmemiştir. Konuyu derinlemesine inceleyen Alman Hukuku'na baktığımızda ise, iş ilişkisi kavramının değişik şekillerde ele alındığı görülecektir. İş ilişkisi "işçiye işverenin işini yapma borcu yükleyen hukuki bir ilişki" olarak tanımlandığı gibi, "işverenin işçiyi çalıştırmasına dayanan fiili bir ilişki" olarak da anlaşılmaktadır. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, 2016, 105.

⁴¹³ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, 2016, 106.

iş mahkemelerinin görevli kılınmasıdır. Bu düzenleme gereği, hizmet sözleşmesi kapsamında kalan işçinin ve işverenin arasındaki alacak ve tazminat talepleri için iş mahkemeleri görevli olduğundan, tarafların dava açmadan önce bu madde kapsamında uyuşmazlığı arabuluculuğa götürmeleri gerekmektedir. Ayrıca İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 20. fıkrasına göre, 13/6/1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda düzenlenen gazeteci ile 20/4/1967 tarihli 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nda düzenlenen gemiadamı, bu madde kapsamında işçi sayılmaktadır. Kanun koyucu, alacak ve tazminat talepleri ister kanundan ister bireysel ve toplu iş sözleşmesinden doğmuş olsun fark gözetilmeksizin bu uyuşmazlıkların çözümünü arabuluculuğa başvurma zorunluluğu kapsamında düzenlemiştir. Madde metninde yer alan "kanundan" ibaresiyle sözleşmeden doğan alacak ve tazminat taleplerinin yanı sıra, sebepsiz zenginleşmeden ve haksız fiilden doğan, iş ilişkisinden kaynaklanan alacak ve tazminat taleplerinin de maddenin kapsamına dâhil olduğu söylenebilir. Örneğin; işçi veya işverenin iş ilişkisi kapsamında birbirlerine hakaret etmelerinden doğan tazminat alacağı için dava açmadan önce bu madde kapsamında arabuluculuğa başvurulması zorunludur. Ayrıca, hükmün kapsamına, 4857 sayılı İş Kanunu yanında diğer başka kanunlar da dâhildir.

4. USUL HUKUKU AÇISINDAN DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK

4.1. Arabuluculuğun Dava Şartı Olarak Kabul Edilmesi

4.1.1. Genel Olarak

İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı'nın 3. maddesi ilk metninde arabuluculuğa başvurma zorunluluğu "Zorunlu Arabuluculuk" başlığı altında düzenlenmiştir. Tasarının ilk metnine göre, arabuluculuğa başvurma zorunluluğunun dava şartı niteliği taşıdığı şu şekilde ifade edilmiştir: "*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi alacağı ile işe iade talebiyle açılacak davalarda, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunludur. Aksi halde 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 115 inci maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmüne göre işlem yapılır.*" Düzenlemeye göre, arabuluculuğa başvurma zorunluluğunun dava şartı olarak kabul edildiği HMK'nın dava şartı hükümlerine yapılan atıftan anlaşılmaktadır. Bu durumda, dava açmadan önce arabuluculuğa başvurulmamış olması, HMK'nın 115. maddesinin 1. fıkrası ile 2. fıkrasının 1. cümlesine göre işlem yapılmasını gerektirmektedir. Ancak tasarıda getirilen arabuluculuğa başvurma zorunluluğu uygulamasının madde başlığının "Zorunlu Arabuluculuk" olması gönüllülük ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle

eleştirilere maruz kalmıştır⁴¹⁴.

İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilen uygulamada arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun sadece arabuluculuğa başvuru aşaması için kabul edilmekte olup, sürecin devamında ve sona erdirilmesinde tarafların iradeleri egemendir. Ancak maddenin “Zorunlu Arabuluculuk” başlığı altında düzenlenmiş olması, tarafların arabuluculuk görüşmelerine devam etmelerine ve arabuluculuk müzakereleri sonucunda varılan anlaşmaların da bağlayıcı olduğu yönünde yorumlanmasına yol açabileceği eleştirilmektedir⁴¹⁵. Tüm bu nedenlerle doktrinde, maddenin içeriğinin aynı bırakılarak, kurumun adının değiştirilmesi üzerine bir öneride bulunulmuştur⁴¹⁶. Bu öneri üzerine yapılan değişiklikle birlikte madde son halini almış ve “Dava Şartı Olarak Arabuluculuk” başlığı altında şu şekilde kanunlaşmıştır: “*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.*”

Dava açmadan önce arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun dava şartı olarak düzenlenmiş olduğu madde başlığında ve metin içerisinde açıkça ifade edilmiştir. Tasarı metninde olduğu gibi HMK’nın dava şartı ile ilgili hükümlerine atıf yapılmak yerine, maddenin 2. fıkrasında açık bir şekilde dava şartı olduğu ifade edilmiş ve madde metninin yanlış yorumlanması ihtimalinin önüne geçilmiştir. Böylece, dava şartı olarak düzenlenen zorunluluğun yalnızca, arabuluculuğa başvuru aşaması için getirildiği açıkça anlaşılmaktadır⁴¹⁷.

4.1.2. Dava Şartı Niteliği

Dava şartları, mahkemenin bir davanın esası hakkında inceleme yapabilmesi için varlığı veya yokluğu gerekli olan durumlara denilmektedir⁴¹⁸. Dava şartlarının neler olduğu HMK’nın 114. maddesinde sayılmıştır. Bunlar genel dava şartları olup, bütün davalarda mahkemenin esas hakkında inceleme yapabilmesi için gerekli olan şartlardır⁴¹⁹. Ancak özel kanunlar bazı davalar için özel dava şartları düzenlenmiştir⁴²⁰. İşte 7036 Sayılı İş

⁴¹⁴ Acar, 2016, 18; Karacabey, 2016, 462.

⁴¹⁵ Karacabey, 2016, 462.

⁴¹⁶ Acar, 2016, 18.

⁴¹⁷ Zorunluluğun sadece arabuluculuğa başvuru aşaması için öngörülmesi olmasının gönüllülük ilkesiyle çelişmekte olduğu yönündeki değerlendirmeler için bkz.: Birinci Bölüm, 3.1. Başlık

⁴¹⁸ Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, (2016). *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 276; Pekcanitez, Atalay, Özekes, 2016, 243; Budak, Karaaslan, 2017, 143; Üstündağ, 2000, 280,281; Postacıoğlu Altay, 2015, 206; Tanrıver, 2016, 622; Kuru-İstinaf, 190; Karşlı, 2012, 455; Yılmaz-Şerh, 764; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 278; Erdönmez-Pekcanitez Usul, 927.

⁴¹⁹ Karşlı, 2012, 455; Pekcanitez, Atalay, Özekes, 2016, 244; Erdönmez-Pekcanitez Usul, 927.

⁴²⁰ Hukukumuzda özel dava şartlarına örnek olarak şunlar verilebilir:

Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesi ile getirilen iş hukukundan doğan bazı uyuşmazlık türleri için dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurma zorunluluğu özel bir dava şartı niteliğindedir. Dolayısıyla sadece kanunda belirtilen uyuşmazlık için dava açıldığında aranan bir dava şartıdır.

Dava şartları olumlu (davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi için gerekli olan) ve olumsuz (davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi için yokluğu aranan) dava şartları şeklinde sınıflandırılmıştır⁴²¹. Dava şartı olarak arabuluculuk uygulaması olumlu dava şartıdır. Zira mahkemenin esas hakkında inceleme yapabilmesi için, öncelikle arabuluculuk yolunun tüketilmesi gerekmektedir. Dava şartları davanın açılmasına engel olmayıp, mahkemenin yargılama yapabilmesi için gerekli olan şartlardır. Bu durumda arabuluculuğa başvurulmamış olması dava açılmasının önünde bir engel teşkil etmeyecek ve açılan dava derdest sayılacaktır. Ancak mahkemenin yargılama yapabilmesi için arabuluculuğa başvurulduktan sonra dava açılması gerekliliğinden dolayı mahkemenin davayı yargılama yapmadan usulden davayı reddetmesi gerekir.

4.1.3. Dava Şartının İncelenmesi

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesinin 1. fıkrasına göre mahkeme, davanın başında dava şartının bulunup bulunmadığını kendiliğinden araştırmakla yükümlü olup, tarafların talep ve beyanları ile bağlı değildir. Taraflar da davanın her aşamasında dava şartlarının noksan olduğunu ileri sürebilirler. Mahkeme söz konusu eksikliğin giderilip giderilemeyeceğine göre iki şekilde karar verebilir. Buna göre mahkeme ya davayı dava şartı eksikliği nedeniyle usulden reddedecek ya da dava şartı eksikliğinin giderilmesi mümkün ise kesin bir süre verecektir (HMK m.115/2). Eğer bu süre içerisinde eksiklik tamamlanmazsa, bu durumda dava usulden reddedilecektir (HMK m. 115/2- ikinci cümle).

İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı halindeyken 115. maddenin 1. fıkrasına ve 2. fıkrasının birinci cümlesine atıf yapılmıştı. Dolayısıyla mahkeme, arabuluculuğa

"İİK m. 277-284 hükümlerine göre tasarrufun iptali davası açabilmek için alacaklının elinde borç ödemededen aciz belgesi bulunması şartı (İİK. m. 277/1), Borçtan kurtulma davasının dinlenebilmesi için, bu davayı açan borçlunun alacağın yüzde onbeşi kadar bir teminatı ilk duruşma gününe kadar göstermesi şartı (İİK m.69/1), Davalı eşe ihtar kararı tebliğ edilmeden ve ihtar kararının tebliğinden itibaren iki ay geçmedikçe, terk sebebiyle boşanma davası açılmaz (TMK m. 164), Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun gereğince, Kanunun belirlediği parasal sınırlar çerçevesinde, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklarda, doğrudan tüketici mahkemesine başvurulamaz. Burada öncelikle tüketici hakem heyetine gidilmesi gerekir (6502 sayılı Kanununun 68. maddesi)".

⁴²¹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 278; Pekcantez, Atalay, Özekes, 2016, 244; Tanrıver, 2016, 622; Yılmaz-Şerh, 764; Erdönmez, 2017, 927.

başvurulmadan dava açılmış olduğunu davanın her aşamasında kendiliğinden tespit edebilecektir. Aynı zamanda taraflar da bu eksikliği davanın her aşamasında ileri sürebilecektir. 115 inci maddenin 2. fıkrasının ikinci cümlesine atıf yapılmadığından hâkim dava şartı eksikliğinin giderilmesi için, taraflara süre veremeyecek, arabuluculuğa başvurulmadığını tespit etmesiyle birlikte usulden davayı reddedecektir. Ancak tasarıda söz konusu düzenlemede değişikliğe gidilmiş ve HMK'nın dava şartına ilişkin hükümlerine yapılan atıf kaldırılarak, incelemenin nasıl yapılacağı açıkça ifade edilmiştir. İncelemenin düzenlendiği İMK'nın 3. maddesinin 2. fıkrasına şu şekildedir: “*Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması halinde 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 halinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir.*”

İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı'nın ilk haline göre göre dava şartı, arabuluculuğa başvurulmuş olmasıyla tamamlanmaktaydı. Ancak kanunlaşma sürecinde, dava şartının tamamlanma anı değiştirilmiştir. Düzenlemeye göre, dava açmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartının yerine getirilmiş olması için yeterli görülmemiş ve arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslının veya onaylanmış örneğinin dava dilekçesine eklenmesi zorunlu kılınmıştır. Bu zorunluluğun yerine getirilmemesi halinde mahkeme davacıya bir haftalık kesin süre verecek ve bu süre içerisinde tutanağı ibraz etmesi gereğini bir ihtar ile bildirmelidir. Verilen bu süre içerisinde de eğer tutanak mahkemeye ibraz edilmemişse, mahkeme davayı usulden reddetmelidir. Bu hüküm gereği, davacıya verilecek süre, arabuluculuğa başvurma şartının yerine getirilmesi için olmayıp, arabuluculuk görüşmeleri sonunda anlaşmazlık tutanağının mahkemeye ibraz edilmesi içindir. Bu düzenleme karşısında taraflar eğer arabuluculuğa başvurduklarını ve anlaşma sağlayamadıklarına ilişkin olan tutanağı dava dosyasına eklememişlerse, mahkemenin arabuluculuğun denenip denenmediğini nasıl tespit edeceği belirsizdir. Zira böyle bir durumda mevcut düzenlemeye göre mahkemenin tutanağın eksikliği halinde davayı dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddetmesi gerekmektedir. Ancak taraflar arabuluculuğa gitmiş, anlaşma sağlayamamış ancak anlaşmazlık tutanağı düzenlenmemiştir. Bu durumda halihazırda arabuluculuk faaliyetini denemiş olan taraflar tutanağı ibraz

etmediği için tekrar aynı yöntemi denemek zorunda kalcaklardır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 137. maddesine göre ön inceleme aşamasında dava şartlarına ilişkin inceleme yapılmaktadır. Bu noktada mahkeme dava şartının yerine getirilip getirilmediğini taraflardan birine sorarak veya verilen cevap dilekçesiyle tespit edilebilir⁴²². Ancak ilgili Kanunu'nun arabuluculuğa başvurma zorunluluğu bulunan durumlarda mevcut düzenlemesi karşısında, tarafların bunu dava dilekçesinde belirtmesi, belirtmediği takdirde mahkemenin süre vererek tamamlanmasını istemesi ve tutanak bu süre içerisinde ibraz edilmezse davayı, dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddetmesi gerekmektedir. Ancak bu düzenleme, dava açılmadan önce arabuluculuk faaliyetinin denendiği durumlarda da davanın dava şartı yokluğu nedeniyle reddedilmesine sebep olmakta ve bu durumda uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını geciktirmektedir.

Arbuluculuk faaliyetinin denenmiş olduğu bir uyuşmazlık sonucunda anlaşmaya varılamadığında dava açılması durumunda, ıslah yolu ile görüşmelerde ileri sürülmeyen bir husus davaya dahil edilip edilemeyeceği sorununu taşımaktadır⁴²³. Belirtmiş olduğumuz düzenlemeler ışığında ıslah sorununu ele alacak olursak; şayet uyuşmazlık konusu kanunda arabuluculuğa başvurunun zorunlu kılındığı uyuşmazlıklardan biri ise dava açılmadan önce arabuluculuğa başvuru zorunluluğu gerektiği şüphesizdir. Ancak tarafların ıslah yoluyla ileri sürdüğü uyuşmazlıklar ile asıl uyuşmazlık arasında bağlantı bulunmaktadır. Ve taraflar asıl uyuşmazlık için arabuluculuğa gitmiş, o uyuşmazlık için anlaşmaya varamayacaklarını açıkça ortaya koydukları için ıslahın kabul edilmesi gerekir.

Mevcut düzenlemede arabulucuya başvurmadan dava açıldığının anlaşılması halinde, herhangi bir işleme gerek kalmadan dava, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilecektir. Dolayısıyla, HMK'nın 115. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesinde belirtildiği gibi, dava şartının yerine getirilmesi için taraflara süre verilmeyecek ve açılan davaya ilişkin dosya mahkemede derdest halde bekletilmez⁴²⁴. Bunun sonucunda mahkeme arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşması durumunda yeniden inceleme yapmaz, hüküm vermesi ve yargılama giderlerini belirlemesi gerekmez⁴²⁵.

Arbuluculuğa başvurulmadan dava açılması durumunda dava şartının yokluğu mahkeme tarafından davanın esasına girilmeden önce fark edilmemiş, taraflar da bu hususu ileri sürmemiş ise hüküm anında bu eksiklik giderilmiş olup, taraflar arabuluculuk

⁴²² Erdoğan, 2017, 1217.

⁴²³ Erdoğan, 2017, 1218.

⁴²⁴ İş Mah. kemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Genel Gerekçesi, 14.

⁴²⁵ Oğuz, 2016, ; Acar, 22. Buna karşılık, hâkimin süre vermesi gerektiğini ileri süren görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşlere göre, işçinin hâkim güvencesinden yoksun olmaması için hâkimin süre vermesi gerektiği düşünülmektedir. Namlı, 162.

görüşmeleri sırasında da anlaşma sağlayamamışsa, başlangıçta arabuluculuğa başvurulmadan dava açılmış olması sebebiyle dava şartı yokluğu nedeniyle dava usulden reddedilemez (HMK m. 115/III).

Dava şartlarının inceleme sırası hususunda HMK'nın dava şartlarına ilişkin hükümlerinde bir düzenleme mevcut değildir. Doktrinde ise, *Kuru'ya* göre, bir dava şartının yokluğunun tespiti halinde diğerlerinin inceleme konusu yapılmasına gerek kalmayacak ise, öncelikle bu dava şartı ele alınmalıdır⁴²⁶. Dolayısıyla, arabuluculuğa başvurulmadan önce dava açılmış olması ihtimalinde dava şartlarını inceleme konusu arabuluculuk görüşmelerine katılma şartının yerine getirilmediğinin öncelikle tespit edilmesi durumunda, diğer şartların incelenmesine geçilmeye gerek kalmayacak dava, dava şartı yokluğu nedeniyle reddedilir.

4.1.4. Dava Şartı Yokluğu Nedeniyle Davanın Usulden Reddedilmesinin Sonuçları

Dava şartı yokluğu nedeniyle, davanın reddi kararına karşı kanun yoluna başvurulabilecektir. Mahkemenin vermiş olduğu usulden red kararı, nihai bir karardır⁴²⁷. Dolayısıyla iş hukukundan doğan belli bazı uyuşmazlık türleri için arabuluculuğa başvurulmadan dava açılması durumunda, mahkemenin vermiş olduğu dava şartı yokluğundan usulden red kararı nihai bir karardır. Bu karara karşı taraflar kanun yoluna başvurabilirler. Arabuluculuğa başvurulmadan dava açılması durumunda, mahkeme davayı dava şartı yokluğun nedeniyle reddettiğinde, eğer arabuluculuğa başvurma şartı yerine getirilirse, reddedilen bu davanın tekrardan açılmasına bir engel bulunmamaktadır. Mahkemenin vermiş olduğu bu karar, sadece ilişkin olduğu dava şartının yokluğu hakkında kesin hüküm teşkil edecektir⁴²⁸. Bu nedenle, dava şartlarının tamamlandığı durumlarda,

⁴²⁶ Dolayısıyla ilk önce mahkemeye ilişkin olan dava şartlarından başlanmalıdır. Kuru-İstinaf, 201; Pekcanitez, Atalay, Özekes, 2016, 251; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 289; Erdönmez, 2017, 954. Benzer yönde görüş için bkz.: Bilge Umar-Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları 2014, Ankara, 958, (Umar-Şerh); Buna karşılık, Tanrıver'e göre, mahkeme en kolay, en hızlı hangi dava şartının yokluğunu tespit edebiliyorsa öncelikle bunu değerlendirmelidir. Tanrıver, 2016, 625. Karaaslan ise, dava şartları arasında önem sırası konulan örneğin öncelikle görevsizlik kararı verbileceği, yetkisizlik kararının görevli mahkeme tarafından verilebileceğine ilişkin görüşe katılmamakta, hâkimin önüne gelen davayı bütün dava şartları açısından re'sen incelemesi gerektiğini ileri sürmektedir. Budak, Karaaslan, 2017, 158; Tahkim şartı söz konusu olduğunda öncelikle tahkim şartı ele alınıp o incelenmelidir. Zira tahkim şartına rağmen dava açıldıysa dava usulden reddedilecektir ve yetkinin bir önemi kalmayacaktır. Umar-Şerh, 359.

⁴²⁷ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 290; Tanrıver, 2016, 625; Kuru-İstinaf, 201; Erdönmez, 2017, 954.

⁴²⁸ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 290; Doğan Yenisey, 2016, 187; Kuru-İstinaf, 202 dava şartı yokluğunda verilen red kararı maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceğine ilişkin bkz.: Postacıoğlu, Altay, 2015, 206.

yeniden açılan davaya karşı kesin hüküm itirazında bulunulamayacaktır⁴²⁹.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun dava şartı olarak arabuluculuk düzenlemesine kanun koyucu HMK'nın dava şartlarının incelenmesi başlıklı 115. maddesinin 2. fıkrasında bazı dava şartlarının tamamlanması için taraflara kesin süre verilebileceğine ilişkin düzenlemesine atıf yapılmamıştır. Bu durum dava şartlarının yokluğu nedeniyle davanın reddedilmesinde davanın açılmasıyla birlikte ortaya çıkan sonuçların korunabilme imkânını ortadan kaldırmaktadır. Oysa uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi dava açıldıktan sonra da yerine getirilebilecek bir faaliyettir. HMK'nın 137. maddesi gereğince mahkeme ön inceleme safhasında tarafları arabuluculuğa başvurması için teşvik edebilir. Bu düzenlemenin varlığına rağmen hakimin arabuluculuğa başvurulmadığı gerekçesiyle davayı dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddetmesi hak arama özgürlüğüne aykırı sonuçlar doğurur. Dolayısıyla mahkemenin davayı, doğrudan dava şartı yokluğu nedeniyle reddetmek yerine, hâkimin arabuluculuğa başvurmaları için taraflara kesin vererek, bu hususu bekletici mesele yapması gerekmektedir. Taraflar verilen süre içerisinde arabuluculuğa başvurur ve anlaşma sağlarsa, bu durumda mahkemenin davanın konusuz kalması nedeniyle hüküm verilmesine yer olmadığına ilişkin bir karar vermelidir. Bu durumda yapılan arabuluculuk anlaşması mahkeme içi sulh niteliğinde sayılacaktır. Taraflar bu süre içerisinde arabuluculuğa başvurur, anlaşma sağlayamazsa bekletici mesele ortadan kalkar davaya kaldığı yerden devam edilir. Taraflar bu süre içerisinde arabuluculuğa başvurmaz ise, dava dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddedilir. Arabuluculuk faaliyetine katılmayan tarafın yargılama giderlerinden sorumluluğu söz konusu olur. Bu durumda mevcut düzenlemede tarafın hak arama özgürlüğü engellenirken, süre verilmesi halinde en kötü ihtimalle tarafın yargılama giderlerinden sorumluluğu söz konusu olmaktadır.

Taraflara dava şartının tamamlanması için süre verilmediği durumlarda, dava açılmasıyla ortaya çıkan sonuçların korunup- korunmayacağı sorunu oluşur. Bu sorunların yaşanmaması için de alternatif çözümler uygulanabilir. Şöyle ki, arabuluculuğa başvurulmadan dava açılması durumunda, taraflara dava şartı eksikliğinin tamamlanması için süre verilemediği durumlarda dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddedilmesi durumunda mahkemede dava açılmasıyla meydana gelecek sonuçların korunup korunmayacağı sorunu önem arz etmektedir. Bilindiği üzere dava açılmasıyla

⁴²⁹Postacıoğlu, Altay, 2015, 206; Doğan Yenisey, 2016, 187; benzer yönde görüş için bkz.: Kuru-İstinaf, 202; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 290; Erdönmez, 2017, 954.

birlikte hem maddi hukuka hem de usul hukukuna ilişkin birtakım sonuçlar doğmaktadır⁴³⁰. Bunlar arasında konumuz açısından önem arz eden sonuç, davanın açılmasıyla hak düşürücü zamanaşımı sürelerin korunmasıdır. Benzer bir düzenleme hem tahkim yargılamasında hem de arabuluculuğa başvurulması durumunda mevcuttur. Bu düzenlemenin amacı, hukuki yollarla uyuşmazlığın çözümünün denenmesi sırasında hak kayıplarının önüne geçmektir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, davanın usulden reddedilmesi üzerine, davanın açılmasıyla birlikte ortaya çıkan sonuçların korunacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır⁴³¹. Arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edildiği İş Mahkemeleri Kanunu'nda da bu tarz bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, arabuluculuğa başvurulmadan dava açılması durumunda dava şartı eksikliği nedeniyle davanın usulden ret kararı üzerine, mahkemede dava açılmasıyla birlikte meydana gelen sonuçların korunmayacağı söylenebilir. Zira bu durumda açık bir düzenleme mevcut değildir.

İşaret ettiğimiz eksiklikler nedeniyle sonucun bu şekilde kabul edilmesi hak kayıplarına neden olabilir. Örneğin, işçi uyuşmazlığının dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmasının zorunlu olan uyuşmazlık türlerinden biri olduğunu bilmeyebilir veya böyle bir düzenlemenin varlığından haberdar da olmayabilir. Zira yeni uygulanmaya başlanılan bir yöntem olduğu için bireylerin kurumu fark etmeleri zaman alacaktır. İşçinin açmış olduğu davanın dava şartı eksikliği nedeniyle usulden reddedilmesi durumunda dava açma süresi korunmamış olur. Bu ise, işçinin hak kaybına yol açabilecek bir sonuçtur. Bu nedenle, kanunda oluşan bu boşluğun doldurulması gerekmektedir.

Hukukumuzda davanın usulden reddi durumunda dava açılmasıyla ortaya çıkan sonuçların korunması bakımından bir kanun boşluğundan⁴³² mı bahsedileceği yoksa düzenleme eksikliğinin mi söz konusu olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir⁴³³. Zira bu iki halin sonuçları birbirinden farklıdır. Şöyleki, eğer kanun boşluğu olduğu tespit edilirse, hâkim Medeni Kanunu'nun birinci maddesinde belirtildiği gibi, öncelikle örf ve âdete bakar, eğer orada da hüküm yoksa hukuk yaratır. Hâkim hukuk yaratırken, ya bir kural koyar ya da mevcut bir düzenlemeyi kıyasen uygular. Ancak bir konuda düzenlemenin olmayışı her zaman kanun boşluğu olduğu anlamına gelmektedir. Bu durum kanun koyucu tarafından bilinçli olarak da doldurulmamış olabilir.

⁴³⁰ Pekcanitez, H. (2015). "Tahkim İlk İtirazı". *MİHDER*. 32, 45.

⁴³¹ Pekcanitez, 2015, 45.

⁴³² Kanun boşluğu, "sorunun çözümüne katkı sağlayacak bir kuralın bulunmaması ve yürürlükte olan hukuk düzeni dikkate alındığında, pozitif hukukun sınırları içinde sorunu düzenleyecek bir düzenlemenin bulunmamasını ifade eder". Pekcanitez, 2015, 45.

⁴³³ Pekcanitez, 2015, 45.

Dava şartı eksikliği nedeniyle davanın usulden reddedilmesi durumunda dava açılmasıyla ortaya çıkan sonuçların korunacağına ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması doldurulması gereken gerçek bir boşluktur. Zira benzer bir husus tahkim yargılaması için de kabul edilmiştir. Tahkim sözleşmesine rağmen doğrudan dava açılması durumunda mahkemenin tahkim ilk itirazını kabul ederek davayı usulden reddetmesi durumunda, dava açılmasıyla birlikte ortaya çıkan sonuçların korunması gerektiği hâkimin bu boşluğu HMK'nın 20. maddesini kıyasen uygulayarak doldurması gerektiği ileri sürülmüştür⁴³⁴. Dolayısıyla tahkimde uygulanan HMK m. 20'nin kıyasen dava şartı olarak getirilen arabuluculuk yönteminde de uygulanabileceği söylenebilir. HMK m. 20, görevsizlik ve yetkisizlik kararı verilmesinden sonra davanın usulden reddedilmesi kararının kesinleşmesinden itibaren iki haftalık süre içerisinde görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilen mahkemeye başvurarak dosyanın görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesinin talep edilmesi durumunda dava açılmasıyla meydana gelen sonuçların korunacağına ilişkin bir düzenlemedir. Mahkemenin görevsizlik kararı vererek davayı dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddetmesi kararının sonuçlarını arabuluculuğa başvurulmaması durumunda verilen usulden ret kararına kıyasen uyguladığımızda, davacının mahkemenin verdiği ret kararının kesinleşmesinden itibaren iki haftalık süre içerisinde arabuluculuğa başvurması durumunda ilk davanın açılmasıyla ortaya çıkan sonuçlar korunmuş olur. En azından maddi hukuka ilişkin sonuçlar açısından bunun kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Öte yandan, burada özellikle işçileri koruyabilmek bağlamında Borçlar Kanunu madde 158'de, zamanaşımı süresinin kaçırılması halinde ek süre verildiğine ilişkin hükmün uygulanması imkânının korunması da gerekir. İşaret ettiğimiz madde hükmüne göre; "*Dava veya def'i, mahkemenin yetkili veya görevli olması ya da düzeltilebilecek bir yanlışlık yapılması yahut vaktinden önce açılmış olması nedeniyle reddedilmiş olup da o sırada zamanaşımı ve hak düşürücü süre dolmuşsa, alacaklı altmış günlük ek süre içinde haklarını kullanabilir.*"

Düzenlemeye bakıldığında ek sürenin düzeltilebilecek bir yanlışlık yapılması hali

⁴³⁴ Pekcanitez, 2015, 832; Benzer yönde görüş için bkz.: Kuru, C. VI, 5978; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 767; Kuru-İstinaf, 728; Postacıoğlu, Altay, 2015, 1038-1039; Karadaş, 2013, 95; Pekcanitez, Yeşilirmak-Pekcanitez Usul, 2665. Aksi yönde görüş için, bkz. Yeşilova, B. (2008). *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*. İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 520; Yargıtay'da vermiş olduğu bir kararda adli yargıda açılması gereken bir kararın idari yargıda açılması durumunda verilen yargı yoluna aykırılık kararından sonra hangi süre içerisinde adli yargıda dava açılabilmesine ilişkin düzenleme boşluğunu HMUK m. 193'ü uygulayarak doldurmuştur. 27.02.2008 Tarihli, 2008/21-140 E., 2008/205K. www.kararara.com, 27.12.2017.

için de geçerli olduğu görülmektedir⁴³⁵. Arabuluculuğa başvurmadan dava açılması durumu düzeltilebilecek bir yanlışlık olarak kabul ettiğimizde hükmün dava şartı olarak arabuluculuk uygulaması için de uygulanacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Mahkemenin vermiş olduğu dava şartı yokluğu nedeniyle usulden red kararı kesinleşirse tarafa bu andan itibaren arabuluculuğa başvurması için 60 günlük süre verilir. Başka bir ifadeyle verilen red kararının kesinleşmesinden itibaren 60 günlük süre içerisinde arabuluculuğa başvurulursa karşı taraf zamanaşımı def'i ileri süremez. Zira buradaki 60 günlük ek süreden yararlanabilecektir.

4.1.5. Dava Şartı Eksikliği Giderilmeden Verilen Hüküm Dolayısıyla Kanun Yoluna Başvurulması

Dava şartı eksikliği ilk derece mahkemesinde fark edilmeden hüküm verilmiş ise hukuka aykırı bir hükümden bahsedilir. Hukuka aykırı bir hükümden yer alan hata ve eksikliklerin düzeltilmesi için de tarafların kanun yoluna başvurma imkânları bulunmaktadır. Bilindiği üzere hukukumuzda kanun yolları olağan ve olağanüstü kanun yolları şeklinde sınıflandırılmaktadır. Henüz şekli anlamda kesinleşmemiş kararlara karşı olağan kanun yollarına, şekli anlamda kesinleşmiş kararlara karşı da olağanüstü kanun yollarına başvurulmaktadır⁴³⁶. Olağan kanun yolları, istinaf ve temyizdir. Olağanüstü kanun yolu ise yargılamanın yenilenmesidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341 inci maddesine göre, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen nihai kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulmaktadır. Dolayısıyla tarafların İş Mahkemeleri'nden verilen nihai kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurma imkânı bulunmaktadır. Bu noktada kararın hangi ilk derece mahkemesinden verilmiş olmasının bir önemi yoktur. Mahkemenin, bir dava şartı olan arabuluculuğa başvurma zorunluluğunun yerine getirilmeden karar verildiğinin anlaşılması üzerine, taraflar kanun yoluna başvurabilecek ve hatta başka bir gerekçe ile kanun yoluna başvurulmuş olsa bile, bu husus istinaf mahkemesince kendiliğinden dikkate alınır.

Yetkili Bölge Adliye Mahkemesi, kamu düzenine aykırılık istisnası dışında tarafların belirtmiş olduğu sebeplerle sınırlı olarak istinaf incelemesini yapmaktadır⁴³⁷. İstinaf incelemesi kural olarak duruşmalı olarak yapılmaktadır. Ancak kanunda bu konuda bir sınırlama yapılarak duruşma yapılmadan karar verilebilecek haller düzenlenmiştir

⁴³⁵ Pekcanitez, 2015, 51.

⁴³⁶ Pekcanitez, Özekes, Atalay, 2016, 513; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 581. Benzer yönde tanımlar için bkz.: Budak, Karaaslan, 2017, 331; Kuru-İstinaf, 661,663; Karlı, 2012, 776; Özekes, 2017, 2159;

⁴³⁷ Pekcanitez, Özekes, Atalay, 2016, 521; Budak, Karaaslan, 2017, 337; Kuru-İstinaf, 675; Karlı, 2012, 807; Özekes, 2017, 2243.

(HMK m.353). Bölge Adliye Mahkemesi'ne ilk derece mahkemesinin kararının dava şartına aykırı olarak verildiği iddiasıyla başvurulduğu hallerde, Bölge Adliye Mahkemesi duruşma yapmadan da inceleme gerçekleştirilebilecektir(HMK m. 353/1-a). Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurma zorunluluğu HMK m. 353/1-a/4'te belirtilen "diğer dava şartları" içerisinde yer almaktadır. Bu noktada Bölge Adliye Mahkemesi tam anlamda inceleme yapmamakta sadece dava şartlarına uygunluk konusunda denetim yapmaktadır⁴³⁸. Zira dava şartları gözetilmeden yapılan inceleme sonucunda verilmiş hükümler şeklen mevcut olsa bile, gerçek anlamda mahkeme kararından söz edilemeyeceği için BAM ilk derece mahkemesinin yerine geçerek karar veremez. Dolayısıyla, arabuluculuğa başvurulmaksızın hüküm verilmiş olması durumunda yapılacak istinaf incelemesinde, esas hakkında bir inceleme yapılmadan kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmek üzere, dosyanın kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine gönderilmesine kesin olarak karar verilmektedir.

Bölge Adliye Mahkemesi'nin ilk derece mahkemesi tarafından verilen hükmü kaldırması durumunda, dosya ilk derece mahkemesine gönderilir. Bu durumda nihai kararı veren İş Mahkemesi'nde davanın yeniden incelemesi yapılarak görülmesi gerekir. İş Mahkemesi de arabuluculuğa başvurma zorunluluğunun yerine getirilmediğini tespit ederse, davayı dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddetmelidir. Tarafların arabuluculuk yöntemine başvurup bu şartı yerine getirerek, arabuluculuk görüşmeleri sonunda uzlaşma sağlayamadığında davayı yeniden açma hakkı bulunmalıdır. Ancak bu durumun usul ekonomisine aykırı olduğu söylenebilir⁴³⁹. Şöyle ki, Bölge Adliye Mahkemesi'nin dava şartı eksikliğini tespit etmesi durumunda dosyayı ilk derece mahkemesine göndermek yerine, doğrudan dava şartı eksikliğinden davayı usulden reddetmesi hali de aynı sonuca ulaştırmaktadır. Bu durumda uyuşmazlığın ilk derece mahkemesine gönderilmesiyle birlikte, uyuşmazlığın çözümüne bir aşama daha eklenmemiş olacaktır. Çünkü dosya kendisine geri gönderilen mahkeme de dava şartı eksikliğini fark ettiğinde, davayı dava şartı yokluğundan usulden reddedecektir. Hatta yukarıda bahsettiğimiz üzere BAM'nin davayı doğrudan reddetmek yerine bekletici mesele yaparak taraflara arabuluculuğa başvurmaları için süre vermesi İstinaf incelemesinde de yaşanabilecek bu süre kaybının önüne geçilmiş olunacaktır. Bu süre içerisinde taraflar arabuluculuğa başvuramazlarsa

⁴³⁸ Pekcanitez, Özkes, Atalay, 2016, 530.

⁴³⁹ Hatta doktrinde tamamlanması mümkün olmayan dava şartları için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi lüzümsüz olarak görülmüş olup, Bölge Adliye Mahkemesi'nin davayı usuli nihai kararla reddetmesi kanunun amacına dah uygun olacağı ileri sürülmüştür. Budak, Karaaslan, 2017, 353.

davayı kendisinin usulden reddetmesi, taraflar arabuluculuğa başvurur anlaşamazlarsa da kaldığı yerden istinaf incelemesine devam etmelidir. Taraflar açısından verilen bu iki karar bakımından herhangi bir farklılık olmayacak, eğer davanın esası hakkında hüküm verilmesini istiyorlarsa dava şartı olarak arabuluculuk prosedürünü izlemeleri gerekecektir. Her ne kadar bu uygulama usul ekonomisine aykırı da olsa, BAM'nin doğrudan dava şartı yokluğundan davayı usulden reddetmesi imkânı söz konusu değildir. HMK' daki mevcut düzenleme emredici nitelikte olduğundan BAM arabuluculuğa gidilmeden hüküm verilmiş olmasını tespit ettiğinde ilk derece mahkemesinin kararını kaldırıp dosyayı kararı veren mahkemeye gönderecektir.

4.2. Yetki

7036 sayılı Kanunda arabuluculuğa başvuru, dava açılmadan önce yürütülecek bir prosedür olarak görülmüştür. Bu nedenle tarafların dava açmadan önce kanunda belirtilen şekilde kurulmuş bir arabuluculuk bürosuna başvurmuş olması gerekmektedir. Tarafların arasındaki uyuşmazlığın çözümünde hangi arabuluculuk bürosunun yetkili olduğu 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. Maddesinin 5. fıkrası ile belirlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; *“Başvuru karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılır.”*

Başvurular için yetkili arabuluculuk bürosu, karşı tarafın yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosu olarak belirlenmiştir. Taraflar, arasındaki uyuşmazlığın çözümünde hangi arabuluculuk bürosunun yetkili olduğu belirlenirken, iş mahkemelerinin yetkiye ilişkin hükümleri esas alınmıştır⁴⁴⁰. 7036 sayılı İMK'nın “yetki” başlıklı 6. Maddesinin 1. fıkrasına göre; iş mahkemelerinde açılacak davalarda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki yetki hükümlerine uygun olarak davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi yetkili mahkeme olarak belirlenmiştir. Arabuluculuk bürolarının yetkisi belirlenirken de arabuluculuğa başvuran tarafın davacı, karşı tarafın ise davalı olarak görüleceği düşünülerek davalının yerleşim yerindeki arabuluculuk merkezi yetkili kılınmıştır⁴⁴¹. Ayrıca, işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk merkezinin de yetkili olarak belirlenmesinde aynı madde esas alınmıştır. Bu durumda arabuluculuğa başvuran tarafın arabuluculuk bürosu olarak, karşı tarafın yerleşim yerindeki veya işi yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürolarından birini tercih etmek hakkı

⁴⁴⁰ Oğuz, 2016, 84; Doğan Yenisey, 2016, 187.

⁴⁴¹ Oğuz, 2016, 79.

bulunmaktadır. Ayrıca, karşı taraf birden fazla ise, bunlardan birinin yerleşim yerindeki arabuluculuk bürosuna başvurulmuş olması da yeterlidir. Yetkili olarak belirlenen yerlerde arabuluculuk bürosu bulunmuyorsa, başvurunun, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu tarafından görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne yapılması gerekmektedir. Bu düzenleme ile taraflar bölgesel olarak belirtilen sınırlar içerisinde kalan arabuluculuk bürolarına başvuru yapılabilir.

Arabulucu, kanunda belirtilen kurallar çerçevesinde yetkili kılınan arabuluculuk bürosu tarafından seçilmemişse, yetkisizlik durumu söz konusu olur. Meseleye ilişkin olarak İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 9. fıkrasında, arabulucuyu görevlendiren büronun yetkili olup olmadığının nasıl denetleneceğine ilişkin usul hükümlerine yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, arabulucunun seçimi için başvuru arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz etme hakkı uyuşmazlığın karşı tarafına verilmiştir. Dolayısıyla arabuluculuk yöntemine başvuran tarafın ve arabulucunun bürosuna itiraz etme hakkı bulunmamaktadır. Karşı taraf, en geç ilk toplantıda arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz edebilir. Ancak bunun için yerleşim yerine ve işin yapıldığı yere ilişkin belgeleri ileri sürmesi gerekmektedir. Karşı taraf, verilen süre içerisinde yetki itirazında bulunabileceği gibi, bu süreyi geçirip yetkisiz arabuluculuk bürosunu zımni olarak yetkili de kılabilir.

Arabulucunun, kendisini görevlendiren arabuluculuk bürosunun yetkili olup olmadığını kendiliğinden inceleme yetkisi bulunmayıp, dosyayı derhal ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere büroya teslim etmelidir. Dosyayı alan arabuluculuk bürosu ilgili sulh hukuk mahkemesine dosyayı gönderir⁴⁴². Mahkeme harç almaksızın dosya üzerinden inceleme yaparak yetkili arabuluculuk bürosunu kesin olarak karara bağlar ve dosyayı büroya iade eder. Hükümden anlaşıldığı üzere sulh hukuk mahkemesi sadece yetkili arabuluculuk bürosunun neresi olduğunu belirlemekte yoksa dosyanın o arabuluculuk bürosuna kendiliğinden gönderilmesine karar verememektedir. Mahkemenin vermiş olduğu bu karara karşı kanun yoluna başvurulamayacağı gibi, dosya kendisine geri gönderilen arabuluculuk bürosu da bu kararla bağlıdır. Büro, kendisine gönderilen bu kararı 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerince taraflara tebliğ eder.

Mahkeme, arabuluculuk bürosunun yetkili olduğuna karar verirse, yetki itirazını reddedip, mevcut arabuluculuk bürosunun yetkili olduğuna ve aynı arabulucunun yeniden

⁴⁴² İlgili sulh hukuk mahkemesi deyimiyle neyin kastedildiği belirtilmemiş olup, bunun arabuluculuk bürosunun bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesi olarak algılanması gerekmektedir ileri sürülmüştür. Erdoğan, 2017, 1219.

görevlendirilmesine karar vermelidir. Zira bu arabulucunun taraflara ait iletişim bilgilerine eriştiği, onlara ulaştığı ve ilk toplantıyı da yaptığı varsayımında, aynı arabulucu tarafından sürecin devam ettirilmesinde yarar vardır⁴⁴³. Bu ihtimalde İMK'nın 3. maddesinin 10. fıkrasında belirtilen süreler, yeniden görevlendirme tarihinden itibaren başlayacaktır. Bu noktada mahkeme yetki itirazını kabul etmişse, kararın taraflara tebliğinden itibaren bir hafta içinde yetkili arabuluculuk bürosuna başvurulması gerekir. Yetkisiz arabuluculuk bürosuna başvurma tarihi, yetkili büroya başvurma tarihi olarak kabul edilmelidir. Arabulucu, yetkili büro tarafından İMK'nın 3. maddesinin 6. fıkrasında belirtilen usullere göre belirlenmelidir. Tarafların başvuracağı arabuluculuk büroları için yetki sınırlamasının yapılması ve yetkinin yanlış belirlendiğinin tespitinin ne arabuluculuk bürosunda ne de arabuluculuk bürosu tarafından belirlenen arabulucuda olmadığı, bunun belirlenmesi için mahkemede dava açılması gerektiği hususları uyuşmazlığın sürüncemede kalmasına sebebiyet verebilir⁴⁴⁴. Ayrıca, başvuru sulh hukuk mahkemesinin belirlediği yetki alanı, daha sonra açılacak davada hâkimi bağlamamaktadır. Oysa arabuluculuk bürosunun yetkisi belirlenirken, iş mahkemelerinin yetkisine ilişkin kurallardan yola çıkılmıştır. Bu durumda hukuk devleti ilkesine aykırı olarak birbiriyle çelişen iki farklı kararın çıkması muhtemeldir⁴⁴⁵. Bu sorunların çözümü için de doktrinde iki çözüm önerisinde bulunulmuştur. Bunlarda ilki, arabulucuların denetimi için arabuluculuk bürosuna başvuru şartı aranabilir, ancak herhangi bir yerdeki arabuluculuk bürosunun olmasına imkân sağlanabilir, ikinci olarak da tarafların doğrudan arabulucuya başvurma imkânları getirilebilir, bu durumda da denetim açısından arabulucuların seçildiğini bildirme yükümlülüğü bulunabilir⁴⁴⁶. Böylelikle taraflar diledikleri yerlerde bulunan listelerden arabulucu seçebilirler. Bu durum, tarafların ortak bir arabulucu üzerinde anlaşmamaları ve arabuluculuk bürosu tarafından irade dışında yapılacak arabulucu tayini ihtimalini de azaltacaktır.

4.3. Yargılama Giderlerine Olan Etkisi

4.3.1. Yargılama Giderleri

Taraflar davanın açılmasından sonuçlanmasına kadar birtakım harcamalar yapmak zorunda kalırlar. Bu harcamalar, doktrinde yargılama giderleri olarak ifade edilmektedir⁴⁴⁷.

⁴⁴³ İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Gerekçesi, 15.

⁴⁴⁴ Erdoğan, 2017, 1219.

⁴⁴⁵ Erdoğan, 2017, 1219.

⁴⁴⁶ Erdoğan, 2017, 1220.

⁴⁴⁷ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 695; Pekcanitez, Atalay, Özekes, 2016, 597. Benzer yönde bkz. Budak, Karaaslan, 2017, 291; Üstündağ, 2000, 765; Postacıoğlu, Altay, 2015, 958; Tanrıver, 2016, 1041; Kuru-İstinaf, 814; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 692; Atalay-Pekcanitez Usul, 2385; Ermenek, İ.

Bilindiği üzere yargılama giderleri, harçlar, masraflar ve vekâlet ücreti olarak sınıflandırılmıştır. Bu çerçevede davayı kazanan tarafın daha önce yatırdığı avanslar, Adalet Bakanlığı'nca peşin olarak ödenen giderler ve ayrıca davayı kazanan taraf davayı bir vekil vasıtasıyla takip etmiş ise vekâlet ücreti de yargılama giderlerinden sayılmaktadır (HMK m.323/1-ğ). Ancak arabuluculuk faaliyetinin dava şartı olarak düzenlendiği durumlarda, dava açılmadan önce vuku bulan arabuluculuk aşaması ve ardından işletilecek dava yolunda yargılama giderleri yalnızca yargılama faaliyeti dolayısıyla ortaya çıkan giderler olmayacaktır. Bu halde yargılama giderlerinin içine, arabulucu için ödenmesi gereken ücretler, arabuluculuk bürosu tarafından yapılacak zaruri giderler, yargılama için gerekli olan harçlar, giderler, delil ikamesi için gerekli masraflar, avansların tamamı ve dava yolunda avukatla temsil edilme haline ilişkin vekâlet ücreti girmektedir⁴⁴⁸.

Vekalet ücreti bu noktada önem arz etmektedir. Tarafların dava aşamasının yanında arabuluculuk aşamasında da temsil edilmelerinden dolayı vekâlet ücreti doğmaktadır. Tarafların arabuluculuk faaliyeti sırasında temsil edilmiş olmasından doğan avukatlık ücreti anlaşmanın sağlanamaması durumunda açılacak dava sonucunda yargılama giderlerinden sayılacak olup, davada haksız çıkan taraftan karşılanacaktır. Tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda uyuşmazlığı anlaşma sağlayarak çözüme kavuşturmuş olmaları halinde bile avukatlık ücretinden sorumlu olacaklarına AAÜT'nin 16. maddesinin ikinci fıkrasında açıkça yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, arabuluculuk anlaşmalarından doğacak avukatlık ücreti uyuşmazlıklarında iş bu tarifede yer alan hükümler uyarınca saptanacak miktarlar, akdi avukatlık ücretinin asgari değerlerini oluşturmaktadır. Nitekim avukatların arabuluculuk faaliyetini yürütürken salt manevi boyutuna odaklanarak taraflara vekillik yapmaları beklenemez⁴⁴⁹.

Arbuluculuk faaliyetinde haklı veya haksız belirlemesi yapılmadığından anlaşmanın sağlanması durumunda tarafların yargılama giderlerinden sorumluluğu eşittir. Bu durum, yargılama aşamasına göre arabuluculuk faaliyetinin taraflar açısından daha pahalı olmasına sebep olmakta ve tarafların arabuluculuk faaliyetine başvurmaları önünde bir engel oluşturmaktadır.

4.3.2. Yargılama Giderlerinden Sorumluluk

Yargılama giderlerinden sorumluluk, kural olarak davada haksız çıkan yani aleyhine hüküm verilen tarafa aittir (HMK m. 326/1). Ancak yargılama giderlerinin davada haksız

(2014). "Hukuk Muhakemeleri Kanununun Yürürlüğe Girmesinden Sonra Yargılama Giderlerine İlişkin Olarak Ortaya Çıkan Bazı Güncel Sorunlar ve Usul Ekonomisi İlkesi". *SDÜHFD. MİHBİR Özel Sayısı*, 219.

⁴⁴⁸ Oğuz, 2016, 82; Ermenek, 2014, 219.

⁴⁴⁹ Erzurumlu-Erdoğan, 2017, 26.

çıkan tarafa yükletileceği ana kuralının birtakım istisnaları bulunmaktadır⁴⁵⁰. Bu istisnalardan birisi de 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 12. fıkrasıyla getirilmiştir. Düzenlemeye göre, taraflardan birisinin geçerli bir mazereti olmaksızın ilk toplantıya katılmaması nedeniyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi üzerine açılacak davada, arabuluculuk faaliyetine katılmayan taraf haklı çıkmış olsa bile yargılama giderlerinden sorumlu olmaktadır. Eğer her iki taraf da toplantıya katılmamışsa bu durumda yargılama giderleri her bir taraf üzerine bırakılmalıdır. Buna göre, arabuluculuk faaliyeti taraflara ulaşılamaması, taraflara ulaşılmış olmasına rağmen anlaşma sağlanamaması veya tarafların anlaşması ile sona erdiğinde, HMK'da yer alan yargılama giderlerinden sorumluluğa ilişkin genel kural gereği, haksız çıkan tarafa yükletilir.

Genel kurala göre, davada her iki taraf da kısmen haklı çıkarsa, mahkeme yargılama giderlerinden sorumluluğu tarafların haklı çıkma oranlarına göre dağıtmaktadır (HMK m. 326/2). Ancak taraflardan biri geçerli mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmadığında yargılama sonucunda kısmen haklı çıksa da yargılama giderlerinin tamamından sorumlu olmaktadır. Ayrıca bu kişinin karşı vekâlet ücreti hakkı da doğmamaktadır (İMK m.3/12). Örneğin⁴⁵¹; arabuluculuk görüşmelerine geçerli bir mazeret göstermeksizin katılmayan işveren, davada haklı çıkmış olsa bile, hem yargılama giderlerinin tamamını ödeyecek hem de vekâlet ücretine hak kazanamayacaktır. Tarafların her ikisi de geçerli bir mazeret olmaksızın arabuluculuk görüşmelerinin ilk toplantısına katılmazsa, arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla ortaya çıkan yargılama giderlerinden sorumluluk kendi üzerilerine bırakılır. Başka bir ifadeyle bu şekilde ortaya çıkan yargılama giderlerinden sorumluluk aleyhine hüküm verilen tarafa yükletilmeyeceği gibi, tarafların haklılık oranlarına bakılarak da paylaştırılmayacaktır.

Tarafların ilk toplantıya katılmamasına ilişkin geçerli bir sebeplerinin olup olmadığı hususuna ilişkin denetleme, öncelikle arabulucu tarafından yapılır. Mahkeme ise, uyuşmazlık kendisine intikal ettiğinde, mazeretin geçerliliği konusunda nihai kararı

⁴⁵⁰ Bu istisnalar;

“Davanın açılmasına kendi tutum ve davranışlarıyla sebebiyet vermemiş ve yargılamanın ilk duruşmasında da davacının talep sonucunu kabul etmiş olan davalı, yargılama giderlerini ödemeye mahkum edilemez(HMK m. 312/2)

Davada haklı çıkmış olan taraf için aşağıdaki hallerden biri söz konusu ise, karar ve ilam harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkum edilebilir. a) gereksiz yere davanın uzamasına sebep olmak, b) gereksiz gider yapılmasına sebebiyet vermiş olmak.

Bir kişi davada sıfatı olmadığı halde, davacıyı, davalı sıfatı kendine aitmiş gibi yanıtıp, kendisine karşı dava açılmasına sebebiyet verirse, davanın sıfat yokluğu nedeniyle reddi halinde, davalı yararına yargılama giderlerine hükmedilmez(327/2).

Davada haksız çıkmış olup olmadığına bakılmaksızın, kanunun yargılama giderlerinin kime ait olacağını belirlediği diğer haller için bkz: m.182, 101, 253, 213.” Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 698, 699.

⁴⁵¹ İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Genel Gereği, 16.

verecektir. Böyle bir durumda sorun, mazaretin arabulucu tarafından geçersiz ve fakat mahkeme tarafından geçerli görülmesi halinde yargılama giderlerinin belirlenmesi noktasında çıkmaktadır. İş Mahkemeleri Kanunu Genel Gerekçesi'nde de belirtilen hususa göre, uyuşmazlık tekrardan arabulucuya gönderilmemeli ve yargılama giderlerine ilişkin genel kural uygulanmalıdır⁴⁵². Zira mazaretin geçerliliğini inceleme konusunda nihai olarak yetkilendirilmiş olan mercii mahkemedir. Ayrıca, tarafların geçerli mazeret göstermeden arabuluculuk görüşmelerine katılmadığına karar verilirken, tarafların usulüne uygun bir şekilde davet edildiklerinin ispat edilmesi gerekmektedir. Zira mahkeme tarafların mazaretinin geçerliliğini, tarafların usulüne uygun çağrılmış olduğunu kabul etmektedir. Ancak aksinin iddia edilmesi durumunda ispatın ne şekilde yapılacağı da önem arz etmektedir. Arabulucunun tarafları iadeli taahhütlü bir iletişim aracı ile davet etmesi bu sorunu çözebilir⁴⁵³. Ayrıca tarafların yalnızca ilk oturum toplantısına katılmaması bu hükmün uygulanması için yeterlidir. Başka bir ifadeyle taraflar ilk toplantı dışındaki görüşmelere mazeret göstermeksizin katılmayabilir. Bu halde ilgili hükmün uygulanması söz konusu olmamaktadır (İMK m. 3/12).

Benzer bir düzenleme Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 327. maddesinde "*Dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle yargılama giderlerinden sorumluluk*" başlığı altında düzenlenmiştir. Mevcut düzenlemeye göre, mahkemenin, davanın gereksiz yere uzamasına veya gider yapılmasına sebebiyet vermiş olan tarafın davayı kazanmış olmasına rağmen karar ve ilam harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm etmesinde takdir hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla bazı durumlarda mahkemenin takdirine bağlı olarak yargılama giderlerinden sorumluluk, davada lehine hüküm verilen taraf üzerinde de doğabilir. Ancak bu durum Kanun'da belirtilen düzenlemeden bazı noktalarda ayrılmaktadır⁴⁵⁴. Kanun'da, geçerli bir mazeret göstermeksizin arabuluculuk görüşmelerine katılmayan tarafın davada lehine hüküm verilmiş olsa bile, yargılama giderlerinin tamamını ödemeye mahkûm edileceği hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm lafz-i olarak yorumlandığında, burada hâkimin yargılama giderlerinden sorumluluk konusunda herhangi bir takdir yetkisinin bulunmadığı görülmektedir. Dolayısıyla hâkim herhalde, geçerli bir mazeret göstermeden arabuluculuk görüşmelerine katılmayan kişi aleyhine yargılama giderlerine hükmedecektir. Oysa HMK m. 327, dürüstlük kuralına aykırı davranan tarafın yargılama giderlerinden sorumluluğunu

⁴⁵² İş Mahkemeleri Kanunu Genel Gerekçesi, 16.

⁴⁵³ Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 49.

⁴⁵⁴ Özmumcu, 2016, 835.

hâkimin takdirine bırakmaktadır.

Düzenlemenin getirilme amacı, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birisi olan “dava şartı olarak arabuluculuk” müessesinin işlemlerini sağlamaktır⁴⁵⁵. Böylece, uyuşmazlığın işçi ve işveren tarafı bir masa etrafında bir araya getirilmekte, aralarındaki uyuşmazlığı müzakere ederek çözümlenecekleri bir ortam hazırlanmış olmaktadır. Ancak taraflardan birisinin kendisini haklı görerek ve uyuşmazlık mahkemeye intikal ettiğinde haklı çıkacağını düşünerek arabuluculuk görüşmelerinden kaçınması, bu müessesenin işlerliğini azaltabilecektir. Arabuluculuk kurumunun geliştiği ülkelerde, kendini haklı görerek müzakere masasına gelmeyen tarafa bazı müeyyideler getirilerek arabuluculuk kurumu teşvik edilmiştir. Örneğin; İngiliz hukukunda, tarafların arabuluculuğu düşünme ödevi bulunmaktadır. Şöyle ki; İngiliz Medeni Usul Kuralları 36. Kısımda, müzakereler sırasında yapılan teklifler ve şartlar düzenlenmiş, davacı veya davalı tarafından uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemi ile çözülmesi için yapılan teklifin diğer tarafça reddedilmesi ve neticede elde edilen hükmün daha lehte olmaması durumunda, yargılama giderlerine (dava öncesinde arabuluculuk faaliyeti kapsamında yapılan giderler de dâhil) ve yargılama giderlerinin faizinin arabuluculuk görüşmelerini reddeden tarafa yükletileceği hükme bağlanmıştır⁴⁵⁶. Böylece taraflara arabuluculuk teklifini düşünme ödevi, dava sonucunda haklı çıksa bile yargılama giderlerine mahkûm edilebileceği endişesiyle yüklenmiş olmaktadır. Dava şartı olarak arabuluculuk uygulamasında da, yargılama giderleriyle ilgili böyle bir istisnanın getirilmesindeki amaç da, sistemin tıkanmasını önlemek ve taraflara müzakerelere katılma ödevi yüklemektir.

Bir kimsenin haklı olduğu mahkeme kararı ile tespit edilmiş olsa bile yargılama giderlerinden mahkûm edilmesini düzenleyen bu hükmün, hak arama özgürlüğüne engel olduğu gerekçesiyle anayasaya aykırılığı ileri sürülmektedir. Ancak ilgili hükmün tarafların hak arama özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırdığı söylenemez, ancak hak arama özgürlüğünü sınırlandırdığı da kabul edilmelidir⁴⁵⁷. Bu sınırlamanın yapılma amacı sistemin tıkanmasını önlemek ve taraflara sadece ilk toplantıya katılma ödevi⁴⁵⁸ yüklemektir. Taraflar en azından sürece katılarak bilgi sahibi olacak ve müzakere

⁴⁵⁵ İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Genel Gerekçesi, 16.

⁴⁵⁶ Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 42, 43. Benzer bir düzenleme önerisi için bkz.: Umar-Şerh, 126-128.

⁴⁵⁷ Erdoğan, 2017, 1222; Bazı hukuk sistemlerinde, arabuluculuğa başvurunun zorunlu tutulmasının dışında, süreç sonunda taraflardan birinin ileri sürdüğü teklif reddedilirse ve yargılama sırasında da daha iyi bir sonuç elde edilemezse, bu durumda yargılama giderlerinden sorumluluk da söz konusu olmaktadır. Bu husus da dolaylı olarak maliyet tehdidi altında tarafları başvuruya zorlamaktadır. Bu hususun adalete erişim imkânını tamamen ortadan kaldırdığına ilişkin bkz. Vettori, 361.

⁴⁵⁸ Tarafların ilk toplantıya katılmamasının bir kötü niyet hali olarak kabul edilip, yaptırıma bağlandığına ilişkin bkz. Göksu, 2017, 381.

konusunda da düşünme fırsatı yakalayacaklardır⁴⁵⁹. Dolayısıyla amacın meşru olduğu kabul edilmelidir. Şöyle ki, taraf yargılama giderlerinden sorumlu olmak istemiyorsa, yapması gereken sadece arabuluculuk görüşmelerinin ilk toplantısına katılmaktır; şayet sürece devam etmek istemiyorsa, bunu ilk toplantıya katılarak belirtmelidir. Bu durumda taraf, yargılama giderlerinden sorumlu olmamaktadır. Ayrıca, hakkın özüne dokunan bir durum da söz konusu değildir⁴⁶⁰. Zira taraf ilk toplantıya mazeret bildirmeksizin katılmaz ise, sadece yargılama giderlerinden sorumluluk yaptırımıyla karşı karşıya kalacaktır. Bu yaptırım ise mahkemeye erişim hakkını ortadan kaldıran bir husus değildir.

4.4. Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Sürelere Etkisi

Arbuluculuğa başvurunun zamanaşımı ve hak düşürücü sürelere etkisinin en önemli sonucu, henüz dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurunun öngörüldüğü hallerde karşımıza çıkmaktadır⁴⁶¹. Bilindiği üzere zamanaşımını kesen hallerden birisi de o uyumsuzluk hakkında davanın açılmış olmasıdır (TBK m.154/2)⁴⁶². Tarafların dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunda olduğu durumlarda, dava açılmadığı için, zamanaşımı süreleri işlemeye devam etmektedir. Fakat böyle bir durumda taraflar hem arabulucuya başvurmak zorunda bırakılmış olacak hem de arabuluculuk görüşmeleri için harcanan süre zarfında dava açma hakkını kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Örneğin⁴⁶³, işe iade davası için bir aylık dava açma süresi öngörülmüştür. Bu süre hak düşürücü süre olup mahkemece re'sen dikkate alınmaktadır.

Arbulucuya başvurulduğunda, bu süre durmazsa, zorunlu arabuluculuğun aşamaları da dikkate alındığında sürenin kaçırılması kuvvetle muhtemeldir. Bu ise Anayasa'nın 36. maddesinde öngörülen hak arama özgürlüğü ve adalete erişim hakkına aykırılık teşkil edecektir. İlgili sonuçların engellenmesi adına, dava açmadan önce arabuluculuğa başvurunun zorunlu kılındığı hallerde, arabuluculuğa başvurulmuş olması zamanaşımı ve hak düşürücü sürelere etkili kılınmıştır. Nitekim İş Mahkemeleri Kanunu'nda da arabuluculuğa başvurunun sürelere etkisi özel olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemede ayrıca, arabuluculuğa başvurunun sürelere etkisi konusunda en önemli husus olan arabuluculuk sürecinin ne zaman başlamış sayılacağı da belirtilmiştir. İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 17. fıkrasına göre; "Arbuluculuk bürosuna başvurulmasından,

⁴⁵⁹ Yargılama giderlerinden sorumluluğunun zorunlu arabuluculuk ile beklenen farkındalığı artıracığına ilişkin bkz. Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 43.

⁴⁶⁰ Erdoğan, 2017, 1239.

⁴⁶¹ Kekeç, 2014, 17; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 173.

⁴⁶² Dava açılmasının hukuki sonuçları için bkz.: Pekcanitez, Atalay, Özekes, 2016, 337 vd.; Üstündağ, 2000, 485; Karşlı- Muhakeme, 397.

⁴⁶³ Oğuz, 2016, 81.

son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı duracak ve hak düşürücü süreler işlemeyecektir.”

Benzer bir düzenleme 6325 sayılı HUAK’ın 16. maddesinde yer almaktadır. Taraflardan birinin arabuluculuk bürosuna başvurmasından itibaren başlayacak⁴⁶⁴ arabuluculuk görüşmelerinde son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar da zamanaşımı süreleri durmakta ve hak düşürücü süreler işlememektedir. Ancak sürelerin ne zamandan itibaren duracağına ilişkin bu düzenlemeler arasındaki farklılığın giderilmesi gerekmektedir. İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilen düzenleme daha yerinde bir düzenlemedir. Zira HUAK m.16’da yer alan arabulucunun arabuluculuk görüşmelerinde son tutanağı düzenlemesine kadar geçecek sürede zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin dolma ihtimali bulunmaktadır. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilen arabulucuya başvurulmuş olmasıyla sürelerin durması düzenlemesinde arabulucunun süreci hızlı işletmemesi nedeni ile zamanaşımı süresinin dolması riskinin önüne geçilmiş olur⁴⁶⁵.

Düzenlemeyle, tarafların söz konusu sürelerin dolması sonunda hak kaybetme gibi bir baskı altında olmadan, daha rahat bir şekilde anlaşma sağlayabilecekleri bir müzakere ortamı oluşturulmaya çalışılmıştır. Dolayısıyla arabuluculuğa başvurunun zorunlu kılınması ile oluşabilecek hak kayıplarının engellendiği ve hak arama özgürlüğüne uygun bir yöntemin benimsendiği söylenebilir. HUAK’da yer alan ihtiyari arabuluculuk yöntemi için arabuluculuk görüşmelerinin başlamasıyla duran hak düşürücü ve zamanaşımı sürelerinin ne zaman işlemeye başlayacağını açıkça düzenlenmemiş olması doktrinde eleştirilmektedir⁴⁶⁶. Ancak dava şartı olarak düzenlenen arabuluculuk yönteminde sürelerin ne zamana kadar duracağı açıkça düzenlenmiştir. Arabuluculuk görüşmelerinde son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren arabuluculuk bürosuna başvuruya duran süreler işlemeye devam edecektir.

4.5. Tarafların Teşkili

4.5.1. Genel Olarak

Dava aşaması mutlaka iki tarafın yani davalı ve davacının üzerinde kurulmaktadır⁴⁶⁷. Ancak uyuşmazlık her zaman iki taraf arasında çıkmaz. Birden fazla

⁴⁶⁴ Arabuluculuk süreci için seçilen arabulucunun tarafların ilgili süreç bakımından anlaştığını bir tutanakla belirlemesi gerekmektedir. Dolayısıyla tarafların sürecin başlaması hususunda arabuluculuk merkezine başvurması ile ve arabulucunun tarafların anlaştığını öngören tutanağı tutması ile zamanaşımı ve hak düşürücü süreler duracaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Odaman, Karaçöp, 2016, 62.

⁴⁶⁵ Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 50.

⁴⁶⁶ Öztekin-Görüş ve Eleştiriler, 24; Yıldırım-Değerlendirme, 56; Özbek, 2016, 1237; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 174.

⁴⁶⁷ Budak, Karaaslan, 2017, 101; Kekeç, 2014, 164; Postacıoğlu, Altay, 2015, 272; Tanrıver, 2016, 535; Kuru-İstinaf, 157; Karlı, 2012, 339; Yılmaz-Şerh, 574; Pekcanitez, Atalay, Özkes, 2016, 180; Arslan, Yılmaz,

tarafın bulunduğu durumlar da söz konusu olabilir. Dava aşamasının aksine, arabuluculuk faaliyetinde birden fazla tarafın bulunması mümkündür⁴⁶⁸. Ayrıca, uyuşmazlığın davalı ve davacı tarafında da birden fazla kişi bulunabilir ve bu durumda dava arkadaşlığı söz konusu olmaktadır⁴⁶⁹. Taraflar uyuşmazlığın maddi hukuktan⁴⁷⁰ kaynaklanan niteliğine göre, birlikte ya da ayrı ayrı hareket edebilme yetkisine sahiptir. Bu yetkiye bağlı bağlantılı olarak da tarafların dava arkadaşlığının ihtiyari mi yoksa mecburi mi olduğu değişmektedir⁴⁷¹.

Arabuluculuk faaliyetinde de uyuşmazlığın taraflarından bir kısmı uyuşmazlığı birlikte çözmek isteyebileceği gibi ayrı ayrı çözümleme yoluna da gidebilirler⁴⁷². Örneğin, arabuluculuğa başvurma zorunluluğu olan durumlarda, davacı tarafta yer alan kişilerden birisi arabuluculuk görüşmelerine katılırken, diğeri katılmak istemeyebilir. Bu durumda, arabuluculuğa başvurma zorunluluğu şartının sağlanmış olup olmadığı problemi ortaya çıkacaktır. Arabuluculuk sürecinin sağlıklı işlemesi için, arabuluculuk sürecine birlikte katılabilecek kişilerin olması ihtimalinin de ele alınması gerekmektedir.

Arabuluculuk süreci de maddi hukuktan tamamen bağımsız değildir. Başka bir ifadeyle, arabuluculuğa başvuru teklifinde ve arabuluculuk müzakerelerinde varılan anlaşmanın; anlaşma belgesine yazılması ve imzalanması aşamasında, tarafların birlikte hareket etmek zorunda olup olmadıkları uyuşmazlığın türüne göre belirlenecektir⁴⁷³. Bu nedenle, Usul Hukuku'nda düzenlenmiş olan dava arkadaşlığı hükümlerinin arabuluculuğa katılacaklara da kıyasen uygulanması sürecin sağlıklı bir şekilde işlemesini sağlayacaktır⁴⁷⁴. Dava açıldıktan sonra, hakim uyuşmazlıkla ilgili dava şartlarını

Taşpınar Ayvaz, 2016, 242; Pekcanitez, H., Taş Korkmaz, H. (2017). *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku. (15. Baskı)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 553.

⁴⁶⁸ Kekeç, 2014, 164; Özekes, 2017, 2837.

⁴⁶⁹ Davalı veya davacı tarafta birden fazla kişinin bulunması durumunda başka bir ifadeyle birden fazla kişinin davayı birlikte açmaları durumunda veya birden fazla kişiye karşı dava açılması durumunda taraf çokluğu, dava ortaklığı veya dava arkadaşlığından bahsedilir. Budak, Karaaslan, 2017, 101. “Dava ortaklığı” deyimini için bkz. Üstündağ, 2000, 352. Sonuç Raporu, 125; Doğan Yenisey, 2016, 192; Namlı, 2016, 161; “Taraf çokluğu” deyimini için bkz. Postacıoğlu, Altay, 2015, 313; “subjektif dava birleşmesi” veya “dava arkadaşlığı” deyimini için bkz.: Tanrıver, 2016, 537; Kuru-İstinaf, 480; Karşlı- Muhakeme, 368; Yılmaz-Şerh, 574; Pekcanitez, Atalay, Özekes, 2016, 199; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 478; Pekcanitez, Taş Korkmaz, 2017, 685.

⁴⁷⁰ Dava arkadaşlığı hem maddi hukuktan hem de usul hukukunda kaynaklanabilir. Ancak çoğunlukla maddi hukuka dayanmaktadır. Bkz.: Pekcanitez, Taş Korkmaz, 2017, 686.

⁴⁷¹ Alangoya, Y. (1999). *Medeni Usul Hukukunda Dava Ortaklığı(Tarafların Taaddüdü)*. İstanbul: Nemaş A.Ş., 37; Ulukapı, Ö. (1991). *Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı*. Konya: Mimoza Yayınevi., 24; Ermenek, İ. (2009). *Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul*. Ankara: Adalet Yayınevi, 6; Tercan, 2001, 181.

⁴⁷² Demir, Ş. (2013). “Arabuluculuk Arkadaşlığı”. *ABD*. 2, 292; Namlı, 2016, 161.

⁴⁷³ Demir, 2014, 293.

⁴⁷⁴ Dava arkadaşlığına ilişkin hükümler, dava aşaması için uygulanabileceği gibi, koşulları varsa icra takibinde, hukuki koruma tedbirlerinde ve tahkimde de uygulanabilir. Bkz.: Pekcanitez, Taş Korkmaz, 2017, 686.

incelerken; tarafların maddi hukuktan kaynaklanan mecburi ve ihtiyari dava arkadaşlığına ilişkin durumlarını da dikkate almaktadır⁴⁷⁵. Böylelikle, tarafların arasındaki dava arkadaşlığının ne olduğuna ilişkin bir problem ortaya çıkmamaktadır. Eğer, taraflar arasında mecburi dava arkadaşlığı var ise, dava devam ederken arabuluculuğa gitmek dâhil, yargılamanın bütün safhalarında birlikte hareket edilmesi zorunludur. Buna karşılık, taraflar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı var ise, bu taraflardan bir kısmı davaya devam ederken, bir kısmı karşı tarafla arabulucuya başvurabilme hakkına sahiptir. Bu nedenle, dava arkadaşlığına ilişkin değerlendirmenin henüz arabuluculuğa başvuru aşamasında çözülmesi gerekmektedir⁴⁷⁶. Arabuluculuk faaliyeti sonucunda açılan davada, arabuluculuğa başvurma zorunluluğu dava şartının yerine getirilip getirilmediği incelenirken de dava arkadaşlığı hükümleri dikkate alınacaktır⁴⁷⁷.

4.5.2. İhtiyari Dava Arkadaşlığı

Taraflar HMK m. 57’de düzenlenen üç durumda ihtiyari dava arkadaşı olarak kabul edilmektedir:

“- Davacılar veya davalılar arasında dava konusu olan hak veya borcun, elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olması.

- Ortak bir işlemle hepsinin yararına bir hak doğmuş olması veya kendilerinin bu şekilde yükümlülük altına girmeleri.

- Davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması”.

Aralarında bu şekilde bir ilişki söz konusu olan kişiler usul hukuku bakımından ihtiyari dava arkadaşı olarak nitelendirilmektedir. İhtiyari dava arkadaşı olmanın bir takım sonuçları bulunmaktadır. Öncelikle ihtiyari dava arkadaşlığında dava arkadaşlarının her biri diğerinden bağımsız hareket edebilirler (HMK m. 57/2). Aralarında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunan kişilere karşı birlikte dava açılabileceği gibi, tek bir kişiye karşı da dava açılabilir. Aynı şekilde davacı tarafta yer alan dava arkadaşları birlikte dava açabilecekleri gibi, tek başlarına da dava açabilirler⁴⁷⁸. Dolayısıyla dava açmadan önce, arabuluculuğa başvurma zorunluluğu bulunan durumlarda,

⁴⁷⁵ Demir, 2014, 294.

⁴⁷⁶ Demir, 2014, 293.

⁴⁷⁷ Tanrıver, 2016, 624.

⁴⁷⁸ Üstündağ, 2000, 366; Tanrıver, 2016, 544; Pekcanitez, Taş Korkmaz, 2017, 687; Ermenek, 2009, 66. Bu hususun davacının takdirinde olduğuna ilişkin bkz.: Yılmaz-Şerh, 580; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 481. Böyle bir durumda davaların ayrılması veya birleştirilmesi mümkündür. Bkz. Karşı, 2012, 369. İhtiyari dava arkadaşlığına ilişkin koşullar gerçekleşmeden dava arkadaşlarının birlikte dava açması durumunda davaların ayrılmasına karar verilmesi gerektiğine ilişkin bkz.: Ermenek, İ. (2015). *Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 170; Alangoya, 1999, 91.

tarafklar arasında maddi hukuktan kaynaklanan nedenlerle ihtiyari dava arkadaşlığı bulunan kişilerin arabuluculuğa birlikte başvurup başvurmama konusunda serbest oldukları söylenebilir. Hatta davacı tarafta yer alan kişilerden bazıları arabuluculuğa başvurabilirken, bazıları doğrudan dava açma yolunu tercih edebilir. Bu durumda arabuluculuk yöntemini denemeden dava açan tarafın davası diğer dava arkadaşından bağımsız olarak dava şartı yokluğu nedeniyle reddedilecektir. Bunun yanı sıra, dava arkadaşlarından biri arabuluculuk yöntemini denemiş olup, denemeyen tarafla birlikte de dava açabilir. Bu takdirde dava şartları her bir taraf için ayrı ayrı deęerlendirilecektir⁴⁷⁹. Dolayısıyla arabuluculuk yolunu deneyerek başvuran tarafın davası devam ederken, diğer dava arkadaşının davası dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddedilecektir.

İhtiyari dava arkadaşlığı kurumuyla tahkikatın daha kolay yürütülmesi ve sonucunda birbiriyle çelişen kararların çıkmaması amalanmaktadır⁴⁸⁰. Muhtelif davalar bu Şekilde ortak bir tahkikata tabi tutulur⁴⁸¹. Arabuluculuk faaliyetinde ise, aralarında ihtiyari dava arkadaşı bulunan kişilerin görüşmeleri ortak yürütülecek olup, sonucunda birbiriyle çelişen anlaşmaların sağlanması nlenmiş olacaktır.

İhtiyari dava arkadaşlığının bulunduğu durumlarda davaların bağımsızlığı ilkesi uygulanmaktadır⁴⁸². Bu nedenle aynı dava dilekçesiyle açılmış birbirinden farklı dava bulunmakta olup, her bir dava için farklı kararlar verilebilmektedir⁴⁸³. Arabuluculuk süreci ihtiyari dava arkadaşları için beraber yürütülmüş olsa bile taraf sayısınınca uyuşmazlık bulunduğundan her biri için farklı çözümlerin yer aldığı anlaşmalar düzenlenebilir.

Arabuluculuk faaliyeti sırasında taraflar birbirinden bağımsız bir Şekilde hareket edebilirler (HMK m. 57/2). Bu nedenle ihtiyari dava arkadaşlarından birinin yaptığı kabul, feragat, sulh veya ikrar diğer ihtiyari dava arkadaşları bakımından sonuç doęurmaz⁴⁸⁴. Bu durumda davaya son veren taraf işlemlerini yerine getiren tarafın davası, iradesini

⁴⁷⁹ stndağ, 2000, 362; Karşlı, 2012, 370; Pekcanitez, Atalay, zekes, 2016, 201; Pekcanitez, Taş Korkmaz, 2017, 695.

⁴⁸⁰ Budak, Karaaslan, 2017, 101; Pekcanitez, Taş Korkmaz, 2017, 687. Ayrıca usul ekonomisi ilkesine hizmet ettiğine ilişkin bkz.: Karşlı, 2012, 370; Yılmaz-Şerh, 581; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 483; Pekcanitez, Taş Korkmaz, 2017, 687; Kuru-İstinaf, 481.

⁴⁸¹ stndağ, 2000, 361; Postacıoğlu, Altay, 2015, 319; Tanrıver, 2016, 545; Kuru-İstinaf, 495; Karşlı, 2012, 370; Pekcanitez, Atalay, zekes, 2016, 202; Pekcanitez, Taş Korkmaz, 2017, 687.

⁴⁸² Budak, Karaaslan, 2017, 102-103; Karşlı, 2012, 369.

⁴⁸³ Budak, Karaaslan, 2017, 102-103; Postacıoğlu, Altay, 2015 319; Tanrıver, 2016, 544,545; Kuru-İstinaf, 494; Karşlı, 2012, 369; Yılmaz-Şerh, 581; Alangoya, 1999, 118; Ulukapı, 1991, 24; Pekcanitez, Atalay, zekes, 2016, 201; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 482; Pekcanitez, Taş Korkmaz, 2017, 699; Ermenek, 2009, 66; stndağ, 2000, 352; nen, E. (1972). *Medeni Yargılama Hukukunda Sulh*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 66; Tercan, 2001, 185.

⁴⁸⁴ Budak, Karaaslan, 2017, 103; stndağ, 2000, 362; Postacıoğlu, Altay, 2015, 320; Kuru-İstinaf, 494-495; Pekcanitez, Atalay, zekes, 2016, 201; Pekcanitez, Taş Korkmaz, 2017, 697. benzer yönde görüş için bkz.: Yılmaz-Şerh, 580; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 482; Ulukapı, 1991, 208; Ermenek, 2009, 66.

açıklamasıyla sona erecek olup, mahkeme, diğer ihtiyari dava arkadaşlarının davasını görmeye devam edecektir⁴⁸⁵. Arabuluculuğa başvuran kişilerden bazıları anlaşma sağlayıp, uyuşmazlığı sona erdirirken; bazıları dava açma yolunu seçebilir⁴⁸⁶. Bu durumda ihtiyari dava arkadaşları yapmış olduğu tasarruflar için diğer dava arkadaşlarından izin almak zorunda değildirlir⁴⁸⁷. Arabulucuya başvuran taraf, arabuluculuk faaliyeti sonrasında anlaşma sağlayamaz ve dava açmak isterse, bu kişiler için dava şartı yerine getirilmiş olacaktır. Anlaşma sağlayamayan içinse, görüşmelere devam edilecektir.

İhtiyari dava arkadaşlığının söz konusu olduğu durumlarda verilen mahkeme kararını her bir dava arkadaşı diğerinden bağımsız olarak kanun yoluna götürebilir⁴⁸⁸ veya kendisi bakımından cebri icraya koyabilir⁴⁸⁹. Dolayısıyla arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan anlaşma metninin arabulucunun, tarafların ve avukatların imzalasının bulunması durumunda her bir dava arkadaşı diğerlerinden bağımsız olarak kendisi için cebri icraya süreci başlatabilir. Buna karşılık, arabulucunun imzasının eksik olması durumunda ilam niteliğinde belge hükmü kazandırılabilir. İcrai etki kazandırılması için mahkemeye her bir dava arkadaşı birbirinden bağımsız olarak başvurabilecek ve sonucunda aldığı karar sadece onun açısından hüküm ifade edecektir.

4.5.3. Mecburi Dava Arkadaşlığı

Mecburi dava arkadaşlığı, maddi ve şekli olmak üzere iki türden oluşmaktadır⁴⁹⁰. HMK m. 59'da yer alan düzenleme maddi mecburi dava arkadaşlığına ilişkin olup şu şekildedir; *“Maddi hukuka göre, bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi gereken hâllerde, mecburi dava arkadaşlığı vardır.”* Zira uyuşmazlık maddi hukuktan kaynaklanan bir zorunluluğa dayanıyorsa, uyuşmazlığın çözümü için başvuru arabuluculuk faaliyetinde de taraflarda birden fazla kişinin bulunması

⁴⁸⁵ Ermenek, 2009, 67; Davaya son veren taraf işlemlerine ilişkin iradenin açıklanmasından sonra iradeyi açıklayan dava arkadaşı için davanın son bulduğuna, diğer dava arkadaşlarının davalarının da ayrılması gerektiğine ilişkin bkz.: Ulukapı, 1991, 211 İhtiyari dava arkadaşlarından birisi davaya devam etmediğinde diğer dava arkadaşları için davaya devam edilecek olup, davaya devam etmeyen taraf açısından davaların ayrılmasına karar verilmesi zorunlu olmadığına ilişkin görüş için bkz.: Postacıoğlu, Altay, 2015 321.

⁴⁸⁶ Demir, 2014, 297.

⁴⁸⁷ Üstündağ, 2000, 67; Ermenek, 2009, 67; Ulukapı, 1991, 67.

⁴⁸⁸ Tanrıver, 2016, 545; Kuru-İstinaf, 497; Karşı, 2012, 370; Yılmaz-Şerh, 581; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 482; Pekcanitez, Atalay, Özkes, 2016, 201. Kanun yoluna götürmeyen ihtiyari dava arkadaşı için hükmün kesinleşeceğine ilişkin bkz.: Umar-Şerh, 221.

⁴⁸⁹ Tanrıver, 2016, 545; Kuru-İstinaf, 497; Tanrıver, S. (1996). İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi. Ankara: Yetkin Yayınları, 115; Önen, 1972, 155; Ermenek, 2009, 128.

⁴⁹⁰ Alangoya, 1999, 92; Üstündağ, 2000, 367; Ulukapı, 1991, 60; Ermenek, 2009, 67; Tercan, 2001, 181;

durumunda maddi mecburi dava arkadaşlığından söz edilir⁴⁹¹.

Mecburi dava arkadaşlığının bulunduğu hâllerde, davacı veya davalı tarafta,ü dava arkadaşlarının birlikte yer almaları mecburidir⁴⁹². Taraflar arasında maddi hukuktan kaynaklanan sebeplerle mecburi dava arkadaşlığının bulunması durumunda, sadece bir uyumsuzluk olduğu için ancak taraflar beraber arabuluculuğa başvurabilirler veya karşı taraf arasında böyle bir ilişki söz konusu ise, onların da beraber arabuluculuk faaliyetine katılması gerekmektedir. Aksi durumda davanın mahkemece reddedilmesi gerekmektedir. Mecburi dava arkadaşlığının bulunduğu durumlar, “maddi hukuktaki tasarruf yetkisinin usul hukukundaki karşılığı” olan dava takip yetkisi ile ilgilidir⁴⁹³. Bu nedenle mecburi dava arkadaşlığı bulunan hallerde taraflar eğer katılmazlarsa dava dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddedilir⁴⁹⁴. Ancak bu eksiklik davaya katılmayan dava arkadaşının sonradan davaya katılması imkânı olduğundan davanın reddine karar verilmeden önce mahkeme tarafından süre verilmesi gerekmektedir⁴⁹⁵.

Mecburi dava arkadaşlarının kural olarak birlikte hareket etmeleri gerekmektedir (HMK m. 60/2. cümle). Ayrıca, ortada tek bir dava mevcuttur ve hâkim tüm dava

⁴⁹¹ Kuru-İstinaf, 481; Tanrıver, 2016, 539; Yılmaz-Şerh, 583; Pekcanitez, Taş Korkmaz, 2017, 702; Ulukapı, 1991, 69; Ermenek, 2009, 67.

⁴⁹² Budak, Karaaslan, 2017, 104; Üstündağ, 2000, 366; Postacıoğlu, Altay, 2015 331; Tanrıver, 2016, 539; Kuru-İstinaf, 481; Karşı, 2012, 370; Yılmaz-Şerh, 588; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 483; Pekcanitez, Taş Korkmaz, 2017, 702; Ulukapı, 1991, 60; Ermenek, 2009, 68. Davalı veya davacı tarafın zorunlu dava arkadaşlığında bir blok oluşturdıkları ve hepsinin birden bir blok halinde muhatap alınması gerektiği hakkında bkz. Umar-Şerh, 228; Pekcanitez, Atalay, Özekes, 2016, 204.

⁴⁹³ Budak, Karaaslan, 2017, 106; Alangoya- Dava Ortaklığı, 98; Pekcanitez, Atalay, Özekes, 2016, 204; Pekcanitez, Taş Korkmaz, 2017, 712; Erdoğan, E. (2013). “Paylı Mülkiyete Konu Eşyada Mecburi Dava Arkadaşlığı ve Davayı Birlikte Açma Zorunluluğunun Usul Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”. **MİHDER**. 2, 199. Diğer bir görüşe göre, eğer maddi mecburi dava arkadaşlığı söz konusu olur ve dava arkadaşlarının birisi davayı açar veya dava arkadaşlarından birisine karşı dava açılırsa, sıfat yokluğu nedeniyle davanın reddedilmesi gerekmektedir. Karşı, 2012, 370; Pekcanitez, Özekes, Atalay, 2016, 327; Postacıoğlu, Altay, 2015 303; Ulukapı, 1991, 30; Kuru-Dava Şartları, 119; Kuru-Cilt III, 3315; Kuru-İstinaf, 486. Buna karşılık diğer bir görüşe göre de, Diğer bir görüşe göre de bu husus taraf ehliyetiyle ilgilidir. Zira taraf ehliyeti, tarafa ilişkin bir dava şartı olup, dava arkadaşlarının tamamının davada davalı veya davacı olarak yer alıp almadığının gözetilmesini gerektirmektedir. Mecburi dava arkadaşlığının olduğu durumlarda, dava arkadaşlarından birisinin yargılamaya katılmaması durumunda taraf eksikliği nedeniyle davanın reddedilmesi gerekmektedir. Tanrıver, 2016, 541.

⁴⁹⁴ Postacıoğlu, Altay, 2015 331; Budak, Karaaslan, 2017, 106; Pekcanitez, Taş Korkmaz, 2017, 712. Taraf ehliyetiyle ilgili olduğu görüşünde de dava dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddedilecektir. Tanrıver, 2016, 541; Davanın sıfat yokluğu nedeniyle usulden reddedileceğine ilişkin bkz.: Kuru-İstinaf, 486; Karşı, 2012, 370; Umar-Şerh, 227.

⁴⁹⁵ Budak, Karaaslan, 2017, 106; Pekcanitez, Atalay, Özekes, 2016, 204; Pekcanitez, Taş Korkmaz, 2017, 711. Tanrıver’e göre taraf ehliyeti de sonradan giderilebilecek bir dava şartı olduğundan süre verilmesi gerekmektedir. Tanrıver, 2016, 541. Sıfat yokluğu olarak nitelendirildiğinde de davanın derhal reddedilmeyeceği süre verilerek tamamlanması gerektiğine ilişkin bkz. Kuru-İstinaf, 486; Karşı, 2012, 370. Bu sürenin verilmeden davanın reddedilmesi bozma nedenidir. Umar-Şerh, 227. Taraf eksikliği nedeniyle de doğrudan reddedilmemesi gerekmeyp süre verilmesi gerektiğine ilişkin bkz.: Yılmaz-Şerh, 588.

arkadaşları için tek bir karar verecektir⁴⁹⁶. Dava arkadaşlarından yalnızca biri arabuluculuğa başvurursa, dava şartı yerine getirilmiş olmaz. Davalı tarafta da birden fazla kişi bulunuyor ve bunlar arasında da mecburi dava arkadaşlığı var ise, arabuluculuk faaliyetine tamamının katılması gerekmektedir⁴⁹⁷. Zira tarafların birbirinden bağımsız olarak uyuşmazlığın çözümü için müzakere etmesi, birbirinden ayrı anlaşmaya varması mümkün değildir. Uyuşmazlık konusu üzerinde hep birlikte tasarrufta bulunabildikleri için anlaşmayı hep birlikte kabul etmeleri gerekir. Dava arkadaşlarından bazıları anlaşmaya varıp bazıları anlaşmaya varmamazlık yapamaz.

Aralarında maddi mecburi dava arkadaşlığı bulunan taraflar, verilen ilama karşı ancak hep birlikte kanun yoluna başvurabilir⁴⁹⁸. Ve ilam ancak hep birlikte cebri icraya konulabilirler⁴⁹⁹. Zira mecburi dava arkadaşlığının icra hukukundaki karşılığını mecburi takip arkadaşlığı oluşturmaktadır⁵⁰⁰. Dolayısıyla arabuluculuk faaliyeti sonunda verilen anlaşma şartları haiz ise, taraflar ancak birlikte cebri icraya koyabilir veya ancak birlikte bunun irade sakatlığı hali nedeniyle iptalini isteyebilirler.

Mecburi dava arkadaşlarından bazıları davayı aktif bir şekilde takip etmezse, davayı aktif şekilde takip eden tarafın yaptığı usul işlemleri diğer mecburi dava arkadaşlarını da bağlar (HMK m. 60/I, 3. cümle). Ancak dava konusu üzerinde yapılan tarafın tasarruf etme sonucunu doğuran usul işlemlerini mecburi dava arkadaşları ancak birlikte yapabilirler⁵⁰¹. Ayrıca, mecburi dava arkadaşlarının katıldığı arabuluculuk sürecinin devamında taraflardan birisi arabuluculuk faaliyetinden ayrılırsa, bu husus o kişinin anlaşma yapmak istemediği anlamına gelecek ve mecburi dava arkadaşlığında ancak her iki tarafın da katıldığı bir çözüm üzerinde anlaşma sağlanabileceğinden arabuluculuk faaliyeti sona ermiş sayılır⁵⁰².

Usul Hukuku'nda bir de şekli anlamda dava arkadaşlığı kurumu bulunmaktadır. Bu

⁴⁹⁶ Tanrıver, 2016, 541; Kuru-İstinaf, 482; Karlı, 2012, 371; Umar-Şerh, 230; Yılmaz-Şerh, 591; Önen, 1972, 68; Pekantez, Atalay, Özekes, 2016, 204; Ulukapı, 1991, 151; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 484; Pekantez, Taş Korkmaz, 2017, 713; Alangoya, 1999, 134; Ermenek, 2009, 68; Tercan, 2001, 181.

⁴⁹⁷ Demir, 2014, 299.

⁴⁹⁸ Tanrıver, 2016, 542; Kuru-İstinaf, 489; Karlı, 2012, 372; Umar-Şerh, 228; Yılmaz-Şerh, 590; Pekantez, Atalay, Özekes, 2016, 204; Pekantez, Taş Korkmaz, 2017, 714.

⁴⁹⁹ Tanrıver, 2016, 542; Davayı kabul durumunda alınan ilam niteliğinde belgenin de maddi mecburi dava arkadaşlığı söz konusu olduğunda ancak bütün dava arkadaşlarının talebi ile icraya koyulabileceğine ilişkin bkz.: Ermenek, 2009, 128.

⁵⁰⁰ Tanrıver, 1996, 114; Önen, 1972, 155; Ermenek, 2009, 128.

⁵⁰¹ Budak, Karaaslan, 2017, 108; Üstündağ, 2000, 374; Tanrıver, 2016, 543; Karlı, 2012, 372; Pekantez, Atalay, Özekes, 2016, 204; Umar-Şerh, 228; Yılmaz-Şerh, 590; Pekantez, Taş Korkmaz, 2017, 713; Alangoya, 1999, 134; Ulukapı, 1991, 153; Ermenek, 2009, 68; Tercan, 2001, 181; Tek bir dava arkadaşının bu işlemleri yapması durumunda, hiç yapılmamış sayılarak davaya devam edilecektir. Bkz.: Ulukapı, 1991, 153; Ermenek, 2009, 68.

⁵⁰² Demir, 2014, 300.

hal kanunun özel hükümlerinden veya davanın niteliğine bağlı olarak birden fazla kişiye karşı dava açılmasının ve yürütülmesinin zorunlu olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır⁵⁰³. Şekli anlamda mecburi dava arkadaşlığına ihtiyari dava arkadaşlığına tatbik edilen sonuçlar uygulanır⁵⁰⁴. Dava arkadaşlarının birlikte hareket etme zorunlulukları yoktur⁵⁰⁵. Ayrıca mahkemenin de bu kişiler hakkında tek bir karar verme zorunluluğu bulunmamaktadır⁵⁰⁶. Dolayısıyla aralarında şekli anlamda mecburi dava arkadaşlığının söz konusu olduğu kişilerin arabuluculuk faaliyetine başvuru aşamasında birlikte hareket etmek zorunlulukları bulunmamaktadır. Ek olarak şekli mecburi dava arkadaşları, birbirlerinden bağımsız olarak arabuluculuk faaliyetini anlaşıma sağlayarak sonlandırabilirler.

4.5.4. İşe İade Davalarında Dava Arkadaşlığı Probleminin Arabuluculuk Uygulamasına Yansımaları

İş Mahkemeleri Kanunu'nda yapılan değişiklik tasarısı halindeyken, taraflar arasındaki ilişkileri düzenleyen bir hükmün olmamasının sorunlara neden olacağı belirtilmiştir⁵⁰⁷. Bu noktada, taraf ilişkisinin özellik arz ettiği bir durum olan işe iade davalarının ele alınması gerekliliği üzerinde durulmuştur. İşe iade davalarında, özellikle karşı tarafın alt işveren-asıl işveren olduğu durumlarda, işçinin asıl işverenin iş yerinde çalışırken iş sözleşmesini feshetmesi üzerine işe iade davasında sorumluluğun kimde olduğu ve işe iadenin parasal sonuçlarından asıl işverenin de sorumlu olup olmayacağı gibi birçok konuda doktrinde ve uygulamada tartışmalar mevcuttur.

Bilindiği üzere alt işveren ve asıl işveren işçiye karşı müteselsilen sorumludur (İş. K. m.2/6). Ancak asıl işverenin işçiye karşı müteselsil sorumlu olması, onu işçinin işvereni konumuna getirmemektedir⁵⁰⁸. Bu nedenle doktrinde, işçinin işe iade davasını kural olarak, kendi işverenine karşı açması gerektiği ileri sürülmüştür. Ayrıca, alt işveren ve asıl işveren arasındaki ilişkinin kanuna aykırı veya muvazaalı olduğu iddia edilmekte ise, işçi başından beri asıl işverenin işçisi sayılacağından, işe iade talebinin tek ve gerçek işveren olan asıl

⁵⁰³ Budak, Karaaslan, 2017, 106; benzer yönde tanımlar için, bkz.: Tanrıver, 2016, 542; Ulukapı, 1991, 60, 102; Pekcanitez, Atalay, Özkes, 2016, 204; Yılmaz-Şerh, 605; Kuru-İstinaf, 484; Karşı, 2012, 371; Umar-Şerh, 229; Yılmaz-Şerh, 583; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 485; Pekcanitez, Taş Korkmaz, 2017, 705; Ermenek, 2009, 69; Tercan, 2001, 184; Ulukapı, 1991, 102.

⁵⁰⁴ Tanrıver, 2016, 543; Ulukapı, 1991, 183-185-193; Yılmaz-Şerh, 605; Pekcanitez, Özkes, Atalay, 2016, 323-330; Kuru/Arslan/Yılmaz, 476; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 487; Pekcanitez, Taş Korkmaz, 2017, 714; Ermenek, 2009, 69.

⁵⁰⁵ Budak, Karaaslan, 2017, 107; Kuru-İstinaf, 488; Umar-Şerh, 229; Yılmaz-Şerh, 591; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 487; Pekcanitez, Taş Korkmaz, 2017, 714.

⁵⁰⁶ Tanrıver, 2016, 543; Budak, Karaaslan, 2017, 107; Kuru-İstinaf, 484; Karşı, 2012, 371; Yılmaz-Şerh, 591; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 487; Ulukapı, 1991, 102; Tercan, 2001, 184; Ermenek, 2009, 69

⁵⁰⁷ Namli, 2016, 161.

⁵⁰⁸ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, 2016, 80.

işverene yöneltilmesi gerektiği düşünülmektedir⁵⁰⁹.

Yargıtay'a göre de, işe iade davasının tarafı asıl işveren olmayıp, asıl işverenin bu konuda karar verme yetkisi olmadığından, işçinin işe iade talebini kendi işverenine karşı yöneltilmesi gerekmektedir⁵¹⁰. Ancak bu noktada, asıl işveren-alt işveren arasındaki ilişkinin geçersiz olması durumu sorun oluşturmaktadır. Zira böyle bir durumda, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersiz veya muvazaaya dayandığının belirlenmesine bağlı olarak, davalı olarak gösterilen kişinin, işçinin gerçek işvereni olmadığına ortaya çıkması söz konusu olacak ve taraf sıfatı sorunu ortaya çıkacaktır⁵¹¹. Bunun önüne geçilmesi için Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, vermiş olduğu kararlarda, eğer yargılama sonunda asıl işveren-alt işveren arasındaki ilişkinin kanuna aykırı veya muvazaalı olduğu anlaşılırsa doğrudan sıfat yokluğundan davanın reddedilmemesi ve işçiye asıl işverene dava açması için süre verilmesi gerektiğini belirtmiştir⁵¹². Bu noktada, davanın taraf sıfatı yokluğu nedeniyle reddedilmesi halinde, gerçek işverene karşı açılacak davada, işçinin işe iade davaları için öngörülmuş bir aylık dava açma süresini kaçırma tehlikesi bulunmaktadır. Bu tarz bir sonucun benimsenmesi, hem işçiyi mağdur etmemekte hem de bir aylık süre geçmemesi ihtimalinde yeni bir dava açılmasını gerektirmesi, usul ekonomisine de uygun düşmemektedir.

Asıl işveren-alt işveren arasındaki ilişkinin kanuna aykırı olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığına yönelik yapılması gereken yargısal denetim de asıl işveren ve alt işverenin davada bulunmalarını ve kendilerini koruyacak açıklama ve ispat haklarını kullanmalarını zorunlu kılmaktadır. Aksi bir uygulama, hem AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına hem de HMK'nın 27. Maddesinde düzenlenen hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil eder. Tüm bu nedenlerle, Yargıtay mevcut kararlarında benimsemiş olduğu düşünceden ayrılarak işe iade davalarında alt işveren ve asıl işveren arasında şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlığının bulunduğunu kabul etmiştir⁵¹³. Bu durumda işçi dava açtığında husumetini alt işveren ve asıl işverene yöneltmek zorundadır. Dolayısıyla davalı taraf açısından alt işveren ve asıl işveren arasında

⁵⁰⁹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, 2016, 81.

⁵¹⁰ Yarg. 9 HD. 1.4.2013, E. 2013/1506, K. 2013/10620, Web: <http://www.kazanci.com> adresinden 8 Ocak 2018 tarihinde alınmıştır.

⁵¹¹ Yarg. 22. HD. **13.12.2011 E. 2011/4205 K. 2011/7310**, Web: <http://www.kazanci.com> adresinden 8 Ocak 2018 tarihinde alınmıştır.

⁵¹² Yarg. 9. HD. 28.09.2009, E. 2009/26956 K. 2009/24380, Web: <http://www.kazanci.com> adresinden 8 Ocak 2018 tarihinde alınmıştır.

⁵¹³ Yarg. 22 HD., 14.04.2014, E. 2014/9111 K. 2014/7922, Aynı yönde karar için bkz.: Yarg. 22. HD. 28.06.2013, E. 2013/14683, K. 2013/15812; Yarg. 22. HD, 19.04.2013, E. 2013/6995, K. 2013/8360; Yarg. 22. HD. 24.12.2012, E. 2012/18063, K. 2012/29283. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, 2016, 81

şekli anlamda mecburi dava arkadaşlığının bulunduğu söylenebilir⁵¹⁴. Şekli mecburi dava arkadaşlığı kurumunun işe iade davalarında kabul edilmesinin sebebi, gerçeğin tam olarak ortaya çıkarılması ve taraflar arasındaki ilişkinin doğru bir şekilde karara bağlanmasını sağlamaktır⁵¹⁵.

İş Mahkemeleri Kanunu'nda yer alan arabuluculuğa başvurma zorunluluğu bulunan iş uyuşmazlıklarından biri de işe iade davalarıdır. İşçi işe iade davasını açmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorundadır. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 15. fıkrasına göre, "Eğer işe iade davasının karşı tarafında asıl işveren ve alt işveren bulunuyorsa, arabuluculuk sürecine işverenlerin birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması gerekmektedir". İlgili hükme göre, işe iade davalarına özgü olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda, davalı taraf yönünden mecburi dava arkadaşlığının varlığı ortaya çıkmaktadır. Bu düzenlemenin getirilmesindeki amaç, hem işçinin hem de işverenin haklarının ve çıkarlarının daha iyi bir şekilde korunmasını sağlamaktır⁵¹⁶. Dolayısıyla, işçi sadece alt işveren ile arabuluculuğa başvurursa bu durumda dava şartı yerine getirilmiş sayılmayacaktır. Zira arabuluculuk görüşmeleri sırasında, alt işveren asıl işveren ilişkisinin kanuna aykırı olması veya muvazaalı olduğunun tespit edilmesi durumunda işçinin, işe iade talebiyle ilgili görüşmesini alt işverenle yapması mümkün olmaz. Arabuluculuk görüşmeleri sonunda anlaşmanın sağlanamaması halinde ardından açılan işe iade davası dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddedilir. İşçinin işe iade talebiyle sadece alt işverene karşı başlattığı arabuluculuk görüşmeleri sonucunda anlaşmaya varılmış olsa bile, eksik taraf teşkiliyle imzalanan anlaşma geçersiz sayılır⁵¹⁷.

4.6. Tarafların Temsili

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15. maddesinin 6. fıkrası⁵¹⁸ değişikliğe uğramış ve bu değişikliğe uygun olarak da İMK'nin 3. maddesinde yeni bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemelerde, arabuluculuk müzakerelerine tarafların bizzat,

⁵¹⁴ Böyle bir durumda davanın yalnızca asıl işveren veya alt işveren aleyhine açılmış olması durumunda dava hemen usulden reddedilmemeli, davacıya bunun için süre verilmeli verilen süre içerisinde davalı taraf düzelse davaya devam edilmeli, aksi takdirde usulden reddedilmeli. 22. HD. E. 2017/10804, K. 2017/5605 t. 18.12.2017. Budak, Karaaslan, 2017, 107.

⁵¹⁵ Yarg. 22. HD. 13.12.2011 E. 2011/4205 K. 2011/7310. **Web:** http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1843.htm adresinden 4 Ocak 2018 tarihinde alınmıştır.

⁵¹⁶ İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Genel Gerekçesi, 17.

⁵¹⁷ Demir, 2014, 309.

⁵¹⁸ HUAK'ta başlangıçta tarafların aksi kararlaştırılmadığı sürece arabuluculuk sürecine bizzat katılmaları gerektiği ancak, tarafların uyuşmazlığı çözmek için bir araya gelmeye hazır olmadıkları veya tarafların arabuluculuk görüşmelerinin yapıldığı yerin dışında olmaları ihtimalinde, özel yetki verdikleri vekilleri aracılığıyla da görüşmeleri sürdürebilecekleri hüküm altına alınmıştır.

kanuni temsilciler veya avukatları aracılığıyla katılabilecekleri belirtilmiştir. Yukarıda işaret edilen düzenlemeler de dikkate alındığında, taraflar arabuluculuk görüşmelerine bizzat katıldıklarında, birbirleri ve arabulucu ile doğrudan görüşme imkânı yakalayacaklardır. Böylece hem uyuşmazlık çözümü kolaylaşmış olacak hem de varılan anlaşma taraflar için kalıcı hale gelecektir⁵¹⁹. Zira taraflar, arabuluculuk faaliyetinde müzakere yöntemi ile karşılıklı iletişimde bulunarak uyuşmazlıkları çözmeye çalışmaktadır. Ancak tarafların vekilleriyle beraber arabuluculuk görüşmelerine katılmaları çok daha faydalı olacaktır⁵²⁰. Çünkü bir uyuşmazlığın anlaşma sağlanarak sonuçlandırılabilmesi için, tarafların hukuki durumlarını yani o uyuşmazlıkta ne oranda haklı ne oranda haksız olduklarını bilmeleri gerekmektedir⁵²¹. Bunu sağlamanın yolu da avukatla temsilden geçmektedir. Taraflar avukatın yokluğunda kendileri için tehlikeli olabilecek beyanlarda ve davranışlarda bulunabilirler⁵²². Bu nedenle tarafların iddia ve savunmalarını hukuka uygun bir şekilde ileri sürebilmeleri için avukatın da arabuluculuk görüşmelerine katılması gerekmektedir. Kaldı ki avukatın katılımıyla gerçekleştirilen gerek Av. K. 35/A maddesi kapsamında uzlaştırma faaliyeti gerek HUAK kapsamında yürütülecek arabuluculuk faaliyeti ve ayrıca İş Mahkemeleri Kanunu'nda düzenlenen dava şartı olarak arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varılırsa, bu anlaşma belgesi herhangi bir işleme gerek olmadan İİK'nun 38. maddesi anlamında ilâm niteliğinde belge sayılacaktır.

Avukatın arabuluculuk görüşmelerine katılabilmesi için vekâletnamesinde, özel yetkiye sahip olması gerekir (HMK m. 74). Zira HMK'nın 74. maddesinde açıkça yetki verilmedikçe vekilin olamayacağı ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru yapamayacağı belirtilmiştir. Ancak kanun metninde hangi yöntemlerin alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğu belirtilmemiştir. Ancak kuşku yoktur ki arabuluculuk yöntemi maddede belirtilen alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kavramına dâhildir.

Avukatla temsil, arabuluculuğa başvurunun zorunlu tutulduğu arabuluculuk türünde daha da önem arz etmektedir. Zira taraflar arasında güç dengesizliklerinin olması, arabuluculuk görüşmelerinde güçsüz olan taraf için sakıncalı bir durum oluşturacaktır. Bu sakıncanın önüne geçilebilmesi için de doktrinde çoğunluk görüş arabuluculuğa başvurunun zorunlu tutulduğu hallerde avukatla temsilin de zorunlu tutulması gerektiği

⁵¹⁹ Kekeç, 2014, 162; Tanrıver-Değerlendirme, 99; Kuru, 2010, 238; Özbek, 2016, 1240; Özkes, 2017, 2837.

⁵²⁰ Kuru, 2010, 238. Özellikle de taraflara hukuki tavsiyede bulunabilmeleri için avukatla temsil arabuluculuk faaliyetinde önem arz edecektir. Özkes, 2017, 2837. bu husus ABD'de bazı mahkeme emirlerinde yer almaktadır. Kekeç, 2014, 162.

⁵²¹ Kuru, 2010, 238.

⁵²² Kuru, 2010, 238; Hukuk bilgisine sahip olmayan tarafların kendi davalarında yanlışlıklar nedeniyle, haklı oldukları halde haksız çıkabilirler. Ercan, İ. (2006). "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Bağlamında Medeni Yargıda Avukat İle Temsil Zorunluluğu". *MİHDER*. 3, 5, (1275-1299), 1294.

yönündedir⁵²³. Çünkü iş uyuşmazlıklarının tarafları arasında güç dengesizliği bulunmakta olup, bu dengesizliğin ortadan kaldırılarak silahların eşitliğinin sağlanması avukatla temsil edilme imkânıyla olabilir⁵²⁴. Bu sayede uyuşmazlığın çözümünde taraflara daha etkin ve iyi bir hukuki himaye sağlanmış olacaktır.

Avukatla temsilin zorunlu tutulduğu durumlarda adalete ulaşma imkânını pahalılaştırdığı ve dolayısıyla Anayasa madde 36'da düzenlenen hak arama özgürlüğüne aykırılık oluşturduğu ileri sürülebilir. Bu iddianın maddi durumu avukatla temsil edilmeye yetmeyen tarafın dava açmasını engelleyebileceğinden haklılık payı bulunmaktadır. Zira arabuluculuk süreci sonucunda avukatla temsil ücretleri yargılama giderlerinden sayılacaktır. Yargılama giderlerinin de hak arama özgürlüğünün önünde bir duvar oluşturduğu⁵²⁵ düşünüldüğünde bu sonucun doğabileceğinin kabulü gerekmektedir. Ancak, bu sakınca, adli yardım kurumunun geliştirilmesiyle bertaraf edilebilir⁵²⁶.

4.7. Zorunlu Arabuluculuk ve Adli Yardım

Tarafları haklı olsalar dahi dava açmaktan ve davayı takip etmesi için avukata başvurmaktan veya kendilerine karşı açılan davalarda savunma yapmaktan geri tutan en önemli şey tarafların ekonomik durumlarıdır. Zira günümüzde yargılama faaliyetleri oldukça yüksek tutarlara ulaşabilmektedir⁵²⁷. Yargılama giderlerinin yüksek olması kişileri hak arama özgürlüğünü kullanamayacak duruma getirebilir⁵²⁸. Sosyal bir hukuk devleti olmanın bir unsuru da yurttaşların tüm haklarının ekonomik durumlarına bağlı kalımsızın eşit şekilde güvenceye kavuşturulmasıdır⁵²⁹.

Arabuluculuk faaliyeti usul ekonomisi açısından yargılama faaliyetine göre tarafları daha az yargılama giderinden sorumluluk altına sokmaktadır. Zira arabuluculuk faaliyeti uyuşmazlıkların gün, en fazla hafta ile ifade edilebilecek bir zaman diliminde çözümlenmesini sağladığı için tarafların daha az masraf yaparak uyuşmazlığı çözümlerini

⁵²³ Namli, 2016, 160; Doğan Yenisey, 2016, 189; Kuru, 2010, 238.

⁵²⁴ Ercan, 2006, 1279.

⁵²⁵ Ercan, 2006, 1294; Yılmaz, E. (1984). "Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti". *ABD*. 2, 200 vd.; Yılmaz, E. (1987). "Adli Yardım Kurumunun İdari Yargıda Uygulanması". *MHD*. 7, 12 vd.; Fikret, E. (1970). "Adli Yardım". İmran Öktem'e Armağan. Ankara: Ankara Üniversitesi, 108.

⁵²⁶ Namli, 2016, 160; Avukatla temsil zorunluluğu getirilmesinin ortaya çıkardığı sakıncalı durumun engellenmesinin adli yardımın iyi işletilmesi ve hukuki himaye sigortasının yaşama geçirilmesi şartıyla bkz. Tanrıver, 2000, 74; Tanrıver-Adil Yargılanma, 232; Deliduman, (2003). "Medeni Yargıda Avukatlık". *EÜHFD*. 7(1-2), 384. Ercan, 2006, 1295.

⁵²⁷ Kuru-İstinaf, 826; Karşlı, 2012, 743; Özbek, 2016, 607; Atalay-Pekcanitez Usul, 2410.

⁵²⁸ Yılmaz-Şerh, 1429; benzer yönde görüş için bkz.: Kekeç, 2014 89; Budak, Karaaslan, 2017, 294; Postacıoğlu, Altay, 2015, 987; Kuru-İstinaf, 826; Pekcanitez, Atalay, Özekes, 2016, 607; Atalay-Pekcanitez Usul, 2415.

⁵²⁹ Pekcanitez, Özekes, Atalay, 2016, 607; Yılmaz-Şerh, 1429. Adli yardımın adil yargılanma hakkı ve sosyal devlet ilkesinin bir gereği olduğuna ilişkin görüş için bkz. Budak, Karaaslan, 2017, 294; Tanrıver, 2016, 1051; Kuru-İstinaf, 826; Atalay, Pekcanitez Usul, 2412-2413.

sağlar⁵³⁰. Bu nedenle arabuluculuk faaliyeti yargılamanın masraflarını ve riskini göze alamayacak kişiler için adalete yaklaşma imkânı sağlamaktadır⁵³¹. Ancak yöntemin geliştirilmesi için birtakım düzenlemelerin de yapılması gerekmektedir⁵³². Örneğin, Slovenya’da arabuluculuk faaliyeti ücretsiz yürütülebilirken⁵³³, Belçika’da taraflara arabuluculuk faaliyetlerinde adli yardım kurumuna başvurma hakkı verilmiştir⁵³⁴. Avusturya’da ise, aile arabuluculuğunda devlet belli bir zaman dilimine kadar arabuluculuk faaliyetinin masrafları karşılamaktadır⁵³⁵.

Doktrinde *Özbek*’e göre⁵³⁶, ülkemiz açısından da arabuluculuk faaliyetlerinin ücretsiz yürütülmesi birçok faydayı beraberinde getirecektir. Bu nedenle arabulucuların, mahkeme kararıyla arabuluculuğa gönderilen davalarda, yılda en az 10 saat veya iki davada ücretsiz arabuluculuk yapmasının yararlı olacağı düşünülmektedir. Yazara göre, ücretsiz yürütülen arabuluculuk faaliyetlerinde, ortaya çıkacak masraflar hazineden karşılanmalıdır⁵³⁷. Arabuluculuk faaliyetinin ücretsiz yürütülmesi her ne kadar yararlı olacaksa da bu durum arabulucuların bu faaliyeti yapma isteklerini azaltabilir. Bu nedenle arabuluculuk faaliyetinin ücretsiz yürütülmesi yerine devlet tarafından ücretinin karşılanması daha uygun olacaktır. Bu durum özellikle arabuluculuğa başvurunun zorunlu tutulduğu durumlar için önerilmektedir.

Kuru’ya göre⁵³⁸, arabuluculuk zorunlu hale getirildiğinde, tarafların arabuluculuk ücreti ödemeleri zorunluluğu kaldırılmalıdır. Çünkü böyle bir düzenlemenin getirilmesi kanun koyucunun takdiriyle olmuştur. Taraflara hem denemeleri zorunlu bir yol getirip hem de bu faaliyeti yürüten kişinin ücretinin taraflardan alınması hukuka uygun değildir. Taraflar mahkemeye başvurduklarında nasıl hâkimin ücretini karşılamıyorlarsa arabulucu için de bir ücret ödememelidirler⁵³⁹. Arabulucunun zorunlu hale getirilmesindeki temel amaç iş yükü problemine çözüm oluşturmaktır. Bu problemin çözümü için arabuluculuk ücretini devlet karşılamalıdır. Kaldı iş uyuşmazlıklarının tarafı olan işçinin ekonomik

⁵³⁰ Kekeç, 2014 89; Pekcanitez, Özekes, Atalay, 2016, 673; Pekcanitez-Alternatif, 14. Ancak arabuluculuğun faydası küçük miktarda uyuşmazlıklarda tartışılabilir. Pekcanitez-Alternatif, 14.

⁵³¹ Kekeç, 2014, 89.

⁵³² Kekeç, 2014, 89; Pekcanitez, Özekes, Atalay, 2016, 673; Pekcanitez-Alternatif, 14. Ancak arabuluculuğun faydası küçük miktarda uyuşmazlıklarda tartışılabilir. Pekcanitez-Alternatif, 14.

⁵³³ Hrastnik, B. J. (3-5 Nisan 2006). “Alternatif Çözüm Yolları Yargılama Sürecini Nasıl Hızlandırır? Lubljana Mahkemesinden Örnekler”, *Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu*, Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, 37-45, 39.

⁵³⁴ Namlı-Eleştiri ve Görüşler, 111. Özbek, 2016, 1228.

⁵³⁵ Dost, 2015, 463-473; Tanrıver-Değerlendirmeler, 93.

⁵³⁶ Özbek, 2016, 1228.

⁵³⁷ Yazara göre, bu şekilde hazineye yüklenen masraflar dava açılması durumunda hazineye yüklenen masraflardan oldukça az olacaktır. Özbek, 2016, 1228.

⁵³⁸ Kuru, 2010, 245.

⁵³⁹ Kuru, 2010, 245.

durumu düşünüldüğünde, yargılama giderlerine arabuluculuk faaliyetinin de masraflarının eklenmesi işçiyi, hukuki yollara başvurma konusunda tereddütte bırakabilir.

Arabuluculuğa başvuruya zorlanan taraflar dava açmak istediklerinde arabuluculuk yöntemine başvurmak zorunda bırakılmaktadır. Dava açmak isteyen taraflar, dava masraflarının yanı sıra arabuluculuk ücretiyle de karşı karşıya kalır. İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 16. fıkrasına göre; arabuluculuk bürosu tarafından yapılması gereken zaruri giderler, anlaşmaya varılamaması halinde ileride haksız çıkacak taraftan tahsil edilir. Ayrıca, arabulucu için ödenmesi gereken ücret de dava açılması durumunda yargılama giderlerinden sayılır ve bu husus ekonomik durumu kötü olan tarafların ortaya çıkabilecek masraflardan dolayı dava açmasını engelleyici bir düzenleme oluşturmaktadır.

Tarafların hak arama özgürlüğüne engel oluşturulmaması için, arabuluculuk ücretinin devlet tarafından karşılanması durumunun yanı sıra arabuluculuk görüşmeleri sırasında oluşan masraflardan dolayı adli yardım kurumuna da işlerlik kazandırılması gerekmektedir⁵⁴⁰. Adli yardım, ekonomik durumundan dolayı yargılama ve takip giderlerini karşılayamayacak durumda olan kişilerin, taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması şartıyla yargılama giderlerinden geçici muafiyet sağlayan bir kurumdur⁵⁴¹. Doktrinde baskın olan görüşe göre de, arabuluculuk faaliyetinin geliştirilmesi için arabuluculuğa başvurulması halinde, adli yardımdan yararlanma imkânı tanınmalıdır⁵⁴². Ancak hukukumuzda, adli yardım kurumuna yargılama faaliyeti yanında, icra takipleri ve geçici hukuki korumalar için başvurulabilmektedir (HMK m. 334). İş Mahkemeleri Kanunu'nun 21. maddesi ile 6325 sayılı kanununun 13. maddesine eklenen fıkra ile, arabuluculuk faaliyetlerinde adli yardım kurumunun işlerlik kazandırılacağı şu şekilde belirtilmiştir:

“Arabuluculuk ücretini karşılamak için adli yardıma ihtiyaç duyan taraf, arabuluculuk bürosunun bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesinin kararıyla adli yardımdan yararlanabilir. Bu konuda 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334 ila 340 uncu maddeleri kıyasen uygulanır.”

Diğer taraftan adli yardım kurumu sayesinde, kendisine avukat tutabilecek maddi imkânı bulunmayan kimseler, doğrudan baroya başvurup adli yardım talep edebilir (Av. K. m. 179). Bu hükmün arabuluculuk faaliyeti için de işlerlik kazandırılması gerekmektedir.

⁵⁴⁰ Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 49.

⁵⁴¹ Kılınç, A. (2013). *Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım*. Ankara: Adalet, 9; benzer yönde tanımlar için bkz. Tanrıver, 2016, 1051. Pekcanitez, Atalay, Özekes, 2016, 607; Kuru-İstinaf, 826; Karşlı, 2012, 660; Yılmaz-Şerh, 1429; Atalay-Pekcanitez Usul, 2411.

⁵⁴² Özbek, 2016, 1228; Özbek, 2001, 256; Sungurtekin Özkan-Adli Yardım, 183-185; Tanrıver-Tepkiler, 2033; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 149; Yılmaz, 2012, 1288; Tanrıver, (2012). “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler”. *TBB*. 99, 15-34, 31.

Zira arabuluculuk faaliyetinde, tarafların ekonomik durumlarının kötü olması, kişinin avukatla temsil edilmesine engel teşkil edebilir. Yukarıda da bahsettiğimiz gibi, taraflar avukatlarının olmadığı durumlarda tehlikeli olabilecek beyanlarda ve davranışlarda bulunabilirler. Ayrıca, taraflar arasında güç dengesizliklerinin olduğu durumlarda güçsüz tarafın avukatla temsil edilmemesi istenmeyen kararların kabul edilmesine yol açabilir. Bu nedenle avukatla temsilin olmadığı arabuluculuk görüşmelerinde oluşabilecek sakıncaların önüne geçilebilmesi için, adli yardım kurumunun geliştirilmesi gerekmektedir.

4.8. Hükümün Zaman Bakımından Uygulaması

Yeni yürürlüğe giren usul hukuku normlarının hangi olay ve ilişkilere uygulanacağına tespiti kanunların zaman bakımından uygulanmasıyla ilgilidir⁵⁴³. Yeni yürürlüğe giren bir usul hükmü, uygulanma zamanına ilişkin bir düzenleme içeriyorsa, bu düzenlemeye göre yeni hükmün uygulanacağı zamanı belirlenir⁵⁴⁴. Böyle bir düzenleme yoksa Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 448. maddesinde usul kurallarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin hükümde belirtilen kurala göre bir yol izlenmelidir. Bu düzenlemeye göre, tamamlanmış işlemleri etkilememek⁵⁴⁵ kaydıyla usul kuralları derhal uygulanır⁵⁴⁶. Usul hükümlerinde kural derhal uygulama olmasına rağmen, tamamlanmış olan işlemler için istisna getirilmektedir⁵⁴⁷.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun Geçici 1. maddesinin 2. fıkrasında “dava şartı olarak arabuluculuk” kurumunun zaman bakımından uygulama alanı belirlenmiştir. Bu hükme göre, “*Dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümleri, bu hükümlerin yürürlüğe girdiği tarih itibariyle ilk derece mahkemeleri ve Bölge Adliye Mahkemeleri ile Yargıtay’da görülmekte olan davalar hakkında uygulanmaz.*” Kanunun gerekçesinde de belirtildiği gibi, böyle bir düzenlemenin getirilmesindeki amaç, eğer “dava şartı olarak arabuluculuk” kurumuna ilişkin kurallar derhal yürürlüğe girecek olursa, yargı mercilerinin elinde derdest

⁵⁴³ Tanrıver, 2016, 131; Pekcanitez, Atalay, Özkes, 2016, 53; Pekcanitez, H. (2015). Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku. (15. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 43 (Pekcanitez-Pekcanitez Usul). Pekcanitez, H. (2015). “Hukuk Muhakemeleri Kanununun Tahkime İlişkin Hükümlerinin Zaman İtibariyle Uygulanması”. *Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan*. Cilt II. Ankara: Yetkin Yayınları, 1393, (Pekcanitez-Tahkim). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Taşpınar Ayvaz, (2013). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Zaman Bakımından Uygulanması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.

⁵⁴⁴ Pekcanitez-Pekcanitez Usul, 43; Pekcanitez-Tahkim, 1395.

⁵⁴⁵ Tamamlanmış işlem tespit edilirken o işlemin dahil olduğu usul kesitinin mi yoksa, o usul işleminin mi tamamlanmasının aranacağı sorununa ilişkin olarak HMK m.408 yorumlanacaktır. Kural olarak usul işlemleri usul ilişkisinin ne zaman kurulduğuna bakılmaksızın, yapıldığı ana ilişkin hükümler uygulanacaktır. Budak, Karaaslan, 2017, 14; Her usul işlemi ayrı ayrı değerlendirilecek olup, bir davanın tüm olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Pekcanitez-Tahkim, 1394

⁵⁴⁶ Bu konuda istina oluşturan kanun yolları aşaması için bkz.: Budak, Karaaslan, 2017, 14; Budak, A. C. (2014-2015). “Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Kanun yolu Hükümlerinin Zaman Bakımından Uygulanması”, *YÜHFD. Prof. Dr. Yaşar Gürbüz'e Armağan*. 11(2).

⁵⁴⁷ Postacioğlu, Altay, 2015 14; Budak, Karaaslan, 2017, 13; Tanrıver, 2016, 131; Karlı, 2012, 82; Pekcanitez, Atalay, Özkes, 2016, 54; Pekcanitez-Pekcanitez Usul, s 44; Pekcanitez-Tahkim, 1393.

olan dosyaların arabulucuya başvuru zorunluluğu sebebiyle iade edilmesini ortadan kaldırmaktır zira bu durum uygulamada sıkıntılar ve gecikmelere sebep olabilir. Dolayısıyla bazı iş uyuşmazlıkları için getirilecek olan dava şartı olarak arabuluculuk uygulaması yürürlüğe girdiği tarih itibariyle kanunda belirtilen uyuşmazlık türlerinde ilk derece mahkemesinde, Bölge Adliye Mahkemeleri'nde ve Yargıtay'da derdest olan davalar için uygulanmaz. Her ne kadar dava şartları yargılamanın her aşamasında ele alınabilecek hususlar olsa da, arabuluculuğa başvurma zorunluluğu dava şartı, sonradan süre verilerek tamamlanabilen dava şartları içerisinde yer almadığından derdest bir davada bekletici sorun yapılarak dava şartının yerine getirilmesi beklenemez. Bu nedenle davanın açılmasıyla bu usul işleminin yerine getirilecek olan zamanın sona erdiği söylenebilir. Açılmış bir davanın hatta hüküm verilerek kanun yoluna kadar gelmiş bir uyuşmazlığın usulden reddedilerek, tekrar başa döndürülmesi, zaman ve emek kaybına yol açar⁵⁴⁸. Bu kural kapsamında arabuluculuğa başvuru zorunluluğu dava şartının uygulanması açısından davaların açılmasıyla işlem tamamlanmış olur. Dolayısıyla, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren ortaya çıkan yeni iş uyuşmazlıklarında öncelikli olarak arabuluculuğa başvurulması gerekir.

5. ANAYASAL AÇIDAN DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK UYGULAMASI

5.1. Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi

Hak arama özgürlüğü soyut ve objektif bir hakkın hukuki korunma talebi ile somut olarak karşılanmasını ifade etmektedir. Bu husus, ihkak-ı hak yasağının bir gereği olarak devlete yüklenen bir görevdir. Gerçekten de, kişilerin devletten bir hukuki koruma talep etme hakları bulunmaktadır. Bu hususun dayanağı öncelikle Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerinde karşılığını bulmaktadır. Hak arama özgürlüğüne ilişkin asıl düzenleme ise, Anayasa'nın 36. maddesinde şu şekilde yer almaktadır: "*herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle, yargı mercileri önünde, davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*". Dolayısıyla, bireylere dava açma hakkı sağlanması hak arama özgürlüğünün bir gereğidir⁵⁴⁹. Ancak, hak arama özgürlüğü, dava açma hakkının yanı sıra, başvurunun incelenmesi, karara bağlanması ve kararın icra edilebilirliği aşamalarında sürecin etkin bir şekilde yürütülmesini gerektirir⁵⁵⁰.

⁵⁴⁸ Postacıoğlu, Altay, 2015 14; Benzer yönde görüş için bkz.: Pekcanitez-Pekcanitez Usul, 46; Pekcanitez-Tahkim, 1393.

⁵⁴⁹ Tanrıver, 2016, 452.

⁵⁵⁰ Mine Akkan, Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma, MİHDER, 2007/6, (29-68), 35; Özbek-Adalet Erişim, 925; ÖzDemir-Uzlaşma, 31.

Hak arama özgürlüğünün diğer bir dayanağı ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkıdır⁵⁵¹. Adil Yargılanma hakkı, herkesin medeni hak ve yükümlülükleri konusunda tarafsız ve bağımsız bir mahkeme önünde yargılanmasını ifade etmektedir (AİHS m.6). AİHM'nin yerleşik içtihatlarında “kanuni, bağımsız ve tarafsız mahkemede dava açma hakkı” adil yargılanma hakkı içerisinde kabul edilmektedir⁵⁵². Bu bağlamda hak arama özgürlüğünün kapsamı, Anayasa'nın 36. maddesi ile AİHS'nin 6. maddesi birlikte değerlendirilerek belirlenmelidir. Dolayısıyla, dava açma hakkının sınırlandırılması ve yargılamanın etkin bir şekilde yürütülmemesi adil yargılanma hakkına ve dolayısıyla hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil etmektedir⁵⁵³. Ancak bireylerin adalete erişim imkânının önünü tamamen kapatan uygulamaların hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil edeceği ifade edilmektedir. Zira tarafların adalete erişim imkânının sadece dava açmak yoluyla değil, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile de sağlanabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Bütün uyuşmazlıkların dava açılarak çözüme kavuşturulması yüksek maliyetlere, karmaşıklığa, uyuşmazlığın sonucunda belirsizliğe ve mahkemelerde iş yüküne yol açmaktadır. Bu sorunlar çoğu zaman adalete erişim imkânını geciktirmekte veya tamamen ortadan kaldırmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ise hızlı, ucuz ve etkili bir şekilde uyuşmazlığı çözüme ulaştırması diğer adli hizmetlerde yaşanan sorunların önüne geçmektedir⁵⁵⁴. Bu nedenle getirilen yeni uygulamalar, bireylerin dava açma haklarını sınırlandırmış olsalar da hak arama özgürlüğü kapsamında adalete daha etkin bir şekilde erişimi sağlayabileceği dikkate alınmalıdır. Anayasa Mahkemesi de bu hususa şu şekilde değinmiştir⁵⁵⁵:

“Anayasa'nın 141. maddesine göre davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevidir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, yargının iş yükünün azaltılması, adalete erişimin kolaylaştırılması ve usul

⁵⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Tanrıver-Adil Yargılanma, Pekcanitez-Adil Yargılanma.

⁵⁵² Kaşıkara, M. (2009). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye. Ankara:Adalet Yayınevi , 98; Demircioğlu, Y. (2007). Medeni Yargılama Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri. Ankara: Yetkin Yayınları, 51; Erdoğan, 2017, 1229. Adil yargılanma hakkı içerisinde beş unsuru barındırmaktadır: “kanuni, bağımsız ve tarafsız mahkemede dava açma hakkı”, “yargı önünde hak arama hakkı”, “aleni surette yargılanma hakkı”, “hakkaniyete uygun davranma hakkı”, “makul sürede yargılanma hakkı”. Ildır, 2003, 44; benzer sınıflandırmalar için bkz. Budak, Karaaslan, 2017, 62; Tanrıver, 2016, 393; Pekcanitez, Atalay, Özokes, 2016, 230-232; Erdönmez, 2017, 847; Hakan Pekcanitez, “Adil Yargılanma Hakkı”, İzmir Barosu Dergisi, 1997 Nisan, (35-55) 40,(Pekcanitez-Adil Yargılanma); Tanrıver-Adil Yargılanma, 211.

⁵⁵² Tanrıver-Adil Yargılanma, 211; Pekcanitez-Adil Yargılanma, 39.

⁵⁵³ Kuru-İstinaf, 155.

⁵⁵⁴ Vettori, 356; benzer yönde görüş için bkz.: Doğan Yenisey, 2016, 173.

⁵⁵⁵ RG T. 25 OCAK 2014, 28893.

ekonomisi gibi çeşitli nedenlerle yargıya ilişkin anayasal kuralların etkinliğinin sağlanması bakımından gerekli görülmesi durumunda uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesinin yasama organlarının takdirindedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru zorunluluğu bu yollar sırf kişilerin hak aramalarını imkânsız hale getirmek amacıyla oluşturulmuş etkisiz ve sonuçsuz yöntemler olmadığı sürece hak arama özgürlüğüne aykırı kabul edilemez.

5.2.1. İş Mahkemeleri Kanunu ile Getirilen Arabuluculuğa Başvurma Zorunluluğunun Hak Arama Özgürlüğüne Aykırı Olup Olmadığının Tespiti

5.2.1.1 Genel Olarak

Anayasa Mahkemesi'ne 2017/178 esas numarası ile 12.10.2017 tarihinde bir başvuru yapılmıştır. Söz konusu başvuruya göre⁵⁵⁶, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun; “ A) 3. maddesinin;

1. (1) numaralı fıkrasında yer alan ‘...arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır’ ibaresinin,

2. (12) numaralı fıkrasının;

a. Birinci cümlesinde yer alan ‘...yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur’ ibaresinin,

b. Üçüncü cümlesinde yer alan ‘...yargılamaya giderleri..’ ibaresinin,

3. (14) numaralı fıkrasının ‘Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenen ve taraflarca karşılanan arabuluculuk ücreti, yargılama giderlerinden sayılır.’ biçimindeki üçüncü cümlesinin” anayasaya aykırılık iddiası ile iptali ve yürürlüğünün durdurulması istenmiştir.

Arabuluculuk kurumuna ilişkin olarak 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda birçok yenilik getirilmiştir. Söz konusu yeniliklerin, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen “hak arama özgürlüğü”ne aykırılığı ve adalete erişim hakkını sınırlandırdığı iddia edilmektedir. İş Mahkemeleri Kanunu'nun getirdiği düzenlemelerin hak arama özgürlüğü açısından tartışılması gereken en önemli yeniliği, arabuluculuk faaliyetine başvurunun zorunlu kılınması ile birlikte sürece başlangıç açısından iradilikten vazgeçilmesidir⁵⁵⁷. Ancak arabuluculuğa başvurunun zorunlu tutulduğu durumlarda taraflar sürece başvuruya zorlanmış olsalar dahi, sürecin devamı ve sona erdirilmesi tarafların

⁵⁵⁶ Web: <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/gundem/detay/genelkurul/811.pdf>., adresinden 4 Ocak 2018 tarihinde alınmıştır.

⁵⁵⁷ Erdoğan, 2017, 1222.

ihtiyarındadır⁵⁵⁸. Eğer taraflar sürece başvuruya zorlandıkları gibi, başvuru sonucunda anlaşma yapmaya da zorlanmış olsalardı, adalete erişim imkânının tamamen ortadan kalkmış olacağından bahsedilebilirdi⁵⁵⁹. Tarafların dava açma hakları, arabuluculuk sürecine başvurulduğunda zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işlemeyeceğine ilişkin düzenleme ile korunmaktadır. Dolayısıyla taraflar arabuluculuk sürecine katılmayı reddettiklerinde dava açma hakları devam edeceği için getirilen yeni düzenlemelerin hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil etmediği söylenebilir⁵⁶⁰. Ancak, arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun tarafların doğrudan dava açma hakkını engellediğinin⁵⁶¹ ve bunun adalete erişim hakkını sınırladığının kabulü gerekmektedir⁵⁶². Zira taraflar kanunda belirtilen konularda dava açmak istediklerinde öncelikle arabuluculuğa başvurmak zorunda olup, ancak bu yolun tüketilmesi durumunda dava açma hakkına sahip olacaktır. İncelenmesi

⁵⁵⁸ Gönüllülük ilkesinin yanlış anlaşıldığını, bir sürecin ihtiyari olarak yürütülmesinden kastedilenin ona devam edip etmeme özgürlüğünü ifade ettiği kadar, alternatif olarak tanımlanan o yola başvurup başvurmama özgürlüğünü kapsadığı da ileri sürülmektedir. Hanks, 2012, 949; Karacabey, 2016, 462.

⁵⁵⁹ Vettori, 359. Bu hususun Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceği yönünde bkz.: Göksu, 2017, 381. Ayrıca belirtildiği gibi, zorunlu arabuluculuğun anayasaya aykırı olmaması için, yargı yolunu kapatmaması ve sürecin devamının ve sona erdirilmesinin tarafların ihtiyarında olması gerekmektedir Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde 26 Nisan 2014 tarihinde gerçekleştirilen Arabuluculuk Çalışma Toplantısı Arabuluculukla ilgili Güncel Sorunlar, Beklentiler ve Öneriler Sonuç Raporu, 126 (AndHD, 2015, C. 1, 1, 119-133)). Bu hususa Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesinin arabuluculuğa başvuruyu düzenleyen 5.2. maddesinde de şu şekilde yer verilmiştir: *“Bu yönerge, dava açılmasından önce veya sonra, arabuluculuğa başvurulmasını zorunlu kılan veya teşvik eden ya da yaptırıma bağlayan milli mevzuatı, bu mevzuatın, tarafların yargı sistemine erişim hakkını kullanmasını engellememesi şartıyla etkilemez.”* Özbek-Anayasal Hak, 140; diğer şartlar için bkz. Erdoğan-Erzurumlu, 42; Erdoğan, 2017, 1224; Mevcut düzenlemenin de aralarında güç dengesizliği bulunan taraflara devlet yargısı ve arabuluculuk arasında seçim yapma hakkı tanımamasından dolayı Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Namlı, 158.

⁵⁶⁰ Özbek, 2010, 137. Hak arama özgürlüğüne aykırılık oluşturmaz. Oğuz, 2016, 86. Tarafların arabuluculuk görüşmeleri sonucunda başarılı olmaları durumunda davaya devam etmeye gerek kalmayacaktır. Başarısız olunması durumunda ise, tek etkisi yargılamada yaşanabilecek gecikmedir. Kekeç, 2014, 74. Başlangıçta kişiye “devlet yargı” ile “arabuluculuk” arasında seçim hakkı tanınmadığı için Anayasa'nın 36. ve 37. maddelerine aykırılık teşkil edebileceği görüşü için bkz. Namlı, 158; Mahkemelerdeki iş yükünün azaltılması amacıyla yargı yükünün hafifletilmesi daha büyük sorunlar yaratabilecek ve demokratik bir devlette kişilerin hak arama özgürlüğüyle bağdaşmayacaktır. Karacabey, 2016, 465-470, benzer yönde görüş için bkz.: Doğan Yenisey, 2016, 182; Ildır, 2003, 48; Uzlaşma bilinci olmayan topluluklarda, arabuluculuk yönteminin iş yükünü hafifletmek amacıyla ve işlerlik kazandırılmak amacıyla zorunluluğa tabi tutulması yarardan çok sakınca oluşturacak olup, hak arama özgürlüğüne müdahale olarak dahi algılabileceğine ilişkin görüş için bkz. Tanrıver-Arabuluculuk, 154. İş Mahkemeleri Kanunu'nun gerekçesinde bu husus ele alınmış ve mevcut düzenlemenin hak arama özgürlüğüne aykırı olmadığı şu şekilde belirtilmiştir: *“Tasarıda öngörülen uyumsuzluklar bakımından, tarafların mahkemeye dava açmadan önce arabulucuya gitmesi zorunlu olup tarafların serbest iradeleriyle yürütülen arabuluculuk görüşmelerinde anlaşma zorunluluğu bulunmamaktadır. Arabulucuda anlaşılabilmesi halinde tarafların mahkeme huzurunda haklarını aramaları mümkündür. Bu sebeple mahkemeye dava açmadan önce arabulucuya gidilmesinin zorunlu tutulması, Anayasa'nın 36'ncı maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğünün ihlali anlamına gelmemektedir.*

⁵⁶¹ Bu hakkın engellenmesiyle olası bir sıkıntının önünü açmak için bu konuda anayasal bir düzenleme yapılması gerektiğine ilişkin bkz.: Arabuluculuk Çalışma Toplantısı, 126. Aksi görüşte olup, bu düzenlemenin Anayasa'nın 3. ve 6'ncı maddelerinde yer alan rejimin değiştirilmesine yol açacağına ilişkin bkz. Karacabey, 2016, 470.

⁵⁶² Karacabey, 2016, 464; benzer yönde bkz.: Özmumcu, 2016, 834; Erdoğan, 2017, 1222; Vettori, 358; Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 41; Ildır, 2003, 48. Zorunlu arabuluculuk bireylerin adalete erişim hakkına kabul edilemez bir engeli dayatma olduğu görüşü için bkz.: Ouek, 485; Nolan-Haley, 2012, 5; Vettori, 359.

gereken bu sınırlamanın sonucunda herhangi bir aykırılığın doğup doğmadığıdır.

5.2.2. Sınırlamanın Şartları

Anayasa’da düzenlenen hak arama özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi belirli şartların varlığı halinde meşru kabul edilecektir. Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan bu şartlar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılabilmesi için gerekli gördüğü şartlarla benzerdir. Dolayısıyla bir hakkın sınırlandırılması, ancak hakkın özüne dokunulmadan, meşru bir amaca dayanılarak ve bu amaca ulaşmak için kullanılan aracın orantılı olması şartıyla meşru kabul edilebilecektir⁵⁶³.

5.2.2.1.Hakkın özüne dokunmaması

Taraflar, zorunlu arabuluculuk faaliyetinde sadece ilk toplantıya katılmak zorundadır. Sürecin devamı ve sona erdirilmesi tamamen onların iradesine bağlıdır. Taraflar dilerse, ilk toplantıya katılıp sürece devam etmek istemediklerini belirtebilirler ve aynı gün içerisinde uyuşmazlığı yargı yoluna taşıyabilir ya da geçici hukuki koruma tedbirlerine başvurabilirler⁵⁶⁴. Dolayısıyla tarafların uyuşmazlığı yargı mercileri önüne getirme hakkı arabuluculuk sürecine başvurmuş olmalarına rağmen devam edeceğinden, zorunlu arabuluculuğun, hak arama özgürlüğünün özüne dokunduğu başka bir ifadeyle hak arama özgürlüğünün kullanımını anlamsız kılacak şekilde sonuçlar doğurduğu söylenemez⁵⁶⁵.

⁵⁶³ Erdoğan, 2017, 1230. Anayasa mahkemesi de bireysel başvuru söz konusu olduğunda aynı kıstaslara göre değerlendirme yapmaktadır. AYM, 22.06.2015, 2014/2523 Kutay Çakıroğlu. Bir hakkın sınırlandırılabilmesi için bulunması gereken şartlar benzer şekilde Anayasa’mızın 13. maddesinde yer almaktadır. Düzenlemeye göre, “*Temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa’nın özüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*” .

⁵⁶⁴ Erdoğan, 2017, 1236.

⁵⁶⁵ Kekeç, 2014, 76,77; Pekcanitez-Adil Yargılanma, 40; Ildır, 45; Adalete ulaşmanın geciktirilmesinin adalete erişim hakkının özüne dokunduğuna ilişkin bkz. Karacabey, 2016, 464; Benzer bir durum tüketici mahkemesinde dava açmadan önce tüketici hakem heyetine başvurunun zorunlu tutulmasının Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi önüne götürülmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesi, 20.03.2008 tarihli kararında TKHK’nun 22. maddesinin 5. ve son fıkrasına dair yapılan başvuruyu Anayasa’nın 9. ve 36. maddelerine aykırı bulmayarak şu gerekçelerle reddetmiştir:

“Bu madde uyarınca yapılacak yargılamanın kişiler yönünden gerçek bir güvence oluşturabilmesi için aranacak nitelikler de 36. maddede “*Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz*” şeklinde ifade edilmiştir. Anayasa’nın 141. maddesine göre davaların en az giderle ve mümkün olan sürede sonuçlandırılması yargının görevidir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yargıya ilişkin anayasal kuralların etkiliğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir. Bu nedenle, taraflara görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce belli değerler altındaki uyuşmazlığı kısa sürede çözmek üzere tüketici sorunları hakem heyetlerine başvurma yükümlülüğü getirilmiş, ancak bu aşamadan sonra kararı benimseyen tarafa yargı yolu açık tutulmuştur. Öte yandan, tüketici sorunları hakem heyetlerinin belli değerler altındaki uyuşmazlıklar hakkında verdiği kararların İcra ve İflas Kanunu’nun ilâmların icrası hakkındaki hükümlerine göre yerine getireceğinin öngürülmesi, bu kararların ilâm niteliğinde olduğunu değil, ilâmlar gibi infaz olunacağını göstermekte ve ilâmların yerine getirilmesi usulüne

İncelenmesi gereken bir diğer husus ise, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacak olmasıdır (İMK m. 24). Söz konusu düzenleme ile ortadan kaldırılmış olan uyuşmazlıkların tekrardan dava konusu yapılarak bir yargılama sürecine girilmemesi ve iyileştirilmiş ilişkilerin bozulmasına sebep olunmaması amaçlanmaktadır.

Bireyin dava açma hakkına sahip olması onun her durumda dava açabileceği anlamına gelmez. Bunun için dava açmakta hukuki yararının bulunması gerekir. Başka bir ifadeyle kişinin dava açma hakkı hukuki yararı ile sınırlandırılmıştır⁵⁶⁶. Bu husus Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda dava şartı olarak düzenlenmiştir (HMK m. 114/1-h). Hukuki yararın varlığının kabulü için, tarafın o hakka erişmek için mahkeme kararına ihtiyacı olması gerekmektedir⁵⁶⁷. Arabuluculuk faaliyeti sonucunda taraflar arasındaki uyuşmazlık çözümlendiği için, o hakka erişmek için mahkeme kararına ihtiyaç duyulmayacaktır. Hakkına ulaşmak isteyen taraf, anlaşma belgesi icra koşullarını taşıyorsa, bu belgeyi doğrudan ilamlı icraya koyabilir. Zira doktrinde *Tanrıver*'e göre, alacaklının alacağını ilâm niteliğinde bir belgeye bağlaması durumunda onun dava açmakta hukuki yararının bulunduğundan söz edilemez⁵⁶⁸. Taraflar bu belgenin içeriğini değiştirmek istiyorlarsa borçlar hukuku çerçevesinde hareket etmelidirler. Ayrıca bireyin dava açma hakkı ancak dürüstlük kuralına uygun ise kullanılabilir⁵⁶⁹. Eğer davacı haksızlığını bilerek dava açıyor ise bu husus dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek ve davacının dava açma hakkı kamu düzeni tarafından korunmayacaktır. Dolayısıyla bireylerin dava açma haklarının bir diğer sınırını da dürüstlük kuralı oluşturmaktadır. Eğer arabuluculuk faaliyeti sonucunda taraflar anlaşma sağlarsa, bu durumda da aynı uyuşmazlık hakkında dava açılması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. Dolayısıyla zorunlu arabuluculuğun kabulü ile hak arama özgürlüğü içine dokunulmadığı anlamına gelmektedir.

5.2.2.2. Sınırlamanın meşru bir amaca dayanması

İş Mahkemeleri Kanunu ile arabuluculuğa başvurma zorunluluğu getirilmesinin

ait bir kural koymaktadır. Bu durumda dava ve itiraz hakları önlenmediğinden hak arama özgürlüğünün kısıtlandığından da söz edilemez. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir" şeklindedir. RG T. 01.07.2008, 26923.

⁵⁶⁶ Kuru-İstinaf, 197; Tanrıver, 2016, 455; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 283. benzer yönde bkz. Budak, Karaaslan, 2017, 147; Postacıoğlu, Altay, 2015 216.

⁵⁶⁷ Kuru-İstinaf, 197; Budak, Karaaslan, 2017, 147; Tanrıver, 2016, 455; Pekcanitez, Atalay, Özekes, 2016, 248; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 283; Erdönmez, 2017, 947; Baki Kuru, Dava Şartları, Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1964, (109-147), 136; Karslı, 2012, 463; Aykol Aslan, 2010, 433. Kişinin dava açarak ulaşmak istediği hakka başka bir yolla ulaşması mümkün ise hukuki yararının olmadığına ilişkin bkz. Hanağası, E. (2009). *Davada Menfaat*. Ankara: Yetkin Yayınları, 268.

⁵⁶⁸ Tanrıver, 2016, 457; Benzer yönde bkz.: Kuru-Dava Şartları, 139.

⁵⁶⁹ Arslan, R. (1989). *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*. Ankara: S Yayınları, 72; Hanağası, 2009, 34.

öncelikli amacı, uyuşmazlıkların kısa süre içerisinde daha az masrafla çözülmesi, sosyal barışa katkı sağlanması ve dolayısıyla da mahkemelerdeki iş yükü problemine çözüm oluşturulmasıdır. Bir diğer amaç ise, mahkemelerdeki yargılamayı daha etkili kılmak için tarafların uyuşmazlığı sağlıklı bir şekilde değerlendirmeleri için ortam hazırlanmasıdır⁵⁷⁰. Ayrıca, başvurunun zorunlu tutulmasıyla tarafların arabuluculuğa başvurma isteksizliğine çözüm oluşturmak istenmiştir. Bu durum, tarafların sistem hakkında yeterli bilgiye sahip olmamalarından kaynaklandığı için, zorunlu arabuluculuk faaliyetiyle sistemi öğrenme fırsatı yakalayacaklardır. Böylelikle, arabuluculuk müessesesi tanınmış olacak ve zorunlu tutulmayan uyuşmazlık türleri için de taraflarda arabulucuya başvurma isteği oluşacaktır⁵⁷¹. Arabuluculuğa başvuru noktasında tarafların isteksiz olmasının bir diğer sebebi de, arabulucuya başvurunun taraflardan biri veya avukatı tarafından teklif edilmesinin zayıflık belirtisi olarak algılanmasıdır⁵⁷². Arabuluculuğa başvurma kanuni bir düzenleme gereği zorunlu olduğundan bu husustaki problemi de ortadan kaldıracakları düşünülmektedir. Ayrıca, zorunlu arabuluculuk toplumda var olan dava açma alışkanlığının önüne geçilmesine de imkân sağlayacaktır. Sonuç itibarıyla tüm bu amaçlar toplumda arabuluculuk faaliyetinin yaygınlaştırılmasına hizmet edecektir. Bu hususta uyuşmazlığın yargılama faaliyeti ile çözüme kavuşturulmasında oluşan adalet erişim engellerini kaldırdığı için, sınırlandırmanın meşru bir amaçla yapıldığı sonucuna ulaşılabilecektir.

5.2.2.3.Ulaşılmak İstenilen Amaç için Kullanılan Aracın Orantılı Olması

Hak arama özgürlüğü ve mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasıyla ortaya çıkan sonuçlar ile arabuluculuğa başvurunun zorunlu kılınmasıyla ulaşılmak istenilen amacın orantılı olması gerekir⁵⁷³. Bir uyuşmazlık hakkında dava açıldığında yürütülecek faaliyet sonucunda ulaşılan adalet hem yargılamanın uzun sürmesinden dolayı gecikmekte hem de iş yükünün fazla olmasından dolayı etkin bir şekilde yürütülememektedir. Dava açılmadan önce arabuluculuk faaliyetinin işletilmesi gereken bir prosedür olarak düzenlenmesi uyuşmazlığın yargılama faaliyetine oranla daha etkin bir şekilde çözümlenmesine imkan sağlayacaktır. Hatta iş yükünü azalttığı için mahkemelerde yapılan

⁵⁷⁰ Reuben, 2007, 13; Ilgın, 174.

⁵⁷¹ Bu hususta zorunlu arabuluculuk faaliyetinin geçici bir yol olarak kullanılması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Quek, 2010, 484; Erdoğan, Erzurumlu, 2016,36; Bu konuda İtalya örneği için bkz.: Erdoğan/Erzurumlu, 37. Benzer bir örnek İngiltere’de yaşanmıştır. İngiltere’de arabuluculuk yöntemine başvurunun ihtiyari olduğu süreçte, 4.500 uyuşmazlığın yalnızca 160 tanesi için arabuluculuğa başvurulduğu halde, mahkemenin yargılama giderleri tehdidi ile birlikte hâkimin tarafları teşvik etmesine ilişkin düzenleme ile birlikte %141 oranında artmıştır. Quek, 2010, 483.

⁵⁷² Reuben, 2007, 13; Özmumcu- Zorunlu Arabuluculuk, 826.

⁵⁷³ ÖzDemir-Uzlaşma, 28.

yargılamaların da kalitesini artırmayı sağlayacaktır⁵⁷⁴. Bu durumda dava açma hakkının ertelenmesi ile etkin bir uyuşmazlık çözüm yönteminin denenmesi arasında denge kurulmuş olduğu söylenebilir. Kaldı ki, bu zorunluluk kişilerin dava açma haklarını tamamen ortadan kaldırmadığı için hak arama özgürlüğü ve mahkemeye erişim hakkının sadece ertelenmiş olacağı kabulü gerekmektedir.

Erteleme süresinin uzunluğu da orantılılık bakımından değerlendirmeye alınmalıdır⁵⁷⁵. Zorunlu arabuluculuk faaliyetinde görüşmelerin uzunluğu için üç haftalık asli süre belirlenmiş olup bu süre zorunlu hallerde bir hafta daha uzatılabilecektir (İMK m.3/10). Bu durumda tarafların arabuluculuk faaliyeti olumsuz sonuçlandığında dava açma hakları maksimum dört hafta uzamış olacaktır. Tarafların dava açtıklarında yargılamanın yıllarca sürmesi ihtimaliyle karşılaştırıldığında dava açma hakkının makul denebilecek bir süreyle ertelendiği söylenebilir. Ayrıca, görüşmelerin belirli bir süre ile sınırlandırılması hukuk devleti ilkesinin gereği olan “belirlilik ve hukuk güveni” ilkelerinin sonucudur⁵⁷⁶.

5.1. Hukuki Dinlenme Hakkı Açısından Değerlendirilmesi

Hukuki dinlenme hakkı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 27. maddesinde “Yargılamaya Hakim Olan İlkeler” başlığı altında şu şekilde düzenlenmiştir: *“Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenme hakkına sahiptirler. Bu hak; yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içerir.”*

Aynı zamanda bu hak kaynağını, Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan eşitlik hakkından almakta ve Anayasa’nın 36. maddesinde yer alan hak arama özgürlüğünün de bir gereğini oluşturmaktadır. Zira herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanması suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olmaları kişilere hukuki dinlenme hakkının sağlanmasıyla mümkün olmaktadır. Hukuki dinlenme hakkı içerisinde birden fazla hakkı barındırmasından dolayı hem bir hak hem de ilke olarak kabul edilmiştir⁵⁷⁷. Dolayısıyla denilebilir ki, hukuki dinlenme hakkı, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma haklarının⁵⁷⁸ kapsamında kalan

⁵⁷⁴ Ildır, 2003, 48

⁵⁷⁵ Erdoğan, 2017, 1235,1236.

⁵⁷⁶ Erdemir, 2017, 11.

⁵⁷⁷ Özekes, 2003, 41; Rüzgaresen, C. (2013). *Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi*. Ankara: Yetkin, 119.

⁵⁷⁸ Hukuki dinlenme hakkının, adil yargılanma hakkı kapsamında kalan hakkaniyete uygun yargılanmanın bir parçası olduğuna ilişkin görüş için bkz. Tanrıver, 2016, 380.

ve kaynağını eşitlik hakkından alan bir ilkedir⁵⁷⁹.

Hukuki dinlenilme hakkının, yargılamaya hâkim olan bir ilke olması sebebiyle alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla doğrudan ilgili olmadığı söylenebilir⁵⁸⁰. Zira alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde uyuşmazlık yargılama yapılmadan her iki tarafın da kazandığı bir çözüme ulaşılmaktadır. Ancak hukuki dinlenilme hakkı, tarafların uyuşmazlığın çözümü hakkında bilgilendirilmesini, uyuşmazlık hakkında açıklamada bulunulmasını ve uyuşmazlık çözüm sürecine tarafların eşit şekilde etki etmesini gerektirdiğinden alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle bağlantılı görülebilir⁵⁸¹. Bünyesinde barındırdığı eşit hakkı arabuluculuk faaliyetine de hakim olan ilkelerden birisidir. Nitekim bu ilke uyuşmazlıkların hem yargılama yapılarak hem de yargılama yapılmaksızın çözümünde uygulama alanı bulan bir ilkedir⁵⁸². Dolayısıyla arabuluculuğa başvurunun zorunlu kılındığı durumlarda da uygulanmalıdır. Zira taraflardan birinin diğeriyle eşit haklara sahip olmadığı bir uyuşmazlık çözüm sürecinde başvuru nasıl gerçekleşirse gerçekleşsin, gerçek anlamda uzlaşma söz konusu olmamaktadır.

Hukuki dinlenilme hakkı, uyuşmazlığın tarafları için bir yükümlülük değildir⁵⁸³. Taraflar bu hakları sayesinde aleyhine ileri sürülen iddialara karşı koyabilmektedir. Ancak bu hakka uymak devlet açısından bir ödevdir⁵⁸⁴. Arabuluculuk faaliyetinde de arabulucunun en temel yükümlülüklerinden birisi taraflar arasındaki eşitliği sağlamaktır. Tarafların yargılama aşamasındaki imkânları birbirleriyle tam ve dengeli bir şekilde kullanabilmesi hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olarak gerektirir⁵⁸⁵. Dolayısıyla zorunlu arabuluculuk faaliyetinde hukuki dinlenilme hakkı, arabulucunun taraflara eşit şekilde davranmasını ve eşit şekilde söz hakkı vermesini gerektirmektedir⁵⁸⁶.

6. ZORUNLU ARABULUCULUK SÜRECİ

6.1. Arabulucunun Taşınması Gereken Nitelikler

Arabulucuların Adalet Bakanlığı nezdinde tutulan arabulucular siciline kayıtlı

⁵⁷⁹ Rüzgaresen, 2013, 119; Özekes, Hukuki Dinlenilme Hakkı, 60; Tanrıver-Adil Yargılanma, 192; Özbek, 2010, 149. Hukuki dinlenilme hakkının hak arama özgürlüğünün usul hukukundaki bir parçasıdır. Pekcanitez-Hukuki Dinlenil Hakkı, 754; Özekes, 2003, 60; Tanrıver, S. (1994). “Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler”. *AÜSBFD*. 1-2, 380.

⁵⁸⁰ Ancak hukuki dinlenilme hakkının tahkim yargılamasıyla doğrudan ilgili olduğuna ilişkin bkz. Özbek-Anayasal Hak ve Hirriyetler, 149; Tanrıver, 2016, 385ç

⁵⁸¹ Özbek, 2010, 150.

⁵⁸² Özekes, 2003, 48; Özbek, 2010, 150; Dür, 2017, 259.

⁵⁸³ Tanrıver, 2016, 381; Pekcanitez-Hukuki Dinlenilme, 756.

⁵⁸⁴ Arslan/Tanrıver, 2001, 182; Tanrıver, 2016, 381.

⁵⁸⁵ Özekes-Hukuki Dinlenilme, 50; Dür, 2017, 260; Ayrıca, silahların eşitliği adil yargılanma hakkının bir şartı olarak hakkaniyete uygun yargılama yapılmasının da ön şartını oluşturmaktadır. Karşı, 2012, 660; Tanrıver, 2016, 406; Erdönmez, 2017, 846; Tanrıver-Adil Yargılanma, 192.

⁵⁸⁶ Özbek-İlkeler, 150; Arslan,Tanrıver, 2001,181; Yılmaz-USul Ekonomisi, 244; Dür, 2017, 261.

olması gerekmektedir. HUAK m. 20'de arabulucuların sicile kaydedilebilmesi için gereken şartlar belirtilmiştir. Arabulucu siciline bu şartların tamamını sağlayan kişiler kaydedilebilir. Arabulucuların yer aldığı sicil, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nde oluşturulan Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından tutulmaktadır (HUAK m. 19). Arabuluculuk Daire Başkanlığı, sicile kayıtlı olan arabuluculardan, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde düzenlenen dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında, arabuluculuk yapmak isteyenleri, varsa uzmanlık alanlarını da belirterek görev yapmak istedikleri adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonlarına göre listeleyecek ve bu listeleri ilgili komisyon başkanlıklarına bildirecektir. Komisyon başkanlıkları da bu listeleri kendi yargı çevresindeki arabuluculuk bürolarına, eğer arabuluculuk bürosu kurulmamışsa sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne gönderecektir (İMİK m.3/4).

Arabulucuların uzmanlık alanları ve uzmanlığa ilişkin usul ve esasları daire başkanlığı tarafından belirlenmektedir (HUAK m. 6). Böylelikle kanunda geçen uzmanlık alanları ibaresiyle kastedilenin ne olduğunu belirleme yetkisi daire **başkanlığına** verilmiştir. Ancak, mevcut düzenlemede arabulucuların uzmanlık alanlarına göre mi listelere yerleştirilecek olduğu ve uzman olmadıkları alanlara görevlendirmelerin yapılıp yapılamayacağı konuları belirsizdir. Ayrıca, uzmanlık alanlarının belirlenmesi konusunda sadece arabulucuların belirtmiş oldukları beyanların mı esas alınacağı yoksa bu konuda belli kıstasların mı olacağı belirtilmemiştir. Tüm bu nedenlerle hükmün açıklığa kavuşturulma ihtiyacı bulunmaktadır.

6.2. Arabulucunun Seçimi Usulü

Arabuluculuk, uyuşmazlığın çözümü için güvenilir ve tarafsız olan üçüncü kişinin egemenliğinde yürütülen bir faaliyettir. Arabuluculuk faaliyetinin başarılı bir şekilde yürütülebilmesi için iyi bir arabulucunun varlığı gerekmektedir⁵⁸⁷. Bu nedenle arabulucunun seçimi ve hangi özelliklere sahip olması gerektiği önem arz etmektedir. Bilindiği üzere, Türk hukukunda arabulucunun bir üçüncü kişi veya kurum tarafından seçimi⁵⁸⁸ gibi başkaca bir usul kararlaştırılmamışsa, taraflarca sicile kayıtlı arabulucular⁵⁸⁹ arasından seçileceği düzenlenmiştir (HUAK m. 14, HUAKY m.18). Bu düzenleme ile arabulucunun seçimi, tamamen tarafların anlaşmalarına bağlı kılınmıştır. Dolayısıyla bir tarafın diğer tarafa belirli bir arabulucunun seçimi konusunda baskı yapabileceği bir durum

⁵⁸⁷ Kekeç, 2014, 147; Dür, 2017, 14; Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 38.

⁵⁸⁸ Kekeç, 2014, 176; Özbek, 2016, 1213. Taşpolat Tuğsavul, 2012, 176; Dür, 2017, 331.

⁵⁸⁹ Ancak tarafların anlaşması durumunda, sicile kayıtlı olmayan bir üçüncü kişinin de arabulucu olarak görevlendirilmesi mümkündür. Ancak bu kişiler geçici olarak bu faaliyeti yürütmekteyse arabuluculuk ünvanını ve Kanunda belirtilen hak ve yetkileri resmi olarak kullanamazlar. Özbek, 2016, 1213.

söz konusu olmamaktadır. Ancak mevcut hükümlerde tarafların arabulucu üzerinde anlaşamaları ihtimalinde nasıl bir prosedür izlenmesi gerektiğinin düzenlenmemiş olması eleştirilmektedir⁵⁹⁰.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda dava şartı olarak düzenlenen arabuluculuk yönteminde kanun koyucu eleştirilen mevcut arabuluculuk seçimi sisteminden ayrılarak yeni bir usul getirmektedir. İMK'nın 3. maddesinin 6. fıkrasında arabulucunun seçimi usulü şu şekilde hükme bağlanmıştır: “Arabulucu, komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden büro tarafından belirlenir. Ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmaları halinde bu arabulucu görevlendirilir”. HUAK'ta yer alan düzenlemeye paralel olarak dava şartı olarak arabuluculuk yönteminde de arabulucunun seçimi öncelikle tarafların iradesine bağlı kılınmıştır. Ancak tarafların bir arabulucu üzerinde anlaşamaması halinde arabulucunun seçiminin arabuluculuk büroları⁵⁹¹ tarafından gerçekleştirileceği hükme bağlanmıştır. Arabuluculuk büroları arabulucuyu, komisyon başkanlıklarınca gönderilen listelerden belirlemektedir. Düzenlemenin temelinde tarafların birlikte belirlediği arabulucunun huzurunda müzakerenin yürütülecek olmasının tarafların anlaşma ihtimalini artırması düşüncesi yer almaktadır⁵⁹². Tarafların bir arabulucu üzerinde anlaşamadığı ihtimalinde arabuluculuk büroları tarafından yapılacak seçim ile de sistemde yaşanabilecek tıkanıkların önüne geçilmek istenmiştir⁵⁹³.

Doktrinde arabulucunun seçimi usulünün yer aldığı bu düzenlemenin birtakım sorunları da beraberinde getireceği ileri sürülmektedir. Bu sorunlardan ilki, arabuluculuğa başvuruya zorlanan tarafların bir arabulucu üzerinde anlaşmaları imkânının olası görülmemesidir⁵⁹⁴. Hukukumuzda bilirkişinin seçimi usulünde de benzer bir düzenleme mevcuttur. Mahkeme, uyuşmazlık için bilirkişilik kurumuna başvurmaya karar verdiğinde, taraflara üzerinde anlaştıkları bir bilirkişinin olup olmadığını sorar⁵⁹⁵. Ancak şimdiye kadar tarafların üzerinde anlaştıkları ortak bir bilirkişinin seçilebildiği dava sayısı çok azdır.

⁵⁹⁰ Yargıya 1. Daire Başkanlığı'nın ve Danıştay Genel Sekreterliği'nin TBMM Adalet Komisyonu Başkanlığına sunduğu raporda bu hususa değinilmiştir. Akan, 2013, 89; Bulur, 2014, 7.

⁵⁹¹ 6325 sayılı Kanunun 28 inci maddesinde arabuluculuk büroları şu şekilde ifade edilmiştir: “Arabuluculuğa başvuranları bilgilendirmek, arabulucuları görevlendirmek ve kanunla verilen diğer görevleri yerine getirmek üzere Bakanlık tarafından uygun görülen adliyelerde arabuluculuk büroları kurulur. Adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu tarafından, münhasıran bu bürolarda çalışmak üzere bir yazı işleri müdürü ile yeteri kadar personel görevlendirilir Arabuluculuk büroları, HSK tarafından belirlenen sulh hukuk hâkiminin gözetim ve denetimi altında görev yapar. Arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde bu büroların görevi, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonunca görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğü tarafından ilgili hâkimin gözetim ve denetimi altında yerine getirilir.”

⁵⁹² İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Genel Gerekçesi, 14. Odaman, Karaçöp, 2016, 64.

⁵⁹³ Oğuz, 2016, 80.

⁵⁹⁴ Doğan Yenisey, 2016, 187.

⁵⁹⁵ Karacabey, 2016, 472; Doğan Yenisey, 2016, 187.

Genellikle bilirkişi seçiminde öneride bulunan uyuşmazlığın karşı tarafı olduğundan, bilirkişiye duyulan güven azalacak bu nedenle önerinin reddedileceği düşünülmektedir⁵⁹⁶. Dava şartı olarak arabuluculuk kurumu için de aynı durumun yaşanacağı söylenebilir. Zira toplumsal olarak güven probleminin yoğun yaşandığı bir zeminde uyuşmazlık çözmeye çalışmak hayli zordur. Bu nedenle uyuşmazlığa düşmüş olan taraflardan birisi arabulucu önerdiğinde diğer taraf, sırf davacı tarafından yapıldığı gerekçesiyle arabulucuyu seçmeyi reddedecektir. Belirtilen gerekçelerle her ne kadar böyle bir düzenleme ile gönüllülük ilkesinin uygulanabilirliğinden uzaklaşılsa da, belirlenemeyen arabulucu nedeniyle sistem tıkanıklığı yaşanmaması için arabulucunun arabuluculuk büroları tarafından belirlenmesi hükmünün getirilmesi yerinde bir düzenleme oluşturmaktadır. Şayet arabulucunun seçimi tamamen tarafların iradesine bırakılmış olsaydı, taraflar ortak bir arabulucu üzerinde anlaşma sağlayamadığından arabuluculuk süreci başlatılamayacak ve yargılama için de dava şartı yerine getirilmediğinden dava usulden reddedilmiş olacaktır⁵⁹⁷.

Düzenleme ile ortaya çıkan diğer bir sorun ise, taraflardan bölgesel olarak belirtilen sınırlar içerisinde kalan adalet komisyonlarında bulunan listelerde yer alan arabuluculardan birisi üzerinde anlaşmalarının istenmesidir. Bu çerçevede seçilecek tarafsız üçüncü kişi bakımından yetki sınırlamasına gidilmesi üçüncü kişiye güvenilmesinin önünde büyük bir engel oluşturur⁵⁹⁸. Söz konusu düzenleme arabuluculuk faaliyetine hakim olan gönüllülük ilkesiyle de çelişmektedir. Zira bu düzenleme gereği, tarafların güvendikleri ve üzerinde anlaşmış oldukları arabulucunun varlığına rağmen, sırf ilgili arabuluculuk bürolarının yetki alanında yer almadığı gerekçesiyle bu kişiler arabulucu olarak belirlenememektedir. Tarafların yetki bakımından seçimlerinin bu şekilde sınırlanması tarafların ortak bir arabulucu üzerinde anlaşma ihtimallerini azaltmaktadır.

İşaret etmemiz gereken başka bir sorun ise, uyuşmazlığa düşmüş tarafların bir arabulucu üzerinde anlaşma için bir araya gelmelerinin güçlüğüdür. Zira arabuluculuk görüşmelerinden önce tarafların ilişkilerinin dava açmayı düşünecek kadar bozuk olduğu düşünüldüğünde bu durumun uygulamada sorunlara yol açabileceği ortadadır. Buna karşılık, gerekçede tarafların büroya başvurmadan önce bir araya gelip herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmaya çalışmalarına ilişkin bir zorunluluk yer almadığı belirtilmiştir⁵⁹⁹. Arabulucunun belirlenmesi usulünde, işçi işverenle muhatap olmadan

⁵⁹⁶ Karacabey, 2016, 472.

⁵⁹⁷ Oğuz, 2016, 84; Benzer yönde görüş için bkz: Odaman, Karaçöp, 2016, 62.

⁵⁹⁸ Bu nedenle bu düzenlemenin yalnızca taraflardan biri seçim yapmamış olması haline ilişkin olarak düzenlenmesi gerektiğine ilişkin bkz. Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 57.

⁵⁹⁹ İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Genel Gerekçesi, 14.

büroya müracaat ederek listeden bir arabulucu görevlendirilmesini isteyebileceği ileri sürülmektedir. Tarafın bu isteği karşı tarafa bildirilir. Şayet karşı taraf bu isteği kabul ederse, tarafların bir arabulucu üzerinde anlaşma sağlandığı kabul edilir.

Son olarak, arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesiyle arabulucunun seçimi noktasında sicile kayıtlı yeterli sayıda arabulucunun olmamasının en büyük sorunun oluşturduğu söylenebilir⁶⁰⁰. Türkiye’de 2017 yılı itibariyle 5.268 sicile kayıtlı arabulucu bulunmakta olup, bunların, 2.949’u Ankara, İstanbul ve İzmir’de görev yapmaktadır⁶⁰¹. Dolayısıyla belirtilen sayıda iş davasının belirtilen sayıda arabulucu tarafından üç haftalık bir süre içerisinde sağlıklı bir şekilde çözülmesi mümkün görülmemektedir⁶⁰². Bu nedenle, ülkemizde belirtilen niteliklere sahip arabulucuların sayısının artırılması gerekmektedir. Aksi takdirde arabuluculuğa başvurunun zorunlu tutulması arabulucunun seçimi sisteminde tıkanıklığa yol açabilir.

6.3. Arabulucu Sözleşmesi

Arabulucu sözleşmesi, arabuluculuk bürosunun veya tarafların anlaşma sağlayarak belirlediği arabulucu ile taraflar arasında kurulmaktadır. Arabulucu sözleşmesiyle arabuluculuk faaliyetinin ne şekilde yürütüleceği ve arabulucunun yükümlülükleri düzenlenmektedir⁶⁰³. Arabuluculuk sözleşmesi sözleşme serbestisi ilkesine tabidir yani herhangi bir şekil şartı kural olarak mevcut değildir⁶⁰⁴. Arabulucunun, arabuluculuk faaliyetinde görevli olduğunu kabul ettiğine ilişkin beyanının anlaşılması yeterli görülmüştür⁶⁰⁵. Arabulucu sözleşmesinde, arabulucunun arabuluculuk faaliyetinde bulunarak uyuşmazlığın çözümünde taraflara yardımcı olması için yetkilendirildiği, arabulucunun görevleri, arabuluculuk faaliyetinin nasıl işletileceği ve ne zaman sona ereceği, sır saklama yükümlüğü ve taraflar dilerse arabuluculuk ücretinden bahsedilmektedir⁶⁰⁶.

Arabulucu sözleşmesi arabuluculuk sözleşmesine konulan bir şart ile kurulabileceği gibi ayrı bir sözleşme olarak da düzenlenebilir. Ancak arabuluculuğa başvurma zorunluluğu olan durumlarda arabuluculuk sözleşmesinin varlığından söz edilemeyeceği için, bu yöntemde arabulucu sözleşmesinin kurulmasını iki ihtimale göre incelememiz

⁶⁰⁰ Göksu, 2017, 380; Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 37; İtalya hukuku açısından da arabulucu sayısının yetersizliğinden dolayı yeterli sayıda anlaşmanın çıkmadığı ileri sürülmüştür. Hanks, 2012, 938; Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 38.

⁶⁰¹ Göksu, 2017, 380.

⁶⁰² Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 38

⁶⁰³ Taşpolat Tuğsavul, 2012, 143; Oğuz, 2016, 61; Dür, 2017, 336.

⁶⁰⁴ Özekes, 2017, 2833; Dür, 2017, 335.

⁶⁰⁵ Taşkın, 2005, 44, 45; Pekcanitez, Atalay, Özekes, 2016, 741; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 144.

⁶⁰⁶ Taşpolat Tuğsavul, 2012, 144; Oğuz, 2016, 61; Akan, 2013, 103; Kekeç, 2014, 152.

gerekmektedir. Taraflar ortak bir arabulucu üzerinde anlaşılır ve bu arabulucu da arabuluculuk sürecini yönetmeyi kabul ederse, bu arabulucu ile taraflar arasında arabulucu sözleşmesi kurulmuş olur. Ancak taraflar bir arabulucu üzerinde anlaşma sağlayamaz ve arabulucu da arabuluculuk bürosu tarafından atanırsa, arabulucunun faaliyete başlamasıyla birlikte arabulucu sözleşmesi zımnî olarak kurulmuş olur. Bu sonuca hakem sözleşmesi kıyasen uygulanarak ulaşılmaktadır. Zira taraflar bir hakem üzerinde anlaşamaz, mahkeme hakemi belirlerse bu durumda taraflar ve hakem arasında zımnî olarak hakem sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmektedir⁶⁰⁷.

Arabulucu sözleşmesinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Arabulucu ve taraflar arasında kurulan arabuluculuk sözleşmesinin hakem sözleşmesine kıyasen tam iki tarafa borç yükleyen ve sürekli borç doğuran iş görme kapsamında bir sözleşme olduğu düşünüldüğünde, baskın karakterin vekâlet sözleşmesi mahiyetinde olduğu söylenebilir⁶⁰⁸. TBK m.520/2’de de belirtildiği gibi, “*Vekâlete ilişkin hükümler niteliklerine uygun düştüğü ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır*”. Dolayısıyla bu düzenleme gereği, kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmesi olarak adlandırılabilir arabulucu sözleşmesine vekâlete ilişkin hükümler uygulanır. Vekâlet sözleşmesi TBK m. 520/I’e göre, “*Vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir*”. Arabulucu sözleşmesinde de arabulucu tarafları bir araya getirerek arabuluculuk görüşmelerini yürütme ve yönetme şeklinde bir iş görme borcu altına girmekte olup, borcunu şahsen ve aynı zamanda tarafların menfaatlerini koruyarak ifa etmekle yükümlüdür⁶⁰⁹. Arabuluculuk sözleşmesiyle arabulucu da görüşmelerin sonucunda anlaşmanın sağlanmasını değil, arabuluculuk görüşmelerini yürütmeyi ve yönetmeyi taahhüt etmektedir (HUAK m. 2, TBK m.502). Ayrıca, arabulucu borcunu yerine getirirken tarafsız, bağımsız ve özenli davranmakla yükümlüdür (HUAK m. 9, TBK m. 506).

6.4. Arabulucunun Görevi

Arabulucu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 2. maddesinde;

⁶⁰⁷ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 764; Sarısözen, 2010, 127.

⁶⁰⁸ Özbek, 2016, 1214; Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 17. Kekeç, 2014 152; Dür, 2017, 340; Bayraktar, 2015, 168. Buna karşılık, Alman Hukukunda, arabulucu sözleşmesi ile ücret karşılığında bir işin görülmesi amaçlandığı için hizmet sözleşmesi olduğu ileri sürülmüştür. Ancak hukukumuzda bu görüşe karşı olarak, hizmet sözleşmesi ile işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi taahhüt etmesi söz konusu olmasının arabuluculuk faaliyetinde yeri olmadığı, zira arabulucunun tarafsız ve bağımsız bir kişi olduğu ileri sürülmüştür. Kekeç, 2014 140; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 145; Bayraktar, 2015, 168. Doktrinde bir de arabulucu sözleşmesiyle arabulucunun tarafsız ve bağımsız ve uyuşmazlığın her iki tarafının da menfaatine uygun olarak hareket etmeyi taahhüt ettiği için, vekâlet sözleşmesi olmadığı ileri sürülmüştür. Hatta bu yazarlara göre, arabulucunun edimi şahsen ifa etme zorunluluğunun herhangi bir istisnai düzenlemesi yoktur. Bu nedenle kanunda düzenlenmiş isimsiz sözleşmelerden biri olduğu ileri sürülmüştür. Yazıcı Tıktık, 2013, 163-165.

⁶⁰⁹ Özbek, 2016, 1214; Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 17.

“arabuluculuk faaliyetini yürüten ve bakanlıkça düzenlenen sicile kaydedilmiş gerçek kişi” olarak tanımlanmıştır. Arabulucu, arabuluculuk görüşmelerinin yürütülmesi ve yönetilmesinden sorumlu olan tarafsız bir üçüncü kişidir. Arabulucuların genel olarak görevi, uyuşmazlığın çözülmesi için tarafların birbirlerini daha iyi anlamalarını sağlayacak iletişim ortamını oluşturmak ve her iki tarafça kabul edilebilir çözüm seçeneklerinin oluşması için görüşmeleri sürdürmektir⁶¹⁰. Arabuluculuk faaliyetinin başlamasıyla birlikte, arabulucu uyuşmazlık konusu üzerinde müzakerelerin yapılacağı görüşmelerin sayısını, yerini, zamanını belirlemekten, görüşmeler sırasında faydalanılacak destek hizmetlerinin sağlanmasından ve genel olarak arabuluculuk görüşmelerinin ortamına ilişkin her türlü tedbirin alınmasından sorumludur. Arabulucu, görüşmelerin başlangıcında, tarafları yöntemin nasıl işleyeceği konusunda aydınlatmalı; taraflarda daha önceden oluşan müzakerelere ilişkin yanlış duyumları ortadan kaldırmalı ve tarafların sisteme olan güvenlerini artırmalıdır.

Arabulucu, görüşmeleri tek tek veya tarafların tümüyle birlikte sürdürebilir. Ancak uygulamada arabulucular genellikle, uyuşmazlığın niteliğini tespit etmek ve tarafların taleplerini anlamlandırmak amacıyla onları tek tek dinlemektedir. Sonra, tarafların birbirlerini dinleyip anlayabilmeleri amacıyla toplu görüşmeleri yapmakta ve nihayetinde uyuşmazlıkların çözümü için taraflar arasında kopmuş olan iletişimi sağlamaya çalışmaktadır. Arabulucu bu yöntemleri denerken, uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan seçenekleri artırmakta, taraflara uyuşmazlıkla ilgili bilgiler vermekte ve tarafların çözüm üretmelerine de yardımcı olmaktadır⁶¹¹. HUAK’ın arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi başlıklı 15. maddesinde yapılan değişiklikle birlikte arabulucuya taraflara çözüm önerisinde

⁶¹⁰ Benzer yönde görev tanımlaması için bkz.: Kekeç, 2014 104-111; Akan, 2013, 68; Oğuz, 2016, 38; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 155; Özbek, 2016, 1181; Bulur, 2014, 10; Namlı, 2016, 155; Doğan Yenisey, 2016, 188; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 758; Özekes, 2017, 2817; Dür, 2017 14; Pekcanitez-Alternatif, 16; Özbay-Aletrnatif, 465; Akan, 2013, 68; Odaman, Karaçöp, 2016, 57; Pekcanitez, 2008, 255; Tanrıver, 2009, 637; Sungurtekin Özkan, 2005, 358; Ercan, 2007, 95.

⁶¹¹ Arabulucunun arabuluculuk faaliyeti sırasında taraflara çözüm önerisinde bulunup bulunamayacağı değişiklikten önce tartışmalıydı. Arabuluculuğun tanımlandığı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 2. maddesinin gerekçesine göre, arabulucunun uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar verme yetkisi bulunmadığı gibi, taraflara çözüm önerisinde dahi bulunamayacağı belirtilmişti. Bazı yazarlara göre gerekçede belirtilen bu ifadenin arabulucunun geliştirdiği çözüm önerisini taraflara dikte edemeyeceği ve onları bu çözüm önerisi üzerinde zorlayamayacağı şeklinde anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür. Dolayısıyla arabulucunun görüşmeler sırasında gerekirse taraflara öneride bulunması mümkün görülmüştür. Bkz.: Oğuz, 2016, 39; Özbek, 2016, 1181; Ulukapı, Ö., Kıyak, E. (2015). “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Model Etik ve Uygulama Kuralları Çerçevesinde Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi”. *Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan*. C.II, Ankara: Yetkin Yayınları. 1684; Yıldırım-Değerlendirme, 59; Odaman, Karaçöp, 2016, 56; Ildır, 2003, 141; Yıldırım, 2007, 341; Pekcanitez, Atalay, Özekes, 2016, 677; Kuru, 2010, 241; Dür, 2016, 118. En azından pozitif düzenleme bakımından arabulucuların belirli bir çözüm önerisi getirmesinin yasak olduğu görüşü için bkz. Göksu, 2017, 379; Benzer yönde bkz.: Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 9; Tanrıver, 2009, 184; Pekcanitez, 2008, 255; Ersen Perçin, 2011, 185.

bulunma yetkisi verilmiştir. Bu düzenleme ile tarafların arabuluculuk görüşmelerinde uyuşmazlığın çözümünde çıkmaza girmeleri durumunda artık arabulucunun çözüm önerisinde bulunabileceği kabul edilmiştir⁶¹²(HUAK m. 15/7). Dolayısıyla artık hukukumuzda kolaylaştırıcı arabuluculuktan değerlendirmeci arabuluculuğa dönüş söz konusudur⁶¹³. Arabuluculuk faaliyetinde arabulucu, taraflara kendi bulduğu çözüm önerilerini empoze edemeyeceği gibi, tarafları müzakereler sırasında ortaya çıkan bir çözüm önerisi üzerinde anlaşma yapmaya da zorlayamaz⁶¹⁴. Her halükarda taraflar bu tavsiyelere uyup uymama konusunda irade serbestisine sahiptir. Eğer arabulucu tarafsızlığını zedeleyecek böyle bir yönteme girişirse, tarafların kendi kendilerini tatmin edeceği çözümü bulmaları imkânı da ortadan kalkmış olur⁶¹⁵.

6.5. Zorunlu Arabuluculuk Sürecinin İşleyişi

İşçi veya işveren arasında İş Mahkemeler Kanunu'nun 3. maddesinde belirtilen uyuşmazlık türlerinden birisinin olması durumunda, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması zorunludur. Bu nedenle dava açmayı düşünen tarafın öncelikle yetkili arabuluculuk bürosuna (arbuluculuk bürolarının olmadığı yerlerde sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne) başvuru yapması gerekmektedir. Arabuluculuk bürosuna başvurunun en önemli etkilerinden birisi mahkemelerde dava açılması için öngörülen uyuşmazlık konusu hak veya alacağa ilişkin sürelerin durmasıdır.

Arabuluculuk faaliyetine başvuran tarafın, elinde karşı tarafa ait her türlü iletişim bilgisini arabuluculuk bürosuna vermesi gerekmektedir. Başvurulan arabuluculuk bürosu taraflara ilişkin bu bilgi ve belgeleri seçilen arabulucuya bildirir. Bunun üzerine arabulucu da tarafları ilk toplantıya davet edecektir (İMK m.3/VIII). Taraflara ait asgari iletişim bilgilerini araştırma görevi büroya verilmektedir. Zira uyuşmazlığın özellikle işçi tarafının arabuluculuğa götürülmesi halinde işverene ait iletişim bilgilerine erişmesi imkânı sınırlı olduğundan, büroya böyle bir erişim hakkı sağlanmıştır. Arabulucu, kendisine bildirilen bu bilgiler çerçevesinde tarafları arabuluculuk toplantısına davet eder. Ancak, arabulucu kendisine belirtilen bu bilgiler dışında, kendi imkânları ile ek araştırmalar da yapabilir. Yapılan bu ilgilendirmelerin arabulucu tarafından belgelendirilmesi gerekmektedir. Zira aynı maddenin 12. fıkrasında, arabuluculuk görüşmelerinin ilk toplantısına mazeretsiz katılmayan tarafa bazı yaptırımlar getirilmektedir. Bu nedenle, arabulucunun tarafları

⁶¹² Bu konuda getirilen çözüm önerisini taraflardan biri onaylamazsa ve yargılama sonucunda da daha lehine bir sonuç elde edilemezse, yargılama giderlerinden sorumluluğa ilişkin düzenleme yapılmasına ilişkin görüş için bkz. Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 57.

⁶¹³ Özmumcu, 2016, 836.

⁶¹⁴ Akan, 2013, 37; Oğuz, 2016, 44; Bulur, 2014, 10; Özmumcu, 2016, 827; Odaman, Karaçöp, 2016, 56.

⁶¹⁵ Kekeç, 2014 62; Oğuz, 2016, 44.

görevlendirme konusunda bilgilendirerek toplantıya davet ettiğini belgeye bağlaması, bu konuda ortaya çıkabilecek ispat sorunlarını çözümlenebilecektir⁶¹⁶.

Arabuluculuk görüşmeleri tarafların ilk toplantıya katılmasıyla birlikte başlamış olur. Görüşmeler taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucuyu görevlendiren büronun bağlı bulunduğu Adli Yargı ilk derece mahkemesi Adalet Komisyonu'nun yetki alanı içinde yürütülecektir (İMİK m. 3/19). Böyle bir düzenlemenin getirilmesindeki amaç, arabulucunun listesine kayıt olduğu komisyonların, arabulucunun fiilen çalıştığı yerin dışında bir yer olması ihtimaline binaen görüşmelerin nerede yürütüleceği konusundaki belirsizliğin önüne geçmektir⁶¹⁷. Gerçekten de, tarafların arabuluculuk görüşmesini yapmak için arabulucunun fiilen çalıştığı yere gitmek zorunda kalması birçok sorunu da beraberinde getirmektedir. Örneğin, işçinin işe devam ettiği süre zarfında arabuluculuğa başvurması durumunda, çalıştığı yerin dışında bir arabuluculuk bürosuna yönlendirilmesi onun arabuluculuk görüşmelerine katılmasını güçleştirecektir. Bu nedenle görüşmelerin, iş mahkemelerinin de yetki alanına benzer olarak düzenlenmiş olan yetkili arabuluculuk bürolarının bağlı bulunduğu adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonunun yetki alanı içinde yürütülecek olması oldukça isabetli bir düzenlemedir. Kaldı ki, taraflar isterse görüşmeler devam ederken başka bir yerde görüşmeleri sürdürmeye karar verebilirler.

Arabuluculuk görüşmelerinin süresi, uyuşmazlığın yapısına göre değişiklik göstermektedir. Ancak kanunda belli bir sürenin belirtilmesi hukuki öngörülebilirlik açısından önem arz etmektedir⁶¹⁸. Dava şartı olarak düzenlenmiş olan arabuluculuk kurumuna taraflar dava açmadan önce başvurmak zorunda bırakıldığından, sürecin ne kadar devam edeceğinin bilinmesi, anlaşmanın sağlanamadığı durumlarda dava açma yolunu deneyecek taraf için daha uygun sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 10. fıkrasında arabuluculuk görüşmelerinin süresi hükme bağlanmıştır.

Düzenlemeye göre, “*Arabuluculuk başvurusu, arabulucunun görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırılır. Bu süre zorunlu hallerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilir.*” Arabuluculuk görüşmeleri için belirtilen üç haftalık sürenin başlangıcı açıkça belirtildiği üzere; arabulucunun büro tarafından görevlendirildiği tarihte başlamaktadır. Süreç için belirtilen asli süre 3 haftadır. Ancak “zorunlu hallerde” bir haftalık ek sürenin arabulucu tarafından verilebileceği

⁶¹⁶ İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Genel Gereğiçesi, 15; Acar, 2016, 23.

⁶¹⁷ İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Genel Gereğiçesi, 18.

⁶¹⁸ Kekeç, 2014 171.

düzenlenmiştir. Hükümde geçen zorunlu haller deyimiyle neyin kastedildiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Doktrinde tarafların büyük oranda anlaşığı, sadece ufak pürüzlerin kaldığı veya önceden tarafların öngöremediğı sebeplerle sürecin uzaması durumunları arabuluculuk sürecinin uzatılması için zorunlu haller kapsamında değerlendirilebilir⁶¹⁹.

Zorunlu hallerde bir haftalık ek süre verilmesine karar verme yetkisi arabulucuya verilmiştir⁶²⁰. Ancak bu durumda bir ayrıma gidilmesinde fayda görülmektedir. Taraflar açısından sürece devam etme isteğı olmamasına rağmen arabulucu süre verilmesinde yarar görebilir. Bu durumda, ek süre verilmesinin arabulucunun iradesine bırakılmasında herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Ancak, tarafların sürece devam etmek istemesi durumunda da ek süre verilmesinin arabulucunun iradesine bırakıldığı öngörülmektedir. Ancak yukarıda da ifade edildiğı gibi dava şartı olarak arabuluculuk kurumunda taraflar sadece sisteme başvuru aşamasında zorlanmaktadır. Sürece devam etmek tamamen tarafların iradesindedir. Bu durumda sürecin devamının yalnızca arabulucunun takdirine bırakılması sistemin mantığıyla örtüşmemektedir⁶²¹. Eğer arabulucu zorunlu hallerde sürecin uzatılmasına gerek görürse uzatma gerekçesini de tutanak altına alması ve imzalaması gerekmektedir⁶²². Zira bu ileride meydana gelebilecek itirazların önüne geçilmesi bakımından önem arz etmektedir. Ayrıca, arabuluculuk görüşmeleri için verilen sürenin sona ermesine rağmen uyuşmazlığın tarafların anlaşmasıyla sona erdirilmesi durumunda anlaşmanın hüküm ve sonuçlarının ne olacağı yönünde de bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak uyuşmazlığın tarafların anlaşmasıyla sona erdirildiğı düşünüldüğünde, anlaşmanın geçerli olduğunun kabulü gerekmektedir. Zira arabuluculuk görüşmelerinde amaç, uyuşmazlığın sona erdirilmesidir.

6.6. Zorunlu Arabuluculuk Ücreti

Arabuluculuk ücreti, arabulucunun uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulması amacıyla harcadığı emek ve mesainin karşılığında uyuşmazlığın taraflarınca ödenen miktarı ifade etmektedir (AAÜT m. 2/1). Dolayısıyla, arabulucu, yürütmüş olduğu arabuluculuk faaliyeti sonucunda ücret isteme hakkına sahiptir (HUAK m. 7; HUAKY m. 10/1). Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça bu ücret, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi'ne

⁶¹⁹ Oğuz, 2016, 81.

⁶²⁰ Bavyera ve Baden Württemberg Eyalet Arabuluculuk Kanunlarında da arabuluculuk sürecinin devamının arabulucu tarafından takdir edileceğine ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Bavyera Arabuluculuk Kanunu m. 10/IV, Baden Württemberg Kanunu m. 4. Taşpolat Tuğsavul, 2012, 175.

⁶²¹ Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 47; Sürenin sona ermesinden sonra artık arabuluculuğun ihtiyari olduğu, sona eren yöntemin zorunlu arabuluculuk olduğuna ilişkin bkz. Erdoğan, 2017, 1220.

⁶²² Odaman, Karaçöp, 2016, 62.

göre, arabulucunun emeği, çabası, uyuşmazlık konusu işin önemi, uyuşmazlığın niteliği ve arabuluculuk faaliyetinin süresi göz önüne alınarak belirlenmektedir (HUAK m. 7/2, HUAKY m.10/2, AAÜT m.1/10). Ancak taraflar ile arabulucu arasında yapılacak ücret sözleşmesi ile AAÜT’de belirtilen ücret dışında, bir miktarı da arabuluculuk ücreti olarak belirlenebilecektir⁶²³. Ancak her halükarda sözleşmeyle belirlenen ücretin AAÜT’de belirtilen ücretlerin altında olmaması gerekir. Arabuluculuk ücretinden sorumluluk taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça eşit olarak paylaştırılmaktadır (HUAK m. 7/2; HUAKY m. 10/2). Taraflar, bu kuralın aksi yönde bir düzenleme yaparak ücretin bir kısmından veya tamamından taraflardan birinin sorumlu olmasını kararlaştırabilirler⁶²⁴. İş Mahkemeler Kanunu’yla getirilen dava şartı olarak arabuluculuk kurumunda da arabuluculuk ücreti bir yargılama gideri olarak kabul edilmiştir. Arabuluculuk ücretinden sorumluluk ise arabuluculuk faaliyetinin sona erme şekline göre değişmektedir.

Maddenin 13. fıkrasında, arabuluculuk faaliyetinin sonunda tarafların anlaşması ihtimalinde arabuluculuk ücretinin ne şekilde belirleneceği düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre, *“arabuluculuk görüşmeleri sonucunda tarafların anlaşması halinde, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin İkinci Kısımına göre aksi kararlaştırılmadıkça taraflar eşit olarak arabuluculuk ücretini karşılayacaktır. Bu şekilde belirlenen arabuluculuk ücreti, tarifenin birinci kısmında belirlenen iki saatlik ücret tutarından az olamaz.”* 2017 yılı itibariyle bir saatlik arabuluculuk faaliyetinin asgari tutarı, 120 Türk lirasıdır⁶²⁵. Dolayısıyla belirlenen arabuluculuk ücreti 240 Türk lirasından az olamaz.

Düzenlemede, işe iade talebiyle yapılacak arabuluculuk görüşmeleri için maktu bir ücret belirlemek yerine, üzerinde anlaşılan tazminat miktarına orantılı olarak ücret tarifesi şu şekilde belirlenmiştir: *İşe iade talebiyle yapılan arabuluculuk görüşmelerinde tarafların uyuşmazlığı anlaşma sağlayarak sona erdirmesi durumunda, arabulucuya ödenecek ücretin miktarı, işçiye işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarı ile çalıştırılmadığı süre için ödenecek ücret ve diğer haklarının toplamı, Tarifenin İkinci Kısım uyarınca üzerinde anlaşılan miktar olarak kabul edilecektir.”* : Bu düzenlemenin getirilmesindeki amaç, arabulucuların da süreç içerisinde bulunmalarını teşvik etmektir⁶²⁶.

İşaret ettiğimiz maddenin 14. fıkrasında ise arabuluculuk faaliyetinin taraflara

⁶²³ Dost, (2014). “Arabuluculuk Ücret Masrafları Hakkında Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”. **TBBD**. 155, 453; Özbek, 2016, 1224; Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 48; Kekeç, 2014 153.

⁶²⁴ Dost, 2014, 459; Özbek, 2016, 1224. Uygulamada genellikle arabuluculuk ücretini işveren üstlenmektedir. Bkz.: Acar, 2016, 24; Odaman, Karaçöp, 2016, 63.

⁶²⁵ İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Genel Gereği, 17.

⁶²⁶ Acar, 2016, 24.

ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşmelerin sürdürülememesi veya iki saatten az süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hallerinde ödenecek arabuluculuk ücreti düzenlenmektedir. Bu fıkra kapsamında belirtilen durumlardan biri ile arabuluculuk görüşmelerinin sona ermesi durumunda iki saatlik ücret tutarı Tarifenin Birinci Kısımına göre Hazinesinden ödenecektir. 2017 yılı itibariyle bir saatlik arabuluculuk faaliyetinin asgari tutarı 120 TL olduğundan, arabulucuya ödenecek bu rakam 240 TL'den az olamaz⁶²⁷. Bu düzenleme tarafların arabulucuya başvuruya zorlandıkları düşünüldüğünde arabuluculuk ücretinin ilk iki saatlik kısmının Adalet Bakanlığı tarafından karşılanacak olması tarafların en azından maliyet açısından mağdur olmamalarını sağlayacağı için oldukça yerinde bir düzenlemedir⁶²⁸.

Arabuluculuk görüşmeleri iki saatten fazla sürer, taraflar anlaşma sağlayamazsa arabuluculuk görüşmelerinin iki saati aşan kısmı aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit olarak karşılanmaktadır. Örneğin⁶²⁹, işçi ve işveren arasındaki arabuluculuk görüşmeleri üç saat sürmesine rağmen anlaşma sağlayamamışsa, görüşmenin ilk iki saatlik kısmı için (240 TL) Adalet Bakanlığı tarafından karşılanacaktır. Kalan bir saatlik kısım ise, (120 TL) aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit olarak paylaşılacaktır. Taraflar arabuluculuk görüşmeleri sonucunda anlaşma sağlayamadığında arabuluculuk ücretinden sorumluluk yargılama sonucunda haksız çıkan taraftan alınır. Adalet Bakanlığı tarafından karşılanan ve taraflarca ödenen arabuluculuk ücreti, yargılama giderlerinden sayılacak olup, yargılama sonunda haksız çıkan taraftan tahsil edilecektir (İMK m.3/14). Bu düzenlemeyle tarafların anlaşma sağlamaya teşvik edildiği söylenebilir⁶³⁰.

Diğer taraftan, arabuluculuğa başvurunun zorunlu olduğu durumlarda arabulucunun ücretinin taraflardan tahsis edilecek olmasının yargılama giderleri dışında ilave masraf doğuracağı gerekçesiyle orantısızlık oluşturacağı düşünülebilir. Mevcut düzenleme incelendiğinde, arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla ortaya çıkan masraflar ve arabulucunun ücreti tarafların anlaşmaları ihtimalinde taraflara eşit olarak paylaşılacaktır. Bu durumda arabulucu ücretinin taraflarca karşılanacak olması, tarafın dava açma ihtimalinde ortaya çıkacak masraflarla karşılaştırıldığında herhangi bir orantısızlık oluşmayacaktır. Ancak kanunda arabuluculuk faaliyetinin taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşmelerin sürdürülememesi veya iki saatten az süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hallerinde iki saatlik ücret tutarı tarifenin birinci kısmına göre Adalet

⁶²⁷ İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Genel Gerekçesi, 17.

⁶²⁸ Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 48.

⁶²⁹ İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Genel Gerekçesi, 17.

⁶³⁰ Odaman, Karaçöp, 2016, 63.

Bakanlığı'na karşılanacaktır (İMK m.3/13). Doktrinde iki saatten az görüşme ihtimalinde arabulucunun ücretinin devlet tarafından karşılanacak olmasından dolayı arabuluculuğu denemek zorunda olan tarafın bu aşamada ayrıca bir masraf yapmadığı ileri sürülmektedir⁶³¹. Tarafların yalnızca ilk toplantıya katılma zorunluluğu olduğu için görüşmelerin iki saatten fazla sürmesi durumunda arabulucunun ücreti eşit olarak paylaşılacaktır (İMK m. 3/14). Bu hususta İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 14. fıkrasının son cümlesinde, devlet tarafından karşılanan ve taraflarca ödenen arabuluculuk ücretinin, yargılama giderlerinden sayılacağı ve yargılama sonunda haksız çıkan tarafca karşılanacağı belirtilmiştir. Bu durumda iki saatten az süren görüşmeler için tarafların arabuluculuk faaliyetine başvuruya kendi istekleri ile katılmadıkları gerekçesiyle, devlet tarafından karşılanan ücretin, yargılama giderlerinden sayılmasının ve davada haksız çıkan taraftan alınmıyor olmasının tarafa ekstra bir maliyet yüklediği söylenebilir.

Arabuluculuk ücretinin zamanaşımı süresi için hem HUAK'da hem de İMK'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, arabuluculuk ücretinin tabi olduğu zamanaşımı süresi TBK'ya göre belirlenecektir. Arabulucunun seçilmesinden sonra arabulucu ve taraflar arasında arabulucu sözleşmesi kurulmuş ise, zamanaşımı süresinin belirlenmesi için sözleşmenin hukuki mahiyetinin belirlenmesi gerekmektedir. Arabulucu ve taraflar arasında kurulan arabuluculuk sözleşmesinin hakem sözleşmesine kıyasen tam iki tarafa borç yükleyen ve sürekli borç doğuran iş görme kapsamında bir sözleşme olduğu düşünüldüğünde, baskın karakterin vekâlet sözleşmesi mahiyetindedir⁶³². Vekâlet sözleşmesinden doğan alacaklar için zamanaşımı süresi beş yıldır (TBK m. 147, 1/5). Arabuluculuk sözleşmesine vekâlet sözleşmesinin hüküm ve sonuçları uygulanacağından arabuluculuk ücreti alacakları muaccel olduğu tarihten itibaren beş yıl içinde zamanaşımına uğrayacaktır⁶³³. Zamanaşımı süresinin başlangıcı kural olarak borcun muaccel olduğu andır. Ancak taraflar arabulucu sözleşmesi yapmış ve bu sözleşmede de arabulucunun ücreti kararlaştırılmışsa, sözleşmede borcun ifa edileceği tarihin kararlaştırılmış olup-olmadığına bakılmalı ve zamanaşımı başlangıcı bu ana göre belirlenmelidir. Arabuluculuk sözleşmesinde arabuluculuk ücretinin ifa tarihi belirtilmemiş veya arabuluculuk ücret sözleşmesi kurulmamış ise, arabuluculuk ücreti, işin tamamlandığı veya sona erdiği tarihte muaccel kabul edilerek, zamanaşımı süresi buradan başlatılmalıdır⁶³⁴.

7. ARABULUCULUNUN SORUMLULUĞU

⁶³¹ Erdoğan, 2017, 1235; Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 48.

⁶³² Özbek, 2016, 1214.

⁶³³ Özbek, 2016, 1228; Dür, 2017, 39; Dost, 2014, 399.

⁶³⁴ Özbek, 2016, 1227.

7.1. Genel Olarak

Arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi sırasında kanundan veya arabuluculuk sözleşmesinden doğan birtakım yükümlülükler getirilmiştir. Bu yükümlülükler; müzakereleri sevk ve idare yükümlülüğü, tarafsız olma yükümlülüğü, edimi şahsen ifa etme yükümlülüğü, bilgilendirme, aydınlatma yükümlülüğü ve sır saklama yükümlülüğü şeklindedir. Arabulucuların görevini başarıyla yerine getirmesi için bu yükümlülükler oldukça önemlidir. Nitekim arabulucunun bu yükümlülüklere aykırı hareket etmesi durumunda tarafların zarar görmesi kaçınılmazdır. Kaldı ki, arabulucunun arabuluculuk faaliyetinin ifası sırasındaki hareketleri taraflar açısından bir takım riskler de taşımaktadır. Örneğin, arabulucu arabuluculuk görüşmeleri sırasında öğrendiği bilgileri medyada yayımlayabilir, denenmiş ve nihayetinde başarısız olan bir yöntemi yürütmeyi benimser bir teknik kullanabilir, tarafların ihtiyaçlarını reddedebilir, diğer tarafın önünde taraflardan birini küçümseyebilir, sadece bir tarafın çıkarlarına uygun bir tavsiyede bulunabilir⁶³⁵. Tarafların hizmetten memnun kalmadıklarında veya hizmetin ifası sırasında zarar görmeleri ihtimalinde kanuni yollara başvurma haklarının olması gerekmektedir. Bu nedenle arabulucunun yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmemesi durumuna özgü olarak arabulucu için hukuki, cezai ve disiplin yaptırımları öngörülmüştür⁶³⁶. Arabulucu yukarıda sayılan yükümlülüklere aykırı hareket ettiğinde karşısına ilk olarak disiplin yaptırımları çıkmaktadır⁶³⁷. Arabulucu yükümlülüklerini yerine getirmediğinde Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından öncelikle uyarılmaktadır. Bu uyarı üzerine arabulucunun faaliyetlerinin uyarıya uygun olup olmadığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından denetlenir. Eğer yükümlülüğe uyulmadığı tespit edilirse ikinci düzey yaptırım olarak arabulucunun yazılı savunması alınır. Yazılı savunma üzerine gerek görülürse Arabuluculuk Daire Başkanlığı Genel Kurul'dan arabulucunun adının sicilden silinmesini talep edebilecektir. Bu da arabulucunun disiplin sorumluluğunun en son ve en ağır yaptırımını oluşturmaktadır. Arabulucunun disiplin sorumluluğuna ilişkin genel bir düzenleme olmayıp bazı hükümlerde (HUAKY m.6/3, HUAK m.21/2, HUAKY m. 25/3) sicilden silinme yaptırımını düzenlenmiştir.

Arabulucunun cezai sorumluluğu iki şekilde doğabilir. Bunlardan ilki HUAK'ın 33. maddesinde düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, arabulucunun gizlilik ilkesini ihlal etmesinden dolayı menfaati zarar gören kişi şikâyette bulunursa, arabulucu altı aya kadar

⁶³⁵Moffitt, M. (2003). "Suing Mediators". *Boston University Law Review*. 83(147), 149,150.

⁶³⁶Oğuz, 2016, 51. Özbek, 2016, 1235.

⁶³⁷Oğuz, 2016, 51.

disiplin hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Diğer bir cezai sorumluluk hali ise özel hayatın gizliliğini ihlal eden arabulucu hakkında TCK'nın 134. maddesinin 1. fıkrasının b bendinin uygulanmasıdır⁶³⁸.

7.2. Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu

7.2.1. Genel Olarak

Arabulucunun hukuki sorumluluğunun doktrinde üç duruma dayandırılabilceği ileri sürülmektedir. Bunlar; haksız fiil, sözleşmeye aykırılık ve güven ilişkisine aykırılık şeklindedir⁶³⁹. Arabulucunun yükümlülüklerini ihlal etmesi durumu sözleşmeye aykırılık teşkil etmesinin yanı sıra haksız fiil de teşkil edebilir. Bu durumda sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu yarışır⁶⁴⁰. Taraf dilediği sorumluluk sebebine dayanarak dava açabilir. Arabulucunun hukuki sorumluluğuna ilişkin mevzuatımızda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Arabulucunun hukuki sorumluluğuna aykırı davranması durumunda ortaya çıkan zararların hangi esaslara göre tazmin edileceği belirlenirken, arabuluculuk faaliyetinin hukuki niteliğinin bu faaliyetin ifası sırasında arabulucunun hukuki statüsünün tespit edilmesi gerekmektedir.

7.2.1.1. Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Hukuki Niteliği

Uyuşmazlıkların çözüm yöntemleri dikkate alındığında temelde ikili bir ayrım yapıldığı görülmektedir⁶⁴¹. Bunlardan ilki uyuşmazlığın yargılama yapılarak diğeri ise yargılama yapılmadan çözülmesidir. Bu noktada, yürütülen faaliyetin yargılama işlevine sahip olup olmadığının tespiti önem arz etmektedir. Bir yöntemin yargılama faaliyeti olarak nitelendirilebilmesi için iki tanımdan birisiyle ifade edilebilmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki şekli (organik) anlamda, diğeri ise maddi anlamda yargılama faaliyettir. Şekli anlamda yargılama faaliyetinde, yapılan işin hukuki niteliğine bakılmaksızın bu faaliyetin mahkemeler tarafından yapılmış olması yeterli görülmektedir⁶⁴². Ancak bu tanımlama doktrinde bir faaliyetin hukuki niteliğinin tespiti için yetersiz görülmektedir. Zira mahkemeler yargısal faaliyetlerinin yanı sıra, kalem işlerinin yürütülmesi ve yazı işleri personelinin denetimi gibi faaliyetlerde de bulunmaktadır⁶⁴³. Maddi anlamda yargılama

⁶³⁸ Oğuz, 2016, 53.

⁶³⁹ Kekeç, 2014, 211; Dür, 2017, 453; Moffitt, 2003, 153.

⁶⁴⁰ Dür, 450; Buna karşılık doktrinde arabulucunun haksız fiil sorumluluğu ancak, arabuluculuk arabulucu sözleşmesinden doğan edimlerin ifasıyla ilgili olmayan hukuka aykırı bir davranışla taraflara zarar verirse söz konusu olmaktadır. Başpınar, V. (2004). Vekilin(Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) *Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*. (2. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, 193; Demir, Ş. (2014). "Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu". *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I*, İstanbul: Sümer Kitabevi, 115, (Demir-Sorumluluk).

⁶⁴¹ Pekcanitez,Atalay,Özekes, 2016, 669

⁶⁴² Ermenek-Hakem Heyeteleri, 576.

⁶⁴³ Arslan, Tanrıver, 2001, 35; Ermenek, 2013, 576.

faaliyetinde ise, soyut hukuk kurallarının somut olaya uygulanarak uyuşmazlıkların mahkemelerce kesin olarak çözülmesi kriteri dikkate alınmaktadır⁶⁴⁴. Yargılama faaliyeti yürütülerek uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulduğu yöntemlere devlet yargılaması ve tahkim örnek olarak verilebilir. Her iki yöntemde de, uyuşmazlığı çözüme kavuşturacak olan bir makam bulunmakta ve uyuşmazlıklar bu yöntemler sayesinde kesin olarak çözüme kavuşturulmaktadır.

Zorunlu arabuluculuk faaliyetini bu çerçevede değerlendirdiğimizde ise, gerçek anlamda yargılama faaliyetinin yürütülmediği sonucuna ulaşılmaktadır. Şöyle ki şekli anlamda yapılan yargılama faaliyeti tanımında yer alan mahkeme kriteri zorunlu arabuluculuk faaliyetinde bulunmamaktadır. Zira süreç tarafsız ve bağımsız olan üçüncü kişinin katılımıyla gerçekleştirilecek olup, bir mahkemenin varlığından söz edilememektedir. Arabulucunun görevi, uyuşmazlığı doğrudan çözüme kavuşturmak yerine belirli bir yöntem ve teknik uygulayarak tarafların kendi önerileri üzerinde uzlaşmalarını sağlamaya çalışmaktır⁶⁴⁵. Başka bir ifadeyle, arabuluculuk faaliyetiyle amaçlanan, uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması olsa bile, arabulucunun uyuşmazlığı sona erdirecek bir karar verme yetkisi bulunmamaktadır⁶⁴⁶. Dolayısıyla, yargılama faaliyetinde soyut hukuk kurallarının somut olaya uyarlanmasıyla uyuşmazlığın kesin olarak çözülmesi kriterinin de zorunlu arabuluculuk faaliyetinde mevcut olmadığı söylenebilir. Ayrıca, zorunlu arabuluculuk faaliyetinde yargılama faaliyetinde olduğu gibi, sürece başlandığında uyuşmazlığın kesin olarak çözüme kavuşturulması zorunlu değildir. Nitekim zorunlu arabuluculukta taraflar süreçten tatmin olmadıklarında süreci sona erdirip yargısal mercilere başvurma hakkına sahiptir. Oysa yargılama faaliyetine başlandığında söz hakkı yargılama makamına geçmekte olup, tarafların rolü ve etkinliği azalmaktadır⁶⁴⁷. Bu nedenle zorunlu arabuluculuk faaliyetinin bir yargılama faaliyeti olmadığı, ancak bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğu söylenebilir. Zira katılım gönüllü olmasa da, sürecin devamı ve sona erdirilmesi tamamen tarafların iradesinde olduğunda tarafların bu faaliyeti sona erdirip, yargılama faaliyeti yerine başvurulabileceği bir alternatif yol teşkil etmektedir.

Zorunlu arabuluculuk faaliyetinin hukuki niteliğinin tespiti yapılırken, faaliyetin

⁶⁴⁴ Arslan/Tanrıver, 2001, 35, 36; Ermenek, 2013, 576.

⁶⁴⁵ Ildır, 2003, 100; Tanrıver- Arabuluculuk, 152; Özbek, 2016, 609. Benzer yönde görev tanımlaması için bkz.: Kekeç, 2014, 104-111; Akan, 2013, 68; Oğuz, 2016, 38; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 155; Özbek, 2016, 1181; Namlı, 2016, 155; Doğan Yenisey, 2016, 188.

⁶⁴⁶ Taşpolat Tuğsavul, 2012, 27; Tanrıver-Arabuluculuk, 165; Ildır, 2003, 90; Özbek, 2016, 607; Kekeç, 2014, 68.

⁶⁴⁷ Pekcantez, Atalay, Özekes, 2016, 669.

kamu hizmeti⁶⁴⁸ teşkil edip etmediğinin de incelenmesi gerekir. Bir kamu hizmetinde bulunması gereken unsurlar “organik”, “maddi” ve “biçimsel” olarak üç farklı şekilde sınıflandırılmıştır⁶⁴⁹. *Organik anlamda kamu hizmeti*, faaliyetin kural olarak bir kamu tüzel kişisi tarafından yürütülüyor olması gerektiğini ifade etmektedir. Ancak, toplum yaşantısının ve koşullarının değişmesiyle birlikte, kamu hizmetlerinin sadece kamu tüzel kişileri tarafından görülmesi gerektiği düşüncesi değişikliğe uğramıştır⁶⁵⁰. Artık her türlü kamu hizmeti idarenin gözetim, denetim ve sorumluluğu altında özel kişiler tarafından da görülebilmektedir.

Maddi unsur açısından kamu hizmeti ise, hizmeti yürütenlerin özelliklerinden ayrı olarak, faaliyetin içeriğine bakılarak açıklanmaktadır. *Biçimsel anlamda kamu hizmetinde ise*, faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi için “özel bir hukuksal düzen” içerisinde yürütülmesi gerektiği ifade edilmektedir. Başka bir ifadeyle, kamu hizmeti özel faaliyetler için söz konusu olmayan ayrıcalıkların ve yükümlülüklerin olduğu hukuksal rejime tabi olmalıdır⁶⁵¹.

Zorunlu arabuluculuk faaliyetine yukarıda belirtilen unsurlar çerçevesinde

⁶⁴⁸ Kamu hizmeti; “giderilmesinde kamu yararı bulunan bir toplumsal gereksinmeyi karşılamak amacıyla, kamu tüzel kişileri ya da onların gözetim ve denetimi altında özel girişim tarafından, özel bir hukuksal düzen içerisinde yürütülen etkinliklerdir”. Benzer tanımlar için bkz.: Çağlayan, R. (2017). *İdare Hukuku Dersleri*. (5. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, 231; Akyılmaz, B., Sezginer, M., Kaya, C. (2016). *Türk İdare Hukuku*. (7. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 570; Onar, S. S. (1966) *İdare Hukukunun Umumi Esasları*. Cilt I. (3. Baskı). İstanbul: Hak Kitapevi, 16; Gözler, K. (2016). *İdare Hukuku*. Cilt II. (2. Baskı). Bursa: Ekin Yayınevi, 252; Günday, M. (2011). *İdare Hukuku*. (10. Baskı), Ankara: İmaj Yayınevi 332. Yıldırım, T., Yasin, M., Karan, N., Özdemir, H. E., Üstün, G. ve Tekinsoy, O. (2012) *İdare Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 638. Kalabalık, H. (2014). *İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları*. (5. Baskı). Konya: Sayram Yayınları, 516; Zabunoğlu, Y. K. (2012). *İdare Hukuku*, Cilt I, Ankara: Yetkin Yayınları, 504. Giritli, İ., Perteve, B., Akgüner, T. (2008). *İdare Hukuku*, (3. Baskı). İstanbul: Der Yayınları, 955. Anayasa Mahkemesi de belirtilen bu tanıma benzer şekilde ancak daha geniş bir tanım yapmaktadır: “*kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.*” AYM, E. 1994/71, K. 1995/23, T. 23.06.1995. RG. T. 20.03.1996; SY: 22586.

⁶⁴⁹Yıldırım, Yasin, Karan, Özdemir, Üstün ve Tekinsoy, 2012, 638; Zabunoğlu, 2012, 504; Kalabalık, 2014, 515; Giritli, Bilgen, Akgüner, 2008, 954.

⁶⁵⁰ Yıldırım, Yasin, Karan, Özdemir, Üstün ve Tekinsoy, 2012, 640; Kalabalık, 2014, 515; Zabunoğlu, 504. Giritli, Bilgen, Akgüner, 2008, 977. AYM’de bir kararında bu hususa şu şekilde değinmiştir: “*Kamu hizmetleri aslında bir bütündür. Bunu yerine getirilmesi de ilke olarak devlete aittir. Ancak toplum hayatının gittikçe genişlemesiyle çoğalan kamu hizmetlerinin mutlaka klasik idare kuruluşları tarafından görülmesi koşulu artık aranmamakta, bunların dışında özel kişilerce de gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, kamusal hizmet ünitelerinin nitelik ve özellikleriyle uyusabildiği ölçüde, kamu ve özel hukuk kurallarından oluşan karma nitelikte yapılandırılmaları mümkündür. Bu sebeptendir ki, kamu hizmetleri ne suretle yürütülürse yürütülsün kamu kurum ve kuruluşlarının gözetim ve denetimleriyle hizmeti yönlendirme yetkileri var olduğu sürece, hizmet kamusal niteliğini korumuş olur.*” AYMK, E. 1990/4, K. 1990/6, T. 12.04.1990. Web: www.kazanci.com.tr adresinden 15 Kasım 2017 tarihinde alınmıştır.

⁶⁵¹ Yıldırım, Yasin, Karan, Özdemir, Üstün ve Tekinsoy, 2012, 640; Kalabalık, 2014, 515. Ancak bu görüş, özel hukuk kurallarına tabi olan kamu hizmetlerini kamu hizmeti kavramının dışında bırakması nedeniyle eleştirilmektedir. Yıldırım, Yasin, Karan, Özdemir, Üstün ve Tekinsoy, 241; Kalabalık, 2014, 515; Gözler, 2016, 269; Giritli, Bilgen, Akgüner, 2008, 956.

bakıldığında teknik anlamda bir kamu hizmeti olmadığı görülmektedir. Zira zorunlu arabuluculuk faaliyeti tarafsız ve bağımsız üçüncü kişi olan arabulucunun katılımıyla gerçekleştirilmektedir. Yani arabulucu kamu tüzel kişisi olmadığı gibi, idarenin gözetimi, denetimi ve sorumluluğu altında bulunan özel hukuk kişisi de değildir. Hatta hukuk fakültesi mezunu olma şartı bulunduğundan günümüzde genel olarak avukatlar tarafından gerçekleştirilen bir faaliyete dönüşmüştür. Avukatlar arabuluculuk faaliyetinin icrasına bir özel hukuk kişisi olarak katılmaktadır. Bu nedenle de organik anlamda kamu hizmeti unsurunun arabuluculuk faaliyetinde sağlanmadığı söylenebilir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, bu unsur artık bir faaliyetin kamu hizmeti olarak değerlendirilmesi için mutlak olarak aranmamaktadır. Bu nedenle kamu hizmetlerinin kim tarafından yerine getirildiğinden ziyade kamu hizmetine konu olan etkinliğin niteliğine ve bu niteliğin kamu yararına yönelik olup olmadığına bakılmaktadır⁶⁵².

Zorunlu arabuluculuk faaliyetinde kamu yararı amacı bulunduğundan maddi anlamda kamu hizmeti unsurunun sağlandığı söylenebilir. Arabuluculuk faaliyetinde amaç, her iki tarafın da menfaatlerine uygun olarak uyuşmazlığın anlaşma sağlanarak sona erdirilmesidir. Arabuluculuğun uyuşmazlıkları sona erdiren bir faaliyet olduğu düşünüldüğünde adli hizmetlerin ifasına yönelik olduğu bu nedenle de kamu yararını sağladığı söylenebilir. Kaldı ki, asıl amacın yanında arabuluculuk faaliyetinin diğer bir amacı da mahkemelerdeki iş yükünün azaltılması ve dolayısıyla yargılamaların adil yargılanma hakkına uygun olarak gerçekleştirilmesini sağlamaktır⁶⁵³. Başka bir ifadeyle arabuluculuk faaliyetiyle sadece taraflar arasındaki uyuşmazlık sona erdirilmemekte, aynı zamanda diğer uyuşmazlıkların çözümüne de katkı sağlanmaktadır. Tüm bu nedenlerle, arabuluculuk faaliyetinin kamu yararı taşıdığı söylenebilir. Ayrıca, arabuluculuk faaliyetinin niteliği gereği esnek bir yapıya sahip olmasından dolayı gerek kamu hukuku kurallarının gerekse özel hukuk kurallarının uygulanmasında tarafların irade serbestisi söz konusudur. Şöyle ki, taraflar arabuluculuk usulünü emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla serbestçe kararlaştırabilirler (HUAK m. 15/II). Bu kural gereğince arabuluculuk faaliyetinde, kendine özgü özel hukuksal bir düzen olmadığından biçimsel anlamda kamu hizmeti olarak da ifade edilemeyecektir.

⁶⁵² Giritli, Bilgen, Akgüner, 2008, 976. Turgut, T. (1991). “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”. **Anayasa Yargısı XII**, 236.

⁶⁵³ İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı, Genel Gerekeç, 8. Bu amacın gerçekleştirilebileceğine ilişkin görüşler için bkz.:Kuru, 2010, 239; Kekeç, 2014, 94; Akan, 2013, 14; Oğuz, 2016, 83; Özmumcu, 2016, 826; Üstündağ, S. (2008). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Düşünceler, **Yargı Dünyası**, S. 145, 401-407; Odaman, Karaçöp, Eda, 64. Aksine görüşler için bkz: Tanrıver-Arabuluculuk, 170; Karacabey, 2016, 473; Göksu, 2017, 383.

İşaret ettiğimiz bu hususlar dikkate alındığında, zorunlu arabuluculuk faaliyetinin teknik anlamda bir kamu hizmeti olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varmak mümkündür. Ancak bazı hizmetler mahiyeti itibari ile kamu hizmeti olmasa bile Anayasa hükmü gereğince kamu hizmeti olarak kabul edilmektedir⁶⁵⁴. Bunlar; eğitim, sağlık, adalet ve milli güvenlik gibi faaliyetlerdir. Bu tür faaliyetler kamu hizmeti olma niteliklerini doğrudan Anayasa'dan almaktadırlar. Arabuluculuk faaliyeti de, uyuşmazlığı sona erdirmeye yardımcı bir faaliyet olduğundan arabulucunun faaliyeti adalet hizmetlerinin ifasına yönelik faaliyetlerden sayılmaktadır. Adli hizmetler ise, yukarıda bahsi geçen anayasal olarak kamu hizmeti mahiyeti kazandırılmış en klasik kamu hizmeti faaliyetidir. Bu nedenle arabuluculuk faaliyeti teknik anlamda kamu hizmeti olarak nitelendirilmese bile, Anayasa hükmü gereğince kamu hizmeti olduğu kabul edilmelidir .

Arabuluculuk faaliyetinin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesinin doğal bir sonucu olarak aslilik ve süreklilik⁶⁵⁵ niteliklerini de bünyesinde barındırması gerekmektedir⁶⁵⁶. Arabuluculuk her ne kadar mahiyeti gereği ilgililerin istemlerine bağlı olarak zaman zaman yerine getirilen bir faaliyet olsa da, ifa edilen adli hizmet alanı her an ilgililerin istemlerini karşılayacak durumdadır⁶⁵⁷. Dolayısıyla bu durum hizmetin sürekliliğine bir engel oluşturmaz, sadece söz konusu hizmette bu özelliklerin belirgin bir boyut kazanmadığı anlamına gelir. Kaldı ki arabuluculuk faaliyeti kanunda belirtilen uyuşmazlık türleri için dava açılmadan önce zorunlu olarak işletilmesi gereken bir prosedür olduğundan isteğe bağlı arabuluculuk faaliyetinde yaşanan kopukluk söz konusu olmayacaktır. Zorunlu arabuluculuk faaliyeti dava açmak isteyen taraflarca başvuru bir yöntem olduğundan uyuşmazlığın çözümüne ilişkin olarak mahkemeler gibi her zaman hizmetin karşılığı verilecek durumdadır. Arabuluculuk faaliyetinde arabulucunun sürekli olarak değişiyor olması ve kanunda belirtildiği şekilde belli bir süre içinde ifa ediliyor olması faaliyetin sürekli olmadığı anlamına gelmez. Zira bu cevap verilmesi gereken ihtiyaçların niteliğinden

⁶⁵⁴Gözübüyük Ş., Tan, T. (2001). *İdare Hukuku Genel Esaslar*. C. I. Ankara: Turhan Kitapevi, 551. Benzer yönde bkz: Giritli, Bilgen, Akgüner, 2008, 976; Gözler, 2016, 359.

⁶⁵⁵ Süreklilik kavramı kesintisizlik anlamında kullanılmamakta olup, faaliyetin işleyişinde bir düzenliliğin olması gerektiği anlamına gelmektedir. Ermenek, İ. (2009). *İflasın Ertelenmesi*, Ankara: Adalet Kitabevi, 300, (Ermenek-Erteleme); Karahanoğulları, O. (2016). *Kamu Hizmeti(Kavram ve Hukuksal Rejim)*. (3. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.

Karahanoğulları, 2016, 191. Bu noktada önemli olan onun potansiyel olarak her an ilgililerin ihtiyaçlarına cevap verebilecek durumda olmasını ifade etmektir. Özay, İ. (2004). *“Günüşığında Yönetim”* İstanbul: Filiz Kitabevi, 279; Balta, T. T. (1970). *İdare Hukukuna Giriş*. Ankara: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Ens., 21; Tanrıver, S. (2016). *Medeni Yargıda Bilirkişilik*. Ankara 2016, 62 (Tanrıver- Bilirkişilik).

⁶⁵⁶ Karahanoğulları, 2016, 191; Yıldırım, Yasin, Karan, Özdemir, Üstün ve Tekinsoy, 2012, 656.

⁶⁵⁷ Balta, 1970, 21; Kalabalık, 2014, 521.

ve o faaliyetin özelliğinden kaynaklanmaktadır⁶⁵⁸. Doktrinde de Anayasa'nın 128. maddesinde sözü geçen "asli" ve "sürekli" olma nitelikleri çalışanın durumuna ve kişiliğine bağlı olmayıp, yaptığı göreve bağlı koşullar olduğu ileri sürülmektedir. Bu çerçevede, adli hizmetlere yardımcı olan arabuluculuk faaliyetinde sürekliliğin, bu görevi ifa edecek arabulucuların şahsından bağımsız olarak sürekli olduğu söylenebilir. Taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözülmeye çalışılması Devlet tarafından yerine getirilmesi gereken bir görevdir. Arabulucu, bazı görevlendirmeler çerçevesinde yetkilerini başta kendi adına daha genel anlamda ise adalet hizmetlerinin işleyişine katkı sağlamaya yönelik olarak Devlet adına gerçekleştirmektedir. Uyuşmazlıkların yargılama aşamasına gelmeden çözülmesi için taraflara yardımcı olmaktadır. Dolayısıyla zorunlu arabuluculuk faaliyetinde de kamu hizmetlerinde mevcut olan aslilik unsurunun sağlandığı söylenebilir.

7.2.1.2. Arabulucunun Hukuki Statüsü

Arabulucu, taraflara eşit mesafede yer alıp, karşılıklı olarak her iki tarafın da menfaatlerine uygun olarak hareket ettiği ve uyuşmazlığın çözümlenmesine yardımcı olduğu için dolaylı olarak kamunun menfaatine hizmet etmektedir. Arabuluculuk faaliyetinin kamu hizmeti olduğu kabul edildiğinde, faaliyetin ifası sırasında arabulucuların hukuki statüsünün kamu görevlisi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği incelenmelidir. Bu soruyu yanıtlayabilmek için öncelikle kamu görevlisi kavramını incelememiz gerekir. Kamu görevlisi kavramı doktrinde, geniş ve dar anlamda olmak üzere iki farklı şekilde tanımlanmaktadır.

1982 Anayasası incelendiğinde doktrinde yapılan dar ve geniş anlamda kamu görevlisi kavramlarının her ikisinin de karşılığını oluşturan hükümlerin yer aldığı görülmektedir. Geniş anlamda kamu görevlisi, çeşitli hizmetlerin ifasına katılmış olan ve hukuki durumları birbirinden farklı olan tüm görevlileri ifade etmektedir⁶⁵⁹. 1982 Anayasası'nda geniş anlamda kamu görevlisi kavramının karşılığı olarak 39, 40, 71, 137. maddelerinde geçen, "kamu görev ve hizmetlerinde bulunanlar", "resmi görevliler", "kamu hizmetine girenler", "kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse" tabirleri kullanılmaktadır⁶⁶⁰. Oldukça geniş yorumlanabilecek olan bu kavramların içerik ve kapsamı konusunda Anayasa'da yeterli ve açık düzenlemelere yer verilmemiştir⁶⁶¹. Ancak, doktrinde kamu görevinin bir meslek olarak icra edilmemesi

⁶⁵⁸ Tanrıver, 2016, 62.

⁶⁵⁹ Benzer yönde tanımlar için bkz.: Gözler, 624; Kanlıgöz, C. 1982 Anayasası'na göre Kamu Görevlisi, 181, web: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/299/2796.pdf> adresinden 15 Kasım 2017 tarihinde alınmıştır.

⁶⁶⁰ Kanlıgöz, 181.

⁶⁶¹ Kanlıgöz, 179.

durumunda atanmış veya seçilmiş kişilerin ancak geniş anlamda kamu görevlisi olabileceği ileri sürülmektedir⁶⁶². Arabulucular bu kapsamda incelendiğinde geniş anlamda kamu görevlisi olarak nitelendirilebilir ve devletin resmi görevlisi sıfatıyla arabuluculuk faaliyetini yürüttüğü söylenebilir .

Dar anlamda kamu görevlisi kavramının içeriğinin ise, 1982 Anayasası'nın 128. maddesi çerçevesinde belirlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁶⁶³. Anayasa'nın 128. maddesinin 1. fıkrasında, kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, “memurlar” ve “diğer kamu görevlileri” eliyle yürütüleceği düzenlenmektedir. Bu düzenleme karşısında, kamu hizmetlerini gören kişi bakımından arabulucunun bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

Bir faaliyeti yerine getiren kişinin memur olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle ortada asli ve süreklilik arz eden bir kamu hizmetinin bulunması ve bu kişinin hizmetin ifası sırasında sürekli bir biçimde idari kadro ve idari hiyerarşi içerisinde yer alması gerekmektedir⁶⁶⁴. Arabulucu, her ne kadar bir kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli bir görevi yerine getirmiş olsa bile, idarenin sürekli bir kadrosunda ve idari hiyerarşik yapı içerisinde yer almamaktadır. Ülkemizde arabuluculuk faaliyeti, Adalet Bakanlığı tarafından tutulan arabulucu siciline kayıt olma şartlarını taşıyan hukuk fakültesi mezunu olan kişiler tarafından yürütülmektedir. Bu kişiler daimi olarak kendilerine tahsis edilmiş bir idari kadro içerisinde yer almamaktadır. Ayrıca görevin ifası sırasında arabulucular bağımsız olarak hareket etmekte olup herhangi bir hiyerarşik üstleri de söz konusu değildir. Tüm bu nedenlerle arabulucular, yapılan tanımlama çerçevesinde bir memur olarak nitelendirilemezler.

1982 Anayasası'nın 128 nci maddesinde yer alan diğer kamu görevlisi kavramı ise, özel yönetim usullerine göre yürütülen kamu hizmetlerinin asli ve sürekli görevlerinde çalışan, memur olarak nitelendirilemeyen ve işçi niteliği de taşımayan diğer bütün personeli ifade etmektedir⁶⁶⁵. Anayasa Mahkemesi'ne göre, diğer kamu görevlisi kavramı içerisinde

⁶⁶² Gözler, 2016, 624; Giritli, Bilgen, Akgüner, 2008, 956.

⁶⁶³ Kanlıgöz, 183; Günday, 2011, 581.

⁶⁶⁴Güran, S. (1989). “Anayasa Mahkemesi'nin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı”. *Anayasa Yargısı IV*, 53. Giritli, Bilgen, Akgüner, 2008, 443; Gözübüyük, Tan, 2001, 737, 738; Onar, S. S. (1966). *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.II, İstanbul: Hak Kitabevi, 1966, 1075; Tanrıver-Bilirkişi, 65; Tanrıver, S. (1993). *Konkordato Komiseri*, Ankara: Yetin Yayınları, 133; Ermenek-Erteleme, 301.

⁶⁶⁵ Duran, L. (1984). “Anayasa'nın 128. ve 129. maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri Bakanların Durumu ile İlgili Yorum”. *Anayasa Yargısı*, 205. Tanrıver, 2016, 66; Ermenek-Erteleme, 301; Tanrıver, 1993, 134. Anayasa Mahkemesine göre diğer kamu görevlisi kavramı memurlar ve işçiler dışında, kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde, kamu hukuku ilişkisiyle çalışanları kapsamaktadır. AYMK 13.12.1995, 11/63 Web: www.kazancı.com.tr adresinden 24 Kasım 2017 tarihinde alınmıştır. Ancak Gözler'e göre, kamu hizmeti faaliyetini mesleği olarak ifa etmeyip, belirli usullerle atanmış veya seçilmiş kişiler ancak geniş

iki unsuru barındırmaktadır. Bunlar; kamu hizmetinin ifasında görev almış olup, memur ve işçilerin dışında kalan personel olma ve devlete kamu hukuku ilişkisi ile bağlı olmaktır⁶⁶⁶. Kamu görevlisi sayılmanın bir unsuru olarak getirilen, görev yapan kişiye devlet bütçesinden maaş, ödenek, ücret gibi bir maddi karşılığın ayrılmış olması gerektiğinin kamu görevlisinin belirlenmesinde artık bir kriter olmadığı Yargıtay tarafından ileri sürülmektedir⁶⁶⁷. Bu noktada önemli olan hizmetin bir kamusal hizmet olduğu ve kullanılan yetkinin kamusal nitelikte olmasıdır⁶⁶⁸.

Arabulucu yukarıda belirtildiği gibi memur olarak nitelendirilemeyecek olup, işçi niteliği de taşımamaktadır. Arabulucunun yapmış olduğu faaliyet adalet hizmetlerinin ifasına yardımcı olma özelliğine sahip olduğundan kamu hizmeti oluşturmaktadır. Bu durumda arabulucu ile devlet arasında kendine özgü bir kamu hukuku ilişkisi kurulup kurulmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Arabulucu olmak için kanun koyucunun belirlediği şartlara sahip olmanın yanı sıra Adalet Bakanlığı'nca düzenlenen yazılı sınavın başarı ile tamamlanması şarttır. Bu şartları sağlayanların Bakanlık nezdinde tutulan arabuluculuk siciline kayıtlı olması gerekir. Arabulucu olarak sicile kayıt aşaması tamamen devletin gözetimi ve denetimi altında yapılmaktadır. Bir arabulucunun arabuluculuk faaliyeti için görevlendirilmesi, tarafların anlaşması üzerine mümkün olmaktadır. Ancak ihtilafa düşen tarafların arabulucu üzerinde anlaşma güçlükleri göz önüne alındığında genellikle arabulucunun arabuluculuk bürosu tarafından seçileceği söylenebilir. Dolayısıyla tarafların arabulucu üzerinde anlaşamama ihtimalinde, arabulucu görevlendirmeleri arabuluculuk büroları tarafından gerçekleştirilecektir. Burada arabulucu ile devlet arasındaki ilişkinin özel hukuk sözleşmesinden kaynaklanmadığı ortada olup, kendine özgü bir kamu hukuku ilişkisi oluşturduğunun kabul edilmesi gerekir.

Sonuç itibarıyla, arabulucuların görevlendirilme biçimlerinin genel çerçevede de olsa kanun hükümleriyle belirlenmiş olması, bazı durumlarda görevlendirmelerin adli bir organın tasarrufuyla mümkün olması (İMK m. 3/VI) dikkate alındığından arabulucu ile devlet arasında kamu hukuku ilişkisi olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bu ilişkiye gerekçe

anlamda kamu görevlisi olarak nitelendirilebileceğinden, diğer kamu görevlisi kavramı içerisinde değerlendirilemezler. Gözler, 2016, 624; benzer yönde diğer bir görüş için bkz.: Giritli, Bilgen, Akgüner, 2008, 956.

⁶⁶⁶ AYMK, 19.04.1988 Tarihli ve 1987-16/1988-8 Sayılı Kararı RG. 23.08.1988, Sa. 19908, 52. Doktrinde de, bir kamu hizmetinin ifasında görev alan kişilerin devletle aralarında kamu hukuku ilişkisi bulunduğu durumlarda diğer kamu görevlileri kapsamında değerlendirilebileceği ileri sürülmektedir. Keskinsoy, Ö. (2004). "Kamu Görevlisi". *Sosyal Güvenlik Dünyası*. 7 (28), 60; Tanrıver, 1993, 136; Ermenek-Erteleme, 301.

⁶⁶⁷ Tanrıver, 2016, 66; Tanrıver, 1993, 135.

⁶⁶⁸ Tanrıver, 1993, 125; Tanrıver, 2016, 66. Anayasa Mahkemesi'de bir kararında bu hususa dikkat çekmektedir. AYMK, 19.04.1988 tarihli 1987-16/1988-8 sayılı karar, RG, 23.08.1988, Sa. 19908, 52.

olarak ayrıca, arabulucuların tarafsızlık ve bağımsızlık ilkelerine uygun olarak faaliyet göstermeleri (HUAK m. 9), uyuşmazlığın taraflarına eşit şekilde davranmak zorunda olmaları (HUAK m. 9,3; HUAKY m.5), görevin ifasını sağlamaya yönelik olarak haklarında özel disiplin hükümlerinin öngörülmesi olması (HUAKY m.6/3, HUAK m.21/2, HUAKY m. 25/3), gizlilik ilkesinin ihlali durumunda disiplin hapsiyle cezalandırılmaları (HUAK m. 33) gösterilebilir. İşaret ettiğimiz bu gerekçelerle birlikte değerlendirildiğinde, arabulucunun Anayasa'nın 128. maddesi bağlamında diğer kamu görevlisi olduğu sonucuna varmak mümkündür.⁶⁶⁹

7.2.2 Haksız Fiil Sorumluluğu

Doktrinde, farklı nitelendirmeler bulunmakla birlikte, bizim de katıldığımız görüş çerçevesinde, arabuluculuk faaliyetinin bir kamu hizmeti, arabulucunun da diğer kamu görevlisi olduğunun kabulüne bağlı olarak, sorumluluğun içeriğinin de belirlenmesi gerekir. Tarafların bazı uyuşmazlık türlerinde dava açmadan önce arabuluculuk yöntemine başvuruya zorlanmaları, bu faaliyet için bir arabulucunun belirlenme zorunluluğu ve arabulucunun bu faaliyeti resmi bir sıfatla yerine getirmesi arabulucunun sorumluluk hükümlerinin belirlenmesinde göz ardı edilmemesi gereken hususlardır. Dolayısıyla arabulucunun hem görevinin niteliği, hem bu görevi resmi bir sıfatla yerine getiriyor olması, hem de görevlendirilme şekli düşünüldüğünde arabulucunun haksız fiil sorumluluğunun kamu hukuku kuralları ile belirlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

7.2.2.1. İdarenin Sorumluluğu

Anayasa'nın 177. maddesinin e bendine göre, "*Anayasanın halkoylaması sonucu kabulünün ilanıyla birlikte yürürlüğe girecek hükümleri mevcut ve kurulacak kurum, kuruluş ve kurullar için yeniden kanu yapılması veya mevcut kanunlarda değişiklik yapılması gerekiyorsa bunlara ilişkin işlemler için mevcut kanunların Anayasa'ya aykırı olmayan hükümleri veya doğrudan Anayasa hükümleri, Anayasa'nın 11. maddesi gereğince uygulanır*". Dolayısıyla arabulucunun sorumluluğuna ilişkin mevzuatımızdaki boşluk, doğrudan Anayasa hükümleri uygulanarak doldurulacaktır. Bu bağlamda 1982 Anayasası'nın 129/V ve 40/II maddelerini birlikte değerlendirmemiz gerekmektedir. Zira Anayasa'nın 129/V hükmüne göre, "*diğer kamu görevlileri yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılabilir*".

⁶⁶⁹ Kaldı ki doktrinde Keskinsoy, kamu kurumu niteliği taşıyan meslek kuruluşları olarak adlandırılan ve bu nedenle idari bir kurum niteliği taşıyan barolar ve mali müşavirler odalarına bağlı olarak meslek icra eden avukatların ve mali müşavirlerin bu nedenlerle anayasal anlamda kamu görevlisi olduklarının kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Keskinsoy, 2004, 65.

Anayasa'nın 40/II maddesine göre ise, “kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre Devletçe tazmin edilir. Devletin ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.” Dolayısıyla arabulucunun hukuki statüsüne ilişkin nitelendirme farklılığı sorumluluk açısından uygulanacak hükümlerde bir değişiklik oluşturmamaktadır⁶⁷⁰.

İlgili hükümlerden yola çıkıldığında arabulucunun, zorunlu arabuluculuk faaliyetinin ifası sırasında kusuruyla uyuşmazlığın taraflarına veya uyuşmazlığın tarafı olmayan üçüncü kişilere zarar verdiğinde tazminat davası, ancak devlet aleyhine açılabileceği sonucuna varılacaktır. Devlet de bu madde kapsamında ödediği zararın tazmini için kusuru oranında arabulucuya rücu etmelidir. Anayasa'da devletin sorumluluğunu düzenleyen bu hükümler niteliği itibariyle kusur sorumluluğu, başka bir ifadeyle dar anlamda haksız fiil sorumluluğudur⁶⁷¹. Burada belirtilen sorumluluğun klasik haksız fiil sorumluluğundan farkı, davanın doğrudan hukuka aykırı fiilleriyle zarar verene değil, devlete karşı açılacak olmasıdır⁶⁷².

7.2.2.2. Sorumluluğun Şartları

Devletin sorumluluğunun şartları belirlenirken Anayasa'nın ilgili maddeleri ele alınarak değerlendirme yapılmaktadır. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde arabulucunun faaliyetinden dolayı idarenin sorumlu tutulabilmesi için ilk şart; “arabulucunun davranışının hukuka aykırı olmasıdır”. Genellikle arabulucunun sır saklama, aydınlatma, özenle hareket etme ve tarafsızlık yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda haksız fiil sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Örneğin, arabulucu, arabuluculuk görüşmeleri sırasında edindiği bilgi ve belgeleri daha sonra açılacak davada delil olarak kullanılması için mahkemeye sunması durumunda, sır saklama yükümlülüğünü ihlal edilmiş olacaktır. Bu davranış arabulucunun haksız fiil kapsamında hukuka aykırı davranışını teşkil etmektedir. Arabulucunun eyleminin hukuka aykırı olduğu tespit edilirken arabulucunun belirli bir davranışa uyma yükümlülüğünün olduğunun ve arabulucunun bu yükümlülüğü ihlal ettiğinin taraflarca belirlenmesi şarttır. Ancak arabulucu görevinin ifası sırasında çok büyük bir esnekliğe sahip olduğundan yetkilerinin

⁶⁷⁰ Zira arabulucuyu devletin resmi görevlisi olarak nitelendirdiğimizde uygulanacak hüküm Anayasa madde 40/II, diğer kamu görevlisi olarak nitelendirdiğimizde ise, uygulanacak hüküm m. 129/V olacaktır. Kaldı ki doktrinde, 129/V yer alan kamu görevlisi tabirinden geniş anlamda kamu görevlisi olduğu ve içerisine kamu hizmeti görevlilerini oluşturan mükelleflerin, seçimle gelenlerin, işçiler dâhil olduğu ileri sürülmektedir. Güran, S. (1984). “Anayasa'nın 128. ve 129. maddeleri yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu”. *Anayasa Yargısı I*, 200.

⁶⁷¹ Tanrıver, 1993, 270.

⁶⁷² Tanrıver, 1993, 270.

sınırlarını belirlemek oldukça zordur ve belirsizlik içermektedir⁶⁷³. Zira son zamanlarda arabuluculuk, her bir arabulucuya göre eğitim ve benimsenen metot dolayısıyla farklı uygulamaların olduğu bir faaliyet haline gelmiştir.

Arabuluculuk faaliyetinin ifası dolayısıyla arabulucuların yaptığı davranışlar bu faaliyet için ileri sürülmüş teorilerden birisi olabilir. Başka bir ifadeyle, bazı arabulucular kendilerinin konuşmasını tarafların arasındaki ilişkiyi yapılandırma amacı olarak benimserken, bazıları bunu tarafların rolünün bir parçası olarak görebilir⁶⁷⁴. Ayrıca diğer mesleklerde olduğu gibi, arabulucuların kararlarının ayırt edilmesi kolay değildir. Başka bir ifadeyle, arabulucunun arabuluculuk faaliyetinin hangi aşamasında ne tür bir karar verdiğinin ve uyuşmazlığın çözümüne ne şekilde etki ettiğinin belirlenmesi oldukça güçtür. Örneğin⁶⁷⁵, bir doktorun ameliyat sırasında hastanın içinde makas unutması veya avukatın süreyi kaçırmayı kolayca tespit edilebilir. Arabulucuların davranışlarının aynı şekilde tespit edilebileceğini söylemek zordur. Ayrıca, arabuluculuk faaliyetlerinin gizli olarak yürütülmesinden dolayı taraflar arabulucunun yükümlülüklerini belirlerken diğer faaliyetleri yürüten arabulucuların davranışlarıyla mukayese etme imkânına sahip değildirler⁶⁷⁶. Bu nedenle genellikle zarara sebep olan davranışın arabulucunun sorumluluğunu gerektirip gerektirmediği belirlenmemektedir. Bu yüzden arabulucuların açık bir uygulama standardına sahip olmamasından dolayı herhangi bir davranışın arabulucunun yükümlülüğünün ihlali olduğunun kanıtlanmasının zorluk taşıdığı söylenebilir.

İdarenin sorumlu tutulabilmesi için gerekli olan bir diğer şart ise, “*arabulucunun hukuka aykırı fiilinin ifası sırasında kusurlu olmasıdır*”. Burada kusur kast şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, ağır veya hafif ihmâl şeklinde de ortaya çıkabilir. Kuşkusuz, burada bahsi geçen kusurlu fiilin, arabulucunun görevi sırasında ve görevi ile ilgili olarak ortaya çıkması gerekir. Aksi takdirde, idarenin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁶⁷⁷. Ancak arabuluculuk faaliyetinde arabulucunun niyetinin belirlenmesi de oldukça güçtür. Bu nedenle doktrinde basit ihmâllerden ziyade arabulucunun ağır kusuru ile verdiği zarardan dolayı sorumlu olabileceği ileri sürülmektedir⁶⁷⁸.

Tarafların, arabulucunun “*hukuka aykırı fiilinden dolayı bir zararın ortaya çıkması*”

⁶⁷³ Dür, 2017, 452; Moffitt, 2003, 152; Kekeç, 2014, 211.

⁶⁷⁴ Moffitt, 2003, 154.

⁶⁷⁵ Moffitt, 2003, 154.

⁶⁷⁶ Moffitt, 2003,172.

⁶⁷⁷ Özay, 2004, 821, 822; Gözübüyük, Tan, 2001, 679, 687.

⁶⁷⁸ Moffitt, 2003, 159; Love, L. P., Cooley, J. W. (2005). “The Intersection of Evaluation by Mediators and Informed Consent: Warning the Unwary” *Ohio State Journal on Resolution*. 21(1), 61.

ve bu “zarar ile hukuka aykırı fiil arasında illiyet bağının bulunması” gerekmektedir. Tarafların dışında üçüncü kişilerin de uğradığı zararlardan dolayı arabulucu sorumlu olmaktadır⁶⁷⁹. Arabuluculuk faaliyetinin ifası sırasında tarafların zararı farklı şekilde ortaya çıkabilir. Tazminat hakkının kapsamı, haksız fiillerden doğan borçlara ilişkin TBK m. 49-77 hükümlerine göre belirlenecek olup, maddi tazminatın yanı sıra manevi tazminat da istenebilir. Örneğin, arabuluculuk faaliyeti, arabulucunun hukuka aykırı davranışından dolayı anlaşma yapılamadan sonuçlanabilir. Bir arabulucu, arabuluculuk faaliyetinde tarafların uyuşmazlığı anlaşma sağlayarak çözümlenmesi için onlara yardımcı olmaktadır. Ancak arabulucunun mutlaka tarafları çözüm anlaşması yapılmasına ulaştırma yükümlülüğü bulunmamaktadır⁶⁸⁰. Dolayısıyla arabulucular, arabuluculuk görüşmeleri sonucunda anlaşma sağlanamamasından dolayı sorumluluk altında tutulamaz. Ancak bazı durumlarda arabuluculuk faaliyetinin anlaşma sağlanarak çözümlenememesi durumunda arabuluculuğun sorumluluğu söz konusu olabilir. Örneğin, arabulucu taraflardan birisinin çıkarlarına yönelik çözüm önerisinde bulunmuş olabilir. Uyuşmazlığın karşı tarafı da bundan dolayı görüşmelere devam etmek istemeyebilir. Bu durumda, arabulucunun sorumluluğunun doğabilmesi için tarafların zarara uğraması gerekmektedir. Tarafların bu şekilde sona erme durumlarında zarara uğramasının önünde bir takım engeller bulunmaktadır. Eğer taraflar arabulucuyla yapılan görüşmeler sırasında uyuşmazlığın çözümünde belli bir noktaya gelirlerse arabuluculuk görüşmeleri dışında da uyuşmazlığı çözümlenebilirler. Bu durumda zarar arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla oluşan masraflarla sınırlı olacak ve bu masrafların düşük olmasından dolayı da zararın tazmin edilmesi için tarafların dava açma isteği bulunmayacaktır⁶⁸¹. Buna karşılık, taraflar aralarındaki anlaşma ihtimalinin arabulucunun davranışı dolayısıyla ortadan kalktığını da iddia edebilirler. Ancak bu iddia dolayısıyla ortaya çıkan zararın ispatı da oldukça zordur.

Zarar doğuran duruma diğer bir örnek olarak, arabulucunun hukuka aykırı davranışından dolayı arabuluculuk faaliyetinin taraflardan birine zarar verecek şekilde bir çözüm anlaşmasıyla sonuçlanmış olması gösterilebilir. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması için tarafları zorlayıcı bir durum söz konusu değildir. Uyuşmazlığın çözümü konusunda ortak bir noktada fikir birliğinin sağlanmış olması halinde, sürecin

⁶⁷⁹ Dür, 2017, 458. Ancak arabulucunun üçüncü kişilerin zararından dolayı sorumlu olabilmesini iki şekilde mümkün görülmektedir. Bunlardan ilki; bir kamu hukukundan kaynaklanan uyuşmazlığın çözümü dolayısıyla arabuluculuk faaliyetine başvurulmuşsa, arabulucunun taraf olmayan kişileri de korumak yükümlülüğü bulunmaktadır. İkincisi, kendilerinin temsil edilmediği durumlarda arabulucunun sorumluluğu söz konusu olabilir. Boşanma davalarında çocukların menfaatini korumakla yükümlü olması durumudur. Moffitt, 2003, 180.

⁶⁸⁰ Dür, 2017, 339.

⁶⁸¹ Moffitt, 2003, 176.

anlaşma ile sona erdiğinin kabulü gerekir. Dolayısıyla arabuluculuk görüşmelerinin bir anlaşma ile sonuçlanması durumunda, tarafların anlaşmanın bütün koşullarına razı oldukları söylenebilir. Daha sonra arabulucunun, sözleşme dolayısıyla tarafları zarara uğrattığı iddiaasının edilmesi ve oluşan zararın ispatı oldukça zordur. Bu noktada arabulucunun sorumluluğu ancak geriye dönük olarak “arabulucunun yapmış olduğu haksızlıklar olmasaydı anlaşma şartları değişebilir miydi?” sorusunun cevabının ispatıyla mümkün olabilir⁶⁸².

7.2.2.3. Tazminat Davası

Arabulucunun hukuka aykırı ve kusurlu davranışından dolayı zarar gören uyuşmazlığın tarafları ve taraf olmayan üçüncü kişiler Adalet Bakanlığı aleyhine tazminat davası açabilirler. Bu dava idareye karşı ancak adli yargıda açılmalıdır. Kamu görevlilerinin yapmış olduğu faaliyetler “adli bir hizmetin ifasına yönelik görev” olarak nitelendirilebildiği için, görevin ifası dolayısıyla ortaya çıkan zararların tazmini için dava adli yargıda açılmalıdır⁶⁸³. Görevli mahkeme, genel kurallara göre dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığına ve şahıs varlığına ilişkin davalarda Asliye Hukuk mahkemesidir (HMK m. 2/1). Yetkili mahkeme ise, genel yetki kuralına göre davalının ikametgâhı, yani dava Adalet Bakanlığı’na karşı açıldığı için Ankara mahkemeleri (HMK m. 6) veya haksız fiilden doğan davalarda yetki düzenlemesine (HMK m. 16) belirlenecek yerde açılacaktır. Dava zamanaşımı, haksız fiil söz konusu olduğu için zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve herhalde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle sona erer (TBK m. 72/1). Ancak aynı fiilden dolayı ceza kanunlarında daha uzun bir zamanaşımı öngörülmüşse bu zamanaşımı uygulanır. Açılan bu tazminat davası sonucunda devlet arabulucunun kusuru ile sebebiyet verdiği zararı, ödemek zorunda kalırsa zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan arabulucuya rücu edebilir. Devletin açacağı bu rücu davası da adli yargıda görülecektir.

7.2.4. Sözleşmeye Aykırılık

Arabulucu sözleşmesine aykırı olarak hareket edilmesi hali arabulucunun sorumluluğunu doğurmaktadır. Arabulucunun bu sebebe dayanılarak sorumluluğunun kapsamı belirlenirken, sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Arabulucu sözleşmesinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olup, arabulucu ve taraflar arasında kurulan hakem sözleşmesine kıyasen tam iki tarafa borç yükleyen ve sürekli borç doğuran iş görme kapsamında bir sözleşme olduğu düşünüldüğünde, baskın karakterin

⁶⁸² Moffitt, 2003, 179.

⁶⁸³ Konkordato komiseri için bkz: Tanrıver, 1993, 273.

vekâlet sözleşmesi mahiyetinde olduğu ileri sürülmektedir⁶⁸⁴. Kaldı ki, vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde TBK’da düzenlenmemiş iş görme sözleşmelerine de uygulanmaktadır(TBK m. 502/II). Bu noktada tartışılması gereken husus söz konusu vekaletle ilişkin hükümlerin iş görme sözleşmelerine hangi kapsamda uygulanacak olduğudur. Doktrinde ileri sürülen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler iş görme sözleşmelerine de uygulanacak olup, öncelikle başka bir ifadeyle birincil olarak aranması gereken kurallar olarak kabul edilmektedir⁶⁸⁵.

Arabulucunun sözleşmeye aykırılıktan dolayı sorumluluğunun doğması için, arabulucunun sözleşmeden doğan borcunu hiç ifa etmemesi veya kötü ifa etmesi ya da süresinde ifa etmemesi gerekmektedir. Taraflardan birinin arabulucunun sözleşmeye aykırı olarak hareket ettiğini iddia edebilmesi için zımni ya da açık bir ifadeyle arabulucu sözleşmesinde bulunan bir hususun ihlal edildiğini belirtilmesi gerekmektedir⁶⁸⁶. Ancak çoğunlukla, arabulucu sözleşmesinde arabuluculuk faaliyetinin nasıl yerine getireceğine ayrıntılı ve açık olarak değinilmemektedir. Arabulucu sözleşmelerinde genellikle, geniş bir şekilde ilkeler ve faaliyetin amacına yönelik olacak ifadeler yer almaktadır⁶⁸⁷. Örneğin; arabulucunun faaliyetinin “tarafalara yardımcı olma”, “tartışmaların belirli bir organizasyon içerisinde yürütülmesini sağlama”, “tarafaların etkili bir iletişim kurmalarını sağlama”, “uyuşmazlık hakkında bilgi toplama ve analiz etme” ve “alternatifler üretmek, sonuçları keşfetmek” olduğu belirtilmektedir. Ancak bu ifadelerin genişliği ve belirsizliği sözleşmeye aykırılığın ortaya konulması sırasında önemli zorluklara sebep olmaktadır⁶⁸⁸. Kaldı ki, zorunlu arabuluculuk faaliyetinde arabulucu sözleşmesinin genellikle faaliyete başlanmasıyla birlikte zımni olarak düzenlendiği düşünüldüğünde, sözleşmeye aykırılık iddiasının ileri sürülmesi daha büyük zorluklar taşımaktadır. Ortada yazılı bir metin olmadığından hangi davranışın aykırılık teşkil ettiğinin belirtilmesi zor olacaktır. Ayrıca, arabulucu borcunu yerine getirirken tarafsız, bağımsız ve özenli olmalıdır (HUAK m. 9, TBK m. 506). Bazı hususlardan dolayı arabulucunun sorumluluğunun ileri sürülebilmesi için ise, sözleşmede ayrıca düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır. Örneğin; arabulucunun arabuluculuk faaliyetini iyi niyetle yürüteceğine veya makul derecede beceri ve dikkatle hareket edeceğine ilişkin hususlar, sözleşmenin hukuki niteliğinden yola

⁶⁸⁴ Özbek, 2016, 1214; Erdoğan, Erzurumlu, 17; Kekeç, 2014, 152. Demir-Sorumluluk, 115. Ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm, 6.2. başlık.

⁶⁸⁵ Gümüüş, M. A. (2012). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. C.II. İstanbul: Filiz Kitabevi, 124-125.

⁶⁸⁶ Kekeç, 2014, 212; Love, Cooley, 2005, 62.

⁶⁸⁷ Moffitt, 2003, 164.

⁶⁸⁸ Moffitt, 2003, 164.

çıkılarak ileri sürülebilecektir. Nitekim, arabulucu sözleşmesinin kapsamı arabuluculuk faaliyetini düzenleyen mevzuat kapsamında belirlenebilecektir⁶⁸⁹. Bu kapsamda değerlendirilebilecek arabulucunun sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğunu arabulucunun edimini şahsen ve özenle ifa etme, sadakat ve hesap verme yükümlülükleri oluşturmaktadır.

Sözleşmeye aykırılık söz konusu olduğunda özel hukuk hükümleri gereğince arabulucuya karşı tazminat davası açılabilir⁶⁹⁰. Sözleşme vekâlet sözleşmesi mahiyetinde sayıldığından sorumlulukta zamanaşımı beş yıldır (TBK m. 147/5). Arabulucu, kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe, oluşan zarardan sorumlu olacaktır (TBK m. 112, m. 114/I). Dolayısıyla, arabulucu arabuluculuk sözleşmesinden doğan borcunu kasten veya ihmali ile ihlal ediyorsa sorumluluğu söz konusu olacaktır. Ayrıca, arabulucunun sorumluluğuna ilişkin arabulucu sözleşmesinde sorumsuzluk anlaşması yapılamayacaktır⁶⁹¹. Zira TBK m. 115/3'e göre, *“Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”* Arabuluculuk faaliyeti de bu kapsamda değerlendirilebilen, uzmanlık gerektiren bir hizmettir.

⁶⁸⁹ Demir-Sorumluluk, 118.

⁶⁹⁰ Arabulucunun ediminin yapma edimi olmasından dolayı tarafların aynen ifa isteme hakları söz konusu değildir. Ayrıca, sürecin başka bir arabulucu tarafından yürütülmesinin talep edilmesi de arabuluculuk faaliyetinin şahsa sıkı sıkıya bağlı bir görev olduğu düşünüldüğünde arabulucu sözleşmesini sona erdirecektir. Demir-Sorumluluk, 143.

⁶⁹¹ Dür, 2017, 458; Demir-Sorumluluk, 131.



DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ZORUNLU ARABULUCULUK SÜRECİNİN SONA ERMESİ VE BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

1. ZORUNLU ARABULUCULUK SÜRECİNİN SONA ERMESİ

1.1. Genel Olarak

Arabuluculuk faaliyetiyle amaçlanan şüphesiz, uyuşmazlığı tarafların anlaşmasıyla sona erdirmektir. Ancak faaliyetin bu şekilde sonuçlanması her zaman mümkün olmamaktadır. Taraflardan birisi görüşmeleri terk ettiğinde veya taraflar arabuluculuk görüşmeleri sonucunda anlaşma sağlayamadığında da arabuluculuk faaliyeti sona ermektedir. Arabuluculuk faaliyetini sona erdiren haller Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 17. maddesinde belirtilmiştir. Bunlar;

- Tarafların anlaşmaya varması,
- Taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk faaliyeti için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi,
- Taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi,
- Tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi,
- Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığının tespit edilmesidir⁶⁹².

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nde bu hallere ek olarak, taraflardan birinin ölümü ile arabuluculuk faaliyetinin sona ereceği düzenlenmiştir (HUAKY m.21/6). Ancak, arabulucunun arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi sırasında hukuki ve fiili sebeplerle görevini yerine getiremediğinde faaliyetin sona ermeyeceği, tarafların yeni bir arabulucu seçim sürecine girecekleri ifade edilmektedir. (HUAKY m. 21/5). Arabuluculuğa başvurunun zorunlu kılındığı durumlar için, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 12. fıkrasının gerekçesinde dava şartı olarak arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinde özellik arz eden dört halden bahsedilmiştir⁶⁹³. Bunlar;

- Taraflara ulaşamaması,

⁶⁹² 6325 Sayılı Kanununun 17. maddesinin d bendi şu şekilde değiştirilmiştir: “d) Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığının tespit edilmesi.” Bu düzenlemeye göre, uyuşmazlığın, 4/12/2004 Tarihli ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili olduğunun anlaşılması halinde arabuluculuk faaliyeti sona ermeyecek ve arabuluculuk görüşmeleri devam edecektir.

⁶⁹³ İş Mahkemeleri Kanunu Genel Gerekeçe, 16.

- Tarafların geçerli mazeret olmaksızın arabuluculuk görüşmelerine katılmaması,
- Tarafların arabuluculuk görüşmeleri sonunda anlaşmaya varamaması,
- Tarafların uyuşmazlığı anlaşmayla sonuçlandırması şeklindedir.

Arabulucunun arabuluculuk faaliyetinin ne şekilde sonuçlandığına bakılmaksızın ve tarafların anlaşmış veya anlaşamadıkları hususları bir tutanak ile tespit etmesi gerekmektedir (HUAK m. 17/2). Bu tutanak sayesinde arabuluculuk faaliyetinin sona erdiği tespit edilmiş olmaktadır⁶⁹⁴. Arabuluculuk faaliyetinin sona erdiğini belirten bu tutanağın taraflar, arabulucu, kanuni temsilcileri ve avukatları⁶⁹⁵ tarafından imzalanması gerekmektedir (HUAK m.17/2 c.1 ve 2). Arabuluculuk tutanağı arabuluculuk faaliyetinin muhtemel üç sonucuna göre şu şekilde şekillenmektedir⁶⁹⁶;

Görüşmelerin yapıldığı oturumda sonuca varılamamasından dolayı yeni bir oturum yapılmasına karar verilmesi halinde, yeni oturumların zamanı ve yeri tutanakta kararlaştırılır. Görüşmelerin anlaşma yapılarak sonuçlandırılması durumunda tarafların anlaşmış oldukları hususlar tutanakla belirlenir. Görüşmeler sırasında tarafların uyuşmazlığın çözümü için anlaşma sağlayamadığı durumlarda ise taraflarca anlaşılamayan hususlar tutanağa geçirilir. İş Mahkemeleri Kanunu'nda düzenlenen uyuşmazlık türlerinde arabuluculuk faaliyetine başvurulur, anlaşma sağlanamazsa bu durumda düzenlenecek tutanak arabuluculuk faaliyetine başvurulduğunu ispatlayacak bir belge niteliğinde olmaktadır. Zira İMK'nın 3. maddesinin 2. fıkrasında da bu hususa dikkat çekilmiş, tarafların arabuluculuk faaliyeti sonucunda dava açması halinde, tutanağın dava dilekçesine eklenmesi zorunlu kılınmıştır. Aksi halde verilen süre içerisinde de bu belge tamamlanamazsa dava dava şartı yokluğu nedeniyle reddedilir. Çalışmamızın bu kısmında arabuluculuğu sona erdiren bu hallerden dava şartı olarak arabuluculuk uygulaması için önem arz eden hususlar üzerinde durulacak, sona erme halleri bu kapsamda incelenecektir.

1.2. Taraflara Ulaşılamaması

Arabuluculuk faaliyeti taraflardan birinin yetkili arabuluculuk bürosuna başvurmasıyla birlikte başlamaktadır (İMK m. 3/17). Arabuluculuk bürosuna başvuran tarafın, elinde karşı tarafa ait her türlü iletişim bilgisini arabuluculuk bürosuna vermesi gerekmektedir. Başvurulan arabuluculuk bürosu taraflara ilişkin bu bilgi ve belgeleri seçilen arabulucuya bildirmesi üzerine, bu arabulucu tarafları ilk toplantıya davet eder

⁶⁹⁴ Özbek, 2016, 1256; Oğuz, 2016, 56; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 182; Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 23.

⁶⁹⁵ HUAK'ın 17. Maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "vekillerince" ibareleri "kanuni temsilcileri ve avukatları" şeklinde değiştirilmiştir. Böylece, arabuluculuk faaliyetini sonuçlandıran tutanak taraflar, kanuni temsilcileri ve avukatları tarafından imzalanabilecektir.

⁶⁹⁶Oğuz, 2016, 40; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 155; Özbek, 2016, 549.

(İMK m.3/8). Bu noktada, tarafların arabuluculuk görüşmelerinden haberdar edilmesi için gerekli olan asgari iletişim bilgilerini araştırma görevi arabuluculuk bürosuna aittir. Arabulucu, kendisine bildirilen bu bilgiler çerçevesinde tarafları arabuluculuk toplantısına davet etmektedir. Arabulucu kendisine belirtilen bu bilgiler dışında, kendi imkânları ile ek araştırmalar da yapabilir. Ancak tüm bu uğraşlara rağmen, taraflara ulaşılamamış olması durumunda, arabulucunun arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi gerekmektedir⁶⁹⁷.

1.3. Tarafların Geçerli Mazeret Olmaksızın Arabuluculuk Görüşmelerine Katılmaması

Arabuluculuk faaliyetinin başlayabilmesi için öncelikle tarafların arabuluculuk faaliyetinden haberdar edilmesi gerekir. Taraflar haberdar edildiğinde ilk toplantı gününün ve zamanının belirlenmesi şarttır. Toplantı günü belirlenir tarafların da görüşmeye katılacakları ilişkin beyan alınır ancak buna rağmen geçerli bir mazeret göstermeksizin taraflardan biri ilk toplantıya katılmazsa arabuluculuk faaliyeti sona ermektedir. Ancak arabulucunun düzenleyeceği son tutanakta, taraflara ulaşma şekline, toplantının gününe, toplantının yapılması konusunda taraflarla mutabık kalındığına ilişkin belgeleri ortaya koyması gerekmektedir. Çünkü kanun koyucu taraflardan birinin geçerli mazeret göstermeksizin arabuluculuk görüşmelerine katılmamış olmasına ilişkin bir müeyyide getirmiştir⁶⁹⁸. Bu müeyyide taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin arabuluculuk görüşmelerinin ilkinde katılmadığında, yürütülecek yargılama faaliyeti sonucunda lehine hüküm verilmiş olsa bile, yargılama giderlerinin tamamından sorumlu olacağına ilişkindir (İMK m.3/12).

Kanun metninde tarafların “geçerli bir mazeret” bildirmeden arabuluculuk görüşmelerine katılmamasından bahsedilmektedir. Bu noktada hangi mazeretlerin geçerli olacağı, tarafların mazeretlerini ne kadar süre içerisinde ve ne şekilde bildirmesi gerektiği belirtilmemiştir. Kanunun gerekçesinde sadece tarafların ileri sürdüğü mazeretlerin geçerliliğini inceleyecek merciinin ilk etapta arabulucu olduğu belirlenmiştir⁶⁹⁹. Ancak arabulucunun hangi kriterlere göre bu değerlendirmeyi yapacağı konusu belirsizdir. Arabulucunun yapacağı bu değerlendirmenin denetlenebilmesi ancak uyuşmazlık hakkında dava açıldığında mümkün olmaktadır. Mahkeme yapacağı bu değerlendirmeyle ileri sürülen mazeretin geçerliliği konusunda nihai bir karar verecektir. Ancak yargılama sırasında mazeretin geçerli olup olmadığı incelenirken tarafların konuya ilişkin ispat faaliyetine

⁶⁹⁷ İş Mahkemeleri Kanunu Genel Gerekeçe, 16.

⁶⁹⁸ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm, 4.3. başlık.

⁶⁹⁹ İş Mahkemeleri Kanunu Genel Gerekeçe, 16.

girişmesinin gerekip gerekmediği konusu da belirsiz arz etmektedir. Bu inceleme sonunda, arabulucu tarafından geçerli görülmeyen mazeret mahkeme tarafından yerinde görülürse uyuşmazlık arabulucuya tekrar gönderilmeyip, mahkeme tarafından sonuçlandırılır⁷⁰⁰. Ancak İş Mahkemeleri Kanunu'nun gerekçesinde belirtilen bu husus arabuluculuğa başvurunun zorunlu kılınması hususuyla çelişki oluşturmaktadır. Zira amaç uyuşmazlığın dava yerine arabuluculuk faaliyetiyle çözüme kavuşturulması olduğundan bu noktada mahkemenin uyuşmazlığı arabuluculuk faaliyetiyle çözmeleri için taraflara süre vermesi gerekmektedir.

1.4. Tarafların Arabuluculuk Görüşmeleri Sonunda Anlaşmaya Varamaması

Uyuşmazlığın çözümü için tarafların arabuluculuk faaliyetine başvuruya zorlanmış olmaları, arabuluculuk görüşmeleri sonucunda anlaşma yapmaya zorlanmış oldukları anlamına gelmemektedir. Nitekim arabuluculuğa başvurunun zorunlu tutulduğu durumlarda da sürecin sona erdirilmesi tamamen tarafların iradesindedir. Arabuluculuk görüşmeleri sırasında taraflar anlaşma yapmak zorunda değildir. Bu nedenle de arabuluculuk faaliyetinin, tarafların istedikleri zaman, karşı tarafın veya arabulucunun rızasına gerek olmadan sona erdirilmesi mümkündür⁷⁰¹. Zira arabuluculuğun her türlü uyuşmazlığı çözümleyeceğine ilişkin bir kural bulunmamaktadır⁷⁰². Taraflar arabuluculuk görüşmeleri sonunda uyuşmazlığı devam ettirip yargı yoluna başvurabilecekleri gibi, ileride alternatif yollarla da uyuşmazlığı çözmeyi deneyebilirler. Taraflar arabuluculuk görüşmelerinde uzlaşma sağlayamamış olsalar bile, yargılama faaliyeti devam ederken, yargılama sonunda ve hatta temyiz aşamasında bile uzlaşabilirler⁷⁰³. Nitekim süreç sonuçlandırılırken gelecekte gerçekleşebilecek bu ihtimaller düşünülmelidir. Arabulucu tarafların ileride, tekrar görüşebilecekleri ihtimalinden yola çıkarak saygı çerçevesi içerisinde görüşmeleri sona erdirmeye çalışmalıdır. Bu nedenle de arabuluculuk faaliyeti sonucunda uyuşmazlık anlaşma sağlanarak çözümlenemediğinde, arabulucunun birtakım sorumlulukları doğmaktadır.

Arabulucu, tarafların anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları tutanağa geçirmelidir. Bu tutanak, aynı zamanda açılacak davada arabuluculuğa başvurma zorunluluğunun yerine getirildiği hususunda bir ispat vasıtası teşkil etmektedir. Bu husus ayrıca bir takım tali faydalar da sağlar. Arabuluculuk görüşmeleri sonucunda uzlaşma sağlanamamış olsa bile, arabulucu, uzlaşmazlık tutanağı hazırlarken konuyu özetlemeli, tarafların ileri sürdükleri

⁷⁰⁰ İş Mahkemeleri Kanunu Genel Gerekçe, 16.

⁷⁰¹ Özbek, 2010, 137; Kekeç, 2014, 202; Özkes, 2017, 2843.

⁷⁰² Kekeç, 2014 195.

⁷⁰³ Kekeç, 2014 195.

delilleri değerlendirip tarafların anlaşış anlaşamadığı konuları tutanakta belirtmelidir. Böylece gereksiz birçok mesele arabuluculuk görüşmeleri sırasında çözüme kavuşturulmuş olur⁷⁰⁴. Bu şekilde oluşturulan uzlaşmalık tutanağı, mahkemenin arabulucuya ibraz edilmiş olan delillerden haberdar olmasını, hâkimin ön incelemeyi kolayca yapmasını ve uzlaşmazlık tutanağında çözüme kavuşturulmuş olan konular mahkemede tekrar tartışma konusu yapılmamasını sağlar⁷⁰⁵. Böylelikle hâkimler, mevcut dosyaları üzerinde daha fazla vakit harcayabileceğinden uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması daha kısa sürecektir. Bu yöntem sayesinde, maddi ya da şekli başka herhangi bir uyuşmazlığın doğması engellenmiş ve böylece uyuşmazlık temelinden sonlandırılmış olmaktadır.

1.5. Tarafların Anlaşması

1.5.1. Genel Olarak

Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması için tarafları zorlayıcı bir durum söz konusu değildir. Uyuşmazlığın çözümü konusunda ortak bir noktada fikir birliği sağlanmış olduğunda süreç anlaşmayla sona ermiş olur. Anlaşma belgesini hazırlama görevi genellikle arabulucuya ait olmakla birlikte avukatlar tarafından da hazırlanabilir⁷⁰⁶. Ancak anlaşma belgesini avukatların hazırladığı durumlarda, tarafların anlaşmanın ana hatlarının yer aldığı bir taslak hazırlayarak avukata vermesi ve tutanağın hazırlanmasından sonra arabulucunun da bu süreci kontrol etmesi gerekmektedir⁷⁰⁷.

Anlaşma metninin tarafların anlayacağı şekilde açık ve onların iradelerini doğru bir şekilde içermesi gerekmektedir⁷⁰⁸. Örneğin, “adil”, “kabul edilebilir”, “makul bir şekilde” gibi tarafların ileride kendi lehlerine yorumlayabilecekleri belirsiz ifadeler tercih edilmemelidir⁷⁰⁹. Çünkü anlaşma belgesi arabulucunun, avukatların ve tarafların imzalarını içermesi durumunda doğrudan ilâm niteliğinde belge hükmünde sayılmaktadır. Avukatların imzalarının bulunmaması durumunda ise, ilam niteliğinde belge hükmünde sayılabilmesi için mahkemeye başvurup icra edilebilirlik şerhi alınması imkânı bulunmaktadır. Dolayısıyla her iki durumda da anlaşma belgesi ilamlı icraya konu olmaktadır. Bir anlaşmanın ilamlı icraya konu olması için içeriğinin cebri icraya elverişli olması yani konusunun belli bir edimin ifasına yönelik olması gerekmektedir⁷¹⁰. Başka bir ifadeyle

⁷⁰⁴Kuru, 2010, 239; Kekeç, 2014 195.

⁷⁰⁵Kuru, 2010, 239.

⁷⁰⁶ Taşpolat Tuğsavul, 2012, 183; Oğuz, 2016, 57; Dür, 2017, 363.

⁷⁰⁷ Taşpolat Tuğsavul, 2012, 183; Kekeç, 2014, 198;

⁷⁰⁸ Kekeç, 2014 199; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 192; Kuru, 2010, 244; Oğuz, 2016, 56; Akan, 2013, 129; Dür, 2017, 366.

⁷⁰⁹ Taşpolat Tuğsavul, 2012, 183; Kekeç, 2014, 199.

⁷¹⁰ Taşpolat Tuğsavul, 2012, 192; Benzer bir görüş için bkz. Ermenek, 2009, 126. İş. K.’nun 21. maddesinin 5. fıkrasından sonra gelmek üzere bir fıkra eklenerek tarafların anlaşmasının sonuçları şu şekilde

metinde uyuşmazlık konusu üzerinde hukuki tespitler yapılması yerine, tarafların arasındaki uyuşmazlığın çözülmesini sağlayacak bir eda hükmü yer almalıdır⁷¹¹. Bu nedenle, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen anlaşma belgesine HMK'nın 297 inci maddesinde yer alan düzenlemenin kıyasen uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir⁷¹². Dolayısıyla, anlaşma metninde “*anlaşılan konuların neler olduğu ve bununla taraflara yüklenen borç ve hakların sıra numarası altında ve özellikle birer birer, açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi*” gerekmektedir.

1.5.2. Anlaşmanın Hukuki Niteliği

Anlaşmanın yazılı bir belge haline getirilmesi tamamen tarafların isteğine bağlıdır. Ancak ileride doğabilecek sıkıntıları önlemek amacıyla yazılı yapılması gerektiği önerilmektedir⁷¹³. Bu noktada anlaşmanın içeriği, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde düzenlenmektedir⁷¹⁴. Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen anlaşma her iki tarafın karşılıklı irade beyanını içerdiğinden borçlar hukuku anlamında bir sözleşmedir. Bu çerçevede borçlar hukuku anlamında sözleşmelerin geçersizliğine ilişkin ileri sürülebilecek her durum, bu sözleşmede de taraflardan biri aracılığıyla mahkemeye taşınabilir⁷¹⁵.

Anlaşmanın hukuki niteliğinin tespiti yapılırken arabuluculuk faaliyetinin temelinde yatan sulh kurumu ele alınmaktadır⁷¹⁶. Bu nedenle, arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın hukuki niteliği “sulh benzeri bir sözleşme” olarak nitelendirilmektedir⁷¹⁷. Sulh,

düzenlenmiştir: “*Tarafların arabulucu huzurunda işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde, işe başlatma tarihi ile işe başlatılmamanın sonuçları da belirlenir. İşe başlatma tarihi belirlenmemiş ise anlaşma tarihinden itibaren bir ay içinde başvuru şartı aranmaksızın işveren işçiyi işe başlatır. İşe başlatılmamanın sonuçları belirlenmemiş ve işçi işe başlatılmamış ise birinci ve ikinci fıkrada belirtilen tazminatların ödenmesi mahkemeden talep edilebilir. Bu durumda birinci fıkrada düzenlenen tazminat, işçinin altı aylık ücreti tutarından az olamaz. İşçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması halinde ise fesih geçerli hale delir.*”

⁷¹¹ Kekeç, 2014 200; Oğuz, 2016, 58; Kıyak, 2015, 532; Benzer bir görüş için bkz. Ermenek, 2009, 126. Şarta bağlı hüküm verilemez kuralından dolayı, şarta bağlı olarak yapılan anlaşmanın ilam niteliğinde belge sayılamayacağına ilişkin bkz.: Atalay, O. (19-20 Ekim 2007). “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı, Tasarı Üzerine Genel Tartışma ve Değerlendirme”. **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-VI, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanunu Tasarısı**, İzmir: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 286.

⁷¹² Kekeç, 2014 200; Kuru, 2010, 244;

⁷¹³ Pekcanitez, Atalay, Özekes, 2016, 197; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 183-184; Bulur, 2014, 3; Dür, 2017, 363; Her ne kadar borçlar hukuku anlamında sulh sözleşmeleri şekle tabi olmasa da burada anlaşmanın taraflar ve arabulucu tarafından imzalanması gerekliliği arandığı için yazılı şekilde yapılması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 24.

⁷¹⁴ Özbek, 2016, 1259; Kıyak, 2015, 531; Kekeç, 2014, 197; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 185; Oğuz, 2016, 2016, 5757; Demir, 2014, 57; Dür, 2017, 364.

⁷¹⁵ Kekeç, 2014 206; Taşpolat Tuğsavul, 184; Dür, 2017, 364.

⁷¹⁶ Yılmaz-Şerh, 846; Tanrıver-Arabuluculuk, 173; Ildır, 2003, 165; Kuru, 2010, 243; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 184;

⁷¹⁷ Taşpolat Tuğsavul, 2012, 185; Kekeç, 2014, 24; Sulh sözleşmesi olduğu yönünde görüş için bkz. Dür, 2017, 365; Çelikoğlu, C. T. (2014). “6325 Sayılı HUAK'a Göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleri İle İlişkisi”. **Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan**, C.I, Ankara: Yetkin Yayınları, 707; Kıyak, 2015, 529; “Borçlar Hukuku anlamında bir sulh sözleşmesi”

tarafların aralarındaki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlığa karşılıklı fedakârlıkta bulunarak son vermeleridir⁷¹⁸. Bilindiği üzere sulh, mahkeme içinde yapılabileceği gibi, mahkeme dışında da yapılabilir. Arabuluculuk faaliyeti sonucunda yapılan anlaşmanın belirtilen bu türlerden hangisinin niteliğinde olduğunun belirlenebilmesi için arabuluculuğa dava açıldıktan sonra mı yoksa dava açılmadan önce mi başvurulduğuna bakılmalıdır.

1.5.3. Dava Açılmadan Önce Arabuluculuk Yoluna Başvurulması

Taraflar dava açmadan önce arabuluculuğa başvurur ve sürecin sonunda anlaşma sağlanırsa, anlaşmanın hukuki niteliğinin mahkeme dışı sulh olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. İş Mahkemeleri Kanunu'nda belirtilen uyuşmazlık türlerinde dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması zorunludur. Taraflar arabuluculuğa başvurmadan önce dava açtıklarında mahkeme davayı doğrudan dava şartı yokluğu nedeniyle reddetmelidir. Arabuluculuk süre verilerek tamamlanabilecek dava şartı olarak kabul edilmediğinden derdest bir davadan bahsedilemez ve bu kapsamda yapılan anlaşma ancak mahkeme dışı sulh şeklinde olabilir. Mahkeme dışında yapılan sulh anlaşması, kurulması ve etkileri bakımından tamamen maddi hukuk sözleşmesi olduğundan borçlar hukukuna tabidir. Bu nedenle arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşma yapıldığında HMK'da sulhe ilişkin olan 313 ila 315 inci maddeleri bu anlaşma için uygulanmayacaktır. Mahkeme dışı sulh sözleşmesine uygun davranılmadığında taraflardan biri mahkemeye başvurup sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmesini talep edebilir⁷¹⁹. Dolayısıyla arabuluculuk faaliyeti sonunda elde edilen anlaşmaya uygun davranmayan tarafa borçlar hukukunda yer alan sözleşmeye aykırılık hükümleri uygulanmaktadır.

1.5.4. Dava Açıldıktan Sonra Arabuluculuk Yoluna Başvurulması

İş Mahkemeleri Kanunu'nun mevcut düzenlemesi ele alındığında, kanunda belirtilen uyuşmazlık türlerinde arabuluculuğa dava açılmadan önce başvurulması gerekmekte olup, aksi durumda mahkemenin doğrudan davayı, dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddetmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle mahkemenin taraflara dava şartının yerine getirilmesi için kesin süre vermesi mümkün değildir. Bu nedenle, dava şartı olarak arabuluculuk uygulaması incelendiğinde anlaşmanın dava devam ederken yapılması

nitelendirmesi için bkz: Erdoğan, Erzurumlu, 2016,s 24; Mahkeme dışı sulh sözleşmesiyle benzer olduğuna yönelik görüş için bkz. Göksu, 2017, 380; Doktrinde *Kıyak'a* göre, anlaşma belgesinin sulh benzeri sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için, anlaşmanın bu sözleşmenin türüne uygun olarak şekillendirilmesi gerekmektedir. Bkz.: Kıyak, 2015, 532.

⁷¹⁸ Önen, E. (1976). Feregat ve Kabul Kesin Hüküm Teşkil Etmez. *ABD.* 1, 23; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 184.

⁷¹⁹ Taşpolat Tuğsavul, 2012, 185.

mümkün olmamakta, dolayısıyla da mahkeme içi sulhün hükümlerinin uygulanması mümkün olmamaktadır.

Bu noktada daha önce de belirttiğimiz gibi⁷²⁰, usul ekonomisi ilkesi gereğince İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki mevcut düzenleme yerine mahkemenin taraflara dava şartının yerine getirilmesi için süre vermesi ve bu hususun bekletici mesele yapılması arabuluculuğun amacına daha uygun olacaktır. Bu ihtimal bakımından mahkeme, ön inceleme aşamasında dava şartlarını incelediği sırada, tarafların arabuluculuğa başvurmadığını tespit ederse, taraflara süre verip bu hususu bekletici mesele yapmalıdır. Tarafların verilen bu süre içerisinde arabuluculuğa başvurması ve sonucunda anlaşma sağlaması durumunda anlaşmanın hukuki niteliğinin önceden belirlenmesi mümkün olmayıp, tarafların taleplerine göre değişmektedir. Ancak her iki durumda da dava açıldıktan sonra arabuluculuk yöntemine başvurulup anlaşma sağlandığı için yapılan anlaşmanın mahkeme içi sulh niteliğinde olduğu söylenebilir. Mahkeme içi sulh karşılıklı irade beyanıyla kurulan, davayı sona erdiren tam iki tarafa borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesidir⁷²¹. Bu sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin doktrinde görüş birliği bulunmamakla birlikte, mahkeme içi sulhün hem maddi hukuka hem de usul hukukuna ilişkin olduğu ileri sürülmektedir⁷²². Mahkeme içi sulhe usuli nitelik kazandıran hususun görülmekte olan davayı kısmen veya tamamen sona erdirmesi olduğu söylenebilir⁷²³. Mahkeme içi sulh İİK 38. maddesi gereğince ilam niteliğinde belge sayılmakta olup, kesin hüküm gibi sonuç doğurmaktadır (HMK m. 315/1).

Mahkeme içi sulh söz konusu olduğunda taraflar mahkeme huzurunda yaptıkları anlaşmaya göre karar verilmesini isterlerse, mahkeme bu anlaşmaya göre hüküm vermelidir. Bu durumda taraflar uyuşmazlığı tıpkı mahkeme içi sulhte olduğu gibi, kendileri sona erdirmektedir⁷²⁴. Buna karşılık taraflar mahkemeden aralarındaki anlaşma

⁷²⁰ Bu konuda bkz.: Üçüncü bölüm, 5.2.2.1. başlık.

⁷²¹ Ulsan, İ. (1971). "Medeni Hukuk ve Usul Hukukunda Sulh Sözleşmesi". *İÜMHAD*. 10(7), 154; Ildır, 2003 163; Demir, 2014, 148; Akyol Aslan, L. (2014). "Dava Konusu Dışında Kalan Hususların Sulhun Kapsamına Dahil Edilmesi". *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan*. Cilt I. İstanbul: Yetkin Yayınları, İstanbul, 171; Önen, 1976, 27. Sulh, temelde bir sözleşme konumunda bulunduğu için, Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşme serbestisine ilişkin hükümleri çerçevesinde düzenlenmelidir. Tanrıver, 2016, 1023.

⁷²² Tanrıver, 1994, 334; Tanrıver, 1996, 87; Ildır, 2003, 163; Önen, 1976, 27, 37; Demir, 2014, 148; Tanrıver, 1994, 336; Kuru-İstinaf, 553; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 186; Tanrıver, 2016, 1026; Atalı, Pekcanitez Usul, 2036; Sungurtekin Özkan, 2005, 354; Akyol Aslan, 2014, 173; Üstündağ, 2000, 578; Kuru-Usul IV, 3744-3745.

⁷²³ Tanrıver, 1994, 342; Tanrıver, 2016, 1030; Uyuşmazlığı sona erdiren mahkeme kararı yerine geçmekte olduğu görüşü için bkz. Akyol Aslan, 2014, 172; Önen, 1976, 34; Tanrıver-İlam Niteliğinde Belgeler, 86; Yılmaz-Şerh, 1389-1390.

⁷²⁴ Taşpolat Tuğsavul, 2012, 190.

hükümlerine göre karar verilmesini talep etmemişse, mahkeme davanın konusuz kalması nedeniyle hüküm verilmesine yer olmadığına ilişkin bir karar vermelidir (HMK m.315/1).

Sonuç itibari ile yapılan arabuluculuk anlaşması mahkeme içi sulh niteliğinde sayılmaktadır.

1.5.5. Anlaşmanın İcra Edilebilirliği

Arbuluculuk faaliyetinin anlaşmayla sonuçlanması durumunda anlaşma belgesine icrai etki kazandırılması mümkün olup, bu durum, anlaşma metninin uygulanabilirliği ve anlaşmaya rağmen dava açılıp açılmayacağı konularında önem arz etmektedir. Getirilen yeni düzenlemeyle birlikte arabuluculuk faaliyeti sonucunda imzalanan anlaşmanın icrai etkiye sahip olması için yapılması gerekenler anlaşmaya katılanlara göre değişiklik göstermektedir. Bu nedenle bu meselenin iki açıdan ele alınması gerekmektedir. Bunlardan ilki, arabuluculuk sonucunda oluşturulan anlaşma metninin taraflar, avukatları ve arabulucu tarafından imzalanması durumuna ilişkindir. Diğeri ise, tarafların avukatlarının olmadığı arabuluculuk görüşmeleri sonucunda anlaşmanın imzalanmasıdır.

Arbuluculuk faaliyeti sonucunda varılan anlaşmanın icrai etkisine ilişkin yeni bir düzenleme 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinin 4. fıkrasına eklenmiştir. Düzenlemeye göre,

“ Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılacaktır. ”

Arbuluculuk faaliyeti sonucunda varılan anlaşma taraflar, avukatlar ve arabulucunun imzasıyla sonuçlanırsa başka herhangi işleme gerek kalmadan ilam niteliğinde belge sayılmaktadır. Gerekçede de belirtildiği gibi, bu düzenleme getirilirken 19/3/1969 tarihli ve 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun “Uzlaşma Sağlama” başlıklı 35/A maddesi ele alınmıştır. Zira avukatların karşı tarafın avukatıyla ve müvekkilleriyle yürüttükleri uzlaşma faaliyeti sonunda elde edilen anlaşma ile arabuluculuk eşliğinde tarafların avukatlarının katılımı ile elde edilen anlaşmanın birbirinden amaç ve nitelik yönünden bir farkı bulunmamaktadır. Her ikisinde de amaç, uyuşmalığın tarafların karşılıklı fedakârlıkta bulunularak, her iki tarafın da kazandığı bir çözüm sağlayarak sonuçlandırılmasıdır. Arabuluculuk yöntemini uzlaşmadan ayıran en temel özellik, tarafların avukatla temsil edilmesidir. Dolayısıyla tarafların avukatları ile katıldıkları arabuluculuk görüşmeleri ve Av. K. 35/A maddesi kapsamında gerçekleştirilen uzlaşma kurumu birbirine paralel düzenlemeleri içermektedir. Sonucunda elde edilen anlaşmanın hukuki mahiyetinin de benzer sonuçlara tabi olması yerinde bir düzenleme olmaktadır.

Değişiklikten önce tarafın avukatının olduğu görüşmeler sonucunda da anlaşma sağlanması durumunda ancak HUAK'ın 18. maddesindeki prosedür işletilmesiyle anlaşmaya icrai etki kazandırılabilirdi. Ancak artık arabuluculuk faaliyetine tarafların avukatları katılmaz ise bu durumda anlaşma belgesinin icrai etkiye sahip olması için, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. Maddesi işletilecektir. Bu takdirde mahkemeye başvurularak anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh alınması gerekmektedir. Ancak taraflar icra edilebilirlik şerhi almak için mahkemeye başvurup başvurmamak konusunda serbesttir⁷²⁵. Taraflardan biri icra edilebilirlik şerhinin verilmesini diğer tarafın onayı olmadan da talep edebilir⁷²⁶. Mahkeme icra edilebilirlik incelemesini yaparken öncelikle anlaşmanın içeriğinin arabuluculuk faaliyetine ve cebri icraya elverişli olup olmadığını incelemektedir (HUAK m. 18/3, c.3). Aynı maddede ifade edildiği üzere, arabuluculuk anlaşma metnine icra edilebilirlik şerhinin verilmesi çekişmesiz yargı işidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 385. maddesinin 2. fıkrasına göre, çekişmesiz yargı işlerinde re'sen araştırma ilkesi geçerli olduğundan hâkimin belirtilen hususlar dışında anlaşmanın içeriğinin emredici hükümlere veya kamu düzenine aykırı olup olmadığını da inceleyebileceği ileri sürülmektedir⁷²⁷.

İcra edilebilirlik şerhi vermeye yetkili olan mahkeme yeni düzenlemelerle değiştirilmiştir. 6325 sayılı Kanunun 18. maddesinin 2. fıkrasında yer alan dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması halinde, *“asıl uyuşmazlık hakkındaki görev ve yetki kurallarına göre belirlenecek olan mahkemeden”* icra edilebilirlik şerhi talep edilebileceğine ilişkin hüküm değiştirilerek *“arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden”* istenebileceği hükme bağlanmıştır⁷²⁸. Bu nedenle, dava açmadan önce arabuluculuğa başvurulduğunda tarafların anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi alabilmesi için, faaliyeti yürüten arabulucunun bulunduğu yerdeki sulh hukuk

⁷²⁵ Kekeç, 2014 206; MİHDER, 2014, 27; Özbek, 2016, 1259; Bulur, 2014, 2.

⁷²⁶ Oğuz, 2016, 57.

⁷²⁷ Özmumcu, 2016, 380; Namlı, 2016, 164; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 195; Kekeç, 2014, 207; Dür, 2017, 28; Özbek, 2016, 1262; Çelikoğlu, 2014, 708; Dür, 2017, 374; Ancak Namlı'ya göre bu açıdan yapılacak inceleme, işinin emredici hükümlere aykırı olarak anlaşma yapmasına imkân sağlamasına rağmen, anlaşmaya icrai etki kazandırılmayacağını ileri sürmektedir. Namlı, 2016, 164. Sadece kanunda belirtilen sebeplerden ötürü inceleme yapılabileceğine ilişkin görüş için bkz. Odaman, Karaçöp, 2016, 58; Erdoğan, Erzurumlu, 2016, 25; Pekcanitez, Özkes, Atalay, 2016, 680.

⁷²⁸ Kuru, değişiklikten önceki düzenlemeyi yetkili mahkemenin neresi olduğu konusunda belirsizlik oluşturduğu gerekçesiyle eleştirmektedir. Şöyle ki, asıl uyuşmazlık hakkındaki yetki kurallarına göre icra edilebilirlik şerhi verecek mahkemenin belirlenmesinde öncelikle HMK m. 6 uygulanacağından, davalının ikametgâh adresi belirlenecektir. Ancak arabuluculuk faaliyetinde henüz bir davalı ve davacı bulunmamaktadır. Bunun için arabuluculuk faaliyetinin yürütüldüğü yerdeki mahkemeden talep edilmesi uygun olacaktır. Bkz.:Kuru, 2010, 241. HUAK m.18/2 'de yer alan bu düzenlemenin değiştirilme amacı gerekçede, asıl uyuşmazlığın niteliği dolayısıyla yetkili ve görevli mahkemenin belirlenmesi konusunda doğabilecek uyuşmazlıkların önlenmek istenmesi şeklinde belirtilmiştir. İş Mahkemeleri Kanunu Genel Gerekçesi, 26. Benzer yönde bkz.: Özbek, 2016, 1260; Ulukapı/Kıyak, 2015, 1689.

mahkemesinden icra edilebilirlik şerhi verilmesini talep etmesi gerekmektedir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinde yapılan değişiklikle birlikte, mahkemenin icra edilebilirlik verilmesine ilişkin incelemesinin aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar hariç, dosya üzerinden yapılması kural haline getirilmiştir. Anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin inceleme sonucunda mahkeme tarafından verilen kararlara karşı ilgili taraf istinaf kanun yoluna gidebilir (HUAK m.18/3). İstinaf incelemesi tarafların ileri sürdüğü sebepler dâhilinde yapılmaktadır. Dolayısıyla mahkeme uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığına veya anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin istinaf incelemesi yapabilir⁷²⁹. Ancak istinaf kanun yolunda hâkimin hükmün kamu düzenine aykırı olup olmadığını re'sen inceleme yetkisi bulunmaktadır (HMK m. 355). Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen çekişmesiz yargı işleri hakkındaki kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvuru imkânı bulunmamaktadır(HMK m.362/1-ç). Bu nedenle icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebine yönelik mahkemenin vermiş olduğu karara karşı yapılan istinaf incelemesi sonucunda verilen karar kesindir.

Arabuluculuk anlaşmasının düzenlenmesine taraflar, avukatları ve arabulucunun katılması durumunda doğrudan, diğer durumlarda ise, mahkemenin arabuluculuk anlaşmasına icra edilebilirlik şerhi vermesiyle birlikte, anlaşma İİK m. 38'de yer alan ilam niteliğinde belge hükmünde sayılmaktadır. Taraflar bu anlaşma belgesini mahkeme ilamları gibi ilamlı icra takibine koyabilirler(İİK m. 24-41).

Bir belgenin ilam niteliğinde olabilmesi için, kanuni bir düzenlemeye ihtiyaç vardır⁷³⁰. İlam niteliğinde belgelerin bir kısmı İİK m. 38'de düzenlenirken bir kısmı özel kanunlarda düzenlenmektedir. İlamlar ve ilam niteliğinde belgeler sadece icra edilebilirlik açısından aynı hukuki rejime tabi tutulmuştur⁷³¹. Başka bir ifadeyle, kanun koyucu ilam niteliğinde belgeleri gerek işlevsel olarak gerekse de hukuki nitelik açısından ilamlardan farklı hükümlere tabi kılmıştır. Sadece mahkemeler tarafından verilen ilamlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmekte olduğundan ilam niteliğinde belgeler için bu söylenemez. Dolayısıyla arabuluculuk faaliyeti sonunda yapılan anlaşma maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemektedir⁷³². Bu hükmü destekleyen bir diğer husus da, kanunda icra edilebilirlik şerhi verilmesi işleminin çekişmesiz yargı işi olduğuna ilişkin

⁷²⁹ Oğuz, 2016, 59; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 195; Özbek, 2016, 1263.

⁷³⁰ Tanrıver, 1996, 83 vd.

⁷³¹ Özbek, 2016, 1262; AYM, 10.07.2013,94/89; Bulur, 2014, 3; Namlı, 2016, 165; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 192; Önen, 1972, 152; Tanrıver, 1996, 114; Ermenek, 2009, 124.

⁷³² Taşpolat Tuğsavul, 2012, 198; Oğuz, 2016, 58; Özbek, 2016, 1262; Namlı, 2016, 165; Doğan Yenisey, 2016, 191; Özmumcu, 2016, 380;Kekeç, 2014, 207; Uyuşmazlık taraf iradesiyle sonuçlandığında ortada bir mahkeme kararından söz edilemeyeceği için şekli anlamda kesinleşme ve dolayısıyla da maddi anlamda bir kesinleşme söz konusu olamayacaktır. Bkz.: Ermenek, 2009, 134, 136.

düzenlemedir(HUAK m. 18/3). Zira çekişmesiz yargı kararları da maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmezler (HMK m. 388). Mahkeme ilamlarının irade bozukluğu halleri ile iptali istenemezken; kanun yoluna başvurulabilir. İlam niteliğinde belgeler için ise kanun yoluna başvuru imkânı yokken irade bozukluğu halleri ile iptali istenebilir⁷³³. Ancak mahkeme dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurulması için kesin süre verebilir ve bu süreyi davada bekletici mesele yapabilirse, bu durumda arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya ulaşıldığında bunun mahkeme içi sulh gibi sonuç doğurduğu kabul edilebilir. Dolayısıyla her ne kadar kesin hüküm teşkil etmese de kesin hüküm gibi sonuç doğurabilir.

1.5.6. Anlaşmaya Rağmen Dava Açılıp Açılmayacağı Sorunu

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların anlaşma sağlamış olmaları durumunda anlaşma belgesinin taraflar için bağlayıcı olup olmadığının ele alınması gerekmektedir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile yapılan değişiklikten önce Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda anlaşma belgesinin taraflar için bağlayıcı olmadığına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu nedenle doktrinde anlaşma belgesinin bağlayıcı olup olmadığına yönelik birtakım argümanlar geliştirilmiştir. Ancak 6325 sayılı HUAK'ın 18. maddesine 5. fıkra olarak şu hüküm eklenmiştir:

“Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz.”

Bu hükümle birlikte taraflar arabulucu huzurunda anlaşma sağladıklarında, artık anlaşmada yer alan hususlar hakkında dava açılmayacaktır. Tarafların üzerinde anlaştıkları hususlar hakkında dava açılmayacak olması, öncelikle bu hususların anlaşma metninden açıkça anlaşılır olmasını gerektirmektedir. Örneğin⁷³⁴, işçi ve işveren arasında kıdem, ihbar tazminatı ve fazla mesai ücretlerine ilişkin uyuşmazlık olduğunda, arabuluculuk görüşmeleri sonucunda anlaşma metninde bu uyuşmazlıklardan hangilerinin çözümlendiği kalem kalem ve açıkça belirtilmesi oldukça faydalı olur. Aksi halde, dava açılmayacak hususlar üzerinde yeni uyuşmazlıklar doğması muhtemeldir. Söz konusu düzenleme ile ortadan kaldırılmış olan uyuşmazlıkların tekrardan dava konusu yapılarak bir yargılama sürecine girilmemesi ve iyileştirilmiş ilişkilerin bozulmasına sebep olmaması amaçlanmaktadır.

⁷³³ Bulur, 2014, 4; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 198; Ermenek, 2009, 146; Önen,1976, 32; Önen, 1972, 173; Üstündağ, 2000, 417.

⁷³⁴ İş Mahkemeleri Kanunu Genel Gerekçe, 27.

Doktrinde *Özmumcu*'ya göre⁷³⁵, arabuluculuk görüşmeleri sonucunda varılan anlaşma belgesinin sözleşme niteliğinde olduğu düşünüldüğünde doğrudan maddi anlamda kesin hükmün sonuçlarının bu anlaşma için kazandırılması yerinde bir düzenleme olmamıştır. Bu durumda yazara göre, arabulucu hâkim ile eş değerde tutulmuş olmakta ve hatta daha öteye gidilerek anlaşmaya hukuki kontrolden uzaklaştırılarak adeta kesin hüküm niteliği kazandırılmaktadır.

Erdoğan'a⁷³⁶ göre ise, düzenlemeyle, mahkemede verilen hükümler için BAM ve Yargıtay tarafından yürütülecek denetim mekanizmaları öngörülmüşken arabuluculuk görüşmeleri sonucunda varılan anlaşma için böyle bir denetim mekanizması bulunmadığından arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılacak anlaşma metni denetimi dahi yapılamayan bir kesin hüküm olarak kabul edilmektedir. Yazara göre en azından sulh, kabul ve feragatta olduğu anlaşmanın kesin hüküm gibi sonuç doğurması ve sözleşmelerde olduğu gibi irade fesadı hallerinde iptalinin önünün açılması gerekmektedir. Aksi durumda, mevcut düzenleme hak arama özgürlüğü önünde bir engel oluşturur.

Doğan Yenisey'e göre ise⁷³⁷, bilindiği üzere arabuluculuk görüşmeleri sırasında taraflar arasındaki ilişkinin hukuki nitelendirilmesi yapılmadan doğrudan talep edilen alacak üzerinde anlaşma sağlanmaktadır. Getirilen bu kural gereğince de anlaşılan hususlar üzerinde dava açılmaz. Ancak iş hukukunda uyuşmazlık konusu üzerinde yapılacak hukuki nitelendirme birçok alacağı da etkilemektedir. Örneğin, işçinin iş sözleşmesini feshine ilişkin hukuki nitelendirme işsizlik sigortasından yararlanma, kıdem-ihbar tazminatı, rekabet yasağının akıbeti hakkında da etkili olmaktadır. Dolayısıyla feshe ilişkin tarafların arabuluculuk görüşmeleri sırasında anlaşmasının diğer talepler üzerindeki etkisinin ne olacağı belirsizdir.

Getirilen yeni düzenlemenin, arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan anlaşmanın ilam niteliğinde belge olup olmadığına göre değerlendirilmesi gerekmektedir⁷³⁸. Bir uyuşmazlık hakkında dava açılmadan önce arabuluculuk faaliyetine başvurulur ve varılan anlaşmaya icra edilebilirlik şerhi verilirse, aynı uyuşmazlığın tekrar dava edilmesi mümkün değildir. Zira uyuşmazlık için ilam niteliğine haiz bir belge olduğundan açılan davanın hukuki yarar yokluğundan reddedilmesi gerekmektedir⁷³⁹. Hukuki yararın varlığının

⁷³⁵ *Özmumcu*, 2016, 837.

⁷³⁶ *Erdoğan*, *Erzurumlu*, 2016, 53.

⁷³⁷ *Doğan Yenisey*, 2016, 190.

⁷³⁸ Hak arama özgürlüğüne aykırı olup olmadığının değerlendirilmesi için bkz. Üçüncü Bölüm, 5.2. başlık.

⁷³⁹ *Ulukapı*, *Kıyak*, 2015, 1687; *Erdoğan*, *Erzurumlu*, 2016, 25.

kabulü, tarafın o hakka erişmek için mahkeme kararına ihtiyacı olmasını gerektirir⁷⁴⁰. Arabuluculuk faaliyeti sonucunda taraflar arasındaki uyuşmazlık çözüldüğü için tarafın o hakka erişmesinde mahkeme kararına ihtiyaç duyulmamaktadır. Taraf hakkına erişmek istediğinde şartlarını taşıyan anlaşma belgesini doğrudan ilamlı icraya koyabilir. Buna rağmen, dava açılmış ise, mahkemenin karar verilmesine yer olmadığı kararı vermesi gerekir.

Anlaşma belgesi doğrudan ilam niteliğinde belge olmadığında borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olarak kabul edilir. Taraflar dilerse sözleşmeye uygun davranabilir, dilerse sözleşmeye aykırı davranarak yeni bir uyuşmazlık ortaya çıkarabilir. Taraflar sözleşmeye uygun davranmadığında sözleşmeye aykırılıktan dolayı dava açılması mümkündür. Açılacak bu davada tarafların arabuluculuk faaliyeti sırasında vardıkları anlaşma delil olarak kullanılabilir⁷⁴¹. Sözleşme adi şekilde yapılmış ise, kesin delil veya şartları varsa İİK m. 68 anlamında bir belge olur; şayet noter tarafından düzenleme veya onaylama şeklinde yapılmış ise İİK m.38 anlamında ilam niteliğinde belge olduğu kabul edilir⁷⁴².

2. DAVA ŞARTI OLARAK ZORUNLU ARABULUCULUĞUN BENZER MÜESSESELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

2.1. Genel Olarak

Hukukumuzda arabuluculuk yöntemine benzer olarak uyuşmazlıkların yargılama dışında alternatif yollarla çözümünün esas alındığı bazı kurumlar bulunmaktadır. Bunlar; 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesinde düzenlenen avukatın uzlaşma sağlama yetkisi, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda davaya son veren taraf işlemleri başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenmiş olan sulh ve son olarak da 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun on birinci kısmında düzenlenmiş olan iç tahkim kurumudur.

Çalışmamızın bu bölümünde bu kurumlar ile İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde düzenlenmiş olan “dava şartı olarak arabuluculuk” karşılaştırılmaya çalışılacaktır.

⁷⁴⁰ Kuru-İstinaf, 197; Budak, Karaaslan, 2017, 147; Tanrıver, 2016, 455; Pekcanitez, Atalay, Özekes, 2016, 248; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 283; Erdönmez-Pekcanitez Usul, 947; Kuru, B. (1964). “Dava Şartları”. *Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 136; Karlı, 2012, 463. Kişinin dava açarak ulaşmak istediği hakka başka bir yolla ulaşması mümkün ise, hukuki yararının olmadığına ilişkin bkz. Hanağası, 2009, 268.

⁷⁴¹ Kıyak, 2015, 540; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 190; Oğuz, 2016, 57; Bulur-Değerlendirme, 3.

⁷⁴² Taşpolat Tuğsavul, 2012, 190; Oğuz, 2016, 57; Bulur-Değerlendirme, 3.

2.2. AV. K. 35/A Maddesinde Düzenlenen Uzlaştırma Kurumu ile Kaşlaştırılması

2.2.1. Kavramsal Olarak Uzlaşma

Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesinde geçen avukatın uzlaşma sağlama yetkisinin daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan uzlaşma kurumu kavramının ele alınması gerekir. Uzlaşma kavramının sözlük anlamı *“karşıtlar arasındaki anlaşmazlıkların ortadan kaldırılması yoluyla birlik sağlamaktır”*⁷⁴³. Hukuki anlamda uzlaşma kavramının ise özellikle arabuluculuk faaliyetiyle benzer özelliklerinden dolayı yeknesak bir kullanımı bulunmamaktadır⁷⁴⁴. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak uzlaşma *“tarafsız ve bağımsız olan bir üçüncü kişinin, uyuşmazlığın taraflarına olayın özelliklerine göre belirlenecek çözüm önerileri sunarak, bunları görüşmelerini ve bu önerilerden biri veya birkaçı üzerinde anlaşmaya varmalarını hedefleyen bir yöntemdir.”* şeklinde tanımlanabilir⁷⁴⁵.

Doktrinde çoğunluk görüş, Avukatlık Kanunu 35/A maddesinde düzenlenen avukatın “uzlaşma sağlama yetkisinin” hukuki niteliğinin uzlaşma olmadığı yönündedir⁷⁴⁶. Bu noktada, uzlaştırmacının Avukatlık Kanunu m. 35/A anlamında bir uzlaşma sağlama yetkisinin olmadığı kabul edilmektedir. Avukatlık Kanunu m. 35/A çerçevesinde uzlaşma sağlama yetkisi tarafların avukatlarına tanınmış bir yetkidir ve uzlaşma sağlanması halinde usulüne göre tutulan tutanak, İcra ve İflas Kanunu'nun 38. madde bağlamında ilâm niteliğinde belgedir.

Avukatlık Kanunu 35/A maddesinde düzenlenen uzlaşma sağlama yetkisinin hukuki mahiyeti itibariyle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden “müzakere” usulü ile örtüştüğü ileri sürülmektedir⁷⁴⁷. Müzakere doktrinde *“iki veya daha fazla kişinin aralarındaki uyuşmazlıkları konuşarak çözmelerini teşvik eden bir yöntem”* olarak

⁷⁴³ www.tdk.gov.tr, 12.10.2017.

⁷⁴⁴ Ildır, 2003, 141; Özbay-Uzlaştırma, 390; Kekeç, 2014 25; Yıldırım, 2007, 341-342; Demir, 2014, 20; Sarısözen, 2010, 89 Taşpolat Tuğsavul, 2012, 29; Dür, 2017, 34. Bu kurumlar arasındaki farklar için bkz: Tanrıver-Arabuluculuk, 167; Sarısözen, 2010, 89; Demir, 2014, 21; Özbay-Uzlaştırma, 390-392; Taşpolat Tuğsavul, 2017, 29-31; Dür, 2017, 33-46.

⁷⁴⁵ Demir, 2014, 20; Benzer tanımlamalar için bkz.: Sarısözen, 2010, 88; Özbay, 2006, 464; Özbay-Uzlaştırma, 390; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 29; Karanlı, 2012, 898; Dür, 2017, 33; Odaman, Karaçöp, 2016, 55.

⁷⁴⁶ Demir, 2014, 20; Özbay-Uzlaştırma, 397; Sarısözen, 2010, 101; Özbek, 2016, 1025; Yılmaz, 2004, 847; Pekcanitez, Atalay, Özekes, 2016, 41; Tanrıver-Alternatif, 173; Ersen Perçin, 2011, 193. Ildır, 2003, 143-144. Arabuluculuğun uzlaştırma sürecinin bir parçası olduğu yönündeki görüş için bkz. Özbek-Tedbirler, 237; benzer yönde bkz.: Yıldırım, 2007, 342; Özbay-Uzlaştırma, 392; Her ne kadar birbirini yerine kullanılsalar da işlevsel olarak farklı olduklarına ilişkin bkz. Tanrıver-Arabuluculuk, 165-167; Ildır, 2003, 141.

⁷⁴⁷ Ildır, 2003, 141; Ersen Perçin, 2011, 193; Özbek, 2001, 113 vd.

tanımlanmaktadır⁷⁴⁸. Bu çerçevede taraflar bazen vekilleriyle birlikte, bazen de vekilleri olmadan anca üçüncü bir kişi eşil etmeden bir araya gelmek suretiyle görüşmelerde bulunarak uyuşmazlığı sonlandırmaktadır⁷⁴⁹. Bu noktada müzakere görüşmelerinin tarafların avukatları ile beraber yürütülmesi ve tarafsız bir üçüncü kişinin olmaması dolayısıyla Av. K. m. 35/A'da düzenlenen avukatın uzlaşma sağlama yetkisinin müzakere yöntemiyle benzerlik taşıdığı söylenebilir.

2.2.2. Zorunlu Arabuluculuk Kurumu İle İlişkisi

2.2.2.1. Düzenlemelerin amacı

Avukatlık Kanunu 35/A maddesiyle avukatlara uzlaşma sağlama yetkisinin verilmiş olmasının öncelikli amacı, mahkemelerdeki iş yükünü azaltmaktır. Avukatların bu yetkiyi kullanmasıyla birlikte uyuşmazlıklar dava açılmadan önce çözülmekte, bu sayede mahkemelerde gereksiz yere dava açılmasının önüne geçilmiş olmaktadır⁷⁵⁰. Zira mahkemelerdeki iş yükünün azaltılması yürütmenin ve yargının olduğu kadar avukatların da sorumluluğundadır⁷⁵¹. Avukatın görevi, yalnızca müvekkillerinin davasını açmak ve onları açılan davalarda temsil etmek olmayıp, avukatlar müvekkillerine uyuşmazlıklarının çözümünde tavsiyelerde de bulunabilirler⁷⁵². Hatta mahkemelerdeki iş yükü problemi düşünüldüğünde avukatlar önlerine gelen hukuki uyuşmazlıkların çözümü için dava açmayı son aşamada düşünmelidirler. İş Mahkemeleri Kanunu'nda düzenlenen dava şartı olarak arabuluculuk kurumu da benzer amaçlarla getirilmiştir. İş mahkemelerindeki iş yükünün ortadan kaldırılması için dava sayısının azaltılması ve bu sayede daha verimli adalet dağıtımını gerçekleştirmenin en etkili yolunun alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğu düşünülmektedir⁷⁵³. Bu düzenleme gereği, iş uyuşmazlıkları daha kısa sürede ve daha az masrafla çözümlenecektir.

Avukatlara uzlaşma sağlama yetkisi verilmesindeki diğer bir amaç ise uyuşmazlıkların alternatif yollarla çözümünün yaygınlaştırılmasıdır. Böylece alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında avukatlar daha etkin bir işleve sahip olmaktadır⁷⁵⁴. Ancak

⁷⁴⁸ Moore, 2016, 1; Benzer tanımlar için bkz. Sarısözen, 2010, 74; Tanrıver-Arabuluculuk, 160; Özbek, 2016, 1025; Özbay, 2006, 471; Özkes, 2017, 2810; Dür, 2017, 33; Ersen Perçin, 2011, 181.

⁷⁴⁹ Sarısözen, 2010, 101; Özbek, 2016, 1025.

⁷⁵⁰ Avukatlık Kanunu madde gerekçeleri, TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 21, Cilt 62, Yasama Yılı: 3, Sayısı 413, 419; benzer yönde bkz.: Sungurtekin Özkan, 2005, 363; Özbay-Uzlaştırma, 399.

⁷⁵¹ Demir, 2014, 82; Sarısözen, 2010, 210; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 70; Ildır, 2003, 142; Özbay-Uzlaştırma, 396.

⁷⁵² Özfirat, S., Özensoy, N., Akman, N. (2005). "Avukat Birliği Avukatlık Meslek Etik Kuralları". *ABD*. 2, 75; benzer yönde görüş için bkz. Sarısözen, 2010, 100; Özbek, 2016, 1010; Sungurtekin Özkan, 2005, 361.

⁷⁵³ Bu konuda bkz. Üçüncü Bölüm, 1.2. başlık.

⁷⁵⁴ Demir, 2014, 85; benzer yönde görüş için bkz. Özbek, 2016, 1026; Sarısözen, 2010, 211; Ildır, 140; Sungurtekin Özkan, 2005, 360

zamanla uzlaşma sağlama yetkisinin kullanılmasında avukatların istekli olmadığına anlaşılması üzerine⁷⁵⁵, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kullanımının yaygınlaştırılması için bir takım düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeden biri de İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilen arabuluculuğa başvurunun zorunlu kılınmasıdır. Zira bu noktada tarafların dava açmak istemesi durumunda arabuluculuk yöntemini denemek zorunda olmaları, avukatları da bu yolu denemek zorunda bırakmaktadır. Böylece avukatların isteksizliği ile oluşan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin gelişmesinin önündeki engel kaldırılmaktadır.

2.2.2.2. Yöntemlerin Uygulanabileceği Uyuşmazlık Türleri Açısından

Avukatlık Kanunu 35/A maddesinde yer alan düzenlemeye göre “*tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla*” uyuşmazlıklar uzlaşma sağlama yöntemiyle çözüme kavuşturulabilir. Tarafların uzlaşma yöntemine başvurabilmesi için uyuşmazlığın serbestçe tasarruf edilebilen bir konu olması gerekmektedir⁷⁵⁶. Görüldüğü üzere, uzlaşma yöntemiyle uyuşmazlığın çözülebileceği uyuşmazlık türleri; HUAK’ta yer alan arabuluculuk kurumu için öngörölmüş olan genel kurala paralel olarak düzenlemiştir. Bu nedenle tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlık türleri belirlenirken, uyuşmazlığın kamu düzeniyle ilişkili olup olmadığı ve dava konusu üzerinde tarafların sulh olup olamayacağı incelemesi yapılmaktadır. Bu noktada arabuluculuk yöntemi için kabul ettiğimiz genel kurallar çerçevesinde belirtmiş olduğumuz uyuşmazlık türleri⁷⁵⁷ için Av. K.’da düzenlenmiş olan uzlaşma sağlama uygulanabilir.

2.2.2.3. Başvurunun Niteliği Açısından

Başvurunun niteliği açısından arabuluculuk kurumu ile Av. K. m. 35/A çerçevesinde yapılacak bir karşılaştırmada, başvurunun gönüllülük esasına dayanıp dayanmadığı da oldukça önemlidir. Avukatın uzlaşma sağlama yetkisini kullanılabilmesi tamamen tarafların iradesinde olup, avukatın ancak “*müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşma sağlamaya davet..*” etme yetkisi bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle avukatlar müvekkillerinden talimat almadan uzlaşma sağlama yetkilerini kullanamazlar⁷⁵⁸. Avukatın

⁷⁵⁵ 24.08.2008 tarihinde Ankara Barosu Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Merkezi tarafından düzenlenen Avukatlık Kanunu m. 35/A’da düzenlenen Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi konulu panele tüm Ankara Barosu avukatlarından sadece otuz avukat katılmıştır. Demir, Ş. (2008). “Yeni Bir Meslek Arabuluculuk”. Terazi Aylık Hukuk Dergisi. 21, 144.

⁷⁵⁶ Sarısözen, 2010, 215; Demir, 2014, 85; Özbek, 2016, 1040; Yılmaz, 2004, 850; Pekcanitez, Özkes, Atalay, 2016, 539; Özbay-Uzlaştırma, 403; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 74; Bulur-Uzlaştırma, 212; Ildır, 2003, 140; Sungurtekin Özkan, 2005, 362.

⁷⁵⁷ bkz. İkinci Bölüm, 2.1. Başlık.

⁷⁵⁸ Demir-Uzlaştırma, 98; Sarısözen, 2010, 214; Özbek, 2016, 1028.

uzlaşma sağlama yetkisinin tarafların iradesine bağlı olarak kullanılmakta olması kurumun gelişmesinin önünde bir takım engellere neden olmaktadır. Tarafların karşı taraftan gelecek olan uzlaşma sağlama teklifini bir zayıflık göstergesi olarak algılaması ve sistem hakkında yeterince bilgiye sahip olmamasından dolayı sürece başvuruda isteksiz davranması bu engellerden bazılarıdır. Bu sorunlar başlangıçta taraflardan kaynaklanmış olsa da, avukatla temsil edilen durumlarda avukatın tarafları aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi, uzlaşma sağlama yetkisi kullanma isteksizliği ve dava açma alışkanlıkları dolayısıyla uzlaşma sağlama yetkisinin gelişimi engellenmiştir. Zira getirilen bu düzenleme günümüze değin, avukatlar tarafından etkin bir şekilde kullanılmamış ve hatta arabuluculuk kurumunun düzenlenmesine gerekçe olarak gösterilmiştir⁷⁵⁹. Arabuluculuk yönteminin de tarafların ihtiyarına bırakılmış olması sistemin aynı sorunlarla mücadele etmesine yol açmıştır. Bu nedenle uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözülmesi hususunda taraflara bir alışkanlık kazandırmak amacıyla arabuluculuğa başvuru zorunluluğu kabul edilmiştir. Bu çerçevede, Av. K. m. 35/A'dan farklı olarak, İş Mahkemeleri Kanunu'nda arabuluculuğa başvuru bakımından gönüllülük unsurundan vazgeçildiği açıkça ortadadır.

2.2.2.4. Sisteme başvurulacak zaman bakımından

Uzlaşma sağlama yetkisinde taraflar arasında uzlaşmanın sağlanabilmesi belirli bir zaman dilimiyle sınırlı tutulmuştur. Uzlaşma sağlama yetkisi eğer dava açılmamış veya dava açılmış olup henüz duruşma başlamamış olması halinde kullanılan bir yetkidir⁷⁶⁰. Belirtilen bu zaman diliminde uzlaşma görüşmelerinin yapılması değil, uzlaşma çağrısının yapılmış olması aranmaktadır⁷⁶¹. Uzlaşma sağlama yetkisinin kullanılmasının bu şekilde bir zaman dilimiyle sınırlı olarak belirlenmesi kurumun tercih edilmesi ve kullanılması açısından olumsuz etkilere yol açmaktadır. Kanun koyucunun “duruşma başlayana kadar uzlaştın, uzlaştın; uzlaşmazsan kararı mahkeme verir” demesi uzlaşma kültürünün de eksik olduğu toplumumuzda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin genel yapısıyla çelişkili bir durum oluşturmaktadır⁷⁶². Önemli olan tarafların uzlaştırılması olduğu için, avukatın

⁷⁵⁹ Demir-Uzlaştırma, 62.

⁷⁶⁰ Kanunda belirtilen “duruşma başlamadan önce” ifadesinde belirsizlik doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bazı yazarlara göre, duruşmaların başlamasını “tahkikata tabi davalarda tahkikat, tahkikata tabi olmayan davalarda sözlü yargılama için mahkemece oturum gününün belirlenmesi ancak bu oturum yapılmasından önce” olarak anlaşılması gerekmektedir. Bkz.: Özbay-Uzlaştırma, 407; Özbek, 2016, 1027. Ancak bazı yazarlara göre ise, “tahkikat aşamasında belirlenecek olan ilk duruşmaya kadar” şeklinde anlaşılmalıdır. Bkz.: Yılmaz, 2004, 848; Demir, 2014, 89; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 72; Bulur-Uzlaştırma, 209.

⁷⁶¹ Sarısözen, 2010, 207; Yılmaz, 2004, 848; Taşpolat Tuğsavul, 72.

⁷⁶² Sarısözen, 2010, 207; Yılmaz, 2004, 848; Uzlaştırmanın amacı uyuşmazlığın yargıya intikalinden önce çözüme kavuşturulması olduğu için, bu düzenlemenin uzlaşmanın mahiyetine uygun olduğu, mahkeme aşamasında yapılan anlaşmanın ise mahkeme içi sulh oluşturduğu ileri sürülmektedir. Bkz.: Özbay-Uzlaştırma, 406.

uzlaşma sağlama yetkisini her zaman kullanabilmesine olanak verilmesi kanun koyucunun amacına daha uygun olmaktadır.

Arabuluculuk faaliyetinin dava açılmadan önce hangi zaman diliminde uygulanacağına dair herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Dava açıldıktan sonra ve hatta karar verilinceye kadar, arabuluculuk yöntemine başvurulmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Eğer taraflar hakim karar verdikten sonra fakat hüküm kesinleşmeden arabuluculuk yöntemine başvurmak isterlerse, bu ancak mahkeme içi sulh olarak yapılabilir⁷⁶³. Dolayısıyla arabuluculuk faaliyetinin uygulanabileceği zaman aralığı oldukça geniştir. Ancak arabuluculuk kurumunun bazı uyuşmazlık türleri için dava şartı olarak düzenlenmiş olduğu durumlarda arabuluculuk, dava açılmadan önce işletilmesi gereken bir yöntem olmaktadır. Belirtilen bu zaman diliminde arabuluculuk yöntemine başvurulmamış olması, davanın görülmesine engel teşkil etmektedir. Taraflar dava açmadan önce arabuluculuk faaliyetini denemiş ancak anlaşma sağlayamamış ise yargılamanın devam eden safhalarında arabuluculuk faaliyetini tekrar denemelerinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

2.2.2.5. Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Sürelere Etkisi Bakımından

Arabuluculuğa başvurma zorunluluğu bulunan durumlarda taraflardan birinin arabuluculuk bürosuna başvurusundan, son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süreler işlemez (İMK m.3/17). Uzlaşma sağlama yetkisine başvurulmuş olmasının ise zamanaşımı ve hak düşürücü sürelere herhangi bir etkisi bulunmamaktadır⁷⁶⁴. Uyuşmazlığa konu talebin zamanaşımına uğramasına veya hak düşürücü sürelerin geçmesine çok az bir zaman kalmış ise, tarafların Av. K. m. 35/A çerçevesinde uzlaşma yoluna başvurma konusundaki çekingenliklerini doğal karşılamak gerekir. Zira bu ihtimalde tarafların talep haklarının korunması konusundaki hukuki öngörülebilirlik riske girmiş olmaktadır⁷⁶⁵. Buna karşılık HUAK'ta ve buna paralel olarak İMK'da arabuluculuk sürecine başvurulmasıyla tarafların dava açma hakları engellenmemekte ve bu hakkı korumak amacıyla zamanaşımı ve hakdüşürücü sürelerin işlemeyeceği belirtilmiştir.

2.2.2.6. Sistemi Yönetecek Kişilerin Taşınması Gereken Nitelikler Bakımından

Uzlaştırma süreci, tarafların uyuşmazlığın çözümü için kendilerini yargılama aşamasında temsil ettirmek istedikleri avukatları tarafından yürütülmektedir. Uzlaşma

⁷⁶³ Demir, 2014, 54.

⁷⁶⁴ Demir, 2014, 350; Sarisözen, 2010, 103,104; Özbek, 2016, 1045; Bulur-Uzlaştırma, 214.

⁷⁶⁵ Demir, 2014, 252; Sarisözen, 2010, 104; Özbek, 2016, 1046; Sungurtekin Özkan, 2005, 258.

sağlama yetkisi, sadece avukatların yapabileceği işler arasındadır⁷⁶⁶. Avukatın bu yöntemde tarafsız üçüncü kişi konumunda olup olmadığı yönünde tartışmalar mevcuttur. Ancak uzlaşma sağlama yetkisinin kullanılmasında avukatın müvekkili ile arasındaki vekâlet ilişkisi dolayısıyla tarafsız bir üçüncü kişi konumunda olmadığı kabul edilmesi gerekir⁷⁶⁷. Zira avukatın asli görevi, müvekkilinin haklarını savunmaktır. Dava şartı olarak arabuluculuk kurumunda ise arabulucu, taraflar ve vekilleri dışında arabuluculuk siciline kayıtlı olan tarafsız ve bağımsız üçüncü bir kişidir. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 20. maddesinde düzenlendiği üzere, bir kişinin arabuluculuk siciline kayıtlı olabilmesi için, Türk vatandaşı olması, tam ehliyetli olması, kasten işlenmiş bir suçtan mahkûm olmaması ve mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip, hukuk fakültesi mezunu olması gerekir. Ayrıca bu şartları taşıyan kişilerin arabuluculuk eğitimini tamamlayıp, Bakanlıkça düzenlenen yazılı sınavda başarılı olması şarttır. Bir avukatın arabuluculuk faaliyetinde bulunabilmesi için, arabuluculuk eğitimi alması gerekli görülmüşken, benzer bir faaliyetin yürütüldüğü uzlaşma sağlama yetkisini kullanacak olan avukatların staj eğitimlerinde dahi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin eğitimlerine çok az yer verilmektedir. Bu durum uzlaşma sağlama yetkisinin etkili kullanımını önünde bir engel oluşturmaktadır.

2.2.2.7. Arabulucu ve Uzlaştırıcının Hak ve Yükümlülükleri Bakımından

Arabulucunun arabuluculuk faaliyetini bizzat yerine getirme zorunluluğu bulunmaktadır (HUAİK m.9/1). Zira burada güvenilen tarafsız üçüncü kişinin varlığından söz edilmektedir. Ancak uzlaşma sağlama faaliyetini yürüten avukat, vekâletnamesindeki tevkil yetkisi dolayısıyla başka bir avukatı yetkilendirebilir⁷⁶⁸. Yürütülen bu faaliyetler dolayısıyla her iki uyuşmazlık çözüm yolu için de ücret ve masraf isteme hakkı

⁷⁶⁶ Demir, 2014, 62; Sarısözen, 2010, 133; Özbek, 2016, 1014; Yılmaz, 2004, 848; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 75; Özbay-Uzlaştırma, 405; Bulur-Uzlaştırma, 227; Sungurtekin Özkan, 2005, 358. Avukat olmayan kişilerin bir uyuşmazlığı sulh yoluyla çözümlenmesi mümkündür, ancak bu durum Av. K. m. 33/A kapsamında yer alan avukatın uzlaşma sağlama yetkisi olarak ele alınamaz ve sonucunda varılan anlaşma ilam niteliğinde belge hükmünde olmaz. Bkz. Sungurtekin Özkan, 2005, 358; Yılmaz-Uzlaştırma, 358.

⁷⁶⁷ Dür, 2017, 80; Ersen Perçin, 2011, 193; Aksi yönde bkz: Özbay-Uzlaştırma, 408; Bulur-Uzlaştırma, 216; Ildır, 2003, 140-141; Özbek, 2001, 129; Sungurtekin Özkan, 2005, 361; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 70-71; Buna karşılık, avukatın uzlaşma sağlama yetkisini bir taraf olarak değil, üçüncü kişi olarak kullandığı yönünde görüş için bkz. Taşpolat Tuğsavul, 2012, 70. Ayrıca, avukatın uzlaşma sağlama yetkisinde uyuşmazlığın ileride devlet yargısı ile çözümünde elde edilebilecek muhtemel sonucu öngörebilmesi sebebiyle, tarafsız ön değerlendirici ya da vakia saptayıcısı niteliğinde olduğu da ileri sürülmektedir. Bkz.: Özbay-Uzlaştırma, 397. Tarafsız üçüncü kişinin rolü uyuşmazlığın yapısına, özelliklerine, türüne göre değişeceği için, her durumun kendi içerisinde incelenmesi gerektiği ancak her halükarda arabuluculuk ve uzlaştırma şeklinde bir ayırımı yapılmasının gereksiz olduğu yönündeki görüş için bkz. Kekeç, 2014, 26. Arabulucu ve uzlaştırıcı ile karşılaştırıldığında tarafsızlıkları konusunda uyumlu olmamalla birlikte, tartışma çıktıktan ve uyuşmazlık dava aşamasına geldiğinde uzlaşma sağlama yetkisi kullanılamaz. Bkz.: Sungurtekin Özkan, 2005, 364; Ildır, 2003, 89.

⁷⁶⁸ Demir, 2014, 56; Sarısözen, 2010, 172.

bulunmaktadır. Arabuluculuk faaliyeti için bu ücret arabulucu sözleşmesinde arabulucunun yürüttüğü arabuluculuk sözleşmesinin karşılığını oluşturmaktadır. İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 13 ve 14. fıkralarında da düzenlendiği gibi arabuluculuk faaliyetinin anlaşmayla sonuçlanmasına gerek olmadan hükmedilmektedir. Ancak uzlaşma sağlama yetkisinde avukatın ücrete hak kazanabilmesi için AAÜT m. 16'ya göre, uzlaşmanın sağlanmış olması gerekmektedir⁷⁶⁹. Avukatların salt manevi duygularla bu yola yönelmeleri beklenemeyeceğinden bu husus, uzlaşma sağlama yetkisinin tercih edilmesi önünde bir engel oluşturmaktadır. Ancak ücrete hak kazandıkları durumda da arabulucuların ücretleri için söz konusu olmayan avukatlık ücreti için hapis hakkı (AV. K. m.39, 166), rüçhan hakkı (Av. K. m.166) ve tarafların müteselsil sorumluluğuna (Av. K. m.166) ilişkin hükümlere tabi olmaktadır⁷⁷⁰.

Uzlaştırma faaliyetinde avukatlar, müvekkillerine uyuşmazlığın çözümü konusunda çeşitli önerilerde bulunabilirler⁷⁷¹. Ancak İş Mahkemeleri Kanunu'nda yapılan değişiklikten önce arabuluculuk ve uzlaştırma kurumlarını birbirinden ayıran temel özellik, arabuluculuk faaliyeti sırasında çözüm önerisinde bulunamamasıdır. Ancak 6325 sayılı Kanun'un 15/7 maddesi ile getirilen yeni düzenleme gereği, artık taraflar uyuşmazlığın çözümü konusunda çıkmaza girdiklerinde arabulucuya çözüm önerisinde bulunma hakkı verilmiştir. Ancak her iki yöntemde de ileri sürülen çözümü tarafların benimseme zorunluluğu bulunmamaktadır. **2.2.2.8. Faaliyetin Süresi Bakımından**

Uzlaşma müzakerelerinin ne kadar süre devam edeceğine ilişkin Avukatlık Kanunu'nda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Her bir olayın özelliğine ve tarafların uyuşmazlığın çözümü konusundaki görüşlerine göre uzlaşma müzakerelerinin süresi değişmekte olup; müzakereler taraflar arasında uzlaşma sağlanana kadar veya uzlaşma sağlanamayacağına anlaşılmasına kadar devam etmektedir⁷⁷².

Dava şartı olarak arabuluculuk yönteminde ise, görüşmelerin süresi üç haftadır. Ancak "zorunlu hallerde" bir haftalık ek sürenin arabulucu tarafından verilebileceği düzenlenmiştir (İMİK m.3/10). Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde sürecin ne kadar süre devam edeceğinin bilinmesi, anlaşmanın sağlanamadığı durumlarda dava açma yolunu deneyecek taraf açısından hukuki öngörülebilirlik sağlayacaktır. Benzer bir düzenlemenin uzlaşma sağlama faaliyetinde bulunmaması, sürece başvurunun

⁷⁶⁹ Sarısözen, 2010, 176; Demir, 2014, 56.

⁷⁷⁰ Sarısözen, 2010, 176; Demir, 2014, 56.

⁷⁷¹ Sarısözen, 2010, 144; Özbek, 2016, 1025; Yılmaz, 2004, 852; Özbay-Uzlaştırma, 407; Bulur-Uzlaştırma, 216; Ildır, 2003, 141; Sungurtekin Özkan, 2005, 360. Aksi görüş için bkz. Taşpolat Tuğsavul, 2012, 70.

⁷⁷² Yılmaz, 2004, 853.

zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerle etkisi de olmadığından tarafların hak kaybına yol açabilecektir. **2.2.2.9.Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği Bakımından**

Uzlaşma sağlama faaliyeti sonucunda varılan anlaşma da bulunması gerekenler Avukatlık Kanunu 35/A maddesinde belirtilmiştir. Bunlar; uzlaşmanın konusu, yeri, tarihi, karşılıklı yerine getirilecek hususlar ve avukatlar ile müvekkillerinin imzalarıdır. Kanun koyucunun uzlaşma tutanağı için öngördüğü şekil, geçerlilik şeklidir. Başka bir ifadeyle uzlaşma tutanağı yazılı şekilde yapılmadığı sürece geçerli değildir⁷⁷³. Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 17. maddesinde ise, burada belirtilenlerin yanında ek bazı şartların olması gerektiği düzenlenmiştir. Dolayısıyla alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmelerinde var olan şekil serbestisi uzlaşma faaliyeti sonucunda imzalanan anlaşma için geçerli değildir.

Her iki düzenlemede de belirtilen unsurları taşıyan uzlaşma tutanağının hukuki niteliğinin ilâm niteliğinde belge hükmünde olduğu kabul edilmiştir⁷⁷⁴. Dolayısıyla taraflardan birisi uzlaşma tutanağında yer alan edimlerin yerine getirilememesi halinde başkaca bir işleme gerek olmadan ilamlı icraya başvurabilecektir. Uzlaşma tutanaklarının ilamlı icraya konu olabilmesi için içeriğinin cebri icraya elverişli olarak düzenlenmiş olması; yani eda hükmü içermesi gerekir⁷⁷⁵. Uzlaşma tutanakları sadece icra edilebilirlik açısından ilâmlarla aynı hukuki rejime tabi tutulmuştur. Dolayısıyla uzlaştırma tutanağı, mahkeme ilâmları için söz konusu olan kesin hüküm vasfını kazanamaz⁷⁷⁶. Bu nedenle borçlar hukuku anlamında sözleşme niteliğinde olan uzlaştırma tutanağının irade sakatlığı halleriyle iptali istenebilecektir⁷⁷⁷.

Dava şartı olarak arabuluculuk yönteminde ise, taraflar arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan anlaşmanın şeklini belirleme konusunda serbesttir (HUAK m. 18/1). Ancak ispat kolaylığı açısından uyuşmanın yazılı bir anlaşmaya dökülmesinde fayda vardır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın hukuki niteliği açısından ikili bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Şöyle ki, eğer anlaşma belgesi tarafların ve arabulucunun katıldığı arabuluculuk faaliyeti sonunda hazırlanmış ve kişilerce imzalanmışsa, anlaşma tutanağının özel hukuk anlamında bir sözleşmeden farkı bulunmamaktadır. Taraflar bu sözleşmede yazılı hükümleri yerine getirmez ise, sözleşmeye aykırılıktan dava açılabilir. Taraflar bu sözleşmenin ilâm niteliğinde belge olmasını istiyorlarsa, mahkemeden icra edilebilirlik

⁷⁷³ Sarısözen, 2010, 220; Özbek, 2016, 1037; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 77; Özbay-Uzlaştırma, 410.

⁷⁷⁴ Ildır, 2003, 142; Sungurtekin Özkan, 2005, 360; Her iki tarafın ve avukatların imzaları varsa ancak ilam niteliğinde belge olup, aksi takdirde mahkeme dışı sulh niteliğinde olacağına ilişkin bkz. Özbay-Uzlaştırma, 397.

⁷⁷⁵ Özbek, 2016, 1030; Sarısözen, 2010, 228-230; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 78; Özbay-Uzlaştırma, 413.

⁷⁷⁶ Özbay-Uzlaştırma, 412.

⁷⁷⁷ Özbay-Uzlaştırma, 412

şerhi almaları gerekmektedir (HUAK m.18). Diğer bir ayırım 6325 Sayılı Kanunu'nun 18. maddesinin 4. fıkrasında belirtilmiştir. Şöyle ki, taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın doğrudan ilam niteliğinde belge sayılmaktadır. Avukatların karşı tarafın avukatıyla ve müvekkilleriyle yürüttükleri uzlaşma faaliyeti sonunda elde edilen anlaşma ile arabuluculu eşliğinde tarafların avukatlarının katılımı ile elde edilen anlaşmanın birbirinden amaç ve nitelik yönünden farkı bulunmamaktadır.

2.2.2.10. Avukatla Temsil Zorunluluğu Bakımından

Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesine göre, avukatla temsil zorunluluğunun süreç boyunca geçerli olduğu yönündeki azınlık görüşe karşı; doktrinde baskın olan görüş, avukatla temsil zorunluluğunun uzlaşma tutanağının düzenlenmesi aşamasında geçerli olduğu, sürecin tamamında ise geçerli olmadığı yönündedir⁷⁷⁸. Arabuluculuk faaliyeti sonunda imzalanan anlaşma için avukatla temsil zorunluluğu bulunmamaktadır. Zira böyle bir durumda yapılan anlaşmanın icrası için mahkemeye başvurularak icra edilebilirlik şerhi alınması gerekir. Ancak İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilen yeni düzenlemede arabuluculuk faaliyeti sonunda imzalanan anlaşmanın herhangi bir işleme gerek kalmadan ilam niteliğinde olması isteniyorsa anlaşmanın avukatlar, taraflar ve arabulucu tarafından imzalanması şarttır. Dolayısıyla bu düzenleme gereği anlaşma tutanağının herhangi bir işleme gerek olmadan ilam niteliğinde belge olması isteniyorsa, burada da tutanağın düzenlenmesi bakımından avukatla temsil zorunluluğunun olduğu söylenebilir.

2.3. Tahkim Kurumu ile Karşılaştırılması

2.3.1. Genel Olarak

Tahkim, ulusal tahkim ve uluslararası tahkim olmak üzere ikiye ayrılır. Ulusal tahkim, o ulusun hukuksal düzenlemeleri içerisinde bulunan ve uygulama alanı o ulusun yetki çevresi içerisinde olan tahkim türüne denilmektedir⁷⁷⁹. Ulusal tahkim kurumu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 407 ila 444. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Uluslararası tahkim ise "*uluslararası ticari ilişkilerle ve uluslararası hukuk düzenlemeleri*

⁷⁷⁸İldır, 2003, 139; Dür, 2017, 78. Ancak Özbay'a göre taraflar görüşmelerin yalnızca avukatların veya yalnızca müvekkillerin katılımıyla gerçekleşeceğini kararlaştırabilirler. Bkz.: Özbay-Uzlaştırma, 408. Başka bir görüşe göre ise, davayı bizzat yürüten tarafı avukat tutmaya zorlamak mümkün olmadığından avukatla temsil zorunluluğunun olmadığı kabul edilmektedir. Bkz.: Yılmaz, 2004, 851; Diğer bir görüşe göre de uzlaştırma faaliyeti sonucunda imzalanan anlaşmanın ilam niteliğinde olabilmesi için her iki tarafın vekillerinin ve müvekkillerinin uzlaşmada yer alması gerekmektedir. Bkz.: Özbek, 2016, 1039; benzer yönde bkz. Atalı, Pekcanitez Usul, 2039; Ersen Perçin, 2011, 193.

⁷⁷⁹ Karadaş, İ. (2013). *6100 Sayılı HMK'da Düzenlenen Ulusal(İç) Tahkim*. Ankara: Adalet Yayınevi, 35; Dost, (2006). *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi*, Ankara: Adalet Yayınevi, 7;

ile ilgili ve yabancılık unsurunun bulunduğu” tahkim türüdür⁷⁸⁰. Uluslararası tahkime ilişkin hükümler 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda düzenlenmiştir. Uluslararası tahkim müessesesi çalışmamızın kapsamı dışında kalacağından çalışmamızın bundan sonraki bölümünde tahkim deyiminden iç tahkim anlaşılmalıdır.

Kanuni düzenlemeler incelendiğinde tahkime ilişkin herhangi bir tanıma rastlanmamıştır. Doktrinde ise, en geniş anlamıyla tahkim, “*kanunun men etmediği konularda taraflar arasında doğmuş ve doğacak anlaşmazlıkların bir akit veya kanun hükmü uyarınca devlet yargısına başvurulmadan taraflarca, tarafların seçtiği üçüncü şahıslarca veya mercilerce tayin edilmiş bulunan kimseler aracılığıyla çözümlenmesidir*⁷⁸¹” şeklinde tanımlanmıştır.

Tahkim yargılamasında da devlet yargılamasında olduğu gibi, uyuşmazlığın çözümlenmesi için bir yargılama faaliyeti yürütülmektedir. Tarafların uyuşmazlığın çözümü için hakem yargılamasına başvurmaları durumunda hakeme o uyuşmazlığın çözümü konusunda yetki verilmiş olmaktadır. Tahkim yargılamasında hakemin görevi, taraflar arasındaki uyuşmazlığı hukuk kural veya kaidelerine uygun olarak ve tarafların hukuki durumlarına göre sona erdirmektir⁷⁸². Bu nedenle hakemlerin de o uyuşmazlığın çözümü için bir mahkeme oluşturduğu düşünüldüğünden hakemlere, hakem mahkemesi de denilmektedir⁷⁸³. Tahkimin alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olup olmadığı yönünde doktrinde tartışmalar mevcuttur. Tahkimi alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içerisinde sayan görüşe göre, tahkim yargı yolu olmadığı gibi, hakemler de yargı organı değildir⁷⁸⁴. Tahkim yargılamasında amaç, arabuluculuk faaliyetinde olduğu gibi uyuşmazlıkların hızlı bir şekilde çözüme kavuşturulması ve mahkemelerdeki iş yükünün

⁷⁸⁰ Karadaş, 2013, 36. Uluslararası tahkim konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kalpsüz, T. Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.

⁷⁸¹ Yeğengil, 1974, 94; benzer yönde tanımlar için bkz. Koral, R. (1947). “Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim”. *İÜHF*, 13(1), 193; Postacıoğlu, Altay, 2015, 1026; Kuru-İstinaf, 928; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 762,763; Alangoya, 1973, 4; İldır, 2003, 57; Demir, 2014, 15; Pekcanitez, Yeşilirmak-Pekcanitez Usul, 2593; Yıldırım, 2007, 340; Kekeç, 2014, 21; Karşlı, 2012, 905; Yılmaz-Şerh, 1669; Pekcanitez, Atalay, Özekes, 2016, 647; Dür, 2017, 47; Odaman, Karaçöp, 2016, 56; İldır, 2006, 14; Bulur, 2007, 32; Tanrıver-Arabuluculuk, 171; Yılmaz-Tahkim, 1175; Ermenek, İ. (2015). Hakem Yargılamasında Bağlantılı Davalar. Pekcanitez’e Armağan. Cilt II. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası, 1125, (Ermenek-Bağlantılı Davalar).

⁷⁸² Koral, R. (1947). “İç Hukukumuzda Tahkim”. *İHF*. 3, 1042, (Koral-Tahkim); benzer yönde bkz: Ermenek-Bağlantılı Davalar, 1226.

⁷⁸³ Kuru-İstinaf, 928; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 762,763; Alangoya, 1973, 2.

⁷⁸⁴ Demir, 2014, 15-16; Biçkin, 2006, 34-35; Şahin Ceylan, 2009, 303; Yılmaz, 2004, 845; Tahkim yargılamasında uyuşmazlık çözümlenmekte ancak verilen kararın yargısal bir yönü olmadığına ilişkin bkz. Karşlı, 2012, 906. Buna karşılık tahkimin istisnai bir yargısal yolu olduğu ve hakemlerin de yargı organı olduğu görüşü için bkz. Tanrıver, 2016, 451; benzer yönde görüş için bkz. Üstündağ, 2000, 933 vd. Dür, 2017, 48; Taşkın, 2005, 4; Tanrıver-Alternatif, 171; Pekcanitez-Alternatif, 15; Odaman, Karaçöp, 2016, 56; Tahkimin istisnai bir çözüm yolu olmayıp, sadece uyuşmazlıkların çözüm yolu olduğu görüşü için bkz. Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usul, 259; Benzer yönde bkz.: Karadaş, 2013, 39.

azaltılmasıdır. Tahkim müessesine başvurulmasının devlet yargılamasına oranla bazı olumlu yanları bulunmaktadır. Bunlar; uyuşmazlığın daha hızlı, daha az masrafla, gizli bir şekilde, o alanda uzman olan kişiler tarafından çözümlenmesidir⁷⁸⁵. Aynı şekilde dava şartı olarak arabuluculuk faaliyeti için de bu olumlu yönlerin olduğu söylenebilir. Ancak tahkim arabuluculuk faaliyetine oranla daha pahalı bir yöntemdir. HMK'nın 408 nci maddesinde yer alan düzenlemeye göre, “*taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.*” Tarafların tahkim yöntemine başvurabilmesi için tıpkı arabuluculuk yönteminde olduğu gibi, uyuşmazlığın kabul veya sulh yolu ile serbestçe tasarruf edilebilen bir konuya ilişkin olması gerekmektedir⁷⁸⁶. Buna karşılık, bizim de katıldığımız diğer bir görüş, tahkim yoluna başvuru, beraberinde birtakım sorunlar getirdiğinden; alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının tahkim yargılamasına da alternatif teşkil ettiğini kabul etmektedir⁷⁸⁷. Ayrıca, tahkim yoluna her ne kadar taraflar gönüllü olarak başvurmuş olsalar da, sürecin devamında bu yolda da mahkeme yargılamasına benzer şekilde, uyuşmazlığı sona erdirici mahiyette ve bağlayıcı bir karar verilmektedir⁷⁸⁸.

Tarafların anlaşarak uyuşmazlığın çözümünü tahkim yargılamasına bırakmaları tarafların dava hakkından feragat ettikleri anlamına gelmez. Tahkim sözleşmesi yapmakla taraflar her ne kadar yargılama yetkisini ortadan kaldırmış olsalar da, bu husus mutlak bir nitelik taşımaz⁷⁸⁹. Zira taraflar tahkim sözleşmesine rağmen devlet yargılamasına başvurduklarında tahkim sözleşmesinin varlığı bir ilk itiraz teşkil edecek ve taraflardan birisi bunu süresi içerisinde ileri sürmez ise, mahkeme o uyuşmazlığın çözümünde mutlak yetkili hale gelecektir.

⁷⁸⁵ Alangoya, 1973, 16-19; benzer şekilde; Sarısözen, 2010, 126, 127; Ildır, 2003, 58; Demir, 2014, 15, 16; Taşkın, 2005, 9-11; Kekeç, 2014, 8; Pekcanitez, Atalay, Özekes, 2016, 649; Pekcanitez, Yeşilirmak-Pekcanitez Usul, 2602-2604; Dür, 2017, 47; Karadaş, 2013, 21; Yılmaz-Şerh, 1669; Akıncı-Milletlararası Tahkim, 3; Ermenek-Davaların Birleştirilme ve Ayrılması, 286; Alangoya-Direnme Kararı, 6; Arslan,Tanrıver, 214; Yılmaz-Tahkim, 1178; Ermenek-Bağlantılı Davalar, 1225.

⁷⁸⁶ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 766; Kuru-İstinaf, 934; Sarısözen, 2010, 126; Karadaş, 2013, 75. Pekcanitez, Yeşilirmak-Pekcanitez Usul, 2632. Tahkime elverişlilik hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Deren Yıldırım, N. (2007). “Tahkim ve Objektif Açından Tahkime Elverişlilik”. *Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan*. İstanbul: Alkım Yayınevi, Alangoya, 1973, 83-88; Koral-Tahkim, 1045-1046; Üstündağ, 2000, 941-947; Karslı, 2012, 907;

⁷⁸⁷ Şanlı, 1996, 372-373; Ildır, 2003, 27; Kekeç, 2014 21.

⁷⁸⁸ Ildır, 2003, 27; Kekeç, 2014 22; Pekcanitez-Alternatif, 15; Özekes, 2006, 22; Tanrıver-Arabuluculuk, 153; Özbay-Uzlaştırma, 392; Postacıoğlu, Altay, 2015, 1061; Pekcanitez, Yeşilirmak-Pekcanitez Usul, 259; Yeğengil, 1974, 322 vd. Özbay- Hakem Kararlarının Tenfizi, 69; Karadaş, 2013, 46; Sarısözen, 6; Emenek-Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, 287; Arslan, Tanrıver, 218.

⁷⁸⁹ Tanrıver, 2016, 451; Pekcanitez, Yeşilirmak-Pekcanitez Usul, 2664.

2.3.2. Zorunlu Arabuluculuk ile İlişkisi

2.3.2.1. Başvurunun Niteliği Açısından

Hukukumuzda ihtiyari ve zorunlu olmak üzere iki türlü tahkim söz konusudur. Uyuşmazlığın çözümü için tahkime başvurulmasının zorunlu tutulduğu durumlarda zorunlu, başvurunun tarafların isteğine bağlı olması durumunda ise ihtiyari tahkimden söz edilir. İhtiyari tahkimde, uyuşmazlığın çözümlenmesi için normal olan, devlet yargılamasına başvurmak olsa da, taraflar isterlerse uyuşmazlığı seçecekleri hakem veya hakemlere de götürebilirler⁷⁹⁰. İhtiyari tahkimde, tahkime başvurma isteği bir sözleşmeye dayandırılmaktadır. Bu sözleşmeye “tahkim sözleşmesi” denilmektedir⁷⁹¹. Tahkim sözleşmesi, “*tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamının veya bir kısmının çözümünün hakeme veya hakem kurulana bırakılması için yaptıkları anlaşmadır*”(HMK m. 412). Dolayısıyla hakeme başvurulması tamamen tarafların iradesiyle kararlaştırılmasına bağlıdır. Ancak zorunlu tahkimde⁷⁹², taraflar kanunda belirtilen uyuşmazlıkların çözümlenmesi için devlet yargılamasına başvuramayacak, kanunla gösterilen hakemlere başvurmak zorunda kalacaklardır⁷⁹³. Yani, kanunda belirtilen uyuşmazlık türlerinden birisi söz konusu olduğunda uyuşmazlık hakem yargılamasıyla çözüme kavuşturulmak zorunda olup, tarafların devlet yargısına başvurma hakları ortadan kalkmaktadır.

İhtiyari tahkim ve dava şartı olarak arabuluculuk yöntemleri başvurunun niteliği açısından karşılaştırıldığında, temelde gönüllülük ilkesinin uygulanıp uygulanmadığı hususunda birbirlerinden ayrıldığı söylenebilir. Zira dava şartı olarak arabuluculukta taraflar uyuşmazlığın çözümü için dava açmak istediklerinde öncelikle arabuluculuk yöntemine başvurmak zorunda bırakılmaktadır. Ancak ihtiyari tahkimde, uyuşmazlığın çözümü için devlet yargılaması yerine hakeme başvurulması tamamen tarafların iradesindedir. Taraflar dilerse tahkim sözleşmesi yaparak uyuşmazlığın çözümü için,

⁷⁹⁰ Kuru-İstinaf, 928; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 763; Karadaş, 2013, 35; Tanrıver-Arabuluculuk, 19; Taşkın, 2005, 4; Pekcanitez, Yeşilirmak-Pekcanitez Usul, 2613.

⁷⁹¹ Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliği doktrinde tartışılmakta olup, karma nitelikte olduğu yönünde görüş birliği bulunmaktadır. Tartışmalar için bkz. Ildır, 2003, 58; Üstündağ, 2000, 935; Pekcanitez, Yeşilirmak-Pekcanitez Usul, 2598, 2599; Pekcanitez-Tahkim, 1397-1399; Yılmaz-Tahkim, 189;

⁷⁹² Hukukumuzda zorunlu tahkime örnek olarak; Umumi, Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Hususi idarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yolu ile Halli Hakkında Kanun, Menkul Kıymetler Borsaları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 13/II, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmeleri Kanunu kanunda yer alan Toplu iş uyuşmazlıklarından mecburi tahkim, m. 49-vd., 3039 sayılı Çeltik Kanunu m. 14, Noterlik Kanunu m. 49/IV. 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, m. 6.

⁷⁹³ Postacıoğlu-Altay, 1035; Kuru-İstinaf, 929; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 763; Karadaş, 2013, 35; Alangoya, 1973, 3; Taşkın, 2005, 5; Ildır, 2003, 155; Pekcanitez, Atalay, Özkes, 2016, 651; Pekcanitez, Yeşilirmak-Pekcanitez Usul, 2613.

hakeme başvurmayı kararlaştırmakta, dilerse de devlet yargılamasıyla uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaktadır. Zorunlu tahkim ve dava şartı olarak arabuluculuk müessesesi işaret ettiğimiz hususlar çerçevesinde karşılaştırıldığında ise her ikisinin de başvuru zorunluluğuna dayandığı söylenebilir. Zorunlu tahkim yoluna gidilmeden dava açılması durumunda davanın reddedilmesi gerekmektedir⁷⁹⁴. İki kurum arasındaki temel fark; dava şartı olarak arabuluculuk yönteminde tarafların, sürece devam etmeyerek arabuluculuk faaliyetini sona erdirip devlet yargılamasına başvurma hakları bulunurken, zorunlu tahkimde taraflar sürece bir kez başvurduklarında hakem, uyuşmazlığı çözümleyici bir karar vermek zorundadır.

2.3.2.2. Başvuru Yapılmamasının Sonuçları Bakımından

İhtiyari tahkimde, tarafların tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen uyuşmazlığın çözümü için devlet yargılamasına başvurması durumunda, mahkemenin kendiliğinde tahkim sözleşmesini gözetme yetkisi bulunmamaktadır. Bu durumda, davalı tarafın, tahkim sözleşmesinin gözetilebilmesi için, tahkim ilk itirazında bulunması gerekmektedir (HMK m. 116/1-b). Davalının bu itirazı, diğer ilk itirazlarıyla birlikte cevap süresi içerisinde cevap dilekçesinde ileri sürmesi gerekir (HMK m. 117/1). Aksi halde, yapılan itiraz dinlenmeyecek ve mahkeme davayı görmeye devam edecektir. İlk itirazlar ön sorun yapıp, ön inceleme aşamasında karara bağlanır (HMK m. 117/3, 138). Davalı, cevap süresi içerisinde tahkim ilk itirazında bulunursa ve tahkim sözleşmesi hükümsüz, etkisiz ve uygulanması imkânsız değilse mahkeme tahkim itirazını kabul ederek davayı usulden reddetmelidir (HMK m. 413/1).

Dava şartı olarak arabuluculuk faaliyetinde ise kanunda belirtilen uyuşmazlık türlerinde dava açılmadan önce arabuluculuk faaliyetine başvurulması zorunlu olup bu husus, özel bir dava şartı teşkil etmektedir. Dolayısıyla arabuluculuk faaliyetine başvurulmadan dava açılması durumunda mahkeme arabuluculuğa başvurulmadığını yargılamanın her aşamasında dikkate alabilir. Mahkemenin dışında taraflar da bu hususu yargılamanın her aşamasında kendiliğinden ileri sürebilir. Arabuluculuğa başvurulmadan dava açıldığının tespiti halinde dava usulden reddedilmelidir.

2.3.2.3. Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Sürelere Etkisi Bakımından

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime ilişkin hükümlerinde hakeme başvurulmasının zamanaşımı ve hak düşürücü sürelere etkisi düzenlenmemiştir. Ancak Borçlar Kanunu'nun 154. maddesinde, zamanaşımı süresini kesen durumlar arasında

⁷⁹⁴ İldır, 2003, 157.

alacaklının borçluya karşı hakeme başvurusu hali yer almaktadır. Başka bir ifadeyle alacaklının uyuşmazlık hakkında hakeme başvurusu durumunda, uyuşmazlık konusu hakka veya alacağa ilişkin zamanaşımı süresi kesilmiş olacaktır. Dava şartı olarak arabuluculuğun zamanaşımı ve hak düşürücü süreler etkisi İş Mahkemeleri Kanunu'nda açıkça düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı duracak ve hak düşürücü süreler işlemeyecektir (İMK m. 3/17). Görüldüğü üzere, iki kurumun zamanaşımı sürelerine etkisi birbirinden farklıdır. Dava şartı olarak arabuluculuk yöntemine başvurulması zamanaşımı sürelerini durdurmakta iken tahkime başvurulması zamanaşımını kesmektedir.

2.3.2.4. Faaliyetin Süresi Bakımından

Tahkim yargılamasının ne kadar süre devam edeceği HMK'nın 427. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, *“ taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, bir hakemin görev yapacağı davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemin görev yapacağı davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde, hakem veya hakem kurulunca esas hakkında karar verilir”*. Bu düzenlemenin getirilme amacı, yargılamaların makul süre içerisinde tamamlanamaması sorununun önüne geçmektir. HMK'nın 427. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen bir yıllık süre tahkim yargılaması için belirtilen kanuni süre olup, aynı hükmün 2. fıkrasında bu sürenin taraflarca uzatılabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca aynı hükümde tarafların sürenin uzatılması konusunda anlaşamamaları ihtimaline yönelik olarak, taraflardan birinin başvurusu durumunda sürenin mahkemece de uzatılabileceği hüküm altına alınmıştır. Sürenin ne kadar süre daha uzatılabileceğine ilişkin kanunda herhangi bir düzenleme de bulunmamaktadır. Tahkim süresinin sona ermesinin hukuki sonucu ise, tahkim şartının ortadan kalkması ve hakemlerin o uyuşmazlığın çözümü için yetkisiz hale gelmesidir⁷⁹⁵.

Dava şartı olarak arabuluculuk yönteminde de, görüşmeler için belli bir süre öngörülmüştür. Süreç için belirtilen asli süre üç haftadır. Ancak “zorunlu hallerde” bir haftalık ek sürenin arabulucu tarafından verilebileceği düzenlenmiştir. Arabuluculuk faaliyetinin süresinin uzatılma hakkının sadece arabulucuya verilmiş olması doktrinde eleştirilmektedir. Zira arabuluculuk faaliyetinde gelinen aşamaya ve ortaya çıkan hukuki ve fiili duruma göre süre uzatımına ihtiyaç duyulup duyulmadığını, en iyi uyuşmazlığın tarafları takdir edecektir. Tahkimde buna benzer bir görüşten dolayı sürenin uzatılması

⁷⁹⁵ Karadağ, 2013, 197; Tahkim süresi sona erdiğinde yapılan iş batıl olur ve o uyuşmazlık artık devlet mahkemelerinde çözümlenebilir. Bkz. Üstündağ, 2000, 960; Verilen kararın iptal edileceğine ilişkin bkz. Pekcanitez, Yeşilirmak-Pekcanitez Usul, 2710.

hakemlerin takdirine bırakılmamıştır. Başka bir ifadeyle, hakemler tahkim yargılamasında kendileri süreyi uzatamayacakları gibi, sürenin uzatılması için mahkemeye de başvuramayacaktır. Ayrıca, dava şartı olarak arabuluculuk yönteminde belirtilen sürenin geçmesinden sonra tarafların uyuşmazlığın çözümü için anlaşmaları durumu ve bunun sonuçlarından bahsedilmemektedir. Ancak arabuluculuk faaliyetinde amaç, tarafların anlaşarak uyuşmazlığı çözümlenmeleri olduğu için, uyuşmazlığı ortadan kaldıran bir anlaşmanın batıl sayılması durumu söz konusu olmaz.

2.3.2.5. Süreci Yöneten Kişilerin Özellikleri ve Seçimi Usulleri

Tahkim yargılamasında iki tarafın arasındaki uyuşmazlığı çözümlenme görevini alan kişiye hakem denilmektedir⁷⁹⁶. Hakemlerin taşınması gereken özelliklerin açıkça düzenlendiği bir hüküm HMK'da bulunmamaktadır⁷⁹⁷. Bu nedenle hakemlerin öncelikle medeni haklardan yararlanabilme yetkisine sahip olması gerekir⁷⁹⁸. Ayrıca, kanunda hakemlere ilişkin bazı hükümlerden (HMK m. 416/2) hakemlerin tarafsız ve bağımsız olması gerektiği bu nedenle de ancak üçüncü kişilerin⁷⁹⁹ hakem olarak seçilebileceği anlaşılmaktadır.

Taraflar hakemi, belirtilen şartlara uygun olarak serbestçe belirleyebilirler. Hakem sayısı tek sayıda olmak şartıyla taraflarca belirlenebilir, aksi takdirde üç olarak belirlenmiş sayılır (HMK m. 415). Hakemlerin seçimi usulü taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, tek hakemin seçileceği durumlarda taraflar anlaşamazlar ise, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından seçilir (HMK m. 416/1-b).

Hakem sayısının üç olması durumunda ise, taraflar birer hakem belirleyecek ve seçilen hakemler de üçüncü hakemi belirleyecektir. Eğer taraflardan biri hakem seçme işlemini zamanında yerine getirmese veya hakemler üçüncü hakemi belirleyemez ise taraflardan birinin başvurusu üzerine belirlenemeyen hakem mahkemece seçilir (HMK m. 416/I-c). Üçten fazla hakem seçilecek ise, son hakemi yukarıda belirtilen usule göre seçecek olan hakemler taraflarca eşit sayıda belirlenir (HMK m. 416/I-ç). Seçilen

⁷⁹⁶ Koral-Tahkim, 1056; Kuru-İstinaf, 928; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2017, 788; Pekcanitez, Yeşilirmak-Pekcanitez Usul, 2594.

⁷⁹⁷ Bu husus doktrinde şu şekilde eleştirilmektedir. “Akit serbestliği kamu düzeni ile sınırlıdır. Hakemin vereceği karar, neticeleri bakımından kamu hukukunu ilgilendirir. Hakem kararlarının tenfizine karar verecek olan hakim, kararın kamu düzenini ihlal edip etmediğini incelemek zorundadır. Çünkü adalet tevziinin temel prensiplerinin korunması, kamu düzenini ilgilendirir. Hakem ehliyetine ilişkin asgari şartlar tayin edilmemiş olursa hakem kararının kazai murakabesi hakkında vaaz olunan hükümlerden gözetilen gaye ve maksadın gerçekleşmesi imkansız olmasa bile güçleşir” Yeğensil, 1976, 204.

⁷⁹⁸ Koral-Tahkim, 1057; Karadaş, 2013, 102; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 769; Taşkın, 2005, 61.

⁷⁹⁹ Taraflar ve vekilleri hakem olamazken, avukatlar ve noterler hakemlik yapabilirler (Av. K. m.12/D, Noterlik K. m. 50/I). Hakimler ve savcılar da hakem olamazlar. Bkz. 13.05.1964 Tarihli ve 01/03 sayılı İBK, RG 8.07.1964, sa. 11748, 6.

hakemlerin görevin ifasını kabul zorunluluğu bulunmamaktadır. Hakem sözleşmesinin⁸⁰⁰ hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Hakem sözleşmesinin borçlar hukuku sözleşmesi olduğunu ve vekâlet veya hizmet sözleşmesi⁸⁰¹ niteliğinde olduğunu ileri sürenlerin yanı sıra, usul hukukuna yönelik sonuçlarının da olduğunu bu nedenle kendine özgü bir sözleşme olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır⁸⁰². Ancak hakemliğin hakem tarafından kabul edilmesiyle birlikte hakemle taraflar arasında borçlar hukukuna tabi olan, vekâlet veya hizmet sözleşmesi niteliğinde bir hakem sözleşmesi kurulmaktadır. Bu sözleşmede taraflar arasındaki uyuşmazlığın hakemlerce çözümlenmesi talep edilirken, hakemler de o uyuşmazlığı çözümlenmeyi kabul etmektedir⁸⁰³. Hakemler mahkeme tarafından belirlenmiş olsa bile hakem sözleşmesinin kurulduğu varsayılır⁸⁰⁴.

Dava şartı olarak arabuluculuk yönteminde kural olarak taraflar komisyon tarafından bildirilen listelerde yer alan arabuluculardan birisi üzerinde anlaşılırsa bu arabulucu uyuşmazlığın çözümü için görevlendirilmiş olur (İMK m. 3/6). Arabulucunun, tarafların iradesiyle belirlenemediği durumlarda arabulucu, başvuru arabuluculuk büroları tarafından komisyon başkanlıklarınca gönderilen listelerden belirlenmektedir. Tahkim yargılamasında olduğu gibi güven ilkesine dayalı olarak öncelikle arabulucunun seçimi için taraflara yetki verilmiştir. Ancak bu yetki tahkim yargılamasında olduğu gibi sınırsız değildir. Tarafların seçeceği arabulucuların öncelikle Adalet Bakanlığı nezdinde tutulan sicile kayıtlı olmaları ve dava şartı olan arabuluculuk yönteminde görev almak istemeleri gerekmektedir. Ayrıca, sadece başvuru arabuluculuk bürosunun yetki sınırları içerisinde görevli olan arabulucular arasından seçim yapılmaktadır. Dolayısıyla tarafların arabulucuların seçiminde tamamen özgür oldukları söylenemez. Kaldı ki, arabulucuların sicile kayıt olma ve hukuk fakültesi mezunu olma şartları, hakemler için söz konusu değildir.

Hakemlerin sayısı eğer birden fazla ise, ancak o zaman hakem olarak seçilecek kişilerden birisi için hukuk fakültesi mezunu olma ve alanında 5 yıllık kıdem şartı aranmaktadır (HMK m. 416/1-d). Tahkim yargılaması sonucunda hakemin bir karar verme

⁸⁰⁰ Hakem sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Taşkın, 2005.

⁸⁰¹ Koral-Tahkim, 1058; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2017, 788; Sarısözen, 2010, 127; Eğer hakem sözleşmesi ücret kararlaştırılmış ise hizmet, ücret kararlaştırılmadıysa vekâlet sözleşmesi hükmündedir. Ancak doktrinde hakem sözleşmesinin niteliğinin sadece vekâlet sözleşmesi hükmünde olduğunu ileri süren yazarlar da bulunmaktadır. Taşkın, 2005, 40-42; Koral, R. (1982-1983), “ Hakemliği Hukuki Mahiyetini Tayinde Kullanılan Kriterler ve Bir Seminerin Bıraktığı İzlenimler”. *İHFM*. 1982-1983, 1-4, 93; Yılmaz-Tahkim, 1180.

⁸⁰² Pekcanitez, Yeşilirmak- Pekcanitez Usul, 2690

⁸⁰³ Kuru-İstinaf, 932; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2017, 788; Sarısözen, 2010, 127.

⁸⁰⁴ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 764; Sarısözen, 2010, 127.

yetkisi bulunmaması nedeniyle bu hususun oldukça sakıncalı sonuçlar. Bu nedenle hakemlerin arabulucular gibi belli şartlara sahip olması gerektiğine ilişkin düzenlemelerin yapılması gerektiği ileri sürülmektedir⁸⁰⁵. Hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmasının bir sonucu olarak tahkim yargılamasında hakemin reddi mümkün kılınmıştır (HMK m. 417-418). Her ne kadar arabulucuların hakemler gibi uyuşmazlığı sona erdiren bir karar verme yetkisi bulunmasa da, tarafsızlığının ve bağımsızlığının korunması gerekmektedir. Bu nedenle arabulucunun reddine ilişkin düzenlemeler yapılmalıdır.

2.3.2.6. İnisiyatif Kullanabilme Yetkisi Açısından

Tahkim yargılamasında amaç, taraflar arasındaki hukuki uyuşmazlığın çözümlenmesidir. Hakemler soyut bir hukuk kuralını somut olaya uyarlamak suretiyle tarafsız ve bağımsız olarak bir faaliyeti yerine getirmektedir⁸⁰⁶. Dolayısıyla hakemler uyuşmazlığı sona erdiren bir karar verme yetkisine sahiptir⁸⁰⁷. Bu nedenle, hakemlerin uyuşmazlığın çözümü konusunda inisiyatif kullanma yetkisi olduğu söylenebilir.

Dava şartı olarak arabuluculuk yönteminde arabulucunun, uyuşmazlığın çözümü konusunda karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Arabulucuya sınırlı hallerde⁸⁰⁸ taraflara çözüm önerisinde bulunma yetkisi getirilmiş olsa da, bu çözüm önerisi üzerinde uzlaşmaları için tarafları zorlama yetkisi verilmemiştir. Dolayısıyla uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması, tamamen tarafların inisiyatifindedir. Bu nedenle de arabuluculuk faaliyeti, tarafların istedikleri zaman, karşı tarafın veya arabulucunun rızasına gerek olmadan sona erdirilebilir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık tahkim yolunda hükümle sona ererken, dava şartı olarak arabuluculukta tarafların karşılıklı vereceği tavizlere bağlı olarak sona ermektedir.

2.3.2.7. Kararın Bağlayıcılığı Açısından

Tahkim yargılamasına başvurmak tarafların iradesine bırakılmış olmasına rağmen, sonunda hakemin vermiş olduğu karara uyulması zorunludur. Tarafların hakem kararından sonra yargı yoluna başvurma imkânları ortadan kalkmaktadır⁸⁰⁹. Dolayısıyla, hakem

⁸⁰⁵ Yeğengil, 1976, 204.

⁸⁰⁶ Deren Yıldırım-Tahkim, 23 vd.; Ermenek-Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, 287.

⁸⁰⁷ Koral-Tahkim, 1058; Pekcanitez, Yeşilirmak- Pekcanitez Usul, 2601; Yıldırım, 2007, 340; Ildır, 2003, 61; Tanrıver-Arabuluculuk, 20; Sarısözen, 2010, 131; Özbay-Uzlaşma, 472-474; Pekcanitez-Alternatif, 48; Kekeç, 2014 22; Bulur, 200; Bulur, 2007, 32; Ulukapı, Kıyak, 2015, 1655; Dür, 2017, 48; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, ; Budak, Karaaslan, 2017, 398; Demir, 2014, 16; Özbek, 2016, 213; Şahin Ceylan, 2009, 303; Yılmaz, 2004, 845. Aksi yönde görüş için bkz. Biçkin, 2006, 583; Bu husus tahkim yargılamasının alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olmadığını ileri sürenler için gerekçe oluşturmaktadır. Bu yazarlara göre, ADR'de taraflar uyuşmazlıkları hakkında üçüncü bir kişinin yardımı ile karar vermektedir. Dür, 2017, 138.

⁸⁰⁸ İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilen yeni düzenleme gereği, artık taraflar uyuşmazlığın çözümü konusunda çıkmaza girdiklerinde arabulucuya çözüm önerisinde bulunma hakkı verilmiştir(İMK m. 22).

⁸⁰⁹ Ildır, 2003, 57; Tan Dehmen, 2006, 457.

kararları taraflar için bağlayıcı etkiye sahiptir⁸¹⁰. HMK’da yapılan önemli bir değişiklikle birlikte hakem kararları verildiği anda icra edilebilir sayılmış olup, kesinleşmesi gerekmemektedir (HMK m. 439/4). Hakem kararları kesinleşmesiyle birlikte maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmektedir⁸¹¹. Başka bir ifadeyle hakem kararları aynı taraflar arasında, aynı konuda, aynı sebeple açılmış diğer davalarda kesin delil teşkil eder⁸¹². Bu durumda hakem yargılaması sonucunda verilen kararların mahkeme tarafından verilen kararlardan bağlayıcılığı ve sonuçları bakımından pek bir farkı yoktur. Tek fark, hakem yargılaması sonucunda verilen kararlara karşı yegâne başvuru yolunun iptal davası olmasıdır⁸¹³. İptal davasıyla birlikte hakem kararları üzerinde kanunda sınırlı olarak sayılmış sebepler dâhilinde mahkeme denetimi yapılmaktadır.

Tahkim yargılamasında iki taraf birden istemedikçe bu yoldan vazgeçme imkânı olmadığı halde uyuşmazlıkların dostane çözüm yöntemlerinde herhangi bir taraf istemezse sürece devam etmek mümkün değildir. Bu noktada dava şartı olarak arabuluculuk yöntemini tahkim yargılamasından ayırmak oldukça önemlidir. Zira tahkim yargılamasında hakemin vardığı çözüm yolu kural olarak kesin ve hukuki açıdan bağlayıcıdır. Dava şartı olarak arabuluculuk yönteminde ise, tarafların ulaştığı çözüm yolu, taraflar için istisnai bir hâl dışında doğrudan bağlayıcı değildir. Dava şartı olarak arabuluculuk yönteminde anlaşma belgesi taraflar ve arabulucunun katıldığı arabuluculuk faaliyeti sonunda hazırlanır ve bu kişilerin imzalarını barındırırsa, anlaşma tutanağının özel hukuk anlamında bir sözleşmeden farkı bulunmamaktadır. Sözleşmede yazılı hükümler taraflarca yerine getirilmez ise, sözleşmeye aykırılıktan dolayı dava açılabilecektir. Ancak taraflar bu sözleşmenin ilâm niteliğinde olmasını istiyorlarsa, mahkemeden icra edilebilirlik şerhi almaları gerekir (HUAK m.18).

İş Mahkemeleri Kanunu’nun 24. Maddesinde, taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilâm niteliğinde belge sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme, arabulucu kararının doğrudan icra edilebilir nitelikte olmaması kuralının bir istisnasıdır. Söz konusu düzenleme gereği arabulucunun hazırladığı anlaşma belgesi, tahkim yargılaması sonucunda

⁸¹⁰ Ildır, 2003, 58; Özbay, 2006, 473; Kekeç, 2014, 203; Üstündağ, 2000, 935; Ermenek- Bağlantılı Davalar, 1226. Hakem kararlarının kesin hüküm oluşturduğu ve mahkeme ilamları gibi icra edilebildiğine ilişkin bkz. Pekcanitez, Yeşilirmak- Pekcanitez Usul, 2594; Kuru-İstinaf, 739; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 774-775; Karşı-Usul, 815; Ermenek, İ. (2014). “Hakem Yargılamasında Bağlantılı Davalar”. **Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan**. C. II. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası, 1226; Özbay-Uzlaştırma, 392.

⁸¹¹ 23.10.1972 tarihli ve 02/12 sayılı İBK, RG. 18.12.1972, sa. 14395; Ildır, 2006, 14.

⁸¹² Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 775.

⁸¹³ Ayrıca niteliğine uygun düştüğü ölçüde yargılamanın iadesi yoluna da başvurulabilecektir (HMK m. 443).

hakemin vermiş olduğu karar gibi doğrudan icrai etkiye sahip olacak ve taraflar bu anlaşma belgesini mahkeme ilamları gibi ilamlı icra takibine koyabilecektir (İİK m. 24-41). Ancak, hakem kararlarından farklı olarak arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşma maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecek olup, irade bozukluğu halleri ile iptali istenebilir. Bu anlamda arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşma sağlanması durumunda aynı uyuşmazlık için dava açılmamasının sebebi, hukuki yararın ortadan kalkmasıyken, tahkimde kesin hüküm teşkil eden bir hakem kararı verilmesidir.

2.4. Sulh Kurumu ile Karşılaştırılması

2.4.1. Genel Olarak

Sulh, “*bir hukuki ilişki hakkında doğmuş veya doğması olası bir çekişmeyi ya da kuşkuyu karşılıklı fedakârlıkta bulunarak ortadan kaldırmaya yönelmiş bir sözleşmedir*”⁸¹⁴. Sulh sözleşmesinin kurulabilmesi için taraflar karşılıklı olarak kısmi kabul ve kısmi feragatte bulduklarından, içerisinde feragat ve kabul barındıran işlemlerin de zımni olarak sulh sözleşmesi olduğu söylenebilir⁸¹⁵. Taraflar arabuluculuk faaliyetinde olduğu gibi serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda sulh olabilirler (HMK m. 313/2).

Sulhun amacı, dava şartı olarak arabuluculuk kurumunda olduğu gibi, uyuşmazlığın tarafların rızasıyla çözüme kavuşturulmasıdır. Bu nedenle sulh, devlet yargılamasıyla uyuşmazlığın çözülmesinin aksine, taraflar arasındaki bütün çekişmeleri yok etmekte, husumeti kaldırmakta ve taraflar arasında yeni uyuşmazlıkların doğmasını engellemektedir⁸¹⁶. Uyuşmazlık anlaşmayla sona erdiğinde her iki tarafın da kazandığı bir çözüme ulaşılmış olmaktadır. Ancak sulhte uyuşmazlık tarafların karşılıklı fedakârlıkta⁸¹⁷ bulunmasıyla sona ererken⁸¹⁸, dava şartı olarak arabuluculuk kurumunda tarafların

⁸¹⁴ Sarısözen, 2010, 105; Uluşan, 1971, 150; Tanrıver, 1994, 334; Uyar, T. (1991). “İcra Hukukunda İlamlı Takiplere Konu Teşkil Edebilecek İlamlar”. *TBBĐ*. 1, 88, (Uyar-İlamlı Takip); Demir, 2014, 147; Uyar, T. (2004). “İlam Niteliğindeki Belgeler”. *ABĐ*. 3, 69; Özbay, 2006, 472; İldır, 2003, 162,163; Kuru-İstinaf, 552; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 184; Budak, Karaaslan, 2017, 288; Üstündağ, 2000, 578; Tanrıver, 2016, 1022; Dür, 2017, 365; Sungurtekin Özkan, 2005, 353; Ercan, 2007, 85; Akyol Aslan, 2014, 169; Özbay-Uzlaştırma, 395; Ermenek, 2009, 34; Önen, 1976, 23.

⁸¹⁵ İldır, 2003, 164; Tanrıver, 1996, 84; Tanrıver, 1994, 333; Demir, 2014, 147; Kuru-İstinaf, 552; Pekcanitez, Atalay, Özekes, 2016, 484; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 560. İçerisinde kabul ve feragati barındırdığına ilişkin görüş için bkz. Tanrıver, 2016, 1022; Postacıoğlu, Altay, 2015 830; Atalı, M. (2017). Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku. (15. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2033, (Atalı- Pekcanitez Usul); Sungurtekin Özkan, 2005, 354; Özbay-Uzlaştırma, 395; Ermenek, 2009, 34

⁸¹⁶ Önen, 1972, 2; Yılmaz, 629; Sarısözen, 2010, 106; Demir, 2014, 148; Akyol Aslan, 2010, 86.

⁸¹⁷ Önen, 1976, 29; Tanrıver-İlam Niteliğinde Belgeler, 84; Akyol Aslan, 2014, 171. Karşılıklı fedakârlıkta bulunmak uygulamada bir şeyin verilmesi, yapılması ya da yapılmaması anlamına geldiğinden bir edimi içerdiğine ilişkin bkz. Demir-Uzlaştırma, 147; Önen, 1976, 24; Akyol Aslan, 2014, 171. Buna karşılık, sulhte tarafların karşılıklı fedakarlıkta bulunmasının zorunlu olmadığına ilişkin görüş için bkz. Postacıoğlu, Altay, 2015 830.

⁸¹⁸ Dür, 2017, 365; Ermenek, 2009, 34; Akyol Aslan, 2010, 86; Akil, C. (2012). “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi”. *GÜHFD*. 16(4), 2; Özbay-Uzlaştırma, 395; İldır, 2003, 166.

karşılıklı fedakârlıkta bulunmaları zorunlu değildir. Arabuluculukta uyuşmazlık sadece bir tarafın fedakârlığıyla da sona erdirilebilir⁸¹⁹.

2.4.2. Mahkeme İçi Sulh İle İlişkisi

2.4.2.1. Genel olarak

Bilindiği üzere sulh, mahkeme içinde yapılabileceği gibi, mahkeme dışında da yapılabilir⁸²⁰. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 313 ila 315. maddeleri arasındaki düzenlemeler mahkeme içi sulhe ilişkindir. HMK'nın 313. maddesine göre, mahkeme içi sulh, "*görülmekte olan davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşme*" olarak tanımlanmıştır. Düzenlemeye göre, gerçekleştirilen faaliyetin mahkeme içi sulh sayılabilmesi için kanuna uygun olarak teşekkül etmiş Türk yargı organları önünde yapılması gerekmektedir⁸²¹. Dolayısıyla yabancı mahkemeler önünde gerçekleştirilen sulh faaliyeti geçerli değildir. Dava şartı olarak arabuluculuk kurumunu mahkeme içi sulhten ayıran en temel özellik, uyuşmazlığın dava aşamasına gelmeden arabulucular önünde çözülmeye çalışılmasıdır. Başka bir ifadeyle, dava şartı olarak arabuluculuk faaliyeti, mahkemenin bir müdahalesi olmadan arabulucu eşliğinde gerçekleştirilmektedir. Davaya bakması yasak olan veya reddedilmiş bir hâkim veya görevsiz, yetkisiz mahkeme önünde gerçekleştirilen sulh faaliyeti geçerlidir⁸²². Ancak sicile kayıtlı olmayan arabulucular ve arabulucu olma şartlarını sağlamayan kişilerin katılımıyla arabuluculuk faaliyeti yürütülemez.

2.4.2.2. Başvurunun niteliği bakımından

Mahkeme içi sulhe başvuru tarafların iradesiyle olabileceği gibi, mahkemenin bu konuda tarafları teşvik etmesiyle de gerçekleşebilir⁸²³. Taraflar dava görülmekte iken, kendi iradeleriyle uyuşmazlığı sulh ile sona erdirebilirler. Tarafların anlaşması üzerine hâkimin bu beyanları tutanağa geçirip taraflara imzalatması gerekir (HMK m. 154/3-ç). Vekâletnamesinde özel yetki bulunması şartıyla avukatın da müvekkili adına sulh olma yetkisi bulunmaktadır (HMK m. 74).

Mahkemeler tarafları bazen zorunlu olarak bazen de ihtiyari olarak sulhe

⁸¹⁹ Özbay-Uzlaşırma, 395; Ildır, 166; Sarısözen, 2010, 104; Özbay, 2006, 472.

⁸²⁰ Demir-Uzlaşırma, 147; Tanrıver, 1996, 96; Önen, 1972, 19; Kuru-İstinaf, 553; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 185; Budak, Karaaslan, 2017, 288; Postacıoğlu, Altay, 2015, 830. Yılmaz-Şerh, 1355; Üstündağ, 2000, 578; Umar-Şerh, 927.

⁸²¹ Demir, 2014, 163.

⁸²² Kuru-İstinaf, 554; Yetkisiz vekil veya ehliyetsiz asil tarafından aktedilen sulh hükümsüz olup iptali istenebilir. Bkz.: Üstündağ, 2000, 578.

⁸²³ Mahkemelerin sulhe teşvik konusunda yeterince bilgi sahibi olmamaları uygulamada uyuşmazlığın sulh sözleşmesi ile sona erdirilmesinin oldukça az tercih edildiğine ilişkin bkz. Atalı, Pekcantez Usul, 2034.

yöneltmektedir. Hukukumuzda mahkemelerin tarafları zorunlu olarak sulhe teşvik etmesi uygulamasına en temel örnek olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 137. maddesinde yer alan düzenleme gösterilebilir⁸²⁴. Bu düzenlemede, “*Mahkeme ön incelemede; ...tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir*”. Belirtildiği üzere hâkime yazılı yargılama usulüne tabi davalarda ön inceleme safhasında, basit yargılama usulüne tabi davalarda ise tahkikat safhasında tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik etme zorunluluğu yüklenmektedir⁸²⁵. Ancak hakim bu görevini bir hükmün yerine getirilmesi mecburiyetiyle değil, samimi bir çaba ile gerçekleştirmelidir⁸²⁶. Hâkim tarafları sulhe teşvik ettiğinde bir sonuç alınabileceği kanaatine varırsa, bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin edecektir (HMK m. 140/2). Bu durum, hâkimin tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik edip etmemek konusunda takdir yetkisi bulunmadığı bir mahkeme usul işlemidir⁸²⁷.

Hâkimlerin davanın belirli bir aşamasında tarafları sulhe teşvik etmek zorunda olmaları ile tarafların kanun gereği arabuluculuk görüşmelerine katılmak zorunda olmaları birbirine benzer bir amaca hizmet etmektedir. Dava şartı olarak arabuluculuk kurumunda tarafların kanuni düzenlemeler gereği arabuluculuğa başvurmak zorunda olmaları, tarafları uyuşmazlığı dava dışında bir yolla anlaşarak çözebileceklerini düşünmeye yöneltmektedir. Aynı şekilde hakimlerin sulhe teşvik etmesinin temelinde yatan düşünce de tarafları uyuşmazlığın anlaşma yoluyla çözümlenebileceği konusunda tarafları düşünmeye sevk etmektir. Sonuç itibarıyla her iki kurum da taraflar arasındaki uyuşmazlığın davanın esasına girilmeden önce çözülmesi ve bu yolla tarafların davalarından vazgeçmelerini sağlamaktır.

Sulhün bir diğer amacı da dava şartı olarak arabuluculuk kurumunda olduğu gibi mahkemelerdeki dava sayısını azaltmaktır⁸²⁸. Bu noktada iki kurum arasındaki en temel farklılık, üçüncü kişinin yöntemler içerisindeki konumundadır. Zira sulhte, hâkim tarafları sulhe teşvik ettikten sonra uyuşmazlığın çözülmesi için çaba sarf etmemekte tarafları ikna etmeye çalışmamaktadır⁸²⁹. Oysa arabulucu bu hususta özellikle çaba sarf ederek tarafların

⁸²⁴ Benzer bir düzenleme basit yargılama usulü için de HMK m. 320'de düzenlenmiştir.

⁸²⁵ Bunun dışında Türk Medeni Kanunu'nun 195. maddesinde, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunu'nun 6. ve 7. maddelerinde ve Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 513 ila 515. maddelerinde düzenlenen sulh kurumu zorunlu niteliktedir. Doktrinde bu hususun bir nevi arabuluculuk denemesi olduğu da ileri sürülmektedir. İldr, 2003, 167.

⁸²⁶ HMK m. 140/II gerekçesi.

⁸²⁷ Özmumcu, 2016, 831; Özmumcu-Genel Bakış, 39-40.

⁸²⁸ Sarısözen, 2010, 113.

⁸²⁹ Sarısözen, 2010, 114; Demir, 2014, 166.

uyuşmazlığı anlaşma ile sona erdirmelerine yardımcı olmaktadır.

2.4.2.3. Anlaşmanın Hukuki Niteliği ve Sonuçları Bakımından

Mahkeme içi sulh karşılıklı irade beyanıyla kurulan ve davayı sona erdiren tam iki tarafa borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesidir⁸³⁰. Bu sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin doktrinde görüş birliği bulunmamakla birlikte hem maddi hukuka hem de usul hukukuna ilişkin olduğu ileri sürülmektedir⁸³¹. Mahkeme içi sulh, görülmekte olan davayı kısmen veya tamamen sona erdirmektedir⁸³². Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, eğer taraflar sulh sözleşmesine göre bir karar verilmesini isterlerse mahkeme sulhe göre, istemezlerse, karar verilmesine yer olmadığına ilişkin bir karar verecektir (HMK m. 315/1)⁸³³. Bu husus, mahkeme içi sulhe usuli niteliği kazandırmaktadır⁸³⁴.

Dava şartı olarak arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen anlaşma ise sadece tarafların, arabulucuların imzalarını ve her iki tarafın karşılıklı irade beyanını içerdiğinden, bir usul hukuku işlemi olmayıp, sadece maddi hukuk sözleşmesidir. Sözleşme hukukuna göre diğer sözleşmelerin geçersizliğine ilişkin ileri sürülebilecek her durum, bu sözleşmede de taraflardan biri aracılığıyla mahkemeye taşınabilir⁸³⁵. Ancak arabuluculuğa başvurulmadan dava açılması halinde mahkemenin arabuluculuğa başvurmaları için taraflara kesin süre verip bu hususu bekletici mesele yapabileceği kabul edilirse, bu durumda mahkeme içi sulh ile aynı hukuki sonuçları doğar.

Mahkemenin huzurunda yapılan sulh anlaşması ilâm niteliğinde belge hükmündedir

⁸³⁰ Ulusan, 1971, 154; Ildır, 2003, 163; Demir, 2014, 148; Akyol Aslan, 2014, 171; Önen, 1976, 27; Aykol Aslan, 2010, 87. Sulh, temelde bir sözleşme konumunda bulunduğu için, Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşme serbestisine ilişkin hükümleri çerçevesinde düzenlenmelidir. Tanrıver, 2016, 1023.

⁸³¹ Tanrıver, 1996, 87; Ildır, 2003, 163; Önen, 1976, 27, 37; Demir, 2014, 148; Tanrıver, 1994, 336; Kuru-İstinaf, 553; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 186; Tanrıver, 2016, 1026; Atalı- Pekcanitez Usul, 2036; Sungurtekin Özkan, 2005, 354; Akyol Aslan, 2014, 173; Üstündağ, 2000, 578; Ermenek, 2009, 34; Tanrıver, 1994, 334; Akyol Aslan, 2010, 84.

⁸³² Tanrıver, 1994, 342; Tanrıver, 2016, 1030; Davaya son veren taraf işlemlerinin davayı sona erdirdiklerine ilişkin bkz.: Üstündağ, 2000, 575; Tanrıver, 1996, 111; Önen, 1972, 130,131; Sulhün uyuşmazlığı sona erdiren mahkeme kararı yerine geçmekte olduğu görüşü için bkz.: Önen, 1976, 34; Tanrıver-İlam Niteliğinde Belgeler, 86; Yılmaz- Şerh, 1389-1390. Davayı kabulün davayı sona erdireceğine ilişkin bkz.: Ermenek, 2009, 94; Davadan feragatin davayı sona erdireceğine ilişkin bkz. Aykol Aslan, 2010, 384.

⁸³³ Tarfların yargılama devam ederken sulh olmaları durumunda davanın tarafların iradesiyle mi yoksa tarafların iradesine uygun bir şekilde verilecek mahkeme kararı ile mi sona ereceği tartışmalıdır. Doktrinde yer alan bir görüşe göre, tarafların sulh olmasıyla birlikte dava kendiliğinden sona ermemekte, mahkemenin bir karar vermesi gerekmektedir. Bkz.: Kuru-Usul, 3758; Kuru- İstinaf, 557; Özbay, 2006, 47. Uygulamada da benzer bir yol izlendiği, ancak bu durumda davayı kabulde sonuçlanmış bir davanın tekrar Yargıtay kontrolünden geçmesine yol açtığına ilişkin bkz.: Önen, 1976, 30. Buna karşılık, sulhle birlikte dava kendiliğinden sona erdiği için, mahkemenin davayı sona erdirecek bir karar vermesi gerekmediğine ilişkin bkz. Önen, 1972, 216; Sarısözen, 2010, 112; Ulusan, 1971, 195-196; Tanrıver, 1994, 342; Üstündağ, 2000, 578; Tanrıver, 2016, 1032; Ermenek- Davayı Kabul, 100. Bu durumda verilecek hükmün sadece yargılama giderleri açısından önem arz ettiğine ilişkin bkz.: Önen, 1976, 30; Önen, 1972, 575; Tanrıver, 1996, 112; Ulusan, 1971, 196; Aykol Aslan, 2010, 85.

⁸³³ Önen, 1972, 148, 149, 151; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 188,190;

⁸³⁴ Tanrıver, 1994, 337.

⁸³⁵ Kekeç, 2014 206; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 184.

(İİK m. 38). Dolayısıyla herhangi bir işleme gerek olmadan ilâmlı icraya konu olabilecektir. Sulhun ilâm niteliğinde belge hükmünde olması onu sadece icrai etki bakımından ilâmlarla aynı hukuki rejime tabi kılmaktadır. Bu hususa gerekçe olarak irade fesadı hallerinde sulh sözleşmesinin iptal ettirilebileceği gösterilebilir (HMK m. 315/2).

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın mahkeme içi sulh ile sonuçlanması durumunda sulh, kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğurur⁸³⁶. Doktrinde tarafların mahkemeden sulhe göre karar verilmesini istedikleri durumlarda mahkeme sulhe uygun olarak bir hüküm verdiği için bu hükmün, maddi anlamda da şekli anlamda da kesin hükmün hukuki sonuçlarını doğuracağı ileri sürülmektedir⁸³⁷. Ancak taraflar sulh anlaşmasına göre karar verilmesini istemez ise mahkeme, davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı verecektir (HMK m. 315/I). Bu durumda mahkeme içi sulh sadece şekli anlamda kesin hükmün sonuçlarını doğurabilir⁸³⁸. Bu nedenle söz konusu karar sadece usul hukuku kurallarına aykırı olması halinde kanun yoluna götürülebilir⁸³⁹. Oysa arabuluculuk sonucunda varılan anlaşma eğer avukatların katılımıyla gerçekleşmiş ise doğrudan, avukatlar katılmadan yapılmış ise ancak mahkemeden alınacak icra edilebilirlik şerhi ile

⁸³⁶ Sarısözen, 2010, 112; Ildır, 2003, 165; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 188; Postacıoğlu, Altay, 2015 831; Yılmaz-Şerh, 1359; Akyol Aslan, 2014, 174; Ermenek, 2009, 34; Tanrıver, 1996, 113; Önen, 1976, 33, 34; Üstündağ, 2000, 576; Önen, 1972, 147. Kanunda yer alan bu madde mahkeme kararı ile değil de sulh ile davanın sona ereceği görüşünü desteklemektedir. Şöyle ki, eğer dava mahkeme kararı ile sona eriyor olsaydı bu durumda kanunda yer alacak ibare “kesin hüküm teşkil eder” şeklinde olmalıydı. Oysa kanunda kesin hüküm gibi sonuç doğuracağı belirtilmiştir. Bkz.: Önen, 1972, 134; Önen, 1976, 30,31; Tanrıver, 1996, 133. Buna karşılık, doktrinde sulhun kesin hüküm teşkil etmeyeceği ve aynı konuda dava açılması durumunda davanın sulhle sonuçlandığı itirazının defî olarak ileri sürülmesi gerektiği düşünülmektedir. Bkz.: Önen, 1972, 151; *Üstündağ’a* göre, sulh sonucu muhakeme kendliğinden sona ereceği için bir mahkeme kararı bulunmadığından kesin hüküm teşkil etmez ve kanun yolları kapalıdır. Bkz.: Üstündağ, 2000, 578; Sulh söz konusu olup taraflar tekrar dava açtıklarında mahkeme sanki daha önceden o davada hüküm verilmiş gibi, davayı dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddetmelidir. Bkz.: Tanrıver, 2016, 1032,1033; Taraflar arasındaki uyuşmazlığın sulh yoluyla değil de mahkemenin vereceği kararla sona erdiğini kabul edenler için de verilen mahkeme kararının kesin hüküm gibi sonuç doğurmayıp, doğrudan kesin hüküm teşkil ettiğine ilişkin görüş için bkz.: Kuru- İstinaf, 557; Özbay, 2006, 472.

⁸³⁷ Tanrıver, 2016, 1030; Mahkeme kararına karşı bir bütün olarak kanun yoluna başvurulabileceğine ilişkin bkz. Atalı, Pekcanitez Usul, 2036; Burada verilen karar sulh anlaşmasına göre verilmiş olup, maddi gerçeğin araştırılması için davanın esasına girilmediğinden, sadece şekli anlamda kesin hükmün sonuçlarını doğuracak olup, kanun yollarına başvurulamayacağına ilişkin bkz.: Akyol Aslan, 2014, 174; Önen, 1972, 150; Mahkemenin sulhe göre karar vermesi durumunda, verilen hüküm sadece aynı uyuşmazlığın ikinci kez dava edilmesine engel olmakta, başka bir konu da açılacak davada kesin delil teşkil edeceğine ilişkin görüş için bkz. Budak, Karaaslan, 2017, 289; Benzer bir hususa davayı kabul açısından değinen ve davayı kabul halinde mahkemenin bir karar vermesine gerek olmadan davanın sona ereceği ileri süren Ermenek’e göre, maddi anlamda kesinlik mahkeme kararları için geçerli olduğundan bu durumda maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecektir. Bu nedenle de bir mahkeme kararı olmayan kabulün, ancak maddi anlamda kesin hükmün hukuki sonuçlarını doğurabileceğini ileri sürmektedir. Ermenek, 2009, 133-139.

⁸³⁸ Önen, 1972, 148, 149, 151; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 188, 190.

⁸³⁹ Kuru-İstinaf, 559; Davayı kabul kurumuna yönelik aynı görüş için bkz. Ermenek, 2009, 139. Bu noktada mahkemenin usul yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği veya yargılama giderlerine ilişkin kısım kanun yolu aşamasına götürülebileceğine ilişkin bkz. Atalı-Pekcanitez Usul, 2036; Bu durumda bu kararın maddi anlamda kesin hüküm olabileceğine, ancak sadece hâkimin denetlenebildiği hallerle sınırlı olduğuna ilişkin bkz.: Ermenek, 2009, 139.

ilâm niteliğinde belge hükmünde sayılır ve icrai etkiye sahip olur. Ancak her halükarda anlaşma belgesi kesin hüküm teşkil etmeyecek olup kanun yolu denetiminden geçmesi de söz konusu olmaz. Mahkeme içi sulh ile çözümlenmiş bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda bu uyuşmazlık hakkında dava açılması halinde dava kesin hüküm itirazı ile sonuçlanabilirken, dava şartı olarak arabuluculuk yöntemiyle sonuçlanmış bir uyuşmazlık hakkında açılan dava hukuki yarar yokluğundan reddedilir⁸⁴⁰.

2.4.3. Mahkeme Dışı Sulh ile İlişkisi

Mahkeme dışı sulh, dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra mahkeme dışında yapılan sulhtur. Bu faaliyeti taraflar ya kendi aralarında ya da üçüncü bir kişi olan uzlaştırıcı veya arabulucu eşliğinde yapmaktadırlar. Mahkeme dışında yapılan sulh anlaşması kurulması ve etkileri bakımından tamamen maddi hukuk sözleşmesi olduğundan borçlar hukukuna tabidir⁸⁴¹. Niteliği itibariyle kendine özgü, isimsiz bir sözleşmedir. Mahkeme dışı sulh sözleşmesine uygun davranılmadığında taraflardan biri mahkemeye başvurup sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmesini talep edebilmektedir⁸⁴². Dolayısıyla mahkeme dışı yapılan sulh kesin hüküm teşkil etmediği gibi icrai kuvvete de sahip değildir⁸⁴³. Ancak mahkeme dışında yapılan sulhün mahkeme içi sulhe dönüştürülebileceği kabul edilmektedir⁸⁴⁴. Mahkeme dışı sulh, tarafların sulhü mahkemeye bildirerek tutanağa geçirtmeleri suretiyle mahkeme içi sulhe dönüşmektedir.

Doktrinde arabuluculuk faaliyetinin sonunda imzalanan anlaşmanın hukuki niteliği belirlenirken arabuluculuk faaliyetinin temelinde yatan sulh kurumu ele alınmaktadır⁸⁴⁵. Bu nedenle, arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşma, “sulh benzeri sözleşme” olarak

⁸⁴⁰ Demir, 2014, 167. Davayı kabul durumunda ortada bir mahkeme kararı olmadan, tarafların iradeleriyle uyuşmazlık sona erdiğinden kesin hüküm itirazının ileri sürülmesi mümkün değildir. Bu durumda dava açılmamasının sebebi ortada dava edilebilecek bir dava konusunu olmadığından, dava açılmasının Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği gerekçeleri ve hukuki yarar yokluğu nedeniyle açılan davanın usulden reddedileceğidir. Ancak mevcut HMK düzenlemesinde yapılan kabul beyanının kesin hüküm gibi sonuç doğuracağına ilişkin bir düzenlemenin bulunması öncelikle bu hükmeye dayanarak davanın reddini gerektirdiğine ilişkin bkz. Ermenek, 2009, 145.

⁸⁴¹ Sarısözen, 2010, 108; Üstündağ, 2000, 580; Tanrıver, 1996, 85; Ulsan, 1971, 24; Kuru-İstinaf, 562; Postacıoğlu, Altay, 2015, 830; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 185; Budak, Karaaslan, 2017, 288; Postacıoğlu, Altay, 2015 830; Umar-Şerh, 929; Yılmaz-Şerh, 1355; Atalı-Pekcanitez Usul, 2033.

⁸⁴² Taşpolat Tuğsavul, 2012, 185; Sözleşmeye aykırılık hükümlerine tabi olduğuna ilişkin bkz.: Umar-Şerh, 929.

⁸⁴³ Sarısözen, 2010, 111.

⁸⁴⁴ Tanrıver, 1994, 338; Ulsan, 1971, 188; Uyar, 2004, 69; Özbay, 2006, 472; Ildır, 2003, 166; Demir-Uzlaşma, 161; Kuru-İstinaf, 562; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 187; Pekcanitez, Atalay, Özekes, 2016, 485; Özbay-Uzlaştırma, 396. Aksi yönde görüş için bkz. Önen, 1972, 88; Umar-Şerh, 930; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, 2016, 561; Atalı, Pekcanitez Usul, 2035; Dür, 2017, 366.

⁸⁴⁵ Yılmaz, 2004, 846; Tanrıver-Arabuluculuk, 173; Ildır, 2003, 165; Kuru, 2010, 243; Taşpolat Tuğsavul, 2012, 184; Kuru, 2010, 238.

nitelendirilmektedir⁸⁴⁶. Zira arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen anlaşma, her iki tarafın karşılıklı irade beyanını içerdiğinden borçlar hukuku anlamında bir sözleşmedir. Ancak bu sözleşmeye bazı durumlarda icrai etki kazandırılması mümkün olduğundan mahkeme dışı sulhten bu noktada ayrılmaktadır. Mahkeme dışında yapılan sulh sözleşmesine icrai etki kazandırılması isteniyorsa ya bir arabulucu eşliğinde yapılıp mahkemeden icra edilebilirlik şerhi alınması ya da tarafların ve avukatlarının eşliğinde anlaşmanın tutanağa bağlanması veyahut mahkeme içi sulhe dönüştürülmesi gerekmektedir⁸⁴⁷.

⁸⁴⁶ Taşpolat Tuğsavul, 2012, 185. “Borçlar Hukuku anlamında bir sulh sözleşmesi” nitelendirmesi için bkz.: Erdoğan, Erzurumlu, 2016,s 24.

⁸⁴⁷ Ildır, 2003, 165; Demir, 2014, 161.



SONUÇ

Arabuluculuk, dünya genelinde uyuşmazlık çözüme noktasında giderek tercih edilen bir seçenek haline gelmektedir. Zaman içerisinde ülkeler, kullanım çeşitliliğinden dolayı bir takım yasal düzenlemeler yapmak zorunda kalmıştır. Böylelikle, ülkelerin hukuki yapısıyla oluşturulmuş birbirinden farklı arabuluculuk türleri ortaya çıkmıştır. Arabuluculuk faaliyetinde ülkemizde olduğu gibi, asıl olan arabuluculuğun gönüllülük esasına dayalı olmasıdır. Ancak arabuluculuk sürecine başvurunun niteliğine göre yapılan ayırım sonucu ortaya çıkan zorunlu arabuluculuk faaliyetinde gönüllülük ilkesinden başvuru aşaması için vazgeçilmiştir. Hukukumuzda zorunlu arabuluculuk faaliyeti 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilmiş, “dava şartı olarak arabuluculuk” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu düzenleme gereği taraflar dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunda olup, bu durum özel bir dava şartı oluşturmaktadır.

Taraflar yapacakları bir sözleşme ile uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözülmesini kararlaştırabilirler. Arabuluculuk sözleşmesinin varlığının tarafların uyuşmazlığın çözümü konusunda mahkemeye başvurularına engel teşkil edip etmediği, arabuluculuk sözleşmesinin amacı incelenerek açıklığa kavuşturulmuştur. Zira arabuluculuk sözleşmesinin amacı, tarafları sürece başvuruya zorlamak olmadığından sözleşmeye konulan şart ile arabuluculuğa başvurunun zorunlu kılındığı düşünülemez. Sadece arabulucuya gitme rızasının önceden verilmiş olduğu kabul edilir. Bu nedenle arabuluculuğa başvuru şartının sözleşmede yer alması tarafların doğrudan devlet yargısına başvurma imkânını etkilememektedir. Arabuluculuğa başvuru nasıl tarafların iradesiyle mümkün kılınıbiliyorsa, söz konusu sözleşmeden dönmek de yine tarafların iradesiyle mümkün olmalıdır. Taraflardan birinin dava açma hakkını kullanması durumunda diğer tarafın arabuluculuk faaliyetiyle uyuşmazlığı çözmek istemesi halinde ise, yine arabuluculuk sözleşmesi doğrudan dava açılmasının önünde engel oluşturmaz, ancak bu durumda arabuluculuk sözleşmesinin varlığına rağmen dava açma yolunu tercih eden tarafın, sözleşmeye aykırılıktan dolayı sorumluluğu söz konusu olur.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin temel özelliğinin sürece gönüllü katılım sağlanması olduğu, bu nedenle de zorunlu arabuluculuğun alternatif uyuşmazlık çözüm yolu teşkil etmediği ileri sürülmüştür. Ancak sürece gönüllü katılma dışında zorunlu arabuluculuk faaliyetinde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının bütün özellikleri bulunmaktadır. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilen zorunlu arabuluculuk faaliyetinde kanun koyucu, tarafların yalnızca ilk oturuma katılmalarını zorunlu kılmıştır. Başka bir ifadeyle, zorunluluk sadece arabuluculuğun başlangıç aşaması için geçerli olup,

sürecin devamı ve sona erdirilmesi tamamen tarafların iradesindedir. Arabuluculuk faaliyetinde taraf iradesinin ön planda olmasının bir diğer sonucu olarak, arabulucunun uyuşmazlığın çözümü için karar verme yetkisine sahip olmadığı gösterilebilir. Uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması, tamamen tarafların inisiyatifindedir. Arabulucu taraflar uyuşmazlığın çözümünde çıkmaza girdiklerinde çözüm önerisinde bulunabilir ancak bu çözüm önerisi üzerinde tarafları uzlaşmaları için zorlayamaz. Taraflar uyuşmazlığı isterse arabuluculuk yöntemi ile çözüme kavuştururlar isterlerse de süreci sona erdirip yargı yoluna başvurabilirler. Bu nedenle arabuluculuk sürece başlangıçta olmasa da sürecin devamında tarafların iradesi egemen olduğundan yargı yoluna alternatif oluşturduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Arabuluculuğun gönüllülük esasına dayandığı, başvurunun zorunlu kılınmasının arabuluculuğun mahiyetine aykırı olduğu ve hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil ettiği hususları tartışmalıdır. İşaret ettiğimiz hususlara katılmamakla birlikte, meseleyi iki açıdan incelemeyi uygun bulduk. Bunlardan ilki, arabuluculuğa başvurma zorunluluğunun gönüllülük ilkesiyle çelişip çelişmediği hususudur. Kanımızca arabuluculuk, hakkında yapılan birçok tanımlamadan da anlaşıldığı üzere, gönüllü olan bir süreci ifade etmektedir. Zorunlu arabuluculukta, başvurunun zorunlu tutulmuş olması durumu, her şeyden önce bir çelişkiyi ifade etmektedir. Ancak zorunlu arabuluculukta taraflar, uyuşmazlığın anlaşma sağlanarak çözüme kavuşturulması için değil, sadece müzakere görüşmelerine katılmaları için zorlanmaktadır. Diğer ise, bu çelişkinin arabuluculuğun mahiyetine aykırılık teşkil edip etmediğidir. Bu noktada, arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesindeki amacın değerlendirilmesi gerekmektedir. Arabuluculuk faaliyetinde amaç, tarafsız üçüncü kişinin müdahalesiyle, uyuşmazlığın taraflarının karşılıklı görüşmelerde bulunarak, her iki tarafın da kazandığı bir çözüm yoluna ulaşmaktır. Ancak sürecin gönüllü olduğu durumlarda, bu amacın gerçekleştirilmesi için birtakım engeller ortaya çıkmaktadır. Tarafların bir kez olsun görüşmelere katılması, hem arabuluculuk faaliyeti hakkında bilgi sahibi olmalarını hem de arabuluculuğa başvurunun zayıflık göstergesi olarak algılanması anlayışının ortadan kalkmasını sağlamaktadır. Her ne kadar taraflar başvuru aşamasında kendi iradeleriyle hareket etmese de, karşılıklı görüşmelerin sağlanması, uyuşmazlığın çözümüne fayda sağlamaktadır. Zorunlu arabuluculuk yönteminde, taraflar anlaşma sağlayamasa da, uyuşmazlık konuları daralmış olur. Böylelikle gereksiz birçok mesele arabuluculuk görüşmeleri sırasında çözüme kavuşturulur ve bu konular mahkemede tekrar tartışma konusu oluşturmaz.

Mahkemelerdeki iş yükünün azaltılması ve dolayısıyla etkin bir yargılama yapılması

amacıyla 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilen zorunlu arabuluculuk uygulaması, kanunda belirtilen iş hukukundan doğan uyuşmazlıklar için kabul edilmiştir. Bu düzenlemeyle birlikte iş uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişli olup olmadığı tartışmaları tekrar gündeme gelmiştir. İş uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişli olup olmadığı hususunda tahkim yargılamasından yola çıkılması doğru bir yaklaşım değildir. Zira tahkim yargılamasında hakem, uyuşmazlığı bağlayıcı bir kararla sonuçlandırma yetkisine sahip olduğundan, tahkim yargılaması için konu bakımından bir sınırlama yapılması mümkün iken, aynı yöntemin arabuluculuk açısından uygulanması uygun değildir. İş hukukundan doğan uyuşmazlıklar kamu düzeninden olup, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıkların kapsamı, kamu düzeniyle ilgili uyuşmazlıklarla sınırlı değildir. Dolayısıyla iş hukukundan doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuk faaliyeti nispi emredici hükümlerin sınırları dâhilinde kalmak üzere mümkün kılınmalıdır. Aksi durumda arabuluculuk faaliyetinin kapsamı oldukça daraltılmış hale getirilecek, tüketici ve iş hukukundan doğan uyuşmazlıklar kapsam dışında bırakılmış olacaktır. Bu noktada iş hukukundan doğan uyuşmazlıkların kamu düzenine ilişkin olması hususu, arabuluculuk faaliyeti sonucunda icra edilebilirlik şerhi alınması için mahkemeye başvurulduğunda değerlendirilmelidir.

İş hukukundan doğan uyuşmazlıkların arabuluculuk faaliyetine elverişliliği konusunda yapılan tartışmaların merkezinde “işçinin korunması” ilkesi ile arabuluculuk faaliyetinin çelişkili olduğu düşüncesi yer almaktadır. İşçiyi koruyucu hükümlerin uygulanması, uyuşmazlık konusu üzerinde işçinin tasarruf etme hakkını ortadan kaldırmamaktadır. Zira aksinin ileri sürülmesi, yargılama aşamasında re’sen araştırılma ilkesinin kullanılmasını gerekli kılacak ve davayı sona erdiren taraf işlemlerinin kullanılmamasına neden olacaktır. Uyuşmazlığın ortaya çıktığı andan itibaren iş ilişkisi sona erdiği için taraflar arasındaki eşitsizliğin ortadan kalktığı ve işçinin özgür iradesi ile hareket ettiği kabul edilmelidir. Bu nedenle, uyuşmazlığın çözümü amacıyla alternatif yöntemlere veya yargı yoluna başvurulduğunda taraflar eşit olarak değerlendirilir ve silahların eşitliği ilkesi devreye girer. Bu noktada zayıf taraf olan işçiyi işveren karşısında koruyacak hususun avukatla temsil zorunluluğu olduğu kanaatindeyiz. Çünkü iş uyuşmazlıklarının tarafları arasında güç dengesizliği bulunmakta olup, bu dengesizliğin ortadan kaldırılarak silahların eşitliğinin sağlanması avukatla temsil edilme imkânıyla mümkün kılınabilir. Avukatla temsilin zorunlu tutulduğu durumlarda adaletle ulaşma imkânını pahalılaştırdığı ve dolayısıyla Anayasa madde 36’da düzenlenen hak arama özgürlüğüne aykırılık oluşturduğu ileri sürülebilir Ancak, bu sakınca, adli yardım

kurumunun geliştirilmesiyle bertaraf edilebilir.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun dava şartı olarak arabuluculuk düzenlemesine kanun koyucu, HMK'nın dava şartlarının incelenmesi başlıklı 115. maddesinin 2. fıkrasında bazı dava şartlarının tamamlanması için taraflara kesin süre verilebileceğine ilişkin düzenlemesine atıf yapmamıştır. Bu durum dava şartlarının yokluğu nedeniyle davanın reddedilmesinde davanın açılmasıyla birlikte ortaya çıkan sonuçların korunabilme imkânını ortadan kaldırmaktadır. Oysa uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi, dava açıldıktan sonra da yerine getirilebilecek bir faaliyettir. HMK'nın 137. maddesi gereğince mahkeme, ön inceleme safhasında tarafları arabuluculuğa başvurması için teşvik edebilir. Bu düzenlemenin varlığına rağmen hâkimin arabuluculuğa başvurulmadığı gerekçesiyle davayı dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddetmesi hak arama özgürlüğüne aykırı sonuçlar doğuracaktır. Dolayısıyla mahkemenin davayı, doğrudan dava şartı yokluğu nedeniyle reddetmek yerine, hâkimin arabuluculuğa başvurmaları için taraflara kesin süre vererek, bu hususu bekletici mesele yapması gerekir. Taraflar verilen süre içerisinde arabuluculuğa başvurur ve anlaşma sağlarsa mahkemenin, davanın konusuz kalması nedeniyle hüküm verilmesine yer olmadığına ilişkin bir karar vermelidir.

Taraflara dava şartının tamamlanması için süre verilmediği durumlarda, dava açılmasıyla ortaya çıkan sonuçların korunup korunmayacağı sorunu oluşur. Bu sorunların yaşanmaması için de alternatif çözümler uygulanabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, davanın usulden reddedilmesi üzerine, davanın açılmasıyla birlikte ortaya çıkan sonuçların korunacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, arabuluculuğa başvurulmadan dava açılması durumunda dava şartı eksikliği nedeniyle davanın usulden reddedilmesi kararı üzerine, dava açılmasıyla birlikte meydana gelen sonuçların korunmayacağı söylenebilir. Zira bu durumda açık bir düzenleme mevcut değildir. Dava şartı eksikliği nedeniyle davanın usulden reddedilmesi durumunda dava açılmasıyla ortaya çıkan sonuçların korunacağına ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması, doldurulması gereken gerçek bir boşluktur. Tahkimde uygulanan HMK m. 20'nin kıyasen dava şartı olarak getirilen arabuluculuk yönteminde de uygulanabileceği kanaatindeyiz. Mahkemenin görevsizlik kararı vererek davayı, dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddetmesi kararının sonuçlarını arabuluculuğa başvurulmaması durumunda verilen usulden ret kararına kıyasen uyguladığımızda, davacının mahkemenin verdiği ret kararının kesinleşmesinden itibaren iki haftalık süre içerisinde arabuluculuğa başvurması durumunda ilk davanın açılmasıyla ortaya çıkan sonuçlar korunmuş olur. En azından maddi hukuka ilişkin sonuçlar açısından bunun kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Öte yandan,

burada özellikle işçileri koruyabilmek bağlamında Borçlar Kanunu madde 158’de, zamanaşımı süresinin kaçırılması halinde ek süre verildiğine ilişkin hükmün uygulanması imkânının da korunması gerekir. Dolayısıyla, mahkemenin davayı usulden reddetmesi kararının kesinleşmesinden itibaren 60 günlük süre içerisinde arabuluculuğa başvurulursa, karşı taraf zamanaşımı def’ini ileri süremeyecektir. Bölge Adliye Mahkemesi’nin ilk derece mahkemesi tarafından verilen hükmü kaldırması durumunda, dosya ilk derece mahkemesine gönderilir. Bu durumda nihai kararı veren İş Mahkemesi’nde davanın yeniden incelemesi yapılarak görülmesi gerekir. İş Mahkemesi de arabuluculuğa başvurma zorunluluğunun yerine getirilmediğini tespit ederse, davayı dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddetmelidir. Tarafların arabuluculuk yöntemine başvurup bu şartı yerine getirerek, arabuluculuk görüşmeleri sonunda uzlaşma sağlayamadığında davayı yeniden açma hakkı bulunmalıdır. Ancak bu durumun usul ekonomisine aykırı olduğu söylenebilir⁸⁴⁸.

Tarafların başvuracağı arabuluculuk büroları için yetki sınırlamasının yapılması ve yetkinin yanlış belirlendiğinin tespitinin ne arabuluculuk bürosunda ne de arabuluculuk bürosu tarafından belirlenen arabulucuda olmadığı, bunun belirlenmesi için mahkemede dava açılması gerektiği hususları uyuşmazlığın sürüncemede kalmasına sebebiyet verebilir. Ayrıca, başvuru sulh hukuk mahkemesinin belirlediği yetki alanı, daha sonra açılacak davada hâkimi bağlamamaktadır. Oysa arabuluculuk bürosunun yetkisi belirlenirken, iş mahkemelerinin yetkisine ilişkin kurallardan yola çıkılmıştır. Bu durumda hukuk devleti ilkesine aykırı olarak birbiriyle çelişen iki farklı kararın çıkması muhtemeldir.

Bir kimsenin haklı olduğu mahkeme kararı ile tespit edilmiş olsa bile yargılama giderlerinden mahkûm edilmesini düzenleyen bu hükmün, hak arama özgürlüğüne engel olduğu gerekçesiyle Anayasaya aykırılığı ileri sürülmektedir. Ancak ilgili hükmün tarafların hak arama özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırdığı söylenemese de hak arama özgürlüğünü sınırlandırdığı da kabul edilmelidir. Bu sınırlamanın yapılma amacı, sistemin tıkanmasını önlemek ve taraflara sadece ilk toplantıya katılma ödevi yüklemektir. Taraflar en azından sürece katılarak bilgi sahibi olacak ve müzakere konusunda da düşünme fırsatı yakalayacaklardır. Dolayısıyla amacın meşru olduğu kabul edilmelidir. Şöyle ki, taraf yargılama giderlerinden sorumlu olmak istemiyorsa, yapması gereken sadece arabuluculuk görüşmelerinin ilk toplantısına katılmaktır; şayet sürece devam etmek istemiyorsa, bunu ilk

⁸⁴⁸ Hatta doktrinde tamamlanması mümkün olmayan dava şartları için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi lüzümsüz olarak görülmüş olup, Bölge Adliye Mahkemesi’nin davayı usuli nihai kararla reddetmesi kanunun amacına dah uygun olacağı ileri sürülmüştür. Budak, Karaaslan, 2017, 353.

toplantıya katılarak belirtmelidir. Bu durumda taraf, yargılama giderlerinden sorumlu olmamaktadır.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun getirdiği düzenlemelerin hak arama özgürlüğü açısından tartışılması gereken diğer bir yeniliği de, arabuluculuk faaliyetine başvurunun zorunlu kılınması ile birlikte sürece başlangıç açısından iradilikten vazgeçilmesidir. Ancak arabuluculuğa başvurunun zorunlu tutulduğu durumlarda taraflar sürece başvuruya zorlanmış olsalar dahi, sürecin devamı ve sona erdirilmesi tarafların ihtiyarındadır. Eğer taraflar sürece başvuruya zorlandıkları gibi, başvuru sonucunda anlaşma yapmaya da zorlanmış olsalardı, adalete erişim imkânının tamamen ortadan kalkmış olacağından bahsedilebilirdi. Tarafların dava açma hakları, arabuluculuk sürecine başvurulduğunda zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işlemeyeceğine ilişkin düzenleme ile korunmaktadır. Dolayısıyla taraflar arabuluculuk sürecine katılmayı reddettiklerinde dava açma hakları devam edeceği için getirilen yeni düzenlemelerin hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil etmediği söylenebilir. Ancak arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun, tarafların doğrudan dava açma hakkını engellediğinin ve bunun adalete erişim hakkını sınırlandırdığının kabulü gerekmektedir. Bu sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığı, meşru bir amaca dayandığı ve orantılı olduğu sürece Anayasa'ya aykırı olmamaktadır.

İş Mahkemeleri Kanunu ile arabuluculuğa başvurma zorunluluğu getirilmesinin öncelikli amacı, uyuşmazlıkların kısa süre içerisinde daha az masrafla çözülmesi, sosyal barışa katkı sağlanması ve dolayısıyla da mahkemelerdeki iş yükü problemine çözüm oluşturulmasıdır. Bir diğer amaç ise, mahkemelerdeki yargılamayı daha etkili kılmak için tarafların uyuşmazlığı sağlıklı bir şekilde değerlendirmeleri için ortam hazırlanmasıdır. Ayrıca, başvurunun zorunlu tutulmasıyla tarafların arabuluculuğa başvurma isteksizliğine çözüm oluşturmak istenmiştir. Bu durum, tarafların sistem hakkında yeterli bilgiye sahip olmamalarından kaynaklandığı için, zorunlu arabuluculuk faaliyetiyle sistemi öğrenme fırsatı yakalayacaklardır. Böylelikle, arabuluculuk müessesesi tanınmış olacak ve zorunlu tutulmayan uyuşmazlık türleri için de taraflarda arabulucuya başvurma isteği oluşacaktır. Bu noktada erteleme süresinin uzunluğu da orantılılık bakımından değerlendirmeye alınmalıdır. Zorunlu arabuluculuk faaliyetinde görüşmelerin uzunluğu için üç haftalık asli süre belirlenmiş olup bu süre zorunlu hallerde bir hafta daha uzatılabilecektir (İMK m.3/10). Bu durumda tarafların arabuluculuk faaliyeti olumsuz sonuçlandığında dava açma hakları maksimum dört hafta uzamış olacaktır. Tarafların dava açtıklarında yargılamanın yıllarca sürmesi ihtimaliyle karşılaştırıldığında dava açma hakkının makul denebilecek bir süreyle ertelendiği söylenebilir. Öte yandan, arabuluculuğa başvurunun zorunlu olduğu

durumlarda arabulucunun ücretinin taraflardan tahsis edilecek olmasının yargılama giderleri dışında ilave masraf doğuracağı gerekçesiyle orantısızlık oluşturacağı düşünülebilir. İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 14. fıkrasının son cümlesinde, devlet tarafından karşılanan ve taraflarca ödenen arabuluculuk ücretinin, yargılama giderlerinden sayılacağı ve yargılama sonunda haksız çıkan taraflarca karşılanacağı belirtilmiştir. Bu durumda iki saatten az süren görüşmeler için tarafların arabuluculuk faaliyetine başvuruya kendi istekleri ile katılmadıkları gerekçesiyle, devlet tarafından karşılanan ücretin, yargılama giderlerinden sayılmasının ve davada haksız çıkan taraftan alınıyor olmasının tarafa ekstra bir maliyet yüklediği söylenebilir.

Düzenleme ile ortaya çıkan diğer bir sorun ise, taraflardan bölgesel olarak belirtilen sınırlar içerisinde kalan adalet komisyonlarında bulunan listelerde yer alan arabuluculardan birisi üzerinde anlaşmalarının istenmesidir. Bu çerçevede seçilecek tarafsız üçüncü kişi bakımından yetki sınırlamasına gidilmesi üçüncü kişiye güvenilmesinin önünde büyük bir engel oluşturur. Söz konusu düzenleme arabuluculuk faaliyetine hakim olan gönüllülük ilkesiyle de çelişmektedir. Zira bu düzenleme gereği, tarafların güvendikleri ve üzerinde anlaştıkları arabulucunun varlığına rağmen, sırf ilgili arabuluculuk bürolarının yetki alanında yer almadığı gerekçesiyle bu kişiler arabulucu olarak belirlenememektedir. Tarafların yetki bakımından seçimlerinin bu şekilde sınırlanması, tarafların ortak bir arabulucu üzerinde anlaşma ihtimallerini azaltmaktadır. Arabulucunun seçimi noktasında sicile kayıtlı yeterli sayıda arabulucunun olmaması da arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesiyle ortaya çıkan başka bir sorundur.

Kanun metninde tarafların “geçerli bir mazeret” bildirmeden arabuluculuk görüşmelerine katılmamasından bahsedilmektedir. Bu noktada hangi mazeretlerin geçerli olacağı, tarafların mazeretlerini ne kadar süre içerisinde ve ne şekilde bildirmesi gerektiği belirtilmemiştir. Kanunun gerekçesinde sadece tarafların ileri sürdüğü mazeretlerin geçerliliğini inceleyecek merciinin ilk etapta arabulucu olduğu belirlenmiştir. Ancak arabulucunun hangi kriterlere göre bu değerlendirmeyi yapacağı konusu belirsizdir. Arabulucunun yapacağı bu değerlendirmenin denetlenebilmesi ancak uyuşmazlık hakkında dava açıldığında mümkün olmaktadır. Mahkeme yapacağı bu değerlendirmeyle ileri sürülen mazeretin geçerliliği konusunda nihai bir karar verecektir. Ancak yargılama sırasında mazeretin geçerli olup olmadığı incelenirken tarafların konuya ilişkin ispat faaliyetine girişmesinin gerekip gerekmediği konusu da belirsizlik arz etmektedir. Bu inceleme sonunda, arabulucu tarafından geçerli görülmeyen mazeret mahkeme tarafından yerinde görülürse uyuşmazlık arabulucuya tekrar gönderilmeyip, mahkeme tarafından

sonuçlandırılır. Ancak İş Mahkemeleri Kanunu'nun gerekçesinde belirtilen bu husus, arabuluculuğa başvurunun zorunlu kılınması hususuyla çelişki oluşturmaktadır. Zira amaç uyuşmazlığın dava yerine arabuluculuk faaliyetiyle çözüme kavuşturulması olduğundan bu noktada mahkemenin uyuşmazlığı arabuluculuk faaliyetiyle çözmeleri için taraflara süre vermesi gerekmektedir.

Arabulucunun arabuluculuk faaliyeti sırasında yaptığı işlemlerden dolayı taraflara zarar vermesi durumunda doğacak hukuki sorumluluğuna ilişkin mevzuatımızda herhangi düzenleme bulunmamaktadır. Arabulucunun hukuki sorumluluğuna uygulanacak hükümler tespit edilirken arabuluculuk faaliyetinin hukuki niteliği ve arabulucunun hukuki statüsü belirlenmiştir. Arabuluculuğun uyuşmazlıkları sona erdiren bir faaliyet olduğu düşünüldüğünde adli hizmetlerin ifasına yönelik olduğu bu nedenle de kamu yararını sağladığı söylenebilir. Arabulucunun da taraflara eşit mesafede yer alıp, karşılıklı olarak her iki tarafın da menfaatlerine uygun olarak hareket ettiği ve uyuşmazlığın çözülmesine yardımcı olduğu için dolaylı olarak kamunun menfaatine hizmet ettiği söylenebilir. Doktrinde, farklı nitelendirmeler bulunmakla birlikte, bizim de katıldığımız görüş çerçevesinde, arabuluculuk faaliyetinin bir kamu hizmeti, arabulucunun da diğer kamu görevlisi olduğunun kabulü gerekmektedir. Tarafların bazı uyuşmazlık türlerinde dava açmadan önce arabuluculuk yöntemine başvuruya zorlanmaları, bu faaliyet için bir arabulucunun belirlenme zorunluluğu ve arabulucunun bu faaliyeti resmi bir sıfatla yerine getirmesi arabulucunun sorumluluk hükümlerinin belirlenmesinde göz ardı edilmemesi gereken hususlardır. Dolayısıyla arabulucunun hem görevinin niteliği, hem bu görevi resmi bir sıfatla yerine getiriyor olması, hem de görevlendirilme şekli düşünüldüğünde arabulucunun haksız fiil sorumluluğunun kamu hukuku kuralları ile belirlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Arabulucunun sorumluluğuna ilişkin mevzuatımızdaki boşluk, doğrudan Anayasa hükümleri uygulanarak doldurulacaktır. Bu bağlamda 1982 Anayasası'nın 129/V ve 40/II maddelerini birlikte değerlendirdiğimizde zorunlu arabuluculuk faaliyetinin ifası sırasında kusuruyla uyuşmazlığın taraflarına veya uyuşmazlığın tarafı olmayan üçüncü kişilere zarar verdiğinde tazminat davası, ancak devlet aleyhine açılabileceği sonucuna varılacaktır. Devlet de bu madde kapsamında ödediği zararın tazmini için kusuru oranında arabulucuya rücu edebilir. Burada belirtilen sorumluluğun klasik haksız fiil sorumluluğundan farkı, davanın doğrudan hukuka aykırı fiilleriyle zarar verene değil, devlete karşı açılacak olmasıdır.

Arabuluculuk faaliyetinin anlaşmayla sonuçlanması durumunda anlaşma belgesine icrai etki kazandırılması mümkün olup, bu durum, anlaşma metninin uygulanabilirliği ve anlaşmaya rağmen dava açılıp açılmayacağı konularında önem arz etmektedir. Getirilen yeni düzenlemeyle birlikte arabuluculuk faaliyeti sonucunda imzalanan anlaşmanın icrai etkiye sahip olması için yapılması gerekenler anlaşmaya katılanlara göre değişiklik göstermektedir. Bu nedenle meselenin iki açıdan ele alınması gerekmektedir. Bazı durumlarda zorunlu arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan anlaşma doğrudan ilâm niteliğinde belge olarak kabul edilmekte ve herhangi bir işleme gerek olmaksızın ilamlı icranın konusunu oluşturur. Bu husus, anlaşma metninde avukatın, tarafların ve arabulucunun imzalarının bulunması halinde geçerlidir. Avukatın imzası olmadığı durumlarda ise, bu belge ancak mahkemeden icra edilebilirlik şerhi alınması durumunda ilamlı icranın konusu oluşturabilir. Şayet anlaşma belgesinde avukatın imzası bulunmaz ve icra edilebilirlik şerhi de alınmazsa, anlaşma yalnızca tarafların ilişkilerini düzenlemek konusunda iyi niyetli olduklarını gösteren bir belge niteliğinde olur. Dolayısıyla taraflar açısından herhangi bir bağlayıcılığı olmaz. Ancak arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan anlaşmaya taraflar uygun davranmadığında mahkemeye başvurularak anlaşmaya uygun davranılmasının talep edilebilir.

Tarafların arabuluculuk görüşmeleri sonucunda vardıkları anlaşmanın bağlayıcı olup olmadığının bir diğer sonucu da anlaşmaya rağmen tarafların dava açıp açamayacağı noktasında ortaya çıkmaktadır. Getirilen yeni düzenleme gereği taraflar arabulucu huzurunda anlaşma sağladıklarında, artık anlaşmada yer alan hususlar hakkında dava açılmayacaktır (HUAK m.18/5). Getirilen yeni düzenlemenin, arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan anlaşmanın ilam niteliğinde belge olup olmadığına göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Bir uyuşmazlık hakkında dava açılmadan önce arabuluculuk faaliyetine başvurulur ve varılan anlaşmaya icra edilebilirlik şerhi verilirse, aynı uyuşmazlığın tekrar dava edilmesi mümkün değildir. Zira uyuşmazlık için ilam niteliğine haiz bir belge olduğundan açılan davanın hukuki yarar yokluğundan reddedilmesi gerekmektedir. Hukuki yararın varlığının kabulü, tarafın o hakka erişmek için mahkeme kararına ihtiyacı olmasını gerektirir. Arabuluculuk faaliyeti sonucunda taraflar arasındaki uyuşmazlık çözüldüğü için tarafın o hakka erişmesinde mahkeme kararına ihtiyaç duyulmamaktadır. Taraf hakkına erişmek istediğinde şartlarını taşıyan anlaşma belgesini doğrudan ilamlı icraya koyabilir. Buna rağmen, dava açılmış ise, mahkemenin karar verilmesine yer olmadığı kararı vermesi gerekir. Anlaşma belgesi doğrudan ilam niteliğinde belge olmadığında borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olarak kabul edilir. Taraflar

dilerse sözleşmeye uygun davranabilir, dilerse sözleşmeye aykırı davranarak yeni bir uyumsuzluk ortaya çıkarabilir. Taraflar sözleşmeye uygun davranmadığında sözleşmeye aykırılıktan dolayı dava açılması mümkündür. Açılacak bu davada tarafların arabuluculuk faaliyeti sırasında vardıkları anlaşma delil olarak kullanılabilir. Sözleşme adi şekilde yapılmış ise, kesin delil veya şartları varsa İİK m. 68 anlamında bir belge olur; şayet noter tarafından düzenleme veya onaylama şeklinde yapılmış ise İİK m.38 anlamında ilam niteliğinde belge olduğu kabul edilir.

KAYNAKLAR

- Akan, P. (2013). *Arabuluculuk ve Deniz Hukuku'na İlişkin İhtilaflarda Uygulanması*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Akcan, R. (2008). "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ile İlgili Bazı Düşünceler". *Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan*. Ankara: Turhan Kitapevi.
- Akil, C. (2014). "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı". **Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan**. C. I, Ankara: Yetkin Yayınları, 75- 135.
- Akil, C. (2012). "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 16(4), 1-17.
- Akkaya, T. (2014). "Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakimın Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci(Aile) Danışmanlığı". *Ankara Barosu Dergisi*. S. 4, 23-62.
- Akyılmaz, B., Sezginer, M., Kaya, C. (2016). *Türk İdare Hukuku*. (7. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Akyol Aslan, L. (2014). "Dava Konusu Dışında Kalan Hususların Sulhun Kapsamına Dahil Edilmesi". *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan*. Cilt I. İstanbul: Yetkin Yayınları.
- Alangoya, Y. (1973). *Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi.
- Alangoya, Y. (1999). *Medeni Usul Hukukunda Dava Ortaklığı*. İstanbul: Nemaş A.Ş.
- Alangoya Y. (1981). "Anayasa'nın Usul Hukuku'na Etkisi". *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*. S. 2, 1-4.
- Alpagut, G. (14 Mayıs 2016). "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi". K. Doğan Yenisey (Editör). İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı. İstanbul. Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 195-219.
- Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, (2016). *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Arslan, R. (1989). *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*. Ankara: S Yayınları.
- Atalay, O. (19-20 Ekim 2007). "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı, Tasarı Üzerine Genel Tartışma ve Değerlendirme". *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-VI, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanunu Tasarısı*, İzmir: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- Atalı, M. (2006). "İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Ön Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler". *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi*. S. 3. 607-631.
- Atalı, M. (2017). *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*. (15. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayınları.

- Ayan, S. (2004). *Evlilik Birliğinin Korunması*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- Balta, T. T. (1970). *İdare Hukukuna Giriş*. Ankara: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü.
- Başpınar, V. (2004). *Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*. (2. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Bedük, M. N. (2009). Toplu İş Hukukunda Resmi Arabuluculuk Uygulaması (Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri). *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*. 6(24), 1347-1427.
- Berki, Ş. (1975). “Boşanma ve Ayrılık”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. S. 1, 135-154.
- Biçkin, İ. (2006). “Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”. *Hukuki Perspektif Dergisi*, 7, 34-39.
- Bilge, M. T. (2014). “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Açısından Kamu Düzeni Kavramı”. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I*. İstanbul: Sümer Kitapevi, 93-144.
- Bozkurt, H. A. (2012). *İş Yargılaması Usul Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Budak, A.C., Karaaslan, V. (2017). *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Budak, A. C. (2014-2015). “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Kanun yolu Hükümlerinin Zaman Bakımından Uygulanması”, *YÜHFD. Prof. Dr. Yaşar Gürbüz’e Armağan*. 11 (2).
- Bulur, A. (2007). “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”. *Ankara Barosu Dergisi*, 65(4), 30-46.
- Bulur, A. (09 Ocak 2014). 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler. Ankara Barosu VIII. Uluslararası Hukuk Kurultayı’nda “Arabuluculuk ve Diğer Uzlaşım Yöntemleri Çalıştayı’nda tebliğ olarak sunuldu, Ankara.
- Burkhard, H. “*Die Entwicklung Der Gerichtsinternen Mediation Deutcland*”. (2010). “Almanya’da Mahkeme içi Arabuluculuğun Gelişimi” (Çev. Nedim Meriç). Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları Yayın No: 215. (Eserin Orjinali 9.4.2010 tarihindeki Viyana Medenî Usûl Hukukçuları Toplantısında sunulmuştur), 295-337.
- Canbolat, T. (2013). 6356 Sayılı Kanunda Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk. *Çalışma ve Toplum*. S. 3, s. 252.
- Colombo, G. F. (2012). “Alternative Dispute Resolution, (ADR) in Italy: Inspiration an National Problems”. *Ritsumeikan Law Review*. N. 29, 71-80.
- Cooley, J. W. (2005). “The Intersection of Evaluation by Mediators and Informed Consent: Warning the Unwary” *Ohio State Journal on Resolution*. 21(1), 45-72.

Commercial Mediation- A Comparative Review, (June 2013). 23, Web: file:///C:/Users/Toshiba/Downloads/6163_Commercial_Mediation-_SEPT_2013_Review_FINAL_WEB.PDF.

Çağlayan, R. (2017). *İdare Hukuku Dersleri*. (5. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.

Çelik, N., Caniklioğlu, N., Canpolat, T. (2016). *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta Yayınları.

Çelikoğlu, C. T. (2014). “6325 Sayılı HUAK’a Göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleri İle İlişkisi”. *Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan*, C.I, Ankara: Yetkin Yayınları.

Çenberci, M. (1969). *İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayınları.

De Palo G., Bernadini P., Cominelli, L. (2003). “Mediation in Italy: the Legislative Debate and the Future”. *Alternative Dispute Resolution Bulletin*, 6(3). 51-53.

De Palo G., Harley P.(2005). “Mediation in Italy: Exploring the Contradictions”. *Negotiation Journal*. Vol. 21, 469-479.

Deliduman, S. “ Medeni Yargıda Avukatlık. *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 7(1-2), 384.

Demir, Ş. (2008). “Yeni Bir Meslek Arabuluculuk”. *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*. 21, 137-145.

Demir Ş. (2014). *Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi*. Ankara: Adalet Yayınevi.

Demir, Ş.(2014). “Arabuluculuk ve Aile İçi Şiddet ve Uzlaşmaya Tabi Suçların İlişkisi”. *Ankara Barosu Dergisi*. S. 2, 213-228.

Demir, Ş. (2013). “Arabuluculuk Arkadaşlığı”. *Ankara Barosu Dergisi*. S. 2, 291-314.

Demircioğlu, H. R. (2015). “Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Uygulanabilirliği”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. Y. 6, S. 23, 45-84.

Demircioğlu, Y. (2007). *Medeni Yargılama Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Deren Yıldırım, N. (2007). “Tahkim ve Objektif Açından Tahkime Elverişlilik”. *Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan*. İstanbul: Alkım Yayınevi.

Doğan Yenisey, K. (14 Mayıs 2016). “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı İle Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”. K. Doğan Yenisey (Editör). *İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi*. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı. İstanbul. Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 167-195.

Dost, (2006). *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi*, Ankara: Adalet Yayınevi.

Dost, S. (2014). “Arabuluculuk Ücret Masrafları Hakkında Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. S. 155, 449-476.

Duran, L. (1984). “Anayasa’nın 128. ve 129. maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri Bakanların Durumu ile İlgili Yorum”. *Anayasa Yargısı*.

Edwards, H.T. (1986). “Alternative Dispute Resolution: Panacea Or Anatherna?”. *Harvard Law Review*. 99(3), 668-684.

Ercan, İ. (2006). “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Bağlamında Medeni Yargıda Avukat İle Temsil Zorunluluğu”. *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi*. S. 3, 5, 1275-1299.

Ercan, İ.(2007). “Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi”. *Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan*. İstanbul: Alkım Yayınevi, 63-102.

Erdem, M. (2010). *Özel Hukukta Zamanaşımı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Erdemir, M. A. (2017). “Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Arabuluculuk ve İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı”. *Terazi Hukuk Dergisi*. 12(132), 70-81, 4. Web: <https://jurix.com.tr/article/8051>. adresinden 26 Aralık 2017.

Erdoğan, E., Erzurumlu, N. (2016). *Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı*. İstanbul: SETA Yayınları.

Erdoğan, E. (2017). “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Değerlendirilmesi”. *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*. 14(55), 1211-1242.

Erdoğan, E. (2013). “Paylı Mülkiyete Konu Eşyada Mecburi Dava Arkadaşlığı ve Davayı Birlikte Açma Zorunluluğunun Usul Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”. *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi*. S. 2, 183-212.

Erdönmez G. (2017). *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*. (15. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Erişir E., Tekin C. (2008). “Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Üzerine Yeşil Kitap”. *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi*. S. 9, 131-165.

Erişir, E.(2009). “Arabuluculuk Müessesesinin Anayasa ya Uygunluğuna ve Devlet Yargısına Nazaran Öncelik Verilmeye Değer Olduğuna İlişkin 14.2.2007 Tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 11(Özel Sayı), 225-235.

Ermenek, İ. (2015). *Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Ermenek, İ. (2009). *Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul*. Ankara: Adalet Yayınevi.

Ermenek, İ. (2014). “Hakem Yargılamasında Bağlantılı Davalar”. *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan*. C. II. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası.

Ermenek, İ. (2009). *İflasın Ertelenmesi*, Ankara: Adalet Kitabevi, (Ermenek-Erteleme).

Ermenek, İ. (2013). “Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri”.*Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 17(1-2), 563-630.

Ermenek, İ. (2014). “Hukuk Muhakemeleri Kanununun Yürürlüğe Girmesinden Sonra Yargılama Giderlerine İlişkin Olarak Ortaya Çıkan Bazı Güncel Sorunlar ve Usul Ekonomisi İlkesi”. *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Birliği Özel Sayısı, 215-230.

Ersen, Perçin, G. (2011). “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri”. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*. 31(2), 177-201.

Eyrenci, Ö. (2004). 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*. S. 1, (15-57).

Fikret, E.(1970). “Adli Yardım”. İmran Öktem’e Armağan. Ankara: Ankara Üniversitesi, 108.

Gabellini, R. (2010). “The Italian Mediation Law Reform”. *Alternative Disputes Resolution Bulletin*. 12(3), 63-70.

Giritli, İ., Pertev, B., Akgüner, T. (2008). *İdare Hukuku*, (3. Baskı). İstanbul: Der Yayınları.

Gottwald, W. (2009). “Gerichtsnahe Mediation-Erfahrungen und Lehrenaus dem Modellprojekt in Niedersachsen”. *Haft feritjof/von Schlieffen, Katharina Grafın(Hrsg). Handbuch Mediation*. Münih. 963-986.

Göksu, M. (2017). “Mandatory mediation in labour disputes”. *PressAcademia Procedia (PAP)*. Vol. 3, 378-384.

Gözler, K. (2016). *İdare Hukuku*. Cilt II. (2. Baskı). Bursa: Ekin Yayınevi.

Gözübüyük Ş., Tan, T. (2001). *İdare Hukuku Genel Esaslar*. C. I. Ankara: Turhan Kitapevi.

Green C. (2010). “ADR: Where did the alternative go? Why mediation should not be a mandatory step in the litigation process”. *Alternative Disputes Resolution Bulletin*, 2010, 12(3), 54-60.

Gümüő, M. A. (2012). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. C.II. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Günay, C. (2000). *İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Günday, M. (2011). *İdare Hukuku*. (10. Baskı), Ankara: İmaj Yayınevi.

Gür, O. (2017). *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*. Ankara: Adalet Yayınevi.

Güran, S. (1989). “Anayasa Mahkemesi’nin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı”. *Anayasa Yargısı IV*.

Güran, S. (1984). “Anayasa’nın 128. ve 129. maddeleri yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu”. *Anayasa Yargısı I*.

Güzel, A. (2016). İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler, *Çalışma ve Toplum*, 3, 1131-1146.

Hanağası, E. (2009). *Davada Menfaat*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Hanks, M. (2012). “Perspectives on Mandatory Mediation”. *University of New South Wales Journal*. 35(3), 929-952.

Hutchinson, C. C. (1996). “The Case for Mandatory Mediation”. *Loyola Law Review*. 42, 85-95.

Ildır, G. (2006). “İş Kanunu’na Göre Uyuşmazlıkların Özel Hakem Yolu ile Çözümü”. *Terazi Hukuk Dergisi*. Yıl:1, S. 2, 11-16.

Ildır, G. (2003). *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Kalabalık, H. (2014). *İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları*. (5. Baskı). Konya: Sayram Yayınları.

Kaplan, Y. (2008). “Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bakış”. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 28(1-2), 115-146.

Karacabey, K. (2016). “Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 123, 451-488.

Karadaş, İ. (2013). *6100 Sayılı HMK’da Düzenlenen Ulusal(İç) Tahkim*. Ankara: Adalet Yayınevi.

Karahanoğulları, O. (2016). *Kamu Hizmeti(Kavram ve Hukuksal Rejim)*. (3. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi.

Karşı, A. (2012). *Medeni Muhakeme Hukuku*. (Üçüncü Baskı). İstanbul: Alternatif Yayınları.

Kaşıkkara, M. (2009). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye*. Ankara: Adalet Yayınevi.

Kavasoğlu, Abdurrahman. (2010). “Alman Usul Hukukunda Uyuşmazlıkların Mahkeme Dışı Çözüm Yolları ve Mediation”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 68(1-2), 197-218.

Kayalı, D. (2009). “Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Basamaklı Uyuşmazlık Çözüm Şartları”, *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, C.I, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 499-517.

Keskinsoy, Ö. (2004). “Kamu Görevlisi”. *Sosyal Güvenlik Dünyası*. 7 (28).

Kılıçoğlu, M. (2011). *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Uyarlı İş Yargılamaları Usulü*. İstanbul: Legal.

Kılınç, A. (2013). *Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım*. Ankara: Adalet Yayınevi.

- Kılıkş İ., Selver Başdoğan, Y., Baştürk Ş. (2014). “Türkiye’de Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk ve Uzlaştırma Sisteminin Evrimi ve Sistemin Etkinliğini Arttırıcı Öneriler”. *Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*. 16(1), 53-81.
- Kıyak, E. (2015 Nisan). “Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 6(21), 523-548.
- Kekeç, E. K. (2014). *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*. (3. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Kekeç, E. K. (2-3 Nisan 2012). “Mahkeme Bağlantılı Arabuluculuk”. Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumu. Strateji Geliştirme Başkanlığı 32, 58-608.
- Konuralp, H. (1998). “75. Yılda Cumhuriyet Yargı Düzeninin Düşünsel ve Yapısal Kesiti Üzerine Bazı Gözlemler”. *Yeni Türkiye*. S. 23-24, 3820-3825.
- Koral, R. (1947). “Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 13(1), 193-218.
- Koral, R. (1982-1983), “ Hakemliği Hukuki Mahiyetini Tayinde Kullanılan Kriterler ve Bir Seminerin Bıraktığı İzlenimler”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 1982-1983, 1-4.
- Koral, R. (1947). “İç Hukukumuzda Tahkim”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 3, 1038-1081, (Koral-Tahkim).
- Kurt Konca N. (2009). *Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Kuru, B. (1964). “Dava Şartları”. *Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
- Kuru B. (1984). “Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması için Alınması Gereken Tedbirler”. *İstanbul Barosu Dergisi*. S. 4-6, 166-185.
- Kuru, B. (2016). *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*. (1. Baskı). İstanbul: Legal Yayınları, (Kuru-İstinaf).
- Kuru B. (2010). “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler”. *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi*. 2, 237-246.
- Lande, J. (2002). “Using Dispute System Design Methods to Promote Good-Faith Participation in Court Connected Mediation Programs”. *50 UCLA Law Review*. 69, 69-141.
- Loi, P. (14 Mayıs 2016). “İtalyan İş Hukukunda Arabuluculuk ve Uzlaşma”. K. Doğan Yenisey (Editör). İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı. İstanbul: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 121-149.
- Lossen, H., Verghe, C.(1993). Familienberatung bei Trennungund Scheidung-Modellprojekt im Familiengericht Regensburg FamRZ, 768-771.
- Manav, E. (2015). “İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri”. *Çalışma ve Toplum*. S. 4, 185-222.

- Mnookin, R.H. (1998). "Alternative Dispute Resolution". *Harvard Law School John M. Olin Center for Law*. (Economics and Business Discussion Paper Series), 232-243.
- Moffitt, M. (2003). "Suing Mediators". *Boston University Law Review*. 83(147), 148-206.
- Moore C. W. (2016). *Arbuluculuk Süreci* (Çev. T. Kaçmaz, M. Tercan 4. Baskıdan çeviri), Ankara: Nobel Yayınları, (Eserin orijinali 2014 yılında yayımlanmıştır).
- McNally, E. M., MacDonald B.(1996). "The New Delaware". *Del. Journal Corp. Law*. 2(1), 87-102.
- Moffitt, M. (2003). "Suing Mediators". *Boston University Law Review*. 83(147), 149,150.
- Morris, L. M. (1986). "Mandatory Custody Mediation: A Threat to Confidentiality". *SanTA Clara Law Review*. 26(3), 745-758.
- Mustill, M. J., Boyd C. (1989). *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*. London.
- Namlı, M. (14 Mayıs 2016). "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı İle Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi". K. Doğan Yenisey (Editör). *İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı. İstanbul. Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu*, 151-167.
- Namlı, M. (2008). "Belçika Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumunun Esasları". *Arbuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiriler Öneriler-Sempozyum Notları*. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları.
- Nelle, A. (1992). "Making Mediation Mandatory: A proposed Framework". *Journal on Dispute Resolution*. Vol.7, 287-313.
- Nelle A., Hacke, A. (2001). Obligatorische Mediation: Selbstwidersprucho der Reforminstrument? Zeitschrift für Konfliktmanagement.
- Newman, P. (1999). *Alternative Dispute Resolution*. Hertfordshire.
- Nolan-Haley, J. (2012). "Is Europe Headed Down the Primrose Path with Mandatory Mediation". *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*. 37(4), 982-1011.
- Odaman, Karaçöp, E. (2016). "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağında Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 35, 51-65.
- Oğuz, Özgür. (2016). *Türk İş Hukuku'nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*. İstanbul: Legal Yayınevi.
- Onar, S. S. (1966) *İdare Hukukunun Umumi Esasları*. Cilt I. (3. Baskı). İstanbul: Hak Kitapevi.
- Onar, S. S. (1966). *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.II, İstanbul: Hak Kitabevi.
- Önen, E. (1972). *Medeni Yargılama Hukukunda Sulh*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

- Önen, E. (1976). Feregat ve Kabul Kesin Hüküm Teşkil Etmez. *Ankara Barosu Dergisi.*, 26-39.
- Özay, İ. (2004). “*Günışığında Yönetim*” İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Özbay, İ. (2006). “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”. *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.* 10(3-4), 459-475.
- Özbek, M. S. (2007). “Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1, 183-231.
- Özbek M. S. (2016). *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü.* (Dördüncü Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Özbek, M. S. (2001). “Avukatlık Kanunu’nun 35/a maddesine göre Arabuluculuk”. *Ankara Barosu Dergisi.* 3, 113-139.
- Özbek, M. S. (2010). “Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk”. *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk.* Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 107-154.
- Özbek, M. S. (2007). “Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi.* 68, 265-320.
- Özbek, M. S. (2004). “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış”, *GÜHFD, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan*, 1, 261-292.
- Özbek, M. S. (2002). “Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi D.* 1, 121-162.
- Özbek, M. S. (2005). “İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller(I)”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi.* S. 56, 90-132.
- Özbek, M. S. (2005). “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin ‘Aile Arabuluculuğu’ Konulu Tavsiye Kararı”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.* 7(2), 71-99.
- Tutumlu, M. A. (2009). *Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku.* C. I, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özekes, M., Birben, E. “2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunundaki Mecburi Tahkim ile İhtiyari Tahkimin Karşılaştırılması”. *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan.* İzmir 2001, 177-204.
- Özekes, M. (2006). “Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi”. *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 7, 40-45.
- Özekes, M. (2017). *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku.* C.II. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Özekes, M. (2003). *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı.* Ankara: Yetkin Yayınları.
- Özfirat, S., Özensoy, N., Akman, N. (2005). “Avukat Birliği Avukatlık Meslek Etik Kuralları”. *Ankara Barosu Dergisi.* 2, 75-88.

Özmumcu, S. (2015). “Usuli Adalet (Procedural Justice) ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri (Alternative Dispute Resolution) Üzerine Bir Değerlendirme”. *Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan*. C.II. Ankara: Yetkin Yayınları, 1275-1299.

Özmumcu, S. (2016). “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 74 (2), 807-842.

Özmumcu, S. (2013). “Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 71(1), 1357-1377.

Öztek, S. (2008). “Hukuk Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Kanunu Tasarısına İlişkin Görüş ve Öneriler”. *Arabuluculuk Yasa Tasarısı- Görüş ve Öneriler Sempozyum Notları*. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları.

Öztek, S. (1996). “Hukuk Davalarında Adil ve Çabuk Yargılanma, Aksaklıklar-Çözüm Önerileri”. *Yeni Türkiye*. S.10, 494-501.

Öztürk, N., Yarar G. (2015). “AB 2008/52/EC Arabuluculuk Direktif Hükümlerinin Bazı Üye Devlet ve Türk Hukukunda Yansımaları”. *Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan*, C. II, Ankara: Yetkin Yayınları, 1351-1387.

Şanlı, C. (1996). “Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları Üzerine Düşünceler”. *Yeni Türkiye*. S. 10, 461-465.

Pekcanitez, H., Taş Korkmaz, H. (2017). *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku. (15. Baskı)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Pekcanitez, H. (2005). “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”. *Hukuki Perspektifler Dergisi*. 5, 12-16.

Pekcanitez, H. (2015). “Tahkim İlk İtirazı”. *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi*. S. 32.

Pekcanitez H. (2000). “Hukuki Dinlenilme Hakkı”. *Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 753-791.

Pekcanitez, H. (2008). “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı’nın Tanıtımı”. *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı*, (İzmir 19-20 Ekim 2007). Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 247-264.

Pekcanitez, H., Atalay, O., Özkes, M. (2016). *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. (4. Baskı). Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Pekcanitez, H. (2015). “Hukuk Muhakemeleri Kanununun Tahkime İlişkin Hükümlerinin Zaman İtibariyle Uygulanması”. *Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan*. Cilt II. Ankara: Yetkin Yayınları, 1393, (Pekcanitez-Tahkim).

Pekcanitez H. (1995). “Yargı Reformu Yapılmasını Gerektiren Nedenler”. *İzmir Barosu Dergisi*. 2, 103-113.

Pekcanitez, H. (1999). “Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi”. *Av. Dr. Faruk Erem Armağan*, Ankara: TBB Yayınları, 635-666.

Petek H. (2000). "Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları". *İzmir Barosu Dergisi*. S. 3, 47-54.

Pirler, B. (14 Mayıs 2016). Açılış Konuşması, K. Doğan Yenisey (ed.) *İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı*, 7-10.

Postacıoğlu, İ. E., Altay, (2015). *Medeni Usul Hukuku Dersleri*. İstanbul: Vedat Yayıncılık.

P., Bradley, O., Ronald. (1982). Enforceability of Agreements to Participate in a Minitrial. *Corporate Dispute Management*.

Quek, D. (2010). "Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining The Feasibility of Implementing a Court - Mandated Mediation Program". *Cardozo Journal of Conflict Resolution*. Vol.11, 479-509.

Reuben, R. C. (2007). "Tort Reform Renews Debate Over Mandatory Mediation". *Dispute Resolution Magazine*. 13(2), 13-15.

Sander, E.A. (2007). "Another View of Mandatory Mediation". *Dispute Resolution Magazine*. 13(2), 16, 885-895.

Sarisözen, M. (2010). *"Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Işığında Avukatlık Hukukunda Uzlaşma"*. Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Süzek, S. (2017). *İş Hukuku*. (14. Baskı). Ankara: Beta.

Streeter-Schaefer, H. A. (2001). "A Look at Court Mandated Civil Mediation". *Drake Law Review*. Vol. 49, 368-389.

Subaşı, İ. (2003). "Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk". *Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan*. Cilt II. İstanbul: Beta, 743-833.

Sungurtekin Özkan, M. (2005). "Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi". *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*. 2, 353-369.

Swaleh, B. M. (2016). An Analysis Of Mandatory Mediation, Strathmore University Faculty of Law, Web: <https://su-plustrathmore.edu/handle/11071/4817> adresinden 06. Haziran 2017 tarihinde alınmıştır.

Şahin Ceylan Ş. (2009). *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Şıpka, Ş. (2007/2). "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi". *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*. Yıl: 6. S. 12, 163-177.

Şişli, Z. (2012). Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm. *Ankara Barosu Dergisi*. 2, 45-67.

Tan Dehmen, M. (2006). "Tahkim öncesi Müzakere ya da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi". *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Aslan Gündüz'e Armağan*. 1-2, 451-471.

Tanrıver S. (1997-98). “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi”. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*. Y. 17-18, 467-491.

Tanrıver, S. (2012). “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. S. 99, 15-34.

Tanrıver, S. (2011). “Hukuk Yargısının Temel Sorunları ve Bu Bağlamda Alınması Gereken Önlemler”. *Makalelerim II (2006-2010)*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 115-142.

Tanrıver, S. (2016). *Medeni Yargıda Bilirkişilik*. Ankara 2016.

Tanrıver, S. (1993). *Konkordato Komiseri*, Ankara: Yetin Yayınları.

Tanrıver, S. (2010). “Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi”. *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan*. C. II. Ankara: Turhan Kitapevi, 2025-2036.

Tanrıver, S. (2006). “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 64, 151-177. (Tanrıver-Arabuluculuk).

Tanrıver, S. (2009). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi, *Prof. Dr. Ali Nail İnan’a Armağan*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 637-656.

Tanrıver, S. (2006). “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış”, *Makalelerim(2006)*. Ankara: Asil Yayın Dağıtım, (59-77).

Tanrıver, S. (1996). *İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Tanrıver, S. (1-2 Kasım 2013). “Genel Olarak Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları ve Aralarındaki Temel Farklıları”. Doğan C., Aksoy Gülaslan Pınar (Editörler). *V. Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara, 277-283.

Tanrıver, S. (2016). *Medeni Usul Hukuku*. Cilt I. Ankara: Yetkin Yayınları.

Tanrıver, S. (2000). “Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması için Alınması Gereken Önlemler Üzerine”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. S. 1-4, 67-83.

Tanrıver, (1994). “Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler”. *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1-2, 333-348.

Taşkın, A. (2005). *Hakem Sözleşmesi*. Ankara: Turhan Kitabevi.

Taşpınar Ayvaz, (2013). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Zaman Bakımından Uygulanması*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Taşpolat Tuğsavul, M. (2012). *Türk Hukukunda Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin Yayınları.

- Tunçomağ, K., Centel, T.(2015). *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Turgut, T. (1991). “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”. **Anayasa Yargısı XII**.
- Türkiye Barolar Birliği. (2012). *Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı*. 11 Mart 2011. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- Ulukapı, Ö. (1991). *Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı*. Konya: Mimoza Yayınevi.
- Ulukapı, Ö., Kıyak, E. (2015). “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Model Etik ve Uygulama Kuralları Çerçevesinde Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi”. **Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan**. C.II, Ankara: Yetkin Yayınları. 1645-1698.
- Ulusan, İ. (1971). “Medeni Hukuk ve Usul Hukukunda Sulh Sözleşmesi”. *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 10(7), 149-166.
- Umar, B. “Hukuk ve Adliye Reformu Sorununun Medeni Usul Hukukunu İlgilendiren Bölümü Üzerine Ön Rapor”. *Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*. İzmir: İzmir Barosu Yayını, 126-128.
- Uyar, T. (1991). “İcra Hukukunda İlamlı Takiplere Konu Teşkil Edebilecek İlamlar”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 1, 77-100.
- Uyar, T. (2004). “İlam Niteliğindeki Belgeler”. *Ankara Barosu Dergisi*. 3, 69-82.
- Uymaz, A., Erdoğan, K. (2015). “Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 17(1), 119-169.
- Üstündağ, S. (1874). “Yargı Organları Sorunları ve Çözüm Önerileri”. *İstanbul Barosu Dergisi*. S. 5-8, 270-289.
- Üstündağ, S. (2008). “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı Taslağı Hakkında Düşünceler”. *Yargı Dünyası*. S. 145, 11-17.
- Üstündağ, S. (2000). *Medeni Yargılama Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Ware, J. (2001). *Alternative Dispute Resolution*. St. Paul.
- Winkle J. R. V. (1992). “Mediation: An Analysis of Indiana’s Court-Annexed Mediation Rule”. *Indiana Law Review*. Vol. 25, 957-981.
- Winestone, J. (2015). “Mandatory Mediation: A Comparative Review of How Legislatures in California and Ontario are Mandating The Peacemaking Process in Their Adversarial Systems” Web: <http://www.mediate.com/articles/WinestoneJ4.cfm> adresinden 30 Mart 2017 tarihinde alınmıştır;
- Winston, D. (1996). “Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: You Can Lead A Horse to Water...”. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. Vol.11, 187-206.
- Wissler, R. L. “The Effect of Mandatory Mediation: Empiricals Research on the Experience of Small Claims and Common Pleas Courts”. *Willamette Law Review*. Vol. 33, 565-604.

Woolf, Lord. (2006). “Adalet Erişim” Nihai Rapor (Çev. Mustafa Özbek). MİHDER, 2, 989-1002.

Yazıcı Tıktık, Ç. (2013). *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Yeğengil, R. (1974). *Tahkim(L’arbitrage)*. İstanbul.

Yeşilova, B. (2008). *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*. İzmir: Güncel Hukuk Yayınları.

Yıldırım, N. D. (2008). “Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Düşünceler”. *Arabuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiri ve Öneriler Sempozyum Notları*, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 81-99.

Yıldırım, M. K. (2007). “İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında”. *Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan*. İstanbul: Alkim Yayınevi, 337-360.

Yıldırım, M. K.(2008). “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”. *Arabuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiri ve Öneriler, Sempozyum Notları*. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 35-81.

Yıldırım, T., Yasin, M., Karan, N., Özdemir, H. E., Üstün, G. ve Tekinsoy, O. (2012) *İdare Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.

Yılmaz, E. (2012). “Arabuluculuğun Yasa ile Düzenlenmesi, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”. *Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 1275-1297.

Yılmaz, E. (2008). “Usul Ekonomisi”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. S. 1, 243-274.

Yılmaz, E.(1996). “Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Prof. Dr. M. Şakir Berki’ye Armağan. S. 1-2, 54-76.

Yılmaz, E. (2004). “Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”. *75. Yaş Günü İçin Prof. DR. Baki Kuru Armağanı*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 843-856.

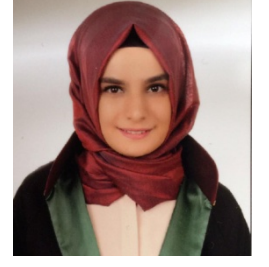
Yılmaz, E. (2007). “İş Mahkemeleri Kanunu’nun Değiştirilmesi İhtiyacı”. *Sicil İş Hukuku Dergisi*. S. 8, 5-12.

Yılmaz, E. (1984). “Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti”. *Ankara Barosu Dergisi*. S. 2, 200-224.

Yılmaz. E. (1987). “Adli Yardım Kurumunun İdari Yargıda Uygulanması”. *Mali Hukuk Dergisi*. S. 7, 12-23.

Yücel, M. (2004). “İş Güvencesi Kapsamında ‘Özel Hakem Şartı’(İş Kanunu Madde 20)”. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*. S. 4, 1346-1365.

Zabunoğlu, Y. K. (2012). *İdare Hukuku*, Cilt I, Ankara: Yetkin Yayınları.



ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : Azaklı Arslan, Betül
Uyruğu : T.C. Vatandaşı
Doğum tarihi ve yeri : 13/10/1993, ZONGULDAK
Medeni hali : Evli
Telefon : 05331709616
Faks :
e-posta : betulazakli@sdu.edu.tr

Eğitim Derecesi

Okul/Program

Mezuniyet Yılı

Yüksek Lisans	Gazi Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku A.B.D.	Devam Ediyor
Lisans	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2015
Lise	Kozlu Anadolu Lisesi	2011

İş Deneyimi, Yıl

Çalıştığı Yer

Görev

2017- devam ediyor	Süleyman Demirel Üniversitesi	Araştırma Görevlisi
--------------------	-------------------------------	---------------------

Yabancı Dili

İngilizce



“GAZİLİ OLMAK AYRICALIKTIR..”



Gazili olmak ayrıcalıktır

