

T. C.
İSTANBULÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
SİYASET BİLİMİ VE ULUSLARARASI İLİŞKİLER ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HUKUK VE SİYASET:
TÜRKİYE’DE ARABULUCULUK TARTIŞMALARI VE
DÜZENLEMELERİ

Serdar TAŞ

2501141368

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Serpil Çakır

İSTANBUL- 2019



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : SERDAR TAŞ Numarası : 2501141368
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı : SİYASET BİLİMİ VE ULUSLARARASI İLİŞKİLER Danışmanı : PROF. DR. SERPİL ÇAKIR
Tez Savunma Tarihi : 08.11.2019 Saati : 15:00
Tez Başlığı : " HUKUK VE SİYASET: TÜRKİYE'DE ARABULUCULUK TARTIŞMALARI VE UYGULAMALARI "

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. SERPİL ÇAKIR		Kabul
2- PROF. DR. ALİ CEM BUDAK		Kabul.
3- DOÇ. DR. MEHMET ARISAN		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DOÇ. DR. ATEŞ USLU		
2- DOÇ. DR. SEVGİ USTA		

ÖZ

HUKUK VE SİYASET:

TÜRKİYE’DE ARABULUCULUK TARTIŞMALARI VE DÜZENLEMELERİ

Serdar TAŞ

Arabuluculuk, 1970’li yıllardan itibaren uluslararası hukukta sıkça rastlanılan bir kurum olmasının yanı sıra, 2012 yılından itibaren Türk hukuk sisteminde de yasal olarak kendisine yer bulmuştur. Arabuluculuk müessesesinin değişik tezahür şekillerinin eski yıllardan beri hem hukukumuzda ve hem de sosyal hayatımızda mevcut olduğu bilinmektedir. Arabuluculuk ile ilgili olarak tartışılan konuların başında; arabuluculuk uygulamasının yargı bağımsızlığını ve hak arama hürriyetini etkileyip etkilemeyeceği hususu gelmektedir. Keza arabuluculuğun yargı erkine alternatif olma ihtimalinin sakıncaları, iş hukukunda zorunlu arabuluculuk uygulamasının işçi aleyhine işleyebileceği, aile hukukunda arabuluculuğun kadın hakları bakımından sakınca oluşturacağı gibi hususlar çalışmada detaylı biçimde incelenecektir. Uygulamada yaşanacak sorunların yasal alt yapı eksikliğinden ve uzman personel eksikliğinden kaynaklanacağını savunan görüşler de bulunmaktadır. Toplumsal uzlaşma kültürüne kaynaklık etmesi için ortaya atılan arabuluculuk sisteminin alt yapısının sağlam olması gerekmektedir. Yargı erkinin bu denli iş yükü altında ezildiği bir dönemde arabuluculuk müessesesi, mahkemeler açısından son derece faydalı bir müessese olarak kabul edilmektedir. Toplumsal uzlaşma kültürünün sağlanması, uyuşmazlığın taraflarının ilişkilerini gelecekte de devam ettirmesi ve mahkemelerin iş yükünü hafifletmesi açısından arabuluculuk uygulamasının geliştirilmesi ve genişletilmesi gerekmektedir. Yasal olarak 6325 sayılı Kanun’da sınırları çizilen arabuluculuk yöntemi, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine nazaran bünyesinde barındırdığı kendine has özellikleri itibariyle daha çok bilinmekte ve tercih edilmektedir. Böylesi önemli bir yöntemin geliştirilmesi için literatüre katkı yapması amacıyla bu çalışmayı hazırlamış bulunmaktayız.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk , hukuk ve siyaset , yargı bağımsızlığı , uzlaşma.

ABSTRACT

LAW AND POLITICS:

MEDIATION DISCUSSION IN TURKEY AND REGULATIONS

Serdar TAŞ

In addition to being a common institution in international law since the 1970s, mediation has been legally included in the Turkish legal system since 2012. It is known that different manifestations of mediation have existed in both the law and the layers of our society since ancient years. At the beginning of the discussions on mediation; whether mediation will affect the independence of the judiciary and the freedom to seek rights. Likewise, the problems of the possibility of mediation being an alternative to the judicial power, whether compulsory mediation in labor law can work against the worker, and that mediation in family law may cause problems in terms of women's rights will be examined in detail in the study. There are also opinions that argue that the problems to be experienced in practice will result from the lack of legal infrastructure and the lack of expert personnel. In order to be a source of social reconciliation culture, the infrastructure of the mediation system should be intact. In a period when the judiciary is overwhelmed by this work load, the institution of mediation is considered as a very beneficial institution for the courts. Mediation should be developed and expanded in order to ensure a culture of social reconciliation, to maintain the relations of the parties to the conflict in the future and to ease the workload of the courts. The mediation method, which is legally defined in the Law No. 6325, is more known and preferred in terms of its unique characteristics compared to other alternative dispute resolution methods. We have prepared this study in order to contribute to the literature for the development of such an important method.

Key Words: Mediation , law and politics , judicial independence, reconciliation.

ÖNSÖZ

Arabuluculuk müessesesinin değişik tezahür şekillerinin eski yıllardan beri hem hukukumuzda ve hem de sosyal hayatımızda mevcut olduğu bilinmektedir. Arabuluculuk ile ilgili olarak tartışılan konuların başında; arabuluculuk uygulamasının yargı bağımsızlığını ve hak arama hürriyetini etkileyip etkilemeyeceği hususu gelmektedir. Keza arabuluculuğun yargı erkine alternatif olma ihtimalinin sakıncaları, iş hukukunda zorunlu arabuluculuk uygulamasının işçi aleyhine işleyebileceği, aile hukukunda arabuluculuğun kadın hakları bakımından sakınca oluşturacağı gibi hususlar tartışılmaktadır.

Biz de bu tez kapsamında görece son yıllarda yaygın bir şekilde hukukumuza giren arabuluculuk düzelmelerinin hukuk sistemimizdeki yerini, fonksiyonunu ve niteliğini ele almak istedik. Arabuluculuğun yargı erkinin yetki ve gücünü kullandığı savlarının doğru olup olmadığını ya da bu iddiaların ne kadar gerçeği yansıttığını incelemek istedik. Bu hususlar hukukçular ve diğer bilim dalları çalışanları tarafından araştırılıp tartışılmalıdır. Zira yakın zamanda yaygınlaşan bu uygulamalar vatandaşların haklarını korumak için kullanılmak istenirken aksi bir sonuçla karşılaşılmalıdır.

Bu çalışmamdaki değerli katkılarından dolayı hocalarım Prof. Dr. Serpil Çakır ve Prof. Dr. Ali Cem Budak’a teşekkür borçlu olduğumu belirtmek isterim.

Serdar TAŞ

İstanbul - 2019

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER.....	vi
KISALTMALAR LİSTESİ	ix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMLAR VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

1.1. Uyuşmazlık veÇatışmaKavramları.....	5
1.2. Uyuşmazlıkların Hukuki İhtilafHalineGelmesi.....	7
1.3. UyuşmazlıklarınÇözümü	8
1.3.1. Mahkemeler AracılığıylaUyuşmazlıklarınÇözümü	8
1.3.2. Tahkim YoluylaUyuşmazlıklarınÇözümü	14
1.4. Alternatif UyuşmazlıkÇözümYolları	18
1.4.1Arabuluculuk.....	27
1.4.2.Uzlaşma.....	29

İKİNCİ

BÖLÜMARABUL

UCULUK

2.1. TanımiveBileşenleri.....	33
2.2. Arabuluculuğa HâkimOlanİlkeler	35
2.2.1. İradilikİlkesi.....	35
2.2.2. Eşitlikİlkesi	40
2.2.3. TaraflarınHâkimiyetiİlkesi.....	42

2.2.4. Arabulucunun Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı İlkesi	47
2.2.5. Gizlilik İlkesi	49
2.3. Arabuluculuğun Usulü.....	52
2.4. Arabuluculuğun Tarihçesi ve Kaynakları.....	58
2.5. Avrupa Birliği Müktesebatında Arabuluculuk	61
2.6. UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu	69
2.7. Sivil Toplum Alanında Arabuluculuk	73
2.7.1. Kurumsal Tahkim	74
2.7.2. Milletlerarası Ticaret Odaları Düzenlemeleri	79

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRKİYE’DE ARABULUCULUK UYGULAMALARI

3.1. Türkiye’de Arabuluculuk Uygulamalarının Tarihçesi	84
3.2. Türkiye’de Arabuluculuk Uygulamalarının Kaynağı.....	85
3.3. 6325 Sayılı Kanun Kapsamında Arabuluculuk	90
3.3.1. İlgili Kanunun Değerlendirilmesi	90
3.3.2. Siyasi Partilerin Yaklaşımları	93
3.3.2.1. Ak Parti’nin Yaklaşımı.....	93
3.3.2.2. CHP’nin Yaklaşımı	97
3.3.2.3. MHP’nin Yaklaşımı	102
3.3.2.4. HDP’nin (BDP) Yaklaşımı.....	105
3.3.3. Sendikaların Yaklaşımları.....	106
3.3.4. Meslek Örgütlerinin Yaklaşımları	108
3.3.5. Sivil Toplum Kuruluşlarının Yaklaşımları	110
3.3.6. Türkiye Barolar Birliği ve Baroların Görüşleri	112
3.4. Arabuluculuk Uygulamalarına İlişkin Güncel Gelişmeler	118
3.4.1. İş Hukuku Alanındaki Gelişmeler.....	118
3.4.2. Ticaret Kanunu Kapsamında Arabuluculuk Uygulamaları.....	125

3.4.3. Aile Hukuku Alanında Arabuluculuk Uygulamaları	127
SONUÇ	132
KAYNAKÇA	135
KAYNAKÇA(İNTERNET)	144



KISALTMALAR LİSTESİ

AAA-ICDR	:Amerikan Tahkim Birliği-Uluslararası Uyuşmazlık Çözümü Merkezi
AB	: Avrupa Birliği
ABAD	:Avrupa Birliği Adalet Divanı
ADR	:Alternatif Uyuşmazlık Çözümü
AK	:Avrupa Konseyi
AK Parti	:Adalet ve Kalkınma Partisi
ATO	:Ankara Ticaret Odası
AUÇY	:Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu
CAS	:Spor Tahkim Mahkemesi
CHP	:Cumhuriyet Halk Partisi
DIFC	:Dubai Uluslararası Finans Merkezi
DİSK	:Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu
HDP	:Halkların Demokratik Partisi
HMK	:Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICC	:Uluslararası Ticaret Odası
ICSID	:Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi
İTO	:İstanbul Ticaret Odası
KAHDEM	:Kadınlara Hukuki Destek Merkez Derneği
KESK	:Kamu Emekçileri Sendikalar Konfederasyonu
LCIA	:Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi
MHP	:Milliyetçi Hareket Partisi
MTK	:Milletlerarası Tahkim Kanunu

STK	:Sivil Toplum Kuruluşları
TBB	:Türkiye Barolar Birliği
TBMM	:Türkiye Büyük Millet Meclisi
TOBB	:Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
UNDP	:Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı
WIPO	:Dünya Fikri Haklar Organizasyonu



GİRİŞ

Bilgi ve internet çağı olarak adlandırılan günümüzde, bilim, teknik ve sağlık sektöründe kat edilen mesafe ve küreselleşme hareketlerinin de etkisi ile birlikte insanlar arası sosyal ve ekonomik ilişkilerin her geçen gün gelişmekte ve genişlemekte olduğu görülür. Nüfus yoğunluğundaki artış ve iş alanlarındaki genişlemenin de insan ilişkilerini çeşitlendirme açısından önemli bir yeri olduğu kabul edilmektedir. Söz konusu gelişmelerle birlikte, insanlar arasında görülen uyuşmazlıkların da artış göstermesi kaçınılmaz bir hal almıştır. Artan uyuşmazlıklar karşısında yargı, hızlı, düşük maliyetli ve etkin biçimde sorunların çözülmesi noktasında yetersiz kalmaktadır. Bazı durumlarda ise insanlar arasındaki ilişkilerde yaşanan değişimler karşısında yargı, tarafların tam anlamıyla tatmin edilmesini sağlayacak kararları verme noktasında yeterli ve kalıcı çözümleri üretememektedir. Yargının aksamakta olan bu yönleri ve tarafların ilişkilerinin gelecekte de korunması ile uyuşmazlıkların uzlaşa yolu kullanılarak çözülmesi isteği, insanları uzlaşya dayalı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine itmektedir. Dolayısıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, devlet yargısının iş yükünü azaltmada ve toplumsal uzlaşa kültürünün kazanılmasında faydalı görülmektedir.

Alternatif uyuşmazlık çözümü; *“Taraflar arasındaki bir uyuşmazlığın, Devlet mahkemelerinin yargılaması dışında kalan bir yöntemle çözümlenmesini ifade eden uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin bütününe verilen isimdir.”*¹ Bir başka ifadeyle alternatif uyuşmazlık çözümü, tarafların, kendi iradeleriyle ve aralarında anlaşarak, uyuşmazlıklarını yargılama ve hâkim kararı olmaksızın, yine kendilerinin belirlediği hakem, hakem kurulları ya da tarafsız üçüncü şahısların katılım ve katkılarıyla oluşacak kendi kararları ile çözebilmelerine imkân tanıyan usullerbütünüdür.

¹ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Cilt I, 191-192.

Uyuşmazlıkların çözümünde, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında en çok göze çarpan yöntem, arabuluculuk yöntemidir. Toplumda özendirilmesi ve teşvik edilmesi gerekli görülen arabuluculuk yöntemi, mahkemelerin iş yükünün azaltılması ve toplum genelinde uzlaşma kültürünün yerleşmesi bakımından son derece önemlidir. Zira uyuşmazlıkların çok olması, hâkim açığı ve yasaların toplumsal değişimleri yakalamada yetersiz kalması gibi nedenlerden dolayı bu tür yöntemler, özel hukuk uyuşmazlıklarında daha çok uygulanmaya başlanmıştır. Arabuluculuğa başvurmayı isteyen ve bu kapsamda arabuluculuk sözleşmesini akdeden taraflar, aralarında yaşanan uyuşmazlığı devlet yargısına taşımaksızın uzlaşıyla sonlandırmak konusunda irade beyan etmektedirler. Taraflar arasındaki ilişkilerin gelecekte de korunması açısından arabuluculuk faaliyetleri önemlidir. Ayrıca arabuluculuk kurumu, hukuk sisteminin de ciddi anlamda rahatlamasına zemin hazırlayacak bir kurumdur. Ancak arabuluculuk uygulamalarına yönelik öğretilerde pek çok tartışma ve eleştiri bulunmaktadır. Arabuluculuk uygulamasının zorunluluğu, gerekliliği ve uygulamadaki eksikliklere ilişkin yapılan eleştiriler, söz konusu uygulamanın yasal alt yapısının sağlamlaştırılması ve uzman personel yetiştirilmesi ile aşılabilecektir. Hukuk sistemi açısından önemli bir uygulama olarak görülen arabuluculuk uygulamalarının devletlerin iç hukuk düzenlemelerindeki yeri de belirleyiciniteliktedir.

Türk hukuk sisteminde arabuluculuk uygulaması, uyuşmazlıkların uzlaşıyla çözümü ve mahkemelerin iş yükünün azaltılması konusundaki beklentileri büyük ölçüde karşılamayı hedeflemektedir. Bu yüzden her geçen gün daha fazla önem kazanan bu yönteme başvurunun tarafların iradesine bağlı olduğu durumlarda önem arz eden arabuluculuk faaliyetlerinin bütün yönleriyle ele alınması ve tartışılması gerekmektedir. Bunun yanı sıra öğretilerde arabuluculuk uygulamasının, yargı bağımsızlığını ve hak arama hürriyetini etkileyip etkilemediği hususu da tartışmalıdır. Çalışmada bu hususa detaylı biçimde yer verilecektir.

Çalışmada arabuluculuk kavramının alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasındaki yeri ve önemi üzerinde durulmuş ve söz konusu kavram çok yönlü olarak ele alınmıştır. Çalışmanın ilk bölümünde alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile alakalı kavramların genel bir değerlendirilmesi yapılmıştır. Bu kapsamda uyuşmazlık ve çatışma kavramı incelenmiş ve uyuşmazlıkların çözüm yolları üzerinde durulmuştur. Uyuşmazlıkların hukuki açıdan görünür hale gelmesi neticesinde mahkemeler önünde çözüme kavuşturulması konusu irdelenmiş ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının teorik alt yapısı oluşturulmaya çalışılmıştır. Arabuluculuk kavramının kavramsal açıdan öğretildeki durumu ile alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının uygulamaları detaylı olarak incelenmiş ve öğretildeki görüşler değerlendirilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise genel olarak arabuluculuk kavramı üzerinde durulmuştur. Arabuluculuk kurumunun tarihi ve kaynakları ile bu kuruma hâkim olan ilkeler incelenmiş ve arabuluculuk kurumunun uluslararası kaynaklarına yer verilmiştir. Birleşmiş Milletler ve Avrupa Birliği'nin arabuluculuk ile alakalı yeknesak bir uygulama sağlama çalışmaları araştırılmış ve bu kurumların arabuluculuk alanındaki faaliyetleri detaylı olarak ele alınmıştır. Sivil toplum alanında arabuluculuk uygulamalarının kapsamı çizilmeye çalışılmış ve son olarak tahkim konusu ile arabuluculuk kurumunun bağlantısı kurulmaya çalışılmıştır. Uluslararası yasal düzenlemelerde alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak değerlendirilen arabuluculuk uygulamalarının eksik yönleri üzerinde durulmuş ve bu alana yönelik eleştirilere de yer verilmiştir.

Çalışmanın son bölümünde ise genel olarak ülkemizdeki arabuluculuk süreci üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda 6325 Sayılı Kanun'un detaylı bir değerlendirilmesi yapılarak söz konusu kanunun kaynağına inilmiştir. Kanunun yasalaşma sürecinde kanuna karşı getirilen olumlu ve olumsuz eleştiriler ortaya konulmuş ve yasalaşma süreci çok yönlü incelenmiştir. Son olarak bu bölümde, 6325 Sayılı Kanun dışında özel hukuk alanında arabuluculuk

uygulamasına yer veren diğ er ilgili mevzuat incelenmiştir. Bu kapsamda İş Hukuku, Ticaret Hukuku ve Aile Hukuku'ndaki güncel arabuluculuk gelişmeleri ve tartişmaları açıklanmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMLAR VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

1.1. Uyuşmazlık ve Çatışma Kavramları

Uyuşmazlık, uyuşmama durumunu ifade etmekte ve böylece en az iki kişi, iki toplum veya devlet arasında bir konuda aynı fikirde olmama durumunu ifade etmek için kullanılmaktadır². Hukuksal anlamda ise uyuşmazlık hukuk düzenlerinin koruduğu hakların veya menfaatlerin ihlal edilerek hukuk sistemi tarafından korunan denge durumunun bozulması ve düzenin ihlal edilmesi durumu olarak tarif edilebilir³.

Sartre'ye göre uyuşmazlık varlık temelinde insanoğlunun kaçınılmaz olarak karşı karşıya kaldığı bir apriori davranışsal seçim iradesinin ortaya konulması zorunluluğunun sonucudur⁴. Bu nedenle arabuluculuk, insanın doğasında mevcut, önceden insanlara sunulan belirli davranış kalıplarının seçilmesi veya seçilmemesi iradesinin tezahürü bakımından da aslında varoluşsal bir dışavurumdur.

Coser'e göre uyuşmazlık insanları ve toplumları birleştiren pozitif yanı olan bir kronik anlaşmazlık halidir. Coser'e göre uyuşmazlık belirli bir insan ve toplum kesimi tarafından benimsenmekte bu uyuşmazlık görüşünü benimsemeyen diğer kişiler ve toplum kesimi dışarıda kalırken, uyuşmazlık konusunu benimseyen ve savunanlar ile bu konudaki ortak talepleri dile getirenler ortak bir toplum kesimini oluşturmakta ve bazı konularda birlik,

² M. Yusuf Eren, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Arabuluculuk, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.5.

³ Özge Aksu, Ticarî Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu İle Çözümü (İngiltere Örneği ve Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde Bir Değerlendirme). Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Avrupa Birliği Hukuku Programı, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2009, s.6.

⁴ Aksu, 2009, s. 13.

beraberlik ruhu içinde hareket etmektedirler. Bu açıdan uyuşmazlık insan ve toplumları birleştiren, bir araya getiren pozitif bir unsur olmaktadır⁵.

Uyuşmazlıklara olumlu yaklaşan bir başka düşünür de Kriesberg'dir. Kriesberg'e göre sosyal çatışmalar sosyal sistemlerinin ayrılmaz bir parçasıdır. Ona göre toplumlardaki dengesizlikler ancak çatışmalar yoluyla yeniden dengeli hale gelebilir. Çatışmalar toplumlardaki adaletsizlikleri ve haksızlıkları ortaya çıkarır ve sosyal adaletin yeniden sağlanmasını teşvik eder⁶.

Deutsch'a göre ise uyuşmazlık yıkıcı uyuşmazlıklar ve yapıcı olan uyuşmazlıklar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Deutsch'a göre yapıcı uyuşmazlıkların toplum ve insanların ilerlemesinde medeniyetlerin inşasında olumlu katkıları bulunmaktadır ve bu nedenle yapıcı uyuşmazlıkların desteklemesi gerekmektedir⁷.

Çatışma insanoğlunun var olduğu günden bu yana onun bir parçası olarak hep var olagelmıştır⁸. Kùltürler insanı şekillendirdiği kadar çatıştıkları konularda da belirleyici rol oynarlar. İnsanlar, yaşadıkları toplumdan etkilenecek bazı kültürel ve ahlaki değerlere sahip olurlar. Sahip oldukları değerlere aykırı herhangi bir eylem veya söz ile karşılaştıklarında ise bir çatışmanın tarafı olarak bazı eylemlerde bulunurlar.

Aristo'ya göre insanlarda insanları sürekli kötülüğe, anlaşmazlığa, savaşıma yönlendiren negatif duygular bulunmaktadır ve bu duygular insanlarda uyuşmazlıklara ve anlaşmazlıklara sebep olmaktadır ve bu kötü durumları doğurup büyüten bu kötücül duygulardır. Bu duygular akıl ve mantık süzgecinden geçirilmeli ve içinde bulunan toplum ve mensupları tarafından iyiye evrilmelidir⁹. İşin temeline inildiğinde insanlarda mevcut

⁵ Aksu, 2009, s. 11, 12.

⁶ Louis Kriesberg; Mediation in Conflict System. <https://vdocuments.site/mediation-in-conflict-systems.html> (Erişim Tarihi: 16.01.2019)

⁷ Aksu, 2009, s. 12.

⁸ Mapendere; Track One and a Half Diplomacy and the Complimentarily of Tracks, s. 66.

⁹ Aksu, 2009, s. 7.

olan ve iyiye yönlendirilmesi gerekli kötü duyguların tespiti, muhakeme ve akılla iyiye kanalize edilmesi, insanların içinde bulundukları toplumların kültürel ve tarihsel yapılarıyla yakından ilgilidir.

Öğretide çatışmanın dört aşamadan oluştuğu dile getirilmektedir. Bunlar; tartışma, kutuplaşma, ayrışma ve nihayet son aşama yıkım ya da zarara uğratma, karşı tarafa saldırı aşamalarıdır. Genel olarak çatışma sürecinin bu dört aşamasının sıralı şekilde ilerlediği görülmektedir.¹⁰Bu aşamalar önemlidir zira bu aşamalara göre arabuluculuğun uyumsuzluğa yaklaşımı ve uzlaşma için kullanacağı metotlar farklılaşmaktadır.¹¹Bu anlamda ilk aşamada henüz iletişim kopmadığı için çatışma konusu olan hususların daha net ve belirli hale getirilmesi ve tarafların daha fazla birbirlerini anlamalarına yardımcı olmak için uygun bir ortam tesisi arabuluculuk faaliyetleri için çok önemli bir husustur. Yine kutuplaşma aşamasında taraflar artık birbirlerini dinlemedikleri için bu aşamada daha çok tarafların biri birlerine güvenlerinin artırılması için çalışmalar yapılması ve bir araya gelinerek en başta tarafların düşüncelerinin netleştirilmesine teşvik edilmeleri yerinde olacaktır.

Çatışma, zıt menfaatlerin ortaya çıkması, yanlış anlama, saldırgan tutumlar, düşmanlık ve düşmanca duygular, bir şeylere direnme, sosyal ayrışmalar, mantıksız ve uzlaşmaz talepler, rekabet ve gerilim kaynaklı olabilir¹².

1.2. Uyuşmazlıkların Hukuki İhtilaf HalineGelmesi

Kişiler arası uyumsuzlukların henüz dış dünyaya açıklanmadığı safhayı ifade etmek için kullandığımız anlaşmazlıklar, daha sonra zamanla dış dünyaya açıklanmak ve diğer insanlara bir mesele olarak duyurulmak suretiyle, uyuşmazlığa evrildiği dönemden geçerek

¹⁰ Ronald J. Fisher, Assessing the Contingency Model of Third-Party Intervention in Successful Cases of Prenegotiation. Journal of Peace Research Volume 44, Number 3, May 2007, s. 21-25.

¹¹ Çuhadar Gürkaynak, Turkey as a Third Party in Israeli Palestinian Conflict, s. 92, 93

¹² Şule Seyhan Ceylan, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü,, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s.45 vd.

olgunlaştığını yukarıda açıklamıştık¹³. İnsanların iç dünyaları ile ilgili olan anlaşmazlıkların uyuşmazlıklara dönüştüğü aşama, anlaşmazlıkların dış dünyaya, yakınlarla ve çevreye şikâyetler veya talepler halinde ifade edilmesiyle başlar¹⁴. Dolaysı ile uyuşmazlıklar şikâyetler yolu ile ete kemiğe bürünmekte ve fiziki dünyada bir uyuşmazlık olarak tezahür etmektedir¹⁵.

Her anlaşmazlık mutlaka çözümsüz kalacak ve bir uyuşmazlık konusuna dönüşecek diye bir kaide bulunmamaktadır. Ancak genel kabule göre her uyuşmazlığın mutlaka bir anlaşmazlık olarak kişilerin aralarında kişisel olarak ortaya çıkması, uyuşmazlık terminolojisinin zorunlu bir unsuru olarak karşımıza çıkacaktır¹⁶.

Şikâyetle konu olan ve üçüncü kişilere veya uyuşmazlığın diğer tarafına bildirilen anlaşmazlıklar daha sonra uyuşmazlık safhasına gelmeden önce, yani kronikleşmeden önce çatışma şeklinde maddi âlemde tezahür etmektedir. Onun için öncelikle çatışma ile kronikleşme arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır.

1.3. Uyuşmazlıkların Çözümü

1.3.1. Mahkemeler Aracılığıyla Uyuşmazlıkların Çözümü

Mahkemeler aracılığıyla uyuşmazlıkların çözümü, hukuka aykırı bir eylem, uyuşmazlık durumu ya da herhangi bir hukuk dışı işlem noktasında ortaya çıkan bir durumdur. Mahkemeye başvuru yapan taraf, hukuk literatüründe davacı ya da talep sahibi olarak adlandırılmaktadır. Kendisine karşı mahkemeye başvurulmuş ya da ceza davası bakımından kendisi aleyhine kamu davası açılan taraf ise davalı ya da sanık olarak adlandırılmaktadır. Muhakeme aşamasında taraflar, avukatları vasıtasıyla ya doğrudan

¹³ Aksu, 2009, s. 5, 6.

¹⁴ Ceylan, 2009, s. 93 vd.

¹⁵ Ceylan, 2009, s. 93.

¹⁶ Aksu, 2009, s. 6.

kendileri belli aşamalarda her türlü hukuki delili sunabilirler. Yargılamada yargı organlarının kendi lehine kanaatlerinin oluşması için taraflar, yoğun bir çaba içerisine girerler. Bu nedenle yargılama sürecinin genelde çekişmeli bir süreç olduğu görülmektedir. Elbette dava yolu ile görülen işlerin tamamı çekişmeli yargıya konu olmamaktadır. Çekişmesiz yargı yolu da kanuni bir hak arama yolu olarak kabul edilmektedir. Ancak genelde mahkeme aracılığıyla görülen işlerin büyük çoğunluğunun çekişmeli dava konusu işler oldukları görülmektedir.¹⁷

Uyuşmazlık nedeniyle mahkemeye başvuran ya da kendisi aleyhine mahkemeye başvuru yapan taraflardan herhangi birinin davayı kaybetmesi durumunda, söz konusu tarafın mahkemece verilen karara itiraz ve temyiz hakları yasayla düzenlenmiştir. Davayı kaybeden tarafın temyiz ya da itiraz hakkının mevcut olması, Anayasa’da yer alan hak arama hürriyetinin bir tezahürü olarak karşımıza çıkmaktadır. Mahkeme aracılığıyla görülecek işler ve çözüme kavuşturulacak uyuşmazlıklar, ilgili mevzuat kapsamında yasal düzenlemeler ile sınırlandırılmaktadır.

Hukuki açıdan ortaya çıkan özel hukuka konu olan uyuşmazlıkların çözümünde başvuru yapan dava yolunun her aşaması, sıkı usul şartlarına bağlanmıştır. Bu konuda usul açısından muhakeme şartlarının düzenlenmesi için 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun yol gösterici nitelikte olduğu görülmektedir.

Mahkeme yoluyla uyuşmazlıkların çözümü aşamasında taraflar, savundukları hakların korunması konusunda üçüncü taraf konumundaki mahkemelere tam yetki vermiş olurlar. Etkin ve güçlü konumdaki mahkemelerin söz konusu hak tasnifini hukuka uygun bir biçimde yerine getireceği umulmaktadır. Hukuki uyuşmazlıklarda taraflardan bazılarının kimi zaman muhakeme sürecinde zayıf ve pasif kaldıkları görülmektedir. Tarafların bu zayıf ve pasif konumlarının kendileri açısından hak kaybına sebebiyet vermemesi, dava sürecinde

¹⁷ Nilgün Serdar Şimşek ve Kerim Bölten, “Dava Yolu ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Yöntemleri Arasındaki Ayrımın Genel Bir Bakış”, <https://www.gsghukuk.com/tr/yayinlar/makaleler/dava-yolu-ve-alternatif-uyusmazlik-cozumu-yontemleri-arasindaki-ayrima-genel-bir-bakis.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.09.2019).

mahkemenin en temel görevidir. Aksi takdirde adil yargılamadan söz edilmesi mümkün değildir.¹⁸

Uluslararası alanda kullanılmakta olan iki çeşit mahkeme yolu mevcuttur. Bunlar; çekişmeli (Anglosakson hukuku) ve soruşturmacı (Kıta Avrupası hukuku) yargı yöntemleridir. Genel itibariyle Amerika Birleşik Devletleri'nde kullanılmakta olan çekişmeli yöntemde ayrıntılı muhakeme kuralları ile yönetilmekte olan bir süreç içerisinde kanıtların sunulması ve jürinin, hâkimin açıklamalarını temel alarak karar vermesi süreçlerini kapsamaktadır.¹⁹

Soruşturmacı yöntemde ise çekişmeli yöntem gibi kanıtların değerlendirilmesini esas alır. Ancak bunun kendine has yollarla ve kendine has sonuçlar doğuracak biçimde yapılmakta olduğu görülmektedir. Çekişmeli yöntem ile soruşturmacı yöntem arasında bazı temel farklılıklar bulunmaktadır.

Söz konusu farkların ilki, ilgili yöntemlerin yönünün çizildiği hukuki kaynaktan dolayı ortaya çıkmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere gibi Anglosakson hukuk sisteminin hâkim olduğu çekişmeli yöntemde Anayasa Hukuku, antlaşmalar ve içtihatlar kullanılmaktadır. Söz konusu kaynaklar yargılamanın her aşamasında mahkeme tarafından ya da temyiz mercileri tarafından yorumlanmakta ve uygulanmaktadır. Öte yandan Kıta Avrupası hukuk sisteminde kabul edilmekte olan soruşturmacı yöntemin kaynağını ulusal ya da uluslararası mevzuat metinleri oluşturmaktadır. Dolayısıyla Kıta Avrupası sisteminde kanun ya da şekli hukuk metinlerine bağlılık esastır. Söz konusu düzenlemelere bağlı biçimde muhakeme sürecinin yürütülmesine dikkatedilmektedir.²⁰

Anglosakson hukuk sisteminde kullanılan çekişmeli yöntem zaman içerisinde hâkimler tarafından yorumlandıkça gelişmiştir. Soruşturmacı Kıta Avrupası yöntemi ise

¹⁸ Law Reform Commission, Alternative Dispute Resolution: Mediation and Conciliation, November 2010, s.50

¹⁹ Lucille Ponte, Thomas Cavenagh, Alternative Dispute Resolution in Business, West Educational Publishing Company, 1991, s. 4

²⁰ Ponte ve Cavenagh, 1991, s.4.

çağdaş ve “ihtiyaç duyulduğu takdirde” geliştirilmekte olan hukuk kurallarından müteşekkildir. Bunun yanı sıra Anglosakson hukuk sistemi içerisinde hâkimlerin kanunlarda yazan metinler ile sıkı sıkıya bağlı olmadıkları yorum yoluyla hukuk oluşturulan bir uygulama söz konusudur. Ancak Kıta Avrupası hukuk sisteminde söz konusu durum mümkün görünmemektedir. Zira Kıta Avrupası hukuk sisteminde hâkimlerin uygulayacakları muhakeme usul ve esaslarının kanunlar ile net bir şekilde sınırlandığı görülmektedir. Bu nedenle Kıta Avrupası hukuk sisteminde hâkimler, yorum yolu ile hukuk kuralı oluşturma konusunda oldukça zayıf bırakılmıştır.²¹

Bu alanda görülen ikinci fark, uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmakta olan süreçle alakalıdır. Çekişmeli hukuk yöntemini uygulamakta olan devletler bazında hukuku birbirinden ayrı dava taraflarına uygulayan hâkim, kullanacağı çeşitli hukuk kaynaklarında ortak bağlantı noktası yakalamaktadır. Dolayısıyla bu devletlerde hukuki uyuşmazlıkların çözülmesi hususunda yoğun bir biçimde yargılama süreci işletildiği görülmektedir. Diğer taraftan Kıta Avrupası hukuk sistemine sahip devletlere bakıldığında, söz konusu uyuşmazlıklar açısından salt dava şartının getirilmediği; ayrıca bu devletlerde mahkeme dışında alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının da aktif biçimde işletilmeye çalışıldığı görülmektedir. Yani alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine uygunluk bakımından soruşturmacı sistemin çekişmeli sisteme göre daha uygun bir yapıya sahip olduğu ifade edilmektedir.²²

Kullanılan yöntemler arasındaki diğer farkın da iki yöntemin sonucuna ilişkin olarak ortaya çıktığı ifade edilmektedir. Anglosakson hukuk sistemi devletlerinde genellikle hukuki uyuşmazlıkların çözümünde jüri yöntemi kullanılmaktadır ve bu konuda jüriye tam bir yetki verildiği görülmektedir. Ancak Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde jüri yargılaması kurumu söz konusu değildir. Buna göre Kıta Avrupası sisteminde hâkime, geniş bir şekilde, söz

²¹ Ponte ve Cavenagh, 1991, s.4.

²² Ponte ve Cavenagh, 1991, s.4.

konusu uyuşmazlığın muhakeme ve esası hakkındaki hususlarda o devlet hukukunda belirtilmekte olan kuralların uygulanmasına karar verme yetkisi verilmektedir. Anglosakson hukuk sistemi devletlerinde jüri uygulaması, cezai tazminat ve oldukça geniş bir yelpazede manevi tazminat konularında kendisine yer bulmaktadır.

Kıta Avrupası hukuk sisteminde zararların tazmin edilmesi, cezai tazminat hariç tutulduğu ve ekonomik olmayan denkleştirici tazminatın da önemli ölçüde kısıtlanması dolayısıyla oldukça sınırlıdır. Her iki yönetime bakıldığında fayda ve sakıncaların mevcut olduğu görülmektedir. Anglosakson hukuk sistemi Kıta Avrupası hukuk sistemine oranla daha istikrarsız, daha masraflı ve daha hırçın görünmektedir. Ancak Anglosakson hukuk sistemi, Kıta Avrupası hukuk sistemine göre daha geniş ve daha kapsamlı çözümler içermektedir. Bu nedenle somut olayın çözüme kavuşturulması noktasında Anglosakson hukuk sisteminin mahkemelere tanıdığı geniş yetkiler, hukuk sisteminin devamlı surette gelişmesine katkı sağlamakta ve çağa uygun yeni içtihatların ortaya konulmasına imkân tanımaktadır. Kıta Avrupası hukuk sistemine bakıldığında bu sistemin diğerine oranla daha istikrarlı, daha kolay ulaşılabilir ve daha az masraflı olduğu görülür. Ancak uğranılan zarar ile giderilen zarar arasında önemli bir boşluk bulunduğu ifade edilmektedir. Bu yüzden zarara uğrayan tarafın sonuçtan memnun kalmama riski bulunmaktadır. Buna paralel olarak da Kıta Avrupası hukuk sisteminde temyiz uygulamalarına önemverilmektedir.²³

Uyuşmazlığın çözüm sürecinin belirlenmesinden evvel tarafların gerekli görülen bütün avantaj ve dezavantajları ölçüp tartması gerekmektedir. Ayrıca somut uyuşmazlık konusunda hangi mekanizma tarafından çözüm yolunun sunulduğunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Her uyuşmazlık mekanizmasının kendi avantaj veya dezavantajları bulunmaktadır. Ancak bu kısımda, yalnızca mahkeme yoluyla uyuşmazlıkların çözülmesi konusunun avantaj ve dezavantajları üzerinde durulacaktır.

²³Ponte ve Cavenagh, 1991, s.5.

Mahkeme aracılığıyla uyuşmazlıkların çözülmesi uygulamasının avantajları şunlardır:²⁴

- Muhakemeye konu olan bir davanın hâlihazırda kontrol edilmesini sağlayan önemli miktarda kapsamlı bir esas ve usul hukuku bulunmaktadır. Dolayısıyla taraflar, muhakemeye ilişkin usul ve esasları kendileri oluşturmak zorunda kalmazlar.
- Hâkim, hukuki açıdan tarafsız olmak durumundadır ve hâkimlerin ücretleri tarafların o hâkimin hizmetinden başka bir konuda da yararlanmak isteyip istemeyeceğine bağlı olmamaktadır. Yani maddi ve manevi açıdan hâkim, önüne gelen bir davanın sonucundan kişisel olarak etkilenmez. Bu durum, adil yargılanma hakkının mahkemeler tarafından güvence altına alınması anlamına gelmektedir.
- Uyuşmazlığın her iki tarafı da ilk derece mahkemesince verilmiş olan kararın temyiz edilmesi hakkına sahiptir.

Mahkeme aracılığıyla uyuşmazlıkların çözülmesi uygulamasının dezavantajları şunlardır²⁵;

- Yerel mahkemelerin muhakeme yöntemlerinin ve dilinin farklı olabilmesi ve tarafların buna alışkın olmaması,
- Mahkeme sürecinin genel olarak gizlilikten yoksun olması,
- Mahkeme sürecinin ve temyiz süreçlerinin çok uzunsürmesi,
- Denizaşırı devletlerde mahkeme kanalıyla uyuşmazlıkların çözümü yolunun takibinde çok yüksek masrafların çıkabilmesi,

²⁴ Şimşek ve Bölten, s.5.

²⁵ Şimşek ve Bölten, s.5

- Tam anlamıyla bağımsız ve tarafsız bir yargı sisteminin kurulması konusunda yaşanan sistemsel sıkıntılar,
- Yabancı mahkeme kararlarının tanınması konusunda çıkazorluklardır.

1.3.2. Tahkim Yoluyla Uyuşmazlıkların Çözümü

Tahkim, ulusal ve uluslararası tahkim olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Ulusal tahkim 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 407 ila 444. maddelerinde düzenlenmektedir. Uluslararası tahkim ise 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda (MTK) düzenlenmiştir.²⁶

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 412/(1). maddesinde tahkim sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Buna göre *“Tahkim sözleşmesi, tarafların sözleşme ve sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır.”* denilmektedir.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4/(1). maddesinde de tahkim sözleşmesinin tanımına yer verilmiştir. Buna göre; *“Tahkim anlaşması, tarafların sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır.”*denilmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime ilişkin hükümleri ile Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun hükümleri karşılaştırıldığında önemsiz bazı farkların haricinde neredeyse aynı ifadelere yer verildiği görülecektir. Zira Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun hükümlerinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime ilişkin hükümleri açısından dayanak teşkil etmesinden dolayı her iki kanun için UNCITRAL Model Kanun esas alındığı

²⁶ Ali Cem Budak ve Varol Karaarslan, Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara, 2019, s.425.

ileri sürülmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 407. maddesi kanunun kapsamını “*yabancı unsur içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar*” olarak belirlemektedir. Yani Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun kapsamı dışında kalan “iç tahkim” uygulamalarında kendisinin gösterecektir.²⁷

Tahkim sözleşmesi, sözleşmesel bir görünüme sahip olduğu kadar yargısal fonksiyonu olan bir yapıya da sahiptir. Öğretide tahkim uygulamalarının alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden sayılması gerekip gerekmediği hususunda bazı tartışmaların yaşandığı görülmektedir. Kimi yazarlar tarafından tahkim, alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabul edilmemektedir. Bazı yazarlara göre ise tahkim, hukuki niteliğinden ötürü alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi değil; istisnai bir yargısal yöntem biçiminde ele alınmaktadır.²⁸

22.01.2000 tarih ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile ilgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun’un 2. maddesine göre tahkim, özel bir yargılama etkinliği olarak tanımlanmaktadır. Tahkim, menfaat temelli değil, hak temelli olarak değerlendirilmektedir. Bu açıdan, kanaatimizce tahkimin uyuşmazlık çözüm yönteminden ziyade özel bir yargı etkinliği olarak nitelendirilmesi daha doğrudur.

Genel anlamda tahkim, yasalarca tahkim yolu ile çözümlenmesi mümkün kılınan alanlarda ortaya çıkan uyuşmazlıkların devlet yargısı aracılığıyla değil, hakemler aracılığıyla çözümlenmesi hususunda tarafların anlaşmalarıdır. Diğer bir ifadeyle tahkim, tarafsız üçüncü kişiler ya da bu konuda uzman olan kişilerin yer aldığı listeden seçilmiş olan hakemler

²⁷ Fatih Aydemir, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul, On İki Levha, Haziran 2017, s.29; Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, 4. baskı, İstanbul, Vedat, Mart 2016, s.24.

²⁸ Orhan Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Ankara, Adalet, 2017, s.48; Budak ve Karaarslan, 2019, s.428.

tarafından, uyuşmazlıklar üzerinde muhakeme yapılması suretiyle bir karar verilmesi süreci olarak tanımlanabilir.²⁹

Tarihi süreç içerisinde tahkime yönelik düzenlemelerin ilkinin 1698 İngiliz Tahkim Kanunu olduğu kabul edilmektedir. Fransız İhtilali sonrasında yargılama hakkının bireyler tarafından da kullanılabileceği kabul edilmiş ve söz konusu dönemde tahkim uygulaması önem kazanmaya başlamıştır. Türkiye’de tahkim yolunun yasalaşma süreci 1850 yılında Fransız Ticaret Kanunu’ndan uyarlanan Kanûnnâme-i Ticâret ile başlamıştır. Çağdaş anlamda tahkim uygulamaları ise ICC (International Chamber of Commerce)’nin kurulması ve 1923 yılından itibaren uygulanan tahkim kuralları ile ortaya çıkmıştır.³⁰

Tahkim yoluna başvurulabilmesi için “olmazsa olmaz” (conditio sine qua non) önkoşul, tahkim anlaşması ya da klozunun mevcut olmasıdır. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 4/2. maddesinde tahkim anlaşmasının geçerliliği için yazılı şekil şartı öngörülmektedir. Tahkim anlaşmasının geçerlilik kazanması için aranan yazılı şekil şartının adi yazılı şekil şartı olduğu kabul edilir. Tarafların isteği doğrultusunda aralarındaki temel ilişkiden bağımsız bir tahkim anlaşması yapılarak veya mevcut anlaşmaya bir tahkim klozu eklenerek uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesi kararlaştırılabilir. Tarafların tahkim sözleşmesine rağmen devlet yargısına başvurmaları durumunda tahkim sözleşmesinin mevcudiyeti, söz konusu uyuşmazlık açısından ilk itiraz teşkil edebilecektir. Tarafların yasal süre içerisinde itiraz etmemesi durumunda mahkeme, uyuşmazlığın çözümü konusunda yetkiye sahip olacaktır.³¹

²⁹ Mustafa Serdar Özbek, Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, AÜHFD, 2002, C.51, S.2, s.142.

³⁰ Ali Yeşilırmak, Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul, On İki Levha, Nisan 2011, s.59-60.

³¹ Betül Azaklı Arslan, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Ankara, Yetkin, 2018, s.71.

Tahkim yolu, uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan en yaygın yöntem olarak görülmektedir.³² Milletlerarası tahkim uygulamasına yönelik olarak usul ve esaslar, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ve 1958 tarihli New York Sözleşmesi ile düzenlenmiştir. New York Sözleşmesi tahkim kararlarının tanınması ilişkin bir sözleşme olup, söz konusu sözleşmede tahkim prosedürüne ilişkin hükümler yer almamaktadır.³³

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 407-444. maddelerinde ulusal tahkime ilişkin düzenlemeler yer almıştır. Yasanın 407. maddesine göre yabancılık unsuru taşımayan ve tahkim uygulama yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklarda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Muteber bir tahkim sözleşmesinin sonuçlarının başında, taraflara tahkim yoluna başvurabilme imkânı tanınması gelmektedir. Ayrıca dava açan tarafa karşı tahkim itirazında bulunulması hakkının saklı tutulması, tahkim sözleşmesinin önemli sonuçlarından biridir. Tahkim uygulamasında devlet yargısından farklı olarak hakemler tarafından tatbik edilecek hukuki rejim açısından hareket kabiliyetlerinin daha geniş olduğu görülmektedir. Bunun yanı sıra tahkim uygulamasında uyuşmazlıklar, uzman kişiler vasıtasıyla çözüme kavuşturulmaktadır.³⁴

Tahkim şartının hukuki niteliği incelendiğinde, söz konusu şartın her şeyden önce bir sözleşme olduğu dikkat çekmektedir.³⁵ Bunun yanı sıra tahkim şartının yargısal bir niteliğinin bulunduğu da görülmektedir. Tahkime yönelik kurallara bakıldığında, söz konusu kuralların tahkimin sözleşme niteliğiyle veya yargısal niteliğiyle sınırlı kalmadığı açıktır. Tahkime

³² Budak ve Karaarslan, 2019, s.428.

³³ Ceren Eyüpoğlu, "Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği", ABD, 2017/3, s.229.

³⁴ Budak ve Karaarslan, 2019, s.428.

³⁵ Budak ve Karaarslan, 2019, s.42.

yönelik kurallar; tahkim şartının ana sözleşmeden ayrılması ve hakemin yargı yetkisini kendisinin belirlemesi kuralları olarak ikiye ayrılmaktadır.³⁶

4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7/H. maddesinde yer alan “...*Hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir...*” şeklindeki düzenlemeye bakıldığında, hakemlerin yargı yetkisini kendilerinin belirlemesi (competence/competence) kuralına işaret edilmektedir.³⁷

4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7/H. maddesinde yer alan “...*Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz...*” düzenlemesi ise tahkim şartının ana sözleşmeden ayrılması (principle of separability) kuralını düzenlemektedir.

1.4. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla uyuşmazlıkların çözümü hususu son yıllarda birçok devletin gündemini meşgul etmektedir. Uyuşmazlıkların yargı önünde çözümü yolunun çeşitli olumsuz sonuçları, bireyleri toplumsal barışın sağlanması gerekçesiyle alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yöneltmiştir. Söz konusu çözüm yollarının devletler tarafından da desteklenmesi ve işlevsel hale getirilmesi sonucunda yargının iş yükünün azalacağı ileri sürülmektedir³⁸.

Alternatif uyuşmazlık çözümü; “*Taraflar arasındaki bir uyuşmazlığın, Devlet mahkemelerinin yargılaması dışında kalan bir yöntemle çözümlenmesini ifade eden*

³⁶ Yeşilırmak, 2011, s.60.

³⁷ Özlem Bora, “Arabuluculuk Sözleşmesi”, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2019, s.13-14.

³⁸ Ali Cem Budak, Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Adalet Yayınları, 12. Baskı, Ankara, 2018, s.655.

uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin bütününe verilen isimdir.“³⁹Bir başka ifadeyle alternatif uyuşmazlık çözümü, tarafların, kendi iradeleriyle ve aralarında anlaşarak, uyuşmazlıklarını yargılama ve hâkim kararı olmaksızın, yine kendilerinin belirlediğı hakem, hakem kurulları ya da tarafsız üçüncü şahısların katılım ve katkılarıyla oluşacak kendi kararları ile çözebilmelerine imkân tanıyan usullerbütünüdür.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, yöntem ve üçüncü kişinin taraflarca tercih edildiğı, sürecin sonunda üçüncü kişi tarafından uyuşmazlığın taraflarını bağlayıcı nitelikte kararlar verdiğı, “ hüküm vermeye dayalı” usuller (tahkim) ile tarafların üçüncü kişinin katılım ve katkısıyla kararlarını kendilerinin verdiğı “müzakere temelli”, usuller (arabuluculuk, uzlaştırma) olarak iki genel başlık altında sınıflandırılmaktadır.⁴⁰

Günümüzde gelişip çeşitlenen uygulamalara bakıldığında ise “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü” hangi sıfatla olursa olsun üçüncü kişilerin bağlayıcı kararına ihtiyaç duyulmaksızın uygulanan usullere indirgenmeye çalışıldığı görülmektedir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm uygulamaları, Anayasanın 36-37. maddeleri ile teminat altına alınmış olan “Hak arama hürriyeti ve kanuni hakim güvencesini“ tamamıyla ortadan kaldırmamaktadır. Söz konusu uygulamalar, yargı yoluna rakip ya da ona alternatif olmamakta, yargılamanın içerisinde ya da yargılamayla bağlantılı olarak devam edegelmektedir.

Anayasa Mahkemesi Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun iptali talebi ile açılan davada vermiş olduğu ret kararında; “ *Uyuşmazlıkların çözümü konusunda temel olarak iki sistem vardır. Birincisi, yargı yoluyla uyuşmazlıkların çözümü, diğeri ise yargılama yapılmadan uyuşmazlığın çözümüdür. Arabuluculuk kurumunu da içine alan bu ikinci sistem, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak adlandırılmaktadır.*

³⁹ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Cilt I, 191-192.

⁴⁰ Orhan Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara-2018,s.6.

Alternatif uyuşmazlık çözümü kavramında geçen “alternatif” terimi, mahkemelere alternatif bir yol olarak kullanılamaz. Arabuluculuk, tarafların sorunlarını kendilerinin çözmesini amaçlayan gönüllülük esasına dayanan dostane bir çözüm yolu olup bir yargılama faaliyeti değildir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, uyuşmazlıkların çözümünde yargısal yolların yanında yer alan ve tarafların istemleri hâlinde işlerlik kazanan, esas itibarıyla ilişkilerin koparılmadan sürdürülmesini ve adil bir karardan ziyade, her iki tarafı da tatmin edici bir çözüme ulaşılmasını hedefleyen yöntemler bütünüdür. Bir başka ifadeyle, alternatif uyuşmazlık çözümleri, Devlete ait yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden işlerlik kazanan ve uygulama alanı bulan ek yöntemler bütünü olarak nitelendirilebilir.

Nitekim Kanun'un Genel Gereğesinde; “Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, aslında yargı sistemi ile rekabet içinde olmadığı gibi, amaç yargısal yollara başvuru imkânını ortadan kaldırmak da değildir. Devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümü amaçlanmaktadır.” denilmiştir.⁴¹

Adalet ve adalete erişim için sunulmakta olan hizmetler, Devletin en önemli ve olmazsa olmaz hizmetleridir. Bunun yanı sıra söz konusu hizmetlerin etkinliği, hızı, ucuzluğu ve verilmekte olan kararların hukuka uygunluğu da önem arz etmektedir. Kişilerin ve toplumun adalet duygularının tatmini ve beklentilerin karşılanma düzeyi açısından da devletin söz konusu hizmetlerinin değerlendirmeye tabi tutulması kaçınılmaz bir durum olarak görülmektedir.

Yakın zamana kadar uyuşmazlıkların çözümü açısından Devlet teşkilatında yer alan resmi mahkemelerin kullanıldığı görülmekteydi. Bunun yanı sıra sınırlı da olsa tahkim uygulamaları da uyuşmazlıkların çözümünde eski zamanlardan beri kullanılagelen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak dikkat çekmektedir. Devletlerin genel olarak

⁴¹ Anayasa Mahkemesinin Genel Kurulunun 10.07.2013 Tarih ve Esas: 2012/94 Karar: 2013/89 Sayılı Kararı, Resmi Gazete 28893 (Erişim Tarihi:01.09.2019).

yargılama gücünü tek eline almak istemesi, egemenlik hakkını devretmek istememesinden kaynaklanmaktadır. Günümüzde ise egemenlik hakkı konusunda ortaya çıkan modern görüşler, devletlerin, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yönelmesine neden olmuştur.

Mahkeme süreçlerinin bazen çok uzun sürmesi ve uzun süren yargılamaların taraflar açısından hak kaybına neden olabilmesi, devletlerin alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yönelmesinde etkili olan diğer bir saik olarak dikkat çekmektedir. Dava süreçlerinin uzun sürmesi, dava konusu olan uyuşmazlıkları derinleştirmekte ve büyütmede, buna karşın dava konusu talepler ise süreç uzadıkça anlamsızlaşmaktadır. Bütün bunlar adalete erişimin zorlaşmasına neden olmakta ve hak arama hürriyetini pahalı bir etkinlik haline getirmektedir. Hak arama özgürlüğünün ve gerçek adalet duygusunun tesis edilmesi açısından yargılamaların uzun sürmesi büyük bir handikaptır. Dolayısıyla devletler, vatandaşlarının haklarını etkin bir biçimde koruma adına alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yönelmeye başlamışlardır.⁴²

Mahkemelerde sürdürülen davalarda usule yönelik kaygılar, mahkemelerin adil karar üretme konusundaki kaygılarının önüne geçmektedir. Usule ilişkin uygulamaların sıkı şekil şartları ile belirlenmesi, mahkemelerin hukuk üretmesini ve inisiyatif almasını zorlaştırmaktadır. Bu durum, demokratik hukuk devleti ile legal süreçlerin işleyişine olan güvenin sarsılmasına ve sosyal barışın zedelenmesine neden olmaktadır. Hak sahiplerinin haklarını elde etmeleri önünde engel olarak görünen bu durum, tarafların hukuk dışı yollarla haklarını araması yoluna gitmesine neden olmaktadır.

Mahkeme önünde uyuşmazlıkların çözümü konusunda karşılaşılan usule ilişkin eksikliklerin yanı sıra, yargı sisteminin hantal, bürokrasiye boğulmuş, geç, güç ve masraflı işleyen bir yapıya sahip olması, uyuşmazlıklar açısından kısa sürede ve ucuz maliyetler ile

⁴² Muammer Erol, “Türk Hukukunda Arabuluculuk Ve Teşkilatlanması”, İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Hukuk Bilim Dalı, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2018, s.56.

özüm sunan çeşitli alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını tercih edilir kılmıştır. Dolayısıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, devletler tarafından vatandaşlara sunulan yöntemler olmasının ötesinde ihtiyaçtan doğan bir uygulama olarak dikkat çekmektedir.⁴³

Çağdaş yaşamın karmaşık ve dinamik yapısı dolayısıyla ortaya çıkan davaların sayılarında da artış görölmektedir. Bu nedenle mahkemelerin çok sayıdaki dava dosyası ile başa çıkması zorlaşmakta ve mahkemeler bu iş yükü altında her geçen gün daha fazla ezilmektedir. Buna karşın adalet hizmetlerine erişimin daha basit, ucuz ve hızlı olması ihtiyaı ve mecburiyeti ortaya ık mıştır. Dolayısıyla dava yolu ile yürütölmekte olan çatışmaya dayalı geleneksel özömlerin dışında arayışlar gündeme gelmiştir. Uzlaşmaya dayalı alternatif çözüm yollarının daha etkin, kolay, ucuz ve çabuk olacağı beklentisi ile birlikte alternatif uyuşmazlık çözüm yolları hızlı bir gelişmegöstermiştir.⁴⁴

Yapılan değerlendirmeler neticesinde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına (Alternative Dispute Resolution/ADR) ilişkin konular, idareci, siyasetçi, hukukçu ve akademisyenler nezdinde tartışılmaya başlanmış, hukuk sisteminin mahkemeler kanalıyla uyuşmazlıkları çözme konusunda yeterliliği sorgulanmış ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına olan gereklilik durumu ortaya konulmuştur.

Farklı hukuk sistemlerinde birbirinden farklı uygulamalar olmakla birlikte, bilinirliği ve farklı hukuk sistemlerinde uygulanabilirliği olan alternatif uyuşmazlık çözümü uygulamalarının bazıları; müzakere, arabuluculuk, arabuluculuk-tahkim, tahkim-arabuluculuk, yüksek ve alçak tahkim, Michigan Arabuluculuğu, uzlaştırma, tarafsız ön değerlendirme, olayların tespiti, mini muhakeme, kısa jüri muhakemesi, yargıç kiralama, son teklif, online uyuşmazlık çözümü ve ombudsman şeklinde sıralanabilir.

⁴³ Cemal şanlı, "Uluslararası Ticari ve Ekonomik Uyuşmazlıkların Arabuluculuk (ADR) Yöntemi İle özömlenmesi ve Milletlerarası Ticaret Odasının ADR Kuralları". Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 22, (2002): 57-68, <http://dergipark.gov.tr/iuhmhob/issue/9368/117287>, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhmhob/article/view/1019002855>. (Erişim Tarihi:18.08.2019)

⁴⁴ Onur Utku Sevim, Avrupa Birliği Müktesebatı ve Türk Hukukunda Arabuluculuk, İbs. Adalet Yayınevi, Hukuk Yayınları Dizisi-1851, Ankara, 2016, s.1.

Alternatif uyuşmazlık çözümüne ilişkin yapılan tanımlar birbirinden farklılık göstermektedir. Öğretide genel olarak alternatif uyuşmazlık çözümü (Alternative Dispute Resolution, ADR); *“Uyuşmazlığa düşmüş olan kişilerin, bu uyuşmazlıklarını dava açmaya ve davada hüküm verilmesine gerek kalmadan çözmelerine yardımcı olmak için oluşturulmuş yöntemlerin genel adıdır .“* şeklinde tanımlanmaktadır.⁴⁵

Resmi yargılama makamlarında davacı ve davalı sıfatları ile iddia ve savunmalarda bulunularak hak aranması, hukuk devletinin garantisi altındadır. Uyuşmazlıkların tamamının bu yöntemle çözümünün beklenmesi ise yargının işleyişine ilişkin problemlerin artmasına sebep olacaktır. Bu yüzden adalete ulaşma noktasında vatandaşların beklentilerini karşılayacak yollar oluşturulmaya çalışılmıştır. Mahkemelerde sürdürülen geleneksel muhakeme usullerinden daha esnek yapıya sahip olan bu yeni uyuşmazlık çözüm yöntemleri, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak ifadeedilmektedir.⁴⁶

Alper BULUR, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin olarak yapmış olduğu tanımda; *“Bağımsız, tarafsız ve objektif bir üçüncü kişinin, aralarında uyuşmazlık bulunan tarafları bir araya getirerek, ortaklaşa bir çözüm bulmaları konusunda iletişim kurmalarını sağladığı ve aralarındaki uyuşmazlığı ya kendi kendilerine çözmeleri için onlara yardımcı olduğu ya da somut olayın özelliklerine göre onlara üzerinde fikir birliğine varabilecekleri çözüm önerileri sunduğu; tamamen gönüllülük esasına göre işlerlik kazanan ve Devlet mahkemelerinde gerçekleşen yargılamaya göre seçimlik bir yol olarak uygulama alanı bulan uyuşmazlık çözüm yolları bütünüdür ”* demektedir.⁴⁷

⁴⁵ Mustafa Serdar Özbek, “Türk Yargı Sisteminde Çok Seçenekli Adliyeler” <https://www.arabulucu.com/adr-alternatif-uyusmazlik-cozumu/turk-yargi-sisteminde-coksecekenekli-adliyeler/pdf>, (Erişim Tarihi:18.08.2019).

⁴⁶ Bülent Şen, Boşanma Süreci ve Arabuluculuğu, Nobel Yayınları, Ankara, 2015, s.203. <http://www.openaccess.hacettepe.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11655/2530/de353329-55af-4bf1-b0f5-02300e44715a.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (ErişimTarihi:15.08.2019)

⁴⁷ Alper Bulur, “Avukatlık Kanunu M. 35/A’nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı, 89, 2010, s.198.

Zeyyad SABUNCUOĞLU'na göre ise alternatif uyuşmazlık çözümleri; *“Uyuşmazlıkların, tarafsız üçüncü kişi veya kişilerin katılımı ile çözümlenmeye çalışıldığı, başvurunun zorunlu ya da ihtiyari olabildiği, ancak, ulaşılan çözümün kural olarak bağlayıcı olmadığı, yargılama süreci dışında ya da yargılama süreci içinde başvurulabilen yöntemlerdir.”* şeklinde tanımlanmıştır.⁴⁸

Yargılamanın devam etmesi aşamasında da alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilmektedir. Mahkeme dışı ve mahkeme içi değişik alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri mevcuttur. Fakat alternatif çözüm yolları, resmi mahkemelerde bulunan yargılama sisteminin alternatifi ya da rakibi olarak düşünülmemelidir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, kamu düzenine ilişkin olmayan uyuşmazlıkların çözümlerinde mahkemelerin yükünü hafifleten ve kişilerarası ilişkilerin devamını sağlamayı amaçlayan uygulamalar olarak görülmelidir. Adil ve hızlı karar alınması amacıyla uygulanan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde, tarafların haklarını elde etme konusunda tatmin olmaları amaçlanmaktadır.⁴⁹

Anglosakson hukuk sistemi, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ilk olarak uygulandığı sistem olarak bilinmektedir. Amerika'da 1960'lı yıllarda ortaya çıkmaya başlayan alternatif uyuşmazlık çözümleri, 1980'li yıllarda yayılmaya başlamış ve İngiltere'nin sömürgesi olan devletlere ihraç edilmiştir. Diğer Kıta Avrupası devletlerinde ise uluslararası ticaret ve iş birliklerinin gelişmesi neticesinde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin tercih edilmeye başlandığı görülmektedir.⁵⁰

⁴⁸ Zeyyad Ziya Sabuncuoğlu, vd., Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Temel Bilgiler, Davranışsal Beceriler, Sınava Hazırlık (Bursa: Alfa Aktüel Yayınları, 2016), s.3.

⁴⁹ Melis Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Ankara-2012,s.24.

⁵⁰ Hatice Öztürk, “Arabuluculuk Eğitimlerinde Eğitimci Tutum ve Görüşlerine Yönelik Bir Araştırma: Türkiye Barolar Birliği Modeli” Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Halkla İlişkiler ve Tanıtım Anabilim dalı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2016,s.6.

Yaşanan gelişmeler ve yayılma sürecinde, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle öncelikli olarak adalete erişimin basitleştirilmesi ve süreçlerin hızlandırılarak dava yolunun sebep olduğu kararların verdiği zararların en aza indirilmesi amaçlanmaktadır. Ayrıca alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle muhakeme konusunda yaşanan gecikmelerin sonlandırılması, tarafların ve üçüncü kişilerin sürece aktif katılımlarıyla birlikte barış ve huzur ortamının tesis edilmesi ve bu ortamın devamlılığının sağlanması hedeflenmektedir.⁵¹

Taraflar açısından tercih edilme ve sürdürülebilir olmanın ihtiyari olması, sürece katılan üçüncü kişilerin kararlarının bağlayıcı nitelik taşımaması ve dava yolunun kapatılmaması modern alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının temel ortak özellikleri arasındadır.

Dava yolu ile karşılaştırıldığı takdirde öncelikle dava yoluna gitmekten feragat anlamına gelmemesi, sürecin taraflarının tercihi ile başlayıp devam ettirilmesi, tarafların aktif katılım ile kendi kararlarını oluşturması ve gizlilik ilkesi ile ilişkilerin zarar görmeden devam ettirilebilmesi, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının olumlu yönleri arasındadır. Bunun yanı sıra alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, daha hızlı ve ucuz maliyetle çözüme ulaşılmasını amaçlamaktadır. Kazan-kazan ilkesinin gözetilmesiyle çözüm sürecinde menfaatlerin dengelenmesi ve beklentilerin azami ölçüde karşılanması esas alınmaktadır. Gerekli olduğu takdirde uzman katkısı alınarak yargılama sonucunda verilebilecek olan ve kanunlar tarafından belirlenen kararlardan farklı çözümlerin geliştirilebilmesi, alternatif uyuşmazlık çözümünü cazip kılmaktadır.⁵²

Buna karşın tarafların maddi durumları arasındaki farkın büyüklüğü, çözüm sürecine olumsuz yansımalarının her iki tarafın beklentilerinin azami ölçüde karşılanabilmesini engellemesi açısından önem arz etmektedir. Gönüllülük ve ihtiyari olma ilkelerinin hâkim

⁵¹ Mustafa Serdar Özbek, “Türk Yargı Sisteminde Çok Seçenekli Adliyeler” <https://www.arabulucu.com/adr-alternatif-uyusmazlik-cozumu/turk-yargi-sisteminde-cokseckenekli-adliyeler/pdf>, (Erişim Tarihi:07.08.2019)

⁵² Şanlı, s.57.

olduğu alternatif uyuşmazlık çözüm süreçlerinde tarafların istekli olması gerekmektedir. Aksi takdirde söz konusu sürecin akamete uğraması muhtemeldir. Çatışma kültürünün hâkim olduğu ve kişilerarası iletişim kopukluklarının yaşandığı toplumlarda, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının işletilmesi zordur. Alternatif uyuşmazlık çözüm süreçlerinde tarafsız üçüncü kişi ve uzman sıfatlarıyla katılacak kişilerin eğitim düzeylerinin yetersiz olması ve hizmet standartlarının belirlenmemesi, söz konusu sürecin başarısına gölge düşürür. Aynı şekilde denetimin eksikliğinden kaynaklanan sorunlar da alternatif uyuşmazlık çözüm sürecini olumsuz etkilemektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm süreçlerinin salt taraflar üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek konulara ve küçük miktartlı uyuşmazlıklara uygulanabileceği algısı, söz konusu sürecin dezavantajları arasında sayılabilir. Alternatif uyuşmazlık çözümünün gelişiminin sınırlandırılması, söz konusu sürecin toplum nazarındaki güvenilirliğine de olumsuz etki etmektedir. Sonuç itibariyle alternatif uyuşmazlık çözümü sürecinin dava yöntemine karşı avantajları olduğu kadar dezavantajlı yönlerinin de bulunduğu kabul edilmektedir.

Alternatif uyuşmazlık çözümünün gelişiminde, kapsamı belirleyen tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işler ve kamu düzeninden sayılmayan işlerin tanım ve ayrımlarının netleştirilmesi etkili olacaktır. Kamu düzeninden sayılmayacak işlerin artması durumunda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının uygulama alanlarının da genişleyeceği açıktır⁵³.

Uyuşmazlıkların çözümünde yargılama dışında alternatifler uyuşmazlık çözüm yollarının aranmasına karşı çıkanların temel dayanak noktası, yargının Devlet egemenliğinin bir parçası olduğu görüşüdür. Bu görüşe göre devlet egemenliğindeki bu gücün başka makam, merci ya da kişilere bırakılması doğru bulunmamaktadır. Alternatif çözüm yöntemlerinin

⁵³ Süha Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Türkiye Barolar Birliği Dergisi” S.64 (2006), 151-177. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-64-227>, (Erişim Tarihi:18.08.2019).

kullanılması yargıdan kaçmak anlamına gelmektedir. Bu anlamda Devletin egemenliğinin zayıflatılacağı, hukuk dışındaki çözümlerin teşvik edileceği, zayıfların korunmayacağı ve haksızlıkların farklı yollarla meşrulaştıracağı iddia edilmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını savunanlara göre ise söz konusu yöntemler, yargının yanında yer alan, ona yardımcı olan, onunla birlikte hareket eden ve tarafların anlaşmasına yönelik çözümleri daha kalıcı ve etkili hale getiren yöntemlerdir. Bu yönüyle alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kullanılması, barışçıl hukuki koruma yöntemlerinin tamamlayıcı unsuru olarak görülmektedir.⁵⁴

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları uygulandıkları her devlette hukuk sistemi başta olmak üzere farklılıkların tamamından etkilenmektedir. Böylelikle her devlete özgü uygulama farklılıklarının olduğu ve bütünüyle yeni çözüm yollarının ortaya çıkabildiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının eksiksiz biçimde sayılabilmesi mümkün görünmemektedir. Ancak, en çok tanınan ve uygulanan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasında; Uzlaşma, Kısa Jüri Yargılaması, Arabuluculuk, Müzakere, Tarafsız Ön Değerlendirme, Uzlaştırma, Mini Yargılama, Ombudsman, Vakıaların Saptanması, Yargıç Kiralama, Hüküm, Tahkim-Arabuluculuk, Arabuluculuk-Tahkim, Son Teklif, Michigan Arabuluculuğu ve Yüksek-Alçak Tahkim gibi yöntemler yer almaktadır. Sayılan yöntemlerin bir kısmı yargılama içerisinde ya da onunla bağlantılı çözümler getirmektedir. Söz konusu çözüm yollarının önemli bir kısmı ise yargılamanın dışında çözümlerin üretilmesini amaçlamaktadır.⁵⁵

1.4.1 Arabuluculuk

Arabuluculuk (mediation) kavramının kökeni Latince “yarıya bölmek” ve “ortayı bulmak” anlamına gelen “mediare” kelimesinden türemiştir. Uzak Doğu’da çok eski bir

⁵⁴ Tanrıver, 2006, s.158.

⁵⁵ Dür, 2018, s.7.

geçmişî bulunan arabuluculuk, Çince uyuşmazlıkların tarafları arasında girişimde bulunularak sorunların çözülmesi anlamına gelmektedir.⁵⁶

Arabuluculuk kavramına ilişkin olarak genel bir tanım yapılması zordur. Ancak öğretide arabuluculuk, tarafların kendi menfaatlerini azami düzeyde karşılayacak bir çözüme ulaşmalarının sağlanması amacıyla, karar verme yetkisine sahip olmayan, tarafsız üçüncü kişi konumunda bulunan uzman kişilerin yardımıyla yürütülen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak ifade edilmektedir. Öğretideki diğer bir tanıma göre ise arabuluculuk; *“tarafların iradi olarak başvurmaları sonucu, tarafsız ve güvenilir üçüncü şahıs yardımıyla üzerinde anlaştıkları yöntem ve esaslara göre, karşılıklı iletişimle menfaatler esas alınarak uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıdır”*.⁵⁷

Arabuluculuk, üçüncü kişilerin sürece dâhil olduğu, kolaylaştırılmış ve geliştirilmiş bir müzakere yöntemi olarak bilinmektedir. En kısa şekliyle arabuluculuğa, “geliştirilmiş bir müzakere yöntemi” de denilebilir. Arabulucu, ortaya çıkan uyuşmazlığı bir karara bağlamak suretiyle değil; yönlendirmeye tarafların müzakere yapmasını ve uygun anlaşma zemininin sağlanmasını hedeflemektedir. Haklıyı ya da haksızı bulmaya veya tespit etmeye yönelik olarak değil, tarafların ortak çıkarlarının en uygun biçimde birleştirilmesini öngören bir akit zemini oluşturmaya gayret eder. Bu vesileyle de uyuşmazlığın çözüme kavuşmasını amaçlar.⁵⁸

Arabuluculukta uyuşmazlıkların yönetilmesi, tarafların tasarrufundadır. Yani, arabuluculukta uyuşmazlığın taraflarının uyuşmazlığın merkezinde yer aldığı ifade edilmektedir. Arabuluculuk ile alakalı detaylı bilgiye ikinci bölümde yer verilecektir.

⁵⁶ Seda Özmumcu, Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı İle Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, 2. baskı, İstanbul, On İki Levha, Haziran 2012, s.273.

⁵⁷ Ömer Ekmekçi/Muhammet Özkes/Murat Atalı, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, Birinci Baskı, İstanbul, On İki Levha, Ekim 2018, s.16.

⁵⁸ HUAK 2. Madde Gereğesinden, (Erişim) <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0603.pdf>, (Erişim Tarihi: 25.08.2019).

1.4.2. Uzlaşma

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'na (Av. K.) 02/05/2001 tarihinde “Uzlaşma sağlama” başlığını içeren 35/A maddesi eklenmiş ve söz konusu madde, “*Avukatlar dava açılmadan ya da dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleri ile istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle beraber karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilir. Karşı tarafın söz konusu davete icabet etmesi ve böylelikle uzlaşma sağlanması durumunda, uzlaşma konusu, yeri, tarihi, karşılıklı yerine getirilecek yükümlülükler tutanakla kaleme alınır. Avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınan bu tutanaklar 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 38. maddesi gereği ilâm niteliği taşır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda uzlaşma, avukatlar vasıtasıyla tatbik edilecek alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak ileri sürülmüştür. Hukuk sistemimiz içerisinde, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2/1-b maddesinde yapılan değişiklik kapsamında ise arabuluculuk ile uzlaşma arasındaki fark ortadan kaldırılmıştır⁵⁹.

Alternatif uyuşmazlık çözümleri arasında en etkin ve en yaygın işlerlik kazanmış olan yöntemler, arabuluculuk ve uzlaşma yöntemleridir. Kavramsal olarak birbirinin yerine kullanılan ve hukuk sistemimiz içerisinde yapılan düzenlemeler neticesinde kavramsal olarak aralarında fark bulunmayan bu kavramlar, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerisinde en fazla kullanılan yöntemlerdir. Uyuşmazlık içerisine düşmüş olan tarafların konuşması ve müzakerelerde bulunması amacıyla bir araya getirilmesini amaçlayan bu yöntemlerde, sürecin işlevsel biçimde tamamlanması için tarafların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle kendi çözümlerini kendilerinin üretmeleri amaçlanmaktadır. İletişimin kolaylaştırılması için tarafsız

⁵⁹ 12/10/2017 tarihli ve 7036 sayılı Kanunun 17 nci maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasının (b) bendine “gerçekleştiren,” ibaresinden sonra gelmek üzere “tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen,” ibaresi ve (d) bendinden sonra gelmek üzere (e) bendi eklenmiş ve diğer bentler buna göre teselsül ettirilmiştir.

ve bağımsız bir konumda bulunan üçüncü kişinin katkısıyla yürütülen söz konusu usullerde uyuşmazlıkların etkin bir biçimde çözümü amaçlanmaktadır⁶⁰.

4 Nisan 2017 tarihli ve 30038 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Türkiye Barolar Birliği Uzlaşma Sağlama Yönetmeliği'nin 4. maddesinde uzlaşma tutanağının tanımına yer verilmiştir. Buna göre uzlaşma tutanağı, *“Taraflarca uyuşmazlık konusu hakkında tutulmuş olan, üzerinde tarafların mutabakata vardığı, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 ve 68/A maddeleri uyarınca icra edilebilen ilam hükmündeki belge”* olaraktanımlanmaktadır.⁶¹

Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesi kanalıyla yapılan uzlaşmanın temel ilkeleri; iradi olma, eşitlik ve gizlilik (Yönetmelik 5 ve 6. m) olup, uzlaşma isteyen tarafın avukatının uzlaşma iradesini, uyuşmazlık konusunun da belirtilerek karşı tarafa yazılı biçimde bildirmesi gerekir. Yapılan bildirimde, uzlaşma görüşmeleri için yer ve zaman önerisinde de bulunulur. Kendisine uzlaşma daveti ulaşan taraf, bu konudaki olumlu ya da olumsuz iradesini en geç iki hafta içinde karşı tarafa bildirmek durumundadır. Bu süre zarfında cevap verilmemesi durumunda uzlaşma davetinin reddedilmiş kabul edileceği ileri sürülmektedir. Tarafların uzlaşma sürecinde hangi avukatın bürosunda karşı karşıya gelecekleri konusunda anlaşamaması durumunda ise uzlaşma görüşmeleri, baro tarafından tahsis edilmiş olan bir yerde yapılmalıdır. Taraflarca uygun bulunması durumunda uzlaşma konusuyla ilgili olarak teknik personel (mali müşavir, mühendis gibi) ya da danışmanlar (risk analizcileri, mali ve hukuki danışman gibi) da uzlaşma görüşmelerinde hazır bulundurulur. Bu kişilerin ancak sorulan sorulara karşı cevap verme hakkı bulunmaktadır. Onun dışında bu kişilerin uzlaşma sürecineaktifbiçimdekatılmalarıyasaktır.Taraflarınkabuletmesidurumundatoplantıların

⁶⁰ Süha Tanrıver, Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. II, Ankara-2010, s.165.

⁶¹ Danıştay 8. Dairesi'nin 2018/2155 E. ve 11/10/2018 tarihli kararı ile Uzlaşma Sağlama Yönetmeliği'nin Uygulanmasına İlişkin Yönerge hakkında yürütmeyi durdurma kararı verilmiştir.

sözlü ya da görüntülü olarak kayıt altına alınabileceği hükme bağlanmıştır. Görüşmeler neticesinde uyuşmazlık konusunda uzlaşma sağlanıp sağlanmadığı, tutulacak olan tutanakla kayıt altına alınır.

Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesine göre yapılan uzlaşma faaliyeti, hukuki niteliği açısından mahkeme öncesinde yapılan sulhun başka bir görünüş şeklidir. Barolar Birliği Uzlaşma Sağlama Yönetmeliği'nin 6. ve 15. maddelerinde yer alan düzenlemelerden ötürü yargılama sürecinde Kanunun 35/A maddesi kapsamında uzlaşılması mümkün görülmektedir. Söz konusu Yönetmeliğin 7. maddesine göre avukatlar, uzlaşma sürecinde özen, doğruluk ve onur içerisinde görevlerini yerine getirmekle yükümlüdürler. Uzlaşma tutanağına ilişkin olarak diğer maddi hukuk işlemlerine benzer biçimde yanıltma, aldatma ve korkutma gibi irade sakatlığı durumlarında uzlaşmanın feshedilmesi davasının açılması mümkündür.⁶²

Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesine göre tanzim edilecek uzlaşma tutanağının dava açılmadan önce ya da açılmış olan davanın henüz ilk duruşması başlamadan önce düzenlenmesi gerekmektedir. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 137/2. maddesindeki “*Ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemez ve tahkikat için duruşma günü verilemez.*” hükmüne göre, yargılama aşamasında ön inceleme aşamasının tamamlanmasının akabinde verilecek duruşmanın başlamasından önce taraf ve vekillerin 35/A madde hükmü uyarınca uzlaşabilecekler düzenlenmiştir.

Öğretide 35/A maddesi kanalıyla yapılan uzlaşma faaliyetlerinin uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerisinde yer alan müzakere yöntemi olduğunu savunan yazarlar mevcuttur.⁶³ 35/A maddesinde arabulucu veya uzlaştırmacı gibi tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi bulunmadığı için 35/A maddesindeki uzlaşmayı bir müzakere yöntemi olarak kabul etmek yerinde bir görüştür. 35/A maddesinin uygulanması, yalnızca buyünyöyle değil, başka

⁶² Yeşilırmak, 2011, s.14

⁶³ Özmumcu, Uzak Doğu'da Arabuluculuk, s.266.

yönleriyle de arabuluculuktan farklıdır. Vekillerin yanında asillerin de müzakere sürecine katılması zorunluluğu, bu farklardan biridir.⁶⁴



⁶⁴ Alper Bulur, “Avukatlık Kanunu m. 35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi”, TBB, 2010(89), s.239.

İKİNCİ BÖLÜM

ARABULUCULUK

2.1. Tanımı veBileşenleri

Arabuluculuk konusunda öğretilerde pek çok tanım mevcuttur. Bir görüşe göre *“Arabuluculuk, bir uyuşmazlığın çözüm şekli hakkında çıkarı ve uyuşmazlığın sonucu ile ilgili dikte etme yetkisi bulunmayan tarafsız bir üçüncü kişinin, ihtilaflı olan taraflar arasındaki müzakereyi kolaylaştırmaya çalıştığı uyuşmazlık çözüm yöntemidir.”* Başka bir görüşe göre *“Arabuluculuk, tarafsız, bağımsız ve uzman bir üçüncü tarafın müzakerede rol oynaması ile çözümün amaçlandığı uyuşmazlık çözüm yoludur.”*⁶⁵

Bir başka tanıma göre de arabuluculuk, *“Tarafsız üçüncü kişinin, uyuşmazlığın taraflarını bir araya getirerek mekik diplomasisi uygulamak suretiyle tarafların kendi menfaatlerine odaklanarak uygun bir çözüme ulaşmasına yardımcı olmasıdır.”*⁶⁶

Öğretilerde kabul gören diğer bir arabuluculuk tanımına göre ise arabuluculuk; *“Yargılamaya konu oluşturabilecek nitelikte bulunan kişiler arası bir hukuki uyuşmazlıkta, uyuşmazlığın taraflarınca ortaklaşa atanacak tarafsız ve liyakat sahibi bir kişinin arabulucu sıfatı ile devreye girmesi sonucunda tarafların, gönüllülük esasına dayalı olarak uzlaşmaları için uygun ortamı sağladıkları ve esasa yönelik telkin ve tavsiyelerden kaçınmak koşuluyla*

⁶⁵ Ünsal Sıgır ve A. Kadir Varoğlu, Müzakere ve Arabuluculuk, İş Yönetimi, Diplomasi ve Hukukta Uyuşmazlıkların Çözümü, Siyasal, Ankara, Kasım 2013, s.223.

⁶⁶ Mehmet Doğan, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, Eylül 2008, s.41.

anlaşmanın sağlanmasına yönelik, kolaylaştırıcılık sağlanmasının üstlenildiği alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur.”⁶⁷

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 2. maddesinde de arabuluculuğa ilişkin bir tanıma yer verilmiştir. Buna göre arabuluculuk; sistematik teknikler uygulanarak görüşme ve müzakerelerde bulunma amacına yönelik ortaya çıkan bir süreci ifade etmektedir. Arabuluculuk sürecinde tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamasını ve bu suretle çözümü kendilerinin üretmesini sağlamak amacıyla iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren bir üçüncü kişi söz konusudur. Tarafların çözüm üretilmediği noktalarda ise bu kişi, taraflara çözüm önerisinde bulunmaktadır. Uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız üçüncü kişinin katılımı ile söz konusu uyuşmazlığın çözümü amaçlanmaktadır. Söz konusu süreç, ihtiyarî olarak yürütülmekte olan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilmektedir.

Arabuluculuk sürecinin diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden temel olarak iki önemli farkı bulunmaktadır. Bunların ilki, tarafsız bir üçüncü kişinin mevcudiyetidir. Söz konusu sürecin diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden diğer bir farkı da tarafların uyuşmazlık konusunda kontrolü ellerinde tutabilme gücünün olmasıdır.⁶⁸

İngilizcede arabuluculuk anlamına gelen “mediation” sözcüğü, bir konu üzerinde kapsamlı ve derin düşünme anlamına gelen “meditation” (meditasyon) sözcüğü ile zaman zaman karıştırılmaktadır. Buna karşın söz konusu iki kavram, birbirinden tamamıyla farklı kavramlardır. Bilhassa batı toplumlarında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında meditasyon ve derin düşünme sanatından faydalanılması hususunda kapsamlı tartışmalar yürütülmektedir.

⁶⁷ Kürşat Karacabey, “Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar”, TBBT, S.123, 2016,s.453.

⁶⁸ Doğan, 2008, s.42.

Söz konusu tartışmalarda arabuluculuğun aynı zamanda zihinsel bir süreç olduğu konusunda da görüşler ileri sürülmektedir.⁶⁹

Arabuluculuk faaliyetlerinde uyuşmazlığın tarafları, birbirlerini hasım gibi görmeyecek biçimde aynı ortama getirilmeye çalışılır. Bu suretle de uyuşmazlık konusu anlaşmazlığın tartışılması amaçlanır. Uyuşmazlığın taraflarının kendilerini rahatça ifade etmeleri gerekmektedir. Arabuluculuk sürecinin temelinde bu amaç yatmaktadır. Aksi takdirde adalet duygusunun büyük ölçüde tatmin bulmasının amaçlandığı arabuluculuk yönteminin akamete uğraması muhtemeldir. Kısaca arabuluculuk, insanların ve onların ihtiyaçlarının bir anlaşmazlığın merkezine alınması ve bu yolla en iyi sonuca ulaşılmasının amaçlanması sürecidir.⁷⁰

2.2. Arabuluculuğa Hâkim Olan İlkeler

Arabuluculuk kurumuna hâkim olan bu temel ilkeleri beş alt başlıkta toplamamız mümkündür. Bunları; İradilik, eşitlik, gizlilik, tarafların hâkimiyeti ve arabulucunun bağımsızlığı ile tarafsızlığıdır.⁷¹

2.2.1. İradilik İlkesi

İradilik ilkesi ya da diğer bir ifadeyle gönüllülük ilkesi 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 3/1. maddesinde, *“Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler.”* biçiminde düzenlenmektedir. Yasayla Avusturya Hukukuna benzer mahiyetteki arabuluculuk sürecinin bütün aşamalarında ‘iradilik’ temel bir ilke olarak korunmuştur. İlgili

⁶⁹ Luc Demeyere, “Belçika ve İspanya Örnekleri”, Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 216, 11 Mart 2011, s.27.

⁷⁰ Andy Rogers, “The Law Works Best When It Focuses On People”, (Erişim) <https://insights.cedr.com/post/102f1m5/the-law-works-best-when-it-focuses-on-people>, (Erişim Tarihi:24.08.2019).

⁷¹ Çiğdem Yazıcı Tıktık, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul, 2013, s. 32.

maddenin gerekçesinde iradilik ilkesi, arabuluculuk kurumunun niteliğinden kaynaklı bir ilke olarak değerlendirilmiştir. Arabuluculuğa başvurunun ihtiyari olması gerektiği öne sürülmüş, başvuruların zorunlu olması durumunda kurum niteliğiyle bağdaşmayacak bir durumun ortaya çıkabileceği öne sürülmüştür. Bu durumda hak arama özgürlüğünün zedeleneceği ve arabuluculuğa teşvik edici tedbirlerin alınmasının yanı sıra teşvik etme ile zorlama arasındaki çizginin aşılabileceği ifade edilmiştir.⁷²

Arabuluculuk uygulamalarının tam anlamıyla başarıya ulaşabilmesi için tarafların uzlaşma arzusu ve iradelerinin olması gerekmektedir. Aksi takdirde arabuluculuk uygulamalarından başarılı sonuç elde edilmesi mümkün değildir. Mecburi dava şartı olarak öngörülen arabuluculuk sisteminin İş Hukuku alanındaki uyuşmazlıklarda başarılı olmasının temel sebebi, söz konusu hukuk alanının taraf iradelerine yetki tanınmasıdır. Bu çerçevede taraf uyuşmazlıklarında düzenlenen ibranamelerin uyuşmazlık çözümü açısından önemi dikkat çekmektedir. Ticari davalar açısından mecburi dava şartı sayılma durumu ise söz konusu uyuşmazlıklarda bu belgelere ihtiyaç duyulmaması nedeniyle isabetsiz görülmektedir. Mecburi dava şartı olarak arabuluculuğun genişletilmesi isteniyorsa, arabuluculuğa uygun alanlarda düzenlemelerin yapılması daha uygun olacaktır⁷³.

Tarafların iradelerine herhangi bir müdahale edilmeksizin söz konusu sürecin bütün aşamalarında özgür iradeleriyle hareket etmelerinin ifade edildiği iradilik ilkesi, mevzuattaki düzenlemelerde en çok üzerinde durulmakta olan ve öğretide de kendisine en fazla yer bulan ilkedir. Söz konusu ilkenin amacı, uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması konusunda taraflara özgür ve ferah bir müzakere ortamının sağlanarak uyuşmazlığın taraflarının tatmin edilmesine olanak sunmaktır.⁷⁴

⁷² Taşpolat Tuğsavul, 2012, s. 125-126; Tanrıver, 2010, s.830.

⁷³ Ali Cem Budak, Ticarî Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, MİHDER, 2019/1, s.1.

⁷⁴ Dür, 2018, s.249.

Özel hukuka ilişkin olarak tarafların üzerlerinde serbest bir biçimde tasarrufta bulunabildikleri uyuşmazlıklara ilişkin yargılamalarda benimsenen tasarruf ilkesine göre, taraflar kendi iradeleriyle açmış oldukları davaları feragat, kabul ya da sulh gibi taraf işlemleri ile sonlandırabilirler. Bu kapsamda davacı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 307. maddesine göre talep sonucundan tamamen ya da kısmi olarak feragat edebilecektir. Aynı Kanun'un 308. maddesine göre, davalının da talep sonucunu kısmen ya da tamamen kabul edebilme hakkı bulunmaktadır. Yine aynı Kanun'un 313. maddesine göre, tarafların sulh yoluyla aralarındaki uyuşmazlığı kısmi ya da tamamen sona erdirmesi mümkündür. Arabuluculukta da muhakeme hukukundaki tasarruf ilkesinin yansıması olan iradilik ilkesine göre taraflar, sürece başvurma ya da başvurmama, sürdürme ya da sonlandırma ve neticede çözüme ulaşma ya da ulaşmama konusunda hâkimiyete sahiptirler.⁷⁵

İradilik ilkesinin uygulayıcısı ve gözeticisi sıfatına sahip kişinin bağımsız ve tarafsız bir kişi olması gerekmektedir. Arabulucu, sürecin bütün aşamalarında taraflara sürecin gönüllülük temeline dayalı bir şekilde yürütülmesi gerektiğini anlatmalı ve tarafları bu konuda bilgilendirmelidir. Ayrıca arabulucu, taraflar arasındaki iradeleri etkileyebilecek ve dengesizliğe neden olabilecek olumsuz durumları da bertaraf ederek iradilik ilkesinin sürece hâkim kılınmasını sağlamakla yükümlüdür.⁷⁶

Uyuşmazlığın çözümüne yönelik önerilerin kabul edilmesi ya da reddedilmesi ile sürecin devam ettirilmesi, sonuçlandırılması ya da sonlandırılması gibi konularda, iradilik ilkesinin bütün hukuk sistemleri içerisinde istisnasız biçimde uygulanması gerekmektedir. Tabi bu noktada söz konusu ilke, tarafların serbest iradeyle arabuluculuk sisteminden vazgeçmeleri, kendilerine hukuki ya da cezai müeyyide olarak geri dönüşün olmaması bakımından da önemlidir.⁷⁷

⁷⁵ Dür, 2018, s.253.

⁷⁶ Yazıcı Tıktık, 2013, s. 36

⁷⁷ Taşpolat Tuğsavul, 2010, s. 127.

Bazı hukuk sistemlerinde arabuluculuğa başvurma, muhakeme ön koşulu olarak düzenlenmektedir. Türk hukuk sisteminde de 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, iradilik ilkesini tam anlamıyla benimsemiştir. Ancak söz konusu kanuna göre daha özel nitelikteki 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanmakta olan işçi veya işveren alacakları ve tazminat ya da işe iade talebiyle açılan davaların öncesinde arabulucuya başvurulmalıdır. Söz konusu hükme göre zorunlu arabuluculuk uygulaması düzenlenmiştir. Yine 1 Ocak 2019 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 7155 sayılı Kanun ile Türk Ticaret Kanunu'na eklenen 5/A maddesine göre, konusu belirli miktarda olan paranın ödenmesi olan bir alacak ya da tazminat talebini içeren ticari davalarda, dava açılabilmesi için öncelikle arabuluculuğa başvurulmuş ve buradan sonuç alınamamış olması gerekmektedir.⁷⁸

Öğretide bazı görüşler, zorunlu arabuluculuk uygulamasının, arabuluculuk kurumunun ruhuyla bağdaşmayacağını ileri sürmektedir. Buna göre zaten uzun süren yargılama sürecinin daha da uzayacağı, başvuru giderlerinin taraflardan talep edilmesi durumunda da ekonomik açıdan durumu kötü olan tarafın çaresizlikten bazı haklarından feragat edebileceği ihtimali olduğu savunulmaktadır. Ayrıca bu görüşü savunanlara göre zorunlu arabuluculuk uygulaması hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil edebilecek ve tarafların haklarını elde etmesi konusunda taraflara belli dayatmalar sunacaktır.⁷⁹

Bunun yanı sıra öğretide hâkim olan görüşe göre, zorunlu arabuluculuk uygulaması Anayasanın 36. maddesi ve AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti ile yargı bağımsızlığı ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. Aksine zorunlu arabuluculuk sisteminin, yargının iş yükünün azaltması, zaman ve masraftan tasarruf edilmesini sağlaması, toplumsal

⁷⁸ Mustafa Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 4. Baskı, C. 1, Ankara-2016, s. 489

⁷⁹ Tanrıver, 2010, s.639.

uzlaşma kültürünün kazandırılmasını sağlaması ve devlet yargılamalarında kalitenin artırılması gibi olumlu taraflarının olduğu ileri sürülmektedir.⁸⁰

Genel itibarıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının, özel olarak da zorunlu arabuluculuk sisteminin, yargı karşısında hak arama özgürlüğünü ortadan kaldırmadığı görüşü hâkimdir. Dava öncesi zorunlu arabuluculuk sisteminin belirli parasal değerin altında kalan tüketici uyuşmazlıklarında tüketici sorunları hakem heyetine başvurmayı düzenleyen 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 22. maddesi, Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nde iptal davasına konu olmuştur. Anayasa Mahkemesi, yargının iş yükünün azaltılması amacıyla getirilen düzenlemenin yargılama sürecini daha etkin kılmak için yapıldığına dikkat çekmiştir. Uyuşmazlıkların çözümünde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının geliştirilmesini Anayasa'nın 9. ve 36. maddesine aykırı görmemiştir. Zira arabuluculuk sonucunda tarafların yargı makamlarına başvuru hakları, söz konusu düzenleme ile ortadan kaldırılmamıştır. Bu nedenle hak arama özgürlüğünün ihlal edildiği görüşü ve yargı bağımsızlığı ilkesinin zedelendiği görüşü Anayasa Mahkemesi tarafından doğru bulunmamıştır.⁸¹

Almanya Federal Mahkemesi'nin 14.02.2007 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, arabuluculuk kurumunun yargısal sisteme göre öncelik tanınabilecek bir kurum olduğuna dikkat çekilmiştir. Hak arama özgürlüğüne aykırılık taşımadığı, başarıya ulaşılması durumunda yargının iş yükünün hafiflemesine ve uyuşmazlıkların daha basit ve ekonomik olarak çözüme kavuşturulabilmesine neden olabileceği ifade edilmiştir. Bu yönüyle zorunlu

⁸⁰ Dür, 2018, s.255.

⁸¹ R.G. 01.07.2008 tarih ve 26923 sayı, (erişim) <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/07/20080701-13.htm>, 20.08.2019.

arabuluculuk sisteminin faydasız olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir.⁸²

Bu noktada üzerinde durulması gereken diğer bir konu, arabuluculuğun muhakeme ön koşulu olarak düzenlendiği durumlarda her ne kadar tarafların sürece dâhil olma aşamasında iradeleri zafiyete uğratılmak suretiyle iradilik ilkesi kısmen de olsa zedelense de; sürecin sonraki aşamalarında tarafların süreci sonlandırması ya da sürecin devam ettirilmesi konusunda serbest olduklarıdır. Dolayısıyla taraflar, zorunlu arabuluculuk sistemine başlangıçta zoraki olarak dâhil olmakla birlikte, sürece devam etme ya da süreci sonlandırma konusunda iradilik ilkesinin etkinliği açıkça görülmektedir.⁸³

2.2.2. Eşitlik İlkesi

Arabuluculuk temel ilkeleri içerisinde başta gelen eşitlik ilkesi, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunun 3/2. maddesinde, “*Taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler.*” şeklinde düzenlenmektedir. Söz konusu hükme göre, tarafların arabuluculuk sürecinin başvuru aşamasından itibaren bütün süreç boyunca eşit haklara sahip olduğu ifade edilmektedir. Bunun yanı sıra söz konusu madde gerekçesinde, adil yargılama ve hukuki dinlenme hakkının bir gereği olan eşitlik ilkesi, muhakeme ya da muhakeme dışı bütün çözüm yöntemlerinde geçerli olan ortak bir ilke olarak kabul edilmiştir. Kendini diğer taraf ile eşit konumda hissetmeyen ya da diğer tarafla eşit muamele görmeyen tarafın, anlaşmadan ziyade zorunlu olarak bir sürece katlanması konusu ele alınmıştır. Süreç içerisinde taraflar arasındaki statü anlamında veya üçüncükişi

⁸² Evrim Erişir, Arabuluculuk Müessesesinin Anayasa’ya Uygunluğuna ve Devlet Yargısına Nazaran Öncelik Vermeye Değer Olduğuna İlişkin 14.02.2007 Tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı, DEÜHFD, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, C. 11, Özel Sayı, 2009, s.225 vd.

⁸³ Elif Kısmet Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 6325 Sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş, 2. Baskı, Ankara-2014, s.71.

konumundaki arabulucunun tarafları konumlandığı statü anlamında söz konusu ilkenin hâkim olması gerektiği ifade edilmiştir.

Zorunlu arabuluculukta amaç, tarafların arabulucu nezdinde bir araya getirilmesi ve işbirliğinin sağlanması halinde, her iki tarafın da tatmin olabileceği bir çözümde uzlaşmanın sağlanmasıdır. Bu noktada uzlaşmanın sağlanmış olması durumunda mahkemelerin iş yükünde de azalma görülecektir. Tarafların arabulucu karşısında eşit muameleye tabi tutulmamaları durumunda eşit söz hakkına sahip olmamaları ya da bir tarafın diğer tarafa nazaran ikinci planda tutulması halinde, arabuluculuk kurumunun amaçlarının yerine getirilemeyeceği açıktır. Aynı Kanunun arabuluculuğun hak ve yükümlülüklerini düzenleyen 9/2. maddesinde de arabulucunun taraflar arasındaki eşitliği gözetmek zorunda olduğu ifade edilmiş ve eşitlik ilkesine vurgu yapılmıştır.⁸⁴

Eşitlik ilkesi, bütün uyuşmazlıkların gerek yargı yoluyla gerekse alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla neticelendirilmesinde, öncelikle uyulması gereken evrensel hukuk sisteminin benimsediği temel bir ilke olarak dikkat çekmektedir. Geçerliliği yalnızca muhakeme hukukuyla sınırlı olmayan bu ilke, yargılamaların hukuk çizgisi içerisinde yürütülmesinde de önemli bir yere sahiptir. Adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkı gibi Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve hürriyetleri de bünyesi içerisinde barındıran bu ilke, Anayasanın 36. maddesi ile koruma altına alınmıştır.⁸⁵

Eşitlik ilkesine nazaran daha alt başlık niteliğindeki hukukî dinlenme hakkı, muhakeme sürecinin başlamasının ardından yargılama sürecine katılanların dinlenilmesini, yargılamada eşit biçimde muamele görülmesini, iddia ve savunma makamlarının imkânlarının mümkün olan en üst düzeyde denkleştirilmesini ve somut olayın aydınlatılmasını amaçlamaktadır. Uyuşmazlıkların çözümünde başvurulmuş olan bir yöntem niteliğindeki arabuluculuk uygulamasında hukuki dinlenme hakkı, eşitlik ilkesinin doğal bir sonucu olarak

⁸⁴ Kekeç, 2014, s. 133; Taşpolat Tuğsavul, 2010, s. 133.

⁸⁵ Dür, 2018, s. 262.

aranan temel bir ilkedir. Tabi arabuluculukta kazan-kazan anlayışı hâkim olduğu için bu ilkeyi, arabulucunun taraflara eşit mesafede yaklaşması ve kendilerini ifade edebilmeleri açısından arabulucu tarafından kendilerine eşit düzeyde söz hakkı verilmesi biçiminde anlamak faydalı olacaktır. Diğer yandan eşitlik ilkesinin içerisinde bulunan adil yargılanma hakkı, çerçevesi itibariyle hukuki dinlenme hakkının yanında, yasal, tarafsız ve bağımsız bir mahkeme önünde, alenî biçimde, makul bir sürede muhakeme sürecinin tamamlanmasını da içermektedir.⁸⁶

Son olarak tarafların iradeleriyle dâhil oldukları gönüllülük temelli arabuluculukta, sürecin adil biçimde işletildiğini hissetmeleri önemlidir. Zira bu durum özelde uyuşmazlığın çözümünün hızlandırılması açısından da faydalı olacaktır. Genel anlamda ise toplumda arabuluculuk kurumunun güvenilirlik kredisinin artırılmasına neden olacak ve bu kurumun tercih edilirliliğini arttıracaktır.

2.2.3. Tarafların Hâkimiyet İlkesi

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun İkinci Bölümüne bakıldığında, arabuluculuğa hâkim ilkeler olarak, iradilik, eşitlik ve gizlilik ilkelerinin düzenlendiği; buna karşı tarafların hâkimiyeti ilkesinin bu ilkeler arasına alınmadığı görülmektedir. Ancak 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2/1-b maddesinde arabuluculuk, *“Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve*

⁸⁶ Hakan Pekcanitez, Medeni Usul Hukuku-3. Cilt, 15. Bası, İstanbul-2018, s.2818.

*iẖtiyarî olarak yürütölen uyuşmazlık çözü̱m yöntemi*⁸⁷” şeklinde tanımlanmıştır. Bu madde hükmüne bakıldığında tarafların çözü̱mü kendilerinin üretmesinin sağlanacağı vurgulanmış ve dolayısıyla tarafların hâkimiyeti ilkesine yer verilmiştir.

Arabuluculuğun Kanun’daki tanımından yola çıkıldığında, tarafların sorumluluklarının kendilerine ait olmak üzere çözü̱me kendilerinin birlikte ulaşabileceği ifade edilmektedir. Arabulucunun ilk görevi çözü̱m önerisinde bulunarak tarafları bu çözü̱m konusunda ikna etmek ya da zorlamak değil; tarafların sağlıklı iletişim kurabilecekleri ve doğru bilgi akışına ulaşabilecekleri müzakere ortamını sağlamaktır. Ancak tarafların çözü̱m üretememesi halinde arabulucunun devreye gireceği ve çözü̱m önerisinde bulunabileceği sonucuna ulaşılabilir. Bu kapsamda uyuşmazlığın çözü̱mü noktasında hâkimiyet taraflara ait olmakla birlikte arabulucu da tamamen devre dışı bırakılmamıştır.⁸⁸

Mahkeme yoluyla uyuşmazlıkların çözü̱lmesi yönteminde tarafsız ve bağımsız konumdaki hâkim, eldeki delillerin durumuna göre, sürecin sonunda her iki taraf açısından bağlayıcılığı olan ve emredici nitelikte bir hüküm verir. Arabuluculuk usulünde ise, kazan-kaybet yönteminin geçerli olduğu mahkeme yargılaması ya da tahkimden farklı olarak taraflar, sorumluluklarını kendileri yerine getirmekle yükümlüdürler. Tarafların süreç sonunda karar verme ve sürecin bütün aşamalarını kontrol altında tutma yetkileri bulunur. Bir başka ifadeyle, arabuluculukta bütün hâkimiyetin taraflara ait olduğu ve çözü̱me ulaşılıp ulaşılmama konusunda son sözün taraflara verildiği kabul edilmektedir. Bu nedenle taraflar, arabuluculuk sürecinin sonunda herhangi bir sürpriz ya da arzulamadıkları bir sonuç ile karşılaşmazlar. Arabuluculuk uygulamasında çözü̱me ulaşılması konusunda taraflara sorumluluk yüklenmesi, tarafların kuruma olante ve cühün ü artıracaktır. Aynı şekilde süreç sonunda ortaya çıkan

⁸⁷ 12/10/2017 tarihli ve 7036 sayılı Kanunun 17 nci maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasının (b) bendine “gerçekleştiren,” ibaresinden sonra gelmek üzere “tarafların çözü̱m üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözü̱m önerisi de getirebilen,” ibaresi ve (d) bendinden sonra gelmek üzere (e) bendi eklenmiş ve diğer bentler buna göre teselsül ettirilmiştir.

⁸⁸ Pekcanıtez, 2018, s.2818-2819.

çözümün benimsenmesi ihtimali de yüksektir. Amerika Birleşik Devletleri'nde arabuluculuk uygulamasının tercih edilme sebepleriyle alakalı ülke genelinde yapılan bir araştırmada, katılımcıların %80'ninin hızlı ve ekonomik olmasının yanı sıra, tarafların çözüm sürecine aktif olarak katılmaları sebebiyle arabuluculuk kurumunun tercih edildiği ortaya çıkmıştır.⁸⁹

Arabulucu, çözümün sağlanması için tarafları teşvik eden ve sağlıklı bir müzakere ortamının kurulmasını sağlayan kişi pozisyonundadır. Ancak çözüme yönelik herhangi bir karar verme yetkisine sahip olmadığı için arabulucu, sürece tarafların doğrudan katılmasını sağlayarak çözümün şeklini, koşullarını, devam edip etmeyeceği konusundaki sorumluluğu üstlenmekte ve tarafları sürece dâhil etmektedir.⁹⁰

Arabuluculuk süreci içerisinde taraflar, etkin rol üstlenmekte ve hâkimiyeti ellerinde bulundurmaktadırlar. Buna karşın arabulucunun çözüme dönük hangi yetkilere sahip olması gerektiği konusunda öğretide aktif ve pasif arabuluculuk olmak üzere ikili bir ayrım söz konusudur. Pasif arabuluculuk uygulamasında arabulucu, taraflar arasındaki iletişimin sağlanmasıyla görevlidir. Bu noktada bir nevi moderatör görevi üstlenen arabulucu, süreci yönetmekle yükümlü olup, çözüme yönelik bir öneri sunmaz.⁹¹

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2/1-b maddesinde 12.10.2017 tarih ve 7036 sayılı Kanun'un 17. maddesi ile yapılan değişiklik öncesinde yer alan arabuluculuğun tanımıyla söz konusu maddenin hükümet gerekçesi birlikte değerlendirildiği takdirde, değişiklik öncesi dönemde hukuk sistemimiz içerisinde pasif arabuluculuğun benimsendiği görülecektir.⁹²

Aktif arabuluculuk uygulamasında ise arabulucu, çözüme yönelik aktif katılım sağlamakta ve süreci yönetmenin yanı sıra taraflar arasında uzlaşmanın sağlanması için

⁸⁹ Yazıcı Tıktık, 2013, s. 47; Kekeç, 2014, s. 92.

⁹⁰ Özbek, 2016, s. 611.

⁹¹ Yazıcı Tıktık, 2013, s.40.

⁹² Şükran Şıpka, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 6, S. 12, Güz 2007/2, s. 171.

inisiyatif almaktadır. Söz konusu uygulamada arabulucu, uyuşmazlığın hukuka uygun bir biçimde çözüme kavuşturulması amacıyla çözüme yönelik tavsiyelerde bulunma yetkisine sahiptir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 2/1-b maddesindeki arabuluculuk tanımına, 12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı Kanun’un 17. maddesiyle “ *tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen*” ibaresi eklenmiştir. Yine aynı Kanun’un 15. maddesine, 12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı Kanunun 22. maddesiyle “*Tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde arabulucu bir çözüm önerisinde bulunabilir*” şeklinde eklenen 7. fıkrayla birlikte, Türk hukuk sistemin aktif arabuluculuk anlayışının benimsendiği ileri sürülmektedir.

Yapılan değişiklikler neticesinde, çözüm önerisi sunma yetkisi olmayan arabulucuya belirli koşulların yerine getirilmesi halinde taraflara çözüm önerisinde bulunabilme imkânı verilmiştir. Bir başka ifadeyle, arabulucunun çözüm önerisinde bulunabilmesi için tarafların süreç içerisinde çözüm üretme noktasında tıkanıklık yaşamaları gerekir. Dolayısıyla arabulucunun henüz sürecin başlangıcında asli ve birincil vazifesi olan taraflar arası iletişimi yönetme görevi, tarafların çözüme ulaşamaması durumunda onları yönlendirme görevine evrilecektir. Arabulucu, çözüme ulaşamayan tarafların iradelerini sakatlamadan söz konusu sürecin başarılı bir biçimde sonlandırılması için tıkanıklığı gidermeye çalışır. Arabulucunun sunduğu çözüm önerileri taraflar açısından yol gösterici nitelikte olup, herhangi bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır.⁹³

Aktif ve pasif arabuluculuk uygulamalarının ayrımında tartışılmakta olan konulardan biri de arabulucuların uyuşmazlığın çözümüne ilişkin tavsiyede bulunmasının, tarafların hâkimiyet ilkesinin yanında arabulucuların tarafsızlığı ilkesine de zarar verip vermeyeceği konusudur. Ancak bu noktada esas sorun, arabulucuların tavsiyede bulunmasının ötesinde nasıl tavsiyede bulundukları ve tavsiyede bulunurlarken hangi ölçütleri esas aldıkları

⁹³ Özbek, 2016, s. 734.

konusudur. Dolayısıyla arabulucuların, salt çözüme yönelik tavsiyelerde bulunmaları tek başına arabulucuların tarafsızlığını zedelemmez. Bu durumda tarafların hâkimiyeti ilkesinin ihlal edilip edilmediği konusu daha önemlidir. Arabulucuların tavsiyelerde bulunmaları esnasında taraflar, tavsiyeleri dikkate alma ve bunlara göre hareket etme konusunda zorlanmamalıdır. Tarafların kendilerine verilen tavsiyelere uygun bir biçimde hareket etmek zorunda olmadıkları, önceden taraflara bildirilmelidir. Bu durumda taraflar, özgür iradeleriyle taraf hâkimiyeti ilkesine uygun bir şekilde arabuluculuk sürecini atlatmışlardır.⁹⁴

Aktif ve pasif arabuluculuk ayrımında tartışılmakta olan diğer bir husus ise, tarafların üzerinde anlaşmaya vardıkları sözleşme metninin hukuka uygunluğu konusunda arabulucuların alacakları pozisyonudur. Yani sürecin sonunda ortaya çıkmış olan anlaşmanın hukuki açıdan geçerli olmaması durumunda arabulucuların devreye girmelerinin gerekli olup olmadığı konusunda tereddütler bulunmaktadır. Aktif arabuluculuk anlayışına göre, arabulucular söz konusu durumda ortaya çıkan anlaşma metninin hukuka uygun olması gerektiğini gözetmekle yükümlüdürler. Bu nedenle devreye girmek durumundadırlar. Pasif arabuluculuk anlayışına göre ise arabulucuların bu şekilde müdahale hakkı bulunmamaktadır. Bu tarz bir müdahale, tarafların hâkimiyeti ilkesine aykırı olarak kabul edilir.⁹⁵

Arabuluculuk sürecinin arabulucu nezdinde yürütülmesinden hareketle, ortaya çıkmış olan sözleşme metninin hukuki açıdan korunabilir bir metin olduğu yanlışlığına düşülmemelidir. Bu yüzden arabulucuların süreç içerisindeki yetkilerinin arabuluculuğa hâkim ilkeleri zedelemeksizin mümkün olduğu kadar geniş yorumlanması gerekir. Aksi takdirde meydana gelen hukuksuz bir durum, arabuluculuk kurumuna da zarar verecektir. Bu yüzden arabulucular, ortayakonulansözleşmede, taraflardan herhangi birisinin iradesini

⁹⁴ Jan Malte Bargen, *Gerichtsinterne Mediation: Eine Kernaufgabe Der Rechtsprechenden Gewalt*, Tübingen-2008, s. 27; Yazıcı-Tıktık, 2013, s. 50

⁹⁵ Dür, 2018, s. 271

sakatlayan ya da onu zorlayan bir durum olması durumunda veya anlaşmanın emredici hukuk kurallarına ya da genel ahlaka aykırı olması durumunda müdahale edebilmelidir.⁹⁶

2.2.4. Arabulucunun Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı İlkesi

Arabuluculuğa ilişkin olarak öğretilerdeki ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2/1-b maddesindeki tanımlamalara bakıldığında, arabulucu kişi “...*tarafsız ve bağımsız üçüncü kişinin...*” şeklinde tarif edilmektedir. Buradan hareketle arabuluculuk kurumunun en belirgin özelliklerinden birinin de arabulucuların bağımsız ve tarafsızlığı ilkesi olması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Madde metninden anlaşılacağı üzere arabuluculuk sürecini yönetecek kişilerin, tarafsız ve bağımsız kişiler olması gerekmektedir.⁹⁷

Bağımsızlık kavramı, kişi, makam ya da organların diğer kişiler, makamlar ya da organlarla olan münasebetleriyle alakalı faaliyetlerde bulunurken emir ve talimat almamaları, kişi, makam ya da organların müdahalesine maruz kalmamalarını ifade eder. Arabulucunun bağımsız olması ise, arabulucunun söz konusu sürecin yönetiminde dış müdahalelerden uzak olmasını, herhangi bir tarafın baskısı ya da etkisi altında kalmamasını, taraflardan birine karşı özel bir sorumluluğunun bulunmamasını ifade eder. Bunun gerçekleşebilmesi için, arabulucuların uyuşmazlığın tarafı olan kişilerden herhangi biriyle arasında ekonomik, kişisel ya da hukuki bir ilişkilerinin veya irtibatlarının bulunmaması gerekmektedir. Söz konusu ilişkisizlik ya da irtibatsızlık durumunun arabuluculuk sürecinin tamamında devam etmesi gerekmektedir. Arabulucuların tarafsızlığından bahsedilebilmesi için öncelikle taraflar karşısında tamamen bağımsız pozisyonda bulunması koşulu aranmaktadır. Bu yüzden arabulucuların bağımsızlığının ayrı bir öneme sahip olduğu ifade edilmektedir.⁹⁸

⁹⁶ Hakan Pekcanıtez, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, Hukuki Perspektif Dergisi, 2005/5, s.14.⁹⁷

İbrahim Özbay, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Yöntemleri, EÜHFD, C. X, S. 3-4, 2006, s.463.⁹⁸
Tanrıver, 2009, s.647.

Arabuluculuğun tarafsızlığı ise, arabulucuların kişisel değer ve düşüncelerini sürece taşımamaları ve süreç yönetimi konusunda uyuşmazlığın taraflarından birisinin menfaatinin diğer tarafın menfaatine nazaran daha ön plana almamasıdır. Arabulucular, süreç içerisinde uygulayacakları usulleri tespit ederlerken ve çözümün sağlanmasına yönelik alternatif yolları değerlendirirlerken taraflara eşit mesafede olmalıdırlar. Tarafsızlığın zedeleneceği menfaat teminlerinden uzak durmak ve taraflardan birisiyle diğer tarafın bilgisi haricinde yanlış anlaşılmaya sebep olacak şahsi ilişkilerden uzak durmalıdırlar. Arabulucuların tarafsızlığının zedelenebileceği herhangi bir tutum, değerlendirme ya da davranışın söz konusu olması durumunda, tarafların arabuluculara olan güvenleri sarsılır ve dolayısıyla sürecin başarısızlıkla sonuçlanması kaçınılmaz bir hal alır.⁹⁹

Arabulucuların tarafsız görünmesi, ortaya çıkan sonuçla ilgili olarak herhangi bir menfaatlerinin olmadığı ve eşit tutum sergilediklerinin taraflarca görülmesi, arabuluculuk kurumuna olan güveni arttıracak ve sürecin başarılı olması ihtimalini yükseltecektir.¹⁰⁰ Bu yüzden arabulucuların, süreç yönetimi ve taraflar arasındaki iletişimin kurulması aşamasında tarafsızlıklarını korumaları son derece önem arz etmektedir. Örneğin, taraflardan herhangi birinin asosyal ve saldırgan yapıda olması, arabulucunun nazarında dezavantaja dönüşmemelidir. Arabulucunun mümkün olduğu kadar bu durumdan etkilenmeden taraflara eşit mesafede kalabilmesi önemlidir. Aynı şekilde süreç içinde tarafların arasındaki bilgi akışının sağlanması noktasında arabulucu, taraflara soru sorarken ya da taraflarca dile getirilen önerileri yorumlarken objektif kalmalı, eleştirel yaklaşımdan uzak olmalı ve tarafgirlikten kaçınmalıdır.¹⁰¹

Arabulucuların tarafsızlığı, uyuşmazlık sürecinin yönetilmesi esnasında uyuşmazlık konusu ve taraflardan kendilerini tamamıyla soyutlamaları anlamına gelmemektedir.

⁹⁹ Kekeç, 2014, s.62.

¹⁰⁰ M. Yusuf Eren, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Arabuluculuk, Ankara, 2016, s.88.

¹⁰¹ Özbek, 2016, s. 602 vd.

Arabulucu, süreç içerisinde tarafların arabuluculuğu tam anlamıyla kavramasından ve konuyla ilgili yeterli bilgiye sahip olmasından emin olmalıdır. Aynı şekilde arabulucu, tarafların meydana gelen çözüm seçeneklerini değerlendirebilmesine izin vermeli ve uyuşmazlık halindeki taraflara eşit düzeyde rehberlik hizmeti sunmalıdır.¹⁰²

Diğer yandan arabulucuların tarafsızlığının etkilenebileceği de yasa koyucu tarafından dikkate alınmaktadır. Bu kapsamda hukuk uyuşmazlıklarında hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olduğu ve hâkimin reddinin gerekli olduğu durumları düzenleyen, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 34. ve 36. Maddelerine atıf yapılmaktadır. Söz konusu maddelerde hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olduğu durumlar, arabulucular açısından da yasaklı sayılmayı gerektirir.¹⁰³

2.2.5. Gizlilik İlkesi

Devletin muhakeme sisteminde aleniyet ilkesi genel kuraldır. Gizlilik ise yargılamalarda istisnai olarak uygulanan bir durumdur. Yargılamalarda hukuka aykırılık olmaması, keyfi durumların önüne geçilmesi ve böylelikle de insanların yargıya olan güvenlerinin artırılması amacı güdülmektedir.¹⁰⁴ Bu nedenle de aleniyet ilkesi uygulanmakta ve gizlilik ilkesine istisnai olarak yer verilmektedir. Bazı durumlarda uyuşmazlığın tarafı olan kişiler açısından aleniyet ilkesinin uygulanması, dezavantajlı durumların ortaya çıkmasına neden olabilmektedir. Bu gibi durumlarda kişiler, aralarındaki uyuşmazlıkların gizlilik ilkesine riayet edilerek alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle çözülmesini arzu edebilirler. Örneğin, aile hukukuna dair açılan davalarda (boşanma davası vb.) kişiler, aile içerisindeki mahrem bilgilerin ortaya çıkarılmasından rahatsız olabilmektedirler. Aynı şekilde ticari sırların açıklanması hususunda da ticari davalardaki kişilerin çekinceleri bulunabilir.

¹⁰² Kekeç, 2014, s. 62

¹⁰³ Tanrıver, 2009, s. 647.

¹⁰⁴ Pekcanitez, 2018, s. 2819.

Arabuluculuk yönteminde de kişilerin bu tarz ihtiyaçlarına cevap verilen bir kurumun tesis edilmesine dikkat edilmiş ve arabuluculuk uygulamalarında gizlilik ilkesine önem verilmiştir.¹⁰⁵

Arabuluculuk kurumu açısından özel öneme sahip olan gizlilik ilkesi, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 4. maddesinde, *“(1) Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. (2) Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar.”* şeklinde düzenlenmiştir. Maddede düzenlenen ilköfıkraya göre, taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece arabulucular, süreç içinde kendilerine sunulmuş olan ya da başka bir biçimde elde ettikleri bilgi ve belgelerle diğer kayıtları gizli tutmak zorundadırlar. İkinci fıkrada da aksi kararlaştırılmadığı sürece uyuşmazlığın tarafları ile arabuluculuk sürecindeki üçüncü kişilerin de gizliliği konusu düzenlenmiştir. Söz konusu sorumluluk, arabulucuların yanı sıra çalışan kişilerle, onların denetim ve gözetimi altında ilgili mevzuat çerçevesinde staj yapan kişileri ve Bakanlık ile Kurul görevlilerini de kapsar (HUAKY m. 6/3). Gizliliğin tam anlamıyla sağlanabilmesi için süreç boyunca fotoğrafların alınması, ses ya da görüntü kaydının yapılmasının da yasaklandığı hükme bağlanmıştır (HUAKY m.6/2).

Gizlilik ilkesi, arabuluculuk uygulamalarında taraflara güven duygusu vermek, onların kendi aralarında rahatça müzakere etmesini sağlamak ve çözüm üretmelerini kolaylaştırmak için ortaya konulmuş önemli bir ilkedir. Zira arabuluculuk süreci içerisinde ticari sırların da dâhil olduğu özel bilgi ve belgeler sunan tarafların, bunların daha sonra aleyhlerinde delil olarak kullanılmayacağından emin olmaları gerekmektedir. Aksi takdirde taraflarca sunulan bilgi ve belgeler, tarafların aleyhinde

¹⁰⁵ Kekeç, 2014, s. 78; Tanrıver, 2009, s. 640; Dür, 2018, s. 275.

kullanılabileceği için arabuluculuk uygulaması ile uyuşmazlıkların çözümü zorlaşacaktır¹⁰⁶.

Arbuluculukta gizlilik ilkesi yasa, yönetmelik ve etik kurallar ışığında değerlendirilmelidir. Söz konusu ilke, arabuluculuk açısından son derece hassas bir ilkedir. Bu çerçevede arabulucuların birebir görüşmelerde taraflardan almış oldukları bilgileri onların açık rızası olmaksızın uyuşmazlığın karşı tarafındaki kişilerle paylaşması yasaklanmıştır. Aynı şekilde arabuluculuk sürecinde elde edilen bilgiler, sürecin dışında kalan üçüncü kişiler ile de paylaşılmamalı ve gizlilik ilkesine her yönüyle riayet edilmelidir¹⁰⁷. Gizlilik ilkesinin ortadan kaldırılmasına yönelik olarak taraf iradelerine yetki tanınan durumlarda, tarafların karşılıklı olarak anlaşmaları halinde gizlilik ilkesinin ortadan kaldırılması mümkündür. Aksi takdirde tarafların karşılıklı irade beyanlarının uyuşmaması durumunda gizlilik ilkesinin ihlali, tarafların cezai sorumluluğunu doğuracaktır¹⁰⁸.

Son olarak gizlilik ve sır saklama yükümlülüğüne ilişkin arabuluculara getirilen yükümlülüklerin ihlal edilmesi durumunda ortaya çıkacak hukuki sorumluluğun da açıklanması gerekmektedir. Zira arabuluculara ilişkin gizlilik ilkesinin ihlal edilmesi durumunda Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 33. maddesi gereği cezai yaptırımlar öngörülmektedir. Bu kapsamda gizlilik ve sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde hukuki açıdan menfaati korunmakta olan kişilerin zarar görmesine neden olan kişiler hakkında altı aya kadar hapis cezasına hükmedileceği düzenlenmiştir (HUAK m. 33/1). Bu konuda soruşturma ve kovuşturma yapılması için gizliliğin ihlali eyleminden ötürü menfaati zarar gören kişilerin şikâyeti aranır (HUAK m. 33/2). Söz konusu maddede yasa koyucu, suçun oluşması için gizlilik ya da sır saklama yükümlülüğünü ihlal eden bir

¹⁰⁶ Tıktık, 2013, s.34-35.

¹⁰⁷ Pekcanıtez, 2018, s.2819; Dür, 2018, s. 276.

¹⁰⁸ Tıktık, 2013, s.86.

davranışla bu davranışın sonucunda hukuki açıdan korunan bir yararın zedelenmesini yeterli görmektedir. Aynı şekilde genel hükümlere göre zarar gören kişinin tazminat davası açması damümkündür.¹⁰⁹

2.3. Arabuluculuğun Usulü

Öğretide arabulucunun ne şekilde davranması icap ettiği, hangi usulü takip etmesi gerektiği hep tartışılmış ve bu konuda birbirinden farklı birçok fikir ileri sürülmüştür.

Örneğin Marvin C. Ott'a göre arabulucu bir uyuşmazlık çözüm sürecinde hiçbir zaman tek yetkili ve son sözü söyleyen olamaz. O sadece bir danışman gibi davranarak tarafları bilgilendirir, yönlendirir, taraflara tekliflerde bulunabilir ve fakat hiçbir zaman uyuşmazlıkla ilgili bağlayıcı kararlar alamaz, her zaman ikincil düzeyde kalmak zorundadır¹¹⁰. Meyer'a göre ise arabulucu temel olarak bir panelde oturum yöneten moderatör gibi sadece tarafları yönlendirmek ve oturumu tansiyonu yükseltmeden yönetmekle görevlidir¹¹¹. Kanaatimizce bu tarz arabuluculuk yöntemleri, eski tarz arabuluculuk şekillerini ifade eden, arabuluculara oldukça zayıf rol biçen ve bu nedenle de başarılı sonuçlar alınmasını sağlamayan yöntemlerdir.

Nitekim öğretilerde Oran Young bu hususa dikkat çekmiş ve arabulucu ne kadar çok arabuluculuk süreçlerine etkin müdahil olursa o kadar çok arabuluculuk sürecinin sonucunda başarının, yani çözümün elde edilebileceğinin altını çizmiştir¹¹².

Robert Benjamin'e göre ise arabulucu görevini profesyonel olarak yerine getirmeli, uyuşmazlığın her iki tarafını da koruma bilinciyle hareket etmelidir. Taraflara, arabulucu tarafından, arabuluculuğun her aşamasında kuvvetli bir şekilde, avukatlarına,

¹⁰⁹ Kekeç, 2014, s. 83.

¹¹⁰ Reyhan Güner, Turkey's Mediation Initiatives Between 2002 And 2015 A Discourse And Content Analyses. M.Sc., Department of International Relations, ODTÜ, Ankara, 2015, s. 19.

¹¹¹ Güner; 2015, s.19.

¹¹² Güner; 2015, s.20.

muhasebecilerine, finans uzmanlarına veya danışmanlarına başvurmaları ve bilgi almalarına fırsat verilmelidir ve hatta taraflar buna teşvik edilmelidir. Yine arabulucular tarafından sürecin her aşamasında tarafların istedikleri zaman arabuluculuk sürecini durdurup görüşmeleri bitirebilecekleri konusunda serbest oldukları iletilmelidir.

Günümüzde öğretide hâkim olan görüşe göre arabuluculuk faaliyetleri genel olarak iki ana usul üzerine yürütülmektedir. Bunlardan birincisi kolaylaştırıcı arabuluculuk usulüdür¹¹³. İkinci usul ise tarafların içinde bulunduğu durumları detaylandırarak ilerde olması muhtemel olayları ihtimal hesapları içinde değerlendirerek bir uzlaşmaya varılmasını temin etmeye çalışan, değerlendirmeci arabuluculuk yöntemidir¹¹⁴.

Esasen Ronald J. Fisher arabuluculuğu, uzlaştırma amaçlı arabuluculuk, danışma nitelikli arabuluculuk, saf arabuluculuk ve nihayet güce dayanan arabuluculuk şeklinde kendi içinde dört başlık halinde incelemekte ve tasnif etmektedir¹¹⁵.

Arbuluculuğun ilk evresi olan uzlaştırma aşamasında arabulucu taraflar arasında resmi olmayan yollardan iletişim sağlar. Böylece uyuşmazlığın ne olduğunu tanımlamaya, taraflar arasındaki tansiyonu düşürmeye, doğrudan görüşmeye ve müzakereye hazır hale getirmeye uğraşır¹¹⁶. İkinci aşamada ise danışmanlık safhası olup bu aşamada arabulucu; yaratıcı yöntemler keşfederek problemin nasıl çözülebileceği, taraflar arasında ilişkilerin nasıl geliştirilebileceği konularında fikirler üretir. Bunun için sosyal-bilimsel gerçeklerden ve yaklaşımlardan yararlanarak tarafların ve uyuşmazlığın niteliğini ve boyutunu anlamaya ve tanımlamaya ve daha sonra ulaştığı sonuçları taraflara anlatmaya çalışır¹¹⁷.

¹¹³ Louis Kriesberg; Mediation in Conflict System. <https://vdocuments.site/mediation-in-conflict-systems.html>, (Erişim Tarihi: 16.01.2019).

¹¹⁴ Aksu, 2009, s.99.

¹¹⁵ Güner; 2015, s.9.

¹¹⁶ Fisher, s.314.

¹¹⁷ Fisher, s.314.

İlk evreden sonra saf arabuluculuk denen ve arabuluculuk faaliyetinin özünü ve temelini oluşturan asıl aşama başlar. Bu aşamada arabulucu uyuşmazlığın temel konularında bir anlaşmaya ulaşmak için mantık yürütme, ikna, alternatif seçenekleri ve bilgileri kullanarak ve uyuşmazlığı kontrol altına almaya çalışır¹¹⁸. Arabulucu yürüttüğü arabuluculuk faaliyetleri sonucunda saf arabulucuk aşamasını da içerecek şekilde ve bazen bunun ötesine geçerek havuç sopa metodunu kullanarak taraflara anlaşamamaları halinde nelerden mahrum olacaklarını, neyi kaybedeceklerini veya hangi kötü sonuçlarla baş başa kalacaklarını, anlaşmaları halinde ise nelere sahip olacaklarını, hangi kazanımları edineceklerini anlatır¹¹⁹.

Frank Hanna ise arabuluculuğu kolaylaştırıcı, değerlendirici ve son olarak dönüştürücü arabuluculuk olarak ayırmakta ve ele almaktadır¹²⁰. Bu yöntemler tek tek uygulanabileceği gibi uyuşmazlıkların çözümünde karma bir şekilde uygulama imkânı da bulabilmektedir¹²¹.

Kolaylaştırıcı arabuluculuk yönteminde arabulucular uyuşmazlığın taraflarının bir çözüm yolu bulabilmeleri için kolaylaştırıcı bir işlev üstlenirler ve tarafları dinleyerek dinledikleri detaylar üzerinden tarafların anlattıkları uyuşmazlık konusu üzerinde daha fazla düşüncelerini temin ederler¹²². Yargısal herhangi bir değerlendirmede bulunmadan tarafların uyuşmazlığı iyi tanımları ve meseleleri olabildiğince sınırlandırmaları istenir. Bu yöntem sonucu olarak tarafların içinde bulundukları durumu yeniden düşünceleri, uyuşmazlık ile ilgili olarak değişik bakış açıları ortaya koyarak pozisyonların değiştirilmesi sağlanmaya çalışılır¹²³. Bu çeşit arabuluculukta arabulucunun uzmanlığı önemlidir. Zira uyuşmazlık konusundaki değişik bakış açıları ancak uzmanlıkla elde edilebilir ve uzmanlık uyuşmazlık

¹¹⁸ Fisher, s. 315.

¹¹⁹ Güner; 2015, s. 15.

¹²⁰ Güner; 2015, s. 9, 16.

¹²¹ Güner; 2015, s.17.

¹²² Güner; 2015, s.16.

¹²³ Aksu, 2009, s. 99, 101, 102.

konusu olan konunun daha net ve kısa zamanda taraflarca anlaşılmasını temin edeceğinden, taraflara önemli zaman ve maliyet tasarrufu sağlaması beklenmektedir.

Değerlendirmeci arabuluculuk yönteminde ise kolaylaştırıcı işlevsel arabuluculuğun ötesinde arabulucu, çözümü istenen konunun hukuksal yönden bir değerlendirmesi yapılarak uyuşmazlığın çözümü için taraflara haklı ve haksız oldukları noktalar, taleplerin yerinde olup olmadığını ortaya konularak bu değerlendirmeye göre taraflardan fedakârlıkta bulunmaları konusunda tavsiyelerde bulunur¹²⁴. Arabulucuların kısmen de olsa hukuk bilgilerinin olması beklenen bu tür arabuluculukta taraf vekilleri ve hukukçuları da aktif rol oynarlar¹²⁵. Hatta bu tür arabuluculuğun sadece hâkimler veya hukukçular tarafından yürütülmesi ve gerçek menfaat ve zararlardan çok hukuksal usul ile ilgili haklar ve yükümlülüklerin gündeme getirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹²⁶.

Değerlendirmeci arabuluculuğun, kolaylaştırıcı arabuluculuktan en önemli farkı kolaylaştırıcı arabulucu bir arabuluculuk görüşmesinde sadece tarafları bir araya getirir ve fakat uyuşmazlık konusunda fikir beyan etmez ve bu nedenle çözüme dair çıktıda herhangi bir etkileri yoktur. Bunun karşısında değerlendirmeci arabulucular ise çözüme dair çıktıya doğrudan etkide bulunurlar ve bu sonuçta yönlendirici olarak etkili bir şekilde pay sahibidirler¹²⁷.

Frank Hanna'nın gündeme getirdiği görece en yeni ve üçüncü arabuluculuk yöntemi ise yukarıda da belirttiğimiz gibi dönüştürücü arabuluculuktur. Bu tarz arabuluculukta taraflar olabildiğince güçlü ve yetkili hale getirilir. Böylece taraflar biri birlerini, menfaatlerini,

¹²⁴ Aksu, 2009, s.103.

¹²⁵ Aksu, 2009, s.103.

¹²⁶ Güner; 2015, s. 16, 17.

¹²⁷ Güner; 2015, s. 17.

ihtiyaçlarını, değerlerini ve bakış açılarını en iyi ve detaylı bir şekilde anlayarak daha sağlıklı ve realist sonuçlara ve çözümlere arabulucuların yardımıyla ulaşırlar¹²⁸.

ABD’de uygulanmaya başlanan bir başka yeni tarz arabuluculuk yöntemi ise yargısal uzlaşma toplantısı yöntemidir. Bu yöntemde devam eden yargılama sırasında mahkeme taraflara karar verilmeden önce son kez anlaşmazlık konusunda uzlaşma aramaları için bir arabuluculuk seansı düzenlemeye karar verebilir. Elbette bunun için mahkemenin arabuluculukla bir sonuç alınabileceği konusunda bir ihtimalin varlığını kuvvetli görmesi gerekmektedir. Uygulamada mahkeme hâkimi bu arabuluculuk seansını kendisi yürütebileceği gibi bir başka uzman kişiyi de görevlendirebilmektedir¹²⁹. Yargısal uzlaşma toplantısı yöntemi daha çok Frank Hanna’nın değerlendirmeci arabuluculuk yöntemine benzeyen ve bu yöntemin daha sistematik hale getirilmiş bir türüdür denilebilir.

Türkiye’nin arabuluculukta hangi yöntemi kullandığı sorusu sorulduğunda doktrinde, yukarıda sayılan arabuluculuk sistemlerinin karması değişik yöntemler kullandığı dile getirilmiştir. Güner’e göre Türkiye uluslararası arabuluculukta kolaylaştırıcı bir arabuluculuk yöntemi olan yapısal korumacı ve çatışma dönüştürücü yöntemlerin karşımı bir usul takip etmektedir¹³⁰. Zira Güner’e göre; Türkiye, arabuluculuk faaliyetleri çerçevesinde daha çok sosyal sermayenin geliştirilmesine ve iletişim kanallarının tesisi ve açık tutulması konularına odaklanmaktadır¹³¹. Bu anlamda bizim sistemde daha çok kolaylaştırıcı arabuluculuk usullerinin tatbik edildiği söylenebilir.

¹²⁸ Güner; 2015, s.17.

¹²⁹ Aksu, 2009, s.100.

¹³⁰ Güner; 2015, s.52.

¹³¹ Güner; 2015, s. 52.

Aslında 6325 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nin 11. maddesinde¹³² arabulucunun görevini nasıl yürütmesi gerektiği mevzuatımızda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre arabulucunun, arabuluculuk sürecini bizzat yürütmesi gerekmektedir. Sürecin yürütülmesi sırasında arabulucu tarafsız olmak durumundadır. Taraflar arasında tam bir eşitlik gözeterek görevini icra etmelidir. Arabulucu, arabuluculuk yaptığı uyuşmazlıkların yargı makamında görülmesi esnasında tarafların herhangi birisinin avukatlığını yürütemez. Arabulucu taraflara hukuki telkinlerde bulunmaz (Yönetmelik, M. 17/5). Arabulucu arabuluculuğun hemen başlangıcında çözüm öneremez. Önce uyuşmazlığı niteliği ve temellerini anlamaya çalışır. Ancak tarafların bir çözüm üretemedikleri anlaşılırsa menfaat temelli bir çözümü ancak o zaman önerebilir (Yönetmelik M. 17/6). Arabulucu, çözüm için herhangi bir öneriyi veya teklifler dizisini kabul etmeye tarafları zorlayamaz (Yönetmelik, M. 17/7). Ancak taraflar arasında çözüm tekliflerine aracılık yapabilir.

Bunun yanı sıra yasa kapsamında arabuluculuk uygulamasının yaygınlaşması için hâkimlere bazı yükümlülükler getirilmektedir. Hâkimler, derdest davaların arabuluculuğa elverişli olduğu konusunda kanaate ulaşırsa, arabuluculuk ile ilgili bilgilerin yer aldığı “Arabuluculuk Bilgi Formunu” davanın taraflarına ulaştırmakla yükümlüdürler. Söz konusu formda bulunan bilgiler, taraf vekillerince müvekkillere verilmelidir. Formda; arabuluculuğun faydaları, tarafların arabulucuya nasıl ulaşacakları ve arabuluculuk sürecini nasıl başlatabilecekleri konusunda bilgiler yer almaktadır¹³³.

Hâkimler, tarafların ilgili adliye içerisinde varsa “Arabuluculuk Bürosuna” yönlendirmelidirler. Bazı durumlarda vekil ya da taraflar, hâkim önüne çıktıktan sonra doğrudan ilgili adliyede yer alan Arabuluculuk Bürosuna gidebilirler. Hâkimler davanın açılmasından sonra ön inceleme aşamasında dava dilekçesinin esasa kaydedilmesinden

¹³² Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği, 02.06.2018 tarihli Resmî Gazete S. 30439 <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/HukukUyusmazliklarindaArabuluculukKanunuYonetmeli.pdf> (Erişim Tarihi: 18.03.2019)

¹³³ Adalet Bakanlığı, “Mahkeme Temelli Arabuluculuk Hizmetleri El Kitabı”, Nisan, 2017, s.15.

itibaren davanın arabuluculuğa yönlendirilme olasılığını dava dilekçesini dikkatli bir biçimde inceleyerek değerlendirmelidir. Zira hâkimler tarafından bu sürece destek verilmesi, arabuluculuk sürecinin başarısını da etkilemektedir.¹³⁴

2.4. Arabuluculuğun Tarihçesi ve Kaynakları

İnsanlık tarihi içerisinde toplumlar, kendi içinde çıkan uyuşmazlıkları toplum nazarında saygı duyulmakta olan üçüncü kişiler vasıtasıyla çözmeye çalışmışlardır. Dolayısıyla arabuluculuk yöntemlerinin geçmişi, muhtemelen insanlık tarihinin geçmişiyle paraleldir. Arabuluculuk sistemi de geleneksel bir çözüm yöntemi olarak bilinmekte ve hemen hemen bütün toplumlarda farklı biçimlerde uygulanmış bir sistem olarak bilinmektedir.¹³⁵

Kurumsal açıdan Amerika’da ortaya çıkışının 1900’lü yılların başında olduğu öngörülen arabuluculuk yöntemi, 1964 tarihli Yurttaşlık Yasası ile toplumun gündemine girmiştir. 1960’ların sonlarında ise söz konusu kavramın Amerika’da şekillenmeye başladığı görülmektedir. Söz konusu yasanın akabinde, uyuşmazlıkların çözümü noktasında kişilerin mahkeme yargısı haricinde başvurabileceği düşük ücretli ya da ücretsiz hizmet veren “yerel adalet merkezleri” inşa edilmiştir.¹³⁶ Federal hükümet, arabuluculuk kurumunu teşvik etmek için bu merkezleri finanse etmiş, buna rağmen toplum nazarında bu merkezler arzu edilen ilgiyi görmemiştir. Bu nedenle mahkemelerin iş yükünü ve kamu harcamalarını azaltmada yeterli katkı sağlanamamıştır. Ancak 1980’lere gelindiğinde mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerine olan ilgi artmaya başlamış ve söz konusu merkezler de adalet sistemi içerisinde amaçladıkları yere ulaşmışlardır.¹³⁷

Anglosakson hukuk sistemini uygulayan İngiltere’de ise arabuluculuk kurumu, 1890’lı yıllardan itibaren önem kazanmıştır. Esasen 1990’lı yıllarda alternatif uyuşmazlık çözüm

¹³⁴ Mahkeme Temelli Arabuluculuk Hizmetleri El Kitabı, s.10, 15.

¹³⁵ Pekcanitez, 2018, s.2824.

¹³⁶ Kekeç, 2014, s. 31

¹³⁷ Yazıcı Tıktık, 2013, s. 15.

yolları ile alakalı Avukatlar Birliği ve Baro Genel Kurulunun yayınladığı iki adet rapor ile birlikte söz konusu kurum, İngiltere’de yerleşmiştir. Bu raporlar ile birlikte özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümü için alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının gelişim gösterdiği ve arabuluculuk kurumunun da bu gelişimden etkilendiği görülmüştür.¹³⁸

Fransa’da ise arabuluculuk yönteminin derin bir geçmişe sahip olduğu bilinmektedir. Fransız ihtilalinin yaşandığı dönemde, mahkemelerin iş yükünün azaltılması amacıyla ilk derece mahkemelerinin görev alanında olan ve uzlaşmaya tabi konularda, sulh hâkiminin mahkeme içinde ön arabuluculuk kurumunu işletmesi zorunlu tutulmuştur.¹³⁹ Daha sonraki süreçte gönüllülük ilkesi benimsenmiş olmakla birlikte, hâkimlerin arabulucu ve hâkim sıfatlarını birlikte taşımaları nedeniyle, 1970’li yıllarda mahkeme dışı arabuluculuk konusu gündeme gelmiştir. Böylelikle modern anlamda arabuluculuk kurumunun temelleri atılmış ve uyuşmazlıkların uzlaşıyla çözülmesi için “conciliateur de justice” isimli kişiler yetkilendirilmiştir. Ancak daha sonraki süreçte mahkeme harici uzlaştırmayla ilgili yapılan sert eleştiriler üzerine tekrar mahkeme içi uzlaştırmaya geçilmiştir. Arabuluculuğa ilk kez değinilen 1995 tarihli kanun ile hâkimin uzlaştırma yetkisinin hâkimin emri ya da denetimi altındaki kişilere devredilebilmesi mümkündür.¹⁴⁰

Almanya’da arabuluculuğa ilişkin olarak ilk girişim, 1977 tarihindeki “Hukukun Alternatif Biçimleri ve Hukuka Alternatifler” isimli konferansla gerçekleşmiştir. Daha sonra 1979 yılında gerçekleştirilen hâkimler toplantısında, yargının etkin kılınması konusunda arabuluculuk uygulamalarının katkısının olacağı sonucuna varılmıştır. 2000 yılından itibaren de mahkeme dışı sulh kurumuna ilişkin yasal düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır.¹⁴¹

¹³⁸ Kekeç, 2014, s. 31;

¹³⁹ Mustafa Serdar Özbek, Avrupa Konseyinde Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler, AÜHFD, C. LV, S. 1, 2006, s. 239.

¹⁴⁰ Kekeç, 2014, s. 32; Özbek, 2006, s. 240 (Tedbirler)

¹⁴¹ Abdulkadir Kutluk, Almanya’da Mahkeme İçi Arabuluculuk-Yurt Dışı Ziyaret Raporu, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, 25 Eylül 2017, s. 3.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin genel olarak Kıta Avrupası'ndaki hukuk sisteminde geçerliliği olan devletlerde dil birliğinin sağlanması, yargılama giderlerinin yüksek olması, kültür farklılıkları ve benzeri sebepler dolayısıyla hızlı bir gelişim gösterdiği görülmüştür. Ancak zamanla küreselleşme ve uluslararası ticaretin gereği olan güven ve pratik gibi faktörler, söz konusu kurumun gelişme hızını yavaşlatmıştır.¹⁴²

Arabuluculuk kurumunun ülkemiz bakımından geçmişi incelendiğinde ise, İslam kültürünün etkisi ile Osmanlı Devleti'nde uyuşmazlıkların dostane yöntemler kullanılarak çözülmesine önem verildiği görülmektedir. Ancak bu kültürün sahip olunmasının yanı sıra arabuluculuk kurumunun kurumsallaşması ve toplum nazarında benimsenmesi zaman almıştır. Hukuk mevzuatımızda, uyuşmazlıkların alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla çözülmesine ilişkin farklı kanunlarda bazı hükümler bulunmaktadır. Bununla birlikte en önemli düzenleme 2012 senesinde yayınlanan ve hâlihazırda yürürlükte bulunan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'dur.¹⁴³

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları sınırlı olmamakla beraber gerek yaygın olmaları gerekse başarıları ile ön plana çıkan arabuluculuk kurumu, Türkiye'de de diğer yöntemler karşısında daha çok öneme haizdir.¹⁴⁴

Son tahlilde arabuluculuk kurumu, bütün dünya genelinde önceden beri bilinen ve kullanılan bir kurum olarak dikkat çekmektedir. Bu kapsamda yeni olan, yalnızca kurumsallaşma ve usul yönüyle gelişme hususlarıdır. Ayrıca hukuk uyuşmazlıklarının çözümü noktasında etkin bir biçimde rol alması da toplum nazarında bu kurumun güvenilirliğinin artmasına bağlıdır.

Arabuluculuk uygulamalarına baktığımızda bu usullerinin kimi dinsel, kültürel ve değişik değer yargılarından etkilenerek zamanla şekillendiği ve geliştiği görülmektedir. Bu

¹⁴² Tanrıver, 2010, s.821

¹⁴³ Kekeç, 2014,s.36-37.

¹⁴⁴ Kekeç, 2014, s. 37.

süreç içerisinde arabuluculuğu daha iyi anlamak için bu uygulamaları ortaya çıkaran kaynaklara bakarken, aynı zamanda arabuluculuğu ihtiyaç haline getiren amillere, etmenlere de yakından bakmak gerekmektedir. Zira insanoğlunun yaşamaya başladığı andan itibaren çatışmalar ve aynı zamanda bu çatışmaların ortadan kaldırılması için sulh çabaları, uzlaştırma gayretleri hep bir arada mevcut olagelmıştır.

2.5. Avrupa Konseyi Avrupa Birliği Müktesebatında Arabuluculuk

Avrupa devletleri açısından ilk arabuluculuk kurumunu tavsiye eden düzenleme Avrupa Konseyi tarafından yapılmıştır.¹⁴⁵ Avrupa Konseyi 16 Eylül 1986 tarihinde, R (86) 12 sayılı Tavsiye Kararı ile AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen makul sürede yargılanma temel hakkı esas alarak üye devletlerdeki kişiler arasındaki uyuşmazlıkların artan mahkeme iş yüklerinden hareketle her türlü davada gerek yargılama öncesi ve gerekse yargılama esnasında tarafların dostane çözüm yollarına genel olarak teşvik edilmesi özellikle tavsiye etmiştir¹⁴⁶.

AUÇY konusunda AB düzeyinde yaşanan Birlik arabuluculuk uygulamalarıyla ilgili olarak ise sınır aşırı hukuki ilişkilerde yaşanan ve giderek artan anlaşmazlıkların seri ve en az giderle çözümlenmesi için ortak bir şeyler yapılması gerektiği inancı, AB politikacıları nezdinde oluşmaya başlamıştır. Bu düşüncelerden hareketle AB Kurumları arabuluculuk konusunun genel ilkelere bağlanması amacıyla ilk kez 1993 yılında Brüksel'de yapılan Hükümetler arası konferansta konuyu toplantı gündemine almış ve tartışılmasını sağlamıştır.

30.03.1998 tarihinde ise AB Komisyonu özellikle tüketici hakları bağlamında yaşanan uyuşmazlıkların mahkeme dışı çözüm yöntemlerinin kullanılarak çözümlenmesini düzenleyen

¹⁴⁵ Kadriye Bakırcı, “Alternatif” Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu (Arabuluculuk) Aracılığıyla “Alternatif” İş Hukukuna Doğru. TBB Dergisi, S. 140, Ocak-Şubat 2019, s. 368.

¹⁴⁶ Mehmet Karaarslan, İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Giderilmesi. TBB Dergisi, S. 140, Ankara, 2019, s. 73.

98/257/AT sayılı tavsiye kararı yayınlanmıştır. Bu karar ile konu ilk kez Birlik düzeyinde somut bir düzenlemeye konu edilmiştir¹⁴⁷.

Daha sonra tüketiciler ile ilgili olarak yapılan düzenlemenin uygulamada bir sistem dâhilinde somutlaştırılması bağlamında 2000 yılının mart ayında Avrupa Yargı Dışı Çözüm Ağı alt yapısı oluşturulmuştur. Bu ağın daha da geliştirilmesi ve desteklenmesi için bu kez de FIN-NET isimli sistem oluşturularak uygulamaya alınmıştır¹⁴⁸.

1999 yılında Finlandiya'nın Tampere Şehrinde yapılan zirvede ise Avrupa Birliğine üye devletler uyuşmazlıkların çözümünde yeni usullerin geliştirilmesi gerektiği düşüncesinde hemfikir olmuşlar ve bu bağlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin daha fazla uygulanması için üye devletlerin teşvik edilmesi kararlaştırılmıştır¹⁴⁹.

Bu faaliyetlerin devamında ise konuyla ilgili daha detaylı çalışmalar yapılmıştır. Bu meyanda arabuluculuğun Birlik üyesi devletlerde koordineli bir şekilde nasıl ele alınması gerektiği ve tespit edilen ana kuralların ne şekilde uygulanacağı konularında temel ilkeleri ortaya koyan “Yeşil Kitap” Avrupa Komisyonu tarafından yayımlanmıştır¹⁵⁰.

Yeşil Kitabın AB düzeyinde yürürlüğe koymak istediği ve tartışmaya açtığı arabuluculuk medeni hukuk ve ticaret hukuku alanında ortaya çıkan uyuşmazlıkları kapsamaktaydı.

Yeşil Kitap AB düzeyinde, medeni ve ticaret hukuku konularındaki uyuşmazlıkların alternatif çözümünde arabuluculuk yönteminin uygulanması için düzenleme yapılırken konunun dört başlık altında ele alınarak tartışılması, düzenlenmesi ve uygulamaya geçilmesi gerektiğine karar verilmiştir.

¹⁴⁷<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31998H0257>(Erişim Tarihi: 19.03.2019)

¹⁴⁸https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/consumer-finance-and-payments/retail-financial-services/financial-dispute-resolution-network-fin-net_en(Erişim Tarihi: 19.03.2019)

¹⁴⁹https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/Events/20081211_Brussels_Practising_Family_Law_in_Europe/EN_Kelsey_Ries.pdf(Erişim tarihi: 19.03.2019)

¹⁵⁰<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52002DC0196>(Erişim Tarihi: 19.03.2019)

Bu sınıflandırmaya bakıldığında genelde AUÇY ve özelde arabuluculuk yöntemlerine uyumsuzlukların ortaya çıkışından itibaren hangi aşamalarda ve ne şekilde bu kuruma başvurulabileceğinin öncelikle usul açısından belirlenmesi talep edilmiştir.

İkinci olarak AUÇY başvurulmasına kim veya hangi kurum karar verecektir, üye devletler düzenleme yaparken ayrıca bunun tespitini ve tayinini yapmaları gerekmektedir.

Üçüncü olarak AUÇY bir kurum olarak kim veya kimler tarafından yönetilecektir bunun belirlenmesi gerekmektedir. Buna ilişkin bir kurumsal yapılanma tespit edilerek düzenlenmeli ve uygulamaya alınmalıdır.

Dördüncü ve son tartışılması ve bir sisteme oturtulması gerekli olan AUÇY konusu ise arabulucuların kimler olacağı, bunların niteliklerinin belirlenmesi, eğitimleri, tayinleri ve takip edecekleri usulün ve mesleki niteliklerinin belirlenmesi gibihususlardır.

AB düzeyinde yapılacak AUÇY ile ilgili çalışmalar daha sonra 743/2002/AB sayılı Direktif ile detaylı bir şekilde ortaya konmuştur. 743/2002/AB sayılı Direktifin kabulünden sonra AUÇY konusunda çalışmalar artarak devam etmiş ve 2004 yılında arabuluculuk kuralları henüz çok uygulama alanı bulmasa da yazılı olarak bir müktesebat metni olarak ortaya konulmuştur¹⁵¹.

Daha sonra Avrupa Parlamentosu ve Konseyi 21.05.2008 tarihinde 2008/52/AB Yönergesini hazırlamış ve 14 madde başlığı altında belirlenen arabuluculukla ilgili genel ilkelerin 3 yıl içinde üye devletlerce iç hukuklarına uyarlanması gerektiğini hükme bağlamıştır¹⁵².

2008 yılı AB Müktesebatı açısından önemlidir. Zira geleneksel olarak dava konusu uyumsuzlukların daha çok mahkeme huzurunda görülmesini ve bir çözüme kavuşturulmasını kabul eden Avrupa Birliği ilk kez bu klasik kabulden ayrılmaya başlamış ve arabuluculuk

¹⁵¹<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32002R0743> (Erişim Tarihi: 19.03.2019)

¹⁵²Karaarslan, 2019, s. 74; <http://www.arabulucu.com/arabuluculuk-hakkinda/avrupa-birligi-nin-2008-52-sayili-arabuluculuk-direktifi-ve-muhtemel-etkileri-uzerine-degerlendirme> (Erişim Tarihi: 19.03.2019)

kurumunu üye devletlere tavsiye eden bir kurum olmaktan çıkarak dikte eden bir yaklaşıma doğru evrilmeye başlamıştır¹⁵³.

O kadar ki yakın zamanlara kadar iş hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculuk kurumunun kullanılmasını yerinde ve doğru bulmayan, bu kurumu sadece toplu iş görüşmelerinde kabul eden AB devletleri ve Kurumları, daha çok Anglosakson hukukunu benimseyen devletlerde görülen iş hukukunda arabuluculuk uygulamalarına, kendi ülke ve topluluk mevzuat ve pratiklerinde daha fazla yer vermeye başlamış bulunmaktadır¹⁵⁴.

Bakırcı, bu yaklaşımı daha çok Kıta Avrupası hukuk sistemine bağlı AB üyesi devletlerin soruşturmaya dayalı Devletin yargılamalarda amir tutumdan vaz geçerek, daha çok Anglosakson hukuk sistemini bir yöntemi olan ve vatandaşları baş başa bırakan çekişmeli yargı sisteminin kabulü ve adaletin özelleştirilmesi olarak tanımlamaktadır¹⁵⁵.

Kanaatimizce bu tespit kısmen doğru olmakla birlikte bu dönüşüm ve değişim çabalarına daha çok Kıta Avrupası hukuk sisteminin, uyuşmazlıkları yargısal kurumlar marifetiyle karmaşık bürokratik usuller çerçevesinde çözme gayretlerinin tıkanmasına verilen bir cevap olarak bakmak yerinde olacaktır. Zira arabuluculuğu kabul ile adalet özelleştirilmemekte, sadece yargısal çözümün önüne daha hızlı, bürokratik usullerden olabildiğince azade, yargıya başvurmadan önce son kez taraflara uyuşmazlığın dostane çözümü için yeni fırsatlar sunan ve daha çok sosyal yönü ağır basan inovatif bir ön aşama getirilmektedir.

¹⁵³ Bakırcı, 2019, s. 356. Zira Bakırcı'ya göre; "AB Temel Haklar Şartı uyarınca, "Birlik hukuku tarafından teminat altına alınan hakları ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, bu maddede düzenlenen koşullara uygun biçimde, mahkemeye başvurarak etkili bir hukuki çözümden yararlanma hakkına sahiptir."

¹⁵⁴ Bakırcı, 2019, s.357.

¹⁵⁵ Bakırcı, 2019, s.357.

Nitekim Direktifin 14. paragrafı uyuşmazlıklarda tarafların son tahlilde yargısal makamlara başvurmasını engellememesi koşuluyla hukuk ve ticari davalarda zorunlu arabuluculuk yolunun şart koşulmasına izin vermiştir¹⁵⁶.

2008/52/AB Direktifinin 10. paragrafında, özel hukuk veya ticaret hukukunu ilgilendiren üye devletlere ilişkin sınır aşan uyuşmazlık konularında tarafların gönüllü olarak, arabulucuların yardımı ile anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin dostane bir anlaşmaya varma çabalarının her zaman mümkün olabileceğine işaret edilmiştir. Paragraf, bu genel izin verici düzenlemenin yanı sıra, tarafların ilgili yasalar uyarınca kendilerince karar vermelerinde özgür olmadıkları hak ve yükümlülükler bağlamında arabuluculuk yöntemlerinin kullanılmasının mümkün olamayacağına atıf yapmıştır. Atıf yapılan arabuluculuğun mümkün olmadığı uyuşmazlık türlerine örnekleme yoluyla yine aynı paragrafta yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre arabuluculuğun mümkün olmadığı uyuşmazlıklar, daha çok aile ve iş hukukunda sık karşılaşılan, tarafların tasarrufunda olmayan, kamu düzeni ile ilgili bazı uyuşmazlık türleridir¹⁵⁷.

Öğretide Bakırcı, 2008/52/AB Direktifinin 10. paragrafının taraflar arasında pazarlığa açık olmayan iş uyuşmazlıklarının gönüllü arabuluculuk dahi olsa arabuluculuk ile çözülemeyeceği kanaatindedir. Bakırcı, 2008/52/AB Direktifinin 10. paragrafı düzenlemesine dayanarak iş uyuşmazlıklarında mutlaka doğrudan yargısal makamlara başvuru yapılmasının zorunlu olduğunu, bu alanda arabuluculuğa başvurulmasının AB Direktifince kesinlikle öngörülmediğini dile getirmektedir¹⁵⁸.

Kanaatimize göre 2008/52/AB Direktifinin 10. paragrafının, ikinci ve son cümlesi ile ilgili bu değerlendirme doğru ve yerinde bir değerlendirme değildir. Bahsi geçen cümleler dikkatli okunduğunda ilgili düzenlemeyle getirilen arabuluculuk yasakları,ulusal

¹⁵⁶ Bakırcı, 2019, s. 367.

¹⁵⁷ https://www.euromed-justice.eu/en/system/files/20090128135756_Directive2008-52-ECOncertainaspectsofmediation.pdf (Erişim Tarihi: 01.03.2019)

¹⁵⁸ Bakırcı, 2019, s. 367, 370.

mevzuatlarda yer alan ve vatandaşların seçme konusunda özgür olmadıkları hak ve yükümlülükler bağlamında ortaya çıkan uyuşmazlıklar hakkında geçerlidir. Zaten bizim mevzuatımızda da tıpkı Direktif'in 10. paragrafının ikinci ve üçüncü cümlelerinde belirtildiği üzere, tarafların serbestçe tasarrufu mümkün olmayan bazı sınırlı aile ve iş hukuku konularında tarafların arabuluculuk yoluyla bir anlaşmaya varmaları ve kamu düzenin öngördüğü emredici hükümlere aykırı bir çözüm üzerinde mutabık kalmaları ve bunu uygulamaya koymaları mümkün değildir.

Aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda tarafların serbestçe tasarrufunun mümkün olmadığı konularda elbette arabuluculuk mümkün olmamakla birlikte, tarafların serbest iradeleri ile serbestçe işlem yapabildikleri konularda arabuluculuk bize göre kesinlikle mümkün olmalıdır. Nitekim bizim tarihimizde buna dair mevzuat düzenlemeleri etkin kullanılsa bile bulunmaktadır. Aynı şekilde birçok devlette olduğu gibi Japonya'da da aile hukuku uyuşmazlıkları en fazla arabuluculuk uygulamalarına başvuru alan uyuşmazlık konularındandır¹⁵⁹.

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) Rosalba Alasini ve Diğerleri, İtalyan Telekom Şirketi ve Diğerlerine Karşı Davasında arabuluculuk ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin belirli şartları taşıması ve bazı ilkelere uyulması halinde AB Müktesebatını ve etkili yargısal koruma ilkesini ihlal etmediğine karar vermiştir¹⁶⁰.

ABAD'a göre öncelikle arabuluculuk çözümünün amaca uygun olması ve teminat altına alınan hakların özünü ortadan kaldırmaması ve aynı zamanda ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olması gerekmektedir¹⁶¹.

İkinci olarak ABAD, genel olarak AUÇY'nin, özelde ise arabuluculuğun uzlaşma ile sonuçlanması hali dışında, tarafları bağlayıcı ve mutlaka sonuç alıcı bir karar ile

¹⁵⁹Özmumcu, 2013, s. 290, 291 vd.

¹⁶⁰<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=79647&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1905305> (Erişim Tarihi: 01.03.2019)

¹⁶¹Bakırcı, 2019, s. 366.

sonlandırılmaması gerektiğine işaret etmiştir. Yani uyuşmazlığın çözümünde boşa kürek çektirici, boşa zaman harcayıcı, oyalayıcı bir süreç olmamalı ve arabuluculuğa başvurma ve devamında zamanaşımı gibi hak düşürücü süreler durmalıdır¹⁶².

Üçüncü olarak ABAD’a göre AUÇY taraflara maliyetli olmamalı, mümkün olan en az giderle yerine getirilmesi için gerekli tüm tedbirler alınmalıdır. Bu yollara başvurmak için çok kanallı başvuru yöntemleri emre hazır tutulmalı, acil durumlar için istisnai tedbirlere başvurmak mümkün olmalıdır¹⁶³.

ABAD diğer taraftan arabuluculuk kurumunun sınır aşan uygulamasına ilişkin genel ilkelerini ortaya koyan 2008/52/AB Direktifini genel olarak AB Temel Haklar Şartı’na uygun bulmuştur¹⁶⁴.

AB sadece kendi üyelerine arabuluculuğu tavsiye ve teşvik etmekle kalmamış, aynı zamanda AB’ye üyelik için adaylık başvurusu yapan ve bu nedenle müktesebata uyum çerçevesinde ilerlemeyi yıllık olarak raporlayan AB Komisyonu yayınladığı ilerleme raporlarında ülkemizi arabuluculuk konusunda sürekli teşvik etmiş, daha hızlı uyum sağlanması noktasında devamlı uyarılarda bulunmuştur. Bu da bizi arabuluculuk konusunun İdarenin bağımsız ve tarafsız yargıyı bypass etmek için arabuluculuk kurumunu benimsediği iddiasından çok AB Müktesebatı öyle gerektirdiği için bu değişikliklerin yapıldığı ve arabuluculuk kurumunun yaygınlaşmasında AB Mevzuatının lokomotif gücü oluşturduğu sonucuna götürmektedir.

Bu cümleden olmak üzere; örneğin, 2011 yılı için yayımlanan Türkiye ilerleme raporunda şu ilginç tespit yer almaktadır; “Arabuluculuk etkin olarak uygulanmamakta ve hâkim, savcı ve avukatlar bu konuda eğitilmemektedirler”. Aynı Rapor’un 17. sayfasında da Türkiyeyargı makamlarınca görülen çok yüksek miktardaki davasayıları verilmiş ve bu

¹⁶² Bakırcı, 2019, s.366.

¹⁶³ Bakırcı, 2019, s.366.

¹⁶⁴ Bakırcı, 2019, s.367.

sayıların olması gerekenden çok fazla olduğuna vurgu yapılarak, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri noktasında teşvik ve tavsiyeye zemin hazırlanmıştır¹⁶⁵.

2012 yılı için yayımlanan İlerleme Raporunda ise “Haziran 2012 tarihinde yürürlüğe giren Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun, yargıda iş yükünün azalmasını sağlaması, hukuki ve cezai uyuşmazlıkların hızlı, düşük maliyetli ve etkin bir şekilde çözümlenmesine hizmet etmesi ve sosyal barışı sağlamaya katkıda bulunması beklenmektedir. Bu kanun aynı zamanda, AB vatandaşlarına da uygulanmaktadır.” tespitinde bulunulmuştur¹⁶⁶.

Bu tespitten de anlaşılmaktadır arabuluculuk konusu AB tarafından yakından takip edilen ve önem verilen bir konu olarak öne çıkmaktadır.

2013 yılı İlerleme Raporunda arabuluculukla ilgili olarak sadece Türkiye’nin, ikinci İstanbul Arabuluculuk Konferansına ev sahipliği yapmış olduğuna temas edilmiştir. Kabul edilen yasa ve uygulamasına değinilmemiştir. 2014 yılı İlerleme Raporunda ilginç bir şekilde olumlu veya olumsuz bir şekilde arabuluculuk konusu hiçbir şekilde yer almamıştır. 2015 yılı İlerleme Raporunda ise arabuluculuk kurumunun yasal olarak düzenlenmekle birlikte yaygın kullanılmadığına vurgu yapılmış, eleştirilmiştir. Aynı eleştirel yaklaşım 2016 yılı İlerleme Raporunda yinelenmiştir.

Diyebiliriz ki Hükümetin ve TBMM’nin 2012 yılında arabuluculuk konusunda mevzuat ve uygulama çalışmalarını hızlandırmasının başlıca saiki AB kaynaklı bu gelişmeler olmuştur.

¹⁶⁵https://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2011_ilerleme_raporu_tr.pdf
(Erişim Tarihi: 19.03.2019)

¹⁶⁶https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/Turkiye_tarafindan_hazirlanan_2012_ilerleme_raporu_02_01_13_fotoma_t_version.pdf(Erişim Tarihi: 19.03.2019)

2.6. UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu

Uluslararası ticarî ilişkilerden kaynaklanmakta olan uyuşmazlıkların çözümü konusunda, milletlerarası ticaretin kendine has yapısı ve ihtiyaçlarına uygun olması ile devlet yargısına nazaran avantajlı olması nedeniyle tahkim uygulamasına sıklıkla başvurulduğu görülmektedir. Uluslararası ticarete, devletlerarasındaki özel hukuk kurallarının yeknesak bir biçimde uygulanması amacıyla Birleşmiş Milletler bünyesinde 1966 yılında Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu kurulmuştur. Milletlerarası ticarî tahkimle alakalı birçok ulusal ve uluslararası düzenleme bulunmaktadır. Bunun yanı sıra UNCITRAL tarafından uzun çalışmalar ve incelemelerin neticesinde UNCITRAL Model Kanunu hazırlanmış ve bu kanun ile milletlerarası tahkim alanında devletlere bir model oluşturulması amaçlanmıştır. Ülkemizde çıkarılan 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun bazı noktalar bakımından Model Kanun'dan ayrıldığı görülse de büyük ölçüde UNCITRAL Model Kanunu'nu esas aldığı ileri sürülmektedir¹⁶⁷.

UNCITRAL, çalışmaları neticesinde dört amaca ulaşmak ve bu amaçları dikkate almak konusunda örgütlenmiştir. Bu amaçlar; yeknesaklık, esneklik, modernizasyon ve açıklıktır. Milletlerarası ticaret alanında kullanılmakta olan terimler ve kelimeler her devlette farklı yorumlamalar ile değişik anlamlara bürünebilmektedir. Milletlerarası Ticaret Odası, bu konuda yeknesaklığın sağlanması için milletlerarası ticarî terimleri (INCOTERM) bir araya getirmiştir. Esneklik konusunda ise UNCITRAL konvansiyonlarının uygulanmasına önem verilmiş ve söz konusu konvansiyonların devletler açısından kolaylaştırıcı hükümlere yer vermesi sağlanmıştır. Hâlihazırdaki iç hukuk normlarının bir potada eritilmesi, günümüzün ve geleceğin milletlerarası ticaret

¹⁶⁷ Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu'na Genel Bir Bakış, TAAD, Cilt:2, Yıl:2, Sayı:4, 20 Ocak 2011, s.136.

alanında ortaya çıkacak bütün sorunları çözmede yeterli olmayacaktır. Bu yüzden, açıklık ve esneklikle birlikte, komisyonda delegelerin milletlerarası alandaki tecrübelerine dayanan modernizasyon faaliyetlerine yer verilmesi esastır. Bu yolla milletlerarası ticarete modern bir hukuk uygulamasının oluşturulması amaçlanmaktadır¹⁶⁸.

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 1958 New York Sözleşmesi'nin uygulanması esnasında devletler arasında farklılık gösteren mevzuatların uyumlu hale getirilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Birleşmiş Milletler içinde 1977 yılındaki Asya-Afrika hukuk danışma komitesi, New York Sözleşmesi'nin bazı maddelerinin gözden geçirilmesini tavsiye etmiştir¹⁶⁹.

Tahkim usulüne yönelik düzenlemelerin uyumlu hale getirilmesi ve milletlerarası ticarî tahkim uygulamalarının kendine özgü ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla UNCITRAL nezdinde bir çalışma grubunca hazırlanmış olan kurallar, 21 Haziran 1985 tarihindeki toplantıda milletlerarası ticarî tahkim uygulamalarında Model Kanun Kuralları olarak kabul edilmiş ve onaylanmıştır. Söz konusu kurallar, farklı siyasî yapılara ve kültürlere sahip tarafların arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmak üzere hazırlanmıştır. UNCITRAL Model Kanunu, milletlerarası ticaret alanında uyumun sağlanması açısından devletlere tavsiye edilmiştir. UNCITRAL Model Kanunu'nun milletlerarası anlaşma niteliğine sahip olmadığı ifade edilmektedir. Söz konusu Kanun, milletlerarası tahkim hususunda devletlere ait iç hukuk normlarının şekillendirilmesi konusunda yapılmakta olan bir tekliften ibarettir. Devletler, UNCITRAL Model Kanunu'nu kendi resmî dilleri içerisinde tercüme etmek suretiyle tamamen iktibas edebilirler ya da kendi hazırlamış oldukları kanun tasarılarında, kısmi

¹⁶⁸ Bozkurt Yüksel, 2011, s.139-140.

¹⁶⁹ Kemal Dayınarlı, UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim, Dayınarlı Yayınları, Ankara 2000, s.90

ya da çeşitli değişiklikler yaparak da kullanabilirler. Böylece, milletlerarası ticarî ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak olan yeknesak uygulamalar, kolay, uyumlu ve hızlı bir çözüm modeli sunacaktır¹⁷⁰.

UNCITRAL Model Kanunu'nun ortaya çıkmasında, çoğu devlette çıkarılmış olan tahkim mevzuatının eskimesi ya da tahkim yeriyle ilgili hükümlerin elverişliliğini yitirmesi etkili olmuştur. Tahkim yeri olarak seçilmiş olan devlette tahkim hukukunun yeterince bilinmemesi sebebi ile taraflar, başlangıçtaki beklentilerinden farklı sonuçlar ile karşı karşıya kalabilmekteydi. Bazı devletlerin yasalarında görülen maddî hukuk ve usul hukukuna ilişkin düzenlemeler, tahkim kuralları açısından işlevselliğini yitirmiş ve tenfiz konusunda sıkıntılar yaşanmaya başlanmıştı. Birleşmiş Milletler içerisinde aktif bir organ olan UNCITRAL tarafından bu sorunların ortadan kaldırılması ve yeknesaklığın sağlanması için tahkim hususunda UNCITRAL Model Kanunu hazırlanmıştır¹⁷¹.

Milletlerarası ticarî tahkim konusundaki ihtiyaçlara cevap verebilecek nitelikteki evrensel bir düzenleme olarak görülen Model Kanun, değişik coğrafi bölgelerde farklı hukuk sistemlerine ve siyasi yapılara sahip devletlerce kullanılabilir şekilde hazırlanmıştır. UNCITRAL Model Kanunu bütün dünyada model olmayı hedeflemiş bir kanundur. Zira Model Kanun metninde millî kanunlarda yer alan hükümlerin aksine basit, açıklayıcı ve meseleye yönelik bir üslûbun kullanılmasına özen gösterilmiştir. Model Kanun'un bu niteliği birçok devlet tarafından kabul edilmesinden de anlaşılmaktadır¹⁷².

UNCITRAL Model Kanunu'nun amacı, şu şekilde açıklanmaktadır: *“Bir milletlerarası tahkim sözleşmesi yapmış olan tarafların, tahkim sözleşmesine dayanarak*

¹⁷⁰ Dayınlarlı, 2000, s.6.

¹⁷¹ Bozkurt Yüksel, 2011,s.145.

¹⁷² Bozkurt Yüksel, 2011,s.148.

çözümlenecek uyuşmazlığın doğduğu özel hukuk ilişkisiyle ilgili âdil ve haklı beklentilerinin, tahkimin toprakları üzerinde yürütüldüğü devletin usul hükümleri dolayısıyla boşa çıkmasına engel olmaktan ibarettir”¹⁷³.

UNCITRAL Model Kanunu'nun uygulama alanı uluslararası ticarî tahkimdir. Zira Model Kanunu'nun 1. maddesine göre uygulama alanı belirtilmektedir. UNCITRAL Model Kanunu'nu iktibas eden devletlerin taraf oldukları milletlerarası sözleşme hükümleri saklı kalmak üzere, milletlerarası ticarî tahkimde uygulanacağı belirtilmektedir. Bu durumun milletlerarası ticarî tahkim alanında yeknesaklık sağlanması açısından büyük bir avantaj olduğu ifade edilmektedir. Bunun yanı sıra Model Kanun'un millî tahkim ya da milletlerarası tahkime, yasa metninde değiştirilecek birkaç konu haricinde uygulanmasına engel olacak bir sebep görünmemektedir¹⁷⁴.

UNCITRAL Model Kanunu Kıta Avrupası hukuk sistemine uygun olarak hazırlanmıştır. Bu yüzden söz konusu Kanun'un Türkiye tarafından da birtakım değişikliklerin yapılması suretiyle tamamen benimsenebilecek bir örnek olduğu ileri sürülmektedir. Ancak Kanun'un uygulama alanının uluslararası ticarî tahkimle sınırlandırılması, bunun yanı sıra millî tahkime yönelik HUMK hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca, Model Kanun'un müstakil bir kanun olarak yasalaştırılması ya da bir bütün olarak 2675 sayılı Eski MÖHUK'un hakem kararlarının tanınmasına yönelik 43-45. maddeleri yerine konmasının uygun olabileceğini ileri süren görüşler de bulunmaktadır¹⁷⁵.

¹⁷³ Birsel, Mahmut / Budak, Ali Cem, “Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler – Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği”, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Sempozyum-Bildiriler- Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 11 Nisan 1997, C.I, Ankara 1997, s.40.

¹⁷⁴Bozkurt Yüksel, 2011,s.151.

¹⁷⁵ Birsal ve Budak, 1997,s.205.

2.7. Sivil Toplum Alanında Arabuluculuk

Dünyanın saygın ve önde gelen pek çok ulusal ve uluslararası tahkim kurumu, sivil toplum alanında arabuluculuk uygulamaları üzerinde çalışmaktadır. Öncelikli olarak bu kurumlar, sorumlu bulundukları şehir ve bölgenin ticaret merkezi haline gelmesini amaçlamaktadırlar. Ancak uzmanlık ve süreklilik konusunda yeterliliğe sahip olmayan bölgesel tahkim kurumlarının varlıklarının sürdürmesi kolay değildir.¹⁷⁶

Bilinen pek çok milletlerarası tahkim kurumunun bölgesel nitelikte bir teşkilat yapısını tercih ettiği görülmektedir. Mexico City ve Singapur ofisleriyle American Arbitration Association-International Center for Dispute Resolution/Amerikan Tahkim Birliği-Uluslararası Uyuşmazlık Çözümü Merkezi (“AAA-ICDR”); Hong Kong, Singapur ve New York ofisleriyle International Chamber of Commerce/Uluslararası Ticaret Odası (“ICC”); Dubai International Financial Center/Dubai Uluslararası Finans Merkezi (“DIFC”) ve Yeni Delhi ofisleriyle London Court of International Arbitration/Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (“LCIA”) ve Bahreyn ofisiyle International Center for Settlement of Investment Disputes/Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (“ICSID”) bu kurumların başını çekmektedir.¹⁷⁷

Milletlerarası tahkim kurumlarının yanı sıra bilhassa son yıllarda bölgesel ve milli tahkim kurumlarının sayısı ve tanınmışlığı konusunda bir artış yaşanmaktadır. Bölgesel tahkim kurumları denildiğinde ilk olarak akla gelen kurumların başında Hong Kong International Arbitration Center/Hong Kong Uluslararası Tahkim Merkezi, Stockholm Chamber of Commerce/Stokholm Ticaret Odası ve Switzerland Chamber of Commerce/İsviçre Ticaret Odası gelmektedir. Bunun yanı sıra uluslararası alanda faaliyet

¹⁷⁶ John B. Tieder, Jr., Selecting an Arbitral Institution to Administer International Arbitration: Are National or Regional Centers a Viable Option?, Handbook on International Arbitration and ADR, New York: JurisNet LLC, 2010, Chapter 3, s. 28.

¹⁷⁷ Michael McIlwraith /John Savage, International Arbitration and Mediation: A Practical Guide, The Netherlands: Kluwer Law International, 2010, s.55.

gösteren pek çok milli tahkim kurumu bulunmaktadır. Esas itibariyle tahkim kurumu olarak faaliyet gösteren bu kurumların etkinliklerine bakıldığında, bu kurumların sivil toplum alanındaki uyuşmazlıklar konusunda arabulucu rol üstlendikleri de görülmektedir.¹⁷⁸

Sigortacılık, inşaat, finans hizmetleri, deniz taşımacılığı ve ticari mal üretimi gibi sektörler; kendi tahkim ve arabuluculuk prosedürleri ile kurallarını kendileri oluşturmaktadırlar. Bunlara World Intellectual Property Organization/ Dünya Fikri Haklar Organizasyonu (“WIPO”) ve Court of Arbitration for Sport/Spor Tahkim Mahkemesi (“CAS”) tarafından düzenlenen kuralları örnek olarak verebiliriz.¹⁷⁹

Ülkemizde milli tahkim kurumu olarak Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) Tahkim Merkezi ve İstanbul Ticaret Odası (İTO) Tahkim Merkezi örnek gösterilebilir. Ülkemizde tahkim ve arabuluculuk alanında İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu Tasarısı’nın kabulü önem arz etmektedir. Söz konusu tasarı, 25 Mart 2013 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı’na sevk edilmiş ve kanunlaşması durumunda Türkiye’nin, Orta Doğu ve Avrupa’da gelişmiş tahkim merkezleri arasında yer alması hedeflenmiştir. Bu tasarıyla İstanbul’da bağımsız ve özerk yapıda uluslararası alandaki rakipleriyle rekabet edebilecek seviyede kurumsal bir tahkim merkezinin kurulması amaçlanmaktadır.¹⁸⁰

2.7.1. Kurumsal Tahkim

Kurumsal tahkim, “*Tarafların aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü, tahkimi organize eden bir kurumun kurallarına ve idarî denetimine tabi kıldıkları tahkim türüdür*” şeklinde ifade edilmektedir.

¹⁷⁸ Tieder, 2010, s.28; Ebru Karademir, “Milletlerarası Kurumsal Tahkim Merkezlerinin Bir Karşılaştırması”, Public and Private International Law Bulletin, Volume: 32, Issue: 2, s.82.

¹⁷⁹ Karademir, Issue 2,s.83.

¹⁸⁰ , Mustafa Özbek; Kurumsal Tahkimde Önemli Bir Adım: İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu Tasarısı, <http://www.tahkim.net/makaleler/kurumsal-tahkimde-onemli-bir-adimistanbul-tahkim-merkezi-kanunu-tasarisi>, (Erişim Tarihi:28.08.2019).

Kurumsal tahkimde tahkim faaliyetini organize eden kurum, daha önceden hazırlanan bir dizi kuralların bulunduğunu, taraflarca düzenlenmeyen konularda tahkimin, tahkim kurumunun kuralları gereği düzenleneceğini kabul etmektedir. Kurumsal tahkime başvuran tarafların da bu hususlar hakkında bilgisinin olduğu varsayılmaktadır.

Kurumsal tahkim uygulamasında usule uygun bir biçimde yürütülecek faaliyetlerin kurallarını içeren düzenlemeler söz konusudur. Kurumsal tahkim kurumunca tahkimin devam ettirilmesi söz konusuysen ad-hoc tahkimde belirli bir tahkim kurumu bulunmamakta ve tarafların seçtiği hakemler, seçilen kurallara göre uyuşmazlığın giderilmesini sağlamaktadır. Ad hoc tahkim uygulamasının aksine kurumsal tahkim merkezleri, tahkim usulünde uygulanması gereken kuralları içeren düzenlemelerin mevcudiyetini göz önünde bulundururlar. Kurumsal tahkim merkezlerinin belli meslek ve sektörel oda ile birliklere bağlı biçimde faaliyet göstermesi karşısında hakem mahkemeleri, aynı sektör içerisinde ticaret yapan kişi ya da kurumlar üzerinde etkilidir. Bu durum, kurumsal tahkim uygulamasının tercih edilmesine teşvik etmektedir. Buna karşılık kurumsal tahkim merkezleri, tahkim prosedürlerinin üzerinde kurulan bürokratik denetim ve müdahalelerden duyulan endişeler ya da bu tarz kurumların milletlerarası sermayenin manivelası olduğu yönündeki düşüncelerden dolayı ad-hoc tahkim usulünün başlıca tercih sebepleri olarak kabul görmüşlerdir.¹⁸¹

Kurumsal tahkim kapsamında tahkimi düzenlemekte olan kurum, taraflar ile tahkime ayrıca idarî hizmetlerin de sunulmasında aktif rol oynar. Ancak bu süreçte tahkimi organize eden kurum, tahkim yargısında tamamıyla etkin biçimde görev almamaktadır. Kurum, bu süreçte yalnızca tahkimin daha iyi işletilmesi ve tahkime başvuran taraflara daha iyi hizmet verilebilmesi için faaliyet gösterir. Aralarında milletlerarası nitelikte bir anlaşmaya ilişkin

¹⁸¹Ergin Nomer, Milletlerarası Usul Hukuku, Beta Basım, İstanbul, 2009, s. 195.

olarak tahkim anlaşmasının kurulduğu taraflar, tahkim prosedürünü yürütecek olan kurumu başlangıçta kararlaştırmak zorundadırlar.¹⁸²

Taraflarca tahkim kurumu ve kurallarının seçimi aşamasın şu hususlara dikkat edilmektedir¹⁸³:

- Tahkim kurumunun tarihi ve tahkim konusunda edindiğideneyim,
- Hakem kurulunun oluşturulmaşekli,
- Tahkim kurumunun usul kurallarının niteliği,
- Tarafların tahkim yeri, hakemler gibi herhangi bir hususu belirlememiş olmaları durumunda tahkim kurallarının tahkim kurumuna bu boşluğu doldurma imkânı tanınması ya datanımaması,
- Tahkim kurallarının hakem kuruluna tanımakta olduğu geçici tazminat kararlaştırma, yargılama yetkisi hakkında karar verme ve benzeri yetkilerin çerçevesi,
- İdari açıdan ortaya çıkan masraflar ve hakem ücreti oranı, kurum kurallarının bu kanuni ve idari masraf konusunda taraflar arasında bölüşülmesi ve sair şekillerde değerlendirilmesine olanak tanıyıptanınımaması,
- Gizliliğe önem verilipverilmemesi,
- Hakem heyetinin deneyimi, tarafsızlığı vebağımsızlığı,
- Hakeme itiraz hakkının bulunupbulunmaması,
- Kanıtların ön duruşmada sunulabilmesi olanağının bulunup bulunmaması,
- Sözlü duruşma imkânı,
- Kararların nihai, gerekçeli ve yazılı biçimde verilmesidir.

Çoğu tahkim kurumu, seçilmesi durumunda tahkim sürecinin idaresinin kendi tahkim kurallarına göre yapılacağını öngörmektedir. Hâlbuki bu anlayışın yavaş yavaş değişmeye

¹⁸² McIlwraith ve Savage, 2010, s.36.

¹⁸³ Philip D. O'Neill, International Commercial Arbitration: Case Studies and Materials Exploring Where Theory Meets Practice, St. Paul, MN: Thomson Reuters, 2012, s. 110.

başladığı görülmektedir. Tarafların aksini kararlaştırmaları durumunda LCIA başta olmak üzere kimi tahkim kurumları, farklı kuralların da uygulanabileceğini dile getirmektedir.¹⁸⁴

Tahkim kurumları, uluslararası uyuşmazlığa taraf kişilere geçerli bir tahkim prosedürü sağlama ve neticeye ulaşılmasını kolaylaştırma amacıyla bazı hizmetleri hedef kitlesine sunmaktadırlar. Hizmetlerin çeşitlilik göstermesi, kurumdan kuruma göre değişmektedir. Söz konusu hizmetlerin bazıları; hakem listelerini oluşturma, tesis sağlama, kalem hizmetleri, hakemleri ve hakem kurulunu atama, hakemlere idari açıdan destek ve danışmanlık hizmeti sunma, garanti ödemelerini muhafaza etme, hakem ücretlerini belirleme, prosedürlerin işleyişini sağlama, hakem kararlarının gözetleme ve denetlemedir. Tahkim kurumlarının bu şekilde tahkim sürecini yönettiği, hakem kararlarının ise tahkim kurulları tarafından verildiği öngörülmektedir. Bu yüzden kurumsal tahkim, bazı durumlarda “*yönetim ve denetim altındaki tahkim*” olarak tanımlanır. Ad-hoc tahkim uygulamasında idari konular, hakem kurulu ya da kurul tarafından atanan idari sekreterce ele alınır.¹⁸⁵

Tahkim kurumlarının bazıları, sunmuş oldukları hizmetlere karşılık oldukça yüksek ücretler talep edebilmektedirler. Masraf ve ücretlendirmelerin kurumdan kuruma değişmekte olduğu görülmektedir. Bazı kurumlar ihtilaf konusunu oluşturan meblağı esas almakta (ad valorem), bazıları ise çalışılan zamana göre saat ücreti belirlemektedir. Tahkim kurumlarına başvurma bir diğer dezavantajlı yönü ise, bu kurumların izlediği kuralların bürokratik niteliği nedeniyle çözümün bazen gecikmesi ve ekstra masrafların ortaya çıkmasıdır. Aynı şekilde tarafların esnek olmayan bir iş programına mecbur edilmesi hususu da tahkim başvurusunu dezavantajlı bir hale getirmektedir. Prosedürlerin uzaması ve bu yüzden masrafların artmasından tamamıyla kurumların sorumlu tutulması yanlıştır. Hakemler ve taraf vekillerinin davranışlarının da bu noktada önemli bir etken olduğu kabul edilmektedir. Kimi kurumlar, tahkim prosedürünün uzaması ve masrafların artmasının önüne

¹⁸⁴ McIlwraith ve Savage, 2010, s. 37

¹⁸⁵ Karademir, Issue: 2, s. 79.

geçilmesi için yeni düzenlemelere başvurmaktadırlar. Gizlilik ilkesi bakımından ise, kurumsal tahkim de ad-hoc tahkim uygulamasında olduğu gibi bazı sakıncaları bünyesinde barındırmaktadır. Kurumsal tahkim uygulamasında kuruma bildirimde bulunulması ve mahkemeden yardım talep edilmesi olasılığı, davanın gizliliğinin muhafaza edilmesinin ne denli zor olduğunu göstermektedir.¹⁸⁶

Hakem kurulunun kurulmasından önce kurumun tahkim başlangıç safhasında önemli bir rolü mevcuttur. Buna göre kurum, davacının tahkim talebini alır ve davalıya iletir. Davalının yapması gereken işlemleri davalı tarafa bildirir ve dava üzerinde yetkisinin olup olmadığı konusunda ön karar verir. Devamında hakem kurulunun oluşturulmasını sağlar ve tarafsızlığın korunması şartıyla taraflara görüş ve bilgi akışı sağlar. Ayrıca kurum, hakem ücretlerinin belirlenmesi ve ödemelerin gerçekleşmesi için faaliyetlerde bulunur. Ücretler, gerek saat esasına göre gerekse liste ücretine göre belirlenebilir. Taraflar, söz konusu faaliyetler için belirlenen bu ücretleri kuruma peşin ya da taksitlerle ödemek zorundadırlar. Kurum da hakemlerin görevlerini ifa etmesinin ardından onlara ödemeyi gerçekleştirir. Bu noktada kurum, aracı rolü üstlenmektedir. Tarafların yaptığı ödemeler karşılığında fatura istemeleri durumunda söz konusu hizmetin henüz ifa edilmediği için pro-forma fatura düzenlenir ve taraflara verilir.¹⁸⁷

Kurumsal tahkim; tarafların agresif davranışları, tahkim yerinin bulunduğu yer hukukunun tahkim uygulamalarını desteklememesi ve benzeri durumların önüne geçmeye çalışmaktadır. Örneğin, taraflar hakemi seçemezlerse, hakemin seçimi kurum tarafından yapılır. Ad-hoc tahkimde ise böyle bir durumun yaşanması halinde taraflar, atama mercii belirlemedilerse milli mahkeme duruma müdahale eder ve gecikmeli biçimde bir atama yapar. Tahkimin desteklenmediği hukuk sistemlerinde ise bu durumda herhangi bir sorun ortaya çıkmaz. Hakemlere itiraz edilmesi durumunda ise yine aynı sorun ortaya çıkabilecektir.

¹⁸⁶ McIlwraith ve Savage, 2010, s. 64-65.

¹⁸⁷ McIlwraith ve Savage, 2010, s. 37-38.

Ancak, gerek kurumsal tahkimde gerekse ad-hoc tahkimde tarafların, hakem kararlarına karşı milli mahkemelere itiraz etmeleri engellenebilir. Bu durumda tahkim kurumu, hakemleri dikkatlice seçer ve tahkim kararlarının sıkı bir şekilde denetlenmesini sağlar. Böylelikle hukuka uygunluk konusunda şüphelerin giderilmesi mümkün kılınır.¹⁸⁸

Kurumun işlevi, özetle; tahkim sürecinin uygun bir hakem kurulunun elinde başlamasının sağlanması, kurulun tahkimi düzgün biçimde yürütmesine yardımcı olunması ve kalite kontrolünün sağlanmasıdır. Söz konusu işlevleri dolayısıyla kurum, kurumsal tahkimin olmazsa olmaz parçalarından biri olarak kabul edilmektedir.¹⁸⁹

Günümüzde uluslararası nitelikte bir sözleşme imzalamış olan taraflar, genel itibariyle kurumsal tahkim etkinliğini tercih etmektedirler. Ad-hoc tahkim uygulamasının tercih edilmiş olduğu istisnai hallerde ise, istenilen konularda tahkim şartının dikkatli bir biçimde düzenlenerek ya da kurum yönetimi üzerinde taraf kontrolü sağlanarak kurumsal tahkime entegre sağlanabilir. Bu şekilde kurumsal tahkim usulüne başvurulabilir ve karmaşık yapıdaki ad-hoc tahkim uygulamasına gitmeye gerek kalmadan kurumsal tahkim uygulaması ile uyuşmazlıkların çözülmesi imkânı ortaya çıkar. Kurumsal tahkim uygulamasının usule ilişkin getirdiği kolaylıklar, söz konusu uygulamanın tercih edilebilirliğini arttırmaktadır.¹⁹⁰

2.7.2. Milletlerarası Ticaret OdalarıDüzenlemeleri

Milletlerarası Ticaret Odası (MTO), uluslararası ticaretin gelişmesi amacıyla 1919 yılında Paris'te kurulmuştur. Milletlerarası Ticaret Odası Örgütü, devletlerarası anlaşmalar ile kurulmamıştır. Bunun yerine MTO, özel sektörün öncülüğünde kurulmuş olan ve sivil yönü baskın olan birkuruluştur.

¹⁸⁸ McIlwraith ve Savage, 2010, s.65.

¹⁸⁹ McIlwraith ve Savage, 2010, s.39.

¹⁹⁰ McIlwraith ve Savage, 2010, s.66.

MTO, milletlerarası nitelikli ticari ve ekonomik uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesi için 1923'te Uluslararası Ticaret Tahkim Divanı (ICC) adıyla bir Mahkeme kurmuştur. MTO Tahkim mahkemesi doğrudan doğruya uyuşmazlıkları çözen ve süreklilik gösteren hakem mahkemesi niteliği taşımaz. Uyuşmazlığı doğrudan çözecek olan hakem ya da hakem heyeti, her somut olayda tarafların iradesiyle Tahkim Divanı tarafından oluşturulur¹⁹¹.

Ticari terimlerin ülkeden ülkeye değişik anlamlarda kullanılması mümkündür. Değişik teamüllere göre ticari sözleşmeler yapıldıklarında, ilgili sözleşmelerde kullanılmakta olan terimler konusunda sözleşme taraflarının arasında bazı ihtilaflar ortaya çıkabilmektedir. Bu durumun ortadan kaldırılması için “Milletlerarası Ticaret Odası” ithalat ve ihracatla alakalı ticari sözleşmelerde yer alan başlıca tabirlerin yorumu ve esasen de o sözleşmenin satıcı ve alıcı tarafa yüklemiş olduğu yükümlülükleri tefsir etmede kullanılmak üzere, uluslararası ticari kurallar (in coterms) isminde bir kitap yayınlamış ve bu alandaki eksikliği ortadan kaldırmayı amaçlamıştır.¹⁹²

ICC, küresel yapısı ile öne çıkmakta olan bir kurumdur. Doksan bir devlette temsilciliği ve yüz otuz devlette üyesi bulunmaktadır. 1923 yılında kurulan bu kurumun merkezi Paris'te bulunmaktadır. 2008 yılında Hong Kong, 2010 yılında Singapur ve 2012 yılında New York'a ofis açan ICC'ye 2009 yılından beri yılda ortalama sekiz yüz dava başvurusu yapılmıştır. Kuruluşundan bu yana on altı binin üzerinde milletlerarası tahkimi yöneten kurum, bu alanda öncü kabul edilmektedir.¹⁹³

ICC, esasen usule ilişkin konulara yönelik karar alan bir organdır. Görevleri; hakemlerin reddi konusunda karar almak, hakem ücretlerinin belirlenmesinde ve ödemelerin sağlanmasında rol almak ve taslak kararların incelenmesini sağlamaktır. ICC'nin yetkisinin

¹⁹¹ Şanlı, 2002, s.64.

¹⁹² İsmail Doğanay, Ticari Alım-Satım Akdi ve Nevileri, Ankara 2003, s. 12.

¹⁹³ <http://www.iccwbo.org/News/Articles/2012/2011-figures-show-steady-growth-in-ICC-Arbitration/>, (Erişim Tarihi:28.08.2019)

ise idari bir yetki olduğu kabul edilir. Dolayısıyla ICC, tahkim esasına ilişkin olarak karar vermez. Üyelerinin ataması üç yıllık olarak yapılır. Bir başkan ve on beş başkan yardımcısı bulunur. Haftada bir komite biçiminde toplanır ve önüne gelen konularda sekreterlik ile birlikte karar alır. Alınan kararlar ise ayda bir kez toplanmakta olan genel kurula sunulmaktadır. Gündelik işlerin takip edilmesinde sekreterlik görevlidir. Hakem ve taraflar ile doğrudan irtibat kurulması durumunda hâlihazırda yedi dava yönetimi ekibinin sekreterlik bünyesinde hazır olması sağlanır. Milletlerarası tahkim hususunda ve tecrübeli genç avukatlardan oluşmakta olan dava yönetim ekibi, genel sekreterliğe rapor vermek durumundadır. Söz konusu avukatlar, danışman ya da yardımcı danışman olarak isimlendirilirler ve özgeçmişleriyle anadilleri göz önünde bulundurularak dünyanın çeşitli bölgelerinde hizmet veren gruplar oluşturulur. ICC, hakem atayacağı zaman kural olarak özerklik taşıyan milli komitelerle birlikte bu gruplara danışmaktadır.¹⁹⁴

ICC, diğer tahkimler ile ortak özelliklere sahip olmasının yanı sıra prosedürün başlangıcında hakemler tarafından bir görev belgesi (“terms of reference”) düzenlenmesi, Mahkeme’nin tahkimin idaresinde aktif bir rol üstlenmesi, kararların denetlenmesi, masrafin önceden öngörülebilirliği ve evrenselliği açısından kendine has özelliklere sahiptir.¹⁹⁵

ICC tahkimin evrensel niteliğe sahip olması sebebiyle her türlü sözleşmeden doğan ihtilaflar için ICC’ye başvurulabilmesi mümkündür. Bunun yanı sıra ICC tahkim, dünyanın her yerinde farklı milliyet ve niteliklere sahip hakemler tarafından yürütölmektedir. Taraflar, tahkim yerini belirlemedişlerse, tahkim yeri ICC Mahkemesi tarafından belirlenmektedir. Ayrıca, hakemlerin taraflara danışmak suretiyle duruşma ve toplantıların tahkim yeri dışında başka bir yerde gerçekleştirmeye karar verme yetkisi de bulunmaktadır. ICC, milli komiteler ve gruplar aracılığıyla geniş bir hakem havuzuna sahiptir. Bu yüzden ICC, UNCITRAL

¹⁹⁴ McIlwraith ve Savage, 2010, s.39-40

¹⁹⁵ Jose Rosell ve Maria Beatriz Burghetto; ICC, Arbitration 2011 – in 55 Jurisdictions Worldwide, London: Law Business Research Ltd., 2011,s.20.

tahkim dâhil olmak üzere pek çok ad-hoc tahkim uygulamasında atama mercii olarak seçilmekte ve yetkilendirilmektedir.¹⁹⁶

ICC tahkim açısından hazırlanan görev belgesinin eleştirildiği görülmektedir. Görev belgesi, taraflar ve hakemlerce imza altına alınan, dava ve uyuşmazlığın özetlendiği bir vesikadır. Görev belgesinin hazırlanması, bilhassa tahkime başlamadan önce belirsizliklerin ortadan kaldırılması nedeniyle desteklenmektedir. Ancak prosedürde gereksiz yük ve gecikme yaratmaması açısından bu tarz aşamaların iyi bir biçimde yönetilmesi şarttır. ICC Tahkim Kurallarına göre; hakem kurulu, görev belgesinin imzalanmasından itibaren altı ay içerisinde kararını vermek zorundadır. Uygulamaya gelindiğinde ise bu süre sınırlamasına pek uyulmadığı ve örneğin üç hakem ile görülmekte olan davalarda kararların ortalama iki yılda anca çıktığı görülmektedir. ICC Mahkemesi, hakem kurulunun talebinin üzerine ya da kendiliğinden karar verilme süresini uzatabilir.¹⁹⁷

ICC'nin diğer bir özelliği ise, Mahkemenin tahkimin işleyişinde aktif bir rol oynaması ve hakem kurulunun kararlarının Mahkeme tarafından denetlenmesidir. Esasen ICC Tahkim Kuralları; görev belgesinin düzenlenmesi, geçici zaman tablosunun hazırlanması, yeni iddiaların kabulü, tanık ifadelerinin dinlenmesi, bilirkişi atanması, sürecin sonlandırılması ve geçici önlemler haricinde hakemlerin tahkimi nasıl yürüteceklerine ilişkin net düzenlemelere yer vermemektedir. Pek çok tahkim kurumunun ise, hakemlerin görevlerini yerine getirirken izlemeleri gereken kuralları içermekte olan ayrıntılı bir kılavuz çıkardığı görülür. ICC'nin karar denetim niteliği, kalite kontrolünün sağlanmasıyla birlikte kararın verilmesini bir ay ya da daha fazla geciktirebilir. Taslak kararların ikiye katlanarak sunulması, taslakların %90'ında Mahkeme'nin hakem kurulundan en azından bir düzeltme yapmasını istemesinin bu gecikmenin yaşanmasında önemli bir etken olduğu ifade edilmektedir. Hakemlerin Mahkeme'nin şekillendiren düzeltmelerini aynıyla yerine getirmesi gerekmektedir. İçerikle

¹⁹⁶ Rosell ve Burghetto, 2011, s. 20.

¹⁹⁷ McIlwraith ve Savage, 2010, s.41.

alakalı öneriler ile esastan kendileri sorumlu oldukları için hakemlerin bu konuyu dikkate alıp almamakta serbest olduğu kabul edilir.¹⁹⁸

ICC'nin en çok eleştirildiği noktalardan biri de ücretlerin hesaplanmasındaki yaklaşımı ve idaresindeki yediemin hesabına bu ücretlerin önceden yatırılmasını istemesidir. ICC, kurum ve hakem kurulunun ücretinin uyuşmazlık konusu meblağ üzerinden (ad valorem) dolar olarak ödenmesini ister. Belirlenmiş olan ücret; hakemlerin becerisi, harcanmış olan mesai, işlemlerin sıklığı, ihtilafın karmaşıklığı ve buna benzer durumlara göre katlanmaktadır.¹⁹⁹ İstisnai hallerde Mahkeme, hakem ücretlerini listeye göre hesaplanmakta olan miktardan daha fazla ya da eksik orandabelirleyebilir.²⁰⁰

Sonuç olarak ICC, bürokratik ve müdahaleci yapısı, yüksek ücretlendirmesi sebebiyle eleştirilmektedir. Diğer taraftan, ICC, denetim ve gözetim farkı sayesinde vermiş olduğu kararlarda yüksek icra kabiliyetine sahip olmasıyla, kendi alanında önde gelmektedir.²⁰¹ Milletlerarası ticari tahkim devlet yargısına alternatif olarak ortaya çıkmış, zamanla küresel kapitalizmin müesseseleri tarafından ticari tahkimin de alternatifleri aranmaya başlanmış ve bu kapsamda arabuluculuk ile uzlaşma gibi kavram ve kurumlar gündeme gelmiştir. Bu sebeple arabuluculuk ve uzlaşma gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ortaya çıkmasında milletlerarası ticari tahkim uygulamalarının zayıf yönleri etkili olmuştur denilebilir.

¹⁹⁸ Rosell ve Burghetto, 2011, s. 21.

¹⁹⁹ ICC Tahkim Kuralları, ek III, madde 2.2.

²⁰⁰ ICC Tahkim Kuralları, madde 37.2.

²⁰¹ Karademir, Issue 2, s.87.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRKİYE’DE ARABULUCULUK UYGULAMALARI

3.1. Türkiye’de Arabuluculuk Uygulamalarının Tarihçesi

Cumhuriyet dönemi hukuk tarihimizde arabuluculuk ile ilgili ilk yoğun tartışmalar 2007 yılında Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın tartışmaya açılması ile olmuştur²⁰². Tasarı ilk kez 19-20.10.2007 tarihleri arasında Çeşme’de düzenlenen VI. Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısında tartışılmıştır²⁰³. Daha sonra Tasarı tekrar Ankara’da 15-16.10.2010 tarihinde yapılan IX. Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısında ele alınmış ve müzakere edilmiştir²⁰⁴.

6-8.12.2011 tarihlerinde bu kez konu uluslararası boyutta ele alınmış ve İstanbul’da tertip edilen Dünyada Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamaları Uluslararası Çalıştayı icra edilmiştir²⁰⁵.

Gerek ulusal çaptaki yürütülen çalışmalar ve tartışmalar, gerekse uluslararası toplantılar meyvelerini vermiş ve sonucunda Tasarıya son hali verilerek 6325 sayılı Kanun olarak 07.06.2012 tarihinde TBMM tarafından Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ismiyle kabul edilerek yasalaşmıştır²⁰⁶. Kanun 22.06.2012 tarihli Resmî Gazete’de

²⁰²Özmumcu, 2013, s. VII, 284.

²⁰³Özmumcu, 2013, s.VII.

²⁰⁴Özmumcu, 2013, s.VII.

²⁰⁵<http://www.tr.undp.org/content/turkey/tr/home/presscenter/pressreleases/2011/12/05/international-workshop-on-mediation-models-is-to-be-held-in-istanbul-in-turkish-.html> (Erişim Tarihi: 14.03.2019) “Dünyada hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk uygulamalarına ilişkin bilgilendirme ve Türk hukuk sistemi bağlamında iyi işleyecek bir arabuluculuk modelinin tesis edilmesine yönelik deneyim paylaşımının sağlanacağı “Dünyada Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamaları Uluslararası Çalıştayı” T.C. Adalet Bakanlığı ve UNDP Türkiye ortaklığında 6 Aralık 2011 Salı günü İstanbul Conrad Otel’de başlayacak.”

²⁰⁶https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_gd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=95754 (Erişim tarihi:14.03.2019)

yayınlanmış²⁰⁷ ve Kanun'un 28 ila 32. maddeleri ve geçici maddeleri yayımlandığı tarihte, kalan maddeleri de yayım tarihinden sonra bir yıl sonra, yani 23.06.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

6325 sayılı Kanun'un yayınlanmasından sonra 26.01.2013 tarihinde Kanunun uygulanmasını sağlamak için bu kez Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği Resmi Gazete'de yayımlanmıştır²⁰⁸.

3.2. Türkiye'de Arabuluculuk Uygulamalarının Kaynağı

Türk hukuk tarihi, genel olarak İslamiyet'ten önce ve İslamiyet'ten sonra Türk hukuk tarihi olmak üzere iki ana bölümde incelenmektedir. İslamiyet'in kabulünün Türk hukuk tarihi açısından önemli bir dönüm noktası olduğu kabul edilmektedir. Türk devletleri İslamiyet'i kabul ettikten sonra, önceki hukuk mirasından kısmen yararlanmış olmalarına rağmen hukuklarını, esas itibarıyla İslam hukukuna göre şekillendirmişlerdir. Osmanlı Devleti'nde ise hukuk incelemelerinin Tanzimat'tan öncesi ve sonrası olarak iki bölümde incelenmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Tanzimat ile birlikte batılılaşma ve batı devletleriyle ilişkilerde artan yoğunluk sebebiyle Osmanlı hukuk sisteminde bazı değişiklikler yaşandığı görülmüştür²⁰⁹.

Osmanlı İmparatorluğunda özellikle 1800'lü yılların başlarında, Avrupa devletleri ile ticaretin artmasına paralel olarak, yabancı kişiler ile Osmanlı vatandaşları arasında yaşanan ticari uyuşmazlıklar da sayıca hızla artmıştır²¹⁰. Bunun sonucu olarak ticari uyuşmazlıklara bakacak kadıların yabancı ticari usulleri ve örfleri bilecek durumda olmamaları nedeniyle uygulamada büyük bir karmaşa yaşanmaya

²⁰⁷ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/06/20120622-1.htm> (Erişim Tarihi:

14.03.2019)²⁰⁸ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130126-20.htm> (Erişim Tarihi:

14.03.2019)²⁰⁹ Mehmet Akif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, 16. Basım, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2017, s.398

²¹⁰ Ekrem Buğra Ekinci, Osmanlı Mahkemeleri, Tanzimat ve Sonrası, Arı Sanat Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2017, s. 115, 116.

başlamıştır. Arabuluculuk uygulamalarına duyulan ihtiyaç, bu dönemde kendisini göstermiştir²¹¹.

Diğer taraftan 1740 yılında Fransa ve 1783 yılında Rusya ile yapılan yeni kapitülasyon anlaşmalarının bazı hükümlerinde arabuluculuk benzeri bazı düzenlemeler bulunmaktaydı. Anlaşmalara göre birden fazla ülke vatandaşı arasında Osmanlı ülkesi içinde çıkan hukuki ve ticarî uyuşmazlıklarda şikayetçiler öncelikle kendi konsolosluklarına götürülüyor, buralarda diğer taraflarla uzlaşma yoluna gidilmeye çalışılıyordu²¹². Eğer şikayetçinin konsolosluğu vasıtası ile uyuşmazlık sulh yoluyla sonlandırılmazsa o zaman mesele elçilikler tarafından bir araya gelinerek çözülmeye çalışılıyordu²¹³.

Yasal düzenleme açısından baktığımızda Ülkemizde arabuluculuk ile ilgili olarak ilk kanuni düzenlemenin 1917 yılında Hukuk-u Aile Kararnamesi olduğunu görüyoruz²¹⁴. Bu yasal düzenlemeden öncesinde ise her köy ve nahiye merkezinde, vatandaşlar arasındaki uyuşmazlıkların sulh yolu ile çözülmesi için ihtiyar meclisleri 1868 yılından beri görev yapmakta idi²¹⁵. Diğer taraftan mahkemelerdeki alt kademe memurların tarafları uzlaştırma konusunda kişisel gayretler sergiledikleri, arabuluculuk yaptıkları yazılı eserlerde yer almaktadır²¹⁶.

Arabuluculuğun değişik versiyonlarının bizim mevzuatımızda eskiden beri var olagelmış olduğunu daha önce beyan etmiştik. Bu cümleden olmak üzere mevzuatımızda çok eski yıllardan beri sulhe teşvik, sulh sözleşmesi, uzlaşma, sulh teşebbüsü gibi kavramlara,

²¹¹ Ekinci, 2017, s. 97.

²¹² Ekinci, 2017, s. 113,114.

²¹³ Ekinci, 2017, s. 113,114.

²¹⁴ Yazıcı, 2015, s. 567 vd.

²¹⁵ Ekinci, 2107, s. 189.

²¹⁶ Ekinci, 2017, s. 17. Yazar burada İbnürrefik Ahmet Nuri Sekizinci tarafından yazılan “Şer’iyye Mahkemeleri” adlı piyese atıf yapmakta ve bu eserde iki arsa arasına çekilen bir duvardan kaynaklanan uyuşmazlığın mübaşirin arabuluculuğu ve dolayısıyla büyük gayretleri ile bir çözüme kavuştuğundan ve ayrıca tarafların baş göz edilmesinden bahsetmektedir.

İslam hukukunda, Mecelle’de, Usul-ü Muhekkemat-ı Hukukiye Kanunu gibi kaynaklarda rastlamak mümkündür²¹⁷.

Mecellenin birçok bölümünde sulh ile ilgili önemli ve detaylı hukuksal düzenlemelere yer verildiği görülmektedir²¹⁸.

Yürürlükten kalkan HUMK 494. maddesi ile 499. maddeleri arasında “Boşanma İşlerinde Sulh Teşebbüsü, Evlilik Birliğinin Himaye Tedbirleri” başlığı ile bir tür arabuluculuk yöntemini aile hukukunda zorunlu hale getiren bir seri maddeden oluşan bazı düzenlemeler mevcuttur²¹⁹.

Düzenlemeye göre boşanma talebinde bulunan taraflar, dava açılmadan önce hâkimin huzurunda bir araya gelecek ve yeniden bir araya gelmenin mümkün olup olmadığı konusunda durum yeniden gözden geçirilerek tarafların aralarının bulunması denenecektir. Bu görüşmenin olumsuz sonuçlanması halinde ancak boşanma davası açılabilir ve bu görüşmenin yapılması ve sulh denemesi, davanın açılma şartı olarak yerine getirilmesi zorunlu yasal bir usulî işlem haline getirilmişti.

Boşanma davalarında arabuluculuk müessesesini dava şartı haline getiren bahsi geçen düzenleme ne yazık ki daha sonra gereği gibi uygulanamaması gerekçe gösterilerek TBMM tarafından yürürlükten kaldırılmıştır²²⁰. Yürürlükten kaldırma gerekçesi olarak ise bu düzenlemelerin gerçek hayatta karşılık bulmadığı, sadece zaman kaybına sebebiyet verdiği, şekli bir prosedür olarak uygulandığı gerçek anlamda yargısal makamlar tarafından uygulanmaya çalışılmadığı sebepleri gösterilmiştir. Yine bu şekli prosedürlerin yasa gereği uygulanması nedeniyle gereksiz zaman israfına neden olduğu ve davaların görülmesini

²¹⁷Özmumcu, 2013, s. 235.

²¹⁸Özmumcu, 2013, s. 236. Örneğin; M. 1531 ila 1535, 1539 ila 1560, 1826, 1544, 1551.

²¹⁹Özmumcu, 2013, s. 240.

²²⁰Özmumcu, 2013, s. 240, 241.

gereksiz yere uzadığı nedenleri ileri sürülmüştür²²¹. Doktrinde HUMK 494-499 maddeleri arasındaki bu düzenlemelerin yürürlükten kaldırılması için ileri sürülen bu sebeplerin çoğunun haklı ve yerinde olmadığı belirtilmiştir.

Yine HUMK 213. maddesi hâkimi her zaman tarafları sulhe teşvik etmek ile yetkilendirmiş ve görevlendirmişti²²². Ancak uygulamada bu madde de çok uygulama imkânı bulamamış ve şekli bir madde olarak varlığını HUMK yürürlükte iken sürdürmüştür. Bu maddenin uygulamada gerçek anlamda hayata geçirilememesinin bir dizi sebepleri ileri sürülebilirse de kanaatimizce bu sebeplerin en başında Türk Hukuku'nda diğer hukuk sistemlerine göre görece çok sıkı uygulanan hâkimlerin ihsas-ı rey yasağı ve bu konudaki çekinceleri ile mahkemelerin aşırı iş yüklerinin bulunması gelmekte idi.

HUMK 213. maddesi daha sonra 2011 yılında yürürlüğe giren HMK'nun 137., 139. ve 140. maddelerine taşınmış ve hukuk dünyamızdaki varlığını daha ayrıntılı düzenlenmiş bir şekilde, birazda nitelik değiştirerek devam ettirmiştir²²³.

Mevzuatımızda eskiden beri bulunan ve fakat çok fazla uygulanmayan arabuluculuk yöntemlerinden birisi de 442 sayılı Köy Kanununda yer almaktadır. Köy Kanunun 53. maddesine göre ihtiyar meclisleri iki tarafın uzlaşması ile bitirilebilen her türlü işleri görmek vazifesi ile görevlendirilmişlerdir²²⁴. Bu çerçevede günümüzde ülkemizde uygulanmakta olan arabuluculuk faaliyetlerine en çok etkisi olan devletlerden birisinin de Avusturya olduğu görülmektedir. Avusturya'da uygulanan arabuluculuk faaliyetlerinin bir kısmının aynıyle ülkemizde de uygulanmakta olduğu ve yasal düzenlemelere aktarıldığı ifade edilmektedir.

Avusturya'da arabuluculukla ilgili federal kanun, 1 Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe girmiş ve özel hukuk alanındaki uyuşmazlıklar için arabuluculuk kurumunu düzenlemeye tabi

²²¹Özmumcu, 2013, s. 242, 243.

²²²Özmumcu, 2013, s. 238.

²²³Özmumcu, 2013, s. 239, 240.

²²⁴Ceylan, 2009, s. 97.

tutmuştur. Avrupa Birliği'nin 2004 tarihli Direktif Tasarısı doğrultusunda hazırlanan yasada arabuluculuk, tamamıyla ihtiyari bir niteliğe büründürülmüştür. Söz konusu Yasa, sırayla genel hükümler, Adalet Bakanlığı'nca Arabuluculuk Danışma Kurulu, arabulucu listesi, listede yer alan arabulucuların hak ve yükümlülükleri, sürelerinin durması, eğitim kurumları, stajyerlik ve cezai müeyyideler olmak üzere toplamda 36 maddede düzenlenmektedir.²²⁵

Arabuluculuğun düzenlendiği 2004 tarihli Kanun'un çerçevesini özel hukuk uyuşmazlıkları oluşturmaktadır. Bu kapsamda tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri ve hukuk mahkemelerinin karar vermeye yetkili oldukları her türlü hukuk uyuşmazlıklarının arabulucu önünde çözüme kavuşturulması mümkündür. Taraflar aralarındaki uyuşmazlık konusunda anlaşmayla doğrudan arabulucuya gidebilirler. Bunun yanı sıra önceden açılmış olan bir davada hâkimin önerdiği arabuluculuk teklifini kabul etmek suretiyle de taraflar arabuluculuğu başlatabilirler. Bu kapsamda arabuluculuk faaliyetlerinin başlatılabilmesi için tarafların karşılıklı ve açık rızası gerekmektedir.

Kanun'un birinci maddesine göre arabuluculuk *“tarafsız uzman bir üçüncü kişinin, uyuşmazlığın taraflar nezdinde kabul görecektir makul bir çözüme kavuşturulması için onlara yardım ettiği ve onları iletişime teşvik ettiği iradi bir süreç”* olarak tanımlanmıştır. Arabuluculuk görevinin üstlenilebilmesi için Kanun'da bazı özel şartlar öngörülmüştür. Öncelikle Adalet Bakanlığı tarafından tutulmakta olan arabulucu siciline kayıtlı olmak gerekmektedir. Bir kişinin söz konusu sicile kayıt olabilmesi için yaşını doldurmuş olması, yeterli mesleki uzmanlığa ulaşmış olması, güvenilir olması ve doğacak muhtemel zararları tazmin etmek için gerekli olan sorumluluk sigortasını yaptırmış olması gerekir. Arabulucu olarak görev yapmakta olan kişi, arabuluculuk faaliyeti esnasında temin ettiği bilgi, belge ve kanıtları, sır niteliği taşıyan olguları saklamak zorundadır. Bu saklama ödevi yedi yıl olarak belirlenmiştir. Sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmesi durumunda bu kişilere cezai

²²⁵ Kamil Yıldırım, İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, Prof.Dr.Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul-2007, s.352.

yaptırımlar uygulanır. Arabulucuların arabuluculuk yaptıkları uyuşmazlıklar ile ilgili tanıklık yapmaları da mümkün değildir.²²⁶

Avusturya hukuk sisteminde arabuluculuk faaliyetini yöneten kişi, sürecin işleyişi esnasında taraflara çözüm önerisinde bulunmaz. Bunun yanı sıra tarafların aralarındaki iletişimin daha rahat kurulması ve devam ettirilebilmesi ile uygun ve serbest bir müzakere ortamının yaratılması konusunda bir önemli rol oynamaktadır. Ayrıca sürecin işleyişi ve hukuki sonuçlar hakkında taraflara bilgi vermek, süreci hakkaniyetle adil bir biçimde yürütmek zorundadır. Arabuluculuk sürecinin sonunda da faaliyetin icrasına yönelik olgular hakkında ve anlaşma sağlanıp sağlanmadığı hususunda bir belge düzenler. Bunun haricinde tarafların arasında imzalanan arabuluculuk anlaşmasının icra edilebilirlik kazanması için ise bu belgenin mahkeme ya da noter tarafından onaylanması gerekmektedir.²²⁷

3.3. 6325 Sayılı Kanun Kapsamında Arabuluculuk

3.3.1. İlgili Kanunun Değerlendirilmesi

Arabuluculuk kurumu esaslı bir şekilde ilk kez mevzuatımıza 6325 sayılı Kanun ile girmiş bulunmaktadır²²⁸. Bu nedenle bu Kanunun kabulü öncesi aşamalar hakkında biraz durmak istiyoruz.

6325 sayılı Kanunun tasarı olarak Adalet Komisyonu'nda görüşülmesi sırasında konunun detaylı bir şekilde ele alınabilmesi için ilgili kurum ve kuruluşların temsilcileri ile bazı konunun uzmanı akademisyenlerin görüşlerinin toplanması da gündeme gelmiştir. Bu kapsamda bir alt komisyon kurularak 16.01.2012, 18.01.2012 ve 13.03.2012 tarihlerinde konu üç farklı toplantıda değişik açılardan ele alınmış ve tartışılmıştır.

²²⁶ Süha Tanrıver, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları - Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, Makalelerim, Ankara-2006, s.69.

²²⁷ Tanrıver, 2006, s.70.

²²⁸ Karaarslan, 2019, s. 78.

Sonuçta Adalet Komisyonuna üç farklı toplantıda yapılan bu değerlendirmeler ve tartışmalar bir rapor halinde sunulmuştur²²⁹.

Alt komisyon Arabuluculuk Tasarısını öncelikle Anayasanın 9. maddesinde düzenlenen ve yargı yetkisini yargı organlarına veren düzenlemeye aykırı bulunduğunu dile getirmiştir. Alt Komisyon Üyelerine göre uyuşmazlıkların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile çözülmesine imkân verilmesi yargı yetkisinin yargı organlarının dışında merci veya kişilerce kullanılması anlamına gelecektir ve bu nedenle de bu anlamda yapılan bu yasal düzenleme Anayasa'ya aykırıdır. Kanaatimizce bu iddia mesnetsizdir ve arabuluculuk kurumuna doğru olmayan bir yaklaşımdır. Zira bu iddiaya göre yargı organları dışında yapılan tahkim gibi her türlü uyuşmazlık çözüm yöntemi iş ve işlemleri Anayasa'nın 9. maddesindeki yargı yetkisinin yargı organları dışında kullanılması anlamına gelecektir ve anayasaya aykırıdır²³⁰.

Elbette bu şekilde bir kabul bizi yargı organları dışında hiçbir kurum veya kişi tarafından uyuşmazlık çözüm yollarının kullanılamaması sonucuna götürür ki bu tür bir kabul ne pratiktir ne de anayasal bir temele sahiptir. Gerek sosyal ve gerek siyasal bağlamda her türlü uyuşmazlığın, öncelikle toplumsal ve siyasal katmanda, mümkün olmadığı takdirde ancak mevzuat çerçevesinde bir çözüm bulunabilmesi için taraflarca yargısal mercilere götürülmesi gerekmektedir.

Nitekim Alt Komisyon tarafından yapılan tartışmalar sonrasında arabuluculuğun bir yargılama yöntemi değil, yargılamayı tamamlayan ve yargılama safhasına ulaşmadan uyuşmazlıkları çözmeyi hedefleyen barışçıl bir yöntem olduğu kanaati hasıl olmuştur²³¹.

²²⁹ 6325 Sayılı Kanun Tasarısının Adalet Komisyonu Raporu (Sıra Sayısı: 233) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss233.pdf> (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

²³⁰ 6325 Sayılı Kanun Tasarısının Adalet Komisyonu Raporu (Sıra Sayısı: 233) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss233.pdf> (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

²³¹ 6325 Sayılı Kanun Tasarısının Adalet Komisyonu Raporu (Sıra Sayısı: 233) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss233.pdf> (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

Alt Komisyon'un Tasarıda itiraz ettiği bir başka konu da arabuluculuğa elverişli konu başlıklarının sayma usulü ile Tasarıda tek tek sayılmamış olmasıdır. Komisyona göre böylece iş hukuku ve aile hukuku gibi taraflarından birisinin zayıf olarak kabul edildiği davalarda arabuluculuğun uygulanarak bu korumaya ihtiyaç duyan kesimlerin arabuluculuk usulünden zarar görmelerinin engellenmesi için gerekli önlemlerin alınması gerekmektedir²³².

6325 sayılı Kanunda arabuluculuğun genel ilkeleri ortaya konulmuş ve arabuluculukla ilgili her türlü kurumsal detaya yer verilmiştir. 6325 sayılı Kanun ve diğer Kanunlardaki arabuluculuk ile ilgili düzenlemeler de genel bir yol gösterici temel kanun vasfında düzenlemedir.

HUAK'da, Kanun'un (HUAK, M.1/2), yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanabileceğine atıf yapılmaktadır. Böylece Kanun tarafların üzerinde serbestçe tasarruf imkanının bulunduğu her türlü uyuşmazlıklarda uygulanma imkanı bulunmaktadır. Ancak bu genel uygulama kapsamının sınırları yine Kanunun ilk maddesinde gösterilmiştir (HUAK, M.1/2). Bu uygulama kapsamı dışında bulunan uyuşmazlıklar aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar olarak tayin ve tespit edilmiştir.

6325 sayılı Kanun kapsamında yürütülen arabuluculuk faaliyetlerinde genel olarak geçerli olan temel ilkeler Kanun'da (M. 3, 4, 5) gösterilmiştir. Bunlar sırasıyla arabuluculuğun iradi olması ve taraflar arası eşit muamele ilkesi, gizlilik ilkesi ve nihayet beyan ve delillerin kullanılamaması ilkesinden oluşmaktadır.

6325 Sayılı Kanun kapsamında yapılan arabuluculuk görüşmeleri gizli bir şekilde icra edilmelidir. Kanuna göre (M. 5) gizlilik yasal bir zorunluluktur. Bizim Kanunumuzda olduğu

²³² 6325 Sayılı Kanun Tasarısının Adalet Komisyonu Raporu (Sıra Sayısı: 233) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss233.pdf> (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

gibi ABD ve İngiltere Hukukunda da arabuluculuk gizli yürütölmek zorundadır, ancak Alman Hukukuna göre gizlilik tarafların isteğine bağılı halde düzenlenmiştir²³³.

Arabuluculuk görüşmeleri sonucunda eğer bir uzlaşma sağlanırsa o takdirde uzlaşılan metnin icra ve infazı için bu metne mahkeme tarafından şerh verilmesi gerekmektedir. Eğer bu uzlaşma dava devam ederken elde edilirse o takdirde yine mahkemenin dava harici olduğı gibi uzlaşma metnine şerh vermesi icap eder (6325 SK, M.18/2).

Arabuluculukta uzlaşma metnlerinin icra ve infaz edilebilirliğı için mahkemelerce şerh verilmesi tıpkı bizim Mevzuatımızda olduğı gibi Alman ve Belçika Hukuklarında da mevcuttur. Bunun karşısında İngiliz Hukukunda böyle bir mahkeme şerhi aranmamaktadır²³⁴. 6325 sayılı Kanuna göre (M.18/4) eğer uzlaşma metni sadece taraflarca değıl, aynı zamanda taraf avukatları tarafından imzalanmış ise o takdirde artık bu uzlaşma metnlerinin mahkemelerce şerh koyulmasına gerek bulunmamaktadır. Gerek mahkemece şerh verilmiş uzlaşma metinlerinde ve gerekse avukatların da huzurunda imzalanan uzlaşma metinlerinde yer alan hususlar konusunda artık dava açmak mümkün değıldir (M. 18/5).

6325 sayılı Kanunda (M. 20) kimlerin arabulucu olarak görev yapabileceğı açıkça düzenlenmiştir. Buna göre arabulucu olmak isteyenlerin arabulucu siciline kayıt yaptırması gerekmektedir. Bu şartlar arsında en dikkat çeken husus (M. 20/2-b) mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk faköltesi mezunu olmak şeklindeki şarttır. Bu düzenleme hukuk faköltesi mezunu olmayan kişilerin arabuluculuk yapamayacakları anlamına gelmektedir.

3.3.2. Siyasi PartilerinYaklaşımıları

3.3.2.1. Ak Parti'ninYaklaşımı

Ulusal düzeyde arabuluculuk kurumuna yaklaşımına baktığımızda Ak Parti'nin oldukça aktif olduğunu görmekteyiz. Bu cümleden olmak üzere; 6325 sayılı Kanunun TBMM

²³³Karaarslan, 2019, s.79.

²³⁴Karaarslan, 2019, s.79.

Genel Kurulunda görüşülmesi esnasında İktidar Partisi Temsilcisi, öncelikle arabuluculuk kurumunun hukuk sistemimize dahil edilmesinin AB üyeliği için uyum yapılması zorunlu olan AB Müktesebatının bir gereği olduğuna vurgu yapmıştır²³⁵. Bu bağlamda 15-16 Ekim 1999 tarihindeki Tampere’de yapılan AB zirvesinde, AB üye devletleri alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden bir olarak hukuk sistemlerine dahil etmeleri için çağrıda bulunulduğuna işaret edilmiştir²³⁶.

6325 sayılı Kanun tasarı halinde TBMM Genel Kurulunda görüşülürken Ak Parti adına Bursa Milletvekili Hakan Çavuşoğlu söz istemiş ve partisinin görüşlerini özetle şu şekilde dilegetirmiştir²³⁷.

Ak Parti’ye göre uyuşmazlıkların çözümünde ilk akla gelen elbette yargısal makamlardır ancak son yıllarda gerek mahkemelerin iş yükünün inanılmaz oranlarda artması ve dava sayılarının büyük rakamlara baliğ olması ve bu durumun da davaların nihayete ermesinin uzun süreler almasına ve yargılamanın masraflı olmasına sebep olduğu açıktır. Diğer taraftan Parti Temsilcisi tarafından davaların karmaşıklığının artması, ticari ve iş ilişkilerinin devamının sağlanması noktasında yargısal davaların artık sorunları çözmekten aciz duruma düşmeye başlaması yargısal makamlar dışında çözüm yöntemlerini ister istemez gündeme getirdiği ifade edilmiştir²³⁸.

Ak Parti Temsilcisi, tasarı hakkında Genel Kurulda yapılan görüşmede ayrıca; arabuluculuğun kültürel ve toplumsal kökenlerimizle örtüştüğünün, örf ve adetlerimizin uzlaşmaya ve sulha özel önem verdiğinin altını çizmiştir²³⁹.

²³⁵ 6325 Sayılı Kanun Tasarısının Adalet Komisyonu Raporu (Sıra Sayısı: 233) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss233.pdf> (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

²³⁶ 6325 Sayılı Kanun Tasarısının Adalet Komisyonu Raporu (Sıra Sayısı: 233) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss233.pdf> (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

²³⁷ <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/yil2/bas/b111m.htm> (Erişim Tarihi: 21.01.2019).

²³⁸ <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/yil2/bas/b111m.htm> (Erişim Tarihi: 21.01.2019).

²³⁹ <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/yil2/bas/b111m.htm> (Erişim Tarihi: 21.01.2019).

Ak Parti Temsilcisi, Partisinin görüşlerini genel Kurula aktarırken özellikle; “Düzenleme ile ara buluculuk, üzerinde serbestçe tasarruf edilen iş ve işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümü konusunda görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamayı amaçlayan, tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve gönüllü olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanımlanmıştır.” hususlarına vurgu yapmıştır²⁴⁰.

Yine İktidar Partisi arabuluculuğun etkin bir şekilde yürütülebilmesi için arabulucuların hukukçu olmalarının yasal olarak şart koşulduğunu belirtmiştir. Diğer taraftan özellikle CHP temsilcileri tarafından Komisyon görüşmeleri esnasında güçlü bir şekilde dile getirilen arabuluculuğun Anayasanın 9. ve 36. maddelerinde düzenlenen yargı yetkisinin bağımsız mahkemeler tarafından kullanılacağına ve devredilemeyeceğine ve yine savunma hakkının sınırlandırılmayacağına dair düzenlemelerine aykırı olduğu şeklindeki sürekli dile getirilen itirazlarının haklı ve yerinde olmadığını ifadeetmiştir.

Nitekim İktidar adına TBMM Genel Kurul’unda söz alan bir temsilci bu tür eleştiri ve endişelere; “Sayın milletvekilleri, muhalefetin Ak Parti Hükûmeti ya da Ak Parti milletvekillerinin tasarısı ve teklifleriyle ilgili olarak bir arka plan ve gizli ajanda arama hastalığı bu tasarıda da nüksetmiştir. Muhalefet, tasarıyla bir yandan çağdaş kadılık sistemi getirildiği yönündeki kışkırtıcı bir üslup kullanmakta, diğer yandan da bu müessese ile tarikatların kendi arabuluculuk düzeneklerini kuracağını, etnik temelli, feodal örf ve âdetlerin uygulama alanı bulacağını ileri sürerek düzenlemeyle ilgisi olmayan eleştirilerle müesseseyi manipüle etmekte ve itibarsızlaştırmaktadır.” şeklinde karşılık vermiş ve yapılan tenkitlerin doğru olmadığını ve olamayacağını beyanetmiştir.

²⁴⁰<https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/yil2/bas/b111m.htm>(Erişim Tarihi: 21.01.2019).

Zira Temsilciye göre benzer itirazlar, paralel anayasal düzenlemeleri olan ve arabuluculuğu yaygın bir şekilde uygulayan AB üyesi tüm devletler ve ABD’de dilegetirilmemekte ve bu konuda herhangi bir itiraza rastlanılmamaktadır. Kaldı ki arabuluculuk faaliyetlerinde yargısal makamlar gibi davranılmaz, yargısal iş ve işlemler yapılmaz. Süreç tamamen tarafların iradesi çerçevesinde yürütülür ve sonuçlandırılır²⁴¹. Kanaatimizce de CHP bu konuda tarihi bir takım klasik çekincelerinden hareketle itirazda bulunmakta ise de adı geçen Anayasa maddelerindeki hükümleri dar ve zamanın ruhuna uygun yorumlamamaktadır.

Bize göre CHP başta olmak üzere yukarıda bahsi geçen bazı anayasal çekinceleri ortaya koyan partiler, arabuluculuğa kurumsal olarak toptan karşı çıkmak yerine dile getirdikleri itirazları ortadan kaldırıcı bazı tedbirlerin alınmasını sağlayıcı yasal düzenleme tasarıları hazırlamalı ve uygulamaya yönelik kimi yenilikçi teorik ve pratik çözümler ortaya koymalıdır.

İktidar Partisinin arabuluculuk kurumunun yargının bir alternatifi olmadığına, amacın sadece mahkemeler önünde yığılan dava sayısının mümkün olduğunca azaltmak ve uyuşmazlıkların barışçıl yollarla sonlandırılarak ülkenin barış ortamına katkı sunulmasından ibaret olduğuna²⁴² dair bir delil olarak da Anayasa Mahkemesi’nin 20/03/2008 tarihli tüketici hakem heyetleri ile ilgili kararını göstermiştir. 2018/78 Esas ve 2018/74 Karar sayılı bu kararıyla Anayasa Mahkemesi, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemini, Anayasanın 141. maddesinin davaları en az giderle ve mümkün olan en seri şekilde sonuçlandırma emredici hükmünün bir gereği olarak kabul edilmesi gerektiği belirtmiş ve Anayasaya aykırı bulmamıştır²⁴³.

²⁴¹<https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/yil2/bas/b111m.htm> (Erişim Tarihi: 21.01.2019).

²⁴²Karaarslan, 2019, s. 77.

²⁴³<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/07/20080701-13.htm> (Erişim Tarihi: 21.01.2019) Anayasa Mahkemesi’nin 20.3.2008 tarihli, 2006/78 E. , 2008/84 K. sayılı Kararı: “İtirazın Konusu: 23.2.1995 günlü, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 4822 sayılı Yasa ile değiştirilen 22. maddesinin

beşinci ve son fıkralarının Anayasa’nın 9. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.”



3.3.2.2. CHP'nin Yaklaşımı

CHP'nin ulusal düzeyde hukuki uyuşmazlıklardaki arabuluculuk kurumuna yaklaşımı genel olarak olumsuz olduğu anlaşılmaktadır. Örneğin 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile 7036 sayılı İş Kanunu'nda yapılan arabuluculuğa başvurmanın dava şartı haline getirilmesi tekliflerine CHP'nin Parti olarak değişik açılardan karşı çıktığı bilinmektedir.

CHP'nin asıl arabuluculuk müessesesinin yaygınlaştırılmasına karşı çıkışında, iktidar partisine olan güvensizliği sebebiyle, hukuk devleti ilkesinin temelinden zarar görme ihtimali konusundaki hassasiyeti öne çıkmaktadır. Bu konuda dönemin muhalefet partisi olan Barış ve Demokrasi Partisi'nin de aynı görüşü paylaşmakta olduğu görülmektedir. BDP, arabuluculuk yöntemlerinin uygulamaya geçirilmesinin Anayasanın 9. maddesindeki yargı yetkisinin yalnızca mahkemelerce kullanılabileceği emredici normuna aykırı olduğu hususunu temsilcileri vasıtası ile Genel Kurul'da ifadeetmiştir.

CHP'li milletvekillerine göre arabuluculuğun yaygınlaştırılarak zorunlu hale getirilmesi, yargı üzerindeki yürütmenin etki ve gölgesini arttırma ve tahakküm altına alma riskini ve aynı zamanda birden çok hukukun uygulandığı çoklu bir hukuk sistemine geçişi de göz ardı edilemez bir şekilde gündeme getirecektir. Ana Muhalefet Partisi'nin TBMM çatısı altında dile getirdiği bu genel tehlikeler ile ilgili eleştirileri haklılık payı olan eleştiriler olmasına rağmen, dile getirilen tehlikelerin daha çok soyut ve genel tenkitler olduğu ve fakat somut araştırmalarla ve verilerle desteklenmediği görülmektedir.

CHP'ye göre arabuluculuk yönteminin uyuşmazlıkların çözümünde alternatif bir usul olarak kabul edilmesi Endenozya'da olduğu gibi şer'i hukukun uygulanmasını fiilen mümkün kılacak ve dolayısı ile Anayasanın 2. maddesinde yer alan demokratik, laik hukuk devleti ilkesinin zarar görmesi pekâlâ mümkün hale gelecektir.

Ülkede mevcut değişik cemaat yapıları ve etnik grupların CHP'ye göre bu alternatif yöntemleri uygulama bağlamında şeriat hükümlerini veya yöresel örf ve adetlerini uyuşmazlıklarının sonlandırılmasında bir çözüm yolu olarak benimseyebilecek ve bu kuralların uygulanmasını öncelikle gündeme getirebileceklerdir²⁴⁴.

Yine Diyanet'in özellikle Doğu ve Güneydoğu Anadolu'da gündeme getirdiği "Mele uygulaması" da CHP'nin dile getirdiği endişe ve kaygılarında kısmen de olsa haklı olduğunun somut bir örneği olarak ifade edilebilir²⁴⁵. Ancak bu önerinin gündeme gelmesinden sonra ilgili kurum ve kuruluşların gösterdiği hassasiyet sonucu Diyanet bu önerisinde ısrarcı olmamış, olamamıştır²⁴⁶.

Kanaatimizce teorik olarak bu tehlike mevcut ise de bugüne kadar ülkemizde kabul edilen arabuluculuk ile ilgili yasal düzenlemelere ve uygulamalarına bakıldığında endişelerin bu aşamada yerinde olmadığı anlaşılmaktadır. Zira 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununu sonrasında arabuluculuk ile ilgili TBMM'de kabul edilen ticari davalarda zorunlu arabuluculuk ve iş davalarında zorunlu arabuluculuk gibi yasal düzenlemelerin TBMM'de kabulü sırasındaki tartışmalar esnasında bu endişelerle ilgili hiçbir somut örnek gösterilmemiştir²⁴⁷.

Dolayısı ile günümüz için bu endişeler yersiz ve dayanaksızdır. Bundan sonra ise bu endişelerin gerçekleşmemesi için gerek İktidar ve gerekse Ana Muhalefet Partisi ve diğer kurum ve organlar üzerlerine düşen çabayı sürekli göstermelidir.

²⁴⁴ 6325 Sayılı Kanun Tasarısının Adalet Komisyonu Raporu (Sıra Sayısı: 233) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss233.pdf> (Erişim Tarihi: 29.12.2018)

²⁴⁵ <https://www.memurlar.net/haber/517182/doguda-din-hizmetine-mele-destegi.html> (Erişim Tarihi: 19.03.2019)

²⁴⁶ 6325 Sayılı Kanun Adalet Komisyonu Raporu (Sıra Sayısı: 233) s. 23. Bakınız Umut Oran ve Arkadaşlarının Kanunun Adalet Komisyonunda yapılan görüşmelerinde dile getirdikleri yazılı muhalefet şerhi. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss233.pdf> (Erişim Tarihi: 29.12.2018)

²⁴⁷ 6325 Sayılı Kanun Tasarısının Adalet Komisyonu Raporu (Sıra Sayısı: 233) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss233.pdf> (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

Ana Muhalefet Partisi'nin arabuluculuk kurumuna yönelttiği anayasal itirazların yanı sıra, arabuluculuğun daha acil ihtiyaçlar dururken önceliklendirilmesine de itirazları bulunmaktadır. Bu anlamda 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun yasalaşmasından önce AB Uyum Komisyonunda yapılan görüşmeler esnasında CHP adına görüşlerini açıklayan Bursa Milletvekili Onur Öymen; AB üyeliği bağlamında Türkiye'nin bir an önce TBMM'de kabul edilmesi gereken bazı önemli mevzuat çalışmaları bulunmasına rağmen öncelik arz etmeyen arabuluculuk gibi bir konunun öncelikle ele alınmasını eleştirmiştir²⁴⁸.

Bu eleştiriden ve Kanunun gerekçesinde de anlıyoruz ki hükümetin arabuluculuk konusunda yasal mevzuat hazırlayarak bu kurumun Türkiye Hukukunda daha aktif bir şekilde kullanılmaya başlanması için girişimlerde bulunmasının öncelikli saiki AB müktesebatı ile uyum çalışmalarıdır. En azından görünürdeki sebep budur.

CHP Milletvekili Onur Öymen'in AB Uyum Komisyonu'nda yaptığı değerlendirmede ayrıca sistemimizin temelini oluşturan aleni yargılamanın tamamen gizli hale getirildiğini ve böylece arabuluculuk müessesesinin adalet sisteminin toptan bozulmasına sebep olacak şekilde değiştirildiğini ifade etmiştir. Bu nedenle de Öymen bu Anayasaya aykırılığı göz önünde bulundurarak, CHP'nin Ana Muhalefet Partisi olarak yasa tasarısının TBMM tarafından kabul edilmesi halinde Anayasa Mahkemesi'ne kanunun iptali için talepte bulunacaklarını beyanetmiştir.

CHP'ye göre arabuluculuk sistemi uyuşmazlıkların çözümünde yargıya alternatif bir sistem değil, yargıya destek olan yardımcı ve tali bir sistem olarak gündeme getirilmeli ve uygulanmalıdır. Kanaatimizce arabuluculuk kurumu yargısal bir müessese değildir zaten. O nedenle de yargıyı ikame eden bir kurum da değildir. Yani sistem, kişilere ,uyuşmazlıkları

²⁴⁸<https://www.dunya.com/gundem/arabuluculuk-kanunu-kabul-edildi-haberi-66912> (Erişim Tarihi: 21.01.2019)
“Arabuluculuk Kanunu kabul edildi. Komisyon, tali komisyon olması nedeniyle Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının genelini görüştü.”

olduğunda ya arabuluculuğa git veya onun yerine mahkemelere git şeklinde bir zorlama yapmamakta, diğer bir anlatımla kişileri her iki kurumdan birisine mecbur etmemekte, önce sulh olmayı dene anlaşılmazsan mahkeme yolu her zaman açık demektedir.

Tam da dile getirildiği üzere arabuluculuk yargıya destek olan yardımcı ve tali bir sistem olarak gündeme getirilmiş ve gerek Komisyonlarda gerekse Genel Kurul'da bu husus kanunu savunanlarca özellikle vurgulanmıştır. Bize göre Ana Muhalefet Partisi tüm dünyada sayıca hızla artan, arabuluculuk kurumunu toptan reddetmek yerine, mahkemelerdeki iş yükünü azaltacak, yargıyı daha etkili kılacak ve hızlandıracak ve tüm dünyada genel kabul gören arabuluculuk kurumunun tali bir kurum olarak kalması, destek fonksiyonunun güçlendirilmesi için daha çok araştırmalarda bulunulması gerekmektedir. Bu araştırma sonuçlarından hareketle CHP, yeni düzenleme taslakları, çalışmaları sırasında daha aktif katılım sağlayarak, basını daha fazla bilgilendirerek veya kanun teklifleri hazırlayarak, kurumu muhtemel suiistimallerinden koruması daha yerinde bir çalışmadır.

Nitekim yine CHP'ye göre ticari davalarda arabuluculuğun 01.01.2019 tarihinden itibaren dava şartı haline getirilmesi de çok erken ve alt yapı bu uygulamayı kaldıracak hale getirilmeden hazırlıksız geçilen bir uygulamadır ve pratikte birçok zorluklara neden olacaktır. Çünkü 2018 yılı itibarıyla tüm Türkiye'de faaliyet gösteren arabulucu sayısı 9160 kişi olup bu sayı tüm zorunlu arabuluculuk uygulamaları dikkate alındığında yetersiz bir rakam olarak karşımıza çıkmaktadır²⁴⁹. Bize göre bu tür delilli ve dayanaklı eleştiriler daha sonuç alıcı ve yol gösterici olduğu için kurumun geneli için de benzer bir yaklaşım CHP tarafından benimsenmelidir.

Bu karşı çıkışların birinci sebebi arabuluculuğa başvurmanın zorunlu hale getirilmesinde hak arama özgürlüğünün önü kesilmesi, taraflar arasında güç dengesi tesisinin bozulması, anlaşmazlığın tarafları arasında silahların eşitliği sağlanamaması şeklinde ifade

²⁴⁹ Nesibe Kurt Konca, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, SETA Perspektif Dergisi, S. 225, Aralık 2018, s. 1 vd.

edilmiştir²⁵⁰. CHP'ye göre arabuluculuk görüşmelerinde güç dengesi, işçi tarafına avukat temin edilerek sağlanabilecekti ve fakat kanunda bu husus zorunlu bir şart olarak öngörülmediği için arabuluculuk görüşmelerinde güç dengesi işveren tarafına kaymış ve işçi bu uygulamalardan genelde zarar görmüş ve mağdur duruma düşmüştür.

CHP'nin iş davalarında yaşanan uyuşmazlıkların çözümünde öncelikle arabuluculuğa başvurulmasının zorunlu hale getirilmesine yaptığı itirazdan sonra benzer itirazları ticari davalarda öngörülen zorunlu arabuluculuk müessesesine de yapmış olduğunu görüyoruz.

CHP'nin zorunlu arabuluculuğu düzenleyen kanunun aynı zamanda konu ile ilgili AB müktesebatına da tam uygunluk göstermediğini düzenlemede bazı önemli eksikliklerin olduğunu ileri sürmüştür. CHP'ye göre başlangıçta arabuluculara verilmesi zorunlu olarak öngörülen yasal eğitimin içeriğinin güncellenmesinin, konuyla ilgili 2004 tarihli AB müktesebatının aksine kanunda açıkça düzenlenmemesi önemli bir uyumsuzluktur²⁵¹. Kanaatimizce bu eleştiri yerindedir. Hükümetin arabuluculuğu hem ulusal ve hem de uluslararası alanda sürekli ve yakın takip etmesi, eğitim müfredatını sürekli güncel tutması, sistemin sakıncalarının ortadan kaldırılması için bir zorunluluktur.

CHP'ye göre kanunun AB müktesebatına aykırı bir başka düzenlemesi de arabulucuların geçmişleri ve deneyimleri ile ilgili temel hususları yayımlamak zorunda bırakan normunun iç hukuka aktarılmaması olarak gösterilmektedir²⁵². Bu eleştiri de kanaatimizce iktidarın arabuluculuk kurumunu daha çok AB uyum süreci kapsamında bir

²⁵⁰ CHP'nin görüşlerini Genel Kurul'da Aydın Milletvekili Süleyman Bülbul dile getirmiştir. https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_sd.birlesim_baslangic?P4=23200&P5=H&PAGE1=66&PAGE2=&web_user_id=17167645 (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

²⁵¹ 6325 Sayılı Kanunu Tasarısının Adalet Komisyonu Raporu (Sıra Sayısı: 233) s. 22. Bakınız Umut Oran ve Arkadaşlarının Kanunun Adalet Komisyonunda yapılan görüşmelerinde dile getirdikleri yazılı muhalefet şerhi. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss233.pdf> (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

²⁵² 6325 Sayılı Kanunu Tasarısının Adalet Komisyonu Raporu (Sıra Sayısı: 233) s. 22. Bakınız Umut Oran ve Arkadaşlarının Kanunun Adalet Komisyonunda yapılan görüşmelerinde dile getirdikleri yazılı muhalefet şerhi. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss233.pdf> (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

gerekliliğin yerine getirilmesi olarak gördüğü ve gösterdiği anlamına gelmektedir. Ana Muhalefet Partisi'nin de bu gerekçeye açıkça karşı çıkmadığı anlaşılmaktadır.

CHP'nin asıl arabuluculuğun yaygınlaştırılmasına karşı çıkış sebebi olarak ise hukuk devleti ilkesinin temelinden zarar görme ihtimali olarak öne çıkmaktadır. CHP'li milletvekillerine göre arabuluculuğun yaygınlaştırılarak zorunlu hale getirilmesi yargı üzerindeki yürütmenin etki ve gölgesini arttırma ve tahakküm altına alma riskini ve aynı zamanda birden çok hukukun uygulandığı bir hukuk sistemine geçişi de göz ardı edilemez bir şekilde gündeme getirecektir²⁵³.

CHP Milletvekilleri Turgut Dibek ve Dilek Akagün Yılmaz ise muhalefet şerhlerinde hukuk sistemimizde gerek HMK'da gerek Avukatlık Kanunu'nun ise 35. maddesi çerçevesinde anlaşmaya teşvik yasal olarak düzenlenmiştir. Fakat bu düzenlemeler uygulamada pek başvurulmayan kurumlardır. Arabuluculuğun harekete geçirilmesi için yeni bir kanun kabulü yerine öncelikle bu atıl durumdaki düzenlemelerin harekete geçirilmesi ve teşvik edilmesi daha faydalı bir yaklaşımlabilirdi²⁵⁴.

3.3.2.3. MHP'nin Yaklaşımı

MHP arabuluculuk konusundaki görüşlerini 6325 sayılı Kanun ile ilgili Tasarının Komisyon ve Genel Kurul görüşmelerinde dile getirmiştir. MHP adına Adalet Komisyonunda düşüncelerini muhalefet şerhi yolu ile ileten Milletvekili Murat Başesgioğlu'nun; Tasarıya özellikle yargının iş yükünün fazla olmasının ileri sürülerek yargıya alternatif bir yargılama

²⁵³ 6325 Sayılı Kanunu Tasarısının Adalet Komisyonu Raporu (Sıra Sayısı: 233) s. 22. Bakınız Umut Oran ve Arkadaşlarının Kanunun Adalet Komisyonunda yapılan görüşmelerinde dile getirdikleri yazılı muhalefet şerhi. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss233.pdf> Erişim Tarihi: 29.12.2018) Benzer eleştiriler için bakınız Turgut Dibek, Dilek Akagün Yılmaz Muhalefet şerhi; s. 31.

²⁵⁴ 6325 Sayılı Kanun Tasarısının Adalet Komisyonu Raporu (Sıra Sayısı: 233) s. 31. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss233.pdf> (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

modelinin uyuşmazlık çözüm usulü olarak öngörülmesinin uygun olmadığını belirterek karşı çıkmıştır²⁵⁵.

MHP'nin bir başka önemli endişesi de arabuluculuk kurumunun çok hukuklu bir yapıya mahal vermemesi gerektiği konusudur. MHP'ye göre kapitülasyonlardan çok çeken ülkemizin bu konuda bir daha mağdur olmaması için uyuşmazlıkların çözümünde yabancılık unsuru var ise o takdirde arabuluculuğun kesinlikle uygulanmayacağı konusunda net bir hükmün tasarıya eklenmesi hayati önemi haiz bir husustur²⁵⁶.

Ancak yine de MHP'nin arabuluculuğun AB uyum sürecinde bir gereklilik olduğunu dolaylı da olsa kabul ettiğini görüyoruz. Bu husus Kanun'un TBMM Genel Kurul görüşmeleri sırasında MHP Temsilcisi tarafından dile getirilmiştir²⁵⁷. MHP Temsilcisi konuşmasında; “Nihayet arabuluculuk kurumunun üye ülkelerde git gide yaygınlaştığını dikkate alan Avrupa Birliği Konseyi 2008 yılında konuyu gündemine almış ve sonuçta Avrupa Birliği Arabuluculuk Direktifiyle bu alan birlik çapında bir düzenlemeye de konu olmuştur. 2008/52 sayılı Avrupa Birliği Direktifi bunu ifade ediyor” şeklinde saptamada bulunmuştur.

MHP'nin yargı bağımsızlığı noktasında arabuluculuk kurumuna yaptığı itiraz istisnaidir demiştik. MHP temsilcisi TBMM Genel Kurulunda ilgili kanun tasarısının en sorunlu kısmının arabuluculuk teşkilatının Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak yapılandırılması olduğuna dikkat çekmiştir²⁵⁸. Ona göre arabulucular memur gibi olmamalı, bağımsız ve tarafsız çalışmaları icap etmektedir. Sicil işlemleri ve sicilden silme gibi konularda Bakanlığın herhangi bir takdir hakkı olmamalıdır. Temsilci “özetle bu Kurul, bağımsız bir kurul olarak değil, Adalet Bakanlığının bir alt birimi gibi tasarlanmıştır endişesini taşımaktayız.” tespitinde

²⁵⁵ 6325 Sayılı Kanun Tasarısının Adalet Komisyonu Raporu (Sıra Sayısı: 233) s. 34. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss233.pdf> (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

²⁵⁶ https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_sd.birlesim_baslangic?P4=23200&P5=H&PAGE1=66&PAGE2=&web_user_id=17167645 (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

²⁵⁷ https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_sd.birlesim_baslangic?P4=23200&P5=H&PAGE1=66&PAGE2=&web_user_id=17167645 (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

²⁵⁸ https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_sd.birlesim_baslangic?P4=23200&P5=H&PAGE1=66&PAGE2=&web_user_id=17167645 (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

bulunmuş ve bu anlamda Tasarıda değişiklik yapılması gerektiğini ve Arabuluculuk Kurulu'nun bağımsız bir kurul olarak yeniden tasarlanmasının zorunlu olduğuna özellikle vurgu yapmıştır.

MHP Grubu adına Oktay Öztürk (Erzurum Milletvekili) de TBMM Genel Kurulunda yapılan ilgili kanun tasarısı görüşmelerinde; arabuluculuk kurumu ile ilgili olarak temel endişelerinin kapsam ile ilgili olduğunu dile getirmiş ve bu yöntemin sadece kişilerin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıklar konusunda uygulama imkanı bulabileceğini, kamu düzenini ilgilendiren uyuşmazlıkların kesinlikle arabuluculuk yöntemi ile çözülemeyeceğini ve ele alınamayacağını gündeme getirmiş ve fakat yargı bağımsızlığı noktasında arabuluculuk kurumuna birkaç istisna dışında herhangi bir eleştiri getirmemiştir .

Bu tespiti yaptıktan sonra temsilci; “Nitekim, tasarının 1’inci maddesinde ‘Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır.’ denilmek suretiyle bu durum açıkça vurgulanmıştır. Bu biçimde çerçevelenmiş bir arabuluculuk kurumuna ülkemizin ihtiyacı olduğu da açıktır.” söyleminde bulunarak mevcut haliyle kanun tasarısına parti olarak muvafakatlerini açıklamıştır²⁵⁹.

MHP adına tasarıya yapılan ikinci itiraz konusu ise özellikle arabulucuların eğitiminde barolara yeterince rol verilmemiş olmasıdır.

TBMM’nin Genel Kurulunda 13.10.2017 tarihinde 6325 sayılı Kanunun Tasarı halindeki metnin geneli hakkında yapılan görüşmede; MHP adına görüşlerini açıklayan MHP Hatay Milletvekili Mehmet Ahrazoğlu hukuk davalarında uygulanacak arabuluculuğun istenen faydayı sağlamaktan uzak olduğunu beyanetmiştir²⁶⁰.

²⁵⁹ https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_sd.birlesim_baslangic?P4=23200&P5=H&PAGE1=66&PAGE2=&web_user_id=17167645 (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

²⁶⁰ <http://www.kirikhanlidergazetesi.com/mhp-hatay-milletvekili-ahrazogluarabuluculuk-yararsiz-4832.html> (Erişim tarihi: 21.01.2019).

TBMM Genel Kurulunda tartışılan tasarıya son tahlilde MHP olarak bir diyeceklerinin olmadığını beyan eden Ahrazoğlu, esasen yasa tasarısının arabuluculuğu zorunlu hale getirilmesine karşı olduklarını dile getirmiştir²⁶¹.

Nihayet, MHP adına tasarı hakkındaki görüşlerini Genel Kurula açıklayan Erzurum Milletvekili Türkiye’de ve Dünya’da devam eden yükselen bir trendin sonucu olarak, ülkemizde de kişilerin özel hukuka ilişkin davalarının arabuluculuk kurumu marifetiyle çözümlenmesinin yolunun giderek arttığını ve buna parti olarak, karşı olmadıklarını dile getirmiştir²⁶². Ancak temsilci konuşmasının devamında; kamu düzenini ilgilendiren hiçbir konunun sadece kişilerin özeliyle ilgili olduğu şeklinde ileri sürülemeyeceğini ve kişilerin iradesine bırakılamayacağını özellikle ifade etmiştir²⁶³.

3.3.2.4. HDP’nin (BDP)Yaklaşımı

Türkiye’de arabuluculuk kurumunun ve bu kurumda görev alacak arabulucuların bağımsız ve tarafsız çalışmaları gerektiği, Barış ve Demokrasi Partisi tarafından da Genel Kurulda dile getirilmiş ve arabuluculuk teşkilatlanmasının siyasi bir kurum olan Adalet Bakanlığı’nda değil Türkiye Barolar Birliği ve Barolar altında yapılmasının , arabulucu olarak bu görevin münhasıran avukatlara verilmesinin bu kurumun bağımsız bir kurum olabilmesi ve görevini layıkıyla yapabilmesi için şart olduğu beyan edilmiştir.

Barış ve Demokrasi Partisi grubu adına görüşlerini TBMM Genel Kurulunda açıklayan Erol Dora (Mardin Milletvekili) da konuşmasında; arabuluculuk kurumunun ancak köklü bir hukuk reformu ile işe yarayacağını dile getirmiş ve tek başına bu tür kanunların çıkarılmasının işe yaramayacağını ifade etmiştir. Temsilci sonuç olarak “avukatların anlaşma sağlama yetkilerinin etkin olarak kullanılabilmesi, avukat tutma zorunluluğunun getirilmesine

²⁶¹ <http://www.kirikhanlidergazetesi.com/mhp-hatay-milletvekili-ahrazogluarabuluculuk-yararsiz-4832.html> (Erişim tarihi: 21.01.2019).

²⁶² <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/yil2/bas/b111m.htm> (ErişimTarihi:21.01.2019).

²⁶³ <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/yil2/bas/b111m.htm> (ErişimTarihi:21.01.2019).

ve avukat tutma zorunluluğunun dar gelirli vatandaşı olumsuz etkilememesi için de hukuki himaye sigortasının kurulmasına bağlıdır. Bunlar yapılmadan, isteğe bağlı olarak yürürlüğe girecek olan arabuluculuk faaliyetinin de hukuk düzenimize olumlu bir katkısı olmayacaktır.” beyanında bulunarak arabuluculuk konusunda BDP çekincelerini belirtmiştir.

3.3.3. Sendikaların Yaklaşımları

Sanayi toplumundan bilişim toplumuna geçiş ve emeğin yerini zamanla bilgi ve verinin alması, aynı zamanda işçi kesiminin temsilcisi olan sendikaların da eski gücünü ve etkisini kaybetmesine sebep olmuş, ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde de sendikaları görece daha zayıf bir konuma düşürmüş bulunmaktadır²⁶⁴. Bu da ülkemizde dahil olmak üzere tüm Dünya’da neo liberal politikaların ağır basmasına ve uyuşmazlıklarda işçilerin daha güçsüz ve desteksiz kalmalarına sebep olmuş gibi gözükmektedir²⁶⁵.

Nitekim bu olumsuzluğu gören Türkiye’nin en büyük işçi sendikalarından birisi olan Türk-İş Başkanı Ergun Atalay, İş Davalarında arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesini öngören tasarının TBMM’ne getirilmesi vesilesi ile yaptığı açıklamada; arabuluculuğun iş davalarında zorunlu hale getirilmesini eleştirilmiş ve yeni arabuluculuk sisteminin işçi hakları bakımından bazı olumsuzluklara sebep olacağını ifade etmiştir²⁶⁶.

Bu bağlamda tasarının en başta yasal işçi haklarını işverenle pazarlık masasına getirdiğini, pazarlık masasında da her zaman işverenin güçlü olduğunu ve işçilerin bu pazarlıklarda hak kaybına uğrayacağını dile getirmiştir²⁶⁷. Çünkü Atalay’ın da belirttiği üzere

²⁶⁴Yaşar Tonta ve M.EminKüçük, Sanayi Toplumundan Bilgi Toplumuna Geçiş Sürecinde Temel Dinamikler, 2005, s.13, https://www.researchgate.net/publication/28806577_Sanayi_Toplumundan_Bilgi_Toplumuna_Gecis_Sureci_nde_Temel_Dinamikler(Erişim Tarihi:28.02.2019).

²⁶⁵ Bakırcı, 2019, s. 358.

²⁶⁶ <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/arabuluculuk-arayi-acacak-40469764>(Erişim Tarihi:21.01.2019)

²⁶⁷ <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/arabuluculuk-arayi-acacak-40469764>(Erişim Tarihi:21.01.2019)

işçiler hem ekonomik olarak ve hem de sosyal statü olarak işverene göre görece zayıf konumdadır²⁶⁸.

Kamu Emekçileri Sendikalar Konfederasyonu (KESK) ise arabuluculuk uygulamalarına ve arabuluculuğa ilişkin yasal düzenlemelere mesafeli durmaktadır. Bilhassa Aile Hukuku içerisinde boşanma davaları bakımından arabuluculuk düzenlemesinin getirilmesini şiddetle eleştirmektedir. Zira söz konusu sendikaya göre boşanma davalarında arabuluculuk uygulamasının getirilmesi, boşanmaları engellemenin yanı sıra kadınlar açısından olumsuz durumların ortaya çıkmasına neden olacaktır. Bu yolla kadınlar üzerinde oluşturulacak mahalle baskısı, kadınların hak arama özgürlüğüne zarar verecek ve kadınlar açısından bazı hak kayıplarının yaşanmasına neden olacaktır. İş davaları bakımından da aynı sendikanın konuya şerh koyduğu görülmektedir. Buna göre Kamu Emekçileri Sendikalar Konfederasyonu, işçilerin özlük haklarının korunması ve ücret alacaklarının garanti altına alınmasının, arabuluculuk uygulamaları açısından öncelikli amaç olması gerektiğini belirtmektedir.²⁶⁹

Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK), zorunlu arabuluculuk uygulamasının işçi açısından olumsuz sonuçlar doğuracağını ve yargının özelleşmesi sonucunu ortaya çıkaracağını ileri sürmektedir. Söz konusu sendikaya göre zorunlu arabuluculuk uygulaması, hukuken batıl bir uygulama olarak değerlendirilmektedir. Zira arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olması nedeniyle gönüllülük esasına göre uygulanması gereken bir sistemdir. İşçilerin zorla arabuluculuk sistemine yönlendirilmesi, işçilerin haklarını ortadan kaldıracak ve bağımsız yargıya zarar verecektir. Sendikaya göre zamanaşımı düzenlemesi de işçiler açısından olumsuz sonuçlar doğuracak bir düzenlemedir. Tasarı taslağındaki hak aramayı engelleyici biçimde, kıdem-ihbartazminatı,

²⁶⁸ Bakırcı, 2019, s. 375.

²⁶⁹ <http://www.kesk.org.tr/2017/11/27/25-kasimda-kadinlar-hayatimizdan-ve-haklarimizdan-vazgecmiyoruz/>(ErişimTarihi:30.09.2019).

kötü niyet tazminatı ve yıllık izin alacağında zamanaşımı süresi 5 yıla indirilmektedir. Öncelikli işçilik alacakları açısından zamanaşımı süresinin 5 yıla indirilmesinin Anayasa'daki Eşitlik İlkesine aykırı olduğu ve İş Hukuku açısından genel ilke kabul edilen “işçi lehine yorum” ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Aile Hukuku bakımından boşanma davalarında arabuluculuk uygulamalarının getirilmesi ise tamamen hukuka aykırı bir düzenlemeyi hayata geçirmek anlamına gelecektir. İş Hukukundaki zorunlu arabuluculuk sistemindeki risklerin daha fazlası, kadınlar açısından Aile Hukukunda kendisini göstermektedir.²⁷⁰

3.3.4. Meslek Örgütlerinin Yaklaşımları

Meslek örgütlerinin de zaman zaman arabuluculuk ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının uygulanması esnasında aktif rol aldıkları ve üçüncü taraf olarak uzlaşmaya ve uyuşmazlıkların çözümüne katkı sağladıkları bir vakıdır. Türkiye açısından bu anlamda değişik meslek örgütlerinin arabuluculuk süreçlerine katkıları bilinmektedir.

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB), iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk sistemini taraflar açısından kazan-kazan sistemi olarak görmektedir. İlk gününden itibaren söz konusu düzenlemeyi desteklemekte ve konuya ilişkin bazı taleplerini bakanlığa sunmaktadır. TOBB, iş uyuşmazlıklarından iki tarafın da tacir olduğu uyuşmazlıklarda arabulucunun hukukçu olması zorunluluğunun kaldırılmasını istemekte ve tacirler ile sanayicilerin de arabulucu olabilmesi gerektiğini savunmaktadır. Toplumsal barışa katkı sağladığı belirtilen zorunlu arabuluculuk sisteminde odaların da arabuluculuk sertifikası almasının gerektiğini savunan TOBB, bakanlık nezdinde bu taleplerini sıkça yinelemekte ve uygulamayı desteklemektedir.²⁷¹

²⁷⁰ <http://disk.org.tr/2017/05/zorunlu-arabuluculuk-isciye-zararlidir-yargi-erkinin-ozelleştirilmesine-hayir/> (Erişim Tarihi: 30.09.2019).

²⁷¹ <https://www.tobb.org.tr/Sayfalar/Detay.php?rid=24927&lst=MansetListesi> (Erişim Tarihi: 02.10.2019).

Ankara Ticaret Odası (ATO), iş davalarında zorunlu arabuluculuk sisteminin yasalaşması için çabalamıştır. 23 Ağustos 2017 tarihinde Adalet Bakanlığı nezdinde ATO temsilcileri ile yapılan görüşmelerde iş davalarında zorunlu arabuluculuk sisteminin bir an önce yasalaşması talebi dikkat çekmektedir. Söz konusu görüşmede ATO tarafından bakanlığa arabuluculuk sistemiyle ilgili bir dizi talep iletilmiştir. Buna göre zorunlu arabuluculuk sisteminin iş uyuşmazlıklarının çözümü açısından iş dünyasını rahatlatacak bir sistem olduğu ifade edilmiştir. Ticaret hayatında mahkemeye gidilmeden uyuşmazlıkların çözümünü mümkün kılacak olan zorunlu arabuluculuk sistemi, İş Hukuku açısından önemli bir reform olarak değerlendirilmiştir. Mahkemelerde görülen davaların uzun yıllar devam etmesi, iş dünyası açısından olumsuz bir durum olarak değerlendirilmekte ve zorunlu arabuluculuk sisteminin bu durumun önüne geçeceği ileri sürülmektedir.²⁷² Zorunlu arabuluculuk sisteminin yasalaşmasının ardından da ATO, yasanın uygulanmasını desteklemiş ve üyelerine vermiş olduğu eğitimlerle söz konusu sistemin arkasında durmuştur.²⁷³

İstanbul Ticaret Odası (İTO), zorunlu arabuluculuk uygulamasının kamuoyunda tartışılması için yasalaşma sürecinde öncülük ettiği sempozyum ve toplantılarla konuyu gündemde tutmaya çalışmıştır. Konunun uzmanı olan akademisyenlerin tarafsız bir platformda konuyu tartışmasına imkân tanımıştır. Yasalaşma sürecinde dostane çözüm yöntemi olarak değerlendirdiği arabuluculuk uygulamasının zorunlu olmasının getirdiği avantajlar ve dezavantajlar üzerinde durmuştur. Bu yönüyle söz konusu meslek odasının objektif bir şekilde sürece katkı sağladığı ileri sürülmüştür. Yasanın uygulanmayablaşlanması

²⁷² https://www.atonet.org.tr/IcerikDetay/10507_ato-yonetimi-nden-adalet-bakani-na-ziyaret- (Erişim Tarihi:02.10.2019).

²⁷³ https://www.atonet.org.tr/IcerikDetay/10775_ato-uyelerine-hukuk-egitimi (Erişim Tarihi:02.10.2019).

itibariyle de verdiği eğitimlerle ve arabuluculara yer tahsis etme gibi hizmetlerle söz konusu sisteme desteğini sürdürmüştür.²⁷⁴

3.3.5. Sivil Toplum Kuruluşlarının Yaklaşımları

Peinado'nun da belirttiği üzere STK'ların AUÇY ve arabuluculukta görev almaları, toplumların kendilerine olan güvenden beslenerek giderek daha fazla yaygınlaşmakta ve bu gelişmelere paralel olarak da STK katılımı arabuluculuğun öğretilerinde giderek daha fazla yer aldığı görülmektedir²⁷⁵.

STK'ların özellikle resmi diplomatik arabuluculara göre esnek olmaları ve bağlı oldukları kuralların resmi kurumlara göre daha gevşek bulunması onları arabuluculuk görüşmelerinden daha verimli sonuçlar elde etmeye uygun hale getirmektedir²⁷⁶. Bu uygunluk aynı zamanda STK'ların güven veren kurumlar olmalarını da zorunlu kılmaktadır²⁷⁷.

Böhmelt de STK'ların giderek daha fazla uluslararası arabuluculuk görüşmelerine dâhil olmaya başladığını ve bu müdahilliğin bazen resmi bazen de gayri resmi kanallardan olabildiğine dikkat çekmektedir.²⁷⁸

STK'ların katılımıyla yapılan bu tür resmi veya gayri resmi diplomatik görüşmelere ve uluslararası diplomatik arabuluculuklara “hibrit diplomasi” adı verilmekte ve bu yöntem alışılmış klasik diplomasiye yeni bir boyut kazandırmaktadır^{279,280}.

²⁷⁴ https://www.itohaber.com/haber/mevzuat/209505/dostane_uyusmazlik_cozumu_arabuluculuk.html (Erişim Tarihi: 02.10.2019).

²⁷⁵ Mohamad Abdufarid Delna, Humanitarian Diplomacy and Mediation: The Case of Turkey's Diplomatic Intervention in the Bangsamoro Peace Process in the Philippines. Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Güney Asya Çalışmaları ve Uluslararası İlişkiler Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2018, s. 9, 10.

²⁷⁶ Delna, 2018, s.11.

²⁷⁷ Delna, 2018, s.10.

²⁷⁸ Tobias Böhmelt, The effectiveness of tracks of diplomacy strategies in third-party interventions. <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0022343309356488> (Erişim tarihi: 19.01.2019).

²⁷⁹ Delna, 2018, s. 9.

²⁸⁰ Mapendere; Track One and a Half Diplomacy and the Complementarity of Tracks, s. 70.

Öğretide iş hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculuğun uygulanmasının kadın haklarına olumsuz anlamda etki edeceği, mahkemelerde kadın haklarının daha iyi dikkate alınacağı ve dolayısıyla daha iyi korunacağı dile getirilmiştir. Sivil Toplum Kuruluşlarının konunun bu yönüyle çokça ilgilendiği görülmektedir. Örneğin Kadınlara Hukuki Destek Merkez Derneği (KAHDEM), yayınlamış olduğu bildiride bu konuya değinmiş ve kadın haklarının korunması konusunda Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'ne atıf yaparak arabuluculuk uygulamalarını eleştirmiştir.²⁸¹ Bizce bu görüş bir varsayımdan ibarettir. Arabuluculuk sürecinde bir anlaşmaya varmak tamamen tarafların özgür iradelerine bağlıdır. O nedenle menfaatlerinin zarar gördüğünü düşünen herkes arabuluculuk sürecine son vererek mahkemeye gitme konusunda her zaman özgürdür. Bu açıdan kadınlara özgü bir ayrımcılıktan söz etmek temelsiz ve dayanaksızdır. Nitekim bu görüşü savunanlar bu anlamda somut bir delil veya dayanak da ileri sürememişlerdir²⁸².

Kaldı ki mahkemelerin, kadın hakları ile ilgili uluslararası mevzuatı daha fazla göz önünde bulunduracakları tezi de dayanaksızdır. Çünkü uygulamada mahkemeler uluslararası mevzuattan çok konu hakkında istikrar kazanmış Yargıtay kararlarını esas alarak karar vermekte, yargılama yapmaktadırlar. Yargıtay'ın da çoğu zaman önüne gelen iş yükü altında uluslararası sözleşmeleri ve uluslararası gelişmeleri yakından takip ettiğine dair ortada bariz örnekler bulunmamaktadır.

Nitekim kadın hakları konusunda arabuluculuk uygulamalarında bazı dezavantajlara maruz kalınabileceği iddialarını ileri süren Bakırcı, bu ifadelerinin hemen arkasından “Kuşkusuz dolaylı ayrımcılık iddiası, arabuluculuğun “üçüncü sınıf” adalete yol açtığı durumlarda söz konusu olabilir, taraflardan arabuluculuğa başvurmalarının veya bu süreci

²⁸¹ <http://www.kahdem.org.tr/?p=309> (Erişim Tarihi: 01.10.2019).

²⁸² Bakırcı, 2019, s. 376, 377.

kullanmalarının talep edilmesinin, kendiliğinden dolayı ayrımcılığa yol açacağı varsayılmamalıdır.” tespitindebulunmaktadır²⁸³.

Dolayısıyla kadın hakları konusundaki genel sıkıntılar her konuda gündeme gelebildiği gibi, arabuluculukta da söz konusudur. Tıpkı diğer alanlarda olduğu gibi arabuluculuk uygulamalarında da kadın hakları, çocuk hakları ve sair zayıf ve güçsüz kesimlerin haklarının daha iyi korunması için her zaman, gerekli mevzuat ve pratik tedbirler sürekli gündeme getirilmeli ve mümkün olan en seri ve yaygın şekilde kabul edilmeli ve uygulamaya geçirilmelidir.

3.3.6. Türkiye Barolar Birliği ve Baroların Görüşleri

Türkiye Barolar Birliği’nin konuya ilişkin yapmış olduğu iletişim sempozyumunda arabuluculuk kurumunun detaylı bir biçimde incelendiği görülmektedir. Bu kapsamda arabuluculuğun uluslararası alanda uygulanış biçimleri ile ülkemizde uygulanmaya çalışılan şeklinin kıyaslandığı görülmektedir. Barolar Birliği, konuya ilişkin belli ilkelerin olması halinde arabuluculuk uygulamalarının yerinde bir uygulama olacağını dile getirmektedir. Bu ilkeler; İradilik, eşitlik, gizlilik, tarafların vazgeçme iradeleri konusundaki özgürlüğü ve arabuluculuk tutanağının bağlayıcı olması ilkeleridir.²⁸⁴

Türkiye Barolar Birliği’nin (TBB) de bir meslek kuruluşu olarak arabuluculuk faaliyetlerini ve mevzuatını yakından takip ettiği anlaşılmaktadır. Gerçekten de yargının üçlü saç ayağının bir ayağı olan savunmanın en tepe temsilcisi TBB, arabuluculuk konusunda birçok faaliyet yürütmüş ve yürütmeye de devam etmektedir. Örneğin “Dava Şartı Olan Arabuluculukta Taraf Vekilliği” gibi eğitim programları düzenleyen TBB yetkilileri, avukatların gerektiği gibi arabuluculuk süreçlerine katılımının sağlanmaması durumunda

²⁸³ Bakırcı, 2019, s. 378.

²⁸⁴ Türkiye Barolar Birliği, Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı, Ankara, Temmuz 2012, s.122.

büyük ümitlerle hukuk sistemimize getirilen bu müessesenin son tahlilde başarılı olamayacağını özellikle belirtmektedir²⁸⁵.

TBB ve barolar, genel itibariyle Avukatlık Kanunu'nda yer alan haklarının korunmasını talep etmekteydi. Bu kapsamda mesleki tekel ilkesinin korunmasına öncelik verilmesini talep etmekte ve arabuluculuğun mesleki tekel ilkesine zarar vereceğini savunmaktaydı. Bu nedenle arabuluculuk yasa tasarısının tartışıldığı dönemde bazı baroların bu yasa tasarısını protesto ettiği görülmüştür. Özellikle İstanbul Barosu'nun yasa tasarısı çalışmalarının hukuka aykırı olduğu yönündeki görüşleri ve Arabuluculuk Uygulamaları Uluslararası Çalıştayı'nı protesto edişi, söz konusu dönemde çokça gündem olmuştur. Adalet Bakanlığı, Türkiye Barolar Birliği ve Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (UNDP) tarafından Conrad Otel'de düzenlenen "Arabuluculuk Uygulamaları Uluslararası Çalıştayı" İstanbul Barosu avukatları tarafından otele zorla girilerek protesto edilmiştir.²⁸⁶

Özellikle İstanbul Barosu, yasa tasarısının görüşüldüğü ve yasalaştırılmaya çalışıldığı süreçte arabuluculuk uygulamasına çeşitli saiklerle karşı çıkmış ve muhalefet etmiştir. 11 Mart 2011 tarihinde yayınladığı duyuru ile de arabuluculuğa ilişkin görüşlerini dile getirmiştir. Bu kapsamda İstanbul Barosunun söz konusu duyurusunda şu ifadelere yer verilmiştir:

“Bir süreden beri yargının iş yükü bahane edilerek, avukatlık mesleğine, vatandaşın hak ve hukukuna saldırı niteliği taşıyan “arabuluculuk kurumu” yeniden gündeme getirilmektedir. İstanbul Barosu olarak “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı” ile getirilmek istenen arabuluculuk sistemine tamamıyla ve ilkesel olarak karşı çıkıyoruz. Çünkü:

²⁸⁵ <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/dava-sarti-olan-arabuluculukta-araf-vekilligi-ozel-egitimi-80364> (Erişim Tarihi: 19.03.2019)

²⁸⁶ <https://www.haberler.com/avukatlardan-konferans-baskini-3173023-haberi/> (Erişim Tarihi: 12.09.2019).

1. Hukuk devletinde önemli olan herhangi bir uyuşmazlığın “ne şekilde olursa olsun” ya da “çok kısa süre içerisinde” çözülmesi değil, adaletin tesisi, hukuki güvenliğin sağlanması ve uyuşmazlıkların hukuka uygun bir şekilde çözümlenmesidir. Uyuşmazlıkların çözümü ciddi bir olay olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla iş bitirme ya da barıştırma olarak ele alınamayacak kadar ciddi bir olay olan uyuşmazlık çözümünde yargının iş yükünün gerekçe gösterilerek arabuluculuk sisteminin getirilmesi mevcut sorunların çözümünde etkili olmaz. Yargının iş yükünün azaltılması için yapısal reformlara ihtiyaç duyulmaktadır.

2. Getirilmek istenen yasa tasarısı Anayasa’ya aykırıdır. Anayasa’nın 9. maddesinde ifade edildiği üzere ülkemizde yargı yetkisi bağımsız mahkemeler tarafından kullanılır. Anayasa’nın 6. maddesine göre ise hiçbir kimse ya da kurum, Anayasa’nın kendisine tanımadığı bir yetkiyi kullanmaya memur tutulamaz. 140. maddeye göre hâkim ve savcılar idari ve adli yargıdaki görevleri, hâkim ve savcılar tarafından bağımsız bir biçimde ve hâkimlik teminatı kapsamında değerlendirilmelidir. Bu kapsamda arabulucuların hangi teminata göre görev icra edecekleri meçhuldür. Bu çerçevede egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu demokrasi rejiminde egemenliğin belli bir zümreye verilmesi anlamına gelecek olan arabuluculuk sistemi Anayasa’ya açık bir şekilde aykırıdır.

3. Kaldı ki arabuluculuk sistemi Avukatlık Kanunu’nun 35/A maddesinde olması gerektiği şekilde düzenlenmiştir. Bunun adı uzlaştırma sağlamadır. Getirilmek istenen sistemin ise ne olduğu belli değildir. Bu sistemle yeni bir meslek grubu oluşturulmaya çalışılmaktadır. Bu durumda 67 tane hukuk fakültesi açmanın mantığı nedir?

4. Getirilmek istenen arabuluculuk sistemi, uyuşmazlığın bir şekilde bitirilmesi ve ortadankaldırılmasını temel alan, uyuşmazlıkların çözümünü amaçlamayan, yargı

yolunu kapalı tutan ve “iş bitirme” anlamı taşıyan bir sistemdir. Bu sistemin ilkesel olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

5. Bu süreç haklı olanın değil güçlü olanın kazanacağı ve zayıf olan tarafın bir şekilde ikna edileceği bir süreç olarak görülmektedir. Dolayısıyla hukuka dış etkenlerin müdahil olması söz konusu olacağından bu sistem hukuka aykırıdır. Hukuki bir kavram olarak görülen “hak” kavramı; “ağabey”, “kabadayı”, “baba”, “şih”, “şeyh”, “ulema”, “akil adam” ve benzeri sıfatlar taşıyanlar tarafından tespit edilemez. Unutulmamalıdır ki haklılık, güce dayalı bir kavram değildir. Ayrıca tarafların arabuluculuğa başvurmaları konusunda serbest olduklarının belirtilmesi, baskı grupları tarafından tarafların baskı altına alınarak arabuluculuğa zorlanamayacağı anlamına gelmez.

6. Söz konusu gerçekler, arabulucuların hukukçu olması zorunluluğu ile de değişmemektedir. Gerçekten arabulucuların hukukçu dışında bir zümreden olmayacağı ve arabuluculuğun Barolar Birliği marifetiyle yürütülmesi gerektiği zaten açıktır. Dış tedavisi konusunda dışçı olmayan bir kişiye başvurulması nasıl bir şeyse hukuki uyumsuzluklar konusunda hukukçu olmayan kişilere başvurmak da öyledir. Getirilmek istenen sistemde arabulucuların hukukçu olması zorunluluğu ile belli güç odaklarının seçeceği hukukçulara öncelik tanınacağı ve seçilmiş zümre yaratılacağı su götürmez bir gerçektir.

7. Üstelik bu şekilde bir arabuluculuk uygulaması yargı ve uygulama birliğine de zarar verecektir. Ortaya çıkan uzlaşma belgeleri ile birçok farklı uygulama ortaya çıkacak ve böylece de çok hukukluluğun önü açılacaktır. Bu yolla yargı birliği zedelenecek ve hukuka aykırı uygulamalar dahi ilam niteliğine bürünecektir. Tasarının 2. maddesinde geçen “sistemik teknikler” ve “çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak” gibi ifadeler de bunun ipucunitedir.

8 Görüldüğü gibi bu şekilde kurgulanan bir sistem hem avukatlar ile avukatlık mesleğine, hem de vatandaşlara zarar verecektir. Adalet duygusunu zedeleyecek ve adalete yabancı unsurları davet edecektir. Çok hukukluluk ve güçlünün haklılığı konusunda endişelerin artmasına neden olacaktır. Bir başka ifadeyle:

- Arabuluculuk, hukukun gücünün güçlüünün hukukunateslimidir.
- Arabuluculuk, vatandaşın hakkının mafyaya ve tarikatlara verilmesi ve onların insafınabırakılmasıdır.
- Arabuluculuk, mafya ve tarikatların tavsiyesi, devletin isetasfiyesidir.
- Arabuluculuk, hukukun cübbesinin başka bir cübbe iledeğiştirilmesidir.
- Arabuluculuk, hak ve adaletin, güç ve baskı gruplarının insafına terk edilmesidir.
- Arabuluculuk, avukatlar eliyle yapılsa dahi kast ve zümre sistemine yol açılmasıdır.
- Arabuluculuk, adaletin, millet iradesi ile karar veren yargı erkinden alınarak kimin iradesi ile hareket ettiği belli olmayan ellereteslimidir.
- Arabuluculuk, açık bir şekilde Anayasaya aykırı olması nedeniyle, kayıtsız şartsız millete ait olan egemenlik yetkisinin kısıtlanmasıdır. Yargı gücünün belli zümre ve gruplara bırakılmasıdır. Hukukun özelleştirilmesi niteliğindeki arabuluculuk, tam anlamıyla birARABOZUCULUKTUR.

Tüm bu nedenlerle biz İstanbul Barosu olarak meslektaşlarımızı cübbelerine sahip çıkmaya çağırıyoruz. Aynı şekilde vatandaşlarımızı da haklarına sahip çıkmaya, geleceklerini ve hukuki güvenliklerini savunmaya davet ediyoruz. Bunun geri dönüşü ve telafisi yoktur.

Yukarıda belirttiğimiz gerekçelere dayanarak arabuluculuk konusunda Barolar Birliği tarafından organize edilen toplantıya katılmayı gereksiz görüyoruz. Baro olarakher

*türlü imkânımız ile birlikte bu yasa tasarısına karşı çıkacağımızı beyan ediyor ve bu konuda kamuoyunun desteğini bekliyoruz. Meslektaşlarımıza ve yurttaşlarımıza saygıyla duyurulur*²⁸⁷.”

Arabuluculuk kurumunun ülkemiz hukuk sistemine dâhil edilmesi sürecinde başlangıçta TBB ve barolar genel olarak bu sisteme karşı çıkan, olumsuz yaklaşan bir tavır içerisinde olmuştur. TBB Başkanı değişik etkinliklerde yaptığı konuşmalarda arabuluculuk sürecinde korunması gerekli taraflara talebi olmasa da mutlaka avukat yardımının Devlet tarafından sağlanması gerektiğini, aksi takdirde arabuluculuk uygulamalarının hedefine ulaşamayacağını dilegetirmektedir²⁸⁸.

Sonrasında ise TBB arabuluculuk kurumunun ülkemizde yaygınlaşması için çaba sarf eden ve bu alanda başlatılan projelerde paydaş olarak yer alan taraf olmuştur²⁸⁹. Zira yasada yapılan düzenlemelerde tarafların avukatlarıyla temsil edilmesi hususunun korunmasına önem verildiği keza arabulucu olma şartları gözetildiğinde uygulamada arabuluculuğun avukatlar tarafından icra edildiği görülmektedir. Sonuçta TBB ve baroların arabuluculuk sistemine başlangıçta karşı çıkmalarına rağmen, daha sonra yapılan düzenlemelere destek verdiği görülmüştür. Bu kapsamda ülkemizdeki arabuluculuk uygulamalarının geliştirilmesine yönelik SIDA²⁹⁰ destekli Arabuluculuk Projesini, yine Better Access to Justice Projesini²⁹¹ örnek olarak verebiliriz²⁹².

²⁸⁷ duyuru@istanbulbarosu.org.tr, (Erişim Tarihi:27.10.2019).

²⁸⁸ <http://www.sanalbasin.com/feyzioglu-arabuluculuk-suistimal-ediliyor-29747767/>(Erişim Tarihi: 17.03.2019)

²⁸⁹ Erdost BALCI; Arabuluculuk Sistemi Nasıl Suiistimal Edilir? – I. <https://www.hukukihaber.net/arabuluculuk-sistemi-nasil-suistimal-edilir-i-makale,6474.html>(Erişim Tarihi: 09.03.2019)

²⁹⁰ SIDA, Dünyadaki yoksulluğun azaltılması için faaliyetlerde bulunan İsveç Parlamentosu ve Hükümeti adına çalışan ‘İsveç Kalkınma Ajansı’nın kısaltılmışıdır. Bkz. <https://www.sida.se/English/>(09.03.2019)

²⁹¹ https://archive.eipa.eu/modules/EuroMedJustice/Conferences/Istanbul_16_19Apr07/reports/20_Turkey_Future.pdf(Erişim Tarihi: 19.03.2019)<https://www.adrcenterfordevelopment.com/2018/06/08/turkey-technical-assistance-for-better-access-to-justice/>(Erişim Tarihi: 19.03.2019)

²⁹² <http://www.arabuluculuk.adalet.gov.tr/index.html> (Erişim Tarihi: 09.03.2019)
<https://www.coe.int/tr/web/ankara/developing-mediation-practices-in-civil-disputes-in-turkey>(Erişim Tarihi: 14.03.2019) http://www.arabuluculuk.adalet.gov.tr/Sayfalar/proje_hakkinda/index.html(Erişim Tarihi: 09.03.2019)“Türkiye’deHukukUyuşmazlıklarındaArabuluculukUygulamalarınınGeliştirilmesi”Projesi

3.4. Arabuluculuk Uygulamalarına İlişkin GüncelGelişmeler

Her türlü hukuki uyuşmazlık için yargı mercilerine başvuru mümkün olmakla birlikte arabuluculuk uygulamasında durum farklıdır. Arabuluculuk uygulamasına başvuru yapılması ve arabuluculuğun uygulanabilmesi için uyuşmazlığın kamu düzenini ilgilendirmemesi gerekmektedir. Ayrıca arabuluculuk için tarafların üzerinde özgürce tasarrufta bulunabilecekleri bir konu olması gerekmektedir. Aksi takdirde arabuluculuk uygulamasının gerçekleştirilmesi mümkün değildir.²⁹³Yasalarla hangi alanlarda arabuluculuk uygulamasının gerçekleştirilebileceği düzenlenmektedir.

3.4.1. İş Hukuku AlanındakiGelişmeler

1996 yılında Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak imzaya açılan, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı Sözleşmesi'nde (M. 6/3) toplu iş sözleşmeleri kapsamında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk uygulamalarının teşvik edilmesi yönünde bir düzenleme yapılmış ve ülkemiz de bu Sözleşmeye taraf olmuştur.

7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu 12 Ekim 2017 tarihinde TBMM'de kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun ile 30 Ocak 1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. Esasen mülga 5521 sayılı Kanun'un 7. maddesi iş davalarında hâkimi önüne gelen davalarda öncelikle tarafları sulhe teşvik etmekle yükümlü kılıyordu ve bu düzenlemeyi doktrinde olumlu bulan görüşler mevcuttu²⁹⁴.Bu

İsveç Uluslararası Kalkınma İşbirliği Ajansı (SIDA) ve Türkiye Cumhuriyeti tarafından birlikte finanse edilmekte ve Avrupa Konseyi tarafından uygulanmaktadır. 1 Aralık 2014 tarihinde başlayan Proje, 30 Eylül 2017 tarihinde sona erecektir. Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı bu Projenin ana yararlanıcısıdır. Projenin amacı arabuluculuk uygulamalarının etkili şekilde uygulanmasıyla özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümü için gerekli olan maliyet ve sürenin azaltılmasını sağlayarak adaletin etkinliğinin geliştirilmesidir."

²⁹³ Pekcanıtez, 2018, s.2827.

²⁹⁴ Özümucu, 2013, s. 252.

değişiklikle hukuk hayatımıza zorunlu arabuluculuk kurumunun iş davalarında uygulanması ile ilgili önemli bir yenilik girmiş bulunmaktadır.²⁹⁵

25 Ekim 2017 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanmasından sonra yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununa²⁹⁶ göre iş uyuşmazlıkları ile ilgili dava açılmadan önce mutlaka uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuğa götürülmesi ve orada ele alınması yasal mecburiyet haline gelmiş bulunmaktadır. Buna göre(M. 3/1) bireysel ve toplu iş sözleşmelerine dayanan, işçi veya işveren alacaklarını veya tazminatını içeren, işe iadeyi ilgilendiren her türlü uyuşmazlıklarda iş mahkemelerine dava açabilmek için öncelikle arabulucuya başvurmuş olmak gerekmektedir.

Bütün uyuşmazlıklar açısından yargıya başvurulması, yargı sisteminde yük ve sorunları arttırmaktadır. Yargının karşı karşıya kaldığı temel sorun, yargılama sürecinin yeteri kadar verimli ve etkili olmamasıdır. Kişilerin maddî hukuk hükümleri kapsamında sahip oldukları haklarıyla alakalı uyuşmazlıkların makul bir süre içinde çözüme kavuşturulamaması, adil yargılanma hakkının unsurları arasında kabul edilen makul sürede yargılanma hakkının ihlâli anlamına gelmektedir²⁹⁷.

İş Hukuku kapsamında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda işçiler tarafından başvuru İŞ Mahkemeleri büyük öneme sahiptirler. Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan istatistikler çerçevesinde İş mahkemelerine gelen davaların 2006-2016 yılları arasında % 97 oranında arttığı, iş mahkemelerinden çıkan davaların ise 2006-2016 yılları arasında % 83 oranında arttığı görülmektedir. İş mahkemelerinde görülen dava sayılarındaki artış, yargının etkinliğini zayıflatmakta ve iş mahkemelerindeki işyükünü

²⁹⁵ Budak ve Karaarslan, 2019, s.456.

²⁹⁶ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/10/20171025-8.htm> (Erişim Tarihi: 18.03.2019)

²⁹⁷ Mürsel Çukur ve Muzaffer Koç, “Ülkemizde Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Özel Hakem”, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2010 Sayı: 5 Cilt: 24, s.6.

arttırmaktadır. Bu nedenle İş Hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının gerekliliği kendisini göstermektedir²⁹⁸.

7036 sayılı Kanunun 3/1 maddesi kapsamında kalan birçok iş hukuku uyuşmazlığı bulunmaktadır. İş hukuk bağlamında taraflarca 7036 sayılı Kanunun 3/1 maddesi kapsamında önce arabulucuya gidilecek ve ancak daha sonra dava edilebilecek uyuşmazlıklar şunlar olabilir; ücret, fazla ücret, fazla sürelerle çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, tatil günleri ücreti, kullanılmayan yıllık izin günleri ücreti, ihbar, kıdem, kötü niyet, ayrımcılık tazminatları, işe iade sonucu hak kazanılan boşta geçen süre ücret talepleri, işe başlatmama tazminatına ilişkin işverenle yaşanacak tüm uyuşmazlıklar.

Arabuluculuğa başvurma üzerine, her ilde adalet komisyonları nezdinde teşkilatlandırılmış arabuluculuk bürosu, adli komisyon nezdinde teşkilatlanmış arabuluculuk listesinde mevcut olan isimlerden birisini sırasına göre atayacaktır. Eğer taraflar listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmışlarsa o takdirde, üzerinde anlaşılan arabulucu o uyuşmazlık için görevlendirilir (7036 SK, M. 3/6).

Arabuluculuk görüşmesi için belirlenen ilk toplantıya taraflardan birisi mazeretsiz olarak katılım sağlamazsa, o takdirde görüşme günü tutulacak son tutanakta bu husus belirtilir ve bu taraf daha sonra açılan davada, arabuluculuk toplantısına katılmayan taraf tamamen haklı çıksa bile, yargılama aşamasındaki tüm yargılama giderlerinden sorumlu tutulur (7036 SK M. 3/12).

İş davalarının iş mahkemelerinde görülmesinden önce, öncelikle arabuluculara götürülmesi uygulamasının ülkemize özgü, tamamen yeni bir hukuksal düzenleme ve uygulama olduğu yönündeki eleştiriler haklı bir eleştiri değildir²⁹⁹. Başta toplu iş sözleşmeleri olmak üzere arabuluculuk müessesesinin ülkemiz iş hukuku alanındaki uygulaması oldukça

²⁹⁸ Adli İstatistikler 2016, T.C Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/AdliIstFlip/2016/index.html#/0>, s.189. ErişimTarihi:27.10.2019

²⁹⁹ Bakırcı, 2019, s. 355, 370.

eskidir. Şu anda 7036 sayılı Kanun ile yapılan zaten var olan kurumsal uygulamaların kapsamının ve niteliğinin genişletilmesinden ve geliştirilmesinden ibarettir.³⁰⁰

Öğretideki iş uyuşmazlıklarında “zorunlu arabuluculuk” uygulamasına yapılan kimi eleştiriler haklı olsa bile, benzeri batı hukuklarında yok şeklindeki eleştiriler yönünden konuya yaklaşıldığında; ülkemizin uygulamaya alacağı hukuksal düzenlemelerin mutlaka Batı devletleri tarafından denenmiş olması gerekmemektedir kanaatindeyiz. Ülke olarak bizim de en az batılı devletler kadar kimi hukuksal kurumları ortaya koymak, bazı mevcut hukuksal kurumlara katkılar sunarak onların gelişmesini sağlamak gibi imkan ve kabiliyetimiz elbette bulunmaktadır³⁰¹. Yeter ki bu yapılırken bilimsellikten ve evrensel değerlerden uzak yöntemler ve usuller benimsenmesin³⁰². Diğer taraftan hukuksal kurumlara yerel katkılar sunarken bu katkıların evrensel anlamda kabul edilebilirliği ve uygulanabilirliği göz önünde tutulmalıdır.

İş davalarında arabuluculuğun bir yöntem olarak işçilerin aleyhinde sonuçlar doğuracağına dair yoğun ve oldukça sık dile getirilen itirazlar bulunmaktadır. Bu kapsamda itirazların başında işçinin işveren karşısında güçsüz ve korunmaya muhtaç bir konumda olması gösterilmektedir³⁰³. Gerçekten de işçi işveren ile arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda kural olarak güçsüz taraftır. Bunu biz de kabuletmekteyiz.

Bu güçsüzlük başında işverenin daha iyi bir hukuk danışmanlığı alma potansiyelinin her zaman mevcut olması, daha profesyonel avukatlar ile iş uyuşmazlıklarını çözme imkânlarına sahip bulunması gelmektedir. İşçi ise kısıtlı gelirleri ile ancak gelirene uygun bir hukuki danışmanlık ve avukatlık hizmetlerinden yararlanabilir. Çoğu zaman bu anlamda kaynak ayırması dahi mümkün olmayabilir. Özellikle ülkemizdeki adli yardım kurumunda

³⁰⁰ Budak ve Karaarslan, 2019, s.455.

³⁰¹ Bu anlamda Adalet Bakanlığı’nın geliştirdiği ve 2008 yılında tüm Adliyelerde uygulamaya aldığı, alanında öncü ve tüm dünyada takip edilen UYAP Bilişim Sistemi güzel bir örnektir.

³⁰² Özmumcu, 2013, s. 246.

³⁰³ Bakırcı, 2019, s. 375.

işletilmesindeki sıkıntılar, işçilerin adli yardım almasını da çoğu zaman mümkün kılmayacaktır³⁰⁴.

Bakırcı'ya göre iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğun uygulanması iş hukukun işçi haklarını koruyan ve iş mevzuatının emredici kurallarını ihmal eden bir yaklaşım olacaktır³⁰⁵. Bize göre de iş hukukunda işçi yararına yorum ilkesi gereği, yasada yer alan emredici hükümler dikkatle ele alınmalıdır. Arabuluculuk kapsamı dışında bırakılacak iş davalarının yanı sıra işçilerin tasarrufunda olan tazminat alacakları gibi uyuşmazlıklarda arabuluculuk mümkün olmalıdır. Bu görüşümüz elbette zorunlu arabuluculuk için de aynen geçerlidir. Yeter ki arabuluculuk süreci sonucunda dava yolları kapanmasın ve işçiler arabuluculuğa başvurmaktan dolayı dezavantajlı bir durumadüşmesin.

6325 SK'da (M. 1/2) arabuluculuğun ancak özel hukuka ait bir uyuşmazlıkta tarafların üzerinde serbestçe tasarruf imkanı var ise ancak o zaman uygulanabileceğini amirdir. Yine aynı maddeye (M. 1/2, 1/2 son cümle) göre ise eğer uyuşmazlık kamu düzenine ilişkin ise veya aile içi şiddet söz konusu ise o takdirde arabuluculuk yöntemi kullanılarak uyuşmazlığın halli cihetine gidilemeyecektir³⁰⁶. Ancak öğretide aile içi ve kadına karşı şiddet olaylarında da arabuluculuk kurumundan faydalanılabileceğini, hatta yasal değişiklik yapılarak kullanılabileceğinin ve bu konuda uygulama yapan ve başarılı sonuçlar alan kimi devletlerin bulunduğunu dile getiren görüşlerbulunmaktadır³⁰⁷.

Bu anlamda arabuluculuk yolu ile işçilerin iş hukukundan kaynaklı uyuşmazlıklarını çözmeleri ikinci sınıf bir adalet değildir³⁰⁸. Tam tersine haklarına hızlı, seri ve esnek yöntemlerle bir an önce kavuşmaları anlamına gelmektedir. Elbette işçilerin doğal olarak daha zayıf oldukları iş hukuku uyuşmazlıklarında, arabuluculuğa gidildiğinde, Devletin örneğin

³⁰⁴ Mehmet Akbal, Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım. TBB Dergisi, S. 93, Ankara, 2011, s. 148.

³⁰⁵ Bakırcı, 2019, s. 375.

³⁰⁶ Karaarslan, 2019, s. 78.

³⁰⁷ Börü, 2017, 194 vd.

³⁰⁸ Bakırcı, 2019, s. 376.

işçilere karşılıksız avukat yardımı sağlayarak bu eşitsizliğin işçi lehine giderilmesi için tedbirler alması mutlaka gerekmektedir.

Ülkemizde arabuluculuk kurumuna herhangi bir somut veri olmadan, bilimsel bir çalışmaya dayanmadan, varsayımsal kanaatler ileri sürülerek hep itirazlar yapılagelmiştir. Yapılan dayanaksız ve varsayımsal itirazlara ilk dikkat çekenlerden birisi öğretide Çelik olmuştur. Yazara göre 275 sayılı Kanundaki uzlaşma ve arabuluculukla ilgili beklenen faydaların sağlanamadığı şeklindeki eleştiriler yerinde değildir. Zira, bu eleştiriler herhangi somut bir istatistikî bilgiye dayanmamaktadır. Dahası Çelik, kendisinin uygulamadan edindiği bilgi ve belgelerin iddiaların tam aksini gösterdiğini beyan etmektedir. Bu beyan bağlamında 275 sayılı Kanunun kapsamındaki arabuluculuk ve uzlaşma uygulamalarının oldukça yararlı olduğuna ve pratikte başarılı olduğuna dair birçok örnek vakalar bulunduğuna işaret etmektedir³⁰⁹.

Yine arabuluculuğun iş uyuşmazlıklarında işçinin örneğin Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen işçi ibranamesine ilişkin hükümlerinin işçilere sağladığı avantajları bertaraf ettiği yönündeki eleştirilerdir. Balcı'ya göre örneğin ibraname imzalatarak veya ikale sözleşmesi ile iş akdinin feshedilmesi her zaman işçinin lehinedir, zira bu konularda uyuşmazlık çıktığında her zaman mesele iş hukukun ana kuralı olan işçi lehine yorum yapılarak çözülmektedir. Ancak eğer ibraname veya ikale sözleşmesi arabuluculuk yöntemi ile yapılırsa o takdirde Kanun (6325 SK, M. 18/5) gereği artık işçinin dava açma hakları ortadan kalkacaktır. Zira hakim bu anlaşma tutanağını imzalarken irade fesadı var mı vesaire konulara bakamayacak sadece anlaşmanın cebri icraya elverişli olup olmadığı kontrolü ile bir denetim yapabilecek

³⁰⁹ Çelik, 1973, s. 78.

(6325 SK, M. 18/3) ve dolayısı ile işçinin irade fesadı hallerinde başvurabileceği kanun yolları ortadan kalkacaktır³¹⁰.

TBB Başkanı da Yargıtay'ın iş davalarına bakan Dairelerinin uzun yıllardır işçilerden alınan ibranamelerin yorumlanmasında kabul ettiği ve uygulamaya yerleştirdiği ve işçi lehine olan müstakar uygulamasının arabuluculuk yöntemleri ile bir anda yok edileceğini ve bu durumun ve yüksek ihtimalin ortadan kaldırılması ve mutlaka düzeltilmesi gerektiğini haklı olarak dile getirmektedir³¹¹.

Bu sorunun çözümünde TBB Başkanı Feyzioğlu'nun teklifi şu şekildedir³¹²; arabuluculuk süreçlerinde işçi olan taraflara talepleri halinde mali durum araştırması yapılmadan baro tarafından avukat atanması gereklidir. Atanacak avukatlara iş hukuku konusunda tecrübeli ve eğitim almış avukatlar grubundan bir atamanın yapılması yerinde olacaktır. Yine Feyzioğlu'na göre arabulucu olarak iş uyuşmazlıklarına atanacak avukatlara verdikleri hizmet karşılığında ödenmek üzere işsizlik fonundan ayrılacak 100 milyon TL'lik bir kaynağın da sistemin idamesi için yeterli olacaktır. Böyle veya benzer bir çözüm kanaatimizce de yerinde ve alınması gerekli bir tedbirdir. İş uyuşmazlıklarının arabuluculuk süreçlerinde avukat yardımının talep halinde seri şekilde sağlanmaması, işveren karşısında güçsüz olan işçilerin daha da zayıf konumda kalmasına ve menfaatlerinin ciddi şekilde zarar görmesine, kazanılmış haklarının zayi olmasına neden olacağı ve bu durumun da zamanla toplumda onulmaz sosyal yaralar açacağı aşikârdır.

³¹⁰Erdost BALCI; Arabuluculuk Sistemi Nasıl Suiistimal Edilir? – II. <https://www.hukukihaber.net/arabuluculuk-sistemi-nasil-suistimal-edilir-ii-makale,6492.html> (Erişim Tarihi: 10.03.2019)

³¹¹<http://www.sanalbasin.com/feyzioğlu-arabuluculuk-suistimal-ediliyor-29747767/> (Erişim Tarihi: 17.03.2019)

³¹²<http://www.sanalbasin.com/feyzioğlu-arabuluculuk-suistimal-ediliyor-29747767/> (Erişim Tarihi: 17.03.2019)

3.4.2. Ticaret Kanunu Kapsamında Arabuluculuk Uygulamaları

İş hukukundan doğan uyuşmazlıklarda, mahkemelere başvurmadan önce uyuşmazlığın arabuluculara götürülmesi yönünde yapılan mevzuat değişikliği sonrası bu uygulamanın yaklaşık bir yıl başarıyla uygulandığı düşünülerek, aynı uygulamanın ticari davalara da uygulanması kararlaştırılmıştır³¹³.

Türk Ticaret Kanunu'nda İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki dava şartı olma niteliğinin aksine olarak arabuluculuğa yönelik ayrıntılı hükümler yer almamaktadır. Ticarî davalar açısından kural olarak Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinde yer alan arabuluculuk düzenlemesine yönelik genel hükümlere başvurulur³¹⁴.

Arabuluculuk Kanunu'na eklenmiş olan 18/A maddesi ve İş Mahkemeleri Kanunu'nda öngörülen üç haftalık süreden farklı olarak ticarî davalarda yer alan dava şartı niteliğindeki arabuluculukta azamî süre uygulamasının daha uzun olduğu görülmektedir. Bu çerçevede Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A-2 fıkrasında: *“Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir.”*denilmektedir.

Bu Kanun (7155 SK, M. 20) Türk Ticaret Kanunu'nun 5. maddesinden sonra gelmek üzere, 5/A maddesi olarak yeni bir madde eklemesi yapmıştır³¹⁵. Bu eklemeye artık ticari davalarda, yani 6102 SK, M. 4'e göre açılan davalarda veya diğer Kanunlarda ticari dava olarak nitelenen tüm davalarda, konu eğer bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminattaleplerine ilişkin ise o takdirde artık dava açılmadan önce mutlaka arabulucuya

³¹³ <https://www.adaletbiz.com/arbuluculuk/355-bin-uyusmazligin-yuzde-70i-arbulucular-onunde-cozume-kavustu-h241357.html> (Erişim Tarihi: 02.03.2019) Adalet Bakanı Abdülhamit Gül; “Daha önce başarıyla uygulanan işçi iş veren arasındaki uyuşmazlıkların arabuluculukla sonuçlandırılması uygulaması, ticari uyuşmazlıklar için de ihtiyaçların çözümü amacıyla bir yol haline getirildi. İş hukuku uyuşmazlıklarının çözümü noktasında uygulamalara baktığımızda çok başarılı sonuçların ortaya çıktığını gördük ve buradan aldığımız bir cesaretle bu uygulamanın genişletilmesi hususunda bir adımatıldı”

³¹⁴ Ali Cem Budak, Ticarî Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, MİHDER, 2019/1, s.4.

³¹⁵ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/12/20181219-1.htm> (Erişim Tarihi: 18.03.2019)

gitmek bir dava şartıdır. Yani arabuluculuğa gidilmez ise bu konularda doğrudan mahkemelere dava açılmaz. Açılmış olan davalar usulden reddedilir.³¹⁶

Maddeye göre (6102 SK; M. 5/A/2) arabulucular başvuru kendilerine geldikten sonra altı hafta içinde süreci olumlu veya olumsuz bitirmek zorundadırlar. Ancak eğer mutlaka gerekli ise bu süre iki hafta daha uzatılabilir.³¹⁷

6102 SK; M. 5/A'ya göre özetle; eğer yapılan arabuluculuk görüşmeleri sonucunda bir sonuç alınmaz ise o takdirde buna ilişkin tutanağının aslını veya onaylı bir nüshasını davacı dilekçesine eklemek zorunda olacaktır. Davacı bu yasal zorunluluğa uymaz ise o takdirde Mahkeme bu kez davacıya bu eksikliğin bir hafta içinde giderilmesini isteyecek ve kesin bir mehil vererek bu kesin mehil içinde bu eksiklik giderilmez ise o takdirde davanın usulden reddedileceğini davacıya ihtar edecektir. Eksiklik giderilmez ise o takdirde mahkeme davayı usulden reddedecektir.

Dava şartı olarak arabuluculuk uygulamasının icra hukukuyla bağlantılı nitelikteki ticarî davalarda, özellikle itirazın iptali ve menfi tespit davalarında uygulama alanı bulup bulmayacakları konusu öğretide tartışmalı bir husus olarak dikkat çekmektedir. Yasaya göre ticarî davalardan *“konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında”* olanlar açısından arabuluculuğa başvurulmasının dava şartı olduğu ifade edilmektedir. Bu yasa hükmünü davada ileri sürülen istem neticesini dikkate alan bir hüküm olarak yorumlayan görüşe göre itirazın iptali davaları ile menfi tespit davaları zorunlu arabuluculuk uygulaması kapsamının dışında görülmektedir³¹⁸.

Öğretide kabul edilen ve bizim de savunduğumuz görüş çerçevesinde Türk Ticaret Kanunu, alacak ve tazminat davalarından söz ederken davada yer alan talep neticesini değil davanın sebebini dikkate almaktadır. Bu yüzden itirazın iptali ve menfi tespit davalarında

³¹⁶ Budak ve Karaarslan, 2019, s.457

³¹⁷ Budak, 2019,s.4.

³¹⁸ Budak, 2019,s.4.

arabuluculuğa başvurulmasının zorunlu olduğu açıktır. Yasanın taraf iradelerine tâbi uyuşmazlıklar açısından arabuluculuk uygulanmasını yaygınlaştırmak yönündeki amacının da bu görüşü kuvvetlendirmekte olduğu ileri sürülmektedir³¹⁹.

6102 SK; M. 5/A maddesi 01.01.2019 tarihi itibarıyla yürürlükteyir³²⁰.

3.4.3. Aile Hukuku Alanında Arabuluculuk Uygulamaları

Aile, içinde yaşanılan toplumun en temel yapı taşı olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple aile kurumunun sağlam temeller üzerinde oturtulması ve aile içi uyuşmazlıkların yerini sevgi ve saygının alması, toplum sağlığı açısından da son derece önemlidir. Bu kapsamda Anayasa'nın 41. maddesinde “*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır*” ifadesine yer verilmekte ve ailenin korunmasının anayasal temelleri atılmaktadır.³²¹

Aile hukukunun medenî hukukun diğer dallarından farklı bir takım özellikleri bulunmaktadır. Aile hukuku çerçevesinde meydana gelen uyuşmazlıklarda hâkim olan belli başlı ilkeler mevcuttur. Bu ilkeler, “zayıfların korunması ilkesi”, “süreklilik ve birlik ilkesi”, “devletin karışması ilkesi”, “düzenleme serbestliğinin bulunmaması ilkesi” ve “eşler arası eşitlik ilkesi” olarak sıralanabilir.³²²

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun “Amaç ve Kapsam” başlıklı 1. maddesinin 2. fıkrasında arabuluculuğun hangi uyuşmazlık türlerinde geçerli olduğu çerçeve bir hüküm ile düzenlenmiştir. Bu kapsamda arabuluculuk çözüm yolu, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden kaynaklanan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlemesinde uygulanabilir

³¹⁹ Budak, 2019, s.5.

³²⁰ <http://www.kasaroglu.av.tr/tr/ticari-uyusmazliklarda-zorunlu-arabuluculuk-sarti> (Erişim Tarihi: 18.03.2019)

³²¹ Beyhan Kaplan Güler, Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, İstanbul 2014, s.80.

³²² Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İstanbul 2015, s. 4, 5

(HUAK.m.1/II, c.1). Dolayısıyla, ceza ve idare hukuku gibi kamu hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculuk faaliyetlerinin gerçekleştirilebilmesi mümkün değildir.³²³

Diğer yandan yasanın özel hukuk uyuşmazlıklarının tamamını kapsamı, “*ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan*” ifadesiyle daraltılmaktadır. Bu yüzden herhangi bir uyuşmazlığın özel hukuka ilişkin bir uyuşmazlık olması, bu yasa kapsamına girmesi açısından tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda söz konusu uyuşmazlık taraflarının, uyuşmazlığın üzerinde serbest bir şekilde tasarruf edebilecekleri bir uyuşmazlık olması da gerekmektedir. Tarafların üzerinde serbest bir biçimde tasarruf edebilmesiyle kastedilen durum ise uyuşmazlığın kamudüzeninden kaynaklanmamasıdır. Yani söz konusu uyuşmazlığın sulh olmak suretiyle sona erdirilebilen bir uyuşmazlık olarak sınıflandırılması gerekmektedir.³²⁴

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunun 1. maddesinde arabuluculuğa elverişli olan uyuşmazlıklar açısından getirilen kısıtlama, doğası itibariyle aile hukuku uyuşmazlıklarını da içine almaktadır. Bu yüzden herhangi bir aile hukuku uyuşmazlığının arabuluculuğa elverişli olabilmesi açısından tarafların üzerinde serbest biçimde tasarruf edebildikleri bir uyuşmazlık olması şartı aranmaktadır. Bunun yanı sıra, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıkların kapsamı hakkında aile hukuku uyuşmazlıkları açısından istisnâî bir hükme yer verilmemesinin eleştiriye açık olduğu belirtilmektedir. Gerçekten, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 21.1.1998 tarihinde kabul ettiği R (98) 1 sayılı tavsiye kararında, sözleşmeye taraf olan devletlere aile arabuluculuğunu uygulamayı koymayı adabukunun teşvik

³²³ Kaplan Güler, 2014, s.77.

³²⁴ Kaplan Güler, 2014, s.77

edilmesini veya gerekli görülmesi durumunda aile arabuluculuğunun geliştirilmesini tavsiye etmektedir.³²⁵

HUAK.m.1/II, c.2’de yer alan düzenlemeyle yasanın uygulama alanı daraltılmaktadır. Söz konusu düzenleme kapsamında uyuşmazlığın aile içi şiddet iddiasını içermesi durumunda arabuluculuk uygulamasına gidilemez. Bu sebeple uyuşmazlığın aile içi şiddet iddiası içermesi durumunda arabuluculuk yöntemine başvurulması mümkün görülmemektedir.³²⁶

Arbuluculuk çözüm yolunun kapsamı belirlenirken, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 408. maddesinde düzenlenen tahkimin kapsamını tespit ederken yapılan yorumdan daha geniş bir yorumun yapılması gerekir. Zira arabuluculuk çözüm yöntemine başvurmak, dava yolunu kapatmaz. Bu yüzden malvarlığı hakları ile alakalı taleplerden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli sayılmalıdır. Buna karşılık, malvarlığı ile alakalı taleplerden kaynaklanmayan uyuşmazlıklardan ise sadece tarafların üzerinde serbest biçimde tasarruf edebilecekleri hususlar arabuluculuğa elverişlidir.³²⁷

Kadın hakları konusunda arabuluculuk hususunun tam anlamıyla uygulanabilmesi için İstanbul Sözleşmesi’nin incelenmesi ve dikkate alınması gerekmektedir. 11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul’da imzaya açılan “Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadele Hakkındaki Avrupa Konseyi Sözleşmesi”, yani diğer ismiyle İstanbul Sözleşmesi, 1 Ağustos 2014’de yürürlüğe girmiştir. Özelde kız çocukları ve kadınlara karşı girişilen şiddet ve ev içi şiddetin hedef alındığı ilk Avrupa sözleşmesi olma niteliği taşıyan Sözleşme, Türkiye tarafından imzaya açıldığı 11 Mayıs 2011’de imzalanmıştır. Türkiye, sözleşmenin herhangi bir maddesine çekince koymadan sözleşmeye taraf olmuştur.

³²⁵ Söz konusu tavsiye karar için bkz., Mustafa Serdar Özbek, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Aile Arabuluculuğu” Konulu Tavsiye Kararı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, 2005, s. 71-102

³²⁶ Alper Uyumaz ve Kemal Erdoğan, “Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 17, Sayı: 1, 2015, s.139.

³²⁷ Dural, Ögüz ve Gümüş, 2015, s. 2.

Sözleşmenin 4. Maddesine göre taraf devletler, herkesin, bilhassa da kız çocukları ile kadınların, kamuda ve özel alanda şiddete maruz kalmaksızın yaşama hakkını korumakla yükümlü kılınmaktadır. Bu hakkın yaygınlaştırılması ve korunması için gerekli olan kanuni ve diğer tedbirlerin taraf devletlerce alınması gerekmektedir. Bu kapsamda kadınların yalnızca ev içi şiddeti değil; işyeri, okul, cezaevi vs. gibi kurumlarda ya da kamusal alanda karşı karşıya kalacakları şiddet karşısında korunmaları öngörülmektedir. Sözleşme ile işyerlerinde kadına karşı şiddet olayların önlenmesi gerektiğine vurgu yapılmakta ve taraf devletlerin bu konuda yasal düzenlemeleri yapmaları istenmektedir.

Kadın hakları ve arabuluculuk ile ilgili olarak ülkemizde yapılması gereken yasal düzenlemelerde İstanbul Sözleşmesi'nin belirleyici bir rolü bulunmaktadır. Buna göre kadınlara karşı yapılan şiddet eylemleri ile ilgili kesinlikle, yargısal makamlar dışında bir süreç işletilmemesi gerekliliği ve kabulüdür. Sivil Toplum Kuruluşları açısından bu konu da önemlidir. Nitekim İstanbul Sözleşmesi'nin 48/1. maddesi uyarınca taraf devletler, sözleşme kapsamındaki kadına karşı şiddet olayları ile ilgili olarak ortaya çıkan uyuşmazlıkların kesinlikle uzlaşma, arabuluculuk gibi AUÇY ile çözümlenmemesi için gerekli yasal düzenlemeleri mutlaka kabul edeceklerdir³²⁸. Ancak son zamanlarda öğretilerde farklı görüşler de ileri sürülmektedir. Örneğin Börü'ye göre; aile arabuluculuğunun aslında kadına aile içi şiddeti önlemede bir araç olarak kullanılmasının çok faydalı sonuçlar ortaya koyabileceği ve bu nedenle arabuluculuktan yararlanılabileceği belirtilmiştir³²⁹.

Bakırcı'nın da işaret ettiği kadın işçilerin şiddet kaynaklı uyuşmazlıkları konusunda arabuluculuk hükümlerinin işletilmesi, hem yukarıda zikredilen Avrupa Konseyi Şiddet Yasağı Sözleşmesine ve hem de Birleşmiş Milletler Ayrımcılık Yasağı Sözleşmesine aykırılık

³²⁸İstanbul Barosu: Aile hukukunda arabuluculuk olmaz. <https://www.hukukihaber.net/gundem/istanbul-barosu-aile-hukukunda-arabuluculuk-olmaz-h409042.html> (Erişim Tarihi: 10.03.2019)

³²⁹Börü, 2017, s. 193, 194.

teşkil edeceği göz önünde bulundurularak³³⁰ arabuluculuk yönteminin aile hukuku uyuşmazlıklarında daha yaygın kullanılmasının yolu açılmalıdır. Bu kapsamda uluslararası mevzuatın takip edilmesi ve ulusal mevzuatta çağdaş hukuka paralel düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Kanaatimizce bu konudaki ilk görüş daha isabetli görülmektedir. Zira aile içi şiddet olaylarının toplumsal etkileri düşünüldüğünde, aile hukukundaki uyuşmazlıklarda taraf iradelerinin tam tezahür ederek kendisini göstermesi zordur. Dolayısıyla aile hukukunda arabuluculuk uygulamalarının dar yorumlanması gerekmektedir.

³³⁰ Bakırcı, 2019, s. 380.

SONUÇ

Bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişinin yardımı ya da katkısıyla tarafların en uygun çözümü üretmesini sağlayan dostane çözüm yolu olarak tarif edilen arabuluculuk kavramı, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasında en değerli yöntemlerin başında gelmektedir. Tarafların arasındaki mevcut ya da muhtemel bir uyuşmazlığın çözümü konusunda, taraflarca üzerinde mutabakata varılmış olan tarafsız ve bağımsız bir uzman kişi yönetiminde ve rehberliğinde bir araya gelmek suretiyle ortak çözüme ulaşılmasını hedefleyen arabuluculuk uygulaması, hukuk düzenimiz açısından da büyük bir öneme sahiptir. Tarihsel gelişimine göre, geleneksel ve modern arabuluculuk şeklinde ayrıma tabi tutulmakta olan arabuluculuk, yöntemine başvuru şekli, arabulucuların uyuşmazlığın çözümündeki rolü, uyuşmazlığın çözümünde esas alınmakta olan unsur ve daha farklı kıstaslara göre farklı sınıflandırmalara tabi tutulabilmektedir.

Arbuluculuk uygulamalarına yönelik öğretilerde pek çok tartışma ve eleştiri bulunmaktadır. Arabuluculuk uygulamasının zorunluluğu, gerekliliği ve uygulamadaki eksikliklere ilişkin yapılan eleştiriler, söz konusu uygulamanın yasal alt yapısının sağlamlaştırılması ve uzman personel yetiştirilmesi ile aşılabilecektir. Hukuk sistemi açısından önemli bir uygulama olarak görülen arabuluculuk uygulamalarının devletlerin iç hukuk düzenlemelerindeki yeri de belirleyici niteliktedir. Bize göre arabuluculuk bir yargılama faaliyeti değildir. Bu nedenle de anayasal yargılama tekeli ihlal eden bir kurum da değildir. Bu kuruma sırf mahkemelerin kullanması öngörülen keşif gibi, tanık dinleme gibi yetkiler verilmemesi de isabetli olmuştur. Bunun yanı sıra öğretilerde arabuluculuk uygulamasının, yargı bağımsızlığını ve hak arama hürriyetini etkileyip etkilemediği hususu da tartışmalıdır.

Arabuluculuk uygulaması, sürecin esnek bir yapıda olması, gizli yürütülmesi, uyuşmazlık hakkındaki son kararın taraflarca veriliyor olması gibi kendine özgü niteliklere sahiptir. Bu yüzden de diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine nazaran daha fazla tercih edilmektedir. Arabuluculukta yönteme başvurunun başta olmak üzere, sürecin devam ettirilmesi ya da sonlandırılması tamamen taraf iradesine bağlı kılınmaktadır. Ancak istisnai olarak bazı uyuşmazlıklarda arabulucuya gidilmesi, dava şartı olarak düzenlenmiştir. Bireysel ve Toplu İş Hukuku açısından uygulama alanı bulan zorunlu arabuluculuk , hukuk sistemimiz açısından önemli bir yere sahiptir. Ancak burada dahi yasa koyucu, arabuluculuk müessesesinin esas ilkelerinden ödün vermemek için belirli düzenlemelere gitmiştir. Zorunlu arabuluculuk uygulamasında başvuru koşulu dava şartı olmasına karşın tarafların süreci sonlandırma konusundaki iradeleri korunmuştur. Yani taraflar, arabuluculuk uygulaması sonunda zorla anlaşmaya mecbur bırakılmamışlardır. Bu yönüyle zorunlu arabuluculuk uygulamasının mahkemelerin iş yükünü azaltması ve uzlaşi kültürünün yerleşmesine katkıda bulunması adına faydalı bir uygulama olduğu kabul edilmektedir.

Uyuşmazlıkların çözümü sürecinde arabuluculuk yöntemi, sanıldığı gibi aksine köklü bir geçmişe sahiptir. Söz konusu yöntemin ortaya çıkmasındaki temel felsefe, adaletin daha hızlı ve daha ucuz elde edilmesinin mümkün kılınması ve toplumdaki uyuşmazlıkların en aza indirgenmesidir. Böylelikle her uyuşmazlıkta kişilerin mahkemeyi meşgul etmesi önlenmiş olacak ve mahkemelerin iş yükünde önemli bir rahatlama sağlanacaktır. Bu yönteme başvuru, devlet yargısıyla kıyaslandığında, zamandan ve masraftan tasarruf, esneklik, taraflar arasındaki ilişkilerin gelecekte de devam etmesine imkan sağlama, çözüme ulaşmada taraflara rehberlik eden arabulucu kişinin alanında uzman bir kişi olması, gizlilik esasının güdülmesi ve tarafların dava yoluna başvurularını kısıtlamama gibi olumlu yönlerinin yanı sıra beraberinde bazı olumsuz yönlerinin de bulunduğu kabuledilir. Uyuşmazlıkların yargıya taşınmasında aşılması gereken yeni bir basamak oluşturma ve bu basamakta işletilen sürecin niteliğine göre hakkı ihlal edilen tarafları , hak arama hürriyetini kullanmaktan sarf-ı nazar

etmeye yöneltme türünden olumsuz bir sonuç ortaya çıkartabileceği , bu olumsuz sonuçların özellikle tarafların sosyal ya da ekonomik bakımdan birbirine eşit olmadığı işçi / işveren uyuşmazlığı ya da aile içi uyuşmazlıklar bakımından daha fazla hissedilebileceği de ifade edilmektedir.

Günümüzde Türk hukuk sisteminde arabuluculuk uygulamasının yaygınlaşması artık zaruri bir hale gelmiştir. Hâkim başına düşen dosya sayısının ve ortalama yargılama sürelerinin dikkate alınması durumunda arabuluculuğa benzer yöntemlere olan ihtiyaç daha iyi anlaşılacaktır. Bu yüzden arabuluculuk ve buna benzer yöntemlerin uygulama alanının mümkün olduğu kadar genişletilmesi gerekmektedir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesi ile sadece tarafların üzerinde serbest biçimde tasarrufta bulunabilecekleri uyuşmazlıklarda arabuluculuk uygulaması mümkün kılınmaktadır. Dolayısıyla boşanma davası gibi aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı açıktır. Anglosakson hukuk sistemini benimsemiş devletlerde ise boşanma davası gibi bazı uyuşmazlıklarda da arabuluculuk müessesesi işletilmektedir. Türk hukuk sisteminde ise bu durum mümkün görünmemekte ve bunun için yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır.

KAYNAKÇA

- Adalet Bakanlığı; “Mahkeme Temelli Arabuluculuk Hizmetleri El Kitabı”, Nisan,2017.
- AKBAL,Mehmet; Medeni Yargılama Hukukunda AdliYardım. TBB Dergisi, S. 93, Ankara, 2011.
- AKSU,Özge; Ticarî Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu İle Çözümü (İngiltere Örneği ve Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde Bir Değerlendirme). Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Avrupa Birliği Hukuku Programı, Yüksek Lisans Tezi, İzmir,2009.
- ARKAN,Sabih; Ticari İşletme Hukuku, Ankara,2001.
- AYDEMİR,Fatih; Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul, On İki Levha, Haziran 2017, s.29; Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, 4. baskı, İstanbul, Vedat, Mart2016.
- Aydın,MehmetAkif; Türk Hukuk Tarihi, 16. Basım, Beta Basım Yayın, İstanbul, Şubat2017.
- AZAKLIARSLAN, Betül; Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- BAKIRCI,Kadriye; “Alternatif” Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu (Arabuluculuk) Aracılığıyla “Alternatif”İş

Hukukuna Doğru. TBB Dergisi, S. 140, Ocak-Şubat 2019.

BORA,Özlem;

“Arbuluculuk Sözleşmesi”, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2019.

BUDAK,AlıCem;

Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara, 3. Baskı,2019.

BUDAK,AlıCem;

Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Adalet Yayınları, Ankara, 12. Baskı,2018.

BULUR,Alper;

“Avukatlık Kanunu M. 35/A’nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı, 89,2010.

CEYLAN,Ş.Seyhan;

Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü,, XII Levha Yayınları, İstanbul,2009.

DAYINLARLI,Kemal;

UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim, Dayınlarlı Yayınları, Ankara2000

DELNA,M.Abdufarid;

Humanitarian Diplomacy and Mediation: The Case of Turkey’s Diplomatic Intervention in the Bangsamoro Peace Process in the Philippines. Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası İlişkiler AnabilimDalı,

- Güney Asya Çalışmaları ve Uluslararası İlişkiler
Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2018.
- DEMEYERE,Luc; “Belçika ve İspanya Örnekleri”, Dünyada
Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı, Türkiye
Barolar Birliği Yayınları: 216, 11 Mart2011.
- DOĞANAY,İsmail; Ticari Alım-Satım Akdi ve Nevileri, Ankara,
2003.
- DOĞAR,Mehmet; Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesi,
Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi,
Eylül2008.
- DURAL,Mustafa; Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, Gözden
Geçirilmiş 10. Baskı, İstanbul 2015.
- DÜR,Orhan; Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve
Yükümlülükleri, Ankara, Adalet, 2017.
- EKİNCİ,E.Buğra; Osmanlı Mahkemeleri, Tanzimat ve Sonrası, Arı
Sanat Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2017.
- EKMEKÇİ, Ömer ve ATALI, Murat; Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu
Arabuluculuk, Birinci Baskı, İstanbul, On İki
Levha, Ekim 2018.
- EREN,M.Yusuf; Teoride ve Uygulamada Uluslararası
Arabuluculuk, Adalet Yayınevi, Ankara,2016.
- ERİŞİR,Evrin; Arabuluculuk Müessesesinin Anayasa’ya
Uygunluğuna ve Devlet Yargısına Nazaran
Öncelik Vermeye Değer Olduğuna İlişkin
14.02.2007 Tarihli Alman FederalAnayasa

- Mahkemesi Kararı, DEÜHFD, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, C. 11, Özel Sayı, 2009.
- EROL,Muammer; “Türk Hukukunda Arabuluculuk Ve Teşkilatlanması”, İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Hukuk Bilim Dalı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2018.
- EYÜPOĞLU,Ceren; “Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği”, ABD,2017/3
- FISHER,RonaldJ; Assessing the Contingency Model of Third-Party Intervention in Successful Cases of Prenegotiation. Journal of Peace Research Volume 44, Number 3, May 2007, s.21-25.
- GÜNER,Reyhan; Turkey’s Mediation Initiatives Between 2002 And 2015 A Discourse And Content Analyses. M.Sc., Department of International Relations, ODTÜ, Ankara,2015.
- KAPLANGÜLER,Beyhan; Boşanmanın Hukuki SonuçlarındaArabuluculuk, İstanbul 2014.
- KARAARSLAN,Mehmet; İdarenin Taraf Olduğu UyuşmazlıklarınAlternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Giderilmesi. TBB Dergisi, S. 140, Ankara, 2019.

- KARACABEY,Kürşat; “Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar”, TBBD, S.123,2016.
- KARADEMİR,Ebru; “Milletlerarası Kurumsal Tahkim Merkezlerinin Bir Karşılaştırması”, Public and Private International Law Bulletin, Volume: 32, Issue:2.
- KISMETKEKEÇ,Elif; Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 6325 Sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş, 2. Baskı, Ankara-2014.
- KURTKONCA,Nesibe; Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, SETA Perspektif Dergisi, S. 225, Aralık2018.
- KUTLUK,Abdulkadir; Almanya’da Mahkeme İçi Arabuluculuk-Yurt Dışı Ziyaret Raporu, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, 25 Eylül2017.
- LawReformCommission; Alternative Dispute Resolution: Mediationand Conciliation, November 2010.
- MALTE BARGEN,Jan; Gerichtsinterne Mediation: Eine Kernaufgabe Der Rechtsprechenden Gewalt,Tübingen-2008,
- MAPENDERE; Track One and a Half Diplomacy and the Complimentarily ofTracks.
- MCILWRAİTH, Michael and SAVAGE, John; International Arbitration and Mediation: A Practical Guide, The Netherlands: Kluwer Law International, 2010.

- NOMER,Ergin; Milletlerarası Usul Hukuku, Beta Basım, İstanbul,2009.
- O’NEILL,PhilipD; International Commercial Arbitration: Case Studies and Materials Exploring Where Theory Meets Practice, St. Paul, MN: Thomson Reuters, 2012.
- ÖZBAY, İbrahim; Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Yöntemleri, EÜHFD, C. X, S. 3-4,2006.
- ÖZCAN,Can; Lessons Learned From Turkey Territorial Mediation Efforts in Syria-Israeli and Palestine – Israeli Conflicts Since 2002: Impact Of Impartiality of the Mediator of the Meditation Outcomes; LLM Thesis, Sabanci University, İstanbul,2010.
- ÖZMUMCU,Seda; Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı İle Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, 2. baskı, İstanbul, On İki Levha, Haziran2012.
- ÖZTÜRK,Hatice; “Arabuluculuk Eğitimlerinde Eğitimci Tutum ve Görüşlerine Yönelik Bir Araştırma: Türkiye Barolar Birliği Modeli” Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Halkla İlişkiler ve Tanıtım Anabilim dalı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara,2016.

- PEKCANITEZ,Hakan; Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, Hukuki Perspektif Dergisi,2005/5.
- PEKCANITEZ,Hakan; Medeni Usul Hukuku-3 Cilt, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul-2018.
- PONTE, Lucille,CAVENAGH,Thomas; Alternative Dispute Resolution in Business,West Educational Publishing Company, 1991.
- ROSELL, Jose ve BEATRİZ BURGHEITTO, Maria; ICC, Arbitration 2011 – in 55 Jurisdictions Worldwide, London: Law Business Research Ltd., 2011.
- SABUNCUOĞLU,ZeyyadZiya; Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk,Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Temel Bilgiler, Davranışsal Beceriler, Sınava Hazırlık Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, 2016.
- SELCANÖZDEMİRCİ,Ayşe; Türk Basınına Göre İran-İrak Savaşında Türkiye'nin Arabuluculuk Faaliyetleri (1980-1988), Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Ortadoğu Araştırmaları Enstitüsü Ortadoğu Siyasi Tarihi ve Uluslararası İlişkileri Anabilim Dalı, İstanbul, 2014.
- SERDARÖZBEK,Mustafa; Avrupa Konseyinde Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler, AÜHFD, C. LV, S. 1, 2006.
- SERDARÖZBEK,Mustafa; Dünya Çapındaki Adalet UlaşmaHareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler Ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, AÜHFD, 2002, C.51, S.2.

- SEVİM,OnurUtku; Avrupa Birliği Müktesebatı ve Türk Hukukunda Arabuluculuk, 1bs. Adalet Yayınevi, Hukuk Yayınları Dizisi-1851, Ankara,2016.
- SİĞRİ, Ünsal ve VAROĞLU,A.Kadir; Müzakere ve Arabuluculuk, İş Yönetimi, Diplomasi ve Hukukta Uyuşmazlıkların Çözümü, Siyasal, Ankara, Kasım 2013.
- ŞİPKA,Şükran; Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 6, S. 12, Güz 2007/2.
- TANRIVER,Süha; Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları - Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, Makalelerim,Ankara-2006.
- TANRIVER,Süha; Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açıdan İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. II,Ankara-2010.
- TAŞPOLATTUĞSAVUL,Melis; Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Ankara-2012.
- TELLİ,Serap; Uluslararası Ticaret ve Kurumsallaşması, Ankara, 1991.

- TIEDER, JohnB. Jr; Selecting an Arbitral Institution to Administer International Arbitration: Are National or Regional Centers a Viable Option?, Handbook on International Arbitration and ADR, New York: JurisNet LLC, 2010, Chapter3.
- UYUMAZ, Alper ve ERDOĞAN,Kemal; “Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 17, Sayı: 1,2015.
- YAZICITIKTIK,Çiğdem; Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul, 2013.
- YEŞİLIRMAK,Ali; Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul, On İki Levha, Nisan 2011.
- YILDIRIM,Kamil; İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, Prof.Dr.Yavuz Alangoya İçin Armağan,İstanbul-2007.

KAYNAKÇA (İNTERNET)

- BALCI,Erdost; Arabuluculuk Sistemi Nasıl Suiistimal Edilir?–
II. <https://www.hukukihaber.net/arabuluculuk-sistemi-nasil-suistimal-edilir-ii-makale,6492.html>
(Erişim Tarihi: 10.03.2019).
- BİRSEL, Mahmut / BUDAK, Ali Cem; “Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler – Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği”, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Sempozyum-Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 11 Nisan 1997, C.I, Ankara 1997.
- BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru; UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu’na Genel Bir Bakış, TAAD, Cilt:2, Yıl:2, Sayı:4, 20 Ocak 2011.
- BÖHMELT, Tobia; The effectiveness of tracks of diplomacy strategies in third-party interventions. <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0022343309356488>(Erişim tarihi: 19.01.2019).
- BUDAK, Ali Cem; Ticarî Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, MİHDER, 2019/1, sayı:42.

ÇUKUR, Mürsel ve KOÇ, Muzaffer;

“Ülkemizde Bireysel İş Uyuşmazlıklarının
Çözümünde Özel Hakem”, Çimento İşveren
Dergisi, Eylül 2010 Sayı: 5 Cilt:24

GÜRKAYNAK, Çuhadar;

Turkey as a Third Party in Israeli-Palestinian

Conflict. https://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2011_ilerleme_raporu_tr.pdf (Erişim Tarihi: 19.03.2019).

https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/Events/20081211_Brussels_Practising_Family_Law_in_Europe/EN_Kelsey_Ries.pdf (Erişim tarihi: 19.03.2019).

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=79647&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1905305> (Erişim Tarihi: 01.03.2019).

https://www.euromed-justice.eu/en/system/files/20090128135756_Directive2008-52-ECOnCertainaspectssofmediation.pdf (Erişim Tarihi: 01.03.2019).

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52002DC0196> (Erişim Tarihi: 19.03.2019).

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31998H0257> (Erişim Tarihi: 19.03.2019).

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/06/20120622-1.htm>(Erişim Tarihi: 14.03.2019).

<http://www.iccwbo.org/News/Articles/2012/2011-figures-show-steady-growth-in-ICC-Arbitration/>,
(Erişim Tarihi:28.08.2019).

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2002Model_conciliation.html(Erişim Tarihi: 19.03.2019).

<http://www.sanalbasin.com/feyzioglu-arabuluculuk-suistimal-ediliyor-29747767/>
(Erişim Tarihi: 17.03.2019).

https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/consumer-finance-and-payments/retail-financial-services/financial-dispute-resolution-network-fin-net_en (Erişim Tarihi:19.03.2019)

<https://www.adaletbiz.com/arabuluculuk/355-bin-uyusmazligin-yuzde-70i-arabulucular-onunde-cozume-kavustu-h241357.html> (Erişim Tarihi: 02.03.2019).

https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/Turkiye_tarafindan_hazirlanan_2012_ilerleme_raporu_02_01_13_fotomat_version.pdf (Erişim Tarihi: 19.03.2019)

<http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/arabuluculuk-arayi-acacak-40469764> (Erişim Tarihi: 21.01.2019).

https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_gd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=95754 (Erişim tarihi: 14.03.2019).

<http://www.tr.undp.org/content/turkey/tr/home/presscenter/pressreleases/2011/12/05/international-workshop-on-mediation-models-is-to-be-held-in-istanbul-in-turkish-.html> (Erişim Tarihi: 14.03.2019).

<http://www.kasaroglu.av.tr/tr/ticari-uyusmazliklarda-zorunlu-arabuluculuk-sarti> (Erişim Tarihi: 18.03.2019).

KRIESBERG,Louis; Mediation in Conflict System.<https://vdocuments.site/mediation-in-conflict-systems.html> (Erişim Tarihi: 16.01.2019).

ROGERS,Andy; “The Law Works Best When It Focuses On People”, (Erişim) <https://insights.cedr.com/post/102f1m5/the-law-works-best-when-it-focuses-on-people>, (Erişim Tarihi:24.08.2019).

SERDARÖZBEK,Mustafa; Kurumsal Tahkimde Önemli Bir Adım: İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu Tasarısı,

<http://www.tahkim.net/makaleler/kurumsal-tahkimde-onemli-bir-adimistanbul-tahkim-merkezi-kanunu-tasarisi>, (Erişim

Tarihi:28.08.2019).

SERDARÖZBEK, Mustafa;

“Türk Yargı Sisteminde Çok Seçenekli Adliyeler” <https://www.arabulucu.com/adr-altematif-uyusmazlik-cozumu/turk-yargi-sisteminde-cokseckenekli-adliyeler/pdf>, (Erişim Tarihi:18.08.2019).

SERDAR ŞİMŞEK, Nilgün veBÖLTEN,Kerim; “Dava Yolu ve AlternatifUyuşmazlık Çözümü Yöntemleri Arasındaki Ayrıma Genel Bir Bakış”, <https://www.gsg hukuk.com/tr/yayinlar/makaleler/dava-yolu-ve-alternatif-uyusmazlik-cozumu-yontemleri-arasindaki-ayrima-genel-bir-bakis.pdf>, (Erişim Tarihi:01.09.2019).

ŞANLI,Cemal;

"Uluslararası Ticari ve Ekonomik Uyuşmazlıkların Arabuluculuk (ADR) Yöntemi İle Çözümlemesi ve Milletlerarası Ticaret Odasının ADR Kuralları". Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 22, (2002): 57-68, <http://dergipark.gov.tr/iuhmohb/issue/9368/117287>,<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhmoh>

- b/article/view/1019002855, (Erişim Tarihi:18.08.2019).
- ŞEN,Bülent; Boşanma Süreci ve Arabuluculuğu, Nobel Yayınları, Ankara, 2015.
<http://www.openaccess.hacettepe.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11655/2530/de353329-55af-4bf1-b0f5-02300e44715a.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (Erişim Tarihi:15.08.2019).
- TANRIVER,Süha; “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Türkiye Barolar Birliği Dergisi” S.64 (2006), 151-177.
<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-64-227>, (Erişim Tarihi:18.08.2019).
- TONTA, Yaşar ve KÜÇÜK,M.Emin; Sanayi Toplumundan Bilgi ToplumunaGeçiş Sürecinde Temel Dinamikler. 2005, s.13,
https://www.researchgate.net/publication/28806577_Sanayi_Toplumundan_Bilgi_Toplumuna_Gecis_Surecinde_Temel_Dinamikler(Erişim Tarihi: 28.02.2019).