

**T.C.  
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ**

**ARABULUCULUK KANUN TASARISI  
ÇERÇEVESİNDE TÜRK HUKUKUNDA  
ARABULUCULUK**

**Yüksek Lisans Tezi**

**MELİS TAŞPOLAT TUĞSAVUL**

**İSTANBUL, 2009**

T.C

**BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ**

**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK YÜKSEKLİSANS PROGRAMI**

**ARABULUCULUK KANUN TASARISI  
ÇERÇEVESİNDE TÜRK HUKUKUNDA  
ARABULUCULUK**

**Yüksek Lisans Tezi**

**MELİS TAŞPOLAT TUĞSAVUL**

**Tez Danışmanı: Yard.Doç.Dr. Mücahit Tanverdi**

**İSTANBUL, 2009**

## ÖZET

### ARABULUCULUK KANUN TASARISI ÇERÇEVESİNDE TÜRK HUKUKUNDA ARABULUCULUK

Taşpolat Tuğsavul, Melis

Özel Hukuk Yüksek Lisans

Tez Danışmanı: Yard.Doç. Dr.Mücahit Tanverdi

Ağustos, 2009, 178

Uyuşmazlıkların dostane bir şekilde çözümünü hedefleyen arabuluculuk insanlık tarihi kadar eski bir geçmişe sahiptir. Ancak son yıllarda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri başta A.B.D. olmak üzere tüm dünyada yaygın bir şekilde gelişme göstermiş ve bu yöntemlerin esas modelini teşkil eden arabuluculuk da önem kazanmıştır. Bu çerçevede de Avrupa Birliği'nde ve çeşitli ülkelerde arabuluculuğun uygulanmasına ilişkin düzenlemeler yapılarak uyuşmazlıkların mahkeme dışı yöntemler ve uzlaşma sağlanarak çözümlenmesi teşvik edilmektedir. Türk Hukukunda da mukayeseli hukuktaki gelişmelere paralel olarak Arabuluculuk Kanun Tasarısı hazırlanmıştır. Çalışmamızda bazı ülkelerdeki arabuluculuk düzenlemelerinden de yararlanılarak söz konusu Tasarı hükümleri çerçevesinde arabuluculuk kurumunun incelenmesi amaçlanmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, Arabuluculuk, Arabuluculuk Kanun Tasarısı, Arabulucu

# İÇİNDEKİLER

|   |        |
|---|--------|
| İÇİNDEKİLER.....  | I      |
| KISALTMA CETVELİ.....   | IV     |
| GİRİŞ.....  | - 1 -  |
| BİRİNCİ BÖLÜM: ARABULUCULUK KAVRAMI, AVRUPA BİRLİĞİ VE BAZI ÜLKELERDE<br>ARABULUCULUK İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER, HUKUK SİSTEMİMİZDE ARABULUCULUK<br>YÖNTEMİNE BENZER DÜZENLEMELER ..... | - 3 -  |
| §1. ARABULUCULUK KAVRAMI .....  | - 4 -  |
| A. Arabuluculuğun Tanımı ve Özellikleri .....   | - 8 -  |
| B. Arabuluculuğun Doğuşu ve Gelişimi.....   | - 13 - |
| §2. AVRUPA BİRLİĞİ VE BAZI ÜLKE DÜZENLEMELERİNDE ARABULUCULUK.....  | - 21 - |
| A. Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Arabuluculuk .....   | - 21 - |
| I. Yeşil Kitap.....   | - 21 - |
| II. Arabuluculuk Hakkındaki Tavsiye Kararları ve Arabuluculara Yönelik Avrupa Etik Kuralları<br>.....   | - 22 - |
| III. 2008/52 EG Sayılı Belirli Medeni ve Ticari Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Arabuluculuk<br>Yönergesi .....  | - 24 - |
| IV. Avrupa Medeni Usul Model Kanunu Tasarısı .....  | - 25 - |
| B. BAZI ÜLKELERDE ARABULUCULUK İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER .....  | - 26 - |
| I. Alman Hukuku .....   | - 27 - |
| a. Genel Düzenleme.....   | - 27 - |
| b. Bavyera Eyaleti Uzlaşma Kanunu.....  | - 32 - |
| 1. Arabuluculuğa Başvurulması Zorunlu Uyuşmazlıklar .....   | - 32 - |
| 2. Arabuluculuk Kurumları.....  | - 32 - |
| 3. Arabulucunun Yükümlülükleri .....  | - 34 - |
| 4. Arabuluculuk Süreci.....   | - 34 - |
| 5. Arabulucunun Görevleri:.....   | - 38 - |
| 6. Arabuluculuk Sürecinin Sona Ermesi: .....  | - 39 - |
| II. Avusturya Hukuku .....  | - 41 - |
| III. İsviçre Hukuku .....   | - 43 - |
| a. Kanton Hukuklarındaki Mevcut Düzenlemeler .....  | - 44 - |
| 1. Cenevre .....  | - 44 - |
| 2. Glarus.....  | - 45 - |
| 3. Neuenburg .....  | - 45 - |
| 4. Waadt.....   | - 45 - |
| 5. Zürih .....  | - 46 - |
| b. İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı .....   | - 46 - |
| §3. HUKUK SİSTEMİMİZDE ARABULUCULUK YÖNTEMİNE BENZER DÜZENLEMELER .-  | - 49 - |
| A. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Md.213/ I.....   | - 49 - |

|  |         |
|--|---------|
| B. 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu Md. 35/a .....   | - 52 -  |
| I. Avukatlık Kanunu Md. 35/A Çerçevesinde Uzlaştırmanın Şartları .....   | - 54 -  |
| a. Zaman .....   | - 54 -  |
| b. Konu.....   | - 56 -  |
| c. Kişi.....   | - 57 -  |
| d. Karşı Tarafın Müvekkil ile Birlikte Çağrılması ve Uzlaşma Görüşmeleri.....  | - 58 -  |
| II.Uzlaştırma Tutanağının Hukuki Niteliği .....  | - 60 -  |
| C. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun Md.7/I.....   | - 63 -  |
| D. 06.03.2003 Tarihli 4822 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik yapılmasına Dair Kanun'un 29. Md.si ile Değişik Md. 22/5 Düzenlemesi ..... | - 66 -  |
| E.5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Md. 7/I.....   | - 69 -  |
| F. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu.....  | - 71 -  |
| a. Arabuluculuk.....   | - 72 -  |
| 1. Olağan Arabuluculuk .....   | - 73 -  |
| i.Toplu Görüşmede Anlaşmaya Varılamaması.....  | - 74 -  |
| ii.Taraflardan Birinin Toplu Görüşmeye Gelmemesi veya Devam Etmemesi .....   | - 75 -  |
| 2. Olağanüstü Arabuluculuk.....  | - 76 -  |
| VII. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Md.85 .....   | - 77 -  |
| VIII.Vergi hukukunda Uzlaşma .....   | - 79 -  |
| <b>İKİNCİ BÖLÜM: ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİ, ARABULUCULUK FAALİYETİNDE TEMEL ANLAYIŞ VE İLKELER, ARABULUCU KAVRAMI, ARABULUCULUK SÜRECİ VE AŞAMALARI</b>          | - 82 -  |
| .....  | - 82 -  |
| <b>§1. ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİ</b> .....   | - 83 -  |
| A. Arabuluculuk Sözleşmesinin Tanımı.....  | - 83 -  |
| B. Arabuluculuk Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.....   | - 85 -  |
| C. Arabuluculuk Sözleşmesinin Konusu.....  | - 90 -  |
| <b>§2.ARABULUCULUK FAALİYETİNDE TEMEL ANLAYIŞ VE İLKELER</b> .....   | - 102 - |
| A- Arabuluculuk Faaliyetinde Temel Anlayış .....   | - 102 - |
| B- Arabuluculuk Faaliyetine İlişkin Temel İlkeler .....  | - 105 - |
| I- İradi Olma ve Eşitlik.....  | - 105 - |
| II-Gizlilik .....  | - 113 - |
| a. Gizlilik İlkesinin Niteliği ve Kapsamı.....   | - 113 - |
| b.Gizlilik İlkesinin Sonuçları .....   | - 115 - |
| <b>§3. ARABULUCU KAVRAMININ İNCELENMESİ</b> .....  | - 120 - |
| A. Arabulucu Sözleşmesi .....  | - 120 - |
| I. Tanımı ve Özellikleri.....  | - 120 - |
| II. Hukuki Niteliği.....   | - 121 - |
| B. Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri .....  | - 123 - |
| I. Ücret ve Masraf İsteme Hakkı .....  | - 124 - |
| II. Görevini Özenle, Tarafsız ve Bağımsız Biçimde Yerine Getirme Yükümlülüğü .....   | - 125 - |



|  |         |
|--|---------|
| III. Reklam Yasağına Uyuma Yükümlülüğü .....   | - 126 - |
| IV. Tarafları Aydınlatma Yükümlülüğü.....  | - 128 - |
| V. Sır Saklama Yükümlülüğü ve Tanıklıktan Çekinme Hakkı .....  | - 129 - |
| VI. Dosya Saklama Yükümlülüğü .....  | - 129 - |
| VII. Aidat Ödeme Yükümlülüğü .....   | - 130 - |
| C. Arabulucunun Niteliği ve Eğitimi.....   | - 130 - |
| I. Arabulucunun Niteliği .....   | - 130 - |
| II. Arabulucunun Eğitimi.....  | - 132 - |
| §4. ARABULUCULUK SÜRECİ VE AŞAMALARI .....   | - 138 - |
| A. Arabuluculuk Sürecinin Başlaması.....   | - 138 - |
| I. Dava Açılmadan Önce Arabulucuya Başvuru .....   | - 138 - |
| II. Dava Açıldıktan Sonra Arabulucuya Başvuru.....   | - 139 - |
| B. Arabuluculuk Sürecinin Başlamasının Etkileri.....   | - 143 - |
| I. Dava Açılmadan Önce.....  | - 143 - |
| II. Dava Açıldıktan Sonra .....  | - 144 - |
| C. Arabulucunun Seçilmesi.....   | - 145 - |
| D. Arabuluculuk Sürecinin Aşamaları.....   | - 146 - |
| I. Giriş .....   | - 147 - |
| II. Bilgi Toplama .....  | - 147 - |
| III. Menfaatlerin Açıklanması .....  | - 148 - |
| IV. Çözüm Önerilerinin Getirilmesi.....  | - 148 - |
| V. Sona Ermesi.....  | - 150 - |
| a. Arabuluculuk Sürecini Sona Erdiren Haller.....  | - 150 - |
| b. Arabuluculuk Sürecinin Sonunda Anlaşma Sağlanması.....  | - 150 - |
| 1. Arabuluculuk Süreci Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği ve İcra Edilebilirlik Fonksiyonu ..... | - 151 - |
| i. Arabuluculuk Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği.....  | - 151 - |
| ii. Arabuluculuk Sonunda Varılan Anlaşmanın İcra Edilebilirlik Fonksiyonu .....                          | - 156 - |
| 2. Arabuluculuk Sonucunda Varılan Anlaşmaya Karşı Başvurulabilecek Kanun Yolları .....                   | - 159 - |
| SONUÇ .....  | - 162 - |
| KAYNAKÇA.....  | - 167 - |

|                  |  |
|------------------|--|
| <b>İBK</b>       | : İctihadı Birleştirme Kararı                    |
| <b>İHD</b>       | : İş Hukuku Dergisi                              |
| <b>İş. Mah.K</b> | : İş Mahkemeleri Kanunu                          |
| <b>İİK</b>       | : İcra ve İflas Kanunu                           |
| <b>İz. B.D.</b>  | : İzmir Barosu Dergisi                           |
| <b>K.</b>        | : Karar  |
| <b>Karş.</b>     | : Karşılaştırınız                                |
| <b>md.</b>       | : Madde  |
| <b>MHAD</b>      | : Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi         |
| <b>MİHDER</b>    | : Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi       |
| <b>MK</b>        | : Medeni Kanun                                   |
| <b>RG</b>        | : Resmi Gazete                                   |
| <b>s.</b>        | : Sayfa  |
| <b>S.</b>        | : Sayı   |
| <b>SÜHFD</b>     | : Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi    |
| <b>TBBĐ</b>      | : Türkiye Barolar Birliği Dergisi                |
| <b>TİSGLK</b>    | : Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu      |
| <b>TKHK</b>      | : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun           |
| <b>TTK</b>       | : Türk Ticaret Kanunu                            |
| <b>vd.</b>       | : ve devamı                                      |
| <b>VUK</b>       | : Vergi Usul Kanunu                              |
| <b>YD</b>        | : Yargıtay Dergisi                               |
| <b>yuk.</b>      | : Yukarıda                                       |
| <b>ZPO</b>       | : Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usul Kanunu) |



## KISALTIMA CETVELİ

|                   |  |
|-------------------|--|
| <b>ABD</b>        | : Ankara Barosu Dergisi  |
| <b>A.B.D</b>      | : Amerika Birleşik Devletleri  |
| <b>ADR</b>        | : Alternatife Dispute Resolution (Alternatif Uyuşmazlık Çözümü)  |
| <b>AMK</b>        | : Aile Mahkemeleri Kanunu  |
| <b>aşa.</b>       | : Aşağıda  |
| <b>Aufl.</b>      | : Auflage (Bası)   |
| <b>AÜEHFD</b>     | : Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi  |
| <b>AÜHFD</b>      | : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi  |
| <b>AÜSBFD</b>     | : Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi   |
| <b>Av.K</b>       | : Avukatlık Kanunu   |
| <b>Av.K. Yön.</b> | : Avukatlık Kanunu Yönetmeliği   |
| <b>AY</b>         | : Anayasa  |
| <b>Batider</b>    | : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi  |
| <b>BK</b>         | : Borçlar Kanunu   |
| <b>Bkz.</b>       | : bakınız  |
| <b>BW</b>         | : Baden Württemberg  |
| <b>C.</b>         | : Cilt   |
| <b>Çev.</b>       | : Çeviren  |
| <b>DEÜHFD</b>     | : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi   |
| <b>dpn.</b>       | : Dipnot   |
| <b>E.</b>         | : Esas   |
| <b>EGZPO</b>      | : Gesetz, betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usul Kanunu'nun Meriyet ve Tatbiki Hakkında Kanun) |
| <b>f.</b>         | : fıkra  |
| <b>GSÜHFD</b>     | : Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi   |
| <b>HD</b>         | : Hukuk Dairesi  |
| <b>HGK</b>        | : Hukuk Genel Kurulu   |
| <b>HMKT</b>       | : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı   |
| <b>HPD</b>        | : Hukuki Perspektifler Dergisi   |
| <b>HUMK</b>       | : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu  |
| <b>İBD</b>        | : İstanbul Barosu Dergisi  |



## **ABSTRACT**

### **MEDIATION IN TURKISH LAW WITHIN THE FRAME OF MEDIATION ACT DRAFT**

Taşpolat Tuğsavul, Melis

Private Law Master's Program  
Supervisor: Ass. Prof. Mücahit Tanverdi

August 2009, 178

Mediation, which aims to settle the disputes in an amicable way, is a concept as old as the history of humanity. However, in the recent years, the methods of resolution of disputes have been improved very commonly around the world and especially in the U.S.A.; and mediation, which constitutes the main model of these methods has gained great importance. In this respect, regulations are being made in order to induce solving problems in alternative ways out of courts in European Union and in other countries. Parallel to those regulations in the comparative law, Mediation Act Draft has been prepared in Turkish Law. In our study, we aim to examine the mediation institution in the light of the mediation regulations in some countries and the regulations of the Draft.

**Keywords:** Alternative Dispute Resolution, Mediation, Mediation Act Draft, Mediator.

# GİRİŞ

Dünyadaki gelişimler özellikle bilim ve teknikte yaşanan ilerlemeler, globalleşme hareketleri, ekonomik ve sosyal ilişkiler aynı zamanda beraberinde bir çok sorun ve çatışmayı da getirmiştir. Bu sorun ve çatışmalar prensipte iki temel şekilde ortadan kaldırılabılır. Taraflar ya kavgacı çözüm yöntemleri ile ya da uzlaşarak uyuşmazlıklarını en az seviyeye indirmeye çalışırlar. Kavgacı çözüm yöntemlerinde taraflar birbirlerine karşı âdeta savaşırlar ve bunun sonucunda da taraflardan biri kazanır diğeri kaybeder. Buna karşılık uzlaşmacı yöntemlerde taraflar birlikte ortak menfaatleri için çalışacaklardır. Burada amaç kazanan veya kaybeden olmadan uyuşmazlığın her iki taraf açısından ortak çıkarlara en uygun şekilde sona erdirilmesidir. İşte sorunların artmasıyla birlikte kavgacı çözüm yöntemleri ile uyuşmazlıkların çözümünün taraflara istenen faydayı sağlamadığı görülmüştür. Bu nedenle zamanla uzlaşmaya dayanan farklı ve yeni çözüm yolları arayışları başlamıştır. Şüphesiz sorunların çözümü için hayatın ayrılmaz parçası olan hukuk sistemi de bu gelişmelere ayak uydurmuş ve hukuki uyuşmazlıkların çözümünde de yeni arayışlar başlamıştır. Zira mevcut çözüm yolları, ortaya çıkan uyuşmazlık ve tartışmaların fazlalığı karşısında , bazen istenen ve gerekli olan sürat, ucuzluk ve etkinlikle sorunları çözememekte, bazen de hayat ilişkilerinin ve bununla bağlı uyuşmazlıkların değişmesi sebebiyle nitelik olarak yeterli ve kalıcı sonuçlar ortaya çıkaramamaktadır. Özellikle mahalli ticari ilişkilere göre hacmi çok daha kapsamlı ve karışık olan ilişkilere, devlet yargısının aksaklıkları yüzünden “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü” yöntemlerine başvurulmaktadır. Bunun dışında taraflar arasındaki ilişkilerin korunması ve dostane bir şekilde uyuşmazlıkları çözmeye isteği de tarafları bu yöntemlere yönlendirmektedir. Bu yöntemler son yıllarda başta A.B.D. olmak üzere tüm dünyada hızla gelişmektedir. Bu yöntemleri kullanan ülkeler içerisinde de özellikle “Arabuluculuk” yönteminin öne çıktığı, yaygın ve başarılı olarak uygulandığı görülmektedir.

Türk hukuku da dünyada yaşanan bu gelişmelere ayak uydurmuş ve Avrupa Birliği ile bu konudaki mukayeseli hukuktaki düzenlemeler incelenerek bir Arabuluculuk Kanun Tasarısı hazırlanmıştır. Ancak anılan Tasarı çeşitli çevrelerden bir çok eleştiriye uğramıştır. Oysa uzlaşma kültürünün yaygınlaşması ve toplumsal barışın sağlanması açısından Türk hukukunda bu yönde çalışmalar yapılması son derece olumludur.

Çalışmamızda söz konusu Tasarı hükümleri çerçevesinde Türk hukukunda arabuluculuk kurumunu incelemeye çalışacağız. Birinci bölümde, Arabuluculuk Kavramı, Avrupa Birliği ve Bazı Ülkelerde Arabuluculuk ile ilgili Düzenlemeler ile Hukuk Sistemimizde Arabuluculuk Yöntemine Benzer Düzenlemeler incelendikten sonra ikinci bölümde Arabuluculuk Sözleşmesi, Arabuluculuk Faaliyetinde Temel Anlayış ve İlkeler ile Arabuluculuk Süreci ve Aşamaları incelenecektir. Çalışmamızın özellikle ikinci bölümünde genel olarak arabuluculuk yöntemi Tasarı hükümleri çerçevesinde incelerken bu hükümlere ilişkin yapılan görüş ve eleştirilere de mümkün olduğunca yer vermeye gayret edilecektir.



**BİRİNCİ BÖLÜM: ARABULUCULUK KAVRAMI, AVRUPA  
BİRLİĞİ VE BAZI ÜLKELERDE ARABULUCULUK İLE İLGİLİ  
DÜZENLEMELER, HUKUK SİSTEMİMİZDE ARABULUCULUK  
YÖNTEMİNE BENZER DÜZENLEMELER**

## §1. ARABULUCULUK KAVRAMI

Arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içerisinde yer alan ve bu yöntemler içerisinde en çok başvurulması düşünülen temel çözüm yoludur. Üzerinde yaşadığımız dünya çıkarlar çatışması ve uyuşmazlıklar dünyasıdır. Menfaatler çatışması ve uyuşmazlıklar özel yaşamımızda ve iş yaşamımızda karşımıza sıklıkla çıkmaktadır. Arabuluculuk yöntemi ile amaçlanan uyuşmazlıkların devlet mahkemelerine gitmeden çözümlenmesi ile toplumsal barışa hizmettir. Temelinde toplumdaki insanların huzur içinde ve birbirleriyle olan çatışmalarını en aza indirgeyerek yaşamaları düşüncesi yatar.

Arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin esas modeli olup, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının tüm özelliklerini barındırır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içerisinde arabuluculuk, taraflar arasındaki iletişimi en fazla kuvvetlendiren, taraflar arasındaki bilgi akışını sağlayan ve böylelikle iletişimsizlikten kaynaklanan sorunların giderilmesini sağlayan bir yöntemdir<sup>1</sup>. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi yolu olarak kabul edilen çözüm yollarının temeli de tarafların karşılıklı doğrudan iletişimi veya üçüncü kişinin araya girip uzlaştırması ya da arabuluculuk yapması ile sorunların çözümlenmesine dayanmaktadır. Bu yöntemler esasen geçmiş zamanlardan bu yana günümüzde de uygulanmaktadır. Ancak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri adı altında söz konusu daha önceden kullanılan yöntemlere sürekli, etki, yasal ve kurumsal bir nitelik kazandırılmaya çalışılmaktadır.

Angloamerikan Hukuk Sistemini uygulayan ülkelerde alternatif çözüm yöntemleri kısaca ADR (Alternative Dispute Resolution) olarak ifade edilmekte olup, bu yöntemler uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde olduğu gibi, ulusal pek çok uyuşmazlığın sonuçlanmasında taraflara hizmet etmekte büyük gelişme göstermiştir<sup>2</sup>. Çok genel anlamda, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü" kavramını uyuşmazlığın dava aşamasına dönüşmeden ve hatta dava aşamasında dahi mahkemeleri devre dışı bırakarak çözülmesini

---

<sup>1</sup> Özbek, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2. bası, Ankara 2009, s.238.

<sup>2</sup> Bu konuda genel olarak bkz. Özekes, Muhammet, Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2006/7, s. 40-41; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 5.bası, Ankara 2008, s.695; Özbek, Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Çözüm Türleri Nelerdir?, Ankara Barosu Dergisi, 1999/2-3, s. 187, İldr, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, Ankara 2003, s.21.

sağlayan her türlü yöntem olarak ifade edebiliriz<sup>3</sup>.

Alternatif uyuşmazlık çözümlerini özel hukuk alanında genel olarak tanımlamak gerekirse; 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 bulmasını sağlayarak veya onlara somut olayın koşullarına ve özelliklerine uygun olarak, üzerinde anlaşmaya varabilecekleri optimal çözüm önerileri üretip sunmak suretiyle uyuşmazlığın ortadan kaldırılması bağlamında destek vermesini öngören ve devlet mahkemelerinde cereyan eden yargılamaya nazaran seçimlik bir yol olarak işlerlik kazanan ve tümüyle gönüllülük esası üzerine inşa edilmiş uyuşmazlık çözüm yolları bütünüdür<sup>4</sup>. Bu tanımlama çerçevesinde, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ve buna bağlı olarak arabuluculuk yönteminin karakteristik özelliklerini, “gönüllü katılım”, “bağlayıcı olmayan tavsiyelerde bulunma” ve

---

<sup>3</sup>Özbek, s.127-128; Stitt, J. Alan, Alternative Dispute Resolution For Organizations: how to design a system for effective conflict resolution, John Wiley & Sons Canada Ltd., Kanada, 1998, s.14.

<sup>4</sup>Bu konudaki muhtelif tanımlamalar için bkz Tackaberry, John/Mariott, Arthur, Handbook of Arbitration and Dispute Resolution Practice, Volume 1, London 2003, s.449; Stitt; s .14, Tanrıver Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBBD, 2006/64, s . 151; ayrıca bkz. Özbek, s .127 vd.; Ildır, s.30, Sungurtekin-Özkan, Meral, Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, MİHDER, 2005/2,s .355; Özbay, İbrahim, Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği, AÜHFD, 2004/3-4, s.387; Yılmaz, Ejder, Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, 75. Yaş Günü için Prof.Dr.Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.846; Ildır, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü, Prof.Dr.Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.392 .Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları yalnızca özel hukuk alanında geçerli olmayıp kamu hukuku alanında da etkilidir. Örneğin Ceza Hukuku anlamında alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak nitelendirilebilecek Yeni Türk Ceza Kanunu (md.73/8) ve Ceza Muhakemesi Kanunu (md.253) ile uzlaşma adı altında yeni kurum kabul edilmiştir. Bu kurallar 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren, Aralık 2006'da 5560 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir. Tanımını doktrinde Kunter/Yenisey/Nuhoğlu şu şekilde vermiştir: “Uzlaşma ağır olmayan suçlarda, toplumun suç ile bozulan kamu düzenini, tarafların barışması yolu ile yeniden ihdas eden, mağdurun zararının da giderilmesi suretiyle, adaleti yerine getiren yeni bir yaptırım benzeri kurumdur.”Bkz. Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 16.Bası, İstanbul 2007, s.1212. Bunun yanında Türk hukukunda toplu iş uyuşmazlıklarının çözümünde, vergi hukuku gibi kamu hukukuna ilişkin alanlarda da uygulaması mevcuttur. Bkz.aşa.s. 71 vd. Ayrıca A.B.D ve Avustralya gibi ülkelerde de kamu yönetiminde dahi önemli role sahip olduğu söylenebilir.Bkz. Tackaberry/Mariott, s.450.

Alternatif Uyuşmazlık Çözümü hakkındaki diğer bir tanım Amerika Birleşik Devletleri'nin 28 numaralı Kanunu olan Yargı Kurumları ve Yargı Usulü Kanunu'nun (Title 28 of the United States Codes, Judiciary and Judicial Procedure) Bölüm 3, Kısım 44'de “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü” başlığı altında, md. 651-658 arasında düzenlenen hükümlerinde yer almaktadır. “Alternatif Uyuşmazlık Çözümünde Yetki” (Authorization of Alternative Dispute Resolution”) başlıklı md. 651/a'ya göre; alternatif uyuşmazlık çözümü, hâkimin hüküm vermesi dışında, uyuşmazlıkların çözümünü için tarafsız üçüncü bir kişinin katıldığı, kanunun 654 ve 658. maddeleri arasında düzenlenen usullerde olduğu gibi ön tarafsız değerlendirme, arabuluculuk, kısa yargılama ve tahkim usullerini kapsayan usul ve yöntemlerdir. Maddenin devamında, her federal mahkemenin bölgesel kurullarla kabul edilmiş alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri usullerini, tüm özel hukuk davalarında ve deflastakarşidavadurumundauygulayabileceğini belirtmiştir.Bkz.<http://uscode.house.gov/download/pls/28C44.txt>, 27.07.2009.



“tatmin olmama halinde tarafların yargıya başvuru hakkı”nın mevcudiyeti teşkil etmektedir<sup>5</sup>.

Burada alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemleri denildiğinde, adı geçen “alternatif” teriminin anlamının incelenmesinde yarar vardır. Uyuşmazlık çözüm yollarına genel olarak bakıldığında temelde iki sistem mevcuttur: Bunlardan birincisi; devletin yargı organları yolu ile yargılama yapılarak uyuşmazlığın çözümü; yani devlet yargısı, ikincisi ise yargılama yapılmadan uyuşmazlığın çözümüdür. Uyuşmazlık çözümünde de klasik anlayış yargılama yapılmasıdır. Genel olarak alternatif uyuşmazlık yöntemi denildiğinde karşımıza, buradaki “alternatif” teriminin devlet yargılamasına alternatif olduğu yönünde tanımlar çıkmaktadır. Örneğin doktrinde, Leiss<sup>6</sup>, alternatif uyuşmazlık çözümünü, devlet yargılamasının dışında gelişen tüm prosedürler, yani diğer deyişle devlet yargılamasına alternatif teşkil eden tüm prosedürler olarak tanımlamıştır. Aynı şekilde Burton<sup>7</sup>, alternatif kelimesi ile ifade edilen mahkemelere alternatif bir yol olduğunu belirtmiştir. Doktrinde Yıldırım’a göre de<sup>8</sup>; terim olarak “alternatif” çözüm yöntemleri terimi yargıya yol açabilecek nitelikte olup, çeşitli unsurlar ve özellikle arabuluculuk hukuki uyuşmazlığın mahkeme tarafından çözümü konusunda tamamlayıcı işleve sahiptir. Ancak bu yöntemlerde genel olarak mahkemelerin devre dışı bırakıldığını ve hâkimlerin bir işlevinin olmadığını düşünürsek “tamamlayıcı işlev” ifadesinin doğru olmadığı sonucuna varılabilir.

Bizim de katıldığımız görüşe göre<sup>9</sup>; alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, yargının alternatifini olan ve dolayısıyla yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan veya onunla rekabet içinde bulunan bir süreçler bütünü değildir. Tam tersine uyuşmazlık çözümü için öngörülen bütün yöntemler içine ilave edilmiş bir yöntemler topluluğudur. Bu yolların başarılı olabilmesi ve işlerlik kazanabilmesinin koşulu da yargı yoluyla yarışmaması ve

---

<sup>5</sup>Sungurtekin-Özkan,Uzlaşma Sağlama, s.355.

<sup>6</sup> Bkz.Leiss, Myrto, Zur Effizienz Aussergerichtlicher Verfahren im Wirtschaftsrecht, Münchner Universitätsschriften, Band 193 München 2005, s.2

<sup>7</sup> Bkz. Burton,W.John, Conflict Resolution as a Political Philosophy, Kelman, C.Herbert,Conflict Resolution Theory and Practise, s.61;Tackaberry/Mariott, s. 449.

<sup>8</sup>Yıldırım,Kamil, İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, Prof.Dr.Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s.338; Yıldırım, “alternatif” kelimesinin markalaştırılmasının kutuplaşma riskini taşıdığını belirtmektedir (Yıldırım, s.338).

<sup>9</sup>Bkz.Pekcanitez, Hakan, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, HPD, 2005/5, s.15; Özbek, s.135 vd., Konuralp, Haluk, 75.Yılda Cumhuriyet Yargı Düzeninin Düşünsel ve Yapısal Kesiti Üzerine Bazı Gözlemler,Yeni Türkiye 1998/23-24, s. 3824, Konuralp, Haluk, 20.Yüzyıl Sonunda Medeni Usul Hukuku Sorunlarına Bir Bakış, Yeni Türkiye, 1996/10 (Yargı Reformu Özel Sayısı), s.538, Özbek, Selçuk, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı’na İlişkin Görüş ve Eleştiriler, Arabuluculuk Yasa Tasarısı –Eleştiri ve Öneriler- Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s. 16-17.

yargının yerine ikame edilmeye çalışılmamasıdır. Bu yolların asıl hedefi, küçük çaplı ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıkların, adli bir soruna dönüşmeden çözümünü gerçekleştirmektir. Alternatif uyuşmazlık çözümü kavramında geçen “alternatif” terimi devlet mahkemelerine alternatif bir yol olarak kullanılamaz; bu kavram adli yargıdan kaçış anlamına gelmemelidir. Alternatif uyuşmazlık çözümleri, uyuşmazlıkların çözümünde, yargısal yolların yanında yer alan, esas itibarıyla ilişkilerin koparılmadan sürdürülmesini ve adil bir karardan ziyade, her iki tarafın da tatmin edici bir çözüme ulaşmasını hedefleyen yöntemlerdir<sup>10</sup>.

Bir başka ifadeye göre<sup>11</sup>; alternatif uyuşmazlık çözümleri, mahkeme dışı ve mahkeme içi olmak üzere tüm uyuşmazlık çözüm yöntemlerini içerir; yani yargılama devam ederken de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru mümkündür. Ancak burada karar hâkim tarafından yargılama hukuku kurallarına göre verilmemekte, bir üçüncü kişinin tarafları bir araya getirmesi sonucunda tarafların menfaatleri doğrultusunda uyuşmazlık çözümlenmektedir. Kaldı ki; “alternatif” teriminin de esasen çok öneminin bulunmadığı söylenebilir.”Alternatif“ terimi devlet yargılaması dışında tüm “dostane çözüm yollarını” içeren bir üst kavramdır. Bununla birlikte uyuşmazlık çözüm yöntemleri kavramı anlayışı da zamanla değişmektedir. Artık bu yöntemlerin devlet yargılamasına bir alternatif teşkil edip etmediği sorusundan çok, bu yöntemlerin her somut olayın özelliğine göre nasıl en uygun ve en başarılı methodu sağlayabileceği sorusu gündemdedir. Hatta alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kavramının ingilizce karşılığı olan Alternative Dispute Resolution kavramındaki alternatif kelimesinin yerine Türkçe karşılığı “uygun” olan “Appropriate” kelimesi dahi kullanılmaktadır (Appropriate Dispute Resolution). Bu terim de devlet yargısı dahil olmak üzere tüm uyuşmazlık çözüm yolları için kullanılmaktadır<sup>12</sup>.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin normal devlet yargılamasına nazaran en

---

<sup>10</sup>Özbek, s.137,Tanrıver, s.169; Özbek, Selçuk, Tasarı Üzerine genel Değerlendirme, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, Türkiye Barolar Birliği Yayınları 150, s.273; Gilles Peter (Çev: Ejder Yılmaz), Alman Hukuk (Medeni)Yargılaması Örneğinde Devlet Mahkemelerinin Aşırı İş Yükü ve Bu Yükün Azaltılması Hakkında Stratejiler, ABD, 1992/5,s. 759.

<sup>11</sup>Krapp,Thea,“Schlichtung,modifiziertes Schiedsverfahren,neutrale Bewertung und ihre Praxis an amerikanischenGerichten”, Gottwald,Walther/Stempel Dieter, Streitschlichtung Köln 1995, s. 45.

<sup>12</sup>Alexander,Nadja/Ade,Juliane/Olbrisch,Constantin,Mediation,Schlichtung,Verhandlungsmanagement,1.Aufl., Münster 2005,s.2 , Almanya’da da artık alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kavramı için “alternative Streitbeilegung” terimi yerine “adäquate Streitbeilegung” (uygun çözüm yolları) terimi kullanılmaya başlanmıştır.Bkz. Alexander/Ade/Olbrisch, s.2.

önemli özelliği, uyuşmazlık taraflarının hem uygulanan prosedürün kendisi üzerinde, hem de sonuç üzerinde kontrollerinin olmasıdır. Özellikle arabuluculuk yönteminde taraflar, kendileri için en iyi çözüm yolu olan kararı bulmaya çalışırlar. Bu ayrıca taraflara bir uyuşmazlığı nasıl çözümleneceklerini ve uyuşmazlıkları nasıl bertaraf edeceklerini de öğretir<sup>13</sup>.

Bu yöntemler devlet yargımasına nazaran usule ilişkin prosedürlerde bir esneklik, daha geniş çözüm imkanları ve kimin haklı olduğundan çok tarafların ortak menfaatlerine odaklanan bir sistem öngörür. Ancak belirtilmelidir ki; alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri “her derde deva” bir yöntemler bütünü olarak görülmemelidir. Bu yöntemler genellikle taraf iradelerinin ön plana çıktığı alanlarda yürürlüğe girebilecek, buna karşılık devlet mahkemeleri tarafından verilen bir hükmün zorunlu olduğu vatandaş ile devlet arasındaki uyuşmazlıklarda uygun çözüm yöntemleri olarak başvurulamayacaktır<sup>14</sup>.

## **A.ARABULUCULUĞUN TANIMI VE ÖZELLİKLERİ**

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında yer alan ve çalışmamızın esasını teşkil eden Arabuluculuk Kanun Tasarısı md. 2’ye 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, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemidir.

Doktrinde<sup>15</sup> ise arabuluculuk genel olarak uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları,

---

<sup>13</sup>Sander,E.A.Frank, “Gerichtliche und Aussergerichtliche Streitbeilegung Überblick über die Erfahrungen in den USA”, Gottwald, Walther/Strempel, Dieter, Streitschlichtung Köln 1995, s. 32; Leiss, s.97, Römer, Wolfgang, Konfliktmanagement in Wirtschaft und Bürgerschaft, einführende Bemerkungen, s.13, [http:// www.km-kongress.de/2004](http://www.km-kongress.de/2004) htm, 27.07.2009.

<sup>14</sup>Bkz. Tackaberry/Mariott, s.450.

<sup>15</sup>Bu konudaki tanımlar için bkz. Alexander /Ade /Olbrisch; s.7; benzer tanımlar için bkz. Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2008, s.699; Hopt, J.Klaus/Steffek, Felix, Mediation, Mohr SiebeckTübingen 2008, s.12; Lüthy, Cornelia, Verfahren zur friedlichen Beilegung internationaler Streitigkeiten im Rahmen der OSZE,Zürich 1998, s.31; Hösl, G.Gerhard, Mediation die erfolgreiche Konfliktlösung , Grundlagen und praktische Anwendung, 4.Auflage, München 2008, s.15; Nolan-Haley, M.Jacqueline, Alternative Dispute Resolution in a Nutshell, St.Paul,Minn.,2001,s.60; Haft, Fritjof, Verhandlung und Mediation, Die Alternative zum Rechtsstreit, 2. Auflage, München 2000, s. 244; Tanrıver,



konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, her iki tarafının üzerinde uzlaşma sağladığı tarafsız bir üçüncü kişinin desteği ile taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümlenmesini hedefleyen, tamamıyla tarafların kendi iradeleriyle başvurdukları bir alternatif uyuşmazlık çözüm biçimi olarak da tanımlanmaktadır.

Arbuluculuk yönteminin hukuki ilişkiler yanında son yıllarda uluslar arası ilişkilerde barışçı çözümler elde etme noktasında da büyük bir öneme sahip olduğu görülmektedir. Bu nedenle arbuluculuk yönteminin tanımı yalnızca hukuki çerçeve ile sınırlanmamalı daha geniş yapılmalıdır. Bu çerçevede arbuluculuk, tarafların serbest iradeleriyle başvurduğu, uyuşmazlık konusu hakkında verdiği kararı taraflara zorla kabul ettirme yetkisi bulunmayan veya sınırlı olarak zorla kabul ettirme yetkisi olan, bir üçüncü kişinin desteği ile uyuşmazlıkların her iki tarafça kabul edilebilir bir şekilde sulh ile sonlandırılmasını amaçlayan bir yöntem olarak da tanımlanabilir<sup>16</sup>.

Tüm bu tanımlar incelendiğinde hepsinin, gönüllülük, taraflar arasında iletişimin sağlanmasının sistematik olarak desteklenmesi ve arbuluculuğun sonucundaki çözümün tamamıyla tarafların kendi sorumluluğunda olduğu noktalarında birleştiği sonucu çıkarılabilir<sup>17</sup>.

Söz konusu tanımlardan da anlaşılacağı üzere; arbulucu, uyuşmazlık hakkında karar veremez. Arbulucunun tarafları bağlayıcı nitelikte karar verme yetkisi bulunmamakta, görevi belirli yöntem ve teknikler kullanarak yeteneğini de sergileyerek dava yoluna gitmeden, tarafların anlaşmasını sağlamaktır. Taraflara rahat ve özgür bir müzakere ortamı sağlamak suretiyle taraflar arasında iletişimin kurulmasını kolaylaştırır ve tarafların kendi çözümlerini bulmalarına yardımcı olur. Arbulucu, taraflara hukuki tavsiyelerde bulunamaz, bulduğu çözüm önerisini taraflara zorla kabul ettiremez. Arbuluculuk görüşmeleriyle

---

Süha, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arbuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, Prof.Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s.827; Özbek, s.492; Ildır, s.88; Şahin, Hüseyin Güngör, Arbuluculuk, Ankara 2008, s.44 vd.

<sup>16</sup>Haft, s.248-249; doktrinde Sander, arbuluculuk yöntemini iki kategoriye ayırmaktadır. Bunlardan ilki hukuki yönlendirmeyi içermektedir. Bu yöntemde, taraflar arbulucuya başvurarak arbulucudan hukuki konularda tavsiyelerde bulunmasını talep ederler. Burada arbulucu uyuşmazlığın mahkeme önünde görülmesi durumunda hâkimin hangi kararı vereceğini tahmin eder ve bu doğrultuda da tarafların anlaşmasına yardım eder. Diğer kategoriye göre ise, arbulucu tarafların menfaat ve ihtiyaçlarını göz önünde bulundurarak uyuşmazlık çözümünde taraflara yardım eder. Bu yöntemde tamamıyla tarafların istekleri ve birbirleriyle olan ilişkileri ön plandadır (Sander, s.33).

<sup>17</sup> Hopt/Steffek, s.12.

tarafların birbirleri ile iletişim kurmaları, uyuşmazlık konusu ile ilgili maddi vakıaları ve uyuşmazlığın çözüme ulaşmaması halinde hukuki yönden güçlü ve zayıf durumlarını görmeleri amaçlanır. Arabulucunun hâkim veya hakemden farkı kendisini karar verme noktasında gösterir. Arabulucu hâkim veya hakem gibi karar veren değil, tarafların vereceği karara yardımcı olan kişidir<sup>18</sup>.

Arabuluculuk, genellikle tarafların artık kendilerinin anlaşmazlığa bir çözüm bulamayacaklarına inanmaları ve çözüm için tarafsız bir üçüncü kişinin yardımına ihtiyaç duymaları aşamasında başlamaktadır. Bu yöntem; gönüllü bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olup, bu yöntemde tarafsız üçüncü bir kişi, uyuşmazlığın her iki tarafını da memnun edecek bir biçimde çözüme kavuşturulması için yardım eder. O halde arabuluculuğun, tarafsız bir üçüncü kişinin uyuşmazlık içerisinde bulunan kişilere taraflarca kabul edilebilir ortak bir çözüm bulması konusunda yol göstermesi olarak da tanımlanması mümkündür.

Uyuşmazlığı çözmeye tarafsız bir üçüncü kişinin yer alması bakımından arabuluculuk faaliyetine benzeyen ve arabuluculuk ile arasındaki sınırı çizmek zor olduğundan dolayı genellikle de arabuluculuğun yerine kullanılan bir diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan uzlaşma yöntemini de burada karışıklıklara sebebiyet vermemek için değerlendirmek gerekmektedir.

Uzlaşma, tıpkı arabuluculuk yönteminde olduğu gibi tarafsız bir üçüncü kişi tarafından ancak bu defa taraflara uyuşmazlık konusunda somut öneriler sunup, tarafların sunulan bu çözüm önerilerini tartışmasını ve bu önerilerden biri ile uyuşmazlığın sonlanmasını hedefleyen bir çözüm yoludur. Bu yöntemde tarafsız 3. kişi “uzlaştırıcı” adını alır. Uzlaştırıcı arabulucuya göre daha etkin bir rol oynar, asıl görevi uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması için çözüm önerileri sunmaktır. Bu bağlamda arabuluculuk sürecinin menfaatlerin dengelenmesi temeline bağlı olduğu buna karşılık uzlaşma sürecinin ise daha çok haklılık temeline bağlı olduğu, arabuluculuk sürecinde hukuk kuralları, deliller ve delillerin değerlendirilmesinin daha geri planda olduğu, buna karşılık uzlaşma sürecinde

---

<sup>18</sup> Lüthy, s.31; Haft, s.244, Krapp, s.46; Alexander/Ode/Olbrisch, s.8; Ildır, s. 88, Özbek, s.492 vd.; Özbek (Temel Çözüm Türleri), s.197 vd.; Özbay, s.390; Tackaberry/Mariott arabuluculuk yöntemini alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kalbi olarak nitelendirmektedir (Tackaberry/Mariott,s.451).Ayrıca bkz. Şahin, s.44-45; Heintz, Jean-Jacques, Alternatif İhtilaf Çözümlerine Genel Bakış, Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2006, s. 21.

hukuk kurallarının daha baskın olduğu söylenebilir<sup>19</sup>.

Her iki yöntemin ortak özelliği de taraflar arasındaki anlaşmazlığın çözüme kavuşturulması için çaba harcanması, arabulucunun da veya uzlaştırıcının da buldukları çözüm önerileri hakkında tarafları zorlama yetkisine sahip olmamaları ve çözümün tarafları bağlamaması noktalarında görülmektedir<sup>20</sup>.

Arabuluculuk ve uzlaşma arasındaki farklar için bazı yabancı kaynakları incelediğimizde şu sonuçlara varabiliriz: Arabuluculuk teriminin İngilizce karşılığı “Mediation” dır. Almanya uygulamasında, “Schlichtung” terimi ağırlıkla tarafsız bir üçüncü kişi tarafından bağlayıcı olmayan çözüm önerileri sunulmasının yani arabuluculuğun karşılığı olarak kullanılmakla birlikte, hukuk sosyolojisi ve antropolojisi uzmanları “Schlichtung” terimini üçüncü kişiler tarafından bağlayıcı nitelikteki kararlar verilen yöntemi, buna karşılık üçüncü kişilerin bağlayıcı olmayan kararlar verdikleri yöntemi için ise “Vermittlung” (Aracılık) terimini kullanmaktadırlar<sup>21</sup>. Bir başka görüşe göre ise, “Schlichtung” terimi ile tarafsız üçüncü kişinin uyuşmazlığı çözüme daha etkin olduğu, daha çok hukuki dayanakları olan öneriler sunduğu bir yöntemin belirtildiği, buna karşın “Mediation” terimi ile tarafsız üçüncü kişinin uyuşmazlığın içeriğine ilişkin çözüm önerisi sunmadığı, yalnızca taraflar arasında dostane bir ortam yaratmaya çalıştığı durumları ifade etmektedir. Çok kısa ifade ile “Mediation” teriminin belirleyici unsurunun uyuşmazlığın taraflarca çözümü, “Schlichtung” terimi ile de uyuşmazlığın arabulucu olarak nitelendirilen 3. kişi tarafından çözülmesi olarak belirtilmiştir. Bu tanıma göre; “Schlichtung” ifadesinin Türkçe karşılığı “uzlaştırma” olmaktadır. Zira bu yöntemde tarafsız üçüncü kişinin uyuşmazlığı çözüme daha etkin rol oynadığı söylenebilir<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup>Tanrıver, s.166 vd., Küçükgüngör, Erkan, Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Yapısı, BATİDER, Aralık 2004/4, C.XXII s. 42, s.51; Özekes, her iki çözüm yönteminin de menfaat temeline dayandığını, ancak arabuluculuk yönteminde sadece bir tarafın menfaatine dayalı çözüm, uzlaşmada ise her iki tarafın menfaatine dayalı çözümün ortaya çıktığını belirtir. Arabuluculukta “mutsuz menfaat”, uzlaşmada ise “mutlu menfaat” olduğunu ifade eder (Özekes, s.42). Ayrıca arabuluculuk ve uzlaşmanın farkları için bkz. Tanrıver, (Arabuluculuk Kurumu), s. 828-829.

<sup>20</sup> Özbay, s.392.

<sup>21</sup> Bkz. Bühring-Uhle, Christian, “Alternative Streitbeilegung in Handelsstreitigkeiten” Gottwald, Walther/Strempel Dieter, Streitschlichtung Köln 1995, s.63.

<sup>22</sup> Bkz. Alexander/Ode/Olbrisch, s.73.

Buna karşılık doktrinde<sup>23</sup>, uzlaştırıcı ile arabulucu arasında işlevleri bakımından herhangi bir fark bulunmadığını, kullanılan terim ne olursa olsun, uzlaştırıcı ve arabulucu olarak atanan kişinin uyuşmazlıkla ilgisi olmayan ve tarafsız bir kişi olması gerektiğini belirten görüşler de mevcuttur. Alman doktrinde Krapp<sup>24</sup>, arabuluculuk (Mediation) ile uzlaşma (Schlichtung) kavramlarının birbirinin aynı olduğunu, arabuluculuğun İngilizce karşılığının “Mediation”, Almanca karşılığının ise “Schlichtung” olduğunu belirtir. Bühring Uhle’ye göre<sup>25</sup>; her ne kadar arabuluculuğun İngilizce karşılığı olan “Mediation” ile uzlaşma teriminin karşılığı olan “Conciliation” terimleri ağırlıkla birbirinin eş anlamlısı olarak kullanılsa da, uzlaşma daha genel olarak tarafsız bir üçüncü kişinin zorla kendi bulduğu çözüm yöntemini taraflara kabul ettirmediği tüm uyuşmazlıklar için kullanılmaktadır. O halde yazar, burada uzlaşmayı arabuluculuğu da kapsayan bir üst kavram olarak ele almıştır. Buna karşılık Özbay<sup>26</sup>, arabuluculuğun uzlaşma aşamasını da kapsadığını, ancak uzlaşmanın arabuluculuk aşamasına girmeyeceğini, bir başka ifade ile arabuluculuğun uzlaşmadan daha geniş bir süreci içine alacağını belirtir. Arabulucunun uyuşmazlığın son aşamasında müdahale ederek aktif bir rol üstlendiği, arabulucunun uzlaştırıcıya karşı daha bağımsız olduğu, önceden tarafları tanımadan uyuşmazlığın çözümüne katkıda bulunduğunu ve tarafların kendi kendilerine çözüm bulmalarına yardımcı olduğunu belirtir. Buna karşılık doktrinde Ildır<sup>27</sup>, arabulucunun daha aktif bir görevi olduğunu, arabulucunun tarafları ikna etme girişimi ve çözüm önerilerinde bulunduğunu, uzlaşmanın ise tarafların uyuşmazlığı çözmek için kendi kendilerine karar vermeleri temel prensibine dayandığını, arabuluculuğun uzlaştırma safhasını da kapsadığını, fakat uzlaşmanın arabuluculuk safhasına girmediğini ancak her iki faaliyetin de sonuçları itibariyle taraflara, arabulucu veya uzlaştırıcının önerdiği çözümü benimseme yükümlülüğü doğurmaması nedeniyle ortak olduğu görüşündedir.

Kanımızca uzlaştırıcının arabulucuya oranla daha aktif bir rol oynadığı söylenebilir. Zira arabulucu ile uzlaştırıcı arasındaki temel fark; arabulucunun yalnızca tarafları bir araya getirerek ve uygun müzakere ortamını sağlayarak tarafların kendilerinin çözüm önerileri

---

<sup>23</sup> Bkz. Akıncı, s.20.

<sup>24</sup> Krapp, s.46

<sup>25</sup> Bühring-Uhle, s.63, aynı yönde bkz. Heintz, Jean-Jacques, s. 21; ayrıca bkz. Şahin, s.44-45.

<sup>26</sup> Özbay, s.390-391; ayrıca bkz. Özbek, Mustafa, Avrupa’da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması, Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara, 2006 s.442.

<sup>27</sup> Bkz. Ildır, s.14.

bulmalarını sağlaması; buna karşılık uzlaştırıcının uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak için taraflara uygun çözüm önerilerini sunması noktasındadır. Her iki yöntemin ortak noktası ise sunulan çözüm önerilerinin taraflar açısından bağlayıcılık teşkil etmemesidir.

## **B. ARABULUCULUĞUN DOĞUŞU VE GELİŞİMİ**

Bir üçüncü kişinin yardımıyla uyuşmazlıkların çözümü insanlık tarihi kadar eski bir geçmişe sahiptir. Zira insanlar topluluk içerisinde yaşadıkça topluluk üyelerinin birbirleriyle olan çatışmaları hep sürmüştür. Bu anlamda arabuluculuk yöntemi geleneksel bir çözüm yöntemi ve sosyal kontrolün önemli bir aracı olarak karşımıza çıkmaktadır. Geleneksel arabuluculuk yönteminde arabulucu, toplumun her kesimine etki edebilen, o toplumun ileri gelenleri arasından seçilir. Arabulucunun verdiği kararlar taraflar üzerinde etkilidir ve yaptırım kuvveti vardır. Geleneksel arabuluculuk yöntemi tüm dünyada ve özellikle Mısır, Babil ve Asur'da kullanılmış olup, eski Yunan ve Roma sisteminde de uyuşmazlıkların anlaşma yoluyla çözümüne rastlanmaktadır. Ortaçağda da Avrupa'da papaların arabulucu olarak görev yaptığı bilinmektedir. Bununla beraber 19. yüzyılda arabuluculuk prosedürünün standartlaşması için çalışmalar yapılmış, 1899 ve 1907 yıllarındaki Lahey Konvansiyonu ile kanunlaştırılma yolunda ilk adımlar atılmıştır<sup>28</sup>.

Geleneksel olarak adlandırılan arabuluculuk yöntemi dışında son yüzyılda Amerika Birleşik Devletleri'nde (A.B.D) ortaya çıkan alternatif çözüm yolları içerisinde yer alan modern arabuluculuk yöntemi mevcuttur. Modern arabuluculuk yöntemi daha çok hak veya menfaat temeline dayanır. Geleneksel arabuluculuk yöntemi ile modern arabuluculuk yöntemi arasındaki temel fark, kendini arabulucunun rolünde gösterir. Zira modern arabuluculuk yönteminde arabulucu, sosyal konumundan dolayı seçilmemekte, profesyonel özellikleri ve uyuşmazlık çözümü teknikleri konusundaki yetenekleri dolayısıyla seçilmektedir. Görevi tarafların kendi çözüm yollarını bulmasına yardım etmek olup, taraflar üzerinde baskı kuramaz ve otoritesi yoktur<sup>29</sup>.

A.B.D'de modern arabuluculuk yönteminin ortaya çıkışının temel nedeni toplumlarda devlet yargılamasının uyuşmazlıkların çözümünde yetersiz kaldığı kanaatinin

---

<sup>28</sup>Bühring-Uhle; s.64, Lüthy, s.32.

<sup>29</sup>Bühring-Uhle; s. 65,Nolan-Haley, s.63.



yaygınlaşmasıdır. Zira 1960'lı yıllar bireysel hakları korumayı amaçlayan, bu bağlamda tüketici hukukundan medeni haklara kadar yenilikler getiren yasal düzenlemelere sahne olmuştur. Ancak söz konusu hakların adli mercilerce korunmasının sağlanması ise oldukça karmaşık bir faaliyet niteliğine bürünmüştür. Aynı zamanda A.B.D.'nin bu yıllarda kısmen bireylerin özel hukuka ilişkin haklarından ve Vietnam Savaşı protestolarından kaynaklanan çok sayıda çatışma ve anlaşmazlığa sahne olduğu görülür. Bu yıllarda yaşanan karışıklıklar, kişilerin hoş görüsünü azaltmış ve uyuşmazlıkların artmasına ve yeni dava nedenlerinin oluşmasına sebebiyet vermiştir. Bu gelişmeler sonucunda da mahkemeler yeni açılan davalarla dolmuş, yargılamada dava süreçleri uzun sürmeye başlamış ve yargılama giderleri de artış göstermiştir. Bu koşullar tarafları uyuşmazlıklarını hâkimin vereceği hüküm yerine farklı hukuki yollarla uyuşmazlıkların çözümüne yöneltmiştir. Nitekim Angloamerikan hukuk sistemini uygulayan ülkelerde söz konusu farklı hukuki yolların aranması beraberinde “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları” kavramını getirmiştir<sup>30</sup>.

1964 yılında yürürlüğe giren Medeni Haklar Kanunu (Civil Rights Act) ile Kongre, ırk ayrımcılığından doğan uyuşmazlıklar ile toplumsal uyuşmazlıkların çözümünde mahkemelere yardımcı olmak için, Birleşik Devletler Adalet Bakanlığı bünyesinde, toplum ilişkileri servisini (Community Relations Service) kurmuştur. Benzer şekilde Ford Firması da, uyuşmazlık çözüm yöntemleri üzerinde çalışması için, Ulusal Uyuşmazlık Çözüm Enstitüsünü ve Arabuluculuk ve Anlaşmazlık Çözüm Enstitüsü'nü kurmuştur. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerisinde özellikle arabuluculuk ön plana çıkmış, 1970 yılında arabuluculuk ve tahkim programları uygulanmaya başlanmıştır<sup>31</sup>.

Devlet yargılamasındaki olumsuzluklar, “dava krizi” (litigation crisis) olarak ifade edilmiş olup, bu hususu 1976 yılında Prof. Frank Sander, Pound-<sup>32</sup>Konferans'ında “Farklı Uyuşmazlık Çözüm Önerileri” (Varieties of Disputes Processing) adlı Tebliği'nde dile getirmiştir. Sander, bu tebliğde devlet yargılamasındaki çeşitli sorunları ele almış, devlet

---

<sup>30</sup>Nolan-Haley, s.6 vd.; Alexander/Ode/Olbrisch, s.1 vd.; Sander; s. 31; ayrıca bkz. Özbek, s.164 vd.

<sup>31</sup>Özbek, Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, C.I, “Özel Hukuk” 2004/1, s. 262-263; Özbek Mustafa, Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketleriyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi, AÜHFHD, 2002/2, s.135 v.d.; ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek, s.164 vd.; Ildır, s.31 vd.

<sup>32</sup>Sander, s.37. Anılan “Pound Conference ” ismi Amerikalı hukukçu ve Harvard Üniversitesi dekanı (1919-1936) Roscoe Pound 'dan gelmektedir. Kendisi 1906 yılında hukuk sistemindeki aksaklıkları içeren önemli bir konuşma yapmıştır. Bkz.Alexander/Ode/Olbrisch, s.1 dipn.4; Nolan-Haley, s. 5.

yargılamasının yanında uyuşmazlıkların çözümünde alternatif yöntemlere başvurulması gerektiğini vurgulamış ve somut uyuşmazlığın gereklerine uygun olan Uyuşmazlık Çözüm Merkezi olarak adlandırılan bir yöntem önermiştir.

Devlet yargılamasında uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin yapılan eleştiriler ve değerlendirmelerin sonucunda Amerikan Barolar Birliği de, uyuşmazlıkların farklı yollarla çözümlenmesi fikrini benimsemiş ve bu doğrultuda Houston, Texas, Oklahoma gibi eyaletlerde bireyler arası uyuşmazlıkların hakem ve arabuluculuk gibi usuller ile çözümlenmesi yoluna gidilmiştir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile ilgili gelişmeler A.B.D’de 1980’li yılların başında hız kazanmış olup, özel sektör tarafından uygulanmaya başlanmıştır. Bu yöntemi ilk olarak uygulayan şirketler Williams Companies, CIGNA Insurance Co.; EXXON Corp., Traveler’s Companies’dır. Ancak Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi’nin ilanından önceki dönemlerde de amerikan kolonilerinde de hukuk sistemi ve avukatlara olan güvensizlikten dolayı da bu kavrama benzer yöntemlerin uygulandığı da ifade edilmektedir. Örneğin 1643 yılında Virginia Kolonisi’nde avukatların müvekkillerini mahkemelerde ücret karşılığı temsil etmesi yasaklanmıştır. Bu durum uyuşmazlıkların devlet mahkemelerinde avukatlar vasıtası ile değil de; bizzat taraflar arasında çözümü yolunda arayışlar olduğunu kanıtlar niteliktedir<sup>33</sup>.

Kara Avrupası hukuk sistemini uygulayan ülkelerde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri daha kısa bir geçmişe sahip olup, bu yöntemi uygulayan ülkeler olan A.B.D ve İskandinav ülkelerinden esinlenilmiştir. Örneğin Almanya’da ilk defa Aralık 1977 ‘de hukuk sosyolojisi alanında düzenlenen Berlin’de gerçekleşen bir konferansta “Yargıya Alternatif Yollar” konusu tartışılmıştır. Daha sonra 1981 yılında ve 1982 yılında gerçekleşen iki büyük konferansta bu konu üzerinde durulmuştur. Bu konferanslarda mevcut adalet sisteminin aşırı iş yükünün ve taleplerin alternatif yargı yerlerine kaydırılmasının gereği belirtilmiştir. Söz konusu bilimsel tartışmalar politikacılar ve hukukçular tarafından benimsenmiştir. 1980’li

---

<sup>33</sup> Thygerson/Kenneth J., United States of America, 1994, s.109-110. Nitekim o dönemlerde din adamlarının hukuk ve özellikle avukatlık mesleğine karşı oldukları bilinmektedir. Bu nedenlerden başlıcaları, özellikle Puritan Klisesi’nin başkalarını dava etmeyi yasaklaması, din adamlarının uyuşmazlıkları devletin hukuk sistemi tarafından değil de dini yöntemlerle çözmeye teşvik etmesi, avukatların çok büyük ücretler almaları, devlet mahkemeleri tarafından çok basit davalarda bile iki tarafı da tatmin etmeyen, beklenmedik sonuçların ortaya çıkması sayılabilir. Bkz. Thygerson, s. 111.

yıllarda mahkemelerin artan iş yükü ve gelir kaynaklarının azalması, uyuşmazlıkların mahkeme dışı yollarla çözülmesi fikrinin gelişmesine sebebiyet vermiştir. 1983 yılında ilk defa Almanya Başbakanı Kohl, hükümet bildirisinde uzlaşma kültürünün yaygınlaşması gerektiğini vurgulamıştır<sup>34</sup>.

Almanya’da alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri fikrinin ana düşüncesi kısaca “uzlaşma yargılamadan daha iyidir” (“Schlichten ist besser als Richten”) şeklinde kullanılan bir deyimle ifade edilmektedir ve bu yöntemlerin geliştirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır<sup>35</sup>. Bu doğrultuda kanunkoyucu 15 Aralık 1999 tarihli Kanunla, eyalet kanunkoyucularına Alman Medeni Usul Kanunu’nun Meriyet ve Tatbiki Hakkında Kanun’un (Gesetz, betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung, EGZPO) 15a maddesi uyarınca, küçük uyuşmazlıkların mahkemeye götürülebilmesi için sulh teşebbüsü yolunu ön koşul olarak getirebilecekleri yönünde yetki verilmiştir. Buna ek olarak uzlaşma düşüncelerini desteklemek için 01.01.2002 tarihinden itibaren Alman Medeni Usul Kanunu’nda (Zivilprozessordnung, ZPO) yer alan ve mahkemenin tarafları sulhe teşvik etmesi ve uyuşmazlığın mahkeme dışı yollarla çözümü hususunda taraflara tavsiyede bulunması hususlarını içeren md. 278 ve 279 ‘a ek olarak avukatlarında sulh yapabileceği yolunda madde eklemiştir ( md.1044 b a F, şimdi md.796 a)<sup>36</sup>. Zira 2001 yılında gerçekleşen Alman Usul Kanunu Reformu ile amaçlanan uyuşmazlıkların uzlaşma yolu ile çözümlenmesi fikridir<sup>37</sup>.

Ancak belirtmek gerekir ki; Almanya’da 2001 yılına kadar alternatif uyuşmazlık

---

<sup>34</sup>Krafka,Alexander/Schmidt,Uve/Heck,Wolfgang/PrüttingHans/Taxis,Norbert,Aussergerichtliche Streitschlichtung, München 2003, s. 7

<sup>35</sup>Bu konuda Alman Federal Mahkemesi hâkimi Römer 9 Eylül 2004 tarihinde “Uyuşmazlık Yönetimi” adlı konferansta sunduğu tebliğde, uyuşmazlıkların mahkeme dışı yollarla çözümlenmesinin yeni bir “trend” olduğunu ve Federal Almanya’da arabuluculuk yönteminin büyük bir coşku ile karşılandığını belirtmekle, uzun yıllar özel hukuk alanında hizmet vermiş bir hâkim olarak Almanya’da mahkemelerin hiç mi makul kararlar veremediğini, yargılama sisteminin bu kadar mı kötü olduğunun sorgulanmasının gerektiğini ifade etmektedir. Ancak bir taraftan da devlet mahkemeleri tarafından verilen kararların her zaman en iyi çözüm yolu olmadığını, devlet mahkemelerinin iş yükünün fazla olduğunu ve karar elde etmek için uzun süreler geçtiğinin bilincinde olduğunu ve devlet mahkemelerinde de alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde kullanılan yöntemlerin kullanılmasının mümkün olup olamayacağının irdelenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bkz.Römer, s. 4-5.

<sup>36</sup>Krafka/Alexander/Scmidt/Heck/Prütting,s.7,<http://dejure.org/gesetze/ZPO/278.html>,<http://dejure.org/gesetze/EGZPO/15a.html>, <http://dejure.org/gesetze/ZPO/796a.html>, 28.07.2009. Nitekim belirtmek gerekir ki, Türk Usul Hukuku’nda uzlaşma yükümlülüğünü getiren ve arabuluculuk benzeri düzenlemeler mevcuttur. Bu düzenlemeler aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

<sup>37</sup>Rosenberg, Leo,/ Scwab, Karl Heinz/Gottwald,Peter, 16.Aufl., München 2004, s.694.

çözüm yöntemlerinin kullanılarak başarı elde edilen uyuşmazlık sayısı çok azdır<sup>38</sup>. Bununla birlikte ZPO 'da 2001 yılında yapılan reform çalışmaları ile eklenen md. 278 'in de başarılı sonuç vermediği belirtilmektedir. Bunun nedeni, uygulamada hâkimlerin sulh teşebbüsü duruşması ile bir sonraki duruşmayı aynı güne koymaları,sulh teşebbüsüne ilişkin duruşmada da uyuşmazlık konusunun belirtilip, bu uyuşmazlığın anlaşma yoluyla çözülmesinin olanaksız olduğu tutanağa geçirilmesi ve böylece de zorunlu sulh teşebbüsü usulünün uygulanmadan doğrudan işin esasına geçilmesi olarak açıklanmaktadır<sup>39</sup>.

Avusturya Hukuku'nda arabuluculuğa ilişkin ilk adımlar aile hukuku çerçevesinde atılmıştır. 1999 yılında gerçekleştirilen Evlilik Hukukundaki Değişikliklere İlişkin Kanun'da (Eherechts-Aenderungsgesetz 1999), kanun koyucu medeni hukukla ilgili uyuşmazlıklarda arabuluculuğa ilişkin ilk düzenlemeleri yapmış, burada arabuluculuk yönteminin özellikle boşanmaya ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacağı belirtilmiştir. Söz konusu kanunda, arabulucunun gizlilik ilkesine bağlı kalacağı ve arabuluculuk sürecinde zamanaşımı sürelerinin duracağı düzenlenmiştir.

Avusturya'da arabuluculuğa ilişkin bir sonraki adım, çocuk hukukundaki değişikliklere ilişkin 2001 (Kindschaftsrechts-Aenderungsgesetzes 2001) yılında hazırlanan kanun olmuştur. Bu kanunda mahkemelerin kayımlık sistemini uyguladığı, özellikle çocukların himayesine ilişkin uyuşmazlıklarda, arabuluculuk yöntemi ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Ancak her iki kanunda da, arabuluculuk yöntemine ilişkin yalnızca çok temel düzenlemelere yer verilmiş olup, bu kanunlarda arabuluculuğun tanımı, kimlerin arabulucu olacağı, arabulucuların eğitimi gibi konular belirsiz olarak kalmıştır.

Avusturya Adalet Bakanlığı, arabuluculuğa ilişkin tecrübeler ve hukuki temellerden

---

<sup>38</sup>Krafka/Alexander/Schmidt/Heck/Prütting,Taxis, s.7.Almanya'da alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden arabulucuğu düzenleyen federal düzeyde bir hukuki düzenleme bulunmamakla birlikte, münferid eyaletler bazında (Örneğin Bavyera, Baden Württemberg, Nordrhein Westfalen) düzenlemeler mevcuttur..Ayrıca belirtmek gerekir ki, son yıllarda aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların artması nedeniyle Almanya'da bu yöntemler özellikle aile hukuku alanında uygulama alanı bulmuş olup, bunun dışında nadir olarak uygulanmıştır. Bkz. Wolfram-Korn, Margit/Schmarsli, Peter, Aussergerichtliche Streitschlichtung in Deutschland -dargestellt anhand desSchlichtungsgesetzesBaden-Württembergs,1.Aufl.,2001,München,2001,s.6;Stempel,Dieter, "AussergerichtlicheStreitbeilegung-Konjunktur,Hintergründe und Perspektiven-", Gottwald,Walther/Stempel Dieter, Streitschlichtung Köln 1995, s.189-190.

<sup>39</sup>Gottwald,Peter, 2001 Reform Kanunu'nun Ardından Almanya'da Medeni Usul Hukuku (Çev: Yard.Doç.Dr.Murat Atalı,Arş.Gör.Mustafa Göksu), MİHDER, 2006/3, s. 689-690.

yararlanarak bu konuya ilişkin bir kanun çıkarmanın gerekliliğine karar vermiş ve 2001 yılının Aralık ayında “Mahkeme İçi Arabuluculuğa İlişkin Tasarı (Entwurf eines “Bundesgesetzes über gerichtsnahe Mediation) hazırlanmış ve anılan Tasarı hiç bir değişikliğe uğramadan 2003 yılında Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun (Zivilrechts-Mediations-Gesetz) adı altında parlamento tarafından oybirliği ile kabul edilmiş ve 01.05.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>40</sup>.

İsviçre’de, arabuluculuk ve yargılamaya alternatif yollar büyük bir öneme sahip olup uzun yıllardan beri süregelen bir uygulama mevcuttur. Zira İsviçre usul hukukuna göre kural olarak her yargılamadan önce sulh hâkiminin önünde bir uzlaşma yargılaması yapılır. Bazı kantonlarda mahkemede dava açmadan önce uzlaşma yargılamasının yapılması zorunlu olarak öngörülmüş, bazı kantonlar da ise davacının seçimine bırakılmıştır. Genelde bu uzlaşma yargılamasından başarılı sonuçlar elde edildiğinden arabuluculuk kurumuna tereddütle bakılmış ve bu yüzden arabuluculuk diğer ülkelere göre geç gelişim göstermiştir. Zira arabuluculuk yöntemi ilk olarak 20 yıl önce İsviçre hukukuna girmiştir. Arabuluculuk ile ilgili Fransa ve Kanada’dan etkilenildiğinden ilk olarak fransızca konuşulan kantonlarda uygulanmaya başlamış, oradan da tüm İsviçre’ye yayılmıştır. İsviçre’de arabuluculuk ilk olarak aile hukuku alanında ortaya çıkmıştır. Boşanma davalarının sayılarının artması, mevcut hukuk sistemi içerisinde bu davalar sonucunda tarafları tatmin edecek çözümler bulunamaması arabuluculuğun özellikle aile hukuku alanında gelişmesine sebebiyet vermiştir. Bu bağlamda çeşitli birlikler kurulmuş olup, bu birliklerden en önemlisi 1992 yılında kurulan İsviçre Aile Arabuluculuğu birliğidir (Schweizerischen Verein für Familienmeditation)<sup>41</sup>. Özellikle son 10 yıl içerisinde arabuluculuğa çok büyük bir ilgi olduğundan sayıları gittikçe artan arabuluculuk birlikleri çeşitli alanlarda hizmet vermekte ve aile hukuku, ceza hukuku ve ticaret hukuku alanlarında Freiburg, Neuenburg, St.Gallen,Waadt ve Zürich kantonları mahkemelerinde pilot arabuluculuk uygulamaları

---

<sup>40</sup>Miklautsch,Karin,Das-ÖsterreichischeZivilrechts-Mediationsgesetz,[http://www.km-kongress.de/2005\\_01.htm](http://www.km-kongress.de/2005_01.htm),28.07.2009,,s. 7-8; Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun (Zivilrechts-Mediations-Gesetz) için bkz. <http://www.mediatorenliste.justiz.gv.at/mediatoren>, 28.07.2009; ayrıca kanun metninin Türkçe’ye çevirisi için bkz. İsfen,Osman, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun (Avusturya), MİHDER,2006/3, s.1325-1334; anılan kanun maddeleri aşağıda incelenecektir.Bkz.aşa. s. 43 vd.

<sup>41</sup>Bu dernek arabuluculuğun her alanda yayılmasından dolayı adını 1998 yılında İsviçre Arabuluculuk Birliği (Schweizerischer Verein für Mediation) olarak değiştirmiş olup, bugün 250’nin üzerinde üyesi mevcuttur. Bkz.<http://www.mediation-svm.ch>, 28.07.2009.



başlatılmıştır<sup>42</sup>.

İsviçre’de federal düzeyde bir Arabuluculuk kanunu mevcut olmamakla birlikte, ağırlıklı olarak aile hukuku alanında çeşitli kantonlarda düzenlemeler mevcuttur<sup>43</sup>.

Belirtmek gerekir ki; İsviçre’de arabuluculuğun gelişmesine asıl katkıda bulunacak 2011 yılında yürürlüğe girecek olan İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’dır. Zira Tasarı’da Tasarı’da arabuluculuk ile ilgili genel düzenlemeler yer almakta, arabuluculuk kurumuna yargısal uzlaşmanın yanında bir alternatif olarak yer verilmiştir<sup>44</sup>.

Fransa’da da arabuluculuğun uygulaması uzun yıllardan beri süregelmekte, ancak kanunlaşması 1990’lı yıllara dayanmaktadır. Arabuluculuk yargısal arabuluculuk (mahkeme içi arabuluculuk) ve sözleşmeye dayalı arabuluculuk (mahkeme dışı arabuluculuk) olmak üzere iki çeşit olarak uygulanmaktadır. Sözleşmeye dayalı arabuluculuğun uygulanmasına ilişkin düzenleme mevcut değildir, tarafların iradesine dayanmaktadır. Arabuluculuğun bu türünde taraflar her zaman, özellikle dava açılmadan önce hâkim müdahalesi olmadan, her konuya ilişkin olarak arabuluculuk yöntemine başvurabilirler. Buna karşılık mahkeme içi arabuluculuk yalnızca medeni hukuk, ticaret hukuku, aile hukuku ve iş hukuku uyuşmazlıklarında uygulama alanı bulur. Burada arabuluculuk yargılaması hâkimin önerisi üzerine tarafları da kabulü ile görülmekte olan yargılama içerisinde yapılır. Hâkim arabulucuyu kendi seçer ve arabuluculuk faaliyetinin ne kadar süreceğini belirler. Buna göre arabuluculuk yargılaması hâkimin kontrolünde gerçekleşir. 1970’li yıllarda hâkimler tarafından uygulanmakta olan arabuluculuk yöntemi ağırlıklı olarak bireysel iş hukuku uyuşmazlıklarında ve aile hukuku alanında uygulanmaya başlamıştır. Bu uygulamalar

---

<sup>42</sup>Senn, Edith Mertens, Vermittlung im Sühnverfahren vor dem Hintergrund der Mediation, Eine Untersuchung des friedensrichterlichen Streitbeilegungskonzept in schweizerischer Theorie und Praxis, Band 19, Schultess 2007, s.11 vd.; Kumpan, Christoph/Bauer, Cathrin, "Mediation in der Schweiz", Hopt, J.Klaus, Steffek, Felix, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, s. 854 vd. Bu birliklerden en önemlileri, çeşitli meslek gruplarından ortalama 130 üyesi bulunan Arabuluculuk Enstitüsü (Institut für Mediation), 180 üyesi bulunan İsviçre Arabuluculuk Forumu (Mediationsforum Schweiz) ve Uyuşmazlık Yönetimi ve Arabuluculuk Hakkında Uluslararası Birlik’tir (Internationale Verein für Konfliktmanagement und Mediation). Bkz. Senn, s.12. İsviçre’de arabuluculuk uygulamasının yaygınlaşması ile beraber, hukukçular, psikologlar, mimarlar ve öğretmenler için yeni bir meslek dalı oluşmuştur. Her yıl 100 kişi arabulucu olarak çalışmaya başlamıştır. Ancak bunlardan yalnızca 800’ü İsviçre barosu veya İsviçre Arabuluculuk Birliği tarafından atanmıştır. Bkz.

[http://swissmediation.org/cms/uploads/media/Artikel\\_Bund\\_konkurrenz-fuer-Anwaelte-juni08-01.pdf](http://swissmediation.org/cms/uploads/media/Artikel_Bund_konkurrenz-fuer-Anwaelte-juni08-01.pdf)  
28.07.2009.

<sup>43</sup> Bu düzenlemelere aşağıda yer verilecektir. Bkz. s.44 vd.

<sup>44</sup> Kumpan/Bauer, s.855; İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı aşağıda incelenecektir. Bkz. s.46 vd.

sonucunda da 95-125 sayılı Kanun ile 8 Şubat 1995 'de yargılama hukukuna ilişkin kuralların belirlenmesi amacıyla Medeni-, Ceza- ve İdare Usul Hukuku Kanunu (Zivil-, Straf- und Verwaltungsverfahrenordnung) kabul edilmiştir. Bu kanunla ilk olarak medeni ve ticaret hukukuna ilişkin yargısal arabuluculuk resmi olarak kabul edilmiş olup, 96-652 sayılı 22 Temmuz 1996 sayılı bu kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmelik ile medeni usul hukukuna girmiştir<sup>45</sup>.

Görülebileceği üzere, A.B.D. ve diğer ülkelerde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ve özellikle arabuluculuk yöntemine büyük bir ilgi duyulmaktadır. Bunun temel nedenlerini; mahkemelerin iş yükünün çok fazla olması, davaların sonuçlanmasının ortalama beş ya da altı yıl gibi uzun sürece yayılması, yargılama masraflarının çok yüksek olması ve devlet yargılamasında hâkimler tarafından soyut normlara göre verilen kararların tarafların gerçek menfaatleriyle örtüşmemesi olarak belirleyebiliriz.

Günümüzde alternatif uyuşmazlık çözüm yolları hızla gelişmektedir ve bu yollarla sağlanan başarılar da bu hızlı gelişimi haklı kılmaktadır. A.B.D.'de inşaat hukukundan, aile hukukuna ve ekonomi hukukuna kadar bu yöntemler uygulanmakta olup, örneğin Florida 'da %75 oranında uyuşmazlıklar bu yöntemlerle sonuçlandırılmıştır. İngiltere'de de son yıllarda çok yüksek oranda bu yöntemler kullanılmaktadır<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup>Bkz.Deckert,Katrin,“Mediation in Frankreich-Rechtlicher Rahmen und praktische Erfahrungen-“,Hopt, J.Klaus/Steffek, Felix, Mohr Siebeck,Tübingen 2008,s.185vd. Ayrıca Fransa'da vatandaşlara hak ve sorumluluklarının anlatılması ve bir hukuki uyuşmazlık halinde hangi mercilere ne şekilde başvuracağı konusunda bilgi verilmesi suretiyle hukuki yardımda bulunulması amacıyla 10 Temmuz 1991 tarihli Kanun ve bu Kanun'dan esinlenilerek, basit uyuşmazlık ve suçların anlaşma yoluyla çözümünü sağlamak üzere 18 Aralık 1998 tarihli Kanun kabul edilmiştir. Bu kanun kapsamında Bölgesel Adli Yardım ve Başvuru Konseyleri oluşturulmuştur.Söz konusu Adli Yardım ve Başvuru Konseyleri, kendilerine gelen bilgilerin değerlendirilmesini yaparak bağlı birimlerin çalışmalarını koordine etmek, kamu ve özel hukuk tüzel kişileriyle işbirliği yaparak daha etkin ve verimli çalışmalarını sağlamak ve kitle iletişim araçları vasıtasıyla kurum hakkında kamu oyunu bilgilendirmek ile görevlidirler. Konsey bünyesinde faaliyet gösteren Adalet ve Hukuk Evleri, adli başvuru ve uyuşmazlıkların dostça çözümü konusunda etkin görev yapmaktadırlar.Bkz. Hekimoğlu ,M. Fahrettin, Fransa'da Hukuki Danışmanlık ve Arabuluculuk Uygulaması, ABD, 2002/2, s.33 vd.

<sup>46</sup>Krapp,s.139; Wolfram-Korn/ Schmarsli, s.5;Nolan-Haley, s.9.

## Ş2. AVRUPA BİRLİĞİ VE BAZI ÜLKE DÜZENLEMELERİNDE ARABULUCULUK

### A. AVRUPA BİRLİĞİ DÜZENLEMELERİNDE ARABULUCULUK

Avrupa Birliği'nde 1998 yılından itibaren uyuşmazlıkların mahkeme dışında çözümüne ilişkin çalışmalar yapılmaya başlanmıştır. 1999 yılının Ekim ayında Tampere'de bir Avrupa Birliği zirvesi düzenlenmiş ve bu zirvede üye devletler, uyuşmazlıkların mahkeme dışı çözümüne ilişkin çalışmalarda bulunmaya davet edilmiştir. Bu çalışmaların yapılmaya başlanmasında, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin adalete erişimi kolaylaştırıcı etkisinin anlaşılmaya başlanması ve Avrupa Birliği üyesi devletlerin bir çoğunun alternatif uyuşmazlık çözümü kendi iç mevzuatlarında yasalaştırması etken rol oynamıştır<sup>47</sup>.

### I. YEŞİL KİTAP

2002 yılında Avrupa Komisyonu'nun alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile ilgili olarak, "Medeni Hukuk ve Ticaret Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Hakkında Yeşil Kitap"<sup>48</sup> adlı çalışma hazırlanmış ve bu çalışma ile alternatif uyuşamazlık çözüm yolları içerisinde en sık kullanılan yöntem olan arabuluculukla ilgili genel ilkeler tespit edilmiştir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, Yeşil Kitap'ın amaçları doğrultusunda, tahkim dışında tarafsız bir üçüncü kişi tarafından yürütülen mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak tanımlanmış olup, Yeşil Kitap'ta, iş hukuku ve tüketici hukuku dahil olmak üzere medeni hukuk ve ticaret hukuku alanlarına ilişkin olarak düzenlemelere yer verilmiştir. Yeşil Kitap uyarınca, arabuluculuğa ilişkin temel olarak, tarafların üzerinde

---

<sup>47</sup> Özbe (Avrupa Birliği), s.265, [http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_de.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_de.htm), 29.07.2009.

<sup>48</sup>Bu çalışmanın metni için bkz.[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2002/com2002\\_0196de\\_01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2002/com2002_0196de_01.pdf), 29.07.2009. (Almanca karşılığı, Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil-und Handelsrecht, İngilizce karşılığı, Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law), ayrıca metnin Türkçe'ye çevirisi için bkz. Erişir,Evrin/Tekin, Ceren, "Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Üzerine Yeşil Kitap", MİHDER, 2008/1, S.9, s. 131-165.

serbestçe tasarruf edebileceği konularda gönüllü olarak başvurabileceği, şayet taraflar arasında devlet mahkemelerine başvurmadan önce arabuluculuk yönteminin uygulanacağına ilişkin bir sözleşme mevcutsa ve taraflardan biri bu sözleşme maddesini ihlal ederse, bu durumun sözleşme sorumluluğu hükümleri çerçevesinde veya aynı zamanda dürüstlük kuralının ihlali olarak değerlendirilebileceği, arabuluculuk yöntemine başvurulduğunda zamanaşımı sürelerinin durdurulacağı, gizlilik ilkesinin korunacağı, arabuluculuk süreci sonunda yapılan sözleşmelerin icrasının hâkim tarafından onaylanarak veya noter gibi resmi bir makama başvurularak gerçekleştirilebileceği ana ilkeler olarak tespit edilmiştir.

Söz konusu Yeşil Kitap, Üye Devletler, diğer ülkeler, arabuluculuk kuruluşları, barolar, meslek odaları ve araştırmacılardan büyük ilgi görmüş ve bu sayede alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının önemi ve gelişme potansiyeli üzerinde birlik sağlanmıştır<sup>49</sup>.

## **II. ARABULUCULUK HAKKINDAKİ TAVSİYE KARARLARI VE ARABULUCULARA YÖNELİK AVRUPA ETİK KURALLARI**

Anılan Yeşil Kitap dışında Avrupa topluluğu bünyesinde 1998 yılında aile arabuluculuğu hakkında tavsiye kararı<sup>50</sup>, 1999 yılında ceza arabuluculuğu hakkındaki tavsiye kararı, 2001 yılında idare hukukunda alternatif uyuşmazlık çözümü ile ilgili tavsiye kararı, 2002 yılında özel hukuk uyuşmazlıklarında tavsiye kararı ve 2008 yılında da belirli medeni ve ticari uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Direktifi kabul edilmiştir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Medeni Hukuk Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk Hakkındaki R (2002)10 sayılı Tavsiye Kararı'nda arabuluculuk, toplumdaki bireyler arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümünde, tarafsız bir üçüncü kişinin katılımıyla gerçekleştirilen çözüm yöntemleri olarak tanımlanmış olup, uygulama alanı da özel hukuk uyuşmazlıkları olarak belirlenmiştir. O halde tavsiye kararına göre de tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuk yöntemi ile çözülemeyecektir. Bunun dışında söz konusu tavsiye kararında arabuluculuğa ilişkin temel prensipler belirtilmekle birlikte, özellikle gerek mahkeme içi,

---

<sup>49</sup> Özbek, Mustafa, Avrupa Konseyi s. 205

<sup>50</sup> Söz konusu R (98)1 sayılı tavsiye kararı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek, Mustafa, Avrupa Konseyi Bakanlar Kamitesi'nin "Aile Arabuluculuğu" Konulu Tavsiye Kararı, DEÜHFD, 2005/2, C:7, s.71-102

gerekse mahkeme dışında arabuluculuk yöntemine başvurunun gereksiz gecikmelere yol açmaması, taraflarca uyuşmazlık çözüm sürecini uzatıcı bir taktik olarak kullanılmaması ve devletlerin vatandaşlara tamamen veya kısmen ücretsiz arabuluculuk imkanı sunmaya davet etmesi gerektiği vurgulanmaktadır<sup>51</sup>.

Avrupa Birliği Komisyonu arabulucuların görevlerini yaparken uyması gereken etik kurallar üzerine çalışmalar yapmış ve 2004 yılında bu çalışmalarını tamamlamıştır. Arabuluculara yönelik etik kuralların<sup>52</sup>, giriş bölümünde, arabulucunun tanımı yapılırken, arabulucunun uyuşmazlığın çözümü için tarafları bir araya getiren kişi olduğu ve sadece uyuşmazlığın çözümünde taraflara yardım edeceği ve uyuşmazlık hakkında karar veren kişi olmadığı vurgulanmıştır. Ayrıca devletlerin bu konuda kendi iç hukuklarında yasal düzenleme haklarının mevcut olduğu, özellikle arabuluculuk konusunda hizmet veren kuruluşların mutlaka arabulucular hakkında ve özellikle hizmet verilen alana yönelik (örneğin aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda veya tüketici sorunlarında) detaylı kurallarla bu kurumu düzenlemeleri gerektiği belirtilmiştir. Bu etik kurallarda öncelikle arabulucunun mutlaka bu konuyla ilgili eğitim alması ve uzlaşma teknikleri ile ilgili tecrübesinin bulunması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca ayrı bir maddede, arabulucunun profesyonel ve dürüst olarak reklam yapabileceği düzenlenmiştir. Bu kuralların devamında, arabulucunun bağımsız ve objektif olması gerektiği ve arabulucunun taraflardan biri ile kişisel veya ticari bir ilişkisinin olması veya arabuluculuk sürecinin sonucunda elde edilecek sonuçtan bir menfaat elde edilmesi gibi objektifliğini zedeleyebilecek veya taraflarda bu şekilde bir kanı uyandırabilecek durumların olması halinde bu görevi kabul etmemesi gerektiği ve taraflara eşit bir şekilde davranma yükümlülüğü düzenlenmiştir.

Arabulucunun, sürecin başında taraflara şartlarını ve arabuluculuğa ilişkin kuralları bildirmesi, taraflarla güven ilişkisi içerisinde müzakere sürecini devam ettirmesi gerektiği ve de taraflarla yazılı olarak bir arabulucu sözleşmesi düzenlemesi gerektiği belirtilmiştir. Arabulucu, bu etik kurallara göre, uyuşmazlığı tarafların eşit olmayan güç dengelerini gözeterek, hukuk devleti prensipleri gereğince, tarafların menfaat ve çıkarlarını gözönünde bulundurarak mümkün olduğunca çabuk bir şekilde çözümlenmesini sağlamakla

---

<sup>51</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek (İlkeler), s. 490 vd.

<sup>52</sup> Arabuluculara yönelik Avrupa Etik Kuralları metni için bkz. <http://ec.europa.eu/civiljustice/adr> (Almanca karşılığı, Europäische Verhaltenskodex für Mediatoren, İngilizce karşılığı, European Code of Conduct on Mediation), 29.07.2009.



yükümlüdür. Arabulucu müzakereler sonunda elde edilen sonucun hukuka aykırı veya icraya elverişli olmadığı kanaatine varırsa, tarafları bundan haberdar etmeli ve süreci sonlandırmalıdır. Etik kuralların son maddesinde karşılıklı güven ve gizlilik hususları düzenlenmiş ve arabulucunun taraflardan birinden öğrendiği bilgileri diğer tarafın onayı olmaksızın diğer tarafa aktaramayacağı vurgulanmıştır.

Söz konusu etik kurallar, arabulucular ve bu konuda hizmet veren kuruluşların uyması gereken genel kurallar niteliğinde olup, komisyonun bu kuralların uygulanıp uygulanmadığını denetlemek görevi yoktur. Söz konusu kurallar çok sayıda arabuluculuk kuruluşu ve bu kuruluşlarda çalışan çok sayıda arabulucunun ve de Avrupa Birliği bünyesinde bu konuda çalışan kişilerin çalışmaları sonucunda oluşturulmuştur<sup>53</sup>.

### **III. 2008/52 EG SAYILI BELİRLİ MEDENİ VE TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNE İLİŞKİN ARABULUCULUK YÖNERGESİ**

2000 yılının Mayıs ayında komisyon “Belirli Medeni ve Ticari Uyuşmazlıkların Çözümüne ilişkin bir Arabuluculuk Yönerge” önerisi<sup>54</sup> hazırlama çalışmalarına başlamış, bu öneri 2004 yılının Ekim ayında tamamlanmış ve 2008/52/EG sayı ile 21 Mayıs 2008 tarihinde kabul edilmiştir<sup>55</sup>. Avrupa Birliği üyesi ülkelerin bu yönergeyi en geç 3 yıl içerisinde kendi iç hukuklarına uygulama zorunluluğu bulunmaktadır. Bu yönergenin amacı, alternatif uyuşmazlık yollarına erişimin kolaylaştırılması ile arabuluculuğun teşviki ve bu yolun devlet yargılaması ile dengeli bir bağın oluşturulması suretiyle, dostane çözüm yollarının sağlanması olarak belirtilmiştir. Söz konusu direktifin hazırlanmasında 2002 tarihli Yeşil Kitap ve 2004 tarihli Arabuluculuğun Etik Kuralları adlı çalışmaların temel alınmıştır. Komisyon başkanı Jacques Barrot, anılan direktifin kabul edilmesi ile 1999 yılında Tampere’de kararlaştırılan çalışmaların politik olarak sözünün tutulduğunu ve arabuluculuk yolu ile medeni ve ticaret hukuku alanındaki uyuşmazlıkların daha az masrafla,

---

<sup>53</sup> [http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_de.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_de.htm), 29.07.2009.

<sup>54</sup>Söz konusu yönerge önerisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek, Avrupa Konseyi, s.206 vd. Ayrıca metnin çevirisi için bkz. Tekin, Ceren, Medeni ve Ticari Konularda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine Dair 2004/0251 (COD) ve 2004/0718 (COM) Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi Önerisi, MİHDER, 2006/3, s. 1343-1348

<sup>55</sup>2008/52/EG sayılı direktif için bkz. <http://eur-lex.europa.eu> (Almanca karşılığı: Richtlinie 2008/52 EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21 Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, İngilizce karşılığı: Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21st May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matter), 29.07.2009.

daha çabuk ve tarafların menfaatleri doğrultusunda çözülebileceğini ifade etmiştir<sup>56</sup>.

Söz konusu yönerge ile getirilen en önemli düzenlemeler; uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde görülmesi sırasında, hâkimin davanın bütün koşullarını dikkate alarak tarafları arabuluculuğa davet edebileceği, komisyonun ve üye devletlerin arabuluculuk hizmetlerinin gelişmesi ve kalitesinin artırılması için çeşitli kurallara uyulmasını ve arabulucuların eğitimini desteklenmesi, arabuluculuk süreci sonunda yapılan anlaşmalara her devletin kendi iç hukuk düzenlemesine göre icra kabiliyetinin sağlanması için mahkeme veya noterler tarafından onaylanarak ilam niteliği kazandırılmasının sağlanması, arabuluculuk müzakerelerinin anlaşma ile sonuçlanmaması halinde, taraflardan birinin açıkladığı görüş, öneri ve belgelerin diğer taraf aleyhine delil olarak kullanılmayacağı, ayrıca arabulucunun da devlet mahkemelerinde yapılan bir yargılama sırasında arabuluculuk müzakereleri sırasında öğrendiği bilgi ve belgeleri mahkemeye sunamayacağı ve tanık olarak katılamayacağı, böylece gizlilik ilkesine bağlı kalınacağı ve arabuluculuğa başvurulması halinde arabuluculuk sürelerinin duracağı yönündedir.

Görüleceği üzere Avrupa Birliği yaptığı ayrıntılı çalışmalar ve düzenlemelerle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve özellikle arabuluculuk yöntemini desteklediğini göstermiş, bu suretle üye devletlerin bu konuda ulusal düzenlemeler yapmasını teşvik etmiştir.

#### **IV. AVRUPA MEDENİ USUL MODEL KANUNU TASARISI**

Avrupa Medeni Usul Model Kanun Tasarısı, 1987 yılında gerçekleştirilen 8. Uluslararası Usul Hukuku Kongresinde Avrupa Birliği'ne dahil üye ülkelerin usul hukukçularının oluşturduğu çalışma grubu tarafından hazırlanan bir Model Kanun'dur. Bu Model Kanun 1993 yılında gerekçeleriyle birlikte tamamlanmış olup, üye ülkelerin kendi ülke kanunlarını bu kanuna göre şekillendirmeleri ve eksikliklerini gidermeleri amacıyla hazırlanmıştır<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup><http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do>, 29.07.2009.

<sup>57</sup>Ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez,Hakan/Yeşilova, Hakan,Avrupa Medeni Usul Model Kanunu Tasarısı ve Değerlendirilmesi, Prof.Dr.Mahmut Tefik Birsnel'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001,s. 335-367; Pekcanitez, Yargının Hızlandırılması, s. 48 vd.

Söz konusu Model Kanun'un birinci bölümünün ilk dört maddesi tarafların mahkeme önünde uzlaşması ile ilgilidir. Hâkimin taraflar arasında uzlaştırıcı görevi görebileceği, taraflardan birinin uzlaşma görüşmelerinin yapılabilmesi için mahkemeden bir oturum talep edebileceği, hâkimin davanın herhangi bir aşamasında, tarafların uzlaşma için yapılacak oturuma bizzat katılmalarını emredebileceği ve oturum sonucunda taraflarca varılan ve mahkeme tarafından onaylanan anlaşmanın bir mahkeme hükmü gibi yazılacağını ve icra edileceği düzenlenmiştir.

Model Kanun'da arabuluculuk yöntemi ile ilgili bir düzenlemenin yer olmadığı, yalnızca hâkimin tarafları sulhe teşvik edebileceği ve de arabulucu rolü üstlenebileceği yönünde düzenleme mevcuttur. O halde Model Kanun'un getirdiği düzenleme "yargısal arabuluculuk" olarak nitelendirilebilir<sup>58</sup>. Genel olarak burada taraflar arasındaki barışın sağlanması ve uyuşmazlıkların sulh yolu ile çözümünün amaçlandığını söyleyebiliriz.

## **B. BAZI ÜLKELERDE ARABULUCULUK İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER**

Arabuluculuk yönteminde uyulması gereken zorunlu yöntemler bulunmaması, bu yöntemin uyuşmazlık çözümünde zorunlu bir kurum olarak dayatılmaması gerektiği, asıl olan toplumlarda uzlaşma kültürünün yaygınlaştırılması gerektiği düşünceleriyle, bu konuda normatif bir düzenlemenin gerekli olup olmadığı tartışması gündemdedir<sup>59</sup>. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki; asıl arabuluculuk yönteminde uyulması gereken belirli kurallar olmaması, bu yöntemin esnek olması, faaliyet alanı ile ilgili kesin sınırlar bulunmaması, başvuran tarafların sosyal ve ekonomik statülerini etkilemesi gibi sebeplerle kanun koyucunun bu yöntemi detaylı bir şekilde düzenlemesi gerekir. Arabuluculuk esasında hukuk mantığı anlamında bir yargılama yolu değil, sosyal ve psikolojik temeller üzerine oturmuş uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Arabuluculuğun kanunlarla düzenlenmesi

---

<sup>58</sup> Özbek ,s.624. Nitekim Özbek, Model Kanunu'un getirdiği hükümleri yeterli bulmamaktadır. (Özbek, s.624).

<sup>59</sup>Miklautsch,s.4; Trenczek,Thomas, Normative Regelung des Mediationsverfahrens, [http://www.steinberg-mediation-hannover.de/Mediation\\_Arbeitshilfen/Nds\\_Mediationsgesetz\\_-\\_Konsens\\_Stellungnahme.pdf](http://www.steinberg-mediation-hannover.de/Mediation_Arbeitshilfen/Nds_Mediationsgesetz_-_Konsens_Stellungnahme.pdf),

30.07.2009,s.1.Nitekim bu tartışmalar "Kanun bolluğu" (Gesetzesflut), kelimesiyle özdeşleştirilmiştir (Miklautsch, s.4). Örneğin 3-5 Nisan 2006 tarihinde Ankara'da yapılan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyum'unda Aydın, Türk Mevzuatının hukuk uyuşmazlıklarının uzlaşma ve arabuluculukla çözümüne ilişkin herhangi bir engelle karşılaşmadığını ve hukuk uyuşmazlıklarının bu yolla çözümlenmesi için ayrıca bir kanuna gerek olmadığını ve önemli olan toplumda uzlaşma kültürünün yaygınlaştırılması olduğunu fikrindedir.Bkz.Aydın, Murat (Adana Çocuk Mahkemesi Hâkimi), Alternatif İhtilaf Çözümlerine Genel Bakış, Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2006, s.94.

bu yöntemin güvenilirliğini ve kalitesini artıracak ve başvuran tarafları bazı sakıncalardan koruyacaktır<sup>60</sup>. Burada arabuluculuk yöntemine ilişkin en önemli sakıncalardan biri “arabulucu” nun niteliğidir. Zira bu yöntemin kanunlarla düzenlenmesi ve arabulucunun bu kanunlarda düzenlenen özelliklere sahip olması, herkesin bu mesleği yapmasını ve bundan haksız kazançlar elde etmesini önleyecektir<sup>61</sup>.

Kanaatimizce de arabuluculuk yönteminin ne şekilde yapılacağına, maddi hukuktaki etkilerinin ne olacağına, arabulucuların eğitimi ve sorumluluğuna ilişkin detaylı düzenlemeler yapılmalıdır. Ancak bu şekilde uzlaşma kültürünün pek yaygın olmadığı günümüz toplumlarında bu yöntemin tanınması ve toplumdaki bireylerin bu yönteme ilişkin güveninin oluşması sağlanabilir.

Çalışmamızın mukayeseli hukuk bölümünde Almanya ve Avusturya ve İsviçre Kantonları’ndaki mevcut arabuluculukla ilgili düzenlemeler ile İsviçre Medeni Usul Kanunu Tasarısı’ndaki düzenlemeler incelenecektir.

## **I. ALMAN HUKUKU**

### **a. Genel Düzenleme**

Almanya’da, hukuk uyuşmazlıklarının mahkeme dışı yollarla çözümlenmesine ilişkin federal düzeyde geçerli bir kanun bulunmamaktadır. Bununla birlikte 15 Aralık 1999 tarihli, 01 Ocak 2000 yürürlük tarihli Alman Medeni Usul Kanunu’nun Meriyet ve Tatbiki Hakkında Kanun (Gesetz, betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung, EGZPO) md. 15 a, uyuşmazlıkların öncelikle arabuluculuk yoluyla çözümlenebileceği hususuna yöneliktir. Almanya’da 13. yasama döneminde, çeşitli eyaletlerde, özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda yargılama prosedürünün basitleştirilmesi ve çekişmesiz yargı işlerine ilişkin olarak kanun tasarıları hazırlanmış, ancak bu çabalar başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Bunun üzerine de hazırlanan tasarılarından esinlenilerek anılan 15 a maddesi yürürlüğe girmiştir.

Federal kanun koyucu bu madde ile, eyalet kanun koyucularına medeni yargılama

---

<sup>60</sup> Miklautsch, s.6; Trenzccek, s.1

<sup>61</sup> Trenzccek, s.2

hukuku alanında özel hukuka ilişkin bir dava açılmadan önce arabuluculuk yolunun uygulanmasının mecburi olması yönünde yetki vermiştir. Buna göre; uyuşmazlıkların mahkeme dışında çözümlenmesi, her bir eyalet kanun koyucunun uygulamasına bırakılmıştır<sup>62</sup>.

O halde, anılan md. 15 a uyuşmazlıkların mahkeme dışı yollarla çözümlenmesine ilişkin bir çerçeve hüküm olmakla birlikte, her bir eyalet bu konuyu ayrıntılı bir şekilde, kendi uygulamalarına göre düzenleyebilecektir. Ancak söz konusu maddenin, anayasaya uygunluğu konusunda problemler mevcuttur. Zira her bir eyalet md. 15a çerçevesinde bu konuyu farklı düzenleyebilecektir. Bu durumda da A eyaletinde oturan ve o eyaletteki düzenleme çerçevesinde davacının, dava açmadan önce bir arabulucuya başvurması zorunlu görülmüşse, A eyaletinde oturan davacı, bu durumu, bu yönde bir düzenlemeye yer vermeyen B eyaletindeki davacıya göre, eşitlik ilkesine aykırı bulabilecektir<sup>63</sup>.

Anılan düzenlemedeki bir başka tartışma konusu da bu maddenin kanunda yer almasının doğru olup olmadığı noktasındadır<sup>64</sup>. Doktrinde tamamıyla taraf iradesine bağlı ve gönüllülük usulü ile işlerlik kazanan arabuluculuk kurumuna başvurunun bu madde ile zorunlu hale getirildiği ve de aynı zamanda kanunla düzenleme yapılarak uyuşmazlıkların mahkeme dışı çözümlenmesine sınırlama getirdiği gerekçeleriyle, bu şekilde bir düzenlemeye bir kuşku ile yaklaşılmaktadır. Bununla birlikte, uyuşmazlıkların mahkeme dışı yöntemlerle çözümlenmesinin eyalet kanun koyucularına bırakılması halinde, bu kurumun kötü düzenlenmesi riskinin mevcut olduğu, kanunla sadece bu yöntemlerin temel özellikleri düzenlenmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>65</sup>.

Kanunla bu şekilde zorlayıcı bir düzenleme yapılmasının amacı şüphesiz uyuşmazlıkların gönüllü olarak bir anlaşmayla sonlandırılması olup, şayet tarafların anlaşma

---

<sup>62</sup> Wolfram-Korn/Schmarsli, s.8; Thomas,Heinz/Putzo,Hans, Zivilprozessordnung,26. Aufl, München 2004, s. 1721.; Lüke, Gerhard/Wax Peter, Münchener Kommentar ,Band 2 Kommentar zur Zivilprozessordnung §§ 355-802, 2. Aufl., München 2000, 2186-2187

<sup>63</sup>Krafka/Schmidt/Heck/Prütting/Taxis, s. 21. Anayasaya aykırılık sorunu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Krafka/Schmidt/Heck/Prütting/Taxis, s.19 vd.

<sup>64</sup>bkz. Hirsch, Günter, [http://www.km-kongress.de/download/2006\\_festvortrag\\_prof-dr-hirsch.pdf](http://www.km-kongress.de/download/2006_festvortrag_prof-dr-hirsch.pdf), 30.07.2009, s.4. Hirsch, md 15 a'ya şüphe ile yaklaştığını, ancak hemen bir sonuca varmanın doğru olmadığını, bu konuda bir çok çalışma yapıldığını, edinilen tecrübe ve uygulamaların sonuçlarına göre yorum yapılabileceğini belirtmektedir (Hirsch, s.4).

<sup>65</sup> Römer, s.13.

iradeleri yoksa arabuluculuk için zorlayıcı bir düzenleme de anlamlı olmayacaktır. Bu madde uyarınca tarafların mahkemeye başvurmaksızın üzerinde anlaşabileceği uyuşmazlıkların sınırlandırıldığı görülmektedir. Düzenleme çerçevesinde, her türlü uyuşmazlık arabuluculuğa elverişli olarak görülmemiştir<sup>66</sup>.

Buna göre EGZPO md. 15 a uyarınca; konusu para veya parasal değer olup, toplamı 750 Euro'yu aşmayan taleplere ilişkin parasal uyuşmazlıklar, komşuluk hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar ve kişinin şeref ve onuruna yönelik uyuşmazlıklarda eyalet kanun koyucusuna arabuluculuk yoluyla uyuşmazlıkları çözmeye yönelik düzenleme yapabilme hakkı tanınmıştır. Burada komşuluk hukukuna yönelik uyuşmazlıklar ile kişinin şeref ve onuruna yönelik uyuşmazlıklar arabuluculuk yöntemi ile çözülmeye uygun uyuşmazlıklar olarak görülmüştür. Zira bu tür uyuşmazlıklarda geleceğe dönük çözümler üretebilme imkanı mümkün olup, burada da arabuluculuğa elverişlilik taraf iradelerine bağlanmıştır. Şayet taraflar mahkeme önünde çok şiddetli bir şekilde savunmaya geçmişlerse, tarafları arabulucuya göndermek mantıklı olmayacaktır. Ancak talep için karşı tarafa ödeme ihtarlı bir dava açılmışsa veya tarafların ikamet<sup>67</sup> veya şubeleri aynı eyalet mahkemesi sınırlarında değilse, bu durumda arabuluculuk süreci işlemez. Ayrıca ZPO md. 323 'de düzenlenen değişiklik davaları<sup>68</sup>, md. 324'de düzenlenen kesinleşmiş bir hükmün geleceğe yönelik etkilerini değiştiren davalar, md. 328'de düzenlenen yabancı mahkeme kararlarının tanınmasına ilişkin dava<sup>69</sup>, karşı dava<sup>70</sup>, hak düşürücü süreye bağlı olarak açılacak davalar<sup>71</sup>,

---

<sup>66</sup> Krafka/Schmidt/Heck/Prütting/Taxis, s. 27.

<sup>67</sup> Kanun maddesi burada her ne kadar "oturmak"(wohnen) ifadesini kullanmışsa da, burada kastedilen "gerçek ikametgah" (tatsächliche Aufenthalt)'dır. Bkz. Wolfram-Korn/Schmarsli, s.10

<sup>68</sup>Değişiklik davaları (Abänderungsklagen), konusu süregelen ve geleceğe etkili edimlere ilişkin bir kararın değiştirilmesi davasıdır.(Örneğin nafakanın yükseltilmesi davası). Değiştirme davası ile elde edilmeye çalışılan usulidurumun etkileri mahkeme dışı çözüm yolları ile elde edilemez. Bkz.Krafka/Schmidt/Heck/Prütting/Taxis, s.50.

<sup>69</sup>Yabancı mahkeme kararlarının tanınmasına ilişkin dava, kural olarak kesin hükümlerle sonuçlanan davalar değildir, bunlar tespit davası niteliğindedir.Bu durum için EGZPO 15 a/II arabuluculuk yolunu kapatmıştır Bkz. Krafka/Schmidt/Heck/Prütting/Taxis, s.50

<sup>70</sup>Karşı davada mahkeme karar verirken aslında tarafların uyuşmazlık konusu ile bağlıdır; usul ekonomisi ilkesi de gözetilerek karşı davada arabuluculuk yolu uygun görülmemiştir. Ancak bunun iki istisnası mevcuttur. Karşı davanın şartlarından en önemlisi açılan ilk dava ile arasında irtibat bulunmasıdır. Şayet iki dava arasında irtibat bulunmuyorsa mahkeme ZPO md. 145/II 'ye göre açılan davaları ayıracaktır. Bu durumda da bu ayrı bağımsız davanın arabuluculuk yöntemi ile çözülmesi mümkün olabilecektir.Bir diğer istisna da, üçüncü kişi tarafından dava açılmasıdır (Drittwerklage). Bu durum aslında bir taraf genişlemesi olup, davalı taraf açısından da arabuluculuk yöntemini imkansız kılmaz. Bkz. Krafka/Schmidt/Heck/Prütting/Taxis, s.50-51

<sup>71</sup>Bu tür davalar için arabuluculuk yöntemine başvurulması ile bu sürelerin duracağı yönünde 26.11.2001 tarihinde kabul edilen ve tüm zamanaşımına ilişkin sürelerin de yeniden düzenlendiği Borçlar Hukuku Reformuna İlişkin Kanun' da (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001) bir düzenleme mevcut olmadığından arabuluculuk yöntemi uygulama alanı bulmayacaktır. Kanun tarafından konulan ve



aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar ve yargılamanın yenilenmesi davalarında<sup>72</sup>, kambiyo senetlerine ilişkin usullerde ve icra hukukuna ilişkin davalarda<sup>73</sup> arabuluculuk yöntemi geçerli olmayacaktır.

EGZPO md. 15 a'nın uygulama alanına giren bir uyuşmazlıkta taraflar mutlaka resmi olarak tanınmış arabuluculuk kurumlarına başvurmak zorundadırlar. Şayet arabuluculuğa yönelik bu çaba başarısızlıkla sonuçlanırsa başvuru sahibine buna ilişkin belge verilir. Söz konusu belge taraflar arasında dava açılabilmesinin şartını oluşturur. Bir diğer deyişle, taraflar arasındaki uzlaşmaya yönelik çalışmanın başarısızlıkla sonuçlandığına ilişkin arabuluculuk kurumu tarafından verilen belge, açılacak davada dava şartı niteliğindedir. Buna karşın şayet davacı, arabuluculuk sürecine başvurmadan dava açma yoluna gitmişse, hâkim dava şartı noksanlığından davayı hemen reddetmemeli, derdest davayı erteleyerek, tarafların arabuluculuk sürecine başlaması için süre vermelidir. Davacı açısından bir hak kaybına uğranmaması için arabuluculuk sürecine başlanmasına ilişkin başvurunun yapılmasıyla birlikte zamanaşımı süreleri duracaktır<sup>74</sup>. Arabuluculuk başvurusuna ilişkin dilekçenin karşı tarafa tebliği ile beraber uyuşmazlık konusu talep ile ilgili derdestlik

---

mahkeme tarafından re'sen gözetilen bu süreli davalara örnek olarak Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) md. 558/II'ye göre açılan kira yükseltme davalarını verebiliriz. Bkz. Krafka/Schmidt/Heck/Prütting/Taxis,s.51. Ancak özel kanunlarda hak düşürücü sürenin korunması için talebin dava yoluyla ileri sürülmesi öngörülmüşse-örneğin Sigorta Sözleşmeleri Kanunu (Versicherungsvertragrecht) md.12/III gibi-bu durumda arabuluculuk başvurusu ile süreler korunmuş olacaktır ve md. 15 a/II uygulama alanı bulmayacaktır. Bkz. Krafka/Schmidt/Heck/Prütting/Taxis, s.79

<sup>72</sup> Arabuluculuk yönteminin geçerli olmadığı yargılamanın yenilenmesine ilişkin davalar ZPO md. 579 uyarınca açılan butlan davaları ile ZPO md. 580 uyarınca açılan istirdat davalarıdır. Bkz. Krafka/Schmidt/Heck/Prütting/Taxis,s.53

<sup>73</sup> Arabuluculuk yönteminin uygulanamayacağı icra hukukuna ilişkin davalar şunlardır: İlamın cebri icraya elverişli olması için açılan dava (die Vollstreckungsklage, ZPO md.723), mahkeme kararının icrasına ilişkin şartların mevcut olduğuna ilişkin açılan dava (die Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel, ZPO, md.731), müdahelenin men'i davası (die Vollstreckungsabwehrklage, ZPO, md.767,785), mahkeme kararının icrasına ilişkin şartların mevcut olduğuna ilişkin açılan davaya karşı açılan dava (Klauselgegenklage, ZPO, md.768), istihkak davaları (Drittwiderrspruchsklage, ZPO md. 771), imtiyazlı olarak açılan ödemedden kurtulma davası (die Vorzugsklage, Klage auf verzugsweise Befriedigung, ZPO md.805), birden fazla haciz olduğunda açıldığında(KlagebeimehrfächerPfändung,ZPO,md.856),itirazdavası(Widerrspruchsklage,ZPOmd.878).Bkz.Krafka/Schmidt/Heck/Prütting/Taxis,s.55.

<sup>74</sup>EGZPO md.15 a'da arabuluculuk sürecinin başlaması ile zamanaşımı sürelerinin duracağına ilişkin bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte, bu konuda tartışmalar yaşanmıştır. EGZPO md. 15a ile zorlayıcı olarak arabuluculuk kurumuna başvurulduğunda zamanaşımı sürelerinin duracağına ilişkin bir düzenleme yapılırsa, bunun eşitliğe ve hukuk güvenliği ilkesine aykırı olabileceği düşünülmüştü. Ancak 01.01.2002 yılından sonra, Borçlar hukuku reformu (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, 26.11.2001) ile birlikte bu sorun ortadan kalkmıştır. Bu reformda tüm zamanaşımı süreleri yeniden düzenlenmiştir. Buna göre 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren BGB md.204/ II,f.4 düzenlemesi ile resmi olarak tanınan uzlaşma kurumlarına başvuru zamanaşımı sürelerini durduracaktır. Bu hüküm aynı zamanda EGZPO /I 'de düzenlenen arabuluculuk kurumları için de geçerli sayılacaktır. Bkz. Krafka/Schmidt/Heck/Prütting/Taxis, s.30-31

durumu olmayacaktır<sup>75</sup>.

Arabuluculuk kurumu tarafından uzlaşmaya ilişkin çalışmaların başarısızlıkla sonuçlanması halinde taraflara bir belge verilmesi gibi arabuluculuk sürecine başvurulduğu halde 3 ay içerisinde bir anlaşma sağlanamaması durumunda da taraflara bir belge verilir. Tarafların uzlaşması halinde arabuluculuk kurumu tarafından hazırlanan anlaşmalar icra edilebilecektir. Buna göre, EGZPO md. 15 a düzenlemesinde kanun koyucu belirli uyuşmazlıklara ilişkin zorunlu arabuluculuk kurumunu benimsemiştir. Hangi arabuluculuk kurumlarının faaliyet göstereceği, resmi olarak tanınacağı, arabuluculuk sürecinin nasıl işleyeceği, masrafların ne olacağı konularını her bir eyalet kendi kanunları ile düzenleyecektir. Bugüne kadar Bavyera, Baden-Württemberg, Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen-Anhalt ve Schleswig-Holstein eyaletleri Arabuluculuk Kanunu mevcuttur<sup>76</sup>.

Bavyera Eyaleti EGZPO 15 a'nın arabuluculukla ilgili düzenleme yapılmasına ilişkin eyalet kanun koyucularına yetki vermesi üzerine, bu konuda düzenleme yapan ilk eyalet<sup>77</sup> olup aynı zamanda Türk Arabuluculuk Kanun Tasarısı hazırlanırken de model teşkil eden bir kanunlardan biridir. Bu sebeple Bavyera Eyaleti Arabuluculuk Kanunu'nu ayrı bir başlık altında incelemeyi uygun bulduk<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> Bu konuda md. 15 a'da açık bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte, BGB md. 204/I, f. 4 ve 209/I, f.1a uyarınca, arabuluculuk süreci içerisinde uyuşmazlık konusu talebe ilişkin derdestlik ortaya çıkmayacaktır. Bkz. Krafska/Schmidt/Heck/Prütting/Taxis, s.80

<sup>76</sup>Rosenberg, Leo/Scwab,Karl Heinz/Gottwald,Peter, 16.Aufl., München 2004, s.732-733, Wolfam-Korn-Scmarsli, s.8; Thomas, Heinz/Putzo,Hans, Zivilprozessordnung,26. Aufl, München 2004, s.1721.

<sup>77</sup> Greger, Reinhard, Abschlussbericht zum Forschungsprojekt, “ Aussergerichtliche Streitbeilegung in Bayern”, [http://www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj\\_internet/ministerium/ministerium/abschlussberichtbayschl\\_g.pdf](http://www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj_internet/ministerium/ministerium/abschlussberichtbayschl_g.pdf), 30.07.2009, s. 4.

<sup>78</sup>Ayrıca yine Arabuluculuk Kanun Tasarısı hazırlanırken Baden Württemberg Eyaleti Arabuluculuk Kanunu 'da model olarak alınmıştır. Bkz. Arabuluculuk Kanun Tasarısı genel gerekçe, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmkom/arabuluculuk.pdf>, 30.07.2009. Baden Württemberg Arabuluculuk Kanunu ( BW Arabuluculuk Kanunu) Bavyera Eyalet Kanunu ile genel olarak paralel düzenlemeler içermekte ancak bazı noktalarda farklılıklar arz etmektedir. Söz konusu farklılıkları da Bavyera Arabuluculuk Kanunu'nun ilgili bölümlerinde dipnotlarda belirtilmiştir.

## **b. Bavyera Eyaleti Uzlaşma Kanunu<sup>79</sup>**

### **1. ARABULUCULUĞA BAŞVURULMASI ZORUNLU UYUŞMAZLIKLAR**

Bavyera Arabuluculuk Kanunu uyuşmazlıkların mahkeme dışı çözümüne ilişkin yeterli talep olmamasından dolayı hazırlanmış olup, amacı bu yöntemlerin kullanılması hakkında halkı bilinçlendirmektir<sup>80</sup>.

Söz konusu 25.04.2000 tarihli Arabuluculuk Kanunu'nda sulh hukuk mahkemesinin görev alanına giren, konusu para veya parasal değer olup toplamı 750 Euro'yu aşmayan taleplere ilişkin parasal uyuşmazlıklarda, belirli komşuluk hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda, basın veya yayın yolu ile olmamak üzere, kişinin şerefine ve haysiyetine yönelik saldırılardan doğan taleplere ilişkin uyuşmazlıklarda mahkemeye başvurmadan önce arabuluculuk kurumuna başvurulması bir dava şartı olarak düzenlenmiştir<sup>81</sup>.

Buna göre; söz konusu taleplere ilişkin uyuşmazlıklarda talepte bulunan karşı tarafın onayını almaksızın arabuluculuk sürecini başlatabilir. Bu süreç içerisinde zamanaşımı süreleri işlemeyecek ve taraflar arasında bir anlaşma gerçekleşirse bu anlaşma icra edilebilecektir<sup>82</sup>

### **2. ARABULUCULUK KURUMLARI**

Arabuluculuk, resmi olarak tanınmış arabuluculuk kurumları tarafından

---

<sup>79</sup>Söz konusu kanun metni için bkz. [http://www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj-internet/ministerium/namensartikel/schlichtungsgesetz\\_010109.pdf](http://www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj-internet/ministerium/namensartikel/schlichtungsgesetz_010109.pdf), 30.07.2009. Ayrıca Türkçe'ye çeviri için bkz. İsfen, Osman, MİHDER, 2006/3, 25 Nisan 2000 Tarihli Hukuk Davalarında Mahkeme Dışı Mecburi Uzlaşmaya ve Mahkemeler Teşkilatına Dair Hükümlerin Değiştirilmesine İlişkin Bavyera Eyaleti Kanunu (Bavyera Uzlaşma Kanunu), s. 1335-1348.

<sup>80</sup>Greger, s. 4 vd.

<sup>81</sup>bkz. Tanriver, Arabuluculuk Kurumu, s.832 vd. 01.07.2000 tarihinde yürürlüğe giren Almanya'nın BW Eyaleti Arabuluculuk Kanunu (Gesetz zur obligatorischen aussergerichtlichen Streitschlichtung, Schlichtungsgesetz BW) çerçevesinde de Bavyera Eyalet Kanunu düzenlemesinde olduğu gibi bazı uyuşmazlıklarda dava yoluna başvurulmadan önce arabuluculuk yoluna başvurulması dava şartı olarak öngörülmüştür. Arabuluculuk yoluna başvurulması gereken uyuşmazlıklar da Bavyera Eyalet Kanunu'ndaki davalarla paralellik göstermektedir (md.1). BW Arabuluculuk Kanunu metni için bkz. <http://www.jum.baden-wuertemberg.de/servlet/pb/show/11412683/Streitschlichtungsgesetz.pdf>, 30.07.2009. Ayrıca bkz. Tanriver, Arabuluculuk Kurumu, s.834 vd., Wolfram-Korn/Schmarsli, s.22 vd.

<sup>82</sup> Wolfram-Korn / Schmarsli, s.35

gerçekleştirilecek olup, bu kurumlar ancak iki tarafın anlaşarak başvurması halinde arabuluculuk sürecinin yürütülmesinde yetkili kılınmıştır (md.3/I). Taraflar bu konuda anlaşamazlarsa, bu durumda yer bakımından yetkili arabuluculuk kurumu<sup>83</sup> arabuluculuk sürecini yürütecektir.

EGZPO md. 15 a'nın eyalet mahkemelerine yetkili arabuluculuk kurumlarının düzenlenmesine yönelik imkân vermesine karşın<sup>84</sup>, Bavyera'da mevcut kurulmuş bir arabuluculuk kurumu ağı mevcut değildir. Şimdiye kadar deneme amaçlı olarak, Münih, Traunstein, Würzburg ve Regensburg mahkemelerinde Bavyera Adalet Bakanlığı tarafından yapılan basit duyurularla kurulan arabuluculuk kurumları ilan edilmektedir. Bu kurumlarda genellikle emekliye ayrılan hâkimler arabulucu olarak görev yapmaktadır<sup>85</sup>.

Resmi arabuluculuk kurumları dışında md.3'de, arabulucu olarak, taraf vekili konumunda bulunmayan avukatlar, noterler, sanayi ve ticaret odaları, birlikleri, meslek kurumları görev yapabilirler. Esasında Bavyera Arabuluculuk Kanunu çerçevesinde arabulucu olarak noterler ve arabuluculuk işlevini sürekli olarak yürüteceğine dair baroya bir taahhütte bulunmuş ve baro tarafından da kendisine izin verilmiş olan avukatlar öngörülmüştür.<sup>86</sup> Noterlerin arabulucu olarak görev almasına ilişkin md. 5/ III, f.3 'ün EGZPO md.15 a/VI'ya yaptığı atıf uyarınca, her Bavyera Eyaleti Noteri ZPO md. 794/I, f.1 uyarınca arabulucu olarak görev yapabilir<sup>87</sup>. Avukatların da barolara arabuluculuk mesleğini

---

<sup>83</sup> Yer bakımından yetkili arabuluculuk kurumu md. 6'da belirtilmiştir. Buna göre; eyalet mahkemesi bölgesinde yer alan birden çok arabuluculuk kurumu arasında, başvuru sahibi taraf, seçim hakkına sahip olup, karşı tarafın kendisinin veya şubesinin ikametgahının bulunduğu sulh mahkemesi bölgesinde arabuluculuk kurumlarının mevcut olduğu durumlarda bunlar arasından seçim yapabilir. Bu bölgede ilk başvuru arabuluculuk kurumu aynı zamanda karşı başvuru için de yetkilidir.

<sup>84</sup>Md. 5/III 'e göre, Bavyera Yüksek Eyalet Mahkemesi Başkanı, ZPO md. 794/I f.1'de belirtilen diğer arabuluculuk makamlarını, Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'nun Uygulanması Kanunu md. 22'de belirtilen şartlar altında kurabilir ve tanıyabilir.

<sup>85</sup>Krafka/Schmidt/Heck/Prütting/Taxis, s.86. BW Arabuluculuk Kanunu md. 2, ZPO md. 794/ I f. 1'de tanımlanan arabuluculuk kurumlarına ilave olarak her sulh mahkemesinin yargı çevresi içerisinde bir arabuluculuk kurumunun kurulması esaslı belirlenmiş ve bu yerin resmi arabulucu olarak tanınacağını düzenlemiştir.

<sup>86</sup>BW Arabuluculuk Kanunu'na göre; arabulucular barolar tarafından avukatlar arasından belirlenir. Yetkili baro, her yılın 1 Aralık günü, o yer yargı çevresi için arabulucu olarak görevlendirilen avukatları belirler ve liste halinde yayınlar. Bu, arabulucu olarak yeni kabul edilmiş olan avukatların o yıl içerisinde hemen arabulucu olarak görev yapamayacakları anlamına gelmektedir. Bunun dışında tecrübeye ilişkin başka bir kısıtlama öngörülmemiştir. Arabuluculuk görevini yapmaya hazır her avukat arabulucular listesine alınabilecektir. Listede adı geçen avukatlar arabuluculuk görevini yapmak zorundadırlar. Bkz. Wolfram-Korn/Schmarsli, s.37-38.

<sup>87</sup>Bavyera Eyaleti'nde 2001 yılı itibarıyla 491, 2002 yılı itibarıyla 497, 2003 yılı itibarıyla 500 ve 2004 yılı itibarıyla 494 noter görev yapmaktadır. O halde her yıl noterlerin sayısında artma gözlenmektedir. Bkz.Greger, s.6.

sürekli olarak ifa edeceklerine dair bir taahhütte bulunmaları onların resmi arabulucu olarak görev yapmalarını sağlar. Burada baroların avukatları resmi arabulucu olarak görev yapıp yapmayacaklarını takdir etme yetkisi ve de bu konuda yetenekli olup olmadıklarını ölçme gibi bir imkânları bulunmamaktadır. Ancak söz konusu taahhüt ile beraber avukatlar arabulucu olarak baroların denetimine girerler<sup>88</sup>.

### 3. ARABULUCUNUN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Resmi arabulucu olarak görev yapan avukat ve noterler, arabuluculuk görevinin ifasında kendileri için öngörülmüş genel meslek kurallarına uyar, görevlerini tarafsız ve bağımsız bir şekilde yerine getirirler ve arabuluculuk sürecinin hızlı bir şekilde sona erdirilmesine özen gösterirler. Arabulucu olarak görev yapan noter ve avukatların öncelikle kendi meslek kuralları uyarınca sır saklama yükümlülükleri mevcuttur. Ayrıca arabulucuların, arabuluculuk sürecinin konusu olan olgulara ilişkin tanıklıktan çekilme hakları mevcuttur. Arabulucu ancak tarafların muvafakati ile sır saklama yükümlülüğünden muaf tutulursa, arabuluculuk konusu ile ilgili uyuşmazlıkta sonradan aynı uyuşmazlık konusuna ilişkin açılan davada tanıklık yapabilir. Arabulucu olarak faaliyet göstermiş olan kişi, aynı uyuşmazlık çerçevesinde her iki tarafın da mahkeme sürecinde vekili olamaz. Avukat arabulucular bu yükümlülüğe uymazlar ise, bağlı buldukları baro resmi arabuluculuk görevlerini md. 5/II uyarınca iptal etme hakkına sahiptir<sup>89</sup>.

### 4. ARABULUCULUK SÜRECİ

Başvuru sahibi tarafından yapılan arabuluculuk başvurusu arabuluculuk kurumu tarafından mutad iş saatleri içerisinde kabul edilir ve kayıt altına alınır (md.7). Arabuluculuk başvurusunun arabuluculuk kurumu tarafından kayıt altına alındığı tarih itibarıyla

---

<sup>88</sup>Krafka/Schmidt/Heck/Prütting/Taxis, s.87-88; Gregner, s.8. Münih Barosu'na kayıtlı avukatlardan 2000 yılında 591, 2001 yılında 658 'in üzerinde, 2002 yılında 692, 2003 yılında 710, 2004 yılında toplam baroya kayıtlı 15.270 avukattan 716 avukat resmi arabulucu olarak görev yapmaktadır.Nürnberg'de Mayıs 2004 yılı itibarıyla 254 avukat resmi arabulucu olarak görev yapmaktadır. Bkz. Greger, s.8-9

<sup>89</sup> BW Arabuluculuk Kanunu md. 6 uyarınca arabulucu tarafsız ve bağımsız olmalı, arabuluculuk sürecine ilişkin konularda sır saklama yükümlülüğüne uymalı, gizlilik ilkesine aykırı davranmamalıdır. Bununla birlikte md. 3'de arabulucunun ilk olarak arabulucu olarak görevine ilişkin yasaklılık hallerinin bulunup bulunmadığını inceleme mecburiyeti vardır. Söz konusu md. 6/III'ün atfı dolayısıyla hâkimlere ilişkin ZPO md. 41'de düzenlenen hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olduğu haller ile md. 48'de düzenlenen hâkimin reddi hallerinde arabulucu da arabuluculuk görevini ifa edemeyecektir. Bkz. Krafka/Schmidt/Heck/Prütting/Taxis, s.106.

uyuşmazlık konusuna ilişkin zamanaşımı süresi de durmuş olacaktır. Burada kayıt için ayrı bir sicil tutulmasına gerek bulunmamaktadır, belgelendirmenin eksiksiz bir şekilde yapılması ve başvurunun alındığı tarihin genel bir takvime kaydedilmesi yeterlidir. Kayıt işleminin kolaylaştırılması açısından ayrı bir arabuluculuk defterinin tutulması önerilmekle beraber, bu işlemin bir şekil şartına bağlı olmamasından dolayı, kayıt bilgisayar ortamında da tutulabilir. Söz konusu başvurunu karşı tarafa da ulaştırılması aynı zamanda uyuşmazlık konusuna ilişkin zamanaşımı süresinin durması açısından önem teşkil eder. Burada dilekçenin karşı tarafa ulaşip ulaşmaması başvuru sahibinin sorumluluğundadır. Zira Bavyera Eyalet Kanunu bu konuda arabulucuya bir yükümlülük yüklememiştir<sup>90</sup>. Başvuruda tarafların isimleri ve tebligat yapılabilecek adresleri, uyuşmazlığın kısa bir özeti ve istemin konusu yer alır. Başvuruya resmi bildirim için gerekli fotokopiler eklenmelidir (md.9).

Söz konusu başvuru ile beraber arabuluculuk süreci başlamış olur. Arabulucu başvurunun kendisine ulaşmasından ve kendisine avansın<sup>91</sup> ödenmesinden sonra müzakereler için bir randevu tarihi belirler ve bu randevuya tarafları davet eder (md.10/I). Söz konusu davetin nasıl yapılacağına ilişkin kanunda bir düzenleme mevcut değildir<sup>92</sup>. Arabulucunun randevu tarihini arabuluculuk sürecinin hızlı bir şekilde sonuçlanması için mümkün olduğunca kısa bir zaman içinde belirlemesi gerekmektedir beraber, bu randevu tarihinin belirlenmesinde taraflara fikir oluşturmaları ve müzakerelere hazırlanmaları açısından da belirli bir zaman bırakılmalıdır. Burada arabuluculuk sürecinin sonlandırılması açısından md.10/IV, uyuşmazlığın hızlı bir şekilde sona erdirilmesi için uygun olan sürecin arabulucu tarafından takdir edileceğini düzenlenmiştir. Bu konudaki diğer sınır da md. 4/I'de düzenlenen arabuluculuk sürecinin üç ay içerisinde sonlandırılmasına ilişkindir.

---

<sup>90</sup>Krafka/Schmidt/Heck/Prütting/Taxis, s. 134-135. Buna karşılık BW Eyalet Kanunu'na göre başvuru dilekçesinin karşı tarafa ulaştırılması arabulucunun görevleri arasında yer alır (md.4/III,f.4).

<sup>91</sup> Md 13 /II 'e göre, sürecin arabuluculuk müzakeresi olmadan sona ermesi durumunda 50 Euro, arabuluculuk müzakeresinin gerçekleştiği durumlarda 100 Euro, md. 13/III, uyarınca, arabulucunun, uyuşmazlığın çözümüne ilişkin anlaşmanın icrası çerçevesinde taraflardan her ikisinin de görevlendirilmesi üzerine faaliyet göstermesi durumunda 50 Euro miktarında ek bir masraf doğar. Talep edilen masraf miktarı ile arabulucuların genel işletim giderleri karşılanmış olur. Arabulucular, posta ve işletim giderleri ile yazı harcamaları için toptan 20 Euro talep edebilir (md. 13/IV). Md. 14'e göre arabulucu arabuluculuk sürecinin icrasından önce başvuru sahibinden md. 13/II,f.2'de belirtilen masraf ve md. 13/IV'de belirtilen harcamalar miktarında avans talep eder.

<sup>92</sup>Buna karşın BW Arabuluculuk Kanunu'nda, arabulucunun tarafları nasıl davet edeceği belirlenmiştir. Buna göre, arabulucu taraflara posta yoluyla (mektup) bildirim yapabileceği gibi taraf avukatlarına tarih ve imzalı bir "alındı belgesi" ile de bildirim yapabilir. Bu bildirim ile beraber tarafların arabuluculuk müzakerelerine katılma yükümlülüğü doğar (md.7/II). Randevu tarihinin belirtildiği söz konusu davetiyenin taraflara tebliği önemlidir. Zira tarafların anılan randevu tarihinde bulunmamasına çeşitli sonuçlar bağlanmıştır (para cezası ve başarısızlıkla biten arabuluculuğa ilişkin belge verilmesi). Bkz. Wolfram-Korn/Schmarsli, s. 44.

Taraflar, arabuluculuk randevusunda bizzat hazır bulunmalıdırlar. Ancak bazı sınırlı durumlarda tarafların vekili de taraf yerine müzakerelere katılabilir. Bunun için vekil uyuşmazlık konusu hakkında yeterince bilgi sahibi olmalı ve sulh sözleşmesi yapabilmek için yazılı olarak yetkilendirilmiş olmalı ve arabulucu da tarafın kendisinin yerine vekilinin bulunmasını kabul etmelidir (md.11/I,II).

Arabulucu tarafından kararlaştırılan randevuya başvuru sahibinin geçerli bir mazereti olmadan katılmaması durumunda, md. 11/IV'e göre başvurunun geri alındığı kabul edilir ve başvuru sahibine md. 4'de belirlenen, dava açarken sunulması gereken, başarısızlıkla biten arabuluculuğa ilişkin belge verilir. Başvuru sahibi 14 gün içerisinde geçerli bir mazeret sunarsa, bu durumda arabulucu yeni bir müzakere tarihi belirler. Sunulan "geçerli" mazeret objektif ve makul olmalı, aynı zamanda da mazeret sunan tarafın iradesine uygun olarak bildirilmelidir. Başvuru sahibinin mazeretin geçerli olup olmadığına ilişkin ispat yükümlülüğü mevcut değildir. Aynı şekilde karşı taraf da randevuya katılmaya ve 14 gün içerisinde geçerli mazeret bildiriminde bulunmaz ise, başvurunun geri alındığı kabul edilir ve yine dava açmak için gerekli olan başarısızlıkla biten arabuluculuğa ilişkin belge verilir.

Arabuluculuk müzakerelerine taraflardan hiç biri katılmazsa, bu durumda öncelikle 14 gün beklenir; bu 14 gün içerisinde tarafların müzakerelere katılmamaya ilişkin geçerli bir mazeretin olduğu bildirilirse, bu durumda arabulucu tarafından yeni bir müzakere tarihi belirlenir. Taraflardan hiç biri geçerli bir mazeret sunmaz ise bu durumda md.11/IV uyarınca, arabuluculuk başvurusunun geri alındığı kabul edilir. Şayet başvuru sahibi müzakereleri devam ettirmek istemez ise ve bu iradesini de müzakerelere katılmayarak gösterirse, bu durumda arabuluculuk yönteminin asıl ilkesi olan iradilik unsuru zedelenecektir. Bu halde, artık mahkemede dava açmadan önce arabuluculuk prosedürüne başvurmak için bir menfaatin olmadığı kabul edilerek, arabuluculuk başvurusunun geri alındığı kabul edilmelidir <sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup>Krafka/Schmidt/Heck/Prütting/Taxis, s.157-158. BW Arabuluculuk Kanunu'na göre, arabulucu, sürecin başlangıcında tarafların hazır olup olmadıklarını veya usulüne uygun olarak temsil edilmediklerini incelemekle yükümlüdür. Şayet arabulucu taraflardan birinin olmadığını veya usulüne uygun olarak temsil edilmediği sonucuna varırsa, bu durumda davetin o kişiye ulaşmış olmadığını veya tarafın randevuya katılmamasına ilişkin bir mazeretinin olup olmadığını araştırır. Başvuru sahibi arabulucuya daha önceden yazılı olarak randevuya katılmayacağını bildirmezse arabuluculuk çalışmalarının başarısızlıkla sonuçlandığı kabul edilir. Başvuru sahibine arabuluculuk sürecinin başarısızlıkla sonuçlandığına ilişkin belge verilir (md.9/II) ve arabuluculuk süreci sona erer. Karşı taraf randevu tarihinden itibaren bir hafta içerisinde geçerli mazeretini bildirmezse aynı sonuçlar doğar, yani arabuluculuk çalışmalarının başarısızlıkla sonuçlandığına ilişkin belge



Arabuluculuk müzakerelerinin gizliliği prensibi gereği arabuluculuk sürecinin kamuya açık olmayacağı md. 10/II'de düzenlenmiştir. Ayrıca arabulucu tanık ve bilirkişi de davet edemez. Ancak buna karşın arabuluculuk sürecini geciktirmeyecek şekilde, tarafların masraflarını kendileri karşılayarak getirdikleri tanık ve bilirkişiler dinlenebilir, keşif ve muayene yolu ile tespitlerde bulunulabilir (md.10/III). Tarafların arabuluculuk müzakereleri sırasında bizzat hazır bulunmaları gerektiği düzenlenmekle beraber, müzakereler esnasında her iki taraf da bir danışman veya avukatını bulundurabilir. Bu gibi haller, yani arabuluculuk sürecine tanık, bilirkişiler, avukatlar veya danışmanların katılması görüşmelerin gizliliğini tehlikeye sokabilir. Zira arabulucuların arabuluculuk süreci sonucunda uyuşmazlık çözüme kavuşturulmazsa ve devlet mahkemelerinde dava açılırsa ancak tarafların muvafakati ile tanıklık yapabilmesine karşın, arabuluculuk sürecine katılan diğer kişilerin sır saklama yükümlülüğünden bahsedilmemiştir. Bu konudaki problemlerin aşılması için önceden arabuluculuk sürecinde elde edilen bilgilerin mahkemeye delil olarak sunulmasından feragat edileceği ve aksi davranış halinde cezai şart talep edileceğine ilişkin bir sözleşme imzalanması tavsiye edilmektedir. Bu şekilde bir anlaşma sağlanmazsa, taraflarda arabuluculuk süreci esnasında verilen imtiyazların veya sunulan bilgi ve belgelerin mahkemede değerlendirilmesi şüphesi olacaktır<sup>94</sup>.

Arabuluculuk süreci sözlü olarak yürütülür, istisnai olarak md. 10/IV çerçevesinde arabulucunun taktirine bağlı olarak yazılı yapılabilir. Kural olarak delillerin ikamesi gibi bir süreç mevcut olmamakla birlikte, arabulucu tarafından bu konuda yönlendirme yapılabilir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere tarafların getirdiği tanıklar dinlenebilir, ancak burada devlet mahkemelerindeki gibi belirli bir usule tabi delil ikamesi mevcut değildir. Zira burada arabulucunun tanık ifadelerini değerlendirerek uyuşmazlık hakkında bir karar vermesi söz

---

verilir (md.9/III) ve arabuluculuk süreci sona erer. Başvuru sahibi önceden bildirim yapmaksızın veya randevu tarihinden itibaren bir hafta içerisinde mazeret bildirmezse başvurusunu geri aldığı kabul edilir ve kendisine arabuluculuk sürecinin başarısızlıkla sonuçlandığına ilişkin belge verilmez (md.9/I). Şayet her iki taraf da müzakerelere katılmazsa arabulucu taktirine bağlı olarak gerekli prosedürü belirler. Burada yasal bir düzenleme yapılmamış ve sorunun çözümü uygulamaya bırakılmıştır. Bkz. Wolfram-Korn/Schmarsli, s.46-47; Krafka/Schmidt/Heck/Prütting/Taxis, s.156. Ayrıca yine BW Eyaleti Arabuluculuk Kanunu'nda, Bavyera Eyaleti Kanunu'ndan farklı olarak mazeret sebeplerinin hastalık, önemli mesleki engel gibi sebepler olması gerektiği belirtilmiştir (md.8/IV). Ancak bu sebeplerin sınırlı bir sayıya tabi tutulmadığı söylenebilir. Bununla birlikte müzakerelere katılmayarak "geçerli" bir mazeret bildiriminde bulunan tarafın bu mazeretini de ispat etmesi gerekir. Örneğin hastalığa ilişkin doktor raporu, o tarihte şehir dışında bulunulduğuna ilişkin işveren tarafından alınan bir belge ispat için yeterli sayılacaktır.

<sup>94</sup> bkz. Krafka/Schmidt/Heck/Prütting/Taxis, s, 137, 138, dipn. 238,239.

konusu değildir. Temelde bu ifadelerle dayanılarak tarafların anlaşması esastır<sup>95</sup>.

## 5. ARABULUCUNUN GÖREVLERİ

Bavyera Arabuluculuk Kanunu md. 4 ile EGZPO md. 15 a çerçevesinde arabuluculuğa yönelik çalışmanın başarısızlıkla sonuçlanması halinde, başvuru sahibine buna ilişkin olarak, mahkemede dava açarken vermek üzere bir belgenin verileceği, aynı zamanda bu belgenin arabuluculuğa başvurulduğu halde müzakerelerin 3 ay içerisinde gerçekleşmemesi durumu ile arabulucunun md. 1'e göre arabuluculuğun esas bakımından uygulama alanının olmadığına veya taraflar arasında md. 2<sup>96</sup>'ye göre yer bakımından uygulama alanının olmadığına veya olayın hukuki veya fiili sebeplerinden dolayı ilk baştan arabuluculuğa elverişli olmadığına kanaat getirmesi durumlarında da verileceği düzenlenmiştir<sup>97</sup>. Buna göre, resmi olarak kurulmuş bir arabuluculuk kurumunun tarafların arabuluculuk başvurusuna ilişkin dilekçesini değerlendirme yetkisi olup, bu kurum, dilekçenin aranılan şartlara uygun olup olmadığını, yer bakımından yetki, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığını, başvuran tarafların taraf, hak ve dava ehliyetinin olup olmadığını ve arabuluculuğa başvurmak için hukuki menfaatlerinin olup olmadığını inceler<sup>98</sup>. Nasıl bir davada esas hakkında incelemeye geçilebilmesi ve esas hakkında hüküm verilebilmesi için ilk olarak dava şartlarının varlığı gerekli ve hâkim ilk olarak dava şartlarının bulunup bulunmadığını inceliyorsa, Bavyera Arabuluculuk Kanunu'na göre bu inceleme yetkisi resmi arabuluculuk kurumlarına verilmiştir.

Bavyera Arabuluculuk Kanunu md. 10/I'e göre; arabulucu tarafların uyuşmazlığın çözümüne ilişkin tekliflerini müzakere eder, menfaat durumunu ortaya çıkarmak amacıyla, karşı tarafın da onayını almak suretiyle, tarafların her biriyle münferid görüşmeler yapar ve yapılan müzakereleri esas alarak taraflara çözüm önerisi veya önerileri sunabilir.

Burada tarafsız ve objektif konumda bulunan arabulucunun görevleri yalnızca

---

<sup>95</sup> Krafka/Schmidt/Heck/Prütting/Taxis, s.140; Wolfram-Korn/Schmarsli, s. 48-49

<sup>96</sup>Bavyera Arabuluculuk Kanunu md 2'ye göre; dava açılmadan önce md. 1'de belirtilen arabuluculuğa yönelik çalışma, sadece tarafların ikametgahlarının veya şubelerinin aynı eyalet mahkemesi sınırlarında olduğu durumlarda gereklidir. Münih I no'lu ve Münih II no'lu Eyalet Mahkemeleri'nin sınırları bu anlamda bir Eyalet Mahkemesi sınırı sayılır.

<sup>97</sup> Bu şekilde bir düzenleme BW Arabuluculuk Kanunu'nda mevcut değildir.

<sup>98</sup> Krafka/Schmidt/Heck/Prütting/Taxis, s. 131

müzakereleri yönetmekle sınırlandırılmamış, aksine arabulucu prosedürün gerçekleştirilmesi ve müzakereler esnasında daha etkin rol üstlenmiştir. Arabulucu gerektiği takdirde delil değerlendirmesi yapabilecek ve tarafların menfaat durumlarını gözeterak çözüm önerileri sunabilecektir. Bu durumda da tarafların kendilerinin çözüm üretmeleri esası geçerli değildir. Önemli olan arabulucunun da sunduğu çözüm önerileri de değerlendirilerek bir anlaşmaya varmaktır. Bu durumda da esasında burada 3. kişinin konumunun daha çok uzlaştırmacıya yaklaştığı belirtilmektedir<sup>99</sup>.

## 6. ARABULUCULUK SÜRECİNİN SONA ERMESİ

Arabuluculuk sürecinin sona ermesi açısından üç ihtimal mevcuttur: Süreç tarafların uzlaşması ile sonuçlanabilir (md. 12), arabuluculuk süreci başarısızlıkla sonuçlanabilir; bu halde md. 4 uyarınca arabuluculuk sürecinin başarısızlıkla sonuçlandığına ilişkin bir belge verilebilir veya süreç arabuluculuk başvurusunun geri alınmasıyla da sonuçlanabilir. Bavyera Arabuluculuk Kanunu'na göre başvuru sahibi hiç sebep göstermeden başvurusunu geri alabilir. Bunun dışında başvuru sahibinin bazı ihmallerinden dolayı<sup>100</sup> da (arabulucuya verilecek avansın ödenmemesi, geçerli bir mazeret olmadan hazır bulunmama) başvuru dilekçesinin geri alındığı karinesi mevcut olur.

Arabuluculuk süreci başarılı bir şekilde tarafların anlaşması ile sona erdiği takdirde uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bir anlaşma yapılarak, bu anlaşma belgelenir. Bu anlaşmada

---

<sup>99</sup> Tanrıver, Arabuluculuk Kurumu, s.833. BW Arabuluculuk Kanunu md. 4'de da arabulucunun görevleri düzenlenmiştir. Buna göre arabulucu, arabuluculuk sürecini en kısa zamanda, en geç arabuluculuk başvurusunun arabuluculuk kurumuna ulaştığı tarihten itibaren 3 ay içerisinde anlaşma ile sona erdirmek ve bu konuda bir belge düzenlemekle görevlidir. Prosedürün işleyişi arabulucunun takdirine bırakılmıştır. Bunun dışında arabulucunun, arabuluculuk başvurusunun diğer tarafa bildirilmesi, tarafların müzakerelere davet edilmesi, arabuluculuk sürecinin icrası ve anlaşmanın sağlanabilmesi için gerekli girişimlerde bulunulması, arabuluculuk girişimi anlaşma ile sonuçlanmış ise, bunun, başarısızlıkla sonuçlanmış ise, bu durumu tespit eden belgenin düzenlenmesi ve tutanakların suretlerinin verilmesi görevleri mevcuttur. BW Arabuluculuk Kanunu kapsamında; aynı zamanda arabuluculuk kurumunun üstlenmiş olduğu işler, sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürüyle; o mahkeme bağlamında yetkili baro tarafından oluşturulan arabulucular listesinde yer alan avukatlar aracılığıyla gerekirse bir koordinasyon içerisinde gerçekleştirilir (md.3). Arabuluculuk kurumunda görev yapan mahkeme yazı işleri müdürünün de görevleri belirtilmiştir. Buna göre yazılı başvurunun kabulü veya sözlü başvurunun tutanakla tespiti, başvurunun kaydedilmesi, arabulucuların atanması veya atama yazısının kendisine bildirimini, arabuluculuk süreci sonunda anlaşma sağlanırsa, bu anlaşmaya icra edilebilirlik niteliğinin verilmesi ve tutanakların muhafaza edilmesi mahkeme yazı işleri müdürünün görevleridir (md. 4/II). Bkz. Wolfram-Korn/Schmarsli, s.41 vd. BW Arabuluculuk Kanunu çerçevesinde de arabulucunun etkin bir rol oynadığı , prosedür içerisinde takdir hakkının geniş olduğu sonucuna varabiliriz.

<sup>100</sup> Md. 11/IV uyarınca arabulucuya avansın ödenmemesi, geçerli bir mazeret olmadan duruşmalara katılmamama halinde bu karine geçerli olur.

tarih de belirtilerek taraflarca imzalanır. Arabulucu da kendi imzası ile anlaşmanın yapıldığını teyid eder. Anlaşmanın içeriğine ilişkin kanunda bir düzenleme bulunmamakla birlikte, anlaşma mutlaka arabuluculuk sürecine ilişkin masrafları da içermesi gereklidir (md.12).

Arabulucu önünde yapılan anlaşma ZPO md. 794/I uyarınca bir “sulh” sözleşmesidir. Zira md. 794/ I ‘de açıkça, resmi olarak kurulmuş ve tanınmış uzlaştırma kurumlarının önünde yapılan anlaşmaların mahkeme içi sulh sözleşmesi olduğu düzenlenmiştir. Mahkeme içi sulh, her iki tarafın da “Alman mahkemeleri “nin önünde yaptıkları anlaşma olup, doğrudan tutanağa geçirilip imzalanmak suretiyle olabileceği gibi, sulh sözleşmesinin mahkemeye sunulması şeklinde de olabilir. ZPO md. 794/I uyarınca icra edilebilir içeriğe sahip her sulh sözleşmesinin icrası her şekilde mümkün olup, sulh sözleşmelerinin kesin hüküm etkisi bulunmamaktadır<sup>101</sup>.

Uzlaşma kurumları önünde gerçekleştirilen sulh sözleşmelerinin icra edilmesinin uygun olacağına ilişkin bir belge verilir. Söz konusu belge o uzlaşma kurumunun faaliyet gösterdiği bölgede bulunan sulh hukuk mahkemesi zabıt katibi tarafından verilir (ZPO md.797 a).Bavyera Eyalet Kanunu ise bu konuda özel bir düzenleme getirerek, icraya uygunluk belgesinin noterler tarafından verileceğini düzenlemiştir<sup>102</sup>. Bununla birlikte md. 19/II’ye göre icraya uygunluk belgesi o arabuluculuk kurumunun faaliyet gösterdiği bölgede bulunan sulh hukuk mahkemesindeki karar alma yetkisi bulunan memur tarafından verilecektir. Burada ZPO md. 797 a’dan ufak da olsa farklı bir düzenleme yer almaktadır. Zira md. 797 a’ya göre, icraya uygunluk belgesi o bölgedeki sulh hukuku mahkemesi memuru (Urkundsbeamte) tarafından verilmekle, md. 19/II ‘de belgenin sulh hukuk mahkemesindeki karar alma yetkisi bulunan bir memur tarafından verileceği düzenlenmiştir. Bir başka anlatımla, Bavyera kanun koyucusu icraya uygunluk belgesinin daha kıdemli bir memur tarafından verilmesini öngörmüştür<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.891, s.894-895.

<sup>102</sup> Noterlerin arabulucu olarak görev alması durumunda, icraya uygunluk belgesi noterlerin kendileri tarafından verilecektir (md. 19/I).

<sup>103</sup>der Rechtspfleger: adli memur, hâkimlerin iş yükünü azaltmak amacıyla basit adli işleri kendi başlarına ve fakat hâkim denetiminde yürüten, karar alma yetkileri bulunan adliye memurlarına verilen ad, der Urkundsbeamte:zabıt katibi, Ulusoy, Erol, Hukuk Sözlüğü,Kısmen Açıklamalı, Almanca-Türkçe, Türkçe-Almanca, İstanbul 1999. BW Arabuluculuk Kanunu md. 13/II, ZPO md. 797 a ile paralel bir düzenleme getirerek icraya uygunluk belgesinin sulh hukuk mahkemesi zabıt katibi tarafından verileceğini düzenlemiştir

İcraya uygunluk belgesi sadece arabuluculuk sürecine katılan ve anlaşmayı icraya koyacak tarafa verilebilir ve bu belgenin alınması harca tabi değildir<sup>104</sup>. O halde; Alman hukukuna göre; arabuluculuk sürecinin başarıyla sonuçlanması halinde yapılan anlaşma, devlet mahkemelerinde görülen bir davanın mahkeme içi sulh ile sonuçlanması hali ile aynı maddi etkilere sahip olacaktır<sup>105</sup>.

## II. AVUSTURYA HUKUKU

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun'da (Zivilrechts-Mediations-Gesetz) arabuluculuk yönteminde arabulucunun yalnızca taraflar arasındaki iletişimi sağlayan kişi olduğu belirtilmiş, uyuşmazlığın çözülmesi durumunda sonuçla ilgili sorumluluğun taraflarda olduğu vurgulanmıştır. Bu düzenlemede arabulucu uyuşmazlığın sonuçlandırılması için çözüm önerileri sunamaz. Çözüm önerileri yalnızca taraflarca getirilebilecektir. Avusturya hukukunda, arabuluculuk sürecinin işleyişi, arabuluculuk kurumunun yapısına uygun olarak; tamamıyla tarafların iradesine bırakılmıştır. Taraflardan biri veya diğeri uyuşmazlığın arabulucuya götürülmesi konusunda diğeri zorlayamayacaktır. Taraflar, aralarındaki hukuki uyuşmazlığı kendi iradeleri ile doğrudan arabuluculuğa götürebilecekleri gibi, davanın açılmış olduğu mahkemenin teşvikiyle de arabuluculuğa başvurabilirler<sup>106</sup>.

Md.1/II'ye göre; asliye mahkemelerinin işin esası hakkında karar vermeye yetkili oldukları medeni hukuka ilişkin her türlü uyuşmazlık için arabuluculuğa başvurulabilir. Buna göre; Avusturya hukukunda, arabuluculuğa başvurmak için tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıklar kavramına yer verilmemiştir<sup>107</sup>. Buna karşın; arabuluculuğun uygulama alanının yalnızca asliye mahkemelerinin yetkisine giren

---

<sup>104</sup>Krafka/Schmidt/Heck/Prütting/Taxis,s.218.

<sup>105</sup>Wolfram-Korn/Schmarsli,s.53, ayrıca mahkeme içi sulh sözleşmesinin etkileri için bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.894.

<sup>106</sup> Roth, Markus/ Gherdene, David, "Mediation in Österreich – Zivilrechts-Mediationsgesetz: Rechtlicher Rahmen und praktische Erfahrungen", Hopt, J.Klaus / Steffek, Felix, Mediation, 2008 Mohr Siebeck Tübingen, s. 109-110, Tanriver, Arabuluculuk Kurumu, s. 830.

<sup>107</sup>Yıldırım, Tasarı md.1 düzenlemesinde arabuluculuğun tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konularla sınırlı tutulduğunu ve bu durumda da arabuluculuğun uygulama alanının Avusturya hukukuna göre daraltıldığını belirterek Tasarayı eleştirmiştir. Bkz. Yıldırım, Tasarı Üzerine Genel Tartışma ve Değerlendirme, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI, İzmir Çeşme 19-20 Ekim 2007, s.28.

uyuşmazlıklarla sınırlandırıldığı belirtilmektedir<sup>108</sup>. Nitekim söz konusu kanun, Tasarı aşamasındayken bu konuya ilişkin tartışmalar yaşanmış, ancak arabuluculuğun uygulama alanının sınırlandırılmasını arabuluculuk yöntemin amacına uygun düşmeyeceği ve sınırlama ile bu konuda belirsizliklerin oluşabileceği sonucuna varılmıştır<sup>109</sup>.

Arbuluculuk Kanunu'nda, arabulucu olabilmek için arabulucuların yer aldığı Adalet Bakanlığı tarafından tutulan listeye kayıtlı olmak şarttır. 28 yaşını bitirmiş olma, mesleki uzmanlığı bulunma, güvenilir olma ve sorumluluk sigortası yaptırma şartlarını yerine getiren kişilerin arabuluculuk listesine kaydedilme hakları mevcuttur. Md. 29'da, arabuluculuk eğitiminin uzmanlık alanlarına göre farklı şekillerde tespit edilebileceği, eğitimin teorik kısmının 200 'den 300 eğitim birimine, uygulamaya yönelik kısmının 100'den 200 eğitim birimine kadar olabileceği tespit edilmiştir. Teorik kısım denildiğinde, arabuluculuğun tarihi, gelişimi, arabuluculuk metodları, iletişim esasları, uyuşmazlık analizi ve arabuluculuğa yönelik hukuki problemler; uygulamaya yönelik kısmı denildiğinde ise bireysel tecrübe edinme ve uygulama seminerleri, olay çözümü gibi esaslar anlaşılmalıdır.

Kanunun tamamı incelendiğinde, arabulucu olabilmek için hukuk eğitimi almak gibi bir zorunluluğun olduğu yönünde açık bir maddeye rastlanmamaktadır. Bununla birlikte, md. 10'da, arabuluculuğa ilişkin bilgilere ve yeteneklere ve arabuluculuğun hukuki ve psikososyal temellerine sahip olan kişinin mesleki uzmanlığa sahip olduğu ve md. 16/III'de, arabulucunun arabuluculuk sonucunu kapsayan şekle, özellikle hukuki konular bağlamında tarafların dikkatini çekeceği yönünde bir düzenleme mevcuttur. Bu düzenlemelere göre; arabulucu olabilmek için en azından temel düzeyde hukuk eğitimi almanın gerekli olduğu sonucuna ulaşmaktayız.

Ancak doktrinde söz konusu Kanuna ilişkin yapılan değerlendirmede; arabuluculuk yönteminde hukuki danışmanlık hizmeti verilmediğinden dolayı, arabuluculuk eğitiminin uyuşmazlık teorisi, algılama psikolojisi, iletişim teknikleri, davranış bilimleri gibi farklı alanlarda verilmesi ve arabulucuların bu alanlarda bilgi, yetenek ve tecrübelerinin bulunması gerektiği, şayet arabuluculara hukuk eğitimi almaları zorunluluğu getirilirse arabuluculuk

---

<sup>108</sup> Miklautsch, s.9.

<sup>109</sup> Bkz. Markus/Gherdene s. 116-117.

yönteminde hukukun rolünün abartılacağı savunulmuştur<sup>110</sup>.

Arabuluculuk Kanunu md. 16'da, arabulucunun taraflara karşı olan yükümlülükleri, arabulucunun tarafları aydınlatma yükümlülüğü ve tarafsızlığını da içine alacak şekilde düzenlenmiştir. Bununla beraber arabulucunun arabuluculuk süreci çerçevesinde kendisine güvenilerek aktarılan veya diğer bir şekilde hakkında bilgi sahibi olduğu olguları gizli tutmakla yükümlü olduğu, kendisine verilen belgeleri güvenilir bir şekilde muhafaza etmesi gerektiği md. 18 çerçevesinde düzenlenmiştir. Arabulucunun bu yükümlülükleri ihlal etmesi halinde mahkeme tarafından altı aya kadar hapis veya 360 güne kadar adli para cezasına çarptırılacağı hüküm altına alınmıştır.

Söz konusu kanunda, arabuluculuk sonucunda uzlaşmaya varılması halinde elde edilen anlaşmanın icra kabiliyetine ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte yukarıda da belirttiğimiz üzere, sadece arabulucunun arabuluculuk sonucunu kapsayan şekle, özellikle hukuki konular bağlamında tarafların dikkatini çekeceği yönünde bir düzenleme mevcuttur. Ayrıca arabuluculuk sürecinin maddi hukuka olan etkileri de düzenlenmiş olup, bu sürecin başlaması ve devam ettirilmesi halinde, zamanaşımının başlangıcının ve arabuluculuk konusu olan hakların ve taleplere ilişkin sürelerin duracağı hüküm altına alınmıştır.

### III. İSVİÇRE HUKUKU

Daha önce de belirtildiği üzere İsviçre'de federal düzeyde bir arabuluculuk kanunu mevcut değildir. Bununla birlikte 20 Aralık 1968 tarihli İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 17 Haziran 2005 tarihli Kanun, (Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren) md. 33 b ile 20 Haziran 2003 tarihli Gençlik Ceza Hukuku (Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht) md. 21/III'de arabuluculuk ile ilgili düzenlemeler mevcuttur<sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup> Trenczek, s. 4.

<sup>111</sup> Meier, Isaak, Mediation und Schlichtung in der Schweiz, [http://www.175jahre.uzh.ch/fakultaeten/recht/fachbereiche/zprschkg/Dokumente/report\\_mediation\\_deu\\_EZPO.pdf](http://www.175jahre.uzh.ch/fakultaeten/recht/fachbereiche/zprschkg/Dokumente/report_mediation_deu_EZPO.pdf), s.14; <http://www.swiss-mediators.net/cms>, 31.07.2009. Anılan kanunlar için bkz. <http://www.admin.ch/ch/d/sr>, 31.07.2009.



## a. Kanton Hukuklarındaki Mevcut Düzenlemeler

İsviçre’de arabuluculuk, 5 kantonun usul hukuku kanununda düzenlenmiştir<sup>112</sup>. Bu kantonlar şunlardır:

### 1. CENEVRE

Cenevre Usul Kanunu 20.12.2004 tarihinden itibaren arabuluculuğa ilişkin en ayrıntılı düzenlemeleri içerir. Buna göre Cenevre Usul Kanunu (Bölüm III, md.71 A-J) içerisinde arabuluculuğa ilişkin hükümler yargısal uzlaşma ile arabuluculuğu birlikte ele alırlar ve bu iki sistem arasında bir köprü görevi görürler. Buna göre, ilk derece mahkemesi veya diğer asliye hukuk mahkemesi hâkimleri uyuşmazlık taraflarına- uyuşmazlık konusu arabuluculuğa elverişli ise- her zaman, arabuluculuğu önerebilirler. Böylece taraflar arabuluculuk konusunda bilgi sahibi olurlar ve kendilerine arabuluculuğa başvurma hususunda 30 günü aşmamak üzere bir süre verilir. Taraflar arabulucunun kim olacağı noktasında anlaşamazlar ise, hâkim bir arabulucu veya arabuluculuk kurumu belirleyebilir. Bununla beraber uyuşmazlık tarafları, uzlaşma yargılamasından önce arabuluculuk sözleşmesi yapabilirler veya uzlaşma yargılaması esnasında ortaya çıkan bilgiler sonucunda da arabuluculuğa başvurmayı seçebilirler. Arabuluculuk sözleşmesi uzlaştırıcı hâkim önünde onaylanabilir. Bunun dışında yargılama devam ederken de taraflar arabuluculuğa başvurmayı kararlaştırabilirler; bu durumda dava ertelenir. Her iki tarafın veya tek tarafın isteği ile davaya yeniden devam edilebilir veya anlaşmaya varılmış ise arabuluculuk sözleşmesi hâkim tarafından onaylanır<sup>113</sup>.

Cenevre Usul Kanunu’na göre, devlet tarafından belirlenmiş arabulucular listesi tutulur. Arabuluculuk faaliyetinin bu listede yer alan arabulucular tarafından yürütülmesi gerekir. Aksi takdirde mahkeme bu anlaşmanın icra edilebilirlik niteliğini reddedebilir. Arabuluculuk sonucunda elde edilen anlaşmanın icra edilebilirliği dava dışında yapılan anlaşmalar için de mümkündür, böylece mahkeme dışında yapılan arabuluculuk anlaşması mahkeme içi sulh sözleşmesi ile aynı etkilere sahip olur<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> Meier, s.14.

<sup>113</sup> Senn, s.14,; Kumpan/Bauer, s.862.

<sup>114</sup> Meier, s.15; Kumpan/Bauer, s.870.

## 2. GLARUS

Glarus Kantonu'nda 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren (değişiklikler yapılarak) Usul Kanunu'nda "Uyuşmazlıkların Dostane Çözümü" (Einverständlichen Streitbeilegung), adlı özel bir bölüm mevcuttur. Glarus Usul Kanunu md.160/III'de, mahkemenin uzlaşma yargılaması sırasında her zaman tamamıyla dışarıdan bir üçüncü kişiyi uyuşmazlığı çözmekle görevlendirebileceği öngörülmüştür. Böylece taraflar arabuluculuk yolunu (mahkeme dışı bir yol ile) kullanarak bir anlaşma elde ederlerse, devlet yargılamasına oranla daha az bir miktarda harç ödeyerek bu anlaşmayı tıpkı sulh sözleşmesi gibi icra ettirebilme imkânına sahip olacaklardır. Şayet bu yönde bir düzenleme olmasaydı taraflar daha fazla harç ödeyerek ve yargılama masrafı yaparak dava açacak ve bu dava sonucunda da tam olarak da menfaatleri ile örtüşmeyen bir hüküm elde edecek ve bu hükmü icra ettirmek zorunda kalacaklardı<sup>115</sup>.

## 3. NEUENBURG

Neuenburg Usul Kanunu açık bir şekilde uzlaşma yargılamasında, aile arabulucusunun yer almasını düzenlemiştir. Taraflar aile hukukundan doğan uyuşmazlıklarda –özellikle boşanma davaları ve eşlerin korunması ile ilgili konularda- uzlaşma sağlayamazlar ise, mahkeme başkanı tarafları yeni bir uzlaşma yargılamasına davet eder ve taraflara aile arabuluculuğu kurumlarına başvurmalarını önerir<sup>116</sup>.

## 4. WAADT

Waadt Kantonu'nda da aile hukukundan doğan uyuşmazlıklarda uzlaşma yargılamasında arabuluculuk öngörülmüştür. Waadt Usul Kanunu md.371m/II'ye göre, mahkeme başkanı tarafları arabulucuya başvuru konusunda cesaretlendirir<sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup> Kumpan/Bauer; s.864,Meier, s.14.

<sup>116</sup> Meier, s.15; Senn s.13-14.

<sup>117</sup> Meier, s.15; Senn, s.13-14.

## 5. ZÜRİH

İlk olarak Zürich Kantonu'nda aile hukukundan doğan uyuşmazlıklarda ücretsiz olarak belirli bir süre ile sınırlı olarak arabuluculuk yönteminin uygulanması planlanmıştır. Bu uygulama için kanuni dayanak 2000 yılından beri Zürich Usul Kanunu'nda mevcut olan md. 89 a'dır. Bu düzenleme belirli aile uyuşmazlıklarında ücretsiz arabuluculuğu düzenleme ve geliştirilmesi konusunda hükümet danışmanına yetki vermektedir<sup>118</sup>.

### b. İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı

İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı görüşülürken 14.06.2007 tarihli, 8. oturumda İsviçre Kanton Temsilciliği, Tasarı'da oy çokluğu ile arabuluculuğa ilişkin düzenlemeleri kabul etmiştir. Arabuluculuk ile ilgili düzenlemelerin Tasarı'da yer almasına karşı çıkanlar, bu düzenlemelerin gereksiz olduğunu, tarafların her zaman arabuluculuğa başvurmakta serbest olduklarını, şayet taraflar arabuluculuğa yargılama sırasında başvururlarsa, bu durumda da mahkemenin tarafların talebi üzerine duruşmayı erteleyeceğini, bu suretle taraflar anlaşmaya varırlarsa mahkeme dışı sulh kurumunda olduğu gibi tarafların yargılamaya son verebileceklerini savunmuşlardır. Buna karşın çoğunluk görüşü, arabuluculuk sonucunda varılan anlaşmanın icra edilebilmesi için bu yönde düzenlemelerin olması gerektiğini, bunun dışında arabuluculuk ile uzlaşma yargılamasının sınırlarının çizilmesi gerektiğini belirtmişlerdir<sup>119</sup>.

Bu tartışmalardan sonra, İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda (Entwurf der Schweizerische Zivilprozessordnung)<sup>120</sup> md. 194 ile 209 arasında uzlaşma, md. 210 ile 215 arasında arabuluculuğa ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Bu maddelere göre; kanun tarafından aksi öngörülmüş olmadıkça, yargılamaya başlanmadan önce resmi bir uzlaştırma kurumu önünde bir uzlaştırma girişiminde bulunulur(md.194).Taraflar malvarlığına ilişkin değeri en az 100.000 Frank olan uyuşmazlıklarda iki tarafın rızası ile uzlaşma sürecinden feragat edebileceklerdir (md.196). Md. 195'de seri yargılama usulünün uygulandığı davalar, şahıs varlığına ilişkin davalar, evliliğin butlanına ilişkin davalar,

---

<sup>118</sup> Meier, s.16.

<sup>119</sup> Kumpan/Bauer, s.860.

<sup>120</sup> <http://www.admin.ch/ch/d/f/2006/7413.pdf>, 31.07.2009.

boşanma davaları ile icra mahkemelerinde görülen bazı davalarda uzlaşma usulünün mümkün olamayacağı düzenlenmiştir. Taraflar uzlaşma müzakereleri sonunda anlaşmaya varırlarsa uzlaşma tutanağı kesinleşmiş bir mahkeme ilâmının sonuçlarını doğuracaktır (md. 205/II). Bununla birlikte Tasarı md. 207’de uzlaşma kurumunun, 24 Mart 1995 tarihli Kadın ve Erkeğin Eşit Duruma Getirilmesine İlişkin Yasa (Bundesgesetz vom 24 März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann)’ dan kaynaklanan uyuşmazlıklar, kira ve hasılat ilişkisinden doğan uyuşmazlıklar ve 5000 Frank’a kadar olan malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklarda hüküm önerisi sunabileceği düzenlenmiştir (md.207). Taraflar, söz konusu hüküm önerisine 20 gün içerisinde itiraz etmezlerse, bu öneri kesinleşmiş bir mahkeme ilâmının sonuçları ile aynı etkiyi doğuracaktır. Ayrıca md. 209’da davacı taraf talep ettiği takdirde, 2000 Frank’a kadar olan malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklarda uzlaşma kurumunun karar verebilecek ve yargılama sözlü olarak yürütülebilecektir.

Tasarı’da arabuluculuk hem yargılama dışında bir kurum olarak düzenlenmiş, hem de arabuluculuğun uzlaşma yargılaması ve devlet yargılaması ile olan ilişkisi düzenlenmiştir. Arabuluculuk sulh hâkimi önünde gerçekleşen uzlaşma yargılamasına veya devlet yargılamasına alternatif bir yol olarak kabul edilmiştir. Burada tarafların uyuşmazlığı ortadan kaldırmak için uzlaşma yargılamasına mı başvuracağı yoksa ayrıca mahkeme dışında arabuluculuk yöntemine mi başvuracağı kendi seçimlerine bırakılmıştır<sup>121</sup>.

Tasarı md. 213’de arabuluculuğun uzlaşma kurumlarından ve devlet yargılamasından bağımsız bir kurum olduğu belirtilmiştir.Md. 210’da, ilk olarak arabuluculuğa uzlaşma yargılamasının yerine geçmek üzere tarafların talebi ile başvurulacağı, ikinci olarak da mahkemenin davanın her aşamasında tarafları arabuluculuğa teşvik edebileceği ve tarafların da davanın her aşamasında arabuluculuğa başvurabilecekleri öngörülmüştür. Ayrıca arabuluculuk faaliyetinin yapılmasının ve yürütülmesinin taraflara bırakılacağı, arabuluculuk prosedürünün uzlaşma kurumlarından ve mahkemeden bağımsız bir şekilde ve gizlilik esasına göre yürütüleceği, devlet mahkemelerinde yapılan yargılamada tarafların arabuluculuk sürecindeki beyanlarının kullanılmayacağı düzenlenmiştir.

Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonucunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşmanın

---

<sup>121</sup> Senn, s.14-15.

uzlaşma kurumları veya mahkeme tarafından onaylanması gerekmektedir<sup>122</sup>. Söz konusu anlaşmanın onaylanabilmesi için emredici hükümlere, hukuka ve ahlak kurallarına aykırılık taşımaması gerekir. Onaylanan anlaşma kesinleşmiş bir mahkeme ilâmı ile aynı etkileri doğurur (md.214). Onaylanan anlaşmanın şekli anlamda mı veya maddi anlamda mı kesin hüküm teşkil edeceği Tasarı'da açık değildir. Zira Tasarı'da genel olarak maddi anlamda ve şekli anlamda kesin hüküm ayrımı mevcut değildir. Buna göre de arabuluculuk faaliyeti sonucunda elde edilen ve onaylanan anlaşmaya karşı kanun yollarına başvurulup başvurulamayacağı da kesinlik arz etmemektedir. Doktrinde bu konudaki bir görüşe göre<sup>123</sup>; dava şartlarını düzenleyen Tasarı md.57'den yola çıkarak bir yorum yapılmalıdır. Zira bu maddeye göre, mahkemenin açılan bir davaya ancak dava şartları mevcutsa bakabileceği belirtilerek, bu şartlar sayılmıştır ve “kesin hüküm” de bu dava şartları arasında yer almaktadır. Kesin hüküm (Tasarı md. 57/II ifadesi şu şekildedir: Die Sache ist noch nicht rechtskräftig entschieden) ile onaylanan arabuluculuk anlaşmasına karşı itiraz edilemeyeceği (Unanfechtbarkeit der genehmigten Vereinbarung) kavramlarına aynı anlam yüklenmiştir. O halde bu maddede kast edilen maddi ve şekli anlamda kesin hükümdür. Arabuluculuğun amacı düşünüldüğünde de, geçerli ve ileriye dönük olarak elde edilen çözümün maddi ve şekli anlamda kesin hüküm teşkil etmesi gerektiği sonucuna varılmalıdır. Bu görüşe uyarınca da İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'na göre arabuluculuk sonunda varılan anlaşmaya karşı kanun yollarına başvurulamayacaktır.

O halde İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Tasarısı'nda diğer incelediğimiz Almanya'nın Bavyera, BW Eyaletleri ve Avusturya hukukundan farklı olarak arabuluculuk sonunda varılan ve onaylanan anlaşma maddi anlamda kesin hüküm teşkil edecek ve bu anlaşmaya karşı da kanun yollarına başvurulamayacaktır.

---

<sup>122</sup> Uzlaşma yargılaması sırasında arabuluculuğa başvurulursa ve anlaşmaya varılırsa bu anlaşmaya mahkeme tarafından onay verilmesi gerekir.

<sup>123</sup> bkz. Kumpan/Bauer, s.861-862.

### **Ş3. HUKUK SİSTEMİMİZDE ARABULUCULUK YÖNTEMİNE BENZER DÜZENLEMELER**

Türk hukukunda, arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığın çözümünü düzenleyen ve bununla ilgili kuralları belirleyen açık bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte, dağınık bir şekilde mevzuatta arabuluculuğa benzer düzenlemeler mevcuttur. Ancak bu düzenlemelerin de kapsamlı olarak uygulanmadığı söylenebilir. Türk hukukunda da alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin geliştirilmesi gerekliliği belirtilerek, böylece küçük uyuşmazlıkların adli sorun haline gelmeden çözülmesinin sağlanması sayesinde yargının iş yükünün önemli ölçüde azalacağı vurgulanmıştır<sup>124</sup>. Nitekim hukukumuzda yer alan bazı düzenlemeler Türk hukukunun arabuluculuk yöntemine yabancı olmadığını, kanunlarımızda bu kurumu yasaklayıcı düzenlemeler bulunmadığının göstergesidir. Söz konusu arabuluculuğa benzer olarak nitelendirebileceğimiz düzenlemeler şunlardır:

#### **A. 1086 SAYILI HUKUK USULÜ MUHAKEMLERİ KANUNU MD.213/ I**

HUMK md. 213/I'de, sonuç alınacağı umulan hallerde, hâkimin tarafları sulhe teşvik edebileceği belirtilmiştir. Arabuluculuk yönteminin temelinde ise sulh kurumunun yattığı söylenebilir<sup>125</sup>. Sulhe ilişkin BK'da veya HUMK'da bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte, genel olarak sulh, tarafların bir sözleşme ile karşılıklı fedakârlıkta bulunarak aralarındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlığa veya tereddütlü duruma son vermeleri olarak tanımlanabilir<sup>126</sup>. Arabuluculuk süreci sonunda bir anlaşma sağlanacak

---

<sup>124</sup>Konuralp, Haluk, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999,s. 7-8, Konuralp, Bazı Gözlemler, s.3824, Konuralp,Usul Hukuku Sorunlarına Bir Bakış, s.538. Konuralp, “küçük uyuşmazlık” kavramının geliştirilmesi gerekliliği üzerinde durmuş, aslında medeni usul hukuku sistemimizin temel düzenlemeleri itibarıyla “küçük uyuşmazlık” sistemini benimsediğini, asliye hukuk ve sulh hukuk mahkemeleri arasındaki görev ayrımını belirleyen sınır, tanıkla ispat yasağına ilişkin sınır ve temyiz edilemeyecek kararlara ilişkin sınırın HUMK'da küçük uyuşmazlıklara ilişkin sınırı belirlediğini, fakat çeşitli nedenlerden dolayı bu kavramın geliştirilemediğini belirtmiştir (Konuralp, Usul Hukuku Sorunlarına Bir Bakış, s.539).

<sup>125</sup> Yılmaz, s.846; Tanrıver, s.173; İldır, s.165.

<sup>126</sup> Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972, s.23; Bilge, Necip/Önen Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s.356; Tanrıver, Süha, Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler, AÜSBFD, 1994/1-2, C:49, s.333, Tanrıver, Süha, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996, s.84; Uluşan, İlhan, Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi, MHAD, 1971/7,s. 150. Bu tanıma göre, sulhun varlığı için gerekli şart ve unsurları, taraflar arasındaki hukuki ilişki, bu hukuki ilişki üzerinde çekişme veya kuşku, bu çelişki veya kuşkuya son vermek amacıyla tarafların karşılıklı fedakârlıkları

olursa her iki tarafın tatmin edilmesini hedefleyen ve optimal çözümü içeren bu anlaşma, genelde her iki tarafın da karşılıklı ödümler vermesi şeklinde gerçekleştirilecektir. Buna göre de, HUMK md. 213/I'de<sup>127</sup> davanın esasına girmeden önce uygulanan ve tarafları barıştırıp davalarından vazgeçmeleri amacına yönelmiş bulunan bir arabuluculuk denemesi mevcuttur ki, buna “sulh teşebbüsü” adı verilir. Sulh teşebbüsü her zaman için kanun tarafından öngörülmektedir<sup>128</sup>. Bu durumda hâkim adeta bir arabulucu olarak görev yapacak, tarafların uyuşmazlık üzerinde anlaşmasını sağlamalarına yardım edecek, destekleyecek ve uyuşmazlık konusu üzerinde hukuk kurallarını uygulamayacaktır. Şüphesiz hâkim, devam etmekte olan bir yargılamada arabulucu gibi görev yapacağından taraflarla sözleşme ilişkisi içerisinde olmayacaktır ve diğer serbest çalışan arabulucularla rekabet de etmeyecektir. Unutulmamalıdır ki; bu şekilde bir uzlaşma sağlamak tarafların iradesindedir; taraflar her zaman yargılamaya devam edilmesini isteyebilirler<sup>129</sup>.

HUMK md. 213/I 'de yer alan arabuluculuk denemesi aynı zamanda “yargısal arabuluculuk” olarak adlandırılır. Zira yargısal arabuluculukta uyuşmazlığı çözüm için yetkili olan üçüncü kişi, hukuki bilgisiyile ve bağlayıcı karar verme gücüyle resmi görevli bir hâkimdir<sup>130</sup>.

HUMK md 213/I 'e paralel bir düzenleme ZPO md. 278'de mevcuttur. Bu maddeye göre, hâkim davanın her aşamasında davanın tamamı veya bir kısmı için tarafları dostane bir çözüme yöneltmeye teşvik etmelidir. Maddenin amacı hukuk barışına ve usul ekonomisine hizmet etmek, yargılamada esnasında yapılan masraflardan tasarruf etmek ve uyuşmazlıkları mümkün olduğunca kısa bir sürede çözüme kavuşturmak<sup>131</sup>. Söz konusu madde

---

olarak sıralayabiliriz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Uluşan, s.150 vd., Önen, s. 23 vd. Belirtilmelidir ki sulh teşebbüsü ile sulh sözleşmesi ve mahkeme içi sulh kavramları birbirinden farklılık gösterir. Bkz. Önen, s. 1-2.

<sup>127</sup>Özekes, söz konusu hükmün uygulamasının hiç görülmediğinden dolayı bu hükmü “bir hukuk tarihi hükmü” olarak nitelendirmiştir. Bkz. Özekes, Muhammet, Hukuk Yargılmasında Yeni Bir Aşama; HMK Tasarısı'nda Ön İnceleme, HPD, 2006/8 (s. 101-110), s.103.

<sup>128</sup>Önen, s.1. Ancak arabuluculuk yöntemi ile çözüme ulaşılması halinde, bu anlaşma her zaman tarafların karşılıklı fedakarlıkları olmayabilir, sadece bir tarafı fedakarlığı olabilir, bu nedenle de arabuluculuk yöntemi ile varılan anlaşma karşılıklı fedakarlıkları içeriyorsa, bir sulh sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir. Bkz. İldır, s.166

<sup>129</sup>ZöllnerRichard,Zivilprozessordnung(bearb.vonGeimer,Reinhold/GregerReinhard/Gummer,Peter/Herget,Kurt/Hessler,Hans-Joachim/Philippi,Peter/Stöber,Kurt/Vollkammer,Max), 26.Aufl. Köln 2007, s.854. Avrupa Medeni Usul Kanunu Taslağında da, hâkimin arabulucu olarak görev yapmasına, yani yargısal arabuluculuğa izin verilmiştir. Ancak hâkimin tarafları sulhe teşvik etmesi ve arabulucu rolü oynaması ile ilgili düzenleme hâkimin tarafsızlığını tehlikeye düşüreceğinden dolayı eleştirilmiştir, bkz. Pekcanitez, Yargının Hızlandırılması,, s. 49, dipn. 4.

<sup>130</sup> bkz. Özbek, s. 52.

<sup>131</sup> Hans-Joachim, Musielak, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Aufl., München 2005, s.842, Zöllner, s.850



düzenlemesinde tarafların bizzat yargılamada hazır bulunması zorunluluğu düzenlenmiş, tarafların hâkim tarafından re'sen dinlenmesi zorunluluğu öngörülmüştür. Zira uyuşmazlık konularını en iyi bilenler taraflar olduğundan, sorunun hâkim tarafından bu kişilerden dinlenmesi çözümü daha kolaylaştıracaktır<sup>132</sup>. Sulhe başvuru, her sözlü ilk derece yargılamasında zorunlu olup, aynı zamanda bu madde kapsamında zor ve karmaşık uyuşmazlıklarda mahkemenin tarafları alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yönlendirmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu durumda artık taraflar uyuşmazlığı çözüme kavuşturmada kendilerine yardımcı olacak “gerçek” bir arabulucuya başvuracaklardır, artık hâkim bir arabulucu olarak görev yapmayacaktır<sup>133</sup>. Ancak bu düzenleme, mahkemenin taraflara çözüme ilişkin bir öneri getirip, uzlaşmaya yöneltmesi olarak anlaşılmalıdır. Mahkeme, taraflar arasındaki uyuşmazlığın somut bir şekilde çözüme ulaşacağı kanaatinde ise, taraflara alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmalarını önerecektir. Bir başka anlatımla, tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurup başvurmamasını uyuşmazlığın niteliğine göre hâkim takdir edecektir. Hâkim uyuşmazlığın çözümü için tarafları belirli bir arabulucuya ve arabuluculuk kurumuna yönlendirmelidir, ancak madde de hangi arabulucu veya arabuluculuk kurumlarına başvurulabileceği açık değildir. O halde bu da hâkimin takdir yetkisinde olacaktır.<sup>134</sup> İki tarafın da arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaları halinde hâkim yargılamayı erteleyecektir; şayet arabuluculuk girişimi başarısızlıkla sonuçlanırsa yargılama devam edecektir<sup>135</sup>.

Arbuluculuk Kanun Tasarısı md. 13’de, mahkemenin tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebileceği düzenlenmiştir. Bu durumda Alman hukukundaki düzenleme gibi, uyuşmazlığın çözümünün arabuluculuğa elverişli olup olmadığını hâkim takdir edecek ve uyuşmazlık konusu üzerinde tarafların uzlaşabileceği kanaatinde ise, tarafları arabuluculuğa yönlendirecektir. O halde yukarıda da belirtildiği üzere HUMK md. 213/I ‘de ve ayrıca Tasarı md. 13’de bir sulh teşebbüsü düzenlenmiştir.

---

<sup>132</sup>Zöller, s.843.

<sup>133</sup>Musielak, s.844.

<sup>134</sup>Özellikle rekabet hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda hâkimin taraflara arabulucu kurumu olarak endüstri veya ticaret odalarına başvurmayı önermesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz.Lüke, Gerhard/Wax Peter, Münchener Kommentar ,Band 2 Kommentar zur Zivilprozessordnung §§ 1-354, 2. Aufl., München 2000 s.1723.

<sup>135</sup>Friedrich, Stein/ Jonas, Martin, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl (bearb.von Berger, Christian./Bork,Reinhard/BrehmWolfgang/GrunskyWolfgang/LeipoldDieter/Münzberg Wolfgang/Roth,Herbert/Schlosser Peter/Wagner Gerhard),Band 4 §§ 253-327, München 2005, s.560.

## B. 1136 SAYILI AVUKATLIK KANUNU MD. 35/A

19.03.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 02.05.2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanunun <sup>136</sup> 23. maddesi ile 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'na 35/a maddesi eklenmiştir. Bu maddeye göre, “avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebileceklere 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,09.06.1931 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38. maddesi anlamında ilâm niteliğindedir” Bu madde, Kanunun yayım tarihi olan 10 Mayıs 2001 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir (md.97).

Daha sonra, bu değişikliğe uygun olarak Av.K. md.182 uyarınca çıkarılan Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliği<sup>137</sup> (Av.K.Yön) “uzlaştırma müzakereleri” yan başlıklı md. 16 ile ve “uzlaştırma tutanağının şekli” yan başlıklı md. 17 ile Avukatlık Kanunu md.35/a'nın uygulama şekli gösterilmiştir.

Söz konusu madde düzenlemelerinde avukatın rolü tam olarak belirlenmemiştir. Maddenin kenar başlığı “uzlaşma sağlama” olmasına rağmen burada alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden yalnızca uzlaşma yönteminin düzenlendiği söylenemez. Zira daha önce de anıldığı üzere uzlaşma ile arabuluculuk yöntemlerinin arasındaki sınırı çizmek zordur. Bu nedenle Avukatlık Kanunu ve Yönetmeliğinde belirtilen uzlaşma ifadesinin özel bir anlamının olmadığı sonucuna varılmalıdır<sup>138</sup>. Kanımızca bu madde ile avukatın rolünün bir uzlaştırıcıdan ziyade arabulucu olarak nitelendirilmesi mümkündür. Nitekim madde lafzından avukatların yalnızca tarafları uzlaşmaya davet edebilecekleri düzenlenmiş olup, avukatın bir uzlaştırıcı gibi taraflara çözüm önerisi sunabileceği belirtilmemiştir.

O halde Avukatlık Kanunu md. 35/a ile avukatların arabulucu sıfatıyla kendilerine

---

<sup>136</sup> RG 10.05.2001, S.24398

<sup>137</sup> R.G. T:19.06.2001, S:24790

<sup>138</sup>bkz. Ildır, s. 143, Özbay, s.397

intikal eden iş ve davalarda, tarafları uzlaşmaya davet edebilecekleri ve uzlaşma sağlanırsa bunu re'sen tanzim edecekleri uzlaşma tutanağı ile tespit edebilecekleri düzenlenmiş, böylece avukatlar arabulucu olarak faaliyette bulunmaya teşvik edilmiş, avukatların arabulucu olma hakkı normatif bir düzenleme haline getirilmiştir<sup>139</sup>.

Avukatlara bu şekilde dava dışında çözüm konusunda yetki verilmesi avukatlık mesleğinin amacına da uygundur. Zira Avukatlık Kanunu md.2/I'e göre; avukatlığın amacı; hukuki münasebetlerin düzenlenmesi, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasının her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlanmasıdır. Buna göre; avukat, yalnız taraf temsilcisi olmayıp, aynı zamanda adaletin gerçekleştirilmesi faaliyetine ortak olan, yargılama faaliyetine katılan kişidir ve uyuşmazlıkların çözümü konusunda da yetkilidir<sup>140</sup>. Avukatlar uyuşmazlıkların çözümü konusunda kanunların çizdiği sınırlar çerçevesinde hukuki imkân ve araçlardan yararlanmalıdırlar. Şüphesiz yargının işini hafifletme avukatın mesleki yükümlülüklerindedir. Bu doğrultuda avukat bir arabuluculuk faaliyeti üstlenecek, uyuşmazlık taraflarını bir araya getirecek, taraflar arasında fikir alışverişinde bulunulmasını sağlayacak, taraflar arasındaki gerginliği en aza indirerek, yapıcı bir şekilde tarafların kendi çözüm önerilerini bulmalarında yardımcı olacaktır. Uzlaşma halinde, bunu ayrıntılarıyla yazılı hale getirip, ortaya çıkan metni taraflara imzalatacaktır. Kendisi ve karşı tarafın avukatının da imzaladığı bu tutanak ilâm hükmünde sayıldığı için ifa ile yükümlü taraf aleyhine ilâmların icrası hakkındaki hükümlere göre takibe konulacaktır. Böylece taraflar arasındaki uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi sağlanacaktır<sup>141</sup>.

Avukatlık Kanunu md. 35/a düzenlemesine paralel bir düzenleme de Alman hukukunda mevcuttur. Buna göre ZPO md. 796 a ile uyuşmazlıkların mahkeme dışında çözümünü desteklemek ve mahkemelerin iş gücünün azaltılması amacıyla avukatlara kural

---

<sup>139</sup> Özbek, Mustafa, Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk, ABD,2001/3, s.129.

<sup>140</sup>Sungurtekin-Özkan, Avukatlık Mesleği, s.107; avukatlık mesleğinin nitelikleri için bkz. bkz.Güner, Semih, Avukatlık Hukuku, 4.bası, Ankara 2009, s. 95 vd.

<sup>141</sup>Ulukapı,Ömer Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 4667 Sayılı Kanunla Getirilen "İlam Niteliğinde Belge" Üzerine İnceleme, Prof.Dr.Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 452; Sungurtekin-Özkan, Uzlaşma Sağlama, s. 360; ayrıca avukatlık mesleğinin özellikleri ve avukatın iş sahibi ile devlet arasındaki özel konumu hakkında bkz. Aday, Nejat, Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1997, s.13 vd.

olarak her maddi hukuka ilişkin talepler için icra edilebilir bir sulh sözleşmesi yapma imkânı getirilmiştir. Ancak büyük pratik yararlarının olmasına rağmen bu düzenlemeden şimdiye kadar istenilen sonuçlar elde edilememiştir. Md. 796 a 'da düzenlenen bu sözleşme uyuşmazlıkların anlaşma yoluyla yargılama içinde veya yargılama dışında veya tahkim yargılamasına çözümüne hizmet eder<sup>142</sup>.

Avukatlık Kanunu md. 35/a düzenlemesini ülkemizde arabuluculuk yönteminin tanınması ve geliştirilmesi açısından önem teşkil eden, arabuluculuk yöntemine çok benzer ve de hatta belki bir anlamda arabuluculuk yöntemine ilişkin normatif bir düzenleme olarak kabul edilebilir<sup>143</sup>. Bu nedenle söz konusu düzenlemeyi ayrıntılı bir şekilde incelemeyi uygun bulduk.

## **I. AVUKATLIK KANUNU MD. 35/A ÇERÇEVESİNDE UZLAŞTIRMANIN ŞARTLARI**

### **a. Zaman**

Md. 35/a hükmüne göre, taraflar arasında uzlaşma sağlanmasının belirli bir zaman içerisinde gerçekleşmesini öngörmüştür. Buna göre, uyuşmazlıkla ilgili davanın açılmadığı veya açılmış olsa bile ilk duruşmasının yapılmadığı zamanda uzlaşma görüşmesi iradesinin ortaya konulması gerekmektedir. Zaman olarak burada kullanılan ölçü “duruşma başlamadan önce” dir. Bu ifadenin davanın açılmadığı bir dönemi veya dava açılmış ve mahkeme tarafından duruşma günü tayin edilmiş ise, bu ilk duruşma tarihinden önce olarak anlaşılması yerinde olacaktır. Bu ifadenin sonucu olarak dava açılmış bile olsa, henüz ilk duruşma öncesinde yapılan başarılı bir uzlaşma sayesinde gereksiz yere yargılama masrafı yapılması engellenmiş olacaktır<sup>144</sup>

En geç ilk duruşma gerçekleşmeden önce uzlaşma görüşmesi iradesi karşı tarafa yapılmış olmalıdır. Bu durumda dava açılmış ise ilk duruşmadan önce uzlaşma iradesinin

---

<sup>142</sup>Bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.903; Musielak, s.2025 vd.; Friedrich, Stein/ Jonas,Martin, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl (bearb.von Berger, Christian,/Bork,Reinhard/Brehm Wolfgang/Grunsky Wolfgang/Leipold Dieter/Münzberg Wolfgang/Roth,Herbert/Schlosser Peter/Wagner Gerhard),Band 7 §§ 704-827, München 2005, s.887 vd.; Zöllner, s. 2060 vd.; Lüke/Wax, s.2239 vd.; Thomas/Putzo, s.1330.

<sup>143</sup>Ancak belirtilmelidir ki; bu yola başvurunun isteğe bağlı oluşu, madde düzenlemesinde zamanaşımını kesmesi ya da hak düşürücü süreyi koruması gibi özelliklerinin bulunmaması bu maddenin sıklıkla kullanılması ve etkin olmasının önünde engel teşkil etmektedir (Özbek,s.750, Sungurtekin-Özkan, Uzlaşma Sağlama, s. 358).

<sup>144</sup> Yılmaz, s.848, Sungurtekin-Özkan,Uzlaşma Sağlama, s.363, Özbek, md. 35/a, s. 130.

karşı tarafa yöneltilmiş olması yeterlidir. Yoksa davanın açılması ile ilk duruşma günü arasında uzlaşmanın sonuçlandırılması mümkün olmayabilir<sup>145</sup>. Şayet ilk duruşma gününde de taraflar arasında halen müzakereler devam etmekte ise bu durumda tarafların mahkemeye sunacakları uzlaşma müzakerelerinin halen sürdüğüne ilişkin beyanı doğrultusunda duruşma ertelenmelidir. Doktrinde md. 35/a anlamında uzlaşma için bir zaman sınırlanmasının doğru olmadığını, dava sona erinceye kadar avukatların bu şekilde bir yetkisinin devam ettirilmesi gerektiğini, gerçi davanın görülmesi esnasında tarafların uzlaşmaya varmaları halinde bu durumun mahkeme içi sulh olarak değerlendirileceği ve bu işin mahkeme tarafından yapılacağı düşünülse de yine de önemli olan tarafların uzlaşması olduğundan zamansal sınırlamanın doğru olmadığı yönünde görüşler mevcuttur<sup>146</sup>.

Bu konuda Alman hukukunda, md. 796 a ile kanun koyucunun taraflara avukatlar nezdinde icra kabiliyetine sahip bir uzlaşma yapma imkânı tanıdığı ve bu uzlaşmanın da dava açılmadan önce ve dava görülmekte iken yapabileceği, yani bu hususta zamansal bir sınırlamanın mevcut olmadığı belirtilmiştir. Hatta md. 796 a ya göre, uzlaşma sağlamak hususunda, mahkeme içi sulhun aksine yargılamanın sonunda dahi, yargılama sonunda verilecek kararı değiştirmek üzere md. 796 a'ya göre uzlaşma sağlanabilmektedir. Aranılan tek koşul, uzlaşmanın yazılı olması ve her iki tarafın avukatı tarafından imzalanmış olmasıdır. Tarafların imzasına da gerek yoktur, ancak taraflarında uzlaşma metnini imzalamaları amaca uygun olacaktır<sup>147</sup>.

Kanımızca burada avukatlara bu şekilde bir uzlaşma yapma yetkisi verilmesi avukatların görevleri ile ilgili yükümlülüklerinden kaynaklanmaktadır. Avukatlık Kanunu md. 34'e göre; avukatlar yüklendikleri görevleri, bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık ünvanının gerektirdiği saygı ve güvene yakışır bir şekilde hareket etmekle yükümlüdürler. O halde avukatların müvekkilleri ile aralarındaki vekâlet sözleşmesi gereği görevlerini özen ve doğruluk içinde yerine getirmelidirler. Aynı zamanda avukatın görevini özen ve doğruluk içinde yerine getirmesi avukatın iş sahibini açılacak davanın riskleri ve avantajları hakkında mümkün olduğunca

---

<sup>145</sup> Güner, s.135, Yılmaz, s.848.

<sup>146</sup>Yılmaz, s.848-849. Özbek de derdest dava sırasında da düzenlenecek uzlaşma tutanağının ilâm niteliğindeki belgelerden sayılmasının, dava için bir sakıncası olmadığını, bu durumda mahkeme tarafından “esas hakkında bir karar verilmesine yer olmadığına” karar verilerek davanın sonuçlandırılabilceği görüşündedir,Özbek, s.737.

<sup>147</sup> Stein/Jonas, s.888, Lüke/Wax, s.2240, Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.903, Thomas/Putzo, s.1330.

objektif bir biçimde aydınlatma yükümlülüğünü de kapsar<sup>148</sup>. Avukatlar, uyuşmazlığın dava aşamasına intikal etmesi halinde karşılaşacakları sorunları, yargılama harç ve giderleri ve davanın kazanılma ya da kaybedilme olasılığı hakkında müvekkillerini aydınlatmalıdırlar. Ayrıca avukatın bir diğer görevi de uyuşmazlığın çözümünde en çabuk, ucuz ve kısa yoldan çözümlenmesi konusunda her türlü hukuki imkân ve araçları kullanmaktır. Bu aynı zamanda usul ekonomisinin de bir ilkesidir. İşte Avukatlık Kanunu md. 35/a'ya göre, avukatlara arabuluculuk yapma ve arabuluculuk müzakereleri başarı ile sonuçlanırsa bunun sonucunda da icra kabiliyetine sahip ilâm niteliğinde bir belge elde edilmesi imkânının tanınması avukatın yükümlülükleri ile ilgilidir ve burada önemli olan avukatın müvekkilini uyuşmazlık dava aşamasına intikal etmeden önce veya işin mahkeme tarafından esasına girilmeden önce uzlaşma müzakerelerine girişilmesi için ikna etmesidir. Yoksa görülmekte olan bir davada, hatta davanın sonunda bu şekilde bir anlaşma yapılması md. 35/a anlamında bir uzlaşma tutanağı olmamalıdır. Bu halde mahkeme içi sulh kurumu mevcuttur ve kararı hâkim vermelidir<sup>149</sup>.

Belirtmek gerekir ki, Arabuluculuk Kanun Tasarısı'na yapılan eleştirilerden biri de zaten arabuluculuk kurumunun söz konusu madde kapsamında hukukumuzda yer aldığı ve maddenin de yeniden düzenlenmesi ihtiyacının mevcut olduğu, fakat yine de Tasarı'nın gerekçe bölümüne bu madde düzenlemesine atıfta bulunulması gerektiği yönündedir<sup>150</sup>. Ancak Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nda arabuluculuğa başvurma konusunda bir zamansal sınırlamanın mevcut olmadığını görmekteyiz.(Tasarı md.13). Zira md. 35/ a anıldığı üzere; avukatlık mesleğinin özelliklerinden dolayı avukatlara verilmiş bir yetki olup, önemli olan mahkeme tarafından işin esasına girilmeden uzlaşmaya varılmasıdır. Her ne kadar md. 35/a'yı arabuluculuğa çok benzer normatif bir düzenleme olarak ele alsak da, bu madde düzenlemesinin arabuluculuğun tüm özelliklerini yansıttığı söylenemez.

## **b. Konu**

Uzlaştırmanın konusu ancak *“ tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konular”* a ilişkindir. Söz konusu hüküm Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın

---

<sup>148</sup> Aday, s.59.

<sup>149</sup> bkz. Ulukapı, s.456

<sup>150</sup> Bkz. İstanbul Barosu Başkanlığı'nın Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Üzerine Görüş ve Önerileri, İBD,C.81 2007/5, s.2129-2130.

uygulama alanına ilişkin “... ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerinden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanır” hükmüne ve HUMK ‘un, “ yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez” hükmünü içeren tahkim ile ilgili md. 518 hükmü ile paraleldir<sup>151</sup>. O halde uzlaştırma, tarafların arzularına tabi hususlar bakımından mümkün olup, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları konularda uzlaştırma yapılamayacaktır. Bir başka deyişle, kamu düzenine ilişkin konularda uzlaştırma yapılamayacaktır. Dolayısıyla, tarafların dava konusu üzerinde kabul veya sulh ile serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri hallerde bu usule başvurulabilecektir. Özellikle de para borçları bu kapsamda büyük öneme sahip olacaktır. Nitekim kısa sürede giderilmesinde ekonomik menfaatin bulunduğu, acil durumlarda uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması faydalı olacaktır<sup>152</sup>.

Alman hukukundaki md. 796 a düzenlemesinin uygulama alanı üzerinde sulh olunabilecek tüm hukuki ilişki ve taleplere yönelik maddi hukuk anlaşmalardır. Ancak Türk hukukunun aksine kamu hukuku ve iş hukuku alanında yapılan uzlaşmalar da geçerli kabul edilmiştir. Ancak md. 796 a/II’ye göre irade beyanında bulunulmasına yönelik taleplere ilişkin ve kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda uzlaşma yapılamaz<sup>153</sup>.

### c. Kişi

Avukatlık Kanunu md. 35/a hükmüne göre, uyuşmazlık tarafları arasında uzlaşma sağlamak yalnızca avukatlara tanınan bir yetkidir. Bu durum, avukat olmayan herhangi bir kişinin uyuşmazlığı çözmek için faaliyette bulunmasını yasakladığı anlamına gelmez. Ancak üçüncü kişilerin bu faaliyetinin sonucunda md. 35/a hükmünün doğurduğu uzlaşma tutanağının ilâm niteliğinde belge olma özelliğini göstermez<sup>154</sup>.

Uzlaşma teklifinde bulunabilmek için avukatın vekâletnamesinde uzlaşmaya ilişkin özel bir yetkinin bulunması zorunluluğunun olup olmadığına ilişkin Avukatlık Kanunu ve

---

<sup>151</sup>Söz konusu düzenlemelere ilişkin açıklamalar için bkz. aşağıda. Arabuluculuk Sözleşmesinin Konusu, s.90 vd. Bir başka ifade ile arabuluculuğa elverişli konularda Av.K. md. 35/ a’ya göre uzlaştırma mümkün olacaktır.

<sup>152</sup>Özbek, (Md. 35/A), s. 131; Yılmaz, s.850; Atalay, İbrahim Orkun, Avukatlık Kanunu 35/A Maddesi Anlamında Uzlaşma”, Legal Hukuk Dergisi, Ağustos 2004, Yıl.2, S:20, s.2213; Ulukapı, s.457, Özbay, s.402-403.

<sup>153</sup> Thomas/Putzo, s.1330; Musielak, s.2025.

<sup>154</sup> Yılmaz, s.848; Lüke/Wax, s.2243.

Avukatlık Yönetmeliğinde bir düzenleme mevcut değildir. Ancak uzlaşma teklifinde bulunabilmek için avukatın vekâletnamesinde özel yetkinin bulunmasının aranmaması gerekmektedir. Her ne kadar HUMK md.63'e göre, avukatın sulh yapabilmesi için vekâletnamesinde özel yetki olması gerekse de, uzlaşma teklifi müvekkille birlikte yapıldığı ve uzlaşma tutanağı müvekkille birlikte imzalandığından dolayı, uzlaşma sağlamak için avukatın vekâletnamesinde özel yetki bulunması kanaatimizce şart değildir. Ayrıca uzlaşma önerisinin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu düşünüldüğünde dava açmak için gerekli olan genel yetkinin aranması yeterli olacaktır<sup>155</sup>.

Taraflardan biri, birden fazla avukat ile temsil ediliyorsa, kural olarak bu avukatlardan her birinin uzlaşma sağlama yetkisi mevcuttur<sup>156</sup>. Uzlaşma tutanağının taraflardan biri veya avukat olmayan bir temsilci tarafından imzalanmış olması halinde, imzalanan bu uzlaşma metnine tarafın avukatının sonradan onay vermesi halinde dahi md. 35/a hükmünün doğurduğu sonuçlar doğmaz<sup>157</sup>.

#### **d. Karşı Tarafın Müvekkil ile Birlikte Çağrılması ve Uzlaşma Görüşmeleri**

Uzlaşma sağlama içeriği itibarıyla bir özel hukuk sözleşmesidir. Bu nedenle karşı tarafa bu konuda bir öneride bulunulması gerekir. Bu sebeple karşı tarafın uzlaşmaya çağrılması (davet edilmesi) zorunludur. Av.K. bu çağrının avukat ve müvekkili tarafından birlikte yapılmasını öngörmektedir.

Uzlaşma müzakereleri için yapılacak bu davet şekle bağlı değildir; yazılı veya sözlü olarak, telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi araçlarla yapılabilir. Bu davette, uyuşmazlığın konusu, uzlaşma müzakerelerinin yeri, zamanı ve müzakerelerde görüşülecek konuları içeren gündem karşı tarafa bildirilmelidir<sup>158</sup> (Av. K. Yön. md.16/IV).

Uzlaşma müzakereleri avukatlar tarafından yönetilir ve avukat taraflara en uygun olan çözüm şeklini bulmalarına yardımcı olacaktır. Burada avukatın rolünün bir arabulucu

---

<sup>155</sup> Özbek, s.737-738; Özbay, s.435; Güner, s.136; Yılmaz, s.850.

<sup>156</sup> Musielak, s.2027; Stein/Jonas, s.889.

<sup>157</sup> Lüke/Wax, s.2244.

<sup>158</sup> Yılmaz, s.851, Sungurtekin-Özkan, Uzlaşma Sağlama, s.363.



olduğunu düşündüğümüzde, avukatların arabulucunun niteliklerine<sup>159</sup> de sahip olmaları gerektiği sonucu ortaya çıkar. Özellikle avukatlar iletişim tekniklerine hâkim olmalı, uzlaşma görüşmeleri sırasında bağımsız ve tarafsız olmalıdırlar. Ancak bir arabulucunun asıl niteliği taraflara eşit mesafede bulunmak ve tarafsızlık olsa da, avukatlar müvekkillerinin menfaatlerini korumakla yükümlüdürler. Bu nedenle de avukatlardan her bir tarafa eşit mesafede durmaları beklenemez. Önemli olan avukatların mümkün olduğunca tarafsız davranarak, taraflar arasındaki gerginliği en aza indirmeleri, müzakere ortamı yaratmaları, her iki taraf açısından da orta bir yolun bulunması, uzlaşmanın kalitesinin sağlanması ve böylece her iki tarafın da tatmin edilmesidir<sup>160</sup>. Öğretide bir görüşe göre de ; *“avukata iş sahibinin temsilcisi ve mutemedi olması niteliğinden farklı olarak, uzlaşma teklif etme ve uzlaşmayı sağlama faaliyetleri sırasında uyumsuzluğu çözümlenmeye yönelik davranışları nedeniyle tarafsız bir üçüncü kişi niteliği kazandırılmıştır”*<sup>161</sup>.

Arabulucu ve avukat arasındaki ortak noktalardan olan avukatın Av.K. md. 63’e göre sır saklama yükümlülüğü şüphesiz burada da geçerliliğini koruyacaktır. Zira Av. Kan. Yön. md. 16/VI’ya göre; avukatlar uzlaştırma müzakereleri sırasında uyumsuzluk hakkında öğrendiklerini gizli tutmakla yükümlüdürler.

Görüşmeler sırasında taraflar ve avukatlar tarafından yapılan beyan ve kabuller uzlaşmaya yönelik ön beyanlar olduğundan, uzlaşmanın sağlanamaması ve daha sonra tarafların mahkemeye başvurmaları halinde bağlayıcılığı ve geçerliliği yoktur. Başka bir deyişle uzlaşma müzakereleri esnasında öğrenilen bilgi ve belgeler mahkemede açılan davada taraflar aleyhine delil teşkil etmez<sup>162</sup>(Av. Kan. Yön. m. 16/VI).

Uzlaşma görüşmelerinin ne kadar süreceği ve tarafların bu konuda kaç kez bir araya gelecekleri hususunda bir kural konamaz. Uzlaşma görüşmelerinin süresi her bir somut olayın özelliğine göre değişiklik gösterebilir<sup>163</sup>.

---

<sup>159</sup> Arabulucunun Niteliği için bkz. a.ş.a.s. 130 vd.

<sup>160</sup> Zöller, s.2061. *“Avukatlar uzlaşma görüşmeleri sırasında, uyumsuzluğun tarafları arasında yansız kalmaya, yansız hareket etmeye çaba harcarlar. Avukatlar, bu aşamada taraf temsilcisi olarak o görüşmeye katılmış olsalar bile kendilerine verilen bir kurumsal görevi yerine getirdiklerini hatırlayıp, tarafların etkisinde kalmadan, tarafların uzlaşmasına eylemsel ve hukuksal ortam yaratılmasına özen gösterirler”*.Bkz. Güner, s.137; Yılmaz, s.852; Sungurtekin-Özkan, Uzlaşma Sağlama, s.364.

<sup>161</sup> Ildır, s.140.

<sup>162</sup> bkz.Sungurtekin-Özkan, Uzlaşma Sağlama, s.364,Güner, s.137.

<sup>163</sup> Yılmaz, s.852.

Görüşmeler sonucunda uzlaşmaya varılırsa yapılacak anlaşma yazılı şekilde yapılmalıdır. Bu bir geçerlilik şartıdır<sup>164</sup>. Uzlaşmanın konusunu, yerini, tarihini ve tarafların karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren bir tutanak<sup>165</sup> düzenlenir ve tarafların avukatları ve müvekkileri tarafından birlikte imza altına alınır. Unutulmamalıdır ki; sadece tarafların ya da sadece taraf avukatlarının kendi aralarında imzaladıkları uzlaşma, Avukatlık Kanunu'nun 35/a maddesi anlamında bir uzlaşma değildir, bu durumda “mahkeme dışı sulh” olarak nitelendirilebilir, ancak mahkeme dışı sulhun koşulları ve sonuçları farklıdır<sup>166</sup>

## II.UZLAŞTIRMA TUTANAĞININ HUKUKİ NİTELİĞİ

İlamlı icra takibinin dayanağını ilâm ve ilâm niteliğindeki belgeler oluşturur. Bu belgelerin bir kısmı İcra ve İflas Kanunu'nda, bir kısmı da özel kanunlarda düzenlenmiştir. İlamların yanı sıra, ilâm niteliğindeki belgelerin de ilâmlı icra takibine konu olması bu takip türünün uygulama alanının genişlemesine ve etkin bir işlerliğe sahip olmasına sebep olmuştur<sup>167</sup>.

İşte yukarıda belirtilen çerçevede hazırlanan bir uzlaşma tutanağı, Avukatlık Kanunu md. 35/a düzenlemesine göre, İcra ve İflas Kanunu md.38<sup>168</sup> anlamında ilâm niteliğindeki belgelerdendir.

---

<sup>164</sup> Ulukapı, s.457; Thomas/Putzo, s.1330; Zöllner, s.2062.

<sup>165</sup> Uzlaştırma tutanağında bulunması gereken şartlar Av.K. Yön. md. 17/II'de sayılmıştır. Buna göre; uzlaşma tutanağında, müzakerelere katılan avukatların adı, soyadı, adres ve bağlı oldukları baro sicil numaraları, tutanağın düzenlendiği yer ve tarih, tarafların ve varsa kanuni temsilcilerinin, tercüman, tanık ve bilirkişilerin kimlik ve ikametgahları, alacaklı taraf yabancı ülkede oturuyorsa Türkiye'de göstereceği ikametgahı, taraflar arasındaki uyuşmazlığın kısa ve özlü bir şekilde anlatılması ve uzlaşmanın konusu, uzlaşma sonunda varılan anlaşma ve uzlaşma müzakerelerine katılan tarafların ve avukatların imzalarının bulunması şarttır. Ayrıca uzlaşma sonucu kısmında, uyuşmazlığın ne şekilde çözüldüğünün, uzlaşma giderlerinin, uzlaşma dava açıldıktan sonra yapılmışsa, yargılama harç ve giderlerinin paylaşım şeklinin, taraflardan talep sonuçlarından her biri hakkında verilen karar ile taraflara yüklenen borçların ve tanınan hakların, mümkünse sıra numarası altında tek tek, açıkça şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekmektedir (Av.K. Yön. Md.17/III).

<sup>166</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 507.

<sup>167</sup> Tanrıver, İlamlı İcra, s.83.

<sup>168</sup> İİK md. 38' göre, “ Mahkeme huzurunda yapılan sulhler, kabuller ve para borcu ikrarını havi re'sen tanzim edilen noter senetleri ve temyiz kefaletnameleri ile icra dairesindeki kefaletler, ilâmların icrası hakkındaki hükümlere tabidir.Bu maddedeki icra kefaletleri müteselsil kefalet hükmündedir?”. Yarg. 12. HD'nin 11.07.2006 tarihli kararında da; 1136 sayılı Kanunun 35/a maddesine uygun şekilde düzenlenen uzlaşma tutanaklarının İİK md. 38 anlamında ilâm niteliğinde olduğu ve somut olayda da düzenlenen belgenin ilâm niteliğinde belge olmasına rağmen icra mahkemesince takibin iptaline karar verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğuna hükmedilmiştir.Bkz. Yarg. 12 HD, E. 2006/12239, K. 2006/15277, T. 11.07.2009, [http:// www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 31.07.2009.

Buna göre; taraflar arasında uzlaşmaya varılmış, usulüne uygun olarak uzlaşma tutanağı hazırlanmış, ancak taraflardan biri uzlaşma tutanağında yer alan bir hususu yerine getirmekten kaçınırsa, o taraf aleyhine İcra İflas Kanunu md. 32 vd. uyarınca ilâmlı icra takibi yapılabilecektir.

Usulüne uygun olarak hazırlanmış olan uzlaşma tutanağının ilâm hükmünde bir belge sayılması için herhangi bir şart aranmamıştır; geçerliliği açısından mahkeme hükmü veya resmi bir mercinin onayına gerek yoktur<sup>169</sup>. Ancak uzlaştırma tutanağının ilâmlı icra takibine konu olabilmesi için içeriğinin cebri icraya elverişli olması gerekir. İçerik yönünden uzlaşma tutanağının cebri icraya elverişli olması, konusunun belli bir edimin ifasına (bir para borcunun ifası, bir malın teslimi, bir fiilin yapılması veya yapılmaması gibi) yönelik olması demektir. Uzlaşmanın konusu, bir edimin ifası olmayıp, bir hukuki ilişkinin tespitine yönelikse, bu durumda uzlaşma tutanağı cebri icraya elverişli olmayacaktır. Buna göre, uzlaşma tutanağı belli bir edimin kayıtsız ve şartsız olarak ifasını sağlamaya yönelik olmalıdır. Kaldı ki; hukukumuzda şarta bağlı hüküm verilemeyeceğinden ilâm niteliğinde olan uzlaşma tutanağının da şarta bağlı olmaması gerekir<sup>170</sup>.

Uzlaşma tutanağı ilâmlı icraya dayanak oluşturabilir, ancak kesin hüküm teşkil etmez. Uzlaşma tutanağı bir mahkeme hükmü olmadığından bu tutanağa karşı kanun yollarına da başvurulamaz. Ancak şartları olduğu takdirde hata, hile, ikrah gibi sebeplerle (BK. md. 23) uzlaşma tutanağının iptali istenebilir<sup>171</sup>.

Alman doktrinde de yapılan uzlaşma tutanaklarının maddi anlamda kesin hüküm teşkil edip etmeyeceği hususu üzerinde durulmuş olup, bu konuda açık bir düzenlemenin mevcut olmadığı ancak 769 a/II hükmünün uzlaşma sonucunda elde edilecek icra kabiliyetine sahip kararın maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceğine yönelik güçlü bir belirti olduğu görüşü öne sürülmüştür. Zira md. 796 a/II'de irade beyanında bulunulmasına yönelik taleplere ilişkin ve kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda uzlaşma

---

<sup>169</sup>Ulukapı, s.458; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.507. Bununla birlikte taraflar isterlerse, uzlaşma tutanağını mahkemeye sunarak mahkeme içi sulh şekline dönüştürülmesini talep edebilirler (Yılmaz, s.855).

<sup>170</sup> Özbek ( Av.Kan.md. 35/a); s. 134, Ulukapı, s.459,Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.507, Yılmaz, s.854.

<sup>171</sup>Tanrıver ( İlamli İcra Takibinin Dayanakları), s.83 ,98; Önen, Ergun, Medeni Yargılâma Hukukunda Sulh, Ankara 1972, s.152-153; Özbek, s.740; Ulukapı, s.458; Güner, s. 138.

yapılmamasının gerekçesinin uzlaşma sonucu elde edilen kararın maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemesine dayandırılabilceği belirtilmiştir. Nitekim uzlaşma sonucunda kararın maddi anlamda kesin hüküm teşkil edeceği kabul edilirse, irade beyanında bulunulmasına yönelik taleplere ilişkin uzlaşma yapılması da mantıklı olmayacaktır. Ayrıca kira ilişkisine ilişkin taleplere yönelik yalnızca mahkemeye başvurularak icra edilebilecek bir karar alınabilir<sup>172</sup>.

Burada belirtmek gerekir ki; ZPO md. 796 a/II 'ye göre; uzlaşma belgelerinin icra edilebilmesi için, asıl nüshalarının veya noterde düzenlenmiş suretlerinin sulh hukuk mahkemeleri tarafından tescil edilmeleri gerekir. Genel yetkili sulh hukuk mahkemesi, uzlaşma yapıldığı sırada- bu sözleşmenin taraflar açısından etkisini gösterdiği, bağlayıcı olduğu andır- taraflardan her biri için ikamet ettikleri yer mahkemesidir. Şayet taraflardan birinin ülke içinde ikametgahı yoksa ve yedek yetkili mahkeme kararlaştırılmamışsa, uzlaşma tutanağının sulh hukuk mahkemesi tarafından tescil edilemeyeceğinden icra edilemeyecektir. Ancak istisnai olarak noterlerin de uzlaşma belgelerini tescil etmesine olanak tanınmıştır (ZPO, md. 796 c). Kanunda aynı zamanda bu tescil işleminin, uzlaşmanın meydana geldiği tarihte yapılması öngörülmüştür. Ancak söz konusu tarih yalnızca uzlaşma belgesinin daha iyi tanımlanabilmesi için önemlidir, yoksa sulh hukuk mahkemesine beyan edilen tarihin bir önemi yoktur. Taraflar tescil işlemini kendileri de yapabilirler; bu işlemin avukatlar tarafından yapılmasına gerek yoktur. Hatta bu tescil işleminde uzlaşma belgesine avukatların vekâletnamelerinin eklenmesine de gerek yoktur. Zira vekâletnamelerin doğru olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılmayacaktır<sup>173</sup>.

Alman hukukuna göre söz konusu tescil işleminin (icra edilebilirlik bildirim) anlamı şudur: Md. 796 a'ya göre avukatlar tarafından imzalanan uzlaşma belgelerinin icra edilebilirlik kuvveti yoktur. Zira söz konusu uzlaşma belgeleri bir özel hukuk sözleşmesidir ve resmi bir belge değildir. Ancak sulh hukuk mahkemesi tarafından tescil edilmek suretiyle, özel hukuk belgesi resmi bir belgeye dönüştürülmüş olmaktadır. O halde buradaki tescil işlemi (icra edilebilirlik bildirim), özel hukuka ilişkin bir belgenin "usuli etkilerinin tanınması" için yapılan bir işlemdir. Başka bir deyişle bu tescil işlemi ile birlikte uzlaşma belgelerine icra edilebilirlik kabiliyeti kazandırılmaktadır. Söz konusu tescil işlemi ile

---

<sup>172</sup> Lüke/Wax , s.2242; Zöller, s.2061.

<sup>173</sup> Musielak, s.2027; Lüke/Wax, s.2245; Thomas/Putzo, s.1331.

birlikte bu belgelere yalnızca icra edilebilirlik kabiliyeti kazandırıldığı, ancak uzlaşma belgesinde belirtilen hususların maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediği, kanunda bu hususa değinilmemiş olmasının eksiklik olduğu vurgulanmıştır<sup>174</sup>.

O halde Alman doktrininde de Türk hukuku ile paralel olarak cebri icraya elverişli uzlaşma belgelerinin yalnızca icra edilebilir bir niteliğe sahip oldukları, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediği görüşü hâkimdir. Ancak burada Türk hukuku ile Alman hukuku arasındaki fark; Türk hukukunda uzlaşma tutanaklarının Av. Kan. md. 35/a 'da açıkça ilâm niteliğinde belge olduğunun düzenlenmiş olması, buna karşılık Alman hukukunda icra edilebilirliğin sulh hukuk mahkemesinin tescili şartına bağlanmış olmasıdır. Belirtmek gerekir ki, Arabuluculuk Kanun Tasarısı'na göre de; arabuluculuk faaliyeti başarı ile sonuçlanırsa, bu anlaşmaya icra mahkemesi tarafından icra edilebilirlik şerhi verilmesiyle bu anlaşma ilâm niteliğinde bir belge sayılacaktır (Tasarı, md. 18/II)<sup>175</sup>. Bir anlamda burada ZPO md. 796 a/II hükmü ile paralel bir düzenlemenin olduğu sonucuna varılabilir.

### **III. 4787 SAYILI AİLE MAHKEMELERİNİN KURULUŞ, GÖREV VE YARGILAMA USULLERİNE DAİR KANUN MD. 7/1**

Aile hukukundan doğan dava ve işleri görmek üzere, bir uzmanlık yargı yeri olarak, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun<sup>176</sup> (AMK) ile ihtisas mahkemeleri olarak aile mahkemeleri kurulmuştur<sup>177</sup>.

Aile uyuşmazlıklarının sayısı gün geçtikçe artmakta ve karmaşık hale gelmektedir<sup>178</sup>. Aile uyuşmazlıklarında hem tarafların hem de çocukların çok büyük zararlar görmeleri mümkündür. Zira bu tür uyuşmazlıkların sosyal ve psikolojik etkileri nedeniyle dostane

---

<sup>174</sup> Lüke/Wax, s.2246.

<sup>175</sup>Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Arabuluculuk Sonunda Varılan Anlaşmanın İcra Edilebilirlik Fonksiyonu, aşa.s.156 vd.

<sup>176</sup> RG: 18.01.2003, S: 24997

<sup>177</sup>Aile mahkemeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tanrıver,Süha, Aile Mahkemeleri Üzerine Bazı Düşünceler, Prof.Dr.Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 947-953; Sirmen,Lale/ Koçhisarlıoğlu, Cengiz/ Tanrıver,Süha/Süral,Nurhan/Tercan,Erdal, Karşılaştırmalı Hukukta Aile Mahkemeleri ve Türkiye'de Aile Mahkemelerinin Kurulmasında Yararlanılabilecek Bir Model, Prof.Dr.Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s.1-32; Tercan,Erdal, Türk Aile Mahkemeleri,AÜHFD, 2003/3 , s.19-53.

<sup>178</sup>Örneğin, yapay dölleme, tüp bebek, kiralık anne, evli kişinin cinsiyet değiştirmesi gibi konulardan kaynaklanan sorunların çözümü uzmanlığı zorunlu kılmaktadır. Bkz. Sirmen/Koçhisarlıoğlu/Tanrıver/Süral/Tercan, s.2 vd.

yollardan çözümleri gerekir. Bu nedenle de devletin aile hukukundan doğan uyuşmazlıkları diğer hukuki ilişkilerden doğan uyuşmazlıklara göre farklı sonuçlara bağladığı, bu tür davalarda, ailenin korunması için hâkime daha fazla yetki ve yükümlülük yüklediği görülmektedir<sup>179</sup>. Buna göre de 4787 sayılı Kanun ile aile uyuşmazlıklarının çözümünde aile mahkemesi hâkimine uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik etmek ödevi yüklenmiştir. Bu bağlamda da aile mahkemesi hâkimine “aile arabulucusu” gibi hareket etme ve mahkeme nezdinde görevli uzmanları da “arabulucu” sıfatıyla görevlendirme imkânının verildiğini söyleyebiliriz<sup>180</sup>.

AMK md. 7’ye göre; “*aile mahkemeleri önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Sulh sağlanmadığı takdirde yargılamaya devam edilerek esas hakkında karar verilir*”.

Bu düzenlemeye göre, hâkim, davanın esasına girmeden önce sulh girişiminde bulunacak, bundan sonuç alınamaması halinde davanın esasına girip karar verecektir. Her ne kadar maddenin lafzından hâkimin davanın esasına girmeden önce sulh girişiminde bulunması gerektiği gibi bir anlam çıksa da, hâkim davanın esasına girdikten sonra da ve hatta davanın sonuna kadar sulh girişimini teşvik etmelidir. Zira ancak bu şekildeki bir yorum maddenin amacına uygun düşer. Ne zaman sulh girişiminde bulunulacağı her somut olayın özelliklerine göre hâkimin takdir yetkisine bırakılmalıdır<sup>181</sup>.

Doktrinde hâkimin tarafları sulhe teşvik edip etmesinin zorunlu olup olmadığı, yani bu maddenin emredici olup olmadığı tartışmalıdır<sup>182</sup>. Burada hâkimin tarafları sulhe teşvik etmesinin zorunlu olduğunu belirtmek gerekir. Bu düzenleme HUMK md. 213/I ‘de yer alan ifadeden farklılık gösterir. Zira HUMK md.213’de sulhe teşvik hâkimin taktirinde olmakla, ihtiyaridir. Ancak AMK md. 7 düzenlemesi sırf aile hukukundan doğan uyuşmazlıklara

---

<sup>179</sup>Tanrıver,(Aile Mahkemeleri), s.948, Ercan, İbrahim, Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümü, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan,İstanbul 2007 , s.64.

<sup>180</sup>Tanrıver, s. 173.

<sup>181</sup> Ercan, s.91.

<sup>182</sup>Aras, bu maddenin emredici bir kural içerdiğini ve aile mahkemesinin ilk olarak eşleri sulhe teşvik etmek zorunda olduğunu belirtmektedir. Bkz. Aras, Bahattin, Aile Mahkemelerinde Tarafların Sulh Yoluyla Çözümüne Teşviki, YD, 2005/3, s.304.

bakmakla kurulmuş olan özel ihtisas mahkemelerine sulhe teşviki zorunlu kılmıştır. Aksinin kabulü halinde, AMK md.7, HUMK md.213/I'in bir tekrarından ibaret olacaktır. Buna göre AMK md. 7, özel bir düzenleme olup, aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda emredici bir nitelik taşır<sup>183</sup>.

O halde aile mahkemesi hâkiminin önüne gelen uyuşmazlıklarda bir “arabulucu” olarak görev yapması mecburi olup, burada yargısal arabuluculuk düzenlenmiştir. Hâkim bu girişimin başarıya ulaşabilmesi için gerektiğinde uzmanlardan da yararlanabilir. Uzmanlardan yararlanıp yararlanmama hâkimin takdirine bırakılmış olup, bu uzmanlar aile mahkemesinde görevli olan psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacılardan oluşur<sup>184</sup>. Hâkimim görevlendirmesi halinde, bu uzmanlar taraflar arasında arabuluculuk yapacaklardır. Doktrinde bu uzmanların mahkeme içerisinde görev yapan uzmanlar olabileceği gibi, eşleri uzlaştırmak amacıyla mahkeme dışından atanan uzmanlar da olabileceği belirtilmiştir<sup>185</sup>.

Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, taraflar sadece konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davaları sulh ile sona erdirebilirler ve bu nedenle de aile hukukundan doğan davalar kamu düzenine tabi olduklarından kural olarak taraflar arabuluculuk yolu ile davayı sona erdiremezler. Evliliğin butlanı, feshi, sona erdirilmesi ile ayrılık ve boşanma konularında sulh yapılamaz. Bunlar inşai davalardır<sup>186</sup> ve ancak bir mahkeme kararıyla sağlanabilir, bu konularda tarafların anlaşması mümkün değildir. Buna karşılık boşanmanın veya ayrılığın fer'i hükümlerine ilişkin olarak taraflar arasında sulh yapabilir<sup>187</sup>. Anlaşmalı

---

<sup>183</sup> Bkz. Ercan, s.88-89; “...hâkimin sulh girişimi, ihtiyari olmayıp, zorunlu hale getirilmiştir”. Bkz. Tercan, s.48.

<sup>184</sup> Tercan, s.47, s.49.

<sup>185</sup>Ercan, s.92. Doktrinde Özbek, bu uzmanların mahkeme dışından da atanan uzmanlar olabileceği görüşünü TMK md. 195/II'ye dayandırmaktadır. Bu maddeye göre, hâkim eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir. Bu uzman kişilerin de mahkeme dışından atanan arabulucular olduğunda tereddüt olmadığına göre, AMK md. 7 anlamındaki uzmanların da mahkeme dışından atanabileceği görüşündedir ( Özbek ,s. 653).

<sup>186</sup>Bir hukuki durumun kurulması, kaldırılması veya değiştirilmesi için davacının tek taraflı iradesinin yeterli olmadığı veya bu konularda tarafların anlaşmasının mümkün olmadığı, bunun ancak mahkeme kararıyla sağlanabildiği durumlarda açılan davaya inşai veya yenilik doğuran dava denir. İnşai davalar, kural olarak kanunun açıkça öngördüğü hallerde açılabilir.Bu haller ise genellikle maddi hukuka göre belirlenir: Örneğin, evlenmenin butlanı davası, boşanma davası, soybağının reddi davası, ölüme bağlı tasarrufların reddi davası , tenkis davası, anonim şirketlerde ve kooperatiflerde genel kurul kararlarının iptali davası, cezaî şartın tenkisi davası gibi, bkz. Pekcanitez/Atalay/Özkes, s.279 vd.; Kuru, Baki, /Arslan,Ramazan/Yılmaz,Ejder, Medeni Usul Hukuku, 19.bası, Ankara,s.294vd.;Alangoya, Yavuz/Yıldırım, M.Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 6.Bası, İstanbul 2006, s. 228 vd.; Üstündağ, Saim,Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, İstanbul 2000, s.336.

<sup>187</sup> Önen, s.46.

boşanma durumunda da yine kamu düzeni müdahalesi mevcut olacaktır. Zira tarafların boşanma konusunda anlaşmış olmaları yeterli değildir, hâkimi tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve tarafların boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu hakkında yapmış oldukları düzenlemeyi uygun bulmuş olması gerekir. Ancak belirtmek gerekir ki; boşanma veya ayrılık davalarında hâkimin yaptığı arabuluculuk denemesinden başarılı sonuç elde edilirse, bir diğer anlatımla bu arabuluculuk girişimi neticesinde taraflar boşanmaktan veya ayrılıktan vazgeçerlerse bu anlaşma geçerli olacaktır. Burada daha çok teknik anlamda bir sulhten ziyade davadan feragat ve kabulün söz konusu olduğu belirtilmiştir<sup>188</sup>.

Alman hukukunda da, aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda sulh olunması, bu konular üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edemeyeceklerinden dolayı davayı sona erdirici bir etkiye sahip değildir. Tarafların anlaşması ancak davanın veya karşı davanın geri alınması veya kanun yollarına başvurmadan feragat olarak sonuç doğurabilir. Ancak aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda da ZPO md. 278/I uyarınca hâkimin tarafları sulhe teşvik edeceği belirtilmiştir. Zira md. 278/II uyarınca sözlü yargılamada hâkimin tarafları sulhe teşviki zorunludur. Bununla birlikte hâkim ortak hayatın yeniden kurulmasına ilişkin davalarda sulh teşebbüsünün sonuç vereceğini umuyorsa (ZPO md.614/I) ve boşanma davalarında evliliğin devam edebileceği konusunda somut bir kanıya ulaşırsa re'sen davayı erteleyecektir<sup>189</sup>.

#### **IV. 06.03.2003 TARİHLİ 4822 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN'UN 29. MD.Sİ İLE DEĞİŞİK MD. 22/5 DÜZENLEMESİ**

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK)<sup>190</sup> amacı, kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, aydınlatıcı, eğitici, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı önlemleri almak ve tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konudaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir (md.1).

---

<sup>188</sup> Ercan, s.86.

<sup>189</sup> Rosenberg/Svhwab/Gottwald, s.1166.

<sup>190</sup> RG 08.03.1995, S.22221



TKHK md.22 tüketici ile satıcı arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için il ve ilçe merkezlerinde en az bir tüketici sorunları hakem heyeti kurulması için Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nı görevli olarak kabul etmiştir. Değeri 936,97 TL'nin altındaki<sup>191</sup> uyuşmazlıklarda tüketicilerin dava açmadan önce tüketici sorunları hakem heyetlerine başvurmaları zorunludur. Bu uyuşmazlıklarda tüketici sorunları hakem heyetinin vereceği kararlar taraflar için bağlayıcılık teşkil edip, İİK md. 38 anlamında ilâm niteliğinde belge sayılır. Taraflar bu kararlara karşı 15 gün içinde tüketici mahkemesinde itiraz edebilirler. Ancak bu itiraz tüketici sorunları hakem heyetinin verdiği kararın icrasını durdurmuyacaktır. Tüketici mahkemesi hâkimi talep halinde bu kararın icrasının durdurulmasını tedbir yoluyla sağlayabilir. Tüketici sorunları hakem heyeti kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine tüketici mahkemesinin vereceği kararlar kesindir(TKHK, md.22/V).

Tüketici sorunları hakem heyeti, tüketicinin daha basit olan ve hızlı işleyen bir uyuşmazlık çözüm süreci kullanarak korunması ve yargı organlarının iş yükünün azaltılması amacıyla kurulmuş olup sistemimizde ilk defa yargılamanın önüne getirilen yargı dışı bir mekanizmadır. Bu nedenle de tüketici mahkemelerinin yanında yer alan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur<sup>192</sup>.

Burada söz konusu düzenlemeyi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından arabuluculuk olarak nitelendiremeyiz<sup>193</sup>. Zira burada tüketici sorunları hakem heyetine başvuru zorunlu olup, özel bir dava şartıdır. Bu da arabuluculuğun esasında yatan gönüllü katılım ile örtüşmez. Nitekim tüketici sorunları hakem heyetinin verdiği kararların bağlayıcılık teşkil etmesi bu kurumu arabuluculuk ile nitelendiremeyeceğimizin açık kanıtıdır.

---

<sup>191</sup>Bu parasal sınır her yılın ekim ayı sonunda Devlet İstatistik Enstitüsünün Toptan Eşya Fiyatları Endeksinde meydana gelen yıllık ortalama fiyat artışı oranında artar.Bu durum bakanlıkça her yıl aralık ayı içinde Resmi Gazetede ilan edilir (TKHK, md. 22/VI).Söz konusu miktar her yıl değiştiği için miktarın belirlenmesinde mahkemenin hangi tarihte değeri göz önünde tutması gerektiği sorusu aklımıza gelebilir. Bu konuda iki ayrı süre düşünülebilir. Bunlar; başvuru nedeni uyuşmazlıkla ilgili tüketici ile satıcı arasındaki hukuki işlemin veya haksız fiilin vuku bulduğu tarihte geçerli olan miktar ve uyuşmazlığın mahkeme önüne getirildiği tarihte geçerli olan miktardır. Bu konuda Pekcanitez, miktarın artması halinde, yeni miktara göre değil, satın alma sırasındaki değere göre hakem heyetine başvurunun zorunlu olup olmadığının belirlenmesi gerektiği kanısındadır. Bkz. Pekcanitez, Hakan, Tüketici Mahkemeleri, İBD, 1996/1-2-3, s. 145.

<sup>192</sup>Pekcanitez, Hakan, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti, İz.B.D.,1996/3, s.41; ayrıca bkz. Pekcanitez, Hakan, Tüketici Mahkemeleri, s.141 vd; Konuralp, İspat, s.7; Tüketici sorunları hakem heyetinin kurulması, tüketici ile satıcı arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların gecikmeksizin çözümlenmesi konusunda kabul edilmiş bir kurumdur. Bkz. Ulukapı,Ömer, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, SÜHFD, Prof. Dr. M.Şakir Berki'ye Armağan,1996/1-2, s.79 vd.; Zevkliler Aydın, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ankara 2001, s.229 vd.

<sup>193</sup>Özbek tarafından bu düzenleme “mecburi tahkim olarak nitelendirilmiştir, bkz. Özbek, s. 711.

Ancak buna rağmen uyuşmazlık mahkeme tarafından verilen bir hükümle değil, hakem heyeti tarafından verilen bir hükümle sona erdirildiği için tüketici sorunları hakem heyeti bir alternatif uyuşmazlık çözümünü gerçekleştiren “resmi” bir kuruluş olarak nitelendirilebilir<sup>194</sup>.

Burada belirtmek gerekir ki, TKHK’da değişiklik yapılmadan önce tüketici hakem heyetleri tarafından verilen kararlar tarafları bağlayıcı nitelikte değildi. Bu kararlar tüketici mahkemelerinde takdiri delil olarak ileri sürülebiliyordu. Bu durumda da tüketici hakem heyetlerinin tarafların uzlaşmasını sağlayarak, dava açmayı önleyici amaçlarının olduğu ve bu düzenlemenin de daha çok arabuluculuk ile örtüşmekte olduğu belirtiliyordu<sup>195</sup>.

TKHK md. 22/VI’ya göre değeri 936,97 TL’nin üzerindeki uyuşmazlıklarda tüketici sorunları hakem heyetine başvuru zorunlu değildir. Bu uyuşmazlıklarda hakem heyetinin verecekleri kararlar tüketici mahkemelerinde delil olarak ileri sürülebilir. Hakem heyeti kararlarının tüketici mahkemelerinde delil olarak kullanılması ile yargılamada daha kısa sürede çözümün amaçlandığını söyleyebiliriz.

Her ne kadar mevcut TKHK kapsamında tüketici uyuşmazlıklarında arabuluculuk yöntemi düzenlenmemişse de bu alandaki uyuşmazlıkların arabuluculuk ile çözülmesi çok daha faydalı olacaktır. Tüketici hakem heyetine arabuluculuk için başvurulduktan sonra, anlaşma olmaması halinde dava yoluna gidilmesi uyuşmazlık çözüm sürecinin uzatılması olarak görülmemeli, aksine uyuşmazlıkların çözümü amacıyla arabuluculuğa başvurularak birçok uyuşmazlığın bu aşamada çözümünün sağlanması ile kısa sürede sonuç elde edilebileceği göz ardı edilmemelidir<sup>196</sup>.

Almanya ‘da tüketici hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk yönteminin kullanıldığı ve başarı sağlandığı görülmektedir. Bu tür uyuşmazlıkların çözümü için çok sayıda uzlaşma kuruluşu faaliyet göstermektedir. Bu kuruluşlar tarafından verilen kararların daha sonra yapılan devlet yargılamasına hiçbir etkisi ve icra edilme özellikleri

---

<sup>194</sup> Konuralp, Usul Hukuku Sorunlarına Bir Bakış, s.538; Pekcanitez, Tüketici Mahkemeleri, s. 145; İldır, s.130.

<sup>195</sup>Ulukapı, tüketici hakem heyetlerini “arabulucu” veya “sulhe teşvik edici bir kurul, tüketici hakem heyetlerinin uyuşmazlıklar hakkında verecekleri kararları da , “mahkeme dışında ve fakat resmi merciler önünde yapılan bir sulh sözleşmesi” olarak nitelendirmiştir. Bkz. Ulukapı, Tüketici, s.80, Konuralp, İspat, s.7.

<sup>196</sup> bkz. Özbek, s. 712.

bulunmamasına karşın çoğu uyuşmazlıkta devlet yargılamasına gitmeden uyuşmazlıklar çözüme kavuşturulmaktadır<sup>197</sup>.

Aynı zamanda tüketici uzlaşma kuruluşları yanında, mimarlar odası, eczacılar odası, doktorlar odası gibi çeşitli serbest meslek odaları ile endüstri ve ticaret odaları da uzlaşma kuruluşu olarak görev yapmaktadır. Bunun yanında Alman Bankalar Birliği tarafından 1992 yılından itibaren müşteriler ile bankalar arasındaki uyuşmazlıkların çözümü amacıyla uzlaşma yargılaması (ombudsman) yapılması sistemi geliştirilmiştir. Bu yargılamada banka tarafından haklarının ihlal edildiğini iddia eden bir özel banka müşterisi uyuşmazlık konusunu banka ombusmanı önüne getirebilme imkanına sahip olmaktadır<sup>198</sup>.

#### **V.5521 SAYILI İŞ MAHKEMELERİ KANUNU MD. 7/1**

30.01.1950 tarih ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu<sup>199</sup> (İş Mah.K.) md. 1 düzenlemesi, toplu hak uyuşmazlıklarının<sup>200</sup> çözümünde iş mahkemelerini görevli kılmıştır. Taraflar gerek bireysel iş uyuşmazlıklar gerekse toplu hak uyuşmazlıklarının<sup>201</sup> dava yoluyla çözümlenmesi amacıyla iş mahkemelerine başvurduğunda, ilk oturumda mahkemenin tarafları sulhe teşvik etmesi ile uyuşmazlığın çözümlenmesi mümkündür (İş Mah.K.,md. 7).

---

<sup>197</sup> Krafka/Schmidt/Heck/Prütting/Taxis, s.14.

<sup>198</sup> Krafka/Schmidt/Heck/Prütting/Taxis,s. 15-16.

<sup>199</sup> RG 04.02.1950, S.7424.

<sup>200</sup>Hak uyuşmazlıkları işçi ile işveren arasındaki iş ilişkilerinin dayanağını oluşturan mevzuat, toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümleri ile taraflara sağlanan haklara ilişkin olarak, taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklardır. Bunlara örnek olarak, işverenin iş sözleşmesini feshettiği işçiye kanunda belirtilenden az miktarda kıdem tazminatı ödemediği veya toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılan normal ücretinin yüzde yetmiş beşi tutarında fazla çalışma ücreti yerine yüzde elli tutarında fazla çalışma ücreti ödemediği veya iş sözleşmesinde kabul edilen yılda iki aylık tutarındaki ikramiyeyi verdiği iddiasıyla çıkarılan uyuşmazlıklar gösterilebilir. Yani; hak uyuşmazlığı taraflardan birinin diğer tarafın mevzuat, toplu iş sözleşmesi veya hizmet sözleşmesinden doğan bir hakkını ihlal etmesi yüzünden çıkan uyuşmazlıktır. Buna karşın menfaat (çıkar) uyuşmazlıkları ise çalışma şartlarında değişiklik yapılması ya da yeni hakların kabul ettirilmesi amacıyla çıkarılan uyuşmazlıklardır. Örneğin ücretlerin artırılması, iş sürelerinin ya da primlerin azaltılması gibi. Bu tür uyuşmazlıklar statükoyu değiştirmeye yönelik olduğu için uyuşmazlığın yürürlükteki hükümlere göre çözümlenmesi söz konusu olmaz. Burada taraflar grev, lokavt gibi kollektif baskı yöntemlerine başvurmayı tercih ederler. Bkz. Tuncay, A.Can, Toplu İş Hukuku, Ankara 1999, s.211-212; Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, 21.bası, İstanbul 2008, s. 584-585; Tunçomağ, Kenan/Centel Tankut, İş Hukukunun Esasları, 3.bası, İstanbul 2003, s.420-421; Kabakçı Mahmut, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'na göre Toplu Pazarlık Sürecinde Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Çözüm Aracı Olarak Grev ve Lokavt, İstanbul 2004, s.10; Akyiğit,Ercan, İş Hukuku, 7.bası, Ankara 2008, s.502.

<sup>201</sup>Bireysel iş uyuşmazlıkları işçi ile işveren arasındaki bireysel iş uyuşmazlıklarından doğan uyuşmazlıklar olup, bir işçinin devamsızlık nedeniyle işten çıkarılması üzerine işçinin bunun yasal olmadığını ve çıkarmanın haksız olduğunu iddia etmesi buna örnek olarak gösterilebilir. Toplu iş uyuşmazlıkları ise işçi sendikası ile işveren sendikası veya işveren arasında çıkan uyuşmazlıklardır. Bkz. Tuncay, s. 212; Çelik, s.586, Tunçomağ / Centel, 419-420; Kabakçı, s.11-12; Akyiğit, s.501.

Mahkeme, tarafları ilk oturumda sulh olmaya teşvik eder. Bu hükmün de kanımızca tıpkı AMK md. 7/I düzenlemesinde olduğu gibi, hâkimin tarafları sulhe teşvikinin zorunlu olduğunun kabulü gerekir. Taraflar mahkemede uyuşmazlık konusu hakkında uzlaşamazlar ve taraf veya vekillerinden biri bu ilk oturuma gelmezlerse davanın esasına geçilecektir.

Ancak, söz konusu madde düzenlemesinin uygulamasının hemen hemen hiç görülmediğini söylemek mümkündür ve bu nedenle de eleştiriler mevcuttur<sup>202</sup>. Anılan madde düzenlemesi iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda da yargısal arabuluculuğun uygulanmasını öngörmektedir. Burada hâkimin ödevi bir arabulucu gibi davranarak tarafları sulhe teşvik etmektir. Şüphesiz hâkim ilk duruşmadan önce uyuşmazlık hakkında bilgi sahibi olmalı, dava dosyasını iyice incelemeli, tarafları ilk celsede arabuluculuğa yöneltmeli, dava konusu maddi vakıaları ve uyuşmazlık konularını belirtmeli ve bu konular üzerinde düşünülmesini sağlamalıdır. Taraflar uzlaşmaya karar verirse, yapılan anlaşma tutanağa geçirilerek davaya son verilmelidir<sup>203</sup>. Burada tıpkı aile mahkemesi hâkiminin tarafları sulhe teşvik edeceği yolundaki düzenlemenin yorumunda olduğu gibi iş mahkemesi hâkiminin de tarafları davanın her aşamasında sulhe teşvik edebileceği kabul edilmelidir. Ancak ülkemizde özellikle iş mahkemelerinin yoğunluğu ve iş yükü düşünüldüğünde hâkimlerin bu şekilde bir uygulama yapamayacakları ortadadır. Oysa ülkemizde arabuluculuk konusunda hâkimler, avukatlar ve toplumunuz bilinçlendirildiği takdirde mahkemeler üzerindeki iş yükü de azalacaktır. Arabuluculuk yöntemine kesinlikle zaman kaybı olarak yaklaşmamak gerekir. Zira arabuluculuk sonucunda uzlaşmaya varılmasa dahi hâkimler davanın en başında dosya kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi sahibi olacaklarından yargılama süresi de kısılacak, böylelikle daha kısa sürede hüküm verilebilecektir.

---

<sup>202</sup>Yılmaz, Ejder, İş Mahkemelerinin Değiştirilmesi İhtiyacı, Sicil İHD, 2007/8, s.7; Ejder, hâkimlerin hemen hemen hiç bir zaman tarafları sulhe teşvik etmediklerini ve bunun başlıca nedenlerinin de, mahkemelerin aşırı iş yükü sebebiyle sulh yapmaya zaman bulamamaları ve bunun yanı sıra hâkimlerin uzlaşmaya teşvik açısından eğitilmemiş olmalarından kaynaklanan bilgi ve deneyim eksiklikleri ile sulhe teşvik halinde tarafsızlıklarını kaybedip gereksiz yere görüş bildirme durumuna düşme tedirginliğine düşmeleri olarak belirtmiştir. Ayrıca adaletin sağlanması açısından en kötü sulhün bile en iyi hükme tercih edilmesi ve toplumda bu anlayışın yerleştirilmesine çalışılması gerektiğini haklı olarak savunmuştur. Bkz. Ejder, s. 7 vd.

<sup>203</sup> Bkz. Özbek, s.678-679.

## VI. 2822 SAYILI TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ GREV VE LOKAVT KANUNU

Toplu iş uyuşmazlıklarının çözümünde pek çok sistem<sup>204</sup> grev ve lokavta başvurmadan önce barışçı çözüm yollarının tüketilmesini aramaktadır. Zira grev hakkının uygulanması hem işyerinde hem de ülke genelinde az veya çok zararlara sebep olabilir. Bu nedenle, grev ve lokavttan önce arabuluculuk, uzlaştırma ve tahkim gibi barışçı çözüm yollarının denenmesi gereklidir.

Türkiye’de 1963 yılında yürürlüğe giren 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu (TİSGLK) ile yürürlükten kaldırılan 3008 sayılı İş Kanunu uyarınca, grev ve lokavt yasaklanmış, tarafların toplu iş uyuşmazlıklarının çözümünde uzlaştırma ve zorunlu hakem yoluna gitmeleri ve taraflar için verilen hakem kararlarına uyma zorunluluğu öngörülmüştü. 1961 Anayasası md. 47 uyarınca çıkarılan 275 sayılı Kanun bu sistemi ortadan kaldırarak taraflara grev ve lokavt hakkını tanımış, ancak grev ve lokavtın uygulamasını bazı usul ve şartlara tabi kılmıştır<sup>205</sup>. 1982 Anayasası md. 54 işçilere grev hakkı ile işverenlere lokavta başvurma olanağı tanımış, bunların usul ve şartları ile kapsam ve istisnalarının kanunla düzenleneceğini belirtmiştir. 1983 tarih ve 2822 sayılı TİSGLK’da grev ve lokavta ilişkin düzenlemeler yapılırken önemli sınırlamalara yer verilmiş, grev ve lokavta başvurmadan önce arabuluculuğa gitme zorunluluğu getirilmiştir. Bununla birlikte toplu iş uyuşmazlıklarını barışçı yollardan çözümündeki diğer kurumlar zorunlu tahkim ve ihtiyari tahkimdir. Nitekim söz konusu kanun tarafların anlaşarak uyuşmazlığın her safhasında özel hakeme başvurabilmelerini kabul etmiştir. Taraflarca özel hakem olarak seçilecek kişiler

---

<sup>204</sup> Toplu iş uyuşmazlıklarının çözüm yolları ve çeşitli sistemler hakkında bkz. Tuncay, s.212 vd.; Kabakçı, s.16 vd.; Tunçomağ/Centel, s.422 vd.

<sup>205</sup>275 sayılı Kanun ile düzenlenen uzlaştırma kurumu da ilk yıllarda başarılı olmuş ancak giderek etkisini kaybetmiştir. Aslında bu durum yasal düzenlemenin yetersizliğinden değil, uygulamada ortaya çıkan sorunların çözülememesinden kaynaklanmıştır. Zira bu konuda yargı kararlarının yetersizliği, arabulucuların belirli niteliklere sahip olmamaları, kendileri için yüksek ücretler takdir etmeleri, taraflar üzerindeki manevi güçlerini kaybetmeleri gibi nedenler uzlaştırma kurumunun etkili bir rol oynamamasına ilişkin sebepler olarak sayılabilir. Nitekim 275 sayılı Kanun’da Uzlaştırma Kurulu’nun resmi bir kimliğinin olmaması da arabuluculuğa ilişkin yeni düzenlemeler yapılmasında etkili olmuştur. Bkz.Subaşı İbrahim, Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk, Bilgi Toplumunda Ünal Tekinalp’e Armağan, C.II,s. 746 vd.; ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik, Nuri, İş Hukukumuzda Uzlaştırma ve Arabuluculuk, İstanbul 1973, s. 18 vd.

resmi bir nitelik taşımaz. Böylece 2822 sayılı Kanunda da, 275 sayılı Kanunda kabul edildiği gibi sınırlı bir grev ve lokavt sisteminin kabul edildiği söylenebilir<sup>206</sup>.

#### a. Arabuluculuk

2822 sayılı TİSGLK' ya göre arabuluculuk, toplu menfaat uyuşmazlıklarında<sup>207</sup> taraflardan birinin toplu görüşmeye katılmaması veya devam etmemesi veya toplu görüşmenin başladığı tarihten itibaren belirli bir sürenin geçmesine rağmen anlaşmanın sağlanamaması durumlarında, tarafların grev ve lokavta ya da zorunlu hakem yollarına gitmelerinden önce uyuşmazlığın giderilmesi için başvurmaları zorunlu olan barışçı bir yoldur<sup>208</sup>.

TİSGLK'ya göre de arabuluculuğun amacı, toplu menfaat uyuşmazlıklarının çözümünde taraflar arasında anlaşma sağlamaya yardımcı olmaktır. Ancak uygulamada arabuluculuk ile ilgili maddelerin çeşitli etkenlerden dolayı beklenen yararlarını gösteremediği belirtilmektedir<sup>209</sup>.

Arabuluculuk tek kişi tarafından yerine getirilir. Arabulucu bağlayıcı karar alma yetkisine sahip olmamakla birlikte, uyuşmazlığın çözümü için taraflara çözüm yolları önerir ve tarafları zorlama yetkisine de sahip değildir<sup>210</sup>. Taraflar arabulucunun önerilerini kabul edecekleri yolunda önceden yazılı anlaşma yapmışlarsa; bunun geçerli olacağı ve taraflar açısından bağlayıcı olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda arabulucu değil, hakem söz konusu olur<sup>211</sup>.

---

<sup>206</sup>Tuncay, s.218; Çelik, s.588; Kabakçı, s.22-23. “Buna göre TİSGLK'nın toplu iş uyuşmazlıklarının barışçı yollardan çözümü için “arabuluculuk”, “zorunlu tahkim”, ve “ihtiyari tahkim” kurumlarından oluşan bir karma sistemi oluşturduğu söylenebilir.”.Bkz. Tunçomağ/Centel, s.423.

<sup>207</sup>Belirtilmelidir ki; toplu hak uyuşmazlıklarında grev ve lokavt yasak olup, sadece toplu menfaat uyuşmazlıklarında grev ve lokavta gidilebilir (AY, md.54, TİSGLK, md. 58/II, 26/II). O halde arabuluculuk yalnızca toplu menfaat uyuşmazlıklarında söz konusu olur. Bkz. Çelik, s.591; Tuncay, s.219; Subaşı, s.758.

<sup>208</sup>Çelik, s.591, Tuncay, s.219; Kocaoğlu, Mehmet, Türk İş Hukukunda Arabuluculuk Kurumu, Ankara 1999, s.17 vd. Subaşı, s.758. 275 sayılı Kanuna göre Arabuluculuk için bkz. Çelik, Uzlaştırma, s. 59 vd.

<sup>209</sup> bkz. Çelik, s.600-601; Kocaoğlu, s.210 vd.

<sup>210</sup> Çelik, s.591;Tuncay, s. 219; Subaşı, s.758.

<sup>211</sup> bkz. Tuncay, s.220; Tunçomağ/Centel, arabulucunun uyuşmazlığın taraflarına önerilerde bulunmasına bir engel olmadığını, esasen TİSGLK md.23/II'de, “arabulucu...ilgililere önerilerde bulunur” ifadesi ile bunun amaçlandığını belirtmiştir( Tunçomağ/Centel, s.425).

Arabuluculuk, başvurulma zamanı ve biçimi dikkate alındığında “Olağan Arabuluculuk” “Olağanüstü Arabuluculuk” olmak üzere ikiye ayrılır<sup>212</sup>.

## 1. OLAĞAN ARABULUCULUK

TİSGLK md. 59/I’de arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bağlı bir resmi arabuluculuk teşkilatı kurulması öngörülmüştür. Bu kanun resmi arabuluculuk teşkilatının kuruluş ve işleyişine ilişkin esasları ve resmi arabuluculara ödenecek ücretlerin alt ve üst sınırlarını gösteren bir tüzük çıkarılmasını öngörmüş olup bu tüzük Hakeme ve Resmi Arabuluculuğa Başvurma Tüzüğü<sup>213</sup> adı altında yürürlüğe konulmuştur. Hakeme ve Resmi Arabulucuya Başvurma Tüzüğüne göre, Resmi Arabuluculuk Teşkilatı, Çalışma Genel Müdürlüğü’ne bağlı Resmi Arabuluculuk Daire Başkanlığı ile Seçici Kurul ve resmi arabuluculardan oluşur.

Toplu görüşme, bir tarafın aktif olarak gerekli işlemleri yapması ile başlayan bir süreç olup, bu etkin taraf işçi veya işveren tarafı olabilir. Bu etkin taraf yetkiye ilişkin gerekli işlemler yapar ve karşı tarafı toplu görüşmeye çağırır. Toplu iş sözleşmesi kamu yönü ağır basan bir özel hukuk sözleşmesi olduğundan diğer tarafı toplu görüşmeye katılmaya zorlayacak bir hüküm mevcut değildir. Bu nedenle de toplu görüşme için tespit edilen yer, gün ve saatte taraflardan birinin toplantıya gelmemesi, taraflardan birinin toplantıya geldiği halde görüşmeye başlamaması veya devam etmemesi veya toplu görüşmenin başlamasından itibaren 30 veya 60 gün geçmesine rağmen anlaşmaya varılamaması halleri toplu iş uyuşmazlığının ortaya çıktığı durumlar olarak düzenlenmiştir<sup>214</sup>.

Buna göre; arabulucunun atanmasını toplu iş uyuşmazlığının tespitine ilişkin olarak; toplu görüşmede anlaşmaya varılamaması ve toplu görüşmeye gelmeme veya devam etmeme durumu olmak üzere ikiye ayırarak incelemek gerekir.

---

<sup>212</sup>Tuncay,s.219 vd.; Çelik, s.591 vd.; Akyiğit, s.505; buna karşılık bazı yazarlar arabuluculuğu, Resmi Arabuluculuk ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının Arabuluculuğu (Siyasi Kişinin Arabuluculuğu, Siyasi Kişinin İştiraki ile Yürütülen Arabuluculuk) olarak ikiye ayırmıştır. Bkz. Tunçomağ/Centel, s.425 vd.; bazı yazarlar da yalnızca TİSGLK çerçevesinde arabuluculuğu yalnızca resmi Arabuluculuk olarak incelemişler, resmi arabuluculuğu gönüllü ve zorunlu arabuluculuk olarak ikiye ayırmışlardır. Bkz. Kabakçı, s.110 vd.; ayrıca bkz. Günay, Cevdet İlhan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 2. bası, Ankara 2008, s. 322 vd.

<sup>213</sup> RG 16.06.1984, S.18433.

<sup>214</sup> Tuncay, s.220; Kabakçı, s.111.

## **i.TOPLU GÖRÜŞMEDE ANLAŞMAYA VARILAMAMASI**

Bu aşamada arabuluculuğu, gönüllü arabuluculuk (ihtiyari arabuluculuk, isteğe bağlı arabuluculuk) ve zorunlu arabuluculuk (mecburi arabuluculuk) olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür.

Şöyle ki; toplu görüşmenin başladığı tarihten itibaren 30 gün içinde taraflar anlaşamamışlarsa, taraflardan her biri görevli makama başvurarak görüşmelere resmi listeden seçilecek bir arabulucunun katılmasını isteyebilir. Başvuruyu alan görevli makam arabulucu tayini için tarafları 6 işgünü içinde toplantıya çağırır. Taraflardan biri bu toplantıya katılmaz veya toplantıda resmi listeden kimin arabulucu tayin edileceği hususunda aralarında bir anlaşmaya varamazlarsa görevli makam resmi listeden bir arabulucuyu taraflardan en az birinin huzurunda kura yoluyla belirler (md.21/I,22/II). Söz konusu ilk 30 günden sonraki arabuluculuğa “gönüllü arabuluculuk” adı verilir. Burada arabulucu tayini yoluna gidilebilmesi için taraflardan birinin bunu istemiş olması gerekir. Toplantıya her iki tarafın gelmemesi durumu ile ilgili kanunda açıklık yoktur. Kanun, en az birinin huzurunda kura çekmekten bahsettiğine göre kimse yoksa 60 gününün bitmesi beklenecek ondan sonra görevli makamın re’sen arabulucu tayini için mahkemeye başvurması gerekecektir<sup>215</sup>.

Buna karşılık md. 21/I uyarınca, arabuluculuk tayini yoluna gidilmemiş ve toplu görüşmenin başladığı tarihten itibaren 60 gün geçmesine rağmen anlaşma sağlanamamışsa görevli makam, başvuru üzerine veya re’sen 6 iş günü içerisinde md. 15’te belirtilen mahkemeye başvurmak suretiyle resmi listeden bir arabulucunun atanmasını talep eder (md.22/III). Bu durumda taraflardan hiçbiri başvurmasa dahi görevli makam re’sen harekete geçerek resmi listeden bir arabulucu seçilmesi için mahkemeye başvuracağından ve bu aşamadan geçilmeden grev veya lokavt yoluna başvurulmayacağından bu arabuluculuğa “zorunlu arabuluculuk” adı verilir<sup>216</sup>.

---

<sup>215</sup>Tuncay, s.221; Çelik, s.593, Subaşı, s.768 vd.; Kocaoğlu, arabuluculuğun ihtiyari olması için arabuluculuğu başlatma ve işletme gücünün tarafların müşterek iradesine bağlı olması gerektiğini belirtmiştir.Bkz. Kocaoğlu, s.212-213.

<sup>216</sup> Tuncay, s.221; Çelik, s.594.



Anılan zorunlu arabuluculuk faaliyetinin başlatılabilmesinin ön şartı, daha önce resmi arabulucu tarafından gönüllü arabuluculuk faaliyetinin yürütülmemiş olmasıdır. Zorunlu arabuluculuğun amacı iş mahkemesinin yükünü hafifletmektir<sup>217</sup>.

Arabuluculuk faaliyeti 15 gün sürer ve bu süre tarafların anlaşması ile en çok 6 işgünü uzatılabilir ve görevli makama bildirilir. Arabulucu tarafların anlaşması için her türlü çabayı harcamak ve önerilerde bulunmakla görevlidir (md.23/II). Ancak arabulucunun çalışma yöntemine ilişkin olarak Kanunda ve Hakeme ve Arabulucuya Başvurma Tüzüğünde daha fazla açıklayıcı ve yol gösterici bir düzenleme mevcut değildir. Buna göre, arabuluculuk faaliyetinin her somut olayın özelliklerine göre değişmesi mümkün olup, bu yönteminin temel anlayışı olan esneklik burada da uygulama alanı bulur. Şüphesiz arabulucunun uyuşmazlığı çözmeye taraflara eşit davranması ve tarafsız bir kişi olması da şarttır<sup>218</sup>. Arabulucu tarafların anlaşmasını sağlarsa toplu iş sözleşmesi taraf temsilcilerince imzalanır ve gerekli işlemler yerine getirilir. Arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşma sağlanamazsa, arabulucu 3 işgünü içerisinde uyuşmazlığı belirleyen bir tutanak düzenler ve bu tutanağı uyuşmazlığı sona erdirmek için gerekli gördüğü tavsiyeleri de yazıp ekleyerek görevli makama tevdi eder. Görevli makam bu tutanağı en geç 6 işgünü içerisinde taraflara tebliğ eder. Arabulucu gerekli gördüğü takdirde tavsiyelerini tutanağa ekler, bu konuda bir zorlayıcılık yoktur. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşma sağlanamaz ise arabulucunun tutanağa ek tavsiyesi tarafları bağlayıcı nitelikte değildir. Taraflar bunu kabul edebilir veya reddedip grev ve lokavta başvurabilirler.

## **ii.TARAF LARDAN BİRİNİN TOPLU GÖRÜŞMEYE GELMEMESİ VEYA DEVAM ETMEMESİ**

Toplu görüşme için tespit edilen yer, gün ve saatte taraflardan biri toplantıya gelmezse veya gelip de görüşmeye başlamazsa veya başladığı görüşmeyi sürdürmezse, toplantıya

---

<sup>217</sup> Bkz. Subaşı, s.773.

<sup>218</sup> Çelik, s.597-598; Tunçomağ/Centel'e göre; arabulucunun yapacağı ilk iş, her bir tarafın etkili adamının kim olduğunu araştırmaktır. İkinci iş, uyuşmazlığın niteliğini ve kapsamını tespit etmektir. Üçüncü olarak arabulucu, uyuşmazlığın taraflarını toplantılara bizzat katılmaya çağırmalı, onlarla ortak ve ayrı ayrı toplantılar yapmalıdır. Dördüncü olarak; uyuşmazlığın taraflarını anlaşmaya sevk etmeli ve bu amaçla çözüm yolları önermelidir. Ayrıca arabulucu uyuşmazlığın taraflarına gerektiği zaman sözlü ve istisnaen de yazılı olarak önerilerde bulunmalıdır. Bkz. Tunçomağ/Centel, s.427. Arabulucunun niteliklerine ilişkin aşağıda yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir. Bkz. a.ş.a.s.130 vd.

devam eden taraf da bu durumu 6 işgünü içerisinde görevli makama<sup>219</sup> bildirir. Bu bildirim üzerine görevli makam 30 ve 60 günlük sürelerini beklemeden arabuluculuk işlemlerini başlatabilir.(md21/I,md.22/I)<sup>220</sup>.

## 2. OLAĞANÜSTÜ ARABULUCULUK

Olağanüstü arabuluculuk karar verilmekle birlikte henüz uygulamasına başlanmamış veya uygulanması devam eden bir grev veya lokavtın genel sağlık veya milli güvenlik nedeniyle Bakanlar Kurulu tarafından ertelenmesi halinde (md.33) ve erteleme süresi içerisinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı'nın bizzat kendisi veya seçeceği bir arabulucunun görev yaptığı arabuluculuk türüdür. Burada arabuluculuk faaliyetinde bulunan kişi yüksek düzeyde bir siyasi kişi olup, grev veya lokavtı erteleyen kararnamenin yürürlüğe girmesi ile beraber arabuluculuk faaliyetine başlamaktadır<sup>221</sup>. Ancak Bakana tanınan arabuluculuk yetkisi daha geniş kapsamlıdır. Şöyle ki; TİSGLK md.34/I 'e göre; Bakan tarafların anlaşmaya varması için her türlü çabayı gösterecektir<sup>222</sup>.

Arabuluculuk Kanun Tasarısı'na yöneltilen eleştirilerden biri de mevcut 2822 sayılı TİSGLK'da arabuluculuğu düzenleyen hükümler ile Tasarı arasında önemli farklılıklar bulunduğu noktasında olup bu iki kurum arasında bağlantı kurulması gerekliliğidir<sup>223</sup>. Ancak kanımızca Tasarı hükümleri ile toplu iş hukuku mevzuatımızda yer alan arabuluculuk sistemi arasında ilişki kurulmaması bilinçli bir tercihtir. Burada iş hukukunun niteliği üzerinde durmak gerekir. Zira iş hukukuna ilişkin konuların çoğunun kanunlaştırılmasıyla iş hukuku işçileri koruma amacını günümüzde de sürdüren ve gerçekleştiren ayrı bir hukuk alanı haline gelmiştir. Toplu iş hukuku alanındaki düzenlemeler de işçilerin tümünün yararlanabileceği şekilde kaleme alınmış, toplu sözleşme, grev ve lokavt hakkı işçi ve işveren taraflarına tanınmıştır. Böylece iş hukuku diğer hukuk dallarından ayrı bir nitelik kazanmış, bağımsız bir hukuk dalı olmuştur. Buna karşın iş hukukunu düzenleyen kanunların başta MK ve BK

---

<sup>219</sup> Görevli makam bazı durumlarda Bölge Çalışma Müdürlüğü, bazı durumlarda da Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'dır.

<sup>220</sup> 2822 sayılı Kanunla getirilen ek hüküm, RG 02.06.1988, S.19830. Ancak bu değişikliğe rağmen Kocaoğlu, Kanunun bugünkü düzenlemeleri karşısında yine 60 günlük sürenin beklenilmesinin zorunluluğunun olduğunu belirtmektedir. Bkz. Kocaoğlu, s.221-222.

<sup>221</sup> Tuncay, s.225; Demircioğlu/Centel; s.430; Çelik, s.601.

<sup>222</sup> Akyiğit, s.506.

<sup>223</sup> Aytekin,Şeyda, "Arabuluculuk Kanun Tasarısı Arayı Bulamıyor", Mess İşveren Gazetesi, Yıl:44, S.815-Ekim 2007, s.4.

olmak üzere genel hukuk kurallarını düzenleyen diğer kanunlarla organik bağı mevcuttur. Şüphesiz iş kanunlarında açık bir hüküm bulunmamakla beraber boşlukların doldurulması konusunda genel hukuk kurallarına başvurulacaktır. Nitekim MK md. 5’de genel hükümlerin ancak “uygun düştüğü ölçüde” özel hukuk ilişkilerine uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Aynı şekilde Sendikalar Kanunu md. 63 ve TSGLK md.66’da, bu yasalarda boşluk bulunan hallerde genel hükümlerin uygulanabilmesi, genel hükümlerin adı geçen yasalara aykırı olmaması koşuluna bağlanmıştır<sup>224</sup>. Ayrıca iş hukuku her ne kadar hem özel hukuka hem de kamu hukuka tabi olan bir alan olarak kabul edilse de özellikle toplu menfaat uyuşmazlıklarının kamu hukuku karakterinin ağır bastığı söylenebilir<sup>225</sup>. Bu açıklamalar doğrultusunda toplu iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda öncelikle 2822 sayılı Kanunun öngördüğü sistem uygulanmalıdır. Ancak Tasarı’nın kanunlaşması halinde ve 2822 sayılı Kanun’da arabuluculuk ile ilgili hükümlerinde boşluk bulunması durumunda Arabuluculuk Kanunu’ndan yararlanılmalıdır<sup>226</sup>.

## **VII. 5510 SAYILI SOSYAL SİGORTALAR VE GENEL SAĞLIK SİGORTASI MD.85**

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu<sup>227</sup> md.85’de asgari işçilik uygulaması ve uzlaşma düzenlenmiştir<sup>228</sup>. Asgari işçilik uygulaması, sigortalı sayısı, çalışma süresi veya prime esas kazanç tutarının eksik bildirildiği saptanan işyerlerinde, prime esas kazanç tutarının belirlenmesi amacıyla, işin yürütümü açısından gerekli olan asgari işçilik tutarının Kurum bünyesinde kurulan özel bir komisyon tarafından tespiti işlemidir<sup>229</sup>. Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı’nın denetimle görevli memurları tarafından yapılacak denetimler sonucunda eksik bildirimde bulunduğu tespit edilen işyerleri Kurum bünyesinde kurulu Asgari İşçilik Tespit Komisyonuna bildirilir. Bu tespit işleminin Kurumun denetim ve

---

<sup>224</sup> Çelik, s.14; Süzek, Sarper, İş Hukuku, 4.bası, İstanbul 2008; s.34 vd., Mollamahmutoğlu, Hamdi, İş Hukuku, 2. bası, Ankara 2005, s.47 vd.

<sup>225</sup> bkz. Mollamahmutoğlu, s.7 vd.

<sup>226</sup> Ayrıca bireysel iş uyuşmazlıkları ile Tasarı arasındaki ilişki için bkz. aşa. Arabuluculuk Sözleşmesinin Konusu, s.95 vd.

<sup>227</sup> RG 16.06.2006, S:26200.

<sup>228</sup> Düzenli prim ödeyen işverenler ile düzenli prim ödemeyen işverenlerin ayırt edilmesi ve düzenli prim ödemediği anlaşılan işverenlerin etkin bir şekilde takibe alınması amacıyla, inşaat işyerleriyle ihale konusu işler için 07.07.1994 tarihinden itibaren 16/86 Ek sayılı genelge yayımlamak suretiyle asgari işçilik uygulaması başlatılmıştır. Bu düşünce 5510 sayılı Kanunda da devam ettirilmiştir. Bkz. Tezel, Ali/Kurt, Resul, En son Tebliğ ve Yönetmelikler Doğrultusunda Sosyal Güvenlik Reformu Yorum ve Açıklaması (5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu), Ankara 2009, s.344; Kurt, Resul, Sosyal Güvenlik Reformu Rehberi, İstanbul 2009, s.259-260.

<sup>229</sup> Tuncay, A.Can/Ekmekçi, Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku’nun Esasları, İstanbul 2008, s. 137.

kontrolle görevlendirilmiş memurları aracılığı ile yapılabileceği öngörüldüğünden, bu anlamda denetimin mutlaka sigorta müfettişi tarafından yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır<sup>230</sup>.

Komisyon tarafından eksik bildirilen işçilik tutarı ve bu tutar üzerinden prim tutarı hesaplanıp gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte bir ay içinde ödenmek üzere işverene tebliğ edilir. Tebliğ edilen prim ve gecikme cezası ve gecikme zammının ödendiği veya ödeneceğinin işveren tarafından yazılı olarak taahhüt edilmesi halinde borç kesinleşir(md.85/II). İşverenin tebliğ edilen prim borcuna karşı tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde Kuruma itiraz hakkı vardır. İtiraz takibi durdurur. İtirazın Kurum tarafından reddi halinde bu kararın tebliğinden itibaren işveren bir ay içerisinde yetkili iş mahkemesine başvurabilir. Ancak mahkemeye başvurulması prim borcunun takip ve tahsilini durdurmaz (md.85/III). Eksik veya hiç bildirmemeye bağlı olarak primlerin işverenden gecikme cezası ve gecikme zammı ile tahsili yanında ayrıca md. 102'de düzenlenen idari para cezasının tahsili söz konusu olacaktır. Anılan md.85 düzenlemesi bir tür idari ölçümleme (re'sen takdir) işlemi<sup>231</sup> olup, bu düzenleme ile sigortasız işçi çalıştırma, prime esas kazançların ve prim ödeme gün sayılarının eksik gösterilmesi gibi konularda daha etkin bir denetimin sağlanması amaçlanmıştır<sup>232</sup>.

Anılan Kanunun md. 85/IX-X fıkraları ile ilk defa Sosyal Sigortalar Hukukunda uzlaşma kurumu getirilmiştir. Buna göre; Kurumun denetim ve kontrolle görevli memurları tarafından devamlı mahiyetteki işyerlerinde yapılan asgari işçilik incelemesi sonucunda tespiti yapılan ve sigortalılara mal edilemeyen fark sigorta primlerine esas kazanç matrahı üzerinden gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte hesaplanacak sigorta primi ve buna bağlı uygulanacak idari para cezalarında, konuya ilişkin raporun Kurumun ilgili birimine gönderilmesinden önce işverenle uzlaşma yapılabilme imkânı getirilmiştir.

Taraflar uzlaşmaya varırsa, bu durum tutanakla tespit edilir. Uzlaşılan tutarlar kesin olup, uzlaşma konusu yapılan tutarlar hakkında işverence dava açılmaz ve hiç bir mercie

---

<sup>230</sup>Uşan, M. Fatih, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları,Ankara 2009, s.159 vd. Ayrıca ihale suretiyle verilen veya özel nitelikteki inşaat işlerinden dolayı da yeterli işçilik bildirim yapılmayacağı Kurum tarafından araştırılır.Bkz. Uşan, s. 159 vd.

<sup>231</sup> Tuncay/Ekmekçi, s.137

<sup>232</sup> Kurt, s.260, Tezel/Kurt, s.345, ayrıca bkz. Güzel, Ali / Okur, Ali Rıza / Caniklioğlu, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 12.bası, İstanbul, 2009, s.257

şikayet veya itirazda bulunulamaz. Uzlaşılan prim ve idari para cezaları, uzlaşma tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir ay içinde ödenmelidir. Uzlaşılan tutarların, bir aylık süre içerisinde tam olarak ödenmemesi halinde uzlaşma bozulur ve uzlaşılan tutarlar aynı zamanda kazanılmış hak da teşkil etmez. Uzlaşmanın temin edilememiş veya uzlaşma görüşmelerinde uzlaşmaya varılamamış olması veya uzlaşmanın bozulması hallerinde işveren, bu konuya ilişkin daha sonra uzlaşma talep edemez (md.85/IX).

Uzlaşma sonucunda indirim yapılması nedeniyle tahsil edilmemiş olan sigorta primlerinin daha sonra Kurum veya mahkeme kararıyla sigortalılara mal edilmesi halinde, daha önce eksik tahsil olunan sigorta primleri, sigortalının çalıştığı süre ve sigorta primine esas kazancı dikkate alınarak gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte tahsil olunur (md.85/X).

Ancak söz konusu düzenleme doktrinde, uzlaşma davetinin kimden geleceğine ilişkin bir açıklık bulunmaması, uzlaşma sonrası indirim yapılan miktarlara ilişkin Kurum veya mahkeme kararıyla sigortalıya mal edilmesi halinde sigorta primlerine gecikme cezası ve zammının uygulanacak olması ve bunun da pratikte uzlaşmanın yararlarını ortadan kaldırması, bütün uzlaşmaların pazarlığa dönüşebilmesi ihtimali ve işyerleri açısından farklı uygulamalara sebebiyet verecek nitelikte olması sebebiyle eleştirilmektedir<sup>233</sup>.

## **VIII.VERGİ HUKUKUNDA UZLAŞMA**

Vergi hukukunda uzlaşma, gerek vergi yönetimi gerek yükümlü bakımından, somut bir vergi ilişkisinden doğan uyuşmazlığın yargı organına gitmeksizin kısa sürede, yönetsel aşamada ortadan kaldırılmasına yönelik barışçı bir çözüm yoludur. Bu şekilde vergi uyuşmazlığı yargı yoluna gitmeden çözümlenmiş olmakta, idare kanunen alınması gereken vergilerle bunlara ilişkin cezanın bir bölümünden vazgeçmektedir. Bunun karşılığında vergi alacağını daha çabuk tahsil etmekte, çok sayıda davayı izleme yükünden kurtulmaktadır. Yükümlü de, uzlaşma halinde vergi aslının ve cezanın tümü için yargı kuruluşlarına gidebilme hakkını yitirmektedir. Bunun karşılığında ödemesi gereken vergi aslı ve cezası yerine daha az bir miktar ödeme olanağına kavuşmaktadır.

---

<sup>233</sup>bkz. Uşan, s. 161, dipn.227.

Söz konusu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere her iki taraf arasında da avantajlı bir müessesedir. Çünkü yıllarca sürececek olan dava ve yargı sürecinden ve bu sürecin getireceği ek masraf ve zaman kaybından iki tarafı da kurtarmaktadır. Bunun karşılığında her iki tarafta kendisinden bazı ödümler vermektedir.

Uzlaşma kurumunun kabulünde izlenen esas amaç, uyuşmazlıkları kolayca giderip vergi alacağının Hazineye giriş süresini kısaltmaktır. Gerçekten her uzlaşma biçiminde olduğu gibi burada da taraflar karşılıklı ödümler vermekte, bazı haklarından vazgeçme karşılığında bazı yararlar sağlamaktadırlar. Ancak vergi hukukunda uzlaşma, bir yandan devletin vergi alacağını tahsil etmesi ödevi yani verginin alınması zorunluluğu ve yönetime bu konuda takdir yetkisi vermesi boyutunun dikkate alınmaması yönünden verginin yasallığı ilkesine, öte yandan vergilendirmede eşitlik ilkesine aykırılığı nedenleriyle olumsuz yönde eleştirilmektedir<sup>234</sup>.

Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) uzlaşma kurumunu düzenleyen bölümünde, 29.07.1998 gün ve 23417 sayılı Mükerrer Resmi Gazete'de yayımlanan 22.07.1998 gün ve 4369 sayılı Kanunla çok önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerle, bölümün Ek 2,3,4 ve 5.md.'leri, 01.01.1999 gününden geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılmış, ek md. 1 ise yürürlükten kaldırılan ek maddelerin kimi düzenlemelerine de yer verilmek suretiyle, yeniden düzenlenmiştir. Ek md. 1'de yapılan bu değişiklik, uzlaşma kapsamına giren cezalarla ilgili hükümleri 31.12.1998 tarihinden sonraki vergilendirme dönemlerine ilişkin tahriyatlardan başlatılmak üzere, 01.01.1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>235</sup>.

Buna göre VUK Ek md. 1'e göre; uzlaşma konusu yapılabilecek hususlar kaçakçılık suçları ile ilgili vergiler ve mali cezalar hariç olmak üzere re'sen, ikmalen veya idarece tarh edilen vergiler ile bunlara ilişkin vergi ziyai cezalandırılır. Dolayısıyla uzlaşma yoluna başvurabilmek için ön koşul, re'sen, ikmalen veya idarece vergi tarh edilmiş olmasıdır. Ancak bundan sonra tarhedilen bu verginin (veya kesilen cezanın) tahakkuk edecek miktarı konusunda uzlaşma üzere tarafların pazarlığa oturması mümkün olabilir. Bir başka anlatımla; tahriyat sonrası uzlaşma, vergi idaresiyle vergi mükellefi arasında doğmuş

---

<sup>234</sup>Güneş, Gülsen, Verginin Yasallığı İlkesi, İstanbul 2008, s. 178 vd.

<sup>235</sup> Candan, Turgut, Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaştırma, Ankara 2006, s. 266.

bulunan vergi uyuşmazlığının pazarlık yöntemiyle çözüme kavuşturulmasını amaçlamaktadır<sup>236</sup>.

Uzlaşmaya varılması üzerine imzalanan tutanak kesin olup bu konuda artık hiç bir idari ya da yargısal başvuru yapılamaz (VUK Ek md. 6) . Uzlaşmanın vaki olması halinde mükellef, üzerinde uzlaşılan vergi ve buna bağlı olarak kesilen cezaya karşı dava açamaz (VUK Ek md. 7/3). Yapılan görüşme sonucunda uzlaşmaya varılmamışsa süresinde bu yola başvurmuş olan yükümlü yine süreye riayet etmek koşuluyla dava açabilir. Uzlaşma başvurusu sırasında vergi davası açma süresi dolmuş ya da 15 günden az kalmış ise dava süresi 15 gün olarak uzar (VUK Ek md. 7) .

Türk Vergi Sistemi'nde; uzlaşma kurumunun ikinci türünü “tarhiyat öncesi uzlaşma” oluşturmaktadır. Tarhiyat öncesi uzlaşma, vergi idaresi ile yükümlüsünün aralarında, henüz doğmamış olan, ancak doğmasına kesin gözü ile bakılan uyuşmazlığı, karşılıklı ödümlerle gidermek üzere anlaşmaları olarak tanımlanabilir. Bu kurum, vergi sistemimize ilk kez 213 sayılı VUK'a 3239 sayılı Kanun'un 33.md'si ile eklenen Ek md.11 ile girmiştir. Böylece kaçakçılık fiilleri ile ilgili olarak kesilecek vergiler ve mali cezalar hariç olmak üzere Maliye Bakanlığı vergi incelemesine dayanılarak salınacak vergilerde ve kesilecek cezalarda tarhiyat öncesi uzlaşma yapılmasına izin verebilir. Buna ilişkin usul ve esaslar 3.02.1999 tarih ve 23600 sayılı RG'de yayımlanan Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği ile belirlenmiştir<sup>237</sup>.

---

<sup>236</sup> Candan, s.265.

<sup>237</sup> bkz. Candan, s.265 vd.

**İKİNCİ BÖLÜM: ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİ,  
ARABULUCULUK FAALİYETİNDE TEMEL ANLAYIŞ VE İLKELER,  
ARABULUCU KAVRAMI, ARABULUCULUK SÜRECİ VE  
AŞAMALARI**



# §1. ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİ

## A. ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Taraflar aralarındaki mevcut veya muhtemel bir uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemi ile çözümlenmesi konusunda öncelikle bir arabuluculuk sözleşmesi akdetmelidirler. Bu sözleşme, tarafların uyuşmazlık konusu hakkında devlet yargılamasına başvurmadan önce dostane çözüm yollarını deneyeceklerine ilişkin olarak yapılır. Taraflar bu konuda bağımsız bir sözleşme akdedebilecekleri gibi, aralarındaki asıl borç ilişkisine ilişkin sözleşmeye ekleyecekleri bir şart ile, o sözleşmeden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemi ile çözümlenebileceğini kararlaştırabilirler. Bu sözleşmeye “arabuluculuk sözleşmesi” denir<sup>238</sup>. Bir başka anlatımla; arabuluculuk sözleşmesi, taraflar arasında akdedilen ve uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile çözüleceğine ilişkin bir sözleşmedir<sup>239</sup>. Arabuluculuk sözleşmesi taraflar arasındaki asıl borç ilişkisine ekleyecekleri bir şart ile kurulmuşsa arabuluculuk sözleşmesi ile asıl sözleşme arasındaki ilişkinin belirlenmesi önem taşır. Bu noktada arabuluculuk şartı biçiminde yapılmış olan arabuluculuk sözleşmesi ile asıl sözleşmenin birbirinden bağımsız olduğu ve hükümsüzlüğünün her iki sözleşme yönünden ayrı ayrı incelenmesi gerektiği kanısındayız. Zira arabuluculuk sözleşmesi önceden mevcut olan bir maddi hukuk ilişkisine dayanılarak kurulmamış olup; her iki sözleşmeyi kurmak açısından tarafların amaçları da birbirinden farklıdır. Bu sözleşme yalnızca uyuşmazlık çıktığında bu uyuşmazlığın tarafsız bir üçüncü kişinin yardımıyla çözüleceğini öngörür. Dolayısıyla bu sözleşmenin geçerliliği de uyuşmazlık konusu hukuki ilişkilerin varlığına tâbi olmamalıdır. Taraflar arasındaki karşılıklı hakları ve yükümlülükleri belirleyen maddi hukuk sözleşmesi herhangi bir sebeple sona ererse ve bundan dolayı da taraflar arasında bir uyuşmazlık çıkarsa bu uyuşmazlık tarafların iradelerine bağlı olarak akdedilen arabuluculuk sözleşmesi uyarınca arabulucu tarafından çözümlenmelidir<sup>240</sup>.

Buna karşılık arabuluculuk sözleşmesinin asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak yapılması durumunda sözleşmelerden herhangi birinin hükümsüz olması geçerli olan

---

<sup>238</sup> Alexander/Ode/ Olbrisch, s.133, s.142.

<sup>239</sup> Steffek,Hopt, s.26.

<sup>240</sup> Bu konuda karş. Bolayır, Nur, Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul 2009, s. 54 vd.

sözleşmenin hüküm doğurmasını etkilemeyecektir. Zira bu durumda ortada birbirinden bağımsız iki sözleşme mevcuttur.

Taraflar arasında arabuluculuk sözleşmesinin yapılmasının amacı mümkün olduğu kadar çabuk ve kısa yoldan uyuşmazlığın çözümünü gerçekleştirmektir. Bu sebeple sözleşmenin genel çerçevesi açık ve somut olarak formüle edilmeli, sözleşmede tarafsız üçüncü kişinin kim olduğu tespit edilmeli ve masrafların nasıl paylaşılacağına da karar verilmelidir. Ayrıca sözleşmede, şayet kararlaştırılan arabuluculuk yolu ile uyuşmazlık çözülemezse, bir diğer alternatif uyuşmazlık yolunun seçilebileceği veya tahkim yoluna başvurulabileceği de kararlaştırılabilir. Yani; tarafların uyuşmazlığın en sağlıklı çözümüne katkıda bulunabilecek tüm olasılıkları göz önüne almaları gerekmektedir<sup>241</sup>.

Arbuluculuk sözleşmesi borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğu için sözleşmelere ilişkin genel şartların burada da aranması gerekir. Bu sözleşme sözleşme serbestisinin kısıtlayıcı genel prensipleri gereğince düzenlenir. Bu prensipler BK md.19/II ve 20/I'de ifade edilmiştir. Buna göre, konusu, ahlâka, kamu düzenine ve şahsiyet haklarına aykırı veya imkânsız olan sözleşmeler yapılamaz. Arabuluculuk sonunda hazırlanan sözleşmenin BK'da yer alan genel düzenlemelere uygun olmasının yanı sıra aynı zamanda, AY md.12'de yer alan, "herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, temel hak ve hürriyetlere sahiptir" kuralına da aykırı olmaması gerekir<sup>242</sup>.

---

<sup>241</sup> Alexander/Ade/Olbrisch, s.142.

<sup>242</sup>Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Alttop, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.bası, İstanbul 1993, s. 371; ayrıca karş. Yarg. 13. HD, T. 25.04.1991, E. 1990/8778, K. 1991/4492 no'lu Yarg. kararı, bkz. <http://www.kazanci.com.tr>, 01.08.2009. Tahkim yolu da özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkların devlet yargılaması dışında çözümünü öngören bir yoldur. Doktrinde tahkimin bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olup olmadığı tartışılmıştır. Bir görüş, tahkimin alternatif uyuşmazlık yöntemlerinden en önemlisi ve en etkin olanı olduğu yönündedir. Bkz. Yılmaz, s.845; Özbek, s. 637 vd. Ancak bizim de katıldığımız diğer görüş uyarınca, tahkim bir alternatif uyuşmazlık yöntemi değil istisnai bir yargısal yol konumundadır.Zira hakemler de tıpkı hâkimler gibi bir yargılama yapıp uyuşmazlık hakkında karar vermektedirler. Bkz. Pekcanitez, Alternatif Uyuşmazlık, s.15, Küçükgüngör, s.58, Tanrıver, s.171. Ancak buna rağmen tahkim devlet yargılamasının dışında yürüyen bir sistem öngördüğünden arabuluculuk sözleşmesinin tanımı, niteliği ve konusu belirlenirken HUMK md. 516 vd. da düzenlenen tahkime ilişkin özelliklerden yararlanmak gerekir. Buna göre, tahkim sözleşmesi de borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olup, sözleşmeler için genel şartların tahkim sözleşmesinde de bulunması ve aranması gerekir. Özellikle sözleşme özgürlüğünü olumsuz biçimde sınırlayan nedenlerden BK md. 19 ve 20 tahkim sözleşmesinin geçerlilik incelemesi sırasında doğrudan göz önünde tutulmalıdır.Tahkim sözleşmesinin ahlâka aykırı olması halinde geçerliliğinden söz edilemez. Bu hal genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal özgürlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirmesi veya taraflardan birine hakemlerin yarından fazlasının veya tamamının seçme imkânının verilmesi hallerinde kendini gösterecektir. Bkz. Alangoya (Tahkim), s.86; ayrıca bkz. Yarg.9.HD., T.17.09.2007, E.2007/28539,K.2007/26478 sayılı karar, <http://www.kazanci.com.tr>, 01.08.2009. Söz konusu karar, BK md. ve 19 ve 20 hükümlerinin tahkim

Arabuluculuk sözleşmesi kural olarak şekle tâbi değildir. Ancak taraflar aralarında belirli bir yazılı metin kararlaştırabilirler veya sözleşmenin konusu belirli bir şekle bağlı hukuk ilişkisi olabilir. Bu gibi durumlarda arabuluculuk sözleşmesinin de şekle bağlılığı kabul edilir<sup>243</sup>.

## **B. ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ**

Arabuluculuk sözleşmesi taraflar arasında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlığın, tarafsız üçüncü kişilerce çözümü konusunda karşılıklı ve birbirine uygun iradelerin beyan edilmesi ile ortaya çıkar. Sözleşmenin yapılması ile tarafsız üçüncü kişilere uyuşmazlığı çözümlene yetkisi verilmektedir. Buna arabuluculuk sözleşmesinin olumlu etkisi denir. Bu sözleşmenin, tarafların devlet ve tahkim yargısına başvurmalarına engel olan olumsuz etkisi bulunmamaktadır. Arabuluculuk sözleşmesinin varlığı tarafların serbest iradelerine dayanmakla, sözleşmenin meydana gelmesi, tarafların böyle bir anlaşma akdedebilmeleri için sahip olmaları gereken ehliyet, temsil yetkileri, anlaşmanın butlanı, iptali, uygulanması v.s borçlar hukuku kurallarına tâbidir. Sadece bu açıdan bakılacak olursak arabuluculuk sözleşmesi bir maddi hukuk-borçlar hukuku sözleşmesi olarak nitelendirilebilir, çünkü burada tarafların iradeleri ön plandadır<sup>244</sup>.

Ancak yalnızca borçlar hukukunda yer alan sözleşme tanımından hareketle bir sözleşmenin hangi hukuk alanına ilişkin olduğu tespit edilemez. Bir sözleşmenin hukuki niteliği irade beyanlarının yaratmak istediği asıl hukuki sonucun ortaya çıkacağı hukuk alanına göre tespit edilebilir. Buna göre bir sözleşmenin asıl ve doğrudan etkisi usul hukuku alanında meydana geliyorsa bu sözleşme usuli bir sözleşmedir. Usul sözleşmeleri, gerçek

---

sözleşmesinde uygulanacağına ve buna göre de tahkim şartının mutlak butlanla geçersiz olacağına kabulüne ilişkindir. Ayrıca bkz.Semizoğlu, Hakan, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yasa Tasarısı Kapsamında, Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebilecekleri İş veya İşlemlerden Doğan Özel Hukuk Uyuşmazlıkları, İBD,C.82,2008/5, s. 2413.

<sup>243</sup> Alexander/Ode/Olbrisch, s.143-144.

<sup>244</sup>İldir, s.67. Doktrinde genel görüş, tahkim sözleşmesinin bir usul hukuku sözleşmesi olduğudur. Bkz. Kalpsüz, Turgut, İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici- İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 1996, s.353; Alangoya, Yavuz, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973, s. 63 vd.; Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 2001, C.VI, S. 5937; Üstündağ, s.935; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 192, s.646; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.668,aynıyönde bkz. Yarg.15.HD,T.15.06.1989,E.1989/1023,K.1989/2841,Yarg.HGK,T.19.03.2003,E.2003/15-142,K.2003/182, [http:// www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) ,01.08.2009.

usul sözleşmeleri, usul hukukuna ilişkin yan etkisi bulunan maddi hukuka ilişkin sözleşmeler ve karma sözleşmeler olarak üçlü bir ayrıma tutulabilir <sup>245</sup>.

Kanaatimizce arabuluculuk sözleşmesinin irade serbestisine dayalı olarak yapılmış bir sözleşme olması, bu sözleşmenin maddi hukuk-borçlar hukuku sözleşmesi olarak nitelendirilmesine yeterli değildir. Zira arabuluculuk sözleşmesinin tarafların serbest iradesi sonucu oluşumu maddi hukuk yönünü oluşturmakla beraber, bu sözleşmenin bazı sonuçları kendisini usul hukuku alanında gösterir. Bu sözleşmenin amacı taraflar arasındaki uyuşmazlığın tarafsız üçüncü bir kişi yardımıyla çözümlenmesi olup, sözleşmenin olumlu etkisi kendisini usul hukuku alanında göstermektedir. Zira Tasarı'ya göre taraflar davanın görülmesi sırasında da (Tasarı md. 13/I) arabuluculuğa başvurabileceklerdir ve taraflar arabuluculuk süreci sonucunda anlaşmaya varırlarsa bu durumda arabuluculuk sözleşmesinin yürümekte olan davayı sona erdirmeye etkisi olacaktır. Bu nedenle arabuluculuk sözleşmesinin hukuki etkisi kendini öncelikle usul hukuku alanında göstermekle beraber karma nitelikli bir sözleşme olarak nitelendirilmesinin uygun olacağı görüşünderiz<sup>246</sup>.

Taraflar arasındaki uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemi ile çözümlenebilmesi için iki temel şart mevcuttur. Bunlardan birincisi, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olması, ikincisi ise tarafların uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemi ile çözümleneceği konusunda serbest iradelerinin olmasıdır.

Kural olarak, devlet yargılamasına alternatif olarak uyuşmazlıkların çözüme bağlanması, tarafların seçimine bağlı olarak kullanılan bir yöntemdir. Ancak devlet yargılamasına başvurmadan önce alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemlerine başvurmak yasalar tarafından zorunlu kılınmışsa, bu durumda alternatif uyuşmazlık çözümüne bir “ön adım” denilebilir. Bu durumda da ilk olarak öngörülen alternatif uyuşmazlık çözümüne başvurmak gerekecektir. Aksi durum, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının tüketilmeden açılan davanın dava şartı noksanlığından reddini gerektirir. Böyle durumlarda da alternatif

---

<sup>245</sup> Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.192; Üstündağ, s.418; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.166;

Pekcanitez/Atalay/Özekes; gerçek usul sözleşmelerine örnek olarak yetki sözleşmeleri ve kanun yolundan feragat; usul hukukuna ilişkin yan etkisi bulunan özel hukuk sözleşmesine örnek olarak sözleşmede ifa yerinin belirtilmiş olması halinde, bu ifa yerinin 10. maddeye göre yetkili mahkemenin de seçimini etkilemesi; karma sözleşmelere örnek olarak da tahkim sözleşmesini ve sulh sözleşmesini göstermiştir (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.166-167).

<sup>246</sup> Alexander/Ade/Olbrisch, s.133.

uyuşmazlık çözümü sözleşmesi söz konusu olmaz<sup>247</sup>. Örnek olarak 06.03.2003 tarihli 4822 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda değişiklik yapılmasına Dair Kanun'un 29. md.si ile değişik 22/5 düzenlemesinden önce değeri belirli bir miktarın altında olan uyuşmazlıklarda, dava açılmadan önce tüketici sorunları hakem heyetine başvurunun zorunlu tutularak özel bir dava şartı haline getirilmesi verilebilir. Ancak değişiklik yapıldıktan sonra yine değeri belirli bir miktarın altındaki uyuşmazlıklarda tüketici sorunları hakem heyetine başvuru zorunlu tutularak, bu uyuşmazlıklarda tüketici sorunları hakem heyetinin verdiği kararlar da taraflar için bağlayıcılık teşkil eder. Yine bazı ülkelerde de- örneğin Almanya- belirli konulara ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvuru özel bir dava şartı olarak düzenlenmiştir.

Söz konusu durumun dışında, taraflar arasında geçerli bir arabuluculuk sözleşmesi mevcut olursa ve bu sözleşmeye rağmen taraflardan biri devlet yargılamasına başvurursa ne olacaktır? Burada öncelikle arabuluculuğun niteliğini değerlendirmek gerekir. Yukarıda da belirtildiği üzere alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve dolayısıyla arabuluculuk yargının yerine geçecek bir yol olarak görülmemelidir. Bu yöntemlerde önemli husus tarafların iradelerinin uyuşmazlığı devlet yargılamasına alternatif teşkil eden yöntemlerle çözme hususundadır ve uyuşmazlığın tarafları tatmin edecek şekilde çözümlenmesi hedeflenir.

Bununla birlikte alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yargının verdiği adli güvenceyi vermesi mümkün değildir. Yargı kurum olarak kişiler açısından kamusal bir güvence teşkil eder. Yargı yetkisi Anayasa md.8 uyarınca Türk milleti adına bağımsız mahkemeler tarafından kullanılır. Buna karşın alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kurumsal bir güvence teşkil ettiği söylenemez<sup>248</sup>.

Bu nedenle taraflar arasında geçerli bir arabuluculuk sözleşmesi mevcut ise, bu durumda taraflardan birinin doğrudan devlet yargılamasına başvurması mümkündür. Zira arabuluculuk sözleşmesinin temeli borçlar hukukunda hâkim olan irade serbestisidir. İrade serbestisi de kendini sözleşmeler alanında sözleşme yapma serbestisi ve sözleşmenin

---

<sup>247</sup>İldır, s.65-66; Şanlı,Cemal, Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları Üzerine Düşünceler, Yeni Türkiye, Temmuz, Ağustos 1996 /10 (Yargı Reformu Özel Sayısı), s.464. Şanlı'ya göre taraflar arasında irade serbestisine dayanarak alternatif uyuşmazlık çözüm sözleşmesi yapılması ve bu usulün yasalarla devlet tarafından düzenlenmesi, yargı hizmetinin "özelleştirilmesi" dir. Burada devlet, taraflara uyuşmazlıklarını çözümleyecek hâkimlerini serbestçe seçme özgürlüğü tanımaktadır (Şanlı, s.464).

<sup>248</sup> Özbek, s.141-142 vd., Özbek, Temel Çözüm Türleri, s.192-193.

konusunu belirleme ve düzenleme serbestisi olarak kendini gösterir. Buna göre, bir kişi dilediği kişi ile dilediği sözleşmeyi yapmakta serbesttir. Aynı zamanda sözleşme yapmak isteyen taraflar da sözleşmenin konusunu diledikleri gibi belirleyebilirler. Bir sözleşme de Borçlar Kanunu md.1 uyarınca, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur<sup>249</sup>.

Tasarı md. 3'de de, tarafların arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbest oldukları belirtilmiş olup, geçerli bir arabuluculuk sözleşmesine rağmen tarafların devlet mahkemesine başvurması halinde durumun ne olacağına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Buna göre ve de arabuluculuk kurumunun özellikleri çerçevesinde taraflardan birinin devlet yargılamasına başvurması halinde bunun o kişi için tarafsız üçüncü kişinin yardımı ile ulaşılabilecek çözümün kabul edilmediği, yani tarafların irade beyanlarının uyuşmadığı anlamına geleceği ve bu durumda da taraflar arasındaki arabuluculuk sözleşmesinin zımnî olarak ortadan kalkmış olacağı düşünülebilir<sup>250</sup>.

---

<sup>249</sup> Ildır, s.48; Tanrıver, s.153; bkz. Oğuzman,M.Kemal/Öz,Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler,İstanbul 2005, s. 19 vd.; Tekinay/ Akman/Burcuoğlu/Altop, s.65 vd.; Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. bası, İstanbul 2008, s.56 vd.

<sup>250</sup> Ildır, s.65. Ayrıca arabuluculuk şartının zorla icra edilip edilmeyeceğine ilişkin olarak bkz. Özbek, s.594 vd. Buna karşın taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi var ise, taraflar bu sözleşme ile bağlı olurlar. Başka bir deyişle; taraflar aralarında çıkan uyuşmazlığın giderilmesi için davayı devlet mahkemelerinde değil, hakemler nezdinde açmak zorundadır. Çünkü taraflar arasında yapılan HUMK md.516-517 ve 518 uyarınca yapılan bir tahkim sözleşmesi geçerli olup, tarafları bağlar. Taraflar isterlerse tahkim sözleşmesinden karşılıklı anlaşma ile vazgeçebilirler. Ancak taraflardan biri tek taraflı iradesiyle geçerli bir tahkim şartını ortadan kaldıramaz. Davacı, tek tarafın iradesi ile davasını mahkemede açmış ise,davalı tarafın tahkim itirazı ile karşılaşır.Bkz. Postacioğlu, İlhan, Medeni Usul Hukuk Dersleri, 6.bası, 1975, s.789; Üstündağ, s.949 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.851-852; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.676-677. Doktrinde Alangoya, söz konusu itirazın ilk itirazlar kategorisinde incelenmesi gerektiğini, ilk itirazların numerus clauses sayılmasına karşın bu sayımlarda bir boşluk olabileceğini savunmuştur. Bkz. Alangoya, Tahkim, s.63 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.276.Yargıtay tahkim itirazının def'i olarak ileri sürülmesini kabul etmektedir. Yarg.15.HD,T.26.04.2005,E.2005/1183,K.2005/2574, Yarg.19.HD,T.19.04.2000, E.2000/2591, K.2000/2974 sayılı kararında; yerleşmiş Yargıtay içtihatları uyarınca tahkim itirazının davalı tarafından cevap dilekçesi verme süresi içerisinde yapılması gerektiğini belirtmekle, tahkim itirazının bu yönüyle ilk itirazlara benzer olduğunu vurgulamış, bu itirazın teknik anlamda bir ilk itiraz olmayıp, sözleşmeye dayalı bir def'i niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Bkz.<http://www.kazanci.com.tr>,01.08.2009, aynı yönde bkz. Yarg.11.HD,T.04.10.2004,E.2004/189,K.2004/9234,Yarg.19.HD,T.19.04.2000,E.2000/2591,K.2000/2974, <http://www.kazanci.com.tr>, 01.08.2009.Bununla birlikte doktrinde Akıncı, tahkim kavramının arabulucu kavramından farkını açıklarken tarafların uzlaştırma prosedürüne katılmayı reddetmesinin yaptırımının ne olacağı meselesine değinmiştir.Taraflar aralarındaki sözleşmede tahkim yoluna başvurmadan önce uzlaşma yoluna başvuracakları konusunda bir hüküm öngörmüşlerse, uzlaşma yoluna başvurmadan doğrudan tahkime gidilmesinin mümkün olmamasının gerektiğini buna karşılık tahkim öncesi başvurulması gereken uzlaşma yoluna, davalı tarafın olumsuz tutumu dolayısıyla müracaat edilememişse, artık davacının uzlaşma yoluna başvurması mümkün olmadığı için doğrudan tahkime müracaat imkânının kabul edilmesi gerektiği düşüncesindedir. Bkz. Akıncı, s.35.

Ancak bu konuda çeşitli ülkelerdeki düzenlemelerin de farklı olduğunu belirtmek gerekir. Bazı ülkelerde, örneğin Fransa’da, taraflar arasında yapılan arabuluculuk sözleşmesinin bağlayıcılığı garanti altına alınır ve arabuluculuk sözleşmesi yapıldıktan sonra devlet mahkemelerine başvurulamaz. Bunu nedeni, tarafların kendi iradeleri ile uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisinin kendilerine bırakmış oldukları düşüncesidir. Bununla birlikte birçok ülkede yapılan arabuluculuk sözleşmesinin bağlayıcı olmadığı ve tarafların arabuluculuk sözleşmesine rağmen devlet mahkemelerine başvurabileceği düzenlenmiştir. Esasında arabuluculuk sözleşmesinin bağlayıcı olup olmadığı çok önemi yoktur. Arabuluculuk sözleşmesinin bağlayıcı olduğunun kabul edildiği sistemlerde de bu yöntemin çok başarılı olmadığı söylenebilir. Bu konuda Macaristan’da değişik bir düzenleme mevcuttur. Burada arabuluculuk sözleşmesine rağmen tarafların devlet mahkemesi başvurmaya bir engel yoktur; ancak mahkemeye başvuran taraf davayı kazansa dahi yargılama giderlerine mahkum edilebileceği tehlikesi ile karşı karşıyadır. Aynı şekilde Kaliforniya Mahkemesi, geçerli arabuluculuk sözleşmesine rağmen mahkemeye başvuran tarafı karşı tarafın avukatlık ücretini ödemeye mahkum etmiştir<sup>251</sup>.

Bununla birlikte Tasarı’da geçerli bir arabuluculuk sözleşmesi akdedilmiş, buna rağmen dava açılmış ve davanın görülmekte olduğu mahkeme taraflar arasında akdedilmiş olan sözleşmede bir arabuluculuk şartının bulunduğunu tespit ederse durumun ne olacağı hususunda bir düzenleme mevcut değildir. Buna karşılık bu husus Belçika Medeni Usul Kanunu’nda açıkça düzenlenmiş ve böyle bir şartın varlığı halinde taraflardan biri arabuluculuğa başvurmaksızın dava açarsa, diğer tarafın bunu ilk itiraz olarak ileri sürmesi halinde hâkimin yargılamayı durdurarak diğer tarafın bu konuda düşüncesini almak zorunda olduğu; ancak diğer tarafın arabuluculuk sürecini başlatmaktan imtina ettiğini bildirmesi üzerine yargılamaya devam edilebileceği, aksi halde hâkimin davayı reddedeceği düzenlenmiştir (Belçika Medeni Usul Kanunu, md. 1725)<sup>252</sup>.

Kanımızca Tasarı’da iradilik ilkesi ön planda olduğundan böyle bir durumun “ilk itiraz” teşkil etmesi yönünde bir düzenlemenin uygun olmayacağı kanısındayız. Zira bizim sistemimizde arabuluculuğa başvuru konusunda zorunluluk öngörülmediğinden böyle bir

---

<sup>251</sup> Steffek/Hopt, s.27.

<sup>252</sup> Öztekin, Görüş ve Eleştiriler, s. 22; Namlı, Mert, Belçika Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumunun Temel Esasları, Arabuluculuk Yasa Tasarısı – Eleştiri Öneriler- Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları 2008, s. 102.

durumda da taraflar arasındaki arabuluculuk sözleşmesinin zımni olarak ortadan kalktığı kabul edilerek mahkemenin yargılamaya devam edeceği düşünülmesi daha uygun olur. Aksi durumun kabulünün yargılamanın uzamasına sebebiyet vereceği düşüncesindeyiz.

### C. ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNİN KONUSU

Özel hukukta, irade serbestisine geniş bir alan tanınmış olmakla beraber, eşya, miras hukuku gibi alanlarda borçlar hukukuna nazaran bu serbestiye sınırlamalar getirilmiştir. Kamu hukukunda ise, irade serbestisine daha dar bir alan tanınmıştır. Türk hukukunda medeni yargılama hukukunun genellikle kamu hukukuna dahil olduğunu ileri süren görüşler mevcuttur<sup>253</sup>. Bununla beraber medeni yargılama hukukunda, yargılamaya hâkim olan ilkelerden “tasarruf ilkesi” ve “taraflarca hazırlama ilkesi”nde olduğu gibi, taraf iradesi de dikkate alınmaktadır. Tasarruf ilkesinin HUMK’da yer alan görünümünden biri olan md. 7’ye göre, taraflar uyuşmazlığı hâkim önüne getirip getirmemekte serbesttir. Taraflarca hazırlama ilkesinin ise, kanundaki bir görünümü “delillerin taraflarca hazırlanma ilkesi” dir. Bu ilke nedeniyle hâkim kural olarak delillere kendiliğinden başvuramaz. Hâkim, medeni yargılamanın uygulanacağı özel hukuktan doğan menfaat uyuşmazlıklarında re’sen hareket edemez. Buna karşılık kamu hukuku niteliğine sahip olmakla beraber, yargılama hukuku mutlak emredicilik niteliğine de sahip değildir. Yani; medeni usul hukuku hem kamu hukuku hem de özel hukuka ilişkin özellikler gösterir. Bu sebeple bu hukuk dalının kendine özgü (sui generis) bir hukuk dalı olduğu belirtilmektedir<sup>254</sup>. Ancak medeni yargılama hukukunda irade serbestisinin sınırlarını “kamu düzeni” belirlemektedir. Bu nedenle uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemi ile çözümü Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmediği sürece hukukumuzda uygulama alanı bulacaktır. Bir başka ifade ile arabuluculuk sözleşmesi yalnız her iki tarafın arzularına tâbi olan işlerde mümkündür. Bu niteliği değerlendirildiğinde iki tarafın arzusuna tâbi uyuşmazlıkların çözümünde uygulandığı ve adil yargılama hakkına aykırılık teşkil etmediği sürece, kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyecek niteliktedir.

---

<sup>253</sup>Üstündağ, s.41, Ansay S.Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, 1960, s.4-5. Bununla birlikte Alman Hukukunda Rosenberg/Gottwald/Schwab, medeni yargılama

hukukunun kamu hukukuna dahil olduğu görüşündedir. Rosenberg/Gottwald/Schwab, s.4.

<sup>254</sup>Belgesay, Hukuk Usulü Muhakemeleri Şerhi, 3. Bası, İstanbul 1948, s.19-20; Postacıoğlu, s.11-12; Berkin, Necmeddin, Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981, s.18; Bilge, Necip/Önen Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s.6; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s.55 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.32.



Arabuluculuk sözleşmesinin geçerli olabilmesi için uyuşmazlık konusunun “arabuluculuğa elverişli” olması gerekir. Zira uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemi ile çözümlenebilmesi, arabuluculuk yönteminin uygulandığı ülkenin kamu düzeni<sup>255</sup> kuralları ile ilgilidir. Örneğin boşanma davaları Angloamerikan Hukuk Sistemine tâbi ülkelerde arabuluculuk ile çözümlenebilirken, Türk hukuku gereğince bu yetki, kamu düzenine ilişkin olduğundan, yalnızca yargılama kuralları ile devlet mahkemelerinin karar verebileceği ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği hususlardandır.

Tasarı md.1’de, arabuluculuk yönteminin, sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, yabancı unsurlu olanlar da dahil, özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulanacağı belirtilmiş, bu maddenin hükümet gerekçesinde ise, tarafların “sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıkları” ifadesine yer verilmiştir<sup>256</sup>. Ayrıca Tasarı’nın yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda da uygulanacağı düzenlenmiştir. Milletlerarası uyuşmazlıklarda uygulanacak özel bir Arabuluculuk Kanunu olmadığına göre bu düzenleme gerekli ve yerindedir<sup>257</sup>.

Doktrinde<sup>258</sup>, gerekçede sulh kavramına yer verildiği, ancak “kabul” yolu ile sona erdirilebilecek uyuşmazlıklarda arabuluculuğa gidilip gidilemeyeceğinin belli olmadığı belirtilmiştir. HUMK md.92’ye göre davayı kabul, davalının, davacının davasında talep ettiği, talep sonucunu kabul etmesidir. Kanunda her iki taraftan bahsedilmişse de, kabul davalı için söz konusudur. Kabul de tıpkı sulh gibi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri davalarda mümkündür. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemedikleri davalarda, davalının kabulü davayı sona erdirmeyecektir. HUMK md. 95/II, bu davaları, “*bilbeyinne hükme raptı kanunen mecburi olan haller*” olarak belirtmiş olup, bu davalarda

---

<sup>255</sup>Kamu düzeni, zamana ve mekana göre değişken bir özellik gösterdiği için bu kavramla ilgili tek tanım yapılmamış ancak çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. Onar’a göre kamu düzeni “*ammeye taalluk eden ve gayrimuayyen menfaatlere müstenit bulunan nizam*”dır. Bkz. Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.II, İstanbul 1960, s.1106. Günday’a göre ise, kamu düzeni, “*bozulduğunda kamu yararını olumsuz yönde etkileyen ve bozulmasının önlenmesiyle de kamu yararı gerçekleşen bir düzen*”dir. Bkz.Günday, Metin, İdare Hukuku, 3 .bası, Ankara 2002, s.246. Gözler’e göre; kamu düzeni toplumun maddi ve dış düzeni olup, bu kavram kamu güvenliği, kamu huzuru ve kamu sağlığı kavrtamlarından oluşan “*geleneksel üçlü*” ile tanımlanmalıdır.Buna göre de; “*kamu düzeni, bireylerin güvenlik, huzur ve sağlık içinde yaşamaları durumudur*”. Bkz. Gözler, Kemal, İdare Hukukuna Giriş, 9. Bası, Bursa, 2008, s.218.

<sup>256</sup>Akcan, Recep, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı ile İlgili Bazı Düşünceler Prof.Dr.Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, s. 41.

<sup>257</sup> Özbek, s.805.

<sup>258</sup> Akcan, s.41.

mahkeme davanın kabulü ile bağı olmayıp davaya devam edecektir. Burada da yine boşanma, nesebin reddi, velayet, evliliğin feshi gibi davalarda davalı davayı kabul etmiş olsa bile bu davalar kamu düzenine ilişkin olduğundan yapılan kabul hukuki sonuç doğurmayacaktır. Ancak bu davalarda davayı kabul eden davalı bundan sonra duruşmada hazır bulunmak zorunda değildir. Davalı oturuma gelmezse yargılamaya yokluğunda devam edilecektir<sup>259</sup>. Bu suretle de gerekçe de yer verilmesine gerek olmaksızın kabul yolu ile sona erdirilebilecek davalar arabuluculuğa elverişli davalar olarak sayılacaktır.

Bu nedenle genel olarak diyebiliriz ki; maddi hukukun, taraflara uyuşmazlık konusu üzerinde anlaşarak tasarrufta bulunma yetkisi vermediği hallerde arabuluculuk sözleşmesi geçersiz olur. Bir başka anlatımla, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, uyuşmazlıkların sulh yolu ile halledebilecekleri bir konu mevcut ise arabuluculuk sözleşmesi geçerli olacaktır. Buna göre; boşanma ve ayrılık davaları, soybağı ile ilgili davalar, çekişmesiz yargı işleri için arabuluculuk sözleşmesi yapılamayacak, bununla birlikte alacak davasına konu olan uyuşmazlıklar, tazminat istemleri, taşınır mallara ilişkin uyuşmazlıklarda taraflar uyuşmazlık konusu üzerinde sulh ve kabul yolu ile serbestçe tasarruf edebileceğinden arabuluculuk sözleşmesinin yapılması mümkün olacaktır.

Tasarı md. 1’de belirtilen “*tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işler*” ifadesi hukukumuzda yabancı bir kavram olmamakla birlikte çeşitli düzenlemelerde bu ifadeye yer verilmiştir. Zira HUMK md. 518’ de düzenlenen “*yalnız iki tarafın arzularına tâbi olmayan mesaide tahkim cereyan etmez*” hükmü açıktır<sup>260</sup>. Bununla birlikte Av. K. md.

---

<sup>259</sup>bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.502-503, Kuru (C. IV), s. 3729 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.549 vd.; ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.Ermenek,İbrahim, Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul (Mahkeme Huzurunda Yapılan Kabuller), Ankara 2009, s.3 vd. Ancak belirtmek gerekir ki; sulh bir sözleşme olup, bunun sonucu olarak da şarta bağılı olarak yapılabilmektedir. Oysa kabul şarta bağılı olarak yapılamayacağı gibi sonuçlarını doğurması açısından karşı tarafın veya mahkemenin rızasına gerek yoktur. Sulhte iki taraflı bir fedakârlık söz konusu olup, kabul de yalnızca davalı davayı kabul ettiğinden dolayı iki taraflı bir fedakârlık söz konusudur. Bu nedenle de davayı kabul bir sözleşme değildir. Bkz. Önen, s. 61, Ermenek, s.34.

<sup>260</sup>İdris,s.41. Konunun tahkim sözleşmesi ile karşılaştırılması için bkz. Alangoya, Tahkim, s.82 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,s.648, Deren-Yıldırım, Nevhis, Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik, Prof.Dr.Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul 2007, s.47 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 670 vd.; ayrıca doktrinde bu konuda yalnız tarafların arzularına tâbi olan işler, tarafların dava konusu üzerinde sulh ve kabul yolu ile serbestçe tasarruf edebilecekleri veya tasarruf edemeyecekleri işler (haller,haklar), sulh sözleşmesine konu olanlar, iki tarafın arzusuna tâbi olan konular, tarafların arzu ve iradesine tâbi olan uyuşmazlıklar, iki tarafın arzusuna tâbi olmayan işler, iki tarafın arzularına tâbi olmayan hukuki ihtilaflar (meseleler), şahsın iradesine tâbi olmayan işler, kamu düzeninden sayılmayan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, irade serbestisine tâbi konular,kamu düzenine ilişkin olmayan hususlar, amme intizamıyla ilgili kanunları ihlal eden meseleler gibi farklı şekillerde ifade edilen kavramları görmek mümkündür. Bkz. Berkin, s.92; Bilge/Önen, s.747; Kuru/Arslan /Yılmaz, s.851, Kuru,

35/a düzenlemesi, “....., tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilliği ile birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler “. şeklindedir. Buna göre uzlaşma konusu tarafların kendi iradeleri ile istem sonucu elde edebilecekleri konulara ilişkin olmalıdır<sup>261</sup> . Yine Türk Ticaret Kanunu md. 5/III’e göre; “ikinci fıkrada yazılı hallerde, munhasıran iki tarafın arzularına tabi olmayan işler hariç olmak üzere, bir dâvanın ticari veya hukuki mahiyeti itibarıyla mahkemenin iş sahasına girip girmediği yalnız iptidai itiraz şeklinde taraflarca dermeyan olunabilir”. Bu düzenlemeye göre münhasıran iki tarafın arzularına tâbi olmayan işlerde davaya mutlaka ilgili özel kanunda gösterilen mahkemede bakılır ve bu davalara ilişkin işbölümü itirazı ilk itiraz niteliğinde değildir. Bu tür işlerde iş bölümü itirazı, yargılama sona erinceye kadar her safhada yapılabilir ve itiraz edilmemiş olsa dahi, mahkeme bu durumu re’sen dikkate alarak dava dosyasını ilgili mahkemeye gönderir. Örneğin iflas davasının mutlaka ticaret mahkemesinde açılması gerekir (İİK md. 154/IV). Bunun dışında Ticari İşletme Rehni Kanunu uygulamasından doğan davalar (md. 22), Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun düzenlediği davalar buna örnek olarak verilebilir<sup>262</sup>.

Burada aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk yönteminin uygulanıp uygulanamayacağı hususu üzerinde ayrıca durmakta yarar vardır. Zira bazı yazarlar<sup>263</sup>, arabuluculuğun boşanma, nafaka, mal paylaşımı, miras gibi her türlü konuda uygulanacağını ve hatta laik hukuk düzeninin tehlikeye gireceğini, kamusal uyuşmazlık konularının özelleştirileceğini düşünmektedirler. Ancak kural olarak aile hukukundan doğan davalar kamu düzenine tabi olduklarından tarafların bu davalarda arabuluculuk yöntemine başvurması mümkün değildir. Zira boşanma, evliliğin butlanı gibi davalarda davacı bir inşai hakkına dayanarak mahkemeden bir hukuki durumun değiştirilmesine veya kaldırılmasına veya yeni bir hukuki durum yaratılmasına karar verilmesini ister. Bu inşai haklarda taraflar

---

(C.VI), s.5945; Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Nevhis-Deren Yıldırım, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, İstanbul 2006, s.215; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.671; Postacıoğlu, s.786, Üstündağ, s.942. ZPO md 1030’da, tahkim ehliyeti (Schiedsfähigkeit) başlıklı maddede, malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklarda ve tarafların uyuşmazlık konusunu sulh yolu ile halledebilecekleri konularda tahkim sözleşmesinin geçerli olacağı hüküm altına alınmıştır. Bkz. <http://www.zivilprozessordnung.de>, 02.08.2009. Kanımızca da burada Tasarı’nın gerekçesinde de ifade edildiği üzere “tarafların sulh yolu ile halledebilecekleri uyuşmazlıklar” kavramı tercih edilmelidir.

<sup>262</sup>Bkz. Ülgen, Hüseyin / Teoman, Ömer / Helvacı, Mehmet / Kendigelen, Abuzer / Kaya, Arslan / Ertan, N. Füsün Nomer, Ticari İşletme Hukuku, 2. bası, İstanbul 2008, s. 119; Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 12. bası, Ankara 2008, s.107; Poroy, Reha/ Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 12. bası, İstanbul 2007, s. 111

<sup>263</sup> Bkz. Yathı, Başar, Yargının Özelleştirilmesi ve Çok Ulusluluk, İBD, C.81,2007/5, s.2136.

anlaşsalar bile yeni bir hukuki durum yaratamazlar; hukuki sonuç ancak bir mahkeme hükmü ile doğar<sup>264</sup>. Buna göre de aile hukukuna ilişkin arabuluculuk sadece boşanma davasında eşlerin anlaşabilecekleri, tazminat ve nafaka konusunda olabilecektir<sup>265</sup>. Bu sebeple de Tasarı ile çok hukuklu bir sistemin getirileceği, “Medine Sözleşmesi”<sup>266</sup> nin hayata geçirileceği, laik hukuk düzeninin elden gideceği gibi görüşlerin yersiz olduğunu, bu görüşlerin Tasarı maddeleri incelenmeden ve bu maddelerin hukuki sonuçları değerlendirilmeden oluşturulduğu düşüncesinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

Yargıtay ve doktrinde, tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde sulh yolu ile serbestçe tasarruf edip edemeyecekleri tartışmalı konular mevcuttur. Örneğin Yargıtay kira bedelinin tespitine ilişkin davaları tarafların konusu üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri uyuşmazlıklardan saymaktadır<sup>267</sup>. Doktrinde Alangoya, Yargıtay’ın söz konusu kararlarında sosyal endişe ile hareket ettiğini ifade etmekle bu yöndeki kararlara katıldığını belirtmektedir<sup>268</sup>. Buna karşın Kuru, kira bedelinin tespiti davalarının üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden olduğu kanaatinde<sup>269</sup>. Kanımızca da, kira bedelinin tespiti

---

<sup>264</sup> Bkz. Kuru (C.II), s. 1468 vd., ayrıca bu konudaki açıklamalar için bkz. yuk.s.65-66

<sup>265</sup> Bkz. Pekcanitez, Hakan, Tasarı Üzerine Genel Tartışma ve Değerlendirme, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı VI, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI, İzmir Çeşme 19-20 Ekim 2007, s.296.

<sup>266</sup> Medine Sözleşmesi, aynı zamanda Medine İmtiyazı olarak da bilinir. Muhammed tarafından 622’de düzenlenmiştir. Sözleşme Muhammed ve Müslümanları, Yahudileri ve Paganları da içine alacak şekilde Yesrib şehrinin (daha sonraki ismi Medine) önde gelen aşiret ve aileleri arasında resmi bir antlaşma oluşturmuştur. Sözleşme Medine’deki Evs ve Hazreç kabileleri arasındaki şiddetli iç çatışmalara bir son vermek amacıyla hazırlanmıştı. Bu amaç doğrultusunda Medine’deki Müslüman, Yahudi ve Pagan toplulukları Ümmet adı altında tek bir topluluk olarak toplamak için hepsinin payına düşen haklar ve sorumluluklar oluşturuldu. Bkz. [http://tr.wikipedia.org/wiki/Medine\\_S%C3%B6zle%C5%9Fmesi](http://tr.wikipedia.org/wiki/Medine_S%C3%B6zle%C5%9Fmesi), 01.09.2009.

<sup>267</sup> Yarg. 3.HD ‘nin 02.12.2004 tarih, E.2004/13018, K.2004/13409 sayılı kararında; tarafların aralarındaki uyuşmazlığı gidermek için serbestçe anlaşma yapabiliyorlar ve bu anlaşma mahkemenin kararına gerek olmaksızın geçerli oluyor ise, o uyuşmazlık hakkında tahkim sözleşmesi yapılabileceği belirtilmiş ve Yargıtay’ın yerleşik uygulamaları uyarınca kira tespiti hususunun kamu düzenini ilgilendirdiğinden bu konuda tahkim sözleşmesinin geçerli olmayacağı sonucuna varılmıştır. Bu kararda tarafların serbest iradeleri ile kira parasını kararlaştırmalarının ancak belli ölçü ve sınırlar dahilinde mümkün olduğu ve dolayısıyla tarafların bu hususta tasarruf yetkilerinin sınırsız olmadığı vurgulanmıştır. Bkz. Yarg. 3.HD., T. 02.12.2004 E.2004/13018, K. 2004/13409, <http://www.kazanci.com.tr>, 02.08.2009; ayrıca bkz. Yarg. İçtihadı Birleştirme kararı, E. 1964/2, K.1964/4, T.19.11.1964, <http://www.kazanci.com.tr>, 02.08.2009. Yargıtay, avukatlık ücret sözleşmelerinde de mutlak olarak tarafların özgür iradelerinin var olduğu kabul edilemeyeceğinden avukatlık ücret sözleşmesindeki tahkim şartının hüküm ifade etmeyeceği yönünde karar vermiştir. Bkz. Yarg. 13.HD, T.25.12.2008, E. 1995/10533, K.1995/11673, <http://www.kazanci.com.tr>, 04.12.200. Bunun dışında Yargıtay 4077 sayılı TKHK’nın tüketiciyi korumak amacıyla hazırlanan kamu düzeni ile ilgili özel bir kanun olduğundan, 4077 sayılı Kanun kapsamındaki uyuşmazlıkların çözümünde tüketici mahkemelerinin görevli olduğunu, aksi yöndeki tahkim şartının geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Bkz. Yarg.13.HD, T. 25.09.2008, E. 2008/3492, K. 2008/11120, <http://www.kazanci.com.tr>, 02.08.2009.

<sup>268</sup> Alangoya, Tahkim, s.85.

<sup>269</sup> Kuru (C.VI), s. 5952; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 851; aynı yönde bkz. Ildır, s.43; ZPO md.1030 ‘da (Schiedfähigkeit- tahkim ehliyeti başlıklı madde), ülke içinde bir taşınmaza ilişkin kira ilişkisine dayanan

uyuşmazlıları üzerinde tarafların serbestçe tasarruf yetkisi mevcuttur. Zira uygulamada bu tür davalarda kira bedeli bilirkişiler tarafından, o yöredeki emlak rayiç bedellerine göre tespit edilmektedir.

Yargıtay Kat Mülkiyeti'nden doğan uyuşmazlıkların da kamu düzeninden olduğunu ve bu sebeple de tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri yönünde kararlar vermiştir<sup>270</sup>. Söz konusu Yargıtay kararlarına doktrinde Kuru<sup>271</sup>, kat malikleri arasında çıkan uyuşmazlıkların, “yalnız iki tarafın arzularına tâbi olmayan mesail'den olmadığı” gerekçesi ile katılmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu<sup>272</sup> md. 20'ye göre iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildirimine sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiası ile, fesih bildirimiminin tebliğ tarihinden itibaren bir ay içerisinde iş mahkemesinde dava açabileceği gibi; tarafların bu konuda anlaşması şartıyla aynı sürede özel hakeme başvurulabilir. Bu fıkrada daha önce, “toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür” düzenlemesi yer alıyordu. Yasanın bu konuya ilişkin gerekçesine göre; iş mahkemelerinin çok fazla olan dava yükü göz önünde tutularak, toplu iş sözleşmesi taraflarının öngörmesi veya işçi ile işverenin anlaşması durumunda uyuşmazlığın özel hakeme götürüleceği kabul edilmiştir. Bu fıkradaki “toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya” ifadesi Anayasa Mahkemesi tarafından AY md. 36/I'de yer alan, “herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı olarak iddiada bulunmak ve adil yargılanma hakkına sahiptir” hükmüne aykırılık teşkil ettiği için oybirliği ile iptal edilmiştir<sup>273</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararını yerinde olarak değerlendirmek gerekir. Zira işçinin kendi iradesi olmaksızın sendika tarafından kabul ettirilen toplu iş sözleşmesiyle özel hakeme gitme zorunda bırakılması bağımsız yargıya gitme ve hak arama özgürlüğünün Anayasa md.36'ya aykırı olarak elinden alınması anlamına gelebilecektir<sup>274</sup>. Buna karşılık İş Kanunu md. 20/I'de yer alan “taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme

---

konularda yapılan tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu düzenlenmiştir. Bkz. <http://www.zivilprozessordnung.de>, 02.08.2009.

<sup>270</sup>Yarg.HGK, T.03.04.1974, E.1972/5-1450,K.1972/810; Yarg.5.HD,T.23.02.1981,E.1981/813,K.1981/1641, <http://www.kazanci.com.tr>, 02.08.2009.

<sup>271</sup> Kuru, (C.VI), s.5953.

<sup>272</sup> RG:10.06.2004, S:25134.

<sup>273</sup> bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 4857 S. “İş Kanunu'nun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Karar”ı, T.19.10.2005,E.2003/66,K.2005/72, RG 24.11.2007, S.26710,<http://www.kazanci.com.tr>, 02.08.2009.

<sup>274</sup> bkz. Süzek, s.561.

götürülür” hükmünün de iptali istenmiş, ancak Anayasa Mahkemesi, işçinin md. 20/I’deki uyuşmazlığı özel hakeme götürme konusunda işverenle anlaşabilmesinin yalnızca kendi iradesine ilişkin olduğu, işçinin ancak özel hakeme gitme konusundaki iradesini kullandığında dava açma seçeneğinden vazgeçmiş olacağından burada Anayasa md. 36’ya aykırılıktan söz edilemeyeceği gerekçesi ile bu hükmün iptalini oy çokluğuyla reddetmiştir. Söz konusu madde düzenlemesinden önce Yargıtay eski tarihli kararlarında; iş uyuşmazlıklarının iş mahkemelerinden ayrı bir mercide çözülmesinin işçi ve işverenin arzularına tâbi olmayan hallerden olduğunu, burada devletin korumak istediği hukuki menfaat bakımından uyuşmazlığın, sırf o tür uyuşmazlıkları çözmek amacıyla teşkil edilmiş bir devlet mahkemesi tarafından halli kıstasının öngörüldüğünü, bu tür uyuşmazlıkların kamu düzeninden olduğunu, aksi durumun kabulü halinde İş Kanunu ve İş Mahkemeleri Kanunu’nun işçiyi koruyan hükümlerinin ihlali olacağını belirtmiştir<sup>275</sup>.

İş Kanunu md. 20 düzenlemesini şu şekilde yorumlamak gerekir: İş sözleşmesi yapılırken veya sözleşmenin devamı süresince fesih halinde özel hakeme gidilmesinin kararlaştırılması geçersiz sayılmalıdır. Zira böyle bir durumda iş ilişkisi kurulurken veya devam ederken ekonomik bakımdan güçsüz ve bağımlı olan işçinin böyle bir koşulu kural olarak serbest iradesi ile kabul ettiği düşünülemez. Aynı nedenle özel hakem koşulunun iç yönetmelikle de belirtilmesi geçerli sayılmaz. Uyuşmazlığın özel hakeme götürülmesi ancak iş sözleşmesinin fesih bildiriminden sonraki bir ay içerisinde işçi ve işveren tarafından kararlaştırılırsa geçerli sayılmalıdır<sup>276</sup>.

---

<sup>275</sup>bkz.Yarg. HGK,T.10.11.1965,E.1964/9-634,K.1965/405 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com.tr,02.08.2009>. Alangoya’ya göre; iş mahkemelerinin görev çevresine giren bir uyuşmazlığın hakem mahkemesinde görüleceği yönündeki tahkim sözleşmesi iş mahkemelerinin özel mahkemeler olduğu gerekçesi ile geçerli olmayacaktır. Zira kanun koyucu sosyal hayatın akışı ile yakından ilgili olabilecek bu ihtilafların özel bir mahkeme önünde görülmesini öngörmektedir. Bu ihtilafların iş mahkemelerinde görülmesi esas itibarıyla bir teminat niteliğindedir. Bkz. Alangoya, Tahkim, s.83-84. Buna karşın Üstündağ ise Alangoya’nın bu görüşünü eleştirerek, iş mahkemesinde görülebilecek her uyuşmazlıkta tahkim sözleşmesi yolunun kapalı olmadığını, toplu iş sözleşmelerine tahkim şartı konulabileceğini, bir uyuşmazlığın özel mahkemede görüleceğinin düzenlenmesi ile tahkime müracaat arasında bir ilişki kurulamayacağını ifade ederek iş sözleşmesine tahkim şartı konulamamasının sebebinin olsa olsa işverenin işçiye karşı ekonomik ve sosyal üstünlüğü olarak belirtmiştir.Bkz. Üstündağ, s.943. Bunun yanında Kuru, iş davalarında tarafların sulh ve kabul yolu ile dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebildiklerini ve bu nedenle iş davalarının her iki tarafın arzusuna tâbi olan işlerden olduğu ve bu nedenle de iş davaları hakkında yapılan tahkim sözleşmesinin geçerli olduğu kanısındadır.Bkz. Kuru (C.VI),s. 595.

<sup>276</sup>Süzek, s.561-562; Eyrenci, Öner / Taşkent, Savaş / Ulucan, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 3.bası, İstanbul 2006, s.174-175; karşı görüş için bkz.Çelik, s. 234, dipn. 272. Bunun yanında güçlü konumda olan işverenin hakem anlaşmasında kendisiyle yakın kişileri hakem olarak zorla kabul ettirilmesinin önlenmesi açısından özel hakemin üç kişiden oluşması, bunların uyuşmazlığın çıkması üzerine seçilmeleri, üçüncü hakemin mutlaka mahkeme tarafından belirlenmesi ve tarafsızlık koşullarının varlığı aranmalıdır. Bkz. Çelik, s.235. Yargıtay’da

O halde İş Kanunu md. 20, işçi ve işveren arasındaki bir kısım uyuşmazlıkların çözümünü sınırlı da olsa taraflarca serbest tayin edilebilecek kişilere bırakılmasına imkân tanımakla bu uyuşmazlıkları kamu düzenine ilişkin olan hallerden çıkararak, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulardan bir tanesi haline getirmiştir<sup>277</sup>.

Bu bağlamda feshin geçersizliği, işe iade ve buna bağlı iş güvencesi ile boşta geçen süre için ücret alacağı uyuşmazlıkları<sup>278</sup> için arabuluculuk kurumuna başvurulabileceği kabul edilmelidir. Zira İş Kanunu md. 20 düzenlemesi yargının iş yükünü azaltmaya ve taraflar arasında uzlaşmacı bir yaklaşımla uyuşmazlığı çözmeye yönelik bir düzenlemedir. Bu nedenle de söz konusu uyuşmazlıklar bakımından bu uyuşmazlıkların kamu düzenine ilişkin olduğu gerekçesi ile arabuluculuğun geçerli olmayacağı düşünülmemelidir. Bu tür uyuşmazlıklar Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın uygulama alanına giren uyuşmazlıklar olarak kabul edilmeli ve Tasarı'nın kanunlaşması halinde bu hükümler uygulanmalıdır. Şayet arabuluculuk yoluyla bir çözüm elde edilemez ise, tahkime veya devlet yargılamasına başvurulmalıdır<sup>279</sup>.

Ancak Tasarı md.12'de yer alan ve tarafların dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabileceklerine ilişkin düzenlemenin söz konusu md.20/I düzenlemesi bakımından sorun teşkil edeceği ve bu madde ile Tasarı'nın ilişkilendirilmesi gerektiği yönünde eleştiriler mevcuttur<sup>280</sup>. Burada “dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında” ifadesinin md. 20/I ile bir çelişki yaratmayacağı kanısındayız. Zira md. 20/I'e göre nasıl ekonomik ve sosyal yönden güçlü konumda olan işverenin çeşitli dayatmalarını önlemek amacıyla özel hakeme başvuru iş

---

çeşitli kararlarında iş uyuşmazlıklarının kamu düzenine ilişkin olduğu gerekçesi ile tahkim şartının direk reddedilmesi yönünde kararlar vermemiş, aksine taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının geçerliliğinin incelenmesi ve buna göre hüküm verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Buradaki kıstas da, işverenin ekonomik vesosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar olup olmadığıdır. Bkz.Yarg. 9.HD.,T. 24.09.2007, E. 2007/13395,K. 2007/27723; Yarg. 9.HD., T.22.01.2007, E.2006/25759, K.2007/109; Yarg. 9.HD., T. 24.09.2007, E.2007/13952, K.2007/27947 sayılı kararları, <http://www.kazanci.com.tr>, 02.08.2009.

<sup>277</sup>İldır,Gülğün, İş Kanunu'na Göre Uyuşmazlıkların Özel Hakem Yolu İle Çözümü, Terazi Hukuk Dergisi, 2006/2, s.15.

<sup>278</sup> bkz. Yarg. 9.HD, T.22.03.2004, E. 2004/5846,K. 2004/5621sayılı kararı, <http://www.kazanci.com.tr>, 02.08.2009.

<sup>279</sup> Doktrinde İldır'a göre;İş Kanunu md. 20'de tahkimden değil de “özel hakem” ibaresinin bulunması diğer alternatif çözüm yollarına olanak veren bilinçli bir ifade tarzıdır. Bkz. İldır, İş Kanunu, s.15.

<sup>280</sup> Aytekin, s.4

sözleşmesinin fesih bildirim tarihinden sonraki bir ay içerisinde kararlaştırıldığı takdirde geçerli olacaksa, aynı yorumla arabuluculuğa başvuru için yapılan sözleşme de dava açılmadan önce iş sözleşmesinin fesih bildirim tarihinden sonraki bir ay içerisinde kararlaştırılmalıdır. Bu durumda da Tasarı md. 15 uygulama alanı bulacağından arabuluculuğa başvurulması ile bir dava açma süresi de durmuş olacaktır<sup>281</sup>. Açılmış olan bir dava mevcutsa -örneğin bir iş iade davası- bu dava devam ederken de taraflar arabuluculuk yöntemine başvurabilirler.

Üzerinde en fazla tartışılan bir başka husus da gayrimenkule ilişkin uyuşmazlıklardır. Aynı haklar alanında taraflar ancak yasanın öngördüğü tipler ve koşullar içinde serbestçe sözleşme yapabilirler. Yargıtay 4.HD, 14.05.1974 T. ve E.1974/2094, K. 1974/2496 sayılı kararında<sup>282</sup>, özellikle taşınmaz mallar hususunda tarafların üzerinde serbestçe işlem yapabilecekleri konuların mevcut olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte Yargıtay 15.HD, 23.09.2002 T., E.2002/4321, K.2002/4067 sayılı kararında<sup>283</sup>, tarafların uyuşmazlıklarının aynı haklara ilişkin olduğunu ve taşınmazın tapuda mülkiyet naklinin ancak rızaen veya mahkeme ilâmı ile olabileceğinden, bu hususun kamu düzeninden sayılacağını belirtmiştir. Yine Yargıtay 15.Hukuk Dairesi 01.07.2008 tarihli kararında<sup>284</sup>, kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıklarda hakeme gidilemeyeceğini belirttiikten sonra kamu düzenine ilişkin olan tapu iptal ve tescil davasının zorunlu olarak devlet mahkemelerinde görülmesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>285</sup>. Ancak doktrindeki çoğunluk görüşü<sup>286</sup> Yargıtay'ın aksine, gayrimenkule ilişkin uyuşmazlıklarda da tarafların sulh yolu anlaşmazlığı sona erdirmeleri mümkün olduğundan bu konuda tahkim ve dolayısıyla arabuluculuk sözleşmesinin kabul edilmesi

---

<sup>281</sup> bkz. Özbek, s. 675.

<sup>282</sup> Yarg.4.HD, T.14.05.1974,E.1974/2094, K.1974/2496, <http://www.kazanci.com.tr>, 02.08.2009.

<sup>283</sup>Yarg.15 HD, T.23.09.2002, E.2002/4321, K.2002/4067, <http://www.kazanci.com.tr>, 02.08.2009; aynı yönde bkz.Yarg.15.HD, T.18.03.1986, E.1986/3919, K. 1986/1044, <http://www.kazanci.com.tr>, 02.08.2009; ayrıca bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 671-672.

<sup>284</sup>Yarg.15.HD,T.01.07.2008,E.2008/2705,K.2008/4439; aynı yönde bkz.Yarg.1.HD, T.24.05.2004,E.2004/5598, K.2004/6177, <http://www.kazanci.com.tr>,02.08.2009.

<sup>285</sup> Aynı yönde görüş için bkz.Postacıoğlu, s.645-646.

<sup>286</sup> Ansay, s.408; Önen,s.48. Alangoya da, gayrimenkullere ilişkin uyuşmazlıklarda tarafların bu konuda sulh sözleşmesi akdedebileceklerinden bu konuda tahkime gidilebileceği görüşündedir. Bkz. Alangoya, Tahkim, s.84, aynı yönde bkz. Kuru,(C.VI),s.5947. Kalpsüz, gayrimenkullere ilişkin davalarda, gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olması ve bu kuralın da kamu düzenine ilişkin olmasının tahkime uygulanmasının mümkün olmadığı, bu sebeple de tarafların gayrimenkuller hakkındaki uyuşmazlıklarda serbestçe tasarruf edebilecekleri görüşündedir. Bkz. Kalpsüz, s.358; Ildır, gayrimenkul ile ilgili uyuşmazlıkların tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözümü ile çözümlenmesinin mümkün olduğunu zira tarafların bu konuda serbestçe tasarruf yetkisine sahip olduğu görüşündedir. Bkz. Ildır, s.94, dipn.94.



gerektiği yönündedir. Biz de doktrindeki çoğunluk görüşüne katılarak gayrimenkule ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk sözleşmesinin geçerli olması gerektiği kanısındayız. Zira her ne kadar HUMK md.13'de düzenlenmiş olan taşınmazların aynına ilişkin davaların taşınmazların bulunduğu yer mahkemesinde açılacağına ilişkin kural kamu düzeninden sayılsa dahi, burada davaların daha hızlı, zahmetsiz, en az masrafla sonuçlandırılabilmesi için bu hüküm tesis edilmiştir.Yoksa bu kuralı taşınmazlara ilişkin uyuşmazlıklarda, tarafların serbestçe tasarruf edemeyeceği ve tarafların bu konuda sulh sözleşmesi yapamayacağı şeklinde anlamanın doğru olmayacağı görüşündeyiz<sup>287</sup>.

Belirtmek gerekir ki, doktrinde Tasarı md. 1'de yer alan kuralın aile sorunlarından kaynaklanan ve boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin bazı uyuşmazlıklar gibi istisnai bazı durumlar için yumuşatılması yoluna gidilmesi gerektiği savunulmuştur<sup>288</sup>. Ancak bu gibi konularda zaten doktrinde de kabul edildiği üzere tarafların sulh olmasını engelleyici düzenlemeler bulunmamaktadır. Bununla beraber tartışmaları sona erdirmek için Tasarı'da arabuluculuğa elverişli olmayan uyuşmazlıkların sayımı yoluna gidilebilir. Zira arabuluculuğun Alman hukukundaki uygulamasında, md. EGZPO 15a' da hangi uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı düzenlenmiş ve bu hususun re'sen gözönünde bulundurulacağı belirtilmiştir. Örneğin Alman hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tanınmasına ilişkin dava tespit davası niteliğinde olduğundan, konusu süre gelen ve geleceğe etkili edimlere ilişkin bir kararın değiştirilmesi davalarında - nafakanın yükseltilmesi gibi- elde edilmeye çalışılan usuli durumun arabuluculuk ile elde edilemeyeceğinden ve karşı davada usul ekonomisi ilkesinden dolayı arabuluculuk yolu kapatılmıştır. Bunun dışında kamu düzeni kriteri öngörülerek aile hukukundan kaynaklanan

---

<sup>287</sup>HMK Tasarı md. 412'de, "*taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tâbi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir*" hükmü ile taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkların tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri uyuşmazlıklardan olduğu belirtilmiştir.Bkz. Budak, Ali Cem, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İsviçre Federal Usul Kanunu Tasarısı ve Alman Medeni Usul Kanunu ile Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, İstanbul 2008, s.46. Bu hüküm doktrinde Deren-Yıldırım tarafından eleştirilmiş, ZPO md.1030 hükmünün çözümünün doğru olduğunu, buna göre malvarlığı ile ilgili her türlü talebin tahkime elverişli olduğunu, malvarlığıyla ilgili olmayan taleplerin de sulhe elverişli olduğu oranda tahkim anlaşmasına konu olabileceği belirtilmiştir.Bkz.Deren-Yıldırım, Tahkime elverişlilik, s.60; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, HMKT, s.216. Ayrıca doktrinde Umar da bu hükmü eleştirmektedir.Bkz. Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 8-9 Eylül 2006, s.122-123.

<sup>288</sup>Başözen,Ahmet,“Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı”Taslağı'na Dair Değerlendirme ,Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,C.II,2007/1-2, s. 236; Akcan, s.93.

uyuşmazlıklarda, yargılamanın yenilenmesi davalarında, kambiyo senedine ilişkin usullerde ve icra hukukuna ilişkin davalarda arabuluculuk geçerli değildir.

Nitekim Tasarı md. 18, arabuluculuk sonunda bir anlaşmaya varılırsa, bu anlaşmanın icra edilebilmesinin icra edilebilirlik şerhi verilmesi şartına bağlamış ve icra edilebilirlik şerhinin verilebilmesi için de icra mahkemesi hâkiminin anlaşmanın içeriğinin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işler arasında yer alıp almadığını inceleme koşuluna tâbi tutmuştur. İşte Tasarı'da da Alman hukukundaki bu düzenleme gibi hangi uyuşmazlık konuları için arabuluculuğun elverişli olmadığı belirlenirse, icra mahkemesi hâkiminin yapacağı incelemede emek ve zamandan tasarruf edilecek ve usul ekonomisine katkı sağlanacaktır<sup>289</sup>.

Tasarı'ya göre, hangi dava çeşitlerinin arabulucuğa elverişli olup olmadığının tespiti yapılabilir. Buna göre; inşai davalarda ve tespit davalarında arabuluculuk yolunun kapatıldığı söylenebilir. Zira yukarıda da belirtildiği üzere boşanma, evlenmenin butlanı, babalık davası gibi inşai bir hakka dayanan davalarda hukuki sonuç ancak mahkeme hükmü ile doğacağından, inşai davalarda arabuluculuk yolu kapalıdır. Aynı şekilde tespit davaları için de arabuluculuk yolunun kapalı olduğunu belirtebiliriz. Tespit davaları HUMK'da açıkça düzenlenmemiş olmamakla birlikte, davacının bir hukuki ilişkinin varlığı, yokluğu veya içeriğinin belirlenmesi hakkında açtığı davadır. Bu davalarda yalnızca bir tespit hükmü verilir; ayrıca eda hükmü verilmez. Örneğin kira bedelinin tespiti davasında, tespit edilen kiranın ayrıca ödenmesine karar verilmez. Tespit hükmü, kesin hüküm ve kesin delil teşkil eder. Tespit hükmünde eda emri bulunmadığı için, tespit hükmü ilâmlı icra yolu ile icraya konamaz<sup>290</sup>. Tasarı md. 18/III 'e göre de arabuluculuk sonunda varılan anlaşmanın icra edilebilmesi için içeriğinin cebri icraya elverişli olması arandığından tespit davaları açısından arabuluculuğun uygulanamayacağı sonucuna varabiliriz. Buna karşılık eda davalarında davacı, davalının bir şeyi yapmaya, bir şey vermeye veya bir işi yapmamaya mahkum edilmesini ister. Eda davası açıldığında mahkeme öncelikle dava konusu hakkın mevcut olup olmadığını tespit edecek, hakkın varlığı tespit edildikten sonra, davalıyı o hakka ilişkin edimi yerine getirmeye veya bir şeyden kaçınmaya mahkum edecektir. Bir diğer deyişle; eda

---

<sup>289</sup> bkz. Akcan, s.93.

<sup>290</sup> Bkz. Kuru, C.II, s. 1409 vd.; s.1466; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 277 vd.;;Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, 222 vd.

davasının kabulüne ilişkin kararda mahkeme hem tespit, hem de eda hükmüne yer verir<sup>291</sup>. Eda davaları sonucunda verilen hükmün icraya elverişli olacaktır. Bu nedenle de yalnızca eda davaları açısından arabuluculuk yolunun mümkün olabileceği sonucuna varılabilir.

Uyuşmazlığın kamu düzenine ilişkin olup olmadığının ve tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma yetkilerinin bulunup bulunmadığının tespiti bakımından arabuluculuk sözleşmesi ile çözümlenecek hususun belirli olması gerekir<sup>292</sup>. Tahkim sözleşmesinde olduğu gibi uyuşmazlığın konusu belli değilse, bu tür arabuluculuk sözleşmesi geçerli olmamalıdır. Örneğin tarafların arasında çıkacak, her türlü uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemi ile çözüleceğine ilişkin bir sözleşme, belirli bir uyuşmazlığı içermediğinden geçerli olmamalıdır.

---

<sup>291</sup> Bkz. Kuru,C.II, s. 1406 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.276-277,;Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.221-222.

<sup>292</sup> Ildır, s.67; Ildır , Hak Arama, s.360.

## §2.ARABULUCULUK FAALİYETİNDE TEMEL ANLAYIŞ VE İLKELER

### A. ARABULUCULUK FAALİYETİNDE TEMEL ANLAYIŞ

Arabuluculuk genellikle taraflar veya tarafların vekilleri arasındaki görüşmelerde bir çözüm sağlanmaması durumunda girişilen bir yöntem olup, daha çok tarafların aralarında mevcut olan ilişkiyi zedelemek istemediği durumlarda ortaya çıkar. Burada hedeflenen amaç yargılama yapılmadan uyuşmazlığın sonlandırılması ve daha sonra ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların önlenmesidir<sup>293</sup>.

Taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkta karar veren olarak hâkim ve hakemlerin devreye girdiği çözüm arayışlarında menfaat değil, haklılık arayışı asıldır. Uyuşmazlık çözümünde devreye giren kişiler kim haklı ise onun lehine karar verirler. Haklılığın temelinde de esasen bir menfaat bulunmaktadır. Zira hakkın tanımı yapılırken genellikle kabul edilen tanıma göre<sup>294</sup>; hukuken korunan ve sahibine korumadan yararlanma yetkisi veren menfaat olduğu ifade edilmektedir. Ancak üçüncü kişilerin çözüm ürettiği veya karar verdiği durumlarda mevcut veya gelecekteki menfaatten çok uyuşmazlıktan önceki menfaat dengesi değerlendirilerek karar verilir, bozulan denge haklı olan lehine eskisi gibi veya ona en yakın şekilde kurulmaya çalışılır<sup>295</sup>. Bu nedenle devlet mahkemelerinde yapılan bir yargılama sonucunda yapılan yargılama tarafların sulh olmaları ile sonuçlanmazsa, hâkim tarafından verilen karar bir tarafın kazanmasına diğer tarafın ise kaybetmesine sebebiyet verecektir. Buna karşın arabuluculuk yönteminde, tarafların hukuki ve kişisel durumlarından çok menfaatlerine odaklanılır, farklı çözüm imkân ve yollarının araştırılması ve geliştirilmesi mümkün olup, tarafların üzerinde uzlaştıkları esaslara göre çözüm aramak asıldır. Burada önemli olan taraflar arasındaki ortak menfaat dengesinin korunması ve her iki tarafın da ortak kazanıma ulaşmasıdır. Zira bu yöntemde tarafların temsilcileri değil bizzat tarafların kendisi uyuşmazlık konusunun çözüme bağlanmasında yer almıştır. Bu durumda da tarafların üzerinde uzlaşılan sonuçtan memnun olmaları beklenmektedir<sup>296</sup>.

---

<sup>293</sup> Özbek, İlkeler, s.492.

<sup>294</sup>bkz.Oğuzman,Kemal/Barlas, Nami, Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar,Temel Kavramlar),15.bası,İstanbul 2008, s. 122 vd.

<sup>295</sup> Özekes, Arabuluculuk, s.42.

<sup>296</sup> Krafka/Schmidt/Heck/Prütting/Taxis; s.26 Özekes, s.43,;Leiss, s. 98

Bu yöntem taraflar arasındaki iletişimi kuvvetlendirerek, iletişimsizlikten kaynaklanan tehlikeleri bertaraf eder. Ayrıca arabulucu tarafların avukatları arasında kişisel bir anlaşmazlık çıkma tehlikesini azaltır ve böylece aradaki iletişimin de bozulması riski ortadan kalkar.

Arabuluculuk yönteminde uyuşmazlık konuları üzerinde geleceğe odaklı olarak çalışılır; temelde tarafların gelecekteki menfaatlerine odaklanılır. Uyuşmazlık konusu ile ilgili geçmişte yaşananlar, memnuniyetsizlikler, yanlış anlaşmalar ve mağduriyetlere dayanılarak çözüm sağlanmaz. Buradaki amaç, iki tarafın da tatminini sağlayacak geleceğe dönük sonuçlar elde etmektir<sup>297</sup>.

Arabuluculuk yöntemi ile yargılama harç ve giderleri ile özellikle bazı uyuşmazlıklarda çok yüksek olan avukatlık ücretinden tasarruf sağlanır ve her durumda devlet yargılamasına oranla daha kısa sürede çözüme ulaşılır<sup>298</sup>. Aynı zamanda arabuluculuk yöntemi karmaşık uyuşmazlıkların çözümünde de etkili bir yol olabilir. Zira bazı uyuşmazlık konuları dava yolu ile çözümlenmek için çok karışık, uzun zaman isteyen ve çok masraflı olabilir<sup>299</sup>. Örneğin sigorta hukuku, şirketler hukuku, iş hukuku ve inşaat hukukundan kaynaklanan bazı uyuşmazlıklarda teknik bilgilerin kullanılması ve ayrıntılı hesaplamaların yapılması gerekmektedir. Ülkemizde normal şartlarda davaların yıllarca sürdüğünü, özellikle dosyaların bir kaç defa bilirkişilere yollandığını ve bu suretle de ödenen miktarları düşünürsek, karmaşık konulu davalarda arabuluculuk yönteminin ne kadar pratik olabileceğini göz ardı edilmemelidir.

Arabuluculuğun tüm bu olumlu özellikleri yanında bir tarafın arabuluculuk sürecinde aldatılabilmesi, üçüncü kişilerin haklarının tam olarak korunamaması, taraflar arasında eşitliğin bulunmadığı durumlarda güçlü olanın isteklerini diğer tarafa kabul ettirme

---

<sup>297</sup> Alexander/Ade/Olbrisch, s.79; Senn,s.30

<sup>298</sup> Krafka/Schmidt/Heck/Prütting/Taxis, s.25, Senn, s.31. Bu konuya ilişkin avukat ve aynı zamanda İsviçre Arabuluculuk Birliği (Schweizerischen Dachverbandes Mediation) başkanı Martin Zwahlen , arabuluculuk yönteminin bir çok durumda devlet yargılamasına oranla daha kısa olduğunu belirterek, bu nedenle özellikle büyük inşaat firmalarının yaptıkları sözleşmelere arabuluculuk klozunu koyduklarını ifade etmiştir. Bununla birlikte arabuluculuğun devlet yargılamasına oranla daha ucuz olduğunu, örneğin üç aşamalı bir yargılama sisteminde bir avukatın 30.000 ile 100.000 Frank arasında kazanabildiğini, buna karşılık aynı uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile 5.000 ve 10.000 Frank arasında bir miktara çözümlenebileceğini belirtmiştir.Bir çok avukatın da bu nedenle arabuluculuk yoluna karşı olduğunu vurgulamıştır.Bkz. [http://swiss-mediation.org/cms/uploads/media/Artikel\\_Bund\\_Konkurrenz\\_fuer\\_Anwaelte\\_Juni08\\_01.pdf](http://swiss-mediation.org/cms/uploads/media/Artikel_Bund_Konkurrenz_fuer_Anwaelte_Juni08_01.pdf), 02.08.2009.

<sup>299</sup>Özbek, s.495.

konusunda sahip olduğu avantajlar ve uzlaşılan sonucun her zaman adil olmaması gibi olumsuz durumlar arabuluculuk yöntemi için eleştiri konusu olmuşlardır<sup>300</sup>.

Bu yöntem, tarafların anlaşmaları çözüm şeklinin asıl olduğu, tavsiyeler üzerine kurulu esnekliğin hâkim olduğu bir yöntemdir. Sulh kurumunun aksine bu yöntemde yargılama kuralları mevcut değildir. Arabulucu yalnızca çözüme ulaşmak için uyuşmazlık konusu ile ilgili tarafların kendisine verdiği bilgileri diğerine aktarabilir; kendisinin inceleme yapma görevi bulunmamaktadır<sup>301</sup>.

Doktrinde arabuluculuk prosedürü hukuk temelli ve menfaat temelli olarak ikili bir sisteme tâbi tutulabilir. Zira hukuk temelli arabuluculuk, arabulucunun daha etkin rol aldığı taraflara uyuşmazlığın çözümü amacıyla usule ve içeriğe ilişkin önerilerde bulunacağı<sup>302</sup>, - teknik ifade ile- uzlaşma şeklinde veya arabuluculuk faaliyetinin sınırlandırılması şeklinde görülür. Bu yöntemde, taraflar arabulucuya başvurarak arabulucudan hukuki konularda tavsiyelerde bulunmasını talep ederler. Burada arabulucu uyuşmazlığın mahkeme önünde görülmesi durumunda hâkimin hangi kararı vereceğini tahmin eder ve bu doğrultuda da tarafların anlaşmasına yardım eder. Buna karşılık menfaat temelli arabuluculukta adil bir sonuç elde edilmekten ziyade tarafların menfaatleri, istekleri ve birbirleriyle olan ilişkileri önemli olup, hukuk kuralları daha arka planda yer alır<sup>303</sup>.

Menfaat temelli arabuluculuk prosedürü de her ne kadar esnekliğin hâkim olduğu ve yargılama dışı bir sistem olarak gözükse de, bu prosedürün de tamamıyla hukuk kuralları dışında yürüdüğü söylenemez. Zira arabuluculuk prosedürü ve sonucunda varılan anlaşma emredici nitelikteki hukuk kurallarına, genel ahlak kurallarına aykırılık teşkil edemez veya yürürlükteki hukuka göre geçerli olmayan veya suç teşkil eden bir konuda da arabuluculuk anlaşması geçerli olmayacaktır. Bununla birlikte özellikle taraflardan birinin ekonomik ve sosyal bakımdan daha güçlü olduğu durumlarda zayıf olan tarafın haklarının korunması, güçlü olan tarafa bazı dayatmalarda bulunmasının engellenmesi gerekir. Şüphesiz burada hukuk, prosedürün kendisini belirleyen bir amaç olarak görülmemelidir, yalnızca

---

<sup>300</sup> Başözen, s.235.

<sup>301</sup> Lüthy, s.31, Bühring-Uhle, s.62,Nolan-Haley, s.98.

<sup>302</sup> bkz.Lüthy, s.31.

<sup>303</sup> Alexander/Ade/Olbrisch, s. 120, Sander, s.33.

prosedürün adaletli bir şekilde işlenmesi için başvurulacak bir araçtır<sup>304</sup>.

Tasarı'da da menfaat temelli bir arabuluculuk sisteminin öngörüldüğü söylenebilir. Bununla beraber Tasarı md. 18 'e göre, icra edilebilirlik şerhinin verilebilmesi için icra mahkemesi hâkiminin inceleme yapacağına ilişkin düzenleme, menfaat temelli arabuluculuk yönteminin de hukuk kuralları ile bağlı olduğunun açık göstergesidir. Burada her ne kadar icra mahkemesi hâkiminin incelemesinin kapsamı anlaşmanın içeriğinin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işler arasında yer alıp almadığı ve cebri icraya elverişli olup olmadığı noktasında sınırlı ise de; hâkim genel hukuk kurallarına aykırılık yönünden de inceleme yapmalıdır. Bir başka deyişle; icra mahkemesi hâkimi yapılan anlaşmanın konusunun genel ahlak kurallarına kamu düzenine ve şahsiyet haklarına aykırı olup olmadığını da incelemelidir<sup>305</sup>.

## **B- ARABULUCULUK FAALİYETİNE İLİŞKİN TEMEL İLKELER**

### **I- İRADİ OLMA VE EŞİTLİK**

Geçen 20 yıllık süre zarfında alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve özellikle arabuluculuğun uygulamalarının sistemli bir biçimde hukuk düzeninde uygulanmaya başlanmasıyla birlikte, bazı ülkeler bu konuya mevzuatlarında yer vermiş, bazı ülkeler de fiili uygulamalarla ya da pilot uygulamalarla bu yöntemlere yer vermiştir. Yine bazı ülkelerde arabuluculuk belirli uyuşmazlıklar bakımından zorunlu olarak kabul edilmiş ve hâkimler dava açmadan önce tarafların arabuluculuğa başvurmasını şart koşmuştur. Örneğin Bavyera ve Baden Württemberg Eyaletleri'nde sulh hukuk mahkemesinin görev alanına giren konu para veya parasal değer olup toplamı 750 Euro'yu aşmayan taleplere ilişkin parasal uyuşmazlıklar, belirli komşuluk hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda, basın veya yayın yolu ile olmamak üzere, kişinin şerefine veya haysiyetine yönelik saldırılardan doğan uyumsuzluklarda mahkemeye başvurmadan önce arabuluculuğa başvuru zorunludur. Bununla birlikte bazı ülkelerde arabuluculuğa başvuru tamamıyla tarafların iradesine veya mahkemelerin teşvikine bırakılmıştır. Örneğin Avusturya hukukunda taraflar tamamıyla

---

<sup>304</sup> Senn, s.33-34,ayrıca bkz. Alexander/Ade/Olbrisch, s. 120 vd.

<sup>305</sup> Bkz. a.ş. s.305.

kendi iradeleriyle arabuluculuğa başvurabilecekleri gibi davanın açılmış olduğu mahkeme de tarafları arabulucuya başvuru konusunda teşvik edebilir. Bazı ülkelerde de ortalama bir yol bulunmuş ve tarafların başvurusunu destekler nitelikte arabuluculuğu teşvik edici nitelikte bir sistem öngörülmüştür.

Örneğin; Fransız sisteminde arabuluculuk ihtiyaridir, ancak prosedür başladıktan sonra hâkimin denetimi altında işler<sup>306</sup>. Tasarı'da da; Avusturya hukukunda olduğu gibi, tarafların arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbest oldukları ve mahkemenin de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda teşvik edebileceği düzenlenmiştir (Tasarı md.3/I, md. 13/I). Buna göre taraflar istedikleri zaman bu süreçten çekilebilirler, sürecin nasıl sonuçlandırılacağı da taraflara bağlıdır. Uyuşmazlığı tamamıyla çözen bir anlaşmaya varılabileceği gibi, kısmen çözüme varılabilir veya farkı bir çözümle de sonuçlandırılabilir. Arabuluculuğun esnek yapısı gereği, süreç her zaman uzlaşma veya anlaşma ile de sonuçlandırılmak zorunda değildir<sup>307</sup>. Bu sistem beraberinde arabuluculuk faaliyetine devletin müdahale etmemesi ve dolayısıyla devletin kontrol ve denetimi dışında kalması esasını getirdiği için “en uçtaki model “ olarak adlandırılmaktadır<sup>308</sup>.

O halde Tasarı'da benimsenen sistem arabuluculuğun tamamıyla ihtiyari olması, mutlak olarak tarafların iradesine bağlı tutulmasıdır. Bir başka ifade ile, Tasarı'da arabuluculuğun yönteminin temel özelliği olan iradilik (gönüllülük) ilkesi korunmuştur.

Bu ilkenin sonucu olarak da, arabuluculuk yöntemine başvurmak ve bu yöntemin sonucuna uymak tarafların isteğine bağlıdır. İradilik ilkesi, tarafların her türlü dış etkiden uzak olarak bu yola başvurusu ve aynı zamanda da arabulucunun da her türlü dış etkiden uzak olarak uyuşmazlığın çözümü konusunda taraflara yardımcı olması anlamına gelir. Ancak bu şekilde bir faaliyetin yürütülmesi sonucunda arabuluculuktan beklenen faydalar sağlanabilir. İradilik ilkesini sınırlayan her türlü iç ve dış etkenler- örneğin taraflardan birinin ekonomik durumu, taraflar arasındaki arkadaşlık ilişkisi, iş ilişkisi- tespit edilmeli ve

---

<sup>306</sup> Bkz. Pekcanitez, Hakan, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI, İzmir Çeşme 19-20 Ekim 2007, s. 249, Öztekin, Görüş ve Öneriler, s. 29.

<sup>307</sup> bkz. Arabuluculuk Kanun Tasarısı gerekçe, <http://www.kgm.adalet.gov.tr>, 02.08.2009.

<sup>308</sup> Öztekin, Görüş ve Öneriler, s.29.



bu etkiler tanımlanmalıdır. İradilik ilkesi aynı zamanda tarafların her zaman arabuluculuk sürecinden vazgeçebilmeleri anlamına da gelir<sup>309</sup>.

Kanımızca Tasarı'da iradilik ilkesinin benimsenmesi yerindedir. Zira arabuluculuk bazı uyuşmazlıklar bakımından zorunlu olarak düzenlense idi; bu durumda zaten ülkemizde uzun süren dava sürelerininin daha da uzaması tehlikesi mevcut olabilecekti. Bu durumda da arabuluculuğun gerçek amaçlarından uzaklaşılabilir idi. Önemli olan tarafların kendi serbest iradeleri ile uyuşmazlık konusu üzerinde uzlaşmalarını sağlanmaktır.

Belirtmek gerekir ki; arabuluculuğun A.B.D ve daha sonra Avrupa ülkelerinde etkin ve gittikçe artan bir biçimde uygulanması, belirli çevrelerden uyuşmazlıkların çözümünün devletin görevi olması sebebiyle hak arama özgürlüğünün<sup>310</sup> ihlal edildiği yolunda

---

<sup>309</sup> Alexander/Ade/Olbrisch, s.78.

<sup>310</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 6'da, "*her kişi bir mahkeme tarafından davasının dinlenmesini isteme hakkına sahiptir.*" şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Bu düzenlemenin amaçsal bir yorumla ele alınarak ve hukukun üstünlüğünden yola çıkılarak bireyin yargıca ve yargıya ulaşma hakkını güvence altına aldığı belirtilmektedir. Bkz. Aşçıoğlu, Çetin, Yargıda Temel Sorun Doğru ve Güvenli Yargılanma Hakkı, Yeni Türkiye 1996/10 (Yargı Reformu Özel Sayısı), s.351. Bunun yanı sıra 1982 Anayasası md. 36'da, herkesin, meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip bulunduğu belirtilmiştir. Bu hükümde, hak arama özgürlüğü, hukuki dinlenilme hakkına temel olan iddia ve savunma hakkı ve adil yargılanma hakkı birlikte düzenlenmiştir. Hukuki dinlenilme hakkı genel olarak, "yargılamaya hukuki durumu etkileyecek kişilerin, yargılamanın bir süjesi olarak, yargılama konusunda bilgi edinmelerini, açıklamada bulunmalarını, yargılamaya etki edebilmelerini ve yargı mercilerinin bunları dikkate alıp, değerlendirerek, gerekçeli şekilde karar vermesini sağlayan, sürpriz kararlarla karşılaşmanın önüne geçen bir temel hak ve yargılama ilkesidir". Bu hak HUMK'da doğrudan düzenlenmemekle birlikte yargılama hukukunun temel prensibi olması ve anayasal güvence altında bulunması dolayısıyla doğrudan uygulama alanı bulacak dolayısıyla, kanun koyucuyu ve hâkimi bağlayacaktır. Hukuki dinlenilme hakkı, maddi gerçeğin tespitini amaçlamakla birlikte, uyuşmazlık konusu maddi vakıanın tam olarak aydınlatılmasına hizmet eder; doğru karar verilmesi ve insan onurunun korunmasını amaçlayan bir ilkedir. Bkz. Özekes, Muhammet, Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s.30-31; ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez, Hakan, Hukuki Dinlenilme Hakkı, Prof.Dr.Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s.755-756. Adil yargılanma hakkı ise; hukuki yargılanma hakkını da kapsayan, ondan daha geniş içeriğe sahip bir hak konumundadır. Başka bir ifade ile, hukuki dinlenilme hakkı, adil yargılanma hakkının sadece bir unsurunu oluşturmaktadır. Hukuki dinlenilme hakkı, yargılama başladıktan sonra, yargılamaya katılanların dinlenilmesini, yargılamada eşit şekilde işlem görmelerini, iddia ve savunma olanağının verilmesini hedefler. Adil yargılanma hakkı ise; bu hakkın yanı sıra, kanuni bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde, aleni olarak, makul bir sürede yargılanmayı da içerir. Bkz. Özekes, Hukuki Dinlenilme, s.57; Pekcanitez, Hukuki Dinlenilme, s.60. Adil yargılanma hakkının üç temel işlevi vardır: 1. Adil yargılanma hakkı, devletin yargı fonksiyonunu bizzat sınırlandırılması anlamına gelir ve bununla yargılamanın doğru ve adil bir biçimde gerçekleştirilmesi amaçlanır. 2. Adil yargılanma hakkı, yine, yargılamaya katılanların salt obje haline gelmesini engeller ve bu suretle, onların yargılamaya ve sonuca etkili olabilmelerine olanak verir. 3. Adil yargılanma hakkı, ayrıca yargılanma sırasında meydana gelebilecek ağır insan hakları ihlallerini önlemeye yarar. Tüm bu işlevleri sebebiyle, adil yargılanma hakkı, tüm yargılamalar bakımından geçerlilik taşıyan, vazgeçilmesi mümkün olmayan, etik bir temeli bulunan usuli bir güvence veya usuli bir genel şart olarak ifade edilebilir. Bkz. Pekcanitez, Hakan, Medeni Yargıda Adil Yargılanma, İzmir Barosu Dergisi, 1997/2, s.55, ayrıca Adil yargılanma hakkı için bkz. Tanrıver, Süha, Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, TBBD, 2004/53, s.191-215. Adil yargılanma hakkı da yargıda biçim kadar özünün de güçlü ve nitelikli olmasının gerekli olduğunu ortaya koyan bir insanlık ilkesi ve onurudur. Hak arama özgürlüğü ile hukuki dinlenilme hakkı arasında da işlevsel bir birliktelik mevcuttur. Nitekim hukuki dinlenilme hakkı,

eleştirilerde bulunulmasına sebebiyet vermiştir<sup>311</sup>. Aynı şekilde Arabuluculuk Kanun Tasarı'sının da, Anayasa md.9'daki "Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır" şeklindeki düzenlemeye aykırılık teşkil ettiği belirtilmektedir<sup>312</sup>.

Ancak Tasarının Anayasa'ya ve de hak arama özgürlüğüne aykırı olduğu yolundaki görüşlere katılmamaktayız. Zira belirtildiği üzere Tasarıya göre, taraflar arabulucuya başvurup başvurmama konusunda tamamıyla serbesttirler; bu konuda kesinlikle bir zorunluluk öngörülmemiştir. Kaldı ki; Tasarı'ya göre, taraflar arasında uyuşmazlığın çözümü için bir arabuluculuk sözleşmesi yapılmış olsa dahi, söz konusu sözleşmenin bağlayıcılığı yoktur<sup>313</sup>. Bir başka ifade ile taraflar arasında uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk yönteminin kararlaştırılmış olması, yargının genel yetkisini bertaraf etmez. Ayrıca Tasarı'da, kamu düzenine ilişkin olan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri uyuşmazlıklarda arabuluculuğa gidilmesinin mümkün olmayacağı da belirtilmiştir (Tasarı md.1).

Bununla birlikte arabuluculuk yöntemi gönüllülük esasına göre şekillendiği için, ulaşılan çözümlerin bağlayıcılığı da öngörülmemiştir. Tasarı'ya göre varılan anlaşma icra edilmek istenirse, icra mahkemesinden icra edilebilirlik şerhi alınarak bu anlaşmanın icra edilmesi sağlanacaktır (Tasarı md. 18/II). Bu şerhi içeren anlaşma da yalnızca ilam niteliğinde belge sayılacak, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecektir. Buna göre de bu anlaşmaya taraflarca uyulmaması sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir. Kaldı ki; arabuluculuk veya uzlaşma başarısızlıkla sonuçlanırsa, bu durumda yüksek ihtimalle taraflar devlet yargılamasına başvuracaklardır<sup>314</sup>.

Şüphesiz, hak arama özgürlüğü bir insanlık onuru olup, hak aramanın en son ve en etkili yeri yargıdır<sup>315</sup>. Yargı yetkisi de devletin tekelinde olup, Anayasa md.9'da belirtildiği üzere bu yetki bağımsız mahkemeler tarafından kullanılır.

---

ancak hak arama talebinden sonra somut olarak ortaya çıkabilecek olup, hukuki dinlenilme hakkından söz edildiğinde doğal olarak hak arama talebinin de varlığını kabul etmek gerekecektir.Bkz. Özekes (Hukuki Dinlenilme), s.52; ayrıca aralarındaki farklılıklar için bkz.Özekes (Hukuki Dinlenilme), s.55.

<sup>311</sup>Nolan-Haley,s.9.

<sup>312</sup>Bkz.Güriş, Umur, Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Öngördüğü Hususlar ve Hukuki Yapısı, Sicil İHD, 2007/8, İstanbul 2007,s.107-108.

<sup>313</sup> Bu konuda bkz. yuk. Arabuluculuk Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, s.85 vd.

<sup>314</sup> Ildır, Hak Arama, s. 397; Tanrıver, s. 155-156.

<sup>315</sup>Aşçıoğlu, s.348.

Bugün devlet, yalnızca görev ifa etmek ve sonuçtan sorumlu olmaktan çok, aynı zamanda garantiden de sorumlu konumdadır ve bu nedenle de buna uygun bir yapıyı kullanıma hazır tutmalıdır. Bu yapının önemli bir kısmı da hukuk ile sağlanır ve korunur<sup>316</sup>.

İşte bu sebeplerle, bir hukuki ilişkinin tarafları arasında uyuşmazlık çıktığı zaman başvurulabilecek ilk ve asıl yol devlet mahkemeleridir. Buna “yargısal veya geleneksel usul” denilmektedir<sup>317</sup>.

Ancak aralarında uyuşmazlık bulunan taraflar, bu uyuşmazlığı mutlaka yargısal yollara başvuru suretiyle çözüme kavuşturmak zorunda değildir. Taraflar, mahkeme dışı yollara başvuru suretiyle, bir araya gelip iletişim kurup, müzakerelerde bulunarak uyuşmazlığı kendileri çözebilirler veya tamamıyla objektif ve tarafsız bir üçüncü kişinin de yardım ve desteğini alabilirler. Buna hukuki bir engel bulunmamaktadır. Taraflar devlet yargılamasını başvurup başvurmamakta tamamıyla serbesttirler.

Buna göre de, taraflar arasındaki uyuşmazlıklarda arabuluculuk yöntemine başvurulmuş olması, Tasarı’da iradilik ilkesi öngörüldüğünden ve de tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kamu düzenine ilişkin olan uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvuru kabul edilmediğinden dolayı temel hak ve özgürlükler arasında bulunan hak arama özgürlüğünü de zedelemeyecektir. Zira, medeni usul hukukuna ilişkin temel ilkelerden biri, usul ekonomisi ilkesidir. Bu ilke, tarafların zedelenen haklarının en az giderle, en kısa sürede, en az zorlukla gerçekleşmesini ve boş yere davalar açılmasını önlemeye yönelik bir usul ilkesidir<sup>318</sup>. Bu durumda da sosyal devlet ilkesinin gereği olarak devlet; mahkemeleri aracılığı ile hakları korumayı ve güvence altına almayı amaçladığına göre vatandaşların da usul ekonomisi ilkesi ışığında haklarına kavuşmasını sağlamak

---

<sup>316</sup>Bkz.Kuru, (C.I), s. 36vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes,s.4; Pekcanitez,Hakan/Atalay,Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes,Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, 6.bası Ankara 2008, s.42; Özekes, HukukiDinlenilme Hakkı, s.50-51; Yıldırım, s.338. Yarg.HGK, T.25.02.2004, E.2004/10-109, K.2004/115 sayılı kararında, hukukun görevinin toplumsal yaşamı düzenlemek ve ilişkilerden doğacak sorunları çözümlenmek olduğu belirtilmiş, hukuki boşluğun olduğu durumlarda da hâkimin bizzat yasa koyucu gibi davranarak, olayı çözümlenmek üzere Medeni Kanun md.1 uyarınca olaya uygulanacak kuralı bulmak ve uygulamakla yükümlü olduğu vurgulanmıştır. Bkz. <http://www.kazanci.com.tr> ,02.08.2009.

<sup>317</sup>Alexander/Ade/Olbrisch, ,s.1

<sup>318</sup> Kuru /Arslan /Yılmaz, s. 364-365; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.256-257; Yılmaz, Ejder, (Medeni Yargılama Hukukunda) Islah, İstanbul 1982, s.45 vd.

yükümlülüğündedir. Ancak bugün görülmektedir ki, ülkemizde çeşitli olanaksızlıklardan dolayı mahkemeler yeterli sayıda hâkim ve savcı sayısına sahip olmamakla beraber, hâkimler önünde karara bağlanması gereken çok fazla sayıda dosya vardır. Bu nedenle davalar çok uzun seneler sürmektedir. Bu arada da yargılama giderleri ve harçların yüksekliği de göz ardı edilmemelidir. Kişiler çoğu zaman bu harç ve masrafların yüksekliğinden dolayı mahkemelere başvurmaktan kaçınmaktadırlar. Bu durumda da geciken ve pahalı bir yargılama sistemiyle karşı karşıya kalınmakta ve bu da hak arama özgürlüğünü ve adalete ulaşımı<sup>319</sup> engellemektedir<sup>320</sup>. Nitekim son yıllarda büyük gelişme gösteren arabuluculuk ve uzlaşma yollarının da ana düşüncesi adalet sistemindeki

<sup>319</sup>Yargılamanın gerçek işlevi üstün değer adalete ulaşmaktır. Bir çok ülkede adalete ulaşma amacı için yapı şeklen sağlanmış olmakla birlikte bu yapının şeklen sağlanmış olması yarar sağlamamış, hak arama özgürlüğünü yargıda kullanan bireylerin yargı sisteminin işleyişinden memnuniyetsizleri artmıştır. Zira şeklen sağlanan bir hukuki korumadan ziyade etkili bir hukuki koruma gereklidir. Bu nedenle adalete erişim akımı ortaya çıkmıştır. Bu akım, medeni usul hukukunda, hakların daha etkin kullanılmasını ve herkesin eşit ölçüde adalete erişmesini sağlamak için ortaya çıkmış bir akımdır. Zira demokrasilerde, mahkemelerin bağımsız ve tarafsız ve aynı zamanda erişilebilir olması gerekir. Bununla birlikte vatandaşlar için adalete erişimin bedelinin, süresinin ve usullerinin de makul olması gerekir. Bkz. Aşçıoğlu, s.348; Özekes, Hukuki Dinlenilme, s. 53; Özbek; Mustafa, Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi ,2006/2, s. 921; Elveriş, İdil, Avukatlığa İlişkin Mevcut Düzenlemeler ve Yarattığı Adalete Erişim Sorunları, Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s.179. Adalete ulaşma hareketi, 1960 'lı yıllarda başlayan ve 1970 yılında gelişen sosyal devlet anlayışı ile yapılan yasal gelişmelerin olumlu bir sonucu olup, ilk defa 1895 tarihli Avusturya Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda bulmuştur. Buna göre;hâkimin yalnızca usuli verilerle hareket etmesine izin verilmemiş, fakat davada eşit durumda olmayan taraflara haklarına kavuşabilmeleri için yardım ederek, hukukta temsil edilen sosyal refah politikalarını içerecek şekilde tarafları çözüme teşvik etmesi istenmiştir. Bkz. Özbek, Adalete Ulaşma, s. 121

<sup>320</sup>Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.Yılmaz, Ejder, Aksak Adaletten İşleyen Adalete, Yeni Türkiye 1996/10 (Yargı Reformu Özel Sayısı), s. 470-493, Kuru,Baki, Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması İçin Alınması Gereken Tedbirler,Prof.Dr.Baki Kuru, Makaleler, İst.2006, s.117-139; Pekcanitez, Hakan, Yargı Reformu Yapılmasını Gerektiren Nedenler, İz. B.D.,1995/2, s.103-113.Doktrinde Özbek; hukuk davalarında adil ve çabuk yargılanmanın nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin değerlendirme yaparken, adil ve çabuk yargılanmaya ilişkin sebepleri öncelikle HUMK ile ilgili sebepler ve Diğer Sebepler olarak ikiye ayırmıştır. Diğer sebepler başlığını da, mahkemeler teşkilatı ile ilgili sebepler, hâkimlerle ilgili sebepler, mahkemelerde çalışan diğer personel ile ilgili sebepler, Yargıtay ile ilgili sebepler, avukatlarla ilgili sebepler, dava sayısını çoğaltan sebepler olarak incelemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz.Özbek, Selçuk, Hukuk Davalarında Adil ve Çabuk Yargılama, Aksaklıklar-Çözüm Önerileri, Yeni Türkiye 1996/10 (Yargı Reformu Özel Sayısı), s.494-502, Ayrıca bkz. Özbek Mustafa, Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi, AÜHFD, 2007/1, C:56, s. 211 vd. Belirtmek gerekir ki, yargılama sistemlerindeki aksaklıklar, mahkemelerin fazla iş yükü altında bulunmaları ve adalet hizmetlerinin gecikmesi yalnızca Türk hukukuna özgü bir durum değildir. Diğer ülkelerde de aynı sorunlar mevcuttur. Örneğin bu konu hakkında bkz.Gilles, s. 752 vd. Almanya'da, yerel mahkemelerde görülen özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıkların 1987 yılından beri %60 oranında arttığı, idare mahkemelerinde görülen uyuşmazlıkların iki katı oranında arttığı belirlenmiştir.Bkz.Stock, Johannes,“Der Geschäftsfall der Zivilgerichte und die Filterwirkung aussergerichtlicher Konfliktbearbeitung”, Gottwald, Walther/ Stempel,Dieter, Streitschlichtung, 1995,s.115. Pekcanitez de günümüzde bir çok ülkede davaların uzun sürmesinin şikayet konusu olduğunu belirtmekle birlikte, ülkemizde bu konunun “maruf ve meşhur” vakia haline geldiğini, hatta bu konuda şiiirlerin dahi bulunduğunu , hemen her hükümet programında, gecikmiş adaletin adalet olmadığı, adalet dağılımındaki gecikmelerin vatandaşlar için sadece şikayet konusu değil, aynı zamanda ızdırıp kaynağı olduğunun vurgulandığını ancak bu konuda hiç bir gelişme sağlanmadığını ifade etmiştir, Pekcanitez, (Yargı Reformu), s. 106. Avrupa'da yargının hızlandırılmasına ilişkin çeşitli reform çalışmaları mevcuttur. Özellikle 1990 yılından sonra İspanya, İtalya ve Finlandiya medeni usul kanunlarında değişiklikler yapılmış, bunun yanında Kore ve Japonya usul kanunlarında da değişiklikler yapılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez, Hakan, Yargının Hızlandırılmasına İlişkin Avrupa Usul Hukukundaki Gelişmeler, İz.B.D., 2000/4.

olumsuzlukların düzeltilmesi olup, bu yolların uygulanması, adalet hizmetlerinin etkinliğinin artırılmasına ve işlevselliğinin sağlanmasına hizmet edecektir<sup>321</sup>. Böylece devlet mahkemelerinin iş yükü azalacak, yargılama süreleri kısılacak, bir anlamda da hak arama özgürlüğüne hizmet edilecek ve adalete erişim kolaylaşacaktır<sup>322</sup>.

Burada konumuz ile ilgisi bakımından Anayasa Mahkemesi'nin 03.03.2004 tarih ve 98/31 sayılı kararı<sup>323</sup> ile iptal edilen avukatlık sözleşmesinden ve vekâlet ücretinden kaynaklanan her türlü uyuşmazlığın hukuki yardımın yapıldığı yer barosu hakem kurulunca çözümleneceğini öngören Av. K. md. 167 düzenlemesini incelemekte fayda görüyoruz. Zira söz konusu düzenleme doktrinde alternatif uyuşmazlık çözümlerine uygun bir düzenleme olarak belirtilmiş idi<sup>324</sup>. Ancak bu düzenlemenin Anayasa'nın 2.; 9.; 10.; 36.; 37. ve 138. md'lerine aykırılığı dolayısı ile Anyasa Mahkemesi tarafından iptali istenmiş olup, söz konusu düzenleme Anayasa md. 9 ve 36 hükümlerine aykırılığı dolayısı oy çokluğu ile iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, Av. K. md. 167 uyarınca baro hakem kurulları yargı işlevini yerine getiren bir kurul olarak düzenlenmiştir. Baro hakem kurullarının verdiği kararlar; taraflar açısından bağlayıcı, kesin hüküm oluşturan ilâm hükmünde kararlardandır. Avukatla müvekkili arasındaki ilişkileri çözmekle görevlendirilen bu kurullarda, avukat üyeler çoğunluğu oluşturmakta ve md. 167'nin son fıkrasıyla yapılan gönderme nedeniyle baro hakem kurulu kararları ancak HUMK md.533/ II, II ve IV'de yer alan ve esas yönünden denetime olanak vermeyen nedenlerle temyiz edilebilmektedir. Ayrıca hakem kurullarının tarafsızlığı ve bağımsızlığı, uzman niteliği ile bu kurulların alacağı kararların

---

<sup>321</sup>Leiss, s .95.

<sup>322</sup>İldır,Hak Arama, s.397.Yıldırım, devlet mahkemelerine başvurunun son çare olarak görülmesi kanaatindedir. Zira yazara göre, toplumda önemli olan menfaatlerin korunmasıdır ve tahkim, mediasyon, sulh olmak, irade serbestisi gibi toplumsal, sosyal düzenlemelerin başarısız olması durumunda devlet mahkemelerine başvurulmalıdır (Yıldırım, s.339). Doktrinde Taşpınar'a göre; büyük ölçüde artan alternatif uyuşmazlık yöntemleri veya tahkim kurumu da tarafların haklarını gerçekleştirme konusundaki iradelerinin ürünüdür. Bkz. Taşpınar, Sema, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001,s. 106. Açıklanan tüm bu sebeplerin dışında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ortaya çıkışındaki bir başka nedenin de insan ihtiyaçlarının giderilmesini sağlamak olarak belirtebiliriz. Örneğin Avustralya'da yakın zamanlarda pilotlar tarafından bir grev başlatılmış olup, grev sebebinin düşük maaşlardan kaynaklandığı düşünülmüştür. Mahkemeler, politikacılar ve meslek birlikleri sorunun kaynağını hatalı değerlendirdiklerinden grevi sonlandırmakta başarı sağlayamamışlardır. Ancak burada söz konusu grevin asıl nedeni pilotların statüsünün değişmesi olup, pilotlar, mesleklerinin eski zamanlarda olduğu gibi saygın bir meslek olmadığını düşünmekteydi. İşte bu gibi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri ve insanların ihtiyaçlarından kaynaklanan meselelerde de sorunların mahkemeler tarafından sağlanamayan, mahkeme dışı analitik ve problem çözücü yaklaşımlarla çözümleniminin gerekliliği ortaya koyulmuştur. Bkz. Burton, s.61

<sup>323</sup>RG 10.07.2004, S.25518. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının tam metni için bkz. <http://www.kazanci.com.tr>, 05.07.2009.

<sup>324</sup>Yılmaz, Ejder, Avukatlık Ücretinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Yeri, Prof.Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 370.

bağlı olacağı usul ve esasların yönetmeliğe bırakılmayıp yasa ile düzenlenmesi zorunludur. Bu sebeplerle anılan düzenleme Anayasa md. 9 ve 36'ya aykırılık teşkil ettiği saptanmıştır.

Ancak Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçelerini incelediğimizde burada asıl sorun iradilik ilkesinin gözetilmediği ve de baro hakem kurulları tarafından verilen kararın taraflar açısından esas yönünden denetime tabi tutulmadan bağlayıcılık teşkil etmesidir. Ancak Arabuluculuk Kanun Tasarısı hükümleri açısından yukarıda da belirttiğimiz gerekçelerle bu açıdan bir aykırılık söz konusu değildir. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi'nin de alternatif uyuşmazlık yollarının geliştirilmesi düşüncesinde olduğu sonucu çıkarılabilir<sup>325</sup>.

İradilik ilkesinin de bir uzantısı olarak; arabuluculuğun başarı ile sonuçlanmasında önemli bir nokta da tarafların birlikte çalışmaya ve uyuşmazlığı arabuluculuk ile sonlandırmaya istekli olmalarıdır. Zira bu usulde karar verecek olan bir üçüncü kişi veya kurum olmadığından ve taraflar kendileri anlaşarak ve iki tarafında da tatminine yönelik bir çözüm bulmak zorunda olduklarından tarafların beraberce işbirliği içerisinde çalışmaları zorunludur. Bu şekilde bir işbirliği de ancak da tarafların prosedür boyunca eşit şartlarda olacaklarına inanmaları halinde mümkün olacaktır. Şayet arabulucu taraflardan birinin bu süreci kendi lehine olarak bazı hususları karşı tarafa dayatmasına yönelik bir izlenimde bulunursa bu durumu açıkça ortaya koymalı ve de gerekirse prosedürü sonlandırmalıdır<sup>326</sup>. Zira Tasarı'da da, eşitlik ilkesinin önemi vurgulanarak, tarafların gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahip oldukları düzenlenmiştir. (md.3/II). Eşitlik, hemen her konuda, özellikle de uyuşmazlığın çözüm sürecinde öncelikle göz önünde tutulması gereken Anayasal bir ilke olup, uyuşmazlıkların tüm çözüm yöntemlerinde uyulması gereken ortak bir ilkedir<sup>327</sup>. Yargı organları önünde uyuşmazlık çözülürken adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkının bir gereğidir. Aynı şekilde arabuluculuk yönüyle uyuşmazlıkların çözümünde de devlet yargılaması önünde eşit olan tarafların, iradi olarak başlattıkları arabuluculuk sürecinde eşit olmamaları düşünülemez. Nitekim taraflardan birini dışlayarak veya ona daha az söz hakkı vererek varılan sonuçta,

---

<sup>325</sup> Yılmaz, „Avukatlık Ücreti, s. 382

<sup>326</sup> Alexander/ Ade/Olbrisch, s.79

<sup>327</sup> Nitekim tahkim yargılamasında da tarafların eşitliği geçerli olacaktır. Bunun sonucu olarak hukuki dinlenilme hakkına uyulacak ve yargılama boyunca da her iki tarafa eşit davranılacak ve bu konuda aksi bir düzenleme yapılmayacaktır (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 686).

gerçek bir uzlaşmadan ya da anlaşmadan söz etmek mümkün olamaz<sup>328</sup>.

## II-Gizlilik

### a. Gizlilik İlkesinin Niteliği ve Kapsamı

Arabuluculuk yöntemi ile uyuşmazlıkların çözümünde gizlilik ve güvenilirlik çözüme ulaşmada en önemli şartlardan birini teşkil eder. Zira arabuluculuk usulü, uyuşmazlık çözücü gücünü tarafların devlet yargılamasında açıklayamayacakları bilgileri ortaya koymasından alır<sup>329</sup>. Devlet yargılamasının aksine arabuluculuk yöntemi resmi bir yargılama değildir ve burada devlet yargılamasında olduğu gibi alenilik veya başka bir ifade ile yargılamanın açıklığı prensibi<sup>330</sup> geçerli değildir. Nitekim arabuluculuğun resmi bir yargılama olmaması, bu yöntemde gizlilik ilkesinin geçerli olmasına sebebiyet vermiştir<sup>331</sup>.

Bu usulde gizlilik ilkesinin korunması şarttır. Zira taraflar uyuşmazlık konusunu her yönü ile tartışırlar, bu tartışmalar esnasında da tarafların ticari sırlarının ortaya çıkması muhtemeldir ve taraflar istemedikleri bilgilerin dışarıya taşınmasını istemezler. Bununla birlikte arabuluculuk görüşmeleri sırasında tarafların gösterdikleri duygularının, örneğin gösterdikleri zayıflıkların daha sonra kendi aleyhlerine kullanılmaması gerekir. Bu nedenle arabulucunun her iki tarafın da üzerinde anlaşma sağladığı, gerçekten uyuşmazlığın her iki tarafının da güvendiği bir kişi olması ve yapılan görüşmelerin de gizli tutulması gerekir<sup>332</sup>. Zira arabuluculuk görüşmelerine katılacak taraflar, arabuluculuk görüşmelerinin gizli olarak yürütüleceğinden ve bu esnada verilen bilgilerin açıklanamayacağından emin olmazlarsa,

<sup>328</sup> bkz. Arabuluculuk Kanun Tasarısı gerekçe, [http:// www.kgm.adalet.gov.tr](http://www.kgm.adalet.gov.tr) , 02.08.2009.

<sup>329</sup> Hopt/Steffek, s.39; Bavyera Eyaleti Arabuluculuk Kanunu md.10/II uyarınca da arabuluculuk müzakerelerinin gizliliği esası kabul edilmiştir.

<sup>330</sup> Alenilik ilkesine göre, yargılama herkese açıktır; kural olarak gizli yapılamaz. Ayrıca bu ilke AY md. 141’de, “mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır” ve HUMK md. 149’da ise, “Muhakeme alenen yapılır” hükümleri ile ifade edilmiştir. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.6’da da bu ilkeye yer verilmiştir. Alenilik ilkesine göre, duruşmalara yargılama ile ilgisi olsun veya olmasın herkes katılabilecektir. Ancak burada aleniyet ilkesi duruşmaların aleni olması anlamına gelir; taraf aleniyeti kavramı ile karıştırmamak gerekir. Zira taraf aleniyeti , davanın taraflarına tanınmış bir hak olup, mahkemenin işlemlerinin onlar tarafından öğrenilmesidir. Bu nedenle taraf aleniyeti taraflarla ve hukuki dinlenilme hakkı ile ilgilidir. Aleniyet ise, mahkemenin duruşma sırasında yaptığı işlemlerinin üçüncü kişiler tarafından izlenebilmesini ifade eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. Pekantez/Hakan,Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Av.Dr.Faruk Erem Armağan, TBB Yayın,No:8, Ankara 1999, s. 636 vd.

<sup>331</sup> Hopt/Steffek, s.40, ayrıca bkz. Senn, s.28.

<sup>332</sup> Nitekim, nasıl bir avukat ile müvekkili arasındaki ilişki güven esasına dayanıyorsa, arabuluculuk yönteminde de taraflar ile arabulucu arasında öncelikle güven ilişkisi sağlanmalıdır. Zira arabulucu kesinlikle bir tarafın menfaatlerini koruyucu bir tavır almamalıdır. Bkz. Haft, s.249.

gerekli bilgileri vermekten kaçınabileceklerdir.

Gizlilik ilkesi, taraflar arasındaki uyuşmazlığın içeriğinin ve uyuşmazlık sürecinde ileri sürülen bilgi ve belgelerin açıklanmamasını ifade eder. Bu gizliliğin korunacağına ilişkin güven, tarafları arabulucuya başvurma konusunda daha fazla teşvik edecektir.

Söz konusu gizlilik ilkesi Tasarı'da "taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgelerle tuttuğu kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür ve aksi kararlaştırılmamışsa taraflar da bu konudaki gizliliğe uymak zorundadır" (md.4/I,md.4/II) düzenlemeleriyle vurgulanmıştır.

Madde düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere, gizlilik ilkesinin arabulucu ve taraflar açısından iki görünümü mevcuttur. Buna göre arabulucu, arabuluculuk süreci esnasında elde ettiği bilgi ve belgeleri, tarafların açık rızası olmadan veya kanuni bir düzenleme izin vermedikçe hiç kimseye açıklayamayacaktır<sup>333</sup>. Bu yönüyle arabulucu, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişilerden biri sayılacaktır ve kanunların öngördüğü çerçevede yargılamada tanıklıktan çekinme veya kanuni bir zorunluluk olmadıkça sır saklama yükümlülüğü altında olacaktır.

Aynı şekilde taraflar da arabuluculuk görüşmeleri sırasında birbirlerinden öğrendikleri bilgileri veya edindikleri bilgileri gizli tutmak yükümlülüğünde olacaklardır. Ancak bu kurala tarafların anlaşması ile bazı istisnaların getirilmesi de mümkündür. Örneğin, taraflar arabuluculuk sürecinin tamamını veya belirli bir kısmını gizli olmayacağını kararlaştırabilirler veya taraflardan biri arabuluculuk süreci sonunda yapılan anlaşmanın yerine getirilmesi için gerekli olduğu takdirde, bu anlaşmanın içeriğini açıklayabilir<sup>334</sup>.

Taraflar aralarında anlaşma yaparak arabuluculuk faaliyetinin gizliliği konusunda aksini kararlaştırmamış iseler ve buna rağmen taraflardan biri, kendisi ile ilgili olduğu ölçüde, zorunlu bazı sebeplerle diğer tarafla uyuşmazlığının yansıması olan hususları

---

<sup>333</sup> bkz.Özbek (İlkeler), s.496, Alexander/Ade/Olbrisch, s. 77-78,Bühring-Uhle, s.62, Lüthy, s.31

<sup>334</sup> Özbek, Mustafa, Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2007/68, s. 304



açıklamak durumunda kalabilir. Böyle durumlarda, açık ve diğer tarafa zarar veren bir ihlal olup olmadığı iyi tespit edilmelidir. Zira burada gözetilmesi gereken kıstas, gizlilik ilkesinin ihlali sonucunda diğer tarafın bundan zarar görmüş olup olmadığıdır<sup>335</sup>.

## **b.Gizlilik İlkesinin Sonuçları**

Gizlilik yükümlülüğünü maddi hukuka ilişkin ve usul hukukuna ilişkin olarak ikiye ayırmak mümkündür. Maddi hukuka ilişkin gizlilik yükümlülüğü arabuluculuk faaliyetine katılan kişilere yöneliktir. Arabuluculuk yöntemi resmi bir usul öngörmediğinden, görüşmeler esnasında hazır bulunan, arabulucunun, taraflardan birinin, danışmanın, sekreterin, tercümanın veya bilirkişinin, v.s.görüşmeler sırasında verilen önemli bilgilere sınırlama olmaksızın ulaşmaları mümkündür. Bu kişilerin elde ettikleri bilgileri gizli tutması önem teşkil eder.

Usul hukukuna ilişkin gizlilik yükümlülüğü de uyuşmazlıkla ilgili olarak elde edilen maddi vakıalara veya delil göstermeye ilişkindir. Bir başka ifade ile; arabuluculuk sırasında öğrenilen maddi vakıalar taraflara devlet yargılamasında bir itiraz hakkı tanımayacak veya bu bilgi ve beyanlar delil olarak kullanılmayacaktır<sup>336</sup>. İşte buradaki gizlilik yükümlülüğü etkilerini usul hukuku alanında gösterdiğinden bu konuda yapılan bir sözleşme “usul sözleşmesi”dir. Bir başka deyişle, hukukumuzdaki mevcut sisteme göre, taraflar arabuluculuk sırasında öğrenilen bilgi ve beyanların delil olarak kullanılmayacağına ilişkin sözleşme akdederlerse, bu sözleşme bir delil sözleşmesi niteliğinde olacaktır. Delil sözleşmesi de bir usul hukuku sözleşmesidir<sup>337</sup>. Bilindiği üzere HUMK md.287 açıkça delil sözleşmesi yapılmasına imkân tanımıştır. Burada delillerin sınırlandırılması yolunda bir anlaşma mevcuttur ki; bu yönde bir anlaşma da hukukumuz bakımından geçerli sayılmaktadır. Ancak buradaki sınır dava ve savunma hakkının kullanılmasının

---

<sup>335</sup> Arabuluculuk Kanun Tasarısı gerekçe, <http://www.kgm.adalet.gov.tr>

<sup>336</sup>Hopt/Steffek, s.40. Nitekim devlet yargılamasına başvuru, tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşamamalarından kaynaklanabileceği gibi, kısmi bir anlaşma sebebiyle de ortaya çıkabilir veya taraflar bu uyuşmazlık konusunda anlaşmış olabilirler, ancak bu uyuşmazlıkla bağlantılı başka uyuşmazlıklar da ortaya çıkmış olabilir.

<sup>337</sup> “Usul sözleşmeleri” kavramı ile kastedilen husus usuli yetkilerin kullanılması hakkında tarafların yaptıkları anlaşmalardır. Başka bir deyişle, usul sözleşmeleri, asli tesirlerini doğrudan doğruya usul hukuku alanında husule getiren anlaşmalardır”, Üstündağ, s.418; bkz. Konuralp, İspat, s.58-59.

engellenmemesidir<sup>338</sup>.

Gizlilik ilkesinin bir diğ er sonucu da arabulucunun veya arabuluculuğ a katılanların devlet yargılamasında uyuşmazlığ a ilişkin olarak tanıklık yapamamalarıdır. Buna göre özellikle arabulucu uyuşmazlık konusuyla ilgili olarak sonradan açılan bir davada tanıklık yapmaya ve arabuluculuk süreci esnasında öğrendiğ i bilgileri açıklamaya zorlanamaz. Aksi durumda, yani arabulucunun şahitlikten imtina hakkının ihlal edilerek, sır saklama yükümlülüğ üne aykırı bir şekilde tanık olarak dinlenmesi delil ikamesi yasağ ını oluşturur<sup>339</sup>.

Ayrıca Tasarı md.33’de, gizlilik ve sır saklama yükümlülüğ üne aykırı olarak hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişinin altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörölmüştür. Görüleceğ i üzere gizlilik yükümlülüğ üne aykırılık Tasarı’da suç olarak düzenlenmiş, soruşturulması ve kovuşturulması genel hükümlerden farklı olarak şikâyete tâbi kılınmıştır.

Nitekim yabancı ölkelerdeki Arabuluculuk Kanunlarında da bu şekilde düzenlemelere yer verilmiştir<sup>340</sup>. Bu düzenlemeler arabulucunun tarafsızlığ ının korunması ve böylece de tarafların menfaatlerinin korunmasına hizmet eder.

Bu bağlamda Tasarı’yı incelediğ imizde, md. 5’de “Beyan ve Belgelerin Kullanılmaması” başlığ ı altında arabuluculuk görüşmeleri sırasındaki beyan, bilgi ve belgelerin kullanılmayacağı haller özel olarak belirtilmiştir. Buna göre arabuluculuk görüşmelerine katılan taraflar, arabulucu veya arabuluculuğ a katılanlar dahil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında veya tahkim yoluna başvurulduğ unda, taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma

---

<sup>338</sup>“Delillerin anlaşma yolu ile tahdidine gidilince, bu tahdit tarzı ispat imkânını kaldıracak mahiyette olmamalıdır”, bkz. Üstündağ , s.594, dipn.30; Konuralp (İspat), s.65.Belirli bir delilin ikame edilmemesine yönelik- açıklamama yükümlülüğ ü getiren sözleşmeler de dahil-münhasır delil sözleşmeleri hâkimi bağlar. Ancak Yıldırım’a göre, bir hakkın varlığ ının bir belgenin elde olmasına bağlı tutulması, örneğ in resmi bir belgeye sahip olmadan tazminat talebinin istenememesi halinde davada fiilen temin imkânı olan yegâne bir delil kullandırmamayı hedef alan münhasır delil sözleşmelerinin geçersizdir ve hâkim delil elde etmemek sonucu ile karşı karşıya bırakılmamalıdır. Bunun gerekçesinin ise, hiç kimsenin anayasal teminat altındaki dava hakkını önceden kaldırarak nitelikte bir sözleşme yapamayacağı ilkesine dayandırmaktadır. Bkz. Yıldırım, Mehmet Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değ erlendirilmesi,İstanbul 1990, s. 258-259.

<sup>339</sup> Yıldırım, Delillerin Değ erlendirilmesi, s.238. Delil yasağ ı, usul hukukuna veya maddi hukuka aykırı bir işlem ya da faaliyetle elde edilmiş bir delilin ikamesine, kullanılmasına imkân tanımamaktır, ayrıntılı bilgi için bkz.Yıldırım, Delillerin Değ erlendirilmesi, s.237 vd.

<sup>340</sup> bkz.yuk. Bavyera Eyaleti Kanunu, BW Eyaleti Kanunu, s.34; Avusturya. Arabuluculuk Kanunu, s.43.

isteği, uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüş ve teklifler, arabuluculuk faaliyeti esnasında taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü ve sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgelere ilişkin beyan ve belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz (md.5/I).

Tarafların aralarındaki uyuşmazlığın alenileşmesini istemeyebilecekleri, arabuluculuk görüşmeleri sırasında kabul ettikleri vakıa ve iddialarla bağlı olmama yönündeki istekleri ve böylece tarafların arabuluculuk faaliyetini özgür ve samimi bir ortamda yürütebilmeleri ve sonuçlandırmaya çalışmaları düşünülerek bu madde hazırlanmıştır. Burada vurgulanması gereken husus, bu fıkra ile tarafların uyuşmazlık sebebiyle sahip oldukları ve delil olarak kullanılacak tüm belgelerin değil, sadece arabuluculuk dolayısıyla hazırladıkları belgelerin yasak kapsamında tutulduğudur. Aksi durumun kabulü halinde, arabuluculuk faaliyeti sonuçsuz kalıp yargı yoluna başvurulduğunda, delil kullanmak ve yargılamayı sonuçlandırmak mümkün olmayacaktır<sup>341</sup>.

Söz konusu madde hükmü beyan ve belgenin şekline bakılmaksızın uygulanacaktır (md.5/II). Bu bilgilerin açıklanması, mahkeme, hakem veya bir idari makam tarafından istenemez. şayet bu beyan ve belgeler taraflar arasında sonradan açılan bir davada delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamaz (md.5/III). Kanımızca burada “hükme esas alınamaz” ifadesinin kullanılması, bu suretle elde edilen delillerin hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller kapsamında ele alındığını gösterir. HUMK’da, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılmasına yasaklayan açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla beraber hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olan delillerin mahkemelerde kullanılması tartışılmış<sup>342</sup> ve genel kabul edilen görüş, hukuka aykırı delillerin

---

<sup>341</sup> Arabuluculuk Kanun Tasarısı gerekçe md.5, <http://www.kgm.adalet.gov.tr> 02.08.2009.

<sup>342</sup>Berkin,usulsüz veya kanunsuz veya hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delile dayanarak hüküm verilemeyeceği görüşündedir.Yazara göre; posta memuru ile anlaşarak ele geçirilmiş ve mahkemeye sunulmuş olan başkalarına yazılmış mektupların veya evli erkeğin ilişki kurduğu ve ileride evlenmek istediği kadına yazdığı mektupların çalınarak boşanma davasında delil olarak kullanılması caiz değildir. Berkin, aynı şekilde, hâkim kararı olmadan mesken aramsı sırasında tesadüfen mesken araması sırasında tesadüfen ele geçirilen delillerin delil olarak kullanılmasına hukukun izin vermeyeceği, bu bağlamda hukuk yargısı ile ceza yargısı arasında bir ayrılaşmaya gidilmemesi gerektiğini belirtir,Berkin, 734, Üstündağ, sesin gizlice banda alınması halinde buna daha sonra ispat vasıtası olarak dayanmanın mümkün olduğunu belirtmektedir. Örnek olarak da; Alman Federal Mahkemesi’nin evli çiftin sesinin kayda alınarak delil olarak kullanılmasına ilişkin kararını göstermiştir. Söz konusu karara dayanak teşkil eden somut olayda; evli kadın; kocasına defalarca hakaret etmiş ve bütün bunları mahkemede inkar edeceğini de ilave etmiştir.Bunun üzerine koca açmayı tasarladığı boşanma davası için bu

kullanılmasının usul hukukunda geçersiz olduğu yönündedir. Arabuluculuk faaliyeti sırasında kullanılan beyan ve belgelerin açılan davada delil olarak kullanılmamasının konusu bakımından yasaklanmış delil kapsamına girdiği düşüncesindeyiz. Konusu bakımından yasaklanmış deliller, delilin konusu esas alınarak kullanılması yasaklanmış olan deliller olup, bu delillerin hükme esas alınmaları kabul edilmemiştir. Yani bu deliller delil olmaya elverişli değildir<sup>343</sup>. Nasıl ki HUMK md. 236/III'e göre, "Sulh müzakeresi esnasında sabkeden ikrar muteber değildir" hükmü ile sulh görüşmeleri sırasında tarafların yapmış oldukları ikrarın yargılamada kullanılması yasaklanmış ise, aynı şekilde Tasarı'da da arabuluculuk faaliyeti esnasında elde edilen belge ve bilgilerin delil olarak kullanılması yasaklanmıştır. Ancak bu şekilde elde edilen bir belgenin yargılamada delil olarak kullanılması durumunda nasıl bir karar verilecektir? Taraflardan birinin sunmuş olduğu ve arabuluculuk faaliyeti sırasında elde edilen bir bilginin mahkemeye delil olarak sunulması durumunda mahkemenin bu yolla elde edilmiş bir delili kendiliğinden dikkate alıp,

---

sahneleri teybe almıştır. Bu kararda mahkeme, insan seslerinin konuşanın muvafakati olmaksızın tespiti kişilik haklarına bir saldırı olmakla beraber, gizli ses almayı haklı kılan nedenlerin mevcudiyeti halinde bu şekilde bir tecavüze müsaade edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Üstündağ, s.626; Pekcanitez/Atalay/Özekes, kişilik haklarının ihlal edilmesi suretiyle elde edilen delillerin değerlendirilmesinin tekrar kişilik hakkının ihlaline yol açacağı ve bu sefer de ihlalin mahkeme ve hâkim tarafından yapılacağını belirtmekle, kanuna aykırı olarak elde edilen delilin değerlendirilmesi konusunda medeni usul hukukunda geçerli olan dürüstlük kuralının esas alınması gerektiği ve her somut olaya göre değerlendirme yapılması görüşündedir. Bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.424 vd.; Pekcanitez, kanuna aykırı yoldan elde edilmiş bulguların delil olarak kullanılmayacağına ilişkin AY md.38/VI hükmünün medeni usul hukuku bakımından da geçerli olduğunu, kaldı ki; usul hukukunda da gerçeğin her zaman ön planda olduğu görüşünün bugün için benimsenmediğini ve özellikle teknolojide son yıllarda yaşanan gelişmeleri vurgulayarak, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin anayasada teminat altına alınmış olan temel hakların ya da özel yaşam alanının veya kişilik haklarının ihlal edilmesi suretiyle elde edilmiş ise delil olarak kullanılmayacağı görüşündedir. Bkz. Pekcanitez,Hakan, Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi, Haluk Kanuralp Anısına Armağan, C.I, Ankara 2009,s. 826-827; ayrıca bkz., Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 238 vd.;Tanrıver, Süha,Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi, TBBD, 2006/65, s.119-128, Yargıtay da delil yasakları konusunda çeşitli kararlarında genel kural olan hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin yasak kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini benimsemekle, bu kuralın istisnalarının olabileceği yönünde, somut olayın özelliklerine göre kararlar vermiştir.Yargıtay bazı durumlarda da hukuka aykırı yollardan elde edilen delilleri, dosyadaki diğer delillerle beraber değerlendirerek yan delil niteliğinde değerlendirmiştir. Bu konudaki kararlar için bkz. HGK,T.,25.09.2002,E.2002/2-617,K, <http://www.kazanci.com.tr>, 02.08.2009, T.28.05.2003, E.2003/1-374, K. 2003/370, <http://www.kazanci.com.tr>, 02.08.2009; Yarg.13. HD, T.22.02.2000, E.1999/9505, K.2000/1439; <http://www.kazanci.com.tr>, 02.08.2009.Bu konuda dikkat çeken bir gelişme , HMK. Tasarı'nın "İspat Hakkı " başlıklı md. 193/II'dedir. Zira bu madde ile "hukuka aykırı olarak elde edilmiş deliller, mahkeme tarafından bir vakianın ispatında dikkate alınmaz" şeklinde bir düzenleme getirilmiş ve medeni usul hukukunda da hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılması yasaklanmıştır. bkz. Pekcanitez, Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Deliller, s. 804 vd. Alangoya/Yıldırım-Deren-Yıldırım, söz konusu hükmün istisnaya yer bırakmayacak bir şekilde düzenlediğini, hukuka aykırı delillerin mahkemede dikkate alınmayacağı genel kural olarak hukuka benimsenebileceğini ancak bu kuralın istisnalarına yer verilmesi gerekçesi ile bu hükmü eleştirmiştir. Bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım HMKT, s.114; aynı yönde bkz. Alangoya, Yavuz, Medeni Usulün Amacı ve Sosyal Karakteri Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nı Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi,Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirilmesi, , Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı V Ankara 8-9 Eylül 2006, s. 49

<sup>343</sup> Pekcanitez ,Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Deliller, s.790-791.

değerlendirmemesi gerekir. Kararın gerekçesinde de bu delilin arabuluculuk faaliyeti sırasında elde edilen bir belge veya bilgi olduğu belirtilmeli, böylelikle de delilin hukuka aykırı olup olmadığı meselesinin bir üst mahkeme tarafından denetlenmesine imkân sağlanmalıdır<sup>344</sup>.

Söz konusu yasağa yine aynı maddede iki istisna getirilmiştir. Buna göre; arabuluculuk faaliyeti sırasında elde edilen bilgilerin kullanılması bir kanun hükmü tarafından emredilmesi veya bu bilgilerin kullanılması arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilecektir. Ancak bu istisnaların da geniş yorumlanmaması gerekir. Zira buradaki maddelerle gizliliğin korunarak tarafların arabuluculuk faaliyetine olan güvenlerinin korunması ve bu yöntemin uygulanmasının teşvikidir.

Söz konusu beyan ve bilgilerin kullanılmaması yasağı arabuluculuğun konusuna bakılmaksızın hukuk davası ve tahkimde uygulanır (md.5/IV). Bu yasağın geçerli olması, arabuluculukta söz konusu olan uyuşmazlıkla, daha sonra ortaya çıkan hukuk davaları ve tahkimdeki uyuşmazlık konusunun aynı olması şartına bağlanmamıştır. Gizliliğin amacına uygun olarak bu yasak doğrudan ve dolaylı her uyuşmazlık için geçerli olacaktır. Buradaki amaç, yasağı dolaylı olarak delme yönündeki kötü niyetli davranışların engellenmesidir.

Bu hükümde belirtilen sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülen caiz deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez.(md.5/V). Bu hüküm şu şekilde yorumlanmalıdır: Taraflar arabuluculuğa başvurmasaydı, bir delili elinde bulunduruyor veya elde edebiliyor ve aynı zamanda mahkeme veya tahkimdeki yargılamada o uyuşmazlık içi hukuka uygun bir delil olarak kullanabiliyorsa, sırf daha önce arabuluculukta kullanılması delilin geçerliliğini etkilemez<sup>345</sup>. Bir başka anlatımla; sonradan açılan davada delil olarak kullanılamayacak beyan ve bilgiler, sırf arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla elde edilen beyan ve bilgilerdir. Yoksa arabuluculuk faaliyetinden önce elde edilen ancak arabuluculuk sırasında kullanılan bilgiler yasak kapsamında değerlendirilmemelidir.

---

<sup>344</sup> Pekcanitez , Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Deliller, s.850.

<sup>345</sup> Arabuluculuk Kanun Tasarısı gerekçe md.5, <http://www.kgm.adalet.gov.tr> ,02.09.2009; Özbek, Uyuşmazlık s.817-818.

### §3. ARABULUCU KAVRAMININ İNCELENMESİ

#### A. ARABULUCU SÖZLEŞMESİ

##### I. TANIMI VE ÖZELLİKLERİ

Tasarı md 2’de arabulucu, arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişi olarak tanımlanmıştır. Arabulucu sözleşmesi (Mediatorvertrag) de arabuluculuk faaliyetini yürütmek üzere uyuşmazlığın tarafları ile arabulucu arasında yapılan akittir<sup>346</sup>.

Taraflarla arabulucu arasındaki ilişkiyi, arabulucu sözleşmesi ve arabuluculuk sözleşmesi bakımından ayırmak gerekir. Arabuluculuk sözleşmesi arabulucu sözleşmesini içerecek şekilde düzenlenebilir. Arabulucu sözleşmesi kural olarak şekle tâbi olmamalıdır. Arabulucunun görevi kabul ettiğine ilişkin kararının ortaya çıkması yeterlidir<sup>347</sup>.

Bu sözleşmede taraflar ile arabulucu arasındaki haklar ve yükümlülükler düzenlenir. Arabulucu sözleşmesi ile aynı zamanda kanunda aksine bir düzenleme mevcut değilse arabuluculara verilecek ücret de kararlaştırılır<sup>348</sup>.

Bunun dışında bir arabuluculuk sözleşmesinde, tarafların arabulucuyu uyuşmazlığın çözümünde kendilerine yardımcı olmak için yetkilendirdiği, arabulucunun görevleri, arabuluculuk faaliyetinin içeriği ve amacı, sözleşmenin nasıl sona ereceği, sır saklama yükümlülüğü gibi konularda düzenlemelerin mevcut olması gerekmektedir<sup>349</sup>. Arabulucu sözleşmesinin içeriği önem teşkil eder. Zira tarafların iradeleriyle akdettikleri bu sözleşme yalnızca somut olayın çözümüne yardımcı olmakla kalmaz, aynı zamanda kanundaki boşluklar ve açık olmayan kısımların yorumlanmasında da yardımcı olur. Dolayısıyla bu sözleşmede özellikle arabulucuların yükümlülükleri, görevleri gibi arabuluculuk faaliyetinde önem teşkil

---

<sup>346</sup> Alexander/Ade/Olbrisch, s. 128; Hopt/Steffek, s.44.

<sup>347</sup> Hopt, Steffek, s.45; ayrıca karşı. Taşkın, Alim, Hakem Sözleşmesi, 2.bası, Ankara 2005 s.44, s.50; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.673; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.853.

<sup>348</sup> Hopt/Steffek, s.44.

<sup>349</sup> Alexander/Ade/Olbrisch, s.129.

eden hususların açık ve ayrıntılı düzenlemelerle yer alması gerekir<sup>350</sup>.

## II. HUKUKİ NİTELİĞİ

Arabulucu sözleşmesini maddi hukuka ilişkin bir sözleşme olarak nitelendirebiliriz. Zira arabulucu ile taraflar arasında akdi bir ilişki mevcuttur. Söz konusu sözleşmeyi hem maddi hem de usul hukukuna yönelik karma nitelikli bir sözleşme olarak nitelendirmenin doğru olmadığı kanısındayız. Çünkü arabulucuların uyuşmazlığı çözüme kavuşturma yetkileri mevcut olmadığından bu sözleşme usul hukuku alanında bir etki doğurmayacaktır<sup>351</sup>.

Alman hukukunda arabulucu sözleşmesi, bir işin görülmesini sağlamaya yönelik olmasından hareket edilerek hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir<sup>352</sup>. Ancak kanımızca arabulucu sözleşmesi hizmet akdi olarak nitelendirilemez. Zira bir sözleşmenin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi için her şeyden önce işçinin bir süre işverene bağımlılık ilişkisi içinde bir hizmet görmesi veya görmeyi vaad etmesi gerekmektedir. Burada yerine getirilen hizmet edimi işverenin maddi veya fikri bir ihtiyacının giderilmesine yarayan, onun için değeri olan bir faaliyeti ifade etmektedir. Bununla birlikte hizmet sözleşmesinin kurulabilmesi için taraflar arasında bir karşılık ödenmesine yol açacak bir hizmet ilişkisinin varlığı gerekir<sup>353</sup>. Ancak arabulucunun taraflar için iş görmeyi üstlendiği ve faaliyetinin yalnızca ekonomik bir amaca yönelik olduğu söylenemez. Ayrıca arabulucunun bağımsızlığı ve tarafsızlığı göz önünde bulundurulduğunda da arabulucu sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği ortaya çıkmaktadır.

Kanımızca arabulucu sözleşmesi, BK 386 vd. maddelerinde düzenlenen hükümlere uygun

---

<sup>350</sup> Hopt/Steffek, s.60.

<sup>351</sup> Bir anlamda arabulucu sözleşmesinin hukuki niteliğini belirlerken faydalanabileceğimiz hakem sözleşmesinin de hukuki niteliği tartışılmış olup, bir kısım yazarlar hakem sözleşmesini maddi hukuka ilişkin bir anlaşma mı, yoksa ilgililerin haklarını elde edebilmeleri yönünden takip edebilecekleri yolları gösteren usul hukukuna yönelik bir anlaşma mı olduğu yönünden incelemiş, bir kısım yazarlar da aynı konuyu hakemliğin özel hukuk alanı içine giren akti bir işlem mi, yoksa devletin yargı hakkını kullanırken icra ettiği faaliyete benzer yargısal bir fonksiyon mu teşkil ettiği yönünden incelemişlerdir. Anılan tartışmalar için bkz. Koral, Rabi, Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Türk Ekonomik Hukuk Araştırmaları Vakfı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XLVIII-XLIX, S.1-4'ten ayrı bası, İstanbul 1983, s.79 vd. Koral, hakemliği, devlet yargısına benzeyen fakat ondan farklı olarak özel hukuk alanı içinde gelişen ve bazı durumlarda kontrol, bazı durumlarda destek görme yönünden devlet yargılaması ile olan ilişkisini gittikçe koparak bağımsızlığını her geçen gün daha çok elde eden bir özel yargı müessesesi olarak nitelendirmiştir. Bkz. Koral, s.95, ayrıca bkz. Taşkın, s. 22 vd.,

<sup>352</sup> Alexander/Ade/Olbrisch, s. 129.

<sup>353</sup> Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 2008, s.273 vd.

düştüğü ölçüde vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilebilir<sup>354</sup>. Şöyle ki; BK md. 386/I'e göre; “*Vekâlet, bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler*”. BK md. 386/II'de de, “*diğer akitler hakkındaki kanuni hükümlere tâbi olmayan işlerde dahi, vekâlet hükümleri cari olur*” hükmü mevcuttur. Bu maddelere göre, vekâlet sözleşmesinin tanımı da şu şekilde yapılabilir:” *Vekâlet sözleşmesi, vekilin sözleşme ile yükümlendiği işi yönetmeyi ya da hizmet ifasını borçlandığı ve bu iş görmenin kanun hükümleri ile düzenlenen akitlerden herhangi birinin konusuna girmediği, buna karşılık ancak sözleşme veya teamül olan durumlarda ücrete hak kazandığı iş görme borcu doğuran sözleşmedir*”. Bu sözleşmenin en önemli özelliklerinden biri, vekilin vekâlet verene karşı özenle maddi veya zihni bir faaliyette bulunmayı üstlenmesidir. Vekâletin unsurlarından biri iş görme olup, herhangi bir hukuki işlemin, hukuki işlem benzerinin veya maddi bir eylemin konusu olabilir. Vekil, vekâlet görevini özenle yerine getirmek ve dürüstlük kurallarına uygun hareket etmekle yükümlüdür. Vekâlet sözleşmesinde ücret, kanuni ve zorunlu bir unsur olarak öngörülmemiş olup, tarafların anlaşması ile bu ilişkiye her zaman son verilebilir<sup>355</sup>.

Arabulucu sözleşmesi açısından bu özellikleri değerlendirdiğimizde vekâlet sözleşmesi hükümleri ile örtüştüğü sonucuna varabiliriz. Zira arabulucu arabuluculuk faaliyetini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirir (Tasarı, md. 9/I) ve taraflar arasındaki eşitliği gözetmekle yükümlüdür. Bir başka ifade ile arabulucu, arabuluculuk faaliyetini usulüne göre yürütmeyi taraflara taahhüt eder ve görevini özenle yerine getirmekle yükümlüdür. Başka usul kararlaştırılmadıkça arabulucu veya arabulucular tarafların serbest iradeleriyle seçilir (Tasarı, md. 14) ve taraflar her zaman arabulucunun görevine serbest iradeleri ile son verebilir. Her ne kadar Tasarı'da arabulucunun yapmış olduğu faaliyet karşılığı ücret ve masrafları isteme hakkına sahip olduğu düzenlenmişse de (Tasarı, md.6), ücret arabulucu sözleşmesinin zorunlu unsuru değildir.

---

<sup>354</sup> Karş. Taşkın, s.40 vd.

<sup>355</sup>Bkz. Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, 3. bası, Ankara 1987, s.355 vd.; Aral, Fahrettin, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 7. bası, Ankara 2007, s. 390 vd.; Yavuz, s. 406 vd.; ayrıca bkz. Gümü, Alper, Türk- İsviçre Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001, s.11 vd.; Sarı, Suat, Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul 2004,s. 11 vd.



## B. ARABULUCUNUN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Genel olarak değerlendirdiğimizde, arabuluculuk konusunda düzenleme bulunmadığı durumlarda arabulucunun hak ve yükümlülüklerinin kesin çizgilerle belirlenmediği ve her ne kadar arabulucunun tarafsızlık, her iki tarafa adil davranma, iyiniyet kurallarından ayrılmama gibi yükümlülükleri bulunsada, bu yükümlülüklerin arabulucular için bağlayıcı sonuçları olmadığından bazı sorunlar çözümsüz kalmaktadır. Eğer arabulucu taraflardan birine, bir tarafın lehine, diğer tarafın aleyhine hukuki yardımda bulunursa, arabulucunun tarafsızlığı zedelenecek midir<sup>356</sup>? Veya arabulucu bir tarafın kendisine güvenerek bilgi verdiği, ancak bu bilgiyi saklaması halinde diğer tarafın haklarını ihlal edecek durumlarda ne yapacaktır? Örneğin arabulucu, arabuluculuk prosedürünün ortasında boşanmak isteyen eşlerden, kocanın karısıyla bir nafaka anlaşması yapmak istediğini ve kendisinin de bankada yüklüce bir hesabı olduğunu ancak karısının bundan haberi olmadığını öğrenirse ve bu durumda arabulucu susma yükümlülüğüne sıkı sıkıya bağlı kalırsa, kocasının bu yüklü banka hesabından haberi olmayan eş, kendisini güç durumda bırakacak anlaşmayı imzalayacaktır. Veya arabulucu taraflardan birinin diğerine şiddet uyguladığını ve baskı altında tuttuğunu öğrenirse ne yapacaktır?

İşte bu gibi çözümü zor olan durumlardan dolayı arabuluculuk ile ilgili kanunlar kabul edilmeye başlanmıştır. Böylece arabulucuların da hak ve yükümlülükleri kurallara bağlanmaktadır. Şayet arabulucunun yükümlülükleri tespit edilirse, kendisinin de işi kolaylaşacak ve görevini daha iyi bir şekilde yerine getirebilecektir. Bu şekilde açık kurallarla uyumsuzluk taraflarını da arabulucuların etik olmayan davranışlarından korumak mümkün olacaktır<sup>357</sup>.

---

<sup>356</sup>Doktrinde Haft, şayet taraflardan birinin avukatı mevcut değilse veya taraflar açıkça arabulucudan hukuki yardım talep ederlerse arabulucunun hukuki tavsiyelerde bulunabileceğini belirtmektedir. Ancak kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Zira arabulucunun en önemli özelliği tarafsızlığıdır. Arabulucunun bir uyumsuzluğun bir tarafına hukuki tavsiyelerde bulunup, diğer tarafa bulunmaması gibi bir durum arabulucunun tarafsızlığını ve objektifliğini zedeleyecektir. Bkz. Haft, s.252. Buna karşılık Alexander/Ade Olbrisch, avukat arabulucuların tarafların bu konuda verdikleri yetkiye dayanarak taraflara hukuki tavsiyelerde bulunabileceğini belirtmiştir. Ancak bunu sınırının da arabulucunun tarafsızlığının korunması olarak çizilmesi gerekmektedir. Zira arabulucu yalnızca taraflardan birine hukuki danışmanlık veremeyecek, uyumsuzluk konusu ile ilgili tarafların genel hukuki durumu hakkında tarafları aydınlatacaktır. Bkz. Alexander/Ade/Olbrisch, s.122-123.

<sup>357</sup>Krapp s.48. Bununla birlikte ABD’de şimdiye kadar arabulucuların mesleki sorumluluklarını ihlal ettiklerinden dolayı açılan dava sayısı çok azdır. Bkz. Krapp, s.48, dipn.24.

Buna karşın uygulamada birçok arabulucu<sup>358</sup>, arabuluculukla ilgili kuralların belirlenmesine karşı çıkmaktadır. Bunun nedenini de, henüz arabuluculuk yöntemine ilişkin yeterli tecrübenin oluşmaması ve dolayısıyla hangi kuralların gerekli ve uygun olacağını tespit edilmesinin mümkün olmaması olarak belirtmektedirler.

Kanaatimizce, arabuluculuk görevi beraberinde önemli yükümlülükleri de getirmektedir. Bu anlamda nasıl avukatlar toplumda bir kamu hizmeti<sup>359</sup> üstlenmişse, arabulucuların da bu şekilde bir kamu hizmeti üstlendiği kabul edilmelidir. Arabuluculuk mesleğine ilişkin olarak da tıpkı avukatların mesleki yükümlülüklerini belirleyen Avukatlık Meslek Kuralları olduğu gibi arabulucuların da uyması gereken bağlayıcı nitelikte kurallar olmalıdır.

Tasarı'da arabulucuların hak ve yükümlülükleri şu şekilde düzenlenmiştir:

## **I. ÜCRET VE MASRAF İSTEME HAKKI**

Yukarıda da belirtildiği üzere kanunda aksine bir düzenleme mevcut değilse arabulucu sözleşmesinde arabulucu veya arabuluculara verilecek ücret kararlaştırılır.

Tasarı md.7'de, arabulucuya verilecek ücret ve arabulucunun yapacağı masrafların istenmesi hususunda düzenleme yapılmıştır. Buna göre; arabulucunun yapmış olduğu faaliyet karşılığında ücret ve masrafları isteme hakkına sahip olduğu, bu ücret ve masraflar için avans da talep edebileceği öngörülmüş, böylece arabulucunun ücret isteme hakkı açıkça belirtilmiştir (md.7/I). Maddenin devamında; arabulucunun hazırlanacak Asgari Ücret Tarifesi'ne göre, ücretinin belirleneceği, aksi kararlaştırılmadıkça ücret ve masrafın taraflarca eşit olarak

---

<sup>358</sup> bkz.Krapp, s.48, dipn.25.

<sup>359</sup>Avukatlık hizmeti bir kamu hizmeti olmakla beraber avukatın kendisi bir kamu görevlisi değildir. Bkz. Sungurtekin- Özkan, Meral, Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 2.Bası, İzmir 1999, Aydın, Murat, "Avukatlık Ücreti", 3.Bası, Ankara 2006, s.12, s.37. Avukat yargılama sürecine asli unsur olarak katılırken hak kaybına uğrayan kişiye yardımda bulunur ve onun korunmasını sağlar. Bu durum avukatın kamu görevlisi ve geniş anlamda devletin bir parçası olmas görevini tam bir bağımsızlık içinde yapmasına engel olabilir. İşte burada avukatlık mesleğinin serbest meslek olması unsuru karşımıza çıkar. Avukat belirtilen şekilde tam bir bağımsızlık içinde iş sahibinin haklarını koruyabilmek ve bunun için başta idare olmak üzere tüm baskı gruplarına karşı tam bir bağımsızlık ile donatılmış olmalıdır. Tüm bu nedenler avukatlık hizmetinin hem kamu hizmeti niteliğinde olması ve hem de serbest meslek olmasındaki görünüşte var olan çelişkiyi açıklar. Avukatlık hizmeti bu nedenlerdedir ki hem kamu hizmeti hem de serbest meslektir. Aday, Nejat, "Avukatlık Hukukunun Genel Esasları", İstanbul 1994, s.135.

karşılanaacağı belirtilmiştir (md.7/II). Bu düzenlemeye göre, taraflar ücret ve avans konusunda düzenleme yapma konusunda serbesttirler. Ayrıca md. 7/III'de, arabulucunun arabuluculuk sürecine ilişkin olarak belirli kişiler için aracılık yapma veya belirli kişileri tavsiye etmenin karşılığı olarak ücret alamayacağı ve bu yasağa aykırı işlemlerin batıl sayılacağı düzenlenmiştir.

Arabuluculuğun yaygınlaşması bakımından arabuluculuğa başvurmak için yeterli gücü olmayan kişilere yardım etmek amacıyla ücretsiz arabuluculuk faaliyetinin de getirilmesi yararlı olacaktır<sup>360</sup>.

## II. GÖREVİNİ ÖZENLE, TARAFSIZ VE BAĞIMSIZ BİÇİMDE YERİNE GETİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Tasarı'da, arabulucunun görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getireceği düzenlenmiş, arabulucu olarak görevlendirilen kimsenin tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hal ve şartların varlığı halinde arabulucuya bu hususta tarafları bilgilendirmesi yükümlülüğü getirilmiştir (Tasarı, md.9/I,II). Kanımızca nasıl HUMK md. 28 uyarınca hâkimin davada tarafsız olamayacağı kuvvetle muhtemel olan hallerde davaya bakması yasaklanmışsa arabulucunun da tarafsız kalamayacağı durumlarda bu görevi yapmaması, taraflar talep etmese dahi çekinmesi gerekir. İşte HUMK md. 28'de sınırlı olarak sayılan haller arabulucunun tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek haller olarak düşünülebilir. Yine HUMK md. 30 uyarınca, her iki taraf davaya bakması yasak olan hâkimin davaya devam etmesine yazılı olarak muvafakat ederse, hâkim bu davaya bakmaya devam edebilir. Bu hükme benzer bir düzenleme de Tasarı'ya getirilmiştir. Buna göre arabulucunun tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek durumları taraflara açıklamasına rağmen taraflar arabulucudan birlikte talep ederlerse arabulucu bu görevi üstlenebileceği veya üstlenmiş olduğu görevi sürdürebileceği düzenlenmiştir (Tasarı, md.9/II).

Bu hükümlerle herhangi bir yanlış anlaşma sebebiyle, arabuluculuk sürecinin kesilmesinin önüne geçilmesi engellenerek iletişimin korunması amaçlanmıştır. Ancak tarafların arabulucuya olan güvenlerini korumaları halinde ve her iki tarafın da talep etmesi şartıyla arabulucu görevini sürdürebilecektir. Ayrıca arabulucunun taraflar arasında eşitliği

---

<sup>360</sup>Bkz .Özbek, s.812. Nitekim arabulucu sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin açıklamalarımızda ücret unsurunun bu sözleşmenin zorunlu unsuru olmadığı sonucuna varmıştık.

gözetmekle de yükümlü olduğu belirtilmiştir(Tasarı, md.9/III). Burada arabulucunun taraflarla iletişimde eşit davranması gerektiği vurgulanmıştır. Maddenin devamında arabulucunun bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlıkla ilgili olarak açılan davada daha sonra taraflardan birinin avukatı olarak görev üstlenemeyeceği belirtilmekle, arabulucunun tarafsızlığını şüpheye düşürecek tüm engellerin ortadan kaldırılması amaçlanmıştır<sup>361</sup>.

Nitekim arabulucunun tarafsız ve bağımsız olması, uyuşmazlığın tarafları arasında varılan sonuç üzerinde bir menfaati olmaması arabuluculuk yönteminin en önemli özelliğini oluşturur. Arabulucunun tarafsızlığı, arabulucunun uyuşmazlığın her iki tarafına da eşit ölçüde yükümlülüğünün olması<sup>362</sup> anlamına gelir. Zira avukat ile arabulucu arasındaki fark kendini bu noktada gösterir. Bir avukatın görevi, taraf menfaatlerini korumak olduğu halde arabulucu tamamıyla tarafsız bir üçüncü kişidir. Arabulucu, her iki tarafa da eşit ölçüde yakın olmalı, her iki tarafın da görüşlerini almalı, süreci mümkün olduğu kadar adil bir biçimde yönetmeli, pazarlıkçı bir üslub içerisinde olmamalıdır. Her iki tarafın da ihtiyaçlarını ve menfaatlerini anlamaya çalışmalı ve prosedürün hızlanması ve sonuca ulaşılması için çaba harcamalıdır. Tarafsızlığını zedelememek için kendi değerlendirmelerini geri planda tutmalıdır. Taraflar kendi çözüm yollarını kendileri belirleyecekler ve ortak bir karar alacaklardır, arabulucunun temel görevi taraflar arasındaki atmosferi yumuşatmak ve böylece müzakere ortamını kolaylaştırmaktır. Arabulucu yalnızca tarafların kendisine verdiği bilgiler dahilinde uyuşmazlık hakkında bilgi sahibi olur, yoksa kendisinin herhangi bir araştırma yapma yükümlülüğü yoktur<sup>363</sup>.

### III. REKLAM YASAĞINA UYMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Tasarı md.10'da arabulucuların iş elde etmek için, reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kâğıtlarında arabulucu unvanı ile akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaklanmıştır. Bu düzenlemenin amacı uyuşmazlığı çözmekte yardımcı olan arabulucuların niteliklerine uygun düşmeyecek şekilde reklam yaparak arabuluculuğun amacı dışında kar sağlamaya yönelik, ticari bir faaliyet olarak görülmesinin önüne geçilmesidir.

---

<sup>361</sup>Karş. Bavyera Arabuluculuk Kanunu md.5

<sup>362</sup>Senn, s.27

<sup>363</sup>Lüthy, s.31,s.33; Haft, s.249; Hopt/Steffek, s.60, Nolan-Haley, s.70 vd., Hösl, s.29-30.

Söz konusu madde avukatlara ilişkin reklam yasağına paralel bir düzenleme öngörmüştür. Zira Avukatlık Kanunu md.55, avukatların iş elde edebilmek için reklam yapmalarını yasaklamıştır. Yine Avukatlık Meslek İlke ve Kurallarına da çeşitli haksız rekabeti önleyici ve dolayısıyla reklam yasağına aykırı düzenlemeler mevcuttur. Avrupa Birliği Meslek Kuralları içerisinde de avukatlara ilişkin “reklam yasağı” öngörülmüş olup, konuya ilişkin maddeler şu şekilde düzenlenmiştir: “*Avukat, yasak olduğu yerde ne kendisi, ne de başkası vasıtasıyla hiçbir şahsi reklam yapamaz, yaptıramaz. Ayrıca, ancak bağlı bulunduğu baronun kurallarının izin verdiği ölçü içinde şahsi bir reklam verebilir veya verdirebilir (md.2.6.1).*“*Şahsi reklam, özellikle medya vasıtasıyla yapılacak şahsi reklam, ancak ilgili avukat bu reklamın mevcut ve ileride olması muhtemel müvekkillere yönelik ve sadece onların bulunduğu ülke sınırları içinde geçerliliğine izin veren baronun mensubu ise mümkün olacaktır. Söz konusu reklamın başka bir ülkede yayınlanması karışıklığa neden olacaktır (md.2.6.2).*”

Buna karşılık yukarıda belirtildiği üzere Arabuluculara Yönelik Avrupa Etik Kuralları içerisinde arabulucuların reklam yapabilecekleri öngörülmüştür.

Avukatlara ilişkin reklam yasağının temeli, avukatlık mesleğinin serbest meslek olması ,bu meslekte güven unsurunun ön planda bulunması sebebiyle avukatların, tacir olarak nitelendirilemeyeceği hususuna dayanır. Tacir kâr amacına yönelmiş iken, avukatlık mesleğinde bu unsur bulunmamakta, avukatın vermiş olduğu hizmet ile aldığı hizmet arasında doğrudan bir ilişki bulunmamaktadır<sup>364</sup>.

Kanımızca Tasarı’da arabulucular için reklam yasağının getirilmesi isabetli olmuştur. Zira böylece avukatlar ile arabulucular arasında bir haksız rekabet olması engellenmiş olmaktadır<sup>365</sup>. Bununla birlikte, avukatların arabulucu olduğu durumlarda, avukatın kendi mesleği ile ilgili olarak reklam yasağına tâbi olması, buna karşılık arabulucu olarak reklam yapabilmesi bir çelişki doğuracaktır.

---

<sup>364</sup>Memiş, Tekin, Haksız Rekabet Açısından İnternet Ortamında Avukatlık Mesleği’nin İcrası, Prof.Dr.Fehiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 423; ayrıca avukatlık mesleğine ilişkin bkz . Sungurtekin- Özkan, Avukatlık Mesleği, s.27 vd.; Özkan-Sungurtekin,Meral, Kurumsal Anlamda Bağımsız Avukatlığın Anlam ve Önemi, Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s.615-633.

<sup>365</sup>Bkz. İstanbul Barosu Başkanlığı’nın Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Üzerine Görüş ve Önerileri, İBD,C.81 2007/5, s.2130.

#### IV. TARAFLARI AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Arabulucu yürüttüğü arabuluculuk faaliyeti konusunda önemli bilgi ve tecrübeye sahip olduğundan öncelikle tarafları yürütülen faaliyet hakkında aydınlatmakla yükümlü olup, bu yükümlülük arabuluculuğun ilkeleri<sup>366</sup>, sürecin işlemesi, sonuçlarına ilişkindir (Tasarı md.11). Böylece taraflar, arabuluculuk faaliyeti hakkında yeterince bilgi sahibi olacaklar ve sürecin daha verimli işlemesi sağlanacaktır. Arabulucunun tarafları aydınlatma yükümlülüğü başlangıç aşamasında mutlak olup, ayrıca süreç içerisinde gerekli durumlarda da sürdürülmelidir. Arabulucunun tarafları aydınlatma yükümlülüğü özellikle süreç içerisinde taraflar arasındaki ilişkilerin kopma noktasına geldiği anlarda önemli olacaktır<sup>367</sup>.

Arabulucunun tarafları aydınlatma yükümlülüğü ile HUMK md. 75 uyarınca hâkimin davayı aydınlatma ödevi arasında bir bağlantı kurulabilir. HUMK md. 75'e göre; kanunun belirlediği istisnalar dışında hâkim tarafların söylemediği şeyi ve iddia sebeplerini dikkate alamaz; *“ancak müphem ve mütenakız gördüğü iddia ve sebepler hakkında izahat isteyebilir”*. Bu düzenleme ile hâkimin doğru hüküm verebilmesi ve maddi gerçeğin bulunabilmesi amaçlanmıştır. Hâkim davanın temelini oluşturan vakıalar ve bu vakıalara dayanılarak talep edilen neticede çelişkili ve açık olmayan hususlar görürse, bunları taraflara açıklattırmalıdır. Bu ödev çerçevesinde hâkim tarafların ileri sürdüğü vakıalara zımnen dahil olan vakıaların getirtilmesini talep edebilir. Ancak tarafların iddiaları veya savunması içinde yer almayan bir vakıanın hâkim tarafından yargılamaya sokulması, bu ödevin sınırları dışında kalır ve bu durum hâkimin reddi sebebi sayılır<sup>368</sup>.

Her ne kadar Tasarı'da arabulucunun tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında aydınlatması öngörülmüşse de, kanımızca hâkimin tarafları aydınlatma yükümlülüğünde olduğu gibi arabulucu da arabuluculuk faaliyeti içerisinde taraflar arasındaki iletişimin sağlanması ve yanlış anlamaları engellemek ve böylece çözüme ulaşmayı sağlamak açısından taraflara çelişkili ve açık olmayan hususları açıklattırmalıdır. Yine arabulucu da

---

<sup>366</sup>Şüphesiz arabulucu, arabuluculuğun temel ilkelerinden biri olan “gizlilik” konusunda da tarafları aydınlatmakla yükümlüdür.

<sup>367</sup> Arabuluculuk Kanun Tasarısı gerekçe md.11, <http://www.kgm.adalet.gov.tr>, 02.08.2009.

<sup>368</sup> Bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.239 vd.

uyuşmazlığın taraflar açısından doğru olarak anlaşılmasının sağlamak için taraflardan birinin ileri sürdüğü vakiya zımnen dahil olan bir vakianın getirilmesini isteyebilir.

Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta; arabulucunun aydınlatma yükümlülüğünün kapsamıdır. Zira arabulucu tarafları sadece tarafların sahip olduğu haklar, güvenceler, arabuluculuğun usulü ve sonucuna ilişkin bilgilendirmeli ve de çelişkili ve açık olmayan hususları taraflara açıklattırmalıdır; yoksa bu aydınlatma dava sürecinin geleceği veya uyuşmazlık konuları hakkında taraflara hukuki danışmanlık verme anlamına gelmemelidir. Ayrıca arabulucu aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken tarafsızlığını korumalı, taraflardan birinin lehine yorumlanabilecek davranışlardan kaçınmalıdır. Bunun yanında tarafların arabuluculuk sürecinde avukatlarından yararlanmasına bir engel bulunmamaktadır<sup>369</sup>. Ancak taraflar arabuluculuk sürecinde avukatlarının da yer almasını istiyorlarsa bunu önceden yapacakları arabuluculuk sözleşmesinde kararlaştırmalıdır<sup>370</sup>. Ancak bu durumda ortaya müzakerelere katılan kişilerin de sır saklama yükümlülüğünde olup olmadıkları sorunu çıkmaktadır. Kanımızca, Tasarı'ya göre anlaşma ile taraf avukatlarının arabuluculuk faaliyetine katılmalarına bir engel yoktur. Ancak bu durumda avukatların da Tasarı md. 4 uyarınca, arabuluculuk faaliyetinin gizliliğinin korunması hususunda yükümlülükleri doğacaktır.

## **V. SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE TANIKLIKTAN ÇEKİNME HAKKI**

Daha önce de belirttiğimiz üzere gizlilik ilkesinin bir sonucu olarak, arabulucu sır saklama yükümlülüğü altında olup, yapılan yargılamada tanıklıktan çekilme hakkına sahiptir (Tasarı, md. 4/I, md.5/I). Tasarı md.33 arabulucunun bu yükümlülüğe uyumaması halinde cezai yaptırım öngörmüştür. Ayrıca taraflar da arabulucuya tazminat davası açabilirler.

## **VI. DOSYA SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

Arbuluculuk faaliyetinin sona ermesi halinde arabulucu, arabuluculuk süreci içerisinde taraflarca kendisine yapılan bildirimleri, tevdi edilen ve elinde bulunan belgeleri ve şayet arabuluculuk süreci anlaşma ile sonuçlanırsa düzenlenecek olan uzlaşma tutanağını beş

---

<sup>369</sup> Özbek ,s. 813.

<sup>370</sup> Alexander/Ade/Olbrisch, s. 145.

yıl süre ile saklamak zorundadır. Ayrıca arabulucu, arabuluculuk sonucunda düzenlediği belgelerin birer örneğini, arabuluculuk sürecinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne gönderir (Tasarı, md.17/IV).

Bu maddenin amacı arabuluculuk faaliyeti ile ilgili daha sonra ortaya çıkabilecek tereddütlerin giderilmesi ve sürecin belgelendirebilmesidir. Arabulucunun saklamak zorunda olduğu belgeler, arabulucuya başvuru bildirim, arabulucuya tevdi edilen belgelerin asıl veya kopyaları ile faaliyetin sonunda tutulan tutanaktır. Arabulucu, bu belgeleri faaliyet sonunda uzlaşma tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren beş yıl süre ile saklamak zorundadır<sup>371</sup>.

## **VII. AİDAT ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

Arabulucular sicile kayıtlarında giriş aidatı ve her yıl için yıllık aidat ödemekle yükümlüdürler. Giriş aidatı ve yıllık aidatların genel bütçeye gelir olarak kaydedilir (Tasarı, md.12/I,II). Arabulucuların ödeyecekleri söz konusu sicile kayıt aidatını ve yıllık aidatları Arabuluculuk Kurulu tespit edecektir (Tasarı, md.32/I,f).

## **C. ARABULUCUNUN NİTELİĞİ VE EĞİTİMİ**

### **I. ARABULUCUNUN NİTELİĞİ**

Arabulucunun müzakere sürecinde etkisi fazla olmakla birlikte, işlevi kendi beceri ve iletişim tekniklerini kullanmaktaki başarısıyla taraflara uyumsuzluğu çözme konusunda yardımcı olmaktır. Kural olarak arabulucu yalnızca arabuluculuk prosedürünün işleyişinden sorumludur. Müzakereler sonrası ortaya çıkan sonuç ve bu sonucun içeriğine ilişkin hiçbir sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu yöntemde ortaya çıkan sonucun sorumluluğu tamamıyla taraflara aittir<sup>372</sup>. Unutulmamalıdır ki; arabulucu yalnızca uyumsuzluğun çözümlenmesi için taraflara hizmet veren kişidir, yoksa bir otorite değildir ve taraflara neyi nasıl yapmasını da söyleyemez<sup>373</sup>. Nitekim Tasarı'da, arabuluculuğun tanımlanması çerçevesinde taraflardan birinin uyumsuzluğun çözümü hususunda sunmuş olduğu somut bir önerinin arabulucu

---

<sup>371</sup> Arabuluculuk Kanun Tasarısı gerekçe md. 17, <http://www.kgm.adalet.gov.tr>, 02.08.2009.

<sup>372</sup> Alexander/Ade/Olbrisch, s.78, bkz. Nolan-Haley, s.75; Sander, s.32.; Senn, s.29.

<sup>373</sup> Haft, s.250.



tarafından karşı tarafa iletilmesinin, arabulucu tarafından çözüm önerisi geliştirilip diğer tarafa zorla kabul ettirilmesi şeklinde yorumlanamayacağı, sürecin işleyişinde ve sonucun elde edilmesinde tamamıyla tarafların egemen olduğu vurgulanmıştır<sup>374</sup>.

Doktrinde Özbek, arabulucunun tarafların kendi uzlaşma seçeneklerini bulmalarını kolaylaştırırken, belli çözüm önerileri geliştirmelerine yardımcı olması ve bu kapsamda taraflara uzlaşma önerilerinin sunmasının mümkün olduğunu belirtmiştir<sup>375</sup>.

Buna karşılık Haft<sup>376</sup>, arabulucunun yalnızca prosedürün işleyişinden sorumlu olduğunu ve bunun da avukatlarla aralarındaki en önemli farklardan biri olduğunu belirtmekle, bir avukatın sorumluluğunun taraf temsilcisi olarak davanın sonucuna ilişkin olduğunu ifade etmektedir. Gerçekten de bir avukat müvekkiline uyuşmazlık ile ilgili hukuki danışmanlık hizmeti verir ve davanın kazanılması için somut tavsiyelerde bulunur. Bu anlamda bir arabulucu hukuki tavsiyelerde bulunamaz.

Arabulucu bu yöntemin gerektirdiği birçok beceriye de sahip olmalıdır. Arabulucu her şeyden önce usta bir dinleyici olmalıdır. Ancak usta bir dinleyici tarafların gerçek isteklerini ve duygularını anlayabilir. Bununla birlikte arabulucunun soru sormak konusunda yetenekli olması gerekir; ancak soruları sorarken bunu hâkimin tanıklara soru sorması biçiminde yapmaması gerekir. Burada amaç sorulan soru ile birlikte taraflardan mümkün olduğunca fazla bilgi toplamaktır. Bunun için en iyi soru sorma tekniği sınırlayıcı olmayan sorular sormaktır. Örneğin arabulucu, şu şekilde soru sormalıdır: “ Ms.Jones, bize sizi arabuluculuk sürecine getiren durumu anlatabilir misiniz?” Bu soru cevaplandıktan sonra arabulucu, aynı şekilde soruyu uyuşmazlığın diğer tarafına yöneltmelidir. Bunun yanı sıra arabulucu, doğru kararlar alabilmeli, sabırlı ve hoşgörülü olmalıdır<sup>377</sup>. Arabuluculuk sürecinin başarıyla sonuçlanabilmesi için öncelikle taraflar, beraber ortak çözüm bulmaya ve ortak çalışmaya yatkın olmalıdır. Zira her ne kadar arabuluculuk süreci tarafların iradesi ile başlasa dahi, bu süreç kolay değildir. Genellikle tarafların duygusal davranmalarından dolayı arabuluculuk süreci başarıyla sonuçlanmamaktadır. Burada bu sorunları aşmak arabulucunun görevidir. Arabulucu taraflar arasındaki iletişimi düzeltmek ve yeniden sağlamakla

---

<sup>374</sup> bkz. Arabuluculuk Kanun Tasarısı md. 2 gerekçe, <http://www.kgm.adalet.gov.tr> , 03.08.2009

<sup>375</sup> Özbek, s.803

<sup>376</sup> Haft, s.251-252.

<sup>377</sup> Nolan-Haley, s.81 vd.

yükümlüdür. Ayrıca bu süreçte arabulucunun algılama yetenekleri de önem kazanmaktadır. Şayet arabulucu, taraflardan birinin diğer tarafa bir hususu bu arabuluculuk sürecini kullanarak dayattığı kanaatine varırsa, devreye girmeli ve arabuluculuk sürecini sona erdirmelidir<sup>378</sup>.

## II. ARABULUCUNUN EĞİTİMİ

Tasarı'ya göre; arabuluculuk yapabilmek için en az dört yıllık lisans eğitimini almış olmak ve arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesiyle ilgili olarak temel bilgiler, iletişim teknikleri, müzakere ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve davranış psikolojisi ile yönetmelikte gösterilecek olan diğer teorik ve pratik bilgileri içeren ve asgari yüzeli saatlik eğitim almak zorunludur (Tasarı, md.22/I). Hukuk lisans diplomasına sahip olmayan kişilerin ise arabuluculuk eğitimini tamamlamış sayılmaları için yüz saatlik temel hukuk eğitimini almaları öngörülmüştür (Tasarı, md.22/II). Söz konusu arabuluculuk eğitimi Arabuluculuk Daire Başkanlığı'ndan izin alan kuruluşlar tarafından verilecek olup, izin için yazılı olarak başvurma şartı getirilmiştir. Bu başvuruda eğitim programı, eğitimcilerin sayısı ve uzmanlıkları ile ilgili eğitim kuruluşu veya eğitim programının finansman kaynakları hakkında bilgi verileceği ve eğitimin amacına ulaşacağı ve eğitim kuruluşlarında eğitim faaliyetinin devamlılığının sağlanılacağına tespit edilmesi halinde, ilgili eğitim kuruluşuna en çok üç yıl geçerli olmak üzere izin verileceği düzenlenmiştir (Tasarı, md. 23/I,II,II). Ayrıca Tasarı md. 24'de, arabuluculuk eğitimi veren kuruluşların aldıkları iznin uzatılmasının hangi süre içerisinde nasıl talep edileceği ve ne kadar süre ile uzatılacağı belirtilmiştir. Eğitim kuruluşları, eğitimlerini başarıyla tamamlayan kişilere arabuluculuk eğitimini tamamladıklarına ilişkin bir belge verecektir (Tasarı md.25). Böylece Tasarı md. 20'de düzenlenen şartlarla birlikte arabuluculuk eğitimini başarıyla tamamlayanlar arabulucular siciline kayıt olabilecek ve arabulucu olarak faaliyette bulunabileceklerdir<sup>379</sup>.

Bunun dışında Tasarı'da eğitim kuruluşlarının faaliyetlerini her yıl Daire Başkanlığı'na bir rapor halinde sunmaları gerektiği düzenlenmiş ve eğitim kuruluşlarının yeterliliğini kaybettiğinin tespiti halinde verilen iznin iptali öngörülmüştür (Tasarı, md.25,26).

---

<sup>378</sup> Haft, s.252.;Alexander/Ade/Olbrisch, s.79.

Tasarı'ya yöneltilen en ağır eleştirilerden biri hukuk eğitimi almayan kişilerin yalnızca yüz saatlik bir temel hukuk eğitimi alması ile arabulucu olarak görev yapacaklarına ilişkindir. Zira arabuluculuğun hukuki niteliğine rağmen bu sistemin diğer lisans eğitimlerine de açık hale getirilmesinin hukuki bir faaliyetin her türlü meslek mensupları tarafından yapılabileceği endişesini de beraberinde getirmektedir. Ayrıca Tasarı'da belirtilen eğitim kurumlarının niteliğinin belirtilmediği ve bunlar için gerekli alt yapının oluşturulmadığı belirtilmektedir<sup>380</sup>.

Genel olarak incelendiğinde arabulucuların eğitimi hususunda karşımıza farklı kriterler çıkmaktadır. Bir kısım arabulucuların hukuk eğitimi, buna karşın bir kısmının da özel arabuluculuk eğitimi verilen kurslarda eğitim aldığını görmekteyiz<sup>381</sup>. Bununla birlikte, resmi olmayan yollarla arabulucu olan ve hiçbir şekilde arabuluculuk eğitimi almadan, arabuluculuk yönteminin gelişmesini sağlayan ve bundan da kazanç elde eden kişilere de rastlanmaktadır<sup>382</sup>.

Arabuluculuk eğitiminin verildiği kurslar arasında da farklı kriterler mevcuttur. Avrupa da genellikle bu kurslar üniversiteler ve resmi veya özel bazı kuruluşlar tarafından verilmektedir. Bazı kurslar yalnızca otuz saatle sınırlı olarak arabuluculuk eğitimi verirken, bazı kurslarda eğitim haftalarca, aylarca ve hatta yıllarca sürebilmektedir. Ancak bu kursların bitirilmesi veya hukuk fakültelerinden mezun olmak arabulucu olmak için yeterli sayılmamaktadır. Resmi kuruluşlarda arabulucu olarak görevlendirilmek isteyen kişiler, bu resmi kuruluşun talep ettiği niteliklere de sahip olmalıdır. Birçok resmi kuruluş bünyesinde arabulucu olarak görevlendireceği kişilerin belirli bazı kurslardan da sertifika almasını öngörmektedir. Bu kurslara örnek olarak Cambridge'deki "Çocukları Dinleme Projesi" (Children's Hearing Project) verilebilir. Arabulucu olabilmek için genellikle hukuk fakültesinden mezun olmak gibi bir şart aranmamakla birlikte mahkemeler de arabulucu olarak görevlendirilecek kişileri seçmektedir. Almanya'da arabuluculuk eğitimi mahkemelerde yapılmakta ve hâkim olabilmek için gerekli yeteneklere sahip olanlar

---

<sup>380</sup> İstanbul Barosu Başkanlığı'nın Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Üzerine Görüş ve Önerileri, s.2133, Mutlu, İlker Erdem, Arabuluculuk Yasa Tasarısı Üzerine Kavramsal Bir Değerlendirme, İBD, C:81,2007/5, s.2149;İstanbul Barosu "Meslek Sorunları Komisyonu" Değerlendirmesi, İBD, 2007/5,C.81, s.2161,Başözen, s.239.

<sup>381</sup> Örneğin Hollanda 'da kanunda bu konuda emredici bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte 6 ile 10 gün arasında verilen bir özel arabuluculuk kursunun fiyatı 2.500 Euro ile 4.600 Euro arasında değişmekte, buna karşın daha uzun bir eğitim verilen 14 ile 21 günlük kursların fiyatı 4.500 Euro ile 6.500 Euro arasında değişmektedir.Bkz. Hopt/Steffek, s. 71.

<sup>382</sup>Krapp, s.46.

arabuluculuk yapmaya hak kazanmaktadır. Bir diğere deyişle, nasıl hâkimler hâkim olabilmek için mahkemelerde hâkimlik stajını tamamlamak zorunda ise, arabulucu olabilmek için de bu şekilde mahkemelerde staj yapmak gerekmektedir. Bugüne kadar Almanya’da, Münih, Würzburg ve Traunstein sulh hukuk mahkemelerinde arabuluculuk stajı yapılmıştır<sup>383</sup>. Almanya’nın Bavyera Eyaleti’nde de arabuluculuk resmi arabuluculuk kurumları tarafından yürütülmekte ve arabulucu olarak taraf vekili konumunda bulunmayan avukatlar, noterler, sanayi ve ticaret odaları görev yapmaktadır. Baden Württemberg Arabuluculuk Kanunu’na göre ise, arabuluculuk barolar tarafından belirlenen avukatlara tanınmıştır<sup>384</sup>.

Belçika hukukunu incelediğimizde, “iradi arabuluculuk” ve “yargısal arabuluculuk” olmak üzere iki tür arabuluculuk mevcuttur. Her iki tür için de tarafların arabuluculuğa başvurması kendi iradelerine dayanmaktadır. Ancak iradi arabuluculukta taraflar yargılama başlamadan önce veya yargılama başladıktan sonra kendi aralarında anlaşarak arabuluculuğa gitmektedirler. Yargısal arabuluculukta ise hâkim devreye girmekte ve kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine taraflara arabuluculuğa başvurmalarını teklif etmektedir. İşte Belçika’da iradi arabuluculukta herkes arabulucu olabilmektedir; buna karşılık yargısal arabuluculuk yalnız Federal Arabuluculuk Genel Komisyonu<sup>385</sup> tarafından “onaylanmış” arabulucular tarafından gerçekleştirilmektedir. Komisyon arabuluculuğu aile hukuku, sosyal ve medeni ve ticari uyuşmazlık alanlarında kabul etmiş ve bir kimsenin yalnızca bu alanlardan birinde “arabulucu” olarak onaylanabileceği düzenlenmiştir. Ancak avukatlar bunun istisnasını oluşturmakla, her üç alanda da onaylanabilmektedirler. Arabulucuların onaylanabilmeleri için çeşitli şartlar sayılmış olup -örneğin mezun olduğu dalda en az iki yıl iş tecrübesi bulunmak, onaylanmak istediği alana ilişkin gerçekleştirilen arabuluculuk eğitimlerinden geçtiğini belgelemek gibi- bunun dışında bir meslek sınırlaması öngörülmemiştir<sup>386</sup>.

Gerçekten de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ve özellikle arabuluculuk kurumunun sağlıklı bir şekilde gelişmesi ve amaçlanan faydalarını sağlayabilmesi için arabulucuların eğitimine çok önem verilmelidir. Her ne kadar arabuluculuk kurumunun

---

<sup>383</sup> Krapp, s.46-47

<sup>384</sup> bkz. yuk. s..33, dipn.86

<sup>385</sup> Bu kurum Tasarı’daki Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde oluşturulacak Arabuluculuk Daire Başkanlığı’na benzetilebilir.

<sup>386</sup> Bkz. Namlı, s.104 vd.

temelinde arabulucuların hukuk eğitimi alması gibi bir zorunluluk bulunmasa da kanaatimizce arabulucuların mutlaka en azından belirli saatlerle sınırlanmış olarak hukuk eğitimi almaları gerekmektedir.

Nitekim; ağırlıkla arabulucu olabilmek için hukuk eğitiminin alınmasına gerek görülmediği ABD’de dahi, mahkeme ve resmi arabuluculuk kurumları arabulucuları seçerken yüksek kriterler aramaktadırlar. Örneğin arabulucuların gerçekten iyi, kaliteli bir arabuluculuk eğitimi alıp almadığı incelenmektedir. ABD’de, arabulucular, daha çok mahkeme tarafından onaylanan avukatlar olmakta, arabuluculuk eğitimi de kâr amacı gütmeyen organizasyonlar, mahkemeler ve üniversiteler aracılığıyla verilmektedir. Özellikle Federal Bölge Mahkemeleri’nde uygulanan mahkemeye bağlı alternatif uyuşmazlık çözümünde tarafsız kişilerin eğitimleri, mahkemeler tarafından üstlenebilmektedir. Bu eğitimler, mahkemeler tarafından tutulan ücretli arabulucular aracılığıyla gerçekleştirilmektedir<sup>387</sup>.

Bununla birlikte ABD’de arabuluculuk ve uzlaşma eğitimi üniversitelerden başlamakta ve arabuluculuk ve uzlaşma artık ciddi anlamda bir bilim olarak ele alınmaktadır. Üniversitelerde çeşitli projelerle uzlaşma kültürü yaygınlaştırılmaya çalışılmaktadır. Bu programların ilki Harvard Üniversitesi’nde gerçekleştirilen “Arabuluculuk Programı”dır (Harvard Mediation Program). Harvard Arabuluculuk Programı 1981 yılında kurulmuş, 1984 yılından itibaren Harvard Üniversitesi bünyesinde bağımsız öğrenci kuruluşu olarak çalışmalarını sürdürmektedir. Bu proje, özellikle mahkemelerdeki özel hukuk alanındaki küçük çaptaki uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemi ile çözülmesi konusunda çalışmalar yapmaktadır (Small Claims Court). Bu programda her yıl iki kere olmak üzere otuz saat özel hukuk uyuşmazlıkları ile arabuluculuk eğitimi verilmektedir. Bu eğitimi bitirenler bir sömestir veya bir ayda iki günden fazla olmak üzere arabulucu olarak Brookline, Cambridge, Malden, Quincy, Roxbury veya Massachusetts mahkemelerinde görev almaktadır<sup>388</sup>.

Görüleceği üzere arabuluculuk yöntemini uygulayan ve bundan fayda sağlayan ülkelerde arabulucular ciddi bir eğitime tâbi tutulmaktadırlar. Tasarı’ya ilişkin eğitim kuruluşlarının denetimi hususundaki eleştirilere katılmamaktayız. Zira Tasarı md. 23, 24, 26 ve 27 eğitim kuruluşlarının denetlenmesi ve eğitimin kalitesinin artırılmasına yöneliktir.

---

<sup>387</sup> Sungurtekin-Özkan, Uzlaşma Sağlama, s.359; Özbek, İlkeler, s.497-498.

<sup>388</sup> Krapp,s.49,;Wolfram Korn- Schmarsli, s. 3-4.

Ayrıca Tasarı'da Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün, arabuluculuk hizmetlerinin yönetimine dair tüm işlem ve uygulamalar ile arabuluculuk eğitim kuruluşları ve arabulucuların denetimiyle görevlendirmek üzere hukuk veya hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren siyasal bilimler, idari bilimler, iktisat, maliye ve işletme alanlarında en az dört yıllık öğretim yapan yüksek öğretim kurumlarından mezun olanlar arasından yapılacak yarışma ve yeterlilik sınavı sonucunda mesleğe alınması şartları ile denetim görevlisi istihdam edeceği düzenlenmiştir (Tasarı md.29). Yine Tasarı md. 30'da Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde oluşturulacak Arabuluculuk Daire Başkanlığının görevleri sayılmıştır. Ancak önemli olan bu denetimlerin usulüne ve amacına uygun bir şekilde gerçekleştirilmesinin sağlanmasıdır. Maalesef ülkemizde mevcut hukuk düzenlemelerin kötü niyetli kişiler tarafından belirli çıkarlar doğrultusunda yorumlanarak kullanıldığı gerçektir. Arabuluculuk sisteminin de resmi arabulucu sıfatı taşımayan kişiler tarafından kâr elde etmeye yönelik, ticari bir iş olarak görülmesi ve bu işten kişisel menfaatler elde edilmesi tehlikesi mevcuttur.

Bu sebeplerle doktrinde arabuluculuğu yalnızca hukuk fakültesinden mezun olmuş olan hukukçulara tanımak veya belirli meslek grupları ile sınırlandırmak yolunda görüşler<sup>389</sup> mevcuttur.

Kanaatimizce arabuluculuğu yalnızca hukukçulara veya belirli meslek grupları ile sınırlandırmanın arabuluculuğun amaçları ve temeli ile bağdaşmamaktadır. Zira uyumsuzluğun türüne göre, mühendis, tıp doktoru, iktisatçı veya mimar arabulucu olabilecektir. Burada önemli olan arabulucunun o uyumsuzluk türü açısından uzman bir kişi olmasıdır. İncelediğimiz çerçevede mukayeseli hukuka göre de , Almanya'nın Baden Württemberg Eyaleti dışında sadece avukatların arabulucu olabileceği yönünde bir düzenleme mevcut değildir. Yalnızca Belçika'da avukatlara her alanda arabuluculuk yapmak hususunda bir imtiyaz tanınmıştır.

---

<sup>389</sup> Başözen, ilk başta arabuluculuğun hukuk fakültesi mezunları, noterler, avukatlara tanınması gerektiğini ya da bu kapsam genişletilerek siyasal bilgiler fakültesi mezunları, iktisadi idari bilgiler fakültesi mezunları, sosyologlar ve psikologlar ile sınırlı tutulması gerektiğini belirtmiştir (Başözen, s.239). Özet de; arabulucu sıfatının avukat olmayanlara da açık tutulup tutulmayacağı konusunun etraflıca tartışılması gerektiğini, bu alanın avukat olmayanlara da açık tutulabileceğini ancak hukukçu olmayanların bilgisine başvurmanın tek yolunun onlara arabulucu sıfatının verilmesi olmadığını, arabuluculuk prosedürü içerisinde başka yollarla da uzman kişilerin bilgisine başvurulabileceğini belirtmektedir. Bkz. Özet, Görüş ve Eleştiriler, s.20-21.

Ancak uzlaşma kültürünün çok gelişmediği ülkemizde Tasarı'da belirtilen yüz saatlik temel hukuk eğitimi süresinin uzatılması, bu eğitimin nitelikli hukukçular tarafından sağlanması, arabuluculara eğitim verecek kuruluşlar için öncelikle altyapı oluşturulması ve eğitim kurumlarının nitelikleri, denetlenmesi, içeriği standartları ile ilgili çıkarılacak yönetmeliklerde ayrıntılı düzenlemelere yer verilmesi söz konusu olabilir.

Bununla birlikte arabuluculuğun aynı zamanda Almanya EGZPO md. 15 a uygulamasında olduğu gibi resmi olarak tanınmış arabuluculuk kurumları tarafından da yerine getirilebileceği düşüncesindeyiz. Örneğin Almanya'da özellikle kira ile ilgili uyuşmazlıklarda kira birliklerinin arabuluculuk yöntemini tercih ettiği görülmektedir. Kira sözleşmesinin yorumlanması ve sözleşmedeki eksik veya yanlışların giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk kurumlarının devlet mahkemelerinin aksine sözleşmeleri değiştirme imkânı mevcuttur. Bu suretle de uyuşmazlıkların anlaşma yolu ile çözümlenmesi imkânı artmaktadır. Sulh hukuk mahkemelerinde her yıl 300.000 civarında uyuşmazlığın kiraya ilişkin olduğu ve bunların da 2/3 'ünün arabuluculuk yöntemi ile çözümünün elverişli olduğu ifade edilmektedir<sup>390</sup>.

Tasarı'ya göre 'de Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından onaylanan sanayi ve ticaret odaları, borsalar birliği, kuyumcular odası, mimarlar odası gibi çeşitli meslek birliklerine resmi arabuluculuk kurumu sıfatı verilebilir.

---

<sup>390</sup>Bkz.Hildebrandt,Dieter,Möglichkeitenund  
ChanceneinerSchlichtungstellefürMietstreitigkeitenhttp://www.kmkongress.de/download/2006\_forum2\_ergebnis  
se\_protokoll.pdf , 30.07.2009, s.1.

## Ş4. ARABULUCULUK SÜRECİ VE AŞAMALARI

### A. ARABULUCULUK SÜRECİNİN BAŞLAMASI

Arabuluculuğun mahkemeler ile ilişkisine ilişkin olarak genel olarak üç sistem mevcuttur. Bunlardan ilki mahkeme dışı arabuluculuk (gerichtsexterne Mediation) olarak adlandırılır ve mahkeme sürecinden tamamıyla bağımsız olarak yürütülür. Bu sistemde arabulucuğa başvuru tamamıyla tarafların serbest iradelerine bırakılmıştır. İkinci sistem mahkeme bağlantılı (gerichtснаhe Mediation) olan arabuluculuk olarak adlandırılır. Bu sistemde mahkeme tarafları arabuluculuğa teşvik eder. Bu sistem özellikle aile ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulur. Üçüncü sistem mahkeme içi arabuluculuk (gerichtsinterne Mediation) olarak adlandırılır. Bu sistemde hangi uyuşmazlıklar için arabuluculuğa başvurulacağı kanunda belirlenmiştir ve bu uyuşmazlıklar için dava açmadan önce arabuluculuğa başvuru zorunlu olup, arabuluculuk yöntemi mahkeme süreci ile bağlantılı bir şekilde sürdürülür<sup>391</sup>.

Tasarı'da bu sistemlerden mahkeme dışı ve mahkeme bağlantılı arabuluculuğun birleştirildiği bir sistemin kabul edildiğini söyleyebiliriz. Zira taraflar üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra arabulucuya başvurup başvurmama konusunda serbesttirler. Bununla birlikte açılmış olan bir davada hâkimin de tarafları arabulucuya başvurma konusunda teşviki mümkündür. Arabuluculuk yönteminin işleyişi ve arabulucuların seçilmesi de mahkemelerden bağımsız bir şekilde sürdürülür<sup>392</sup>.

### I. DAVA AÇILMADAN ÖNCE ARABULUCUYA BAŞVURU

Bazı hukuk sistemleri- özellikle AngloAmerikan hukuk sistemi- arabuluculuğa başvuruyu dava açılmadan önce yürütülecek bir prosedür olarak görür<sup>393</sup>.

---

<sup>391</sup> Bkz. Hopt/Steffek, s.20.

<sup>392</sup> Bkz. Tasarı, md. 13/I, Tasarı, md.14, Tasarı, md.15/II.

<sup>393</sup> Burada ön duruşma safhası mevcuttur, bu aşamada hâkim ve avukatlar tarafından maddi vaktalar ve ihtilaflı konular belirlenir. Bu safhasının asıl amacı tarafların mahkeme dışı bir yol ile anlaşmaya varmalarının sağlanmasıdır. Bkz. Hopt/Steffek, s.22 vd.



Tasarıya göre de, dava açılmadan önce tarafların kendi rızalarıyla uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemi ile çözülmesi hususunda anlaşması mümkündür. Buna göre; taraflar dava açılmadan önce arabuluculuk yönteminin başlayabilmesi için; bir arabuluculuk sözleşmesi ile bunun zamanı, ne kadar sıklıkta görüşüleceği, belgelendirme işleminin nasıl olacağı, arabulucunun seçimi, gibi konularda anlaşmaya varır ve bir arabulucuyu bu uyuşmazlık çözüm süreci içerisinde kendilerine yardımcı olmak üzere yetkilendirirler<sup>394</sup>.

## II. DAVA AÇILDIKTAN SONRA ARABULUCUYA BAŞVURU

Tarafların dava açıldıktan sonra da anlaşarak arabuluculuk yöntemine başvurmasına bir engel yoktur. Aynen dava açılmadan önce arabulucuya başvuru da olduğu gibi tarafların arabulucuya başvurma konusunda ortak iradelerinin bulunması gerekli ve yeterlidir.

Mahkemenin teşviki ile arabulucuya başvurulduğunda, arabuluculuk yöntemi ile anlaşmaya varılması sürecinde mahkemenin de katılımı olacaktır. Bu durumda öncelikle uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olup olmadığının tespiti mahkeme tarafından yapılacaktır<sup>395</sup>.

Tasarı md. 13/I'de, “...Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir” ifadesi kullanılmıştır. O halde bu madde uyarınca, hâkimin tarafları arabulucuya başvuru konusunda teşviki zorunlu olarak düzenlenmemiş, hâkimin taktirine bırakılmıştır. Burada arabuluculuğun temel ilkesi olan iradilik ile paralel bir düzenleme yapılmıştır. Ancak kanımızca arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklarda hâkimin tarafları arabuluculuk yönteminin esası hakkında bilgilendirmesi ve bu yöntemin uygulanması yönünde bir hatırlatma yapması ödevinin olduğunun kabulü gereklidir<sup>396</sup>. Bu şekilde toplumumuzun uzlaşma kültürü ile tanışması ve bilgi sahibi olması hız kazanacaktır.

Tasarı md. 13/II'de, arabuluculuk sürecinin iki tarafça ortak bir şekilde başlatılmamış olması hali düzenlenmiştir. Şayet sadece taraflardan birinin teklifte bulunması söz konusu

---

<sup>394</sup> Bkz. Senn, s.38.

<sup>395</sup> Bkz. Hopt/Steffek, s.23-24

<sup>396</sup> Bkz. Başözen, s.237; buna karşın doktrinde Öztekin; mahkemeye “*tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp teşvik etmek*” ödevinin yüklenmesinin gereksiz bir külfet olduğu kanaatindedir. Bkz. Öztekin, Görüş ve Eleştiriler, s.21.

ise diğ er tarafın bu teklife cevabının beklenmesi gerekir. Karşı taraf arabulucuya başvuru teklifinin kendisine ulaşmasından itibaren otuz gün içinde olumlu cevap vermezse, teklifi reddetmiş sayılacaktır. Tasarı'da “aksi kararlaştırılmamışsa” ifadesi yer aldığından tarafların anlaşarak bu süreyi uzatmaları veya kısaltmaları mümkündür.

Dava açıldıktan sonra gerek tarafların kendi iradeleri gerekse mahkemenin teşviki ile arabulucuya başvuru için bir süre sınırlamasının olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Bu konuda Tasarı'da açık bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte HMKT'nin sulh ve arabuluculuğa başvuruya ilişkin hükümlerinin değerlendirilmesi bu konuda yol gösterici olabilir. Zira HMKT “Üçüncü Kısım Dördüncü Bölüm” de hukukumuzda önemli bir yenilik olan “ön inceleme “ aşaması kabul edilmiştir<sup>397</sup>.

Bu ön inceleme aşamasında delillerin ve hukuki uyuşmazlığın tartışılması için yeterli hazırlık yapıp, tahkikata başlanması ve böylece yargılamanın gecikmesinin engellenmesi amaçlanmıştır. Bu aşamada uyuşmazlık konuları tespit edilecek, dava şartları ve ilk itirazlar hakkında karar verilecek ve mahkeme tarafından taraflar sulhe veya arabulucuya başvuru hususunda teşvik edilecektir. Tarafları sulhe ve arabulucuya teşvik etmekle taraflar arasında bir anlaşma sağlanmasına uygun ortam yaratılmak suretiyle uyuşmazlığı daha ileriki aşamalara gitmeden çözüme kavuşturulması hedeflenmektedir<sup>398</sup>. Ön inceleme işlemleri tamamlanmadan ve bu konuda gerekli kararlar verilmeden tahkikata başlanamayacak ve tahkikat için duruşma günü tespit edilmeyecektir( HMKT, md.142/I,II). “Ön İnceleme Duruşması” başlıklı HMKT md.145/II sulh ve arabuluculuğa ilişkin özel bir fıkradır. Buna göre, uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkimin tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik edeceği ve hâkimin bu konuda sonuç alınacağı kanaatine vardığı taktirde bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin edeceği öngörülmüştür. O halde HMKT'ya göre tarafların dava sırasında kendilerinin veya hâkimin teşvikiyle arabulucuya başvurmaları mümkündür. Bunun dışında madde düzenlemesinde “ *...bu konuda sonuç alınacağı kanaatine varırsa, bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin eder*” ifadesi ile hâkimin tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik etme zorunluluğu getirilmiştir. Hâkim

---

<sup>397</sup>Bkz. Pekcanitez, Hakan, Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, HPD, 2006/8, s,75-76, Pekcanitez,Hakan, Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V Ankara 8-9 Eylül 2006, s. 21 vd.; Özekes Ön İnceleme, s. 107 vd.; Budak, 167 vd.; Alangoya,/Yıldırım,/Deren-Yıldırım, HMKT, s. 87 vd..

<sup>398</sup> Belirtmek gerekir ki; HMKT'da genel olarak mahkeme dışı çözüm yolları ile sulh veya uzlaşmanın teşvik edilmesi amacıyla alt yapı oluşturulması benimsenmiştir. Bkz. Pekcanitez, Genel Olarak HMKT, s.7.

tarafların sulh olmalarının mümkün olabileceği ve tarafların bu konuda bir süreye, karşılıklı görüşmeye ihtiyaç duyduklarına kanaat getirirse, tarafların sulh olmaları için bir defaya mahsus olmak üzere süre verebilir. Bu süre tarafların talebi üzerine veya hâkim tarafından re'sen verilebilir. Burada hâkimi taraflara sulh için süre vermesini kriteri, hâkimde tarafların uzlaşabileceklerine ilişkin ciddi bir kanaatin oluşmasıdır. Fakat hâkimin “davayı arabulucuya göndermesi kararı” vermesi zorunluluğu mevcut değildir. Tarafların talebine rağmen hâkim arabuluculuk yönteminin faydalı olmayacağı, arabuluculuk teklifinin davayı geciktirmek amacı ile yapıldığı kanaatine varırsa, tarafların talebine rağmen davanın arabulucuya gönderilmesi kararı vermeyebilir. HMKT md. 145/III'e göre, ön inceleme oturumunda (veya sulh veya arabuluculuk için süre verilmişse ikinci oturumda) tarafların sulh veya arabuluculuk faaliyetinden bir sonuç alıp almadıkları, sonuç alamadıkları takdirde anlaşamadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tutanakla tespit edilir. Yani; taraflar sulh olurlarsa bu durum; sulh olmazlarsa sulh olmadıkları tutanağa geçirilecektir. Bu tutanak özel bir öneme sahip olup, uyuşmazlık çözümlenmiş ise bir sulh belgesi olacaktır. Bir diğer deyişle, burada mahkeme içi sulh yapılmış olacaktır. Buna karşılık uyuşmazlık çözümlenmemişse, bu tutanak yargılamanın devamında mahkeme ve taraflar için yol gösterici bir nitelikte olacak ve bu tutanakta yer almaya hususlar tahkikatın konusu olmayacaktır<sup>399</sup>.

HMKT'ya göre, dava açıldıktan sonra tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklarla sınırlı olmak üzere arabuluculuk yöntemine başvurması “ön inceleme” safhasında öngörülmüştür. Ön inceleme, dava açıldıktan sonra tarafların dilekçelerini mahkemeye sunmalarından sonra mahkeme tarafından yapılacak ilk inceleme aşamasıdır. Ancak bu aşamada henüz işin esasına tam olarak girilmemiştir<sup>400</sup>. O halde HMKT'ye göre; açılmış bir davada arabuluculuğa başvuru için tarafların anlaşması veya bu konuda hâkimin teşviki işin esasına girmeden önce yapılmış olmalıdır. Nitekim dava açıldıktan sonra tarafların arabulucuya başvurması genellikle davanın başında söz konusu olabilecek, davanın ileriki aşamalarında her iki taraf da dava sonunda verilecek kararı tercih edebileceklerdir. Ancak HMKT, arabuluculuğa başvuruyu her ne kadar ön inceleme

---

<sup>399</sup> Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım; hâkimin tüm uyuşmazlık işlemlerini tutanağa geçirtmesinin zor bir işlem olduğu, davada taraf iradelerinin ön planda olduğu, hâkimin taleple bağlı olduğu, ön inceleme oturumunda taraf taleplerinin tam olarak formüle edilmesinin mahkemelerin çalışma düzeni göz önünde tutulduğunda hazırlanacak tutanağın eksikler içermesi olasılığının yüksek olduğu görüşündedir. Bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, HMKT, s. 89.

<sup>400</sup> Bkz. Pekcanitez, Genel Olarak HMKT, s.76; Pekcanitez, HMKT Tanıtım, s.23.

aşamasında öngörmüşse de, davanın sonraki aşamalarında tarafların iradeleri ile arabuluculuğa başvurma konusunda bir engel olmaması gerekir. Zira HMKT'nın bu konuda zamansal bir sınırlama getirdiğini söylemek doğru olmayacaktır.

Arabuluculuk Kanun Tasarısı'na göre de, arabuluculuğun niteliği gereği hâkimlerin tarafları arabulucuya teşviki veya tarafların kendi iradeleri ile arabulucuya başvurmaları kesin hüküm verilinceye kadar davanın her safhasında mümkün olmalı, bu konuda bir süre sınırlaması olmamalıdır<sup>401</sup>. Nitekim arabuluculuğun temelini sulh kurumu olduğu düşünüldüğünde de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Zira dava açıldıktan sonra, dava hakkında verilen hüküm kesinleşinceye kadar tarafların sulh olması mümkündür. Buna göre hüküm verilmeden önce, hüküm verildikten sonra, temyiz ve karar düzeltme aşamalarında da davada sulh olunabilir<sup>402</sup>.

Buna karşılık doktrinde Akcan<sup>403</sup>, arabuluculuk sürecini kanun yollarına başvurmadan önce nihai karar verilinceye kadar açık tutmanın yerinde olacağını, özellikle Yargıtayın bozma kararından sonra arabuluculuk yolunun kamu yararı amacıyla mümkün olmaması gerektiğini savunmuştur.

Doktrinde<sup>404</sup> Tasarı, arabulucu ile mahkeme arasındaki ilişkinin nasıl şekilleneceği noktasının belirli olmadığı gerekçesi ile eleştirilmiştir. Bu konuda Belçika ve Fransız hukuklarına göre dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvuru halinde dava derdest kalacağından mahkeme arabuluculuk süreci içerisinde dahi uygun ve gerekli gördüğü her türlü tedbiri alabilmelidir. Bununla birlikte dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra taraflardan birinin mahkemeden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz talep etmesinin kabulü halinde bu talepte bulunan tarafın dostane bir çözüm yolu olan arabuluculuktan vazgeçtiği sonucuna varılabilir. Ancak diğer yandan arabuluculuk faaliyetinin başarılı sonuç vermemesi halinde de tarafların hak kaybına uğramaması da gereklidir.

---

<sup>401</sup> Pekcanitez, Tasarı Üzerine Genel Tartışma ve Değerlendirme; Toplantı –VI, s. 297; aynı yönde bkz. Öztekin, Görüş ve Eleştiriler, s.21. Nitekim Almanya'da da; kanun yolları aşamasında arabuluculuğa gidilebileceği kabul edilmektedir. Arabuluculuk ZPO md. 278/II hükmü uyarınca, yargılamanın bir parçası olan özel bir usul olarak görülmektedir. Bkz. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin (Bundesgerichtshof), 12.02.2009, VII ZB 76/07 sayılı kararı, <http://www.lexisnexis.com/de/recht/frame>, 09.07.2009.

<sup>402</sup> Bkz. Kuru (C.IV), s.3750

<sup>403</sup> Akcan, s.49

<sup>404</sup> Bkz. Öztekin, Görüş ve Eleştiriler, s.26-27.

## B. ARABULUCULUK SÜRECİNİN BAŞLAMASININ ETKİLERİ

### I. DAVA AÇILMADAN ÖNCE

Arabuluculuk sürecinin başlamasından itibaren tarafların hak kaybına uğramamaları ve özellikle de arabuluculuğun başarısızlıkla sonuçlanması ihtimalinde tarafların devlet mahkemelerinde dava açabilmeleri için uyuşmazlık konusu hak veya alacağa ilişkin sürelerin durması gereklidir. Bu sebeple de hemen her ülke düzenlemesinde arabuluculuğa başvurunun zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerinin durduracağı düzenlenmiştir<sup>405</sup>.

Özellikle dava açılmadan önce arabuluculuk yöntemine başvurulduğunda, uyuşmazlık konusu hak ve taleplerle ilgili dava açılması ile ortaya dava konusu alacak veya hak için söz konusu olan zamanaşımı süresi kesilmeyecektir<sup>406</sup>(BK md.133/II). Bu nedenle de dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurunun sürelere etkisinin düzenlenmesi önemlidir.

Nitekim Tasarı' da da, arabuluculuğa başvurunun sürelere etkisi özel olarak düzenlenmiş, ilk olarak arabuluculuk sürecinin ne zaman başlayacağı açıklığa kavuşturulmuştur Buna göre; dava açılmadan önce arabulucuya başvuru halinde, arabuluculuk süreci tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar (Tasarı, md.16/I). Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır (Tasarı, md.16/II).

Ancak Tasarı'da duran sürelerin ne zaman başlayacağına ilişkin bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu konuda Öztekin; Belçika Medeni Usul Kanunu'nda, taraflar açıkça aksini kararlaştırmamışlarsa, taraflardan birinin diğer tarafa ve arabulucuya ya da arabulucunun taraflara yaptığı ve arabuluculuğu sona erdirme iradesini ortaya koyan bildirimden itibaren bir ay sonra durmuş olan sürelerin yeniden işlemeye başlayacağına öngörüldüğünden,

---

<sup>405</sup> Bkz. Hopt Steffek, s.30.

<sup>406</sup> Dava açılmasının sonuçları için bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.303 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.258 vd.;Üstündağ, s.485 vd.;Kuru/Arslan/Yılmaz, s.320 vd.

Tasarı'da bu konuda açık bir düzenleme yapılması gerektiğini belirtir<sup>407</sup>.

## II. DAVA AÇILDIKTAN SONRA

Dava açıldıktan sonra arabuluculuk süreci, şayet arabuluculuğa başvuru mahkemenin teşviki ile gerçekleşmişse, mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya taraflar kendileri anlaşarak arabuluculuğa başvurmaya karar vermişlerse, bu konuda anlaşmaya vardıklarını mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri veya duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar (Tasarı, md.16/I). Belirtmek gerekir ki; taraflar kendi iradeleri ile arabuluculuğa başvurmak konusunda anlaşmışlarsa, bu konuda mahkemeye yapılacak beyanın duruşma günü yapılması şart değildir. Duruşma dışında bu beyanın mahkemeye verilmesi ve beyan üzerinde hâkimin havale tarihinin esas alınması ile arabuluculuk süreci başlayacaktır.

O halde her iki durumda da, taraflar arabuluculuğa başvuru konusunda anlaşıklarını öncelikle mahkemeye beyan etmelidirler. Bu beyan üzerine mahkemenin “dosyanın arabulucuya gönderileceğine ilişkin” bir ara karar vermesi gerekir. Mahkeme bu kararında arabulucunun isim, ünvan ve adresini belirtmelidir<sup>408</sup>. Tasarı'da, dava açıldıktan sonra tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri halinde, yargılamanın mahkeme tarafından üç ay süre ile erteleneceği ve bu sürenin tarafların birlikte başvurusu üzerine üç ay daha uzatılabileceği öngörülmüştür (Tasarı md.16/V). O halde hâkim söz konusu ara kararı verdikten sonra aynı zamanda en az üç ay süre sonraya duruşmayı erteleyerek, yeni bir duruşma günü tayin edecektir.

Bavyera ve Baden Württemberg Eyalet Arabuluculuk Kanunları<sup>409</sup>, arabuluculuk sürecinin sonlandırılmasına ilişkin uygun olan sürecin arabulucu tarafından takdir edileceğini, ancak her halükârda bu sürecin 3 aydan fazla olamayacağı yönünde bir düzenleme getirmiştir. Buna karşılık Tasarı'da arabuluculuk sürecinin ne kadar süreceğine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte Tasarı'da dava açıldıktan sonra arabulucuya başvuru halinde yargılamanın üç ay erteleneceği ve tarafların birlikte

---

<sup>407</sup> Bkz. Öztekin, Görüş ve Eleştiriler, s.24.

<sup>408</sup> Bkz. Öztekin, Görüş ve Eleştiriler, s.21.

<sup>409</sup> Bavyera Arabuluculuk Kanunu, md. 10/IV, md.4/I; BW Arabuluculuk Kanunu md.4.

başvurması halinde bu sürenin üç ay daha uzatılabileceği öngörüldüğünden arabuluculuk sürecinin de en fazla altı ay sürebileceği kabul edilebilir.

Dava açıldıktan sonra da tıpkı dava açılmadan önce arabuluculuğa başvuruda olduğu gibi; arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesi tarihine kadar geçirilen sürede zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanması dikkate alınmayacaktır (Tasarı, md.16/II).

### **C. ARABULUCUNUN SEÇİLMESİ**

Mukayeseli hukuk açısından değerlendirildiğinde, arabulucunun seçiminin tarafların anlaşması doğrultusunda serbestçe yapılacağı ve bu konuda bir tarafın diğer tarafa baskı yapamayacağı kabul edilmektedir. Bazı durumlarda da, taraflar arabuluculuk kurumu üzerinde anlaşır ve arabulucunun seçimini bu kuruma bırakabilirler<sup>410</sup>.

Ancak bazı sistemlerde seçimin hızlandırılması ve belirli arabuluculara yönelme ve böylece yığılmanın engellenmesi amacıyla arabulucunun seçiminin sınırlandırıldığı da görülmektedir. Tartışmasız olarak arabulucunun belirli arabulucular listesinden veya arabuluculuk birliklerinden seçilmesi de kabul edilmektedir. Bir diğer sınırlama da yargısal arabuluculukta mevcut olmaktadır. Örneğin Fransa'da arabulucular hâkimler tarafından seçilmektedir. Buna karşılık Florida Eyaleti'nde yargısal arabuluculuk yöntemi uygulansa da, arabulucunun seçimi yine tarafların sorumluluğunda olmaktadır<sup>411</sup>.

Bu konuda Tasarı'yı incelediğimizde, başkaca bir usul kararlaştırılmamışsa, arabulucu veya arabulucuların taraflarca seçileceği öngörülmüştür (Tasarı, md.14). O halde taraflar arabulucunun seçiminin üçüncü bir kişiye veya bir kuruma bırakılmasını da kararlaştırabilirler. Aynı zamanda yargılama sırasında taraflar arabulucuya başvurmak isterlerse ve arabulucunun kimliği üzerinde anlaşmamışlarsa tahkimde olduğu gibi arabulucuyu mahkemenin seçmesine de imkân tanımak gerekir<sup>412</sup>.

---

<sup>410</sup> Hopt/Steffek, s.45.

<sup>411</sup> Hopt/Steffek, s.46.

<sup>412</sup> Bkz. Öztekin, Görüş ve Eleştiriler, s.22.

Tasarı'da özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk yapma yetkisini kazanmış olan arabulucuların Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde oluşturulacak Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından tutulacak sicile kayıtlı olmaları şartı aranmakta, bu sicilin tutulmasına ilişkin usul ve esasların Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanacak yönetmelikte düzenleneceği öngörülmüştür( Tasarı md. 19). Arabulucular siciline kayıt şartları Tasarı md.20/II'de, Türk vatandaşı olmak, dört yıllık lisans eğitimi almış olmak, tam ehliyetli olmak, taksirli suçlar dışında herhangi bir sabıkası bulunmamak, arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılacak yazılı ve uygulamalı sınavda başarılı olmak olarak düzenlenmiştir.

Arabuluculuk için aranan koşulları taşımayan, daha sonra bu koşulları kaybeden veya Arabuluculuk Kanunu'nda öngörülen yükümlülükleri yerine getirmediği tespit edilen ve yazılı olarak uyarılmasına rağmen uyarının gereğini yerine getirmeyen arabulucunun adı sicilden silinebilir. Ayrıca arabulucu da arabulucular sicilinden kaydının silinmesini her zaman isteyebilir (Tasarı, md. 21).

Ancak doktrinde bu sicilin Adalet Bakanlığı merkezli bir yapılanma içerisinde tutulmasının arabulucuların bağımsızlık unsurunu zedeleyeceği, bu sicilin özerk bir anayasal kurum tarafından tutulması gerektiği belirtilmiştir<sup>413</sup>.

#### **D. ARABULUCULUK SÜRECİNİN AŞAMALARI**

Bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak arabuluculuk yönteminin işleyiş sürecine ilişkin kesin safhalar bulunmamaktadır. Ancak arabuluculuk sürecini beş bölümde incelemek mümkündür. Bu süreçler, giriş, bilgi toplama, menfaatlerin açıklanması, çözüm önerilerinin getirilmesi (Beyin fırtınası) ve sonuç olarak ayrılabilir<sup>414</sup>.

---

<sup>413</sup> Mutlu, s. 2146.

<sup>414</sup>Bazı yazarlar busüreci, hazırlık, arabuluculuk görüşmeleri, çözüm aşaması olmak üzere üç bölümde incelemektedir. Bkz. Alexander/Ade/ Olbrisch, s. 83; bazı yazarlar ise bu süreci giriş, hazırlık aşaması ve arabuluculuk süreci olarak üç bölüme ayırmış, arabuluculuk sürecini de , açılış safhası, taraflarla karşılıklı görüşme (arabulucunun taraflarla görüşmesi), tarafların karşılıklı görüşmeleri, arabulucunun yeni görüşme çabaları ve prosedürün sonu olarak ayırmıştır. Bkz. Bühring-Uhle, s.65-66; ayrıca bkz. Hösl, s.15-16. Biz bu safhaları doktrinde Haft'ın ayırmış olduğu gibi beş bölüme ayırarak incelemeyi uygun bulduk. Bkz Haft s. 245 vd.



Bu süreçler birkaç saat veya birkaç gün sürebileceği gibi, nadiren de olsa karışık ticari uyuşmazlıklarda iki veya üç gün sürebilmektedir<sup>415</sup>

## I.GİRİŞ

Arabulucu seçildikten sonra, tarafları mümkün olan en kısa sürede ilk toplantıya davet eder. (Tasarı, md.15/I) Bu safhada, arabuluculuk süreci arabulucunun açılış konuşması ile başlatılır. Arabulucu taraflara kendisinin rolünü ve prosedürün nasıl işleyeceğini açıklar, taraflar sorularını sorma ve izlenecek usulü tartışma fırsatı bulurlar. Yani; arabulucu bu aşamada Tasarı md.11’de öngörülen aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirir. Bu aşama bir anlamda dava sürecindeki ilk oturuma benzetilebilir<sup>416</sup>.

Taraflar daha önceden arabuluculuk faaliyetinin nasıl yürütüleceğini ve usulün kararlaştırmamış da olabilirler. Bu durumda arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütecektir (Tasarı, md.15/III).

## II.BİLGİ TOPLAMA

Bu aşamada uyuşmazlık konusu maddi vakıalar açıklanır. Şayet taraflar avukatları aracılığıyla temsil ediliyorlarsa, aynı zamanda uyuşmazlığın hukuki boyutu da ortaya konabilir. Bir diğer deyişle, tarafların temel iddia, savunma ve dayanakları belirlenir.

Taraflar açıklamalarını yaparken arabulucu tarafların uyuşmazlık konusu üzerine odaklanmalarını ve tarafların verdiği bilgilerin anlaşılmasını sağlamak için oturumu durdurabilir. Bu noktada arabulucu bir tarafın verdiği bilgileri diğer tarafa aktarabilir. Ancak bu aktarmayı yaparken kelimeleri özenle seçmeli ve diğer tarafın verilen bilgilerin olumlu yönlerini görmesini sağlamalıdır. Bu aktarımlar aynı zamanda tarafları uyuşmazlık konusu ve menfaatleri üzerinde düşünmeye ve çözüm yolları üretmeye sevk edecektir<sup>417</sup>.

---

<sup>415</sup> Bühring-Uhle, s.66.

<sup>416</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek, s.544 vd.

<sup>417</sup> Haft, s. 246; Bühring-Uhle, s.66.

### III.MENFAATLERİN AÇIKLANMASI

Uyuşmazlık konusu tam olarak belirlendikten, taraflar tüm iddia ve taleplerini ortaya koyduktan sonra gerçek arabuluculuk süreci başlamaktadır. Bu süreçte genellikle arabulucular taraflarla yalnız konuşma yolunu seçerler, birçok arabulucu için bu yalnız konuşma arabuluculuk sürecinin başarıyla sonuçlanması için bir “anahtar” olarak görülür. Bunun nedeni tarafların karşı tarafın yokluğunda, risksiz bir atmosferde, tam olarak gerçek menfaatlerini ortaya koyabilecek olmalarıdır<sup>418</sup>.Ancak Tasarı md.15/VI’da, arabuluculuk görüşmelerine kural olarak tarafların bizzat katılmaları düzenlenmiştir. Zira arabuluculukta tarafların uyuşmazlığı çözme konusunda istekli olmaları ve birlikte hareket etmeleri önemlidir. Ancak bunun aksinin de kararlaştırılması mümkündür. Özellikle tarafların uyuşmazlığı arabulucu ile çözmek istemelerine rağmen bir araya gelmelerinde psikolojik engeller varsa veya taraflardan birinin veya ikisinin farklı yerlerde bulunması söz konusu ise kendileri yerine avukatları da arabuluculuk faaliyetinde yer alabilirler<sup>419</sup>.

Devlet yargılamasında taraflar gerçek menfaatlerini açıkça ortaya koyamazlar, yalnızca ulaşmak istedikleri sonucu belirtirler. Çünkü bir taraf uyuşmazlık hususunda gerçek menfaatini ortaya koyarsa, karşı tarafın bunu aleyhine kullanacağından korkar. Ancak arabuluculuk yönteminde taraflar bu dezavantaj ile karşı karşıya kalmazlar, bu yöntemde taraf menfaati asıl olduğu için kural olarak taraflar arabulucuya karşı açık olmaları gerekir<sup>420</sup>.

### IV.ÇÖZÜM ÖNERİLERİNİN GETİRİLMESİ

Menfaatlerin açıklanması aşamasından sonra taraflardan uyuşmazlık konusuna ilişkin yaratıcı çözüm önerileri getirmeleri beklenir. Bu işleme “beyin fırtınası” (brainstorming) adı verilir. Bu aşamada arabulucu, taraflara uyuşmazlık konusunu beraberce çözmeye ve sorunu her iki tarafın problemi gibi göstermeye çalışarak, tarafları çözüme yönlendirmeye çalışır. Bu aşamada tarafların çözüme ilişkin her türlü fikirleri bağlayıcılık teşkil etmeksizin toplanır. Burada tarafların yaratıcılıklarını kullanarak mümkün olduğunca fazla ve geleceğe

---

<sup>418</sup> Bühring-Uhle, s. 67.

<sup>419</sup> Arabuluculuk Kanun Tasarısı gerekçe md. 15, <http://www.kgm.adalet.gov.tr>, 02.08.2009.

<sup>420</sup> Haft, s.247.

yönelik çözüm önerileri getirmeleri esastır. Zira artık uyuşmazlık konusu olay geçmişte kalmıştır, önemli olan gelecekteki menfaatlerdir<sup>421</sup>.

Tüm öneriler toplandıktan sonra, bu öneriler sistematik bir şekilde değerlendirilir. Öncelikle gerçekçi, her iki tarafın da menfaatlerinin korunmasına yönelik çözüm önerilerinin değerlendirilmesi yapılır. Amaç, “tarafalara mümkün olduğunca çok verip, mümkün olduğunca az almaktır”. ABD’de buna “kazan kazan” teorisi adı verilir<sup>422</sup>. Bu noktada unutulmamalıdır ki; arabulucunun bu öneriler hakkında karar verme yetkisi yoktur. Nitekim Tasarı md. 15/IV’de, arabulucunun niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim tarafından yapılacak işleri yapamayacağı açıkça düzenlenmiştir.(Tasarı, md.15/IV). Tasarı’nın bu yöndeki açık düzenlemesi ile arabulucunun yalnızca taraflara uyuşmazlığı çözüme yardımcı olan üçüncü kişi olduğu ve yalnızca hâkimin yapabileceği keşif, tanık dinleme, bilirkişiye başvurma gibi tahkikat işlemlerini yapamayacağı vurgulanmıştır. Nitekim Bavyera Eyaleti Arabuluculuk Kanunu’nda da Tasarı’ya paralel olarak arabulucunun tanık dinleyemeyeceği, keşif yapamayacağı ve bilirkişiye başvuramayacağı düzenlenmiştir. Buna karşılık bizim düzenlememizden farklı olarak Bavyera’da bu işlemlerin arabulucu tarafından yapılmasına ilişkin yasak mutlak değildir. Zira arabuluculuk sürecini geciktirmeyecek şekilde tarafların anlaşması sonucunda ve masraflarını kendileri karşılayarak getirdikleri tanık ve bilirkişiler dinlenebilir, keşif yoluya tespitlerde bulunulacaktır<sup>423</sup>. Kanaatimizce tarafların isteği doğrultusunda uyuşmazlık konusu maddi vakıaların anlaşılmasının sağlanması bakımından belki tanıkların dinlenmesi düşünülebilir. Zira tanık dinlenmiş olsa dahi arabulucu uyuşmazlık hakkında bir karar vermeyeceğinden tanıkların dinlenmesi ile uyuşmazlık konusunun taraflar açısından farklı yönlerinin görülmesi sağlanabilir. Ancak keşfe ve bilirkişiye başvurma mümkün olmayacağına kabulü daha doğru olacaktır. Zira bu şekilde uyuşmazlık konusu hakkında genellikle bir tarafın lehine diğer tarafın aleyhine bir tespit ortaya çıkacaktır ki; bu durumda da bu tespit lehine olan tarafın diğer tarafa üstünlük sağlayarak bir anlaşma sağlanması ihtimali ortaya çıkabilir ve bu da arabuluculuk faaliyetindeki eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

---

<sup>421</sup> Bühring-Uhle, s.67; Haft, s.247.

<sup>422</sup> Haft, s.248.

<sup>423</sup> Bkz. yuk. s.37

## **V.SONA ERMESİ**

### **a. Arabuluculuk Sürecini Sona Erdiren Haller**

Arabuluculuk süreci uyuşmazlık konusuna ilişkin tamamen veya kısmen anlaşmaya varılması veya anlaşma sağlanamayıp uyuşmazlığın devam etmesi ile sona erer. Bunun dışında arabulucuya ödenmesi gereken avansın ödenmemesi, geçerli bir mazeret olmadan arabuluculuk müzakerelerinde hazır bulunmama gibi haller arabulucuya başvurudan vazgeçildiğine karine teşkil eden haller olarak değerlendirilebilir.

Tasarı 'da arabuluculuğun sona erdiği kabul edilen haller tek tek sayılmıştır (Tasarı md. 17/I). Buna göre, taraflar anlaşmaya varırlarsa, taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilirse, taraflardan biri karşı tarafa veya arabulucuya arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirirse ve taraflar anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirirlerse arabuluculuk faaliyeti sona erecektir.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda arabulucu arabuluculuk sürecinin nasıl sonuçlandığına ilişkin bir tutanak düzenleyecektir. Bu tutanak, arabulucu, taraflar ve vekilleri tarafından imzalanacaktır. Bu tutanağın asıl fonksiyonu sürecin sona erdiğinin belgelendirilmesidir. Söz konusu tutanakta tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığının dışında tarafların kararlaştırması suretiyle başkaca hususlar da eklenebilir. Aynı zamanda arabulucu da tarafları bu tutanak ve sonuçları hakkında tarafları bilgilendirecektir (Tasarı, md. 17/II, III, IV).

### **b. Arabuluculuk Sürecinin Sonunda Anlaşma Sağlanması**

Taraflar arasında anlaşma sağlanırsa, arabulucu yazılı bir anlaşma belgesi hazırlamalıdır. Genellikle bu belgenin içeriğini hazırlama görevi arabulucunun olup, bu belge her iki taraf açısından da açık, anlaşılabilir bir şekilde ve mümkün olduğunca en kısa sürede hazırlanmalıdır<sup>424</sup>. Her ne kadar bu anlaşmanın içeriğini hazırlama görevi arabulucunun olsa da; bu faaliyet sonucunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca

---

<sup>424</sup> Bühring-Uhle, s.68

belirlenecek ve bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanacaktır (Tasarı, md. 18/I).

## **1. ARABULUCULUK SÜRECİ SONUNDA VARILAN ANLAŞMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE İCRA EDİLEBİLİRLİK FONKSİYONU**

### **i. ARABULUCULUK SONUNDA VARILAN ANLAŞMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ**

Genel olarak incelendiğinde arabuluculuk süreci sonunda taraflar arasında akdedilen anlaşma her iki tarafın karşılıklı irade beyanını içeren bir sözleşme<sup>425</sup> olup, bu sözleşmeye uyulmadığı veya sözleşmenin varlığı ispat edilemediği takdirde mahkemeye başvurulması mümkündür<sup>426</sup>.

Ancak unutulmamalıdır ki; hukuki açıdan bakıldığında arabulucunun çözüm sürecine katılmış olması, arabuluculuk sonucunda yapılacak anlaşmanın tarafların haklarını en iyi şekilde dengelendiğine ve kanuna uygun olacağına bir karine mevcut değildir. Bu nedenle sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin genel sebeplerle anlaşmanın hükümsüzlüğü ileri sürülebilir<sup>427</sup>. Bu gibi sonuçları engellemek açısından, arabuluculuk sürecinin tüm aşamalarında tarafların gerçek iradelerinin açıklamaları temin edilmeli, arabuluculuk süreci sonunda anlaşmanın imzalanması için taraflara düşünmeleri için süre verilmeli, özellikle taraflar arasındaki ekonomik açıdan bir güç dengesizliğini bulunması halinde, anlaşmanın sonuçlanması ve imzalanması aşamasında bir takım koruyucu şekil şartlarına uyulması sağlanmalıdır<sup>428</sup>.

Kanımızca arabuluculuğun temelinde sulh kurumun bulunduğundan dolayı arabuluculuk sonunda anlaşmaya varıldığı takdirde bu anlaşmanın hukuki niteliğini de “sulh benzeri bir sözleşme” olarak nitelendirebiliriz. Nitekim Alman hukukunda da EGPO 15 a /II, f.6'nın ZPO md. 794/I'e yaptığı atıf uyarınca arabulucu önünde yapılan anlaşma bir sulh sözleşmesi olup, sulhe ilişkin hükümlere göre icra edilecektir. Aynı şekilde İsviçre'nin Cenevre ve Glarus Usul Kanunları uyarınca da arabuluculuk sonunda varılan anlaşmanın

---

<sup>425</sup> Ancak bu sözleşmeler bazı devletlerde uzlaşma tutanakları veya arabuluculuk tutanakları olarak adlandırılır.

<sup>426</sup> Özbek, İlkeler, s. 465; ayrıca bkz. Nolan-Haley, s. 118 vd.

<sup>427</sup> Özbek, İlkeler, s.463.

<sup>428</sup> Özbek, Avrupa Birliği, , s. 305

tıpkı sulh sözleşmesi gibi icra edileceği düzenlenmiştir<sup>429</sup>. Bu nitelendirmemizi gerekçelendirmek açısından sulh sözleşmesini değerlendirmek gerekir.

Sulh sözleşmesi özel hukukun gerçek sulh müessesesi olarak anılır ve tüm yönleri ile BK'nın sözleşmelere ilişkin maddelerine tabi olup, “mahkeme dışı sulh” olarak nitelendirilir. Borçlar hukukuna ilişkin bir sözleşme olarak sulh, diğer sözleşmeler gibi BK md. 19 ve 20 hükümleri çerçevesinde sınırlandırılmıştır. Sulhun konusu tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hukuki ilişkilerdir. Taraflar sulh sözleşmesini meydana getirebilmek için karşılıklı fedakârlıklarda bulunmak zorunda olduklarından, bu karşılıklı fedakârlıklar tarafların karşılıklı edimlerini oluştururlar ve bu da sulh sözleşmesinin tam iki taraflı sözleşme olduğunu ortaya çıkarır. Bu durumda da bu tür sözleşmelerin ifa edilmemesi halinde taraflar için başlıca koruma alanı olan sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurulacaktır. Nitekim mahkeme dışı sulhün dava yoluyla yerine getirilmesi istenebilir<sup>430</sup>.

Bununla birlikte “mahkeme içi sulh” veya “mahkeme huzurunda yapılan sulh” kavramı mevcuttur. Mahkeme içi sulh, görülmekte olan bir davanın taraflarının, aralarındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlığı ya da şüpheli bir durumu sona erdirmek amacıyla mahkeme huzurunda karşılıklı fedakârlıkta bulunmak suretiyle gerçekleştirmiş oldukları bir işlemdir<sup>431</sup>.

Mahkeme içi sulh, mahkeme dışında yapılan sulhten, bunun görülmekte olan bir dava esnasında, bu davayı sonlandırmak için yapılması noktasında ayrılır. Zira mahkeme dışında yapılan sulh etkilerini yalnızca maddi hukuk alanında gösterir<sup>432</sup>. Buna karşılık bir davanın devamı sırasında dava konusu yapılan uyuşmazlık hakkında taraflar sulh olursa, davayı sona erdiren bir işlem ortaya çıkacaktır ve bu işlem, taraflar dışında mahkemeyi de ilgilendirecektir. Nitekim taraflar mahkeme içi sulh ile bir mahkeme hükmü olmaksızın kendi arzularıyla tamamıyla veya kısmen görülmekte olan davayı sona erdirebileceklerdir<sup>433</sup>.

---

<sup>429</sup> Bu konuda bkz.yuk.s.44, s.45.

<sup>430</sup> Önen, s.1 vd.; Üstündağ, s.578; Uluşan, s.154 vd.;Sungurtekin-Özkan,, Uzlaşma Sağlama, s.354.

<sup>431</sup>Önen, s.2; Tanrıver, Sulh, s. 334; Tanrıver, İlamlı İcra, s.85; ayrıca bkz. Uluşan, s.168 vd.; Kuru/Arslan /Yılmaz, s. 554.

<sup>432</sup>Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 890.

<sup>433</sup>Stein/Jonas, s.808; Lüke/Wax, s.2175. Mahkeme içi sulhun hukuki niteliği konusunda başlıca dört görüş mevcuttur. Bir görüşe göre mahkeme içi sulh tamamıyla usul hukukuna ait bir kurumdur; diğer görüş ise yapılan anlaşma ile taraflar arasındaki uyuşmazlığa maddi hukuk esasları çerçevesine son verildiğinden dolayı

Şarta bağlı feragat ve kabul mümkün olmadığı halde, taraflar mahkeme önünde şarta bağlı bir sulh sözleşmesi yapabilirler. Mahkeme içi sulh şekle tabi olup (md. 151/V), kanunun öngördüğü şekil sulh için geçerlilik şartıdır. Buna göre; taraflar duruşmada sulh olmak istediklerini hâkime bildirince, tarafların mahkeme önünde yaptıkları sulh anlaşması duruşma tutanağına yazılır (md.151/II).Tutanağın sulhe ilişkin bölümü, tarafların önünde okunarak kendilerine imzalatılır (md. 151/V). Tutanağa yazılan sulh anlaşmasının taraflara okunduğunun ve ondan sonra da imzalatırıldığıının tutanağa yazdırılması zorunludur. Bu şartlara uygun olmayan sulh anlaşması geçersizdir.

Taraflar mahkeme dışında yapmış oldukları sulh sözleşmesini mahkeme içi sulh sözleşmesine dönüştürebilirler. Şöyle ki; taraflar yapmış oldukları sulh sözleşmesini mahkemeye verirler ve bu göre davada sulh olduklarını bildirirlerse, bu yazılı sulh sözleşmesinin mahkemeye verildiği duruşma tutanağına yazılır (md. 151/II). Bu halde, mahkemeye verilen yazılı sulh sözleşmesinin ayrıca tutanağa geçirilmesine gerek yoktur, duruşma tutanağında eklendiği yazılı olan belgelerin içeriği de tutanak metni hükmündedir. Bu durumda mahkemeye verilen yazılı sulh sözleşmesinin duruşmada tarafların önünde okunması, okunduğunun da duruşma tutanağına yazılması ve ondan sonra da tutanağın md.151/ V'e göre taraflara imzalatırılması gerekir. Böylece mahkeme dışı sulh, mahkeme içi sulhe dönüşür<sup>434</sup>.

İİK md. 38'e göre mahkeme içi sulhler ilâm niteliğinde olup, ilâmların icrası hakkında hükümlere göre icra olunur. Ancak mahkeme içi sulhlerin icra olunabilmesi için şüpheye yer vermeyecek şekilde açık bir içeriğe ve de usuli geçerlilik şartlarına sahip olması

---

mahkeme içinde yapılan sulhlerin maddi hukuka ilişkin sözleşme olduğu yönündedir. Bir başka görüş, mahkeme huzurunda yapılan sulhün hem usul hukuku, hem de maddi hukuk karakterli olup, çift etkiye sahip olduğu yönünde olduğudur. Diğer bir görüş ise mahkeme içi sulhun gerek unsurları, gerek özellikleri itibarıyla bir bütün olarak özel hukuk sözleşmesi olduğu ve görülmekte olan davada herhangi bir etkisinin olmadığı, bu durumda davayı sona erdiren mahkeme içi sulh değil, tarafların dava takibinden vazgeçme iradeleri olduğu yönündedir. Söz konusu görüşlerin ayrıntıları için bkz. Lüke/Wax, s.2159 vd.; Stein/Jonas, s.809 vd.; Tanrıver, Sulh, s.335 vd; Önen, s.34 vd.; Rosenberg/Gottwald/Schwab, s.895 vd. Kanımızca mahkeme içi sulh sözleşmeleri çift karakterli (karma nitelikli )sözleşmelerdir. Zira taraflar davayı belirli bir maddi hukuka ilişkin içerik ile sonlandırmak istemektedirler. O halde sulh sözleşmesi etkilerini hem maddi hukuk alanında hem de usul hukuku alanında göstermektedir.Bkz.Rosenberg/Schwab/Gottwald,s.896;Tanrıver,Sulh,s.336.;Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.464.

<sup>434</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz; s.555, Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.505.

gerekir<sup>435</sup>. Buna karşılık mahkeme dışı sulh sözleşmelerinin davayı sona erdirme etkisi ve icra edilebilme gücü yoktur. Alman hukukunda da mahkeme dışı sulhün devam eden yargılamaya bir etkisi olmayacağı kabul edilmekle beraber, dava açılmadan önce taraflar arasında mahkeme dışı sulh yapılmış, ancak buna rağmen taraflardan biri dava açmışsa, bu mahkeme dışı sulh sözleşmesinin diğer tarafa ancak bir def'i hakkı vereceği belirtilmiştir. Yine Alman hukukunda da şekle tabi olmadan yapılan mahkeme dışı sulh sözleşmesinin davayı sona erdirici etkisinin olabilmesi için tarafların anlaşarak yazılı veya sözlü olarak bunu mahkemeye beyan etmeleri gerekmektedir<sup>436</sup>.

Mahkeme içi sulh anlaşması ile dava sona erince bu hükmün kesin hüküm teşkil edip etmediği de tartışılmıştır<sup>437</sup>. Türk doktrininde genellikle şarta bağlı olmayan sulhün kesin hüküm teşkil edeceği görüşü<sup>438</sup> hâkimdir. Zira bu şekilde dava sona ermektedir, mahkeme yalnızca usul kurallarına uyulup uyulmayacağını inceler ve sulhün içeriğine göre karar verir. Mahkemenin bu sonucu elde etmesi için sulhten sonra onu esas alarak ayrıca bir hüküm vermesine gerek yoktur<sup>439</sup>. Buna bağlı olarak da mahkeme içi sulhün içeriği olan bir maddi hukuk sözleşmesi olan sulh sözleşmesine karşı temyiz yoluna başvurulamayacak, diğer maddi hukuk işlemlerinin feshine ilişkin hükümlere (BK md.23 vd.) göre hata hile ve ikrah nedeniyle sulh sözleşmesinin feshi için dava açılabilecektir<sup>440</sup>.

Buna karşın doktrinde Önen'e göre<sup>441</sup>, mahkeme içi sulhün kesin hüküm teşkil etmeyeceği, nasıl HUMK'da feragat ve kabulde için mahkeme kararlarında olduğu gibi tam

---

<sup>435</sup> Zöllner, s.2047.

<sup>436</sup>Thomas/Putzo, s.1317; Lüke/Wax, s. 2179; Zöllner, s.2050.; Musielak, s.2015,s.2017; ayrıca bkz. Önen, s.142 vd.

<sup>437</sup>Bkz. Önen, s.145 vd.

<sup>438</sup>Kuru, (C.IV) s.3783; Kuru/Aslan/Yılmaz,s.557; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.557, Tanrıver, Sulh, s. 343; Ildır, s.165. Yargıtay da şarta bağlı olmayan sulhün maddi anlamda kesin hüküm teşkil edeceği ve dolayısıyla mahkeme ilâmı gibi icra edileceği görüşündedir. Bkz. Yarg. 3. HD., T.22.04.1999, E.1999/3451, K.1999/4087 sayılı kararı, bkz. <http://www.kazanci.com.tr>, 02.08.2009.

<sup>439</sup>Ancak burada ikili bir ayırım yapmakta fayda vardır: Sulh şarta bağlı değil ise mahkemenin vereceği karar tarafların talebine göre iki şekilde olur. Taraflar mahkemenin sulh anlaşmasına göre bir karar vermesini istemeyip, sadece sulhü tespit etmesini isteyebilirler. Bu durumda mahkeme sulhü tutanağa geçirir ve “karar verilmesine yer olmadığı” şeklinde bir kararla davanın son bulduğunu tespit eder. Bu durum tarafların davayı takipten vazgeçmelerine benzetilebilir. Şayet taraflar veya taraflardan biri isterse mahkeme şarta bağlı olmayan sulh anlaşmasına göre bir karar verecektir.Bu durumda, mahkemenin sulh anlaşmasına göre verdiği karar esasa ilişkin bir hüküm olacaktır ve taraflar mahkemenin bu kararını hem esasa hem de usule ilişkin temyiz edebileceklerdir. Bkz. Kuru (C.IV), s. 3760 vd.

<sup>440</sup> Bkz. Kuru (C.IV), s.3783, s.3789. Nitekim mahkeme içi sulh bir sözleşme olduğundan ve mahkeme henüz bu konuda bir karar vermemiş olsa bile taraflar bu sözleşme ile bağlıdır ve taraflardan biri tek başına olarak sulhten dönemez. Bkz. Kuru (C.IV),s.3788.

<sup>441</sup> Bkz. Önen, s.148-149.



bir kesinlik, bir kesin hüküm durumu söz konusu olmayıp, sadece doğuracakları sonuçlar ve etkileyecekleri ilişkiler bakımından bu kurumların kesin hüküm mevcutmuş gibi değerlendirmeleri öngörülmüş ise sulh için de aynı yorum yapılmalıdır. Ancak feragat ve kabule ilişkin kesinliği de hem şekli anlamda hem de maddi anlamda kesinliği sağlayacak şekilde geniş tutmamak gerekir. Buna göre de, sulh bir taraf işlemi olduğundan ve maddi anlamda kesin hüküm ancak mahkemeler tarafından verileceğinden dolayı sulhün maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiği sonucuna varılmaz. Sulh ancak şekli anlamda kesin hüküm teşkil edebilir ve buna göre de mahkeme içi sulhe karşı kanun yollarına başvurulamaz.

Bunun yanında Alman doktrininde de mahkeme içi sulhün ancak maddi hukuk hükümlerine göre iptal edilebileceği, fakat kesin hüküm teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. Burada mahkeme içi sulh sözleşmeleri davanın geri alınmasına benzetilmiştir. Zira davanın geri alınmasında davalının muvafakatine ihtiyaç vardır ve davasını geri alan davacı hakkın özünden vazgeçmemekte ve ileride davasını yeniden açabilme imkânına sahip olmaktadır. Buna göre de bir davanın mahkeme içi sulh sözleşmesiyle sona ermesi halinde burada sadece taraflar arasındaki hukuki durum yeniden düzenleneceğinden ve daha çok maddi hukuk içerikli bir sözleşme olduğundan ileride taraflar yeniden aynı uyuşmazlık hakkında dava açabilecektir<sup>442</sup>

Kanımızca da sulhün maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediği sonucu daha uygundur. Gerçekten de maddi anlamda kesin hüküm ancak mahkemeler tarafından verilebilir. Buna göre de mahkeme içi sulhün bağlayıcı niteliği yoktur, taraflar aynı dava konusuna, aynı sebebe dayanarak yeniden dava açabileceklerdir.

Sulh kurumuna ilişkin açıklamalar altında değerlendirdiğimizde, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvuru halinde, taraflar arabuluculuk yöntemine başvururlar ve anlaşma sağlanırsa bu anlaşmanın niteliğini mahkeme dışı sulhe benzetebiliriz. Zira burada yapılan anlaşmanın mahkeme ile bir ilgisi olmayacak; bu anlaşma etkilerini yalnızca maddi hukuk alanında gösterecektir. Buna karşılık dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurulur ve sonunda anlaşmaya varılırsa bu anlaşma ile tıpkı mahkeme içi sulhte olduğu gibi taraflar

---

<sup>442</sup> Stein/Jonas, s.821; Lüke/Wax, s.2179; Thomas/Putzo, s.1321.

kendi iradeleri ile davayı sona erdirebileceklerdir. Yani; burada arabuluculuk sonunda yapılan anlaşma taraflar dışında mahkemeyi de ilgilendirmektedir. Aynı zamanda arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmaya icra mahkemesi tarafından icra edilebilirlik şerhi verildiğinde (Tasarı md. 18/II), bu anlaşma tıpkı “mahkeme içi sulh”de olduğu gibi İİK md. 38 anlamında ilâm niteliğinde bir belge sayılacaktır.

## ii. ARABULUCULUK SONUNDA VARILAN ANLAŞMANIN İCRA EDİLEBİLİRLİK FONKSİYONU

Öncelikle belirtmek gerekir ki; arabuluculuk sonunda yapılan anlaşma şekil şartlarına tâbidir. Yapılan anlaşma yazılı olmalı, taraflar ve arabulucu tarafından imzalanmalıdır (Tasarı md.18/I). O halde Tasarı tarafından öngörülen bu şekil şartının arabuluculuk anlaşması için geçerlilik şartı olduğunu söyleyebiliriz.

Arbuluculuk sonunda varılan anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin bazı ülkeler bu yöntemin tamamıyla gönüllülük esasına göre işlemesinden dolayı icra edilebilirliğine ilişkin düzenleme yapmamak yolunu tercih etmemişlerdir<sup>443</sup>. Nitekim esasen arabuluculuk sonunda tarafların anlaşmaya varması halinde, büyük ihtimalle bu hususta yapacakları sözleşmeye uyacakları kabul edilebilir. Bunun yanı sıra çok sayıda ülkede bu konuda düzenlemenin mevcut olduğu söylenebilir<sup>444</sup>. Burada farklılaşma icra edilebilirlik için hangi şartların gerektiği noktasındadır<sup>445</sup>.

Tasarı’da; arabuluculuğun anlaşma ile sonuçlanması halinde taraflar arasında akdedilen maddi hukuka ilişkin bu sözleşmeye özel bir nitelik kazandırılarak, bu sözleşmenin icra edilebilirliği sağlanmıştır (Tasarı, md.18/II).

Anılan anlaşmanın icra edilebilirliğinin sağlanması istenirse; taraflar bu anlaşmayı asıl uyuşmazlık hakkındaki yetki kurallarına göre yetkisi belirlenecek olan icra mahkemesine sunup, icra mahkemesinde icra edilebilirliğe ilişkin bir şerh verilmesini talep edebilirler. Bu şerhi içeren anlaşma, İİK md.38 anlamında ilâm niteliğinde belge sayılır ve

---

<sup>443</sup> Örneğin Avusturya ve Çin ‘de bu yönde bir düzenleme mevcut değildir. Bkz. Hopt/Steffek, s. 38, dipn.178.

<sup>444</sup>Örneğin Almanya’da bu anlaşmaya mahkeme içi sulh sözleşmesi niteliği kazandırılmıştır.İsviçre Fedaral Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nda bu anlaşmaya doğrudan kesinleşmiş bir mahkeme ilâmının sonuçları bağlanmıştır.

<sup>445</sup> Bkz. Hopt/Steffek, s.38 vd.

icra mahkemesinin onayı doğrultusunda yapılan anlaşma ilâmlı icra takibine konu olabilecektir. Ancak anlaşmanın ilamli icra takibine konu olabilmesi için içeriğinin cebri icraya elverişli olması gerekir. İçerik yönünden anlaşmanın cebri icraya elverişli olması, konusunun belli bir edimin ifasına (bir para borcunun ifası, bir malın teslimi, bir fiilin yapılması veya yapılmaması gibi) yönelik olması demektir. Şayet anlaşmanın konusu, bir edimin ifası olmayıp, bir hukuki ilişkinin tespitine yönelikse, bu durumda anılan anlaşma cebri icraya elverişli olmayacaktır Buna göre, arabuluculuk sonunda varılan anlaşma belli bir edimin kayıtsız ve şartsız olarak ifasını sağlamaya yönelik olmalı, bir eda hükmü içermelidir. İcra elverişli olabilmesi için varılan anlaşma konusunun belirli veya tayin edilebilir olması da gereklidir<sup>446</sup>. Bunun yanında hukukumuzda şarta bağlı hüküm verilemeyeceğinden ilâm niteliğinde olan bu anlaşmanın şarta bağlı olmaması gerekir.

Buradaki düzenleme Av. Kan. md. 35/a'ya ve özellikle de Alman hukukunda bu madde ile paralel düzenleme olan ZPO md. 796 a/II hükmüne benzetilebilir. Ancak Av.Kan. md. 35/a şartları dahilinde oluşturulan uzlaşma tutanağının ilâm niteliğinde bir belge olarak sayılması için başkaca bir şart aranmamıştır. Buna karşılık md. 796 a/II 'de uzlaşma belgesinin icra edilebilmesi sulh hukuk mahkemesinin onayına tâbi tutulmuştur. Her iki madde düzenlemesi için de bu anlaşmaların yalnızca icra edilebilirlik kabiliyetine sahip olduğu ve bir mahkeme hükmü olmadıklarından dolayı maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecekleri belirtilmiştir<sup>447</sup>.

Her ne kadar Tasarı'da bir açıklık bulunmasa da kanımızca arabuluculuk sonucunda varılan anlaşmanın maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceğinin kabulü gerekir. Zira kanun koyucu, ilâm niteliğinde belgeleri sadece icra edilebilirlik açısından ilâmlarla aynı hukuki rejime tabi tutulmuştur. İlamlar ile ilâm niteliğindeki belgeler hukuki nitelik ve gördükleri işlev açısından birbirinden farklıdır. En önemli farklılık da ilâm niteliğindeki belgelerin maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemesinde kendini gösterir. Bunun yanında sadece mahkemelerin verecekleri hükümler maddi anlamda kesin hüküm oluşturur<sup>448</sup>. Ayrıca arabuluculuk sonunda varılan anlaşmayı “sulh benzeri bir anlaşma” olarak nitelendirdiğimize ve sulhün de maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceği görüşüne

---

<sup>446</sup> Bkz. Önen, s.157, Wolfram-Korn/Schmarsli, s.51.

<sup>447</sup> Bkz. yukarıda, s.61 vd.

<sup>448</sup> Bkz. Tanrıver, İlamli İcra Takibinin Dayanakları, s.83,s.98; Önen, s.152-153.

katıldığımızı göre, bu açıdan da değerlendirdiğimizde bu anlaşmanın maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceği sonucuna varabiliriz.

Buna göre de; gerek dava açılmadan önce gerekse dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurulması ve anlaşma sağlanması durumunda; taraflar aynı uyuşmazlık konusuna ilişkin yeni bir dava açabilecekler ve yargılama içinde bu anlaşma ancak taraflara bir def'i hakkı verecektir<sup>449</sup>.

Dava açıldıktan sonra tarafların arabulucuya başvurarak anlaşma sağlamaları halinde açılmış olan davanın sonucun ne olacağı meselesi Tasarı'da açıklığa kavuşturulmamıştır. Uygulamada sıklıkla tarafların açılmış olan davada uzlaşmaya vardıkları takdirde davayı takip etmedikleri görülmektedir. Aynı şekilde arabuluculuk yöntemi sonunda taraflar anlaşmaya varırlarsa, davayı takip etmeyebilirler ve bu durumda mahkeme HUMK md.409 uyarınca dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verecektir.

Bunun yanı sıra taraflar erteleme süresi sonundaki ilk celseye katılırlar ve arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya vardıklarını mahkemeye beyan ederlerse, kanımızca hâkim tarafların uzlaştıklarını ve “karar verilmesine yer olmadığı”nı belirterek davayı sona erdirmelidir. Bu durum -Alman hukukunda mahkeme içi sulhün davayı geri alınmasına benzetildiği gibi- davanın geri alınması veya davayı takipten vazgeçmeye<sup>450</sup>benzetilebilir. Bir diğer deyişle, burada davacının davasını geri aldığı kabul edilmelidir. Davacı davayı davalının rızası ile geri alabilir ve bu durumda mahkeme esasa ilişkin bir karar vermez; davanın davacı tarafından geri alınma ve davalının buna muvafakat etmesi nedeniyle son bulduğunu belirtmekle yetinir. Davanın geri alınması ile dava hiç açılmamış sayılır ve dava açılması ile ilgili sonuçlar geçmişe etkili olarak hiç doğmamış sayılır. Davacı geri aldığı davayı zamanaşımı süresi içinde yeniden harç ödeyerek tekrar açabilir. Davalı bu yeni davaya karşı kesin hüküm itirazında bulunamaz, birinci davada esas hakkında hüküm verilmiş değildir<sup>451</sup>. Arabuluculuk sonunda anlaşmaya varılsa dahi taraflar aynı konuda ve aynı hukuki sebebe dayanarak yeniden dava açabileceklerinden tarafların dava açıldıktan

---

<sup>449</sup> Karş. Önen, s.151.

<sup>450</sup> Bu terim HUMK md. 185/I uyarınca “*davanın takibinden sarfinazar etmek*” ile aynı anlamdadır. Ancak davadan feragat ile karıştırılmamalıdır. Zira davadan feragat da davalının rızasına gerek yoktur ve md. 95/I hükmüne göre feragat maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder ve feragat nedeniyle aynı konuda aynı taraflar arasında ve aynı dava sebebine dayanılarak yeniden açılmaz. Bkz. Kuru, C. IV, s.3632.

<sup>451</sup> Bkz. Kuru, C.II, s. 1680, s. 1687-1688.

sonra arabulucuya başvurarak anlaşması halinde açılan davanın geri alınmasına ilişkin sonuçların kabulü yerinde olacaktır.

## **2. ARABULUCULUK SONUCUNDA VARILAN ANLAŞMAYA KARŞI BAŞVURULABİLECEK KANUN YOLLARI**

Tasarı 'da taraflar arasındaki anlaşmaya icra edilebilirlik şerhinin verilmesinin çekişmesiz yargı işi olduğu ve buna ilişkin incelemenin dosya üzerinden yapılacağı öngörülmüştür (Tasarı, md. 18/III). Çekişmesiz yargıya ilişkin işlerde kural olarak ilgililer arasında bir uyuşmazlık yoktur<sup>452</sup>. Örneğin mirasçılık belgesi verilmesi, evlenmeye izin verilmesi, evlenme sürelerinin kısaltılması, bir kimsenin gaipliğine karar verilmesi, kıymetli evrakın iptali çekişmesiz yargı işleridir. Çekişmesiz yargı hem şekli, hem de maddi anlamda bir yargısal faaliyettir. Hukuk sistemimizde çok sayıda çekişmesiz yargı işi olduğu halde bunlar hakkında uygulanacak yargı usulünü düzenleyen bir kanunumuz mevcut değildir<sup>453</sup>. Çekişmesiz yargıda hâkim re'sen harekete geçebilir. Bununla birlikte yine sistemimizde çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlarda özel bir kanun yolu düzenlenmemiştir ve bu kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmezler ve çekişmesiz yargı işlerinde kanun yer itibarıyla bir yetki belirtmişse bu yetkinin kamu düzeninden olduğu kabul edilmektedir<sup>454</sup>.

O halde icra edilebilirlik şerhi verilmesi bir çekişmesiz yargı işi olduğundan bu inceleme sonucunda verilen karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecek ve uyuşmazlık hakkındaki yetkisi belirlenecek olan icra mahkemesi de kesin yetkili mahkeme olacaktır.

İcra mahkemesinin icra edilebilirlik şerhinin verilmesine ilişkin incelemesi, uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa ve yapılan anlaşmanın cebri icraya elverişli olup olmadığı, başka bir deyişle anlaşmanın konusunun belli bir edimin ifasına yönelik olup

---

<sup>452</sup> Bundan başka uyuşmazlık içermelerine rağmen çekişmesiz yargıya dahil olan başka işler de mevcuttur. İlgilerin özel hukuk kişilerine karşı ileri sürebilecekleri sübjektif haklarının bulunmadığı işler, "sübjektif hakkın yokluğu" kistasına göre çekişmesiz yargıya tâbidir. Bunun dışında hâkimin re'sen harekete geçmesi gereken bütün işler, re'sen harekete geçme" kistasına göre çekişmesiz yargıya tâbidir. Çekişmesiz yargıya ilişkin kullanılan, "dava", "hasımsız dava", "tek taraflı dava" isimleri yanlış olmakla, bunlara "çekişmesiz yargı işleri" denilmesi uygun olacaktır. Taraf yerine de "ilgili" kavramı kullanılmalıdır. Bkz. Kuru, Nizasız Kaza, Ankara 1961, s.24-26.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.73; ayrıca bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.56 vd.

<sup>453</sup> Bkz. Kuru, Nizasız Kaza, s. 10-12, Kuru (C.IV), s.29.

<sup>454</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.72 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.58.

olmadığı ile sınırlıdır (Tasarı md.18/III). Yani icra mahkemesi anlaşmanın içeriğini denetleyemez. Ancak icra mahkemesi aynı zamanda yapılan anlaşmanın kanunun emredici hükümlerine ve kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediği hususunu re'sen inceleyecektir. O halde icra mahkemesi vereceği icra edilebilirlik şerhi ile taraflar arasında akdedilen maddi hukuka ilişkin sözleşmenin İİK md. 38 anlamında ilâm niteliğinde belge olarak sayılması için bir yargısal faaliyette bulunmaktadır.

Kanımızca icra mahkemesinin incelemesi yalnızca arabuluculuğa ve icraya elverişlilik ile sınırlanmamalı, icra mahkemesi şekle ve usule ilişkin diğer şartları da incelemelidir. Örneğin arabuluculuk faaliyetinin arabulucular siciline kayıtlı bir arabulucu tarafından gerçekleştirip gerçekleştirilmediğinin denetimini de icra mahkemesi yapmalıdır. Bunun yanında icra mahkemesi hâkimi başvuran tarafların taraf, hak ve dava ehliyetlerinin olup olmadığını, arabuluculuğa başvurmak için hukuki menfaatlerinin olup olmadığını da incelemelidir<sup>455</sup>. Zira bu hususu icra edilebilirlik şerhinin verilmesinin bir çekişmesiz yargı işi olduğu ve çekişmesiz yargı işlerinde de hâkimin re'sen harekete geçme zorunluluğunun olması ile gerekçelendirmek mümkün olabilir.

Tasarı'da icra edilebilirlik şerhi için icra mahkemesine yapılan başvurunun reddi halinde 5236 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun<sup>456</sup>,un yürürlüğe girmesi ile uygulanacak olan istinaf kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir<sup>457</sup>. 5236 sayılı Kanun'da istinaf sebeplerinin dilekçede belirtilmesi gerektiğini düzenlemiş (5236 s.Kanun, md. 426b/II/f.6), fakat istinaf sebeplerinin neler olduğunu belirtmemiştir. Bu düzenlemenin 426 O hükmüne göre; inceleme istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılacak, ancak kamu düzenine aykırılık halinde bu durum Bölge Adliye Mahkemesi tarafından re'sen düzenlenecektir<sup>458</sup>. O halde

---

<sup>455</sup> Nitekim bu Bavyera Arabuluculuk Kanunu'na göre bu şekilde dava şartlarına benzer arabuluculuğa ilişkin şartların inceleme yetkisi resmi arabuluculuk kurumlarına tanınmıştır. Bkz. Krafka/Scmidt/Heck/Prütting/Taxis, s. 131.

<sup>456</sup> RG: 25606, T.07.10.2004.

<sup>457</sup> Tasarı md. 18/III'de, arabuluculuk faaliyetinin kolay ve ucuz bir şekilde yürütülmesi esasına dayanılarak icra edilebilirlik şerhi konusunda icra mahkemesinin vereceği karara karşı istinaf yoluna başvurulmasında ve anlaşma belgesinin resmi işlemlerde kullanılması halinde alınacak damga vergisinin maktu olması kabul edilmiştir.

<sup>458</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Deren-Yıldırım,Nevhis, İstinafın Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri, Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s.693-712. Deren-Yıldırım, istinaf sebeplerin belirtilmediği hukuk sistemimizde, bu boşluğun Avusturya ve Alman hukukundaki düzenlemelerle doldurulması gerektiğini ve buna göre de; maddi anlamda kesin hüküm etkisinin kaldırılmasını gerektirecek ağır usul hatalarının ve nispi bozma

icra mahkemesinin icra edilebilirlik şerhi verilmesinin reddine ilişkin kararına karşı taraflardan biri uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olduğu, arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmanın cebri icraya elverişli olduğu veya şekle ve usule ilişkin şartların yerine getirildiği sebeplerine dayanarak istinaf yoluna başvurabilecektir. Bunun dışında söz konusu anlaşmanın kamu düzenine aykırı olup olmadığını bölge adliye mahkemesi re'sen araştırarak olup, burada bölge adliye mahkemesinin arabuluculuk sonunda varılan anlaşmanın içeriğine ilişkin bir denetleme yapma yetkisi olmayacaktır.

Belirtmek gerekir ki, 5236 s.Kanun'un "Temyiz Edilemeyen Kararlar" başlıklı 428/I/f.4 hükmü, çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararların temyiz edilemeyeceğini düzenlemiştir. O halde icra mahkemesinin icra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin kararının reddine ilişkin olarak temyiz kanun yolu kapalıdır.

Bunun dışında arabuluculuk sonunda varılan anlaşmaya ilişkin kanun yollarına başvurulamayacaktır. Zira arabuluculuk bir yargılama ve arabulucular da adliye mahkemeleri veya hakem mahkemeleri gibi bir uyuşmazlığı hükümlerle sonuçlandırmak için yargı faaliyetinde bulunmadıklarından dolayı arabuluculuk sonunda varılan anlaşma bir mahkeme hükmü değildir. Bu anlaşma tarafların karşılıklı iradeleriyle oluşturdukları borçlar hukukuna tabi bir sözleşme olup, bir maddi hukuk işlemidir. Bu sebeplerden dolayı anlaşmaya ilişkin olarak kanun yollarına başvurulamaz. Aynı şekilde bu anlaşma için olağanüstü, kesinleşmiş hükümlere karşı başvuru istisnai bir yol olan yargılamanın yenilenmesi yoluna da başvurulamaz. Zira arabuluculuk sonunda varılan anlaşma maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Ancak koşulları mevcutsa anlaşmanın hata, hile ve ikrah gibi irade fesadı hallerine ilişkin olarak iptali istenebilir<sup>459</sup>.

---

sebebi oluşturan usul hatalarının varlığının, fiili meselenin yanlış tespit edilmiş olmasının ve hatalı hukuki değerlendirmenin istinaf sebebi oluşturması gerektiği düşüncesindedir. Bkz. Deren-Yıldırım, İstinaf, s. 709-710; buna karşılık Pekcanitez/Atalay/Özekes, istinaf sebeplerinin sınırlandırılmasının istinafın niteliğine aykırı olduğunu, gerek usule gerekse esasa ilişkin yargılamayı etkileyen hususların istinaf sebebi olabileceği görüşündedir. Bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.598.

<sup>459</sup> Karş. Alongoya, Tahkim, s.193.;bkz. Özbek, s.819

## SONUÇ

“Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk” başlıklı çalışmamızda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının esas modeli olan “Arabuluculuk” inceleme konusu yapılmış, bu inceleme yapılırken Avrupa Birliği ve bazı ülkelerin -özellikle Almanya, Avusturya ve İsviçre hukuk sistemlerindeki- bu konudaki düzenlemelerine değinilmeye çalışılmıştır.

Çok genel ifade ile arabuluculuk, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların tarafsız bir üçüncü kişinin yardımıyla anlaşmaya varılmak suretiyle çözüme kavuşturulmasını amaçlayan yöntemlerden biridir. Ancak belirtmek gerekir ki; üçüncü kişi yardımıyla uyuşmazlıkların çözümü yöntemi insanlık tarihi kadar eskidir. Buna göre de; arabuluculuğun uyuşmazlık çözümünde “yeni” bir yöntem olarak ele alınması doğru değildir. Aslında yapılmaya çalışılan uzlaşma kültürünün yaygınlaştırılması çerçevesinde arabuluculuğa sürekli, etkin ve kurumsal bir nitelik kazandırmaktır.

Bu çerçevede de arabuluculuğun uygulanmasına ilişkin düzenlemeler yapılarak toplumlarda uyuşmazlıkların mahkeme dışı çözüm yöntemleri ile uzlaşma sağlanarak çözümlenmesi teşvik edilmelidir. Nitekim Türk Arabuluculuk Kanun Tasarısı hazırlanırken model teşkil eden kanunlardan biri olan 25 Nisan 2000 tarihli Bavyera Arabuluculuk Kanunu da uyuşmazlıkların mahkeme dışı çözümüne ilişkin yeterli talep olmamasından ve toplumu bu yöntemler konusunda bilinçlendirmek amacıyla hazırlanmıştır. Yalnızca bu açıdan bile bakacak olursak; Türk hukukunda da Arabuluculuk Kanun Tasarısı’nın hazırlanması ile bu konuda çeşitli toplantılar, sempozyumlar düzenlenmiş, çeşitli yazarlar bu konudaki görüşlerini dile getirmişlerdir. Kanaatimizce bu görüşlerin olumlu veya olumsuz olmasından ziyade önemli olan nokta özellikle son 20 yıldır özellikle A.B.D ve sonra diğer avrupa ülkelerinde üzerinde ilgi gösterilen bir konu hakkında Türk hukukunda da tartışmaların yapılması ve görüşlerin beyan edilmesidir. Tüm bu tartışmaların yapılması fark edilmeden de olsa uzlaşma kültürünün yayılması ve bu konuda toplumun bilgilendirilmesine hizmet etmektedir.

Türk hukuku açısından değerlendirdiğimizde sistemimizde arabuluculuk yoluyla uyuşmazlıkların çözümünü düzenleyen açık bir düzenleme mevcut değildir. Ancak mevzuatımızda dağınık bir şekilde arabuluculuğa benzer düzenlemelerin olduğunu



belirtebiliriz. Zira HUMK md. 213/I, Av.K. md.35/a, AMK md.7/I, İş Mah. K. md.7/I gibi düzenlemeler Türk hukukunun arabuluculuğa yabancı olmadığını gösteren düzenlemelerdir. Ancak maalesef bu düzenlemelerin hukukumuz açısından etkin bir şekilde uygulandığını söylemek zordur. Bu nedenle toplumumuz tarafından fazla ilgi görmeyeceği kaygısını taşımakla birlikte, arabuluculuk yönteminin uygulanmasını sistematik olarak düzenleyen bir Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın hazırlanması olumlu bir gelişme olup, bu Tasarı'nın yıkıcı eleştiriler yerine yapıcı bir şekilde eleştirilmesi ve bu görüş ve eleştiriler neticesinde de kanunlaşması gerektiğini düşünmekteyiz.

Arabuluculuk Kanun Tasarısı md.2 uyarınca; arabuluculuk, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bu tanıma göre; arabulucunun uyuşmazlık hakkında taraflara çözüm önerileri sunma, hukuki tavsiyelerde bulunma ve şüphesiz uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisi yoktur. Arabulucu yalnızca taraflara rahat bir müzakere ortamı sağlamak suretiyle uyuşmazlık tarafları arasındaki iletişimin kurulmasını ve bu suretle tarafların kendi çözümlerini bulmalarına yardımcı olur. Arabulucu hâkim veya hakem gibi uyuşmazlık hakkında karar veren kişi konumunda değil, tarafların vereceği karara yardımcı olan kişi konumundadır. Bu tanımda “ihtiyari” terimi kullanıldığına göre, Türk hukuku açısından arabuluculuk iradilik esası temeline oturtulmuş, bazı ülkelerde öngörüldüğü gibi belirli uyuşmazlıklar açısından arabuluculuğa başvuru zorunlu olarak düzenlenmemiştir. Gerçekten de zorunlu arabuluculuk sistemi tarafların arabulucuya başvurma konusunda iradelerinin olmaması durumunda gereksiz olup, uyuşmazlığın çözümünü uzatacak bir sistemdir.

Arabuluculuk, öncelikle taraflara arasında yapılacak bir arabuluculuk sözleşmesi ile başlar. Bu sözleşmede taraflar karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile aralarında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tarafsız bir üçüncü kişi- arabulucu- tarafından çözümünü kararlaştırırlar. Her ne kadar arabuluculuk sözleşmesinin tarafların serbest iradeleri sonucu oluşumu maddi hukuk yönünü oluşturmakla beraber, uyuşmazlığın çözümünün arabulucuya bırakılması da usul hukuku yönünü teşkil etmektedir. Bu nedenle arabuluculuk sözleşmesinin karma nitelikli bir sözleşme olduğu düşüncesindeyiz. Tasarı'da açık bir

düzenleme bulunmamakla birlikte, iradilik ilkesi uyarınca, taraflar arasında bir arabuluculuk sözleşmesi yapılmış olması tarafların devlet mahkemelerine başvuru hakkını engellemeyecektir. Zira bu durumda tarafların arabuluculuğa başvurma hususundaki iradelerinin ortadan kalkmış olduğu sonucuna varılmalıdır.

Tasarı'nın uygulama alanı tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, yabancı unsurlu olanlar da dahil özel hukuk uyuşmazlıkları olarak belirlenmiştir. Buna göre taraflar arasındaki uyuşmazlıklarda yalnızca sulh yolu ile halledebilecek konular "arabuluculuğa elverişli" olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık kamu düzenine ilişkin, örneğin boşanma ve ayrılık davaları, soybağı ile ilgili davalar, çekişmesiz yargı işleri için arabuluculuk yöntemi geçerli olmayacak, bunlar "arabuluculuğa elverişli" olmadıklarından bu uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurulmayacaktır. Ancak kanımızca Tasarı'da arabuluculuğa elverişli olmayan konuların sayımı yoluna gidilmelidir.

O halde Tasarı'ya göre taraflar arasında uyuşmazlıkların arabuluculuk ile çözümlenebilmesi için iki temel şart öngörülmüştür. Bunlar; uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olması ve tarafların uyuşmazlığın arabuluculuk ile çözümleneceği konusunda serbest iradelerinin olmasıdır. Buna göre de Tasarı'ya yöneltilen laik hukuk düzenini elden gittiği ve şeriat hükümlerinin uygulanacağı yönündeki eleştirilerin bir anlamı olmadığı görülmektedir.

Tasarı'da diğer yabancı ülke hukuk sistemlerinde olduğu gibi arabulucu ve taraflar açısından gizlilik ilkesi öngörülmüştür. Buna göre arabulucu, arabuluculuk süreci esnasında elde ettiği bilgi ve belgeleri tarafların açık rızası olmadan veya kanuni bir düzenleme izin vermedikçe hiç kimseye açıklayamayacaktır. Aynı şekilde taraflar da arabuluculuk görüşmeleri sırasında birbirlerinden öğrendikleri bilgileri gizli tutmak yükümlülüğündedirler. Gizlilik ilkesinin bir sonucu olarak, taraflar arabuluculuk sırasında öğrendikleri maddi vakıaları bir itiraz olarak ileri süremeyecek veya bu esnada öğrenilen bilgi ve beyanları delil olarak kullanılamayacaklardır. Gizlilik ilkesinin bir başka sonucu da kendisini arabulucunun veya arabuluculuk faaliyetine katılanların devlet yargılmasındaki uyuşmazlığa ilişkin tanıklık yapmamaları noktasında gösterir .

Tasarı'da arabulucunun hak ve yükümlülükleri de düzenlenmiş olup, bunlar ücret ve masraf isteme hakkı, görevini özenle, tarafsız ve bağımsız bir biçimde yerine getirme

yükümlülüğü, reklam yasağına uyma yükümlülüğü, tarafları aydınlatma yükümlülüğü, sır saklama ve tanıklıktan çekinme hakkı, dosya saklama yükümlülüğü, aidat ödeme yükümlülüğü olarak düzenlenmiştir.

Tasarı hakkında üzerinde en çok tartışılan hususlardan biri, arabuluculuğun tüm meslek dallarına açık olarak düzenlenmiş olmasıdır. Ancak inceleyebildiğimiz kadarıyla mukayeseli hukuk alanında da genellikle arabulucu olabilmek için hukukçu olma şartı aranmamaktadır. Ancak arabulucuların eğitimine de çok önem verildiği görülmektedir. Kanımızca arabuluculuğu yalnızca hukukçularla sınırlamamak gerekir, zira önemli olan o uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak arabulucunun mesleki tecrübeye sahip olmasıdır. Bu bağlamda Almanya örneğinde olduğu gibi arabuluculuğun çeşitli meslek birlikleri, odalar, birlikler tarafından yapılması için resmi arabuluculuk kurumları oluşturulmalıdır.

Tasarı'ya göre hem dava açılmadan önce hem de dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurmak mümkün olup; mahkemenin de bu konuda tarafları teşviki öngörülmüştür. Tasarı'da dava açıldıktan sonra hangi aşamaya kadar arabuluculuğa başvurulabileceği konusunda bir düzenleme yer almamakla birlikte, kanımızca kesin hüküm verilinceye kadar arabuluculuğa başvuru mümkün kabul edilmelidir.

Tasarı'da hem dava açılmadan önce hem de dava açıldıktan sonra arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen sürede zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmayacağı düzenlenmiştir. Dava açıldıktan sonra taraflar arabuluculuğa başvurmaya karar verirlerse, yargılama mahkeme tarafından üç ay ertelenecek ve bu süre tarafların başvurusu üzerine üç ay daha uzatılabilecektir. O halde Tasarı'da arabuluculuk sürecinin ne kadar sürede tamamlanacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bu sürenin en çok altı ay olduğu sonucuna varmak mümkün olabilir.

Tasarı'da başkaca bir usul kararlaştırılmamışsa arabulucunun taraflarca seçileceği düzenlenmiştir. Ancak tarafların arabulucuya başvurmak istemeleri ancak arabulucunun kimliği konusunda anlaşamamaları veya hangi arabulucuya başvuracaklarını tespit edememeleri halinde mahkemenin de arabulucuyu seçmesine imkân tanınmalıdır.

Arabuluculuğun sona ereceği haller Tasarı md. 17’de düzenlenmiştir. Bu hallerin dışında arabulucuya ödenmesi gereken avansın ödenmemesi, geçerli bir mazeret olmadan müzakerelerde hazır bulunmama gibi haller arabulucuya başvurudan vazgeçildiğine ilişkin karine teşkil eden haller olarak değerlendirilmelidir.

Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varırlarsa; arabulucu yazılı bir anlaşma belgesi hazırlamalıdır. Bu anlaşma belgesini Alman hukuku EGZPO md. 15 a/II, f.6, Cenevre ve Glarus Kantonları Usul Kanunu düzenlemelerinden yola çıkarak “sulh benzeri bir sözleşme” olarak nitendirmeyi uygun bulduk. Taraflar bu anlaşmayı asıl uyuşmazlık hakkındaki yetki kurallarına göre yetkisi belirlenecek olan icra mahkemesine sunup, icra edilebilirlik şerhi alabilirler ve bu şerhi içeren anlaşma İİK md. 38 anlamında ilâm niteliğinde belge sayılacaktır. Ancak bu anlaşmanın ilâm niteliğinde belge sayılması için içeriğinin cebri icraya elverişli olması gerekir. Bir başka anlatımla; bu anlaşma eda hükmü içermelidir; tespit hükmü içeren anlaşmalar cebri icraya elverişli sayılmayacaktır. Tasarı’da icra edilebilirlik şerhinin verilmesine ilişkin incelemenin çekişnesiz yargı işi olduğu ve incelemenin dosya üzerinden yapılacağı belirtilmiş ve icra mahkemesi hâkiminin yapacağı inceleme de anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususları ile sınırlandırılmıştır. Ancak kanımızca icra mahkemesinin yapacağı incelemenin bir çekişmesiz yargı işi olduğu ve çekişmesiz yargı işlerinde de re’sen hareket eyme prensibi olduğundan icra mahkemesi hakimi anlaşmanın içeriğini kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine aykırı olup olmadığını da incelemelidir. Bunun dışında icra mahkemesi hakimi arabuluculuğa ilişkin şartların mevcut olup olmadığını ve tarafların taraf, hak ve dava ehliyetleri olup olmadığı gibi hususları da incelemelidir.

Kanımızca arabuluculuk sonunda varılan anlaşma maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Zira bu anlaşmaya yalnızca icra edilebilirlik vasfı yüklenmiştir. Bunun sonucu olarak taraflar aynı uyuşmazlık konusu ve aynı hukuki sebebe dayanarak dava açabileceklerdir. Arabuluculuk sonunda varılan anlaşmaya karşı kanun yollarına başvurulamaz. Zira bu anlaşma bir yargının kararı sonucu oluşturulmuş değildir. Ancak bu anlaşmanın maddi hukuk sebeplerine ilişkin iptali istenebilir. Bu anlaşmaya karşı yalnızca mahkemeler tarafından verilmiş kesin hükümlere karşı başvurabilecek istisnai bir yol olan yargılamanın yenilenmesi yoluna da başvurulamaz.

## KAYNAKÇA

- Aday**, Nejat, Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1997.
- Akcan**, Recep, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanun Tasarısı ile İlgili Bazı Düşünceler, Prof.Dr.Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.39-51.
- Akyiğit**, Ercan, İş Hukuku, 7.bası, Ankara 2008.
- Alangoya**, Yavuz, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973.
- Alangoya**, Yavuz, Medeni Usulün Amacı ve Sosyal Karakteri Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nı Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirilmesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı V Ankara 8-9 Eylül 2006, s.33-54.
- Alangoya**,Yavuz/ **Yıldırım**, M.Kamil/ **Deren-Yıldırım**, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 6.Bası, İstanbul 2006.
- Alangoya**,Yavuz/**Yıldırım**, Kamil/**Deren-Yıldırım**, Nevhis, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, İstanbul 2006. (Kısaltma: Alangoya/ Yıldırım/ Deren- Yıldırım, HMKT)
- Alexander**,Nadja/ **Ade**, Juliane/ **Olbrisch**,Constantin, Mediation, Schlichtung, Verhandlungsmanagement-Formen konsensueller Streitbeilegung-,Münster 2005.
- Ansay**, S.Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, 1960.
- Aral**, Fahrettin, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 7. bası, Ankara 2007.
- Aras**, Bahattin, Aile Mahkemelerinde Tarafların Sulh Yoluyla Çözüme Teşviki, YD, 2005/3, s.303-310.
- Arkan**, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 12. bası, Ankara 2008.
- Aşçıoğlu**, Çetin, Yargıda Temel Sorun Doğru ve Güvenli Yargılanma Hakkı, Yeni Türkiye 1996/10 (Yargı Reformu Özel Sayısı).
- Aydın**, Murat, "Avukatlık Ücreti", 3.Bası, Ankara 2006.
- Aytekin**, Şeyda, "Arbuluculuk Kanun Tasarısı Arayı Bulamıyor", Mess İşveren Gazetesi,Yıl:44, S.815-Ekim 2007, s.4.
- Başözen**, Ahmet, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu Tasarısı" Taslağı'na Dair Değerlendirme,Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II,2007/1-2, s.235-239.
- Belgesay**, Hukuk Usulü Muhakemeleri Şerhi, 3.Bası,İstanbul 1948.

- Berkin**, Necmeddin, Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981.
- Bilge**, Necip/Önen Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978.
- Bolayır**, Nur, Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul 2009.
- Burton**, W. John, Conflict Resolution as a Political Philosophy, Kelman, C. Herbert, Conflict Resolution Theory and Practise.
- Bühning-Uhle**, Christian, Alternative Streitbeilegung in Handelsstreitigkeiten, Gottwald, Walther/Stempel Dieter, Streitschlichtung Köln 1995.
- Candan**, Turgut, Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaştırma, Ankara 2006.
- Çelik** Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 21. bası, İstanbul 2008.
- Çelik**, Nuri, İş Hukukumuzda Uzlaştırma ve Arabuluculuk, İstanbul 1973. (Kısaltma: Çelik, Uzlaştırma)
- Deckert**, Katrin, Mediation In Frankreich-Rechtlicher Rahmen und praktische Erfahrungen-Hopt, J. Klaus, Steffek, Felix, Mediation, Mohr Sibeck, Tübingen 2008.
- Deren-Yıldırım**, Nevhis, Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik, Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul 2007, s. 47-61. (Kısaltma: Deren-Yıldırım, Tahkime Elverişlilik)
- Deren-Yıldırım**, Nevhis, İstinafin Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri, Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 693-712. (Kısaltma: Deren- Yıldırım; İstinaf)
- Elveriş**, İdil, Avukatlığa İlişkin Mevcut Düzenlemeler ve Yarattığı Adalete Erişim Sorunları, Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006.
- Ercan**, İbrahim, Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümü, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 63-102.
- Erişir**, Evrim/**Tekin**, Ceren, "Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Üzerine Yeşil Kitap", s. 131-167, MİHDER, 2008/1.
- Eyrenci**, Öner/**Taşkent**, Savaş/**Ulucan**, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 3. bası, İstanbul 2006.
- Gilles** Peter (Çev: Ejder Yılmaz), Alman Hukuk (Medeni) Yargılaması Örneğinde Devlet Mahkemelerinin Aşırı İş Yükü ve Bu Yükün Azaltılması Hakkında Stratejiler, Ankara Barosu Dergisi, 1992/5, s. 749-770.
- Gottwald**, Peter, 2001 Reform Kanunu'nun Ardından Almanya'da Medeni Usul Hukuku (Çev: Yard. Doç. Dr. Murat Atalı, Arş. Gör. Mustafa Göksu), MİHDER, 2006/3, s. 687-704.
- Gözler**, Kemal, İdare Hukukuna Giriş, 9. bası, Bursa 2008

- Gümüş**, Alper, Türk- İsviçre Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001
- Günay**, Cevdet İlhan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, genişletilmiş 2. bası, Ankara 2008.
- Günday**, Metin, İdare Hukuku, 3 .bası, Ankara 2002.
- Güner**, Semih, Avukatlık Hukuku, 4.bası, Ankara 2009.
- Güneş**, Gülsen, Verginin Yasallığı İlkesi, İstanbul 2008.
- Güriş**, Umur, Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Öngördüğü Hususlar ve Hukuki Yapısı, Sicil İHD,2007/8, İstanbul 2007, s.107-109.
- Güzel**, Ali / **Okur**, Ali Rıza, Sosyal Güvenlik Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2009.
- Haft**, Fritjof, Verhandlung und Mediation, Die Alternative zum Rechtsstreit, 2. Aufl., München 2000.
- Heintz**, Jean-Jacques, Alternatif İhtilaf Çözümlerine Genel Bakış, Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2006, s.21-27.
- Hekimoğlu**, M. Fahrettin,Fransa'da Hukuki Danışmanlık ve Arabuluculuk Uygulaması, ABD, 2002/2, s.33.
- Hopt**, J.Klaus/ **Steffek**, Felix,Mediation,Mohr Siebeck Tübingen 2008.
- Hösl**, G.Gerhard,Mediation die erfolgreiche Konfliktlösung , Grundlagen und praktische Anwendung, 4.Aufl.,München.
- İldır**, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü, Prof.Dr.Baki Kuru Armağanı, s.385-401. (Kısaltma: İldır, Hak Arama)
- İldır**, Gülgün, İş Kanunu'na Göre Uyuşmazlıkların Özel Hakem Yolu İle Çözümü, Terazi Hukuk Dergisi, 2006/2, s.11-16. (Kısaltma: İldır, İş Kanunu)
- İldır**,Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, Ankara 2003.
- İsfen**, Osman, 25 Nisan 2000 Tarihli Hukuk Davalarında Mahkeme Dışı Mecburi Uzlaşmaya ve Mahkemeler Teşkilatına Dair Hükümlerin Değiştirilmesine İlişkin Bavyera Eyaleti Kanunu ( Bavyera Uzlaşma Kanunu), MİHDER, 2006/3, s.1335-1348.
- İsfen**, Osman, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun (Avusturya),MİHDER,2006/3, s.1325-1334.
- İstanbul Barosu Başkanlığı**'nın Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Üzerine Görüş ve Önerileri, İBD,C.81 2007/5, s. 2129-2133.

- İstanbul Barosu** “Meslek Sorunları Komisyonu” Değerlendirmesi, İBD, 2007/5,C.81, s. s.2152-2164.
- J. Alan**, Alternative Dispute Resolution For Organizations: how to design a system for effective conflict resolution, John Wiley & Sons Canada Ltd., Kanada, 1998.
- Kabakçı**, Mahmut, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu’na göre Toplu Pazarlık Sürecinde Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Çözüm Aracı Olarak Grev ve Lokavt, İstanbul 2004.
- Kalpsüz**, Turgut, İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici- İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 1996 .
- Kocaoğlu**, Mehmet, Türk İş Hukukunda Arabuluculuk Kurumu, Ankara 1999.
- Konuralp**, Haluk, 20.Yüzyıl Sonunda Medeni Usul Hukuku Sorunlarına Bir Bakış, Yeni Türkiye, Temmuz,Ağustos 1996, Yıl:2, s.10 (Yargı Reformu Özel Sayısı),s. 537-542. (Kısaltma: Konuralp, Usul Hukuku Sorunlarına Bir Bakış)
- Konuralp**, Haluk, 75.Yılda Cumhuriyet Yargı Düzeninin Düşünsel ve Yapısal Kesiti Üzerine Bazı Gözlemler,Yeni Türkiye,1998/23-24 (Cumhuriyet Özel Sayısı),s.3820-3825. ( Kısaltma: Konuralp, Bazı Gözlemler)
- Konuralp**, Haluk, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999 .(Kısaltma: Konuralp, İspat)
- Koral**, Rabi, Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Türk Ekonomik Hukuk Araştırmaları Vakfı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XLVIII-XLIX, S.1-4’ten ayrı bası, İstanbul 1983.
- Krafka**, Alexander/ **Schmidt**,Uve/**Heck**,Wolfgang/**Prütting**, Hans/**Taxis**,Norbert, Aussergerichtliche Streitschlichtung, München 2003.
- Krapp**,Thea, “Schlichtung,modifiziertes Schiedsverfahren,neutrale Bewertung und ihre Praxis an amerikanischenGerichten, Gottwald,Walther/Strepel Dieter, Streitschlichtung Köln 1995.
- Kumpan**, Christoph/**Bauer**,Cathrin, Mediation in der Schweiz, Hopt, J.Klaus,Steffek, Felix, Mohr Siebeck, Tübingen 2008.
- Kunter**, Nurullah/**Yenisey**, Feridun/ **Nuhoğlu**, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 16.Bası, İstanbul, 2007.
- Kurt**, Resul, Sosyal Güvenlik Reformu Rehberi, İstanbul 2009.
- Kuru**, Baki, /**Arslan**,Ramazan/**Yılmaz**,Ejder, Medeni Usul Hukuku, 19.bası, Ankara 2008.



- Kuru**, Baki, Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması İçin Alınması Gereken Tedbirler, Prof.Dr.Baki Kuru, Makaleler, İstanbul 2006, s.117-139.
- Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü,6.bası, İstanbul 2001 (C.I-II- IV- VI).
- Kuru**, Nizasız Kaza, Ankara 1961.
- Küçükgüngör**, Erkan, Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği,BATİDER, Aralık 2004/4, C.XXII, s.47-76.
- Lüke**,Gerhard/**Wax** Peter, Münchener Kommentar, Band 2 Kommentar zur Zivilprozessordnung §§ 1-354, 2. Aufl., München 2000.
- Lüke**,Gerhard/**Wax** Peter, Münchener Kommentar ,Band 2 Kommentar zur Zivilprozessordnung §§ 355-802, 2. Aufl., München 2000.
- Lüthy** Cornelia, Verfahren zur friedlichen Beilegung internationaler Streitigkeiten im Rahmen der OSZE, Zürich 1998.
- Memiş**, Tekin, Haksız Rekabet Açısından İnternet Ortamında Avukatlık Mesleği'nin İcrası, Prof.Dr. Fehiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s.423-439.
- Mollamahmutoğlu**, Hamdi, İş Hukuku, 2. bası, Ankara 2005
- Musielak**, Hans-Joachim, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Aufl., München 2005.
- Mutlu**, İlker Erdem, Arabuluculuk Yasa Tasarısı Üzerine Kavramsal Bir Değerlendirme, İBD, C:81,2007/5, s. 2140-2150.
- Namlı**, Mert, Belçika Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumunun Temel Esasları, Arabuluculuk Yasa Tasarısı – Eleştiri Öneriler- Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları 2008, s.99-123.
- Nolan-Haley**, M.Jacqueline, Alternative Dispute Resolution in a Nutshell, St.Paul,Minn.,2001.
- Oğuzman**, Kemal/**Barlas**,Nami, Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar,Temel Kavramlar),15.bası, İstanbul 2008.
- Oğuzman**, M.Kemal / **Öz**,Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2005.
- Onar**,Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları,C.II, İstanbul 1960.
- Önen**, Ergun, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972.
- Özbay**, İbrahim, Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği, AÜEHFD, C.VIII, 2004/3-4, s.387-418.
- Özbek**, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2. bası, Ankara 2009.
- Özbek**, Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Çözüm Türleri Nelerdir?, ABD, 1999/2-3,s. 187-203. ( Kısaltma: Özbek,Temel Çözüm Türleri)

- Özbek**, Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış, GSÜHFD, Prof.Dr. Erden Kuntalp'e Armağan,C.I, "Özel Hukuk",Yıl:3,2004/1,s.261-292.
- Özbek**, Mustafa, Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, TBBD, 2007/68 ,s.265-320. (Kısaltma: Özbek, Avrupa Birliği)
- Özbek**, Mustafa, Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi, AÜHFD, 2007/1,C:56, s. 183-231. (Kısaltma: Özbek, Avrupa Konseyi).
- Özbek**, Mustafa, Avrupa Konseyi Bakanlar Kamitesi'nin "Aile Arabuluculuğu" Konulu Tavsiye Kararı, DEÜHFD 2005/2, C:7, s.71-102.
- Özbek**, Mustafa, Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk, ABD, 2001/3, s.113-137. (Kısaltma:Özbek, Md.35/A)
- Özbek**, Mustafa, Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketleriyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, AÜHFD, 2002/51, s. 121-162, (Kısaltma: Adalete Ulaşma).
- Özbek**, Mustafa, Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim, s.907-927, MİHDER, 2006/2
- Özbek**,Mustafa, Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara, 2006, s.441-502. (Kısaltma:Özbek, İlkeler)
- Özekes**, Muhammet, Hukuk Yargılamasında Yeni Bir Aşama; HMK Tasarısı'nda Ön İnceleme, HPD, 2006/8, s. 101-110. (Kısaltma: Özekes, Ön İnceleme)
- Özekes**, Muhammet, Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003. (Kısaltma: Özekes, Hukuki Dinlenilme)
- Özekes**, Muhammet, Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi,Hukuki Perspektifler Dergisi, 2006/7 s.40-45.
- Özkan-Sungurtekin**, Meral, Avukatlık Mesleği,Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir 1999
- Öztek**, Selçuk, Hukuk Davalarında Adil ve Çabuk Yargılama, Aksaklıklar-Çözüm Önerileri, Yeni Türkiye 1996/10 (Yargı Reformu Özel Sayısı), s.494-502.
- Öztek**, Selçuk, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'na İlişkin Görüş ve Öneriler, Arabuluculuk Yasa Tasarısı- Eleştiri ve Öneriler- Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 2008 ,s.17-34. (Kısaltma: Öztek, Görüş ve Öneriler)
- Öztek**, Selçuk, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007
- Pekcanıtez**, Hakan, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, HPD,2005/5,s.12-16.(Kısaltma: Pekcanıtez, Alternatif Uyuşmazlık)

- Pekcanitez**, Hakan, Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, HPD, 2006/8 s. 69-78.(Kısaltma: Pekcanitez;Genel Olarak HMKT)
- Pekcanitez**, Hakan, Hukuki Dinlenme Hakkı, Prof.Dr.Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s.753-791.(Kısaltma: Pekcanitez, Hukuki Dinlenme)
- Pekcanitez**, Hakan, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Av.Dr.Faruk Erem Armağan, TBB Yayın, No:8, Ankara 1999,s. 635,666.
- Pekcanitez**, Hakan, Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi, Haluk Kanuralp Anısına Armağan, C.I, Ankara 2009,s.789-850.(Kısaltma: Pekcanitez, Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Deliller)
- Pekcanitez**, Hakan, Medeni Yargıda Adil Yargılanma, İz. BD, 1997/2, s.35-55.
- Pekcanitez**, Hakan, Tüketici Mahkemeleri, İBD, 1996/1-2-3, ,s.141-162.(Kısaltma: Pekcanitez, Tüketici Mahkemeleri)
- Pekcanitez**, Hakan, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti, İz.B.D., 1996/3, s.40-58. (Kısaltma: Pekcanitez, Hakem Heyeti)
- Pekcanitez**, Hakan, Yargı Reformu Yapılmasını Gerektiren Nedenler, İz.B.D.,1995/2, s.103-113.
- Pekcanitez**, Hakan, Yargının Hızlandırılmasına İlişkin Avrupa Usul Hukukundaki Gelişmeler, İz.B.D., 2000/4,s.36-59.(Kısaltma:Pekcanitez, Yargının Hızlandırılması)
- Pekcanitez**, Hakan/ **Atalay**, Oğuz/ **Özekes**, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2008.
- Pekcanitez**, Hakan, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI, İzmir Çeşme 19-20 Ekim 2007, s. 247-264. (Kısaltma: Pekcanitez, HMKT Tanıtım)
- Pekcanitez**, Hakan, Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı V, s.3-31
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/ **Sungurtekin- Özkan**, Meral/ **Özekes**, Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, 6.bası Ankara 2008.
- Pekcanitez**, Hakan/**Yeşilova**, Hakan, Avrupa Medeni Usul Model Kanunu Tasarısı ve Değerlendirilmesi, Prof.Dr.Mahmut Tevfik Birsnel'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001,s. 335-367.
- Poroy**, Reha/ **Yasaman**, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 12. bası, İstanbul 2007.

- Postacıoğlu**, İlhan, Medeni Usul Hukuk Dersleri, 6.bası, 1975.
- Reisoğlu**, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20.bası, İstanbul 2008.
- Rosenberg**, Leo/ **Scwab**, Karl Heinz/**Gottwald**,Peter, 16.Aufl., München 2004.
- Roth**, Markus/ **Gherdene**,David, “Mediation in Österreich – Zivilrechts-Mediationsgesetz: Rechtlicher Rahmen und praktische Erfahrungen”, Hopt, J.Klaus / Steffek, Felix, Mediation, 2008 Mohr Siebeck Tübingen.
- Sander**,E.A.Frank, Gerichtliche und Aussergerichtliche Streitbeilegung Überblick über die Erfahrungen in den USA, Gottwald,Walther/Strempel Dieter, Streitschlichtung Köln 1995.
- Sarı**, Suat, Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul 2004
- Semizoğlu**, Hakan,Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yasa Tasarısı Kapsamında, Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebilecekleri İş veya İşlemlerden Doğan Özel Hukuk Uyuşmazlıkları, İBD,C.82,2008/5, s. 2411-2415.
- Senn**, Edith Mertens, Vermittlung im Sühnverfahren vor dem Hintergrund der Mediation, Eine Untersuchung des friedensrichterlichen Streitbeilegungskonzept in schweizerischer Theorie und Praxis,Band 19,Schultess 2007.
- Sirmen**, Lale/ **Koçhisarlıoğlu**, Cengiz/ **Tanrıver**,Süha / **Süral**,Nurhan /**Tercan**,Erdal, Karşılaştırmalı Hukukta Aile Mahkemeleri ve Türkiye’de Aile Mahkemelerinin Kurulmasında Yararlanılabilecek Bir Model, Prof.Dr.Turhan Esener’e Armağan, Ankara 2000, s. 1-32.
- Stein**, Friedrich / **Jonas**, Martin, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl (bearb.von Berger, Christian,/Bork,Reinhard/Brehm Wolfgang/Grunsky Wolfgang/Leipold Dieter/Münzberg Wolfgang/Roth,Herbert/Schlosser Peter/Wagner Gerhard),Band 7 §§ 704-827, München 2005.
- Stein**, Friedrich /**Jonas**, Martin, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl. (bearb.von Berger, Christian,/Bork,Reinhard/Brehm Wolfgang/Grunsky Wolfgang/Leipold Dieter/Münzberg Wolfgang/Roth,Herbert/Schlosser Peter/Wagner Gerhard),Band 4 §§ 253-327, München 2005.
- Stock**, Der Geschäftsanfall der Zivilgerichte und die Filterwirkung aussergerichtlicher Konfliktbearbeitung, Gottwald,Walther/ Strempel,Dieter, Streitschlichtung,1995.
- Strempel**, Dieter, Aussergerichtliche Streitbeilegung-Konjunktur,Hintergründe und Perspektiven, Gottwald,Walther/ Strempel,Dieter, Streitschlichtung, 1995.
- Subaşı**, İbrahim, Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk, Bilgi Toplumunda Ünal Tekinalp’e

- Armağan, C.II , s.743-833.
- Sungurtekin**, Meral, Kurumsal Anlamda Bağımsız Avukatlığın Anlam ve Önemi, Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s.615-633.
- Sungurtekin- Özkan**, Meral, Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 2.Bası, İzmir 1999 (Kısaltma: Sungurtekin-Özkan, Avukatlık Mesleği)
- Sungurtekin-Özkan**, Meral, Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, MİHDER 2005/2, s.353-369. (Kısaltma: Sungurtekin-Özkan, Uzlaşma Sağlama)
- Süzek**, Sarper, İş Hukuku, 4.bası, İstanbul 2008.
- Şahin**, Hüseyin Güngör, Arabuluculuk, Ankara 2008.
- Şanlı**, Cemal, Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları Üzerine Düşünceler, Yeni Türkiye, Temmuz,Ağustos 1996, Yıl:2, s.10 (Yargı Reformu Özel Sayısı), s.461-465.
- Tackaberry**, John / **Mariott**,Arthur, Handbook of Arbitration and Dispute Resolution Practice, Volume 1, London 2003.
- Tandoğan**, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Baorç İlişkileri, C.II, İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, 3. bası, Ankara 1987.
- Tanrıver** Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2006/64, s.151-177.
- Tanrıver**, Süha, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996. (Kısaltma: Tanrıver, İlamlı İcra)
- Tanrıver**, Süha, Aile Mahkemeleri Üzerine Bazı Düşünceler, Prof.Dr.Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003 , s.947-953. (Kısaltma: Tanrıver, Aile Mahkemeleri)
- Tanrıver**, Süha, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları:Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s.821-847. (Kısaltma: Tanrıver, Arabuluculuk Kurumu)
- Tanrıver**, Süha, Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi,2004/53, s.191-215.
- Tanrıver**, Süha, Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler, AÜSBFD, 1994/1-2, C.49,333-348.(Kısaltma: Tanrıver, Sulh)
- Tanrıver**, Süha, Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2006/65, s.119-

- Taşkın**, Alim, Hakem Sözleşmesi, 2.bası, Ankara 2005.
- Taşpınar**, Sema, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.
- Tekin**, Ceren, Medeni ve Ticari Konularda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine Dair 2004/0251 (COD) ve 2004/0718 (COM) Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi Önerisi, MİHDER, 2006/3, S:5, s. 1343-1348.
- Tekinay**,Selahattin Sulhi / **Akman**, Sermet/ **Burcuoğlu**,Haluk/ **Altop**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.bası, İstanbul 1993.
- Tercan**,Erdal, Türk Aile Mahkemeleri, AÜHFD,2003/3, s.19-53.
- Tezel**, Ali/**Kurt**,Resul, En son Tebliğ ve Yönetmelikler Doğrultusunda Sosyal Güvenlik Reformu Yorum ve Açıklaması (5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu), Ankara 2009
- Thomas**, Heinz/**Putzo**, Hans, Zivilprozessordnung, 26. Aufl, München 2004.
- Thygeron**, Kenneth J., United States of America,1994.
- Tuncay**, A.Can, Toplu İş Hukuku, Ankara 1999.
- Tuncay**, A.Can/**Ekmekçi**,Ömer,Sosyal Güvenlik Hukuku'nun Esasları, İstanbul 2008.
- Tunçomağ**, Kenan/ **Centel**, Tankut, İş Hukukunun Esasları,3.bası,İstanbul 2003.
- Umar**, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 8-9 Eylül 2006, s.87-129.
- Ulukapı**, Ömer Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 4667 Sayılı Kanunla Getirilen "İlam Niteliğinde Belge" Üzerine İnceleme, Prof.Dr.Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 447-461.
- Ulukapı**, Ömer, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, SÜHFD, Prof. Dr. M.Şakir Berki'ye Armağan,1996/1-2, s.77-101, (Kısaltma: Ulukapı, Tüketici)
- Uluslan**, İlhan, Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi, MHAD, Yıl:5, 1971/7, s. 149-203.
- Uşan**, M. Fatih, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2009.
- Ülgen**, Hüseyin/**Ömer**, Teoman / **Helvacı**, Mehmet / **Kendigelen**, Abuzer / **Kaya**, Arslan / **Ertan**, N. Füsün Nomer, Ticari İşletme Hukuku, 2. bası, İstanbul 2008.
- Üstündağ**, Saim,Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, İstanbul 2000.
- Wolfram-Korn**, Margit/**Schmarsli**, Peter, Aussergerichtliche Streitschlichtung in

- Deutschland -dargestellt anhand des Schlichtungsgesetzes Baden-Württembergs- 1.Aufl.,2001,München, 2001.
- Yatlı**, Başar, Yargının Özelleştirilmesi ve Çok Ulusluluk,İBD, C.81,2007/5, s.2135-2137.
- Yavuz**, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 2008.
- Yıldırım**, Kamil, İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, Prof.Dr.Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s.337-360.
- Yıldırım**, Mehmet Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990. (Kısaltma: Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi)
- Yılmaz**, Ejder, (Medeni Yargılama Hukukunda) Islah, İstanbul 1982.
- Yılmaz**, Ejder, Aksak Adaletten İşleyen Adalet, Yeni Türkiye 1996/10 (Yargı Reformu Özel Sayısı), s.470-493.
- Yılmaz**, Ejder, Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, 75.Yaş Günü için Prof.Dr.Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.843-856.
- Yılmaz**, Ejder, Avukatlık Ücretinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Yeri, Prof.Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 361-383. (Kısaltma: Yılmaz, Avukatlık Ücreti)
- Yılmaz**, Ejder, İş Mahkemelerinin Değiştirilmesi İhtiyacı,Sicil İHD, 2007/8 ,s.5-12.
- Zevkliler** Aydın, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ankara 2001,
- Zöller**,Richard,Zivilprozessordnung  
(bearb.vonGeimer,Reinhold/GregerReinhard/Gummer,Peter/Herget,Kurt/Hessler,Hans -Joachim/Philippi,Peter/Stöber,Kurt/Vollkammer,Max, 26.Aufl. Köln 2007.

#### **YARARLANILAN İNTERNET KAYNAKLARI**

- Greger**, Reinhard, Abschlussbericht zum Forschungsprojekt “ Aussergerichtliche Streitbeilegung in Bayern,[http://www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj\\_internet/ministerium/ministerium/abschlussberichtbayschlg.pdf](http://www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj_internet/ministerium/ministerium/abschlussberichtbayschlg.pdf), s.1-107.
- Hildebrandt**, Dieter, Möglichkeiten und Chancen einer Schlichtungsstelle für Mietstreitigkeiten, [http://www.km-kongress.de/download/2006\\_forum2\\_ergebnisse\\_protokoll.pdf](http://www.km-kongress.de/download/2006_forum2_ergebnisse_protokoll.pdf), 30.09.2009, s.1-6.
- Hirsch**, Günter, [http://www.km-kongress.de/download/2006\\_festvortrag\\_prof-dr-hirsch.pdf](http://www.km-kongress.de/download/2006_festvortrag_prof-dr-hirsch.pdf) s.1-15.
- Meier**,Isaak, Mediation und Schlichtung in der Schweiz,

[http://www.175jahre.uzh.ch/fakultaeten/recht/fachbereiche/zprschkg/Dokumente/report\\_mediation\\_deu\\_EZPO.pdf](http://www.175jahre.uzh.ch/fakultaeten/recht/fachbereiche/zprschkg/Dokumente/report_mediation_deu_EZPO.pdf), 31.07.2009 ,s. 1-28.

**Miklautsch**, Karin, Das Österreichische Zivilrechts-Mediationsgesetz,[http://www.km-kongress.de/2005\\_01.htm](http://www.km-kongress.de/2005_01.htm), 28.07.2009, s.1-24.

**Römer**,Wolfgang, Konfliktmanagement in Wirtschaft und Bürgerschaft, einführende Bemerkungen, [http:// www.km-kongress.de/2004](http://www.km-kongress.de/2004.htm) htm, 27.07. 2009, s.1-14.

[swiss-mediation.org./cms/uploads/media/Artikel\\_Bund\\_Konkurrenz\\_fuer\\_Anwaelte\\_Juni08\\_01.pdf](http://swiss-mediation.org/cms/uploads/media/Artikel_Bund_Konkurrenz_fuer_Anwaelte_Juni08_01.pdf)

**Trenczek**, Thomas, Normative Regelung des Mediationsverfahrens,[http://www.steinberg-mediation-hannover.de/Mediation\\_Arbeitshilfen/Nds\\_Mediationsgesetz\\_-\\_Konsens\\_Stellungnahme.pdf](http://www.steinberg-mediation-hannover.de/Mediation_Arbeitshilfen/Nds_Mediationsgesetz_-_Konsens_Stellungnahme.pdf), 30.07.2009 s.1-10.

[http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_de.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_de.htm)

<http://eur-lex.europa.eu>

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do>

[http://swiss-mediation.org./cms/uploads/media/Artikel\\_Bund\\_konkurrenz-fuer-Anwaelte-juni08-01.pdf](http://swiss-mediation.org/cms/uploads/media/Artikel_Bund_konkurrenz-fuer-Anwaelte-juni08-01.pdf)

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmkom/arabuluculuk.pdf>

<http://www.admin.ch/ch/d>

<http://www.jum.baden-wuerremberg.de/servlet/pb/show/11412683/Streitschlichtungsgesetz.pdf>

[http://www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj-internet/ministerium/namensartikel/schlichtungsgesetz\\_010109.pdf](http://www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj-internet/ministerium/namensartikel/schlichtungsgesetz_010109.pdf),

<http://www.kazanci.com.tr>

<http://www.lexisnexis.com/de/recht/frame>

<http://www.mediation-svm.ch>

<http://www.mediatorenliste.justiz.gv.at/mediatoren>

<http://uscode.house.gov/download/pls/28C44.txt>

<http://www.zivilprozessordnung.de>

<http://www.lexisnexis.com/de/recht/frame>