

**T. C.**  
**ATILIM ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**  
**ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİ**

**Yüksek Lisans Tezi**

**Özlem Bora**

**Ankara-2019**



**T. C.**  
**ATILIM ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**  
**ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİ**

**Yüksek Lisans Tezi**

**Özlem Bora**

**Tez Danışmanı**

**Prof. Dr. Ahmet M. Kılıçoğlu**

**Ankara-2019**

## KABUL VE ONAY

Özlem BORA tarafından hazırlanan “Arabuluculuk Sözleşmesi” başlıklı bu çalışma, 25 Haziran 2019 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim dalında Yüksek Lisans Tezi olarak oy birliği ile kabul edilmiştir.

---

Dr. Öğr. Üyesi Kumru KILIÇOĞLU YILMAZ, Jüri Başkanı

---

Prof. Dr. Ahmet M. KILIÇOĞLU, Danışman

---

Doç. Dr. Fatma Tülay KARAKAŞ, Jüri Üyesi

---

Prof. Dr. Dilaver TENGİLİMOĞLU, Enstitü Müdürü

## ETİK BEYAN

Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Yönergesi'ne uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmasını;

- Akademik ve etik kurallar çerçevesinde hazırladığımı,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmasında yararlandığım eserlerin tümüne atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu bildirir,

Aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

25 Haziran 2019

---

Özlem BORA



## ÖZ

BORA, Özlem. Arabuluculuk Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019

Sosyal devlet ilkesi gereği, hak arama özgürlüğünün iyileştirilmesi ve adalete hızlı erişim için mahkeme dışı çözüm yollarını geliştirmek amacıyla reformlar yapılmaya başlanmıştır. Söz konusu reformlardan birisi de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kullanım alanlarını genişletmektir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, en genel tanımıyla yargılama dışında kalan her çeşit uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak ifade edilebilir. Bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuk ülkemizde ilk kez 7 Haziran 2012 tarihinde kabul edilmiş olan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile yasalaşmış olup, son zamanlarda arabuluculuk mevzuatıyla ilgili birçok yenilik getirilmiştir. Mevzuatta meydana gelen değişiklikler nedeniyle sıkıntılar oluşması kaçınılmazdır. Arabuluculuk kurumunun toplumda daha iyi özümsemesi ile yetkin ve etkin arabulucular sayesinde bir sistem oluşana kadar sıkıntılar gündemde kalacaktır.

Yapılan bu çalışma ile amaçlanan, arabuluculuk kurumunun daha iyi anlaşılması amacıyla, arabuluculuk sözleşmesinin tüm yönleriyle incelenmesi ve uygulamada ortaya çıkan mağduriyetlerin önüne geçilmesi için hangi kanuni düzenlemelerin yapılması gerektiği konusunda fikir vermektir.

### **Anahtar Sözcükler**

Arabuluculuk, arabulucu, sözleşme, arabuluculuk sözleşmesi, arabulucu sözleşmesi

## ABSTRACT

BORA, Özlem. Mediation Contract, Master's Thesis, Ankara, 2019

In line with the principle of the social state, reforms have been initiated to improve the freedom to seek rights and to develop out-of-court remedies for quick access to justice. One of the reforms is to expand the use of alternative dispute resolution methods.

Alternative dispute resolution methods can be defined as all kinds of dispute resolution methods other than judging. Mediation, an alternative dispute resolution method, has been enacted with the Law No. 6325 on Mediation in Civil Disputes (HUAK), which was accepted for the first time in our country on 7 June 2012, and many innovations have been introduced recently regarding mediation legislation. It is inevitable to face with shortcomings due to changes in legislation. The problems will remain on the agenda until a system is formed, with better integration of the mediation agency in the society and thanks to competent and effective mediators.

The aim of this study is to evaluate the mediation agreement in all aspects with the purpose of better interpretation of the mediation institution and to give an idea about which legal arrangements should be made in order to prevent the resulting grievances in practice.

### **Keywords**

Mediation, mediator, contract, mediation contract, mediator contract



## TEŞEKKÜR

Bu çalışma, değerli öğretim üyeleri Prof. Dr. Ahmet M. KILIÇOĞLU, Doç. Dr. Fatma Tülay KARAKAŞ ve Dr. Öğretim Üyesi Kumru KILIÇOĞLU YILMAZ'ın üyesi olduğu jüri tarafından Atılım Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsünde 25 Haziran 2019 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak kabul edilmiş bir yüksek lisans tezidir. Değerli Hocalarımın görüş ve eleştirileri doğrultusunda düzeltilerek geliştirilmiştir.

Tez çalışması sürecim boyunca yardımlarını esirgemeyen ve akademik danışmanlığımı yapan Saygıdeğer Hocam Prof. Dr. Ahmet M. KILIÇOĞLU'na öncelikle teşekkür etmek isterim. 30 yıl önce öğrencisi olma şerefine nail olduğum Saygıdeğer Hocamdan yıllar sonra yüksek lisans dersleri almanın ve engin ilmi ile harmanlanan tez sürecimin hayatımdaki değerini kelimelerle ifade etmem mümkün değildir.

Kendisinden aydınlatıcı bilgiler edindiğim ve her daim örnek aldığım Prof. Dr. Aynur YONGALIK'a ve bizlere akademik çalışmaların nasıl yapılması gerektiğini öğrettiği için Prof. Dr. Mehmet İSTEMİ'ye sonsuz teşekkürlerimi ve minnetlerimi sunarım.

Arabuluculuğa bakış açımı zenginleştiren Değerli Hocam Prof. Dr. Levent AKIN'a, tez konusunda ve çalışmamın planlanma aşamasında desteklerini esirgemeyen Değerli Hocam Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR'a, eserleriyle ve desteğiyle akademik yoluma ışık tutan Değerli Hocam Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK'e, "akran arabuluculuğu" çalışmaları ile bende yepyeni bir ufuk açan Değerli Hocam Prof. Dr. Abbas TÜRNÜKLÜ'ye teşekkür etmek isterim.

Tez yazılması aşamasında kütüphanesini ve bilgisini paylaşan Değerli Meslektaşım Av. Taylan ARIHAN'a da ayrıca teşekkür etmek isterim.

Her daim eksikliğini hissettiğim rahmetli anneciğim ve babacığımın özlemle, sevgisini esirgemeyen huzur kaynağım Eşim Ergun'a minnetle, varlığıyla mutluluk veren biricik Kızım Dilara'ya ana yüreğiyle teşekkürlerimi sunuyorum.

## İÇİNDEKİLER

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| ÖZ.....                  | i   |
| ABSTRACT .....           | ii  |
| TEŞEKKÜR .....           | iii |
| İÇİNDEKİLER .....        | iv  |
| KISALTMALAR DİZİNİ ..... | ix  |
| GİRİŞ .....              | 1   |

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### UYUŞMAZLIK KAVRAMI, ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARININ GENEL DEĞERLENDİRİLMESİ, KARŞILAŞTIRMALI HUKUK İLE TÜRK HUKUKU YÖNÜNDEN ARABULUCULUĞUN TARİHSEL GELİŞİMİ

|   |    |
|---|----|
| 1. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARININ GENEL<br>DEĞERLENDİRİLMESİ .....                      | 3  |
| 1.1. Uyuşmazlık (Dispute) Kavramı .....   | 3  |
| 1.2. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları .....  | 5  |
| 1.2.1. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar .....                | 5  |
| 1.2.2. Başlıca alternatif uyuşmazlık çözüm yolları .....  | 6  |
| 1.2.2.1. Arabuluculuk (Mediation).....  | 10 |
| 1.2.2.2. Tahkim (Arbitration).....  | 10 |
| 1.2.2.3. Uzlaşma.....   | 14 |
| 1.2.2.4. Sulh sözleşmesi (Settlement agreement).....  | 16 |
| 1.2.2.5. Uzlaştırma (Conciliation).....   | 19 |
| 1.2.3. Arabuluculuk ile diğer alternatif çözüm yolları arasındaki fark ve<br>benzerlikler ..... | 22 |
| 1.2.3.1. Arabuluculuk ile tahkim arasındaki fark ve benzerlikler .....                          | 22 |
| 1.2.3.2. Arabuluculuk ile uzlaşma arasındaki fark ve benzerlikler .....                         | 24 |
| 1.2.3.3. Arabuluculuk ile sulh sözleşmesi arasındaki fark ve benzerlikler .....                 | 25 |
| 1.2.3.4. Arabuluculuk ile uzlaştırma arasındaki fark ve benzerlikler .....                      | 25 |

|  |           |
|--|-----------|
| <b>2. ONARICI ADALET İLE ARABULUCULUK.....</b>         | <b>29</b> |
| <b>2.1. Onarıcı Adalet Kavramı ve Tanımı .....</b>     | <b>29</b> |
| <b>2.2. Arabuluculuk Kavram ve Tanımı .....</b>        | <b>29</b> |
| <b>3. ARABULUCULUĞUN TARİHSEL GELİŞİMİ .....</b>       | <b>33</b> |
| <b>3.1. Karşılaştırmalı Hukukta Arabuluculuk .....</b> | <b>33</b> |
| 3.1.1. Kıta Avrupası hukuku .....                      | 34        |
| 3.1.1.1. Almanya’da arabuluculuk .....                 | 34        |
| 3.1.1.2. Avusturya’da arabuluculuk .....               | 35        |
| 3.1.1.3. İsviçre’de arabuluculuk.....                  | 36        |
| 3.1.2. Amerika’da arabuluculuk .....                   | 36        |
| 3.1.3 Uzak Doğu’da arabuluculuk.....                   | 38        |
| 3.1.4. İngiltere’de arabuluculuk.....                  | 40        |
| <b>3.2. Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk.....</b>    | <b>41</b> |
| 3.2.1. İslam hukukunda arabuluculuk .....              | 41        |
| 3.2.2. Mecelle’de sulh .....                           | 42        |
| 3.2.3. Arabuluculuk yasaları ve gerekçeleri .....      | 44        |

## İKİNCİ BÖLÜM

### ARABULUCULUK FAALİYETİNDEKİ SÖZLEŞMELER VE TUTANAKLAR İLE ARABULUCULUK AŞAMALARI

|   |           |
|---|-----------|
| <b>4. TERMİNOLOJİ SORUNU, ARABULUCULUK FAALİYETİNDEKİ<br/>SÖZLEŞMELER VE TUTANAKLAR .....</b> | <b>47</b> |
| <b>4.1. Terminoloji Sorunu .....</b>  | <b>47</b> |
| <b>4.2. Arabuluculuk Faaliyetindeki Sözleşmeler.....</b>                                      | <b>48</b> |
| 4.2.1. Arabuluculuk sözleşmesi.....   | 49        |
| 4.2.2. Arabulucu sözleşmesi (Arabulucu işgörme sözleşmesi) .....                              | 50        |
| 4.2.3. Arabuluculuk anlaşma belgesi (Arabuluculuk ortak çözüm kararı).....                    | 54        |
| <b>4.3. Tutanaklar .....</b>  | <b>57</b> |
| 4.3.1. İlk tutanak .....  | 57        |
| 4.3.2. Son tutanak .....  | 58        |

|  |           |
|--|-----------|
| <b>5. SÖZLEŞME KAVRAMI VE TANIMI, ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİ KAVRAMI, TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, KOŞULLARI İLE İRADE VE BEYAN ARASINDA UYUM .....</b> | <b>59</b> |
| <b>5.1. Sözleşme Kavramı ve Tanımı .....</b>   | <b>59</b> |
| <b>5.2. Arabuluculuk Sözleşmesi Kavramı ve Tanımı.....</b>   | <b>61</b> |
| 5.2.1. Arabuluculuk sözleşmesinin tarafları .....  | 62        |
| 5.2.2. Arabuluculuk sözleşmesinin amacı .....  | 62        |
| 5.2.3. Arabuluculuk sözleşmesinin konusu .....   | 63        |
| 5.2.4. Arabuluculuk sözleşmesinin kapsamı .....  | 63        |
| 5.2.5. Arabuluculuk sözleşmesinin yapılma anı .....  | 64        |
| <b>5.3. Arabuluculuk Sözleşmesinin Hukuki Niteliği .....</b>   | <b>66</b> |
| <b>5.4. Arabuluculuk Sözleşmesinin Koşulları.....</b>  | <b>68</b> |
| <b>5.5. Arabuluculuk Sözleşmesinde Ehliyet.....</b>  | <b>70</b> |
| <b>5.6. Hukuka ve Adaba Uygun Olma ile İmkansız Olmama.....</b>  | <b>70</b> |
| <b>5.7. Uyumsuzluk Halleri .....</b>   | <b>72</b> |
| 5.7.1. Yanılma .....   | 72        |
| 5.7.2. Aldatma .....   | 72        |
| 5.7.3. Korkutma.....   | 73        |
| <b>5.8. Arabuluculuk Sözleşmesinin Hüküm ve Sonuçları .....</b>  | <b>73</b> |
| <b>6. ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ .....</b>   | <b>79</b> |
| <b>6.1. Düzenleme Şekli .....</b>  | <b>79</b> |
| <b>6.2. Kim Tarafından Düzenleneceği.....</b>  | <b>81</b> |
| <b>7. ARABULUCULUK SÜRECİ, AŞAMALARI İLE TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI .....</b>  | <b>85</b> |
| <b>7.1. Arabuluculuk Süreci.....</b>   | <b>85</b> |
| 7.1.1. Zorunlu (Dava şartı) arabuluculuk .....   | 85        |
| 7.1.2. İhtiyari (İradi) arabuluculuk .....   | 89        |
| <b>7.2. Arabuluculuk Sürecinin Temel Aşamaları.....</b>  | <b>90</b> |
| 7.2.1. Taraflar ile ilk iletişim .....   | 90        |

|  |           |
|--|-----------|
| 7.2.2. Geçmişle ilgili bilgi toplama ve analiz.....                            | 91        |
| 7.2.3. Plan hazırlama ve gündem oluşturma.....                                 | 92        |
| 7.2.4. Arabulucunun açılış konuşması.....                                      | 92        |
| 7.2.5. Ortak ve özel oturumlar.....  | 93        |
| 7.2.6. Sorun çözümü için seçenek oluşturma .....                               | 94        |
| 7.2.7. Anlaşma, anlaşamama ve kapanış konuşması.....                           | 95        |
| <b>7.3. Arabulucunun Rolü, Arabulucunun ve Taraf Vekillerinin Görevi .....</b> | <b>96</b> |
| 7.3.1. Arabulucunun rolü.....  | 96        |
| 7.3.1.1. Yeterlilik ve beceriler.....  | 97        |
| 7.3.1.2. İletişim .....  | 98        |
| 7.3.1.3. Kendini tanıma ve tarafları anlama.....                               | 100       |
| 7.3.1.4. Cesaretlendirme.....  | 100       |
| 7.3.1.5. Aktif dinleme .....   | 101       |
| 7.3.2. Arabulucunun üzerine düşen görev .....                                  | 102       |
| 7.3.3. Taraf vekillerinin üzerine düşen görev.....                             | 104       |

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### ARABULUCULUK SÜRECİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI İLE MEVZUAT DEĞİŞİKLİĞİ ÖNERİLERİ VE FÜTÜRİZM

|   |            |
|---|------------|
| <b>8. ARABULUCULUK SÜRECİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI, MEVZUAT<br/>DEĞİŞİKLİĞİ ÖNERİLERİ VE FÜTÜRİZM YAKLAŞIM .....</b> | <b>107</b> |
| <b>8.1. Arabuluculuk Anlaşma Belgesi .....</b>  | <b>107</b> |
| <b>8.2. Anlaşmazlık Hali ve Son Tutanak.....</b>  | <b>109</b> |
| <b>8.3. Arabuluculuğun Zaman Aşımı ve Hak Düşürücü Sürelere Etkisi .....</b>                                      | <b>110</b> |
| <b>8.4. Arabuluculuk Sürecinin Gizliliği .....</b>  | <b>111</b> |
| 8.4.1 Gizlilik ve sonuçları .....   | 111        |
| 8.4.2. Tarafların gizlilik kararını kaldırmaları.....   | 113        |
| <b>8.5. İcra Edilebilirlik Şerhi .....</b>  | <b>114</b> |
| <b>8.6. Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Değerlendirilmesi .....</b>   | <b>115</b> |
| 8.6.1. Sözleşmenin uyarlanması davası yönünden .....  | 116        |

|  |            |
|--|------------|
| 8.6.2. İş hukukunda emredici hükümlere aykırılık yönünden .....                                    | 117        |
| <b>8.7. Arabulucunun Sorumluluğu .....</b>   | <b>121</b> |
| 8.7.1. Hukuki sorumluluk .....   | 121        |
| 8.7.2. Cezai sorumluluk .....  | 122        |
| 8.7.3. Eş arabulucunun sorumluluğu .....   | 123        |
| <b>9. ARABULUCULUK MEVZUATI DEĞİŞİKLİK ÖNERİLERİ İLE<br/>ARABULUCULUĞA FÜTÜRİZM YAKLAŞIM .....</b> | <b>125</b> |
| 9.1. Arabuluculuk Mevzuatı Değişiklik Önerileri .....  | 125        |
| 9.2. Arabuluculuğa Fütürizm Yaklaşım ve Arabuluculuğun Geleceği .....                              | 128        |
| <b>SONUÇ .....</b>   | <b>131</b> |
| <b>KAYNAKÇA .....</b>  | <b>133</b> |
| <b>ÖZGEÇMİŞ .....</b>  | <b>141</b> |

**KISALTMALAR DİZİNİ**

AAÜT: Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi

AB: Avrupa Birliği

ABD: Ankara Barosu Dergisi

ADR: Alternative Dispute Resolution

age.: adı geçen eser

agm.: adı geçen makale

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Art.: Artikel (makale)

Av. K.: Avukatlık Kanunu

bkz.: bakınız

BM: Birleşmiş Milletler

C.: Cilt

CMK: Ceza Muhakemeleri Kanunu

Çev.: Çeviren

CMC: Civil Mediation Council

DEÜHFD: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

E.: Esas

Ed.: Editör

EGZPO: Gesetz, betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usul Kanunu'nun Meriyet ve Tatbiki Hakkında Kanun)

GÜHFD: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

HMK: Hukuk Muhakemeleri Kanunu

HUAK: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu

HUAKY: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği

ICC: International Chamber of Commerce

İK: İcra İflas Kanunu

İMİK: İş Mahkemeleri Kanunu

İÜHFM: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K.: Karar

karş.: karşılaştırmamız

m.: madde

MTK: Milletlerarası Tahkim Kanunu

OR.: Obligationenrecht

OTAM: Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi  
Dergisi

PCIJ: Permanent Court of International Justice

s.: sayfa

S.: Sayı

SEGBİS: Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi

T: Tarih

TAAD: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

TAEK: Türkiye Arabulucular Etik Kuralları

TBK: Türk Borçlar Kanunu

TBBD: Türkiye Barolar Birliği Dergisi

tdk: Türk Dil Kurumu

TKHK: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

TMK: Türk Medeni Kanunu

UNCITRAL: United Nations Commission on International Trade Law

UYAP: Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi

vd: ve diğerleri

Y: Yargıtay

ZPO: Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usul Kanunu)



## GİRİŞ

7 Haziran 2012 tarihinde kabul edilmiş olan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kabul edildiği tarihten itibaren çok ciddi eleştirilere maruz kalmış olup, arabulucu kimliğimle yani bir uygulayıcı perspektifiyle eleştirilerin büyük bir bölümünün haksız olduğuna ve sosyal barışın tesisinin bireysel barışın tesisi ile mümkün olacağına gönülden inandığım için, bu inanç, tarafımı arabuluculuk konusunda yüksek lisans tezi yazmaya sevk etmiştir.

12 Ekim 2017 tarihinde kabul edilen 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile iş hukuku uyuşmazlıklarının büyük bir kısmında arabuluculuğa başvurmak dava şartı olarak kabul edilmiş olup, iş hukukunda arabuluculuk dava şartı uygulamasının başlangıç tarihi 01 Ocak 2018 olarak belirlenmiştir.

06 Aralık 2018 tarihinde kabul edilen 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun ile ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurmak dava şartı haline getirilmiş olup, Türk Ticaret Kanunu'nun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması 01 Ocak 2019 tarihinden itibaren dava şartıdır.

Mevzuat değişikliklerinin katkısıyla son yıllarda arabuluculuğun ciddi bir ivme kazandığı yadsınamayacak bir gerçektir. İstatistik verileri uygulamaların başarılı bir seyirde devam ettiğini gösterse de arabuluculuğun ülkemizde henüz çok yeni olması nedeniyle sorunların yaşanacağı kaçınılmazdır. Arabuluculuk sürecinin adeta "Anayasası" olarak adlandırılabilir arabuluculuk sözleşmesi önemi itibariyle tez konumuz olarak tercih edilmiştir. Arabuluculuk konusundaki akademik çalışmaların çok önemli bir yol gösterici olduğuna inandığımdan, bu çalışma ile literatüre ufak bir katkı sağlamak amaçlanmıştır.

Arabuluculuk süreci sadece hukuk alanını değil, psikoloji, sosyoloji, iletişim gibi birçok alanı da ilgilendiren disiplinler arası bir süreçtir. İşbu çalışma bir özel hukuk yüksek lisans tezi olmasına rağmen, arabuluculuğun özünün iyi anlaşılabilmesi adına, detaylı olmamakla beraber diğer alanlara da zaman zaman değinilmiştir.

Çalışma konumuz olan arabuluculuk sözleşmesi üç bölümde incelenmiş olup, birinci bölümde uyuşmazlık kavramı, başlıca alternatif uyuşmazlık çözüm yolları,

karşılaştırmalı hukuk ile Türk Hukuku yönünden arabuluculuğun tarihsel gelişimi incelenmiştir. İkinci bölümde arabuluculuk faaliyetindeki sözleşmeler ve tutanaklar, arabuluculuk sözleşmesinin tanımı, kavramı, hukuki niteliği, geçerlilik şartları ile arabuluculuk aşamaları incelenmiştir. Üçüncü bölümde ise arabuluculuk sürecinin hüküm ve sonuçları, mevzuat değişikliği önerileri ve arabuluculuğa fütürizm yaklaşım konusu incelenmiştir.

Arabuluculuk sürecinin ve süreç içindeki sözleşmelerin çok sayıda yüksek lisans ve hatta doktora tezine konu olabilecek kadar geniş bir konu olması sebebiyle, çalışmamızda bazı bölümler genel hatlarıyla incelendiği gibi, konu sınırlaması da yapılmış ve bazı konular hiç inceleme konusu yapılmamış ya da kısaca okuyucu ile paylaşılmıştır. Arabuluculuk sürecinin başlaması için gerekli olan ve adeta “sürecin temeli” şeklindeki nitelendirebileceğimiz “Uyuşmazlık” konusu çalışmamızın ilk bölümünü oluşturmuştur.

Başlıca alternatif uyuşmazlık çözüm yolları incelenirken, arabuluculukla benzer kavramlar olan tahkim, Avukatlık Kanunu 35/A maddesi, sulh sözleşmesi ve uzlaştırma ile sınırlı kalmıştır. Kapsamlı bir konu olması sebebiyle başta müzakere stratejileri olmak üzere müzakere süreci çalışmamızın içeriğine alınmamış ve karşılaştırmalı hukuk açısından inceleme yapılırken de yine konu sınırlaması yapılarak, Kıta Avrupası, Amerika, Uzakdoğu ve İngiltere uygulamaları incelenmiştir.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### UYUŞMAZLIK KAVRAMI, ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARININ GENEL DEĞERLENDİRİLMESİ, KARŞILAŞTIRMALI HUKUK İLE TÜRK HUKUKU YÖNÜNDEN ARABULUCULUĞUN TARİHSEL GELİŞİMİ

#### 1. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARININ GENEL DEĞERLENDİRİLMESİ

##### 1.1. Uyuşmazlık (Dispute) Kavramı

İnsanlar sosyalleştikçe, düşünce ve çıkar farklılıklarından kaynaklı uyuşmazlıklar meydana gelmiş olup, üzerinde yer aldığımız dünyada çıkarlar çatışması ve uyuşmazlıklar sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Küreselleşme hareketleri ile bilim ve teknolojiye ilerlemeler çatışmaları da tetiklemiş durumdadır. Değer yargıları ve düşünce farklılıkları, kaynakların bölüşümü, güç ve iktidar paylaşımı gibi insana özgü tüm arzu ve ihtiyaçlar uyuşmazlık gerekçesi olabilmektedir. Benzer ya da aynı nedenlerden kaynaklansa da, uyuşmazlıkların ortaya çıkma, devam etme veya sona erme koşullarının tüm toplumlarda aynı olduğunu düşünmek, insanlık tarihini tek modele indirgeyen bir varsayımdan öteye geçemeyecektir<sup>1</sup>.

Uyuşmazlık olgusu tarihin ilk çağlarından itibaren, en az iki kişinin bulunduğu tüm koşullarda süregelmiştir<sup>2</sup>. Öyle ki, kimi zaman birbiriyile örtüşmeyen inançlar ve savlar, kimi zaman gerektiği gibi ifade edilememiş duygular insanların zıt davranışlarını tetikleyebilmiştir<sup>3</sup>.

Uyuşmazlık, hakların varlığı, kapsamı veya neticelerine ilişkin menfaat dengesinin bozulmasıdır<sup>4</sup>. Sözlük anlamıyla “Uyuşamama durumu<sup>5</sup>” olarak ifade

<sup>1</sup> Şule Şahin Ceylan, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul, On İki Levha, Ağustos 2009, s.9

<sup>2</sup> Şahin Ceylan, age., s.1

<sup>3</sup> Şahin Ceylan, age., s.1

<sup>4</sup> Ömer Ekmekçi/Muhammet Özekes/Murat Atalı, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, Birinci Baskı, İstanbul, On İki Levha, Ekim 2018, s.2

<sup>5</sup> (Erişim)

[http://tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bb47296392523.18437972](http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bb47296392523.18437972), 3 Ekim 2018.

edilen uyuşmazlık teriminin uluslararası arenadaki tarifini Uluslararası Sürekli Adalet Divanı tarafından 30 Ağustos 1924 tarihinde Mavrommatis Davası'ndaki kararında görmek mümkün olup, söz konusu kararda uyuşmazlık "İki kişi arasında meydana gelen hukuki veyahut maddi bir noktaya ilişkin anlaşmazlık, hukuki görüş ya da çıkarların çatışması" olarak ifade edilmiştir<sup>6</sup>. Uyuşmazlık hakkında birçok tanım mevcut ise de uyuşmazlık tanımlarındaki ortak noktaları, kutuplaşma, uyumsuzluk, zıtlaşma, ayrı değer yargılarına sahip olunması ve uyuşmazlıkların sosyal hayatın ayrılmaz bir parçası olduğu şeklinde belirtebiliriz<sup>7</sup>.

Anlaşmazlık kavramının İngilizce karşılığı olarak conflict; difference; disagreement; dispute; controversy şeklinde kullanılmalarına sık sık rastlanılmaktadır<sup>8</sup>. Uyuşmazlığın İngilizce kullanımında da conflict; dispute; controversy karşılıkları kullanılabilir<sup>9</sup>. Uyuşmazlık (dispute) ve anlaşmazlık (conflict) kavramları gündelik hayatta sık sık birbirinin yerine kullanılsa da farklı kavramlardır. Anlaşmazlık, "gelecekte ortaya çıkabilecek çatışmaların farkında olan ve birbirleriyle çatışan pozisyonda bulunan kişilerin içinde buldukları rekabet hali" olarak tanımlanmıştır<sup>10</sup>. Anlaşmazlığın uyuşmazlığı da içeren bir üst terim olduğunu ve uyuşmazlığın anlaşmazlık durumuna kıyasla daha somut olduğunu söyleyebiliriz<sup>11</sup>.

Festiner ve arkadaşları (1980-81) bir anlaşmazlığın gelişiminde üç kademe olduğunu tespit etmiştir<sup>12</sup>; birincisi şikayetin farkına varıldığı ve tanımının yapıldığı aşama, ikincisi şikayetin sorumluluğunun başka bir kişi veya gruba yüklendiği aşama ve son olarak üçüncüsü şikayetin telafi edilmesi için bir çarenin arandığı aşamadır.

---

<sup>6</sup> M. Yusuf Eren, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Arabuluculuk, Ankara, Adalet, Ocak 2016, s.5'den naklen The Mavrommatis Palestine Concessions, PCIJ, Series A, No.2, 1924, s.11

<sup>7</sup> Ünsal Sığırı/A. Kadir Varoğlu, Müzakere ve Arabuluculuk, İş Yönetimi, Diplomasi ve Hukukta Uyuşmazlıkların Çözümü, Siyasal, Ankara, Kasım 2013, s.20

<sup>8</sup> Mustafa Ovacık, Türkçe İngilizce Hukuk Sözlüğü, 2. baskı, Ankara, 1986, s.15

<sup>9</sup> Ovacık, age., s.266

<sup>10</sup> Elif Kısmet Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. baskı, Ankara, Adalet, 2016, s.4'den naklen Boulding, Kenneth E: Conflict and Defense: A General Theory, New York 1962, s.5

<sup>11</sup> Kekeç, age., s.5

<sup>12</sup> Lisa Parkinson, Aile Arabuluculuğu, Yeni Aile Adalet Sistemine Dair Uygun Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi, Ed. Yonca Fatma Yücel, Ankara, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ocak 2018, s.2

## 1.2. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

### 1.2.1. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının konusu tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulardır. Taraflar uyuşmazlık hakkında kendi hür iradeleriyle hareket edebiliyorlar ve yargı kararına gerek kalmadan hukuken bir sonuca ulaşabiliyorlarsa konunun arabuluculuğa elverişli olduğunu söyleyebiliriz<sup>13</sup>.

Başka bir açıdan “sulh yoluyla” sona erdirebilecekleri uyuşmazlıkların arabuluculuğa da elverişli olduğunun tespiti mümkündür<sup>14</sup>. Velayet, evlenmenin butlanı, babalık davası, soybağının reddi ve boşanma gibi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konularda sulh geçerli değildir<sup>15</sup>. Bu durumda söz konusu uyuşmazlıklar arabuluculuğa da elverişli olmayacaktır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına elverişli olmayan bir konuda alternatif uyuşmazlık çözüm yolları sözleşmesi yapılmış ise, söz konusu sözleşme geçerli olmayacaktır. HUAK 1/(2) fıkrası uyarınca aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa uygun değildir. Aynı fıkra da arabuluculuğun ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk kapsamındaki uyuşmazlıkların çözümlenmesinde uygulanacağını altı çizilmiştir. Kısaca, arabuluculuğa elverişlilik kavramında yasal ölçü; tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ya da işlemlerdir.

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıkların tespiti konusunda önemli bir ölçek de “kamu düzeni” kavramıdır. Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında kamu düzeni deyimini tartışılmış ve kamu düzeninin, toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını ve devlet yapısının korunmasını amaçlayan her şeyi ifade ettiği ve toplum düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varılmıştır<sup>16</sup>.

Genel olarak kamu düzeni; belirli bir toplumda ve belirli bir zaman sürecinde geçerli olan ahlaki, hukuki, siyasi, sosyal ve ekonomik açıdan toplumun temel yapısını

<sup>13</sup> İlker Koçyiğit/Alper Bulur, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayınları, Mart 2019, s.73

<sup>14</sup> Koçyiğit/Bulur, age., s.73

<sup>15</sup> Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Tümü Yeniden İşlenmiş Ve Genişletilmiş Beşinci Basım’dan Altıncı Tıpkı Basım, C.I/1, İstanbul, Vedat, 2018, s.18

<sup>16</sup> (Erişim)

<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11685.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11685.pdf>, 13 Aralık 2018.

oluşturan ve temelini koruyan kurallar bütünüdür<sup>17</sup>. Kurucu unsurları mevcut olduğu halde geçerlilik şartlarından kamu düzenini ilgilendirecek önemdeki şartların gerçekleşmemesi halinde sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır<sup>18</sup>.

### 1.2.2. Başlıca alternatif uyuşmazlık çözüm yolları

Genel olarak çoğu toplumda uyuşmazlığın çözümünde belki de ilk başvuru yolu hiç kuşkusuz devlet yargısıdır. Öte yandan yargıya başvuru yolu tek yöntem olmadığı gibi, aslında en son başvurulması gereken yöntemdir<sup>19</sup>. Zira, devlet yargısıyla uyuşmazlık çözümünün ekonomik, sosyal ve psikolojik açıdan maliyeti yüksektir<sup>20</sup>. Yargının çözüm mekanizmasının çok yavaş olması ve her iki taraf için de masraflı bir yol olması ve her şeyden önemlisi tarafların gelecekteki ilişkilerini olumlu yönde etkilememesi gibi nedenlerle zamanla yargıya alternatif seçenekler oluşmuştur. Hak arama özgürlüğünün iyileştirilmesi ve adalete hızlı erişim için mahkeme dışı çözüm yollarını geliştirmek amacıyla birçok ülkede reformlar yapılmaya başlanmıştır. İlk kez Amerika Birleşik Devletleri'nde oluşan bir akım olan alternatif uyuşmazlık çözümü (Alternative Dispute Resolution/ADR) akımı diğer ülkelerde de kabul görmeye başlamış ve özellikle bu akımda yer alan arabuluculuk yöntemi en hızlı yayılan yöntem olmuştur<sup>21</sup>.

Adalete erişim hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesiyle güvence altına alınmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 36. Maddesindeki “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” şeklindeki düzenleme ile de adalete erişim temel hak olarak kabul edilmiştir. Hiç kuşkusuz adalet kavramı insanoğlu için vazgeçilemez bir kavramdır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında taraflar uyuşmazlığı çözmek adına uzlaştırma sürecine dahil olmakta ve kendi iradeleri ile çözüme ulaşmaktadırlar.

Başlıca alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına değinmeden önce, dilimize Fransızcadan giren “alternatif” kelimesinin açıklığa kavuşturulmasında fayda bulunmaktadır. Her şeyden önce, alternatif bir yöntemden bahsedebilmek için, kişinin

---

<sup>17</sup> Koçyiğit/Bulur, age., s.73

<sup>18</sup> M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 16. baskı, İstanbul, Vedat, 2018, s.175

<sup>19</sup> Koçyiğit/Bulur, age., s.3

<sup>20</sup> Koçyiğit/Bulur, age., s.3

<sup>21</sup> Kekeç, age., s.3

seçim iradesinin belirleyici olması ve ortada en az iki tercihin söz konusu olması gerekliliği kaçınılmazdır<sup>22</sup>. “Alternatif” kavramının, anlam ya da kullanım açısından birbirine yakın iki ya da daha fazla şeyin varlığını ve bunlar arasında seçim yapabilme olanağını kapsadığı şeklinde kısaca açıklamak mümkündür<sup>23</sup>. “Alternatif” kavramının kişide uyandırdığı belki de ilk etki “birbirlerinin yerine geçme” algısıdır. Söz konusu kavram “seçenek”, “karşı”, “farklı” gibi sözlük anlamlarını da içermektedir. Aslında alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kavramında bulunan “alternatif” kelimesi sözlükteki anlamı ile kullanılmamış olup, uyuşmazlığın çözümü doğrultusunda yargılama yerine tercih edilecek bir yöntemi ifade etmemektedir<sup>24</sup>. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının, yargı sisteminin yerine ikame edilmeye çalışılan veya onunla rekabet içinde bulunan bir süreçler bütünü olarak yorumlamamak gerekir<sup>25</sup>. Zira, alternatif iddiası, yargılamaya ikame edilecek ve dava yolunun yerine geçecek bir yöntem bulma ihtiyacına dayanmaz<sup>26</sup>. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları devletin mutlak egemenliğinde olan yargılama faaliyetine yardımcı ve tali yöntemlerdir<sup>27</sup>. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, uyuşmazlığın çözümünde yargının yanında yer alan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri iş ve işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında kullanılan yöntemler bütünüdür<sup>28</sup>. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, yargıya yardım eden ve onunla ilerleyen uyuşmazlık çözümünde etkin ve barışçıl hukuksal korunma yöntemler bütünü olarak açıklanabilir<sup>29</sup>. Terminoloji yönünden yargıyla rekabet eden bir mekanizma gibi algılanmasına neden olmamak adına “alternatif uyuşmazlık çözümleri” yerine, daha iyi bir biçimde tanımlaması nedeniyle, “dostane uyuşmazlık çözüm yöntemleri”

<sup>22</sup> Kürşat Karacabey, “Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar”, TBBD, S.123, 2016, s.458

<sup>23</sup> Şahin Ceylan, age., s.170

<sup>24</sup> Betül Azaklı Arslan, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Ankara, Yetkin, 2018, s.25

<sup>25</sup> Süha Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBBD, S.64, 2006, s.152

<sup>26</sup> Mustafa Serdar Özbek, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış”, GÜHFD, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan’dan Ayrı Bası, İstanbul, S.2004/1, 2006, s.262

<sup>27</sup> Çiğdem Yazıcı Tıktık, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul, On İki Levha, Haziran 2013, s.5-6

<sup>28</sup> Ferhat Büyükay, Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi, Ankara, Adalet, Kasım 2018, s.29

<sup>29</sup> Tanrıver, Arabuluculuk, s.155

teriminin kullanılması mümkündür<sup>30</sup>. Bu doğrultuda “barışçıl uyuşmazlık çözüm yöntemleri” terimi de tercih edilebilir.

“Alternatif Uyuşmazlık Çözümü” terimi içerisinde yer alan “çözüm” kavramı ise, tarafların uyuşmazlığı anlaşma yolu ile sona erdirebilmelerini ifade etmektedir<sup>31</sup>. “Çözüm” terimini bir sorunun çözülmesinde nihai nokta ya da sürecin sonucu olarak da tanımlamamız mümkündür.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları hakkında birçok görüş mevcut olup, genel kabul gören görüşe göre; “*tarafsız ve objektif konumda bulunan üçüncü bir kişinin, aralarında uyuşmazlık bulunan tarafları, ortaklaşa bir çözüme ulaşmaları için bir araya getirerek iletişim kurmalarını ve bu suretle sorunlarının çözümünü kendilerinin bulmalarını sağlamasını yahut onlara somut olayın koşullarına ve özelliklerine uygun olarak, üzerinde mutabakata varabilecekleri optimal çözüm önerileri üretip sunmak suretiyle, uyuşmazlığın halli bağlamında destek vermesini öngören ve Devlet mahkemelerinde cereyan eden yargılamaya nazaran seçimsel bir yol olarak işlerlik kazanan ve tümüyle gönüllülük esası üzerine bina edilmiş olan uyuşmazlık çözüm yolları bütünüdür*”<sup>32</sup>. Alternatif uyuşmazlık çözümü, kısaca; mahkeme dışı çözüm yollarının tamamını kapsayan bir kavramdır<sup>33</sup>. Üçüncü kişi eşliğinde taraflar sorunun çözümü için daha fazla çaba göstermektedirler<sup>34</sup>. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının tercih edilmesinde az masrafla, kısa sürede çözüm gibi birçok faktörün yanı sıra, başarılı sonuçlara ulaşılması ve tarafların kendileri hakkındaki kararları yine kendilerinin veriyor olmaları da birer faktördür.

Genel olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yolları; arabuluculuk (Mediation), tahkim (Arbitration), uzlaştırma (Conciliation), kısa yargılama (Mini Trial)<sup>35</sup>, vakıaların saptanması (Fact Finding)<sup>36</sup>, tarafsız ön değerlendirme (Early Neutral

---

<sup>30</sup> Tanrıver, Arabuluculuk, s.155

<sup>31</sup> Mehmet Doğar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, Eylül 2008, s.3  
(Erişim) [https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=UPP\\_Zu9isEmWGFYFCBYasVsMNwdN0PSfwEVYo4zU0i1QSP0AM-Tp144r\\_2kTRfT](https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=UPP_Zu9isEmWGFYFCBYasVsMNwdN0PSfwEVYo4zU0i1QSP0AM-Tp144r_2kTRfT), 21 Şubat 2019.

<sup>32</sup> Tanrıver, Arabuluculuk s.151, Benzer Tanım için Bkz; Alper Bulur, “Avukatlık Kanunu m. 35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi”, TBBD, 2010(89), s.198

<sup>33</sup> Malike Polat, Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Ankara, Yetkin, 2010, s.25

<sup>34</sup> Doğar, age., s.7

<sup>35</sup> Büyükay, age., s.43-46

<sup>36</sup> Büyükay, age., s.39-41



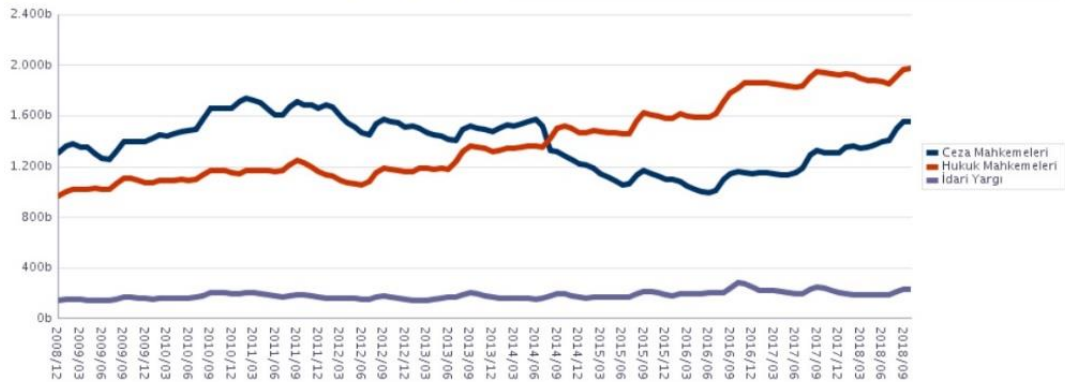
Evaluation)<sup>37</sup>, müzakere (Negotiation) olarak sıralanabilir<sup>38</sup>. Çalışmamızın kapsamında tüm alternatif çözüm yollarına yer verilmeyecek, özellikle ülkemizde tercih edilen yöntemler olan arabuluculuk, tahkim, Avukatlık Kanunu 35/A maddesi uzlaşması ile uzlaştırmadan bahsedilecektir.

26 Ekim 2018 tarihi itibarıyla Türkiye’de derdest hukuk davası sayısı 1.980.764 adet olup, her gün ortalama 4.527 adet hukuk davası açılmaktadır. Aşağıda yer alan grafikte de görüleceği üzere özellikle hukuk davalarının sayısı ciddi artış göstermektedir. Bu bağlamda ülkemizde alternatif çözüm yollarının etkin bir şekilde kullanımı gerekli olup, özellikle özel hukuk uyuşmazlıklarını kapsayan arabuluculuğun aktif olarak kullanımına yönelik proje ve mevzuat değişiklikleri ihtiyacı hasıl olmuştur<sup>39</sup>. Bağların koparılmasının istenmediği hukuki ilişkilerde yıpratıcı ve uzun süreli yargı sürecine başvurmadan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru büyük önem arz etmektedir<sup>40</sup>. Çin ve Japonya’da olduğu gibi arabuluculuğun alternatif çözüm yolları olmaktan çıkması ve artık temel bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olması ülkemize sayısız katkı sağlayacaktır. Alternatif çözüm yollarının etkin kullanımı ile adalete hızlı erişim söz konusu olacak ve yargının üzerindeki ağır yük hafifleyeceğinden, rafine bir yargılama da gerçekleşebilecektir.

Ceza, Hukuk Mahkemeleri ve İdari Yargı Dosya Sayıları

|                   | Günlük GELEN | Günlük KARAR | Seçili Yıl GELEN | Seçili Yıl KARAR | Seçili Gün DERDEST |
|-------------------|--------------|--------------|------------------|------------------|--------------------|
| Ceza Mahkemeleri  | 6.184        | 2.690        | 2.009.336        | 1.762.057        | 1.552.218          |
| Hukuk Mahkemeleri | 4.527        | 2.208        | 1.681.893        | 1.625.949        | 1.980.764          |
| İdari Yargı       | 1.308        | 1.292        | 456.294          | 420.129          | 223.814            |

Ceza, Hukuk Mahkemeleri ve İdari Yargı Dosya Sayıları



<sup>37</sup> Büyükay, age., s.41-43

<sup>38</sup> Polat, age., s.34-35

<sup>39</sup> (Erişim) <http://istatistikler.uyap.gov.tr/>, 26 Ekim 2018.

<sup>40</sup> Salim Yunus Lokmanoğlu, “İş Mahkemeleri Kanunu Işığında Arabuluculuk Kavramı”, TAAD, Yıl 9, S.33 (Ocak 2018) s.864

### 1.2.2.1. Arabuluculuk (Mediation)

Arabuluculuk (mediation) kavramının kökeni Latince'de yarıya bölmek ve ortayı bulmak olan "mediare" kelimesinden gelmektedir<sup>41</sup>. Uzak Doğu'da çok eski bir geçmişi olan arabuluculuğun Çince'deki karşılığı ise uyuşmazlığın tarafları arasında girişimde bulunarak, sorunları çözmektir<sup>42</sup>.

Arabuluculuğu genel bir tanımlama ile tarafların kendi menfaatlerini azami ölçüde karşılayacak bir çözüme ulaşmalarını sağlamak amacıyla, karar verme yetkisini haiz olmayan, tarafsız üçüncü kişi konumundaki uzmanlık eğitimi almış arabulucunun yardımı ile yürütülen bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak tanımlamak mümkündür<sup>43</sup>. Literatürdeki başka bir tanıma göre; arabuluculuk tarafların iradi olarak başvurmaları sonucu, tarafsız ve güvenilir üçüncü şahıs yardımıyla üzerinde anlaştıkları yöntem ve esaslara göre, karşılıklı iletişimle menfaatler esas alınarak uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıdır<sup>44</sup>. Arabuluculuk, üçüncü şahsın süreçte yer aldığı, kolaylaştırılmış ve geliştirilmiş bir müzakere yöntemidir<sup>45</sup>. Arabuluculuğu kısa bir tanımlama ile "geliştirilmiş bir müzakere yöntemi" olarak tasvir etmek mümkündür<sup>46</sup>. Arabulucu, uyuşmazlığı bir karara bağlamak suretiyle değil; yönlendirme ile tarafların müzakere yapmalarına ve anlaşmalarına imkan veren bir ortamı oluşturmayı hedefler; haklıyı veya haksızı bulmaya veya belirlemeye yönelik olarak değil, tarafların ortak menfaatlerinin en uygun şekilde keşfedilmesini öngören bir anlaşma zemininin bulunmasına emek sarf ederek uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını gerçekleştirmeye çalışır<sup>47</sup>. Uyuşmazlığı yönetmek halen tarafların tasarrufundadır. Kısaca, arabuluculukta uyuşmazlığın tarafları uyuşmazlığın merkezine alınmaktadır.

### 1.2.2.2. Tahkim (Arbitration)

Tahkim, ulusal ve uluslararası tahkim olmak üzere ikiye ayrılmakta olup, ulusal tahkim 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 407 ila 444.

<sup>41</sup> Seda Özmumcu, Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı İle Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, 2. baskı, İstanbul, On İki Levha, Haziran 2012, s.273

<sup>42</sup> Özmumcu, Uzak Doğu'da Arabuluculuk, s.273

<sup>43</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.10

<sup>44</sup> Ekmekçi, Özekes, Atalı, age., s.16

<sup>45</sup> Ekmekçi, Özekes, Atalı, age., s.3

<sup>46</sup> Kekeç, age., s.7

<sup>47</sup> HUAK 2. Madde Gereğesi'nden, (Erişim) <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0603.pdf>, 1 Kasım 2018.

maddelerinde düzenlenmiştir. Uluslararası tahkim ise 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda (MTK) düzenlenmiş bulunmaktadır.

6100 sayılı HMK'nın 412/(1) maddesinde tahkim sözleşmesinin tanımı yapılmış olup, bu tanıma göre “*Tahkim sözleşmesi, tarafların sözleşme ve sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır.*”

4686 sayılı MTK'nın 4/(1) maddesinde de tahkim sözleşmesinin tanımı yer almış olup, bu hükme göre; “*Tahkim anlaşması, tarafların sözleşmeden kaynaklınsın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır.*”

HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri ile MTK'nın hükümleri karşılaştırıldığında önemsiz bazı farklar dışında neredeyse aynı olduğu görülecektir<sup>48</sup>. Zira MTK'nın hükümlerinin HMK'nın tahkime dair hükümleri için dayanak teşkil etmesi sebebiyle her iki kanun için UNCITRAL Model Kanunun esas alındığının tespiti mümkündür<sup>49</sup>. HMK 407. maddesi kanunun kapsamını “yabancı unsur içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar” olarak belirlemiştir. Kısaca, HMK, MTK'nın kapsamı dışındaki “iç tahkime” uygulanacaktır<sup>50</sup>.

Tahkim sözleşmesinin bir sözleşmesel görünümünün olduğu, bir de yargısal fonksiyonunun olduğu ifade edilebilir<sup>51</sup>. Literatürde, tahkimin alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasında yer alıp almayacağı konusu tartışmalı olup, bazı yazarlar alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabul etmemektedir<sup>52</sup>. Bazı yazarlar ise tahkimi hukuki niteliği itibarıyla, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak değil; istisnai bir yargısal yol olarak değerlendirmektedir<sup>53</sup>. 22/01/2000 tarihli ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile ilgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere

<sup>48</sup> Fatih Aydemir, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul, On İki Levha, Haziran 2017, s.29

<sup>49</sup> Aydemir, age., s.29

<sup>50</sup> Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, 4. baskı, İstanbul, Vedat, Mart 2016, s.24

<sup>51</sup> Aydemir, age., s.64

<sup>52</sup> Bkz. Kekeç, age., s.21; Bulur, 35/A, s.200; Ekmekçi, Özeken, Atalı, age., s.10

<sup>53</sup> Tanrıver, Arabuluculuk, s.171; Büyükay, age., s.53; Orhan Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Ankara, Adalet, 2017, s.48; Koçyiğit/Bulur, age., s.10, 11

Dair Kanun'un 2. maddesinde tahkim özel bir yargılama faaliyeti olarak tanımlanmıştır. Tahkimin menfaat temelli değil, hak temelli olması da dikkate alındığında tahkimi uyuşmazlık çözüm yolundan daha çok özel bir yargı faaliyeti olarak nitelendirmenin daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

Tahkim genel bir tanımla, yasaların tahkim yoluyla çözümlenmesine izin verdiği alanlar için, uyuşmazlıkların devlet yargısı aracılığıyla değil, hakemler aracılığı ile çözümlenmesi konusunda tarafların anlaşmaları şeklinde tanımlanabilir<sup>54</sup>. Başka bir ifade ile tahkim tarafsız üçüncü kişilerin veya bu konuda uzman olan kişilerin yer aldığı listeden seçilen hakemlerce, uyuşmazlık üzerinde muhakeme yapılmak suretiyle bir karar verilmesi sürecidir<sup>55</sup>.

Tarihsel süreçte tahkime ilişkin önemli düzenlemelerden biri de 1698 İngiliz Tahkim Kanunudur<sup>56</sup>. Fransız ihtilali ile yargılama hakkının bireyler tarafından da kullanılabilmesi kabul edildiğinden bu dönemde yine tahkim önem kazanmıştır<sup>57</sup>. Ülkemizde tahkim yolunun kanunlaşması 1850 yılında Fransız Ticaret Kanunu'ndan uyarlanan Kanûnnâme-i Ticâret ile söz konusu olmuştur<sup>58</sup>. Modern tahkim uygulamaları ise ICC (International Chamber of Commerce)'nin kurulması ve 1923 yılından itibaren uygulanan tahkim kuralları ile gerçekleşmiştir<sup>59</sup>.

Tahkim yoluna başvurabilmenin "olmazsa olmaz" (conditio sine qua non) önkoşulu, tahkim anlaşmasının veya klozunun mevcudiyetidir. 4686 sayılı MTK'nın 4/2 maddesinde tahkim anlaşmasının geçerliliği için yazılı şekil öngörülmüştür. Tahkim anlaşmasının geçerliliği için aranan yazılı şekil şartı adi yazılı şekildir. Taraflar dilerlerse aralarındaki temel ilişkiden bağımsız bir tahkim anlaşması yaparak ya da mevcut olan anlaşmaya bir tahkim klozu ekleyerek uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesini kararlaştırabilirler. Taraflar tahkim sözleşmesine rağmen devlet yargısına başvurduklarında tahkim sözleşmesinin varlığı ilk itiraz teşkil

---

<sup>54</sup> Akıncı, s.3; Ceren Eyüpoğlu, "Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği", ABD, 2017/3, s.230

<sup>55</sup> Mustafa Serdar Özbek, Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler Ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, AÜHFD, 2002, C.51, S.2, s.142

<sup>56</sup> Ali Yeşilirmak, Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul, On İki Levha, Nisan 2011, s.59

<sup>57</sup> Yeşilirmak, age., s.59

<sup>58</sup> Yeşilirmak, age., s.60

<sup>59</sup> Yeşilirmak, age., s.60

edebilecek ve taraflar yasal süresi içinde itiraz etmedikleri takdirde, mahkeme söz konusu uyuşmazlığın çözümünde mutlak yetkili olacaktır<sup>60</sup>.

Uluslararası ticari uyuşmazlıkların en yaygın çözüm yolu hiç kuşkusuz tahkimdir<sup>61</sup>. Milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esaslar, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda ve 1958 tarihli New York Sözleşmesi ile düzenlenmiştir. New York Sözleşmesi tahkim kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin olup, tahkim prosedürüyle ilgili hükümleri içermemektedir<sup>62</sup>.

6100 sayılı HMK'nın 407-444 maddelerinde ulusal tahkime ilişkin düzenlemeler yer almış olup, kanunun 407. maddesine göre yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklarda HMK uygulanacaktır.

Geçerli bir tahkim anlaşmasının en önemli sonuçlarından birincisi tarafların tahkim yoluna başvurabilmesi imkanındır<sup>63</sup>. Tahkim anlaşmasının ikinci sonucu ise, davacıya karşı davalının tahkim itirazında bulunabilmesidir<sup>64</sup>. Tahkimde devlet yargısından farklı olarak hakemlerin tatbik edilecek hukuki rejim anlamında hareket kabiliyetleri vardır<sup>65</sup>. Yine, tahkimde uyuşmazlıklar uzman kişiler kanalıyla çözüme kavuşturulmaktadır<sup>66</sup>.

Tahkim şartının hukuki niteliği incelenecek olursa, her şeyden önce bir sözleşme olduğunu tespit edebiliriz. Ancak, yargısal bir niteliğe de sahip olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Tahkime ilişkin öyle kurallar mevcuttur ki, bu kuralları tahkimin sözleşme niteliğine ya da yargısal niteliğine bağlayamayız<sup>67</sup>. Söz konusu kurallar; tahkim şartının ana sözleşmeden ayrılması (principle of separability) ve hakemin yargı yetkisini kendisinin belirlemesi (competence/competence) kurallarıdır<sup>68</sup>.

4686 Sayılı MTK'nın 7/H. maddesinde yer alan “...*Hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir...*” şeklindeki düzenleme hakemin

---

<sup>60</sup> Azaklı Arslan, age., s.71

<sup>61</sup> Eyüpoğlu, agm., s.229

<sup>62</sup> Eyüpoğlu, agm., s.232

<sup>63</sup> Eyüpoğlu, agm., s.239

<sup>64</sup> Eyüpoğlu, agm., s.239

<sup>65</sup> Polat, age., s.58

<sup>66</sup> Polat, age., s.58

<sup>67</sup> Yeşilirmak, age., s.77-78

<sup>68</sup> Yeşilirmak, age., s.78

yargı yetkisini kendisinin belirlemesi (competence/competence) kuralına işaret etmektedir.

4686 Sayılı MTK'nın 7/H. maddesinde yer alan "...*Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz...*" düzenlemesi ise tahkim şartının ana sözleşmeden ayrılması (principle of separability) kuralını düzenlemiştir.

### **1.2.2.3. Uzlaşma**

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'na (Av. K.) 02/05/2001 tarihinde "Uzlaşma sağlama" başlığını içeren 35/A maddesi eklenmiş olup, ilgili madde, "*Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğindedir.*" şeklindeki düzenleme ile avukatlar kanalıyla tatbik edilecek bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolunu getirmiştir.

4 Nisan 2017 tarihli ve 30038 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Türkiye Barolar Birliği Uzlaşma Sağlama Yönetmeliği'nin 4. maddesi ç bendinde uzlaşma tutanağı tanımlanmış olup "*Taraflarca uyuşmazlık konusu hakkında tutulan, üzerinde tarafların mutabık kaldığı, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 ve 68/A maddeleri uyarınca icra edilebilen ilam hükmündeki belgeyi*" ifade etmektedir<sup>69</sup>.

Av. K. 35/A maddesi kanalıyla yapılan uzlaşmanın temel ilkeleri; iradi olma, eşitlik ve gizlilik (Yönetmelik 5 ve 6. m) olup, uzlaşma isteyen tarafın avukatı, uzlaşma iradesini, uyuşmazlık konusunu da belirterek karşı tarafa yazılı olarak bildirir. Yapılan beyanda, uzlaşma görüşmeleri için yer ve zaman önerisi yer alır. Uzlaşma davetini alan taraf, bu konudaki olumlu veya olumsuz iradesini en geç iki hafta içerisinde karşı tarafa bildirir. Bu süre içerisinde cevap verilmemiş ise davet reddedilmiş kabul edilir.

---

<sup>69</sup> Danıştay 8. Dairesi'nin 2018/2155 E. ve 11/10/2018 tarihli kararı ile Uzlaşma Sağlama Yönetmeliği'nin Uygulanmasına İlişkin Yönerge hakkında yürütmeyi durdurma kararı verilmiştir.

Taraflar, uzlaşmanın hangi avukatın bürosunda yapılacağı konusunda anlaşamazlarsa uzlaşma görüşmeleri baro tarafından tahsis edilmiş yerde yapılır. Tarafların uygun bulması halinde, uzlaşma konusuyla ilgili olarak teknik personel (mali müşavir, mühendis gibi) veya danışmanlar (risk analizcileri, mali ve hukuki danışman gibi) görüşmelerde hazır bulundurulabilir. Bu kişiler ancak, sorulan sorular hakkında açıklama yapabilirler. Tarafların kabul etmesi halinde toplantılar sözlü veya görüntülü olarak kayıt altına alınabilir. Görüşmelerin sonucunda uyuşmazlık konusunda uzlaşma olup olmadığına dair tutanak düzenlenir.

Av. K. 35/A maddesi uyarınca yapılan uzlaşma niteliği itibariyle mahkeme öncesi yapılan sulhun başka bir versiyonudur<sup>70</sup>. Barolar Birliği Uzlaşma Sağlama Yönetmeliği'nin 6. ve 15. maddelerindeki düzenlemelerden dolayı yargılama sürecinde de Kanunun 35/A maddesi kapsamında uzlaşmak mümkündür. İlgili Yönetmeliğin 7. maddesiyle avukatların, uzlaşma sürecinde özen, doğruluk ve onur içerisinde görevlerini yerine getirmek zorunda oldukları düzenlenmiştir. Uzlaşma tutanağı ile ilgili olarak, diğer maddi hukuk işlemlerinde olduğu gibi, yanılma, aldatma ve korkutma gibi irade sakatlığı hallerinde uzlaşmanın feshi davası açılabilir<sup>71</sup>.

35/A maddesine göre tanzim edilecek uzlaşma tutanağı dava açılmadan veya dava açılmış ise henüz duruşma başlamadan önce düzenlenmelidir. 6100 Sayılı HMK'nın 137/(2) fıkrasındaki “*Ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemez ve tahkikat için duruşma günü verilemez.*” hükmü uyarınca, yargılama aşamasında ön inceleme aşamasının tamamlanmasının akabinde verilecek duruşmanın başlamasından önce taraflar ve vekilleri 35/A maddesi uyarınca uzlaşabileceklerdir.

Doktrinde 35/A maddesi kanalıyla yapılan uzlaşma faaliyetinin uyuşmazlık çözüm yöntemleri içinde yer alan müzakere yöntemi olduğunu savunan yazarlar<sup>72</sup> vardır. 35/A maddesinde arabulucu ya da uzlaştırmacı gibi tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi bulunmadığından, 35/A maddesi uzlaşmasını bir müzakere yöntemi olarak kabul etmek yerinde olacaktır. 35/A maddesi uygulaması sadece bu yönüyle değil, başka yönleriyle de arabuluculuktan farklı olup, vekillerin yanında asillerin de

<sup>70</sup> Yeşilirmak, age., s.14

<sup>71</sup> Özmumcu, Uzak Doğu'da Arabuluculuk, s.266

<sup>72</sup> Dür, age., s.79; Azaklı Arslan, age., s.61

müzakere sürecine katılmak zorunda olmaları gibi katı kurallar içermektedir. 35/A maddesi uzlaşmasının düzenlemelere rağmen aktif olarak kullanıma alınmadığını, bu konuda uzlaşma bilincini artırmaya yönelik sosyal çalışmaların gerekliliği tartışmasıdır. Bu değerlendirmenin yanında literatürde Av. K. 35/A maddesi uzlaştırmasının yargı sisteminin ve avukatlık mesleğinin genel sorunlarına çözüm olabilecek sihirli bir değnek olmadığı şeklindeki tespite de katıldığımızı belirtmek isteriz<sup>73</sup>.

#### 1.2.2.4. Sulh sözleşmesi (Settlement agreement)

Sulh kavramı sadece modern hukuka ilişkin bir kavram olmayıp, eski hukuk sistemlerinde de uygulama alanı bulmuştur. Roma Hukukunda *transactia akdi* ile taraflar karşılıklı olarak haklarından feragatle anlaşmakta ve mevcut ya da muhtemel uyuşmazlıklar bu şekilde sona erdirilmekteydi<sup>74</sup>.

İslam Hukukunda sulhün kaynağı Kuranı-ı Kerim'deki “Sulh hayırlıdır<sup>75</sup>” kelimidir. Sulh, Arapça'da “afet ve fesattan kurtulma” anlamına gelmektedir<sup>76</sup>.

Sulh, Mecelle'nin 1531. maddesinde tanımlanmış olup, söz konusu tanım “Sulh, uyuşmazlığı rıza ile kaldıran bir sözleşmedir.” şeklindedir<sup>77</sup>. Bu düzenleme ile Mecelle sulhu icap ve kabul içeren bir özel hukuk sözleşmesi olarak kabul etmiştir<sup>78</sup>. Ayrıca Mecelle'de vekilin sulh yapması için özel olarak yetkilendirilmesi, dava devam ederken yapılan sulhun davayı sona erdireceği ve hakimin şartların uygunluğunu kontrol ettikten sonra, tescil etmesi gerekliliği gibi detaylar da düzenlenmiştir<sup>79</sup>.

Sulh konusunu Osmanlı Hukuku yönünden ilk inceleyen kişi Uriel Heyd olmuştur<sup>80</sup>. Heyd çalışmasında, tartışmaların büyük bölümünün mahkeme dışında sulh ile çözüldüğünü tespit etmiş ve sulhun tercih edilme nedenleri, işleyişi ve kapsamı hakkında bilgi vermiştir.

<sup>73</sup> Bulur, 35/A, s.239

<sup>74</sup> Agah Kürşat Karauz, Sulh Sözleşmesi, Ankara, Adalet, Mayıs 2014, s.27

<sup>75</sup> Nisa suresi 128.ayeti, (Erişim) <https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/Nis%C3%A2-suresi/621/128-ayet-tefsiri>, 3 Ekim 2018

<sup>76</sup> Karauz, age., s.7

<sup>77</sup> Karauz, age., s.29

<sup>78</sup> Karauz, age., s.29

<sup>79</sup> Karauz, age., s.29

<sup>80</sup> Zeynep Dörtok Abacı, “Bir Sorun Çözme Yöntemi Olarak Sulh: 18. Yüzyıl Bursa Kadı Sicillerinden Örnekler ve Düşündürdükleri”, OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, Sayı 20, 2006, s.106'dan naklen Uriel Heyd, Studies in Old Ottoman Criminal Law, Clarendon Pres, Oxford, 1973, s.247-250.



Sulh sözleşmesi Alman Hukukunda “*Vergleich*”, Fransız Hukukunda “*Transaction*”, İngiliz hukukunda “*Compromise*” olarak adlandırılmış ve uzun yıllardan beri uygulanmıştır<sup>81</sup>.

Hukuki olarak sulhun kurulması için üç unsura ihtiyaç vardır<sup>82</sup>; Bu unsurlardan birincisi taraflar arasında daha önceden mevcut bir hukuki ilişki olmasıdır. İkinci olarak söz konusu hukuki ilişki uyuşmazlığın konusunu oluşturmalıdır. Sulh konusunda aranan son unsur ise tarafların bir kısım taleplerinden karşılıklı olarak vazgeçmeleridir.

Hak arama hürriyeti Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenmiş olup, bu hükme göre “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*” Bu düzenleme ile sadece hak arama hürriyeti tanınmamakta, aynı zamanda adil yargılama hakkı da taahhüt edilmektedir<sup>83</sup>. Bireylerin her uyuşmazlığı devlet yargısına taşınmalarının birçok sıkıntıları olacağı tartışmasızdır. Bu sıkıntılardan arınmak ve kendi aralarında çözüm bulmak sosyal fayda sağlayacaktır<sup>84</sup>. Sulh sözleşmesinin ana kaynağı Anayasa’nın 48. maddesi olup, söz konusu maddeye göre “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.*” Sulh ister yargılama devam ederken (kazai sulh), isterse de yargı dışında (adi sulh) yapılmış olsun, nihayetinde Borçlar Kanunu anlamında bir sözleşmedir<sup>85</sup>. Türk Borçlar Kanunu’nda sulh özel olarak düzenlenmemiş olup, 6100 sayılı HMK’nın 313. maddesinde sulh sözleşmesi tanımlanmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre; “*Sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir.*” Aynı maddede sulhun şarta bağlı olarak yapılabileceği de düzenlenmiştir. Sulh sözleşmesinin davayı sona erdiren işlemlerden olan kabul ve feragatten farkı da şarta bağlı olarak yapılabilmemesidir<sup>86</sup>. Sulh

<sup>81</sup> Karauz, age., s.30

<sup>82</sup> Karauz, age., s.8

<sup>83</sup> 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanununun 14’üncü maddesiyle, bu fıkraya “savunma” ibaresinden sonra gelmek üzere “ile adil yargılanma” ibaresi eklenmiştir.

<sup>84</sup> Karauz, age., s.8

<sup>85</sup> Karauz, age., s.9; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun, T.15.12.1973, E.1972/6-537, K.1973/1201 sayılı ilamı, Sulhun tarafların aralarındaki uyuşmazlığı karşılıklı iradeleri ile bir çözüme bağlamaları olduğu, bu bakımdan sözleşme niteliği taşıdığı, sulhun tek yönlü irade ile değil, karşılıklı anlaşma ile bozulabileceğini, sulhu bozmak isteğinin, şartlı veya şartsız olduğu veya anlaşmanın oluşması sırasında iradeyi kaldıran nedenler bulunduğu iddialarının, ayrı bir dava konusu olduğunu belirtmiştir.

<sup>86</sup> Karauz, age., s.108

sözleşmesinde belirlenen şart “taliki şart” ya da “infisahı şart” olabilir. Emredici hukuk kurallarına, ahlak ile adaba ve kamu düzenine aykırı olmamak üzere taraflar serbestçe sulh şartını belirleyebilirler. HMK 314. maddesinde ise hükmün kesinleşmesine kadar sulh sözleşmesinin yapılabileceği belirtilmiştir.

Sulh, ilgili bulunduğu davayı sona erdirir ve kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğurur. Usul hukuku yönünden sulh sözleşmesi İİK 38. maddesi kapsamında ilamlı icra takibine konu olmaktadır. İcra İflas Kanunu’nun 38. maddesi uyarınca ancak mahkeme huzurunda yapılan sulhlar ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabidir.

Mahkeme, taraflar sulhe göre karar verilmesini isterlerse, sulh sözleşmesine göre; sulhe göre karar verilmesini istemezlerse, karar verilmesine yer olmadığına karar verir. İrade bozukluğu ya da aşırı yararlanma hâllerinde sulhun iptali istenebilir. (HMK 315. madde) HMK’da sulh ile ilgili çok sayıda düzenleme mevcut olup (HMK m. 74, 137, 139, 140, 154, 188, 320, 434 ve 442), Türk Borçlar Kanunu’nda ise özel olarak düzenlenmemiştir. Türk Borçlar Kanunu’nda sulh ile ilgili tek düzenleme 514. maddesi olup, söz konusu madde ile vekilin, özel olarak yetkili kılınmadıkça sulh yapamayacağı düzenlenmiştir.

Sulh sözleşmesi her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu için TBK 12. maddesi uygulanacak olup, kanunda aksi öngörülmediğinden herhangi bir şekle tabi değildir. İsviçre Borçlar Kanunu’nun (OR) 115. maddesi uyarınca sulh sözleşmesi ile borç sona eriyorsa herhangi bir şekle tabi değildir<sup>87</sup>.

TBK 17. maddesi uyarınca kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz. Herhangi bir belirleme olmaksızın yazılı şekil kararlaştırılmışsa, yasal yazılı şekle ilişkin hükümler uygulanır. Sulh sözleşmesinin tarafları TBK m. 17 uyarınca iradi olarak şekil şartı olmasını kararlaştırabilir.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, tarafların tecrübesizliğinden ya da zor durumda kalmasından (müzayaka hali<sup>88</sup>) yararlanmak suretiyle akdedilen sözleşmede edimler arasında açık bir dengesizlik bulunması durumunda gabin hükümleri uygulanacak ve sulh sözleşmesi iptal edilebilecektir. Ancak, gabin hükümlerinin

---

<sup>87</sup> Karauz, age., s.89

<sup>88</sup> Arapça isim; sıkıntı, darlık, parasızlık, (Erişim)

[http://tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bb64e3f0e9a29.39435791](http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bb64e3f0e9a29.39435791), 4 Ekim 2018.

uygulanması için edimler arasında açık bir dengesizliğin olmasının yeterli olmadığını, bu durumun bir tarafın tecrübesizliği veya bilgisizliği ya da zor durumda kalmasından yararlanma suretiyle olması gerektiğini de belirtelim.

Sulh sözleşmesinde karşılıklı fedakarlık çok önemli bir unsur olup, eğer karşılıklı fedakarlık bulunmuyorsa, sulh sözleşmesi oluşmayacak, kabul ya da feragat ve hatta hibe söz konusu olacaktır<sup>89</sup>.

Sulhun topluma sayısız fayda sağladığı tartışmasızdır. Ansay, 1944 yılında yazmış olduğu bir makalesinde “Sulh birçok hallerde hakkın ayaklar altında kalmasına değil, yükselmesine hizmet eder” şeklinde ifade etmiştir<sup>90</sup>.

### 1.2.2.5. Uzlaştırma (Conciliation)

Uzlaştırma, özel eğitim almış bir uzlaştırmacının yardımıyla, suçun mağduru ile failinin, güvenli ve denetimli bir ortamda bir araya getirilmesi ile çözüm sürecini ifade eder<sup>91</sup>. Önceleri TCK’nda yer alan uzlaştırma 6 Aralık 2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanunun 24. maddesi ile Ceza Muhakemesi Kanunu’na alınmıştır. Uzlaştırma, CMK 5. kitabının “Özel Yargılama Usulleri” üst başlığını taşıyan 2. kısmının, 1. bölümünde bulunan 253, 254 ve 255. maddelerinde düzenlenmiştir. Uzlaştırmacının açık bir tanımı CMK’da yapılmamış, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği’nin 4. maddesinin (k) bendinde yapılmış olup, bu tanım esas alındığında uzlaştırma; *“Uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık ile mağdur, suçtan zarar gören veya kanuni temsilcisinin, Kanun ve bu Yönetmelikteki usul ve esaslara uygun olarak uzlaştırmacı tarafından anlaştırmaları suretiyle uyuşmazlığın giderilmesi sürecini”* ifade etmektedir.

Mevzuat ışığında genel bir tanım yapılacak olursa, uzlaştırma; mevzuatta yer alan belirli suçlarla ilgili, kanun ve yönetmelikte belirtilen şartları içeren bağımsız ve tarafsız bir uzlaştırmacının gözetimi altında mağdur ya da suçtan zarar görenle şüpheli veya sanığın hür iradeleriyle anlaştırmaları suretiyle uyuşmazlığın giderilmesi sürecini ifade etmektedir.

<sup>89</sup> Sabri Şakir Ansay, “Sulh”, AÜHFD, 1944, C.I, s.2, s.202; Zorunlu arabuluculukla, sulh kurumunun farkları için bkz; Azaklı Arslan, age., s.76-84

<sup>90</sup> Ansay, age., s.200

<sup>91</sup> Erdal Yerdelen, “Uzlaştırmacının Esasları”, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Eğitim Kitabı, Ed. Mustafa Serdar Özbek, Orhan Cüni, Merve Özcan, Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı Yayın-1, Ankara, Ocak 2018, s.21

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar ile şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın kanunda tahdidî<sup>92</sup> olarak sayılan suçlar hakkında uzlaştırma girişimde bulunulur. Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, cinsel dokunulmazlıkla ilgili suçlarda, uzlaştırma yapılamaz. Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen diğer bir suçla birlikte işlenmiş olması durumunda uzlaştırma hükümleri uygulanmaz.

Uzlaştırma bürosu tarafından görevlendirilen uzlaştırmacı, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması durumunda, uzlaşma teklifi kanuni temsilcilerine yapılır. Uzlaştırmacı, uzlaşma teklifini açıklamalı tebligat veya istinabe yoluyla veya Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) aracılığıyla da yapabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören, kendisine uzlaşma teklifi yapıldıktan sonra üç gün içinde kararını bildirmediği takdirde, teklifi reddetmiş sayılır. Uzlaşma teklifinde bulunulması halinde, kişiye uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukukî sonuçları anlatılır.

Birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir. Uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmesi, soruşturma konusu suça ilişkin delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına da engel değildir. Uzlaştırmacı, dosya içindeki belgelerin birer örneği kendisine verilmesinden itibaren en geç otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırır. Uzlaştırma süreci gizli olarak yürütülür. Uzlaştırma müzakerelerine şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, kanunî temsilci, müdafî ve vekil katılabilir.

Uzlaştırmacı, müzakereler sırasında izlenmesi gereken yöntemle ilgili olarak Cumhuriyet Savcısıyla görüşebilir ve Cumhuriyet Savcısı uzlaştırmacıya yöntemle ilgili olarak talimat verebilir. Uzlaşma müzakereleri sonunda uzlaştırmacı, bir rapor hazırlayarak kendisine verilen belge örnekleriyle birlikte uzlaştırma bürosuna teslim eder. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, tarafların imzalarını da içeren raporda,

---

<sup>92</sup> Arapça, isim, sınırlama, çevreleme, çevresini daraltma, (Erişim)  
[http://tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bb7bd69c3b293.98574740](http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bb7bd69c3b293.98574740),  
5 Ekim 2018.

uzlaşma detayları açıklanır. Uzlaştırma bürosu soruşturma dosyasını, raporu ve varsa yazılı anlaşmayı Cumhuriyet Savcısına gönderir. Uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet Savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler. Cumhuriyet Savcısı, uzlaşmanın, tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu tespit ederse raporu veya belgeyi mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında muhafaza eder. Uzlaştırmanın sağlanamaması halinde yeniden uzlaştırma yoluna gidilemez. Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def'aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ilerideki bir tarihe bırakılması, taksidde bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde, CMK 171 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi şeklinde karar verilir. Erteleme süresince zaman aşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171 inci maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır. Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz ve açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Şüphelinin, edimini yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu veya belgesi, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesinde yazılı ilam niteliğinde belge sayılır.

Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan beyanlar, bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenden birine ilk uzlaşma teklifinde bulunduğu tarihten itibaren, uzlaştırma girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç, uzlaştırmacının raporunu düzenleyerek uzlaştırma bürosuna verdiği tarihe kadar dava zaman aşımı ile kovuşturma koşulu olan dava süresi işlemez. Uzlaşma sonucunda verilecek kararlarla ilgili olarak kanun yollarına başvurulabilir.

Mahkeme aşamasındaki uzlaştırmada kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, kovuşturma dosyası, uzlaştırma işlemlerinin CMK 253 üncü maddede belirtilen esas ve usûle göre yerine getirilmesi için uzlaştırma bürosuna gönderilir. Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini def'aten yerine getirmesi halinde,

davanın düşmesine karar verir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde; sanık hakkında, 231 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Geri bırakma süresince zaman aşımı işlemez. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231 inci maddenin on birinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır. Aralarında iştirak ilişkisi olsun veya olmasın birden çok kişi tarafından işlenen suçlarda, ancak uzlaşan kişi uzlaşmadan yararlanır.

1998 yılında Amerika’da yapılan bir istatistikte, 1300’den fazla suç mağdurundan, mağdur haklarının kendileri yönünden önemine göre sıralaması istenmiştir. Yapılan istatistik sonucunda mağdurlar açısından en önemli hakkın ceza yargılamasına katılma ve özellikle duruşmada kendini ifade etme hakkı olduğu ortaya çıkmıştır<sup>93</sup>. Taraflar için süreçte etkin rol oynamak ve iletişim inkar edilemez ihtiyaçlardandır. Uzlaştırma, yargının yükünü azaltması, toplumsal barışının tesisi, suçtan kaynaklanan mağduriyetin giderilmesi, fail yönünden yargılama sürecine tabi olmaması gibi faydalarının yanı sıra, mağdurun yargılama sürecinin başlamamasına veya başlayan sürecin sona erdirilmesine olan rolü yönünden mağdur hakkı olarak dahi değerlendirilebilir<sup>94</sup>.

### **1.2.3. Arabuluculuk ile diğer alternatif çözüm yolları arasındaki fark ve benzerlikler**

Arabuluculuk yöntemi, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasında en yaygın olarak kullanılan yöntemdir<sup>95</sup>. Diğer alternatif çözüm yolları ile birçok benzerlik ve farklılık taşımaktadır.

#### **1.2.3.1. Arabuluculuk ile tahkim arasındaki fark ve benzerlikler**

Literatürde, tahkimin alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasında yer alıp almayacağı konusu tartışmalı olup, bazı yazarlar alternatif uyuşmazlık çözüm yolu

---

<sup>93</sup> Olgun Değirmenci, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, TBBD, S.77, 2008, s.51

<sup>94</sup> Değirmenci, agm., s.79

<sup>95</sup> Gülgün Ildır, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Ve Hak Arama Özgürlüğü”, TBB 75. Yaş Günü İçin Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2004, s.392

olarak kabul etmemektedir<sup>96</sup>. Tahkimin bir alternatif çözüm yöntemi olmadığı, istisnai bir yargı yolu olduğu şeklinde de görüşler vardır<sup>97</sup>.

Tahkim ile arabuluculuk arasındaki en temel fark, tahkimin hak temelli, arabuluculuğun ise menfaat temelli olmasıdır. Arabuluculukta taraf egemenliği mevcut iken, tahkimde taraflar kontrolü kaybetmektedir. Arabuluculukta tahkimden farklı olarak taraflar istedikleri zaman süreci sonlandırabilirler. Zira, iradilik arabuluculuğun temel ilkelerindedir. Arabuluculuk tahkime göre daha esnek bir süreçtir.

Tahkimin, arabuluculuktan farkı tarafsız üçüncü kişinin sadece öneride bulunmakla kalmayıp, bir yargıya da ulaşmasıdır<sup>98</sup>. Arabuluculukta, tahkimden farklı olarak taraflar nihai anlaşmaya varıncaya kadar süreç içerisinde hakimiyetlerini devam ettirirler<sup>99</sup>.

Hiç kuşkusuz tahkim ile arabuluculuk birbirleriyle karşılaştırıldığında her iki kurum zamandan tasarruf, masraftan tasarruf, gizlilik, esneklik, bağlayıcılık, gibi ortak paydada birleşse de birbirlerinden avantaj ve dezavantajlarının olduğu söylenebilir. Arabuluculukla tahkimi birleştirmek yoluyla her iki yöntemin avantajlarından yararlanmak da mümkün olup, bu duruma IBM-FUJITSU Tahkimi örnek olarak verilebilir<sup>100</sup>. Arabuluculuk-tahkim; uyuşmazlık arabuluculuk süreciyle çözüme kavuşturulamadığı takdirde arabulucunun işlev değiştirerek nihaî ve bağlayıcı karar verme görevini üstlendiği bir arabuluculuk türüdür<sup>101</sup>.

Tahkim bir hükümle bitmek zorundadır, ancak sulhla bitmek zorunda değildir. Tahkim sonucunda sulh da mümkün olabilir. Bu haliyle de tahkim diğer alternatif çözüm yollarından ayrılan bir yoldur. Tahkimin arabuluculuk faaliyetine kıyasla daha pahalı bir yöntem olduğu da söylenebilir<sup>102</sup>.

<sup>96</sup> Bkz. Kekeç, age., s.21; Bulur, 35/A, s.200; Ekmekçi, Özekes, Atalı, age., s.10

<sup>97</sup> Tanrıver, Arabuluculuk, s.171; Büyükay, age., s.53; Dür, age., s.48

<sup>98</sup> Şahin Ceylan, age., s.148

<sup>99</sup> Mustafa Serdar Özbek, Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi, Prof. Dr. Eralp Özgen'in Anısına, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C.56, S.1, s.189

<sup>100</sup> Polat, age., s.64

<sup>101</sup> Mustafa Serdar Özbek, "Arabuluculuk İle Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arabuluculuk-Tahkim", Yargıtay Dergisi, Ocak 2017, C.43, S.1, s.18

<sup>102</sup> Azaklı Arslan, age., s.70

Tahkim arabuluculuk gibi yargılamaya kıyasla daha hızlı ve aleniyet kazanmadan uyuşmazlığın giderilmesidir. Yine tahkim de arabuluculukta olduğu gibi uzman ve özel eğitim almış kişiler sürece dahil olmaktadır.

### **1.2.3.2. Arabuluculuk ile uzlaşma arasındaki fark ve benzerlikler**

Av. K. m. 35/A uzlaşmasında taraf avukatları ile birlikte asillerin katılımı gerekirken, arabuluculukta böyle bir zorunluluk yoktur. Arabuluculuk toplantılarına sadece avukatlar ya da sadece asiller katılabilir. Uzlaşma için belli bir süre (duruşma başlamadan önce) öngörülmüş iken, arabuluculuk yöntemine her zaman müracaat mümkündür. Alman Hukukunda ZPO m. 796a ile avukatlara uzlaşma yetkisi tanınmış olup, söz konusu uzlaşmanın dava açılmadan önce veya dava devam ederken yapılabileceği ve zaman sınırlamasının olmadığı belirtilmiştir<sup>103</sup>.

Av. K. m. 35/A uzlaşmasında süreç sonunda anlaşma sağlanırsa uzlaşma yazılı olarak yapılmalıdır ki, bu şart bir geçerlilik şartıdır. Arabuluculukta ise süreç sonunda anlaşmaya varılsa bile yazılı anlaşma yapılması şartı bulunmamaktadır. Av. K. m. 35/A uzlaşmasında üçüncü bir şahıs aracılığı olmadan anlaşma sağlanırken, arabuluculukta tarafsız ve bağımsız üçüncü kişinin (arabulucu) varlığı gereklidir.

Özen borcu yönünden iki kurum arasında benzerlikler olsa da uzlaşmada avukatın müvekkiline karşı, arabuluculukta ise arabuluculuk sürecindeki tüm taraflara karşı özen borcu bulunmaktadır<sup>104</sup>. Arabuluculuk hak temelli olmadığından, hak temelli olmayan bir çözüm arabulucunun özen borcu yönünden sorumluluğunu gerektirmez iken, 35/A uzlaşmasında hak temelli olmayan bir çözüm avukatın sorumluluğunu gerektirebilir<sup>105</sup>.

Uzlaşmada arabuluculuktan farklı olarak hak düşürücü ve zaman aşımı sürelerine dair bir düzenlemenin yer almaması da diğer bir farklılıktır. Genel olarak değerlendirildiğinde 35/A maddesi uzlaşmasının, arabuluculuktan çok sulha daha yakın bir kurum olduğunu söylemek mümkün olacaktır.

Avukatlık Kanunu 35/A uzlaşması ile arabuluculuk arasında süreç sonunda hazırlanan belgenin ilam niteliğine kavuşması konusunda benzerlikler vardır. Arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşması halinde hazırlanan arabuluculuk

---

<sup>103</sup> Melis Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara, Yetkin, 2012, s.73

<sup>104</sup> Dür, age., s.80

<sup>105</sup> Dür, age., s.80



belgesi icra edilebilirlik şerhi ile ilam niteliğine kavuşmaktadır. Eğer arabuluculuk anlaşma belgesinde asiller ve vekillerin imzası mevcut ise icra edilebilirlik şerhi almaksızın ilam niteliğine dönüşmektedir. 35/A uzlaşmasında süreç sonundaki anlaşma belgesi de ilam niteliğindedir. Uzlaşma sürecine katılan avukat ile arabulucu arasındaki ortak noktalardan biri de sır saklama yükümlülüğüdür.

### **1.2.3.3. Arabuluculuk ile sulh sözleşmesi arasındaki fark ve benzerlikler**

Sulh, ilgili bulunduğu davayı sona erdirir ve kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğurur. İcra İflas Kanunu'nun 38. maddesi uyarınca mahkeme huzurunda yapılan sulhlar ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabidir. Arabuluculuk yönteminin sonunda düzenlenen anlaşma belgesi ise ilam niteliğindedir ancak kesin hüküm oluşturmaz.

Sulh sözleşmesinde karşılıklı fedakarlık çok önemli bir unsur olup, eğer karşılıklı fedakarlık bulunmuyorsa, sulh sözleşmesi oluşmayacak, kabul ya da feragat ve hatta hibe söz konusu olacaktır<sup>106</sup>. Arabuluculuk anlaşma belgesinde ise karşılıklı fedakarlık aranmaz.

Sulh sözleşmesi her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu için TBK 12. maddesi uygulanacak olup, kanunda aksi öngörülmediğinden herhangi bir şekle tabi değildir. Arabuluculuk faaliyetinin sonunda düzenlenen arabuluculuk anlaşma belgesinde de şekil zorunluluğu bulunmamaktadır<sup>107</sup>.

Sulh sözleşmesi bir borcu sona erdirmek gayesi taşıyorsa temelinde bir ibrayı içermesi mümkündür<sup>108</sup>. Arabuluculuk anlaşma belgesi de ibra niteliğinde hazırlanabilir.

### **1.2.3.4. Arabuluculuk ile uzlaştırma arasındaki fark ve benzerlikler**

Geniş anlamda uzlaştırma, tarafsız bir üçüncü şahıs kanalıyla taraflar arasındaki uyuşmazlığın iradi olarak çözüme kavuşturulmasıdır ki, genel uzlaştırma tanımıyla genel arabuluculuk tanımı birbirleriyle örtüşmektedir<sup>109</sup>.

<sup>106</sup> Sabri Şakir Ansay, "Sulh", AÜHFD, 1944, C.I, s.2, s.202; Zorunlu arabuluculukla, sulh kurumunun farkları için bkz; Azaklı Arslan, age., s.76-84

<sup>107</sup> 7036 sayılı Yasanın 12. maddesiyle İşe iade talebini içeren arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları hâlinde; a) İşe başlatma tarihini, b) Üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakların parasal miktarını, c) İşçinin işe başlatılmaması durumunda ikinci fıkrada düzenlenen tazminatın parasal miktarını, belirlemeleri zorunluğu getirilmiştir.

<sup>108</sup> Karauz, age., s.37

<sup>109</sup> Dür, age., 33

Literatürde “uzlaştırma” kavramı yerine “mağdur-fail arabuluculuğu” kavramlarını kullanan yazarlar vardır<sup>110</sup>. Arabuluculuk kavramı yerine, uzlaştırma (conciliation) terimi de kullanılmakta olup, ancak bu konuda doktrinde bir fikir birliği mevcut değildir<sup>111</sup>.

Ülkemizde arabuluculuk ile uzlaştırma kavramları birbirinden ayrı kavramlar olup, her şeyden önce uzlaştırma ceza hukuku alanına girmekte iken, arabuluculuk özel hukuk alanında icra edilmektedir.

Uzlaştırma ve arabuluculuk tarafsız bir üçüncü kişinin eşliğinde gerçekleşen alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri olmakla birlikte, yasal düzenlemeleri, gayeleri, süreçleri ve neticeleri itibariyle birbirinden farklıdır<sup>112</sup>. Arabuluculuk tarafları çözüme sevk eden, bunu sağlarken yoğun olarak konuşan ve sorular soran bir süreç iken, uzlaştırmada uzlaştırmacı yönlendirici ve sevk edici olmayan, hazırlık aşamasında aktif ama ortak toplantı aşamasında açılış konuşmasından sonra geri planda olan, iletişimi kesmeyen, ancak dikkatli gözlemleyen ve gerektiğinde müdahalede bulunan bir konumdadır<sup>113</sup>. Arabuluculukta gelecek gözetilerek uyuşmazlık çözülmeye çalışırken, uzlaştırmada tarafların gelecekteki menfaatlerinden çok geçmişteki durumları dikkate alınarak uyuşmazlık çözümlenir<sup>114</sup>. Yine, uzlaştırmadan farklı olarak arabuluculukta delil ve delil değerlendirmesi arka plandadır<sup>115</sup>.

Arabuluculuğun amacı, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının yargılamaya oranla zaman ve gider avantajıyla çözümlenerek tarafların anlaşmasının sağlanması ve bu suretle yargının da yükünün azaltılmasıdır<sup>116</sup>. Uzlaşmada ise onarıcı adalet anlayışına hizmet etmek söz

<sup>110</sup> Mustafa Serdar Özbek, “Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları Ve Arabuluculuk Uygulaması”, Düzenleme Kurulu: Muharrem Özen vd., Ceza Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri Sempozyumu, Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, Ankara, 2018, s.151-224

<sup>111</sup> Kekeç, age., s.25

<sup>112</sup> Mustafa Ruhan Erdem, Ferda Eser, Pakize Pelin Özşahinli, 100 Soruda Uzlaşma, Uzlaştırmacının El Kitabı, Seçkin, Ankara, Kasım 2015, s.23

<sup>113</sup> Şamil Demir, “Müzakere”, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Eğitim Kitabı, Ed. Mustafa Serdar Özbek, Orhan Cüni, Merve Özcan, Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı Yayın-1, Ankara, Ocak 2018, s.162

<sup>114</sup> Büyükay, age., s.51

<sup>115</sup> Büyükay, age., s.51

<sup>116</sup> Erdem, Eser, Özşahinli, age., s.23

konusudur ve suç mağdurunun zararının giderilmesi esastır<sup>117</sup>. Zira, ceza yargılaması ve infaz sistemleri suça ve faillere karşı uzmanca yaklaşmasına rağmen, çoğu zaman mağdur ve faillerin öfke ve hüsrana kapılmaları önlenememektedir<sup>118</sup>.

HUAK 2. maddesinin gerekçesinde<sup>119</sup> uzlaştırma ile arabuluculuğun arasındaki farklara dikkat çekilmiştir.

6325 sayılı HUAK'ın ilk halinde “kolaylaştırıcı arabuluculuk” benimsenmiş olup, arabulucunun çözüm önerisi getirme olanağı bulunmamaktaydı. 7036 sayılı yasanın 17. Maddesiyle yapılan düzenleme ile “değerlendirici arabuluculuk” yani arabulucuya çözüm önerisi getirme imkanı sunulmuştur.

---

<sup>117</sup> Erdem, Eser, Özşahinli, age., s.23

<sup>118</sup> Mustafa Serdar Özbek, 5560 Sayılı Kanunla Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usul ve Esasları, Prof. Dr. Seyfullah Edis'in Anısına, AÜHFD, 2007, C.56, S.4, s.129

<sup>119</sup> (Erişim) <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf>



## 2. ONARICI ADALET İLE ARABULUCULUK

### 2.1. Onarıcı Adalet Kavramı ve Tanımı

Çağdaş ceza hukuku sisteminde cezalandırıcı adalet anlayışından onarıcı adalet anlayışına geçişin gerekliliği görülmüştür. Onarıcı adalet programları, anlaşmazlığın taraflarının, çözüm için sürece aktif olarak katılması ve anlaşmazlığın meydana getirdiği olumsuz sonuçların giderilmesine dayanan, dostane tarzla müzakere edilmesi yoluyla sosyal sorumluluğun ve hoşgörünün geliştirilmesini amaçlayan programlardır<sup>120</sup>. Ceza Hukuku anlamındaki onarıcı adalette, mağdur ve failin zayıf yönleri üzerinde durmak yerine, onların güçlü yönleri ve ortaya çıkan zararı giderme yetenekleri esas alınmaktadır<sup>121</sup>. Bu bağlamda ceza hukukundaki onarıcı süreç; “mağdur, fail ve uygun olduğunda suçtan etkilenen diğer kişiler ve toplum fertlerinin, genellikle bir kolaylaştırıcının yardımıyla, suçtan kaynaklanan meselelerin çözümüne birlikte ve aktif olarak katılmalarıdır<sup>122</sup>”. Kısaca, onarıcı adalet, suç olgusunun farklı bir şekilde algılanması ve bu anlayışla suça cevap verilmesini içerir<sup>123</sup>.

Onarıcı adalet yöntemleri konusunda mağdur-fail arabuluculuğu, grup toplantısı, görüşme grupları (barış halkaları) gibi birçok yöntem uygulanmaktadır<sup>124</sup>. Yılın yaklaşık 9 ayını karla geçiren ve kuzeyde yaşayan inuitler (eskimolar) uyuşmazlık çözümü konusunda farklı bir yaklaşım benimsemişlerdir<sup>125</sup>; iki taraf bir uyuşmazlık yaşadığında tüm topluluk bir daire şeklinde bir araya gelmekte, uyuşmazlık yaşayan kişiler karşılıklı olarak yerlerini alarak şikayetlerini şarkı yoluyla söylemekte, diğeri de yine ona şarkı ile cevap vermektedir. Bu tekniğin bir saat sonraki sonucunda ise tansiyon düşmekte ve herkesin gülmeye başlaması ile uyuşmazlık çözümlenebilmektedir. Görüldüğü üzere uyuşmazlıkların çözümü konusunda her topluluğun kendine özgü yöntemleri bulunmaktadır.

### 2.2. Arabuluculuk Kavram ve Tanımı

Arabuluculuk konusunda literatürde birçok tanım mevcut olup, Özbek’e göre “*Arabuluculuk, bir uyuşmazlığın çözüm şekli hakkında menfaati ve uyuşmazlığın*

<sup>120</sup> Özbek, Uzlaştırma Eğitim Kitabı, s.3

<sup>121</sup> Özbek, Uzlaştırma Eğitim Kitabı, s.4

<sup>122</sup> Özbek, Uzlaştırma Eğitim Kitabı, s.5

<sup>123</sup> Özbek, Uzlaştırma Eğitim Kitabı, s.5

<sup>124</sup> Özbek, Uzlaştırma Eğitim Kitabı, s.7

<sup>125</sup> Luc Demeyere, “Belçika Ve İspanya Örnekleri”, Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:216, 11 Mart 2011, Ankara, s.29

sonucuyla ilgili dikte etme yetkisi bulunmayan tarafsız bir üçüncü kişinin, ihtilaflı taraflar arasındaki müzakereyi kolaylaştırdığı uyuşmazlık çözüm yoludur.” Başka bir görüşe göre “Arabuluculuk, tarafsız, bağımsız ve uzman bir üçüncü tarafın müzakerede oynadığı roldür <sup>126</sup>.”

Başka bir tanıma göre ise arabuluculuk, “Tarafsız üçüncü kişinin, uyuşmazlığın taraflarını bir araya getirerek mekik diplomasisi uygulamak suretiyle tarafların kendi menfaatlerine odaklanarak uygun bir çözüme ulaşmasına yardımcı olmasıdır<sup>127</sup>.”

Literatürdeki başka bir arabuluculuk tanımı ise; “Yargılamaya konu oluşturabilecek nitelikteki kişiler arası bir hukuk uyuşmazlığında, uyuşmazlığın yanlarıncı ortaklaşa atanacak tarafsız ve ehil bir kişinin arabulucu sıfatıyla devreye girmesi suretiyle tarafların, gönüllülük esasına dayalı olarak uzlaşmaları için uygun ortamı sağladığı ve esasa ilişkin telkin ve tavsiyeden kaçınmak kaydıyla anlaşmanın sağlanmasına yönelik olarak, kolaylaştırıcılık sağlamayı üstlendiği bir alternatif çözüm yoludur. <sup>128</sup>” şeklindedir.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 2. maddesinde arabuluculuğun tanımı yapılmış olup, bu tanıma 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 yöntemini ifade etmektedir.

Arabuluculuk sürecini diğer alternatif çözüm yollarından ayıran iki önemli fark vardır; Bunların birincisi tarafsız bir üçüncü kişinin varlığı, diğeri de tarafların kontrolü ellerinde tutabilme gücüdür<sup>129</sup>.

İngilizcede arabuluculuk anlamına gelen “mediation” kelimesi, bir konu üzerinde derin ve kapsamlı düşünme anlamındaki “meditation” (meditasyon) kelimesi ile zaman zaman karıştırılsa da her iki kavramın birbirinden tamamen farklı kavramlar

<sup>126</sup> Sığırı, Varoğlu, age., s.223

<sup>127</sup> Doğar, age., s.41’den naklen Newmark/Monaghan, s.361; Newman, s.9.

<sup>128</sup> Karacabey, agm., s.453

<sup>129</sup> Doğar, age., s.42

olduğunu belirtmekte fayda vardır<sup>130</sup>. Bunun yanı sıra özellikle batı toplumlarında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında meditasyon ve derin düşünme sanatından yararlanılması konusu tartışılmaktadır<sup>131</sup>. Unutulmaması gereken bir nokta vardır ki; arabuluculuk aynı zamanda zihinsel bir süreçtir<sup>132</sup>.

Arabuluculukta, uyuşmazlığın taraflarının birbirlerine hasım gibi görünmeyecek bir ortamda, tarafların anlaşmazlıklarını tartışmaları amaçlanır<sup>133</sup>. Uyuşmazlığın her bir tarafının kendini ifade etme olanağı bulacağı arabuluculuk sürecinde, adalet duygusunun büyük ölçüde tatmin bulacağını ve çoğu zaman hiçbir tarafın memnun olmadığı yargı kararları ile kıyaslanamayacak derecede ahlaki ve vicdani bir üstünlüğe sahip olacağını söylemek mümkündür<sup>134</sup>. Kısaca, arabuluculuk insanları ve ihtiyaçlarını bir anlaşmazlığın merkezine almaktır ve o yüzden de en iyi sonuçları elde etmek mümkündür<sup>135</sup>.

---

<sup>130</sup> Özmumcu, Uzak Doğu'da Arabuluculuk, s.330

<sup>131</sup> Özmumcu, Uzak Doğu'da Arabuluculuk s.330

<sup>132</sup> Luc Demeyere, "Belçika ve İspanya Örnekleri", Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 216, 11 Mart 2011, s.27

<sup>133</sup> Özbek, Gelişmeler, s.139

<sup>134</sup> Karacabey, agm., s.454

<sup>135</sup> Andy Rogers, "The Law Works Best When It Focuses On People", (Erişim)

<https://insights.cedr.com/post/102f1m5/the-law-works-best-when-it-focuses-on-people>, 24 Ekim 2018.





### 3. ARABULUCULUĞUN TARİHSEL GELİŞİMİ

Arabuluculuk tarihte Mısır, Babil ve Asur'da kullanılmış olup, Eski Yunan ve Roma Döneminde de uyuşmazlıklar anlaşma yoluyla çözümlenebilmiştir<sup>136</sup>. Arabuluculuğun özellikle karşılaştırmalı hukuktaki seyrine bakıldığında ülkemizin arabuluculuğu hayata geçirmek konusunda geç kaldığının tespitini yapmak yanlış bir tespit olmayacaktır. Gelişmiş ülkelerin yanı sıra gelişmekte olan ülkelerin de benimsediği arabuluculuk uygulamalarının öncelikle kişisel barışın, akabinde de toplumsal barışın tesisine katkı sağlayacağı ve yargının üzerindeki ağır yükü hafifleteceği açıktır<sup>137</sup>.

#### 3.1. Karşılaştırmalı Hukukta Arabuluculuk

Dünya nüfusu çoğaldıkça uyuşmazlıklar da artmış, uyuşmazlıklar arttıkça da yargının üzerindeki yük ağırlaşmıştır. Yargının uzun zaman alması ve ciddi maliyeti gibi etkenlerle arabuluculuk gibi alternatif çözüm yolları ile bir çıkış kapısı bulunmaya çalışılmıştır. Bu doğrultuda arabuluculuk birbirinden farklı düzenlemelerle çok sayıda ülkenin mevzuatında yer almaya başlamıştır.

Rusya'da 2010 yılına kadar ayrı bir kanun olarak düzenlenmemiş olan arabuluculuk 27 Temmuz 2010 tarihinde "Aracının Katılımıyla Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Usulü Hakkında 193-FZ sayılı Federal Kanunla" düzenlenmiştir<sup>138</sup>.

13 Eylül 2005 yılında kabul edilen Belçika Arabuluculuk Kanunu'nda arabuluculuk ikiye ayrılmış olup, ayırım "Gönüllü arabuluculuk" ve "Mahkeme bağlantılı arabuluculuk" şeklindedir<sup>139</sup>. Arabuluculuğun her ülkedeki gelişim süreci de farklı olmuştur. Örnek olarak Almanya'da sigorta şirketleri arabuluculuğu keşfetmiş ve arabuluculuk masraflarını da ödemeye başlamıştır<sup>140</sup>. İngiltere ve Yunanistan mevzuatında ise avukatların, uyuşmazlık konusunda müvekkillerini alternatif

<sup>136</sup> Taşpolat Tuğsavul, age., s.32

<sup>137</sup> M. Yusuf Eren, age., s.5'den naklen The Mavrommatis Palestine Concessions, PCIJ, Series A, No.2, 1924, s.71

<sup>138</sup> Daria V. Chernyaeva, "Rus Hukukunda İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk", K. Doğan Yenisey (Editör), İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 14 Mayıs 2016, s.90

<sup>139</sup> Luc Demeyere, "Belçika Ve İspanya Örnekleri", Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 216, 11 Mart 2011, s.21

<sup>140</sup> Renate Dendorfer, "Almanya Ve Avusturya Örnekleri", Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 216, 11 Mart 2011, s.58

uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yönlendirmeleri ve uyarmaları yasal zorunluluktur<sup>141</sup>.

Her ülkenin kendine has tarihi, sosyal yapısı ve kültürü olduğu dikkate alındığında arabuluculuk sürecinin gerek gelişimi gerekse uygulanış biçimlerinin farklılık göstermesi doğaldır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının esnekliğe dair özelliği sebebiyle de dünyada ülke sayısı kadar arabuluculuk uygulaması olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır<sup>142</sup>.

### 3.1.1. Kıta Avrupası hukuku

Arbuluculuğun Anglo Amerikan Hukuk Sistemlerindeki süratli gelişimine rağmen, Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde önceleri direnç oluşmuş ve arabuluculuğa meşruiyet tanınması konusunda zorluklar yaşanmıştır<sup>143</sup>.

Avrupa Birliği Hukukunda alternatif çözüm yolları önem arz etmekte olup, AB'nin 1998 ve 2001 yıllarında tavsiye kararları bu önemi net olarak göstermektedir<sup>144</sup>. 2002 yılında Avrupa Komisyonu tarafından "Medeni Hukuk ve Ticaret Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Hakkında Yeşil kitap" isimli bir çalışma yapılmış ve arabuluculukla ilgili genel ilkeler tespit edilmiştir<sup>145</sup>. 2000 yılında BM Güvenlik Konseyi'nin Kadın, Sulh ve Güvenlik Hakkındaki 1325 Sayılı Kararı ile arabuluculuğun toplumsal cinsiyetle ilişkisinin kurulması ve toplumsal cinsiyetin temel arabuluculuk açısından tartışılması sağlanmıştır<sup>146</sup>.

#### 3.1.1.1. Almanya'da arabuluculuk

1990'lı yılların sonuna kadar arabuluculuğa ilginin pek fazla olmadığı Almanya'da arabuluculuk konusunda ilk önemli girişim 1977 yılında yapılan "Hukukun Alternatif Biçimleri ve Hukuka Alternatifler" isimli hukuk sosyolojisi konferansıdır<sup>147</sup>.

<sup>141</sup> Alper Bulur, "Arbuluculukta Avukatın Rolü", Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 216, 11 Mart 2011, s.74

<sup>142</sup> Emre Kıyak, "Arbuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği", TAAD, Yıl: 6, S.21, Nisan 2015, s.526

<sup>143</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.15-16

<sup>144</sup> 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; 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

<sup>145</sup> Taşpolat Tuğsavul, age., s.41; Ekmekçi, Özekes, Atalı, age., s.35

<sup>146</sup> Ekmekçi, Özekes, Atalı, age., s.35

<sup>147</sup> Kekeç, age., s.33

Almanya’da değeri 750 Euro’ya kadar olan uyuşmazlıklarda, komşuluk hukukundan doğan bazı uyuşmazlıklarda ve basın yoluyla işlenmeyen hakarete dair uyuşmazlıklarda her bir eyalet parlamentosu arabulucuya başvuruyu dava şartı olarak düzenlemesi konusunda teşvik edilmiştir<sup>148</sup>. Bu kapsamdaki ilk düzenleme Bavyera Eyalet Kanunu’dur<sup>149</sup>. Eyaletlere verilen düzenleme yetkisine ilişkin şimdikiye kadar Bavyera, Baden-Württemberg Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen-Anhalt ve Schleswig-Holstein eyaletleri arabuluculuk hakkında düzenleme yapmıştır<sup>150</sup>. Her bir eyaletin farklı düzenleme yapma yetkisi, başta anayasaya aykırılık, eşitlik ve gönüllük ilkelerinin ihlali iddialarıyla doktrinde birçok eleştiriye maruz kalmıştır<sup>151</sup>.

Arbuluculuk ve Diğer Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Teşvikine İlişkin Kanun 2012 yılında yasalaşmıştır<sup>152</sup>. Söz konusu kanunda arabuluculuğun tanımı, arabulucuların eğitimi, sır saklama yükümlülüğü, bilgilendirme yükümlülüğü ve süreç sonunda hazırlanan anlaşmaya dair hükümler mevcuttur<sup>153</sup>.

Almanya’da arabuluculuğun gelişimi için bazı mali teşvikler de öngörülmüş olup, bu teşviklerden biri de Federal Avukatlık Ücret Tarifesi’nde bulunan “uzlaşma ücreti” (Vergleichgebühr) şeklindeki uygulama ile müvekkillerini arabuluculuk sürecine yönlendiren avukatın avukatlık ücretinin 1,5 kat artmasıdır<sup>154</sup>.

Alman Hukukuna göre, arabuluculuk süreci sonunda yapılan anlaşma, devlet yargılamasında mahkeme içi sulh ile aynı maddi etkilere sahiptir<sup>155</sup>.

### **3.1.1.2. Avusturya’da arabuluculuk**

Avusturya’da arabuluculuk süreci ilk 1985 yılında (Aussergerichtlicher Tatausgleich, ATA) başlamış ve 1994 yılında boşanmaya dair uyuşmazlıklarda pilot uygulamalar başlatılmıştır<sup>156</sup>. 1998 yılında avukatlık kanununda yapılan düzenleme ile avukatların arabuluculuk yapmaları sağlanmış ve arabuluculuğun bir meslek dalı

<sup>148</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.25

<sup>149</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.25

<sup>150</sup> Azaklı Arslan, age., s.95,96

<sup>151</sup> Azaklı Arslan, age., s.95, Taşpolat Tuğsavul, age., s.49

<sup>152</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.27

<sup>153</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.27, Taşpolat Tuğsavul, age., s.47

<sup>154</sup> Kekeç, age., s.40

<sup>155</sup> Taşpolat Tuğsavul, age., s.60

<sup>156</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.20

olmasının önü açılmıştır<sup>157</sup>. Hiç kuşkusuz Avusturya’da arabuluculuk ile ilgili en önemli adım ZivlMediatG yani Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Dair Federal Yasa’dır<sup>158</sup>.

### 3.1.1.3. İsviçre’de arabuluculuk

İsviçre’de arabuluculuk konusu Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenmiş olup, HUAK ile örtüşen bir düzenlemeye sahiptir. İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu’nun 2. bölümünde yer alan 213-218. maddelerinde arabuluculuk özel olarak düzenlenmiştir<sup>159</sup>. Arabuluculuğun en fazla uygulama alanı bulduğu uyuşmazlıklar aile hukuku uyuşmazlıklarıdır<sup>160</sup>. Mahkemeler davaların her aşamasında uyuşmazlık taraflarını arabuluculuğa teşvik etmekte ve ayrıca taraflar da davaların her aşamasında arabuluculuğa gidebilmektedirler<sup>161</sup>.

### 3.1.2. Amerika’da arabuluculuk

Amerika Birleşik Devletleri’nde profesyonel olarak arabuluculuğun ortaya çıkışı 1900’lerin başına rastlanmaktadır<sup>162</sup>. 1947 yılında Federal Hükümetin himayesinde kurulan “Arabuluculuk ve Uzlaşma Kurulu” iş hukukundan kaynaklı uyuşmazlıkların çözümlenmesini hedeflemiştir<sup>163</sup>. Amerika Birleşik Devletleri’nde bu konudaki ilk faaliyet 1960’lı yıllara rastlamakta olup, “Topluluk İlişkileri Servisi” (Community Relations Service) adındaki kuruluş kanalıyla arabuluculuk faaliyetleri yürütülmüştür<sup>164</sup>. Amerikan hukuk sisteminin geliştirilmesi amacıyla çalışmaların yapıldığı 1976 Roscoe Pound Konferansı alternatif uyuşmazlık çözüm hareketinin başlangıç noktası kabul edilmektedir<sup>165</sup>. Bu konferansta Profesör Frank Sanders’in mahkemelerin sadece bir mahkeme binası olarak kalmaması ve belli uyuşmazlıklar için çözüm yöntemlerinin de tartışılacağı yerler olması fikri benimsenmiştir<sup>166</sup>. Harvard Üniversitesi Profesörü Sanders’in “Gelecekteki adalet üzerine bakış açıları” isimli konferansı Amerika Birleşik Devletleri’nde bir dönüm noktası olmuştur<sup>167</sup>.

---

<sup>157</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.20

<sup>158</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.20

<sup>159</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.23

<sup>160</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.23

<sup>161</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.24

<sup>162</sup> Kekeç, age., s.31

<sup>163</sup> Doğar, age., s.21

<sup>164</sup> M. Yusuf Eren, age., s.63

<sup>165</sup> Kekeç, age., s.31

<sup>166</sup> Kekeç, age., s.31

<sup>167</sup> Dür, age., s.239

Kayıtlara geçen ilk alternatif uyuşmazlık çözüm yolu uygulaması ise 1977 yılında TRW ile Telecredit ve arasında yaşanan patent anlaşmazlığıdır<sup>168</sup>. 30 aydır devam eden söz konusu davada, 14 saat süren müzakereler sonunda taraflar anlaşmaya varmışlardır<sup>169</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri'nde uyuşmazlıkların alternatif yollarla çözümü için 1992 yılında Medeni Yargılama Reform Kanunu çıkarılmıştır<sup>170</sup>. Söz konusu düzenlemede arabuluculuk kurumu; mahkeme bağlantılı arabuluculuk ve özel arabuluculuk şeklinde ayrılmıştır<sup>171</sup>.

1998 yılına ait ADR Yasası, alternatif uyuşmazlık çözüm yolunu tanımlamış olup, söz konusu tanım; "Hakim tarafından nezaret edilen bir yargı sürecinin dışında kalan, tarafsız ön değerlendirme, arabuluculuk, kısa yargılama ve tahkim gibi usuller yoluyla üzerinde uyuşmazlık bulunan konuların çözümüne yardımcı olmak için, tarafsız bir üçüncü kişinin katıldığı herhangi bir usul veya süreç<sup>172</sup>" şeklindedir. Arabuluculukla ilgili ilk kapsamlı düzenleme ise 2001 yılında Amerika Birleşik Devletleri Tek Tip Arabuluculuk Kanunu'dur<sup>173</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri'nde alternatif uyuşmazlık çözüm yolları temel kaynaklarını, ortaya çıkan uyuşmazlıkları kendi içinde çözen dini ya da etnik gruplardan da almıştır<sup>174</sup>.

Arabuluculuk, tahkim ve diğer uyuşmazlık çözüm yollarının başarısı konusunda yapılan istatistik çalışmalarında Newyork, California, Michigan ve Teksas gibi büyük eyaletlerde anlaşma oranının %30 ila %70 seviyelerinde olduğu görülmüştür<sup>175</sup>. Amerika Birleşik Devletleri'nde federal ve eyalet düzeyinde kimlerin arabulucu olacağı konusu düzenlenmemiştir<sup>176</sup>. Hukukçuların dışında birçok meslek grubu görev almakta olup, hatta Hollywood yıldızlarından dahi arabuluculuk yapanlar mevcuttur. Amerika Birleşik Devletleri'nde özel uyuşmazlık çözüm merkezlerinden en başarılısı olarak görülen merkez California'da emekli bir hakim tarafından 1979 yılında kurulan

---

<sup>168</sup> Doğar, age., s.21

<sup>169</sup> Doğar, age., s.21

<sup>170</sup> Azaklı Arslan, age., s.98

<sup>171</sup> Azaklı Arslan, age., s.99

<sup>172</sup> Dür, age., s.240

<sup>173</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.91

<sup>174</sup> Kekeç, age., s.30

<sup>175</sup> Dür, age., s.242

<sup>176</sup> Dür, age., s.245

bir merkez olup, halen birçok ticaret merkezinde hizmet vermektedir<sup>177</sup>. Günümüzde Amerika Birleşik Devletleri'nde arabuluculuğa başvuru yapılan uyuşmazlıklarda birinci sırada ticari uyuşmazlıklar, ikinci sırada ise aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda yer almaktadır<sup>178</sup>.

### 3.1.3 Uzak Doğu'da arabuluculuk

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının başlamadığı dönemlerde dahi, özellikle Çin ve Afrika'nın bazı bölgelerinde gayri resmi şekilde uyuşmazlıklar çözülmüştür<sup>179</sup>.

Uyum ve iş birliği içinde olmanın sosyal düzen için gerekli olduğunu öngören Konfüçyüs felsefesi, Uzak Doğu'da çok önemli bir yere sahip olmuştur<sup>180</sup>.

Sun Tzu'nun savaşmadan kazanmak temeline dayanan felsefesi de “*Akıllı lider, düşman ordusunu savaşmadan, düşman kentlerini kuşatmadan ele geçirmesini bilir. Düşman krallığını savaş meydanında uzun sürecek savaşlardan çok savaş oyunları ile bitirir.*”<sup>181</sup> şeklinde kısaca özetlenebilir.

Çin'de arabuluculuk çok eski bir geçmişe sahip olup, günümüzde halk arabuluculuğu, idari arabuluculuk, adli arabuluculuk ve kurumsal arabuluculuk gibi yöntemler uygulanmaktadır<sup>182</sup>. Çin, bir milyondan fazla arabulucuyu barındırması açısından da dikkat çekicidir<sup>183</sup>.

Günümüz şartlarında arabuluculuk Çin ve Japonya'da artık bir temel uyuşmazlık yöntemi olarak kabul edilmektedir<sup>184</sup>. Çin'de 2005 yılında yapılan istatistiklerde 4.486.800 adet davanın çözümlendiği tespit edilmiş olup, bu davaların 847.100 adedi halk arabuluculuğu kanalıyla sonuçlanmıştır<sup>185</sup>.

Çin'de arabuluculuk sürecinde, tarafların duygusal patlamalarının negatif etkilerinden arınmak amaçlanır ve genelde karşılıklı tavizlerin verileceği uygun bir çözüm yolu bulunur<sup>186</sup>.

<sup>177</sup> JAMS Mediation, Arbitration and ADR Services internet sitesi, (Erişim)

<https://www.jamsadr.com/about/>, 25 Ekim 2018.

<sup>178</sup> Kadriye Bakırcı, “Alternatif Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu (Arabuluculuk) Aracılığıyla Alternatif İş Hukukuna Doğru”, TBB, 2019 (140), s.362

<sup>179</sup> Kekeç, age., s.30

<sup>180</sup> M. Yusuf Eren, age., s.60

<sup>181</sup> Sun Tzu, Savaş Sanatı, Çev. Adil Demir, 3. baskı, Mart 2008, İstanbul, Kastaş, s.49-50

<sup>182</sup> Özmumcu, Uzak Doğu'da Arabuluculuk, s.228

<sup>183</sup> Parkinson, age., s.5

<sup>184</sup> M. Yusuf Eren, age., s.60

<sup>185</sup> Özmumcu, Uzak Doğu'da Arabuluculuk, s.228

<sup>186</sup> M. Yusuf Eren, age., s.61

Japonya ülkeler arasında dava açma alışkanlığının çok düşük olduğu bir ülkedir<sup>187</sup>. Japonya’da 1998 yılında bir milyona yakın dava açılmış olup, bu davaların da sadece %17’si yargılama aşamasına intikal etmiştir<sup>188</sup>. Görüldüğü üzere Japonya’da uzlaşma kültürü çok gelişmiştir. Japon Hükümeti, 2007 yılında yürürlüğe giren 151 sayılı ADR Kanunu olarak bilinen “Alternatif Uyuşmazlık Çözümünün Teşviki Hakkındaki Kanun ile (Law Concerning Promotion of Alternative Dispute Resolution)” alternatif uyuşmazlık çözüm sürecinin adil ve hakkaniyetli yürütülmesini amaçlamıştır<sup>189</sup>. Japonya’da boşanma gibi aile hukuku uyuşmazlıklarında mahkeme bağlantılı arabuluculuk yöntemine başvuru Aile Uyuşmazlıklarında Usul Kanunu’nun 257. maddesi uyarınca zorunludur<sup>190</sup>. Yine, Japonya’da kira sözleşmelerine ilişkin davalarda davadan önce arabuluculuğa gitmek zorunludur<sup>191</sup>. Japonya’da en kuvvetli arabuluculuk türleri, mahkeme bağlantılı arabuluculuk ile resmi kurumlar tarafından sağlanan alternatif uyuşmazlık çözümleridir<sup>192</sup>.

Kore’de arabuluculuk kanunu ilk kez 1962 yılında çıkarılmıştır<sup>193</sup>. 1990 yılına gelindiğinde ise Kore Hükümeti arabuluculuğun işlevinin önemini fark etmiş ve yeknesak bir arabuluculuk prosedürü şeklindeki Arabuluculuk Kanunu’nu kabul etmiştir<sup>194</sup>.

Hong Kong’da arabuluculuk uygulamaları, devletin doğrudan girişimleri sonucu değil, ailevi konular ve inşaat uyuşmazlıkları gibi konularda halkın ihtiyaçlarının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır<sup>195</sup>. Hong Kong’da uygulanan arabuluculuk yöntemi Çin’deki uygulamalardan farklı olarak, daha fazla batılılaşma süreci içinde yer almıştır<sup>196</sup>.

Hong Kong, Çin’deki uygulamalardan da etkilenecek tahkim prosedürü sırasında arabuluculuk uygulaması ya da başka bir deyimle Med-Arb şeklindeki arabuluculuk-tahkim yöntemini de kullanmaktadır<sup>197</sup>. Hong Kong, uluslararası tahkime yönelik

<sup>187</sup> Özmumcu, Uzak Doğu’da Arabuluculuk, s.230

<sup>188</sup> Mustafa Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C.1, 4. baskı, Ankara, Yetkin 2016, s.383

<sup>189</sup> Özmumcu, Uzak Doğu’da Arabuluculuk, s.231

<sup>190</sup> Dür, age., s.233

<sup>191</sup> Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s.384

<sup>192</sup> Dür, age., s.236

<sup>193</sup> Özmumcu, Uzak Doğu’da Arabuluculuk, s.157

<sup>194</sup> Özmumcu, Uzak Doğu’da Arabuluculuk, s.157’den naklen Woo(Comparison), s.608-609

<sup>195</sup> Özmumcu, Uzak Doğu’da Arabuluculuk, s.146

<sup>196</sup> Özmumcu, Uzak Doğu’da Arabuluculuk, s.201’den naklen Barrington, s.77; Hilmer, s.74

<sup>197</sup> Özmumcu, Uzak Doğu’da Arabuluculuk, s.202

ilerlemeler kaydettiğinden günümüzde dünyanın önde gelen tahkim merkezlerindedir<sup>198</sup>.

### 3.1.4. İngiltere’de arabuluculuk

İngiltere’de 1896 yılında yapılan düzenleme ile arabuluculuk kullanılmaya başlanmış, özellikle Lord Woolf’un 1995-1996 yıllarında yayımlanmış raporlarında alternatif çözüm yöntemlerinin yargıdaki sorunları aşması adına iyi bir alternatif olduğu vurgulanmış ve aile hukuku dışında kalan özel hukuk alanlarında arabuluculuk gelişmeye başlamıştır<sup>199</sup>. 1999 yılında yürürlüğe giren Medeni Usul Kanunu sayesinde mahkemelere alternatif çözüm yollarının uygulanması konusunda yetki verilmiştir<sup>200</sup>.

İngiltere ve Galler’de arabuluculuk daima iradilik esasına dayanmakta olup, arabulucu sürecine katılanlar her zaman süreçten çekilme hakkına sahiptir<sup>201</sup>. İngiltere ve Galler’de medeni ve ticari uyuşmazlıkların %85-%95’i yargıya başvurduktan sonra dahi tarafların anlaşmasıyla neticelenmektedir<sup>202</sup>. Bu sayısal veriler uzlaştırma kültürünün halk tarafından büyük ölçüde benimsendiğini göstermektedir. İngiltere ve Galler’de arabuluculuk sürecine ilişkin bir arabuluculuk kanunu bulunmamaktadır<sup>203</sup>. Bu duruma rağmen günümüzde İngiltere’de arabuluculuk yoğun olarak kullanılmakta olup, arabuluculuk zorunlu olarak düzenlenmemiş olmakla beraber, yüksek mahkeme kararları arabuluculuk sürecini fiilen zorunlu kılmış bulunmaktadır<sup>204</sup>. Hiç kuşkusuz uygulamada olumlu sonuçlar alınmış olması bu sonucun oluşmasında etkilidir. Başlangıçta arabuluculuk mahkemeler tarafından çocuğun velayeti konusunda kullanılmış, daha sonra ise boşanmanın mali sonuçları dahil aile hukukunda uygulanmaya başlamıştır<sup>205</sup>. Arabulucular için rehberlik ve arabuluculuk organizasyonları için en önemli kaynaklardan birisi Sivil Arabuluculuk Konseyi (Civil Mediation Council-CMC)’ne ait uygulama esaslarıdır<sup>206</sup>.

---

<sup>198</sup> Öznumcu, Uzak Doğu’da Arabuluculuk, s.202

<sup>199</sup> Kekeç, age., s.31-32

<sup>200</sup> M. Yusuf Eren, age., s.64; Doğar, age., s.27

<sup>201</sup> Parkinson, age., s.21

<sup>202</sup> Dür, age., s.174

<sup>203</sup> Dür, age., s.180

<sup>204</sup> (Erişim) [http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/imk\\_gerekceli\\_duz\\_metin.pdf](http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/imk_gerekceli_duz_metin.pdf), 16 Ekim 2018.

<sup>205</sup> Parkinson, age., s.443

<sup>206</sup> Dür, age., s.182



## 3.2. Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk

### 3.2.1. İslam hukukunda arabuluculuk

İslamiyet'ten önce Arap toplumunda adam öldürme ve etkili eylemlerde ihkak-ı hak ve öç alma yöntemleri uygulanmakta iken, diğer uyuşmazlıklarda arabuluculuğun kullanıldığı bilinmektedir<sup>207</sup>.

İslam, kin ve kıskançlığın olmadığı ve güven unsurunun önemli olduğu sağlıklı bir toplum hedeflemektedir<sup>208</sup>. İslam Hukukunda (Fıkıh) geleneksel arabuluculuk büyük bir öneme sahiptir<sup>209</sup>. Arabuluculuk, İslam hukukunda Kur'an, Sünnet ve Sahabe uygulamaları kanalıyla meşru kılınmıştır<sup>210</sup>. İslam Hukukunda arabulucu *muslih* kavramıyla ifade edilmiştir<sup>211</sup>. Kur'an'da arabuluculuk açıkça teşvik edilmiş olup, bu duruma Hucurât Suresi örnek olarak gösterilebilir. Hucurât suresi, 9. ayet "Eğer müminlerden iki grup birbiriyle kavgaya tutuşursa hemen aralarını düzeltin: ikisinden biri diğerinin hakkına tecavüz etmiş olursa Allah'ın emrine geri dönünceye kadar haksızlığa sapanlara karşı savaşın; dönerlerse aralarındaki anlaşmazlığı adaletle çözüme bağlayın ve herkese hakkını verin. Allah hakkı yerine getirenleri sever"<sup>212</sup> ve Hucurât Suresi 10. ayet ise "Müminler ancak kardeşirler, öyleyse iki kardeşinizin arasını düzeltin, Allah'a itaatsizlikten sakının ki rahmetine mazhar olasınız"<sup>213</sup>.” şeklindedir. Enfal, 8/46. ayet tefsirindeki "Birbirinize düşmeyin, sonra zayıflarsınız ve zaferi elden kaçırsınız" şeklindeki hüküm ile insanlara nizalaşmamaları emredilmiştir<sup>214</sup>.

Hz. Peygamberin hayatı incelendiğinde uyuşmazlık içindeki insanlar veya topluluklar arasında arabuluculuk yaptığı görülmektedir<sup>215</sup>. Arabuluculuğun toplumsal barışı sağlama yönü ile ilgili olarak Hz. Peygamber'in birçok hadis-i şerifi mevcut olup, "Size oruç, namaz, hac ve sadakanın derecesinden daha faziletlisini söyleyeyim mi? Kişilerin arasını bulup barıştırmak (*ıslâhu zâti'l-beyn*)" şeklindeki hadis-i şerifi

<sup>207</sup> Doğan, age., s.18

<sup>208</sup> Yusuf Şen, "İslam Hukukunda Arabuluculuk", Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C.11, S.22, 2012/2 s.132

<sup>209</sup> Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s.633

<sup>210</sup> Şen, agm., s.114

<sup>211</sup> Şen, agm., s.110

<sup>212</sup> (Erişim) <https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/Hucur%C3%A2t-suresi/4621/9-ayet-tefsiri>, 2 Ekim 2018.

<sup>213</sup> (Erişim) <https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/Hucur%C3%A2t-suresi/4622/10-ayet-tefsiri>, 2 Ekim 2018.

<sup>214</sup> (Erişim) <https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/Enf%C3%A21-suresi/1205/45-46-ayet-tefsiri>, 3 Ekim 2018.

<sup>215</sup> M. Yusuf Eren, age., s.67

yol gösterici olmuştur<sup>216</sup>. Hz. Peygamber arabuluculuk konusuna o kadar ehemmiyet vermiştir ki, insanları barıştırmak için yalan söylenebileceğini dahi belirtmiştir<sup>217</sup>. “Haramı helâl yahut helâlî haram yapan çeşidi hariç, müslümanlar arasında sulh arabuluculuk caizdir” şeklindeki hadiste caiz olmayan arabuluculuk için bir ölçü getirilmiştir<sup>218</sup>.

Hacerül-Esved taşının Kâbe’ye götürülmesi aşamasında da arabuluculuk uygulanmış olup, olay kısaca şu şekilde cereyan etmiştir<sup>219</sup>; Kâbe’nin tamirinden sonra sıra Hacerü’l-Esved’in yerleştirilmesine gelir, zamanın önde gelen liderleri bu şerefe nail olmak isterler, ancak aralarında anlaşamazlar, bu durum üzerine Hz. Peygamber hırkasını çıkararak yere serer. Hacerü’l-Esved’in, üzerine konulmasını ister. Taş hırka üzerine konulur ve kabilenin liderleri hırkadan tutarak Kâbe’deki yerine yerleştirir. Böylelikle, taraflar arasındaki uyuşmazlık sonlandırılır.

Kur’an-ı Kerimde tokalaşmak *safh* kökünden gelmekte olup, hoşgörü ile affetmek anlamlarını içerir ve ayrıca insanların birbirlerine karşı hoşgörü içinde olmalarını ifade eder<sup>220</sup>.

### 3.2.2. Mecelle’de sulh

1926 yılında İsviçre Medenî Kanunu’nun iktibas edilmesiyle yürürlükten kaldırılan “Mecelle-i Ahkamı Adliyye”, yani bilinen adıyla “Mecelle” de uzlaşma ve sulh kavramları yer almaktaydı. Mecelle’de 1531-1535 maddeleri ve 1539-1560 maddeleri ile ayrıca 1826. maddesinde sulh konusunda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir<sup>221</sup>.

Sulh konusu Mecelle’de “İbra” konusuyla beraber ele alınmıştır<sup>222</sup>. Mecelle’de yer alan bir düzenleme ile (m. 1826) akrabalar arasında meydana gelen ve tarafların

<sup>216</sup> Şen, agm., s.121

<sup>217</sup> Şen, agm., s.121

<sup>218</sup> Şen, agm., s.120

<sup>219</sup> Şen, agm., s.120

<sup>220</sup> Şen, agm., s.129

<sup>221</sup> Özmumcu, Uzak Doğu’da Arabuluculuk, s.234; Cengiz İlhan, Günümüz Türkçe’siyle Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye)Aslı ile Birlikte Tam Metin, 2. baskı, 2011, Ankara, s.576,577; Madde 1826.- Akrabalar arasında meydana gelen veya sulh olma eğiliminde bulunan taraflar arasındaki davalarda hakim bir veya iki defa taraflara uzlaşmalarını önerir, ihtar eder, kabul edelerse sulh kitabında yazılı hükümlere göre sulh yapılır, kabul etmezlerse mahkemeyi tamamlar.

Madde 1826.- Akriba beyninde vuku’ bulan veyahut tarafeynin sulha rağbetleri me’mul olan muhasamada hâkim bir veya iki defa tarafeyne musâlehayı tavsiye ve ihtar eder; muvafakat ederlerse kitab-ı sulhde münderiç olan mesâile tevfiikan müsâleha eder ve muvafakat etmezlerse muhakemeyi itmam eder.

<sup>222</sup> Şen, agm., s.107-108

anlaşma ihtimali olan davalarda hakimin bir ya da iki defa tarafları sulha teşvik etmesi düzenlenmiştir<sup>223</sup>.

Mecelle'nin “*Bi't-terâzî nizâ'ı ref'eden bir akiddir ki, icab ve kabul ile mün'akid olur*” açıklamasını içeren 1531. maddesi, sulh yoluyla ihtilafların sona erdirilmesini öngörmektedir<sup>224</sup>.

Mecelle'nin 1851. maddesi “*Bir kimse tahkime yetki verilmemiş olduğu halde iki kişi arasındaki davayı çözümledikten sonra, taraflar onu kabul ve onun hükmüne onay (icazet) verseler, hüküm yerine getirilmesi gereken bir hüküm olur*” şeklindedir ki bu hüküm çağdaş hukuk sistemlerinin dahi öngörmediği bir uyuşmazlık çözüm yöntemini benimsemiş olup, Dür'e göre bu çözüm yöntemi değerlendirici arabuluculuktur<sup>225</sup>.

İstanbul Kadı Sicillerinde 608 adet hükümde “muslihûn” sözcüğü mevcut olup, aşağıda bir alacak uyuşmazlığına dair hüküm sunulmuştur<sup>226</sup>;


EYÜB82  
cilt: 29, sayfa: 171  
Hüküm no: 204  
Orijinal metin no: [38b-3]

Markos v. Arzuman'ın Osat v. Mehram'da olan alacağının **muslihûn** tavassutu ile halli

Ermeni tâifesinden Margos v. Arzuman meclis-i şer' de yine tâife-i mezbûreden işbu hâmilî'l-vesika Osat v. Mehram muvâcehesinde ikrâr ve takrîr-i kelâm edip merkûm Osat zimmetinde min ciheti'l-karzi'ş-şer'i bin yedi yüz akçe hakkım olup taleb eylediğimde inkâr ile cevâb vermeğın isbât sadedinde iken beynimize **muslihûn** tavassut edip sâlifü'z-zikr bin yedi yüz akçe da'vâsından merkûm Osat ile bin fiddî nakd-i râyic fi'l-vakt akçe üzerine beni inşa-i akd-i sulh eylediklerinde ben dahi sulh-ı mezbûru kabûl ve bedel-i sulh olan mezbûrî'n-na't bin akçeyi mesfûr Osat yedinden tamâmen alıp, kabz edip husûs-ı mezbûra mûte'allika cemi' de'âvî ve mütâlebâtdan merkûm Osat'ın zimmetini ibrâ ve iskât eyledim dedikde gibbe't-tasdik kayd şud. Fi 28 min Zilka'de sene [10]81.

Şühüdî'l-hâl: Hüseyin Çelebi b. Ali, Hasan b. Abdullah, Ali b. Abdullah, Ahmed Beşe Çukadâr, Musa Çelebi b. Huddâm.

← →



<sup>223</sup> Özmumcu, Uzak Doğu'da Arabuluculuk, s.235

<sup>224</sup> Ahsen Çoşar, “Arabuluculuğun Tarihsel Yolculuğu Ve Günümüzde Geldiği Nokta”, Öncü Arabulucu Dergisi, Temmuz-Ağustos 2018, S.1, s.18

<sup>225</sup> Dür, age., s.66

<sup>226</sup> (Erişim) <http://www.kadisicilleri.org/madde.php?klme=muslihun&trch=tnm&-find=+ARA+>, 22 Ekim 2018

Osmanlı Devleti'nde kadılık sisteminde kadılar, bir hakimden ziyade, bir arabulucu gibi taraflar arasında barışı tesis eden kişiler konumundaydı<sup>227</sup>. Osmanlı Adliye Teşkilatında arabuluculuk faaliyeti yürütenlere “muslihûn” yani “ıslah ediciler” denilmekteydi<sup>228</sup>.

### 3.2.3. Arabuluculuk yasaları ve gerekçeleri

Arabuluculuk hakkında Türk Hukuku'nda ilk yasal düzenleme 6325 sayılı “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu” ile yapılmış olup, Resmi Gazete'de yayınlandıktan itibaren bir yıl sonra, yani 22 Haziran 2013 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Tasarı hazırlanırken UNCITRAL Model Kanunu Avrupa Birliği Direktif Tasarısı, Özel Hukukta Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Konusundaki Yeşil Kitap, Avusturya Federal Kanunu, Almanya-Baden Württemberg Uzlaştırma Kanunu ve Bavyera Özel Hukukta Zorunlu Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanunu ile Macaristan Arabuluculuk Kanunu esas alınmıştır<sup>229</sup>. Son yıllarda yürürlüğe giren yasalar olması açısından Bulgaristan ile Slovakya Arabuluculuk Yasaları da dikkate alınmıştır<sup>230</sup>.

HUAK 1. maddesinde, arabuluculuğun yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar da dâhil olmak üzere, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanacağı belirlenmiş olup, aile içi şiddet iddialarına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı belirtilmiştir.

6325 sayılı Yasanın 2. maddesinin gerekçesine göre arabulucu uyuşmazlık hakkında karar vermeyecek ve aralarında anlaşma sağlanacak ortamı hedefleyerek, hak temelli değil, menfaat temelli bir anlaşma zemininin yaratılmasına yönelik çaba sarf edecektir.

12/10/2017 tarihinde kabul edilen 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile iş hukukuna yönelik davaların büyük bir bölümünde dava açmadan önce arabuluculuğa başvuru şartı getirilmiş olup, ilgili kanunun 3. maddesinin 1. fıkrasında arabuluculuğun dava şartı olarak öngörüldüğü uyuşmazlıklar belirtilmiştir. Buna göre: *“Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması*

<sup>227</sup> Doğan, age., s.16

<sup>228</sup> Dür, age., s.66

<sup>229</sup> (Erişim) <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325s.pdf>, 3 Ekim 2018.

<sup>230</sup> (Erişim) <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325s.pdf>, 3 Ekim 2018.

*dava şartıdır*". Kanuni düzenlemeye göre tespit (hizmet tespiti, mobbing tespiti gibi) veya iptal (disiplin cezasının iptali, işyeri değişiklik kararının iptali gibi) taleplerine ilişkin davalarda dava şartı arabuluculuk zorunluluğu bulunmamaktadır.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun genel gerekçesinde vurgulandığı üzere<sup>231</sup>; Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nden alınan verilere göre iş davaları sonuçlandırma süresi 2010 yılında 466 gün, 2011 yılında 488 gün, 2012 yılında 483 gün, 2013 yılında 381 gün, 2014 yılında 417 gün, 2015 yılında 431 gün, 2016 yılında ise 434 gün olarak tespit edilmiştir. Yine Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nden gelen veriler esas alınarak, 2016 yılı sonu itibarıyla ilk derece mahkemelerindeki 3 milyon 525 bin civarındaki hukuk uyuşmazlığının %15'nin yani 528.750 adet davanın iş uyuşmazlıklarından kaynaklandığı görülmektedir. İş uyuşmazlıklarının gerek sayısal olarak çokluğu gerekse yargılama süresinin uzun süreler alması gibi ana etkenler kanun koyucuyu bu alanda düzenleme yapmaya sevk etmiştir.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun genel gerekçesinde<sup>232</sup> "2013 yılı Kasım ayında ilk arabulucunun sicile kaydedilmesiyle başlayan uygulama sürecinde, bugüne kadar arabulucuya götürülen hukuk uyuşmazlıklarının yüzde 89'unun işçi-işveren uyuşmazlığı olduğu ve bunların yüzde 93'e yakın oranda anlaşmayla sonuçlandığı görülmüştür. Arabulucuya giden iş uyuşmazlıklarının yaklaşık yüzde 95'i bir gün veya bir günden daha az süren müzakerelerle sonuçlandırılmıştır." şeklindeki açıklama ile arabuluculuğun özellikle iş uyuşmazlıklarındaki olumlu sonuçları üzerinde durulmuştur.

06 Aralık 2018 tarihinde kabul edilen 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun ile ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurmak dava şartı haline getirilmiş olup, Türk Ticaret Kanunu'nun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri için dava açılmasından önce arabulucuya başvurulması 01 Ocak 2019 tarihinden itibaren dava şartıdır.

7155 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde; 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla işçi ve işveren uyuşmazlıkları bakımından kabul edilen dava şartı arabuluculuğun gösterdiği başarı dikkate alınarak, arabuluculuğun ticari uyuşmazlıklarda da dava şartı haline getirildiği ifade edilmiştir<sup>233</sup>.

<sup>231</sup> (Erişim) [http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/imk\\_gerekceli\\_duz\\_metin.pdf](http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/imk_gerekceli_duz_metin.pdf), 16 Ekim 2018.

<sup>232</sup> (Erişim) [http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/imk\\_gerekceli\\_duz\\_metin.pdf](http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/imk_gerekceli_duz_metin.pdf), 16 Ekim 2018.

<sup>233</sup> (Erişim) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/s16.pdf>, 3 Ocak 2019.



## İKİNCİ BÖLÜM

### ARABULUCULUK FAALİYETİNDEKİ SÖZLEŞMELER VE TUTANAKLAR İLE ARABULUCULUK AŞAMALARI

#### 4. TERMİNOLOJİ SORUNU, ARABULUCULUK FAALİYETİNDEKİ SÖZLEŞMELER VE TUTANAKLAR

##### 4.1. Terminoloji Sorunu

Arabuluculuk faaliyetinde genel olarak üç tür sözleşmeden bahsetmek mümkündür ki, söz konusu sözleşmeler; arabuluculuk sözleşmesi, arabulucu sözleşmesi ve arabulucu anlaşma belgesidir<sup>234</sup>.

Arabuluculuk sözleşmesi; tarafların arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlıklarını çözmek istediklerine dair aralarında karşılıklı olarak yapmış oldukları sözleşmedir. Arabulucu sözleşmesi; uyuşmazlık taraflarının arabulucu ya da arabulucu merkezleri ile yaptıkları sözleşmelerdir. Müzakereler sonunda taraflar anlaşmaya varırlarsa arabuluculuk faaliyetinin sonunda hazırlanan nihai sözleşme de arabulucu anlaşma belgesidir.

Arabuluculuk sürecindeki sözleşmelerin adlandırılması konusunda literatürde bir terim birliği mevcut değildir. Bazı yazarlar uyuşmazlık doğmadan önce tanzim edilen arabuluculuk sözleşmeleri için “pre-dispute mediation agreement” yani “uyuşmazlık öncesi arabuluculuk sözleşmesi” terimini kullanmaktadır<sup>235</sup>. Arabuluculuk sözleşmesi ile arabulucu sözleşmesinin birbiri yerine kullanıldığı sıklıkla görülmektedir.

Arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşmaya varmış olmaları halinde tanzim edilecek olan ve taraflarla arabulucunun imzasını içeren anlaşma belgesinin ismi konusunda literatürde bir fikir birliği bulunmamaktadır. 6325 sayılı Kanun’un 18. maddesinde “anlaşma belgesi”, “anlaşma” 30. maddesinde “son tutanak” tabirleri kullanılmıştır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği’nin bazı maddelerinde (13, 18, 21 m. gibi) “anlaşma belgesi”, bazı maddelerinde (19, 22, 25 m. gibi) “tutanak” kelimesi tercih edilmiştir. İlgili Yönetmeliğin 21. maddesinde ise

<sup>234</sup> Dür, age., s.317

<sup>235</sup> Kekeç, age., s.140

“anlaşma” kelimesi de kullanılmıştır. Literatüre baktığımızda; “anlaşma tutanağı<sup>236</sup>”, “anlaşma belgesi<sup>237</sup>”, “çözüm anlaşması<sup>238</sup>”, “nihai sözleşme” gibi sözcüklerin kullanıldığı görülmektedir.

6325 sayılı Kanun’un 17. maddesi uyarınca arabulucu, arabuluculuk sürecinin sonunda hazırlanan son tutanağın bir örneğini, sürecin sona ermesi tarihinden itibaren bir ay içinde T.C. Adalet Bakanlığı, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü’ne gönderecek olup, burada Genel Müdürlüğe gönderilen son tutanak, anlaşma belgesi olmayıp, sadece tarafların anlaştıkları ya da anlaşmadıkları konusunda kısa bir açıklama içeren ve yine taraflar ile arabulucunun imzalarını içeren bir tutanaktır. Son tutanak bazı durumlarda gerekçelendirilmek üzere sadece arabulucu tarafından da tanzim edilebilmektedir.

Her biri farklı bir aşamada düzenlenen ve içeriği farklı olan arabuluculuk sözleşmesi, arabulucu sözleşmesi ve arabuluculuk anlaşma belgesinin terminoloji olarak bu şekilde kullanılması literatürde<sup>239</sup> tercih edilse de, işbu çalışmamızda literatürdeki kullanımın yanında “arabulucu sözleşmesi” için “arabulucu işgörme sözleşmesi” ve “arabulucu anlaşma belgesi” için “arabuluculuk ortak çözüm kararı” terimleri de kullanılacaktır.

#### **4.2. Arabuluculuk Faaliyetindeki Sözleşmeler**

Arabuluculuk faaliyetindeki sözleşmeler genel olarak arabuluculuk sözleşmesi, arabulucu sözleşmesi ve arabulucu anlaşma belgesidir. Eğer taraflar arasında anlaşma olmamışsa bu sözleşmelerden hiçbirinin düzenlenmesi zorunluluğu yoktur. Bu durumda sadece son tutanak düzenlenecektir. Eğer taraflar arasında anlaşma olmuş ise taraflar dilerse arabulucu anlaşma belgesi düzenleyebilir. İspat açısından arabulucu anlaşma belgesinin düzenlenmesinde hukuki fayda vardır. Arabulucunun ücret, masraf dahil hakları ve tarafların sorumlulukları açısından arabulucu sözleşmesinin düzenlenmesi yerinde olacaktır. Yine, tarafların iş birliği ve yönteme teşvik edilmesi

---

<sup>236</sup> Şahin Çil, İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 Sayılı İ.M.K. Uygulaması Tazminat Ve Alacaklarda Hesaplamalar İş Güvencesi, Ankara, Yetkin, 2018, s.41,

<sup>237</sup> Taşpolat Tuğsavul, age., s.183; Büyükay, age., s.81

<sup>238</sup> Dür, age., s.317

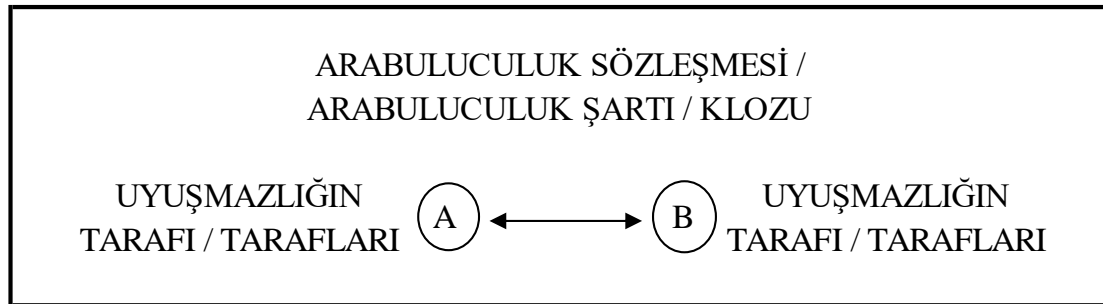
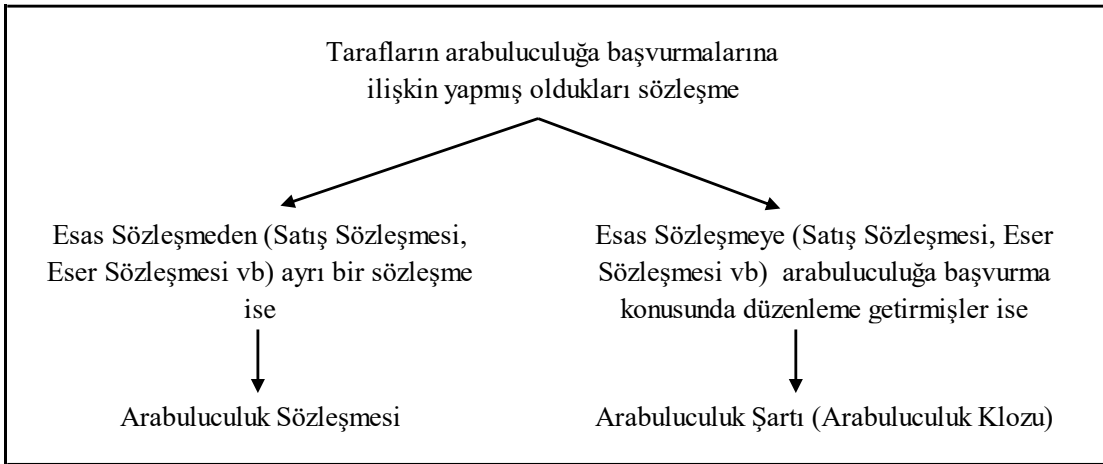
<sup>239</sup> Aynı şekilde kullanımlar için bkz. Yazıcı Tıktık, age., s.156, 189; Taşpolat Tuğsavul, age., s.101, 143; Dür, age., s.320



ile uyumsuzluğun yönetimi açısından arabuluculuk sözleşmesinin düzenlenmesinde de hukuki fayda tartışmasızdır.

#### 4.2.1. Arabuluculuk sözleşmesi

Tarafların arabuluculuğa başvurmalarına ilişkin aralarında yapmış oldukları sözleşmeye “arabuluculuk sözleşmesi”; esas sözleşmeye bu doğrultuda koydukları hükme ise “arabuluculuk şartı” denmektedir<sup>240</sup>. Aşağıda arabuluculuk sözleşmesine ilişkin şemalar sunulmuştur.



Görüldüğü üzere, arabuluculuk sözleşmesi ayrı bir sözleşme olarak yapılabileceği gibi, taraflar arasındaki esas sözleşmeye konulacak bir arabuluculuk şartı (klozu) şeklinde de yapılabilir. Arabuluculuk sözleşmesiyle taraflar maddi hukuk alanında ortaya çıkan ya da ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarını öncelikle arabuluculuk yöntemiyle çözmeye çalışacaklarını taahhüt etmektedirler<sup>241</sup>. Tarafların

<sup>240</sup> Mustafa Serdar Özbek, “Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Rıza Okur'a Armağan, Özel Sayı, 2014, C. 20, S.1, s.1123

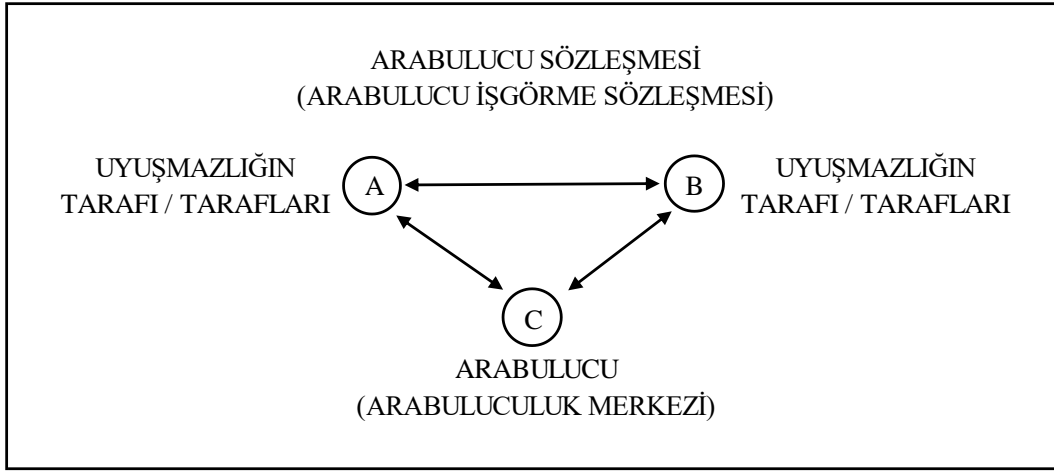
<sup>241</sup> Dür, age., s.320

önceden arabuluculuk sözleşmesi ya da arabuluculuk klotunu kabul etmiş olmaları, buna uyma ihtimallerini kuvvetlendirmektedir<sup>242</sup>.

Arabuluculuk ve tahkim sürecinin temelde birbirinden farklı olması sebebiyle kıyas yolunun uygulanmayacağını savunan yazarlar vardır<sup>243</sup>. Ancak, arabuluculuk sözleşmesinin niteliğine uygun düştüğü şekilde tahkim sözleşmesi ve arabulucu sözleşmesinin de yine niteliğine uygun düştüğü ölçüde hakem sözleşmesi benzeri sözleşmeler olduğunu belirtmemiz mümkündür<sup>244</sup>.

#### 4.2.2. Arabulucu sözleşmesi (Arabulucu işgörme sözleşmesi)

Arabuluculuk sözleşmesi veya klotuna istinaden arabuluculuk sürecini başlatan taraflar ile arabulucu arasında yapılan sözleşmeye “arabulucu sözleşmesi” denir<sup>245</sup>. Aşağıda arabulucu sözleşmesine ilişkin şema sunulmuştur.



Arabulucu yetkisini taraflardan alır ve bu doğrultuda uyuşmazlık tarafları ile arabulucu arasında bir arabulucu sözleşmesi gerçekleştirilir<sup>246</sup>. Dava şartı arabuluculuk ise bu durumun bir istisnası olarak yorumlanabilir<sup>247</sup>. Yani, arabuluculuğa başvurunun zorunlu olduğu durumlarda arabulucu sözleşmesinin varlığından söz edilemez<sup>248</sup>. Bir başka ifadeyle taraflar bir arabulucu üzerinde anlaşma

<sup>242</sup> Kekeç, age., s.142

<sup>243</sup> Horst Eidenmüller, Vertrags-und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, Ticari Arabuluculukta Sözleşmeler ve Usul Hukuku Yayın: Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2001, s.10

<sup>244</sup> Cennet Engin Demir vd., Temel Arabuluculuk Eğitimi, Eğitici Kitabı, Editörler; Ali Yeşilirmak, Elif Kısmet Kekeç, 2. baskı, Kasım 2017, s.91

<sup>245</sup> Özbek, Arabuluculuk Asgari Ücret, s.1123

<sup>246</sup> Ekmekçi, Özekes, Atalı, age., s.25

<sup>247</sup> Ekmekçi, Özekes, Atalı, age., s.25

<sup>248</sup> Azaklı Arslan, age., s.202

sağlayamaz ve arabulucu da arabuluculuk bürosu tarafından atanırsa, arabulucunun süreci başlatmasıyla beraber arabulucu sözleşmesi zımnen kurulmuş sayılır<sup>249</sup>.

Arabulucu sözleşmesi (Arabulucu işgörme sözleşmesi) arabuluculuk sözleşmesinde yer alacak bir şart ile düzenlenebileceği gibi, ayrı olarak düzenlenen bir sözleşme ile de kurulabilir<sup>250</sup>. Uyuşmazlık içindeki kişilerin, bir arabulucu ismi üzerinde anlaşmaya varabilmeleri hiç de kolay bir süreç değildir. Birçok konuda uyuşmazlık yaşayan tarafların bir arabulucu ismi konusunda anlaşmaya varmalarını uzlaşma kültürü açısından önem arz eder ve tarafların uyuşmazlığın çözümünde samimi ve gayretli olduklarını da gösterir.

Arabulucu sözleşmesinde hangi uyuşmazlıkların sözleşme kapsamında yer alacağı belirlenmesi gerekmektedir<sup>251</sup>. Ayrıca, gizlilik, arabuluculuk ücreti, masraf gibi konular da arabulucu sözleşmesinde ayrıntılı olarak belirlenmelidir<sup>252</sup>. Amerika Tahkim Birliği, Amerika Barolar Birliği ve Anlaşmazlık Çözüm Birliği, Arabulucular için Model Etik Kurallarında arabuluculuk ücretinin belirlenmesinde, uyuşmazlık konusunun türü ve karmaşıklığı, arabulucunun nitelikleri, gerekli süre ve bu tarz arabuluculuk hizmetleri rayiç bedeli de dahil olmak üzere çeşitli etkenlerin esas alınması öngörülmüştür<sup>253</sup>. Arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin başlamasından ve sözleşme imzalanmasından önce taraflara süreç hakkında bilgi vermelidir<sup>254</sup>. Söz konusu bilgilendirme, arabuluculuk usulü ve sonuçları da dahil olmak üzere kapsamlı olmalı ve mümkünse yazılı bilgilendirme yapılmalıdır. Söz konusu bilgilendirmenin arabulucu sözleşmesi içinde yer alması da mümkündür.

Arabulucu sözleşmesi, arabulucu ile taraflar arasında düzenlendiğinden ve ücret karşılığı bir işgörme söz konusu olduğundan karşılıklı her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Arabulucu sözleşmesi ile arabulucu, arabuluculuk hizmetini gerçekleştirme, taraflar da ücret ödeme asli edimini borçlanmaktadır<sup>255</sup>. Bir işgörme sözleşmesi olarak nitelendirilebilecek arabulucu sözleşmesi için belirli bir geçerlilik şekli şartı getirilmemiştir<sup>256</sup>.

<sup>249</sup> Azaklı Arslan, age., s.202- 203

<sup>250</sup> Azaklı Arslan, age., s.202

<sup>251</sup> Ekmekçi, Özekes, Atalı, age., s.51

<sup>252</sup> Özbek, Arabuluculuk Asgari Ücret, s.1123

<sup>253</sup> Özbek, Arabuluculuk Asgari Ücret, s.1124

<sup>254</sup> Özbek, Arabuluculuk Asgari Ücret, s.1124

<sup>255</sup> Kekeç, age., s.152

<sup>256</sup> Ekmekçi, Özekes, Atalı, age., s.51

Arabulucu sözleşmesinin hukuki nitelendirmesi konusu da önem arz eder. Bu konuda hukuki nitelendirme yapmadan önce, benzer sözleşmeler olan simsarlık sözleşmesi, eser sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, ve vekalet sözleşmesi gibi sözleşmeler ile karşılaştırmamız yerinde olacaktır;

TBK 520. maddesinde simsarlık sözleşmesi tanımlanmış olup “Simsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir.” Arabulucu da taraflar arasında bir sözleşme kurulmasına aracılık etmektedir. Ancak, arabuluculuğu sadece sözleşme kurmaya aracılılık etmek şeklinde indirgemek isabetli olmayacaktır. Örneğin dönüştürücü arabuluculukta (transformative mediation) ilişki odaklı olup, asıl hedef tarafların güçlendirilmesi ve geliştirilmesidir<sup>257</sup>. HUAK 2. maddesinde belirtildiği üzere arabulucu 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 tarafsız ve bağımsız üçüncü kişidir. Bu bağlamda arabuluculuğun daha komplike bir meslek olduğu söylenebilir. TBK 521. maddeye göre, simsar ancak sözleşme kurulursa ücrete hak kazanır. Oysa arabulucu taraflar arasında uzlaşma sağlanmasa dahi ücrete hak kazanır ve ayrıca masraf da talep edebilir.

TBK 470. maddesi eser sözleşmesini tanımlamış olup söz konusu tanıma göre “Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” İş görme edimi içeren arabulucu sözleşmesinde arabulucu uzlaştırma taahhüdü vermediğinden eser sözleşmesinden bu yönüyle ayrılmaktadır. Arabulucu sözleşmesinde arabulucu, eser sözleşmesinde olduğu gibi bir ürünün imalini borçlanmamaktadır. Başka bir ifadeyle, eser sözleşmesinde, yüklenicinin borcunu yerine getirebilmesi, emeğin sonucu eserin ortaya çıkmasına bağlıdır. Arabulucu sözleşmesinde ise, arabulucunun çalışma çabası bir sonuca ulaşmasa bile arabulucu yine borcunu yerine getirmiş sayılır. TBK 471. maddesindeki düzenlemeye göre eser sözleşmesinde yüklenici, meydana

---

<sup>257</sup> Cennet Engin Demir vd., Temel Arabuluculuk Eğitimi, Eğitici Kitabı, Editörler; Ali Yeşilırmak, Elif Kısmet Kekeç, Kasım 2017, 2. baskı, s.87

getirilecek eseri doğrudan kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında başkasına yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir. Arabuluculuk sürecinde kişisel özellikler ve güven unsuru ön planda olduğundan arabulucu doğrudan işi kendisi yapacak olup, işin başkasına yaptırılması mümkün değildir. Ancak taraflar kabul ederse süreçte bir eş arabulucu bulundurabilir. Arabulucu sözleşmesi bu yönü itibariyle de eser sözleşmesinden farklılık gösterir.

Genel hizmet sözleşmesi TBK 393/(1) fıkrasında tanımlanmış olup; “Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” Hizmet sözleşmesinde işgörmeye edimini yüklenen kişi, iş sahibine karşı ekonomik, kişisel ve hukuki yönden bağımlıdır<sup>258</sup>. Arabulucu sözleşmesinde ise arabulucunun bağımsızlığı<sup>259</sup> söz konusudur. Hizmet sözleşmesinde işçi, belirli veya belirli olmayan süre için hizmet görmeyi vaat eder. Arabulucu sözleşmesi yüklenen işin idaresini veya yerine getirilmesini kapsar.

Türk Borçlar Kanunu’nun 502. maddesinde vekalet sözleşmesi tanımlanmış olup; “Vekalet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir. Vekaletle ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düşükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörmeye sözleşmelerine de uygulanır.”

Bölge İdare Mahkemesi bir kararında<sup>260</sup> arabulucu sözleşmesinin hukuki nitelendirmesini vekalet sözleşmesi olarak yapmış olup, söz konusu kararın gerekçesinde “...taraflar ve arabulucu olarak seçilen kişi ya da kişiler arasında kurulan sözleşme ilişkisi de bir “vekâlet sözleşmesi” niteliğinde olup (TBK m. 502/2), bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda da (örneğin arabulucunun ücretinin ödenmemesi durumunda), ne arabulucunun TKHK’da tanımlanan “satıcı” ya da “sağlayıcı”, ne de sözleşmenin diğer tarafını oluşturan tarafların birer tüketici olduklarından söz edilemeyeceği gibi, arabuluculuk konusunda yapılan faaliyet de, bir

<sup>258</sup> Doğa Ekrem Doğancı, “Vekalet Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Ve Benzer Hukuki İlişkiler İle Karşılaştırılması”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:1, Temmuz 2014, s.109

<sup>259</sup> HUAK 2/(b) md.

<sup>260</sup> T.C. Ankara Bölge İdare Mahkemesi, 4. Hukuk Dairesi'nin 2018/1242 E, 2018/1884 K ve 11/10/2018 tarihli kararı

*tüketici işlemi olarak kabul edilemez. Zira yapılan faaliyet, dayanağını kanundan alan belli şart ve emredici kurallara bağlanan, alternatif bir uyuşmazlık çözüm biçimi olarak, Devlet yargısını destekleyici bir faaliyettir.”* şeklinde açıklama yer almıştır.

Arabulucu ile yapılan sözleşme hukuki niteliği itibariyle vekalet sözleşmesine yakın bir sözleşmedir<sup>261</sup>. Vekalet sözleşmesinde aranan güven unsuru bu sözleşmenin önemli bir özelliğini oluşturur<sup>262</sup>. Vekalet sözleşmesinin asıl olarak güven temeline dayandığını söyleyebiliriz<sup>263</sup>. Arabulucu sözleşmesinin temelinde de güven unsurunun yer aldığı tartışmasızdır.

TBK 502/(1) fıkrasında vekalet sözleşmesi tanımında ücret unsuru sayılmamıştır. TBK 502/(3) maddesinde sözleşmede belirlenmişse veya ücrete ilişkin teamül varsa vekil ücret talep edebilecektir. Vekalet sözleşmesi karşılıksız da olabilir<sup>264</sup>. Oysa ki arabulucu sözleşmesinde ivazlılık söz konusudur yani ücret karşılığı yapılır. Müvekkilin talimatı ile bağlı olma gibi vekalet sözleşmesine uygulanan bazı kurallar arabulucu sözleşmesine uygulanmayacaktır. Arabulucu sözleşmesi hukuki niteliği itibariyle tipik bir vekalet sözleşmesi değildir. Arabulucu bir vekil gibi özen yükümlülüğü içindedir. Ancak, arabulucunun uyuşmazlığın taraflarına karşı bir bağımlılığı yoktur. Aksine tarafsızlık arabuluculuğun önemli bir ilkesidir.

HUAK 7/(1) fıkrasına göre arabulucu yapmış olduğu faaliyet karşılığı ücret ve masraf talep edebilir. Arabulucu, ücret ve masraf için avans isteme hakkına da sahiptir. HUAK 7/(2) fıkrası uyarınca taraflar ücret konusunda anlaşma yapmamışlarsa arabulucunun ücreti, faaliyetin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabulucu Asgari Ücret Tarifesine (AAÜT) göre belirlenir ve ücret ile masraflar taraflar arasında eşit olarak karşılanır<sup>265</sup>. Bu bağlamda arabulucu sözleşmesinin hukuki niteliği itibariyle bir nevi ücretli vekalet sözleşmesi olduğunu söylemek mümkündür.

#### **4.2.3. Arabuluculuk anlaşma belgesi (Arabuluculuk ortak çözüm kararı)**

HUAK 18. maddeye göre eğer taraflar arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varırlarsa, anlaşmanın kapsamını taraflar belirleyecek ve anlaşma belgesi taraflar ile

<sup>261</sup> Kekeç, age., s.152

<sup>262</sup> Erzurumluoğlu, age., s.193

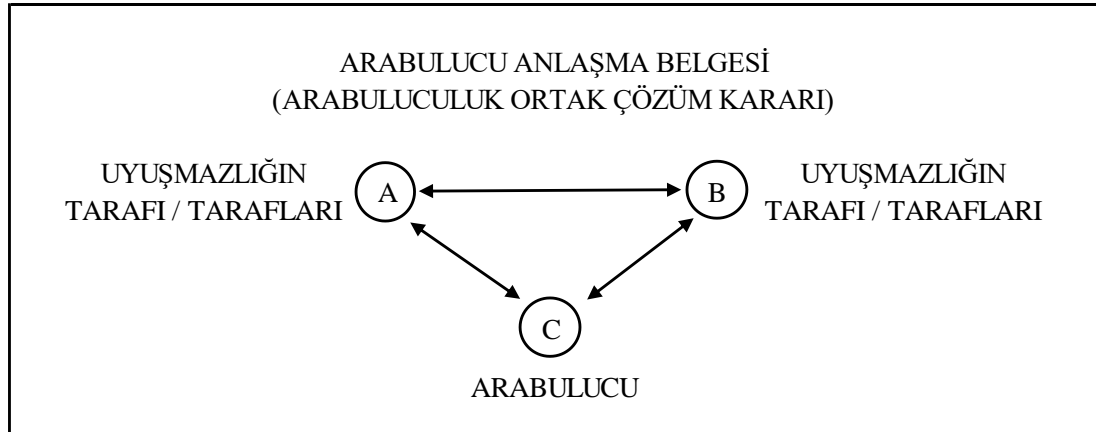
<sup>263</sup> Doğanç, agm., s.115

<sup>264</sup> Doğanç, agm., s.108

<sup>265</sup> 2019 Yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi,

(Erişim) <http://www.adb.adalet.gov.tr/sayfalar/Teskilat/mevzuat/tarife.html>, 17 Şubat 2019.

arabulucu tarafından imzalanacaktır. Anlaşma metni adi yazılı şekilde olabileceği gibi, noterde onaylama veya düzenleme şeklinde de yapılabilir<sup>266</sup>. Arabuluculuk anlaşma belgesinde (Arabuluculuk ortak çözüm kararı) tarafların imzalarının ve arabulucunun imzasının yer alması ve arabuluculuk görüşmelerinin T.C. Adalet Bakanlığı tarafından tutulan arabulucu siciline kayıtlı, tarafsız arabulucu nezdinde yapılması sözleşmenin esaslı unsurlarıdır<sup>267</sup>. Aşağıda arabulucu anlaşma belgesine ilişkin şema sunulmuştur.



HUAK 18/(2) fıkrasına göre taraflar anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine dair şerh verilmesini talep edebilirler. İş Mahkemeleri Kanunu'nun 24/(4) maddesi uyarınca taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi alınmasına gerek bulunmadan ilam niteliğinde belge sayılır. Kanuna göre icra edilebilirlik şerhi alınması amacıyla başvuru yapılmasında, incelemenin kapsamı anlaşma kapsamının arabuluculuğa ve cebri icraya uygun olup olmadığı hususları ile sınırlı olup, incelemeyi yapan hakim arabuluculuk anlaşma belgesini içerik bakımından inceleyemez<sup>268</sup>. Arabuluculuk anlaşma belgesinin infaz edilebilmesi açısından anlaşma belgesinin mahkemelerin hüküm kısmına benzer şekilde açık ve tereddüde yer vermeyecek şekilde olması gerekir<sup>269</sup>.

Arabuluculuk süreci sonunda taraflar anlaşmak zorunda olmayıp, anlaşmalar dahi bir anlaşma belgesi imzalamadan da süreci sonlandırabilirler<sup>270</sup>. Ancak burada HMK

<sup>266</sup> Ekmekçi, Özkes, Atalı, age., s.95

<sup>267</sup> Serkan ODAMAN, "Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C.19, Özel Sayı, 2017, s.1765

<sup>268</sup> Odaman, agm., s.1759

<sup>269</sup> Bektaş Kar, İş Yargılaması Usulü, Ankara, Yetkin, 2018, s.406

<sup>270</sup> Azaklı Arslan, age., s.130

200. maddeyi dikkate almak gerekir. HMK 200/(1) fıkraya uyarınca “Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir.” Belirtilen nedenle taraflar arasında kararlaştırılan edim henüz yerine getirilmemiş ve söz konusu edim ikibinbeşyüz Türk Lirasını da geçtiği takdirde senetle ispat koşulundan dolayı arabulucu anlaşma belgesinin yazılı olarak yapılması yerinde olacaktır. Arabulucu anlaşma belgesi konusunda 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu özel bir düzenleme getirmiş olup, ilgili kanun ile 4857 sayılı Kanununun 21 inci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir; “Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları hâlinde; a) İşe başlatma tarihini, b) Üçüncü fıkroda düzenlenen ücret ve diğer hakların parasal miktarını, c) İşçinin işe başlatılmaması durumunda ikinci fıkroda düzenlenen tazminatın parasal miktarını, belirlemeleri zorunlu olup, aksi takdirde anlaşma sağlanamamış sayılır ve son tutanak buna göre düzenlenir.”<sup>271</sup> Bu maddenin sadece iş hukuku uyuşmazlıklarında işçinin işe başlatılması konusunda yapılan anlaşma durumlarında uygulanacağını vurgulamak isteriz.

HUAK 18/(5) maddesi uyarınca; “Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz.” Açık düzenleme karşısında tarafların hür iradeleriyle yapmış oldukları arabuluculuk anlaşma belgesinin aleyhine dava açılmaması gerekir. Hakem kararlarına karşı yalnızca iptal davası açılabileceğine dair birçok Yargıtay kararı<sup>272</sup> mevcut olup, kıyasen arabuluculuk anlaşma belgesi aleyhine de eğer koşulları mevcut ise sadece iptal davası açılabilmesi mümkün olmalıdır. Ancak, kanundaki açık düzenleme karşısında, iptal davasında arabulucu anlaşma belgesinin esasına ilişkin incelemenin yapılmaması gerektiği kanaatindeyim.

Arabulucu anlaşma belgesi hukuki niteliği itibariyle sulh sözleşmesine benzetilebilir. Sulh sözleşmesi kanunda tanımlanmamış olduğundan isimsiz bir sözleşme<sup>273</sup> olup, her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir<sup>274</sup>. Sulh sözleşmesi ile

<sup>271</sup> Sarper Süzek, İş Hukuku, yenilenmiş 16. baskı, İstanbul, Beta, Eylül 2018, s.607-608

<sup>272</sup> Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin 2018/55 E, 2018/138 K ve 17/11/2017 tarihli kararı; Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin 2018/524 E, 2018/973 K ve 21.12.2017 tarihli kararı; HMK 439. md. "Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir..."

<sup>273</sup> Tandoğan, age., s.15

<sup>274</sup> Tandoğan, age., s.14



taraf lar aralarındaki bir hukuki ilişkiye dair anlaşmazlığa veya kararsızlık haline son verirler<sup>275</sup>. Sulh sözleşmesinde her iki yan karşılıklı olarak ödünlerde bulunur ki, söz konusu fedakarlık; edimin tutarında ya da niteliğinde veya yer ve zaman konusunda olabilir<sup>276</sup>. Fedakarlıklar karşılıklı olmaz ise ibradan, feragatten, bağışlamadan veya borç ikrarından söz edilir, ancak sulh sözleşmesi söz konusu olmaz<sup>277</sup>. Arabulucu anlaşma belgesinde karşılıklı fedakarlık ve ödün şartı aranmadığından kanaatimce ancak sulh sözleşmesine yakın olduğu şeklinde yorumlanabilir. Bu bağlamda bir çeşit sulh sözleşmesi olduğunu söyleyebiliriz.

### 4.3. Tutanaklar

Arabuluculuk faaliyetinin başladığına dair ilk tutanak ve sonlandırıldığına dair son tutanak dışında süreçte ara tutanakların da tutulması mümkündür. Zira, arabuluculuk süreci esnek bir süreçtir ve uyuşmazlığın nev'i ve toplantıların seyrine göre, arabulucunun ve tarafların talepleri doğrultusunda ara tutanaklar düzenlenebilir. Toplantı gününün bir başka güne ertelendiğine dair tutanak ya da ortak ile özel oturum tutanakları gibi süreçte ara tutanakların düzenlenmesi mümkündür. Bu başlık altında arabuluculuk sürecinde tutulması zorunlu olan ilk ve son tutanak incelenecektir.

#### 4.3.1. İlk tutanak

6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 16/(1) fıkrasına göre arabuluculuk süreci, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması halinde, tarafların ilk toplantıya davetleri ile uyuşmazlığın taraflarıyla arabulucu arasında sürecin devamı konusunda anlaşmaları ve sürecin başladığının bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Taraflar ve müzakereye katılan taraflar arasında hazırlanan ve sürecin başladığına dair bu tutanağa "İlk tutanak" denir.

Dava açılmasından sonra arabulucuya başvuru hâlinde arabuluculuk süreci mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Gerek dava açılmadan önce gerekse dava

<sup>275</sup> Tandoğan, age., s.14

<sup>276</sup> Tandoğan, age., s.14

<sup>277</sup> Tandoğan, age., s.14

açıldıktan sonra arabuluculuk sürecinde hazırlanabilecek bir tutanak olan ilk tutanak arabuluculuk sürecini belgelendirmektedir.

#### **4.3.2. Son tutanak**

6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 17/(2) fıkrası uyarınca arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşmış, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir. Arabulucu tarafından düzenlenecek son tutanak, arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya vekilleri tarafından imzalanır. Taraflar, kanuni temsilcileri veya vekillerince imzalanmazsa, gerekçesi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanabilecektir.



## 5. SÖZLEŞME KAVRAMI VE TANIMI, ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİ KAVRAMI, TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, KOŞULLARI İLE İRADE VE BEYAN ARASINDA UYUM

### 5.1. Sözleşme Kavramı ve Tanımı

Sözleşme kavramı, tarafların birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanları ile oluşan hukuki işlemi ifade ettiği gibi, söz konusu işlem ile kurulan hukuki ilişkiyi ifade etmek üzere de kullanılmaktadır<sup>278</sup>. Aslında sözleşme hukuki işleme nazaran daha dar bir kavramdır<sup>279</sup>. Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca “*Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.*” Literatürde sözleşmenin tanımıyla ilgili birçok görüş mevcut olup, Kılıçoğlu'na göre sözleşme “*İki tarafın, hukuksal sonuca yönelik karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini açıklamalarıyla meydana gelen bir hukuksal işlem*”<sup>280</sup>. Oğuzman ve Öz'e göre “*Bir sözleşmenin kurulması için iki veya daha çok şahsın bir hukuki sonuç meydana getirmek üzere karşılıklı irade beyanında bulunmaları ve bu irade beyanlarının uygun olması*”<sup>281</sup> gereklidir.

Sözleşme, tek taraflı olmayıp, iki taraflı hukuksal işlemdir<sup>282</sup>. Sözleşme için aranan genel unsurlar; sözleşmede açıklanan taraf iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun olmasıdır<sup>283</sup>. Sözleşmenin kurulması için üç unsurun bulunması gerekir ki, bu unsurlar; iradenin açıklanması, açıklanan iradelerin karşılıklı olması ile iradelerin birbirine uygun olmasıdır<sup>284</sup>. TBK 2. maddesine göre tarafların sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşması aranır ki, taraflar arasında ikinci derecedeki noktalar yer almasa bile, sözleşme kurulmuş sayılır. Oğuzman ve Öz'e göre sözleşmenin kurulması için gerekli irade beyanlarından zaman itibarıyla önce olanı “öneri” olarak tanımlanır<sup>285</sup>. Ancak, bir iradenin öneri mi, kabul mü olduğunun tespitinde iradenin açıklanma sırası ya da zamanı değil, niteliği önemlidir<sup>286</sup>. Zira, ilk irade sahibinin iradesi, karşı yanca

<sup>278</sup> Oğuzman/ Öz, age., s.43

<sup>279</sup> Erzurumluoğlu, age., s.29

<sup>280</sup> Ahmet, M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 21. baskı, Ankara, Turhan, 2017, s.79

<sup>281</sup> Oğuzman/Öz, age., s.49

<sup>282</sup> Kılıçoğlu, age., s.80

<sup>283</sup> Kılıçoğlu, age., s.81; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin, 2018, 23. baskı, s.242

<sup>284</sup> Doğan, age., s.52

<sup>285</sup> Oğuzman/Öz, age., s.50

<sup>286</sup> Kılıçoğlu, age., s.82

değiştirilirse bu durumda tarafların rolleri değişmiş olacaktır<sup>287</sup>. Kısaca; öneri, karşı tarafın kabulü ile sözleşmenin oluşmasının arzu edildiğini içeren irade beyanıdır<sup>288</sup>. İrade beyanı sadece bir müzakereye girmeyi hedefliyorsa, bu irade beyanı bir “öneri olmayıp”, “öneriye davet”tir. Öneriye karşılık karşı yanca önerene yönelik ve sözleşmeyi öneriye uygun şekilde oluşturma isteğini kesin olarak ifade eden irade beyanı ise “kabul” olarak adlandırılır<sup>289</sup>. Kabul, öneriyi değiştirmeyen ve öneri ile uyumlu olan irade açıklamasıdır<sup>290</sup>.

Sözleşmelerin tümüyle tanımlanması ve yasalarla düzenlenmesi, değişen koşullar, değişen teknolojik yenilikler, ihtiyaçlar ve her şeyden önemlisi karışık bir giz olan insan doğası dikkate alındığında neredeyse olanaksızdır<sup>291</sup>.

Sözleşmeler farklı kıstaslara göre çeşitlere ayrılmaktadır<sup>292</sup>. Edim yönünden sözleşmeler tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak ayrılmaktadır<sup>293</sup>. Taraflardan birinin borçlandığı edime karşılık diğer tarafın bir edim borcu olup olmamasına göre “ivazlı sözleşmeler” ve “ivazsız sözleşmeler” olarak ikiye ayrılır<sup>294</sup>. Hukuki sonuçlarına göre borç doğuran sözleşmeler, tasarruf sözleşmeleri ve statü sözleşmeleri olarak tasnif edilir<sup>295</sup>. Zaman yönünden sözleşmeler yalın (ani edimli) sözleşmeler, dönemli sözleşmeler ve sürekli sözleşmeler olarak üç kısma ayrılır<sup>296</sup>. Kanunla düzenleme yapılmış olup olmamaları kıstasına göre de isimli sözleşmeler ve isimsiz sözleşmeler olarak adlandırılır<sup>297</sup>.

Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen sözleşmeleri ise; mülkiyetin devrine ilişkin sözleşmeler, bir şeyin kullanılmasını hedefleyen sözleşmeler, konusu işgörme olan sözleşmeler, bir şeyin saklanmasını amaçlayan sözleşmeler, güvence

<sup>287</sup> Kılıçoğlu, age., s.82

<sup>288</sup> Oğuzman/Öz, age., s.51

<sup>289</sup> Oğuzman/Öz, age., s.64

<sup>290</sup> Kılıçoğlu, age., s.97

<sup>291</sup> Erzurumluoğlu, age., s.27

<sup>292</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. baskı, Ankara, Yetkin, 2018, s.15-18; Oğuzman/Öz, age., s.43-48

<sup>293</sup> Eren, Borçlar Özel, s.15-16; Oğuzman/Öz, age., s.45; Doğan, age., s.52

<sup>294</sup> Eren, Borçlar Özel, s.17

<sup>295</sup> Eren, Borçlar Özel, s.16

<sup>296</sup> Eren, Borçlar Özel, s.16-17; Doğan, age., s.53

<sup>297</sup> Eren, Borçlar Özel, s.933 v.s.; Doğan, age., s.53; İpek Yücer Aktürk, İsimsiz Sözleşme Genel Teorisi Ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi, Ankara, Yetkin, 2016, s.29 v.s.

amacı taşıyan sözleşmeler ve ortaklık sözleşmeleri olarak sınıflandırmak mümkündür<sup>298</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesinde sözleşme özgürlüğü düzenlenmiş olup, sözleşme yapmak, sözleşmenin tarafını oluşturmak, sözleşmenin şeklini belirlemek, değiştirmek, yasada düzenlenmiş ya da düzenlenmemiş sözleşmenin tipini belirlemek ve sözleşmeyi sona erdirmek sözleşme özgürlüğünün kapsamına girmektedir<sup>299</sup>. Fransız Medeni Kanunu'nun 1134. maddesinde ifade edildiği üzere, hukuka uygun düzenlenmiş sözleşmeler, onu yapanların kanunu sayılır<sup>300</sup>.

## 5.2. Arabuluculuk Sözleşmesi Kavramı ve Tanımı

Uyuşmazlık yönetimi, uyuşmazlık çıkmadan önce ve görünürdeki uzlaşmadan sonra risk ve fırsat olarak algılanmasını ifade eder ve taraflar için uyuşmazlığa ilişkin en iyi sonuçlara ulaşmak adına sistematik bir çalışma gerektirir<sup>301</sup>. Genel olarak alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesi tarafların asıl borç ilişkisinden doğmuş veya ilerde doğabilecek uyuşmazlıklarının, tarafsız üçüncü kişi rehberliğinde ve alternatif çözüm yollarıyla çözümünü ifade eder<sup>302</sup>. Sözleşme ile tarafsız ve bağımsız üçüncü kişi uyuşmazlığın çözümü konusunda yetkilendirilmiş bulunmaktadır<sup>303</sup>.

Arabuluculuk sözleşmesi, iki ya da daha fazla taraf arasındaki belirli bir uyuşmazlık konusu üzerinde arabuluculuk yönteminin kararlaştırılması olarak tanımlanabilir<sup>304</sup>. Arabuluculuk sözleşmesi uyuşmazlık içindeki tarafların uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemi ile çözümlenmek istediklerine dair irade açıklamalarını içeren sözleşmeyi ifade etmektedir<sup>305</sup>. Uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenmesine ilişkin irade açıklaması, arabuluculuk sözleşmesinin temel kurucu unsurudur. Arabuluculuk sözleşmesi tarafların doğmuş ya da doğabilecek uyuşmazlıklarının tamamen ya da kısmen çözümü için arabulucu sürecini kabul ettiklerine dair anlaşmadır. Taraflar bu doğrultudaki irade açıklamalarına aralarındaki temel hukuki ilişkiyi düzenleyen asıl sözleşmede arabuluculuk klozu ile yer verebilecekleri gibi,

<sup>298</sup> Erzurumluoğlu, age., s.31-32

<sup>299</sup> Erzurumluoğlu, age., s.30

<sup>300</sup> Eren, Borçlar Genel, s.17

<sup>301</sup> Eidenmüller, age., s.3

<sup>302</sup> Doğan, age., s.55

<sup>303</sup> Büyükay, age., s.59

<sup>304</sup> Eidenmüller, age., s.8

<sup>305</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.189-190'den naklen Hes/Sharma, §26, Kn.8; Oldenbruch, Hannah, "Die Vertraulichkeit im Mediations-verfahren", Berlin2006, s.11; Beck, s.44; Eidenmüller, "Vertrags", s.8; Schütz, §12, Kn.440

tamamen ayrı bir arabuluculuk sözleşmesi ile de düzenleme yapabilirler<sup>306</sup>. Başka bir ifade ile arabuluculuk sözleşmesi veya ADR sözleşmesi ayrı bir sözleşme ile ya da esas sözleşmeye konulacak arabuluculuk şartı (mediation clause) konulması yoluyla da yapılabilir<sup>307</sup>. Mecazi anlamda arabuluculuk sözleşmesi ise arabuluculuğu başlatan yol ve taraflar arasındaki ilişkinin “Anayasası”dır<sup>308</sup>.

### **5.2.1. Arabuluculuk sözleşmesinin tarafları**

Arabuluculuk sözleşmesinin taraflarını mevcut ya da muhtemel uyuşmazlığın tüm tarafları oluşturur. Ortaya çıkan uyuşmazlığın ya da ileride ortaya çıkabilecek uyuşmazlığın taraflarının tamamı arabuluculuk sözleşmesine taraf değilse, ortada tam bir arabuluculuk sözleşmesinden bahsetmek mümkün olamaz.

Arabuluculuk sözleşmesinde sadece bir tarafa arabulucuya gitme hakkı tanınmışsa bu arabuluculuk sözleşmesi geçerli olacak mıdır? HUAK 3/(2) fıkrası uyarınca taraflar, arabuluculuk sürecinin başında ve bütün süreç boyunca eşit haklara sahip olacaklarından ve eşitlik temel bir ilke olduğundan kanaatimce bu tür arabuluculuk sözleşmelerinin arabuluculuğun ruhuna uygun düşmeyeceğini değerlendirmekteyim.

### **5.2.2. Arabuluculuk sözleşmesinin amacı**

Genel bir ifadeyle arabuluculuk sözleşmesinin amacı, tarafların dava açılmadan önce alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden olan arabuluculuk sürecini başlatma ve bu yolla uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması istekleridir. Arabuluculuk sözleşmesinin temelinde bir iş birliği gayesi ve takım çalışması ruhu vardır.

Arabuluculuk sözleşmesinin amacına değinirken, arabuluculuğun amacına da odaklanmamız faydalı olacaktır. Arabuluculuk ile çok sayıda ve birbirinden farklı amaç hedeflenebilir. Hiç kuşkusuz arabuluculuğun asli amacı uyuşmazlığı bir çözüme kavuşturmaktır. Davaların çok uzun yıllar sürmesi, masraflı ve aleni olması göz önüne alındığında arabuluculuğun taraflarca tercih edilmesinde zamandan ve masraftan tasarruf, kontrolün taraflarda olması ve gizliliğin korunması etkindir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının en çekici özelliklerinden birisi de uyuşmazlığın çözümü konusunda yaratıcı tercihler sunulmasıdır<sup>309</sup>. Her iki tarafın

<sup>306</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.190

<sup>307</sup> Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s.757

<sup>308</sup> Eidenmüller, age., s.8

<sup>309</sup> İldır, agm., s.388

kazanacağı çözümler üretmek arabuluculuğun amaçlarından birisidir<sup>310</sup>. Alternatif çözüm yolları iş ilişkilerini muhafaza eder, geliştirir ve yeni dialoglara imkan tanır<sup>311</sup>. Yine, kişisel gelişimi (moral growth) sağlamak arabuluculuğun amaçlarındandır<sup>312</sup>. Bozulmuş bulunan ilişkilerin yeniden düzeltilmesi ya da tarafların bakış açılarını değiştirmek arabuluculuğun hedeflerinden olabilir<sup>313</sup>. Taraflar da bu saiklerin biri, bir kısmı ya da tamamı için arabuluculuk sözleşmesi yapabilirler. Hiç kuşkusuz arabuluculuk sözleşmesinin asli hedefi uyuşmazlık yönetiminin taraflarda kalmasının sağlanmasıdır.

### 5.2.3. Arabuluculuk sözleşmesinin konusu

Arabuluculuk sözleşmesinin konusu tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıklarıdır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına elverişli olmayan bir konuda arabuluculuk sözleşmesi yapılmış ise, söz konusu sözleşme geçerli olmayacaktır. HUAK 1/(2) fıkrası uyarınca aile içi şiddet iddiası barındıran uyuşmazlıklar arabuluculuğa uygun değildir. Aynı fıkarda arabuluculuğun ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk kapsamındaki uyuşmazlıkların çözümlenmesinde uygulanacağını altı çizilmiştir. Arabuluculuğa elverişlilik kavramında yasal ölçü; tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ya da işlemlerdir. Burada kamu düzeni kavramı da ön plana çıkmakta olup, Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında kamu düzeni deyimini tartışılmış ve kamu düzeninin, toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını ve devlet yapısının korunmasını amaçlayan her şeyi ifade ettiği ve toplum düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varılmıştır<sup>314</sup>.

### 5.2.4. Arabuluculuk sözleşmesinin kapsamı

Arabuluculuk sözleşmesinin ya da şartının icra kabiliyetini yüksek tutan bir dilde yazılması ve taraflara yöntemin nasıl uygulanacağı konusunda yol gösterici olması ile mümkünse kısa ve esnek yapılmasında büyük fayda vardır<sup>315</sup>. Arabuluculuk sözleşmesinde arabulucu ya da eş arabulucuların kimler olacağı, kurumsal bir

<sup>310</sup> Kekeç, age., s.27

<sup>311</sup> Ildır, agm., s.389

<sup>312</sup> Kekeç, age., s.29

<sup>313</sup> Kekeç, age., s.29

<sup>314</sup> (Erişim)

<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11685.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11685.pdf>, 13 Aralık 2018.

<sup>315</sup> Kekeç, age., s.141

arabuluculuk organizasyonun arabulucu atayabileceği, sürece hangi uzmanların katılacağı, toplantıların yeri ve süresi gibi düzenlemeler yer alabilir. Arabuluculuk sözleşmesiyle; tarafların şahsen müzakerelere katılımı, gizlilik, masraflara iştirak gibi maddi hukuka yönelik hususların yanında, arabuluculuk sürecinde yargıya başvurulmaması ya da olası yargılama aşamasında kullanılacak delillerin sınırlandırılmasını içeren usul hukukuna ilişkin bazı konular da kararlaştırılabilir<sup>316</sup>. Arabuluculuk sözleşmesinde müzakere aşamasının tamamlanmış sayılması için belli sayıda toplantının yapılmış olması ve bunun da belli süreyle sınırlandırılması gibi objektif düzenlemeler yapılabilir<sup>317</sup>.

Arabuluculuk prosedürü ne kadar detaylı düzenlenirse, ex ante olarak kararlaştırılan arabuluculuk sözleşmesinin yapıcı etkisi o kadar etkili olacaktır<sup>318</sup>.

Geçerli bir arabuluculuk sözleşmesinden bahsedebilmek için hangi uyuşmazlıkların arabuluculuk yolu ile çözümleneceğine dair taraf iradelerinin anlaşılır olması gerekmektedir olup, “Aramızdaki tüm uyuşmazlıklar arabuluculuk yoluyla çözülecektir” ya da “Mevcut uyuşmazlıklar arabuluculuk yöntemiyle çözülecektir.” şeklindeki belirsiz ve çok genel kararlaştırmaların bağlayıcılığı söz konusu olmayacaktır. Uyuşmazlığın açıklanmasında ya da hangi alandan ya da sözleşmeden kaynaklandığının belirtilmesinde hukuki fayda vardır.

### **5.2.5. Arabuluculuk sözleşmesinin yapılma anı**

Arabuluculuk sözleşmesinin yapılma anı konusunu incelemek için ihtiyari (iradi) arabuluculuk ve dava şartı (zorunlu) arabuluculuk olmak üzere iki ayrı durumda ele almak faydalı olacaktır.

İhtiyari (iradi) arabuluculuk konusunda arabuluculuk sözleşmesinin ne zaman yapılması konusunda mevzuatımızda taraflara bir esneklik tanınmış olup, uyuşmazlık çıkmadan önce (ex ante), uyuşmazlık çıktıktan sonra (ex post) ve hatta yargılama aşamasında dahi arabuluculuk sözleşmesi yapılabilir<sup>319</sup>. Uyuşmazlık doğmadan önce yapılan arabuluculuk sözleşmesi için literatürde uyuşmazlık öncesi arabuluculuk sözleşmesi (pre-dispute mediation agreement)<sup>320</sup> ve uyuşmazlık doğduktan sonra

<sup>316</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.190-191

<sup>317</sup> Kekeç, age., s.141'den naklen Keller, s.4

<sup>318</sup> Eidenmüller, age., s.8

<sup>319</sup> HUAK m.16/HUAKY m.15

<sup>320</sup> Kekeç, age., s.140



yapılan arabuluculuk sözleşmesi için de uyuşmazlık sonrası arabuluculuk sözleşmesi (post-dispute mediation agreement)<sup>321</sup> terimlerini kullanan yazarlar vardır. Taraflar arasında yapılan bir eser sözleşmesi içeriğine arabuluculuk klozu konulabilir ya da taraflar ayrı bir sözleşme ile arabuluculuk sözleşmesi yaparak, eser sözleşmesine atıf yapabilirler. Bu durumda henüz taraflar arasında bir uyuşmazlık yoktur. Taraflar uyuşmazlık ihtimaline karşı böyle bir kararlaştırma yaparlar ki, buradaki sözleşme uyuşmazlık öncesi arabuluculuk sözleşmesi (pre-dispute mediation agreement) şeklinde adlandırılır.

Bir dava şartı söz konusu değilse ve ortada bir açılmış bir dava varsa arabuluculuk sözleşmesi yapmak ve arabuluculuk sürecini başlatmak için en ideal zamanlama nedir sorusu tartışılabilir. Derdest bir dava varsa arabuluculuğa gitmek ve arabuluculuk sözleşmesi yapmak için en uygun zamanın tahkikat aşamasından önceki zaman dilimi olduğunu söylemek mümkündür<sup>322</sup>. Zira, tahkikat aşaması hem masraflıdır hem de taraflar için zahmetli bir süreçtir. Aslında uyuşmazlıklar tepeden aşağıya doğru yuvarlanan bir kartopuna benzetilebilir ve kartopunun önü ne kadar erken kesilirse zarar o derece engellenmiş olur<sup>323</sup>. Bazı durumlarda avukatların dava açıldıktan sonra ciddi bir zaman ve masraf kaybından sonra arabuluculuğa yöneldikleri görülebilmektedir<sup>324</sup>. Ancak bazı durumlarda da erken müdahalede tarafların düşmanca tavırlarının sürmesi nedeniyle müzakere başlatılamayabilir<sup>325</sup>. Aslında her somut olayda arabuluculuğa gitme konusunda zamanlama değerlendirilmeli ve ona göre karar verilmelidir.

Dava şartı arabuluculukta ise iş hukuku ve ticari dava şartı dosyalarında dava açılırken arabuluculuk son tutanağının mahkemeye ibraz edilmesi gerekli olduğundan, dava açılmasından önce taraflar arasında arabuluculuk sözleşmesi yapılması ve tarafların arabulucuya başvurmaları söz konusu olacaktır. İş sözleşmesi feshinin geçersizliğini iddia eden işçi, fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurmak zorundadır. Bu tür davalarda arabuluculuk sözleşmesi ve arabulucuya başvurma fesih bildiriminin tebliğ tarihinden itibaren en

---

<sup>321</sup> Kekeç, age., s.131

<sup>322</sup> Kekeç, age., s.132

<sup>323</sup> Kekeç, age., s.130

<sup>324</sup> Kekeç, age., s.135

<sup>325</sup> Kekeç, age., s.130

geç bir ay içinde yapılmalı ve aynı süre içinde arabuluculuk süreci başlatılmalıdır. Dava şartı arabuluculuk sürecinde tarafların arabuluculuk sözleşmesi yapmaları gerekli olmayıp, doğrudan arabuluculuk bürolarına yapmış oldukları başvuruyla da süreç başlatılabilmektedir. Ancak, önceden karşılıklı olarak taraf iradeleriyle arabuluculuk yönteminin benimsenmiş olması, süreç sonunda anlaşmaya varılması halinde, tarafların anlaşmaya uyma ihtimallerini artıracaktır<sup>326</sup>.

### 5.3. Arabuluculuk Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Bir sözleşmenin hukuki niteliğinin tespitinde esas alınması gereken tarafların asli edim yükümlülükleridir<sup>327</sup>. Tarafların sözleşmede üstlendikleri edimler asli veya yan edim yükümlülükleri olarak belirlenmişse, bu tespit esas alınacaktır<sup>328</sup>. Ancak, böyle bir durumun olmadığı hallerde somut olayın şartları, taraf menfaatleri ve hukuki işlemin yapısı dikkate alınarak hukuki nitelendirme yapılmalıdır<sup>329</sup>.

Arabuluculuk sözleşmesinin bir usul sözleşmesi mi, yoksa bir maddi hukuk sözleşmesi mi olduğu konusu tartışmalıdır. Arabuluculuk sözleşmesi, maddi hukuka ilişkin hükümlerin yanında usul hukukuna ilişkin konuları da içerdiğinden sözleşmenin hukuki niteliğinin tespiti zordur<sup>330</sup>.

Literatürde bir görüşe göre alternatif uyuşmazlık çözüm sözleşmeleri, kaynağını borçlar hukukundan alan ve neticelerini de borçlar hukukunda gösteren maddi hukuk sözleşmesi niteliğini taşıyan sözleşmelerdir<sup>331</sup>.

Literatürde başka bir görüşe göre arabuluculuk sözleşmesi hem maddi hukuka hem de usul hukukuna ilişkin konuları kapsadığından, öncü etkisini maddi hukuk alanında gerçekleştirir<sup>332</sup>.

Literatürdeki bir diğer görüşe göre ise müzakerelere katılma yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğü gibi maddi hukuka ilişkin, dava yoluna başvurmadan kaçınma yükümlülüğü ya da delil sözleşmesine dair yükümlülükler de usul hukukuna ilişkin hükümler olduğundan arabuluculuk sözleşmesi karma sözleşme niteliğindedir<sup>333</sup>. Karma bir sözleşme olduğu görüşüne katılmamızla beraber, dava açılmadan önce

---

<sup>326</sup> Kekeç, age., s.141-142'den naklen Kovach, s.57

<sup>327</sup> Yücer Aktürk, age., s.166

<sup>328</sup> Yücer Aktürk, age., s.167

<sup>329</sup> Yücer Aktürk, age., s.167

<sup>330</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.191

<sup>331</sup> Doğan, age., s.159

<sup>332</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.191-192'den naklen Eidenmüller, "Grundfragen", s.45

<sup>333</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.19'den naklen Hutner, s.226; Beck, s.44; Schütz, §12, Kn.469 vd.

arabuluculuk sürecine başvurulmuş ve bir anlaşmaya varılmış ve daha sonra yargılama yoluna başvurulmamış ise arabuluculuk sözleşmesinin tüm etkilerini maddi hukuk alanında göstereceğini de belirtmek isteriz<sup>334</sup>.

Kısaca, arabuluculuk sözleşmesi etkilerini hem maddi hukuk hem de usul hukuku alanında gösterebilmektedir. Arabuluculuk sözleşmesine uyuşmazlığın çözümü için davadan önce tarafların arabuluculuk yoluna başvuracakları, eğer bu yöneme başvurmazlarsa dava yoluna gidemeyecekleri şeklinde hüküm koymaları, yargılama aşamasında etki doğurmaya yönelik olduğundan usul hukukuna dair bir düzenlemedir<sup>335</sup>.

Arabuluculuk sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen sözleşmelerden olmadığından isimsiz sözleşmelerdendir. İsimsiz sözleşmelere Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulanacaktır<sup>336</sup>. İsimsiz sözleşmelerle ilgili uyuşmazlıkların çözümünde bir yeknesaklık kazandırmak amacıyla ilk planda sözleşmelerin yorumlanması önem kazanacaktır ki, sözleşmelerin yorumunu yapacak kişi de hakimdir<sup>337</sup>. İsimsiz sözleşmelerin yorumu yapılırken TBK 19 maddesi gereğince tarafların gerçek ve ortak iradeleri esas alınacaktır.

Kendine özgü yapısı olan sözleşmelerdeki unsurlar kısmen veyahut tamamen kanundaki sözleşme tiplerinin hiçbirinde mevcut değildir<sup>338</sup>. Bu bağlamda arabuluculuk sözleşmesinin de “nevi şahsına münhasır” yani “kendine özgü” bir sözleşme olduğunu söyleyebiliriz.

Genel bir bakış açısıyla arabuluculuk sözleşmesinin niteliğine uygun düştüğü şekilde tahkim sözleşmesi benzeri sözleşmeler olduğunun değerlendirilmesi mümkündür<sup>339</sup>. Doktrinde çoğunlukla kabul edilen ve Yargıtay'ın da benimsediği görüş, tahkim sözleşmesinin bir usul hukuk sözleşmesi olduğudur<sup>340</sup>. Tahkim sözleşmesi yalnızca bir yetki tesisi değil, iş birliği anlaşması niteliğini de taşımaktadır<sup>341</sup>. Arabuluculuk sözleşmesinin de özünde bir iş birliği anlaşması

<sup>334</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.193- 194

<sup>335</sup> Dür, age., s.321-322

<sup>336</sup> Yücer Aktürk, age., s.55

<sup>337</sup> Yücer Aktürk, age., s.56 v.s.

<sup>338</sup> Tandoğan, age., s.13

<sup>339</sup> Cennet Engin Demir vd., Temel Arabuluculuk Eğitimi, Eğitici Kitabı, Editörler; Ali Yeşilirmak, Elif Kısmet Kekeç, Kasım 2017, 2. baskı, s.91

<sup>340</sup> Aydemir, age., s.101

<sup>341</sup> Aydemir, age., s.99

olduğunu ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğunu değerlendirmek mümkündür.

#### 5.4. Arabuluculuk Sözleşmesinin Koşulları

Bir sözleşmenin kurulabilmesi için TBK 3 ve devamı maddelerinde düzenlenen öneri ve kabule ihtiyaç vardır. Alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesinin oluşması için de yapılan önerinin muhatabınca kabul edilmesi gereklidir<sup>342</sup>. Taraflar arasında arabuluculuk yöntemi ile çözümlenmesinin iki temel şartı vardır; birincisi uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişliliği, diğeri ise uyuşmazlığın arabuluculuk ile çözümleneceği konusundaki serbest taraf iradelerinin olmasıdır<sup>343</sup>.

Arabuluculuk sözleşmesi taraflarının fiili ehliyetine sahip olmaları, yani ayırt etme gücüne sahip ve reşit olması, ayrıca kısıtlı olmaması gerekir.

Anayasamızın 48. maddesine göre, “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir*”. Sözleşme hürriyetinin sınırını belirleyen Borçlar Kanunu’nun 19. maddesine uyarınca, tarafların kanundaki düzenlemelere uygun olarak yaptıkları sözleşmeler, emredici kurallara, kamu düzenine, genel ahlaka veya kişilik haklarına aykırı olmadıkça geçerli olacaktır.

Arabuluculuk sözleşmesinin geçerliliği maddi hukuk yönünden genel olarak hukuki işlemlerin geçerlilik şartlarına tabi olacaktır<sup>344</sup>. Arabuluculuk sözleşmesinde maddi hukuk açısından yer alması gereken en önemli madde, tarafların uyuşmazlıkların çözümünde arabulucunun aracılığıyla uyuşmazlık konusu üzerindeki hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesidir<sup>345</sup>. Tarafların arabuluculuk sözleşmesi ile üstlendikleri yükümlülük bir müzakere yükümlülüğüdür<sup>346</sup>. Arabuluculuk sözleşmelerinde, arabuluculuğa genel teşvik yükümlülüğü dışında arabuluculuk usulü için birtakım yükümlülükler de düzenlenebilir<sup>347</sup>.

Arabuluculuk sözleşmesinin hükümsüzlüğü; sözleşmenin iptal edilmesi ve kesin hükümsüzlük (butlan) olarak ikili bir ayrımla ifade edilebilir. Taraf iradelerinin yanılma, aldatma veya korkutma sebebiyle sakatlanması (TBK 30. m. vd) ve gabin (aşırı yararlanma, TBK 28. m.) hallerinde iptal edilebilirlik yaptırımını uygulanacaktır.

---

<sup>342</sup> Doğar, age., s.72

<sup>343</sup> Taşpolat Tuğsavul, age., s.105

<sup>344</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.197

<sup>345</sup> Dür, age., s.320

<sup>346</sup> Dür, age., s.320

<sup>347</sup> Dür, age., s.321

Arabuluculuk sözleşmesinde niteliğine uygun olmayacağından (gabin) aşırı yararlanma söz konusu olmayacaktır. Sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü ise; fiil ehliyetinden yoksunluk (TMK 14. m.), arabuluculuk sözleşmesinin konusunun emredici hükümlere, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olması (TBK 27/ 1 m.), sözleşme konusunun ilk baştan itibaren objektif olarak imkansız olması (TBK 27/1 m.), sözleşmenin ahlaka aykırı olması (TBK 27/1 m.) gibi durumlardır. Misal olarak arabuluculuk sözleşmesinin tarafı ya da taraflarının sözleşme yapma ehliyeti (işlem veya fiil ehliyeti) bulunmuyorsa sözleşme kesin hükümsüz yani geçersiz olacaktır. Tarafların aralarında yapmış oldukları arabuluculuk sözleşmesinde bir ya da birden fazla arabulucuyu ismen belirlemiş olmalarında, arabulucu ya da arabulucuların vefat etmesi ya da görevi kabul etmemeleri halinde arabuluculuk sözleşmesi en başından itibaren ve objektif olarak imkansız hale gelecektir.

Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı ihtilaflar arabuluculuk sözleşmesinin konusunu oluşturmaz<sup>348</sup>. Arabuluculuğa elverişli olmayan bir konuda arabuluculuk sözleşmesi yapılmış ise, arabuluculuk sözleşmesi geçerli olmayacaktır. HUAK 1/(2) fıkrası uyarınca aile içi şiddet iddiası barındıran uyuşmazlıklar arabuluculuğa uygun değildir. Aynı fıkarda arabuluculuğun ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk kapsamındaki uyuşmazlıkların çözümlenmesinde uygulanacağına altı çizilmiştir. Kısaca, arabuluculuğa elverişlilik kavramında yasal ölçü; tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ya da işlemlerdir. Kamu düzenini ilgilendiren konularda da arabuluculuk sözleşmesi yapılmış olması halinde geçerli bir sözleşme söz konusu olmayacaktır.

Taraflar arasında bir hukuki ilişkinin varlığı ve yine taraflar arasında bir uyuşmazlığın veya uyuşmazlık ihtimalinin mevcudiyeti söz konusu olmalıdır. Aynı şekilde taraf iradelerinin hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde açık ve berrak olması da aranır. Misal olarak bir arabulucu merkezinin sadece adının yazılarak “XY Merkezi yetkilidir.” şeklindeki düzenleme doğal olarak arabuluculuk şartı için yeterli gelmeyecektir.

Bir tahkim şartı içeren teyit mektubuna ya da faturaya süresinde itiraz edilmemiş olmasının tahkim şartını geçerli kılmaması<sup>349</sup> gibi, arabuluculuk şartı içeren bir teyit

<sup>348</sup> Doğar, age., s.74

<sup>349</sup> Aydemir, age., s.198

mektubuna ya da faturaya süresinde itiraz edilmemiş olması da o arabuluculuk şartını geçerli kılmayacaktır. Mecburi dava arkadaşlarının tamamının tahkim sözleşmesinde yer alması gerektiği<sup>350</sup> gibi, arabuluculuk sözleşmesinde de mecburi dava arkadaşlarının tamamının sözleşmede taraf olarak yer alması gerekmektedir.

### 5.5. Arabuluculuk Sözleşmesinde Ehliyet

Hukuki işlem ehliyetinin gerçek kişiler yönünden şartı, irade beyanında bulunan şahsın “ayırt etme gücüne” bir başka deyimle “temyiz kudretine” sahip olmasıdır<sup>351</sup>. TMK 13. maddesi uyarınca “*Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.*” Vesayet altında bulunan mümeyyiz şahısların yapmış olduğu sulh sözleşmesinin geçerli olması için vasinin muvafakatine ve sulh mahkemesinin iznine ihtiyaç vardır<sup>352</sup>. Kanuni müşavir tayin edilmiş olan taraf da müşavirin muvafakati olmaksızın sulh sözleşmesi yapamayacaktır<sup>353</sup>. Kısıtlıya tayin edilen kayyım kanalıyla yapılan sulh sözleşmesi vesayet makamı tarafından verilmiş izin söz konusu ise kanuni temsilcinin rızası olmasa dahi geçerli kabul edilecektir<sup>354</sup>.

Ultra vites ilkesi uyarınca bir tüzel kişinin yapmış olduğu sözleşme kuruluş amacı ile ilişkilendirilemeyecek bir işlem değilse batıl sayılır<sup>355</sup>. Örneğin, tüzüğüne göre yaban hayat fotoğrafçılığını geliştirmeyi amaçlayan bir dernekte avcılığın geliştirilmesi konusunda karşılıksız kazandırmaya dair sözleşme yapılması ve ilgili sözleşmede arabuluculuk klozu bulunması halinde sözleşme ve arabuluculuk klozu batıldır.

### 5.6. Hukuka ve Adaba Uygun Olma ile İmkansız Olmama

TBK 27/I fıkrasına göre “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”

Bir sözleşme içindeki hak ve borçlar hukuk düzeninin emredici hükümlerine

---

<sup>350</sup> Aydemir, age., s.159

<sup>351</sup> Oğuzman/Öz, age., s.80

<sup>352</sup> Tandoğan, age., s.18

<sup>353</sup> Tandoğan, age., s.18

<sup>354</sup> Tandoğan, age., s.18

<sup>355</sup> Oğuzman/Öz, age., s.81

aykırı olduğu takdirde hukuka aykırılık söz konusu olacaktır<sup>356</sup>. Çoğu zaman bir hükmün emredici olup olmadığı lafzından anlaşılamayacağından, hükmün niteliğinin tespiti yönünden dayandığı esasın ve hükmün amacının belirlenmesi gerekir<sup>357</sup>. Bir hukuk kuralı emredici değil, yorumlayıcı veyahut tamamlayıcı bir hüküm ise, ilgili kurala aykırı olan sözleşme geçersiz olmayacaktır<sup>358</sup>.

Kişilik hakkını ihlal eden sözleşmelere uygulanacak yaptırım da kesin hükümsüzlüktür. Kişinin yaşam, beden ve ruh bütünlüğüne, sağlık, şeref ve haysiyet gibi varlıklarına, özel ve gizli yaşam alanına dair tüm haklar kişilik hakkının kapsamına girer<sup>359</sup>. Bir kişiye karşı hiçbir şekilde dava açılmayacağına dair sözleşme kişilik haklarına aykırıdır<sup>360</sup>. Çok uzun süre bağlayıcı olacağı öngörülen bir kısım sözleşmeler de salt süre uzunluğundan dolayı kişilik haklarına aykırılık teşkil edeceğinden geçersizdir<sup>361</sup>. Misal olarak tarafların 35 yıl boyunca aralarındaki tüm uyumsuzluk hakkında arabuluculuk süreci başlatacaklarına ilişkin arabuluculuk sözleşmesi geçersizdir.

Kamu düzeni toplumsal düzen ve huzurla ilgili bir kavram olup, sözleşmelerin kamu düzenine de uygun olması aranacaktır<sup>362</sup>. Toplum yararına olacak şekilde getirilmiş olan tüm hukuk normları kamu düzenini oluşturur<sup>363</sup>.

Arabuluculuk sözleşmelerinin ahlaka uygun olması da gerekli olup, ahlak kuralları, hukuk kuralları gibi yazılı kurallar değildir. Sözleşmenin ahlaka uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde toplumda hakim olan ahlak ve değer yargılarıyla bir çatışmanın olup olmadığına bakmak yerinde olacaktır<sup>364</sup>. Başka bir ifade ile ahlak kavramı, nispi bir kavramdır yani toplumlara ve zamana göre değişiklik gösterebilir<sup>365</sup>. Ahlaka aykırılık içeren bir sözleşmeye örnek verecek olursak Türk ve İsviçre hukukunda yarar karşılığında cinsel ilişki kurulmasına dair bir sözleşme ahlaka aykırılık teşkil eder<sup>366</sup>. Böyle bir sözleşmeye arabuluculuk şartı konulmuş ise bu

<sup>356</sup> Eren, Borçlar Genel, s.334

<sup>357</sup> Oğuzman/Öz, age., s.82

<sup>358</sup> Kılıçoğlu, age., s.135

<sup>359</sup> Eren, Borçlar Genel, s.343

<sup>360</sup> Kılıçoğlu, age., s.137

<sup>361</sup> Oğuzman/Öz, age., s.84

<sup>362</sup> Kılıçoğlu, age., s.139

<sup>363</sup> Eren, Borçlar Genel, s.342; Oğuzman/Öz, age., s.83

<sup>364</sup> Kılıçoğlu, age., s.141

<sup>365</sup> Eren, Borçlar Genel, s.339

<sup>366</sup> Kılıçoğlu, age., s.140

düzenleme de ahlaka aykırılık teşkil edecektir.

İmkansızlık hali de TBK 27. maddesinde düzenlenmiş olup, buradaki imkansızlık sözleşmenin başlangıcındaki imkansızlıktır. Yani ifanın önündeki engel, en geç sözleşme kurulma anında gerçekleşmiş olmalıdır<sup>367</sup>. TBK 27. maddesine göre imkansızlığın yaptırımını kesin hükümsüzlüktür. Bu doğrultuda somut bir örnek verecek olursak çocuğun velayeti hakkında taraflar arasında yapılan arabuluculuk sözleşmesi kesin hükümsüz olacaktır. Zira, üzerinde serbestçe tasarruf edilemeyen iş ve işlemler arabuluculuğa elverişli değildir.

TBK 136. maddesi de imkansızlık durumunu düzenlemiştir. Ancak buradaki imkansızlık sonraki imkansızlıktır ki bu durumda borç hüküm ve sonuçlarıyla sona erecektir<sup>368</sup>. Arabuluculuk sözleşmesi yapıldıktan sonra taraflardan birinin ölümü halinde sonraki imkansızlık yani TBK 136. maddesi söz konusu olacaktır.

### **5.7. Uyumsuzluk Halleri**

Sözleşmede yanılma (hata), aldatma (hile) ve korkutma (tehdit) hallerinin olması halinde taraflar sözleşmenin iptalini isteyebilirler. İrade bozukluğunun giderilmesi başlığını taşıyan TBK 39. maddesi “*Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır.*” şeklindeki düzenlemeyi içerir.

#### **5.7.1. Yanılma**

TBK 30. maddesi uyarınca “*Sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf, sözleşme ile bağlı olmaz.*” TBK 32. maddeye göre saikte yanılma esaslı hata sayılmaz. Tarafların aslında başka bir uyumsuzluk için sözleşme yapmaları ya da gerçekte Türk hukukunu uygulamaya karar vermiş olmalarına rağmen sözleşmede Amerika hukukunun uygulanacağını kararlaştırmaları yanılma konusundaki örneklerdir<sup>369</sup>.

#### **5.7.2. Aldatma**

TBK 36. maddesine göre “*Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir. Üçüncü*

---

<sup>367</sup> Eren, Borçlar Genel, s.345

<sup>368</sup> Kılıçoğlu, age., s.141

<sup>369</sup> Doğan, age., s.153



*bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde, sözleşmeyle bağlı değildir.”* 1889 yılında Derry V. Peek davasını inceleyen Lordlar Kamarası, hileyi “karşı tarafın dikkatsizliği veya bilgisizliğinden faydalanarak, kişiyi gerçeklerden uzaklaştırma” şeklinde ifade etmiştir<sup>370</sup>.

### **5.7.3. Korkutma**

Korkutma TBK 37-38 maddeleri arasında düzenlenmiş olup, buradaki irade ile beyan arasındaki uyumsuzluk hali, zor kullanılmasından ya da korkutulmasından kaynaklanmaktadır<sup>371</sup>. TBK 37. madde uyarınca “*Taraflardan biri, diğerinin veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapmışsa, sözleşmeyle bağlı değildir.”* Korkutmanın hata ve hileden farkı, kişinin sözleşme iradesine sahip olmadığı halde, böyle bir irade varmış gibi beyanda bulunmasıdır<sup>372</sup>. Korkutma çoğu zaman suç ve haksız fiil de oluşturur<sup>373</sup>.

### **5.8. Arabuluculuk Sözleşmesinin Hüküm ve Sonuçları**

Arabuluculuk sözleşmesinin (veya şartının) mahkemeler nezdinde bağlayıcı olup olmadığı konusu önemlidir. Arabuluculuk sözleşmesine rağmen arabuluculuk yöntemi denenmeden doğrudan yargı yolunun tercih edilmesi mümkün müdür? Bu konuda gerek karşılaştırmalı hukukta gerekse Türk Hukukunda görüş birliği bulunmamaktadır.

Sözleşmelerde yer alan arabuluculuk şartlarının bağlayıcılığı konusu Avustralya Hukukunda<sup>374</sup> ve Amerikan Hukukunda<sup>375</sup> tartışmalı iken, İngiliz Hukukunda<sup>376</sup> tarafların müzakereye gitmelerini içeren sözleşmenin zorla yerine getirilmesi mümkün olmamaktadır. Amerika Birleşik Devletleri’nde örnek sayısı az da olsa mahkemeler çoğunlukla arabuluculuk şartının yerine getirilmesi yönünde kararlar vermektedirler<sup>377</sup>. Japonya’da Tokyo Üst Mahkemesi bir davada, sözleşmedeki arabuluculuk şartının bir davanın açılmasını önlemeyeceğine karar vermiştir<sup>378</sup>.

<sup>370</sup> Doğan, age., s.154’dan naklen Poole, s.533

<sup>371</sup> Kılıçoğlu, age., s.277

<sup>372</sup> Kılıçoğlu, age., s.277

<sup>373</sup> Kılıçoğlu, age., s.277

<sup>374</sup> Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s.768

<sup>375</sup> Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s.779

<sup>376</sup> Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s.765

<sup>377</sup> Kekeç, age., s.144

<sup>378</sup> Dür, age., s.235

İsviçre doktrininde ve uygulamada genel kabul gören görüş tarafların yargıya müracaat etmeden belli bir süre için arabuluculuğu denemeleri konusunda sözleşme yapmalarının mümkün olduğudur<sup>379</sup>. Bu durumda bu yükümlülüğe uymayan taraf sorumlu olsa da bu sözleşme mahkemeyi bağlamayacaktır<sup>380</sup>. Başka bir ifade ile sözleşmeyi ihlal eden taraf sorumludur, ancak adalete erişim hakkı tarafların tasarrufunda olmadığından söz konusu sözleşme mahkemeyi bağlamayacaktır, yani dava açmaya engel değildir<sup>381</sup>.

Hukukumuzda, tahkim itirazı<sup>382</sup> gibi, arabuluculuk sözleşmesinin dava açılmasına engel olacağına ve itiraz sürecine dair bir düzenleme yer almamaktadır. Literatürde alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesinin bağlayıcı olmadığına dair görüşler vardır<sup>383</sup>. Başka bir görüşe göre, alternatif çözüm yoluna imkan veren sözleşme hükümleri tarafları bağlar ve taraflardan birinin bunu tek başına değiştirmesi mümkün olmamalıdır<sup>384</sup>. Söz konusu görüşe göre taraflar aralarındaki sözleşme ile tahkim yoluna başvurmadan önce alternatif çözüm yollarını misal olarak arabuluculuk sürecini deneyeceklerini kararlaştırmışlar ise, doğrudan tahkim yoluna gitmelerinin mümkün olmaması gerekir<sup>385</sup>.

Bazı yazarlar tahkim sözleşmesinden farklı olarak, arabuluculuk sözleşmesine rağmen yargısal yollara başvuran tarafın önünde hiçbir engel bulunmadığını savunmaktadır<sup>386</sup>. Gerçekten de HMK 116/1, b maddesi ile tahkim ilk itiraz şeklinde düzenlenmiş iken, arabuluculuk hakkında benzer bir düzenleme yer almamaktadır. Literatürde sözleşme özgürlüğü nedeniyle tarafların uyuşmazlıkta arabuluculuk sürecini başlatmaları konusunda anlaşmaları halinde arabuluculuk şartının bağlayıcı olması ve bu ADR şartı tüketilmeden dava açılmayacağına dair açık düzenleme getirmenin gerekliliğini savunan yazarlar vardır<sup>387</sup>. Benzer şekilde, bazı yazarlar ahde

---

<sup>379</sup> Dür, age., s.324; Karşılaştırmalı Hukukdaki diğer uygulamalar ve doktrinindeki farklı görüşler için bkz; Dür, age., s.323-325; Kekeç, age., s.142-145

<sup>380</sup> Dür, age., s.324

<sup>381</sup> Dür, age., s.324

<sup>382</sup> HMK 413; (1) Tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir. Bu durumda tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder. (2) Tahkim itirazının ileri sürülmesi, tahkim yargılamasına engel değildir.

<sup>383</sup> Büyükay, age., s.59

<sup>384</sup> Akıncı, age., s.11

<sup>385</sup> Akıncı, age., s.11

<sup>386</sup> Ekmekçi, Özekes, Atalı, age., s.50

<sup>387</sup> Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s.787

vefa (pacta sunt servanda) ilkesi uyarınca arabuluculuk sözleşmesine uyulması gerektiğini savunmaktadır<sup>388</sup>. Kanaatimizce arabuluculuk kurumunun gelişmesi açısından tahkim itirazı benzeri bir düzenleme yapılması, arabuluculuk sözleşmesinin dava açılmasına engel olacağına ve itiraz sürecine dair bir düzenlemenin yapılması yerinde olacaktır.

Türk Hukukunda arabuluculuk şartının tüketilmesinden evvel dava açılması halinde durumu değerlendirirken dava şartı (zorunlu) arabuluculuk ve ihtiyari (iradi) arabuluculuk süreci için ayrı değerlendirme yapmakta fayda vardır. Eğer ihtiyari (iradi) arabuluculuk yöntemi söz konusu ise iradilik ilkesini düzenleyen HUAK 3/(1) fıkrası uyarınca; *“Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler.”* Görüldüğü üzere ihtiyari (iradi) arabuluculuk sürecinde HUAK 3/(1) fıkrası gereğince yargılamaya başvurulmasının önünde bir engel yoktur. Dava şartı olarak arabuluculukta ise HUAK 18/A (2) fıkrası uyarınca *“Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir.”* Görüldüğü üzere dava şartı (zorunlu) arabuluculukta arabuluculuk sürecinin başlatılması kanuni zorunluluktur ve arabulucuya başvurulmadan dava açılması halinde mahkeme usulden davayı reddedecektir.

Taraflar arasında arabuluculuk yöntemi hakkında karşılıklı olarak bir ceza koşulu (sözleşme cezası) kararlaştırılmış, ancak arabuluculuk yöntemi denenmeden yargılama yoluna gidilmiş ise sözleşmedeki ceza koşulu (sözleşme cezası) geçerli olacak mıdır? Bu soruya sağlıklı bir cevap vermek için, öncelikle ceza koşulunu incelememiz gerekir. Kural olarak her türlü borç hakkında ceza koşulunun

---

<sup>388</sup> Kekeç, age., s.146

kararlaştırılması mümkündür<sup>389</sup>. İstisnai olarak bazı durumlarda kanun koyucu ceza koşulu kararlaştırılmasını açık olarak ya da dolaylı olarak yasaklamıştır. Kanun koyucunun ceza koşulunu açıkça yasakladığı hallerden biri nişandan caymayı zorlaştırmak ya da nişanlıyı evlenmeye zorlamak için ceza koşulu kararlaştırılmasıdır<sup>390</sup>. Yine, sözleşmenin zayıf tarafı olan kiracı aleyhine olacak şekilde ceza koşulu kararlaştırılması mümkün değildir<sup>391</sup>. Keza hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçerli kabul edilmemektedir<sup>392</sup>. Kefilin ceza koşulundan sorumlu olacağına dair sözleşmeler de kesin hükümsüzdür<sup>393</sup>. Tarafların arabuluculuk sürecini başlatmalarını temin etmek için kararlaştırılacak bir ceza koşulunu engelleyecek mevzuatımızda açık bir hüküm bulunmadığını söylememiz mümkündür. Ceza koşulunun iki temel amacı vardır ki, bu amaçlar borçlu tarafı ifaya zorlamak ve borcun ihlali durumunda ödenecek tazminatı öncesinde ve götürü olarak tespit etmektir<sup>394</sup>. Bir sözleşmede kararlaştırılan arabuluculuk şartı eğer tarafları arabuluculuk sürecine yönlendiriyorsa, her ne kadar arabuluculuk iradi bir süreç olsa da, taraflar baştan bu konuda serbest iradeleriyle karar vermiş olduklarından bu konuda bir problem görünmemektedir. Ancak, kararlaştırılan arabuluculuk şartında arabuluculuğa gitmeden dava aılmayacağı kararlaştırılmışsa bu durumda ifaya zorlanan edim, arabuluculuk sürecini geçirmeden dava aılmayacağıdır ki, bu tespit hak arama özgürlüğüne önünde bir engeldir. Başka bir ifadeyle; kararlaştırılan ceza koşulu “söz konusu uyuşmazlık sadece arabuluculuk uygulamasıyla çözülecektir” şeklinde hak arama özgürlüğüne doğrudan müdahale edecek bir düzenleme ise; hem hak arama hürriyetini düzenleyen Anayasanın 36. maddesi uyarınca, hem de İnsan Hakları Ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin (Roma,4 Kasım 1950) 6. maddesindeki adil yargılanma hakkı nedeniyle ceza koşulu (sözleşme cezası) maddesi geçerli olmayacaktır. Ancak, taraflar “Uyuşmazlık çıkması halinde arabulucuya başvurulacaktır ya da arabuluculuk süreci denecektir, arabuluculuk sürecinin başlatılmaması halinde süreci başlatmayan taraf.....TL ödeyecektir.”

---

<sup>389</sup> Köksal Kocaağa, Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), 2. bası, Ankara, Yetkin, 2018, s.73'den naklen BENTELE, s.24. Karş. OR-EHRAT, Art.160 OR, N.7; BUCHER, s.522

<sup>390</sup> Kocaağa, age., s.54

<sup>391</sup> Kocaağa, age., s.55

<sup>392</sup> Kocaağa, age., s.58

<sup>393</sup> Kocaağa, age., s.60

<sup>394</sup> Kocaağa, age., s.31

şeklinde kararlaştırılan ceza koşulunun geçerli olması gerekir. Ceza koşulu taraf ya da tarafların mahvına neden olacak durumda ise yani fahiş bir ceza koşulu kararlaştırılması halinde hakimin müdahalesi ile ceza koşulu tamamen kaldırılabilir ya da indirilmesi (tenkis) mümkün olabilecektir. Misal olarak tarafların 1000 TL tutarındaki bir eser sözleşmesine arabuluculuk sürecinin başlatılmasını sağlamak için 2000 TL tutarında bir ceza koşulu öngörmüş olmaları halinde fahiş ceza koşulu söz konusu olacaktır ki, hakimin müdahalesi ile tamamen kaldırılabilir ya da indirilmesi (tenkis) mümkün olabilecektir.





## 6. ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

### 6.1. Düzenleme Şekli

Arabuluculuk sözleşmesinin kurulması için tarafların belli bir uyuşmazlık hakkında belli veya daha sonra tespit edilecek bir arabulucuya başvurma konusunda açık irade beyanlarının olması gerekir<sup>395</sup>. Kural olarak arabuluculuk sözleşmesinde şekil serbestisi söz konusudur<sup>396</sup>. Arabuluculuk sözleşmesi için mevzuatımızda bir şekil şartı öngörülmemiş olduğundan, adi ya da resmi yazılı şekilde yapılabileceği gibi, e-posta, faks vb gibi elektronik iletişim araçlarıyla karşılıklı teati yoluyla yapılmasına da bir engel bulunmamaktadır. Taraflarca elektronik imzalı olarak da arabuluculuk sözleşmesinin yapılması mümkündür.

TBK 12. maddesi uyarınca “*Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.*” Sözleşmenin yazılı şekilde yapılmış olması bir geçerlilik şartı olmamakla beraber, sözleşmenin ispatı açısından sözleşmenin yazılı olarak yapılmasında fayda bulunmaktadır<sup>397</sup>.

TBK 14/(1) fıkrasındaki “*Yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur.*” şeklindeki hüküm karşısında taraflar arasında yazılı olarak kararlaştırılan bir sözleşmenin taraflarca da imzalanması gereklidir.

Arabuluculuk sözleşmesinin müstakil bir sözleşme şeklinde ya da taraflar arasındaki mevcut sözleşmeye (satım, kira akti vb) konacak bir arabuluculuk şartı (klozu) ile de yapılması mümkündür.

Arabuluculuk sözleşmesi ya da şartı; “...uyuşmazlık hakkında arabuluculuk süreci başlatılması konusunda taraflar arasında anlaşma sağlanmıştır...” şeklinde kısa bir düzenleme ile yapılabileceği gibi, arabulucunun nasıl seçileceği, arabuluculuk ücret ve masraflarının hangi tarafça karşılanacağı, arabuluculuk görüşmelerinin nerede yapılacağı, görüşmelerin kaç adet ortak oturum ve özel oturumdan oluşacağı, tarafların arabuluculuk görüşmelerine katılmasını istedikleri uzmanlar var ise uzmanların

<sup>395</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.197

<sup>396</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.197

<sup>397</sup> Doğan, age., s.76

seçimi, risk analizi yapılıp yapılmayacağı, eş arabulucu bulundurulup bulundurulmayacağı gibi arabuluculuk sürecinin detaylarını da içerebilir. Asıl sözleşmede tahkim şartı içeren bir belgeye atıf yapılması ve asıl sözleşmenin bir parçası hale getirilmesi yoluyla tahkim sözleşmesinin yapılmasının mümkün olması<sup>398</sup> gibi, arabuluculuk sözleşmesinin de arabuluculuk şartı içeren bir belgeye atıf (yollama) ile yapılması suretiyle düzenlenmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

Kıymetli evraka konulmuş olan tahkim şartının senedin kendisine karşı tahkim yoluna başvurulmak istenen tarafça düzenlenmiş yahut kabul edilmiş olması halinde geçerli olması<sup>399</sup> gibi, kıymetli evraka konulan arabuluculuk şartının da taraflarca kabul edilmesi halinde geçerli olacaktır.

Arbuluculuk sözleşmesinin şekli konusunda mevzuatımızda bir düzenleme olmadığı gibi, ne zaman yapılabileceği konusunda da bağlayıcı bir düzenleme bulunmamaktadır. Şöyle ki, HUAK 13. Madde uyarınca “(1) *Taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir. (2) Aksi kararlaştırılmadıkça taraflardan birinin arabulucuya başvuru teklifine otuz gün içinde olumlu cevap verilmez ise bu teklif reddedilmiş sayılır...*”

HUAK 15/ (5) fıkrası uyarınca da “...*Dava açıldıktan sonra tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri hâlinde yargılama, mahkemece üç ay geçmemek üzere ertelenir. Bu süre, tarafların birlikte başvurusu üzerine üç aya kadar uzatılabilir...*”

Uyuşmazlık doğmadan önce arabuluculuk sözleşmesinin yapılmayacağına dair kısıtlayıcı bir düzenleme olmadığından, uyuşmazlık öncesi ya da sonrasında arabuluculuk sözleşmesinin yapılması mümkündür. Arabuluculuğun ülkemizde henüz yeni gelişmekte olduğu dikkate alınır, arabuluculuğu teşvik ve farkındalık yaratmak açısından uyuşmazlık doğmadan düzenlenmesinde ve niteliğine uygun sözleşmelere arabuluculuk şartı konulmasında büyük fayda vardır. Kaldı ki, uyuşmazlık doğduktan sonra uyuşmazlık konusunda fikir birliğine varamayan tarafların arabuluculuk sözleşmesi yapma konusunda fikir birliğine varmalarının zor olacağı açıktır.

---

<sup>398</sup> Aydemir, age., s.210-211

<sup>399</sup> Aydemir, age., s.197



## 6.2. Kim Tarafından Düzenleneceği

Arabuluculuk sözleşmesi doğmuş ya da doğacak uyuşmazlığın tarafları arasında düzenlenir. Arabuluculuk sözleşmesinde tarafların Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku uyarınca sözleşme yapabilme ehliyetine sahip olmaları gerekir. Tahkim sözleşmesinde de olduğu gibi, aralarında mecburi dava arkadaşlığı olan tarafların tamamının arabuluculuk sözleşmesinde taraf olarak yer alması gerekir<sup>400</sup>. HUAK 1/(2) fıkrası yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların da arabuluculuk yoluyla çözümleneceğini düzenlemiş olup, yabancı unsurlu işlerde taraf ehliyetleri kendi milli hukuklarına göre tespit edilecektir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanun'un 49. Maddesi "*Tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar.*" hükmünü içermektedir. Tüzel kişiler zorunlu organlara sahip olmakla fiil ehliyetine kavuşacaklardır. Özel hukuk tüzel kişilerinin ve kamu tüzel kişilerinin arabuluculuk sözleşmesi yapmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

Avukatın vekaletnamesinde özel yetkisi var ise müvekkili adına arabuluculuk sözleşmesi yapması mümkündür. Nitekim HMK'nın 74. maddesi uyarınca açıkça yetki verilmemiş ise vekilin alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına da başvuramayacağı düzenlenmiştir. Burada doğal olarak adi vekilin arabuluculuk sözleşmesi yapıp yapmayacağı sorusu gelmektedir. 7036 sayılı Yasanın 3/(18) fıkrası işveren tarafının yazılı olarak düzenlenen belge ile yetkilendirdiği çalışanın da arabuluculuk görüşmelerinde işvereni temsil edebileceği ve son tutanağı imzalayabileceği şeklindeki düzenleme bu bağlamda yol gösterici olabilir. Hiç kuşkusuz bu maddenin geniş yorumlanması birçok tehlikeye yol açacaktır. Tahkim sözleşmesi açısından vekaletnamesinde özel yetki bulunan adi vekilin tahkim sözleşmesi yapmasının mümkün olabileceği şeklinde literatürde görüşler mevcuttur<sup>401</sup>. Tahkimle ilgili literatürdeki bu görüşe biz de katılıyor ve kıyasen arabuluculuk sözleşmesinin de vekaletnamesinde özel yetki bulunan adi vekil tarafından düzenlenebileceğini değerlendiriyoruz.

Arabuluculuk sözleşmesinin (veya şartının) genel işlem koşulları karşısındaki durumunu da değerlendirmemizde fayda vardır. Genel işlem koşullarında

<sup>400</sup> Akıncı, age., s.97

<sup>401</sup> Aydemir, age., s.267-270

arabuluculuk yöntemine başvurulması şeklinde bir arabuluculuk şartı yer alıyorsa geçerli olacak mıdır? TBK 20 / (1) fıkrasında genel işlem koşullarının tanımı yapılmış olup; “Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.” Burada sözleşmenin güçlü tarafınca hazırlanmış olmasından kastedilen, diğer tarafın bu hazırlamada rolü ve söz hakkının olmamasıdır<sup>402</sup>.

TBK 21/(1) fıkrasına göre “Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyen karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.”

Kanun metnindeki “yazılmamış sayılır” şeklindeki düzenlemeyi Kılıçoğlu “kendine özgü bir yokluk<sup>403</sup>”, Eren “yokluk<sup>404</sup>”, Oğuzman/Öz ise “geçersizlik<sup>405</sup>” olarak yorumlamaktadır. Kanaatimizce de kanun metnindeki “yazılmamış sayılır”dan kastedilen bu tür hükümlerin kendiliğinden geçersiz sayılmasına benzer ve kendine özgü bir “yokluk” yaptırımıdır<sup>406</sup>

Genel işlem koşulu, sözleşme imzalanmadan önce diğer tarafça yeterince incelenmemiş ve ileride doğacak tüm sonuçlar değerlendirilmeden imzalanmışsa yazılmamış sayılacaktır<sup>407</sup>. Önceden hazırlanmış bulunan sözleşme hakkında herhangi bir bilgi verilmesi yeterli olmayıp, yeterince bilgilendirme yapılması gereklidir<sup>408</sup>. Geçersiz sayılacak genel işlem koşulunun “karşı tarafın menfaatine aykırı” olması da gerekir. Burada arabuluculuk şartının tarafların menfaatine aykırı olup, olmayacağı konusu tartışılabilir. Arabuluculuk tamamıyla menfaat temelli bir süreçtir. Süreç doğru olarak yönetildiğinde taraf ya da tarafların menfaatine aykırılık söz konusu olmayacaktır. Ancak, genel işlem koşulları içinde yer alan arabuluculuk şartının yerine

<sup>402</sup> Oğuzman/Öz, age., s.162

<sup>403</sup> Kılıçoğlu, age., s.168

<sup>404</sup> Eren, Borçlar Genel, s.221

<sup>405</sup> Oğuzman/Öz, age., s.164

<sup>406</sup> Kılıçoğlu, age., s.168

<sup>407</sup> Oğuzman/Öz, age., s.164

<sup>408</sup> Kılıçoğlu, age., s.170

getirilmemesinin yaptırımını olarak bir ceza koşulu kararlaştırılmış ise bu durumda “karşı tarafın menfaatine aykırılık” söz konusu olacak ve hükümsüzlük yaptırımını gündeme gelebilecektir.

TBK 21/(2) fıkrasına göre “*Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.*” Karşı tarafa genel işlem koşullarının değerlendirilmesinde imkan tanınmış ve sonuçlarını öngörerek bu koşulları kabul etmiş olsa bile, sözleşmenin diğer hükümleri arasında yadırganacak nitelikte görülen hükümler geçersiz sayılacaktır<sup>409</sup>. Bu bağlamda genel işlem koşulları içinde yer alan arabuluculuk şartının yerine getirilmemesi halinde dava açılmayacağını öngören düzenleme geçersiz olacaktır.

TBK 23. maddesi genel işlem koşullarında yorum denetimi getirmiş olup, ilgili düzenlemeye göre “Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.”

TBK 25. maddesi ise genel işlem koşullarında içerik denetimi getirmiş olup, söz konusu maddeye göre “*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.*” Bu hükmün uygulanmasında dürüstlük kuralını ihlal edecek derecede karşı tarafın menfaatine aykırılık aranacaktır<sup>410</sup>. Konulan bir hükmün dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı değerlendirilirken her somut olayın niteliği dikkate alınacaktır<sup>411</sup>. Sadece bir tarafa arabuluculuk yöntemine başvurma hakkını tanıyan bir genel işlem koşulunun dürüstlük kuralına aykırı olacağı değerlendirilmektedir.

---

<sup>409</sup> Oğuzman/Öz, age., s.166

<sup>410</sup> Oğuzman/Öz, age., s.166-167

<sup>411</sup> Kılıçoğlu, age., s.174



## 7. ARABULUCULUK SÜRECİ, AŞAMALARI İLE TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI

### 7.1. Arabuluculuk Süreci

Arabuluculuk süreci zorunlu (dava şartı) arabuluculuk ve ihtiyari (iradi) arabuluculuk olmak üzere iki ayrı başlık halinde aşağıda incelenecektir.

#### 7.1.1. Zorunlu (Dava şartı) arabuluculuk

HMK'nın 114. maddesinde düzenlenen dava şartları mahkemelerin esas hakkında inceleme yapabilmesi için gerekli olan şartları ifade eder. Zorunlu arabuluculuk aşaması, uyuşmazlığın çözümü için yargılama faaliyetinin bir ön aşaması olarak değerlendirilebilir<sup>412</sup>.

İş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk düzenlemesini getiren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 3, 11 ve 12. maddeleri 1 Ocak 2018 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Yürürlük tarihi olan 1 Ocak 2018 tarihinden itibaren kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi ya da işveren alacakları ve tazminatı ile işe iade talebi içeren davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. 13/6/1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda düzenlenen gazeteci ile 20/4/1967 tarihli ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nda yer alan gemiadamı, 7036 sayılı Yasa kapsamında işçi sayılmakta olup, onlar hakkında da dava şartı arabuluculuk uygulanır.

06 Aralık 2018 tarihinde kabul edilen 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun ile ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurmak dava şartı haline getirilmiş olup, Türk Ticaret Kanunu'nun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması 01 Ocak 2019 tarihinden itibaren dava şartıdır.

Literatürde zorunlu arabuluculuk, yasal deyimiyle dava şartı arabuluculuk başta anayasaya aykırılık iddiası olmak üzere, birçok eleştiriye maruz kalmıştır. Bakırcı'ya göre 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilen dava şartı arabuluculuk tamamen Türkiye'ye özgü bir model olup, Uluslararası Hukukta ve AB Hukukunda dayanağı

---

<sup>412</sup> Azaklı Arslan, age., s.31

mevcut olmadığı gibi, uluslararası sözleşmelere ve AB mevzuatına da aykırılıklar taşımaktadır<sup>413</sup>.

Anayasaya aykırılık iddiaları sadece 7036 sayılı Yasa için değil, 6325 sayılı HUAK için de söz konusu olmuş ve Anayasa Mahkemesi 6325 sayılı Yasa maddelerinin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir<sup>414</sup>. Aynı şekilde 12/10/2017 tarihli ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin (1) fıkrasında yer alan "...arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına Anayasa Mahkemesi'nin 2017/178 E. 2018/82 K ve 11/07/2018 tarihli kararı ile oybirliği ile karar verilmiştir<sup>415</sup>. Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararı gerekçesinde "...Dostane bir çözüm yolu olan arabuluculuğun yargılama faaliyeti veya yargıyla rekabet içinde bulunan bir yöntem olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı ve arabuluculuğun yargısal yolların yanında yer alan yargı yetkisine müdahale etmeden işlerlik kazanan kendine has bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak düzenlendiği..." vurgulanmıştır. Aynı kararda "...Dava şartı olmanın bir sonucu olarak arabuluculuğa başvuru bir zorunluluk arz etmekte ise de bu zorunluluk yalnızca arabuluculuğa başvuru ile sınırlı olup, arabuluculuk sürecinin işleyişi ve sonucu üzerinde taraf iradelerinin egemen olduğu açıktır..." tespitine de yer verilmiştir.

Literatürde demokrasilerde temel bir hak olarak kabul edilen adaletin tecellisi için mahkemeye erişme hakkının önüne birtakım bariyerler konulmasının, kuvvetler ayrılığı ilkesine dayalı demokratik anlayış ile bağdaştırılmayacak bir sonuç olduğunu savunan yazarlar olmuştur<sup>416</sup>. Bir kısım yazar arabuluculuğun bir zorunluluğa dönüştürülmesi ve ölçülülük ilkesini ihlal edecek oranda yaptırımların yer almasının hak arama özgürlüğünü zedeleyeceğini savunmuştur<sup>417</sup>. Dava şartı arabuluculuğu adalete erişim konusunda geçilmesi gereken bir aşama olarak görmek mümkün olabilir. Ancak arabuluculuk başta arabulucu, taraflar ve taraf vekilleri ile beraber güzel bir süreç yönetimi olduğunda ve taraflar tarafsız bir uzman kanalıyla aslında

---

<sup>413</sup> Bakırcı, agm., s.370

<sup>414</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 2012/94 E., 2013/89 K. ve 10/07/2013 tarihli kararı, 25/01/2014 tarih ve 28893 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

<sup>415</sup> (Erişim)

<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/12/20181211.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/12/20181211.htm>, 11 Aralık 2018.

<sup>416</sup> Karacabey, agm., s.463-464

<sup>417</sup> Ekmekçi, Özkes, Atalı, age., s.24

kendileri çözüm bulduklarında; yargıyla kıyaslanmayacak şekilde kısa bir süre içinde sorun çözümlenecek ve adalete geç erişim değil, aksine adalete hızlı erişim söz konusu olacaktır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Adil yargılanma hakkı" başlıklı 6. maddesi; "*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.*" şeklindeki düzenlemeyi içermektedir.

Gecikmiş adaletin aslında adalet olmadığı, salt sürecin uzamasından dolayı sadece haklı tarafın değil, tüm tarafların mağdur olduğu da su götürmez bir gerçektir. Arabuluculuğun yetkin ve etkin olarak kullanımı yargı erkinin üzerindeki ağır yükü hafifletecek ve rafine bir yargılamaya katkı sağlayacaktır. Bu noktada alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının hak arama özgürlüğünü zedelediği, aksine hak arama özgürlüğüne hizmet ettiği şeklindeki görüşe biz de katılıyoruz<sup>418</sup>.

Dava şartı arabuluculuk uygulamasında davacı, arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varılamamış ise tanzim edilen son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış suretini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının tespiti halinde davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir. İş kazası ya da meslek hastalıklarından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ve bunlara ilişkin tespit davalarında dava şartı arabuluculuk söz konusu olmayacaktır.

Arabulucu, iş hukuku ile ilgili uyuşmazlıklarda arabuluculuk sürecini görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde, ticari uyuşmazlıklarda ise altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu sürenin gerekli durumlarda arabulucu tarafından iş uyuşmazlıklarında en fazla bir hafta, ticari uyuşmazlıklarda ise iki hafta uzatılması mümkündür. Arabulucu, uyuşmazlık taraflarına ulaşamaması, taraflar katılmadığı için görüşmenin başlatılmaması veya yapılan görüşmeler neticesinde anlaşma sağlanması veya sağlanamaması hâllerinde arabuluculuk faaliyetini sona erdirir ve düzenlenen son tutanağı arabuluculuk bürosuna durumu bildirir.

Taraflardan birinin geçerli bir mazeret sunmadan ilk toplantıya iştirak etmemesi nedeniyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda, toplantıya iştirak

---

<sup>418</sup> Ildır, agm., s.397

etmeyen taraf son tutanakta belirtilecek ve söz konusu taraf davada kısmen ya da tamamıyla haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulacağı gibi, lehine vekalet ücretine de hükmedilemeyecektir. Ayrıca uyuşmazlık taraflarının tamamının ilk toplantıya katılmaması nedeniyle sonlandırılan arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda yapılan yargılama giderleri tarafların üzerlerinde bırakılacaktır.

Tarafların arabuluculuk süreci sonucunda anlaşmaları hâlinde, arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin İkinci Kısmı uyarınca taraflar arasında aksine bir anlaşma yoksa taraflar arasında eşit şekilde karşılanır. İşe iade talebini içeren arabuluculuk görüşmelerinde taraflar arasında anlaşma olması halinde arabuluculuk ücreti belirlenirken, işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarı ile çalıştırılmadığı süre nedeniyle ödenecek ücret ve diğer hakların toplamı esas alınacaktır.

Asıl işveren ve alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda işe iade talebini içeren arabuluculuk süreçlerinde, anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranır.

Arabuluculuk bürosu tarafından yapılması gereken zaruri giderler; arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde anlaşma uyarınca taraflarca ödenmek, anlaşmaya varılmaması hâlinde ise ileride haksız çıkacak taraftan tahsil olunmak üzere Adalet Bakanlığı tarafından karşılanır. Arabuluculuk bürosuna başvurulması ile son tutanağın tanzim edildiği tarihe kadarki sürede zaman aşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez.

Arabuluculuk süreci sonunda taraflar alacaklar yönünden anlaşmaya varmışsa, hangi alacak kalemleri bakımından anlaşıldığının belirtilmesi, talep ediliyorsa faiz oranının ve faizin başlangıç tarihinin veya faizsiz olarak ödeneceği kararlaştırılmışsa bu durumun anlaşma tutanağına yazılması gerekir<sup>419</sup>. İş hukukunda her bir işçi alacağı kalemi ayrı bir davanın konusu olabilmekte olup, arabuluculuk sürecinde birtakım işçi alacakları bakımından anlaşma sağlanmışsa, o konular hakkında dava açılması mümkün olmayacaktır.

---

<sup>419</sup> Çil, age., s.41



Arabuluculuk süreci gerek dava şartı arabuluculuk gerekse ihtiyari arabuluculukta esnek bir süreç olup, tarafların ihtiyaçları esas alınabilecek ve anlaşma halinde çok yaratıcı çözümlere de varılabilecektir. Misal olarak, İşçinin kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla çalışma ücreti gibi işçi alacağı taleplerini içeren başvurusu üzerine sözü edilen talepler yerine, işçinin eski işine başlatılması yönünde anlaşma tutanağı geçerlidir<sup>420</sup>. İşe iade başvurusu üzerine tarafların seçenekleri sınırlı olup, işe başlatma konusunda 7036 sayılı Yasanın 12. maddesindeki şartları (İşe başlatma tarihi, ücret ve diğer hakların parasal miktarı, işçinin işe başlatılmaması halinde tazminat tutarını) içeren bir anlaşmaya varabilirler ya da anlaşma sağlanamamış olur<sup>421</sup>. Arabuluculuk anlaşma belgesinde kararlaştırılan ödemelerin net olacağı belirtilmişse, yasal kesintiler borçlu tarafından karşılanacaktır<sup>422</sup>. Anlaşma belgesinde miktarın brüt veya net olduğu belirtilmemişse, tutarın brüt olduğu kabul edilmelidir<sup>423</sup>.

Arabuluculuk anlaşma belgesi hizmet sözleşmesinin feshinin haklı olup olmadığı noktasında tespitleri kendiliğinden içermekte ise, literatürde bazı yazarlara göre göre işçinin bu tutanağı yasal süre olan bir ay içinde Türkiye İş Kurumuna ibrazı ile işsizlik ödeneğinin ödenmesi gerekir ki, işçinin korunması ve yasal haklarına kavuşması anlamında biz de bu görüşe katılıyoruz<sup>424</sup>.

### 7.1.2. İhtiyari (İradi) arabuluculuk

Avrupa Parlamentosu'nun kabul ettiği tanıma göre "Arabuluculuk, bir anlaşmazlığın iki veya daha fazla tarafının, kendi aralarında, bir arabulucu yardımı ile ihtilaflarının çözümü konusunda bir anlaşmaya varmak için kendi istekleriyle, gönüllü olarak giriştiği veya adlandırıldığı, yapılandırılmış bir süreç anlamına gelir. Bu süreci taraflar başlatabilir veya bir mahkeme tarafından önerilebilir veya talep edilebilir veya bir Üye Devletin yasasında öngörülebilir<sup>425</sup>. "Bu tanımda gönüllülük esasına dikkat çekilmiş olup, arabuluculuğun doğasında gönüllülük esastır. Gönüllü katılma dışında

<sup>420</sup> Çil, age., s.39

<sup>421</sup> Çil, age., s.40

<sup>422</sup> Çil, age., s.42

<sup>423</sup> Çil, age., s.42

<sup>424</sup> Çil, age., s.43

<sup>425</sup> Council Of The European Union, Directive 2008/52/EC, (Erişim) [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2008.136.01.0003.01.ENG](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2008.136.01.0003.01.ENG), 30 Ekim 2018.

dava şartı arabuluculuk sürecinde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının bütün özellikleri bulunmaktadır<sup>426</sup>.

## 7.2. Arabuluculuk Sürecinin Temel Aşamaları

Arabuluculuk süreci, uyuşmazlık taraflarını ve arabulucuları bir seri gelişimsel basamağı izlemek üzere bir araya getirme sürecidir<sup>427</sup>. Her arabuluculuk basamağı, daha sonraki basamak ve görevlere geçmeden önce tarafların kısmi de olsa başarması ve tamamlanması gereken çeşitli hedefler ve görevler içerir<sup>428</sup>.

Stepp, arabuluculuk sürecinin en az 6 aşamadan oluştuğunu savunmuş olup, bu aşamalar; 1) Giriş ve başlangıç için bilinmesi gereken kuralların hatırlatılması, 2) Taraflara sorunları anlatmaları için sırayla söz verilmesi, 3) Enformasyonun sağlanması için zaman tanınması, 4) Sorunların tespiti, 5) Çözüm için seçenekler oluşturma ve pazarlık aşaması, ve son olarak 6) Anlaşma aşamalarıdır<sup>429</sup>.

Arabuluculuğun, başlangıç, görüşmelerin yapılması ile müzakere ve sonuç şeklinde üç temel aşamasının olduğunu söylememiz mümkündür<sup>430</sup>. Başlangıç aşamasından önce doğru bir hazırlığın yapılması, ayrıca müzakere ve görüşmeler için ön araştırma yapılması da dikkate alındığında arabuluculuk sürecinin beş aşamadan oluştuğu tespiti mümkündür<sup>431</sup>.

### 7.2.1. Taraflar ile ilk iletişim

Arabuluculuk sürecinin başlatılabilmesi için uyuşmazlığın kamu düzenini<sup>432</sup> ilgilendirmeyen ve tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri bir uyuşmazlık olması gerekir<sup>433</sup>. Belirtilen nedenle, arabulucunun taraflarla iletişime geçmeden önce yapacağı ilk iş uyuşmazlığın üzerinde serbestçe tasarrufta bulunulabilecek bir uyuşmazlık olup olmadığını incelemesi gerekir. Mevzuatımızda arabuluculuğa elverişli alanlar tek tek sayılmayıp, genel bir çerçeve çizilmiştir<sup>434</sup>.

<sup>426</sup> Azaklı Arslan, age., s.247

<sup>427</sup> W. Cristopher Moore, Arabuluculuk Süreci, The Mediation Process, Anlaşmazlık Çözümünde Pratik Stratejiler, Çeviri Editörleri: Tarkan Kaçmaz, Abbas Türnüklü, Çevirmenler: Tarkan Kaçmaz, Mustafa Tercan, 4. basımdan çeviri, Aralık 2016, Ankara, Nobel, s.183

<sup>428</sup> Moore, age., s.183

<sup>429</sup> Özlem Alikılıç, Arabuluculukta Etkili İletişim, Arabuluculukta Etkili Yöntemler ve İletişim Yönetimi, Ankara, Nobel, Kasım 2017, s.9'den naklen Stepp 2003

<sup>430</sup> Ekmekçi, Özekes, Atalı, age., s.70; Büyükay, age., s.49

<sup>431</sup> Ekmekçi, Özekes, Atalı, age., s.43

<sup>432</sup> Yargıtay'ın kamu düzeni ile ilgili kararı için bkz. Y. İBKG, T.10/02/2012, E.2010/1, K.2012/1; Ekmekçi, Özekes, Atalı, age., s.43

<sup>433</sup> Ekmekçi, Özekes, Atalı, age., s.43

<sup>434</sup> Ekmekçi, Özekes, Atalı, age., s.43

Arabulucunun uyuşmazlığın arabuluculuk için elverişli olduğuna kanaat getirdikten sonra taraflarla iletişime geçmesi süreç yönetimi açısından önemlidir.

Arabuluculuk sürecinde oldukça yüksek oranda iletişim becerisi gerekli olduğundan, arabuluculuğu hukuk disiplini ile iletişim ve halkla ilişkiler disiplinlerinin birleşme noktası olarak görmek mümkündür<sup>435</sup>.

Arabulucular taraf ya da tarafların doğrudan daveti, ikincil tarafların yönlendirmesi, resmi bir otorite emri ya da arabulucunun doğrudan müdahil olması sonucu müzakerelere girerler<sup>436</sup>. Hangi seçenikle süreç başlarsa başlasın arabulucu taraf ya da taraflarla ilk iletişimde sürecin açıklanması, sorulara açık ve anlaşılır cevap verilmesi gibi asli konulara özen göstermelidir<sup>437</sup>. Arabulucunun taraflarla ilk temasında kendini kısaca tanıtmayı ve arabuluculuk süreci hakkında kısaca bilgilendirmesi, toplantı yeri ve zamanı konusunda düşüncelerini alması yerinde olacaktır.

Önyargı her süreçte olduğu gibi, arabuluculuk sürecinde de mücadele edilmesi gereken bir konudur. Misal olarak arabuluculuk sürecini başlatan tarafın peşinen taviz vermeye hazır olduğu şeklinde bir yanılgıya düşmemek gerekir. *“Taraflar genellikle sunacak daha fazla şeyleri olduğundan değil, karşı tarafı kendi tercih ettikleri pozisyon veya seçenekleri kabullenme konusunda ikna etmede yardımcı olması için bir arabulucu talep ederler”*<sup>438</sup>.

Arabuluculuğun hazırlık aşaması ilk olarak arabulucunun çatışan taraflarla iletişim kurmasını, uyuşmazlık hakkında yeterli bilgi toplamasını ve uyuşmazlığı çözmek adına nasıl bir yol izleyeceğini kapsar<sup>439</sup>. Arabulucunun tespit etmesi gereken konular arasında taraflarla ayrı ayrı mı, yoksa birlikte görüşmenin mi uygun olacağına karar vermek de vardır<sup>440</sup>.

### **7.2.2. Geçmişle ilgili bilgi toplama ve analiz**

Geçmişle ilgili bilgi toplama ve analiz, arabulucuya anlaşmazlığın kilit taraflarını belirlemede, ele alınması gereken konuları ve menfaat ile ihtiyaçları tespit etmekte ve tarafların arasındaki geçmiş ve mevcut dinamikleri öğrenme noktasında

---

<sup>435</sup> Alikılıç, age., s.4

<sup>436</sup> Moore, age., s.216

<sup>437</sup> Moore, age., s.219

<sup>438</sup> Moore, age., s.217

<sup>439</sup> Moore, age., s.187

<sup>440</sup> Moore, age., s.188

yardımcı olur<sup>441</sup>. Arabuluculuk hak temelli bir süreç olmadığından geçmişle ilgili bilgi toplamak arabulucunun kimin haklı, kimin haksız olduğunu tespit etmesi için değil, süreci nasıl yönlendireceğine karar vermesi açısından önemlidir. Arabuluculuk, tarafları menfaatleri çerçevesinde organize ederek daha güçlü topluluk bağları oluşturma gibi etkin yollar sunmaktadır<sup>442</sup>.

### **7.2.3. Plan hazırlama ve gündem oluşturma**

Müzakere yapılacak yerin ve zamanının belirlenmesi, müzakere gündeminin oluşturulması, müzakerenin usulünün ve temel kurallarının tespiti gibi hususlar hazırlık ve planlama sürecinde yapılacak önemli faaliyetler arasındadır<sup>443</sup>.

Arabuluculuk sürecinin aşamalarından biri de tarafların arzu ettikleri sonuçlara ulaşmalarını sağlayacak verimli müzakerelere katılımlarını belirlemek için genel bir plan yapmaktır<sup>444</sup>. Arabulucu, tarafların hangi konuları daha önce tartışmak isteyebileceklerinin ve hangilerini çözümlenmenin daha kolay olacağını farkında olarak gündem oluşturmaktadır<sup>445</sup>.

Arabuluculuk sürecinde gereksiz bilgi alışverişi ya da tarafların pozisyonlarda takılıp kalmaları söz konusu olabileceğinden, arabulucu bu tür sorunları aşmayı hedeflemelidir<sup>446</sup>.

### **7.2.4. Arabulucunun açılış konuşması**

Arabulucunun taraflar müzakereye başlamadan önce bir açılış konuşması yapması önemlidir. Açılış konuşması, önceden kuralların ortaya konması adına gerekli olduğu gibi, belki de ilk kez bir araya gelen tarafların bir arada bulunma fikrine ve ortama alışması için faydalı bir süreç olarak da değerlendirilmelidir. Arabulucunun açılış konuşmasında öncelikle kendini kısaca tanıtmayı, sürecin nasıl ve ne şekilde işleyeceğini bildirmesi, kuralları belirlemesi, başta tarafsızlık olmak üzere arabuluculuğun temel ilkelerinden bahsetmesi ve toplantıya katılım için taraflara teşekkür etmesi yerinde olacaktır. Tarafların farklılıklara deneyimlerinden bahsetmesi ve tarafları uyuşmazlığı çözme konusunda cesaretlendirmesi açılış konuşmasında yer

---

<sup>441</sup> Moore, age., s.237

<sup>442</sup> Robert A. Baruch Bush, Joseph P. Folger, Arabuluculuk ve Getirileri, Dönüşümsel Çatışma Yaklaşımı, çev. Gamze Sart, Ankara, Nobel, 2013

<sup>443</sup> Sığı, Varoğlu, age., s.84

<sup>444</sup> Moore, age., s.193

<sup>445</sup> Moore, age., s.196

<sup>446</sup> Moore, age., s.194

alabilir. Arabulucu, sadece açılış konuşmasında değil, sürecin ilerleyen bölümlerinde de tarafları sorunları çözme adına cesaretlendirmesi yerinde olacaktır. Açılış konuşmasında arabulucunun bağımsız ve tarafsız olduğu vurgulanmalı ve toplantıların gizliliği konusu açıklanmalıdır. Tarafların dilerse gizlilik kararını kaldırabilecekleri konusu da paylaşılmalıdır. Açılış konuşmasında, konuşmaya kimin ilk kez başlayacağını da sormalı ve tarafların durumunu da değerlendirerek ve tarafsızlığını bozmadan söze kimin başlayacağını taraflarla beraber belirlemelidir. Dava şartı arabuluculukta, genel uygulama ilk konuşmacının başvuru işçi olmasıdır ki, uyuşmazlık konusu talepleri ve detayı hakkında konuşma yapması ile süreç ilerlemektedir. Arabulucu her somut olaya göre, ilk konuşmacıyı belirlemede yardımcı olmalı ve bir tarafa tanıdığı süre ve hoşgörü kadar, diğer tarafa da aynı hassasiyeti göstermelidir.

#### **7.2.5. Ortak ve özel oturumlar**

Arabuluculuk sürecinde her şey yolunda ve uyumlu gitmeyebilir. Hatta, taraflar arasında bir ya da birden fazla uyuşmazlık olduğundan çoğu zaman arabulucuyu sıkıntılı bir süreç bekler. Tüm tarafların ya da taraflardan birinin hasmane davranış veya duygular sergilemesi üzerine arabulucunun tarafların sakinleşmeleri için her biri ile özel oturum yapması arabulucunun olumsuz olaya müdahalesidir<sup>447</sup>. Başka bir ifade ile görüşmelerin çıkmaza girdiği veya gerilimin tırmandığı durumlarda özel oturumlar faydalı olmaktadır<sup>448</sup>. Arabulucu, paylaşılan bilgiyi netleştirmek ve onaylamak için sözel olmayan iletişimden, yansıtıcı dinleme tekniğinden, özetleme yapmaktan, yeniden ifade etmekten, aktif dinleme yapmaktan, taraflardan birinin duygularının geri bildiriminden, çerçeveleme yapmaktan ve cevabı evet ya da hayır olmayan sorulardan yani açık uçlu sorulardan faydalanır<sup>449</sup>.

Ortak oturumlarda amaçlanan tarafların müzakere yapmasını sağlamak ve arabulucunun da verimli bir müzakere sürecine katkı sağlamasıdır. Müzakere sürecinde, taraflar anlaşmazlıkta varmak istedikleri sonuca ulaşmak için ortaya koydukları fikirlerden taviz verme eğilimindedir<sup>450</sup>.

<sup>447</sup> Moore, age., s.185

<sup>448</sup> Doğar, age., s.44

<sup>449</sup> Moore, age., s.192

<sup>450</sup> Sığrı, Varoğlu, age., s.18

Günümüzde iletişimde teknolojinin hakimiyeti tartışmasızdır. E-ticaretin süratle büyümesi, karşılıklı iletişimden çok sanal ortamdaki iletişimin artması gibi nedenlerle, online arabuluculuk uygulaması gelişmiştir. Arabulucu özellikle tarafların birbirlerinden mesafe olarak uzak olduğu durumlarda ve iyi bir zaman yönetimi adına taraflarla her türlü iletişim aracını (E-mail, telefon görüşmesi, telekonferans, video-konferans vb) kullanarak iletişime geçebilir. Online çözüm yöntemleri hakkında pratikte en dikkat ilginç örnek, "eBay" internet portalının geliştirdiği uygulamadır<sup>451</sup>. 2018 yılının ikinci çeyreğinde 175 milyon aktif kullanıcıya<sup>452</sup> ulaşan online alışveriş şirketi olan eBay müşterileri arasında online arabuluculuğu yoğun olarak kullanmaktadır.

### 7.2.6. Sorun çözümü için seçenek oluşturma

İstediklerini, başkalarından elde etmek amacıyla karşılıklı iletişim süreci anlamına gelen müzakere bir bilim ve uygulama alanı olarak işletme, iktisat, strateji, sosyoloji, psikoloji, hukuk ve diplomasi gibi bilim alanlarından beslenen bir kesişim kümesi olmasından dolayı sıklıkla uygulanmaktadır<sup>453</sup>. Arabuluculuk sürecindeki müzakere tarafların kazanç ve kayıpları üzerinde yoğunlaştığından, arabuluculukta kullanılan yöntem kazan-kazan çözümüne yani her iki tarafın da kazanmasına yönelik bir müzakere sürecidir<sup>454</sup>. Başta çalışma yaşantımızda olmak üzere şaşırtıcı bir şekilde hemen hemen her gün kullandığımız müzakere aslında olmazsa olmaz bir iş becerisidir<sup>455</sup>. Taraflar arasında çoklu seçenek geliştirmek tarafların anlaşmalarına katkı sağlayacaktır. Taraflar arasında prensipte anlaşma yaklaşımı hakim ise, sorun gereksiz detaylardan arındırılmalıdır. Arabulucunun müzakere sürecinde en önemli gücü ustalıklarla soracağı sorulardır. Soruların dengelenmesi ve konulara odaklanarak soru sorulması önemli olup, tarafları sorgular gibi ya da bir terapist gibi soru sorulmamalıdır<sup>456</sup>. Arabulucu sadece soracağı sorulara odaklanmamalı, tarafların birbirlerine sordukları sorulara da yoğunlaşmalıdır. Sağlıklı bir iletişim sürecinde taraflar çatışmaları için en uygun çözüme ulaşabileceklerdir.

<sup>451</sup> Doğar, age., s.47

<sup>452</sup> (Erişim) <https://www.statista.com/statistics/242235/number-of-ebays-total-active-users/>, 26 Ekim 2018.

<sup>453</sup> Ünsal Sığrı, Yavuz Ercil, "Müzakere", Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ed. Ali Halıcı, Musa Toprak, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, Nisan 2014, s.43

<sup>454</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.103

<sup>455</sup> (Erişim) <https://www.cedr.com/skills/negotiation-skills/>, 24 Ekim 2018.

<sup>456</sup> Parkinson, age., s.164

### 7.2.7. Anlaşma, anlaşamama ve kapanış konuşması

Arabuluculuk görüşmeleri sonucunda taraflar arasında bir anlaşma sağlanırsa taraflar arabuluculuk anlaşma belgesi düzenleyebilirler. Arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen anlaşma belgesi karşılıklı fedakarlıkları içerebileceği gibi, bir ibra şeklinde de olabilir<sup>457</sup>. Sulh ile ibra farklı kurumlardır. Sulhde, taraflar arasında çözüme kavuşturulması gereken bir özel hukuk uyuşmazlığı bulunduğu halde; ibrada, taraflar arasında herhangi bir uyuşmazlık bulunmamakta, aksine ibra borcun sonlandırılması amacıyla yapılmaktadır<sup>458</sup>. Sulhde taraflar karşılıklı olarak fedakarlıkta bulunmak yoluyla uyuşmazlığı sonlandırdıkları halde, ibrada, herhangi bir fedakarlıkta bulunmasına gerek kalmadan borcun sona erdirilmesini sağlamaktadır.

Sulh, kabul ve feragatten de farklı bir kavram olup, feragat ve kabulde bir tarafın iradesi ile mevcut uyuşmazlığa son verilmesine karşılık; sulhde, tarafların karşılıklı fedakarlıkta bulunmak suretiyle, yani bir sözleşme ile uyuşmazlığı sona erdirmeleri söz konusudur.

Her arabuluculuk görüşmesinin anlaşma ile sonuçlanacağı şeklindeki varsayıma ve inanca kapılmamak gerektiği gibi, anlaşmazlık halini de hemen kabullenmemek gerekir. Tarafların arabuluculuk sürecinde potansiyel bir seçenekte sadece bir kısmına katılmıyorlar diye tamamen reddetmelerine izin verilmemelidir<sup>459</sup>. Sorunlu bölüm tespit edilmeli ve bu bölüm kabul edilebilir hale gelmesi adına taraflarla çalışılmalıdır<sup>460</sup>.

Taraflar arasında gerek anlaşma halinde gerekse anlaşmama halinde arabulucu bir kapanış konuşması yapmalı ve kapanış konuşmasında tarafların sükun ve sabırla uyuşmazlıklarını tartışmaları gibi müzakerenin olumlu yanlarından bahsedilerek taraflara teşekkür edilmelidir. Arabulucunun özellikle anlaşamama halinde taraflardan anlaşamama halinin kendisine dair nedenleri açısından geri bildirim alması çok önemli olup, bu geri bildirimler arabulucunun kişisel ve mesleki gelişimine katkı sağlayacaktır.

<sup>457</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.63

<sup>458</sup> Süha Tanrıver, "Mahkeme Huzurunda yapılan sulhler", Prof. Dr. İlhan Öztrak'a Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1994, C.46, S.1-2, s.333

<sup>459</sup> Moore, age., s.214

<sup>460</sup> Moore, age., s.214

### 7.3. Arabulucunun Rolü, Arabulucunun ve Taraf Vekillerinin Görevi

6325 sayılı Kanun'un 2. maddesinde arabulucu tanımlanmış olup, bu tanım uyarınca “*Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişiyi*” ifade etmektedir. Yine, kanunun 20. maddesinde kimlerin arabulucu olabileceğine dair bir düzenleme yapılmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre; “*Türk vatandaşı olmak, mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak<sup>461</sup>, tam ehliyetli olmak, belli suçlardan mahkûm olmamak, terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmamak, arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı sınavda başarılı olmak*” şartları aranmaktadır.

Arabuluculuk faaliyetini yöneten arabulucularla birlikte sürece katılan avukatları da “taraf vekilleri” olarak önemli görevler beklemektedir. Aşağıda ayrı başlıklar halinde arabulucunun rolü ve görevi ile taraf vekillerinin görevi incelenecektir.

#### 7.3.1. Arabulucunun rolü

Arabuluculuk uygulamalarını genel olarak, kolaylaştırıcı arabuluculuk (*facilitative mediation*) ve değerlendirici arabuluculuk (*evaluative mediation*) şeklinde iki temel gruba ayırmak mümkündür<sup>462</sup>. Kolaylaştırıcı arabuluculukta (*facilitative mediation*), arabulucunun fonksiyonu genel olarak pasiftir<sup>463</sup>. Kolaylaştırıcı arabuluculukta, tarafların iletişim kurmalarına yönelik cesaretlendirmeleri ve tarafların uyuşmazlıklarına kendilerinin çözüm bulmaları sağlanmaktadır<sup>464</sup>. Kolaylaştırıcı arabulucu anlaşmaya doğrudan müdahale yapmaz, bunun yerine uyuşmazlık yaşayan taraflar arasında yapıcı bir tartışma ve diyalogun kurulmasını sağlar<sup>465</sup>. Değerlendirici arabulucu ise tarafların hukuki menfaatlerini karşılamaktan çok, yasal hakları ile ilgilenmektedir<sup>466</sup>. Değerlendirici arabulucunun anlaşamayan taraflar arasında ikna edici ve yeni çözümler getirici bir fonksiyonu mevcuttur<sup>467</sup>.

<sup>461</sup> Arabuluculuk faaliyetini yürütebilecek kişilerin sadece hukuk fakültesi mezunları ile sınırlandırılmamasına dair görüş için bkz. Büyükkay, age., s.72

<sup>462</sup> Seda Özmumcu, “Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”, İÜHF C.LXXI, s.1, 2013 s.1370

<sup>463</sup> Özmumcu, Arabulucunun Rolü, s.1372

<sup>464</sup> Özmumcu, Arabulucunun Rolü, s.1372

<sup>465</sup> M. Yusuf Eren, age., s.104

<sup>466</sup> Özmumcu, Arabulucunun Rolü, s.1375

<sup>467</sup> M. Yusuf Eren, age., s.107



Ülkemizde arabuluculuk konusundaki mevzuatta önceleri kolaylaştırıcı arabuluculuk benimsenmiş iken, 12/10/2017 tarihli ve 7036 sayılı Kanunun 17'nci maddesiyle, “ *tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen*” ibaresi eklenmiş ve dolayısıyla arabulucuların yetkileri genişletilerek, değerlendirici arabuluculuğa geçiş sağlanmıştır<sup>468</sup>.

Çatışmayı yönetmek ve tarafların katılımıyla karar alma mekanizmasını işletmek için etkili iletişim gereklidir<sup>469</sup>. Arabulucunun önemli işlevlerinden birisi etkili iletişim ile tarafların birbirlerini anlamalarını ve karşılıklı empati kurmalarını sağlamaktır.

### 7.3.1.1. Yeterlilik ve beceriler

HUAK 20. maddesinde sicile kayıt için gerekli şartlar düzenlenmiş olup, söz konusu şartlar arasında Türk vatandaşı olmak, mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak şeklinde şartlar mevcuttur. HUAK 22. maddesinde ise arabulucuların eğitim konusu düzenlenmiş olup, ilgili düzenleme uyarınca “*Arabuluculuk eğitimi, hukuk fakültesinin tamamlanmasından sonra alınan, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesiyle ilgili temel bilgileri, iletişim teknikleri, müzakere ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve davranış psikolojisi ile yönetmelikte gösterilecek olan diğer teorik ve pratik bilgileri içeren eğitimi ifade eder.*”

Arabuluculuk sürecinde arabulucunun müzakereleri kolaylaştırmak dışında birçok rol üstlenmesi söz konusu olacaktır, Arabulucunun üstlendiği bir kısım rolleri kısaca; organizatörlük, iletişim direktörlüğü, rehberlik, çözümün cesaretlendiricisi ve aktif olarak dinleyicisi olmak şeklinde belirlemek mümkündür<sup>470</sup>. Arabulucu tarafları sabırla dinleyebilmeli ve süreci sabırla yönetebilmeli, ayrıca hem kendi öfkesini hem de tarafların öfkesini kontrol altına alabilmelidir<sup>471</sup>.

Arabuluculuk %5 teori, %5 ilham ve %90 oranında da emek içerir<sup>472</sup>. Bu bağlamda arabuluculuğun zor mesleklerden biri olduğunu ve yoğun bir uğraş gerektirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

<sup>468</sup> Kar, age., s.125

<sup>469</sup> Parkinson, age., s.158

<sup>470</sup> Mustafa Serdar Özbek, “Arabuluculuk”, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ed. Ali Halıcı, Musa Toprak, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, Nisan 2014, s.13-14

<sup>471</sup> Ekmekçi, Özkes, Atalı, age., s.53

<sup>472</sup> Luc Demeyere, “Belçika Ve İspanya Örnekleri”, Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 216, 11 Mart 2011, s.29

### 7.3.1.2. İletişim

Çağdaş bir toplumun sağlıklı ilerleyebilmesinin ilk koşullarından biri iletişim becerilerinin geliştirilmesidir<sup>473</sup>. Hiç kuşkusuz, iletişim arabuluculuk sürecinin tamamında çok özel bir yere sahiptir. İnsanların ilk karşılaştıkları andan itibaren ve “hale etkisi” anlamına gelen yeni tanışılan insanlara dair zihinde oluşturulan olumlu/olumsuz fikirler süreç boyunca devam edebilmektedir<sup>474</sup>. Bu bağlamda arabulucunun özellikle taraflarla ilk karşılaşma anlarına önem ve özen göstermesi yerinde olacaktır. Sürecin ilerleyen aşamalarında arabulucunun tarafların güvenini kazanmasında, tarafların soruna odaklanmasında ve duygusal tıkanmaların üstesinden gelmesinde iletişim kilit faktördür<sup>475</sup>. Arabulucu iletişimi etkin kullanırken, tarafları anlayabilmek adına gözlem yapmayı da ihmal etmemelidir.

İletişim ortamının özellikleri arabulucuya ve taraflara bağlı özellikler, ortamın sosyal ve fiziksel özellikleri ile kültüre dayanan özelliklerdir<sup>476</sup>. Eğitim, kültür, yaş, cinsiyet gibi birçok nedenden kaynaklı olarak iletişim farklılık gösterir. İletişim sürecinde kendini tanımlama ve taraflara hitap biçimi farklılığın ilk dikkat çeken yönleridir<sup>477</sup>. Arabulucu müzakerelerinde kişisel özellikleri (yaş, cinsiyet, eğitim, medeni durum vb.), sosyal, ekonomik ve kültürel özellikleri dikkate alarak iletişim kurmalıdır<sup>478</sup>. Her kültürün kendine özgü farklılıkları vardır. Örneğin Türk kültüründe kulak memesi çekilerek yapılan hareket genelde bir konuda ders alınması gerektiğini ifade ederken, aynı hareket Brezilya’da bir yemeğin çok güzel olduğu anlamına gelmektedir<sup>479</sup>.

Bir mesajın başka bir tarafa ulaştırılması süreci olarak tanımlanabilecek olan iletişimde geri bildirim yoksa tek yönlü olmaya mahkumdur<sup>480</sup>. Arzu edilen iletişimin tekyönlü değil, iki taraflı olmasıdır. Arabulucu, süreç boyunca geribildirim yapmalı ve geri bildirimle hem iletişimi canlı tutmalı hem de tarafları doğru anlayıp anlamadığını

<sup>473</sup> Özcan Yağcı, Nejat Basım, Recep Tayfun, “İletişim”, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ed. Ali Halıcı, Musa Toprak, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, Nisan 2014, s.126

<sup>474</sup> Yağcı, Basım, Tayfun, agm., s.132

<sup>475</sup> Yağcı, Basım, Tayfun, agm., s.126

<sup>476</sup> Yağcı, Basım, Tayfun, agm., s.128

<sup>477</sup> Yağcı, Basım, Tayfun, agm., s.128

<sup>478</sup> Yağcı, Basım, Tayfun, agm., s.129

<sup>479</sup> Yağcı, Basım, Tayfun, agm., s.135

<sup>480</sup> Sığırı, Varoğlu, age., s.182

sağlamlaştırılmalıdır. Arabulucunun olumlu bir tutum içinde olması da iletişimin kolaylaşmasına önemli bir etkidir.

Müzakerede etkili iletişimi etkileyen faktörler arasında hırs, algılama problemi, güven eksikliği, peşin hüküm gibi kişisel faktörler, mesafe, ortam gibi fiziksel faktörler ile zaman baskısı gibi etkenler bulunmaktadır<sup>481</sup>. Arabulucunun müzakerede iletişimi etkileyen tüm faktörlerin farkında olması ve olumsuzlukları elimine etmesi beklenir.

Fiziksel ortamın elverişli olması da arabuluculuk sürecinin sağlıklı işleminde bir faktördür. Dikdörtgen masa otorite, yuvarlak masa katılım, kare masa ise sonuca dair bir mesaj içerir<sup>482</sup>. Arabuluculuk toplantılarının yapıldığı ortamın ısı, aydınlatması, tefriş tarzı ve ses yalıtımı gibi faktörler süreci olumlu ya da olumsuz etkiler<sup>483</sup>.

Birçok kaynakta iletişimin %55 oranıyla sözsüz iletişime, %38 oranında ses tonuna ve %7 oranında sözlü iletişime bağlı olduğu ileri sürülmektedir<sup>484</sup>. İletişim sözlü ya da sözsüz iletişim şeklinde olabilir. Sözlü iletişim için; fikir veya bilgi ile sonucun tanımlanması, düşüncelerin tarafların anlayacağı bir dille söylenmesi, dinleyicinin tepkisinin gözlemlenmesi, tarafların dikkatle dinlenmesi ve sözsüz iletişim faktörlerinin de dikkate alınması yerinde olacaktır. Tek bir hareketi diğer hareket ve durumlardan bağımsız olarak yorumlamak beden dili okumada yapılacak önemli bir hatadır<sup>485</sup>. Arabuluculuk sürecindeki sözsüz iletişimde en değerli alan baş bölgesidir<sup>486</sup>. Arabulucu kendi beden dilini kullanırken özen göstereceği gibi, tarafların beden dilini de okumayı ihmal etmemelidir. Arabulucu, tarafların kendilerine dokunma sıklığına, dokunulan yere ve dokunma süresine dikkat etmelidir<sup>487</sup>. Karşımızdaki kişiyi aktif dinlerken ve onunla konuşurken doğrudan bakmak yani göz teması etkili bir iletişim aracıdır<sup>488</sup>. Göz teması az kullanıldığında gergin, güvenilmez ve endişeli, fazla kullanıldığında ise güçlü ve saldırgan bir izlenim yaratabilir<sup>489</sup>.

<sup>481</sup> Sığı, Varoğlu, age., s.182

<sup>482</sup> Yağcı, Basım, Tayfun, agm., s.129

<sup>483</sup> Yağcı, Basım, Tayfun, agm., s.129

<sup>484</sup> Sığı, Varoğlu, age., s.186

<sup>485</sup> Yağcı, Basım, Tayfun, agm., s.134

<sup>486</sup> Yağcı, Basım, Tayfun, agm., s.135

<sup>487</sup> Yağcı, Basım, Tayfun, agm., s.135

<sup>488</sup> Yağcı, Basım, Tayfun, agm., s.136

<sup>489</sup> Yağcı, Basım, Tayfun, agm., s.136

Arabuluculuk sürecinde beden duruşu önemli olup, arabulucu oturum sırasında omuzlarının düşük olmamasına dikkat etmelidir<sup>490</sup>. Etkin bir iletişimde, ses tonunun uygun olması, konuşma hızının orta olması, basit ancak yeterli bir dille doğal bir konuşma stiline kullanılması aranır<sup>491</sup>. Yüz ifademiz, beden duruşumuz, konuşma tarzımız, el-kol hareketlerimiz, sesimizin tonu, karşı tarafla aramızdaki mesafe, giyim tarzımız ve hatta aksesuarlar, bakım ve makyaj gibi birçok unsur söylemek istediğimiz birçok şeyi kendiliğinden ifade eder<sup>492</sup>.

### 7.3.1.3. Kendini tanıma ve tarafları anlama

Anlamak, iletilen açık ya da zımni mesajın alıcı tarafından çözümlenmesi olarak tarif edilebilir<sup>493</sup>. Tarafları anlayabilmek sadece aktif dinlemeye değil, fizyolojik, psikolojik ve hatta fiziksel birçok etkene de bağlıdır.

Arabuluculuk sürecinde olmazsa olmaz unsurlardan birisi de empatidir. Bir mizah ustası kadar bir empati ustası da olan Nasrettin Hoca'nın "Bana damdan düşeni getirin, halimden ancak o anlar" söyleminde empatinin önemi vurgulanmış değil midir?

Arabulucunun kendini tanıması, kapasitesini bilmesi süreçte önem arz eder. Arabulucunun duygularını kontrol altına alabilmesi, onu profesyonelleştirecektir<sup>494</sup>.

Arabuluculuğun amaçlarından biri de kişisel gelişimi (moral growth) tesis etmektir<sup>495</sup>. Bu bağlamda, arabulucuların yalnızca uyuşmazlığı çözmeye odaklanmaması, tarafların gelişimi için de katkı sağlaması yerinde olacaktır.

### 7.3.1.4. Cesaretlendirme

Fisher ve Ury (1996) arabuluculuk sürecinde tarafların anlaşmaya teşvik edilmelerinde en kolay yolun, sorunların en basitinden başlayarak zor sorunlara doğru yönelim olduğunu belirtmiştir<sup>496</sup>. Arabulucu anlaşmazlığın kompleks özellikler taşıyıp, taşımadığını tahlil edecek ve eğer taşıyorsa bölümlere ayırarak basit konudan başlayarak tartışılmasını sağlayabilecektir. Taraflar arasında bir kısım sorunun

<sup>490</sup> Yağcı, Basım, Tayfun, agm., s.137

<sup>491</sup> Yağcı, Basım, Tayfun, agm., s.132

<sup>492</sup> Yağcı, Basım, Tayfun, agm., s.132

<sup>493</sup> Alikılıç, age., s.110

<sup>494</sup> Alikılıç, age., s.19'dan naklen Smith ve Smock, 2008: 26

<sup>495</sup> Kekeç, age., s.29

<sup>496</sup> Alikılıç, age., s.17

çözölmeye başlaması tarafları cesaretlendirecek, motive edecektir. Zira, arabuluculuk süreci aynı zamanda psikolojik bir süreçtir ve algı yönetimi de sürecin bir parçasıdır.

Arabuluculuk sürecine hazırlık, müzakere yeteneği, mali kaynak, uzmanlara erişim gücü gibi çeşitli sebeplere dayalı olarak taraflar arasında meydana gelen görelî eşitsizlik güç dengesizliği olarak adlandırılır<sup>497</sup>. Arabuluculuk sürecinde güç dengesizliklerinin olduğu ortamlarda özellikle zayıf tarafı cesaretlendirmek, ortamı dengeli kılarak tarafların menfaatlerinin farkında olarak çözüm aşamasına katkı sağlayacak ve sonuçta taraflar ideal çözüme ulaşabileceklerdir. Tarafların fikir birliği ile ulaşılan bir anlaşmaya, tarafların uyması kuvvetle muhtemeldir.

### 7.3.1.5. Aktif dinleme

Aktif dinleme; kaynaktan gelen sözlü mesajın söz kesmeden dinleyerek anlaşılmasını, konuşma içeriğinin doğru anlaşıldığından emin olunmasını ve kaynağın sözlerinin aynı anlam ile duyguyu içerecek şekilde tekrar kaynağa iletilebilmesini ifade eder<sup>498</sup>. Kısaca; konuşmacıyı duymak, anlamak ve anladığını konuşmacıya hissettirmektir<sup>499</sup>.

Yapılan bir araştırma, insanların çoğunun iyi bir dinleyici olmadığını doğrulamış ve iletilen mesajların %75 ila %90 arasında dinlemedikleri tespit edilmiştir<sup>500</sup>.

Dinleme alışkanlığımız, genellikle beynimizin çalışma kapasitesinin altında kalmaktadır<sup>501</sup>. Dakikada 600 kelimeliyi içeren konuşma hızını kolaylıkla anlayabilecek bir sinir sistemimiz olmasına rağmen, dakikada konuşma hızı çok daha düşük olup, günlük yaşamdaki konuşmalarda bu değer ortalama 140-150 kelime/dakika civarındadır<sup>502</sup>.

Göğsümüzün odak noktası, bedenimizin ifade merkezi olarak kabul edilmektedir<sup>503</sup>. Arabulucunun bir tarafı dinlerken bedenini de o tarafa yöneltmesi aktif bir dinlemeyi ve konsantrasyonu sağlayacaktır.

<sup>497</sup> Nur Özden vd, Arabuluculuk Soru Bankası, Ed. İbrahim Aycan, 2. baskı, Aristo, Ocak 2019, İstanbul, s.253

<sup>498</sup> Nur Özden vd, Arabuluculuk Soru Bankası, Ed. İbrahim Aycan, 2. baskı, Aristo, Ocak 2019, İstanbul, s.245

<sup>499</sup> Nur Özden vd, Arabuluculuk Soru Bankası, Ed. İbrahim Aycan, 2. baskı, Aristo, Ocak 2019, İstanbul, s.245

<sup>500</sup> Alikılıç, age., s.17'den naklen Repicky, 2011

<sup>501</sup> Yağcı, Basım, Tayfun, agm., s.143

<sup>502</sup> Yağcı, Basım, Tayfun, agm., s.143

<sup>503</sup> Yağcı, Basım, Tayfun, agm., s.137

Arabuluculuk görüşmelerinde arabulucunun ortama hakim olması önemli olup, ortama hakim olmak çok konuşmakla değil, dikkatli dinlemekle gerçekleşecektir<sup>504</sup>. İyi bir dinleyici olmak zor ve sabırlı bir süreçtir. Zira, dinleyici olan kişi genelde kendi iç dünyası ile meşguldür ve tarafların uyuşmazlıklarını, kaygı ve beklentilerini tarafların iç dünyasının oluşturduğu çerçeve içinde algılayamaz<sup>505</sup>. Arabulucunun aktif dinleme yapabilmesi için, geri-iletim sürecini sık sık ve yerinde kullanması beklenir<sup>506</sup>.

### 7.3.2. Arabulucunun üzerine düşen görev

Arabulucunun üzerine düşen görev nedir? Hiç kuşkusuz bu sorunun çok sayıda cevabı vardır. Arabulucunun temel görevi sürecin yöneticisi olmasıdır<sup>507</sup>. Arabulucuda olması gereken en önemli özellik ise güvenilir olmasıdır<sup>508</sup>. Bilgi ve deneyim sahibi olmak etkin ve yetkin bir arabulucu için olmazsa olmaz koşullardır. Arabuluculuk uygulamalarında ödün verilmeyecek bir konu da arabulucu ve tüm tarafları kapsayacak şekilde saygı çerçevesinde sürecin yönetimidir. İyi bir arabulucunun yüksek iletişim becerilerinin olması, barışla beslenmesi, kültürler arası farklılıkları anlayıp, farklılıklara saygı göstermesi, bilgili, uzman ve empati kabiliyetinin yüksek olması gibi birçok özelliğe sahip olması beklenir<sup>509</sup>.

Arabulucu, üzerinde uyuşmazlık bulunan konuları belirleyebilmek adına, taraflardan her birinin temel menfaatlerini netleştirebilir, taraflar arasında mesaj taşıyabilir, muhtemel bir anlaşmanın temelini ve anlaşma olmazsa karşılaşılabilecek sonuçları belirleyebilir ve sonuçta iş birliğine dayalı ve sorun çözücü bir yaklaşım geliştirebilir<sup>510</sup>. Arabulucunun soracağı açık uçlu sorularla, taraflar arasındaki uyuşmazlığın tespiti, uyuşmazlık ile ilgili olmayan detayların ayıklanması ve uyuşmazlık ile ilgili olup taraflar arasında ihtilafsız olan hususların belirlenmesi söz konusu olabilecektir<sup>511</sup>.

<sup>504</sup> Yağcı, Basım, Tayfun, agm., s.142

<sup>505</sup> Yağcı, Basım, Tayfun, agm., s.142

<sup>506</sup> Yağcı, Basım, Tayfun, agm., s.142

<sup>507</sup> Ekmekçi, Özekes, Atalı, age., s.68

<sup>508</sup> Alikılıç, age., s.11

<sup>509</sup> Alikılıç, age., s.11

<sup>510</sup> Mustafa Serdar Özbek, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan'dan Ayrı Bası, İstanbul 2006, s.2004/1, s.272

<sup>511</sup> Büyükay, age., s.71

Arabulucunun hak ve yükümlülükleri kanunda düzenlenmiş olup, başlıca hak ve yükümlükleri “Unvanın kullanılması<sup>512</sup>”, “Ücret ve masrafların istenmesi<sup>513</sup>”, “Taraflarla görüşme ve iletişim kurulması<sup>514</sup>”, “Görevin özenle ve tarafsız biçimde yerine getirilmesi<sup>515</sup>”, “Reklam yasağı<sup>516</sup>”, “Tarafların aydınlatılması<sup>517</sup>” ve “Aidat Ödenmesi<sup>518</sup>” şeklinde sayılmıştır.

Arabulucunun önüne gelen uyuşmazlık konusunda arabuluculukla çözülmeye elverişli olup olmadığına dikkat etmesi, eğer arabuluculukla çözülmeye elverişli değilse, bunların anlaşma belgesine konu olamayacağını uyuşmazlık taraflarına bildirmesi ve faaliyetine son vermesi gerekir<sup>519</sup>.

Arabuluculuk sürecindeki temel ilkelere biri de anlaşma arayışında egemenliğin uyuşmazlığın taraflarında olması ilkesidir<sup>520</sup>. Bu bağlamda arabuluculuk sürecini, tarafların kendi sorunlarına kendilerinin çözüm bulma süreci olarak nitelemek yanlış olmayacaktır. Arabulucunun bir işlevi de tarafların karar alma sürecinde etkili ve anlaşma şartları üzerinde kontrole sahip olmalarını sağlayacak ölçüde uyuşmazlığın çözümü için seçenekler geliştirmektir<sup>521</sup>.

Arabuluculuk alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğundan ve bir yargılama olmadığından, arabulucunun hak düşürücü süreleri dikkate alması ve süreci bu nedenle sonlandırması düşünülmemelidir<sup>522</sup>. Aynı şekilde iş uyuşmazlıklarında haklı fesih için yasal altı işgünü ve bir yıllık sürelerin geçip geçmediği konularında da değerlendirici arabuluculukta dahi arabulucunun değerlendirme yapması ve olaya müdahil olması doğru olmayacaktır<sup>523</sup>.

Arabuluculuk sürecine katılan taraflar arasında güç dengesizliğinin olması sıkça rastlanılan bir durumdur. Taraflar arasında mali ya da hukuki yönden eşitsizlik hali; alternatif çözüm sürecinin olumlu bir şekilde işlenmesini ve her iki tarafın da memnun olacağı bir çözüme varılmasını engelleyecektir<sup>524</sup>. Arabulucu, müzakere taraflarının

---

<sup>512</sup> HUAK m.6

<sup>513</sup> HUAK m.7

<sup>514</sup> HUAK m.8

<sup>515</sup> HUAK m.9

<sup>516</sup> HUAK m.10

<sup>517</sup> HUAK m.11

<sup>518</sup> HUAK m.12

<sup>519</sup> Kıyak, agm., s.529

<sup>520</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.47

<sup>521</sup> Özbek, Yönerge Önerisi, s.196

<sup>522</sup> Çil, age., s.55

<sup>523</sup> Çil, age., s.55

<sup>524</sup> Bulur, 35/A, s.203

aşırı güç dengesizliğini, arabuluculuğun temel ilkelerinden olan iradilik ilkesini uygulayarak giderebilecektir<sup>525</sup>. Zayıf olan tarafı özellikle özel oturumlarda müzakereye hazırlaması ve zayıf tarafa “Diğer taraf size böyle bir öneride bulunursa, görüşünüz ne olur? Bu durumun sonuçlarını düşündünüz mü?” şeklindeki varsayımsal sorularla güç dengesini sağlamaya çalışacaktır. Arabulucular tarafların birbiri üzerine baskı uygulamasını önlemeli ve olası bir yargılamada verilecek karar konusunda bir fikir beyan etmemelidir<sup>526</sup>. Arabulucunun hukuki yönlendirme yapmaması, ancak haklarının farkında olmayan tarafı bir avukat ya da uzmandan görüş alabileceğini gerekli durumlarda hatırlatması beklenir. Uluslararası kabul gören bir tespit de arabulucunun taraflara karşı ılımlı, ancak sorunlara karşı sert bir tavır takınması şeklindedir<sup>527</sup>.

Ahlaklı olmanın gerektirdiği doğruluk, yardımseverlik, yiğitlik, bilgelik, alçakgönüllülük, iyi yüreklilik ve ölçülülük gibi niteliklerin ortak adı olarak tanımlanan erdem<sup>528</sup>, bir arabulucuya en çok yakışan özelliklerdendir.

### 7.3.3. Taraf vekillerinin üzerine düşen görev

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15. maddesine göre arabuluculuk müzakerelerine taraflar bizzat katılabilecekleri gibi, avukatları kanalıyla da katılabileceklerdir. Bu durumda arabuluculuk müzakerelerinde hazır olan taraf vekilinin görev ve sorumlulukları nelerdir?

Arabuluculuk, her şeyden önce bir takım oyundur<sup>529</sup>. Taraf vekili arabuluculuk sürecinde, bilgi verici, danışman, yönetici, müttefik, değerlendirici, müzakereci ve tedavi edici gibi rolleri üstlenmelidir<sup>530</sup>.

1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesi sır saklama yükümlülüğünü düzenlemiş olup, avukatların, kendilerine tevdi edilen ya da avukatlık mesleği gereği öğrendikleri bilgileri açıklamaları yasaktır. Taraf vekilleri gerek Hukuk

<sup>525</sup> Dür, age., s.249

<sup>526</sup> Parkinson, age., s.26

<sup>527</sup> Parkinson, age., s.35

<sup>528</sup> (Erişim)

[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bd964a83840a9.03015567](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bd964a83840a9.03015567), 31 Ekim 2018.

<sup>529</sup> Andrew Goodman, Arabuluculukta Etkili Taraf Vekilliği, Uygulayıcı Rehberi, Ed. Aşiyen Süleymanoğlu, Çev. Adnan Bıçaksız, Zeynep Alkın, 3. baskı, Ankara, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Temmuz 2017, s.144

<sup>530</sup> Andrew Goodman, Arabuluculuğa Hazırlanmak, Arabuluculuktan Yararlanacaklar İçin Rehber, Ed. Aşiyen Süleymanoğlu, Çev. Adnan Bıçaksız, Zeynep Alkın, Ankara, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Temmuz 2017, s.50



Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve gerekse Avukatlık Kanunu kapsamında gizlilik hükümlerine uymak durumundadır. Avukatın müvekkili olan ilişkisi bir güven ilişkisine dayandığından arabuluculuk görüşmelerine katılmadan önce müvekkili ile hangi bilgi ve belgelerin paylaşılacağı konusunda bir çerçeve çizmeleri yerinde olacaktır. Taraf vekillerinin arabuluculuk toplantısına katılımından önce müvekkilinin haklarını tespit etmesi ve müzakere sürecini bu hakların farkında olarak yürütmesi yerinde olacaktır. Başka bir anlatımla taraf vekili süreci anlamalı ve ihtiyaçları doğru bir şekilde ortaya koymalıdır<sup>531</sup>. Taraf vekilinin uyuşmazlığın olası sonuçlarını da değerlendirmesi gerekir<sup>532</sup>. Başka bir ifade ile taraf vekili, müvekkiline risk analizini sunmalıdır<sup>533</sup>.

Taraflar arasında güç dengesizliklerinin yoğun olarak hissedildiği iş uyuşmazlıkları gibi uyuşmazlıklarda, dengesizliği gidererek, silahların eşitliğinin sağlanması arabuluculuk sürecinde tarafların avukatla temsil edilme durumunda mümkün olabilecektir<sup>534</sup>. Belirtilen nedenle, arabuluculuk sürecinde belki de bir arabulucu kadar taraf vekillerinin de rolleri çok önemlidir.

Taraf vekillerinin de müzakere teknikleri konusunda eğitim almaları arabuluculuğun gelişimi açısından önemlidir. Hukukçuların eğitiminde mücadelecî sisteme dayalı eğitim anlayışı terk edilerek, iş birliğine dayalı hukuk sistemine geçilmeli ve hukukçuların müzakere hünelerlerini geliştirmesi sağlanmalıdır<sup>535</sup>. Avukatlar çatışmacı yöntemlerden önce arabuluculuk gibi dostane yöntemler konusunda temsil ettiği müvekkilini bilgilendirmeli, aydınlatmalı ve hatta yönlendirmelidir<sup>536</sup>. Arabuluculuğun gelişiminde Barolara da çok iş düşmekte olup, etkin bir yönetim ve taraf vekilliği eğitimi ile toplumda algı yaratılabilecektir. Bir ülkenin hukuk düzeyinin ancak başarılı ve iyi hukuk eğitimi almış hukukçular sayesinde yükselebileceği gerçeği de unutulmamalıdır<sup>537</sup>.

<sup>531</sup> Kar, age., s.427

<sup>532</sup> Kar, age., s.427

<sup>533</sup> Andrew Goodman, Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk ve Arabuluculukta Avukatın Rolü Sempozyumu, sempozyum Notları, Düzenleyen Mine Demirezen, T.C. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara Eylül 2017, s.7

<sup>534</sup> Azaklı Arslan, age., s.248

<sup>535</sup> Mustafa Serdar Özbek, “Avrupa Konseyine Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler”, AÜHFD, C.55, S.1, 2005, s.290

<sup>536</sup> Ekmekçi, Özkes, Atalı, age., s.73

<sup>537</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, “Yargının Sorunları”, ABD, 1987/5-6, s.665



## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### ARABULUCULUK SÜRECİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI İLE MEVZUAT DEĞİŞİKLİĞİ ÖNERİLERİ VE FÜTÜRİZM

#### 8. ARABULUCULUK SÜRECİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI, MEVZUAT DEĞİŞİKLİĞİ ÖNERİLERİ VE FÜTÜRİZM YAKLAŞIM

##### 8.1. Arabuluculuk Anlaşma Belgesi

Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılırsa, bir anlaşma belgesi hazırlanabilecektir. Adı geçen anlaşma belgesinin “*kendine özgü bir hukuki niteliğe sahip olduğunu*<sup>538</sup>” söylemek yanlış olmayacaktır.

Söz konusu anlaşma belgesini Alman Hukuku EGZPO m. 15 a/II, f. 6, Cenevre ve Glarus Kantonları Usul Kanunu düzenlemelerini esas alarak “*sulh benzeri bir sözleşme*” olarak niteleyen yazarlar vardır<sup>539</sup>.

488 sayılı Damga Vergisi Kanununda yer alan 1 sayılı Tabloya göre sulhnameler yani sulh sözleşmeleri damga vergisine tabidir. Oysa 6325 sayılı Kanun’un 18. maddesi taraflar anlaşma belgesini icra edilebilirlik şerhi almaksızın başka bir resmî işlemde kullanmak isterlerse, damga vergisinin alınacağı düzenlenmiştir. Literatürde bazı yazarlar arabuluculuk anlaşma tutanağının kendisinin damga vergisine tabi olmayacağından hareketle sulh sözleşmesi olarak yorumlanamayacağını ifade etmektedir<sup>540</sup>.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin hukuki niteliği itibariyle bir maddi hukuk sözleşmesi olduğunu söyleyebiliriz<sup>541</sup>.

6325 sayılı Kanun’un 18/(1) fıkrasındaki “*Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir; anlaşma belgesi düzenlenmesi hâlinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır*” şeklindeki düzenleme ile arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlenmesinin zorunluluk olmadığını ve düzenlenmesi halinde de sıkı bir şekil şartı getirilmemiş olduğunu görmekteyiz.

<sup>538</sup> Kıyak, agm., s.545

<sup>539</sup> Taşpolat Tuğsavul, age., s.203

<sup>540</sup> Çil, age., s.49

<sup>541</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.60

6325 sayılı Kanun'un 18/1 maddesi uyarınca; “*arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir*” Taraflarca belirlenen anlaşma belgesi arabulucunun kontrolü sonucunda arabulucu ve taraflarca imzalanacaktır. Uygulamada arabuluculuk sürecine ilk kez katılan ya da çok az tecrübesi olan tarafların bulunması nedeniyle, en az 5 yıllık hukukçu konumundaki arabulucuların, arabuluculuk anlaşma belgesini tarafların görüşünü alarak düzenledikleri görülmektedir ki, bu genel uygulamaya yasal bir engel yoktur.

Arabuluculuk anlaşma belgesi ile taraflar bir edim kararlaştırabilirler ya da herhangi bir edim kararlaştırmadan aralarındaki uyuşmazlığa son verebilirler. Kararlaştırılan edim bir üçüncü kişiyi etkiliyorsa veya ilgilendiriyorsa arabuluculuk anlaşma belgesinde üçüncü kişinin de imzasının olması gerekecektir. Misal olarak, işçinin kıdem tazminatı alacağı için arabulucuya başvurduğu bir iş uyuşmazlığında taraflar müzakere sonucu, kıdem tazminatının bir kısmının ödenmesine ve ayrıca işçinin işsiz olan oğlunun işe başlamasına karar verebilirler. Burada 3. şahsın işe başlatılmaması halindeki maddi sonuçlar da arabuluculuk anlaşma belgesine yazılmalıdır. Burada unutulmaması gereken bir konu da gizliliktir. Taraflar gizlilik kararını kaldırmamış ise, üçüncü kişinin de gizlilik kuralları ile bağlı olması söz konusu olacaktır.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, tarafların tecrübesizliğinden ya da zor durumda kalmasından (müzayaka hali<sup>542</sup>) yararlanmak suretiyle akdedilen sözleşmede edimler arasında açık bir dengesizlik bulunması durumunda gabin hükümleri uygulanacak ve arabuluculuk anlaşma belgesi iptal edilebilecektir. Ancak, gabin hükümlerinin uygulanması için edimler arasında açık bir dengesizliğin olmasının yeterli olmadığını, bu durumun bir tarafın tecrübesizliği veya bilgisizliği ya da zor durumda kalmasından yararlanma suretiyle olması gerektiğini de belirtelim. Kısaca, gabin için nesnel surette bir nispetsizliğin bulunması yeterli olmayıp, sözleşme tarafının diğer tarafın müzayaka halini, hiffetini, tecrübesizliğini bilmiş olması ve bundan istifade etmiş olması da lâzımdır<sup>543</sup>.

---

<sup>542</sup> Arapça isim; sıkıntı, darlık, parasızlık, (Erişim)

[http://tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bb64e3f0e9a29.39435791](http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bb64e3f0e9a29.39435791), 4 Ekim 2018.

<sup>543</sup> Ansay, agm., s.203

Arabulucu anlaşma belgesinin maddi hukuk açısından sonucu borcun sona ermesi olup, usul hukuku açısından sonucu ise icra edilebilirlik şeklinde sıralanabilir.

## 8.2. Anlaşmazlık Hali ve Son Tutanak

HUAK 17/ (2) maddesi uyarınca “*Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşmış oldukları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanır. Belge taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanmazsa, sebebi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanır.*”

Arabulucu yetkin ve etkin bir şekilde süreci yönetmiş olsa dahi bazı durumlarda tüm gayretlere rağmen taraflar arasında anlaşma sağlanamaz. Arabuluculuğun her uyuşmazlığı anlaşma ile bitireceği şeklinde bir kural yoktur<sup>544</sup>. İlerleyen süreçte anlaşma ihtimalini korumak ve sağlamak için müzakere masasından kalkarken saygı kuralları terk edilmemelidir<sup>545</sup>.

Süreç sonunda anlaşma sağlanamaması halinde son tutanak hazırlanarak süreç sona erdirilecektir. HUAK 17/(3) maddesi uyarınca “*Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir. Arabulucu, bu tutanak ve sonuçları konusunda taraflara gerekli açıklamaları yapar.*”

HUAK 18/(11) maddesi uyarınca “*Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır.*”

HUAK 30. maddesi gereğince arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen son tutanakların kayıtlarını tutmak ve birer örneklerini saklamak Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın görevleri arasındadır.

<sup>544</sup> Kekeç, age., s.195

<sup>545</sup> Kekeç, age., s.195

### 8.3. Arabuluculuğun Zaman Aşımı ve Hak Düşürücü Sürelere Etkisi

HUAK 16/(2) maddesi uyarınca; “*Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zaman aşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz.*”

HUAK 16/(1) maddesinde ise arabuluculuk sürecinin ne zaman başladığına dair düzenleme yapılmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre “*Arabuluculuk süreci, dava açılmadan önce arabulucuya başvuru hâlinde, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Dava açılmasından sonra arabulucuya başvuru hâlinde ise bu süreç, mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar.*”

HUAK 18/A(10) fıkrası arabuluculuk sürecinin sona ermesini düzenlemiş olup, “*Arabulucu; taraflara ulaşamaması veya taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması ya da tarafların anlaşması yahut tarafların anlaşamaması hâllerinde arabuluculuk faaliyetini sona erdirir ve son tutanağı düzenleyerek durumu derhâl arabuluculuk bürosuna bildirir.*” Bu düzenleme karşısında son tutanağın tanzim tarihine kadar zaman aşımı ve hak düşürücü süreler işlemeyecektir.

İş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk için öngörülen üç hafta ve zorunlu hallerde bir hafta olmak üzere toplam dört hafta ile ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk için öngörülen altı hafta ve zorunlu hallerde iki hafta olmak ile üzere toplam sekiz hafta içinde arabuluculuk sürecinin sona erdirilmemesi halinde zaman aşımı ve hak düşürücü sürelerin durumunu değerlendirmekte fayda vardır. Literatürde bu konu henüz incelenmemiş bulunmaktadır. Kanundaki söz konusu süreler emredici hükümler olduğundan bu sürelerin ihlali halinde, bu süreler içinde son tutanağı hazırlayıp, süreci sonlandırmayan arabulucunun sorumluluğu söz konusu olabilecek ve zaman aşımı ile hak düşürücü süreler maksimum sürelerin (4 hafta ve 8 hafta) bitiminde işlemeye devam edecektir görüşümdedir.

#### 8.4. Arabuluculuk Sürecinin Gizliliği

HUAK’da arabuluculuğun temel ilkeleri “İradi olma<sup>546</sup>”, “eşitlik<sup>547</sup>”, “Gizlilik<sup>548</sup>” ve “Beyan ve Belgelerin Kullanılmaması<sup>549</sup>” şeklinde sayılmıştır. Aşağıda arabuluculuk sürecindeki gizlilik, sonuçları ve tarafların gizlilik kararını kaldırmaları ayrı başlıklar halinde incelenecektir.

##### 8.4.1 Gizlilik ve sonuçları

Avrupa Direktifi (2008) 7. maddesinde arabuluculuğun gizlilikle yapılması amaçlanmış olup, aksi kararlaştırılmadığı takdirde süreçte elde edilen bilgi ve belgeleri taraflar bir hukuk ya da ceza davası ile tahkim yargılamasında kullanamayacaklardır<sup>550</sup>. Bu konuda iki ayrı istisna getirilmiş olup; üye devletlerin kamu düzeninin gerekli kıldığı ve özellikle çocuk menfaatlerinin en iyi şekilde korunmasını sağlamak veya kişinin fiziksel ya da psikolojik bütünlüğüne zarar gelmesini önlemek gerektiğinde ve arabuluculuk anlaşma belgesinin yerine getirilmesi ile icra edilmesi aşaması söz konusu istisnalardır<sup>551</sup>.

Arabuluculuk sürecindeki gizliliği değerlendirmeden önce “gizlilik” kelimesinin kelime anlamına bakmakta fayda vardır. Gizliliğin Türkçe karşılığı “Gizli olma durumu ve mahremiyet” olarak ifade edilebilir<sup>552</sup>. İngilizce Hukuk Literatüründe ise “confidentiality” ve “privilege” olarak ifade edilmektedir<sup>553</sup>. Tarafların arabuluculuk sürecinde kolaylıkla iletişim kurabilmesi için sürecin aleni olmaması gereklidir<sup>554</sup>.

Arabuluculuk oturumları, gelecekte açılması planlanan davaya yönelik delil oluşturma yeri değildir<sup>555</sup>. Özellikle taraflarca hazırlama ilkesinin hakim olduğu hukuk sistemlerinde arabuluculuğun taraflar arasındaki muhtemel ve müstakbel dava için hazırlık aşaması olarak anlaşılması, tarafların güven duygusuyla iletişim kurmasına ve uyuşmazlığı çözmeye odaklanmalarına engel teşkil edecektir<sup>556</sup>. Sadece taraflar

<sup>546</sup> HUAK m.3

<sup>547</sup> HUAK m 3

<sup>548</sup> HUAK m.4

<sup>549</sup> HUAK m.5

<sup>550</sup> Parkinson, age., s.22

<sup>551</sup> Parkinson, age., s.22

<sup>552</sup> (Erişim)

[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bc820e65ca985.92475857](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bc820e65ca985.92475857), 18 Ekim 2018.

<sup>553</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.52

<sup>554</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.51

<sup>555</sup> Çil, age., s.38

<sup>556</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.52

arasında kalan uyuşmazlık çözüm sürecinde uyuşmazlığın tarafları, tekliflerini daha rahat bir şekilde sunabilir ve birbirilerine zarar vermeden uyuşmazlığın çözümüne odaklanabilir<sup>557</sup>. Anlaşmaya sağlanamaması halinde uyuşmazlığın alenileşmesi ve sürecin içerisinde öğrenilen bilgilerin ilerleyen aşamada kendisi aleyhine kullanılması ihtimallerini göz önünde bulunduran tarafların, tedirgin ve güvensiz bir tutumla arabuluculuk oturumlarına katılması durumunda hedeflenen sonuca ulaşılması ihtimali azalacaktır<sup>558</sup>.

Yargılamada uyuşmazlık taraflarının hakları ön planda iken, arabuluculukta tarafların menfaatleri ön plandadır<sup>559</sup>. Arabulucunun görevlerinden birisi de uyuşmazlık taraflarının menfaatlerini azami şekilde karşılayacak uzlaşma formülünü bulmak adına gerekli olabilecek bilgi ve vakıaları tarafların birbirleriyle paylaşmasını sağlamaktır<sup>560</sup>. Bu anlamda taraflar arasındaki güven ortamının kurucusu olan arabulucunun tarafsız ve bağımsızlığını vurgularken, diğer taraftan gizlilik konusuna da çok önem vermesi gerekecektir.

6325 sayılı Kanun'un "Gizlilik" başlığını taşıyan 4. maddesine göre "*Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar.*" 6325 sayılı Kanun'un ilk düzenlemesinde gizliliğe uyma yükümlülüğü sadece taraflara tanınmış iken, 12/10/2017 tarihli ve 7036 sayılı Kanununun 18 inci maddesiyle, bu fıkra da yer alan "taraflar da" ibaresi "taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de" şeklinde değiştirilmiştir. Görüldüğü üzere, arabuluculuk sürecine katılan ve arabuluculuk dolayısıyla bilgiye vakıf olan herkes sır saklama yükümlülüğü altında olacaktır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin 6/(3) fıkrası arabulucunun yanında çalışan kişiler, denetim ve gözetimi altında ilgili mevzuat çerçevesinde staj yapanlar, Bakanlık ve Kurul görevlileri yönünden de gizlilik kuralına uyma yükümlülüğünün geçerli olduğunu düzenlemiştir.

---

<sup>557</sup> Büyükay, age., s.33

<sup>558</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.55

<sup>559</sup> Eidenmüller, age., s.1

<sup>560</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.52



6325 sayılı Kanun'un 5. maddesi ise beyan ve belgelerin kullanılmamasını düzenlemiştir. Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, arabuluculuk davetini, arabuluculuk faaliyetine katılma isteğini, taraflarca ileri sürülen görüşleri ve teklifleri, arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeleri, taraflarca ileri sürülen önerileri ve herhangi bir vakia veya iddianın kabulünü delil olarak ileri süremez ve ayrıca bunlar hakkında tanıklık yapamaz. 6325 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan beyan ve belgeler taraflarca delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamaz. Ancak, söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir. 6325 sayılı Kanun'un 18. maddesinde arabuluculuk anlaşma belgesi hakkında icra edilebilirlik şerhinin verilmesi düzenlenmiştir ki, bu aşamada ve gerekli olduğu ölçüde bilgi paylaşımı gizlilik sınırının ihlali olarak nitelendirilemeyecektir. 6325 sayılı Kanun'da hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen delillerin, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmeyeceği de düzenlenmiştir.

6325 sayılı Kanun'un 33. maddesi gizliliğin ihlali konusundaki yaptırımı düzenlemiş olup, *“Gizlilik yükümlülüğüne aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır.”* Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin 6/(4) fıkrası gizlilik kuralına aykırı hareket eden arabulucunun; hukuki ve cezai sorumluluğunu saklı tutmuş olup, sicilden silinmesine de karar verilebileceğini düzenlemiştir.

#### **8.4.2. Tarafların gizlilik kararını kaldırmaları**

6325 sayılı Kanun'un 5/(2) fıkrasında *“Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar.”* şeklindeki düzenleme nedeniyle, tarafların dilerlerse gizlilik kararını kaldırabilecekleri düzenlenmiş olup, arabuluculuk sürecindeki gizlilik mutlak nitelikte değildir.

Taraflar arabuluculuk sürecinin aleni yapılmasını kararlaştırabilirler ve arabulucu ile arabuluculuk sürecine katılanların sır saklama yükümlülüğünü

kaldırabilir<sup>561</sup>. Arabulucunun uyuşmazlığın bir tarafından edindiği bilgiyi diğer tarafla paylaşımı konusunda, başka bir ifade ile iç ilişkide gizlilik konusunda kural olarak arabulucunun sır saklama yükümlülüğünün olduğundan hareketle tarafların rızasının bir istisna teşkil etmesi sebebiyle bir genelleme yapmak mümkün değildir<sup>562</sup>.

6325 sayılı Kanun'un 8. maddesinde arabulucunun tarafların her biri ile ayrı ayrı görüşebileceği düzenlenmiş olup, özellikle ayrı ayrı yapılan görüşmeler yani özel oturumlar açısından gizliliğin önemi büyüktür. Arabulucu özel görüşmede edindiği bir bilgiyi ancak tarafın açık izni doğrultusunda diğer tarafla paylaşabilecektir<sup>563</sup>.

### **8.5. İcra Edilebilirlik Şerhi**

Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın içeriği uyuşmazlık taraflarınca belirlenecek olup, anlaşma belgesi düzenlenmesi durumunda söz konusu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanacaktır. Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır. İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme de dosya üzerinden yapılacaktır. Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır.

6325 sayılı Kanun'un 18/(4) maddesi uyarınca taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır.

Asıl işveren ve alt işveren ilişkisinde işe iade başvurusu ile ilgili olarak her iki işverenin birlikte temsili gerektiğinden, anlaşma belgesinin ilam niteliğinde sayılması için asıl işvereni ve alt işvereni temsil eden yetkili şahısların ve her iki işverenin

---

<sup>561</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.58

<sup>562</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.59

<sup>563</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.119

avukatlarının ve ayrıca arabuluculuğa başvuran işçinin ve avukatının anlaşma belgesinde imzası yer almalıdır<sup>564</sup>.

6325 sayılı Kanun'un 15/(8) maddesine göre “*Arabuluculuk müzakerelerinde idareyi, üst yönetici tarafından belirlenen iki üye ile hukuk birimi amiri veya onun belirleyeceği bir avukat ya da hukuk müşavirinden oluşan komisyon temsil eder.*” İdarenin komisyonu ile idarenin avukatının ve karşı tarafın asili ile avukatının birlikte imza attığı anlaşma belgelerinin ilam niteliğinde olduğu konusu açıktır. Ancak amaçsal yoruma gidildiğinde, idareyi temsil eden komisyon içinde bir avukat yer aldığından, anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi alınmaksızın ilam niteliği kazanması için ayrıca taraf avukatının bulunmasının gerekmediği kabul edilebilir<sup>565</sup>.

HMK 362. maddesi uyarınca icra edilebilirlik şerhine ilişkin mahkeme kararı gerek çekişmesiz yargı işi olması gerekse sulh hukuk mahkemesi kararı olması sebebiyle HMK 362. madde uyarınca temyiz yoluna açık değildir. Ancak kanun yolu olarak istinaf mahkemesi incelemesine tabidir.

Arabuluculuk anlaşma belgesi, maddi anlamda kesin hüküm gücünde bir mahkeme kararı değildir<sup>566</sup>. Anlaşma belgesine mahkeme tarafından icra edilebilirlik şerhinin verilmesi, söz konusu anlaşmayı mahkeme hükmü haline getirmemekte, sadece ilam niteliğini haiz belge haline getirmektedir<sup>567</sup>.

### **8.6. Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Değerlendirilmesi**

HUAK 18/ (5) fıkrası uyarınca “*Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz.*” Aşırı ifa güclüğü nedeniyle sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasının gerekli olduğu durumlarda ya da iş hukukunun emredici hükümlerine aykırı olan arabuluculuk anlaşma belgelerinin söz konusu olduğu durumlarda HUAK 18/(5) fıkrası nedeniyle dava açılmasının önünde bir engel var mıdır? Aşağıda bu konular ayrı başlıklar halinde incelenecektir.

<sup>564</sup> Çil, age., s.46

<sup>565</sup> Çil, age., s.46

<sup>566</sup> Mustafa Serdar Özbek, “Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz 2017, C.3, S.2, s.75

<sup>567</sup> Özbek, İcra Edilebilirlik Şerhi, s.75

### 8.6.1. Sözleşmenin uyarlanması davası yönünden

Aşırı ifa güçlüğü TBK 138. maddesinde düzenlenmiş olup, “Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.”

Aşırı ifa güçlüğü nedeniyle sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması yani kısaca sözleşmenin uyarlanması, sonradan oluşan ve sözleşmenin aynı şekilde uygulanmasını fiili ya da hukuki yönden imkansız hale getiren sebepler nedeniyle sözleşmenin yeni koşullara uygun hale getirilmesidir<sup>568</sup>. Sözleşmeye güven duygusunun zayıflamaması ve borçluların rastgele iddialarla borçtan kurtulmalarının yolunun açılmaması için sözleşmelerde ana ilke ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesidir<sup>569</sup>.

Sözleşmenin uyarlanmasının yasada özel olarak düzenlendiği haller mevcut olup, bu durumlara TBK 296 m. (Bağışlama sözü vermenin geri alınması ve ifadan kaçınma), TBK 363 m. (Olağanüstü durumlarda kira bedelinden indirim) ve TBK 480. m. (Götürü bedelli eser sözleşmesinde) örnek gösterilebilir. Arabuluculuk anlaşma belgesinin uyarlanması ile ilgili özel hüküm olmadığı gibi, HUAK 18/(5) maddesi gereğince arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılacak hususlar hakkında taraflarca dava açılamaz. Kanunun bu maddesi dikkate alınır ise arabuluculuk anlaşma belgesinin uyarlanmasının mümkün olmaması gerekir. Kaldı ki, icra edilebilirlik şerhi içeren arabuluculuk anlaşma belgeleri ya da asiller ile vekillerinin imzalarını içeren arabuluculuk anlaşma belgeleri ilam niteliğindedir. Ancak, arabuluculuk anlaşma belgesi, maddi anlamda kesin hüküm gücünde bir mahkeme kararı değildir<sup>570</sup>. Arabuluculuk anlaşma belgesi hukuki niteliği itibarıyla bir maddi hukuk sözleşmesidir<sup>571</sup>.

<sup>568</sup> Kılıçoğlu, age., s.337

<sup>569</sup> Kılıçoğlu, age., s.339

<sup>570</sup> Özbek, İcra Edilebilirlik Şerhi, s.75

<sup>571</sup> Yazıcı Tıktık, age., s.60

Arabuluculuk anlaşma belgesinde kararlaştırılan bir edim imkansız ya da aşırı ölçüde güçleşmişse, bu duruma rağmen arabuluculuk anlaşma belgesinin uyarlanmayacağını belirlemek hakkaniyet ve adalet duyguları ile bağdaşacak mıdır? Şöyle ki, arabulucu anlaşma belgesinde taraflardan birinin edimi beş yıl boyunca anlaşma belgesindeki malları ithal etmek, diğer tarafın edimi de ithal edilen malları yurtiçinde satış ve dağıtımını yapmak olsun. Anlaşma belgesindeki malların ithali daha sonradan hükümetçe yasaklanmış ise artık edimin yerine getirilmesi imkansız olacaktır. TBK 138 hükmüne göre sürekli edimli sözleşmelerde borçlu kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanabilmektedir. Ancak, sözleşmenin kurulmasından sonra uyarlanma ve sözleşmeden dönme bir istisna teşkil eder<sup>572</sup> Arabuluculuk anlaşma belgesinin maddi hukuk ilişkisi bakımından uyumsuzluğu tamamen sona erdirdiği, bu nedenle anlaşılan konularda dava açılması halinde davanın hukuki yarar yokluğundan reddedilmesi gerektiği şeklindeki literatürdeki görüşe katılıyoruz<sup>573</sup>. Ancak, oluşacak mağduriyetlerin önüne geçmek adına kanun koyucunun arabulucu anlaşma belgesinin uyarlanması konusunda çok sıkı koşullar getirmek üzere bir düzenleme yapması yerinde olacaktır.

### 8.6.2. İş hukukunda emredici hükümlere aykırılık yönünden

İş Hukukunun emredici hükümlerine aykırı olan arabuluculuk anlaşma belgelerinin değerlendirilmesi konusu literatürde tartışmalıdır. Arabuluculuk sürecinde emredici kanun hükümlerine aykırı anlaşma yapan işçinin alamadığı hakkı için dava açma hakkına sahip olduğunu savunan yazarlar vardır<sup>574</sup>. Sayın Kar, asgari ücretin altında bir ücretle hesaplanan işçilik alacaklarını içeren arabulucu anlaşma belgesinin geçersiz olacağını savunmaktadır<sup>575</sup>. Sayın Çil ise arabuluculuk süreci sonunda asgari ücretin altında bir rakamla anlaşmalarının mümkün olduğunu savunmaktadır<sup>576</sup>. Arabuluculuk anlaşma belgesiyle hizmet süresine göre asgari sürelerin altında ihbar tazminatı kararlaştıramayacağını savunan yazarlar vardır<sup>577</sup>. İş Hukukunun emredici hükümleri mutlak ve nispi emredici hükümler olarak ayrılmaktadır. İş hukukundan doğan uyumsuzluklarda arabuluculuk faaliyetinin nispi

<sup>572</sup> Kılıçoğlu, age., s.342

<sup>573</sup> Koçyiğit/Bulur, age., s.44

<sup>574</sup> Ekmekçi, Özekes, Atalı, age., s.146

<sup>575</sup> Kar, age., s.421

<sup>576</sup> Çil, age., s.56

<sup>577</sup> Kar, age., s.421

emredici hükümlerin sınırları dahilinde kalması gerektiğini savunan yazarlar da vardır<sup>578</sup>.

HUAK 18/(5) fıkrası uyarınca “*Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz*”<sup>579</sup>.” Arabuluculuk anlaşma belgesi aleyhine dava açılmayacağına dair düzenleme, anlaşma belgesi hakkında geçersizlik ve sahtelik gibi davaların açılmasını engellememelidir<sup>580</sup>. Ancak, taraflar arasında hata, hile, tehdit ya da gabin gibi özel durumlar olmadıkça arabuluculuk anlaşma belgesi geçerli olacaktır. Burada arabulucunun fonksiyonunun çok önemli olduğunu belirtmek isteriz. Zira arabulucunun bir görevi de işçi ve işverenin yasal haklarını bilerek hareket edip etmediğini değerlendirmektir<sup>581</sup>. Eğer taraflar haklarının farkında ancak bu duruma rağmen daha alt sınırlarda anlaşma yapmak isterlerse bu anlaşma geçerli olmalıdır. Arabulucu her ne kadar hukuki tavsiyelerde bulunamayacaksa da, kamu düzenine ilişkin konuları ve özellikle emredici hükümleri dikkate alarak menfaat temelli tavsiyede bulunmasında büyük fayda vardır<sup>582</sup>.

Dava şartı olarak yapılan arabuluculukta kamu idarelerinin komisyon ile temsil edildiği anlaşma belgelerinde yasal kıdem tazminatı tavanının aşılmasına özen gösterilmelidir<sup>583</sup>. Zira, kıdem tazminatı tavanının aşılması, anlaşma belgesinin geçerliliği veya infazı konusunda soruna neden olmasa da, komisyon üyelerinin kamu zararına neden oldukları iddiasına ve dolayısıyla Sayıştay denetimlerinde kamu zararına dair tespit yapılmasına yol açabilir<sup>584</sup>.

İşe iade talepli arabuluculuk görüşmelerinde süreç sonunda işçinin işe başlatılmasına karar verirse anlaşma belgesinde yasal olarak ne zaman işe başlatılacağına belirtilmesi gerekmekte olup, “birkaç hafta sonra” ya da “işçi istediği zaman işe başlayacaktır.” gibi belirsiz, anlaşılamayan ve yoruma açık ibarelerin yer almaması gerekir<sup>585</sup>.

---

<sup>578</sup> Azaklı Arslan, age., s.131

<sup>579</sup> Yasa maddesinin değerlendirilmesi hakkında bkz: Ekmekçi, Özkes, Atalı, age., s.123

<sup>580</sup> Büyükay, age., s.119

<sup>581</sup> Kar, age., s.425

<sup>582</sup> Kar, age., s.126

<sup>583</sup> Çil, age., s.53

<sup>584</sup> Çil, age., s.53

<sup>585</sup> Çil, age., s.44

4857 sayılı İş Kanunu 21/1. maddesinde, feshin geçersizliği kararından sonra, işçiyi başvurusu üzerine işe başlatmayan işverenin, işçiye en az dört, en fazla sekiz aylık maaşı tutarında tazminat ödemekle yükümlü olacağı düzenlenmiştir. İşe başlatmama tazminatında mutlak emredici olan İş kanunundaki 4 aylık ücret olan alt sınır ve 8 aylık ücret olan üst sınır aşılmamalıdır<sup>586</sup>.

Sayın Kar, arabuluculuk anlaşma belgesi ile hizmet süresine göre asgari sürelerin altında ihbar tazminatı kararlaştırmanın yasanın emredici hükümlerine aykırılık teşkil edeceğini savunmaktadır<sup>587</sup>. 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinde kıdem tazminatı tavanı ile ilgili de emredici düzenleme mevcuttur. Düzenlemenin emredici olması, arabuluculuk sürecinde tarafların hür iradeleri ile kıdem tazminatının tavanının üstünde anlaşmalarına engel teşkil etmez<sup>588</sup>. Sadece burada arabuluculuk görüşmelerinde bulunan kamu idarelerinin Sayıştay denetimini gündeme getirebilecektir<sup>589</sup>. Kanaatimce, arabuluculuk müzakereleri sırasında uygun bir alacak tutarıyla anlaşmak yerine dava yolunu tercih eden kamu idarelerinin davanın sonunda büyük bir miktarla ve üstelik fahiş bir faizle ödeme yapması durumunda yine Sayıştay denetiminde kamu zararı yönünden inceleme gündeme gelebilecektir. Özellikle arabuluculuk müzakerelerine katılan komisyon üyelerinin arabuluculuk sürecinde gerekli hazırlık ve araştırmayı yapmalarının ve kendilerine teklif edilen alacak tutarlarını idareye yazılı olarak bildirmelerinin ve kendi görüşleri ile birlikte onay istemelerinin faydalı olacağını değerlendirmekteyim.

Sayın Kar, arabuluculuk anlaşma belgesinin maddi hukuk sözleşmesi olması nedeniyle kanunun emredici hükümlerine aykırı olmaması görüşündedir<sup>590</sup>. Ancak, taraflar haklarının farkında ise, arabuluculuk toplantısına avukatı ile katılım sağlamışsa, toplantıya avukatı olmadan katılan tarafa avukata danışması, avukatla toplantıya katılması ve ihtiyaç varsa adli yardım alması konusunda arabulucu gerekli uyarı ve bilgilendirmede bulunmuş ise arabuluculuk sürecinin sağlıklı işletildiği değerlendirilebilir. Zira, iradilik yani gönüllülük ile kontrolün taraflarda olması ilkeleri arabuluculuk sürecinin önemli ilkelerindedir. Nitekim, arabuluculuk müzakerelerinin

---

<sup>586</sup> Çil, age., s.44

<sup>587</sup> Kar, age., s.421

<sup>588</sup> Çil, age., s.53

<sup>589</sup> Çil, age., s.53

<sup>590</sup> Kar, age., s.421

temel ilkelerinden olan iradilik ilkesi nedeniyle tarafların ücretin eki niteliğindeki parasal haklar eklemeksizin yani çıplak bürüt ücret esas alınarak ya da net ücret esas alınarak tespit edilecek kıdem tazminatı tutarında anlaşma yapmaları da mümkün olabilecektir<sup>591</sup>. Aynı şekilde İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen ayrımcılık konusunda 4 aya kadar ücret tutarındaki ayrımcılık tazminatı hakkındaki sınırlama arabuluculuk müzakerelerinde tarafları bağlamayacaktır<sup>592</sup>. Arabuluculuk süreci esnek bir süreç olup, tarafların asgari ücret tutarı ile de bağlı olmamaları gerekir<sup>593</sup>.

Sayın Çil bir yorumunda “*Arabuluculuk süreçlerinin işçilik alacaklarını bertaraf etme yönünde bir amaca hizmet etmesi halinde İş Hukuku çerçevesinde bulunabilecek çözümlerden biri de, anlaşma tutanağı kapsamında yapılan ödemelerin, gerçek tazminat ve alacak tutarlarına göre aşırı orantısız olması halinde, anlaşmaya varılan hususlarda dava açılabilmesinin kabulüdür.*” şeklinde beyanda bulunmuştur<sup>594</sup>. Sayın Kar da “*...Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflar anlaşılan konular hakkında, anlaşmanın geçerli olmadığını ileri sürerek, iptali ile hak ve alacaklarının yargı yolu ile hüküm altına alınmasını talep edebilmelerine engel bir durum olmadığını...*” ifade etmiştir<sup>595</sup>. Hiç kuşkusuz İş Hukuku ihtilaflarında zayıf taraf işçidir ve işçinin korunma prensibi yeri geldiğinde kullanılmalıdır. Ancak, sağlıklı bir arabuluculuk süreci işletilmek kaydıyla, işçinin yasal haklarının farkında olarak kendi hür iradesi ile alacaklarından kısmen ya da tamamen vazgeçmesi de mümkün olmalıdır. Tarafların haklarının farkında olmalarına rağmen kendi menfaat ve ihtiyaçları ile karşı tarafın durumunu da dikkate alarak ortaklaşa varılan çözümün hakkaniyete ve adalete uygunluğu tartışmasıdır. Bu noktada, tarafların arabuluculuk süreçlerinde avukatlarıyla temsilinin ne kadar önem teşkil ettiği görülmektedir. Avukatın bulunmadığı bir arabuluculuk sürecinde de arabulucu, taraflara avukata danışmaları ve gerekirse adli yardım<sup>596</sup> almaları konusunda yönlendirmeli ve gerekli hallerde iş hukuku konusunda bir uzmandan<sup>597</sup> görüş alınması konusunda tarafları teşvik etmelidir. İş hukukunda işçi ile işveren yönünden hassas bir denge mevcut olup,

---

<sup>591</sup> Çil, age., s.53

<sup>592</sup> Çil, age., s.55

<sup>593</sup> Çil, age., s.56

<sup>594</sup> Çil, age., s.49

<sup>595</sup> Kar, age., s.411

<sup>596</sup> HUAK m 13

<sup>597</sup> HUAK m.15.



arabuluculuk müzakereleri sırasında da söz konusu hassas dengeye özen gösterilmesi ve zayıf olan tarafın süreç hakimiyeti açısından güçlendirilmesi yerinde olacaktır. Zira, bu durumda arabuluculuk sürecinde tarafların egemenliği de sağlanmış olacaktır.

## 8.7. Arabulucunun Sorumluluğu

Bu başlık altında arabulucunun sorumluluğu incelenecek olup, tarafların ya da arabulucunun başta tarafsızlık gibi temel ilkeleri dikkate alarak süreçten çekilme hakkı olabileceği gibi, tarafların da arabulucuyu reddetme hakkı olduğunu belirtmemiz gerekir<sup>598</sup>.

### 8.7.1. Hukuki sorumluluk

Arabulucu, arabulucu sözleşmesiyle sözleşme taraflarına karşı tarafsız olma, özen, sadakat, gizlilik gibi birçok edim üstlenir<sup>599</sup>. Arabulucunun arabuluculuk faaliyeti sırasında yaptığı işlemlerden dolayı tarafları zarara uğratması halinde doğacak hukuki sorumluluğa dair mevzuatımızda bir düzenleme yer almamaktadır<sup>600</sup>. Genel hukuki sorumluluk yönünden arabulucunun hukuki, cezai ve disiplin sorumluluğunun olduğunu belirtebiliriz<sup>601</sup>. Arabulucu hukuka aykırı davranışı ile taraflara ve üçüncü şahıslara zarar verirse başta tazminat sorumluluğu olmak üzere hukuken sorumluluğu söz konusu olacaktır<sup>602</sup>. Arabulucu sözleşmesi niteliği itibarıyla vekalet sözleşmesine benzer bir sözleşmedir. Vekalet sözleşmesinde kural olarak vekil vekalet görevini yerine getirirken yöneldiği sonucun elde edilmesinden sorumlu olmasa da, bu sonuca ulaşmak amacıyla gösterdiği çabanın ve davranışların özenli

<sup>598</sup> Türkiye Arabulucular Etik Kuralları (TAEK), 2/(2) fıkrası; "Arabulucu, arabulucunun seçimi, sürecin yürütülmesi, sürece katılım, süreçten çekilme ve süreci sonlandırma dâhil olmak üzere, arabuluculuğun her aşamasında tarafların kendi kararlarını verme hakkını gözetmekle yükümlüdür." TAEK 3/(4) fıkrası; "Arabulucu, arabuluculuğu tarafsız bir şekilde yönetemeyecek ise arabulucu olma teklifini reddetmeli ve hangi aşamada olursa olsun arabuluculuktan çekilmelidir." TAEK 4/(5) fıkrası; "Arabulucu ile taraflar arasındaki doğmuş veya doğabilecek menfaat ilişkisi veya çatışması, arabulucunun tarafsızlığına ve arabuluculuk sürecine açıkça zarar verecek nitelikteyse; arabulucu, tarafların aksi yöndeki talepleri ve anlaşmasına bakılmaksızın, arabuluculuk teklifini reddetmeli ve hangi aşamada olursa olsun arabuluculuktan çekilmelidir." TAEK 7/ (1) fıkrası; "Arabulucu, somut uyuşmazlıkta gerekli olan mesleki yeterliliği haiz değil ve tarafların makul beklentilerini karşılayamayacak durumdaysa, arabuluculuk teklifini reddetmeli ve hangi aşamada olursa olsun arabuluculuktan çekilmelidir."

<sup>599</sup> Şamil Demir, "Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu", Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu, Yayına Hazırlayan: Yasemin Işıқтаç, Ed.; İrem Burcu Özkan, Osman Vahdet İşsevenler, İstanbul, Sümer, Ekim 2014, s.124

<sup>600</sup> Azaklı Arslan, age., s.253

<sup>601</sup> Ekmekçi, Özkes, Atalı, age., s.61

<sup>602</sup> Ekmekçi, Özkes, Atalı, age., s.61

olmayışından kaynaklanan zararlardan sorumludur<sup>603</sup>. Bu bağlamda arabulucunun da özen borcu olduğunu söylememiz mümkün olacaktır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin 6/(4) fıkrası uyarınca gizlilik kuralına aykırı hareket eden arabulucunun hukuki ve cezai sorumluluğu saklı olup, sicilden silinmesine karar verilebilecektir. Arabulucunun meslek etik ve ilkelerine aykırı davranışlarının olması halinde genel hükümlere göre hukuki sorumluluğu olacaktır. Arabulucu sadece mevzuat ile bağlı olmayıp, Türkiye Arabulucular Etik Kurallarına karşı davranışlarının olması halinde de sorumluluğu gündeme gelecektir<sup>604</sup>. Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda örneğin İngiltere'de arabulucunun sorumluluğunun iki temeli vardır<sup>605</sup>; birincisi güven sorumluluğu, diğeri ise görevi ihmalen kaynaklanan sorumluluktur. Ülkemizde arabulucunun hukuki sorumluluğu, arabulucu ile taraflar arasında yapılan arabulucu sözleşmesine ya da HUAK'a dayanabilir<sup>606</sup>. Arabulucunun hukuki sorumluluğu konusunda tazminat taleplerini karşılaması adına Avusturya Federal Kanunu'ndaki düzenleme gibi mali mesuliyet sigortası yaptırma zorunluluğuna dair bir pozitif düzenleme yapılması faydalı olacaktır<sup>607</sup>.

### 8.7.2. Cezai sorumluluk

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda ceza hükümleri tek bir maddeden oluşmakta olup, ilgili madde gizliliğin korunmasına dair 33. maddedir. İlgili maddeye göre "*Arabulucunun gizlilik yükümlülüğüne aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olması halinde altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır.*" İlgili madde sadece arabuluculara yönelik bir hüküm olmayıp, arabuluculuk sürecine katılan tarafları ve 3. kişileri de kapsayacaktır. Arabulucunun genel hükümlere göre de cezai sorumluluğu olacaktır. HUAK 5. maddesi gereği taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü kişiler, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında arabuluculuk sürecinde kullanılan beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık

---

<sup>603</sup> Erzurumluoğlu, age., s.195

<sup>604</sup> Türkiye Arabulucular Etik Kuralları, (Erişim)

[http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik\\_kurallar.html](http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html), 17 Şubat 2019.

<sup>605</sup> Dür, age., s.182-183

<sup>606</sup> Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s.1235

<sup>607</sup> Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s.1236

yapamaz. Söz konusu düzenleme hukuk davaları ile sınırlı olup, ceza davalarında delil ve tanıklık yapma yasağı söz konusu olmayacaktır<sup>608</sup>.

### **8.7.3. Eş arabulucunun sorumluluğu**

Bazı durumlarda arabuluculuk sürecinde birden fazla arabulucu görev alabilir. Uyuşmazlığın komplike olduğu veya taraf sayısının fazla olduğu uyuşmazlıklarda eş arabuluculuk özellikle tercih edilebilmektedir. Toplantı sırasında bir arabulucunun soru sorarken, diğer arabulucunun tarafların tepkilerini gözlemlemesi ya da not alması şeklinde bir iş bölümü yapılabilir. İş bölümü taraflarla ayrı özel oturumlar yapma ve daha sonra sonuçların arabulucuların kendi aralarında paylaşımı şeklinde de seyredebilir. İş paylaşımı nasıl olursa olsun, her şeyden önce eş arabuluculuk uygulaması eşgüdüm halinde çalışmayı gerektirmektedir. Bir eş arabuluculuk ekibi birlikte iyi çalışır ve birbirlerini geliştirirlerse, çözümü güç çatışmaları ve güç dengesizliklerini yönetmekte tek arabulucudan daha fazla verime sahip olacaktır<sup>609</sup>.

Arabulucuların hukuki ve cezai sorumluluğu yönünden eş arabulucu da asıl arabulucu ile birlikte müşterek ve müteselsil sorumlu olmalıdır. Arabulucu Merkezlerinin de garantörlük görevi nedeniyle ve aynı zamanda bünyelerinde bulunan arabulucuları akredite etmiş olmalarından dolayı tüzel kişilik olarak müşterek ve müteselsil sorumlulukları bulunmalıdır.

---

<sup>608</sup> Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s.1250

<sup>609</sup> Parkinson, age., s.93



## 9. ARABULUCULUK MEVZUATI DEĞİŞİKLİK ÖNERİLERİ İLE ARABULUCULUĞA FÜTÜRİZM YAKLAŞIM

### 9.1. Arabuluculuk Mevzuatı Değişiklik Önerileri

7036 sayılı Yasanın 3/8. maddesi “*Taraflara ait iletişim bilgileri, görevlendirilen arabulucuya büro tarafından verilir. Arabulucu bu iletişim bilgilerini esas alır, ihtiyaç duyduğunda kendiliğinden araştırma da yapabilir. Elindeki bilgiler itibarıyla her türlü iletişim vasıtasını kullanarak görevlendirme konusunda tarafları bilgilendirir ve ilk toplantıya davet eder. Bilgilendirme ve davete ilişkin işlemlerini belgeye bağlar.*” şeklindedir. Bu düzenlemeye rağmen, uygulamada arabulucuların tarafları ilk toplantı gününe davet aşamasında ciddi sıkıntılar yaşandığı görülmektedir. Belirtilen nedenle, arabuluculara MERNİS veri tabanından adres bilgilerini sorgulaması ve elektronik tebligat sistemini kullanmaları imkanının tanınması yerinde olacaktır.

Özellikle tarafların arabulucu ile farklı şehirde olmaları halinde arabuluculuk sürecinde ciddi sıkıntılar yaşanmakta olup, yapılacak kapsamlı bir düzenleme ile online arabuluculuğun da düzenlenmesi yerinde olacaktır. Hiç kuşkusuz arabuluculukta tarafların yüz yüze görüşme yapmaları çok önemlidir ve sürece katkı sağlar, ancak gerektiğinde online arabuluculuk görüşmelerinin de yapıyor olması süreci olumlu olarak etkileyecektir.

7036 sayılı Yasanın 3/9 maddesi “*Arabulucu, görevlendirmeyi yapan büronun yetkili olup olmadığını kendiliğinden dikkate alamaz. Karşı taraf en geç ilk toplantıda, yerleşim yeri ve işin yapıldığı yere ilişkin belgelerini sunmak suretiyle arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz edebilir. Bu durumda arabulucu, dosyayı derhâl ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere büroya teslim eder. Mahkeme, harç alınmaksızın dosya üzerinden yapacağı inceleme sonunda yetkili büroyu kesin olarak karara bağlar ve dosyayı büroya iade eder. Mahkeme kararı büro tarafından 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümleri uyarınca taraflara tebliğ edilir. Yetki itirazının reddi durumunda aynı arabulucu yeniden görevlendirilir ve onuncu fıkrada belirtilen süreler yeni görevlendirme tarihinden başlar. Yetki itirazının kabulü durumunda ise kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde yetkili büroya başvurulabilir. Bu takdirde yetkisiz büroya başvurma tarihi yetkili büroya başvurma tarihi olarak kabul edilir. Yetkili büro, altıncı fıkra uyarınca arabulucu görevlendirir.*” şeklindedir. Söz konusu düzenlemede

arabulucunun dosyayı iade etme süresi belirtilmemiş ve “derhal” şeklinde yoruma açık bir ibare kullanılmıştır. Usul ekonomisi ve sürecin uzamaması adına, yetki itirazında bulunacak tarafın doğrudan sulh hukuk mahkemesine başvuru yapması ve UYAP kanalıyla da arabulucunun bilgilendirilmesi sürecin daha sağlıklı ve hızlı işlemlerini sağlayacaktır.

İşveren herhangi bir çalışanını adi yazılı bir belgeyle yetkili kılması halinde, ilgili çalışan dava şartı iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk görüşmelerine katılabilmektedir<sup>610</sup>. Bir avukatın noterden ancak özel bir yetki ile yetkilendirmesi halinde arabuluculuk görüşmelerine katılma imkanı varken, kanun koyucu işverenin herhangi bir çalışanına geniş bir yetki takdir etmiştir. Kanımca, söz konusu madde istismara açık bir madde olup, müzakere gibi profesyonel bir ortamda hak kayıplarının yaşanmaması adına düzenleme yerinde olacaktır. Kanaatimce bu madde tamamen kanundan çıkarılmalıdır.

7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun’un 20. maddesi ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 5 inci maddesinde değişiklik yapılmıştır. Söz konusu düzenleme; “MADDE 5/A- (1) *Bu Kanununun 4. üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.*” şeklindedir. Maddenin lafzındaki özellikle “...alacak ve tazminat...” şeklindeki düzenleme uygulamada karışıklığa sebep olmakta ve hangi davaların ticari dava şartı olduğu konusunda tartışmalara neden olmaktadır. Yine, maddenin lafzi düzenlemesine bakıldığından menfi tespit davaları gibi davaların dava şartı kapsamına girip girmediği konusu da tartışmaya yol açmaktadır. Belirtilen nedenle ilgili maddenin yeniden düzenlenmesi yerinde olacaktır.

İngiltere’de olduğu gibi mahkeme içi arabuluculuk aktif hale getirilmeli ve bu doğrultuda yasal düzenlemeler yapılmalıdır. Aile hukukunda özellikle boşanma ve ferileri hakkında arabuluculuk sürecine yönelik düzenlemeler yapılmalı ancak aile hukukunda hakimin arabuluculuk anlaşma belgesinin içeriğini de denetler mahiyette bir mahkeme onayı süreci getirilmelidir.

Dava şartı arabuluculuk uygulamaları nedeniyle iş hukuku uzmanlık eğitimleri

---

<sup>610</sup> 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3/(18) fıkrası

başlamış olup, halen bu eğitimler devam etmektedir. İş hukukunda uzman arabulucular faaliyet göstermektedir. Hak temelli olmayan ve menfaat temelli olan arabuluculuk için alan uzmanlığının çok önemli olmayacağı düşünülebilir ise de, taraflara sorulacak soruları tespit etme, uyuşmazlığın detaylarına hakim olma, çözüm önerisi getirebilme gibi birçok yönden uzmanlık önemlidir. Bir tüketici uyuşmazlığının arabuluculuk sürecindeki seyri ile bir aile hukuku uyuşmazlığının alacağı seyir birbirinden farklı olacaktır. Belirtilen nedenle, ihtiyari arabuluculuğun da gelişmesi adına, hukukun ilgili alanlarında (ticaret hukuku, tüketici hukuku, aile hukuku vb.) arabulucular için uzmanlıklar getirilmesi ve yasal olarak düzenleme yapılması arabuluculuğun ülkemizdeki gelişimine katkı sağlayacaktır. Arabulucunun reddi konusu kanunda, yönetmelikte ve Türkiye Arabuluculuk Etik Kurallarında düzenlenmemiş olup, bu konuda pozitif bir düzenlemeye ihtiyaç vardır.

Hukukumuzda, tahkim itirazı<sup>611</sup> gibi, arabuluculuk sözleşmesinin dava açılmasına engel olacağına ve itiraz sürecine dair bir düzenleme yer almamaktadır. HMK 116/(1) b maddesinde yer alan tahkimin ilk itiraz olduğuna dair düzenlemeye benzer bir düzenlemenin arabuluculuk sözleşmesinin varlığı halinde de ilk itiraz şeklinde yasada düzenlenmesi yerinde olacaktır<sup>612</sup>. Örneğin Belçika Medeni Usul Kanunu 1725. maddesine göre arabuluculuk sözleşmesi ya da şartı ilk itiraz olarak düzenlenmiştir<sup>613</sup>.

Arabulucu anlaşma belgesinde kararlaştırılan edimin ifası sonradan ortaya çıkan yeni koşullarla güçleşmişse kanaatimce HUAK 18/(5) maddesi düzenlemesi dikkate alınır, kanun koyucunun arabulucu anlaşma belgesinin yeni koşullara uyarlanması konusunda çok sıkı koşullar getirmek üzere bir düzenleme yapması yerinde olacaktır. HUAK 18/(5) fıkrasındaki “*Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz.*” şeklindeki düzenleme kanaatimce Anayasa ile teminat altına alınan hak arama özgürlüğüne aykırı bir maddedir. Arabuluculuk mevzuatı ile ilgili birçok maddenin Anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesine gidilmiş ise de ilgili madde için Anayasa

<sup>611</sup> HMK 413; (1) Tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir. Bu durumda tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder. (2) Tahkim itirazının ileri sürülmesi, tahkim yargılamasına engel değildir.

<sup>612</sup> Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s.787

<sup>613</sup> Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s.787

Mahkemesine gidilmemiştir. HUAK 18/(5) fıkrasının tamamen mevzuattan çıkarılması yerinde olacaktır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği 21/(3) maddesinde yetki konusu düzenlenmiş olup, görev ve yetki konuları ancak kanunla düzenlenebileceğinden bu tür hükümlerin yönetmelik yerine kanunda düzenlenmesi de yerinde olacaktır.

Arabulucunun hukuki sorumluluğu konusunda tazminat taleplerini karşılaması adına Avusturya Federal Kanunu'ndaki düzenleme gibi mali mesuliyet sigortası yaptırma zorunluluğuna ilişkin bir pozitif düzenleme yapılması da faydalı olacaktır<sup>614</sup>.

## 9.2. Arabuluculuğa Fütürizm Yaklaşım ve Arabuluculuğun Geleceği

Fütürizm ya da gelecekçilik akımı, 1909'da Paris Le Figaro gazetesinde yayımlanan İtalyan şair ve editör Filippo T. Marinetti'nin manifestosu ile gündeme gelmiştir<sup>615</sup>. Geleceği düşlemenin ve kurgulamanın, gelecekte iyi işler yapmak adına önemli bir işlevi olduğundan, bu çalışmamızda arabuluculuğun önümüzdeki 20 yıl içinde nasıl bir evrim geçireceği konusunda bir öngörü yapılacaktır.

Yargılama masraflarının ciddi ekonomik maliyeti ve yargılamanın kanun yolları ile birlikte uzun yıllar sürdüğü gerçeği, birçok ülkeyi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına sevk etmiştir. Günümüzde üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen konularda taraflar dilerse yargı yoluna, dilerse arabuluculuğa gidilebilmektedir. Önümüzdeki 20 yıllık süreçte belki de üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek tüm konularda arabuluculuğa başvurmadan yargı yoluna gidilemeyecektir.

Türkiye'de 02/01/2018-27/05/2018 tarihleri arasında 15.655 adet ihtiyari arabuluculuk başvurusu yapılmış olup, bu başvuruların 15.234 adeti, yani %97'si anlaşma ile neticelenmiştir<sup>616</sup>. Aynı tarih aralığını kapsayan dava şartı arabuluculuk uygulama istatistiklerine bakıldığında ise, arabuluculuk görevlendirmesi yapılan dosya sayısı 127.845 adet olup, arabuluculuk görüşmeleri sonunda anlaşılan dosya sayısı 38.667 adet, yani %65 seviyesindedir<sup>617</sup>. Arabuluculuk uygulama istatistikleri,

<sup>614</sup> Özbeke, Alternatif Uyuşmazlık, s.1236

<sup>615</sup> Bengi Başaran, "Fütürizm'den Siber Punk'a; Yirminci Yüzyıl Sanatında Teknolojinin Değişen Yansıması", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007, s.7

<sup>616</sup> (Erişim) <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/ihtiyari.pdf>, 4 Ekim 2018.

<sup>617</sup> (Erişim) <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/davasarti.pdf>, 4 Ekim 2018.



toplumun arabuluculuğun ilk uygulamalarında dahi çok olumlu tepkiler verdiğini gözler önüne sermektedir. Dava şartı arabuluculuk uygulamasının tüketici hakları, fikri ve sınai mülkiyet hakları gibi birçok alana sirayet etmesi ile alanında uzman arabulucuların yetişmesi ve arabuluculuk uygulamalarından olumlu sonuçların çıkması ile gelecekte arabuluculuğu önemli mesleklerden biri haline getirecektir.

Arabuluculuğun önümüzdeki on yıllık süreçte alacağı seyir konusunda yapılan ve toplam 2893 kişinin katıldığı bir ankette<sup>618</sup>; arabuluculuğu bağımsız bir meslek olarak görenler %50,9, ikincil bir meslek olarak görenler %25,6, bir bilim dalı olarak görenler %11,2, bir iyilik dalı olarak görenler %11,2 ve bir hobi olarak görenler %5,4 oranında çıkmıştır. Arabuluculuk günümüzde bile bağımsız bir meslek olma yolunda bir ivme kazanmıştır. Gelecek yıllarda birçok teknolojik enstrümanın devreye girmesi ve mevzuat değişiklikleriyle enstitüler, odalar, dernekler ve merkezler üzerinden kurumsal bir arabuluculuk geliştirecektir.

Önümüzdeki 20 yıl içinde yapay zeka uygulamalarından her alanda olduğu gibi, arabuluculuk süreçlerinde de yararlanılacak, uyuşmazlık çözme, uyuşmazlık analizi, risk haritası gibi konularda bilgisayar yazılımlarının devreye girmesi kaçınılmaz olacaktır. Online arabuluculuk ya da çevrimiçi arabuluculuk da önümüzdeki yıllarda gelişecek, ancak her türlü teknolojik gelişmeye rağmen arabuluculukta karşılıklı iletişimin özel yeri ve önemi de muhafaza edilecektir.

---

<sup>618</sup> (Erişim) [http://www.arabulucu.com/index.php?option=com\\_poll&id=20%3Asize-gore-arabuluculuk-gelecek-10-yilda-ne-yonde-sekil-alacak](http://www.arabulucu.com/index.php?option=com_poll&id=20%3Asize-gore-arabuluculuk-gelecek-10-yilda-ne-yonde-sekil-alacak), 24 Ekim 2018.



## SONUÇ

İletişim kopukluğu ve diyalog eksikliğinin yoğun olarak hissedildiği bir ülke olmamızın yanı sıra, uzlaşma kültürümüzün çok eski çağlara dayandığı da yadsınamayacak bir gerçektir. Derinlerde olan uzlaşma kültürünün başta eğitim olmak üzere, destekleme projeleri, mevzuat değişiklikleri gibi araçlarla gün yüzüne çıkarılması her şeyden önce toplumsal barışın devamı için elzemdir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden olan arabuluculuk aslında ülkemizde 2012 yılından beri uygulanmaktadır. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesinde yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesinde arabuluculuğun uygulanacağı kararlaştırılmıştır. Bu dostane çözüm yolunun günümüzde popülaritesinin artmış olmasının birçok sebebi mevcuttur. Bu sebeplerin bir kısmını; uyuşmazlıkların mahkeme dışında etkin, hızlı ve düşük maliyetle çözüme kavuşturulması olarak sıralayabiliriz. Arabuluculuğun belki de en önemli katkılarından biri de bireysel barışın ve nihayetinde sosyal barışın tesisine verdiği tartışmasız katkıdır.

Yapılan istatistikler 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden itibaren çok olumlu sonuçlar alındığını ve toplumda derinlerde yer alan uzlaşma kültürünün su yüzüne çıkmaya başladığını göstermektedir. Ancak, burada unutulmaması gereken konu arabuluculuğun bugünden yarına gelişecek bir süreç olmadığı, aksine uzun soluklu ve sabır eşiğini yükselten çalışmaların gerekliliğidir.

Sözün özüne gelecek olursak; arabuluculuk uygulamaları ile tarafsız bir süreçte uyuşmazlıklar çözümlenecek ve yargının yükü azalacağı için daha rafine bir yargı mümkün olabilecek ve nihayetinde sosyal barışın tesisi mümkün olabilecektir.



## KAYNAKÇA

- AKINCI, ZİYA: Milletlerarası Tahkim, 4. baskı, İstanbul, Vedat, Mart 2016
- ALİKILIÇ, ÖZLEM: Arabuluculukta Etkili Yöntemler ve İletişim Yönetimi, Ankara, Nobel, Kasım 2017
- AKTÜRK, YÜCER İPEK: İsimli Sözleşme Genel Teorisi Ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi, Ankara, Yetkin, 2016
- ANSAY, SABRİ ŞAKİR: “Sulh”, AÜHFD, 1944, C.I, S.2, s.200-209
- AYDEMİR, FATİH: Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul, On İki Levha, Haziran 2017
- AZAKLI, ARSLAN BETÜL: Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Ankara, Yetkin, 2018
- BAKIRCI, KADRİYE: “Alternatif Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu (Arabuluculuk) Aracılığıyla Alternatif İş Hukukuna Doğru”, TBB Dergisi, 2019 (140), s.355-392
- BARUCH BUSH, A. ROBERT/FOLGER, P. JOSEPH: Arabuluculuk ve Getirileri Dönüşümsel Çatışma Yaklaşımı, çev. Gamze Sart, Ankara, Nobel,2013
- BAŞARAN, BENGİ: “Fütürizm’den Siber Punk’a; Yirminci Yüzyıl Sanatında Teknolojinin Değişen Yansıması”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007
- BULUR, ALPER: “Avukatlık Kanunu M. 35/A’nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi”, TBB Dergisi, 2010(89), s.196-241 (Kısaltma: Bulur, 35/A)
- BULUR, ALPER: “Arabuluculukta Avukatın Rolü”, Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 216, 11 Mart 2011, s.74
- BÜYÜKAY, FERHAT: Arabuluculuk Anlaşma Belgesi Ve İcra Edilebilirlik Şerhi, Ankara, Adalet, Kasım 2018
- CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA UZLAŞTIRMA EĞİTİM KİTABI; Editörler Mustafa Serdar ÖZBEK, Orhan CUNİ, Merve ÖZCAN, Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı Yayın-1, Ocak 2018 (Kısaltma: Özbek, Uzlaştırma Eğitim Kitabı)
- CHERNYAEVA, DARİA V. “Rus Hukukunda İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk”. K. Doğan YENİSEY (Editör), İş Mahkemeleri Kanunu Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 14 Mayıs 2016
- ÇİL, ŞAHİN: İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Ve 7036 sayılı İ.M.K. Uygulaması Tazminat Ve Alacaklarda Hesaplamalar İş Güvencesi, Ankara, Yetkin, 2018,
- ÇOŞAR, AHSEN: “Arabuluculuğun Tarihsel Yolculuğu Ve Günümüzde Geldiği Nokta”, Öncü Arabulucu Dergisi, Temmuz-Ağustos 2018, S.1, s.18-22
- DEĞİRMENCİ, OLGUN: Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları, TBBD, S.77, 2008, s.33-86

- DEMEYERE, LUC “Belçika ve İspanya Örnekleri”, Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 216, 11 Mart 2011, s.21-29
- DEMİR, CENNET ENGİN vd.: Temel Arabuluculuk Eğitimi, Eğitici Kitabı, Editörler; Ali Yeşilirmak, Elif Kısmet Kekeç, 2. baskı, Kasım 2017
- DENDORFER, RENATE: “Almanya Ve Avusturya Örnekleri”, Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 216, 11 Mart 2011, s.58
- DOĞANCI, DOĞA EKREM: “Vekalet Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Ve Benzer Hukuki İlişkiler İle Karşılaştırılması, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:1, Temmuz 2014, s.95-131
- DOĞAR, MEHMET: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, Eylül 2008
- DÖRTOK, ZEYNEP ABACI: “Bir Sorun Çözme Yöntemi Olarak Sulh: 18. Yüzyıl Bursa Kadı Sicillerinden Örnekler ve Düşündükleri”, OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, Sayı 20, 2006, s.105-115
- DÜR, ORHAN: Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Ankara, Adalet, Ağustos 2017
- EKMEKÇİ, ÖMER/ÖZEKES, MUHAMMET/ATALI, MURAT: Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, Birinci. Baskı, İstanbul, On İki Levha, Ekim 2018
- EİDENMÜLLER, HORST: Vertrags-und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, Ticari Arabuluculukta Sözleşmeler ve Usul Hukuku Yayın: Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2001
- EREN, FİKRET: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin, 2018, 23. baskı (Kısaltma: Eren, Borçlar Genel)
- EREN, FİKRET: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Yetkin, 2018, 6. baskı (Kısaltma: Eren, Borçlar Özel)
- EREN, M. YUSUF: Teoride ve Uygulamada Uluslararası Arabuluculuk, Ankara, Adalet, Ocak 2016
- ERDEM, MUSTAFA RUHAN /ESER, FERDA/ÖZŞAHİNLİ, PAKİZE PELİN: 100 Soruda Uzlaşma, Uzlaştırıcının El Kitabı, Ankara, Seçkin, Kasım 2015
- ERZURUMLUOĞLU, ERZAN: Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Yenilenmiş 8. baskı, Ankara, Yetkin, 2018
- EYÜPOĞLU, CEREN: “Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği”, ABD, 2017/3, s.229-241
- GOODMAN, ANDREW: Arabuluculukta Etkili Taraf Vekilliği, Uygulayıcı Rehberi, Ed. Aşiyman Süleymanoğlu, Çev. Adnan Bıçaksız, Zeynep Alkın, 3. baskı, Ankara, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Temmuz 2017
- GOODMAN, ANDREW: Arabuluculuğa Hazırlanmak, Arabuluculuktan Yararlanacaklar İçin Rehber, Ed. Aşiyman Süleymanoğlu, Çev. Adnan Bıçaksız, Zeynep Alkın, Ankara, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Temmuz 2017

- GOODMAN, ANDREW: Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk ve Arabuluculukta Avukatın Rolü Sempozyumu, Sempozyum Notları, Düzenleyen Mine Demirezen, Ankara, T.C. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayınları, Eylül 2017
- ILDIR, GÜLGÜN: “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Ve Hak Arama Özgürlüğü”, TBB 75. Yaş Günü İçin Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2004, s.385-401
- IŞIKTAÇ, YASEMİN (Yayına hazırlayan): Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu, (Ed); İrem Burcu Özkan, Osman Vahdet İşsevenler, İstanbul, Sümer, Ekim 2014
- İLHAN, CENGİZ: Günümüz Türkçe’siyle Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye) Aslı ile Birlikte Tam Metin, 2. baskı, Ankara, Yetkin, 2011
- KAR, BEKTAŞ: İş Yargılaması Usulü, Ankara, Yetkin, 2018
- KARACABEY, KÜRŞAT: “Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar”, TBB, 2016, S.123, s.451-488
- KARAUZ, KÜRŞAT AGAH: Sulh Sözleşmesi, Ankara, Adalet, Mayıs 2014
- KEKEÇ, ELİF KISMET: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. baskı, Ankara, Adalet, Mart 2016
- KILIÇOĞLU, AHMET M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Ankara, Turhan, 2017
- KILIÇOĞLU, AHMET M.: “Yargının Sorunları”, ABD, 1987/5-6, s.663-666
- KIYAK, EMRE: “Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği”, TAAD, Yıl: 6, S.21, Nisan 2015, s.526
- KOCAĞA, KÖKSAL: Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), 2. Bası, Ankara, Yetkin, 2018
- KOÇYİĞİT, İLKER/BULUR, ALPER: Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayınları, Mart 2019
- LOKMANOĞLU, SALİM YUNUS: “İş Mahkemeleri Kanunu Işığında Arabuluculuk Kavramı”, TAAD, Yıl 9, Sayı: 33 (Ocak 2018) s.863-885
- MOORE, W. CHRISTOPHER: Arabuluculuk Süreci, The Mediation Process, Anlaşmazlık Çözümünde Pratik Stratejiler, Çeviri Editörleri: Tarkan Kaçmaz, Abbas Türnüklü, Çevirmenler: Tarkan Kaçmaz, Mustafa Tercan, 4. Basımdan çeviri, Ankara, Nobel, Aralık 2016
- ODAMAN, SERKAN: “Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C.19, Özel Sayı, 2017, s.1753-1766
- OĞUZMAN, M. KEMAL/ÖZ, M. TURGUT: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 16. baskı, İstanbul, Vedat, 2018
- OVACIK, MUSTAFA: İngilizce Türkçe Hukuk Sözlüğü, 2. baskı, Ankara, 1986
- ÖZBEK, MUSTAFA SERDAR: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 4. baskı, Ankara, Yetkin, 2016, (Kısaltma: Özbek, Alternatif Uyuşmazlık)

- ÖZBEK, MUSTAFA SERDAR: “Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Rıza Okur’a Armağan, Özel Sayı, Yıl: 2014, C.20, S.1, s.1119-1156, (Kısaltma: Özbek, Arabuluculuk Asgari Ücret)
- ÖZBEK, MUSTAFA SERDAR: “Arabuluculuk İle Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arabuluculuk-Tahkim”, Yargıtay Dergisi, Ocak 2017, Cilt: 43, S.1, s.15-106
- ÖZBEK, MUSTAFA SERDAR: “Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz 2017, C.3, S.2, s.69-85, (Kısaltma: Özbek, İcra Edilebilirlik Şerhi)
- ÖZBEK, MUSTAFA SERDAR: “Avrupa Konseyine Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, C.55, S.1, s.207-292
- ÖZBEK, MUSTAFA SERDAR: “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2004/1, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan’dan Ayrı Bası, İstanbul, 2006, s.261-292
- ÖZBEK, MUSTAFA SERDAR: “Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları Ve Arabuluculuk Uygulaması”, Düzenleme Kurulu: Muharrem Özen vd., Ceza Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri Sempozyumu, Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, Ankara, 2018, s.151-224
- ÖZBEK, MUSTAFA SERDAR: “Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler Ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002, C.51, S.2, s.121-162, (Kısaltma: Özbek, Gelişmeler)
- ÖZBEK, MUSTAFA SERDAR: “Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi”, Prof. Dr. Eralp Özgen’in Anısına, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C.56, S.1, s.183-231, (Kısaltma: Özbek, Yönerge Önerisi)
- ÖZBEK, MUSTAFA SERDAR: “5560 Sayılı Kanunla Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usul ve Esasları”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’in Anısına, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C.56, S.4, s.123-205
- ÖZBEK, MUSTAFA SERDAR: “Arabuluculuk”, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ed. Ali Halıcı, Musa Toprak, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, Nisan 2014, s.13-14
- ÖZDEN, NUR: Neyir Şeyda Musal, Ayşe Dilek Ergüler, Şebnem Akçınar, Sevde Keçer Korkmaz, İbrahim Aycan, Arabuluculuk Soru Bankası, Editör: İbrahim Aycan, 2. baskı, İstanbul, Aristo, Ocak 2019
- ÖZMUMCU, SEDA: Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, 2. baskı, On İki Levha, İstanbul 2012 (Kısaltma: Özmumcu, Uzak Doğu’da Arabuluculuk)
- ÖZMUMCU, SEDA: “Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”, İÜHFH C.LXXI, S.1, 2013, s.1369-1389 (Kısaltma: Özmumcu, Arabulucunun Rolü)



- PARKINSON, LİSA: Aile Arabuluculuğu, Yeni Adalet Sistemine dair Uygun Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi, Sorumlu Editör, Yonca Fatma Yücel, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara, Ocak 2018
- POLAT, MALİKE: Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Ankara, Yetkin, 2010
- SİĞRİ, ÜNSAL, VAROĞLU, A. KADİR: Müzakere ve Arabuluculuk, İş Yönetimi, Diplomasi ve Hukukta Uyuşmazlıkların Çözümü, Siyasal, Ankara, Kasım 2013
- SİĞRİ, ÜNSAL / ERCİL, YAVUZ: “Müzakere”, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ed. Ali Halıcı, Musa Toprak, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, Nisan 2014, s.43
- SÜZEK, SARPER: İş Hukuku, yenilenmiş 16. baskı, Beta, İstanbul, Eylül 2018
- ŞAHİN CEYLAN, ŞULE: Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, On İki Levha, İstanbul, 2009
- ŞEN, YUSUF: İslam Hukukunda Arabuluculuk, Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C.11, S.22, 2012/2 s.105-135
- TANDOĞAN, HALUK: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1, Tümü Yeniden İşlenmiş Ve Genişletilmiş Beşinci Basım’dan Altıncı Tıpkı Basım, Vedat, İstanbul, 2018
- TANRIVER, SÜHA: “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBBD, sayı 64, 2006, s.151-178 (Kısaltma: Tanrıver, Arabuluculuk)
- TANRIVER, SÜHA: “Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler”, Prof. Dr. İlhan Öztrak’a Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1994, C.46, S.1-2, s.333-348
- TIKTIK, YAZICI ÇİĞDEM: Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul, On İki Levha, Haziran 2013
- TUĞSAVUL, MELİS TAŞPOLAT: Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin, Ankara, 2012
- TZU, SUN: Savaş Sanatı, Çev. Adil Demir, 3. baskı, Mart 2008, İstanbul, Kastaş
- VOSS, CHRIS: Sen Bitti Dediğinde, Müzakere ve Arabuluculuk Sanatı, Çeviren Aynur Özcan Gümüş, Sola, İstanbul, 2017
- YAĞCI, ÖZCAN / BASIM, NEJAT / TAYFUN, RECEP: “İletişim”, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ed. Ali Halıcı, Musa Toprak, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, Nisan 2014, s.125-158
- YEŞİLİRMAK, ALİ: Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul, On İki Levha, Nisan 2011

**ELEKTRONİK KAYNAKLAR**

- 1) [http://tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bb47296392523.18437972](http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bb47296392523.18437972)
- 2) <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0603.pdf>
- 3) <https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/Nis%C3%A2-suresi/621/128-ayet-tefsiri>
- 4) [https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=UPP\\_Zu9isEmWGFXFBCBYasVsMNwdN0PSfwEVYo4zUOi1QSPOAM-Tp144r\\_2kTRTtT](https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=UPP_Zu9isEmWGFXFBCBYasVsMNwdN0PSfwEVYo4zUOi1QSPOAM-Tp144r_2kTRTtT)
- 5) [http://tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bb64e3f0e9a29.39435791](http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bb64e3f0e9a29.39435791)
- 6) [http://tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bb7bd69c3b293.98574740](http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bb7bd69c3b293.98574740)
- 7) Andy Rogers, “The Law Works Best When It Focuses On People”,  
<https://insights.cedr.com/post/102f1m5/the-law-works-best-when-it-focuses-on-people>
- 8) JAMS Mediation, Arbitration and ADR Services internet sitesi,  
<https://www.jamsadr.com/about/>
- 9) [http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/imk\\_gerekceli\\_duz\\_metin.pdf](http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/imk_gerekceli_duz_metin.pdf)
- 10) <https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/Hucur%C3%A2t-suresi/4621/9-ayet-tefsiri>
- 11) <https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/Hucur%C3%A2t-suresi/4622/10-ayet-tefsiri>
- 12) <https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/Enf%C3%A2l-suresi/1205/45-46-ayet-tefsiri>
- 13) <http://www.kadisicilleri.org/madde.php?klme=muslihun&trch=tnm&-find=+ARA+>
- 14) <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf>
- 15) [http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/imk\\_gerekceli\\_duz\\_metin.pdf](http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/imk_gerekceli_duz_metin.pdf)
- 16) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss16.pdf>
- 17) <http://www.adb.adalet.gov.tr/sayfalar/Teskilat/mevzuat/tarife.html>
- 18) <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11685.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11685.pdf>

- 19) <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/12/20181211.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/12/20181211.htm>
- 20) Council Of The European Union, Directive 2008/52/EC,  
[https://eurlex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2008.136.01.0003.01.ENG](https://eurlex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2008.136.01.0003.01.ENG)
- 21) <https://www.statista.com/statistics/242235/number-of-ebays-total-active-users/>
- 22) <https://www.cedr.com/skills/negotiation-skills/>
- 23) [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bd964a83840a9.03015567](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bd964a83840a9.03015567)
- 24) [http://tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bb64e3f0e9a29.39435791](http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bb64e3f0e9a29.39435791)
- 25) [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bc820e65ca985.92475857](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bc820e65ca985.92475857)
- 26) [http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik\\_kurallar.html](http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html)
- 27) <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/ihtiyari.pdf>
- 28) <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/davasarti.pdf>
- 29) [http://www.arabulucu.com/index.php?option=com\\_poll&id=20%3Asize-gore-arabuluculuk-gelecek-10-yilda-ne-yonde-sekil-alacak](http://www.arabulucu.com/index.php?option=com_poll&id=20%3Asize-gore-arabuluculuk-gelecek-10-yilda-ne-yonde-sekil-alacak)
- 30) <http://www.adb.adalet.gov.tr/sablonlar/index.html>
- 31) <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/08/20170805-4-1.pdf>

# Özlem Bora Tez

## ORIJINALLIK RAPORU

% **17**

BENZERLIK ENDEKSI

% **14**

İNTERNET  
KAYNAKLARI

% **9**

YAYINLAR

% **9**

ÖĞRENCİ ÖDEVLERİ

## BİRİNCİL KAYNAKLAR

|   |  |      |
|---|--|------|
| 1 | <a href="http://oruchukuk.net">oruchukuk.net</a><br>İnternet Kaynağı                               | % 1  |
| 2 | <a href="http://elyazmasi.blogspot.com">elyazmasi.blogspot.com</a><br>İnternet Kaynağı             | % 1  |
| 3 | <a href="http://acikerisim.deu.edu.tr">acikerisim.deu.edu.tr</a><br>İnternet Kaynağı               | % 1  |
| 4 | <a href="#">Submitted to Bahcesehir University</a><br>Öğrenci Ödevi                                | % 1  |
| 5 | <a href="http://www.ersanoz.com">www.ersanoz.com</a><br>İnternet Kaynağı                           | <% 1 |
| 6 | <a href="http://www.ozsoyhukuk.com.tr">www.ozsoyhukuk.com.tr</a><br>İnternet Kaynağı               | <% 1 |
| 7 | <a href="http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr">tbbdergisi.barobirlik.org.tr</a><br>İnternet Kaynağı | <% 1 |
| 8 | <a href="http://baskentarabuluculuk.com">baskentarabuluculuk.com</a><br>İnternet Kaynağı           | <% 1 |
| 9 | DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan. "AİLE  | <% 1 |

## ÖZGEÇMİŞ

**Adı ve Soyadı:** Özlem Bora

**Doğum Yeri ve Tarihi:** Ankara, 11 Mart 1969

### Öğrenim Durumu:

| Derece | Alan            | Üniversite          | Yıl       |
|--------|-----------------|---------------------|-----------|
| Lisans | Hukuk Fakültesi | Ankara Üniversitesi | 1986-1990 |

### İş Deneyimi:

| Çalıştığı Yer   | Görev                                      | Yıl                 |
|---|--|---------------------|
| Ankara Barosuna kayıtlı olarak serbest avukatlık              | Serbest Avukatlık                          | 1991-(devam ediyor) |
| Türkiye Barolar Birliği Arabuluculuk Merkezi                  | Yürütme Kurulu Üyesi                       | 2019-(devam ediyor) |
| Ankara Üniversitesi   | Arabuluculuk İş Hukuku Uzmanlık Eğitimliği | 2017-(devam ediyor) |
| Ankara Üniversitesi   | Arabuluculuk Temel Eğitimi Eğitimliği      | 2017-(devam ediyor) |
| TOBB ETÜ Üniversitesi   | Arabuluculuk Temel Eğitimi Eğitimliği      | 2017-(devam ediyor) |
| Atılım Üniversitesi   | Uzlaştırma Temel Eğitimi Eğitimliği        | 2017-(devam ediyor) |
| TOBB ETÜ Üniversitesi   | Bilirkişilik Temel Eğitimi Eğitimliği      | 2017-(devam ediyor) |
| Arabuluculuk (Adalet Bakanlığı Sicil No: 5533) Uzlaştırıcılık | Arabulucu                                  | 2016-(devam ediyor) |
|   | Uzlaştırıcı                                | 2017-(devam ediyor) |
|   | Taraf Vekilliği Eğitimi Eğitimliği         | 2018-(devam ediyor) |
| Ankara Barosu   | Parlamento ile İlişkiler Komisyonu Üyesi   | 2018-(devam ediyor) |
| Ankara Barosu   | Alternatif Çözüm Merkezi Üyesi             | 2017-(devam ediyor) |
| Akbank T.A.Ş.   | Sözleşmeli Avukatlık                       | 2000-2017           |
| Aselsan Ltd. Şti  | Sözleşmeli Avukatlık                       | 2005-2017           |
| Aksigorta A.Ş   | Sözleşmeli Avukatlık                       | 2002-2010           |
| Aselsan A.Ş   | Sözleşmeli Avukatlık                       | 2003-2010           |

**Yabancı Dil:** İngilizce

### Yayınlar:

1. Malpraktis Davaları ve Arabuluculuk, (Erişim) [www.arabulucu.com](http://www.arabulucu.com)
2. Culpa in Contrahendo Sorumluluğu (Sözleşme Öncesi Sorumluluk), (Erişim) <http://www.ortakkarar.com.tr/category/makaleler/>

3. Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Hukuk,  
(Erişim) <https://www.ozlembora.av.tr>

4. Arabuluculuk için On Altın Kural, (Erişim) <https://www.ozlembora.av.tr>

5. Toplumsal Barış İçin Bireysel barış, Bireysel barış İçin Arabuluculuk, (Erişim)  
<https://www.ozlembora.av.tr>

**E-posta:** oznehukukofisi@gmail.com **Telefon:** (312) 4193519, (532) 354477

