



Sosyal Bilimler
Enstitüsü

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI

BİREYSEL İŞ HUKUKUNDA ARABULUCULUK

Doktora Tezi

HANDE GÜL KÜÇÜKKAYA

İSTANBUL, 2023

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

BİREYSEL İŞ HUKUKUNDA ARABULUCULUK

Doktora Tezi

HANDE GÜL KÜÇÜKKAYA

Danışman: Prof. Dr. ERCÜMENT ÖZKARACA

İSTANBUL, 2023

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TEZ ONAY BELGESİ

Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı Doktora Öğrencisi **Hande Gül Küçükkaya**'nın **Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk** adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 07/06/2023 tarih ve 2023-27/24 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi:14/06/2023

Öğretim Üyesi Adı Soyadı			İmzası
1	Tez Danışmanı	Prof. Dr. Ercüment Özkaraca	
2	Jüri Üyesi	Prof. Dr. Talat Canbolat	
3	Jüri Üyesi	Prof. Dr. Mahmut Kabakcı	
4	Jüri Üyesi	Prof. Dr. Murat Yavaş	
5	Jüri Üyesi	Doç. Dr. Ulaş Baysal	

ÖZET

BİREYSEL İŞ HUKUKUNDA ARABULUCULUK

Arabuluculuk tarafların tarafsız bir üçüncü bir kişinin yardımı ile ihtilaflarını çözmeye yardımcı olması olarak tanımlanabilir. Türkiye’de özel hukuktan doğan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkların arabuluculuk ile çözümüne ilişkin 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 2013 yılında kabulü ile arabuluculuk uygulamasına geçilmiştir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile 2018 yılı itibarıyla dava şartı arabuluculuk kavramı Türk hukuk literatürüne girmiştir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu md.3 uyarınca kanuna, bireysel iş sözleşmesine, toplu iş sözleşmesine dayanan alacak, tazminat veya işe iade talebi ile açılan davalarda arabuluculuğa başvurulması dava şartıdır.

İtalya, Almanya ve ABD’nin bazı eyaletlerinde iş hukukunda dava şartı arabuluculuk uygulaması yoktur. İngiltere’de iş mahkemelerine başvurmak için önce ACAS isimli kuruma başvurmak gerekir. ABD ‘de ise iş ilişkilerindeki ayrımcılık iddiaları öncelikle EEOC’de görülmektedir.

Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk başlıklı doktora tezi çalışmamız dört bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kavramı ve belli başlı alternatif uyuşmazlık yöntemleri irdelenerek incelenmiş, ikinci bölümde arabuluculuk kurumu, amacı, prensipleri, türleri, arabulucunun hak ve yükümlülükleri, arabulucu ve arabuluculuk sözleşmelerinin hukuki mahiyeti ve arabuluculuk etiği gibi konular çalışılmıştır. *Mukayeseli İş Hukukunda Arabuluculuk* başlıklı üçüncü bölümde, arabuluculuğun anavatanı olan Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık gibi Anglo Sakson sistemindeki devletlerde, İtalya, Almanya, Fransa gibi Roma Cermen sistemindeki devletlerde ve Avrupa Birliği müktesabatında arabuluculuğun nasıl düzenlendiği ve son olarak dördüncü bölüm olan *Türk İş Hukukunda Arabuluculuk* başlığı altında, dava şartı arabuluculuk kavramına ilişkin konular yargı kararları da işlenerek ayrıntılı olarak irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, Dava Şartı Arabuluculuk, Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk, EEOC, ACAS

ABSTRACT

MEDIATION IN INDIVIDUAL EMPLOYMENT LAW

Mediation can be defined as helping parties resolve their disputes with the help of a third party. With the adoption of the Law No. 6325 on Mediation in Civil Disputes in 2013, mediation has been implemented regarding the resolution of disputes arising from private law and on which the parties can freely dispose of. As of 2018, with the adoption of the Labor Courts Law numbered 7036 the concept of mediation as a cause of action in employment disputes litigation introduced in our legal literature. Pursuant to Article 3 of Labor Courts Law numbered 7036, lawsuits filed with the demand for receivables, compensation or reemployment based on the law, individual employment contract, collective bargaining agreement are subject to mediation as a cause of action.

In Italy and Germany mediation in employment disputes does not exist. In England, in order to apply to the labor courts, firstly it must be applied to ACAS. In the United States of America, for discriminatory allegations in the employment relation firstly EEOC must be addressed.

The doctoral thesis titled *Mediation in Individual Employment Law* consists of four parts. In the first part of the study, the concept of the alternative dispute resolution methods is investigated by examining the main alternative dispute methods, in the second part, the mediation institution, its purpose, principles, types, rights and responsibilities of the mediator, the legal nature of the mediator and mediation agreements and mediation ethics are studied. In the third part titled *Mediation in Comparative Employment Law*, the Anglo-Saxon countries such as the United States of America and the United Kingdom, which are the homeland of mediation, in the Roman Germanic system states such as Italy, Germany France and in European Union legal system are explained and lastly under the title of *Mediation in Turkish Employment Law*, which is the fourth part, the issues related to the concept of mediation as a cause of action are also discussed in detail adding judicial decisions.

Keywords: Mediation, Mediation as a Cause of Action, Mediation in Individual Employment Law, EEOC, ACAS.

ÖNSÖZ

Akademik çalışmaların teknik incelemelerden öteye gitmesi ve uygulamadaki sorunlara ışık tutması önemlidir. Doktora tezi olarak hazırlanan bu çalışmanın konusu bireysel iş hukukunda arabuluculuktur. Konu çalışılmaya karar verildiğinde, Türk Hukukunda konuya ilişkin fazla kaynak bulunmamaktaydı. Yabancı devletlerdeki uygulamaların incelenmesi ve Türk hukuku uygulamalarıyla karşılaştırılması ve de konuya ilişkin yeni araştırmaların da katılmasıyla, bireysel Türk iş hukuku çalışmalarının bir adım öteye götürmesi amaç edinilmiştir. Tezin, uygulamadaki bazı sorunların çözümüne ışık tutması beklenmektedir.

Bu tez Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün Özel Hukuk Doktora programı kapsamında, danışman hocam Sn. Prof. Dr. Ercüment Özkaraca, Sn. Prof. Dr. Mahmut Kabakcı, Sn. Prof. Dr. Talat Canbolat, Sn. Prof. Dr. Murat Yavaş ve Sn. Doç. Dr. Ulaş Baysal'dan oluşan jüri önünde savunulmuştur. Değerli fikirlerini ve yardımlarını esirgemeyen kıymetli hocalarıma öncelikle ve özellikle teşekkürü borç bilirim. Tezin tamamlanması konusunda destek olan Sn. Dr. Öğr. Üyesi Deniz Sema Özkan Koç'a da içtenlikle teşekkür ederim.

Fulbright Doktora Araştırma Bursu ile iki dönem boyunca Amerika Birleşik Devletleri'nde yaşayarak doktora tezimi araştırmama destek oldukları için Türkiye Fulbright Eğitim Komisyonu'na gönülden teşekkür ederim. Loyola Law School, Los Angeles hocalarından Loyola Center for Conflict Resolution'da "Arabuluculuk Kliniği" çalışmalarına dahil olmama, arabuluculuk derslerine ve eğitimlerine aktif katılmama imkan tanıyan Sn. Prof. Mary Culbert'a, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki arabuluculuk sistemini daha iyi anlamama yardımcı olan Sn. Prof. Hiro N. Aragaki'ye, Sn. Av. Dolores P. Martin'e, University of California, Berkeley School of Law'a kabul almama vesile olan ve doktora tezime ilişkin araştırmalarımnda beni destekleyen Sn. Prof. David Oppenheimer'a teşekkür ederim.

Çalışmanın tamamlanmasında her türlü desteğini esirgemeyen ve tezi vaktinde bitirmem için motive eden annem Prof. Dr. Ayşe Gülçin Küçükkaya, babam Dr. İhsan Küçükkaya'ya, arkadaşlarım Hülya Polat'a ve Arb. Av. Eren Zafer'e teşekkür ederim.

Hande Gül Küçükkaya

İÇİNDEKİLER

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

I. Bölüm

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

I- Genel Esaslar.....	4
II- Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri.....	8
A- Tahkim.....	8
B-Müzakere.....	11
C-Uzlaştırma ve Avukatlık Kanunu md. 35/A Çerçevesindeki Uzlaştırma Sistemi.....	13
D- Vakıaların Saptanması Yöntemi.....	18
E- Tarafsız Ön Değerlendirme	21
F- Kısa Duruşma.....	22
G- Arabuluculuk -Tahkim	24

II. Bölüm

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMİ OLARAK ARABULUCULUK

I-Arabuluculuk Kavramı.....	27
A- Genel Olarak.....	27
B- Arabuluculukta Amaç.....	29
C- Arabuluculuk Kurumunun Diğer Kurumlardan Farkı	30

1- Uzlaştırma Kurumu ve Avukatlık Kanunu 35/A Çerçevesindeki Uzlaştırma Sisteminden Farkı.....	30
2-Tahkimden Farkı.....	31
3-Müzakereden Farkı.....	32
4-Sulh Sözleşmesinden Farkı.....	32
5-İkale'den Farkı	34
D- Arabuluculuğun Gelişimi ve Türkiye'deki Duruma Genel Bakış.....	37
II-Arbuluculuk Kurumunun İşleyişine İlişkin Temel İlkeler.....	42
A-İradilik (Gönüllülük) İlkesi.....	42
1- Genel Olarak.....	49
2- Arabuluculuğa Başvurmada İradilik.....	45
3- Arabuluculuğa Katılmada İradilik.....	46
4- Arabuluculuk Sürecinin Sona Erdirilmesinde İradilik.....	48
B-Eşitlik İlkesi.....	49
1- Genel Olarak.....	49
2-Arbuluculuğa Başvurmada Eşitlik.....	51
3- Arabulucunun Seçiminde Eşitlik.....	51
4- Arabuluculuk Görüşmelerinde Eşitlik.....	52
5- Arabuluculuk Sürecinin Sona Erdirilmesinde Eşitlik.....	53
C-Tarafların Egemenliği İlkesi.....	53
D- Gizlilik İlkesi.....	55
1- Genel Olarak.....	55
2- Sürecin Aleni Olmaması	56
3- Bazı Beyan Bilgi ve Belgelere Delil olarak Dayanılmazaması.....	58
4- Arabuluculukta Gizliliğin Bertaraf Edilebildiği Durumlar.....	60
a- Tarafların Rızası	60
b- Anlaşma Belgesinin İcrası.....	61
c- Suçu Bildirme Yükümlülüğü	61
III -Arbuluculuk Türleri.....	62
A-Arbuluculuğa Başvuru Yöntemine Göre.....	62
1-İhtiyari Arabuluculuk.....	62
2-Dava Şartı Arabuluculuk.....	62
3-Mahkeme İçi Arabuluculuk-Mahkeme Dışı Arabuluculuk- Mahkeme Bağlantılı Arabulucuk.....	64
B-Arbulucunun Faaliyetinin Niteliğine Göre Arabuluculuk.....	66
1- Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk.....	66
a-Kolaylaştırıcı Arabuluculuk.....	67
b-Değerlendirici Arabuluculuk.....	67

2- Dönüştürücü Arabuluculuk.....	69
IV- Arabulucu.....	72
A-Genel Anlamda Arabulucu.....	72
B-Arabulucu Türleri.....	73
1-Uzman Arabulucu.....	73
2-Eş Arabulucu.....	75
V- Arabulucu Etiği.....	75
VI- Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri.....	79
A- Genel Olarak.....	79
B- Arabulucunun Hakları.....	80
1- Arabulucu Unvanını Kullanma Hakkı.....	80
2- Ücret Talep Etme Hakkı.....	80
a- Arabulucu Sözleşmesiyle Ücretin Tespiti.....	81
b- Arabulucu Asgari Ücret Tarifesiyle Ücret Tespiti.....	82
3- Taraflarla Görüşme ve İletişim Kurma Hakkı.....	83
4-Yargı Organları, Kamu Kurum ve Kuruluşlarından Elektronik Ortamda Bilgi ve Belge Talep Edebilme Hakkı.....	83
4- Yargı Organları, Kamu Kurum ve Kuruluşlarından Elektronik Ortamda Bilgi ve Belge Talep Edebilme Hakkı.....	84
C- Arabulucunun Yükümlülükleri.....	85
1- Görevi Özenle ve Tarafsız Biçimde Yerine Getirme Yükümlülüğü	85
2- Tarafları Aydınlatma Yükümlülüğü.....	88
3- Sır Saklama Yükümlülüğü.....	90
4- Aidat Ödeme Yükümlülüğü.....	93
5- Dosya Saklama Yükümlülüğü.....	94
6- Son Tutanağı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne Gönderme Yükümlülüğü.....	94
7- Reklam Yasağına Riayet Etme Yükümlülüğü.....	95
VII- Arabuluculuk İlişkisini Kuran Sözleşmeler.....	97
A- Arabuluculuk Sözleşmesi.....	98
B- Arabulucu Sözleşmesi.....	98
VIII- Arabulucunun Hukuki ve Cezai Sorumluluğu.....	100
A- Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu.....	100
B- Arabulucuya Uygulanacak Disiplin Hükümleri.....	105
C- Arabulucunun Cezai Sorumluluğu.....	106

III. Bölüm

MUKAYESELİ İŞ HUKUKUNDA ARABULUCULUK

I- Roma Cermen Sistemi.....	108
A- Avrupa Birliği Müktesebatı.....	108
B- Almanya.....	111
C- Fransa.....	115
D- İtalya.....	119
II- Anglo Sakson Hukuk Sistemi	122
A- Birleşik Krallık.....	122
1- Genel Olarak.....	122
2- Bazı Mahkeme Kararları.....	123
3- ACAS.....	126
B-Amerika Birleşik Devletleri.....	129
1- Genel Olarak.....	129
2- Mahkeme Temelli Arabuluculuk.....	134
3- Bazı Eyaletlerdeki Durum.....	136
4- EEOC.....	138
5- Dönüştürücü Arabuluculuk ve REDRESS.....	144
6- Arabuluculuğun Kurumsallaşması.....	146
7- İşyeri Arabuluculuğu (Kurum içi Arabuluculuk)	150

IV. Bölüm

TÜRK İŞ HUKUKUNDA ARABULUCULUK

I-İş Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıkların Tespiti ve Nitelendirilmesi.....	157
II- İş Hukukunda Uyuşmazlık Türleri	158
A- Bireysel İş Uyuşmazlığı-Toplu İş Uyuşmazlığı.....	158
1- Bireysel İş Uyuşmazlığı.....	158
2- Toplu İş Uyuşmazlığı.....	159
B-Hak Uyuşmazlığı-Menfaat Uyuşmazlığı.....	160
1- Hak Uyuşmazlığı.....	160
2- Menfaat Uyuşmazlığı.....	162
III- Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk Kurumunun Kısa Tarihçesi.....	163

A- Cumhuriyet Öncesi Dönem.....	163
B- İşçi Temsilciliği.....	164
C- Kapatılan Bölge Çalışma Müdürlükleri.....	165
D- Güncel Durum.....	166
IV- Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk ve İhtiyari Arabuluculuk Ayrımı.....	167
V- Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Başvuru Zorunluluğunun Dava Şartı Olarak Nitelendirilmesi.....	169
VI-Dava Şartı Arabuluculukta Uyuşmazlığın Tarafları.....	175
VII-Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamındaki Hukuki Uyuşmazlık Konuları...	176
A-Genel Olarak.....	176
B-Arabuluculuğa Elverişli Olmayan İş Uyuşmazlıkları.....	180
C-Arabuluculuğa Elverişli Olan Ancak Dava Şartı Olmayan İş Uyuşmazlıkları.....	182
D-Arabuluculuğa Elverişli Olan Bireysel İş Uyuşmazlıkları.....	182
1- İşçilik Alacakları	182
2-İşçinin İşe İade Talebi	183
3-İşveren Alacakları.....	184
VIII-Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ile İlgili Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk.....	186
IX- Görevli ve Yetkili Mercî	193
X-Dava Şartı Arabuluculuğa İlişkin Süreler.....	195
A-Dava Şartı Arabuluculuk Sürecine Başvuruya İlişkin Süreler.....	195
B-Dava Şartı Arabuluculuğun Süresi.....	196
C-Arabuluculukta Geçen Sürenin Zamanaşımına ve Hak Düşürücü Sürelere Etkisi.....	196
XI- Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuğa Başvuruda Usul.....	197
A-Dava Şartı Arabuluculuk Sürecinin Başlaması ve Arabulucunun Görevlendirilmesi.....	200
B-Arabulucunun Atanması ve Tarafların İlk Toplantıya Davet Edilmesi....	201
C-Dava Şartı Arabuluculuk Sürecinin İşleyişi ve Arabuluculuk	

Görüşmelerinin Yürütülmesi.....	203
D-Arbuluculuk Görüşmelerinde Tarafların Temsili	206
1-Genel Olarak	206
2-İdarenin Temsili.....	207
3-Sendikaların Takip Yetkisi Kapsamında Tarafların Temsili	208
4-Asıl İşveren ile Alt İşverenin Görüşmelere Birlikte Katılması.....	210
XII-Dava Şartı Arabuluculuk Faaliyetinin Sona Ermesi.....	212
A-Dava Şartı Arabuluculuk Sürecinin Sona Erdiren Durumlar.....	213
1-Genel Olarak.....	213
2- Uyuşmazlığın Arabuluculuğa Elverişli Olmadığının Tespiti.....	214
3-Taraflara Ulaşılamaması.....	215
4-Tarafların Arabuluculuk Oturumlarına Katılmadığı İçin Görüşme Yapılmaması.....	216
5. Taraflara Danışıldıktan Sonra Arabuluculuk İçin Daha Fazla Çaba Sarf Edilmesinin Gereksiz Olduğunun Arabulucu Tarafından Tespit Edilmesi.....	216
6. Taraflardan Birinin Karşı Tarafa veya Arabulucuya, Arabuluculuktan Çekildiğini Bildirmesi-Vazgeçmesi.....	217
7. Tarafların Anlaşarak Arabuluculuk Faaliyetini Sona Erdirmesi.....	217
8. Tarafların Kanunda Öngörülen Azami Dört Haftalık Sürede Görüşmelerde Anlaşmaya Varamaması.....	217
9. Ölüm.....	218
10. Tarafların Anlaşması.....	218
B-Anlaşma Belgesi.....	218
1-Anlaşma Belgesinin Şekli.....	218
2-Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği.....	219
3-Anlaşma Belgesinin Maddi Hukuk Bakımından Değerlendirilmesi...	220
4-Anlaşma Belgesinin İlam Niteliğinde Belge Olma Özelliği.....,,.....	226
5-Anlaşma Belgesinin Geçersizliği ve İptal Edilebilirliği.....	230
a-Arbuluculuk Sürecinde Yapılan Anlaşmanın Kesin Hükümsüz Sayılacağı Durumlar.....	233
aa-Arbuluculuk Siciline Kayıtlı Olmayan Bir Kişinin Arabuluculuk Sürecindeki Anlaşmayı Düzenlemesi.....	233
bb-Arbuluculuk Sürecinde Yapılan Anlaşmanın Taraflar ve Arabulucu Tarafından İmzalanmamış Olması.....	233
cc-Arbuluculuk Sürecinde Yapılan Anlaşmanın Kapsamındaki Hukuki Uyuşmazlıkların Arabuluculuğa Elverişli Olmaması.	236
dd-Yetkisiz Temsil.....	237
ee-Arbuluculuk Sürecinde Yapılan Anlaşmanın Kanunun Emredici Hükümlerine, Ahlaka, Kamu Düzenine, Kişilik Haklarına Aykırı veya Konusunun İmkânsız Olması.....	238

ff-Araboluculuk Sürecine Hakim Olan Temel İlkeler	
Uyulmaması.....	239
b- Anlaşma Belgesinin İptal Edilebilirliği.....	240
aa- Genel Olarak.....	240
bb- İrade Fesadı Halleri.....	244
cc- Aşırı Yararlanma.....	246
C-Son Tutanak.....	247
1-Anlaşma ve Anlaşmama Durumunda Son Tutanak.....	247
2-İşe İade Talepli Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Son Tutanak	252
XIII- Dava Şartı Arabuluculuğun Sona Ermesinin Hukuki Sonuçları.....	255
A-Dava Şartı Olarak Arabuluculuğun Sona Ermesinin Tarafların Dava Hakkına Etkisi.....	255
1-Araboluculukta Tarafların Salt Anlaşmadıkları Hususlarda Dava Açabilmeleri.....	255
2-Araboluculukta Tarafların Anlaştıkları Hususlarda Dava Açılammaması.....	256
B. Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Sürecinin Bitiminde Arabulucunun Yapması Gereken İşlemler.....	257
1- Arabulucunun Tutanak Düzenlemesi.....	257
2-Arabolucunun Arabuluculuk Sürecine İlişkin Belgeleri Saklama Yükümlülüğü.....	258
3-Arabolucunun Arabuluculuk Son Tutanağının Bir Örneğini Taraflara Verme Yükümlülüğü.....	258
4-Arabolucunun Arabuluculuk Son Tutanağının Bir Örneğini Genel Müdürlüğe Gönderme Yükümlülüğü.....	259
5- Arabulucunun Arabuluculuk Son Tutanağının Bir Örneğini Arabuluculuk Bürosuna Gönderme Yükümlülüğü.....	259
C-Araboluculuk Sürecinde Yapılan Anlaşmanın İcra Edilmesi.....	259
D-Dava Şartı Arabuluculuk Faaliyetindeki Ücret ve Yargılama Giderlerinden Sorumluluk.....	261
E-Bazı Beyan ve Belgelerin İleride Kullanılmaması.....	265
F-Son Tutanak Tarihi İtibariyle İşverenin Temerrüde Düşmesi.....	267
XIV- Dava Şartı Arabuluculuğun Hukuka Uygunluğu.....	270
A- Anayasa Hukuku, Hak Arama Özgürlüğü ve Adalete Erişim Hakkı Bakımından İMK Kapsamında Dava Şartı Arabuluculuk.....	270
B-Araboluculuk Hukuku Bakımından Dava Şartı Arabuluculuk.....	277
C-Usul Hukuku ve Takip Hukuku Bakımından Dava Şartı Arabuluculuk	279
1-Genel Olarak.....	279
2-Objektif Dava Birleşmesi.....	281
3-Belirsiz Alacak Davası.....	282

4-Tespit Davası.....	284
5-Karşı Dava.....	285
6-İtirazın İptali.....	286
D-İş Hukuku ve İş Hukukuna Özgü Uygulama Sorunları Bakımından Dava Şartı Arabuluculuk.....	287
1-İşçiyi Koruyucu Hükümleri Bakımından.....	287
2- İş Yargısının Norm Yaratma Sürecinin Engellenmesi.....	296
3-Dava Şartı Arabuluculuk ve Emredici Hükümler Arasındaki İlişki	300
a-İbraname ve Cezai Şart (TBK md. 420).....	302
b- Kıdem Tazminatı Tavanı.....	305
c- İşe Başlatmama Tazminatı ve Boşta Geçen Süreye Ait Ücreti	306
d- Hak Düşürücü Süreler.....	307
e-İşverenin Eşit Davranma Borcu/Ayrımcılık Yasağı.....	307
f- Sosyal Güvenlik Hakkından Vazgeçme.....	308
g. Asgari Ücret.....	309
SONUÇ.....	310
KAYNAKÇA	318

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ADR	: Alternative Dispute Resolution; Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Yöntemleri
ACAS	: Advisory, Conciliation and Arbitration Service (Danışma, Uzlaşma ve Tahkim Servisi)
ArbGG	: Arbeitsgerichtsgesetzes (Alman İş Mahkemeleri Kanunu)
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
C.	: Cilt
CPC	: Code de Procédur� Civile (Fransız Medeni Usul Kanunu)
Çev.	: Çeviren
E.	: Esas Sayısı
(Ed.)	: Editör(ler)
EEOC	: The Equal Employment Opportunity Commission-
E.T.	: Erişim Tarihi
Direktif	: Avrupa Konseyi ve Avrupa Parlamentosu’nun 2008/52/EC sayılı Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine ilişkin 21 Mayıs 2018 tarihli Direktif
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	: 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUAK Yönetmelik	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği
İş K.	: 4857 sayılı İş Kanunu
İİK	: İcra İflas Kanunu
İMK	: 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu
İ�HF�	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JAMS	: Judicial Arbitration and Mediation Services

K.	: Karar Sayısı
Med-Arb	: Mediation-Arbutration (Arabuluculuk-Tahkim)
MediationG	: Mediationsgesetz (Alman Arabuluculuk Kanunu)
md.	: Madde
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
STİSK	: 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
REDRESS	: Resolve Employment Dispute, Reach Equitable Solutions, Swiftly
RG	: Resmî Gazete
T	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TC	: Türkiye Cumhuriyeti
TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
UNCITRAL	: Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu
USPS	: United State Postal Service- Amerika Birleşik Devletleri Posta Hizmetleri
vd.	: ve diğerleri
Y.	: Yargıtay
ZPO	: Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usul Kanunu)

GİRİŞ

Sanayinin hızla geliştiği, nüfusun arttığı küreselleşen dünyada, bireylerin haklarını etkin şekilde kullanmalarının önündeki engellerin kaldırılmasını hedefleyen adalete erişim hareketi hukukla ilgili reformların temelini oluşturmaktadır. Kaynaklarda, adalete erişim hareketinin dünyada üç dalgadan ibaret olduğu belirtilmiştir. Birinci dalga, 1960'lı yıllar itibariyle adalete herkesin erişebilmesini sağlamak için adli yardım vb. kurumların düzenlenmesine ilişkindir. İkinci dalga, 1970'li yıllar itibariyle kolektif hak ve menfaatlerin sağlanması, örgütsel engellerin giderilmesi amacıyla, toplu dava imkânı tanınması vb. hususları gündeme getirmiştir. Üçüncü dalga ise mahkemelerin iş yükü anlamında yetersiz kalması nedeniyle arabuluculuğa da içeren mahkeme dışı uyuşmazlık yöntemlerinin tanıtılması ve geliştirilmesine ilişkindir.

Dünyada adalete erişim hareketine ilişkin yaşanan gelişmelere Türkiye'de uyum sağlamış, Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan Yargı Reformu Stratejisinde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulamada etkinliğinin genişletilmesi hedeflenmiştir. Bu bağlamda Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu¹, 22.06.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Arabuluculuk, HUAK md.2'de, tarafların bir araya gelerek birbirlerini anlamalarını ve böylelikle kendilerinin çözüm üretmesi için uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız bir üçüncü kişinin katılımıyla, sistematik teknikler uygulanarak, ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanımlanmıştır.

Hukuk sistemimize 2013 yılında dahil olmakla birlikte arabuluculuk oldukça eski bir geçmişe sahiptir. Latince “mediare” kelimesinden türemiş olan arabuluculuk ortada olmak anlamına gelmektedir. Tarihsel olarak Mısır, Babil, Asur, Roma İmparatorluğu gibi medeniyetlerde Afrika ve Amerika kıtalarında arabuluculuğa benzer yöntemlerle uyuşmazlıkların çözüldüğü bilinmektedir. Arabuluculuk, Uzak Doğu'da binlerce yıldır kullanılmakta olan uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden bir tanesidir. Modern arabuluculuğun kurumsallaştırılması Amerika Birleşik Devletleri'nde 1970'li yıllarda başlayan, İngiltere ve Avusturalya'da 1980'li yıllarda devam eden ve 1990'li yıllarda Avrupa Birliği ve Avrupa ülkelerinde yaygınlaşan bir hareketi tanımlar.

¹ RG 22.06.2012, S. 28331.

Dünya çapında yargı reformuna ilişkin yapılan çalışmalarda başta gelen sorunlardan biri, mahkemelerin iş yükünün çok fazla olması ve bu sebeple adalete erişimin gecikmesidir. Ülkemizde de özellikle iş yargısının hızlandırılması ve yargıdaki iş yükünün azaltılması için alternatif çözüm yollarına ilişkin düzenlemelerin yapılmasının isabetli olacağı düşünülmüştür. Bu amaçla 1 Ocak 2018 tarihinde kabul edilen yeni İş Mahkemeleri Kanunu'nda², dava şartı arabuluculuk ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. İMK md.3 uyarınca kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi ve işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak düzenlenmiş ve böylelikle *dava şartı arabuluculuk* kavramı hukuk literatürümüze girmiştir. İş sözleşmesinin zayıf tarafı olan işçinin işverene bağımlılığı yanında aldığı ücretin tek geçim kaynağı olması vb. hususlar değerlendirildiğinde işçilik alacaklarına veya işe iade talebine ulaşabilmek için dava açmadan önce arabulucuya gitme zorunluluğunun öngörülmesinin isabet derecesi ülkemizde ilgili tüm çevrelerce etraflıca tartışılmıştır.

Çalışmamızda, arabuluculuğun dava şartı haline gelmesinin arabuluculuk kurumunun ruhuna aykırı olup olmadığı, arabuluculuğun temel esası olan iradilik/gönüllülük ilkesi ile çelişip çelişmediği, anayasa hukuku, medeni usul hukukuna uygunluğu, iş hukukuna özgü uygulama sorunları bakımından dava şartı arabuluculuğun sakıncaları, yargının iş yükünü hafifletmek için doğru bir yöntem olup olmadığı, hangi tip arabuluculuğun (kolaylaştırıcı, değerlendirici, dönüştürücü) uygulanması gerektiği konusu, alt işveren-asıl işveren-işçi üçlü ilişkisinde dava şartı arabuluculuğun durumu, konunun arabuluculuğun anavatanı olan Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık gibi Anglo Sakson sistemindeki devletlerde, İtalya, Almanya, Fransa gibi Kıta Avrupası sistemindeki devletlerde ve Avrupa Birliği müktesebatlarında nasıl düzenlendiği, mevcut mevzuatın daha verimli olması ve uygulamadaki sıkıntıların giderilmesine yönelik nasıl değişiklikler yapılması gerektiği ile ilgili birçok soruya cevap aranmıştır.

“Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk” başlıklı doktora tezi çalışmamız dört bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri irdelenmektedir. İkinci bölümde arabuluculuk kurumu, amacı, prensipleri, türleri, arabulucu ve arabuluculuk sözleşmelerinin hukuki mahiyeti, arabulucunun hak ve

² RG. 25.10.2017, S.30221.

yükümlülükleri gibi konular incelenmiştir. İkinci bölümde belirtilen başlıklar altında Türk hukuku ve karşılaştırmalı hukuk birlikte işlenerek irdelenmiştir. Tezin “Mukayeseli İş Hukukunda Arabuluculuk” başlıklı üçüncü bölümde, başarılı deneyimleri olan yabancı devletlerin bireysel iş hukuklarındaki arabuluculuk uygulamaları incelenmektedir. Son olarak dördüncü bölüm olan “Türk İş Hukukunda Arabuluculuk” başlığı altında İMK kapsamında dava şartı arabuluculuk kavramına ilişkin konular yargı kararları da işlenerek ayrıntılı olarak irdelenmektedir.

Başlık itibari ile STİSK hükümlerine ilişkin incelemeler ve toplu iş hukukundaki olağan ve olağanüstü arabuluculuk kavramları tez kapsamı dışında bırakılmıştır. Tez konusu hem medeni usul hukuku hem de iş hukukunu ilgilendirdiği ve çalışmanın doktora tezi boyutlarını aşmaması için birinci ve ikinci bölümde karşılaştırmalı hukuk, dar kapsamda incelenmiştir.

Çalışmanın; mevcut düzenlemeler arasındaki ilişkiyi, uluslararası düzenlemeleri, güncel mevzuatı ele alarak, hukuk literatüründeki çalışmaları tamamlayıcı bir işleve sahip olması hedeflenmektedir. Doktora tez çalışmamızla, hukuk öğretisi tarafından kapsamlı olarak henüz ele alınmamış olan hususlara ışık tutmaya çalışılacak, karşılaştırmalı hukuk verilerinden yararlanılarak, kanun koyucuya yol gösterecek olan çözüm önerilerinde bulunulacaktır.

I. Bölüm

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

I- Genel Esaslar

Bir hukuki ilişkinin tarafları arasındaki uyuşmazlığın çözümü için anlaşılmadıklarında başvurulacak ilk ve asıl yol mahkemelerde dava açmaktır. Buna yargısal veya geleneksel usul denilmektedir³. Devlet, yargı erkini kullanarak bu görevini yerine getirir. Yargı, en genel ve kısa tanımıyla, soyut hukuk kurallarının, somut bir olaya uygulanması anlamına gelir. Bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından gerçekleştirilir⁴.

Özel hukukta her uyuşmazlığın çözümünün devletten beklenmesi mahkemelerin aşırı iş yükü ile karşı karşıya kalmalarına ve yargılamanın uzun süreye yayılmasına neden olabilir. Bu durum adil yargılanma hakkının bir unsuru olan makul sürede yargılanma hakkına⁵ aykırılık teşkil edebilir. Mahkemelerdeki yargılama için aşırı zaman ve para harcanması- artan yargılama giderleri, mahkemelerdeki aşırı iş yükü- yüzünden pek çok kişinin adalete ulaşamaması veya geç ulaşması alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin doğmasına zemin hazırlamıştır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin adalete erişilmesinde mahkemelere karşı tercih edilip edilmeyeceği, bu kapsamda hangi uyuşmazlık çözüm yönteminin tercih edilmesi gerektiği yönündeki tartışmalar zaman içerisinde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri lehine döndüğü ifade edilebilir⁶. Bir uyuşmazlık çözüm yönteminin bir

³ **Warbeck**, Johannes, “Alternative Dispute Resolution in the World of Business; a Comparative Analysis of the use of ADR in the United Kingdom and Germany, The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal, June 1998, s.108; **Özbay**, İbrahim, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.X, S.3-4, 2006, s.459.

⁴ Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı tarafından yayınlanan, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın md.9’da bu durum “Yargı yetkisi, Türk milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.” şeklinde ifade edilmiştir; **Konuralp**, Cengiz Serhat, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2011, s.124.

⁵ Adil yargılanma hakkının alt unsurlarında birinin makul sürede yargılanma hakkı olduğuna ilişkin Bkz. **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2006, s.227; Adil yargılanma hakkı ve alternatif uyuşmazlık çözümü ilişkisi hakkında Bkz. **İldır**, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), Ankara 2003, s.43 vd.; **Özbay**, s.459.

⁶ **Polat**, Melike, Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2019, s.54; **Deason**, Ellen E., “Procedural Rules for Complementary Systems of Litigation and Mediation-Worldwide, Public Law and Legal Theory Working Paper Series, No.22; Center for Law, Policy and Social Science Working Paper

diğerine tercih edilmesi, sadece yönteme hâkim olan olumlu özelliklerinden değil, taraflara kazandırdığı hususların farklılık arz etmesinden de kaynaklanmaktadır⁷. Taraflar çıkan uyuşmazlığı, kendi aralarında çözebildikleri gibi, bağımsız ve tarafsız üçüncü bir kişinin, arabulucu, hakem, uzlaştırmacı gibi bir sıfatla, kendilerine yardımcı olmasını da isteyebilirler. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin bir kere seçilmesi devlet yargısının tamamen dışlandığı anlamına gelmez. Alternatif uyuşmazlık yöntemleri tüketildikten sonra yargı yoluna başvurulması mümkündür.

Devlet yargısı, uyuşmazlık çözümü için en başarılı yollardan biri olup, klasik bir yöntemdir. Mahkemelerin dayandığı pozitif düzenlemelerin zorlayıcılığı vardır. Devlet yargısında dava yoluna başvurularak uyuşmazlık yargı yoluyla kesin olarak sonuçlanır ve aynı uyuşmazlık konusu ile ilgili bir daha devlet yargısında dava yoluna gidilemez. Uzun zaman alma ihtimali yüksek olsa da uyuşmazlığın tartışılmaz ve uygulanabilir bir kararla sonuçlanacağı kesindir⁸. Buna ilaveten, mahkemelerin aleni olması keyfiliği önler. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında ise, kapalı oturumlarla, pratik ve ekonomik bir çözüm sağlanması amaçlansa da görüşmelerin bir anlaşma ile sonuçlanacağı kesin olmayıp, kapalı kapılar ardında yapılan müzakereler, sürecin güvenilirliğini olumsuz yönde etkileyebilmektedir⁹.

Mahkemeler, çoğunlukla, çekişme üzerine kurulu bir mekanizma olup, taraflardan birinin uyuşmazlığı yargıya götürmesi yeterlidir. Olayın seyrine göre, taraflar kendi haklarının üstünlüğünü iddia ederek, yargılama için öngörülen usul çerçevesinde birbirleriyle mücadele ederler¹⁰. Genellikle uzun süren ve iki taraf için de maddi ve manevi anlamda maliyeti olan devlet yargılama süreci, taraflardan birinin adeta galip ilan edilmesiyle sonuçlanmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ise, tarafların rızası

Series, S.15, s.1; **Bradbeer**, Ronald/**Shackleton**, Steward, “The Only Alternative”, The Lawyer, S.15, 2005, s.17; **Plapinger**, Elisabeth / **Stienstra**, Donna, “ADR and Settlement in the Federal District Courts: A Sourcebook For Judges & Lawyers”, Joint Project of the Federal Judicial Center and the CPR Institute For Dispute Resolution, Washington DC 1996, s.3.

⁷ **Nomer**, Engin/**Şanlı**, Cemal, Devletler Hususi Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2005, s.462; **Polat**, s.54; **İldir**, s.22-23.

⁸ **Bingham**, Lisa Blomgren, “Employment Dispute Resolution: The Case for Mediation”, Conflict Resolution Quarterly, C.22, S.12, 2004, s.145-174. (Employment Dispute Resolution); **Polat**, s.54; **İldir**, s.22-23.

⁹ **Polat**, s.55; **İldir**, s.22-23; **Çetin**, Canan, Müzakere Teknikleri, 2. Baskı, İstanbul 2007, s.423.

¹⁰ **Klement**, Alon/ **Neeman**, Zvika, “Civil Justice Reform: A Mechanism Design Framework”, Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE), C.164, S.1, March 2008, s.52; **Polat**, s.55; **Ekmekçi**, Ömer/**Özekes**, Muhammet/**Atalı**, Murat/**Seven**, Murat, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, İstanbul 2019, s.2-4.

ile şekillenen pratik ve ekonomik bir yöntemdir ve mahkeme ile kıyaslandığında daha kısa bir sürede ve daha düşük maliyet ile çözülebilmektedir¹¹.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulması sonucunda elde edilen çözümler, sadece tarafları bağlamaktadır, konu edildiği somut olayla ilişkilidir ve çözüm anlaşmasının “emsal (res judicate)” teşkil etmesi mümkün değildir. Uyuşmazlığın aleni çözümlenmesinin tarafların menfaatine olacağı anlaşılırsa, mahkemenin tercih edilmesi daha isabetli olabilir¹². Örneğin iftiraya uğrayan biri kamu önünde aklanmak isteyebilir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ise aralarında uyuşmazlık bulunan tarafları ortak bir çözüme ulaşmaları için bir araya getirerek iletişim kurmalarını sağlayan tarafsız ve objektif konumda bulunan üçüncü bir kişinin tarafların sorunlarının çözümünü kendilerinin bulmasını sağladığı veya somut olayın koşullarına göre çözüm önerilerinin üretilmesine destek verdiği, mahkemelere alternatif olan, gönüllülük esasına dayalı yolların bütünüdür. Bu yöntemler, ilişkilerin tamamen kopmadan sürdürülmesi, adil bir karardan ziyade her iki tarafı da tatmin edici bir çözüme ulaşılmasını hedeflemektedir¹³.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, tarafsız bir üçüncü kişinin uyuşmazlığın çözümlenmesine katkıda bulunduğu, devlet mahkemelerinde yürütülen dava yolunun yanında işleyen¹⁴, mahkemeye başvurulmasını engellemeyen, uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak tanımlanabilir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının karakteristik özellikleri; gönüllü katılım, bağlayıcı olmayan tavsiyelerde bulunma ve taraf ya da tarafların tatmin olmaması halinde tarafların yargıya başvuru hakkının bulunması olarak sayılabilir. Alternatif uyuşmazlık

¹¹ **Polat**, s.55; **Çetin**, s.426; **Hibberd**, Peter/**Newman**, Paul, ADR and Adjudication in Construction Disputes, Blakwell Science, London 1999, s.135; **Costello**, Edward, J., “To Mediate or Not To Mediate”, Arbitration and Dispute Resolution Law Journal, C.7, 1998, s.27; **Kekeç**, Elif Kısmet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara 2016, s.13; **Şahin Ceylan**, Şule, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul 2009, s.3.

¹² **Costello**, s.29; **Sternlight**, Jean R., “Is Alternative Dispute Resolution Consistent with the Rule of Law? Lessons from Abroad”, De Paul Law Review, C.59, 2006, s.569-570; **Polat**, s.55.

¹³ **Tanrıver**, Süha, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBB Dergisi, S. 64, 2006, s.151; **İldır**, s.30; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 721; **Yıldırım**, Mehmet Kamil, “İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında”, Prof. Dr. Yavuz Alango’ya için Armağan, C.1, S.1, 2007, s.337.

¹⁴ **Özbay**, s. 460; **Warbeck**, s. 109; **İldır**, s.30.

özüm yöntemleri tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri ve kamu düzeninden sayılmayan uyuşmazlıklar için geçerlidir¹⁵.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları tarafları çözümün bir parçası haline getirir. Gizlilik ilkesi gereğince, tarafların ilişkilerinin daha fazla yıpranmadan devam edebilmesine imkân sağlanır. Daha hızlı ve daha az masrafla uyuşmazlıklar çözümüne ulaştırılır. Her iki tarafı da memnun eden bir çözümüne ulaşılması, kazan-kazan ilkesinin benimsenmesi ve niteliğİ itibari ile yaratıcı çözümlere imkân veren esnek bir yapısının olması alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin olumlu yönleri olarak sayılabilir¹⁶. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin olumsuz yönleri de mevcuttur¹⁷. Bunların başında yöntemin zorlayıcı olmaması gelir. Bu sebeple ihtilafın çözümünde başarıya ulaşamadığında zaman, enerji ve mali kayıp yaşanabilir. Taraflar bazen görüşmeler sırasında tüm kozlarını açığa vurabilirler ve anlaşmama durumunda mahkeme önünde dezavantajlı konuma düşebilirler. Taraflar arası güç dengesizliğı ihtimali ise bir diğerk olumsuzluktur. Uyuşmazlığın taraflarından birinin görüşmeler sırasında duygusal davranarak kendisi için uygun olmayan bir anlaşmayı imzalaması söz konusu olabilir¹⁸. Tarafın alacağına hızlı kavuşma ihtiyacı, mahkeme sürecini bekleyemeyecek olması, ekonomik güçsüzlük durumu, uzun yıllar bağımlı çalışması sebebiyle psikolojik olarak kendini eşit hissetmemesi gibi nedenler de buna sebep olabilir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, işbirliğini teşvik eder¹⁹. Bu yöntemleri kullanmayı tercih etmek, işyerinde ilişkilere verilen zararı, üretkenlik kaybını, işyerinde psikolojik tacizi azaltır çünkü arabuluculuk ilişkileri korumaya çalışır; zamandan ve paradan tasarruf sağlar, devam eden ilişkilerin korunmasına ve geliştirilmesine yardımcı

¹⁵**Tanrıver**, s.152; **Özbek**, Mustafa, “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk”, Ankara Barosu Dergisi, 2001, C.3, s.115.

¹⁶**Pekcanıtez**, Hakan, “Alternatif Uyuşmazlık özümleri”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.5, 2005, s.14; **İldir**, s.61-64; **Özbek**, Md.35/A, s.164; **Tanrıver**, s.158.

¹⁷ **Akan**, Pınar, Arabuluculuk ve Deniz Hukuku’na İlişkin İhtilaflarda Kullanılması, Ankara 2013, s. 37-45; **Kovach**, Kimberlee K., Mediation, Thomson West, 2003, s. 37-38.

¹⁸**Akan**, Pınar, Deniz Hukuku’nda Alternatif özüm Yolları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.18, S.2, 2012, s.471.

¹⁹**Varma**, Arup / **Stallworth**, Lamont, “The Use of Alternative Dispute Resolution Mechanisms in the Workplace: An Empirical Study”, Journal of Alternative Dispute Resolution in Employment, S. 2000, s.71.

olur; gizlilik sağlar ve katılımcıların uyuşmazlık çözüm sürecine katkıda bulunmasına fırsatı verir²⁰.

Mahkeme yargılamalarının taraflar arasındaki gerginliği artırması ve hukuksal ilişkilere zarar vermesi, uyuşmazlıkların çözülmesi için çeşitli alternatif yöntemler geliştirilmesine yol açmıştır²¹. Tahkim, uzlaştırma, müzakere ve arabuluculuk alternatif uyuşmazlık yöntemlerinin birkaçıdır.

II- Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri

A-Tahkim

Tahkimin bir alternatif çözüm yolu olup olmadığı doktrinde tartışılmıştır. Doktrinde bir görüş tahkimin yapısal özelliği itibariyle alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olduğunu ve devlet yargısından farklılık arz ettiği belirtilmektedir²². Bazı yazarlar, tahkimi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına nazaran devlet yargısına rakip olmayan²³, daha uyumlu bir seçenek olarak görmekte²⁴ ve tahkimi alternatif uyuşmazlık yollarından saymamaktadır²⁵. Bu görüşe göre; tahkim özel bir yargılama yöntemidir ve alternatif çözüm yöntemleri arasında değerlendirilmez. Zira, tahkimde hakem devlet yargısında olduğu gibi tarafları bağlayıcı bir karar verir, taraflar arasında uzlaşma sağlama çabasına girmez²⁶. Bu yönüyle tahkim devlet mahkemelerinde cereyan eden

²⁰ Varma/Stallworth, s.79.

²¹Özbek, Mustafa, “Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 51, S. 2, 2002, s.121.

²² Deason, s.1; Polat, s.54; Bradbeer/Shackleton, s.17; Ildır, s.57.Şahin, Tuğçem, “İş Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Alternatif Yöntemler”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2017, s.39.

²³ Ball, Markham, “ADR in International Transactions”, International Financial Law Review, C.8, 1989, s.21; Polat, s.26; Göksu, Mustafa, Civil Litigation and Dispute Resolution in Turkey, (Dispute Resolution), Türkiye İş Bankası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2016, s.245-270. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, mahkemelere rakip ve ona ikame bir sistem olmayıp, tam tersine, devlet yargısına paralel gelişen etkin ve barışçıl bir hukuksal koruma yöntemidir. Bkz. Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları, s.155

²⁴ Konuralp, s.37; Ball, s.23; Nottage, Luke, “Is International Commercial Arbitration ADR?”, The Arbitrator Mediator, S.21, No.1, May 2002, s.92; Polat, s.55; Şahin, 39; Ildır, s.58.

²⁵ Ildır, s. 27; Ekmekçi vd. s.11; Kekeç, s. 22.

²⁶ Konuralp, s.129; Tanrıver, “Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, s.171(Arabuluculuk Tasarısı); Pekcanitez, s.15; Kurt, Resul, “İş Yargısında Arabuluculuk”, TBB Dergisi, S.135, 2018, s.412.

yargılamanın yerine ikame edilen ve ona nazaran istisnai bir yol konumundadır ve devlet yargılamasının barındırdığı bazı olumsuzlukları taşır²⁷.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde belirleyici olan gönüllük, sürecin esnek şekilde yönetilmesi, taraf iradesinin baskın olması gibi özellikler tahkimde zayıflamaktadır. Tahkimi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olarak sayan görüşe göre tahkim yolu devlet yargısından farklıdır ve hakemler teknik anlamda mahkeme gibi yargı organı değildir²⁸. Tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözümü birbiri içine geçmiş kavramlardır²⁹. Kanaatimizce, tahkim, tahkim kararlarının denetiminde devlet yargısının devreye girmesi sebebiyle bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Tahkim, devlet yargısından farklıdır.

Tahkim; özel irade beyanlarıyla bir hukuk düzeni içerisinde karar verme yetkisinin mahkeme yerine resmi olmayan organlara, bir veya birden çok hakeme, havale edilmesi³⁰ veya kanunun tahkim yoluyla çözümlenmesine izin verdiği konular çerçevesinde, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların devlet yargısında çözümlenmesi yerine, hakemler aracılığı ile çözümlenmesi konusunda tarafların anlaşmaları³¹ şeklinde ifade edilebilir. Tahkimde yapılacak yargılama sonunda, devlet eliyle yargılamada olduğu gibi, tarafları bağlayan ve taraflar arasındaki uyuşmazlığı gerçek anlamda çözen, maddi anlamda kesin hüküm oluşturan bir hüküm ortaya çıkar³². Tahkim sonucu verilen karar, devlet yargısında olduğu gibi, uyuşmazlığın tarafları açısından bağlayıcı niteliktedir³³. Tahkim de, devlet yargısında olduğu gibi, kararın oluşumu taraflara bırakılmaz³⁴.

²⁷ Tahkimde yargılama masrafları yüksektir., karar almak uzun zaman sürebilir, kararın tasdik veya tenfizi için devlet yargısına başvurulması zaman kaybına yol açar. Bkz. **İldır**, s.27; **Konuralp**, s.129; **Akıncı**, Ziya, Milletlerarası Tahkim, 2. Bası, Ankara 2007, s.100.

²⁸ **Kaplan**, Yavuz, “Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısına Eleştirel Bir Bakış”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 2008, C.28, S.1-2, s. 120; **Özbek**, Mustafa, Serdar, “Avrupa Birliği’nde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü” TBBD, S.68, 2007, s. 211-213.

²⁹ **Domke**, Martin, Commercial Arbitration, Foundation of Law in a Bussiness Society, New Jersey 1965, s.3; **Polat**, s.87; **İldır**, s.58.

³⁰ **Nomer**, s.462; **Polat**, s.53.

³¹ **Akıncı**, s.29; **Polat**, s.54; **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Değiştirilmiş 18. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2007, s.845; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.642.

³² **Polat**, s.54. **Göksu**, Arabuluculuk–Uzlaştırma, s.116; **Göksu**, Dispute Resolution, s.245-270.

³³ **Ball**, s.21; **Polat**, s.57; **Costello**, s.25; **Mattli**, Walter, “Private Justice in a Global Economy: From Litigation to Arbitration”, The Rational Design of International Institutes, (Ed.) **Koremenos**, Barbara, **Lipson**, Charles, **Snidal**, Duncan, Cambridge University Press, New York 2004, s. 160.

³⁴ **Akıncı**, Ziya, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, BATİDER, C. XVIII, S.4, 1996, s. 100; **Polat**, s.57; **İldır**, s.59; **Deason**, s. 1.

Tahkim, devlet yargısında olduğu gibi menfaati baz almayan, objektif kurallara göre yürütülen bir yargılama sürecidir³⁵.

Tahkimin devlet yargısıyla paralel bazen ona rakip olarak gelişen özelliklerinden biri, hakemlerin devlet yargısının aksine uygulanacak hukuki rejim konusunda hareket kabiliyetinin bulunması, mahkemelerin, hakemlere nazaran daha fazla iş yükünün olması nedeniyle, tahkim yargılaması daha akıcı bir şekilde ilerler. Bir diğer özellik, uyuşmazlığın tahkimde çözülmesinin daha profesyonel sonuçlar doğurmasıdır. Devlet yargısında bilirkişiye gidilerek uzman kişilerin bakış açıları ölçüsünde hâkimin uyuşmazlığı çözdüğü görülürse de tahkimde taraflar uyuşmazlığın ilk elden uzman kişilerce çözülmesi imkanına sahiptirler³⁶.

Tahkimde, hakem veya hakemleri seçme, tahkim usulüne uygulanacak hukuk, yargılama dili, yargılamanın yapılacağı ülkeyi belirlemek suretiyle, en başından itibaren taraflara süreç üzerinde etkili olma olanağı tanınmıştır³⁷. Tahkim, tarafsızlık, pratik çözümler sunabilme, uyuşmazlığın çabuk çözüme kavuşturulması ve taraf inisiyatiflerine³⁸ yer verilmesi gibi özellikleri nedeniyle milletlerarası ticaretten kaynaklan uyuşmazlıkların çözümünde ayrı bir öneme sahiptir. Ancak, çok taraflı ve karmaşık uyuşmazlıklarda tahkimin faydalı sonuçlar doğurmayacağı, ekonomik ve pratik olamayacağı da öngörülmüştür. Tahkimin örneğin tanıkları duruşmada bulunmalarını veya keşif yapılmasını zorlamak, tarafların malvarlıklarının hareketlerini izlemek, kontrol etmek, gibi durumlarda icrai güçten yoksun olduğu ifade edilmiştir³⁹.

Tahkim, aralarında isim benzerliği olan hakem-bilirkişiden farklıdır. Hakem-bilirkişi, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmeyen, fakat taraflar arasındaki uyuşmazlığı devlet yargısı veya tahkime götürmeleri halinde, hazırladığı raporun taraflar ve hâkim veya hakemi bağladığı bir kişidir⁴⁰. Hakem-bilirkişi, bir uyuşmazlık çözüm yolu değil,

³⁵ **Polat**, s.57; **Meessen**, Karl, M., “International Investment and Dispute Settlement”, Conflict Resolution in International Trade: A Symposium, (Ed.) **Friedmann** Daniel/ **Mestmacker**, Ernst Joachim, 1993, s.113; **Solum**, Lawrence, B., “Procedural Justice”, Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Research Paper, S.04, 2004, s.9.

³⁶ **İldır**, s.59; **Polat**, s.58; **Şahin**, s.3; **Konuralp**, s.127; **Çengel**, İlkyaz, “Arbuluculuk ve 7036 Sayılı Kanun Kapsamında İş Hukukunda Zorunlu Arbuluculuk”, İzmir Ekonomi Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2020, s.12.

³⁷ **Polat**, s.58; **İldır**, s.60; **Aufses**, Arthur, H., Litigation, C.16, S.3, 1990, s.34.

³⁸ **Akıncı**, s.97; **Polat**, s.61; **Konuralp**, s.37.

³⁹ **Ball**, s.21; **Polat**, s.61; **İldır**, s.59.

⁴⁰ **Göksu**, Arbuluculuk–Uzlaştırma, s.116.

bir delil sözleşmesi türüdür. Hakem-bilirkişi dava sonucu hakkında karar vermez, davanın konusu olan vakıa hakkında bağlayıcı bir rapor hazırlar⁴¹.

Tahkimin, iradi ve mecburi olmak üzere, iki türü bulunmaktadır. İradi tahkim tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir uyuşmazlığın iradi olarak hakemde çözümlenmesi yöntemidir⁴². Mecburi tahkim ise kanun gereğince tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir uyuşmazlığın tarafların özgür iradesinden ötürü değil kanun nedeniyle mahkeme yerine hakemde görülmesidir⁴³.

İradi tahkim ile ilgili iç tahkim ve milletlerarası tahkim olmak üzere iki düzenleme söz konusudur. Türk kanun koyucusu, tahkimin yabancılık unsuru içerip içermemesine göre bir ayırıma giderek, tahkim konusunda iki genel düzenleme yapmıştır. Herhangi bir yabancılık unsuru içermeyen uyuşmazlıklar iç tahkim kurallarına tabi iken, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar milletlerarası tahkim kurallarına tabidir⁴⁴.

Tahkim faaliyetinin bir kurumun gözetiminde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine göre kurumsal tahkim- geçici tahkim (*ad hoc*) olarak sınıflandırılır. Kurumsal tahkim, kuralları önceden belli olan ve bu sebeple de geçici tahkime göre kuralların daha az esnetilebildiği ve hakemin belirlenmesi usulünün de ayrıca düzenlenmiş olduğu bir tahkim çeşididir. En bilinen tahkim kurumları; Milletlerarası Ticaret Odası (ICC), İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC), Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB), Spor Tahkim Mahkemesi (STM) gibi kurumlardır⁴⁵. Geçici tahkim ise tarafların arasındaki uyuşmazlığın kendi belirledikleri hakemler vasıtasıyla çözümlenmesidir.

⁴¹ **Göksu**, Arabuluculuk–Uzlaştırma, s.116; **Şahin**, s.41.

⁴² Tahkim, özü itibari ile ihtiyari bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Taraflar mahkeme eliyle çözülebilecek bir konuda, uyuşmazlık doğmadan öncesinde veya sonrasında yapacakları bir anlaşma ve kendi istekleriyle, mahkeme yerine hakeme başvurmayı kabul ederler. Esasen tahkim konusundaki düzenlemelerin çoğu, ihtiyari tahkim üzerine yapılmıştır. Bkz.**Göksu**, Arabuluculuk–Uzlaştırma, s.119; **Göksu**, Dispute Resolution, s.244-270).

⁴³ Bu husus ülkemizde 3533 sayılı Mecburi Tahkim Kanunu’nda düzenlenmiştir. **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Arabuluculuk Sözleşmeleri, 2. Bası, Ankara 2021, s.5.

⁴⁴ **Göksu**, Arabuluculuk–Uzlaştırma, s.120; **Kılıçoğlu**, Arabuluculuk Sözleşmeleri, s.6; **Konuralp**, s. 294; **Göksu**, Dispute Resolution, s.34.

⁴⁵ **Göksu**, Arabuluculuk–Uzlaştırma, s.118; **Göksu**, Dispute Resolution, s.33; **Konuralp**, s.139.

B-Müzakere

“Bir konuyla ilgili görüşme, danışma”, iki veya daha çok kişi arasında bir anlaşmaya varmak için kurulan ilişkiler bütünü” olarak da tanımlanan müzakere, herhangi bir uyuşmazlık nedeniyle karşı karşıya gelen tarafların bunu çözmek için yürüttükleri stratejik iletişimi ifade eder⁴⁶. Bu iletişimin hangi araçlarla sağlandığı önemli değildir. Önemli olan tarafların düşünce ve taleplerini açık biçimde yansıtması ve uyuşmazlığın çözümünde etkin bir rol oynamasıdır⁴⁷. Uyuşmazlığın, geri dönülmesi güç bir aşamaya taşınmadan çözülmesi amaçlanmaktadır. Müzakere uyuşmazlığın taraflarına süreci ve sonucu denetleme imkânı vermektedir⁴⁸. Bu denetim imkânı, müzakerenin uyuşmazlığın ortaya çıkmasından itibaren erken bir safhayı temsil eder. Uyuşmazlığın sürdürülmesinden kaçınma ihtimalinin halen mevcut olması ve bu olasılığın etkisiyle, üçüncü kişinin müdahalesine henüz gerek duyulmaması müzakerenin önemli unsurlarındandır⁴⁹. Müzakerelerde taraflar arasındaki görüşmelere kural olarak üçüncü kişi dahil olmaz. Taraflar doğrudan ya da temsilcileri aracılığıyla görüşebilirler; ancak görüşmeye üçüncü kişi katılmaz⁵⁰.

Müzakere, herhangi bir konuda anlaşmazlığa düşen tarafların, karşılıklı görüşmeler yoluyla bunu çözmeleri veya anlaşmazlıklara ilişkin genel bir sözleşme hazırlamaları amacına dayanır. Tüm uyuşmazlık türlerine ve sözleşme çeşitlerine rahatlıkla uygulanabilen müzakereye bir bütün olarak bakıldığında, mücadelec ve sorun çözücü olmak üzere iki yönünün bulunduğu söylenebilir. Mücadelec oluşu, tarafların, sınırlı bir kaynağı nasıl bölüşeceklerine aralarında karar vermeleri ve menfaatlerinin paylaşılması esasına; sorun çözücülüğü ise her tip uyuşmazlığın giderilmesinde rahatlıkla uygulanabilmesine dayanır⁵¹.

⁴⁶ Ekmekçi vd. s. 12; Şahin Ceylan, s.296.

⁴⁷ Kermit L. Hall/Whitebread, Charles H./Gillman, Howard/Dudziak, Mary L./Talley Eric; (Ed.), The Oxford Companion to American Law, Oxford University Press, New York 2002, s.588; Şahin Ceylan, s.297.

⁴⁸ Fletcher George, P./Sheppard, Steve, American Law in Global Context The Basics, Oxford University Press, Oxford 2005, s.522; Şahin Ceylan, s.297.

⁴⁹ Kermvd., s.621; Şahin Ceylan, s.297.

⁵⁰ Ekmekçi vd., s. 12; Kaplan, s. 117, vd.

⁵¹ Riskin, Leonard, L./Westbrook, James, E./Guthrie, Chris/Reuben, Richerd, C./Robbennolt, Jennifer, K./Welsh, Nancy, A., Dispute Resolution And Lawyers, Genişletilmiş 5. Baskı, West Academic Publishing 2014, s.4, 113, 115, 116; Şahin Ceylan, s.298; Göksu, Dispute Resolution, s. 279.

C-Uzlaştırma ve 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu Md. 35/A Düzenlemesi

Uzlaştırma (*conciliation*) taraflar arasındaki müzakerelerin devamı sırasında tarafsız üçüncü kişinin müdahalesini anlatan bir usul⁵² ya da tarafsız bir üçüncü kişinin yardımıyla taraflar arasındaki uyuşmazlığa çözüm bulmaya yönelik iradi bir süreç olarak tanımlanabilir⁵³.

Uzlaştırıcı, tarafların taleplerini ve içinde bulundukları durumu değiştirmek, tarafları aydınlatmak ve birbirlerini anlamalarını sağlamak suretiyle onları bir araya getirmeye ve uzlaştırmaya çalışır. Uzlaştırıcının bu girişimlerinde baskı ve zorlama olmadığı gibi, taraflar uzlaştırıcıyı bu yetkiden mahrum da bırakabilir. Ancak, uzlaştırmada tahkimden farklı olarak uzlaştırıcının tarafları bağlayacak bir hüküm vermesi veya taraflara uymak zorunda oldukları bir çözüm şeklini empoze etmesi imkânsızdır⁵⁴. Türk (özel) hukukunda uzlaşmaya ilişkin herhangi bir kanuni düzenlemeye yer verilmemiştir⁵⁵.

19.03.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 02.05.2001 tarihli 4667 sayılı Kanun'un 23. maddesi⁵⁶ ile Avukatlık Kanunu'na 35/a maddesi eklenmiştir⁵⁷. Anılan maddeye göre, avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış

⁵² **Özbek**, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C.1-2, 4. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2016, s.872; Bazı kaynaklarda uzlaştırma alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında değerlendirilmemektedir. Bunun nedeni uzlaştırmanın ayrı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmadığı, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin amacını oluşturduğu düşüncesidir. Çözüm yöntemi ne olursa olsun, uyuşmazlıkların çözümü tarafların uzlaşmalarında yatar ve bir alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemi olarak “uzlaştırma”, tüm uyuşmazlık çözümü yöntemlerinin amacıdır ve bu nedendir ki bazı yazarlar uzlaştırmayı ayrı bir uyuşmazlık yöntemi olarak tanımlamaz. Bkz. **İldır**, s. 77-78; **Aaron**, Benjamin, Labor Courts and Grievance Settlement Western Europa, University of California Press, Berkeley, Los Angeles 1971, s.1.

⁵³ Uzlaşma ve uzlaştırma kavramlarının kullanımın da bazen karışıklıklar çıkabilmektedir. Uzlaşma sulh anlamına gelir ve üçüncü bir kişinin çabası uzlaşmada gerekli değildir. Uzlaştırmada ise uzlaştırıcı olan üçüncü kişinin varlığı ve çabası gereklidir. Bkz. **Dür**, Orhan, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Adalet Yayınevi, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2018, s. 34.

⁵⁴ **Çelik**, Nuri, İş Hukukunda Uzlaştırma ve Arabuluculuk, İstanbul 1973, s.18; **Gladstone**, Alan, Voluntary Arbitration of Interest Disputes, International Labour Office, Genova 1984, s.2.

⁵⁵ **Bolayır**, Nur, “Fransız Hukuku’nda Uyuşmazlıkların Dostane Çözüm Yolları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.2, 2016, s.156.

⁵⁶ RG 10.05.2001, S. 24398.

⁵⁷ **Taşpolat Tuğsavul**, Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012, s.69. Avukatlık Kanunu md.35/A düzenlemesi ülkemizde arabuluculuk yönteminin tanınması ve geliştirilmesi açısından önem arz eder, arabuluculuk yöntemine çok benzer. Bu açıdan bakıldığında Avukatlık Kanunu md.35/A önem arz eden bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. **Taşpolat Tuğsavul**, s.72; **Özbek**, s.750; **Sungurtekin Özkan**, Meral, “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2005, S.2, s.358.

olsa da henüz duruşma başlamadan önce, kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleri ile istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleri ile birlikte, karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar, ilam niteliğindedir.

Türkiye Barolar Birliği Uzlaşma Sağlama Yönetmeliği'nde⁵⁸ avukatların yalnızca tarafları uzlaşmaya davet edebilecekleri belirtilmiş olup, avukatın bir uzlaştırmacı gibi taraflara çözüm önerisi sunabileceği belirtilmemiştir⁵⁹. Öte yandan, Avukatlık Kanunu md.35/A'daki düzenlemenin avukatlara taraflara uzlaştırmaya davet etme yetkisi verdiği, avukatların re'sen anlaşma tanzim edebilecekleri ifade edilerek de avukatlara arabuluculuk sıfatını haizmiş gibi işlemde bulunma yetkisi verildiği de doktrinde ifade edilmektedir⁶⁰.

Avukatlara dava dışında çözüm konusunda yetki verilmesi, avukatlık mesleğinin amacına da uygundur. Avukatlık Kanunu md.2/1'e göre, avukatlığın amacı hukuki münasebetlerin düzenlenmesi, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasının yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişiler, kurul ve kurumlar nezdinde sağlanmasıdır. Avukat yalnız taraf temsilcisi olmayıp, aynı zamanda adaletin gerçekleştirilmesi için yargılama faaliyetine katılan kişidir ve uyuşmazlıkların çözümü konusunda yetkilidir⁶¹. Avukatların mesleki sorumluluklarından biri de uyuşmazlıkların

⁵⁸ R.G., 14.04.2017, S.30038

⁵⁹ **Ildır**, s.143; **Özbay**, s.397; **Aras**, Bahattin, "Avukatlık Kanunu 35/A Maddesi Uyarınca Avukatların Uzlaşma Sağlama Yetkisi ve Uygulanabilirliği", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, 2009, S.32, s.132; **Taşpolat Tuğsavul**, s.70; HUAK'ın kabulünden sonra avukatlık mesleği ve arabuluculuk mesleği arasındaki farklar daha da belirgin hale gelmiştir. Arabuluculuk kurumunun ilk tanıtıldığı zamanlarda Avukatlık Kanunu md.35/A ve HUAK karşılaştırılması etraflıca tartışılmıştır. Bkz. **Karacabey**, Kürşat, Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, S.1, 2016, s. 460 vd.

⁶⁰ Böylelikle avukat olarak arabulucu sıfatı haizmiş gibi faaliyette bulunmaya teşvik edilmiş, avukatların arabulucu olma durumu da normatif bir düzenleme haline getirilmiş olduğunu belirten yazarlar mevcuttur. Bkz. **Özbek**, Md. 35/A, s.129; **Taşpolat Tuğsavul**, s.70; Fransız Hukuku'ndaki tarafların ve avukatların katılımıyla uyuşmazlığın çözüm yöntemi Türk Hukuku'ndaki Avukatlık Kanunu md.35/A maddesinde düzenlenmiş olan avukatın uzlaşma sağlama yetkisine benzemektedir. Fransız Hukuku'nda tarafların aralarında yaptıkları anlaşmanın icrai nitelik kazanabilmesi için hakimın onayına sunulması gerekmektedir. Bkz. **Bolayır**, s. 170-171.

⁶¹ **Sungurtekin Özkan**, Meral, Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 2. Bası, İzmir 1999, s.107; **Güner**, Semih, Avukatlık Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2021, s.102; **Taşpolat Tuğsavul**, s.70.

çözümü konusunda kanunların çizdiği sınırlar çerçevesinde hukuki imkân ve araçlardan faydalanarak, yargının işini hafifletmektir. Bu yönüyle anılan düzenleme, avukatları arabulucu haline getirmemekte, avukatların uzlaştırma yetkisinin altını çizmektedir.

Avukatların müzakere teknikleri hususunda bilgili ve becerikli olmaları önemlidir. Müzakere teknikleri de aynı zamanda çatışma dozunu azaltmayı amaçladığından, müzakere sırasında avukatın yaklaşımının yapıcı olması gereklidir. Aksi takdirde, bir araya gelen tarafların ve avukatların tutumları aynı mahkemelerdeki gibi çekişme ortamı yaratabilir⁶². Uzlaşma metni taraflara imzalatılır. İki tarafın avukatlarının da imzaladığı uzlaşma tutanağı ilam hükmünde sayıldığı için, ifa ile yükümlü taraf aleyhine ilamların icrası hakkındaki hükümlere göre takibe konulacaktır⁶³.

Avukatlık Kanunu md.35/A düzenlemesine benzer bir düzenleme Alman Hukuku'nda mevcuttur. Alman Medeni Usul Kanunu ZPO md.796'da, uyuşmazlıkların mahkeme dışında çözümünü desteklemek ve mahkemelerin işgücünü azaltmak maksadıyla avukatlara kural olarak maddi hukuka ilişkin her talep için icra edilebilir bir sulh sözleşmesi yapma imkânı verilmiştir. Bu sözleşme, uyuşmazlıkların anlaşma yoluyla yargılama içinde veya yargılama dışında, ya da tahkim yargılamasında çözümüne hizmet eder⁶⁴.

Başvurunun isteğe bağlı olması, uzlaşma şansının tükenmesinden sonra avukatlara başvurulması, uyuşmazlığın taraflarının birbirini cezalandırma arzusu, taraflar arasındaki temel uyuşmazlık noktalarının tespit edilmeden uzlaşma yoluna başvurulması, avukatların uzlaşmaya bakış açıları, müzakere teknikleri konusundaki bilgi birikimi ve tecrübesi ile uyuşmazlığın dava yoluyla çözümlenmesini getireceği maddi menfaatin uzlaşmadan elde edilecek menfaatten fazla olacağı inancı Avukatlık Kanunu'nu md.35/A'nın etkin olarak uygulanmamasının nedenleri olarak belirtilebilir⁶⁵.

⁶² **Demir** Şamil, “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesinin Uygulanması Sorunu ve Çözüm Önerileri”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, 2008, S.18, s.196; **Taşpolat Tuğsavul**, s.71; **Aras**, s.141.

⁶³ **Ulukapı**, Ömer, “Avukatlık Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair 4667 Sayılı Kanun’la Getirilen ‘İlam Niteliğinde Belge’ Üzerine İnceleme”, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, İstanbul 2003, s.452; **Sungurtekin Özkan**, Uzlaşma Sağlama, s.360; **Taşpolat Tuğsavul**, s.71.

⁶⁴ **Rosenberg**, Leo/**Schwab**, Karl Heinz/**Gottwald**, Peter, Zivilprozessrecht, Münih 2010, s.744-745; **Musielak**, Hans Joachim, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Münih 2005, s.2025; **Taşpolat Tuğsavul**, s.71; **Thomas**, Heinz/**Putzo**, Hans, Zivilprozessordnung, Verlag C.H. Beck, Münih 2009, s.1059.

⁶⁵ **Demir**, Madde 35/A, s.194-198; **Aras**, s.140-142; **Yılmaz**, s.848; **Taşpolat Tuğsavul**, s.72; **Sungurtekin Özkan**, Uzlaşma Sağlama, s.363. **Özbek**, s.750.

Avukatlık Kanunu md.35/A’da, taraflar arasında uzlaşma sağlanmasının belirli bir zaman içinde gerçekleşmesi öngörülmektedir. Uyuşmazlıkla ilgili davanın açılmadığı veya açılmış olsa bile henüz ilk duruşmanın yapılmadığı aşamada uzlaşma görüşmesi yapmaya yönelik iradenin ortaya konulması gerekmektedir. “Duruşma başlamadan önce” ibaresi zaman olarak baz alınması gereken ölçüdür. Bu ifadenin davanın açılmadığı bir dönemi, ya da açılmış ve mahkeme tarafından duruşma günü tayin edilmiş ise, bu ilk duruşma tarihinden önce olarak anlaşılması gerekir. Dava açılmış bile olsa, henüz ilk duruşma öncesinde yapılan başarılı bir uzlaşma sayesinde gereksiz yargılama masrafı yapılmamış olacak⁶⁶ ve zaman kaybı en aza indirgenecektir.

Davanın açılması ile ilk duruşma günü arasında uzlaşmanın sonuçlandırılması mümkün olmayabilir⁶⁷. İlk duruşma gününde de taraflar arasında halen müzakereler devam etmekte ise, tarafların mahkemeye sunacakları uzlaşma müzakerelerinin hala sürmekte olduğuna ilişkin beyanı doğrultusunda duruşma ertelenmelidir⁶⁸. Doktrinde md.35/A anlamında uzlaşma için zaman sınırlandırılması getirilmesinin isabetli olmadığını, dava sona erinceye kadar avukatların yetkisinin devam ettirilmesi gerektiği yönünde görüşler mevcuttur⁶⁹. Davanın görülmesi esnasında, avukatın yetkisi olmadan, tarafların anlaşmaya varması durumunda bu anlaşma mahkeme içi sulh olarak nitelendirilebilir. Kanaatimizce, önemli olan tarafların uzlaşmasıdır. Derdest dava sırasında düzenlenecek uzlaşma tutanağının ilam niteliğindeki belgelerden sayılmasının dava için bir sakınca oluşturmayaacağına ve bu durumda mahkeme tarafından “esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına” karar verilerek davanın sonuçlandırılabilmesine ilişkin görüşlere katılmaktayız⁷⁰.

Alman hukukunda da zamansal bir kısıtlama olmadığına ilişkin yaklaşım⁷¹ bu konudaki görüşümüzü destekler niteliktedir. ZPO md.796a’da taraflara avukatlar nezdinde icra kabiliyetine sahip uzlaşma yapma imkânı tanındığı ve bu uzlaşmanın da dava açılmadan önce ve dava görülmekteyken yapılabileceği belirtilmiştir. Bu maddeye

⁶⁶ Yılmaz, s.848; Sungurtekin Özkan, Uzlaşma Sağlama, s.363; Taşpolat Tuğsavul, s.72; Özbek, Md. 35/A, s.130.

⁶⁷ Güner, s.148-149; Taşpolat Tuğsavul, s.72; Yılmaz, s.848.

⁶⁸ Güner, s.148-149; Taşpolat Tuğsavul, s.72; Yılmaz, s.848.

⁶⁹ Yılmaz, s.848-49; Taşpolat Tuğsavul, s.72; Aras, s.145

⁷⁰ Taşpolat Tuğsavul, s.72; Özbek, s.737.

⁷¹ Rosenberg /Schwab/Gottwald, s.744; Taşpolat Tuğsavul, s.73; Thomas/Putzo, s.1059.

göre mahkeme içi sulhun aksine yargılanmanın sonunda bile verilecek kararı değiştirmek üzere, uzlaşma imkanı bulunmaktadır. Aranılan tek şart, uzlaşmanın yazılı olması ve her iki tarafın avukatları tarafından imzalanmış olmasıdır⁷².

Uzlaşmanın konusu, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konularla sınırlıdır ve kamu düzenine ilişkin konularda uzlaştırma mümkün değildir. ZPO md.796a düzenlemesinin uygulama alanı; üzerinde sulh olunabilecek tüm hukuki ilişki ve taleplere yönelik maddi hukuk anlaşmalarıdır ve Türk Hukukunun aksine kamu hukuku alanında yapılan uzlaşmalar de geçerli kabul edilmiştir⁷³.

Avukatlık Kanunu md.35/A hükmüne göre; uyuşmazlık tarafları arasında uzlaşma sağlamak yalnızca avukatlara tanınan bir yetkidir. Bu durum avukat olmayan herhangi bir kişinin uyuşmazlığı çözmek için faaliyette bulunmasının yasaklandığı anlamına gelmez. Üçüncü kişiler bu yönde bir faaliyette bulunarak uzlaşma sağlanırsa hazırlanan tutanak Avukatlık Kanunu md.35/A anlamında ilam niteliğinde bir uzlaşma belgesi olmayacaktır⁷⁴.

Avukatlık Kanunu md. 35/A kapsamında hazırlanacak uzlaşma belgesi içeriği itibarıyla bir özel hukuk sözleşmesidir. Sözleşmeler bir tarafın önerisi ve diğer tarafın kabulü ile kurulur. Bu çerçevede kanunda da belirtildiği üzere karşı tarafa bu konuda bir öneride bulunulması gerekir. Karşı tarafın uzlaşmaya davet edilmesi (çağırılması) zorunludur. Avukatlık Kanunu bu çağrının avukat ve müvekkili tarafından birlikte yapılmasını öngörmektedir. Kanunda, avukata iş sahibinin temsilcisi ve mutemedi olması niteliğinden farklı olarak, uzlaşma teklif etme ve uzlaşmayı sağlama faaliyetleri sırasında uyuşmazlığı çözümlemeye yönelik davranışları nedeniyle tarafsız bir üçüncü kişi niteliği kazandırılmıştır⁷⁵.

Görüşmeler sonunda uzlaşma gerçekleşirse; anlaşmanın yazılı şekilde yapılması geçerlilik şartıdır⁷⁶. Uzlaşmanın konusunu, yerini, tarihini ve tarafların karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren bir tutanak düzenlenir ve bu tutanak taraflar ve

⁷² Rosenberg /Schwab/Gottwald, s.744; Thomas/Putzo, s.1059.

⁷³ Thomas/Putzo, s.1059; Musielak, s.2025; Taşpolat Tuğsavul, s.75.

⁷⁴ Taşpolat Tuğsavul, s.75; Yılmaz, Ejder, “Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.848.Fikrimizce, hazırlanan tutanak şartları oluşması durumunda adi sözleşme ya da sulh sözleşmesi olarak kabul edilebilir. Bu şekliyle tarafları hukuken koruyabilir.

⁷⁵ İldır, s.140; Taşpolat Tuğsavul, s.76; Yılmaz, Uzlaşma, s.852

⁷⁶ Thomas/Putzo, s.1059; Ulukapı, s.457; Taşpolat Tuğsavul, s.77.

avukatları ile birlikte imzalanır. Sadece tarafların ya da taraf avukatlarının kendi aralarında imzaladıkları uzlaşma, Avukatlık Kanunu md.35/A anlamında uzlaşma sayılmaz. Bu ancak, “*mahkeme dışı sulh*” olarak kabul edilir ve koşulları ve sonuçları ile uzlaşmadan farklıdır⁷⁷.

D-Vakıaların Saptanması Yöntemi

Vakıaların saptanması, uyuşmazlığın ilk aşamasında uygulanan, taraflar kabul etmedikçe bağlayıcı olmayan, uyuşmazlığı açıklığa kavuşturan ve taraflara yeni bakış açıları kazandıran, atanmış, tarafsız üçüncü bir kişinin veya kurulun yürüttüğü bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir⁷⁸. Vakıaların saptanması, bir araştırma yöntemidir ve bu yöntem kullanılarak uyuşmazlık çözülebilir. Vakıa saptama süresi taraflarca belirlenir⁷⁹.

Vakıaları saptayan kişi uyuşmazlığa çözüm bulma sorumluluğunu doğrudan üstlenmiş olmayan, tarafsız bir üçüncü kişidir. Bağlayıcı karar verme mercii olmadığı için, uyuşmazlığın tarafları, vakıaları saptayan kişiyle bilgi paylaşmakta daha istekli olabilirler⁸⁰. Vakıa saptayıcısı uyuşmazlığın güçlü ve zayıf yanlarını irdeleyen, tarafların hangi hususları riskli duruma düşürebileceklerini açıklayan ve çözüm önerisini de içeren bir rapor hazırlar⁸¹. Anlaşmanın sağlanamadığı durumlarda dahi vakıaların saptanması yöntemi diğer alternatif çözüm yöntemleriyle (arabuluculuk, kısa bir duruşma veya tahkim gibi) birleştirilerek uyuşmazlığın çözümünde önemli bir rol oynamaktadır⁸².

Taraflar arasında yapılan görüşmeler neticesinde, tarafların pozisyonları uzlaşmaz konumlarda kemikleşmiş olduğu durumlarda açılacak bir davanın sürüncemeye girme

⁷⁷ Taşpolat Tuğsavul, s.77; Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medeni Usul, s.557.

⁷⁸ Doyle, Stephen Patrick/Haydock, Roger Silve, Without the Punches: Resolving Disputes Without Litigation, Minneapolis 1991, s.11; Ildır, s.78; Dür, s. 59; Kekeç, s. 18 vd.; Pekcanitez, s. 16; Tanriver, Süha, Hukuk Uyuşmazlık Bağlamında Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBB Dergisi, S. 64, 2006, s. 161; Ömer Ekmekçi/Özekes Muhammet /Atalı, Murat, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, İstanbul 2018, s.12; Ekmekçi vd., s.13.

⁷⁹ Matthews, Martha, “Alternative Dispute Resolution; Practice and Perspective”, Washington: The Bureau of National Affairs, Washington DC 1990, s.54; Ildır, s.78; Ekmekçi vd., s.14.

⁸⁰ Rehms, Carles, “The Fact Finder’s Role”, Proceedings of the Annual Meetings of the Society of Professionals in Dispute Resolution, U.S. 1976, s.35; Ildır, s.78.

⁸¹ Dür, s. 59; Ekmekçi vd., s.14; Tanriver, Hukuk Uyuşmazlıkları, s.163; Ildır, s.80; Kekeç, 19.

⁸² Plapinger/ Stienstra, s. 5; Ildır, s.77; Dür, s.59; Ekmekçi vd., s.14.

ihtimali⁸³, vakıa saptama yöntemine başvurmak için gerekli zemini hazırlayabilir. Vakıa saptama, geç bir evrede gerçekleşecek olursa, taraflar zaten fazla zaman ve emek harcadıkları duygusuna kapılarak bu yolu tercih etmeyebilirler⁸⁴.

Vakıa saptayıcısının, uyuşmazlık açısından önemsiz vakıaları elemesini bilen, iyi analitik yetenekleri olan, süreç boyunca objektif, taraflarda saygı ve inanırlık uyandıran özelliklere sahip olması beklenmektedir⁸⁵. Vakıa saptayıcısının, uyuşmazlık konusunda, uzman olmasının beklendiği durumlar mevcuttur. Örneğin, bir inşaatla kullanılan betonun kalitesi konusunda uyuşmazlığa düşen taraflar, yapı malzemeleri konusunda deneyimi olan bir inşaat mühendisini vakıa saptayıcı olarak atamak isteyebilirler. Bazen de taraflar, sadece, durumlarının tarafsız bir şekilde değerlendirilmesini beklerler. Örneğin, dava açarak hak aramaları halinde, kazanma olasılıklarının ne olduğunu bilmek isterler. Bu durumda vakıa saptayıcı, hukukun ilgili alanında dava deneyimi olan bir avukat ya da akademisyen olabilecektir. Vakıa saptayıcısının hazırlayacağı rapor, uyuşmazlığı sona erdirebileceği gibi, uyuşmazlığın devam ettiği durumlarda vakıa saptanmasından sonra başka bir alternatif uyuşmazlık çözümü yoluna başvurulması durumunda salt olarak uyuşmazlık üzerinde yoğunlaşılacak böyle bir raporun varlığı çözüm açısından faydalı olacaktır⁸⁶.

Uyuşmazlığın taraflarının, alternatif çözüm yönteminin uygulanması sırasında, vakıaların saptanmasının gerekli olduğu konusunda anlaşmaları halinde aralarında akdedilecek sözleşmede vakıa saptayıcısının kimliğinin belirtilmesine ilişkin hükümler yer alabilir⁸⁷. Taraflar, vakıa saptayıcının tabi olacağı yöntemin akışını ve yapısını belirleyebilirler. Her iki tarafın da hazır olduğu bir ortamda, taraflar iddialarını ileri sürerler. Tanıklara yer verilmişse her iki tarafın da tanıklara soru sorma hakları vardır, taraflar yanlarında vekil bulundurabilirler⁸⁸. Taraflar, yöntemin akışını ve yapısını

⁸³ Bazen taraflar uyuşmazlık konusuna ilişkin yetersiz bilgiye sahiptirler ve bu nedenle kendilerini uyuşmazlıkta yanlış konumlandırmış olabilirler. Çözümü için teknik bilgi gerektiren uyuşmazlıklar, inşaat hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar bu duruma örnek olarak verilebilir.

⁸⁴ **Rehmus**, s.36; **İldır**, s.79.

⁸⁵ **McLaren**, Richard H./**Sanderson**, John P., Innovative Dispute Resolution the Alternative, Ontario, Canada 1994, s. 2-9; **İldır**, s.79; **Ekmekçi vd.**, s.13.

⁸⁶ **Plapinger/ Stienstra**, s. 5; **İldır**, s.79; **Ekmekçi vd.**, s.14.

⁸⁷ **İldır**, s.79; Hukukumuzda vakıa saptanmasını açıkça düzenleyen hükümler bulunmamasına karşın vakıaların saptanması yönteminin uygulanmasına engel bir düzenleme de bulunmamaktadır. Tarafların iradeleri esas alınarak bu yöntem uygulanabilir. Bkz. **Ekmekçi/Özekes/Atalı**, s.12; **Ekmekçi vd.**, s.13.

⁸⁸ Vakıaların saptanması ile taraflar bir delil elde etmekten ziyade çözüme fayda sağlayacak bir tespit elde etmeye çalışırlar. Aynı zamandan bu yöntem yargılamadaki bilirkişilik ve delil sözleşmesi türü olan

belirlemediyse yöntemi ve akışı vakıa saptayıcısı belirler. Vakıa saptayıcısı bütün bilgilere ulaştıktan sonra, taraflarla ve tanıklarla ayrı ayrı görüşmeler yapabilir. Vakıaların saptanması yöntemi, tarafların resmi makamlar önünde bilgi vermek istemedikleri konular için diğer yöntemlere göre daha elverişli olabilmektedir. Vakıa saptayıcı araştırma ve görüşmelerden sonra “öneri içeren”, veya “öneri içermeyen” raporlar hazırlayabilir.

Vakıa saptayıcısının bir öneri getirmeksizin uyuşmazlığa ilişkin vakıalar ve istatistiksel gerçekler hakkındaki görüşünü sunduğu öneri içermeyen rapora göre taraflar, vakıa saptayıcısının en aza indirmeye çalıştığı ve ön yargılardan arınmış vakılardan hareketle sorunu görüşür ve çözümlemeye çalışır. Vakıa saptayıcısı, önerilerle dolu bir rapor hazırlamak yerine, her bir taraf için ayrı ayrı konumlarının güçlü ve zayıf yanlarını değerlendiren raporlar hazırlayabilir. Örneğin, Kanada ile Fransa arasında tarım ürünleri hakkındaki bir uyuşmazlık vakıa saptayıcısı tarafından öneri içermeyen vakıa saptama raporu ile giderilmiştir. Vakıa saptayıcısı olan bir ekonomist, ürün fiyatını etkileyen doğrudan veya dolaylı her çeşit teşvikin etkisini belirleme için her iki ülkenin programlarını yerinde incelemiştir⁸⁹.

Bu yöntem tarafların ileride dava açmaları ihtimalini gözeterek konumlarını tehlikeye atmadan konuyu açıkça irdelemelerini sağlar. Vakıa saptayıcısı bir tarafı ilgilendiren vakıa ile ilgili bilgiyi diğer tarafa aktarma konusunda izin almalıdır. Taraflar karşı tarafın zayıf yönlerini öğrenip, onları kendi çıkarlarına daha uygun bir çözüme zorlamakta kullanamazlar. Vakıaların saptanması yönteminin bu şekline “vakıalara dayalı arabuluculuk” da denir⁹⁰.

“Öneri içeren vakıa saptama raporu” ise, uyuşmazlık taraflarından birinin önerisi vakıa saptayıcısı tarafından benimsenerek, tarafların önerileri ile vakıa saptayıcısının düşüncelerinin bir birleşimi şeklinde ya da tamamen vakıa saptayıcısının oluşturduğu yeni önerilerden oluşur. Vakıa saptayıcısı, benzer uyuşmazlığa ilişkin deneyime sahip bir uzman ise, uyuşmazlığı çözmek için⁹¹ hazırlayacağı raporda yeni öneriler bulunabilir; ancak, bu önerilerin taraflarca kabul edilmesini gerektirmez. Önerilerin kabul edilip

hakem-birliklik kurumlarından da farklılık arz etmektedir. Bkz. **Tanrıver**, Hukuk Uyuşmazlıkları, s.162-163; **Ekmekçi/Özekes/Atalı**, s. 12; **Ekmekçi vd.**, s.13.

⁸⁹ **McLaren/ Sanderson**, s.2-6; **Ildır**, s.80.

⁹⁰ **Matthew H. Adler**, “Congressional Involvement in Expropriation Cases: A Case Study of the Fact Finding Process”, Law and Policy in International Business 2, 1989, s.67; **Ildır**, s.81; **Dür**, s.57.

⁹¹ **McLaren/ Sanderson**, s.9; **Ildır**, s.81.

edilemeyeceğini taraflar belirler. Öneriler bir bütün olarak kabul edilebileceği gibi, kısmen de kabul edilebilir. Öneriler taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça bağlayıcı değildir⁹².

E-Tarafsız Ön Değerlendirme Yöntemi

Tarafsız ön değerlendirme; uyuşmazlığın başladığı safhada, deneyimli, tarafsız bir üçüncü kişinin, uyuşmazlığı özetleyerek uyuşmazlığın nasıl çıktığı, nerede ve nasıl geliştiği ve hangi yöne doğru evrilebileceği hususlarında taraflara bakış açısı kazandırmak amacı ile hazırlanan ve bağlayıcı olmayan bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir⁹³. Tarafsız ön değerlendirme ile tarafların uyuşmazlıkla ilgili sundukları bilgi ve belgelere dayanılarak uzman bir kişi değerlendirmelerde bulunulur ve çözüme yönelik bir rapor hazırlar⁹⁴. Tarafsız üçüncü kişinin uyuşmazlık konusu üzerindeki değerlendirmesini içeren raporu bağlayıcı değil, tavsiye verici ve yol gösterici niteliktedir⁹⁵.

Uyuşmazlık çözümle sonuçlanmazsa rapor gizli kalır. Tarafsız üçüncü kişi, tarafları başka alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kullanmaya yönlendirebilir veya uyuşmazlık konuları daraltılarak mahkeme sürecinin hızlandırılması hedeflenebilir. Bu yöntem çözüm konferansı ya da ılımlı çözüm konferansı gibi çeşitli isimlerle de adlandırılır⁹⁶.

Tarafsız üçüncü kişi uyuşmazlığın türüne yönelik bir uzman seçilmesi suretiyle de atanabilir. Değerlendirici sayısı birden fazla olabilir. Örneğin, tarafsız değerlendiriciler kurulu oluşturulabilir. Tarafsız ön değerlendirme yönteminde, zorunlu şekil şartı bulunmamaktadır. Değerlendirici, taraflarla ve karar alma yetkisi olan temsilcileriyle görüşebilir. Taraflar, tarafsız üçüncü kişiye ve karşı tarafa yazılı bir belge sunarlar. Bu

⁹² **Rehmus**, s.35; **İldır**, s.81.

⁹³ **İldır**, s.83; **Wilburn**, Kay O./**Broom**, Lawell S., “Liability Issues”, Journal of Accountancy, CPA, 1994, s.80; **Ekmekçi vd.**, s.15.

⁹⁴ **Ekmekçi/Özekes/Atalı**, s. 13, **Ekmekçi vd.**, s.15; **Kekeç**, s. 20; **Biçkin**, İnci, “Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.7 2009, s. 37.

⁹⁵ **Dür**, s.56; **Risse**, Jörg/**Wagner**, Christof, “Mediation im Wirtschaftsrecht”, Haft/von Schlieffen, Handbuch Mediation, Münih 2009, s.583.

⁹⁶ **İldır**, s.84; **Levine**, David, Early Neutral Evaluation: A Follow-Up Report, UC Hastings College of the Law, 70 Judicature, 1987, s.237; **Ekmekçi/Özekes/Atalı**, s. 13,14. **Tanrıver**, Hukuk Uyuşmazlıkları, s. 161.

belgede uyuşmazlıktaki vakıaların listesi, ilgili her türlü evrak ve bilgi bulunması beklenir. Tutanakta ayrıca, değerlendirme oturumuna kimlerin katılacağına ilişkin bilgiler ve öneriler yer alır. Oturuma katılacak temsilciler ile ilgili muhtelif sorunlar çıkması böylelikle bertaraf edilir⁹⁷.

Genellikle, tarafsız ön değerlendirme oturumu tarafsız üçüncü kişinin açılış konuşması ile başlar, daha sonra taraflar ve yasal temsilcileri vakıalar ve yasal konular hakkındaki görüşlerini ve bu görüşleri destekleyen delillerini oturumda sunarlar. Değerlendirici, soru sormak suretiyle sunumları kesebilir, ancak diğer tarafa sunum sırasında soru sorma veya yorum yapma izni genellikle verilmemektedir⁹⁸. Oturumun sonunda değerlendirici raporunu hazırlar ve çözüm sağlamaya yönelik öneriler sunar. Taraflar bu raporu anlamak için yeterli görebilirler. Böylelikle uyuşmazlık, erken bir aşamada, daha az masrafla ve gizlilik içerisinde çözümlenmiş olur⁹⁹. Tarafların, tarafsız ön izleme yönteminin ardından, arabuluculuk yönteminin uygulanmasını kararlaştırmaları mümkündür¹⁰⁰.

F-Kısa Duruşma

Tarafsız ve bağımsız üçüncü kişi ile taraf temsilcilerinden oluşan bir kurulun, bağlayıcı olmadan uyuşmazlığı çözmek adına, çözüm önerisi geliştirmek üzere, gizlilik ilkesinin hakim olduğu bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir¹⁰¹. Doktrinde “mini yargılama” olarak da anılan, taraflar veya temsilcileriyle, tarafsız üçüncü kişinin yer aldığı uyuşmazlığı, gizlilik içinde çözmeyi hedefleyen karma bir usuldür¹⁰². Taraflar,

⁹⁷ Ildır, s.85; Wilburn/ Broom, s.82.

⁹⁸ Levine, s.237; Ildır, s.85.

⁹⁹ McLaren, Richard H./ Sanderson, John P., Innovative Dispute Resolution the Alternative, Ontario, Canada, 1994, s.16; Ildır, s.85; Hukukumuzda bu yöntemin görünüm şekli uzman mütalaası şeklindedir. Uzman görüşü delil niteliğinde değildir. Bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 14.

¹⁰⁰ Levine, s. 240; Ildır, s.86; Ekmekçi vd., s.15; Alman Arabuluculuk Kanunu’nda üçüncü kişinin tavsiye niteliğindeki kararının tarafsızlık ilkesiyle bağdaşmaması nedeniyle uygulanamayacağı belirtilmiştir. Bkz. Dür, s.56; Risse/Wagner, s.583; Horstmeier, Gerrit, Das neue Mediationsgesetz, Einführung in das neue Mediationsgesetz für Mediatoren und Medianden, Münih 2013, s.130.

¹⁰¹ Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları, s.164; Çetin, Canan, Müzakere Teknikleri, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2007, s.436; Lovenheim, Peter, Mediate Don’t Litigate, Nolo Press, Berkeley, 2004, s.36; Stone, Katherine V. W., “Alternative Dispute Resolution: Encyclopedia of Legal History”, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, University of California, Los Angeles School of Law, Research Paper, No.04-30, s. 2; Polat, s. 51; Kekeç, s. 20; Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 14

¹⁰² Ildır, s.108; Kekeç, s.19; Ekmekçi vd., s.14; Tanrıver, Alternatif, s.162-163.

resmi olmayan bir duruşmada, karşılıklı iddia ve savunmalarını ileri sürerler. Bu duruşma, uyuşmazlık konusunun temel noktalarının sunulduğu, bir duruşma şeklinde gerçekleşir¹⁰³. Bu yöntem ile hedeflenen tarafların uyuşmazlığın ortaya çıkmasından itibaren birbirlerini dinleme fırsatı sunulması suretiyle uyuşmazlığın yeniden gözden geçirilmesinin sağlanmasıdır¹⁰⁴.

Taraflar, sunumlarını, kısa duruşma anlaşmasının ve yöntem kurallarının sınırları içinde kalmak kaydıyla istedikleri gibi yapabilirler. Kısa duruşma bu yönüyle esnek bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Devlet yargısında davacı iddialarını öne sürdükten sonra, davalı savunmasını yapar; kısa duruşmada ise bunun tersi söz konusu olabilir. Tarafsız üçüncü kişi ve kurulun soruna bir çözüm bulmaya odaklanmalarını sağlamak için yol gösterici kurallar ve zaman sınırlaması koymak, sürecin sağlıklı işlemesine yardımcı olacaktır¹⁰⁵.

Taraflar aralarında anlaşarak, tarafsız üçüncü bir kişiyi, oturlara başkanlık yapmak, görüş bildirmek ve nihai karar vermek gibi görev ve yetkiler ile donatabilirler¹⁰⁶. Tarafsız üçüncü kişi, genellikle kıdemli bir avukat, ya da emekli bir hakim olabilir ve uyuşmazlığı dinler, hakem gibi karar verebilir. Bu nedenle, bu yöntemin uygulandığı durumlarda tarafsız üçüncü kişiye “özel hâkim” adı verilmektedir¹⁰⁷. Tarafsız üçüncü kişinin, görüşmelerden sonra tavsiye niteliğinde bir karar vermesi ya da bağlayıcı bir karar vermesi hususunda tarafların anlaşması mümkündür. Tarafsız üçüncü kişinin bağlayıcı karar vermesi durumunda, uyuşmazlık konusunda uzmanlığının bulunması ve/veya hakemlik deneyiminin bulunması beklenir¹⁰⁸. Tarafsız üçüncü kişinin belirlenmesi için, çeşitli uyuşmazlık çözüm kurumları taraflara seçim yapmakta yardımcı olabilirler. Kanada’nın Ontario eyaletinde birkaç emekli yargıcın kurduğu özel mahkeme, bu kuruma örnek olarak verilebilir¹⁰⁹.

¹⁰³ **Ekmekçi/Özekes/Atalı**, s. 14; **Kekeç**, s.20.

¹⁰⁴ **Polat**, 52; **Redfern**, s. 47, **Hibberd**, Peter/**Newman** Paul, ADR and Adjudication in Construction Disputes, Blakwell Science, London 1999, s. 115.

¹⁰⁵ **Green** Eric, Corporate Alternative Dispute Resolution, Dispute Resolution and Lawyers, American Casebook, 1988, s.649; **Ildır**, s.113; **Ekmekçi vd.**, s.14.

¹⁰⁶ **Goldberg**, Stephan, The Case of The Squabbling Authors: A Med –Arb Response, Dispute Resolution and Lawyers, American Casebook Series, 1990, s.271; **Polat**, s. 52.

¹⁰⁷ **Ildır**, s.108; **Kekeç**, s.19; **Ekmekçi/Özekes/Atalı**, s. 13; **Ekmekçi vd.**, s.14; **Biçkin**, s.39.

¹⁰⁸ **Goldberg**, s.272; **Ildır**, s.109.

¹⁰⁹ **Green**, Corporate, s.648; **Goldberg**, s.272; **Ildır**, s.109; **Ekmekçi vd.**, s.14.

Kurula bağlayıcı karar alma yetkisinin tanındığı durumlarda avukatlık becerileri önemli rol oynar. Zira, kurul huzurunda yapılan sunumun istenilen etkiyi yaratması için, kısa ve mantık silsilesi içinde olması gerekir. Taraflar ve avukatları, tarafların asıl çıkarlarının ne olduğu konusuna sunumda yer vermeli ve ikna edici argümanlar ileri sürmelidirler¹¹⁰.

Kısa duruşmanın amacı, soruşturmanın derinleştirilmesi ve tüm yönleriyle ele alınması değil, uyuşmazlığa uzlaşma yoluyla bir çözüm getirebilecek kişilere en iyi bilgilerin sunulmasıdır. Bu nedenle, bu yöntem olabildiğince kısa tutularak, hatta dinlenecek tanıkların ve belgelerin sayılarına bir sınırlama getirilerek bu aşamayı pahalı ve kaynakları tüketen bir yöntem olmaktan uzaklaştırmak gerekir.

Bazen, uyuşmazlık çok karmaşık olabilir veya taraflar uyuşmazlık konuları üzerinde yeterince odaklanmamış olabilirler. Bu durumda, uyuşmazlığa, vakıaları dışarıdan değerlendirebilecek, tarafsız üçüncü bir kişi dahil edilebilir. Uyuşmazlık konusunun çok karmaşık olması halinde kısa duruşma yönteminin bir başka alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi ile birlikte işletilmesi söz konusu olabilir. Bu kapsamda başvurulabilecek en olası yöntem vakıaların saptanmasıdır. Böylece objektif üçüncü kişi tarafından uyuşmazlık konularının net biçimde ortaya konması sağlanarak kısa duruşmadan elde edilmesi planlanan faydaya ulaşılması mümkün hale gelir. Vakıa saptayıcısının incelemeleri sonucunda hazırlayacağı raporu, taraflar isterlerse, kısa duruşma öncesinde, kurula, “üzerinde anlaşma sağlanmış vakıalar beyanı” olarak sunabilirler. Kısa duruşma yönteminin gerekli faydayı göstermemesi halinde dahi hazırlanan raporun devlet tarafından yapılacak yargılamayı kolaylaştırabileceği düşünülebilir¹¹¹.

G-Arbuluculuk-Tahkim Yöntemi (Med-Arb)

İki yöntemin birleşimi olan arbuluculuk-tahkim yöntemi, diğer adıyla med-arb (mediation-arbitration), tarafların önce uyuşmazlığın çözümünü sağlamak amacıyla arbuluculuğa başvurdukları bir yöntemdir; ancak bu yöntemde arbuluculuk sürecinin

¹¹⁰ Ildır, s.108; Wilburn/Broom, s.79; Doyle/Haydock, 1991, s.10. Singer, Linda G., Settling Disputes: Conflict Resolution in Business, Families and Legal System, Westview Press, Boulder 1990, s.42; McLaren/ Sanderson, s.16.

¹¹¹ Matthews, s.52; Ildır, s.112; Ekmekçi vd., s.14.

sonunda anlaşmaya varılamaması halinde uyuşmazlığın çözümü için mahkemeye başvurulmaz doğrudan tahkime gidilir. Arabuluculuk-tahkim uyuşmazlık çözüm yöntemi arabuluculuk yönteminin başarısız olması ihtimaline istinaden süreci tahkimle tamamlama imkanını öngören karma bir yöntemdir¹¹².

Med-arb uygulaması, arabuluculuğun ve tahkimin yapısal farklılığından dolayı, çeşitli sorunlar doğurur. Arabuluculuk sürecinde tutanağa geçen kabul beyanlarının, ileri sürülen ve kabul edilen tekliflerin ve oluşturulan bazı belgelerin tahkim aşamasında dışlanması gerekebilir¹¹³.

Taraflar anlaşarak, arabulucunun tahkim yargılamasında hakem olarak da görev yapmasını kararlaştırabilirler. Aynı kişinin hem arabulucu hem hakem olması gerekli bilgilerin edinilmesi için daha az zamana gerek duyulması, kaynaklardan ve paradan tasarruf sağlanması bakımından faydalıdır¹¹⁴; ancak arabuluculuk sürecinde taraflara ait bilgi ve belgeleri gören, tarafların pozisyonları ile ilgili fikir beyan eden kişinin hakem olarak görev yapması çeşitli sakıncaları da bünyesinde barındırır¹¹⁵.

Arabulucuya başvuru ihtiyari ise taraflara arabulucuya başvurmadan doğrudan tahkime başvurulabilir¹¹⁶. Arabuluculuğa başvurunun zorunlu tutulması (dava şartı olması) halinde ise konuya ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Med-arb'ın ardışık kullanımında arabuluculuğun tüketilmesine ilişkin doktrinde bir ayrım söz konusudur¹¹⁷. İlk görüşe göre arabuluculuk sözleşmesi borçlar hukukuna göre yorumlanmalı ve tarafların iradelerine uyulmalıdır. Bu görüş, arabuluculuk yolunun tüketilmesini tahkime başvurma'nın ön şartı olarak kabul etmektedir. İkinci görüşe göre, arabuluculuk sözleşmesi usul hukukuna ilişkin bir sözleşmedir ve arabuluculuk yolunun tüketilmesi zorunlu değildir. Kanaatimizce, med-arb yönteminde arabuluculuk yolunun tüketilmesi zorunluğundan söz edebilmek için bu yönde bir düzenlemenin kanunla getirilmiş olması

¹¹²**İldır**, s. 44, **Kekeç**, s. 20; **Ekmekçi vd.**, s.16.

¹¹³**Aküzüm**, Ural/**Demirkol**, Berk, "ISTAC MED-ARB Kuralları'nın Getirdiği Yenilikler", Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Bildiri Özeti Kitabı, (Ed.) **Yeşilirmak**, Ali/**Gümrükçüoğlu Bozkurt**, Yeliz/**Kafalı**, Ömer Faruk/**Yakacak**, Gülnihal Ahter/**Dülger**, Ahmet, Ankara 2020, s.81.

¹¹⁴ **Kekeç**, s. 20; **Biçkin**, s. 38; **İldır**, s. 102; **Ekmekçi vd.** s. 16; **İldır**, s. 44.

¹¹⁵ **Aküzüm/ Demirkol**, s.82; **Yeşilirmak**, Med-Arb, s.186; **Ekmekçi vd.** 17.

¹¹⁶ **Yeşilirmak**, Med-Arb, s.186; **Dür**, s. 51.

¹¹⁷ **Yeşilirmak**, Ali, "Uyuşmazlıkların Arabuluculuk ve Tahkim Yollarının Birlikte Kullanılarak Çözümü (Med-Arb/The Combined Use of Mediation and Arbitration in Dispute Settlement (Med-Arb))", Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, 6-7 Aralık 2018, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Yayını, 2018, s. 186.

gereklidir¹¹⁸. Her ne kadar dava şartı arabuluculuk kurumu ile arabuluculuk toplumda tanınırlık kazanmış ve med-arb ile pekiştirilerek mahkemelerin dava yükünün azaltılması amacına hizmet etmesi hedeflense de hem med-arb için hem de med-arb’da arabuluculuk yolunun tüketilmesi zorunluluğuna ilişkin kanuni düzenleme gerekmektedir.



¹¹⁸Aynı yönde görüş için bkz. **Yeşilırmak**, Med-Arb, s.186.

II. Bölüm

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMİ OLARAK ARABULUCULUK

I-Arabuluculuk Kavramı

A-Genel Olarak

Arabuluculuk, Eski Yunan'dan önce, muhtemelen insanların topluluklar şeklinde yaşamasıyla gündeme gelmiş olmasına karşılık¹¹⁹, resmi olarak, ilk defa, II. Dünya Savaşından sonra Amerika Birleşik Devletleri Federal Arabuluculuk ve Uzlaşma Servisi (United States-FMCS-Federal Mediation and Conciliation Service) tarafından özel sektördeki sendika ve yöneticilerinin kollektif pazarlıklarının idaresi için kurulmuş bir oluşumdur; ancak 1960'lı yıllarda ADR (Alternative Dispute Resolution-Alternatif Çözüm Yolları-Alternatif Anlaşmazlık/Uyuşmazlık Çözümü) hareketi başlayana kadar Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulamaya koyulmamıştır¹²⁰.

Amerikan Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Danışma Kurulu'nun tanımına göre arabuluculuk; uyuşmazlık içindeki tarafların, uyuşmazlığın içeriğine veya çözümüne ilişkin belirleyici etkisi olmayan fakat sürece ilişkin olarak tavsiye yetkisi bulunan uyuşmazlık çözüm uygulayıcısının yardımı ile uyuşmazlık konularının belirlenmesi, çözüm önerilerinin üretilmesi, alternatiflerin değerlendirilmesi ve bir anlaşmaya varılması çabasını içeren süreçtir¹²¹.

Türk Dil Kurumu Türkçe sözlüğünde "arabulucu" terimine yer verilmezken, arabuluculuk ve uzlaştırmak eş anlamlı sözcükler olarak karşımıza çıkmaktadır. Aracı; uzlaştıran, anlaşma sağlayan kimse, arabulucu ise; iki kişi veya iki taraf arasındaki

¹¹⁹**Moore**, Christopher W., The Mediation Process-Practical Strategies for Resolving Conflict, 3. Baskı, San Francisco, 2003, s.20-22.

¹²⁰**Alfini**, James J./**Press**, Sharon B./ **Sternlight**, Jean R./**Stulberg**, Joseph B., Mediation Theory and Practice, 2006, s.1; **Akan**, s.2.

¹²¹ **Spencer/ Brogan**; s. 9; **Kekeç** s. 23.

anlaşmazlığı gidermeye, bir anlaşma noktası olarak tarafları uzlaştırmaya çalışan kimsedir¹²².

Arabuluculuk ortaya çıkan bir uyuşmazlık karşısında tarafların mahkeme yargısına başvurmak yerine tarafsız bir üçüncü kişi veya kişilerin yardımı ile uyuşmazlığı çözme konusunda anlaşmaları ile ortaya çıkan yöntem verilen isim olarak¹²³ ifade edilebileceği gibi, iki ya da daha fazla kişinin “arabulucu” olarak adlandırılan ve uyuşmazlığa taraf olmayan üçüncü bir kişinin yardımıyla ihtilaflarını çözmeye çalışması olarak da tanımlanabilir¹²⁴. Arabuluculuk, tarafların duygularını dışa vurabileceği ve anlaşma zemini bulup sorunlarını anlaşılarak çözebilmelerine odaklı özel bir müessese olarak da tanımlanabilir¹²⁵.

HUAK md. 2’de ise arabuluculuk, tarafların bir araya gelerek birbirlerini anlamalarını ve böylelikle kendilerinin çözüm üretmesi için uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız bir üçüncü kişinin katılımıyla sistematik teknikler uygulanarak ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanımlanmıştır¹²⁶.

¹²² Kubbealtı Lugatı, **Püsküllüoğlu Ali**, Türkçe Sözlük, 6. Baskı, İstanbul 2007, s.146; **Yeşilirmak**, Ali, Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim, Sorular ve Çözüm Önerileri İstanbul 2001, s. 18.

¹²³ **Ildır**, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), Ankara 2003, s.7; **McCorkle**, Suzan/**Reese** Melanie J., Mediation Theory and Practice, Boston 2005, s.8; **Moore**, Christopher W., The Mediation Process-Practical Strategies for Resolving Conflict, 3. Baskı. San Francisco 2003, s.9; **Özekes**, Muhammet, “Uyuşmazlık Çözüm Yolları içinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi”, Hukuki Perspektif Dergisi, Sayı 7, 2006, s.40-45.

¹²⁴ **Roberts**, Simon/**Palmer**, Micheal ,Dispute Process-ADR and the Primary Forms of Decision Making, Cambridge, 2005, s.154; **Grenig**, J. E, Alternative Dispute Resolution, C.2, 2005, s.65; **Jasper**, Margaret C., The Law of Dispute Resolution: Arbitration and Alternative Dispute Resolution, 1995, s.23; **Yeşilirmak**, s.18; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.725. **Brown**, Henry/**Marriott**, Arthur, ADR Principles and Practice, 8. Baskı, London 2018; **Bush**, Robert, A. Baruch/**Folger**, Joseph P., The Promise of Mediation-The Transformative Approach to Conflict, San Francisco 2005 s.10; **Carroll** Eileen/**Mackie** Karl, International Mediation-The Art of Business Diplomacy, Kluwer Law International, 2006, s.11. ; **Ildır**, s.7; **McCorkle/Reese**, s.8 ; **Moore**, s.9 ; **Özekes**, Muhammet, “Uyuşmazlık Çözüm Yolları içinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 7, 2006, s.40-45; **Rau**, Alan Scott/**Sherman**, Edward F./**Peppet**, Scott R., Mediation and Other Non-binding ADR Processes, 3. Baskı., New York, 2006 s.9; **Pekcanitez**, Hakan, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”, s.12-16.

¹²⁵ **Pearson**, J., “An Evaluation of Alternatives to Court Adjudication”, The Justice System Journal, Spring C.7, S.3, 1982, s.7; **Palenski**, J. E., “Subprocesses of Negotiation: The Case of Community Mediation”, Pretrial Service Annual Journal, C.5,1982, s.134.

¹²⁶ **Dür**; s. 11; **Yamakoğlu**, Efe/**Ay**, Ömer Miraç, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Doğan İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.15, 2020, s.140; **Erdost**, Bediray, Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2022, s.8; **Taşpolat Tuğsavul**, 21.

B-Arbuluculukta Amaç

Uyuşmazlığın tarafları noktasından bakıldığında; arabuluculukta amaç, uyuşmazlığın barışçıl yöntemlerle her iki tarafın da menfaatlerinin azami ölçüde karşılandığı; kazan-kazan olarak ifade edilen bir sonuçla, çözüme kavuşturulmasıdır¹²⁷. Arabuluculukta uyuşmazlık tamamen çözülme bile, süreç içinde tarafların kazanımları olacağı aşîkârdır. Taraflar menfaatlerini, karşı tarafla ilgili olumsuz duygularını kontrol etmeyi deneyimlemiş, sürecin yakın ilişki içinde oldukları kişiler üzerindeki olumsuz etkisini tespit etmiş, ileride ortaya çıkabilecek olası uyuşmazlıkların çözümünde faydalı olacak yeni yöntemler geliştirebilme olanağı kazanmış olacaktırlar¹²⁸.

Arbuluculuğun amaçları geniş açıdan irdelendiğinde; arabuluculuk yöntemi ile hedeflenen amaçlar içinde bazı olumlu toplumsal değişimler olduğu belirtilebilir. Bunlar; uyuşmazlıkların daha etkin, daha az emek ve masrafla çözümü, mahkemelerin iş yükünün azaltılmasındaki katkısı ve adalete erişimin sağlanması olarak sayılabilir¹²⁹. Arabuluculuğun başka bir amacı da uzlaşma arayışının tarafların egemenliğine bırakılmasıdır. Arabuluculuğun dönüşüm sağlamak gibi önemli bir amacı da vardır. İki taraf arasındaki uyuşmazlığın çözümü sırasında toplumsal dönüşüme varabilecek değişimler, insanlarda kendi sorunlarını kendilerinin çözebileceği hususunda farkındalık yaratabilir¹³⁰.

Arbulucu; tarafların görüşmelerini sağlamak, tarafların iletişimine yardımcı olmak, uyuşmazlığın tarafsız analizi konusunda taraflara destek olmak, uyuşmazlık çözüm önerilerinin oluşturulmasında taraflarının çıkarlarının ortaya konulmasını

¹²⁷**Şıpka**, Şükran, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.12, 2007/2, s.165; **Yazıcı Tıktık**, Çiğdem, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013, s.11; **Nölting**, Hubertus, Mediatorenverträge, Hamburg, 2003, s.33.

¹²⁸**Yazıcı Tıktık**, Gizlilik, s.12, **Boulle**, Laurence, Mediation Principles, Process, Practice, Sydney-Adelaide Brisbane-Canberra-Melbourne-Perth, 1996, s.44.

¹²⁹**Alexander**, Nadja, “Global Trends in Mediation Riding the Third Wave” Global Trends in Mediation, Köln, 2003, s.10.

¹³⁰**Yazıcı Tıktık**, Gizlilik, s.14; **Tanrıver Süha**, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBB Dergisi, 2006, S. 64, s.168 (Hukuk Uyuşmazlıkları); **Briedenback**, Stefan / **Henssler**, Martin, Mediation für Juristen, Köln 1997, s.132-134.

sağlamak ve gerekirse çözüm önerilerinde bulunmak vb. işlevleri yerine getirmekle yükümlüdür¹³¹.

C-Arbuluculuk Kurumunun Diğer Kurumlardan Farkı

1-Uzlaştırma Kurumu ve Avukatlık Kanunu Md. 35/A Çerçevesindeki Uzlaştırma Sisteminden Farkı

Arbuluculuk ve uzlaştırma temel olarak tarafların anlaşmaları üzerine kurulu sistemlerdir. Uzlaştırma, alternatif çözüm yöntemi olarak, arbuluculuğa benzer, fakat ondan belirli hususlarda farklılık gösterir. Uzlaştırma, Latince “*conciliare*” kökeninden gelip, “düşüncede birleştirme” anlamını taşır. Uzlaştırma, uyuşmazlıkları çözümlemek için taraflar üzerinde güç kullanmaksızın, iki taraf arasında ortaya çıkan farklılıkları dostane bir çözüme ulaştırmak için, üçüncü kişi tarafından, onları kendilerinin çözüm önerilerini geliştirmeye teşvik eden bir girişimdir. İki terim, teorik olarak farklı olmakla birlikte birbirinin yerine kullanılmaktadır; ancak “arbuluculuk” Latince, “*mediare*” kökünden gelip “araya girme” anlamını taşır. Arbuluculuk daha aktif bir görev ve müdahale olarak düşünülmelidir. Arbulucu tarafları ikna etme girişiminde ve çözüm önerilerinde bulunur. Bu teklifler ile tarafları barışa götürecek yeni yaklaşımlar sağlamak hedeflenir. Uzlaştırma ise, tarafların uyuşmazlığı çözümlemek için kendi kendilerine karar vermeleri temel prensibine dayanır. Arbuluculuk uzlaştırma safhasını da kapsar, fakat uzlaştırma arbuluculuk safhasına girmez. Her iki faaliyet de sonuçları itibarıyla taraflara, arbulucu veya uzlaştırıcının önerdiği çözümü benimseme yükümlülüğü doğurmaması nedeniyle ortaktır¹³².

Uzlaşma süreci dava odaklıdır. Uzlaşma sürecinde hukuk kuralları, delillerin ibrazı ve delil değerlendirmesi söz konusu olabilir. Uzlaşma ortaya bir sonuç çıkarılmasını hedefleyen formel bir süreçtir. Uzlaştırıcı sürecin işleyişinde ve sonuca ulaşılmasında etkin bir konumdadır. Uzlaştırıcı tarafların menfaatlerinin korunmasını ve gerçekleştirilmesini hedefleyen çözümler kataloğu üretip sunar. Arbulucu ise her zaman çözüm önerisi sunmak zorunda değildir. Arbulucunun temel hedefi tarafların kendi

¹³¹Uhle, Christian Buhring/Kirchhoff, L./ Scherer, Gabriele, Arbitration and Mediation in International Business, Kluwer Law International; 2nd Edition., 2006, s.176; Yeşilirmak, s.18; Yazıcı Tıktık, Gizlilik, s.11.

¹³²İldır, s. 77-78; Aaron, Benjamin, Labor Courts and Grievance Settlement Western Europa, University of California Press, Berkeley, Los Angeles 1971, s.1

çözümlerini kendilerinin bulması için iletişimin sağlanmasıdır. Arabuluculuk uzlaştırmaya göre daha ılımlı bir süreçtir¹³³.

Çalışmamızın birinci bölümünde de bahsedildiği üzere, Avukatlık Kanunu md. 35/A 'da tarafların kendi iradeleriyle tasarrufla bulunabilecekleri konularla sınırlı kalmak üzere dava açılmadan ya da dava açılmış olup henüz duruşma başlamadan önce, avukatlar müvekkilleri ile birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler denilerek avukatların da arabulucular gibi tarafların kendi anlaşmalarını yapmalarında yardımcı olabilecekleri belirtilmiştir¹³⁴.

Arabuluculuk yapabilecek olanlar ise arabuluculuk siciline kayıtlı arabuluculardır. Arabuluculukta tarafların bir arabulucu ismi üzerinde anlaşmaları gerekirken uzlaştırmada taraflardan birinin vekilliğini yürüten avukatın HMK md. 74 anlamında özel yetki içeren vekâletinin bulunması kaydıyla uzlaştırma teklifinde bulunabilmesi mümkündür. Uzlaştırma sistemi de tarafların anlaşması üzerine kurulu olduğundan uzlaştırma teklifinde bulunacak avukatın müvekkilinden bu yönde bir beyan veya kabul alması gerekir¹³⁵.

Avukatlık Kanunu md. 35/A uygulaması tarafların dahil olduğu yargılamayı durdurmamaktadır. Arabuluculukta ise tarafların arabulucuya gitmeyi kararlaştırmaları durumunda mahkeme arabuluculuk görüşmelerinin sonucunu bekler. Taraflar yargılama sırasında hüküm verilinceye kadar arabuluculuğa başvurabilirler¹³⁶.

2-Tahkimden Farkı

Tahkim, hak uyuşmazlığına düşen tarafların çözümü üçüncü kişi ya da kişilere bıraktıkları ve üçüncü kişi ya da kişilerce çözüme ulaştırıldığı uyuşmazlık çözüm yöntemi olup, geçmiş, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kurumsallaşmasından da eskilere dayanır¹³⁷. Tahkimde uyuşmazlığı hakem ya da hakemler çözer. Taraflar

¹³³Tanrıver, s.166-168; Özbek, 35/A, s.129.

¹³⁴Özbek, 35/A, s.129; Tanrıver, s.166-168.

¹³⁵Oğuz, Özgür, Türk İş Hukuku'nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, İstanbul, 2016, s.61.

¹³⁶Demir, Şamil, Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, Ankara 2014, s.79-80; Oğuz, s.62. Bahsedilen mahkeme temelli arabuluculuktur. Mahkeme içi ve mahkeme dışı arabuluculuk türleri ikinci bölümün ilerleyen kısımlarında irdelenecektir.

¹³⁷Özbek, 35/A, s. 116; Balcı, Muharrem, İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul 1999, s.38.

tahkimde hakem ya da hakem kurulunun verdiği karara uymak zorundadır¹³⁸. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulara ilişkin uyuşmazlıkları tahkime götürülebilir.

Arabuluculuk prosedürü tahkim prosedürünün tersine şekle tabi değildir. Arabuluculuğun işleyişi taraflarca belirlenir. Arabuluculukta verilen taahhütler ve tutanaklar, dava şartı arabuluculuk dışında, bağlayıcı değildir¹³⁹. Arabulucu hakem gibi karar verme merci değildir.

3-Müzakereden Farkı

Müzakere, tarafsız bir üçüncü kişi olmaksızın bir uyuşmazlığın çözümü konusunda ortak bir karara varmak amacıyla doğrudan taraflarca veya onların avukatları ile yürütülen iletişim modelidir. Müzakerede doğrudan üçüncü bir kişinin yardımı bulunmamaktadır. Müzakerenin sorun çözme ve kural koyma olarak iki temel fonksiyonu bulunmaktadır¹⁴⁰. Öncelikle uyuşmazlık konusunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Sonradan eklenen sorunlar, detaylar, koşullardaki farklılaşmalar, başka kişilerin etkileri uyuşmazlığın doğasını değiştirebilir. Bu nedenlerden ötürü tarafların öncelikle asıl sorun ve uyuşmazlık konusunda anlaşmış olmaları gerekir. Taraflar karşılıklı menfaat dengesini göz ardı etmeyerek iki tarafın da kabul edeceği bir çözüme varmayı hedefler¹⁴¹. Anlamli iletişim ve uzlaşma iradesi müzakerenin başarılı olabilmesi için önemlidir.

Müzakerede de arabuluculukta olduğu gibi gizlilik ilkesi geçerlidir. Müzakere sonucunda ulaşılan çözümler taraflar için bağlayıcı değildir¹⁴². Arabuluculukta üçüncü bir kişinin dahli söz konusu iken müzakerede tarafların kendi aralarında görülmesi söz konusudur. Müzakere yöntemi ile anlaşmaya varılması arabuluculukta sonuçları doğurmaz.

¹³⁸**Şahin**, Tuğçem, İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Alternatif Yöntemler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2017, s.39, 40.

¹³⁹**Esendal**, Nihan, “Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamasının Türk Hukuku ve Cas Kuralları Açısından Karşılaştırılması”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(1), 2014, s.157.

¹⁴⁰**Sevim**, s. 20; **Eisenberg**, Melven Aron, “Private Ordering Through Negotiation: Dispute-Settlement and Rulemaking, Harvard Law Review, C.89, No.4, s.638.

¹⁴¹**Sevim**, s. 21; **Tepley**, Lary, L., Legal Negotiation in a Nutshell, 2.ed, Minnesota 2005, s.4.

¹⁴²**Sevim**, s. 22; **Konuralp**, s.25.

4-Sulh Sözleşmesinden Farkı

Sulh sözleşmesi ile taraflar birbirlerine karşılıklı ödünlerde bulunmak suretiyle aralarında mevcut bulunan bir hukuki ilişkiyle ilgili olan anlaşmazlığa son verirler¹⁴³. Sulh sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak kabul edilir. Sulh sözleşmesinde ödünlerin karşılıklı olması gerekir. Tarafların karşılıklı tavizlerde bulunarak anlaşmaya varmaları ve bu yolla aralarındaki mevcut uyuşmazlığa son vermeleri sulh sözleşmesini işaret eder¹⁴⁴.

Sulh sözleşmesi, en kısa tanımla, tarafların üzerinde tasarrufta bulunabilecekleri hukuki uyuşmazlık alanlarında karşılıklı tavizlerde bulunmak suretiyle uyuşmazlığa son verdikleri bir sözleşme olup, mahkeme dışında ve mahkeme önünde gerçekleştirilebilmektedir. Sulh sözleşmesi, davaya son veren taraf işlemlerinden olup hem maddi hukuk hem de usul hukuku bakımından sonuç doğurur¹⁴⁵. Sulh sözleşmesi kanunda tanımlanmamış ve ayrıntılı şekilde düzenlenmemiştir. Sulh sözleşmesi; mahkeme dışı sulh (adi sulh) ve mahkeme önünde sulh şeklinde ikiye ayrılır¹⁴⁶.

Sulh ile dava sona erer, mahkeme sadece usul hukuku kurallarına uyulup uyulmadığını inceleyip daha sonra sulhun içeriğine göre karar verir. Sulh, ilgili bulunduğu davayı sona erdirir ve kesin hüküm gibi sonuç doğurur (HMK md.315/1). Sulh sözleşmesi bir kez akdedildikten sonra artık bundan dönülemez; ancak yanlış, aldatma, korkutma veya aşırı yararlanma hallerinde iptali söz konusu olabilir. Taraflar, mahkeme dışında yapmış oldukları sulh sözleşmesini mahkemeye vererek ve davada mutabık olduklarını bildirerek bu durumu duruşma tutanağına geçirirlerse bu durumda mahkeme içi sulhtan bahsedebiliriz¹⁴⁷.

¹⁴³ **Kurt**, Ekrem, “Sulh Sözleşmesi ve Arabuluculuk”, Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Dicle Üniversitesi Hukukta Alternatif Çözüm Yolları Ulusal Sempozyumu, 06-07 Nisan 2017, **Muratoğlu**, Tahir/ **Buluttekin**, Burak (Ed.), Ankara 2017, s.147. **Tandoğan**, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, 6. Bası, İstanbul 2008, s.14

¹⁴⁴ Ödünü tek taraf vermekte ise, bu durum davayı kabul, ibra, feragat yahut bağışlama gibi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak kabul edilir. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.425, **Kurt**, s.147-14; **Özdemir**, Erdem, “Sulh Sözleşmesi, Yargıtay 9. ve 22. Hukuk Daire Kararlarının İncelenmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.30, 2013, s.59.

¹⁴⁵ **Pekcanitez /Atalay /Özekes**, s.116; **Tandoğan**, s.15; **Kurt**, s.148.

¹⁴⁶ **Tandoğan**, s.15; **Kurt**, s.148; **Pekcanitez /Atalay /Özekes**, s.116.

¹⁴⁷ Mahkemeye verilen yazılı sulh sözleşmesinin duruşmada tarafların önünde okunması, okunduğunda da duruşma tutanağına yazılması ve ondan sonra da tutanağın HMK md.154/3 ‘e göre taraflara imzalatılması gerekir. **Karşı**, Abdürrahim, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 6100 Sayılı

Bazı yazarlara göre, karşılıklı tavizlerde varılan bir sulh sözleşmesi ile sonuçlanmış bulunan bir arabuluculuk faaliyetindeki anlaşmanın mahkeme önünde sulh ile eşdeğer olduğunun kabul etmektedirler¹⁴⁸. Bu görüşlere katılmamaktayız. Arabuluculuk ve sulh farklı kurumlardır. Arabuluculuk faaliyetinde her zaman tarafların taviziyle bir sonuca varılmaz. Sadece tek tarafın tavizi mevzubahis olabilir veya taraflar anlaşamayabilir. Sulh sözleşmesi yapılırken üçüncü kişinin varlığı söz konusu değildir; son tutanak ise arabulucu nezdinde hazırlanır. HUAK md.18’de son tutanağın, icra edilebilirlik şerhi almadan başka bir işlemde kullanılması durumunda damga vergisine tabi olacağı düzenlenmiştir. Arabuluculuk anlaşma tutanağı ise damga vergisine tabi değildir. Anlaşmaya konu tazminat ve alacakların ödenmesi sırasında damga vergisi kesintisi yapılacaktır. Bu özelliği ile son tutanak sulh sözleşmesinden ayrılır. Son tutanak ilam niteliğinde sayılan belgedir, kesin hüküm sonucu doğurmaz¹⁴⁹. HUAK md.18 hükmüne göre ancak sulh hukuk mahkemesinin ‘icra edilebilir’ şerhi ile ilam hükmüne kavuşabilecektir. Mahkemece uyuşmazlığın sulh sözleşmesi uyarınca karara bağlanması durumunda bu karara karşı kanun yollarına başvurulabilir. Arabuluculukta ise taraflar anlaşmaya vardıklarında arabuluculuk anlaşma belgesi için alınana icra edilebilirlik şerhi kararına karşı istinaf yoluna gidilebilir¹⁵⁰.

5-İkale’den Farkı

İkale (bozma sözleşmesi), bir borç ilişkisini tümüyle sona erdiren etkiye sahip olup, irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü gereği, taraflar kendi kurdukları bir sözleşmeyi yine aralarında anlaşarak bozma sözleşmesi ile sona erdirebilirler¹⁵¹.

Hukuk Mahkemeleri Kanununa Göre, İstanbul 2012, s.442; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunun Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 13. Baskı, Ankara, 2012, s. 700; **Tanrıver**, Süha, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara, 1996, s.91; **Yazıcı Tıktık**, Gizlilik, s.65.

¹⁴⁸ **Kurt**, s.153; Anlaşma belgesinin adi yazılı şekilde düzenlenmesi mümkün olduğu gibi noter önünde de düzenlenmesi mümkün sayılmaktadır. Noter önünde düzenlenen anlaşma belgesinin İİK etkisi için bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.612 vd. Anlaşma belgesi, mahkeme dışı sulh sözleşmesi niteliğindedir. Bkz. Bursa BAM 3. Hukuk Dairesi, T.22.10.2020, E.2020/2327, K.2020/1842.

¹⁴⁹ **Çil**, Şahin, “Zorunlu Arabuluculuk Görüşmelerinde Son Tutanak”, İntes İnşaat Sanayi Dergisi, S.165, 2018, s.35.

¹⁵⁰ **Kılıçoğlu**, Arabuluculuk Sözleşmeleri, s. 4; **Yakıcı**, s.33.

¹⁵¹ **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019, s.1408; **Yavuz**, Cevdet/**Acar**, Faruk/ **Özen**, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 16. Baskı, İstanbul 2019, s.7; **Elbir**, s.293. **Gerek**, Nüvit, “İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi ile Sona Ermesi”, Çalışma ve Toplum, S.31, 2011, s.47-48.

İkale sözleşmesinin kurulmasındaki temel amaç, işçi ile işveren arasında mevcut olan iş sözleşmesi devam ederken anlaşma yoluyla iş ilişkisinin sona erdirilmesini sağlamak iken, arabuluculuk görüşmeleri tarafların iş ilişkileri devam ederken yapılabildiği gibi, iş ilişkisi sona erdikten sonra da yapılabilir. Örneğin; iş ilişkisi devam ederken işyerinde fazla mesailerinin karşılığı kendisine ödenmeyen bir işçi, iş sözleşmesini sona erdirmeden, arabuluculuk yoluna başvurarak fazla mesai karşılığının kendisine ödenmesi için talepte bulunabilir, ya da ücreti ödenmeyen bir işçi iş sözleşmesini haklı nedenle fesih etmek suretiyle sona erdirerek, kıdem tazminatına ek olarak ödenmeyen ücretlerinin ödenmesini talep ederek arabuluculuk başvurusunda bulunabilir.

İkalede, iş sözleşmesinin tarafları (işçi ile işveren) aralarındaki iş ilişkisini, karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanları ile anlaşmak suretiyle sona erdirirken, arabuluculuğa başvurmak için taraflar arasındaki iş ilişkisinden kaynaklı bir uyuşmazlığın varlığı aranır. İkalede muhakkak bir uyuşmazlığın mevcudiyeti aranmamaktadır.

İkalede taraflar karşılıklı anlaşarak aralarındaki iş ilişkisini sona erdirdikleri için ikale İş K.'da tarif edilen iş sözleşmesinin feshi niteliğinde değildir. Örneğin; iş ilişkisi ikale sözleşmesi yapılarak sona erdirilen bir işçi, İş K.'da düzenlenen başta iş güvencesi hükümleri olmak üzere kıdem, ihbar ve işsizlik ödeneği gibi feshe bağlı haklardan yararlanamaz. Uygulamada işverenler işçinin feshe bağlı haklarından yararlanmasının önüne geçmek için iş ilişkisini ikale yoluyla sona erdirmektedir. Bu yüzden Yargıtay ikaleye şüphe ile yaklaşmakta ve somut olayların özelliklerini dikkate alarak ikale hakkının kötüye kullanım niteliği taşıyıp taşımadığı makul yarar kriterleri ile denetlenmektedir¹⁵².

İkale teklifinin işverenden gelmesi durumunda, işçiye makul yarar sağlanmadıkça Yargıtay bu bozma sözleşmesini geçersiz saymaktadır¹⁵³. Makul yararın serbestçe kararlaştırılabilmesi mümkünse de bu ek menfaatin asgari dört aylık ücret olması

¹⁵² Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, T.19.06.2017, E. 2017/35505, K. 2017/14692 (www.lexpera.com.tr).

¹⁵³ Makul yarar, Yargıtay kararlarında, işçinin kıdemi, işçinin pozisyonu gibi somut durumların özelliklerine göre belirlenmektedir. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi ., T. 27.03.2019, E.2019/2672, K.2019/6911 (www.lexpera.com.tr).

gerektiğine dair Yargıtay kararları mevcuttur¹⁵⁴.

İkale teklifinin işçiden gelmesi durumunda ise, bu teklifte herhangi irade sakatlığı yoksa ve işçiye kıdem, ihbar tazminatları ve yıllık izin ücreti gibi yasal işçilik hakları sağlanıyorsa Yargıtay, bu ödemelere ilave olarak işçiye makul yarar çerçevesinde ek bir menfaatin sağlanmasına gerek olmadığı görüşündedir¹⁵⁵. Esasen bu durumda; işçi istifa ederek kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanmayacak iken, ikale ile kendisine kıdem ve ihbar tazminatı ödenmektedir. Bu da işçi lehine makul menfaat olarak kabul edilmektedir.

Arabuluculukta taraflar arasındaki iş ilişkisinden kaynaklı bir uyuşmazlığın çözümü söz konusudur ve makul yarar ilkesinin uygulanmasına ilişkin bir hüküm arabuluculuk mevzuatında bulunmamaktadır. İkalenin geçerliliği makul yarar ilkesi ile ilişkilendirilirken; arabuluculukta anlaşılan miktarın iptali hata, hile, ikrah ve gabin hükümleri uyarınca dava konusu edilebilir.

Arabuluculuğun ikaleden ayrılan önemli bir diğer özelliği de ikale, işçi ile işverenin taraf olduğu bir sözleşme iken, arabuluculukta işçi ve işverenden başka bir de arabulucunun katılımı söz konusudur ve en az üç kişinin katılımıyla gerçekleşen arabuluculuk görüşmesinde taraflar arasında uygun iletişim ortamı sağlanarak uyuşmazlığın çözümü gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır¹⁵⁶.

Bir diğer farklılık ise usulüne uygun şekilde düzenlenmiş bir arabuluculuk anlaşma tutanağının icra edilebilirlik şerhi ile birlikte mahkeme ilamı niteliğinde belge olmasıdır¹⁵⁷. Diğer bir ifadeyle, arabuluculukta düzenlenen anlaşma tutanağının doğrudan

¹⁵⁴ Makul yararın serbestçe kararlaştırılabilmesi mümkünse de bu ek menfaatin asgari dört aylık ücret olması gerektiğine dair bkz.Y. 9.Hukuk Dairesi, T.26.03.2018, E.2017/21980, K. 2018/6265 (www.lexpera.com.tr).

¹⁵⁵ Y. 9.Hukuk Dairesi, T. 23.09.2019, E.2019/2019, K. 2019/16546 (www.lexpera.com.tr).

¹⁵⁶ “İş akdinin sonlandırılması yönünde icabın davacıdan geldiği ve işverence davacıdan gelen icabın kabul edilerek resmi arabulucu siciline kayıtlı arabulucu tarafından yönetilen ihtiyari arabuluculuk görüşmesi sonucunda...TL net kıdem ve....TL net ihbar tazminatı ödeneceğinin kararlaştırıldığı ve akabinde kararlaştırılan miktarın davacıya ödendiği de sabittir. 6325 sayılı yasanın amacı ve konulan hedefler dikkate alındığında, arabuluculuk sonucunda düzenlenen sahteliği ispatlanıncaya kadar geçerli ilam niteliğindeki anlaşma belgesinin iptali için dava açmasında mahkemenin davacıya süre vermesi davanın ön şartı da olmayıp dava açmasına yasal engel yoktur.

Sonuç olarak, mevcut delil durumuna göre iş akdinin sonlandırılması yönünde taraflar arasında bozma (ikale) sözleşmesinin kurulduğu ve baskının ispatlanamadığı anlaşılmaktadır. İş akdinin sonlandırılması teklifinin davacıdan geldiği durumlarda, yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına göre makul yarar şartı kıdem tazminatının ödenmesiyle gerçekleşeceği gibi ihbar tazminatı da ödendiğinden, ikale sözleşmesiyle iş akdi sona eren davacının işe iade davası açması mümkün değildir.” Bkz. Bursa 3.BAM;T.30/12/2021, E.2021/3548, K. 2021/2971 (www.lexpera.com.tr).

¹⁵⁷ İzmir BAM 9.Hukuk Dairesi, T.21.10.2019, E. 2019/2343, K. 2019/1223 (www.lexpera.com.tr).

icraya konması mümkündür. İ kale ise işçi ile işveren arasında imzalanan bir sözleşme olup, tarafların bu sözleşmeye riayet etmemesi ise sözleşmeye aykırılık teşkil eder. Tarafların ikalede yer alan hükümlere aykırı davranması halinde başvurulabilecek tek yol dava açmak olacaktır.

Arabuluculuk ile ikale müesseseleri arasındaki fark vergilendirme noktasında da kendini gösterir. İ kalede ikale bedelleri üzerinden gelir vergisi tahakkuk ederken, arabuluculukta, anlaşılması halinde gelir vergisi tahakkuku söz konusu olmayacaktır. Bir istisna 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu md.25/1 uyarınca yalnızca sekiz aylık işe başlatmama tazminatına tekabül eden miktar için geçerli olup, sekiz aylık brüt ücreti aşan kısım (ücret mahiyetinde olmadığı için) gelir vergisine tabi olacaktır.

İş sözleşmesi feshedilen ve işe iade davası açabilmek için arabulucuya başvuran işçi anlaşma sonucu sekiz aylık ücretini geçmeyen işe başlatmama tazminatının Gelir Vergisi Kanunu md. 25/1(1) kapsamında gelir vergisinden istisna edilmesi mümkündür. İş sözleşmesi feshedilmeden önce çıkış koşullarında mutabık kalınması için ihtiyari arabuluculuğa başvurulması halinde ödenecek ek tazminat İş K. md. 21 uyarınca işe başlatmama tazminatı olarak kabul edilemeyeceğinden, Gelir Vergisi Kanunu md.25/1 kapsamında istisna edilemez; bu kapsamda ödenen ek tazminatlar Gelir Vergisi Kanunu md. 25/1(7) kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁵⁸.

D-Arabuluculuğun Gelişimi ve Türkiye’deki Duruma Genel Bakış

Dünya nüfusunun artışı, ulusal ve uluslararası ilişkilerin ve ticaretin gelişmesiyle uyuşmazlık konularının da gündeme gelmesi kaçınılmaz olmuştur. Uyuşmazlıkların dostane yollarla çözümü için tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kullanılmaya başlanması dünyada yaygın hale gelmektedir. 1970’ler itibariyle mahkeme dışı uyuşmazlık yöntemleri tanıtılmakta ve geliştirilmektedir¹⁵⁹. Bu yöntemlerden özellikle doğrudan görüşme ve arabuluculuk teşvik edilmektedir¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Dava şartı ve ihtiyari arabuluculuk kurumuna başvurulması sonucunda ödenen tazminatlarda gelir vergisi istisnası hakkında 64597866-120(25/1)- 9209 Sayılı Özelge, Kabul Tarihi 07.06.2021.

¹⁵⁹ **Yazıcı Tıktık**, Gizlilik, s. 4; **Özbek**, Mustafa, “Report on Alternative Dispute Resolution Within The Context of Better Access to Justice”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, Özel Sayı, 2009, Prof. Dr. Bilgi Umar’a Armağan, C.1, İzmir 2010, s.453

¹⁶⁰ **Tanriver**, Süha, “Arabuluculuk ve Uzlaşma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açıdan İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan Kitabı, Ankara 2010, s.2025-2036; **Yıldırım**,

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının gündeme gelmesi ve bu çözüm yollarının yaygınlaştırılmaya başlanması 1970'lere denk gelmesi tesadüf değildir. Bu yıllar, kapitalizmin tekrar ekonomik kriz içine girdiği, sosyal refah devletine özgü kamusal ve sosyal politikaların terk edildiği; devletin kamusal hizmetlerinin daraltılarak, birçok kamusal alanın piyasaya açılmasını ve devletin piyasanın işlerliğini kolaylaştırıcı bir fonksiyon üstlenerek krizin aşılabileceğini öngören neo-liberal politikaların da uygulanmaya başlandığı yıllardır¹⁶¹.

“Arabuluculuk” Amerika Birleşik Devletleri’nde ortaya çıkmış olup, Yurttaşlık Yasası ile 1964 yılında uygulamaya konmuştur. Daha sonra 1960’lı yılların başında, Yerel Adalet Merkezlerinde (Neighborhood Justice Centers) belirli bir bölgede ortaya çıkan bireysel uyuşmazlıkların *mahkeme dışı yöntemlerle çözümü* uygulaması teşvik edilmiş ve bu merkezler 1980’li yıllara gelindiğinde adalet sisteminin önemli bir parçası haline gelebilmiştir¹⁶². Avusturalya, Kanada ve Yeni Zelanda’da arabuluculuk paralel şekilde, benzer yollar izlenerek gelişmiştir¹⁶³.

Avrupa Birliği ülkelerinde 2008 yılında 2008/52/EC sayılı Medeni ve Ticari hususlarda Arabuluculuğa Dair Avrupa Birliği Tüzüğü ile arabuluculuk zorunlu hale getirilmiştir. Bu gelişmeden çok önce arabuluculuk müessesesinin Amerika Birleşik Devletleri ve Uzak Doğu’daki başarılarını gören birçok *tahkim kurumu* arabuluculuk kurallarını hazırlayıp kullanıma sunmuştur¹⁶⁴. Uyuşmazlıkların aracı kurumlar ya da kişilerle çözülmeye çalışılması meselesi, Doğu Avrupa ülkelerinde 1990’dan sonra komünizmin çöküşünden sonra görülmeye başlar. Polonya, Çekya, Slovakya, Macaristan, Bulgaristan, Rusya ve Ukrayna’da Amerika Birleşik Devletleri’nin finansal ve eğitimsel desteği ile Uyuşmazlık Çözüm Merkezleri kurulmuştur¹⁶⁵.

Nevhis Deren, “Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Düşünceler”, Arabuluculuk Kanunu Tasarısı-Eleştiriler Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2008, s.67.

¹⁶¹ **Gün**, Servet, Piyasa Hukukunun İnşası: Zorunlu Arabuluculuk, 1. Baskı, İstanbul 2018, s.45 vd.; **Heper**, Hande, “İş İlişkisinde İşçinin İradesi”, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2021 s.317.

¹⁶² **Yazıcı Tıktık**, Gizlilik, s.15; **Şahin Ceylan**, s.278.

¹⁶³ **Yılmaz**, Muzaffer Ercan, “Uyuşmazlık Çözümünde Arabuluculuk Süreci”, Kazancı Hukuk Dergisi, İstanbul 2005, S.21-22, s.99; **Yazıcı Tıktık**, Gizlilik, s.16; **Moore**, s.20 vd.

¹⁶⁴ **Yeşilirmak**, s. 20; **Moore**, Christopher W., The Mediation Process-Practical Strategies for Resolving Conflict, 3.Baskı, San Francisco 2003, s.22-42.

¹⁶⁵ **Yazıcı Tıktık**, Gizlilik, s.16; **Yılmaz**, s.99; **Moore**, s.20 vd.

Avrupa ülkelerine arabuluculuğun nasıl başladığı ve ne şekilde uygulandığı konusu, o ülkelerin hukuk sistemlerinin genel özelliklerine göre değişmektedir. Avrupa hukuk sisteminin; eylemci veya yönetici devlet yapısı, hiyerarşik otorite ve devlet politikalarının uygulamasını amaçlayan tahkike dayalı usul sistemleri sahip olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁶. Anglo Amerikan hukuk sistemi ise tepkisel devlet yapısına, yatay otoriteye ve çatışma çözümünü hedefleyen mücadeleci bir yapıya sahiptir. Uyuşmazlıkların mahkeme dışı yöntemlerle çözümünün, mücadeleci usul sistemlerine ve yatay otoriteye sahip tepkisel devletlerde daha kolay gerçekleştiği tespit edilmiştir¹⁶⁷. Arabuluculuk kurumunun Anglo Amerikan sistemindeki hızlı gelişiminin karşısında Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde arabuluculuğun yaygınlaştırılması konusunda önce birtakım isteksizlikler ve zorluklar yaşanmış¹⁶⁸ Anglo Amerikan sistemindeki ülkeleri kıyasla Kıta Avrupası ülkelerinde arabuluculuk daha yavaş ilerlemiştir. Türk Hukuku da dünyada yaşanan gelişmelere ayak uydurmuştur. Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisinde “alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini geliştirmek ve uygulamada etkinliğini artırmak” şeklinde bir amaç belirlenmiştir. Bu bağlamda Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu 22 Haziran 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Dava şartı arabuluculuk ise daha ileri bir tarihte hukuk sistemimize dahil olmuştur. 1 Ocak 2018 tarihi itibarıyla iş uyuşmazlıklarında¹⁶⁹, 1 Ocak 2019 tarihi itibarıyla ticari uyuşmazlıklarda¹⁷⁰ 28 Temmuz 2020 tarihi itibarıyla de tüketici uyuşmazlıklarında¹⁷¹ 28 Mart 2023 tarihi itibarıyla kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda, kat mülkiyetinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, komşu hakkıyla ilgili uyuşmazlıklarda¹⁷² ve 23 Mart 2023 tarihi itibarıyla tarımsal üretim

¹⁶⁶ **Ceylan** Sule Şahin, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul, 2008, s.278

¹⁶⁷ **Yazıcı Tıktık**, Gizlilik, s.15; **Moore**, s.20 vd; **Şahin Ceylan**, s. 278.

¹⁶⁸ **Yazıcı Tıktık**, Gizlilik, s.16; **Şahin Ceylan**, s.279.

¹⁶⁹ 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu md.3.

¹⁷⁰ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 5/A hükmü, geçici md. 12.

¹⁷¹ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 73/A hükmü, geçici md. 2.

¹⁷² 7445 Sayılı İcra İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun md. 37. Anılan kanunun yürürlük tarihi 1 Eylül 2023'tür.

sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda¹⁷³ arabuluculuk dava şartı haline gelmiştir.

Günümüzde online alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından telekonferans çevirim içi arabuluculuğu da içeren e-arabuluculuk hatta yapay zekanın arabulucu olarak kullanımı dahi uluslararası literatürde üzerinde tartışılan konular haline gelmiştir¹⁷⁴.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi'nin bir kararında¹⁷⁵ arabulucunun taraflarla elektronik sistemler üzerinden görüntülü iletişim kurmasının önünde yasal bir engel bulunmadığı belirtilerek¹⁷⁶ telekonferans yöntemiyle arabuluculuğun icra edilmesinin önü açılmış olsa da 18 Nisan 2022 tarihli Arabuluculuk Daire Başkanlığı yazısında¹⁷⁷ arabuluculuk görüşmelerinin telekonferans yöntemiyle yapılmasının istisnai olduğu, esas olanın tarafların karşılıklı olarak müzakere masası etrafında bir araya gelmesi olduğu belirtilmiştir. Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın bu görüşüne katılmamaktayız. Tarafların yüz yüze gelmesi durumunda anlaşma şansının yükseleceği bir gerçek olmakla birlikte, hayatın olağan akışında telekonferans yöntemi bazen bir zorunluluk olarak karşımıza çıkabilir. Taraflar arası bilgi asimetrisi, taraflar arası eşitsizlik, sözleşmenin sona ermesi safhasında yaşanan husumet vb. sebeplerle tarafların karşı karşıya gelme olgusu zorlaşabilmektedir. Arabuluculuk kurumu sürecin işleyişi konusunda taraflara hareket alanı sağlamaktadır; taraflar ve arabulucu diledikleri şekilde arabuluculuk görüşmelerine katılabilmeli ve görüşmeleri sürdürebilmelidirler. Taraflarca online yapılması kararlaştırılan arabuluculuk sürecinin bu şekilde tamamlanmasına daire başkanlığının müdahalesi kabul edilemez; ancak taraflardan birinin bu yöntemi kabul etmemesi halinde genel kural olarak yüz yüze görüşme sisteminin tercih edilmesi gerektiği şüphesizdir.

Konuya ilişkin olarak ilave olarak belirtmek gerekir ki, Türkiye, *Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu*'nu (Singapur Konvansiyonu) ilk imzalayan devletler arasında yer

¹⁷³ 7442 Sayılı Orman Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun md.13/e. Anılan kanunun yürürlük tarihi 1 Eylül 2023'tür.

¹⁷⁴ E-arabuluculukta temel unsur teknolojinin her çeşidinin uygun düştüğü ölçüde arabuluculukta kullanılmasıdır. Bkz. **Yazıcı**, Çiğdem, "E-Arabuluculuğa Genel Bakış ve Türkiye Açısından Öneriler", Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Bildiri Özeti Kitabı, (Ed.) **Yeşilirmak**, Ali/**Gümrükçüoğlu Bozkurt**, Yeliz/**Kafalı**, Ömer Faruk/**Yakacak**, Gülnihal, Ahter/**Dülger**, Ahmet, 2020, s.222.

¹⁷⁵ 6. Hukuk Dairesi, T.04.02.2020 E. 2019/4092, K.2020/304 (www.lexpera.com.tr).

¹⁷⁶ **Yazıcı**, E-Arabuluculuk, s.222.

¹⁷⁷ <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/209202111430502.pdf> (E.T.10.06.2022)

almaktadır. Arabuluculuk sonucunda taraflar arasında yapılan milletlerarası nitelikli ticari uyuşmazlığa ilişkin sulh anlaşmasının, Konvansiyona taraf olan bütün devletlerde tenfizinin yanı sıra diğer hukuki sonuçları doğurmasını sağlamak amacıyla Singapur Konvansiyonu hazırlanmıştır. Singapur Konvansiyonu, konvansiyona taraf olan bir ülkede gerçekleşen arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmalarının diğer üye devletlerde nasıl sonuç doğuracağını düzenlemektedir¹⁷⁸.

Hızlı ve diğer uyuşmazlık çözüm yollarına nazaran daha az masraflı olmasının yanı sıra taraflar arasındaki ticari ilişkinin sürdürülmesine de katkı sağlayan bir usul olması sebebiyle arabuluculuğun sınır aşan bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak yaygınlaşmasını sağlamak, Singapur Konvansiyonu'nun amaçları arasında yer almaktadır¹⁷⁹. Türkiye, Singapur Konvansiyonu'nu 11 Nisan 2022 yürürlük tarihi ile onaylanmıştır. Bu durumun Türkiye'ye yapılacak yabancı sermaye yatırımlarını teşvik edeceği düşünülmektedir. Türk hukukunda iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmaları milletlerarası nitelik taşısalar bile Singapur Konvansiyonu'nun uygulama alanı dışındadırlar¹⁸⁰.

TTK'nın 5A maddesi uyarınca ticari uyuşmazlıklardan para alacağı ve tazminat alacağına ilişkin olanlar için zorunlu arabuluculuk yoluna başvurulabilir; ancak arabuluculuk sonucu yapılan iç ticarete ilişkin sulh anlaşmaları da Singapur Konvansiyonu kapsamında değildir. Milletlerarası ticari nitelikli bir uyuşmazlıkta dava şartı arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmasının diğer akit devletlerde sonuç doğurması Singapur Konvansiyonu hükümlerine tabidir¹⁸¹.

¹⁷⁸**Ekşi**, Nuray, “Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (Singapur Konvansiyonu), United Nations Convention On International Settlement Agreements Resulting From Mediation (Singapore Convention)”, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C. 9, S. 1, 2020, s. 28.

¹⁷⁹**Schnabel**, Timothy, “The Singapore Convention on Mediation: Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements”, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, 2019, s.2; **Ekşi** s. 55.

¹⁸⁰Singapur Konvansiyonu'nun 1(2)(b) maddesi uyarınca iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmaları konvansiyona tabi değildir.

¹⁸¹**Ekşi**, s. 62.

II- Arabuluculuk Kurumunun İşleyişine İlişkin Temel İlkeler

A-İradilik (Gönüllülük) İlkesi

1-Genel Olarak

İradilik ilkesi; ihtiyarilik ilkesi, gönüllülük ilkesi ve serbestlik ilkesi olarak da adlandırılmaktadır. HUAK md.3/1' e göre taraflar, arabulucuya başvurma, süreci devam ettirme, sonuçlandırma veya süreçten vazgeçme konularında serbesttirler. Kanunun bu hükmü ile iradilik ilkesi arabuluculuğun temel bir ilkesi olarak yerini almıştır¹⁸².

İradilik ilkesinin amacı, uyuşmazlığın tarafları arasında mümkün olduğunca serbest ve açık bir müzakere atmosferini sağlamaktır. Tarafların dışarıdan baskısız bir şekilde müzakere etmelerine imkân sunulması ve arabuluculuk sürecinin gerçekleşmesini serbest iradeleriyle istemeleri amaçlanmaktadır¹⁸³.

İradilik ilkesi tarafların zarar görmeden her zaman arabuluculuk sürecinden vazgeçebilmelerini temin etmektedir. Arabulucunun görevi sürece katılımı, sürecin devamında ve sürecin sonlandırılmasında anılan serbestliğin varlığını tespit etmektir. Arabulucu tarafların baskı altında olmadıklarından emin olursa, başarılı bir arabuluculuğun temelini oluşturabilir. Tarafların serbest iradeleri ile hareket edip etmediklerinin nasıl tespit edileceği sorunu gündeme gelebilir. Uyuşmazlığın bir tarafının çok güçlü olması nedeniyle, müzakerenin şartlarını diğer tarafa istediği gibi dayatabildiği durumlarda, güçsüz olan tarafın serbest iradesinden söz edilemez. Bu durum kuvvet dengesizliği olduğunda söz konusu olabilmektedir¹⁸⁴. Arabulucunun menfaat temelli

¹⁸² **Yazıcı, Tıktık**, Gizlilik, s.36; **Ekmekçi, Ömer/Özekes**, Muhammet/Atalı, Murat, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, İstanbul 2018, s.25; **Ekmekçi vd.**, s.28; **Briedenback**, Stefan/**Henssler**, Martin, Mediation für Juristen, Köln 1997, s.62; Özel hukuktaki hukuki ilişkilerde var olan irade serbestinin hukuk yargılama usulündeki yansıması olan tasarruf ilkesi, HMK md.24 de düzenlenmiştir. Bkz. **Meriç**, Nedim, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011; **Özbek**, Mustafa, “Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hâkim Olan İlişkiler Işığında Arabuluculuk”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 2010, s.145 vd.; Özel hukuktaki irade serbestinin ve usul hukukundaki tasarruf ilkesinin arabuluculuk hukukundaki yansıması ise iradilik ilkesidir. Usul hukukundaki tasarruf ilkesine göre, iradi olarak açılan davada taraflar feragat, kabul veya sulh yoluyla yargılamanın tamamını veya bir kısmını, iradi olarak sona erdirmek hakkına sahiptir. Benzer şekilde, arabuluculukta taraflar uyuşmazlık konusu hakkında arabulucuya başvurmada, süreci devam ettirip ettirmemede, sürecin sonunda bir uzlaşmaya varıp varmama da serbesttirler. Bkz. **Dür**, s.253.

¹⁸³ **Kracht**, Stefan, “Rolle und Aufgabe des Mediators-Prinzipien der Mediation”, Haft/von Schlieffen, Handbuch Mediation, München 2009, s.284; **Dür** s.251; **Ekmekçi/Özekes/Atalı**, s.26; **Ekmekçi vd.**, s.29.

¹⁸⁴ **Kracht**, s.285; **Dür**, s.252; **Ekmekçi/Özekes/Atalı**, s.27; **Ekmekçi vd.**, s.30; **Harmancı**, İsmail Çiğdem, “İş Yargılamasında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020, s.95.

arabuluculuk yaptığını öne sürerek güçsüz olan taraf için iradilik ilkesinin gerçekleştiği öne sürülemez. Bu durumda menfaat temelli bir arabuluculuk gerçekleşmemiş ve arabuluculuk sürecinin kazan-kazan olarak nitelenen tarafları tatmin etkisine ulaşamamış olur.

Arabulucu, tarafların arasındaki aşırı güç dengesizliğini, serbest iradenin tam olarak varlığının gerekliliğini konu haline getirip işleyerek, güçsüz tarafın iradesini baskı altına alan unsurları bertaraf edip, tarafların süreci her zaman terk edebileceklerine onlara anlatıp hatırlatarak yapabilir¹⁸⁵. Arabulucu, iradeyi bozan, yanıltma, aldatma, korkutma ve aşırı yararlanma hallerinin varlığını tespit etmesi durumunda, bu irade bozukluklarını gideremiyorsa, arabuluculuk faaliyetini sonlandırmalıdır¹⁸⁶.

Doktrinde arabuluculukta iradilik ilkesinden bahsedilirken “çifte özgürlük” ilkesine de vurgu yapılmaktadır. Bu ilke, arabuluculuk sürecine katılmada serbestlik ile arabuluculuk yöntemiyle anlaşmaya varma da serbestliği birlikte ifade eder. Bu noktada, bu iki özgürlük “katılım özgürlüğü” ve “sözleşme özgürlüğü” olarak tanımlanır¹⁸⁷.

Arabuluculuğun dava şartı olmasının, arabuluculuğun temel mantığı ile çeliştiği doktrinde ileri sürülmüştür. Bazı yazarlara göre dava şartı arabuluculukta arabuluculuk sürecine başlanmasının zorunlu olması ile iradilik ilkesinin ihlali söz konusu olur. Bu yazarlara göre arabuluculuk sürecinin ancak gönüllülük esasına göre yürütülmesi ile başarılı bir arabuluculuktan söz edilebilir. Serbest irade arabuluculuk sürecine katılım ve tarafların anlaşmaya varması safhalarında bulunması gereken bir unsurdur¹⁸⁸. Bu anlamda sürece devam etmekte veya süreci sonlandırmadaki serbesti gerçek anlamda serbest iradenin varlığı anlamına gelmeyecektir.

¹⁸⁵ Ekmekçi/Özekes/Atalı, s.27; Ekmekçi vd., s.29; Yazıcı Tıktık, Gizlilik, s.36; Kekeç, s.72; Dür, s.251.

¹⁸⁶ Dür, s.252; bu konu Adalet Bakanlığımız, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire başkanlığı tarafından yayınlanan, “Türkiye Arabulucular Etik Kuralları” md.4/5 de ayrıntılı irdelenmiştir. <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1512021075717T%C3%BCrkiye%20%20Arabulucular%20%20Etik%20Kurallar%C4%B1.pdf> (E.T.:12.02.2022)

¹⁸⁷ Nelle, Andreas/Hack, Andreas, Obligatorische Mediation: Selbstwiderspruch der Reforminstrument? Zeitschrift für Konfliktmanagement 2001, s.56; Dür s.257

¹⁸⁸ Rakowsky, Rebekka, Obligatorische Mediation, Zulassung und Zweckmäßigkeit im allgemeinen Zivilrecht sowie im elterlichen Scheidungskonflikt, Hamburg 2013, s.38; Dür s.255; 2002 yılında Almanya da yapılan “Yargılama yerine arayı bulmak” konulu bir araştırmanın sonucuna göre, hakimler dava şartı arabuluculuğa karşı çıkmışlardır. Gerekçe olarak da dava şartı arabuluculuğun psikolojik etkisini göstermişlerdir. Sadece tarafların kendi istekleriyle yapılan arabuluculuğun başarılı olabileceğini ifade etmişlerdir Bkz. Rakowsky, s.37.

Arabuluculuğa başvurunun zorunlu olması gerektiğini ve faydalı olacağını savunan yazarların yanında¹⁸⁹ iradilik ilkesinin kusursuz uygulanmasını destekleyen, dava şartı arabuluculuğun hak arama hürriyetine aykırı olabileceği ve yargılamanın uzamasına sebebiyet verebileceği gerekçeleriyle karşı çıkan yazarlar da bulunmaktadır¹⁹⁰.

Bühren, bir tarafın veya her iki tarafın arzusu hilafına başlatılan dava şartı arabuluculuk sürecinin baştan itibaren başarısızlığa mahkûm olduğunu ve bu sürecin başarılı olma şansını ancak tarafların tamamının anlaşma konusunda menfaatlerinin olmasına bağlamıştır¹⁹¹.

Heintel, uyuşmazlığın taraflarının arasında engellenme ve karşıdakini yenme gibi negatif duyguların söz konusu olduğunu, bu olumsuzluklara rağmen arabuluculuğun başarısı için taraflarda birlikte süreci devam ettirme arzusunun bulunması gerektiği ve bu nedenle tarafların yapılan tekliflere açık olabilmesi, tarafların gönüllü olarak sürece katılmalarıyla mümkün olabileceğini ifade etmiştir¹⁹².

Stadler de, arabuluculuğun diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerine göre en büyük avantajının tarafların diledikleri zaman süreci terk edebilmeleri olduğunu belirtmektedir¹⁹³. Bu sebeple dava şartı arabuluculuk yönteminin arabuluculuğun mantığına ters düştüğünü ileri sürmüştür.

¹⁸⁹ **Kuru**, Tasarı, s.239; **Üstündağ**, Saim, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı Taslağı Hakkında Düşünceler, Yargı Dünyası, 2008/145, s.16; **Özbek**, İlkeler s.139; **Işıktaç**, Yasemin, Türk Arabuluculuğunda Etik Modeli ve Etik İkilemler, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, İstanbul 2014, s.59; **Dür**, s.258.

¹⁹⁰ **Pekcanitez**, Hakan, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı’nın Tanıtımı”, Medeni Usul ve icra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme, 19-20 Ekim 2007, s.254; **Tanrıver**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunun Tasarısının Getirdikleri ve Değerlendirilmesi, s.639; **Yıldırım**, Usuller, s.358. **Taşpolat Tuğsavul**, s.127; **Özmumcu**, Seda, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, İÜHFİM, C. LXXIV, S.2, 2016, s.826; **Dür**, s.258.

¹⁹¹ **Van Bühren**, Hubert W., “Zwangsschlichtung-Nein danke!”, AnwaltsBlat 1998, s. 582-583, **Dür**, s.256; **Harmancı**, s.101.

¹⁹² **Heintel**, Peter, “Veränderung in der Konfliktkultur”, Falk/Heintel/Pelikan, Die Welt der Mediation, Entwicklung und Anwendungsgebiete eines interdisziplinären Konfliktregelungsverfahrens, Klagenfurt 1998, s.23; **Dür**, s.256; **Harmancı**, s.100.

¹⁹³ **Stadler**, Astrid, “Aesergerichtliche obligatorische Streitsschlichtung-Chance oder Illusion?”, Neue Juristische Wochenschrift 1998, s.2479; **Dür**, s.256; **Harmancı**, s.100.

Böttger, uyuşmazlığın taraflarının ancak kendi arzularıyla arabuluculuk sürecine katılmaları halinde süreçten bir başarı elde edilebileceğini belirtmiştir. Bu durumun tarafların süreçte daha fazla aktif olmalarını sağlayacağını vurgulamıştır¹⁹⁴.

Tarafların arabuluculuğa katılımında zorunluluğa ilişkin düzenleme, tarafların sürece katılımından sonra, tarafların sürecin yararına inandıkları için iradi olarak devam ediyorlarsa, başlangıçtaki gönülsüzlük ortadan kalkmış, süreç tarafların serbest iradesiyle devam ettirilip anlaşma için gerekli olan gönüllülük sağlanmıştır görüşünü savunan yazarlar bulunmaktadır¹⁹⁵. Bu görüşteki yazarlardan *Dür*'e göre arabuluculuk sürecinin başında getirilen başvuru zorunluluğuyla, katılım özgürlüğü ihlal edilmiş ve arabuluculuk sürecinin tamamında iradilik ilkesi uygulanmamış olsa da taraflar sürecin sonunda serbest iradeleriyle anlaşmaya varmışlarsa; katılım özgürlüğündeki iradilik ilkesi ihlali, dava şartı arabuluculuk ile sağlanan anlaşma açısından görmezden gelinebilir. Taraflara, arabuluculuk sürecine zorunlu olarak katıldıktan sonra, bu sürecin yararlarına inandıkları için arabuluculuk sürecini iradi olarak devam ettiriyorlarsa, başlangıçtaki gönülsüzlük ortadan kalkmış, gönüllülük sağlanmıştır. Arabuluculuğun belirli uyuşmazlıklarda zorunlu hale getirilmesinde, her ne kadar katılım zorunlu olsa da devam etmek ve sonuçlandırmak tarafların isteğine bağlı olduğu için, tarafların masada kalmaya devam ettikleri her an, iradilik ilkesi işlevini sürdürmeye devam etmektedir. Arabuluculukta zorunluluk, katılımda olup sürece devamda ve sürecin sonuçlanması aşamasında değildir. Arabuluculuktan istediği zaman çekilebilmek bunun bir diğer ifadesidir¹⁹⁶.

Tarafların eşit olduğu ve haklarını koruma konusunda çekince olmayan durumlarda arabuluculuğa katılımda zorunluluğun olması, örneğin, iki tacir arasındaki uyuşmazlığın mahkemeden önce zorunlu olarak arabuluculukta görülmesinin faydalı olduğunu düşünmekteyiz.

2- Arabuluculuğa Başvurmada İradilik

Uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuk yöntemini kullanan taraflar alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden arabuluculuk yöntemine başvurup başvurmama

¹⁹⁴ **Böttger**, Andreas / **Hupfeld**, Jörg, “Mediatoren im Dienste der Justiz-Begleitforschung zum Modellprojekt-Schlichten statt richten”, Zeitschrift für Konflikt-Management 2004, s. 155. **Dür**, s.256.

¹⁹⁵ **Lossen**, Helga/ **Vedgho**, Claudius, Familienberatung bei Trennung und Scheidung Modeliprojekt im Familiengericht Regensburg, FamRZ 1993, s.768-771; **Dür**, s.257.

¹⁹⁶ **Kekeç**, s.71; **Dür**, s.258; **Okur**, Zeki, Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Dava Şart Arabuluculuk, Adana 2019, s. 24.

konusunda serbesttirler. İradilik prensibi, arabuluculuğu, taraflarının kamusal düzenlemeler ile yargılamaya katılmaya zorunlu tutulduğu yöntemlerden açık bir şekilde ayırır¹⁹⁷.

İMK md.3/1'deki düzenlemede bireysel iş uyuşmazlıklarından kaynaklanan belli hukuki uyuşmazlıklarda dava açmadan önce arabuluculuğa başvuru dava şartı diğer bir ifade ile zorunlu olarak düzenlenmiştir. Söz konusu bu düzenlemenin arabuluculuğun temel ilkesi olan “iradilik-gönüllülük” ilkesine aykırı olduğu doktrinde ileri sürülmüştür¹⁹⁸.

Bir başka tartışma, tarafların akdettiği iş sözleşmesinde ilerde doğacak uyuşmazlık için arabuluculuğa gidileceğine ilişkin koşula yer verilmesi ihtimalinde, iş ilişkisinde ileride çıkacak iş uyuşmazlıklarının arabuluculuk yöntemi ile çözülebileceğini hukukten geçerli olacak şekilde kararlaştırabilmesi ile ilgilidir¹⁹⁹. Doktrinde taraflar arasındaki iş sözleşmesinde ileride çıkacak iş uyuşmazlıklarının çözümünde arabulucuya gideceklerini kararlaştırmalarına rağmen tarafların arabulucuya gidip gitmemekte serbest olacaklarını²⁰⁰ ve tarafların ve arabuluculuk yoluna gitme konusunda iş sözleşmesindeki arabuluculuk klotuna rağmen arabuluculuğa gitmeye zorlanamayacaklarını belirten yazarlar bulunmaktadır²⁰¹. Bu yazarlar, gerekçe olarak HUAK md.3/1 ve HUAK Yönetmelik md.5/1 hükümlerini göstererek sözleşmede ileride çıkacak iş uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemi ile çözüleceği kararlaştırıldığı halde taraflardan birinin hukuki uyuşmazlığı mahkemeye taşınması durumunda kişinin hukuki uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözüleceğine yönelik arabuluculuk sözleşmesinden vazgeçtiğinin kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur²⁰². Bu görüşe katılmamaktayız. Taraflar arasındaki sözleşmeyi ihlal eden taraf sorumlu olmalıdır. Arabuluculuk mevzuatı ile amaçlanan taraflar

¹⁹⁷ **Okur**, s.21; **Işıқтаç**, s.58-59; **Yazıcı**, **Tıktık**, Gizlilik, s.36; **Ekmekçi/Özekes/Atalı**, s.25; **Ekmekçi vd.**, s.28; **Briedenback/Henssler**, s.62; **Özbek**, İlkeler, s.145 vd.; **Dür**, s.253.

¹⁹⁸ **Ekmekçi/Özekes/Atalı**, s.26-27; **Ekmekçi vd.**, s.28-30; **Okur**, s.22; **Pekcanitez**, Tanıtım, s.639; **Yıldırım**, Usuller, s.358; **Taşpolat Tuğsavul**, s.127; **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s.826; **Dür**, s.258 **Harmancı**, s.97.

¹⁹⁹ **Ekmekçi vd.**, s.29; **Taşpolat Tuğsavul**, s.143; **Okur**, s.22.

²⁰⁰ **Taşpolat Tuğsavul**, s.106; **Okur**, s.22; **İldır**, s.65; **Arık**, İbrahim, “İşçi ve İşveren İlişkilerinde Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Kurumu, Sorunları ve Çözüm Yolları”, Antalya Bilim Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Özel Hukuk Programı, Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2021, s.30.

²⁰¹ **Okur**, s.22; **İldır**, s.65; Arabuluculuk sözleşmesinin ihlalinde açılan davanın geçerli olması, sözleşmeyi ihlal edenin sorumlu olması gerektiği hakkında Bkz. **Kekeç**, s.132-133; Yabancı ülke hukuklarındaki düzenlemeler için Bkz. **Taşpolat Tuğsavul**, s.107.

²⁰² **İldır**, s.65; **Ekmekçi vd.**, s.28; **Okur**, s.22.

arasındaki iş sözleşmesi veya başka bir sözleşmenin iradilik prensibi öne sürülerek ihlal edilmesi değildir.

3- Arabuluculuğa Katılmada İradilik

İradilik prensibi, arabuluculuğu başvurduktan ve arabuluculuk başladıktan sonra arabuluculuğa katılanların arabuluculuk sürecini devam ettirip ettirmemede serbest olmalarını düzenler. Taraflar arabuluculuk sürecini sebep göstermek zorunda olmaksızın her zaman sona erdirebilirler²⁰³.

HUAK md. 11’de tarafların aydınlatılması, “*arabuluculuk faaliyetinin başında, arabulucunun tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında gerektiği gibi aydınlatmakla yükümlüdür*” şeklinde açıklanmaktadır. Arabuluculuk sürecine katılmama veya süreci devam ettirme ya da devam ettirmeme kararına ilişkin serbesti hakkında taraflar sürecin başında aydınlatılır. Aydınlatma yükümlülüğü kapsamında arabulucu, tarafların arabuluculuk sürecinin işleyişi ve temel ilkeleri hakkında bilgi sahibi olduklarını, ilkeleri anladıklarını ve arabuluculuğa iradi olarak katıldıkları hususlarında emin olmak zorundadır. Bu anlamda iradilik ilkesinin sağlanabilmesi için, tarafların süreci ve olası sonuçları öngörmesi ve bu bilinçle arabuluculuğa katılma ya da katılmamaya karar vermesi gerekmektedir²⁰⁴.

Taraflar arabulucuyu seçme hakkına sahiptir (İMK m.3/6, HUAK md.14). Arabulucunun seçiminde taraflardan birinin arabulucuyu önermesi diğer tarafında bunu zımnen kabul etmesine engel yoktur. Arabulucunun arabuluculuk müzakerelerinin başında taraflara kendini tanıtmaması vazgeçilmezdir; zira tarafların arabulucuya ilişkin içsel onayı olmadan arabulucuya karşı güven oluşmayacaktır. Zira arabuluculuk her iki tarafın iradilik ilkesi gereğince ortak hareket etmesi ile başlayabilecektir²⁰⁵.

Türk hukukunda dava şartı arabuluculukta tarafların arabuluculuk sürecindeki ilk toplantıya katılmaları taraflar için adeta zorunlu tutulmuştur. Toplantıya katılmamanın yaptırımı, tarafların yargılamada haklı çıkmalarına rağmen yargılama giderlerinden

²⁰³ Işıқтаç, s.59; Okur, s.22; Yazıcı, Tıktık, Gizlilik, s.36; Ekmekçi /Özekes/Atalı, s.25; Ekmekçi vd., s.28; Briedenback/Henssler, s.62; Demirkılınç, Derya, “Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk”, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2019, s. 42.

²⁰⁴ Okur, s. 23; Rakowsyk, s.38; Dür s.255; Ekmekçi /Özekes/Atalı, s.25; Ekmekçi vd., s.28; Kekeç, s.70; Yazıcı Tıktık, Gizlilik, s.36; Harmancı, s.97.

²⁰⁵ Okur, s. 23; Pilartz, Annegret, Mediation im Arbeitsrecht, München 2013, s.11; Ekmekçi /Özekes/Atalı, s.25; Ekmekçi vd., s.28; Demirkılınç, s. 71; Harmancı, s.97.

sorumlu olmaları olarak düzenlenmiştir. İMK md.3/12’de “*Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekalet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafında ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır.*” şeklinde düzenlenmiştir. HUAK Yönetmelik md. 25/9 “*Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekalet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafında ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır. Arabulucu tarafları ilk toplantıya her türlü iletişim aracıyla davet ettiğini belgelerir. Arabulucunun düzenlediği belgeler geçerli mazeretin değerlendirilmesinde esas alınır.*”

Arabuluculuk görüşmelerine geçerli bir mazeret göstermeksizin katılmayan taraf arabulucu tarafından son tutanakta belirtilmek zorundadır. Katılmaması nedeniyle arabuluculuk faaliyeti sona ererse, kanun gereği açılan dava sonucu bu taraf haklı çıksa bile yargılama giderlerinin tamamını ödemekle yükümlüdür. Dava şartı arabuluculukta tarafların arabuluculuk sürecindeki ilk toplantıya katılmalarını zorunlu tutması nedeniyle arabuluculuğun temel ilkelerinden biri olan arabuluculuk sürecine katılmada iradilik prensibine aykırıdır. Taraflar ilk toplantıya katılmaya adeta mecbur tutulmaktadır²⁰⁶.

4- Arabuluculuk Sürecinin Sona Erdirilmesinde İradilik

Anlaşmanın yapılmasında iradilik, arabuluculuğa başvuruda ve arabuluculuk görüşmelerini sürdürmede iradilik prensibinin bir sonucudur. Taraflar arabuluculuk sürecine dahil olup oturumlara katılmalarına rağmen arabuluculuk sürecinin sonunda anlaşıp anlaşmama konusunda serbesttirler²⁰⁷. Arabuluculukta taraflar, özellikle arabulucu tarafından, anlaşma yapmaları konusunda zorlanamazlar. Sürecin sonunda

²⁰⁶ Çalışmamızın dördüncü bölümünde konuya ilişkin ayrıntılı incelemeler bulunmaktadır.

²⁰⁷ Okur, s.25; Demirkılınc, s.45; Ekmekçi vd., s.28.

mutlaka anlaşma yapma zorunlulukları bulunmamaktadır. Arabulucunun görevi, tarafların kendi kendilerine çözüm bulmalarına olanak sağlamaktır.

Arabuluculukta iradilik prensibi arabuluculuğa katılanların arabuluculuk müzakeresi esnasında aldıkları kararlardan şahsi sorumlu olmaları prensibini de kapsar. Arabuluculuğun amacı, arabulucunun uyuşmazlığı üstlenmesi ve çözmesi değil, daha çok arabuluculuğa katılanların şahsi sorumlulukları ile hukuki uyuşmazlığı çözümüne ilişkin bir karar vermelerine ilişkindir. Şahsi sorumluluk bakımından, problemin çözümünde özellikle tarafların bilgilendirilmesi ve şahısların özerkliği önem arz eder. Bilgilendirme ve uyarma tarafların ve diğer katılımcıların arabuluculukta tartışılan uyuşmazlıkla ilgili bilgileri edinmelerini ve arabuluculuk sürecine hâkim olan temel ilkelerin taraflara ve diğer katılımcılara belirtilmesini de kapsar²⁰⁸.

B-Eşitlik İlkesi

1-Genel Olarak

Eşitlik ilkesi bütün uyuşmazlıkların yargılama usulüyle veya diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle çözüme kavuşturulmasında uyulması gereken evrensel ve anayasal bir ilkedir. HUAK md.3/2’de taraflar gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahip oldukları belirtilmektedir. Arabulucunun hak ve yükümlülüklerini düzenleyen md.9/2’de ise arabulucunun, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir²⁰⁹.

Uyuşmazlık taraflarından birine daha az söz hakkı tanınması veya taraflardan birinin safdışı bırakılması suretiyle elde edilen sonuç tarafların anlaşması olarak değerlendirilemez. Arabuluculuk faaliyetinin başlangıcından nihayete varmasına kadar, uyuşmazlık taraflarının kendilerini diğer tarafla eşit hissetmeleri önem arz etmektedir. Aksi durumda karşılıklı irade ve gönüllülük esasına dayalı olarak oluşan anlaşmadan ziyade, zorunlu bir sonuca katlanmak söz konusu olur ki, bu da arabuluculuk ilke ve

²⁰⁸ Okur, s.25; Demirkılınç, s.78; Harmancı, s.103.

²⁰⁹HUAK. md.9/2’nin gerekçesi “...Şüphesiz bu, arabuluculuk faaliyetinin doğal bir sonucu, tarafsızlığın ve arabuluculuğa hakim olan ilkenin de bir gereğidir. Eşit davranma, yargılamadaki anlamıyla eşitlik değildir. Burada, taraflarla iletişimde ve uyuşmazlık çözüm sürecinin gerektirdiği anlamda eşitlik söz konusudur.” şeklindedir.

amaçlarına aykırıdır²¹⁰. Devlet yargısı önünde eşit olan tarafların, iradi olarak başlatıp yürüttükleri arabuluculuk sürecinde de eşit olmaları gerekir²¹¹.

Arabuluculukta taraflar arasında asimetrik ilişkiler ve yapısal eşitsizlikler söz konusu olabilir. Arabulucu taraflar arasındaki eşitsizliği gidermek ve bunun için zayıf tarafın yanında olmakla yükümlü değil ise de arabuluculuğun temel yapısından dolayı prensip olarak en azından bu eşitsizliği ortadan kaldırmak için çaba göstermelidir. Eğer bunu gerçekleştiremeyecekse, arabulucu taraflar arasında adil bir anlaşma meydana gelmeyeceğinden ötürü arabuluculuk sürecini sonlandırmalıdır²¹².

Taraflardan birini dışlayarak veya daha az söz hakkı vererek varılan sonuçta, gerçek bir uzlaşmadan ya da anlaşmadan söz edilemez.

Eşitlik ilkesi uyarınca taraflar uyuşmazlıkların çözümünde, uyuşmazlığın taraflarının yargılamada veya alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde şeklen yer almaları dışında, tam olarak bilgi sahibi olmaları, kendilerini ilgilendiren uyuşmazlık konusunda açıklama ve ispat haklarını tam ve eşit olarak kullanmaları gereklidir²¹³.

Alman hukukundaki hâkim kanaate göre üçüncü kişi durumundaki arabulucunun uyuşmazlık hakkında karar vermesi söz konusu olmadığından taraflara hukuki dinlenilme hakkının verilmesine gerek yoktur²¹⁴. *Dür*'e göre, arabuluculukta hukuki dinlenilme hakkını, uyuşmazlığın çözümünde tarafları eşit davranılması ve eşit söz hakkı verilmesi şeklinde anlamak gerekir²¹⁵. Hukuki dinlenilme hakkının amacı, mahkemede tarafların vakıaları açıkça ortaya koyabilmesini sağlamaktır. Arabuluculuk sürecinde ise, hâkimin önünde olduğu gibi, arabulucunun önünde bütün vakıaların ortaya konulmasına ihtiyaç yoktur²¹⁶. Taraflar ile ayrı görüşmesi de mümkün olan arabulucunun gizlilik ilkesi

²¹⁰Özmumcu, Seda, Uzakdoğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, İstanbul 2013, (Arabuluculuk), s.303-304; Kaplan, Yavuz, "Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 2008, C.28, S.1-2, s.136.

²¹¹ "www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2012Yılı/Kanmetni/6325ss.pdf (E.T. 12.12.2020)

²¹² Hess, Burkhard, "Rechtsgrundlagen der Mediation", Haft, Fritjof/von Schlieffen, Katharina Grafen (Ed.), Handbuch Mediation, München 2009, s.1076; Dür, s.263; Ekmekçi vd., s.31.

²¹³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.255; Özekes, s.49.; Dür, s.262.

²¹⁴ Dür, s.264; Harmancı, s.103; Eidenmüller, Horst, "Vertrags-urovedfahrensrechtliche Grundlagen der Mediation; Möglichkeiten und Grenzen privatautonomen Konfliktmanagements", Breidenbach/Coester-Waltjen/Hess/Nelle/Wolf (Ed.), Konsensuale Streitbeilegung, Bielefeld 2001, s.45.

²¹⁵ Özbek, İlkeler, s.150; Dür, s.263; Harmancı, s.101.

²¹⁶ Hess, s.1075; Dür, s. 264.

gereğince eşitliği sağlamak adına taraflarla her şeyi paylaşması da beklenemez²¹⁷. Kanaatimizce usul hukukuna hâkim olan her ilkenin arabuluculuk hukukuna karşılığını aramamak gerekir; çünkü arabuluculuk bir yargılama faaliyeti değildir. Sürece yargılamanın tabi olduğu ilkeleri uygulama zorunluluğu bulunmamaktadır.

2- Arabuluculuğa Başvurmada Eşitlik

HUAK “iradi ve eşit olma” başlıklı 3. maddesinde yer alan “*Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler. Taraflar gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler*” düzenlemesi ile arabulucuya başvurmada eşitlik ilkesi vurgulanmıştır.

İş uyuşmazlıklarında dava şartı olarak arabuluculuk sürecine başvurmada İMK md.3/1 uyarınca işçi ile işverenin ayırım yapmaksızın, bireysel iş uyuşmazlıklarından kaynaklanan işçilik alacakları ile işveren alacakları bakımından dava açılmadan önce dava şartı olarak arabuluculuğa başvuru zorunlu tutulmuştur. Arabuluculuk sürecini devam ettirme ya da ettirmeme konusunda taraflardan birinin kararı diğerinden üstün tutulamaz, bu hususta işçi ve işveren eşit konumdadır. Arabuluculuk yöntemine başvuru zorunlu olarak düzenlenmişse de arabuluculuğa gitmek istemeyen taraf dava şartı arabuluculuğa başvurduktan ve arabuluculuk ilk toplantısına katıldıktan sonra arabuluculuğa devam etmeme yönünde iradesini belirttikten sonra arabuluculuk sonlandırılır²¹⁸.

3- Arabulucunun Seçiminde Eşitlik

HUAK md.14’de “*Başkaca bir usul kararlaştırılmadıkça arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir.*” hükmüne yer verilmiştir. Hükme göre hangi arabulucuya gidileceğini taraflar serbest iradeleriyle seçerler. Arabulucunun seçiminde her iki tarafın onayı gerekli olup, taraflardan birinin iradesine üstünlük tanınamaz²¹⁹. Taraflar yapacakları sözleşmede olası uyuşmazlıklarda başvurulacak arabulucuyu isim olarak belirleyebilecekleri gibi arabulucunun seçimine yönelik birtakım kriterler üzerinde

²¹⁷ Bu ilkenin uygulanmasını savunanlar dahi bu ilkenin tam olarak uygulanmayacağını kabul etmektedir. Bkz. Hess, s.1075; Dür, s. 265.

²¹⁸ Okur, s.27; Demirkılınç, s.45; Harmancı, s.97.

²¹⁹ Demirkılınç, s.45; Okur, s.27; Çengel, s.98.

de anlaşabilirler. Bu yönde yapılacak bir düzenlemenin de eşitlik ilkesi ile bağdaştığını ifade etmek gerekir.

Bireysel iş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk sürecinde görev alacak arabulucunun seçimi ise İMK md.3/6'da düzenlenmiştir. Hükme göre; “*Arabulucu, Komisyon başkanlarına bildirilen listeden büro tarafından belirlenir. Ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmaları halinde, bu arabulucu görevlendirilir.*” Hükümde arabulucunun listeden seçilmesi esasına yer verilmiş, taraflara ancak listede olan bir arabulucu üzerinde anlaşma imkanı sağlanmıştır. Düzenleme ile taraflar arasındaki eşitlik gözetilerek, ancak iki tarafın da anlaşması üzerine bu yönde bir belirleme yapılmasına olanak sağlanmıştır²²⁰.

4- Arabuluculuk Görüşmelerinde Eşitlik

Arabuluculuk müzakereleri esnasında yani görüşmelerde eşitlik ilkesi gereği, konuşma süresi ve söz haklarında eşitlik ilkesine dikkat edilmesi gerekir²²¹. Arabulucunun görevini özenle ve tarafsız bir biçimde yerine getirme ve taraflar arasında eşitliği gözetme yükümlülüğü bulunmaktadır (HUAK md.12/2; HUAK Yönetmelik md.31/2). Arabuluculuk görüşmelerinde, arabulucu taraflara arasında ayrımcılık yapmamakla yükümlü olup, taraflardan birine üstünlük tanıyamaz. Bu ilkenin ihlali arabuluculuk müzakereleri sonucunda yapılan anlaşmanın geçerliliği veya iptali sonucunu dahi doğurabilecektir²²².

Eşitlik ilkesine uyarınca, arabulucunun taraflarla eşit mesafede oturmasını sağlayacak yuvarlak veya oval masaların arabuluculuk toplantıları için en uygun oturma düzeni olduğu düşünülmektedir. Bu tip masalarda köşelerin bulunmaması nedeniyle, tarafların birbiriyle zıtlasma eğiliminin azalacağı düşünülmektedir²²³. Masa tarafların

²²⁰ Sadece taraflardan birinin seçtiği arabulucu gözönüne alınmayacaktır. Arabulucu, Adliye Arabuluculuk Bürosu tarafından seçilecektir. Tarafların arabuluculuk sürecini yürütecek arabulucuyu anlaşılarak belirlemeleri halinde tarafların ortak iradeleriyle belirlenen arabulucu görevlendirilecektir. U düzenleme ile tarafların arabulucunun seçimi konusunda eşit oldukları vurgulanmıştır. Bkz. **Okur**, s.27; **Demirkılınc**, s.75; **Çengel**, s.98.

²²¹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.186 vd.; **Okur**, s.28.

²²² HUAK Arabuluculuğa ilişkin Temel İlkeler başlıklı İkinci Bölüm, İradi Olma başlıklı İkinci Bölümün madde 3/1'de; Taraflar arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler ve md.3/2'de; Taraflar gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler, hükmü yer almaktadır.

²²³ **Demir**, Şamil, “Arabuluculuğun Aşamaları-Başlangıç Aşaması”, **T.C. Adalet Bakanlığı, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü**, “Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı”, Türkiye’de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi, Ulusal Yazarlar Ekibi Tarafından Geliştirilmiş Proje, Ankara 2019, s. 116.

kendilerini rahatsız hissedecekleri kadar küçük veya çok uzak kalmalarına neden olacak kadar büyük olmamalıdır. Arabulucu taraflara eşit mesafede bir yerde oturmalı, uzunlamasına olan masalarda masanın başında oturmalıdır. Taraflar yan yana oturabileceği gibi, karşı karşıya da oturabilirler. Arabulucu, taraflar arasındaki iletişimi kuvvetlendirmek için en iyi düzeni tasarlamalıdır²²⁴.

Belirtmek gerekir ki arabulucunun görüşmeleri eşitlik ilkesi uyarınca yürütme zorunluluğu tarafların mutlak anlamda eşit olması anlamına gelmemektedir. Arabulucunun taraflar arasındaki dengeyi kurması gerekir. Örneğin, güçsüz olan tarafa söz hakkının daha uzun verilmesi eşitliğin ihlali olarak değerlendirilmemelidir.

5- Arabuluculuk Sürecinin Sona Erdirilmesinde Eşitlik İlkesi

Taraflar arabuluculuk sürecini sona erdirmeye konusunda da eşit konumdadırlar. Arabuluculuk sürecinin sona erdirilmesi diğer tarafın onayına tabi tutulamaz. HUAK md.3/2’de arabuluculuk sürecinin tamamında tarafların eşit olduğu belirtilerek sona erme safhasındaki eşitlik vurgulanmıştır. Arabulucu, arabuluculuk sürecinin yöneticisi olarak, hukuki uyuşmazlığın çözümü için taraflara düşünceleri için süre verebilir, ancak tarafların anlaşamama hususunda kararlı olmaları durumunda, arabuluculuk sürecini tarafların iradesine aykırı olacak şekilde sürdürmek konusunda tarafları zorlayamaz. Arabuluculuk sürecinin sona erdirilmesi arabulucunun onayına da tabi tutulamaz²²⁵.

C-Tarafların Egemenliği İlkesi

Tarafların egemenliği ilkesi “şahsi sorumluluk ilkesi” olarak da adlandırılmaktadır²²⁶. Tarafların egemenliği ilkesi uyarınca tarafların iradesi, sadece süreci başlatma, devam ettirme ve sonlandırmadan ibaret olmayıp, süreci şekillendirmede de tek söz sahibinin taraflar olduğu anlamına gelir. Arabuluculukta da taraflar uyuşmazlık konusu hakkında arabuluculuk yöntemine başvurmakta, arabulucuları seçmekte, arabuluculuk sürecinde kullanılacak usulü seçmekte, süreci devam ettirmekte, sürecin sonunda arabulucu tarafından düzenlenen tutanağa faaliyetin sonuçlanması dışında hangi

<https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1412021155514Temel%20Arabuluculuk%20E%C4%9Fitimi%20Kat%C4%B1%C4%B1mc%C4%B1%20Kitab%C4%B1.pdf> (E.T. 14.03.2023).

²²⁴ **Demir**, Arabuluculuğun Aşamaları, s.117.

²²⁵ **Okur**, s.29; **Harmancı**, s.225.

²²⁶ **Kracht**, s. 285; **Dür**, s.267.

hususların yazılacağına karar vermekte, sürecin sonunda bir anlaşmaya varmakta serbesttirler²²⁷.

HUAK md.15/2’de tarafların, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabileceği belirtilmektedir. HUAK md.15/3’de taraflarca kararlaştırılmamışsa arabulucunun; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözülmesi için gerek usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürüteceği hüküm altına alınmıştır²²⁸.

HUAK md.2/b’deki arabuluculuk tanımında ve gerekçesinde bu ilkenin varlığını ve unsurlarını açıkça görmek mümkündür²²⁹. HUAK’ın bazı maddelerinde taraf egemenliğine ilişkin ibareler bulunmaktadır. Örneğin, HUAK md.13 uyarınca taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. HUAK md.14’te başkaca bir usul kararlaştırılmadıkça arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir denilmektedir. HUAK md.15/2’de tarafların, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabileceği belirtilmektedir. HUAK md.17’de taraflar anlaşarak ya da anlaşma olmadan arabuluculuk sürecini sonlandırırlar. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir demek suretiyle taraf egemenliği

²²⁷ Hess, s. 1076; Dür, s.268

²²⁸ Dür, s.267.

²²⁹HUAK md.2/b’de “Arabuluculuk, Sistematiik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi” olarak tanımlanmıştır.

Arabulucu uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremez, taraflara çözüm önerisinde bulunamaz. Arabulucu, sadece sistematiik bir biçimde iletişim teknikleri uygulamak suretiyle, taraflar arasında iletişimin kurulmasını kolaylaştırır ve diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlar; taraflara rahat ve özgür bir müzakere ortamı yaratmak suretiyle, sorumlulukları kendilerine ait olmak üzere çözümü kendilerinin bulmasına yardımcı olur. Diğer bir anlatımla arabulucu, uyuşmazlığı bir karar vermek suretiyle çözmeyi değil; ikna ve telkin ile tarafların yeniden müzakerelere girişmelerine ve bir anlaşma sağlamalarına imkân veren bir ortamı oluşturmayı hedefler; o haklıyı veya haksızı bulmaya yahut belirlemeye yönelik olarak değil; tarafların her ikisinin de menfaatlerinin en uygun bir şekilde dengelenmesini öngören bir anlaşma zemininin bulunmasına çaba sarf ederek uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını gerçekleştirmeye çalışır. Arabulucu, tarafların üzerinde anlaşabilecekleri noktaları, ortak paydaları tespit eder ve bu zemin üzerinde mutabakata varmalarına yönelik olarak faaliyet gösterir; taraflara çözüm önerisi geliştirip bunu onlara empoze edemez, geliştirilen çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için onları zorlayamaz. Arabuluculuk görüşmelerinde tarafların birbirleri ile iletişim kurmaları ve bunun pekiştirilmesi ile birbirlerine ait menfaatleri ve ortak yönleri daha iyi anlamaları ve somut duruma göre işlerlik kazanabilecek değişik çözüm seçeneklerini genel bir çerçevede üretip, değerlendirmeleri temin edilir. Arabuluculuk sürecinin işleyişinde ve sonucun elde edilmesinde tümüyle taraflar egemendir.” şeklindedir.

ilkesinin altı çizilmiştir. HUAK md.18/1'e göre de arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir.

D-Gizlilik İlkesi

1-Genel Olarak

Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre “gizli” başkalarından saklanan, duyurulmayan, saklı kalan, “gizlilik” sözcüğü için ise gizli olma durumu, olarak tanımlamaktadır²³⁰. Gizlilik arabuluculuğun yürütülmesinde temel bir ilke olarak karşımıza çıkar. Arabuluculukta başarılı olabilmek için tarafların rahatça iletişim kurabilmesi önemlidir ve sürecin gizlilik içinde yürütülmesi gerekir²³¹.

Arabuluculuk müzakerelerinde tarafların ve arabulucunun herhangi bir endişeye kapılmadan rahatlıkla uyuşmazlık konularını irdeleyebilmesi, bilgi ve belgeleri sunabilmesi ve tekliflerde bulunabilmesi için gizlilik ilkesi kabul edilmiştir²³². Esasen arabuluculuk görüşmelerinde gizlilik konusunda “*İhtilafı kimsenin bilmesine gerek yoktur*” mantığı hâkimdir²³³. Arabuluculuğun ileride görülecek bir davaya hazırlık olarak algılanmaması ve tarafların arabuluculuğun mahkeme dışı çözüm yöntemi olduğunun bilincinde olması²³⁴ gerekir; ancak, tarafların ya da taraflardan birinin diğer tarafın sırlarını öğrenerek, mahkeme aşamasında konumunu güçlendirmek için arabuluculuk yöntemini kötüye kullanması ihtimal dahilindedir. Tarafların güven duygusu ile iletişimde olmaları ve iki tarafın da menfaatlerini karşılayacak ortak bir çözüme odaklanmaları için gerekli bilgi ve vakıaları serbestçe paylaşmalarını sağlamak, arabulucunun görevidir. Arabulucunun taraflara verdiği gizlilik güvencesi ile güvenli bir ortam sağlanır²³⁵.

²³⁰Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/?kelime=sak%C4%B1>. (E.T. 21.04.2021)

²³¹ **Yazıcı Tıktık**, Gizlilik, s.51

²³²**Yeşilirmak**, s.12; **Carter**, James H., “Issues Involving Confidentiality”, New Horizons in International Arbitration and Beyond, International Congress and Conference Association Congress Series, S.12, Kluwer, 2005, s.484-496.

²³³**Akan**, s.15; **Kovach**, s.173.

²³⁴**Özbek**, s.223; **Yazıcı Tıktık**, Gizlilik, s.54, **Oldenbruch**, Hannah, Die Vertraulichkeit im Mediationsverfahren, Berlin 2006, s.14-17.

²³⁵**Green**, Eric D., “A Heretical View of the Mediation Privilege”, 2 Ohio State Journal on Dispute Resolution, 1986, s.1.

Arabuluculukta gizliliğin kapsamı ve içeriği, tarafların gizlilikten beklentileri irdelenerek belirlenmelidir. Tarafların gizlilik hususundaki beklentilerini üç grupta incelemek mümkündür. Birincisi, taraflar kişisel ve ticari itibarlarını etkileyeceğini düşünerek uzlaşma sürecinde gizliliğe önem verirler; ikincisi taraflarda arabuluculuk yöntemi ile uzlaşma sürecinde kullanılacak belge ve bilgilerin yargı organlarının önüne taşınmasını önleme eğilimi vardır ve son olarak, taraflar mekik arabuluculuk görüşmeleri sırasında arabulucunun edindiği bilgilerin bir başka kişi ya da kişilere ifşa edilmemesi hususunda güvence isteyebilirler, hatta arabulucuyla paylaşılmasına karşın karşı tarafa iletilmemesi istenen gizli bilgiler de görüşmeler sırasında gündeme gelebilir²³⁶.

Gizliliğin sağlanması ve korunması sonraki aşamalar (örneğin dava aşaması) için arabulucunun katılımını sınırlandırır²³⁷. Arabuluculuk görüşmelerinin gizli yürütülmesinin bazı olumsuz yönleri de vardır. Örneğin arabuluculuk işlemlerinin; yargıyı geciktirmek ya da duruşma tarihini ötelemek amacıyla kötüye kullanılması mümkündür. Taraflar arabuluculuğu kabul ettikleri halde, görüşmelerin aksaması da söz konusu olabilir ve taraflardan biri müzakerelere katılmayabilir. Taraflardan biri yanlış ya da yalan beyanda bulunabilir ve hatta gizlilik esası nedeniyle bu konu kabul edilmiş bile olabilir. Zira tarafların gerçek dışı beyanlara inanması durumunda katı bir gizlilik kuralı, hile iddiasının ispat edilebilmesini imkânsız kılar²³⁸.

Bazı müzakerelerde tarafların duygusal olması nedeniyle, bir tarafın baskı yaratarak karşı tarafı baskılaması, tehdit etmesi mümkündür. Arabuluculuk oturumlarında meydana gelebilecek bu gibi suç teşkil edebilecek hareketler veya söylemler gizlilik kuralının istisnasını teşkil eder²³⁹.

2-Sürecin Aleni Olmaması

Uyuşmazlığın dava yoluyla çözülmesi halinde duruşmaların aleni (herkese açık) olmasının gerektiği hususu Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle teminat altına alınmıştır. Aleniyet ilkesi yargının teminatı olup, yargılamanın, egemenliğin sahibi olan

²³⁶**Yazıcı Tıktık**, Gizlilik, s.54; **Oldenbruch**, Hannah, Die Vertraulichkeit im Mediationsverfahren, Berlin 2006, s. 14-17.

²³⁷**Akan** s.17; **Kovach**, s.177.

²³⁸**Kovach**, s.179; **Akan** s.18.

²³⁹**Akan**, s.18; **Kovach**, s.179.

halkın önünde yapılması amacıyla getirilmiş temel bir ilke ve haktır²⁴⁰. Aleniyet ile kişilerin adalete olan güveninin sağlanması, toplumun yargıya olan güveninin güçlendirilmesi amaçlanır²⁴¹. 1970’li yıllardan itibaren aleniyet ilkesinin işlevselliğini yitirmeye başladığı söylenebilir²⁴². Yargılamanın aleni yapılması basın tarafından da izlenebilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Kişinin kamuya açık, özel ve gizli olmak üzere üç farklı hayat alanı vardır ve kamuya açık alan hukuksal koruma altında değildir. Kişinin gizli alanı, saklı tutulan bir alan olup, özel alan bilgileri genellikle yakın çevre ile paylaşılmıştır²⁴³. Özel alan ve gizli alanın korunması gerektiği ulusal ve uluslararası düzenlemelerle kabul görmüştür²⁴⁴.

“Aleni” açık, ortada, meydanda, herkesin içinde yapılan demektir²⁴⁵. Aleniyet, açıklık, kamuya ait olmak, aleni mahkeme ise yargılamanın ve duruşmaların herkese açık yapılıyor olması anlamına gelir²⁴⁶. Yargılamanın aleniliği yargılamaya katılan kişilerin özel hayatlarının başkaları tarafından öğrenilmesine neden olabilecektir²⁴⁷. Aynı zamanda aleniyet dosyaya erişilebilmesi imkanını da içerir.

Arabuluculuk ise kişilerin özel hayatlarının gizliliğini koruması bakımından önemli fayda sağlamaktadır. Arabuluculuk yöntemi gizlilik içerir dolayısıyla arabuluculuk süreci aleni değildir. Arabuluculuk ile taraflar uyuşmazlıkların alenileşmesinden doğacak sorunlardan kurtulmuş olurlar. Örneğin, malpraktise ilişkin bir uyuşmazlıkta doktorun itibarı ve kariyeri ciddi zarar görebilir. Arabuluculuğun aleni olarak gerçekleşmemesi bu zararı önler. Ticari sırlar da bu kapsamda korunur. Özel

²⁴⁰**Pekcanıtez**, Hakan, “Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir, s.407; **Yazıcı Tıktık** Gizlilik, s.67; **Fasching**, Hans W., “Prozessprinzipien und Reform des Zivilprozess”, Festgabe für Hans W. Fasching zum 70. Geburtstag, Viyana 1993, s.130.

²⁴¹**Pekcanıtez**, Aleniyet, s.410-412; **Yazıcı Tıktık**, Gizlilik, s.75; **Fasching**, s.130.

²⁴² Aleniyet sebebiyle duruşmalara katılan bazı sansasyonel kişilerin, tarafların gizlilik gerektiren özel yaşamlarını tehlikeye soktuğu ve de ihlal edilebildiği gözlenmiştir. Bkz. **Pekcanıtez**, Aleniyet, s.412,413; **Yazıcı Tıktık**, Gizlilik, s.76.

²⁴³**Kılıçoğlu**, Ahmet Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Ankara, 1993, s.115; **Tıktık Yazıcı**, Gizlilik, s.78.

²⁴⁴Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Beyannamesi md. 12, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin md. 8, Anayasa 2. bölüm, md 20’de özel hayatın gizliliğinin korunması konusu irdelenmektedir.

²⁴⁵**Türk Dil Kurumu**, Güncel Türkçe Sözlük, “Aleni” Maddesi, <https://sozluk.gov.tr/> (E.T. 12.09.2021)

²⁴⁶**Yazıcı Tıktık**, Gizlilik s.54; **Yılmaz**, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara, 1992, s.57.

²⁴⁷**Pekcanıtez**, Aleniyet, s.424; **Yazıcı Tıktık**, Gizlilik, s.80. Duruşmalarda aleniyet mahkeme kararı ile kaldırılrsa bile hüküm aleni olarak tefhim edilmektedir.

görüşmelerde ve müzakerelerde tarafların arabulucuyla bazı bilgileri paylaşması, toplantıların gizli olmasından doğan güvenin sonucudur²⁴⁸.

3- Bazı Beyan Bilgi ve Belgelere Delil olarak Dayanılmazaması

Gizliliğin kapsamına arabuluculuk görüşmeleri sırasında kullanılan bazı beyan ve bilgi ya da belgelerin yargılama sırasında delil olarak kullanılmaması da girmektedir. Uyuşmazlık konusu olayla ilişkili müzakerelerde verilen tavizler ve anlaşma önerileri, sorumluluğu ortaya çıkarmak üzere kanıt olarak kullanılamaz²⁴⁹. Arabuluculuk sürecinin bütün paydaşları açısından bu durum geçerlidir. Arabuluculuk müzakerelerinin sonucunda iyi ya da kötü sonuçlanmış bir sürecin taraflar ya da üçüncü şahıslar üzerindeki etkilerinin azaltılması gizliliğin güvenilirliğinin sağlanması ile olabilir. Belge ve bilgiler gizlilik çerçevesinde düzenlenerek yargılama organlarına intikali önlenmelidir.

HUAK md. 5'te belirtildiği gibi; taraflar, arabulucu ve de müzakereye katılan üçüncü kişiler, uzlaşma sağlanamayıp hukuk davası açıldığında ya da tahkim yoluna başvurulduğunda, bazı beyan ve belgeleri delil olarak kullanamaz ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz. Bu beyan, bilgi ve belgeler; arabuluculuk daveti, taraflardan birinin arabuluculuk faaliyetine katılma isteği, arabuluculuk sürecinde ileri sürülen görüşler, teklifler, öneriler ve herhangi bir iddianın kabulü olarak sayılabilir. Arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belge ve bilgilerin açıklanması herhangi bir mahkeme, hakem ya da idari makam tarafından istenemez. Delil olarak sunulmuş olsa bile hükme esas teşkil edemez. Bu belgeler ancak tarafların arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan anlaşmaya gizlilik kuralından feragat ettiklerine dair bir şart koymaları durumunda aleniyet kazanabilir²⁵⁰.

²⁴⁸Akan s.17; Kovach, s.177.

²⁴⁹Hughes, S. H., "The Uniform Mediation Act: To the Spoiled Go the Privileges", 35 Marquette Law Review 9, 2001, s.9.

²⁵⁰Avusturya Medeni Usul Kanunu md. 320; Birleşmiş Milletler Model Kanunu md. 10; Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine ilişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi md.7 arabulucunun tanıklıktan çekilme hakkı ve mahkemede delil olarak değerlendirmeye alınmayacak bilgi ve belgelere ilişkin pozitif düzenlemeleri içerir. Daha kapsamlı bilgi için bkz. **Yazıcı Tıktık**, Gizlilik, s.57.

Arabuluculuk görüşmelerinin gizliliğine ilişkin Amerikan hukukunda dikkat çeken Cassel v. Superior Court of California²⁵¹ davasına değinmekte fayda vardır. Davacı olan Micheal Cassel, 14 saati aşan arabuluculuk görüşmeleri sırasında kendi avukatlarının baskıları nedeniyle (iddiasına göre baskılar arabulucu görüşmeleri dışında tuvalette bile devam etmiş) yorgun olduğu ve sağlıklı düşünemediği bir sırada, dava aşamasından önce yeni bir avukat bulmanın zorluğuna ve başka seçeneği olmadığına inanarak avukatlarının yazılı olarak hazırladığı anlaşmayı imzalamıştır. Daha sonra bu yaratılan durumun avukat müvekil ilişkisi içinde avukatın özen yükümlülüğüne ters düştüğünü (legal malpractise) ileri süren Cassel, avukatlarına dava açmıştır.

Cassel'in iddiası anlaşacağından daha düşük bir meblağı kabul edebileceğini avukatlarına daha önce belirtmesi ve daha yüksek bir meblağa anlaşılabilcekken avukatlarının tutumu nedeniyle daha azına anlaşılmış olması nedeniyle uğradığı zarardır. İddialarını ispatlamak için açtığı davada Cassel, arabuluculuk görüşmelerindeki gizlilik korumasının kaldırılmasını talep etmiştir. Temyiz mahkemesi, arabuluculuk gizlilik mevzuatının avukatları kendi müvekkillerinin görevi kötüye kullanma iddialarından korumak için değil, arabuluculukta kullanılan taktiklerin, yöntemlerin ve paylaşılan sırların arabuluculuk kurumuna zarar vermesini önlemek amacıyla getirildiğini vurgulamış ve avukatların müvekkilleri ile özel görüşmelerinin zarar verici olan kısımlarını kanıtlayan verileri açıklamamak için arabuluculuk sürecinin gizliliğini bir kalkan olarak kullanamamaları gerektiğini belirtmiştir.

Dava daha sonra yüksek mahkemeye götürülmüştür. Yüksek mahkeme verdiği kararda arabuluculuk gizlilik mevzuatına göre, avukatların müvekkilleri ile arabuluculukla ilgili görüşmelerinin de gizli olduğunu ve bu nedenle, arabuluculuk sırasında veya sonrasında süreçle ilgili olmak kaydıyla, yapılan özel görüşmelerin diğer herhangi bir arabuluculuk katılımcısından uzakta gerçekleşse bile, avukatın müvekkiline karşı özen yükümlülüğünü yerine getirmediği iddiasını kanıtlamak amacıyla ifşa edilemeyeceğini belirtmiştir. Kararda ilgili mevzuata atıfta bulunulmuştur. Mevzuata göre, gizlilikten feragat edilmesi halinde ya da dolandırıcılık, hile, yasa dışılık veya baskıyı göstermek için ifşasının gerekli olduğu durumlar dışında, arabuluculukta varılan sözlü bir anlaşma, aşağıdaki şartların tümü yerine getirilmedikçe kabul edilemez ve ifşadan korunur: (1) sözlü anlaşmanın mahkeme kâtibi tarafından yazıya dökülmüş veya

²⁵¹ Cassel v. Superior Court” davası için Bkz. <https://www.reminger.com/publication-655> (20.04.2022)

güvenilir bir ses kaydı ile kaydedilmiş olması, (2) sözleşme şartlarının tüm taraflar ve arabulucu huzurunda okunması ve tarafların bu koşulları kabul ettiklerini tutanakta belirtmesi (3)sözleşmenin taraflarının, sözleşmenin uygulanabilir veya bağlayıcı olduğunu ifade etmesi veya bu yöndeki beyanların kayıta açıkça belirtilmesi ve (4) kaydedildikten sonra kaydın yazıya çevrilmesi ve 72 saat içinde taraflarca imzalanması²⁵². Anılan şartlar oluşmadığı sürece arabuluculukta gizlilik ilkesinin mutlak ve bunun gerekleri korunmalıdır²⁵³. Karara katılmaktayız. Gizlilik ilkesi mutlak ve bu mutlakiyet kolaylıkla bertaraf edilememelidir.

Doktrinde tarafların anlaşarak gizliliği kaldırabileceği kabul edilmektedir. Kanaatimizce, gizlilik arabuluculuğun en önemli ve kurucu ilkesi olması sebebiyle sadece tarafların rızası ile kaldırılamamalıdır. Arabulucunun rızası da gerekli olmalıdır. Arabulucunun bu rızayı vermemesi de anlayışla karşılanmalıdır.

4-Arabuluculukta Gizliliğin Bertaraf Edilebildiği Durumlar

a-Tarafların Rızası

Gizlilik mutlak nitelikte olmayıp taraflar görüşmeler sırasında belirli bir gizlilik çerçevesi oluşturulabilir ve bu sınırlar içinde gizliliğe uyabilirler. Hatta taraflar görüşmelerin aleni yapılmasını isteyebilir hem tarafların hem de görüşmelere katılan üçüncü kişilerin sır saklama yükümlülüklerini kaldırmış olabilirler. Sır saklama yükümlülüğünün temelinde kanun koyucunun tarafların sırlarının korunmasına dair menfaatlerini korumaya değer bulması yatar²⁵⁴.

HUAK’da iç ilişkide gizlilik bakımından özel bir hüküm sevk edilmemiş, arabulucunun sır saklama yükümlülüğü genel olarak düzenlenmiştir; ancak arabulucunun görüşmeler sırasında bir taraftan aldığı bir bilgiyi diğer tarafa iletmemesine ilişkin bir yükümlülük bulunmamaktadır. Bu yükümlülüğün taraflarca kararlaştırılarak belirlenmesi gerektiği, aksi taktide böyle bir yükümlülüğün olmadığı da öngörülebileceği belirtilmiştir. Örneğin, Birleşmiş Milletler Model Kanunu iç ilişkide gizlilik konusunun

²⁵² California Evidence Code 1118(a-d), 1119(a, b), 1124(b, c). Bkz. ww2.courtinfo.ca.gov/rulesofconduct/files/CaliforniaEvidenceCode.pdf (E.T. 12.09.2022)

²⁵³“Cassel v. Superior Court” davası için Bkz. <https://www.reminger.com/publication-655> (E.T. 20.04.2022)

²⁵⁴Yazıcı Tıktık, Gizlilik, s.58.

ve Avrupa Uyuşmazlık Çözüm Enstitüsü (EUCON – Europaisches Institute für Conflict Management) arabulucunun sır saklama yükümlülüğünün taraflarca açıkça kararlaştırılması gerektiğini savunmaktadır²⁵⁵. Kanaatimizce, Türk arabuluculuk mevzuatında sır saklama yükümlülüğü ve arabuluculukta gizliliğe ilişkin daha ayrıntılı düzenlemeler yapılmalıdır.

b-Anlaşma Belgesinin İcrası

Arabuluculuk süreci sonunda tarafların mutabakatıyla hazırlanan anlaşma metni niteliği itibariyle maddi hukuk sözleşmesidir. Bu sözleşme açık ve kolay anlaşılır şekilde hazırlanmış olmalıdır.

Taraflarca yazılı hale getirilen sözleşmenin icrası sırasında tereddüte yer vermeyecek şekilde hazırlanması için müzakereler sırasında kullanılan bazı ifadelerin minimum ölçüde belirtilmesi talep edebilir²⁵⁶. Örneğin, Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine ilişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi²⁵⁷ md. 7 ve de Birleşmiş Milletler Model Kanunu²⁵⁸ md. 10'da anlaşma metninin icra edilebilmesi için anlaşma içeriğinin açıklanması gerektiğinde, bu durum arabulucunun sır saklama yükümlülüğü dışında tutulmuştur. HUAK md.5 hükmüne göre anlaşma belgesinin icrasının gerektiği oranda gizliliğin kaldırılması mümkündür.

Uzlaşmak üzere hazırlanmış olan anlaşma metninin etkili bir şekilde icra edilebilmesinin, metnin içeriğinin kısmen veya tamamen açıklanmasına bağlı olduğu durumlarda da gizlilik kuralının bertaraf edilmesi mümkündür²⁵⁹.

²⁵⁵Yazıcı Tıktık, Gizlilik, s.59.

²⁵⁶Yazıcı Tıktık, Gizlilik, s.65; Breidenbach, s.119.

²⁵⁷Özbek, Mustafa (Çev.), Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine ilişkin 21.05.2008 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi, <http://www.arbulucu.com/arbuluculuk-mevzuati-ve-tasarilari/hukuki-ve-ticari-uyusmazliklarda-arbuluculugun-belirli-yonlerine-iliskin-21-05-2008-tarihli-avrupa-parlamentosu-ve-konseyi-yonergesi-2008-52-ec> (E.T. 04.04.2021)

²⁵⁸ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018) https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/22-01363_mediation_guide_e_ebook_rev.pdf (E.T:04.04.2021)

²⁵⁹Albers, Pim, “Mediation in the Netherlands”, EU Mediation; Law and Practice, Oxford University Press, (Ed.) Del, Palo Giuseppe / Trevor Mary B., Chapter 27.1-27.79, 2012, s. 362.

c-Suçu Bildirme Yükümlülüğü

Suç ya da kabahat oluşturan eylemlerin planlanması, teşebbüs edilmesi, ya da ortaya çıkışı karşısında arabulucunun sır saklama yükümlülüğünden söz edilemez. Bu durumda kanun koyucunun sırrın ya da gizliliğin korunması ve kamunun menfaati dengesinde tercihini kamu düzeninden yana kullandığı belirtilebilir²⁶⁰.

Hollanda Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanunu md. 165'te tarafların ve arabulucunun sürece ilişkin belge ve bilgileri ifşa etmeme yükümlülüğü olmasına rağmen gizlilik kuralının istisnalarından birinin kamu düzeni olduğu; çocukların menfaatlerinin ya da şahısların fiziksel veya psikolojik bütünlüğünün korunmasının söz konusu olduğu hallerde artık gizlilik kuralından bahsedilemeyeceği düzenlenmektedir²⁶¹. Alman Arabuluculuk Kanunu md. 4/2'de kamu düzeni, çocuğun üstün menfaati, kişilerin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne ciddi zarar teşkil edebilecek hallerin önlenmesi gizlilik ilkesinin istisnaları olarak düzenlenmiştir²⁶². Fransız Hukuku'nda da kamu düzeni, çocuğun üstün menfaati, kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünün korunmasına ilişkin gerekliliklerin bulunması halinde gizlilik prensibine istisna tanınmaktadır²⁶³. Amerika Birleşik Devletleri'nin çeşitli eyalet yasalarında arabulucuların pedofililer ile ilgili bilgileri edinmeleri halinde bu konuda ilgili mercileri bilgilendirme yükümlülüğü düzenlenmiş ve konu gizliliğin kapsamı dışında tutulmuştur²⁶⁴.

Arabulucunun görüşmeler sırasında taraflardan birinin diğer tarafa zarar vereceği bilgisini edinmesi durumu da istisnai bir durum olarak kabul edilmelidir. Arabulucunun zarar görme ihtimali olan kişileri uyarma görevi ile somut olayın özelliğine göre durumu yetkililere bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Türk hukukunda arabulucunun suçu bildirme yükümlülüğü açıkça düzenlenmemiştir. Kanaatimizce, arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sırasında suç teşkil eden bir fiilden haberdar olması durumunda üstün menfaat ilkesini gözeterek hareket

²⁶⁰Yazıcı Tıktık, Gizlilik, s.67.

²⁶¹Albers, s. 362.

²⁶²<https://www.mediation.de/mediation/mediationsgesetz> (E.T. 02.02.2023)

²⁶³Bolayır, s. 158-159.

²⁶⁴Akan, s.29; Kovach, s.191.

etmeli; telafisi imkansız, açık ve yakın bir tehlikenin varlığında bildirimde bulunmalıdır²⁶⁵.

III- Arabuluculuk Türleri

A-Arabuluculuğa Başvuru Yöntemine Göre

Arabuluculuk sürecinin başarılı ve olumlu sonuçlanması, uyuşmazlığa düşen tarafların kendi iradeleri ile gönüllü olarak ve iyiniyetle arabuluculuk usulüne başvurmalarına, karşılıklı menfaatler dengesinin doğru biçimde kurulmasına bağlıdır. Arabuluculuk faaliyetinin başlamasını sağlamak devam ettirmek ve sonlandırmak tarafların iradelerine bağlı olmalıdır. Süreci başlatan taraflar bu faaliyeti sonuna kadar götürmek zorunda değildir. İradilik ilkesi gereği yarıda bırakabilecekleri gibi vazgeçmeleri de mümkündür²⁶⁶. Arabuluculuğa başvuru yöntemine göre arabuluculuk ihtiyari ve zorunlu (dava şartı) olmak üzere temelde ikiye ayrılır²⁶⁷. Buna ilaveten bir üçüncü ayırım mahkeme içi, mahkeme dışı ve mahkeme temelli arabuluculuk olarak karşımıza çıkmaktadır.

1-İhtiyari Arabuluculuk

Arabuluculuk faaliyetinin iradilik prensibi uyarınca HUAK md.3/1'e göre taraflar arabulucuya başvurmak süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak ve süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler. İradi bir temele dayalı olması, arabuluculuk faaliyetinin başından sonuna kadar ihtiyari olarak uyum içinde sürdürülmesi, diğer bir ifade ile tarafların rızasına bağlı tutulması ilkesi arabuluculuğun önemli prensiplerinden birini oluşturmaktadır²⁶⁸.

²⁶⁵ Aynı yönde görüş için bkz. **Erdost**, s. 202.

²⁶⁶ **Özmumcu**, Arabuluculuk, s.300; **Yıldırım**, Mehmet Kamil, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi", Arabuluculuk Yasa Tasarısı, Eleştiriler ve Öneriler, Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2008, s.36.

²⁶⁷ İhtiyari arabuluculuk yerine sadece arabuluculuk teriminin kullanılması yeterlidir. Zira; dava şartı arabuluculuk istisna teşkil eder, arabuluculuk ile kastedilen iradi/ihtiyari arabuluculuktur. Bkz. **Dür**, s. 131.

²⁶⁸ **Özmumcu**, Seda, Uzakdoğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, İstanbul 2013, (Arabuluculuk) s.299.

2-Dava Şartı Arabuluculuk

Arabuluculuğu dava şartı olarak öngören çeşitli sistemler söz konusudur. Arabuluculuğa başvurunun mahkemeler nezdinde dava açılmadan önce yasal bir ön koşul olarak düzenlenmesi dava şartı arabuluculuk yöntemi ilk olarak sayılabilir²⁶⁹. İş uyuşmazlıklarında arabulucuya başvuruyu dava şartı olarak düzenleyen ve arabuluculuk literatüründe en baskıcı düzenlemeye sahip olan örnek devlet Arjantin'dir²⁷⁰. Arjantin, Amerika Birleşik Devletleri'nde doğan arabuluculuk kurumunu ithal etmeye başlamış, birkaç pilot uygulamada elde edilen başarılarından yola çıkarak bazı düzenlemelere gitmiştir. 1995 yılında başkent Buenos Aires mahkemelerinde görülmekte olan neredeyse tüm davalarda arabuluculuğa başvuru zorunluluğunu getirdikten kısa bir süre sonra iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğu kabul etmişti. İş mahkemelerinde görev alanına giren bir dava açılmadan önce uyuşmazlık Arjantin Zorunlu Uzlaşma Servisi (SECLO) önüne getirilmektedir. Müzakerelerde avukatla temsil zorunluluğu vardır²⁷¹.

İkinci olarak dava şartı arabuluculuk, mahkemenin tarafları arabuluculuğa yönlendirilmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu uygulama örneğinde hakime tarafların iradesi bu yönde olsa da olmasa da dava dosyasının somut durumuna göre tarafları arabulucuya yönlendirme yetkisi tanınmıştır. Amerika Birleşik Devletleri, Kanada ve Avustralya'da bu arabuluculuk yönteminin geniş bir uygulama alanı vardır.

Zımnî (*quasi*) zorunluluktan da bahsetmek gerekir. Bu uygulamada arabuluculuğa zorunlu başvuru açıkça düzenlenmemekle birlikte dava açılmadan önce makul ve kabul edilebilir bir sebebi olmaksızın arabuluculuğa başvurmayan tarafın yargılama giderlerine katlanmak zorunda olduğu kabul edilmiştir. İngiliz Medeni Hukuk Kuralları (Civil Procedure Rules-CPR) ve 2011 yılında kabul edilen Hukuk Uyuşmazlıkları Çözümü (Dispute Resolution Act) bu yönde hükümler içermektedir²⁷².

²⁶⁹**Yazıcı Tıktık**, Çiğdem, "İş Mahkemeleri Kanunu'nun Arabuluculuk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, (Ed.), **Demir, Ender/Gemici**, Filiz, Beste, 2021, s.147; **Sander**, Frank E. A., Gerichtliche und Aussergerichtliche Streitbeilegung Überblick über die Erfahrungen in den USA, in Gottwald, Walther/Strempel Dieter, Streitschlichtung, Köln 1995, s.16.

²⁷⁰ İş Mahkemeleri Kanunu gerekçesinde de Arjantin örneği verilmiştir.

²⁷¹**Yazıcı Tıktık**, Arabuluculuk, s.156; **Kuhner**, Timothy, "Court-Connected Mediation Compared: The Cases of Argentina and The United States, ILSA Journal of International & Comparative Law, 2005, C.11, s.10 vd.

²⁷²**Yazıcı Tıktık**, Arabuluculuk, s.147; **Sander**, E. A. Frank. "Another View of Mandatory Mediation, Dispute Resolution Magazine, 2007, C.13. S.2, s.16.

3- Mahkeme İçi Arabuluculuk-Mahkeme Dışı Arabuluculuk-Mahkeme Bağlantılı Arabuluculuk

Mahkeme içi arabuluculuk görülmekte olan derdest davalarda karar verme yetkisine sahip olmayan, adliyede görevli olan eğitim almış arabulucu hakimler tarafından gerçekleştirilir²⁷³. Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşılır ise aynı zamanda hakim olan arabulucu anlaşmayı tutanağa geçirir. Taraflar anlaşamaz ise yetkili mahkemede başka bir hakim tarafından yargılamaya devam edilir. Mahkeme içi arabuluculuk aynı zamanda mahkeme arabuluculuğu veya hakim arabuluculuğu olarak da anılmaktadır. Almanya’da uygulanan mahkeme içi arabuluculukta hiçbir karar verme yetkisi olmayan arabulucu hakimler bazı kanun hükümleri uyarınca²⁷⁴ uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak mahkeme içi arabuluculukta yetkilidir²⁷⁵. Mahkeme içi arabuluculukta, hâkimin otoritesi, taraflara uyuşmazlıklarını arabuluculuk ile çözüme kavuşturmaları için baskı oluşturmakta, taraflar aşırı güç dengesizliğini ortaya koyacak taleplerden de çekinmektedirler²⁷⁶.

Mahkeme dışı arabuluculuk mahkeme sürecinden tamamen bağımsız olarak gerçekleştirilen arabuluculuk faaliyetidir. HUAK hükümleri incelendiğinde mahkeme dışı arabuluculuk sisteminin uygulandığını belirtebiliriz. Fransız hukukunda uyuşmazlığa ilişkin yargı yetkisine sahip mahkeme md.1534 ve 1565 hükümleri kapsamında taraflardan birinin talebi ve diğer tarafın rızası ile mahkeme dışı arabuluculuk ve uzlaştırma mümkündür²⁷⁷.

Mahkemeye yakın, mahkeme bağlantılı arabuluculuk olarak da anılan sistem ise mahkemede görülmekte olan derdest davada mahkemenin davayı askıya aldığı mahkeme dışında yürütülecek olan arabuluculuk faaliyetine ilişkindir²⁷⁸.

²⁷³ **Hess**, Buckhard, “Die Entwicklung Der Gerichtsinternen Mediation in Deutschland, Almanya’da Mahkeme içi Arabuluculuğun Gelişimi Çev. **Meriç**, Nedim, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 2010, s.256.

²⁷⁴ ZPO md. 278/5, ArbGG md. 54/6, FamFG md. 36 Bkz. **Hagel** Ulrich, “Begriffbestimmungen” Kloweit, Jürgen/Glaßer Ulla (Ed.), Medationsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2014, s. 87.

²⁷⁵ **Hagel** s.87; **Dür**, 253.

²⁷⁶ **Hagel**, s.85; **Kracht**, s.285; **Dür**, 254.

²⁷⁷ **Ferrand**, Frederique, “Regulation of Dispute Resolution in France; Evaluation and Challenges” Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, **Steffek**, Felix/**Unberath** Hannes (Ed.), Oregon 2013 s., 191.

²⁷⁸ **Peter**, James, Gerichtsnahe Meditaion, Kommentar zur Mediation, Baden 2011, s. 27 vd.; **Dür**, s.129.

Türk hukukunda HMK md. 140/2 ve md. 320/2'ye göre derdest bir davada mahkemenin sulh ve arabuluculuk teşvikine ilişkindir. Uygulamada etkin şekilde yürütülen mahkeme bağlantılı arabuluculuk faaliyetlerinin çok az olduğu görülmektedir²⁷⁹.

Amerika Birleşik Devletleri'nde, bölge mahkeme hakimleri, bulundukları bölgeye, tarafların iradesine ya da irade aramaksızın re'sen uyuşmazlık konusu davayı arabulucuya gönderebilmektedir. ABD'de bölge mahkemelerinin eyalet yasalarının birçoğu, davanın resen ya da taraflardan birinin talebiyle ADR'ye gönderilmesinde, hâkimin her davaya göre karar vermesini öngörmektedir. Missouri'de hâkim bir davayı resen veya tarafların talebiyle arabuluculuğa gönderebilir. Florida'da ise bölgesel bir ayrıma gidilmiştir. Florida Kuzey Bölgesi'nde hâkim bir davayı resen veya tarafların talebiyle arabuluculuğa gönderebilir. Florida Güney Bölgesi'nde, bu maddede belirtilen istisnalar dışında, bütün hukuk davalarının arabuluculuğa gönderilmesi zorunludur. Massachusetts'te arabuluculuk yolunun kullanılması gönüllü olup, her iki tarafın da rızasını gerektirir²⁸⁰.

B- Arabulucunun Faaliyetinin Niteliğine Göre Arabuluculuk

Arabuluculukta arabulucunun rolünün nasıl olması gerektiği zaman içinde tartışıla gelmiştir. Arabulucunun taraflar arası iletişimi kolaylaştıran, pasif ve taraf self determinasyonunun önemini vurgulayan bir rolünün olması gerektiğine ilişkin görüşün²⁸¹ karşısında arabulucunun tercihen arabuluculuk sürecinde aktif olması ve çözüm önerisinde bulunması gerektiğini savunan görüşler²⁸² de bulunmaktadır. Arabulucu, kolaylaştırıcı arabuluculuktaki gibi uyuşmazlığa düşen taraflar arasında iletişimi kolaylaştıran bir köprü işlevi mi görmeli yoksa değerlendirci arabuluculuktaki gibi arabulucunun, çözüm önermesine veya duruma göre yorum yapmasına olanak tanınan,

²⁷⁹ **Dür**, s. 131; HMK md. 137 ve md.140 uyarınca hakim ön inceleme aşamasında tarafları arabuluculuğa teşvik etmelidir. **Süral**, Ceyda, Türkiye'de Arabuluculuk Nasıl Etkin ve Başarılı Hale Gelir? İngiliz ve Portekiz Uygulamaları Işığında Öneriler, **Süral**, Ceyda/ **Ömeroğlu**, Ekin, (Ed.), İstanbul 2015, s.112.

²⁸⁰ **Plapinger/Stienstra**, s.74-76; **Özbek**, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C.1-2, 4. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2016, C.1, s.452; **Dür**, s.254.

²⁸¹ **Özmumcu**, Seda, "Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirci Arabuluculuk", İÜHFM, C. LXXI, S. 1, 2013, (Kolaylaştırıcı ve Değerlendirci), s. 1369; **Ko**, Haksoo, "On the Role of a Mediator: A Behavioural Law and Economics Perspective, Asia Pacific Law Review, C.17, s. 2000, s.195-204.

²⁸² **Ko**, s.195; **Özmumcu**, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirci, s. 1369.

daha aktif bir rol üstlenmesine izin mi verilmeli soruları²⁸³uzun süre gündemde olmuştur. Üçüncü tür olarak dönüştürücü arabuluculuk kendine has özellikleri ile uyuşmazlığın uzun süreli bir ilişkiye dayalı olduğu durumlarda ilişkileri adeta şifalandırıcı niteliktedir.

1-Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk

Leonard Riskin arabuluculuk faaliyetine göre kolaylaştırıcı ve değerlendirici arabuluculuğu birlikte ele alarak kolaylaştırıcı arabuluculuktan değerlendirici arabuluculuğa olmak üzere adeta bir geçiş şeması oluşturmuştur. *Riskin*, kolaylaştırıcı-dar, kolaylaştırıcı-geniş, değerlendirici-dar ve değerlendirici-geniş arabuluculuk modelleri arasında ayırım yapmıştır²⁸⁴. Bu ayrımların yanı sıra son zamanlarda önem kazanan yeniden değerlendirici arabuluculuk da bu başlık altında incelenecektir.

a-Kolaylaştırıcı Arabuluculuk

Kolaylaştırıcı arabuluculukta arabulucunun üstlenmiş olduğu fonksiyon, pasiftir. Arabulucu, geri durmakta, fakat tarafların aktif bir şekilde iletişim kurmaları için onları cesaretlendirmekte ve böylelikle taraflar uyuşmazlıklarına kendileri çözüm getirmektedir²⁸⁵. Bu modelde, arabulucu tarafların içinde bulundukları durumu değerlendirmelerine, kendi menfaatleri üzerine odaklanmalarına, durumu anlamalarına ve kendi aralarında anlaşmaya ulaşmalarına yardımcı olmaktadır. İhtilafın çözümü için gerekli nihai sorumluluk taraflardadır²⁸⁶.

Kolaylaştırıcı-dar arabuluculukta arabulucu baskı yapmayarak kendi görüş, değerlendirme, tahmin ve önerilerinin taraflara aktarmaktadır. Arabulucu taraflara yardım etmek, hukuki durumlarını anlamak için sorular sormaktadır²⁸⁷.

Kolaylaştırıcı-geniş arabuluculukta arabulucunun başlıca stratejisi, katılımcılara yardım etmektir. Arabuluculuk tarafları kendi çözüm önerilerini ortaya çıkarmaları ve tarafların birbirlerini ve kendilerini geliştirme amacıyla olmaları gereğinin altını

²⁸³Özmumcu, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici, s. 1369; Ko, s.195.

²⁸⁴Riskin, Leonard L., “Understanding Mediator’s Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for The Perplexed”, Harvard Negotiation Law Review, C.7, 1996, s.26.

²⁸⁵Özmumcu, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici s. 1372; Ko, s.196.

²⁸⁶Ko, s.196; Özmumcu, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici, s. 1372-1373.

²⁸⁷Riskin, s.28; Özmumcu, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici, s. 1374-1375.

çizmektedir. Kolaylaştırıcı- geniş arabulucu ortak oturumları tercih eder²⁸⁸. Alternatif uyuşmazlık çözüm hareketinin başlarında özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde yaygın olarak kolaylaştırıcı arabuluculuk uygulanmıştır²⁸⁹.

b-Değerlendirici Arabuluculuk

Değerlendirici arabuluculuk modelinde, tarafların hakları ile ilgilenilmekte ve ileri sürdükleri iddialar değerlendirilmektedir. Arabulucu uyuşmazlığın sebebi ve temel nedenleri üzerine odaklanır. Haklar hedef alınsa da menfaatler de göz ardı edilmez. Değerlendirici arabulucu, somut olaya ilişkin taraflara uyuşmazlığa dair hakimin veya jürinin muhtemelen nasıl karar verebileceğine ilişkin görüşlerini, tavsiyelerini ifade etmektedir. Arabulucu tarafların zayıf noktalarını ve dava masraflarının ne olacağını taraflara anlatmaktadır²⁹⁰. Uyuşmazlığın sebebi ve altında yatan esaslar üzerine de odaklanılmakta, tarafların menfaatleri de göz ardı edilmemektedir. Değerlendirici arabulucu uyuşmazlığın sebebi ve onun altında yatan esas üzerine yoğunlaşmaktadır.

Taraflar, değerlendirici arabulucudan hukuk bilgisine sahip olmasını bekler²⁹¹. Değerlendirici arabuluculukta, arabulucu uygulanabilir çözüm önerileri sunan tarafların zayıf noktalarına vakıf kişi olarak düşünülür²⁹². Arabulucu, tarafların kendi durumları hakkında daha gerçekçi bir şekilde yeniden değerlendirme yapmalarına yardım etmektedir²⁹³. Değerlendirici arabulucu uyuşmazlığın esasına ilişkin görüşlerini arabuluculuk sürecinin her aşamasında belirtebilir²⁹⁴. Değerlendirici arabulucu özel oturumları daha çok tercih eder²⁹⁵.

Değerlendirici-dar arabuluculukta arabulucu dava açılması durumunda olası sonuçları, arabuluculuk ile başarı sağlanamaması durumunda tarafların

²⁸⁸**Riskin**, s.32-33; **Özmumcu**, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici, s. 1375.

²⁸⁹**Levin**, Murray, “The Propriety of Evaluative Mediation: Concern about the Nature and Quality of an Evaluative Opinion”, Ohio State Journal of Dispute Resolution, C.16, 2001, s.268

²⁹⁰**Levin**, s.269; **Özmumcu**, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici, s. 1375-1376.

²⁹¹**Özmumcu**, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici, s. 1376; Ekmekçi vd., s. 65.

²⁹²**Ko**, s.196; **Özmumcu**, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici, s. 1376.

²⁹³**Stulberg**, Joseph B., “Facilitative Versus Evaluative Mediator Orientations: Piercing the “Grid” Lock, Florida State University Law Review, C.24, 1997, s.995.

²⁹⁴**Imperati**, Samuel J, “Mediator Practice Model: The Intersection of Ethics and Stylistic Practices in Mediation, Willamette Law Review”, C.33, 1997, s.711.

²⁹⁵ **Riskin**, s.32-33; **Özmumcu**, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici, s. 1375

başvurabilecekleri diğer süreçleri, tarafların zayıf ve güçlü oldukları noktaları anlamaları gibi hususlarda taraflara yardım etmektedir²⁹⁶. Arabuluculuğun ilk safhasında arabulucu ortak bir oturumda taraflardan uyuşmazlıklarını ve sonuca ilişkin beklentilerini anlatmalarını talep eder²⁹⁷. Arabulucu uyuşmazlığın çözümü için taraflardan bilgi toplar ve değerlendirici teknikler uygular²⁹⁸.

Değerlendirici-geniş arabuluculuğun önde gelen stratejisi tarafların içinde bulunduğu durumlar, tarafların menfaatleri ve diğer konular hakkında bilgi toplamaktır. Toplanan bilgiler tarafları menfaatlerine göre doğru sonuca yönlendirmek için kullanılır²⁹⁹.

Yeni değerlendirici arabuluculuk yaklaşımına göre arabulucular tarafların önyargılarını gidermeye taraflar için adil bir çözüm getirmeye fayda sağlarken arabulucu kendi görüşünü taraflara empoze etmeye çalışmamaktadır. Tarafların kendi durumlarını objektif şekilde değerlendirebilmeleri için taraflara liderlik etmek ve olası önyargıların etkilerini ortadan kaldırmak arabulucunun hedefleri arasındadır³⁰⁰. Yeni değerlendirici arabuluculuk tarafların algılarını dönüştürmeksizin taraflara bir çözüm dayatmayı tavsiye etmemektedir. Arabulucu somut olayın gereklerine göre bir çözüm önerebilir.

2- Dönüştürücü Arabuluculuk

Dönüştürücü arabuluculuk modelinin sıklıkla etnik-politik uyuşmazlıklarda, aile hukuku, iş hukuku ihtilaflarında ve özellikle devam etmekte olan işyeri uyuşmazlıklarında uygulandığı gözlenmektedir³⁰¹.

Dönüştürücü arabuluculuk; güçlenme ve tanıma olarak adlandırılan iki temel kavram üzerine kurulmuştur³⁰². Güçlendirme ile kişilerin bireysel olarak karşı karşıya

²⁹⁶**Riskin**, s.26, vd.

²⁹⁷**Özmumcu**, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici s. 1377; **Stulberg**, s.999.

²⁹⁸**Riskin**, s.26-27; **Ware**, s.295.

²⁹⁹**Özmumcu**, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici, s.1377; **Stulberg**, s.997; **Riskin**, s.28.

³⁰⁰**Ko**, s.196-197; **Özmumcu**, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici, s. 1376-1377.

³⁰¹**Özmumcu**, Seda, “Amerika Birleşik Devletleri’nde Uyuşmazlık Çözümünde Dönüştürücü Arabuluculuk Modeli”, İÜHFM, C. LXXIII, S. 2, 2015, s. 325.

³⁰²**Bush**, Robert A. Baruch / **Pope**, Sally Ganong, “Changing the Quality of Conflict Interaction The Principles and Practice of Transformative Mediation”, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, C.3, 2002, s.82; **Nabatchi**, Tina / **Bingham**, Lisa, “Transformative Mediation in USPS REDDRESS Program:

kaldıkları problemler ile yüzleşmeleri, bunlarla mücadele etme yetisi kazanmaları ve bu yetileri geliştirmeleri hedeflenmektedir. Tanıma ise bireylerde karşı tarafın görüşlerini bakış açısını, değerlerini, menfaatlerini anlama, kabul etme ve empati yapmaya teşvik etmeye ilişkindir³⁰³.

Arabulucu dönüştürücü arabuluculuk modelinde süreç boyunca karşılıklı nezaketle uyuşmazlığı nasıl çözebilecekleri konusunda tarafları cesaretlendirmektedir. Dönüştürücü arabuluculuk modelinde tarafların kendilerini tam anlamıyla ifade etmeleri ve birbirlerini tanımalarına alan oluşturulması arabulucunun görevidir³⁰⁴. Dönüştürücü arabuluculuk modelinde, arabulucular tarafları aktif bir şekilde dinlemeye teşvik etmektedir³⁰⁵. Arabulucu tarafların etkileşimlerini negatiften pozitif, yıkıcıdan yapıcıya dönüştürme gayreti içindedir³⁰⁶. Arabulucu tarafın söylediklerini çarpıtmaz, anlamını değiştirmez, duyduğu şeyi iletme suretiyle tarafın öfke duyduğu hususu karşı tarafa bildirir³⁰⁷. Örneğin, hakaret eden tarafın anlattıklarını özetlerken arabulucu kızgın olduğunuzu anlıyorum der. Etkin dinleme ve özetleme yöntemlerini kullanır. Soru sormak ilerleyen görüşmeler için davet ve yeni konular açmak için kullanılmaktadır. Her bir tarafın söylediği ya da desteklediği şeyi arabulucu *görüyorum* veya *anlıyorum* şeklindeki onaylama ifadeleri ile özetlemektedir. Aktif dinleme olarak bilinen bu taktik tarafın güvenin kazanmak amacıyla inşa edilmiştir³⁰⁸. Yansıtma, özetleme, gibi etkin bir arabuluculuk süreci için destekleyici taktikler de bulunmaktadır. Seçim yapılması gereken durumlarda arabulucu tarafları kontrol ederek net kararlar almaları için müdahalede bulunabilir³⁰⁹.

Observations of ADR Specialists”, Hofstra Labor & Employment Law Journal, C.18, 2001, s.402; **Özsumcu**, Dönüştürücü, s. 326.

³⁰³**Özsumcu**, Dönüştürücü, s.326; **Bush**, Robert / **Folger**, Joseph P., Arabuluculuk ve Getirileri, Dönüşümsel Çatışma Yaklaşımı, The Promise of Mediation, The Transformative Approach to Conflict, **Sart**, Gamze (Çev.), İstanbul 2013, s.22; **Ekmekçi vd.** s. 65.

³⁰⁴**Özsumcu**, Dönüştürücü, s.327; **Bush**, Robert A. Baruch, Efficiency and Protection of Empowerment and Recognition? The Mediator’s in Mediation, Florida Law Review, C.41, 1989, s.267.

³⁰⁵**Bush**, Robert, A. Baruch, **Folger** Joseph P., The Promise of Mediation-The Transformative Approach to Conflict, San Francisco 2005; **Bush/Folger** 2013, s.23.

³⁰⁶ **Özsumcu**, Dönüştürücü, s.327; **Folger** Joseph, “Harmony and Transformative Mediation Practice: Sustaining Ideological Differences in Purpose and Practice”, North Dakota Law Review, 2008, C.84, s. 841-842; **Bush/Folger**, 2013, s.22.

³⁰⁷**Bush / Pope**, s.88, 89.

³⁰⁸**Özsumcu**, Arabuluculuk, s.370; **Ware**, Stephen J., Principles of Alternative Dispute Resolution, 2007, s.278.

³⁰⁹**Bush/Pope**, s.90; **Bush/Folger**, 2013, s.22-23.

Dönüştürücü arabuluculuğun karakteristik özellikleri³¹⁰ bulunmaktadır. Açılış konuşmasında, arabulucu, taraflara “güçlendirme” ve “tanıma” temeline dayalı amaçları açıklamalıdır. Sonuçların sorumluluğu taraflara aittir. Dönüştürücü arabuluculuk yaklaşımında tarafların iletişim kurmaları, kendi çabalarıyla müzakerede bulunmaları, birbirlerinin duygularına karşı duyarlı olmaları ve karar almaları hedeflenmektedir.³¹¹ Dönüştürücü arabuluculukta tarafların görüşleri ve kararları hakkında yargılayıcı olmak bilinçli şekilde dışlanmaktadır. Bu modelde uyuşmazlığın taraflarına duygularını ifade etme izni verilmektedir. Dönüştürücü arabulucular, tarafların tereddütlerini açıklamalarına ve açıklığa kavuşturmalarına imkanı tanımaktadır³¹². Tarafların güncel uyuşmazlıkları üzerinde yani çatışma etkileşiminin şu anki haline odaklanılmaktadır. Dönüştürücü arabuluculuk yaklaşımında, geçmişin tartışılması durumunun şimdi için değerli olduğu ve geleceğe de etkili olacağına inanılmaktadır; çünkü tarafların açıklamaları geçmişte yaşananların daha anlamlı hale gelmesine neden olabilir³¹³. Uyuşmazlık konusu uzun süreli veya devam eden bir yapıya sahipse, bilhassa iş ilişkisinin devam edeceği örneğin mobbing iddialarına ilişkin arabuluculuk süreçlerinde dönüştürücü arabuluculuğun etkili olacağı düşünülmektedir.

HUAK md. 2/b’de arabuluculuk tarafların bir araya gelerek birbirlerini anlamalarını ve böylelikle kendi çözümlerini üretmeleri için sistematik teknikler uygulanarak, arabulucu aracılığıyla uyuşmazlıklarının çözümü olarak tanımlanmıştır³¹⁴. HUAK Yönetmelik md. 17/5 uyarınca arabulucu sürecin yürütülmesi sırasında taraflara hukuki tavsiye veremez. Mevzuat değerlendirildiğinde kanun koyucunun arabuluculuk faaliyetinde, arabulucunun bu süreçte üstleneceği fonksiyon bakımından genel olarak kolaylaştırıcı arabuluculuk modelini benimsediği belirtilebilir³¹⁵.

Öte yandan HUAK md.15/7 uyarınca, tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması durumunda arabulucunun çözüm önerisinde bulunması mümkündür. Bu madde ile yeni değerlendirici arabuluculuk türüne yaklaşılmıştır³¹⁶. Arabulucunun çözüm

³¹⁰Özmumcu, Dönüştürücü, s.329-337; **Bush/Folger**, 2013, s.22-23.

³¹¹ **Bush/Folger**, s.266.

³¹² **Bush/Folger**, 2013, s.23.

³¹³**Weldon John, Peter**, “Transformative Mediation Putting Party Self – determination into Practice”, Canadian Arbitration and Mediation Journal, 2012, s.31, 32.

³¹⁴Özmumcu, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici s.1387.

³¹⁵Özmumcu, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici, s.1388.

³¹⁶Aynı yönde görüş için bkz. **Okur**, s.19; **Özmumcu**, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici, s.1385.

önerisinde bulunabilmesi için uyuşmazlığın çözümü için gerekli bilgi ve beceri ile donanımlı olması gerekir³¹⁷ Değerlendirici arabuluculuğun gereği gibi uygulanmasına imkan sağlayacak donanımlı arabulucu sayısının yetersiz olduğunu düşünmekteyiz.

Doktrinde *Albayrak* ise Türkiye’de uygulanan arabuluculuk sisteminin dönüştürücü arabuluculuk olduğunu ileri sürmektedir³¹⁸. Bu görüşe de katılamamaktayız. Dönüştürücü arabuluculuk zaman alan ve uzmanlık gerektiren bir arabuluculuk modelidir. Günümüzde arabulucuların büyük bir çoğunluğu ve sıklıkla taraflar devlet tarafından karşılanan ilk iki saat içinde uyuşmazlığı çözmeye uğraşmakta ve arabuluculuk ilkelerine tam da uymayan arabuluculuk örnekleri görülmektedir. Temennimiz arabulucuların arabuluculuk görüşmelerine zaman ayırdığı, toplumun ve uzlaşma anlayışının geliştiği, ilişkilerin evrilerek şifalandığı dönüştürücü arabuluculuk modelinin uygulanmasıdır. İş hukuku alanında uzman arabulucuların iş hukukuna, mevzuata, Yargıtay içtihatlarına hâkim olması sadece çözüm önerisi getirme aşamasında değil arabuluculuk ilkelerine uyulması bakımından da büyük önem arz etmektedir. İş hukuku alanında dönüştürücü arabuluculuk modelinin uygulanması sadece iş ilişkileri için değil, toplumun gelişmesi ve ekonominin güçlenmesi için de büyük önem taşımaktadır.

IV-Arabulucu

A-Genel Anlamda Arabulucu

HUAK md.20 uyarınca arabulucular siciline kayıt olabilmek³¹⁹ için Türk vatandaşı olunması, mesleğinde en az beş yıl kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olunması, tam ehliyetli olunması, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu md.53’te belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzen ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık,

³¹⁷ **Ashgar**, Ali Mohammed/ **Dato**, Tan Yeak Hui, “Mediation Conciliation in the Malaysian Courts: With Specific Emphasis on Settlement of Labour Disputesi” C. 163, Lawasia Journal, 2006, s.189.

³¹⁸ **Albayrak**, Hakan, “Eşitlik ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu”, Gaziantep University Journal of Social Science, C. XVIII, 2019, s.16.

³¹⁹ Almanya’da da “sertifikalı arabulucu” (*zertifiziertermediator*) unvanı ileri sürülerek, arabuluculuk yönteminin kalitesini korumayı amaçlıyor olsalar da Alman Arabuluculuk Kanunu 5. ve 6. maddelerinde Federal Adalet Bakanlığına eğitim zorunluluğu ile ilgili daha ayrıntılı düzenleme yetkisi vermiş olsa da sertifikasız arabulucular da yeterliliklerini kanıtlayarak arabuluculuk yapabilmektedir bkz. **Dür**, s.153.

sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık, gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçundan mahkum olunmaması, terör örgütleriyle iltisaklı ve irtibatlı olmaması, arabuluculuk eğitiminin tamamlanmış olması ve Bakanlıkça yapılan yazılı sınavdan başarılı olunması gerekmektedir³²⁰. Şartları sağlayan beş yıl kıdeme sahip olan hukukçular (avukatlar, hakimler, savcılar, akademisyenler vb.) arabulucu olabilir. Hakimler, savcılar noterler gibi bazı mesleklerde başka kazanç getirici faaliyette bulunma yasağı olduğundan, uygulamada arabuluculuk genelde avukatlar ve akademisyenler tarafından icra edilmektedir³²¹.

HUAK taslağı hazırlanırken en çok tartışılan konulardan biri arabulucunun hukukçu (hukuk fakültesi mezunu) olma şartıydı. Taslağın ilk halinde arabulucu olabilmek için hukuk fakültesi mezunu olma şartı yerine üniversite mezunu olma şartı öngörülmüş, herhangi bir üniversite mezunun arabuluculuk eğitimi alarak arabuluculuk yapabilmesi ihtimali doğmuştu; ancak taslak metnin yasalaşması döneminde özellikle baroların yoğun itirazları neticesinde yasada, hukuk fakültesi mezunu olmak ve meslekte en az beş yıllık tecrübe şartı getirilmiştir³²².

Arabulucunun hukukçu olmasının zorunlu olmadığı devlet uygulamaları da mevcuttur. Almanya'nın Baden Württemberg eyaleti dışındaki tüm eyaletleri³²³ ve Delaware, Louisisana gibi bazı eyaletlerin dışında Amerika Birleşik Devletleri eyaletlerinde arabulucu hukukçu olmak zorunda değildir³²⁴. Avusturya'da da arabuluculuğu tamamen gönüllülük esasına yani iradi arabuluculuğa dayanmakta olup, yasada arabulucu olabilmek için bir hukuk eğitimi alma koşuluna yer verilmemiştir³²⁵.

³²⁰ **Göksu**, Dispute Resolution, s. 279.

³²¹ **Odaman**, Serkan / **Karaçöp**, Eda, “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 39, 2018, s.64; **Kurt**, s.432.

³²² **Göksu**, Dispute Resolution, s.278

³²³ **Taşpolat Tuğsavul**, s. 160.

³²⁴ <https://onlinemasteroflegalstudies.com/career-guides/become-a-mediator/court-certified-mediation-requirements-by-state/#:~:text=Education%20requirements%20include%20a%20master's,the%20applicable%20field%20of%20mediation.> (E.T. 04.01.2023)

³²⁵ **Taşpolat Tuğsavul**, s.61; **Kılıçoğlu** Arabuluculuk Sözleşmeleri, s.20.

Fransa’da arabulucunun hukukçu olması gerekmemektedir; uyuşmazlığın türü dikkate alınarak uygun eğitim ve deneyime sahip olmak yeterlidir³²⁶.

B-Arabulucu Türleri

1-Uzman Arabulucu

HUAK md.6/3 ve HUAK Yönetmelik md.8/3 gereğince, Arabuluculuk Daire Başkanlığı arabulucuların uzmanlık alanlarını ve uzmanlığa ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir. Genel anlamda arabulucuların belli hukuki uyuşmazlıklarda uzmanlaşması amaçlanmaktadır³²⁷.

Mevzuattaki bu düzenleme kapsamında Arabuluculuk Daire Başkanlığı birçok hukuk alanında uzman arabuluculuk türüne yer vermiştir. Buna göre sicile genel anlamda arabulucu olarak kayıtlı olan arabulucular, talep etmeleri halinde uzman arabuluculuk eğitimine katılıp, uzman arabulucu olabilmektedirler.

HUAK Yönetmelik md.24/1 uyarınca dava şartı olan arabuluculuğun alanına giren ilgili uyuşmazlıklarda liste dışında bir arabulucu görevlendirilemeyeceği belirtilmektedir. Bakanlık, ülke genelinde iş hukukunda uzman arabulucu sayısının yeterli düzeye ulaşmasına bağlı olarak iş uyuşmazlıklarında sadece iş hukukunda arabuluculuk konusunda uzmanlaşmış olan arabulucuları görevlendirmektedir.

Türk hukukunda arabuluculuk siciline kayıtlı olan arabulucular iş hukukuna ilişkin 24 saat teorik, toplamda 48 saatlik eğitimi tamamladıktan sonra iş hukukunda uzman arabulucu olabilmektedir.

³²⁶ Dür, s.198.

³²⁷ “İş Hukukunda Uzman Arabuluculuğa İlişkin Usul ve Esaslar” hakkındaki genelgede uzmanlık eğitiminin amacı ortaya konulurken, iş hukukundaki uyuşmazlıklar için uzman arabuluculuk uygulaması getirilmiş ve arabulucunun bu süreci doğru ve sağlıklı yürütebilmesi için, işçinin ve işverenin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlık konusu hakkında haklarını bilerek ve serbest iradeleriyle hareket edip etmediklerini dikkate alması; arabulucunun işçiyi ve işvereni hukuki veya teknik yardım almaya yönlendirmesi veya gerektiğinde süreci sonlandırması olanağının sağlandığı ifade edilmiştir. Söz konusu el kitabında; kıdem tazminatı, -hangi normdan kaynaklanırsa kaynaklansın- ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı, sendikal tazminat, ayrımcılık tazminatı, iş kazası ve meslek hastalığı dahil maddi ve manevi tazminat, ücret, pirim, ikramiye, fazla mesai ücreti, yıllık izin ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, cezaî şart ve alacak taleplerine ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli nitelikler olduğu belirtilmiş, arabuluculuk bir yargılama süreci olmadığı için, maddi hukuktaki emredici hükümlerin bu süreçte bağlayıcı olmayacağı ifade edilmiş, ve varılan anlaşmanın bir ibra ve makbuz olarak değerlendirilemeyeceği vurgulanmıştır. **Ocak vd.** s.10-11; **Okur**, s. 184.

Arabulucular, arabuluculuk faaliyetinde bulunabilmek için temel arabuluculuk ve uzman arabuluculuk eğitimlerini tamamlamak zorundadır. Eğitimin, hukuk fakültesinden mezun olduktan sonra alınması zorunlu olup, eğitim, arabuluculuk süreci, iletişim teknikleri, müzakere ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri, davranış psikolojisi ile ilgili genel esaslar ile Yönetmelik ile belirlenecek diğer teorik ve uygulamalı bilgileri içerir. Arabuluculuk eğitimi, üniversitelerin hukuk fakülteleri, Türkiye Barolar Birliği ve Türkiye Adalet Akademisi tarafından verilmektedir. Bu kurumlar, Bakanlıkça akreditasyon verilmesi halinde eğitim verebilirler, Akreditasyonun verilmesi, uzatılması ve iptali kanun koyucu tarafından ayrıntılı olarak belirlenir³²⁸.

2-Eş Arabulucu

Tarafların kabul etmesi durumunda, uyuşmazlığın çözümünde birden fazla arabulucunun görev alması mümkündür. HUAK md.14/1’de başkaca bir usul kararlaştırılmadıkça arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilebileceği belirtilerek tarafların anlaşmaları halinde hukuki uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemi ile çözülmesinde birden fazla arabulucunun seçilip görevlendirilmesine imkân vermiştir. Bu durumda görev alan arabulucular “eş arabulucu” olarak adlandırılır³²⁹.

Uygulamada eş arabuluculuğa sıklıkla rastlanmamaktadır. Hukuki uyuşmazlıkların çözümünde birden fazla arabulucunun görev alması ihtimalinde arabuluculuk asgari ücret tarifesinde arabuluculuk ücreti tek arabulucunun görev almasına göre daha yüksek olması bu duruma sebep olabilir. Arabuluculuk ücreti, değeri para ile ölçülemeyen hukuki uyuşmazlıklarda saat ücreti her bir arabulucuya ayrı ayrı olarak ödenirken, değeri para ile belirlenen hukuki uyuşmazlıklarda arabuluculuk ücreti ilk dilim için %6 olarak, birden fazla arabulucunun görev almasında %9 olarak belirlenmiştir³³⁰.

Tarafların arabulucu seçiminde anlaşmamaları ihtimalinde, dava şartı olarak düzenlemiş olan arabuluculukta, adliye arabuluculuk bürosu sicile kayıtlı iş hukukunda uzman arabuluculardan sadece bir arabulucu görevlendirmekte olup, eş arabulucu

³²⁸ **Göksü**, Dispute Resolution, s.279.

³²⁹ **Özmumcu**, Seda, “Hukuk Uyuşmazlıklarının Çözümünde Eş Arabuluculuk (Co Mediation) Modelinin Değerlendirilmesi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.13, S.163, 2018, s.9.

³³⁰ **Okur**, s.37. Eş arabulucuların rekabet ve çatışmaya girmesi ve maliyeti arttırması gibi eş arabuluculuk yönteminin olumsuz yanları olabilmektedir. Bkz. **Özmumcu**, Eş Arabuluculuk, s. 9.

görevlendirmesi yapılmamaktadır. İş uyuşmazlıklarında dava şartı olarak arabuluculukta tarafların anlaşmaması halinde sadece adliye arabuluculuk bürosu tarafından görevlendirilen arabulucuya Adalet Bakanlığınca arabuluculuk ücreti ödenmektedir³³¹.

V-Arabulucu Etiği

Etik, iş hayatındaki davranış biçimlerini düzenleyen bir disiplindir. Arabulucu bir tarafın lehine, diğer tarafın aleyhine hukuki yardımda bulunursa tarafsızlığı zedelenecak midir? Arabulucu bir tarafın kendisine güvenerek verdiği bilgiyi saklaması halinde diğer tarafın haklarının ihlal edileceği durumlarda nasıl davranmalıdır?³³² Bu gibi sorulara arabuluculuk etiği kapsamında cevap aranmaktadır.

Avrupa’da arabuluculuk konusunda hizmet sağlayıcılar, arabuluculuk hizmetlerinde minimum şartların standart olarak sağlanması için Arabulucu Avrupa Etik Kuralları Standartları, Türkiye’de ise Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından belirlenen Türkiye Arabulucular Etik Kuralları uygulanmaktadır³³³.

Arabulucu etiğine ilişkin maddelerin tümü yükümlülük şeklinde düzenlenmiştir. Arabulucunun, görevini özenle, tarafsız ve bağımsız biçimde yerine getirme yükümlülüğü, tarafları aydınlatma yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğü, dosya saklama yükümlülüğü, reklam yasağına uyma yükümlülüğü, aidat ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Arabulucunun yükümlülüklerini yerine getirmemesi sorumluluğuna neden olur. Dolayısıyla etik değerlere aykırılığının arabuluculuk özelinde yaptırımı hukuki, cezai ve disiplin sorumluluk olarak ortaya çıkmaktadır³³⁴.

Arabulucunun, arabuluculuğun esasları, süreci ve sonucu hakkında tarafları aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülük sürecin başından sonunda kadar geçerlidir³³⁵. Arabuluculuk yoluyla çözümlenen hukuki uyuşmazlıklar ve arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların anlaşmaya varması durumunda düzenlenecek anlaşma belgesinin icra edilebilirliğinin hukuki sonuçlarını da taraflara açıklaması gerekir.

³³¹ Okur, s.37.

³³² Taşpolat Tuğsavul, s. 147.

³³³ <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1512021075717T%C3%BCrkiye%20%20Arabulucular%20%20Etik%20Kurallar%C4%B1.pdf> (E.T. 09.03 2022).

³³⁴ Oğuz, s.65; Taşpolat Tuğsavul, s.13

³³⁵ Özümucu, Arabuluculuk, s.355; Yılmaz, Ejder, “Arabuluculuğun Yasa ile Düzenlenmesi”, Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan, Ankara, 2012, s. 1275-1285.

Arabulucu taraflarla iletişimi ve bilgilendirmeleri şahsen kendisi yapmakla yükümlüdür³³⁶. Bazı arabuluculuk türlerinde, örneğin değerlendirici arabuluculukta, hukuki tavsiye verme aydınlatma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmektedir³³⁷.

Arabulucunun görevini özenle ve tarafsız biçimde yerine getirme yükümlülüğü vardır. Arabuluculukta tarafsızlık ilkesi önemli etik kurallardan biridir. Tarafsızlık ilkesinin içinde ayırım gözetmeme, eşit davranma, adil olma ve menfaat çatışması içinde olmama gibi alt kavramlar da yer alır. Tarafsızlık ilkesi olmadan adil ve hakkanyetli bir sonucun elde edilmesi beklenemez³³⁸. Arabulucunun tarafsızlığına ilişkin içsel ve dışsal tarafsızlıktan bahsedilmektedir. İçsel tarafsızlık, arabulucunun zihninde, duygularında, değerlerinde, önceliklerin bulunmamasını ifade eder. Dışsal tarafsızlık ise arabulucunun söz, fiil, duygu ve değerlerinde öncelik bulunmamasını anlatmaktadır. İyi bir arabulucu kendi önyargılarını kontrol edebilmelidir. Gerçekleştirilen oturumlarda içsel tarafsızlığını koruyamayıp kendi sözleri ve davranışlarıyla bunu dışsallaştırdığında ortaya sorunlar çıkacaktır³³⁹.

Arabulucunun reklam yasağına riayet etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Arabulucuların arabuluculukta iş elde edebilmek için reklam sayılabilecek teşebbüs ve harekette bulunmaları yasaktır. Böylelikle, avukatlıkta olduğu gibi arabuluculukta da arabulucuların niteliklerine uygun düşmeyecek biçimde reklam yapmak arabuluculuğun amacı ile bağdaşmayacak şekilde kar sağlamaya yönelik faaliyetler önlenmiş olur³⁴⁰. Arabuluculuk faaliyeti sona erdikten sonra arabulucu kendisine tevdi edilen ve elinde bulunan belgeleri, düzenlediği son tutanağı beş yıl süre ile saklamak zorundadır. Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde son tutanağı Arabuluculuk Bilgi Sistemi üzerinden Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne gönderir.

Bunlara ilaveten sicile kayıtlı arabulucular her sene aidat ödemekle yükümlüdürler. Sicile kaydolurken ayrıca giriş aidatı da ödenir. Ödenen aidat genel

³³⁶Okur, s. 48.

³³⁷Levin, s.269; Özsumcu, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici, s. 1375-1376.

³³⁸Özsumcu, Seda, "Arabuluculukta Tarafsızlık İlkesinin Görünümü ve Etik Kurallar Çerçevesinde Değerlendirilmesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, 2019, s.265. (Arabuluculukta Tarafsızlık)

³³⁹Özsumcu, Arabuluculuk, s. 352; Taşpolat Tuğsavul, s.152.

³⁴⁰Özsumcu, Arabuluculuk, s. 353; Taşpolat Tuğsavul, s.151.

bütçeye gelir olarak kaydedilir. Aidat miktarı her sene değişmektedir. Aidatın ne kadar olacağını Arabuluculuk Kurulu belirler³⁴¹.

Arabuluculuk hizmeti denilince arabulucunun yerine getireceği arabuluculuk mesleki faaliyeti ve arabuluculuk faaliyetinin gereği olan uygun ortamın hazırlanması gibi bazı ikincil faaliyetleri ifade eden arabuluculuk hizmet sunumu akla gelir. Arabuluculuk hizmetleriyle ilgili uygulamalar da öncelikle iç hukuk tarafından ön görülen kural ve usullere uyulmalıdır³⁴².

Arabulucunun süreç boyunca yanında yer alan, oturumlara katılmayan ancak arabulucunun etkin bir arabuluculuk süreci geçirmesi için gerekli önemleri alan, ihtiyacı olan bilgi ve belgelerin toplanmasını sağlayan, evrakları hazırlayan, arabuluculuk hizmet sunumu kapsamında hareket eden arabulucu yardımcısı ya da yardımcı arabulucu olarak adlandırılan kişilerle ilgili daha ayrıntılı düzenlemeler yapılmalıdır³⁴³.

Arabulucunun görevini şahsen ifa yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu görevini kısmen dahi olsa başkasına devredemez. Tarafların anlaşmaları halinde arabuluculuk süreci için birden fazla arabulucunun seçilip görevlendirilmesi söz konusu olabilir. Görev alan arabuluculara eş arabulucu denmektedir³⁴⁴.

Arabulucu etiği yükümlülüklerden başka arabuluculuğun başarıya ulaşması için gerekli olan bazı davranış biçimlerini de içine alır. Arabulucu taraflara samimi olduğunu hissettirmeli, taraflara eşit söz hakkı vermeli, saygılı olmalı, açık uçlu sorular sorarak yargılayıcı özellikteki soru ve cümleler kurmayı dışlamalı³⁴⁵ gerekirse taraflara gerçeklik testi uygulamalıdır³⁴⁶. Arabulucunun yükümlülük olmayan bu etik kurallara uygun davranmaması doğrudan sorumluluğunu doğurmasa da sürecin başarıya ulaşmasını

³⁴¹Özmumcu, Arabuluculuk, s. 361, Okur, s 47.

³⁴²Özbek, Mustafa Serdar, “Adaletin Etkinliğine İlişkin Avrupa Komisyonu (Cepej) Arabuluculuk Hakkındaki Cepej İlkelerinin Uygulanmasını Sağlayan Arabuluculuk Geliştirme Aracı Arabuluculuk Hizmet Sağlayıcıları İçin Avrupa Etik Kuralları”, Çeviri, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, s.232.

³⁴³Akın, Levent, “İkinci Yılında Dava Şartı Arabuluculuk Alanında Gelişmeler ve Öneriler”, İnceleme Makalesi, Sosyal Güvenlik Dergisi, C.10, S.1, 2020, s. 13.

³⁴⁴Okur, s. 37; Ekmekçi/Özekeş/Atalı, s.58.

³⁴⁵Oğuz, s.65.Açık uçlu sorular herhangi bir noktaya odaklanmamış, geniş cevap potansiyeli olan sorulardır. Açık uçlu sorular ile taraf için neyin daha önemli olduğu ve bazen de duygular ortaya çıkar.

³⁴⁶ Arabuluculukta taraflara anlaşma ya da anlaşamama durumunda neler kaybedileceklerinin açık uçlu sorularla altı çizilerek anlatılması müdahale yöntemine gerçeklik testi denir. Gerçeklik testi tarafların anlaşmaya uyup uyamayacaklarını testinin yapılmasına da imkân sağlar. Bkz. Özmumcu, Arabuluculuk, s. 337.

engelleyecektir. Ayrıca tarafların arabulucu hakkında belirtilen hususlardan ötürü şikâyetle bulunmaları durumun da arabulucular hakkında uyarı, gerektiği durumlarda da HUAK md. 21/2 ve HUAK Yönetmelik md.25/3' göre sicilden silinme cezası verilebilecektir.

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Müdürlüğü uyuşmazlıkların anlaşma ile sonuçlanması oranına göre arabulucuları performans değerlendirmesine tabi tutmuş ve başarısız bulduğu arabuluculardan yazılı savunma talep etmiştir³⁴⁷. Bir dönem bazı arabulucuların sadece anlaşmazlık belgesi hazırladığı ve tarafları anlaştırmak için çaba sarf etmediği bir uygulama gerçeği idi. Bu durum performans düşüklüğünden daha çok etik kuralların ihlali durumudur. Arabuluculukta başarıyı anlaştırmaya ya da anlaştıramama olarak tanımlamak doğru olmayabilir; zira tarafların ve uyuşmazlığın durumu da en az arabulucunun performansı kadar önemli faktörlerdir. Arabuluculuk sonunda tarafların doldurduğu ve Adalet Bakanlığı'nın hazırladığı sorulardan oluşan bir anket, performans değerlendirmesinde daha doğru bir yaklaşım olacaktır³⁴⁸.

Arabuluculuk görüşmelerinin nerede gerçekleştirildiği de arabulucunun sorumluluğundadır. Görüşmeler arabuluculuk sürecinin gizliliğine uygun, taraflarla özel görüşme yapmaya müsait bir atmosferde gerçekleştirilmelidir. Toplantıların gerçekleşeceği ofiste en az üç toplantı odası olması, bir odanın diğer iki odaya nazaran daha büyük olması, büyük odada durumun şartlarına göre tarafların arabulucu ile bir araya getirilmesi, diğer iki toplantı odasında da mekik arabuluculuğunun gerçekleştirilmesine yönelik bir atmosferin sağlanması başarılı arabuluculuk süreçleri için önemlidir. En az üç oda kuralına uyulmaması durumunda yaptırımla karşılaşılacağı Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından bildirilmiştir³⁴⁹.

VI-Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri

A- Genel Olarak

HUAK'ın üçüncü bölümünün başlığı "*Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*" dir. Bu bölümde; arabulucunun md.6; unvanı kullanması, md.7; ücret ve masrafları

³⁴⁷ Akın, s.13.

³⁴⁸ Akın, s.13-14.

³⁴⁹ <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/90620221644041.pdf> (E.T. 07.06.2022)

istememesi, md.8; taraflarla görüşme ve iletişim kurması, md. 9; görevini özenle, tarafsız ve şahsen yerine getirmesi, md.10; reklam yasağı riayet etmesi, md.11; tarafları aydınlatması ve md.12; aidat ödemesi yükümlülüğü düzenlenmiştir. Kanunda üçüncü bölüm dışındaki maddelerde de arabulucuların hak ve yükümlülüklerine ilişkin md.5; arabuluculuk faaliyeti sebebiyle hazırlanan beyan ve belgelerin kullanılmaması yükümlülüğü, md.17; arabuluculuk tutanağını tutma ve Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne gönderme yükümlülüğü, md.20; arabuluculuk siciline kayıt olma yükümlülüğü ile ilgili maddeler bulunmaktadır. Bunlara ilaveten HUAK Yönetmelik md.17/10 hükmü, arabulucuların, yargı organları ve elektronik alt yapılarını tamamlamış kamu kurum ve kuruluşları ile bilgi ve belge alışverişini elektronik ortamda yapabilmelerine ilişkindir.

B-Arabulucunun Hakları

1- Arabulucunun Unvanını Kullanma Hakkı

HUAK md.6/1 uyarınca sicile kayıtlı arabulucuların, arabulucu unvanı ile ve bu unvanın sağladığı yetkileri kullanma hakkı mevcuttur. Arabuluculuk unvanını kullanma hakkı, sadece arabulucular siciline kayıtlı arabuluculardır. Diğer bir ifadeyle, sadece sicile kayıtlı arabulucular arabulucu sözleşmesine taraf olabilir ve arabuluculuk mevzuatından doğan yetkileri kullanabilirler³⁵⁰. Taraflar uyuşmazlıklarını, sicile kayıtlı olmayan üçüncü bir kişi yardımıyla çözebilirler; ancak bu uyuşmazlık çözüm faaliyeti arabuluculuk mevzuatında belirtilen sonuçları doğurmaz³⁵¹.

Arabulucu unvanının kullanımı, arabulucuların bir hakkı olduğu gibi aynı zamanda arabuluculuk faaliyeti sırasında bir yükümlülüğüdür. HUAK md.6/2'ye göre arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sırasında bu unvanını belirtmek zorundadır. Türkiye Arabulucular Etik Kuralları md.8/1'de de arabulucuların, arabuluculuk faaliyeti sırasında bu unvanını belirtmek zorunda oldukları belirtilmiştir.

³⁵⁰ **Dür**, s.398; **Taşpolat Tuğsavul**, Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin yayınları, Ankara 2012, s.143; **Yakıcı**, Özge, “Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk”, Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s.42; **Ekmekçi/Özekes/Atalı**, s.59; **Ekmekçi** vd., s.66; **Demirkılınc**, Derya, “Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk”, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2019, s. 52; **Oğuz**, s.44-51; **Erdost**, s.31.

³⁵¹ **Yakıcı**, s.42; **Erdost**, s.31; **Dür**, s.398.

2-Ücret Talep Etme Hakkı

HUAK md.7'ye göre arabulucu yapmış olduğu faaliyet karşılığı ücret ve masrafların isteme hakkına sahiptir. Arabulucu ücret ve masraflar için avans da talep edebilir (HUAK md.9/1). Aksi kararlaştırılmadıkça arabulucunun ücreti, faaliyetinin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabulucu Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenir ve aksi kararlaştırılmadıkça ücret ile masraf taraflarca eşit olarak karşılanır³⁵².

Arabuluculuk ücretine ilişkin hükümler, HUAK, HUAK Yönetmelik, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi ile düzenlenmiştir. Arabulucu Asgari Ücret Tarifesi md.1/1'de özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde, arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında geçerli bir ücret sözleşmesi yapılmamış olan veya ücret miktarı konusunda arabulucu ile taraflar arasında ihtilaf bulunan durumlarda, HUAK ve HUAK Yönetmeliği'nin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Arabuluculuğa ödenecek ücret konusunda, önce taraflarla arabulucu arasında yapılmış ücret sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır. Arabuluculuk ücretine ilişkin bir sözleşme yapılmamış veya bu konuda bir ihtilaf mevcutsa, HUAK, HUAK Yönetmelik ve Arabulucu Asgari Ücret Tarifesi hükümleri uygulanacaktır³⁵³. Arabulucunun ücret ve masraf isteme hakkının kaynağı arabulucu sözleşmesidir³⁵⁴.

a-Arabulucu Sözleşmesiyle Ücretin Tespiti

Arabulucunun ücreti, arabuluculuk faaliyetinin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabulucu Asgari Ücret Tarifesi 'ne göre belirlenir. Arabuluculuk ücretinin taraflar ve arabulucu arasında serbestçe kararlaştırılabileceği düzenlenmiştir. Bu sözleşme serbestisinin belirli sınırları vardır. Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi md.2 ve HUAK md. 7/3'te arabulucunun temel görevinin arabuluculuk sürecini yönetmek, tarafların kendi çözümlerini bulmalarına yardımcı olmak ve gerekirse somut çözüm önerilerinde bulunmak olduğu ve arabulucunun bu görevi dışında belirli kişiler için aracılık yapmak

³⁵² **Taşpolat Tuğsavul**, s.148; **Oğuz**, s.64; **Yakıcı**, s.42; **Ekmekçi/Özekes/Atalı**, s.59; **Ekmekçi vd.**, s.66-70; **Demirkılıç**, s. 53; **Erdost**, s.32; **Dür**, s.399.

³⁵³ **Özbek**, Mustafa Serdar, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.20, 2014, s.1119-1156; **Dür**, s.400; **Taşpolat Tuğsavul**, s.148.

³⁵⁴ **Dür**, s.399. Arabulucunun ücret ve masraf isteme hakkının kaynağının Arabuluculuk Sözleşmesi olduğuna yönelik görüş için, Bkz. **Yazıcı Tıktık**, Gizlilik, 166; **Taşpolat Tuğsavul**, s.148; **Oğuz**, s.64.

veya belirli kişileri tavsiye etmek için ücret alamayacağı ve sözleşme yapamayacağı, yapmış olsa da geçersiz olacağı hüküm altına alınmıştır.

Türkiye Arabulucular Etik Kuralları md.9/3 hükmünde, ücretin kim tarafından, ne şekilde ödeneceği hakkındaki usule ilişkin olarak; arabulucunun, arabuluculuk süreci başlamadan önce, arabuluculuk ücreti ve masraflarıyla ilgili olarak tarafların bir anlaşma yapmalarının sağlanması gerektiği belirtilmektedir. Arabulucu sözleşmesinde, ücret belirlenirken uyuşmazlık konusunun türü ve karmaşıklığı, arabulucunun nitelikleri, arabuluculuk hizmetlerinin rayiç değeri gibi, konuyla ilgili bütün etkenler dikkate almak suretiyle, hakkaniyete ve dürüstlüğe uygun bir şekilde hareket edilmelidir (Türkiye Arabulucular Etik Kuralları md.9/4).

Arabulucu Asgari Ücret Tarifesi md.1 ve 2’de tarifede belirtilen ücretlerin altında arabuluculuk ücreti kararlaştırılamayacağı ve aksine yapılan sözleşme hükümlerinin geçersiz olacağı ve ücrete ilişkin olarak Arabulucu Asgari Ücret Tarifesi hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Arabulucu sözleşmesinde, Arabulucu Asgari Ücret Tarifesinde belirlenen ücretlerin altında bir ücret belirlenemez. Ücret belirlenmiş olsa da bu geçersizdir.

Arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında Arabulucu Asgari Ücret Tarifesindeki asgari miktarın üzerinde bir ücretin ödenmesi kararlaştırılmış ise, arabulucu sözleşmesinin yazılı olarak yapılması ispat hukuku bakımından gereklidir³⁵⁵.

b-Arabulucu Asgari Ücret Tarifesiyle Ücretin Tespiti

Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde oluşturulan Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından yıllık olarak hazırlanır ve Arabuluculuk Kurulu tarafından onaylanır. Kurulun gerekli durumlarda tarifede değişiklik yapma hakkı saklıdır.

Arabulucu Asgari Ücret Tarifesi md.2’ ye göre; tarifede yazılı arabuluculuk ücreti, arabuluculuk faaliyetini yürüten ve arabuluculuk siciline kayıtlı kişiye, sarf ettiği emek ve mesainin karşılığı olarak yapılan parasal ödemedir. Arabuluculuk faaliyeti süresince arabulucu tarafından düzenlenen evrak ve yapılan diğer işlemler için ayrıca ücret gerektirmez. Süreç başlamadan önce yapılan masrafları arabulucu taraflardan

³⁵⁵ Dür, s.402; Taşpolat Tuğsavul, s.148; Özbek, Tahlil, s. 1119.

isteyebilir³⁵⁶. Arabuluculuk sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça arabulucunun ücreti arabuluculuk faaliyetinin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabulucu Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenir ve ücret ile masraf taraflarca eşit olarak karşılanır. (HUAK m.7/2) Aynı yönde Arabulucu Asgari Ücret Tarifesinin md.9 ve md.3/1 hükümleri bulunmaktadır.

Arabulucu Asgari Ücret Tarifesinin ek 1. kısmında konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen hukuki uyuşmazlıklarda arabuluculuk ücreti, uyuşmazlık türüne, harcanan zamana ve tarafların sayısına göre maktu olarak düzenlenmiştir. Arabulucu Asgari Ücret Tarifesinin ek 2. kısmında, konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen hukuki uyuşmazlıklarda anlaşma sağlanması halinde arabuluculuk ücreti anlaşılan miktarın üzerinden, yüzdelik oranına göre nisbi olarak düzenlenmiştir.

İMK ile bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi alacağı ile, işe iade uyuşmazlıklarında uygulanan dava şartı arabuluculuk faaliyeti sonucu tarafların arabulucu huzurunda anlaşmaları durumunda arabuluculuk ücreti Arabulucu Asgari Ücret Tarifesinin ek 2. Kısımına göre, anlaşılan miktar üzerinden, arabulucu sayısı da dikkate alınarak, yüzdelik orana göre nisbi olarak düzenlenmiştir. Aksi kararlaştırılmadıkça nisbi arabuluculuk ücreti, taraflarca eşit şekilde ödenir³⁵⁷. Bu ücret Arabulucu Asgari Ücret Tarifesinin 1.kısımda belirlenen, 2 saatlik ücret tutarından az olamaz. İMK md.3/13'te işe iade talebiyle, yapılan arabuluculuk görüşmelerinin sonucunda tarafların anlaşması durumunda, arabuluculuk ücreti işçiye, işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarı ile, çalıştırılmadığı dönem için ödenecek ücret ve diğer haklarının toplamı Arabulucu Asgari Ücret Tarifesinin 2.kısımı uyarınca, üzerinde anlaşılan miktar olarak kabul edilir.

3- Taraflarla Görüşme ve İletişim Kurma Hakkı

Arabulucunun taraflarla görüşmesi ve iletişim kurması hem hakkı hem de yükümlülüğüdür³⁵⁸. Arabulucu, tarafların her biri ile ayrı ayrı veya birlikte görüşebilir ve

³⁵⁶ Dür, s.403; Ekmekçi/Özekes/Atalı, s.60; Ekmekçi vd., s.117-121; Özbek, Tahlil, 1119.

³⁵⁷ Dür, s.404; Ekmekçi/Özekes/Atalı, s.51; Ekmekçi vd., s.117-121; Özbek, Tahlil, s.1124.

³⁵⁸ Dür, s.417. Kakiuchi, Shusuke, "Regulation of Dispute Resolution in Japon; An Alternative Dispute Resolution and Its Background", Steffek/Unberath/Genn/Greger/Menkel Meadow (Ed.), Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013, s.288; Demirkılınc, s. 52; Oğuz, s.46.

iletişim kurabilir (HUAK md.8/1). Arabulucu, arabuluculuk sürecini yönetmek ve tarafların kendi uyuşmazlık çözümlerini bulmalarını sağlamak için hem kendinin taraflarla hem de tarafların birbirleriyle olan iletişimini sağlamakla görevlidir (HUAK md. 2/1b).

HUAK md.15’de arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi usulü düzenlemiştir. Arabulucu, seçildikten sonra taraflarla iletişim kurarak tarafları en kısa sürede ilk toplantıya davet eder (HUAK md.15/1). Bu daveti her türlü iletişim aracını kullanarak yapabilir³⁵⁹. Dava şartı olarak arabuluculuğu düzenleyen İMK md.3/8 hükmüne göre, taraflara ait iletişim bilgileri, görevlendirilen arabulucuya arabuluculuk bürosu tarafından verilir. Arabulucu, verilen iletişim bilgilerini esas alır, ihtiyaç duyulduğunda kendiliğinden araştırma da yapabilir. Elindeki bilgiler itibariyle her türlü iletişim vasıtasını kullanarak görevlendirme konusunda tarafları bilgilendirir ve ilk toplantıya davet eder³⁶⁰. Avukatı bulunsa bile asıl tarafı da bilgilendirir. Bilgilendirme ve davete ilişkin işlemelerini belgeye bağlar.

Arabulucunun taraflarla birlikte mi yoksa ayrı ayrı mı görüşme ve iletişimi gerçekleştireceği, yürütülen arabuluculuk faaliyetinin özelliği ve tarafların durumu ile ilgili olacaktır. HUAK md. 8’de “İletişim kurma” ifadesine özellikle yer verilmiştir. Zira, sağlıklı iletişim, arabuluculuk yönteminin temel amacını ifade etmektedir.

4-Yargı Organları, Kamu Kurum ve Kuruluşlarından Elektronik Ortamda Bilgi ve Belge Talep Edebilme Hakkı

HUAK Yönetmelik md.17/10 “*Arabulucular yargı organları ve elektronik alt yapısını tamamlamış kamu kurum ve kuruluşları ile bilgi ve belge alışverişini elektronik ortamda yapabilirler*” hükmünü içermektedir. Bu hüküm arabuluculuk faaliyetiyle ilgili bilgi ve belge alışverişi açısından gizlilik ilkesi ile baędařmamaktadır³⁶¹. Hüküm, gizlilik ilkesinin sınırları kapsamında sadece arabulucunun bilgi ve belge alabilirliği açısından kabul edilebilir. Ancak arabuluculuk mevzuatımızda, menfaat temelli pasif arabuluculuk yaklaşımı öngörüldüğünden, bu elektronik ortamda yapılan bilgi ve belge alışı

³⁵⁹Dr, s. 417; Yakıcı, s.42; Ekmekçi/zekes/Atalı, s.59; Ekmekçi vd., s.117-121; Demirkılınç, s. 52; Erdost, s.36.

³⁶⁰Telefonla arama, görüntülü konuşma; e-mail, whatsapp, telegram yazışmaları bahsedilen iletişim vasıtalarıdır; Dr, s.417; Yakıcı, s.42; Oğuz, s.46.

³⁶¹Dr, s.418; Erdost, s.36

arabulucunun hukuki bir değerlendirme yapması için değil, tarafların hangi çözüm seçeneğinde anlaşmaları gerektiği noktasında birbirlerini ikna için amacına uygun olarak kullanılabilir³⁶².

C-Arabulucunun Yükümlülükleri

1- Görevi Özenle ve Tarafsız Biçimde Yerine Getirme Yükümlülüğü

Arabulucu, arabuluculuk sürecinde uyuşmazlığın çözümü için tarafları anlaşmaya teşvik eden bir üçüncü kişi olarak tarafsız ve bağımsız olmalıdır³⁶³. Türkiye Arabulucular Etik Kuralları md.3'e göre, ise tarafsızlık taraf tutulmaması ve önyargılı olunmaması demektir. Arabulucu HUAK md.9 uyarınca görevini özenle tarafsız biçimde ve şahsen yerine getirir³⁶⁴. Arabuluculuk sürecini yönetme ve tarafların kendi uyuşmazlık çözümlerini üretmelerine yardımcı olma görevi, arabulucunun asli edim yükümlülüğüdür³⁶⁵. Mevzuatımıza göre arabulucunun görevi taraflar arasındaki iletişimi ve süreç yönetimini sağlamaktır. HUAK uyarınca arabulucunun, emredici hükümler haricinde taraf iradesine uyma yükümlülüğünden bahsedilebilir³⁶⁶.

Arabulucu, tarafların üzerinde anlaşabildikleri ortak paydaları tespit eder. Tarafların birbirleriyle iletişim kurmasına, ortak menfaatlerini anlamalarına, işlerlik kazanabilecek kendi çözüm seçeneklerini üretmelerine ve değerlendirmelerine yardımcı olur³⁶⁷.

Uyuşmazlık çözüm sürecinde, arabulucunun hareket alanı sınırsız değildir. Arabulucu ile sürece katılan taraflar arasında yapılan arabulucu sözleşmesi ve arabuluculuk sürecine ilişkin ilkeleri de kapsayan arabuluculuk mevzuatı sürecin

³⁶² **Erdost**, s.38; **İlhan**, Onur, Arabuluculuk Sözleşmesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s.192;

³⁶³ **Hess**, s.1073; **Dür**, s.431; **Taşpolat Tuğsavul**, s.149; **Breidenbach**, Stefan, Mediation Structur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, Köln 1995, s.170; **Kracht**, s.170; **Oğuz**, s.44.

³⁶⁴ **Dür**, s.417; **Oğuz**, s.44; **Taşpolat Tuğsavul**, s.149; **Ekmekçi/Özekes/Atalı**, s.60; **Ekmekçi** vd., s.66-71; **Atış**, İrfan, "İş Hukuku'nda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Sisteminin etkinliği; Sakarya Örneği", Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Sakarya 2019, s.37.

³⁶⁵ HUAK md. 9/2'de, arabulucunun tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek durumları taraflara açıklamasına rağmen taraflar arabulucudan birlikte talep ederler ise, arabulucunun bu görevi üstlenebileceği veya üstlenmiş olduğu görevi sürdürebileceği öngörülmüştür. Bkz. Alman Arabuluculuk Kanunu md.3/1 (<http://www.bgb.de>); **Taşpolat Tuğsavul**, s.149, **Dür**, s.417.

³⁶⁶ **Dür**, s.418; **Yakıcı**, s.42; **Yakıcı**, s.42; **Taşpolat Tuğsavul**, s.149; **Atış**, s.37; **Demirkılınç**, s. 53.

³⁶⁷ **Kracht**, s.279; **Dür**, s.422; **Taşpolat Tuğsavul**, s.149; **Ekmekçi/Özekes/Atalı**, s.60; **Ekmekçi** vd., s.66-71; **Demirkılınç**, s. 53.

çerçevesini sınırlayarak çizer³⁶⁸. Arabuluculuk faaliyetinde arabulucu bir takım teknik görevler üstlenmektedir³⁶⁹. Uygun müzakere atmosferinin oluşturulması bunlardan biridir. Arabulucu, uyuşmazlığı çözüme kavuşturabilecek seçenek ve ihtimallerin araştırılmasına, müzakere edilmesine ve görüşülmesine yardımcı olacak elverişli fiziki ortamı sağlamalıdır.

Tarafsız ve eşitlik ilkeleri gözetilerek müzakerenin yapılacağı yer belirlenmesi gerekir. Müzakere yeriyle, tarafların ikamet ettikleri yer arasındaki coğrafi uzaklık arabulucu tarafından dikkate alınmalıdır. Tarafların arabuluculuk oturumunun yapılacağı yere varış süreleri bile önemsenmelidir. Uluslararası uyuşmazlıklarda farklı saat dilimlerinden gelen tarafların durumu dikkate alınarak müzakerenin başlama saati ayarlanmalıdır. Müzakere yeri ve zamanı tüm tarafların, tarafsız bir ortamda rahat, huzurlu ve güvende olduğunu hissettirecek bir yerin ve zamanın özelliklerini taşımalıdır³⁷⁰.

Bir diğer teknik görev, müzakere atmosferiyle alakalı doğru bir oturma düzenlemesi yapılmasıdır. Taraflar oturma düzeni uyarınca birbirlerini ve arabulucuyu görebilmelidir. Gerekirse tarafların birbirlerini görmeyecekleri bir düzen oluşturması da söz konusu olabilir. Arabuluculuk oturumlarının yapılacağı yerde uygun teknik teçhizatı bulundurmak arabulucudan beklenmektedir. Diz üstü bilgisayar, flaş bellek, yazıcı pano, sunucu çantası gibi teknik araçlar hazır bulunmalıdır³⁷¹.

Arabulucunun esas görevi taraflar arasında iletişimin kurulmasını sağlamak ve devamını özenle desteklemektir. Arabulucunun kendisi çatışmaya katılmamaktadır. Arabulucudan beklenenin danışmanlık olmadığı, bir nevi rehberlik olduğu ifade edilebilir³⁷². Arabulucu görevini ifa ederken, uygulaması gereken temel tekniklerden birisi aktif dinlemedir. Arabulucu tarafı ya da konuşmacıyı dinleyip, onu anladığının ve

³⁶⁸ **Dür**, s.422; **Taşpolat Tuğsavul**, s.149; **Ekmekçi/Özekes/Atalı**, s.61; **Ekmekçi vd.**, s.66-71; **Demirkılınç**, s. 53.

³⁶⁹ **Heussen**, Benno, “Die Organisation von Mediationsverhandlungen” Hatf von Schlieffen (Ed.), Handbuch Mediation, Münih 2009, s.407-431; **Von Schlieffen**, Katharina Grafın, “Propädeutikum”, Hatf von Schlieffen (Ed.), Handbuch Mediation, Münih 2009, s.3-67; **Dür**, s.422.

³⁷⁰ **Kracht**, s.282; **Oğuz**, s.46; **Heussen**, s.409.vd.; **Dür**, s.422-423; **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.571; **Atış**, s.37.

³⁷¹ **Heussen**, s.414; **Kracht**, s.283; **Dür**, s. 424; **Oğuz**, s.46; Taraflara ikramlarda (çay, kahve, kurabiye) bulunulması da beklenmektedir. Bkz. **Kracht**, s. 283, **Dür**, s. 424

³⁷² **Schweizer**, von Adrian, “Techniken des Mediators-Übersicht”, Hatf /von Schlieffen (Ed.), Handbuch Mediation, Münih 2009, s.321-362; **Dür**, s. 424; **Oğuz**, s.46.

ciddiye aldığıнын sinyalini vermelidir. Kelimelerden ziyade beden diliyle de bu durum sağlanabilir. Pozitif bir atmosfer oluşur ve bu da iletişime katkı sağlar. Aktif dinleme tekniği arabuluculuğun hemen her safhasında uygulanmaktadır³⁷³.

Arabulucunun söyleneni yansıtması ve tekrar etmesi arabuluculuk süreci için önemli diğer bir tekniktir. Arabulucu konuşan tarafın söylediklerini kendi kelimeleriyle özetleme ve tekrar etmektedir. “*Sizi doğru mu anladım? Bunu mu demek istediniz? ...*” gibi başlangıç cümleleriyle tarafın ifadeleri tekrar edilir ve özetlenir. Bu durumda tarafların daha iyi algılanması ve birbirini daha iyi anlaması sağlanmaktadır. Tarafsız arabulucunun tekrarlamasıyla tarafların birbirini dinlememesinin önüne geçilebilir³⁷⁴.

Arabulucu, tarafların birbirlerinin temel menfaatlerini anlamalarında yardımcıdır. Tarafların konuları “*ne istedikleri*”, temel menfaatleri de “*bunları neden istedikleri*” dir. Arabulucu, tarafların kendi temel menfaatlerini dikkatle incelemelerini sağlayarak, tarafların sabit konumlarında pozitif yönde değişiklikler sağlayabilir³⁷⁵.

Taraflar, tüm imkânların kullanılmasına rağmen bir çözüm üretememişlerse, arabulucu nihayetinde bir çözüm önerisinde bulunabilir (HUAK md.15/7). Arabulucu çözüm önerisi sunarken, mutlak manada hukuk temelli hareket edip, tarafların sahip çıkacağına inandığı bir çözüm önerisi sunmayı hedeflemelidir. Taraflar, arabulucunun çözüm önerisini özenli bir şekilde inceledikten sonra, çözüm önerisini benimserlerse uyuşmazlık tarafların iradesi doğrultusunda uyuşmazlığın anlaşma ile sonlanma olasılığı yükselecektir.

Arabuluculuk faaliyetinin sonunda uyuşmazlığın nasıl sona erdiği tutanağa yazılır³⁷⁶. *Dür*’e göre arabulucunun gerçeğe uygunluk değerlendirmesi yaparak, tarafların kendilerinin ürettikleri çözüm önerilerine müdahale etme görev ve yükümlülüğü yoktur. Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşma, taraflar arasındaki güç dengesizliğinden kaynaklanan bir nedenle kabul edilemez bir durum teşkil ediyorsa arabulucu, HUAK md.17/3’de belirtilen “*arabulucu bu tutanak ve sonuçları konusunda taraflara gerekli açıklamaları yapar*” hükmünü geniş yorumlayarak, tarafları hukuki danışmanlık almaları

³⁷³ **Kracht**, s.283; **Dür**, s. 424; **Eidenmüller**, Horst, “Verhandlungsmanagement durch Mediation”, Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis, Köln 2004, s.49.

³⁷⁴ **Kracht**, s.283; **Dür**, s. 425; **Eidenmüller**, s.69.

³⁷⁵ **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.570; **Dür**, s.425; **Atış**, s.37.

³⁷⁶ **Dür**, s.426; **Oğuz**, s.46; **Okur**, s.164; **Dür**, s.426; **Ekmekçi/Özekes/Atalı**, s.61; **Ekmekçi** vd., s.66-71; **Atış**, s.37.

yönünde aydınlatmalı ve yönlendirmelidir. Kanaatimizce de arabulucunun Türkiye Arabulucular Etik Kurallarında belirtilen arabuluculuğa başvuran tarafları bilgilendirmek, onların korunmasını sağlamak ve arabuluculuğa toplum tarafından duyulan kamu güvenini artırmak amaçları uyarınca gereğini yapması gerekir. Haksızlığa uğradığını düşünen tarafın başka alanlarda yeni uyuşmazlıklar ortaya çıkarması da bu vesile ile önlenmiş olur.

2- Tarafları Aydınlatma Yükümlülüğü

Arabuluculuk sürecinde arabulucu tarafından; arabuluculuğun tanımı, arabuluculuk faaliyetinin nasıl yapılacağı, arabulucunun görevinin ne olduğu, arabuluculuğa ilişkin temel ilkelerin ne olduğu ve ne anlama geldiği, tarafların bu süreçte hangi haklara sahip olduğu, arabuluculuk sürecinde veya sonunda anlaşma/anlaşmama durumunda bunun sonuçları, özellikle tarafların anlaşmaya varması durumunda düzenlenecek olan anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge sayılmasının sonuçlarıyla ilgili konularda tarafların bilgilendirilmesi aydınlatma yükümlülüğü kapsamındadır³⁷⁷. HUAK md.11’de arabulucunun, arabuluculuk faaliyetinin başında, tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında gerektiği gibi aydınlatmakla yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır.

Aydınlatma ilkesi arabuluculuk sürecinin başarıya ulaşmasında önem arz eden bir ilke ve yükümlülüktür. Bu ilke ile tarafların arabuluculuk faaliyeti hakkında tam anlamıyla bilgi sahibi olmaları ve sürecin getireceği sonuçların öngörüsü sağlanmış olur.

Arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin başında, tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve hukuki sonuçları hakkında, şahsen ve doğrudan aydınlatmakla yükümlüdür³⁷⁸; ancak bu yükümlülüğü yerine getirirken tarafsızlığı hakkında şüpheyi yol açacak tutum ve davranışlardan kaçınır. Arabulucu, tarafları arabuluculuk yoluyla çözümlenen hukuki uyuşmazlıklar ve arabuluculuk faaliyeti sonucunda, tarafların anlaşmaya varması durumunda düzenlenecek olan ve mahkemece şerh verilmesi ile birlikte ilam niteliğinde

³⁷⁷ Dür, s.429; Oğuz, s.45; Yakıcı, s.47; Ekmekçi/Özekes/Atalı, s.61; Ekmekçi vd., s.66-71; Taşpolat Tuğsavul, s.153; Atış, s.36; Okur, s.47; Oğuz, s.45.

³⁷⁸ Dür, s.437; Taşpolat Tuğsavul, s.153; Ekmekçi/Özekes/Atalı, s.59; Ekmekçi vd., s.67; Atış, s.36; Demirkılınc, s. 53.

belge halini kazanan, anlaşma belgesinin nitelik ve hukuki sonuçları hakkında özenle bilgilendirir (HUAKE Yönetmelik md.13).

Arabulucu, arabuluculuk sürecinin başında mutlak olan aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde; kendisinin hukuk normları karşısında haklıyı haksızı bulmak veya adil bir karar vermek ile ilgili yetki ve görevinin bulunmadığını, bir kanaat bildiremeyeceğini, kendi görev ve işlevinin taraflar arasındaki iletişimi kurmak, süreci devam ettirmek, yönetmek ve tarafların kendi çözümlerini kendilerinin bulmasına yardımcı olmak olduğunu açık olarak anlatıp, tarafları aydınlatmalıdır.

Arabulucu, tarafların egemenliği, eşitlik ve gizlilik ilkeleri ile ne anlaşılması gerektiği tarafların arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabileceği, arabuluculuk faaliyeti sırasında kullanılan bilgi ve belgelerin daha sonra dava yolunda veya tahkimde kullanılamayacağı, bu konularda tanıklık yapılamayacağı, gizlilik ilkesinin ihlali durumunda ilgilinin altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılabilmesi, gibi hususlarda tarafları aydınlatması gerekir³⁷⁹.

Arabulucunun aydınlatma yükümlülüğü, uyuşmazlık çözümünün içeriği ile ilişkili değildir. Tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması anına kadar, arabulucunun uyuşmazlık konusu ile ilgili uzmanlık ve hukuk bilgisinin önemi yoktur³⁸⁰. Arabulucunun uzman olması, tarafların çözüm üretemedikleri durumunda, çözüm önerisi sunabilmesi için gereklidir.

Aydınlatma ilkesinin, tarafsızlık ilkesiyle çelişmesi söz konusu olabilir³⁸¹. HUAKE'ya göre, tarafların bir çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması üzerine, arabulucu bir çözüm önerisi sunabilir. Arabulucunun sunduğu çözüm önerisi, uyuşmazlık konusunun içeriğine ilişkin uzmanlık ve hukuki bilgi gerektirebilir³⁸². Arabulucunun uyuşmazlık konusunun içeriğinin maddi hukuk normlarıyla ne ifade ettiğinin çözümleyerek açıklama ve tarafların buldukları çözümün adil olup olmadığı hakkında değerlendirme yapma zorunluluğu bulunmamaktadır³⁸³.

³⁷⁹ Dür, s.440; Taşpolat Tuğsavul, s.153; Ekmekçi/Özekes/Atalı, s.60; Ekmekçi vd., s.68; Atış, s.36.

³⁸⁰ Taşpolat Tuğsavul, s.154; Alexander, Nadj/Ade, Juliana/Olbrisch Constantin, Mediation, Schlichtung, Verhandlung-Management, Münster 2005, s.145.

³⁸¹ Taşpolat Tuğsavul, s.153; Ekmekçi vd., s.66-71; Dür, s.439.

³⁸² Dür, s.438; Ekmekçi vd., s.66-71; Taşpolat Tuğsavul, s.153.

³⁸³ Dür, s.439; Kracht, s.288; Yakıcı, s.47.

Arabulucu, taraflar arasındaki güç dengesizliği nedeniyle çözüm anlaşmasının hakkaniyetten uzak olduğunu görmesi halinde, aydınlatma ve özen hükümlülüğü çerçevesinde tarafları dışarıdan destek alabilecekleri konusunda aydınlatılabilir³⁸⁴.

Arabulucu, aydınlatma ilkesi bağlamında tarafların arabuluculuk usulünü tam olarak anladıklarından ve yeterli bilgiye dayanarak anlaşmaya vardıklarından emin olmalıdır³⁸⁵. Arabulucu gerekirse, uyuşmazlık çözümü niyetiyle ihtiyaç duydukları bilgiyi öğrenebilmeleri için taraflara zaman tanıyabilir. Bu nedenle oturumları erteleyebilir ya da daha geniş zamana yayabilir³⁸⁶.

3- Sır Saklama Yükümlülüğü

Arabulucunun sır saklama yükümlülüğü, HUAK'ın "Gizlilik" başlığı taşıyan md.4/1 "*Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür.*" maddesi ile doğrudan ilişkilidir ve gizlilik arabuluculuğa ilişkin temel ilkelerden biridir. Arabulucunun, tarafların ve varsa arabuluculuk görüşmelerine katılan üçüncü kişilerin sır saklama yükümlülüğü vardır³⁸⁷. Amaç tarafların uzlaşması olsa da arabuluculuk süreci her zaman başarılı bir şekilde tamamlanamayabilir.

HUAK Yönetmelik md.6'ya göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. Arabuluculuk faaliyeti sırasında fotoğraf çekilemez, ses ve görüntü kaydı yapılamaz. Arabulucunun tek tek ya

³⁸⁴ **Dür**, s.440; **Demirkılıncı**, s. 54. Türkiye Arabulucular Etik Kuralları md.5/6 uyarınca arabulucu gerekli ve uygun gördüğünde tarafların uyuşmazlıklarını tahkim, tarafsız değerlendirme, danışmanlık veya diğer uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle çözmeyi düşünmelerini önerebilir

³⁸⁵ **Taşpolat Tuğsavul**, s.153; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.258; **Oğuz**, s.45.

³⁸⁶ **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.567; **Dür**, s. 441; **Yakıcı**, s.47.

³⁸⁷ **Dür**, s. 441; **Yakıcı**, s.48.**Oğuz**, s.47; Birleşmiş Milletler Model Kanunu md 9; Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu md. 8 ve 9; Alman Arabuluculuk ve Diğer Mahkeme Dışı Uyuşmazlıklar Çözüm Yöntemlerinin Teşviki Kanunu md. 4'te, arabulucu, taraflar ve üçüncü kişilerin sır saklama yükümlülüğü düzenlenmiştir. Estonya Uzlaşma Kanunu ile Hollanda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu gereğince de arabuluculuk müzakereleri gizli yürütülmektedir. Bkz. **Albers**, Pim, "Mediation in the Netherlands", EU Mediation; Law and Practice, Oxford University Press, (Ed.) **Del**, Palo Giuseppe / **Trevor** Mary B., Bölüm 27.1-27.79, 2012.

da taraflar bir aradayken hatta üçüncü bir şahıs varken yapılan görüşmelerde gizlilik ilkesinin ihlal edilmemesi hususuna dikkat etmesi gerekmektedir.

Türkiye Arabulucular Etik Kuralları md.6'ya göre arabulucu, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, arabuluculukta öğrendiği bütün bilgileri gizli tutmalıdır. Arabulucu, tarafların arabuluculukta nasıl hareket ettiği konusunda, sürece katılmayan kişilere bilgi vermemelidir. HUAK md.8'e göre, arabulucu, tarafların her biri ile ayrı ayrı veya birlikte görüşebilir. Teke tek yapılan görüşmeler, arabulucunun tarafsızlığını tehlikeye sokma ve tarafların görüşmeleri suiistimal etme riski taşımaktadır. Arabulucunun bu suiistimallere karşı dikkatli olması gerekir³⁸⁸.

Arabuluculuk sürecinde taraflardan biriyle özel oturumda bir araya gelen arabulucu, bu özel oturumda edindiği hiçbir bilgiyi, bilgi veren tarafın rızası olmadan, doğrudan veya dolaylı olarak diğer tarafa aktarmamalıdır. Arabulucu, bir arabuluculuk sürecine eğitim veya araştırma amacıyla katılırsa, tarafların ismini saklamalı ve onların gizliliğe ilişkin haklı beklentilerine uygun davranmalıdır³⁸⁹.

Arabuluculuğa ilişkin yeni yöntemler bulma ya da geliştirme amacıyla yapılan araştırma ve eğitim çalışmalarında araştırmacıların bilgi edinme ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla gizlilik kuralına istisna getirilebilir. Amerika Birleşik Devletleri'nde hukuk fakültesi öğrencilerinin eğitim amaçlı olarak arabuluculuk yaptığı arabuluculuk klinik programları bulunmaktadır. Eğitim amaçlı olsa da arabuluculuk görüşmelerine dâhil olan öğrencilerin ve üçüncü kişilerin gizlilik kuralına riayet ederek bu çalışmalara katıldığı belirtilmektedir³⁹⁰.

Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti kapsamında sunulan veya bir şekilde elde ettiği bilgi, belge ve kayıtları, aksi kararlaştırmadıkça, gizli tutulmak durumundadır. Bu durum arabulucu için çalışan kişiler, arabulucu yardımcısı, arabulucunun idare ve gözetiminde

³⁸⁸ Kracht, s.289; Dür, s.447; Yakıcı, s.48; Oğuz, s.47.

³⁸⁹ Dür, s.447; Oğuz, s. 46-47; Taşpolat Tuğsavul, s.154.

³⁹⁰ Dür, s.447; Kovach, s. 193.

staj yapanları da kapsar³⁹¹. Anılan yükümlülük Bakanlık ve Kurul görevlileri yönünden de geçerlidir³⁹².

Sır saklama yükümlülüğünün en önemli amacı, arabuluculuk başarısızlıkla sonuçlanırsa uyuşmazlık konusuyla ilgili açılacak bir davada, arabuluculuk süreci çerçevesinde açıklanan bilgi ve belgelerin açıklayan taraf aleyhinde kullanılmasını önlemektir ki bu sayede uyuşmazlık taraflarının birbirlerine ve arabuluculuk sürecine güvenmesi sağlanır³⁹³. Arabulucular tarafsızlık ve sürecin ilerleyişini bozmamak adına oturumlar hakkında mahkemede ifade veya rapor veremezler³⁹⁴.

HUAK md.33 hükmünde, gizlilik yükümlülüğüne uymayarak bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine sebep olan kişinin altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. HUAK md.33/2'ye göre ise, bu suçtan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması, gizliliğin ihlal edilmesinden ötürü zarar görmüş kişilerin şikâyetine tabi tutulmuştur. HUAK md.4 ile HUAK md.33'de yer alan ceza hükmünün arabulucunun sır saklama yükümlülüğünün somut kanıtları olduğu ifade edilmektedir³⁹⁵.

Kanaatimizce yaptırım ağır olan bu hükmün çok daha ayrıntılı olarak düzenlenmesi gerekirdi. Bu haliyle hüküm muğlaktır. Hukuken korunan menfaatin zararına karşılık kişinin hürriyet hakkının engellemesi orantılı gözükmemektedir.

³⁹¹ Avusturya Hukuk Uyuşmazlıkları Federal Kanunu'nun gizliliğe ilişkin 18. maddesine göre, gizlilik yükümlülüğü arabulucuda olup, tarafların böyle bir yükümlülüğü yoktur. Bkz. **Akil**, Avusturya, s.287 vd. ; **İsfen**, s.1325 vd; Arabulucunun gizlilik yükümlülüğü sicile kayıtlı arabulucular için geçerlidir Bkz. **Öztürk**, Necla/**Yarar**, Güven, AB 2008/52/EC Arabuluculuk Direktif Hükümlerinin Bazı Üye Devlet ve Türk Hukukunda Yansımaları", Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, S.2, Ankara 2015, s.1376; **Yazıcı Tıktık**, s.124; Tarafların dışarıya karşı gizlilik yükümlülüğü olmadığı için, arabuluculuk sürecinde arabulucunun bir taraftan öğrendiği bir bilgiyi diğer taraftan saklamasının yani iç ilişkide gizliliğin önemi daha büyüktür. Bkz. **Dür**, s.449.

³⁹² **Kurt**, Resul, "İş Yargısında Arabuluculuk", TBB Dergisi, S. 135, 2018, s.437.

³⁹³ **Günther**, Klaus/**Hilber**, Marc, "Mediation im Zivilrecht, insbesondere Wirtschaftsrecht", Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltpraxis, Köln 2004, s.515, (485-538); **Dür**, s.447; **Taşpolat Tuğsavul**, s.150; **Demirkılınç** Derya, "Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk", Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2019, s. 43.

³⁹⁴ **Kovach**, 2003, s.182; **Dür**, s.449; **Atış**, s.36. Arabulucunun tanıklığını taraflar istiyor olsalar dahi arabulucunun bu duruma karşı çıktığı durumlar olmuştur. 1978 tarihli Fenton v. Howard davasında, Amerikan Yüksek Mahkemesinin kararı uyarınca taraflar arabulucunun tanıklığına razı oldukları halde arabulucuyu tanıklığa mecbur tutamamıştır. Bkz. **Akan**, s.23.

³⁹⁵ **Özsumcu**, Arabuluculuk, s.309; **Tanrıver Süha**, "Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s.640; **Dür**, s.451.

Hukuken korunan menfaat kavramı ile anlaşılması gerekenin neler olduğu daha ayrıntılı belirtilmelidir.

4-Aidat Ödeme Yükümlülüğü

Arabulucular, arabuluculuk faaliyetini gerçekleştirmek için arabulucu siciline kayıtlı olmak zorundadırlar. Arabulucuların sicile kaydolmaları için girişte ve sicilde kayıtlarının bulunması her yıl için aidat ödemeleri gerekmektedir³⁹⁶. Alınan yıllık aidatlar ve giriş aidatı genel bütçeye gelir olarak kaydedilir (HUAK md.12). Arabulucuların ödeyecekleri söz konusu aidat ve miktarını Arabuluculuk Kurulu tespit edecektir (HUAK Yönetmelik md.14/2).

Arabulucular, arabuluculuk faaliyetini yapabilmek için peşin olarak Maliye Bakanlığı'na bu aidatları ödemek zorundadırlar. Yıllık aidatlar, her yıl en geç haziran ayının sonuna kadar ödenmelidir (HUAK Yönetmelik md.14/4). Arabulucular, söz konusu aidatları ödemedikleri takdirde Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından yazılı olarak uyarılırlar. Bu uyarıya uyulmaması halinde arabulucunun yazılı savunması istenir. Arabulucu, yazılı savunmada bulunmadığı için kendine yapılan yazılı bildirimin tebliğinden itibaren on günlük süre içinde savunmasını vermek zorundadır. Aksi takdirde savunma hakkından vazgeçmiş sayılacaktır. Savunma alındıktan sonra gerekli görülürse Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Arabuluculuk Kurulundan arabulucunun sicilden kaydının silinmesini talep eder (HUAK Yönetmelik md.31).

Doktrinde, aidat ödeme yükümlülüğü haklı olarak eleştiri konusu olmuştur. Arabulucuların, genel bütçeye gelir olacak şekilde arabuluculuk siciline kayıtlarında giriş aidatı ve yıllık aidat ödemeleri haklı olarak eleştiri konusu olmuştur. Arabulucular devletten bir hizmet almamaktadırlar. Adalet Bakanlığı arabulucuların meslek odası da değildir. Arabulucular bir meslek odası ve birlik olarak örgütlendikleri takdirde, bu oda veya birliğe aidat ödeme yükümlülüğü söz konusu olabilir³⁹⁷. Kanaatimizce de,

³⁹⁶ Oğuz, s.51; Dür, s.463; Okur, s.47; Taşpolat Tuğsavul, s.155; Yakıcı, s.50; Atış, s.36; Demirkılıncı, s.55.

³⁹⁷ Dür, s.464; Özbek, Mustafa Serdar, "Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili", Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.20, S.1, 2014, s.1150; Yazara göre, arabulucuların sicile giriş ve yıllık aidat ödeme yükümlülüğü, haksız ve dayanaksız bir uygulamadır. Nitekim arabuluculuğa benzer bir hukuki statüde bulunan bilirkişi ve hakemlerin bir aidat ödeme yükümlülükleri yoktur. Bu nedenle HUAK md.12'nin yürürlükten kaldırılması gerekmektedir.

arabulucuların sicile giriş ve yıllık aidat ödeme yükümlülüğü, haksız bir uygulamadır. Arabuluculuğa benzer bir hukuki statüde olan bilirkişilerin aidat ödeme yükümlülükleri bulunmamaktadır. Aidat ödeme yükümlülüğünün kaldırılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

5-Dosya Saklama Yükümlülüğü

Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi halinde arabulucu, arabuluculuk süreci içerisinde taraflarca kendine yapılan bildirimleri, tevdi edilen ve elinde bulunan belgeleri ve şayet arabuluculuk süreci anlaşma ile sonuçlanırsa düzenlenecek olan uzlaşma tutanağını beş yıl süre ile saklamak zorundadır³⁹⁸. Ayrıca arabulucu, arabuluculuk sonunda düzenlediği son tutanağın bir örneğini, arabuluculuk sürecinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne gönderir (HUAK md. 17/4).

Bu maddenin amacı; arabuluculuk faaliyeti ile ilgili daha sonra ortaya çıkabilecek tereddütlerin giderilmesi ve sürecin belgelendirilmesidir. Arabulucunun saklamak zorunda olduğu belgeler, arabulucuya başvuru bildirimi, arabulucuya tevdi edilen belgelerin aslı veya kopyaları ile faaliyetin sonunda tutulan tutanaktır³⁹⁹. Arabulucu, bu belgeleri faaliyet sonunda uzlaşma tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren beş yıl süre ile saklamak zorundadır⁴⁰⁰. Arabulucu, kaydının sicilden silinmesi durumunda dahi bu belgeleri beş yıllık sürenin sonuna kadar saklamakla yükümlüdür⁴⁰¹.

6-Son Tutanağı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne Gönderme Yükümlülüğü

HUAK md.17/2, arabulucuya arabuluculuk faaliyeti sonunda, tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı hususunda son tutanak hazırlaması yükümlülüğü getirmiştir. Tutanak arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanır. Tutanak taraflar ve/veya kanuni temsilcileri

³⁹⁸ Taşpolat Tuğsavul, s.154; Okur, s.55; Oğuz, s.50; Yakıcı, s.49; Atış, s.43.

³⁹⁹ Taşpolat Tuğsavul, s.154; Okur, s.55; Yakıcı, s.49; Oğuz, s.50.

⁴⁰⁰ Öğretide *Canbolat* mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemeyecek belgelerin saklamanın manasız olduğunu belirtmiştir. Bkz. *Canbolat*, Talat, İşçilik alacak ve tazminatları ile dava şartı arabuluculuk, 1. Bölüm, <https://www.youtube.com/watch?v=xtA3OGd5tzg>, (E.T. 14.06.2022)

⁴⁰¹ Oğuz, s.51; Ş. Demir, 2014, s.53; Yakıcı, s.49; Atış, s.43; Demirkılınc, s. 55.

tarafından imzalanmazsa, sebebi belirtilerek sadece arabulucu tarafından imzalanabilir. Tutanak, kanunun emredici hükmü gereği arabulucu tarafından tutulmak zorundadır⁴⁰². Tutanağa faaliyetin olumlu ya da olumsuz şekilde sonuçlandığı dışında hangi hususların yazılacağına dair konular taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir. Arabulucu bu tutanak ve sonuçları hakkında tarafları aydınlatmakla yükümlüdür (HUAK md.17/3). Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlediği bu son tutanağın bir örneğini arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içerisinde, Arabuluculuk Bilgi Sistemi Üzerinden, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne göndermek zorundadır (HUAK md.17/4).

Arabulucu, taraflarla görüşerek iletişim kurulduğuna, arabuluculuk faaliyetine başlandığına ve bu faaliyete ilişkin işlem ve eylemlerin doğru bir şekilde uygulandığına dair fiili durum ve aşamaları belgelendirebilir. Ancak bu belgeler, arabuluculuk faaliyeti sonunda arabulucu tarafından düzenlenen son tutanak gibi Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne gönderilemez. Zira bu belgeler, gizlilik ilkesi gereği saklanması gereken belgelerden olup aksi davranış cezai ve hukuki sorumluluk doğurur. Bu belgeler, mahkeme, hakem ya da herhangi bir idari makam tarafından istenemez (HUAK md.4 ve 5).

7- Reklam Yasağına Riayet Etme Yükümlülüğü

Arabulucu tabelalarında ve bası kağıtlarında arabulucu, avukat ve akademik unvanlarından başka sıfat kullanması ve iş elde etmek için reklam sayılabilecek teşebbüs ve harekette bulunmaları yasaktır⁴⁰³. HUAK md.10'daki bu düzenlemenin amacı uyuşmazlığı çözmekte yardımcı olan arabulucuların niteliklerine uygun düşmeyecek şekilde reklam yaparak arabuluculuğun amacı dışında kar sağlamaya yönelik, ticari bir faaliyet olarak görülmesinin önüne geçmektir⁴⁰⁴.

Arabulucuların reklam yasağına riayet etme yükümlülüğü ile avukatların reklam yasağı paralel düzenlemelerdir. Avukatlık Kanunu md.55, avukatların iş elde edebilmek için reklam yapmalarını yasaklamıştır. Bu çerçevede yürürlükte olan Türkiye Barolar

⁴⁰² **Dür**, s.452; **Oğuz**, s.51; **Atış**, s.43; **Arık**, İbrahim, “İşçi ve İşveren İlişkilerinde Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Kurumu, Sorunları ve Çözüm Yolları”, Antalya Bilim Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Özel Hukuk Programı, Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2021, s.41; **Taşpolat Tuğsavul**, s.149.

⁴⁰³ **Okur**, s.47; **Oğuz**, s.49; **Yakıcı**, s.46; **Atış**, s.40; **Demirkılınç**, s.54; **Arık**, s.39.

⁴⁰⁴ **Taşpolat Tuğsavul**, s.151; **Oğuz**, s.49; **Atış**, s.40.

Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği’nde, avukatların mesleklerini yerine getirirken kullanabilecekleri sıfatlar, tabelalarının boyutları, bürolarının nitelikleri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Avukatlık Meslek İlke ve Kurallarında haksız rekabeti önleyici ve dolayısıyla reklam yasağına aykırı çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Avrupa Topluluğu Avukatlık Meslek Kuralları içerisinde de avukatlara ilişkin “reklam yasağı” öngörölmüş olup, konuya ilişkin maddeler şu şekilde düzenlenmiştir; “*Avukat, yasak olduğu yerde ne kendisi ne de başkası vasıtasıyla hiçbir şahsi reklam yapamaz. Ayrıca, ancak bağlı bulunduğu baronun kurallarının izin verdiğu ölçü içinde şahsi bir reklam verebilir veya verdirebilir. Şahsi reklam, özellikle medya vasıtasıyla yapılacak şahsi reklam, ancak ilgili avukat bu reklamın mevcut ve ileride olması muhtemel müvekkillere yönelik ve sadece onların bulunduğu ülke sınırları içinde geçerliliğine izin veren baronun mensubu ise mümkün olacaktır. Söz konusu reklamın başka bir ülkede yayınlanması karışıklığa neden olacaktır.*” Buna karşılık Arabuluculara Yönelik Avrupa Etik Kuralları içerisinde arabulucuların reklam yapabilecekleri öngörölmüşür⁴⁰⁵.

Avukatlara ilişkin reklam yasağının temeli, avukatlık mesleğinin serbest meslek olması, bu meslekte güven unsurunun ön planda olması sebebiyle avukatların tacir olarak nitelendirilemeyecekleri hususuna dayanır. Tacir kâr amacına yönelmiş iken, avukatlık mesleğinde bu unsur bulunmamaktadır⁴⁰⁶.

Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği (RG: 21/11/2003-25296) md.6’ya göre, avukatların avukatlık unvanı ve varsa akademik unvan dışında başkaca bir unvan kullanmaları yasaklanmıştır; ancak HUAK md.6/1’de ise sicile kayıtlı arabulucuların arabulucu unvanını ve bu unvanın sağladığı yetkileri açıkça kullanma hakkına sahip oldukları düzenlenmiştir. Bu durumda avukatlar arabuluculuk yaparlarsa ise, Arabuluculuk Kanunu md.6/1 uyarınca “arabulucu” unvanlarını kullanabilmektedirler.

⁴⁰⁵ **Taşpolat Tuğsavul**, s.152; **Özbek** Mustafa Serdar (Çev.) Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kuralları (European Code of Conduct for Mediators), s.2; Avrupa Komisyonunun desteği ile bir grup ADR uygulayıcısı tarafından 2 Temmuz 2004’te Bürükselde yapılan bir toplantıda uygulamaya konmuştur. Etik kurallar, arabuluculukta kalitenin ve güvenin artırılması için hazırlanmış, uygulaması gönüllü olan ilkelerdir. <http://ankaratahkim.com/ARABULUCULARA%20%C4%B0L%C4%B0%C5%9EK%C4%B0N%20AVRUPA%20ET%C4%B0K%20KURALLARI.pdf> (E.T. 05.03.2023)

⁴⁰⁶ **Taşpolat Tuğsavul**, s.152; **Memiş**, Tekin, Haksız Rekabet Açısından İnternet Ortamında Avukatlık Mesleğinin İcrası, Prof. Dr. Fehiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s.423; Ayrıca avukatlık mesleğine ilişkin Bkz. **Sungurtekin, Özkan**, Avukatlık Mesleği, s.27 vd; **Sungurtekin Özkan**, Meral, Kurumsal Anlamda Bağımsız Avukatlığın Anlam ve Önemi, Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s.533,615.; **Oğuz**, s.49; **Yakıcı**, s.46; **Atış**, s.40; **Demirkılınç**, s.54.

VII- Arabuluculuk İlişisini Kuran Sözleşmeler

A-Arabuluculuk Sözleşmesi

Tarafların aralarındaki uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önceki veya daha sonraki evrede uyuşmazlık çözümü bağlamında, katkı, yardım ve desteğini almak amacıyla arabulucuya başvuru konusundaki anlaşmalarını ihtiva eden sözleşmeye “arabuluculuk sözleşmesi” denir⁴⁰⁷. Arabuluculuk sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin çeşitli görüşler vardır.

İlk görüş, arabuluculuk sözleşmesinin varlığının, tarafların uyuşmazlığın çözümü bağlamında doğrudan doğruya devlet mahkemelerine veya hakeme başvuru yetkisini ortadan kaldırmaması, sözleşme serbestisinin sınırlarını belirleyen genel ilke ve kuralların, bu bağlamda da işlerlik kazanması nedeniyle arabuluculuk sözleşmesinin bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak kabul edilmesine ilişkindir⁴⁰⁸.

Doktrindeki diğer görüş ise, konusu, sonuçları ve bir uyuşmazlığın çözülmesine ilişkin olması sebebiyle ilk ve asli etkisini usul hukuku alanında doğurmasını gerekçe göstererek arabuluculuk sözleşmesin, bir usul sözleşmesi olarak kabul edilmesine ilişkindir⁴⁰⁹. Bu görüşü benimseyenler bir sözleşmenin maddi hukuk sözleşmesi mi yoksa usul hukuku sözleşmesi mi olduğunun tayininde belirleyici olan hususun, sözleşmenin asli ve doğrudan etkilerinin doğurduğu alan olduğunu belirtmektedir. Bu halde sözleşme, asli ve doğrudan etkilerini usul hukuku alanında doğuruyorsa, usul sözleşmesi, maddi hukuk alanında doğuyor ise, maddi hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiği⁴¹⁰ ve sözleşmenin usul hukuku sözleşmesi olmasının, borçlar hukukuna ilişkin ilke ve kuralların hiç uygulanmayacağı anlamına gelmediğini ifade etmektedirler⁴¹¹.

Bir başka görüş ise, arabuluculuk sözleşmesinin hem maddi hukuka hem de usul hukukuna ait unsurları birlikte bünyesinde barındıran karma karakterli bir sözleşme

⁴⁰⁷Tanriver, Arabuluculuk, s.78; Okur, s.61; Taşpolat Tuğsavul, s. 101.

⁴⁰⁸İldır, s.69; Tanriver, Arabuluculuk, s.79.

⁴⁰⁹Erdoğan Ersin/ Erzurumlu, Nurbanu, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye’nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı”, Rapor, SETA, İstanbul 2016, s.13 Bkz. <https://setav.org/assets/uploads/2016/12/Turkiyenin-Arabuluculuk-Tecrubesi-PDF.pdf> (E.T. 12.09.2021); Tanriver, Arabuluculuk, s.79.

⁴¹⁰Tanriver, Arabuluculuk, s.80; İldır, s. 69.

⁴¹¹Tanriver, Arabuluculuk, s.80; Erdoğan/ Erzurumlu, s. 13.

olduğunu kabul eder⁴¹². Bu görüş arabuluculuk sözleşmesinin asli ve doğrudan etkisini, usul hukuku alanında göstermesi boyutu itibariyle bir usul sözleşmesi; sözleşmelerin kuruluşu, geçerliliği ve iptaliyle ilgili borçlar hukuku ilke ve kurallarının işlerlik kazanması boyutu itibariyle de bir maddi hukuk sözleşmesi olduğunu ve dolayısıyla her iki hukuk alanına ait unsurları aynı anda bünyesinde barındıran özgün bir bileşim konumunda ortaya çıkması sebebiyle karma sözleşme olarak nitelendirmektedir⁴¹³. Kanaatimizce arabuluculuk sözleşmesi karma nitelikte bir sözleşmedir.

Arbuluculuk sözleşmesi, tahkim sözleşmesinden farklı olarak, herhangi bir geçerlilik şekline tabi kılınmamıştır. Taraflar istedikleri şekilde uyuşmazlığın arabuluculuğa başvuru yoluyla çözülmesi konusunda anlaşabilirler. İspat güvenliği açısından, arabuluculuk sözleşmesinin, yazılı şekilde gerçekleştirilmesinde, yarar vardır⁴¹⁴.

B-Arbulucu Sözleşmesi

Arbuluculuk sürecine işlerlik kazandırılabilmesi için, uyuşmazlığın taraflarının sadece arabuluculuk sözleşmesi akdetmeleri yeterli değildir; Buna ilaveten ayrıca, arbulucu sıfatıyla görevlendirilen kimsenin, uyuşmazlığın taraflarınca arabuluculuk görevini üstlenme hususunda, ortaklaşa bir biçimde kendisine yapılmış teklifi de kabul etmiş bulunması gerekir. Uyuşmazlığın taraflarıyla arbulucu olarak görevlendirilen kimse arasında yapılan ve arbulucu olarak görevlendirilen kimsenin, arabuluculuk sıfatıyla uyuşmazlığın çözümü bağlamında gereken katkı, yardım ve desteği sağlamasını öngören sözleşmeye ise, “arbulucu sözleşmesi” denir⁴¹⁵.

Arbulucu sözleşmesi arabuluculuk sürecinin içyapısını düzenleyen kuralları içermelidir. Arbulucu sözleşmesi ile hangi usul yada usullerin uygulanacağı kararlaştırılmalıdır⁴¹⁶. Taraflar kendi iradeleriyle sözleşmeyi istedikleri gibi

⁴¹²Taşpolat Tuğsavul, s.104-105; Dür, s.322; Tanrıver, Arabuluculuk, s.79.

⁴¹³Oğuz, s.59; Tanrıver, Arabuluculuk, s.80; Taşpolat Toğsavul, s.104-105.

⁴¹⁴Tanrıver, Arabuluculuk, s.81.

⁴¹⁵ Okur, s. 59; Taşpolat Tuğsavul, s. 143; Oldenbruch, s. 12; Hopt Klaus J. / Steffek, Felix, “Mediation Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues”, Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford University Press, 2013.s. 44.

⁴¹⁶ Kracht, s.280; Dür, s.420.

şekillendirebilirler. Uygulamada tarafların arabulucu sözleşmesinde gizlilik ilkesinin uygulanmayacağını dahi kararlaştırdıkları gözlenmiştir⁴¹⁷.

Arabulucu sözleşmesi, kural olarak, herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir⁴¹⁸. Arabulucu olarak görevlendirilmek istenen kimsenin, üstlendirilmesi istenen arabuluculuk görevini kabul ettiğine ilişkin beyanın anlaşılması yeterlidir⁴¹⁹. Arabulucu sözleşmesi, ehliyet, iptal, butlan, irade fesadı, edimler gibi hususlar yönünden, tipik bir maddi hukuk/borçlar hukuku sözleşmesidir⁴²⁰.

Alman hukukunda arabulucu sözleşmesinin hizmet sözleşmesi veya eser sözleşmesi olarak nitelendirilebileceğine ilişkin görüşler bulunmaktadır⁴²¹. Arabulucu sözleşmesinin hukuki niteliği itibariyle vekâlet sözleşmesi olduğunu kabul eden yazarlardan⁴²² *Dür*'e göre arabuluculuk sözleşmesi, maddi fiillere ilişkin vekalet sözleşmesinin bir çeşididir⁴²³. Maddi fiillere ilişkin vekalet vekil, müvekkili adına hukuki işlem veya hukuki işlem benzeri işler yapmadığından onun adına hak kazanması veya borç yüklenmesi söz konusu değildir⁴²⁴. Örneğin; avukat, mimarlık sözleşmeleri gayrimenkul yöneticilik sözleşmeleri, nakliye sözleşmeleri, muhasebeci sözleşmeleri gibi sözleşmeler maddi fiillerin yapılmasına ilişkin vekalet sözleşmelerine örnektir⁴²⁵. Arabulucunun arabulucu sözleşmesiyle üstlendiği ana edim borcu, özenli bir şekilde arabuluculuk sürecini yönetmek ve tarafların uyuşmazlık çözümlerini bulmalarına yardımcı olmaktır. Arabulucu ana edim borcunu ifa ederken kanundan doğan yan edim yükümlülüklerini de yerine getirmek zorundadır. Arabulucunun aydınlatma yükümlülüğü

⁴¹⁷ *Dür*, s. 420.

⁴¹⁸ *Hopt/Stefflek*, s. 45; *Taşpolat Tuğsavul*, s. 144; *Okur*, s. 60.

⁴¹⁹ *Taşpolat Tuğsavul*, s.144.

⁴²⁰ *Oğuz*, s. 61, *Taşpolat Tuğsavul*, s.144; *Dür*, 348; *Tanrıver*, Arabuluculuk, s.83.

⁴²¹ *Oldenburch*, Hannah, Die Vertraulichkeit im Mediationsverfahren, Berlin 2006, s. 57; *Nadja*, Alexander/ *Ade*, Juliane/ Constantin, *Ollbrisch*, Mediation, Schlichtung, Verhandlungs Management: Formen Konsensualer Streitbeilegung, Münster 2005, s.47.

⁴²² *Taşpolat Tuğsavul*, s.145-146; *Tanrıver*, Arabuluculuk, s.84; *Dür*, 348, 386; *Okur*, s.60; *Oğuz*, Özgür, Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, Legal yayıncılık, İstanbul 2019, s. 70,71.

⁴²³ *Dür*, s.395.

⁴²⁴ *Dür*, s.395; *Dürr*, Carl, Werkvertrag und Auftrag, Kommentar Obligationenrecht (OR), Vira 1983, s.106.

⁴²⁵ *Dür*, s.396; *Başpınar*, Veysel, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004, s.73

ve sır saklama yükümlülüğü gibi yan edim yükümlülükleri de arabulucu sözleşmesinden doğar⁴²⁶.

Kanaatimizce, arabulucunun, taraflardan bağımsız ve tarafsız bir konumda olması, taraflara eşit mesafede bulunmak zorunda olması, arabulucunun vekilden farklı olarak, arabuluculuk görevini, mutlak suretle şahsen yerine getirmek zorunda olması ve bu görevi başkasına kısmen ya da tamamen tevdi etme olanağının bulunmaması, arabulucu sözleşmesinin asli unsurlarından birisinin arabuluculuk ücreti olması hususları bir arada değerlendirildiğinde sözleşmenin nedeniyle vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁴²⁷.

Arbulucu sözleşmesi, bir işgörme sözleşmesidir ve TBK’da düzenlenmemiştir. Vekâlet sözleşmesinin düzenlendiği TBK md.502/2’ e göre vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, TBK’da düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır. TBK md. 502/2 hükmünün işgörme sözleşmesinin genel hükümleri konumunda bulunması sebebiyle, TBK’nın vekalet sözleşmesine ilişkin hükümleri, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, arabulucu sözleşmeleri bağlamında kıyasen uygulama alanı bulabilir⁴²⁸. Arbulucu sözleşmesi, tam iki taraflı, sürekli edimli, etkilerini maddi hukukta gösteren isimsiz bir iş görme sözleşmesidir.

VIII- Arabulucunun Hukuki ve Cezai Sorumluluğu

A-Arbulucunun Hukuki Sorumluluğu

Arbulucunun, arabuluculuk mesleğini icra ederken verebileceği zararlardan kaynaklanan hukuki sorumluluğu söz konusu olabilir. Arabulucunun arabuluculuk faaliyetinin ifası sırasında zarar görmüş olan kişiler arabulucunun sorumluluğunun kaynağına göre özel hukuk hükümlerine başvurabilirler. Arabulucunun hukuki sorumluluğunu doğuracak eylemler haksız fiil, sözleşmeye aykırılık veya güven ilişkisine aykırılıktan kaynaklanabilir⁴²⁹.

⁴²⁶ Dür, s. 395.

⁴²⁷ Tanrıver, Arabuluculuk, s.85; Yazıcı Tıktık, s 164. Arabuluculuk sözleşmeleri nitelik itibariyle birer vekalet sözleşmesidir. Bkz. Ankara BAM 4. Hukuk Dairesi, T. 18.05.2018, E. 2018/847, K. 2018/1049 (www.lexpera.com.tr); Okur, s. 60.

⁴²⁸ Tanrıver, Arabuluculuk, s.86; Yazıcı Tıktık, Gizlilik, s.165; Kılıçoğlu, s. 77.

⁴²⁹ Moffit, Michael, “Suing Mediators”, Boston University Law Review, C.83, S.147, 2003, s.149-150.

Arabulucu, arabuluculuk mesleğini icra ederken uyuşmazlığın taraflarına verdiği zarardan, arabulucu ve arabulucu tarafları arasında sözleşmeye dayalı bir ilişki olması nedeni ile, sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre hukuken sorumlu olacaktır⁴³⁰. Arabulucunun taraflara karşı hukuki sorumluluğu daha çok arabulucu ile arabuluculuk tarafları arasındaki sözleşmeden kaynaklanan arabulucunun yükümlülüklerini ihlali nedeni ile sözleşmeden kaynaklanan hukuki sorumluluğa ilişkindir. Sözleşmeye dayanılarak sorumluluğuna gidilebilmesi için arabuluculuk mevzuatında bir düzenleme bulunmamaktadır. Arabulucunun sözleşmeden doğan sorumluluğunun şartları, arabulucunun borca aykırı davranışının olması, bir zararın meydana gelmesi ve arabulucunun borca aykırı davranışı ile zarar arasında illiyet bağı olması olarak belirtilebilir⁴³¹. Arabulucu sözleşmesi, tam iki taraflı, sürekli edimli, etkilerini maddi hukukta gösteren isimsiz bir iş görme sözleşmesidir. Arabulucu öncelikle sözleşme ile belirlenen borçlarını tam ve gereği gibi ifa etmelidir. Aksi durumda, sözleşmeye aykırı davranması, bir zararın doğmuş olması, zararın doğmasında kusurlu olması, sözleşmeye aykırı davranış ile zarar arasında uygun illiyet bağının kurulması ile tazminat sorumluluğu doğacaktır.

Arabulucunun sözleşmeye dayalı sorumluluğunu doğuran durumlar arabulucunun ihlal ettiği yükümlülükler göre farklılık gösterir⁴³². Arabulucunun hukuki sorumluluğunu doğuracak nedenler olarak, arabulucunun yasal yükümlülükleri olan görevini özenle ve tarafsız biçimde yerine getirme, tarafları aydınlatma, dava şartı arabuluculuk sürecini yasal azami sürede bitirme, arabuluculuk tarafları arasında eşitliği gözetme, arabuluculuğun sona erdiğine ilişkin son tutanağı düzenleme yükümlülüklerine aykırı davranışları sayılabilir⁴³³.

⁴³⁰ **Demir**, Şamil, “Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu”, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu, **Işıktaç**, Yasemin (Ed.), 1. Baskı, İstanbul 2014, s.123; **Okur**, s.57.

⁴³¹ **Demir**, s.125; **Okur**, s.57. TBK md.502/2 gereğince, isimsiz bir iş görme sözleşmesi olan arabulucu sözleşmesine, niteliğine uygun düştüğü ölçüde vekilin sorumluluğunu ilişkin hükümler kıyasen uygulanmalı, uygulanamaması durumunda ise TBK genel hükümleri uygulama alanı bulmalıdır Bkz. ⁴³¹ **Erdost**, s. 204.

⁴³² **Demir**, s.133; **Okur**, s.57; Dava şartlı olarak arabuluculuğun ağır şartlara bağlanması ve birkaç defa bu yola başvurulmasının gerekliliğine dair uygulama, işe iade davalarında hak düşürücü süre sorularının yaşanmasına tazminat ve alacaklar yönünden alacağın kısmen zaman aşımına uğramasına, birden fazla arabuluculuk ücretinin yargılama giderlerine eklenmesiyle bu yöndeki sorumluluğun taraflara bölüştürülmesinde tereddütlere ve sonunda arabulucunun sorumluluğuna neden olacaktır. Bkz. Y. 9. Hukuk Dairesi, T.11/02/2019, E.2019/510, K. 2019/3277 (www.lexpera.com.tr).

⁴³³ Doktrinde, arabulucunun sorumluluk halleri olarak; sadakat borcu kapsamında gizliliğin ihlalden doğan zararlar, uyuşmazlığın kapsamına ilişkin değerlendirmede hukuku bilmemekten yahut kasten susmadan doğan zararlar, arabulucunun taraflarla arasındaki çıkar çatışması ya da bildiğini gizlemesi

Arabulucuya karşı bilinen açılmış bir dava henüz bulunmamaktadır. Arabulucunun, arabuluculuk sürecinde taraflardan birini yapılan anlaşmada irade fesadına düşürmesi durumunda, arabulucunun irade fesadına düşürdüğü tarafa karşı hukuken tazmin yükümlülüğü olabileceği gibi, arabulucunun disiplin hükümlerine göre cezai sorumluluğu da söz konusu olacaktır.

Arabulucunun arabuluculuk sürecinde tarafların anlaşma yaparken iradelerinin fesada düştüğü ya da anlaşmada bir tarafın aşırı yararlanmaya maruz kaldığı durumda anlaşmanın hazırlanmasına kasıtlı olarak göz yumması halinde iradesi fesada uğrayan ya da aşırı yararlanmadan zarar gören tarafın arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşmanın iptalini talep edebileceği gibi, arabulucudan zararlarının tazminini talep edebilecektir⁴³⁴.

Benzer şekilde özellikle dava şartı arabuluculuk kapsamında arabulucunun yürüttüğü arabuluculuk sürecinin gerek arabuluculuğa hakim olan temel ilkelere aykırılık gerek son tutanağın hatalı hazırlanması nedeni ile⁴³⁵ arabuluculuk sürecinin geçersiz sayılmasına bağlı olarak, tarafların açtıkları davanın yasaya uygun arabuluculuk şartının gerçekleşmemesi nedeniyle mahkemece reddedilmesi halinde, taraflar uğradıkları (zaman kaybına, süreleri kaçırmaya bağlı olarak gelişen) zararlar nedeni ile arabulucunun hukuki sorumluluğuna gidebileceklerdir⁴³⁶.

Arabulucunun arabuluculuk sürecinde gerek kasten gerek ihmal nedeniyle arabuluculuk taraflara verdiği maddi ve manevi zararlar sebebiyle taraflara karşı tazminat ödeme yükümlülüğü söz konusu olacaktır⁴³⁷.

yahut bu hususta makul araştırma yapmaması, görevi bizzat yerine getirme borcunu ihlalden doğan zararlar, sürecin işleyişinde tutulması gereken tutanakların tutulmaması veya saklanmamasından doğan zararlar, aydınlatma yükümlülüğünün tam ve gerektiği gibi ya da bizzat ve doğrudan yerine getirmemesinden doğan zararlar, arabulucunun tarafsız ve eşit davranma borcunu ihlalinden doğan zararlar, arabulucunun alkol uyuşturucu ve ilaç etkisi altında mesleğini icra etmesinden doğan zararlar, arabulucunun daha fazla çaba sarf edilmesinin gerekli olmadığı hallerde süreci devam ettirmesinden doğan zararlar, arabulucunun tarafların irade fesadına düşmesine yahut aşırı yararlanmaya maruz kalmasına neden olmasından doğan zararlar, arabulucunun çözüm garanti etmesinden doğan zararlar, arabuluculuk anlaşmasının arabulucu tarafından hazırlanmasından doğan zararlar, arabulucunun yanında çalışan kişiler ile denetim ve gözetiminde ilgili mevzuatı çerçevesinde staj yapanların verdiği zararlardan doğan sorumluluğu sayılmaktadır. Bkz. **Demir**, s.133; **Okur**, s.57.

⁴³⁴ **Demir**, s.140; **Okur**, s.58.

⁴³⁵ Anlaşmazlık tutanağında her bir tazminat ve alacak kalemlerinin açıkça gösterilmemesinin arabulucunun hatasından kaynaklandığı kabul edilmelidir. Bu eksikliğin de dava şartının sağlanmadığı şekilde yorumlanması, hak arama özgürlüğünü aşırı şekilde zorlaştıran bir hal olarak değerlendirilebilir. Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T.11.02.2019, E.2018/11190, K. 2019/3278 (www.lexpera.com.tr).

⁴³⁶ **Okur**, s.58.

⁴³⁷ **Okur**, s.58.

Arabulucunun arabuluculuk görevini ifa ederken, arabulucu sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerinin ifası ile ilgili olmayan hukuka aykırı bir davranışla arabuluculuk taraflarına zarar vermesi de söz konusu olabilir. Bu ihtimalde arabulucunun haksız fiil sorumluluğu gündeme gelecektir. Arabuluculuğa başvurunun zorunlu kılındığı durumlarda faaliyetin arabulucu tarafından yürütülmesi sırasında haksız fiil teşkil edebilecek hukuka aykırı eylemlerden doğan zararların tazmin edileceği esaslar belirlenirken, dava şartı arabuluculuk faaliyetinin hukuki niteliğinin ve bu faaliyetin ifası sırasında arabulucunun hukuki statüsünün göz ardı edilmemesi gerekmektedir⁴³⁸.

Arabuluculuk faaliyetinde her iki tarafın da menfaatine uygun olarak uyuşmazlığın karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesi amaçlandığından (adli hizmetlerin ifasına ilişkin) kamu yararı söz konusudur. Dava şartı arabuluculuk faaliyeti, uyuşmazlığı sona erdirmeye yardımcı bir faaliyet olduğundan adalet hizmetlerinin ifasına yönelik faaliyetlerden biridir ve Anayasa gereğince kamu hizmeti sayılmalıdır⁴³⁹. Dava şartı arabuluculuk faaliyetinin kamu hizmeti olarak kabul edilmesinin bir sonucu olarak arabulucunun da dar anlamda kamu görevlisi kavramı içerisinde de Anayasa md. 128’de yer alan diğer kamu görevlisi olarak değerlendirilebilir⁴⁴⁰.

Dava şartı arabuluculuk faaliyetine ilişkin mevcut düzenlemeler, özellikle arabulucunun seçimine ilişkin arabuluculuk bürosuna verilen yetki, arabulucu olma şartlarında devletin denetim yetkisi, arabuluculuk faaliyetinin dava şartı olarak düzenlenmesi sonucunda davanın bir ön aşaması haline gelmesi ve arabulucunun bu faaliyeti resmi bir sıfatla yerine getirmesi hususları dikkate alınmalıdır. Özellikle

⁴³⁸ Arslan Azaklı Betül, “Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Niteliği Bakımından Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1, 2018, s.218.

⁴³⁹ Arslan Azaklı, s.219.

⁴⁴⁰ Kamu görevinin bir meslek olarak icra edilmemesi durumunda atanmış veya seçilmiş kişilerin ancak geniş anlamda kamu görevlisi olabileceği ve arabulucuların da bu kapsamda değerlendirilebileceği ve faaliyetini Anayasa md.40 gereği devletin resmi görevlisi sıfatıyla yürüttüğü sonucuna ulaşılır. Arabulucuların görevlendirilme biçimlerinin genel çerçevede de olsa kamu hükümleriyle belirlenmiş olması, bazı durumlarda görevlendirmelerin adli bir organın tasarrufuyla mümkün olması (İMK md.3/6), arabulucuların tarafsızlık ve bağımsızlık ilkelerine uygun olarak faaliyet gösterme yükümlülüğü, uyuşmazlığın taraflarına eşit şekilde davranma yükümlülüğü, görevin ifasını sağlamaya yönelik olarak haklarında özel disiplin hükümlerinin öngörülmesi (HUAK Yönetmelik md.6/3, HUAK md.21/2, HUAK Yönetmelik md.25/3), gizlilik ilkesinin ihlali durumunda disiplin hapsiyle cezalandırılmaları (HUAK md.33) arabulucu ile devlet arasında kamu hukuku ilişkisi olduğunu kabul etmek için yeterlidir. Bkz. Arslan Azaklı, s. 219.

arabulucunun haksız fiil sorumluluğu arabulucunun seçimine ilişkin mevcut düzenlemeler çerçevesinde iki farklı uygulamaya yol açabilir.⁴⁴¹.

Arabulucunun hukuki sorumluluğu belirlenirken, tarafların ortak bir arabulucu üzerinde anlaşması durumunda ihtiyari arabuluculuk faaliyeti tamamen tarafların iradeleriyle belirlendiğinden dava doğrudan arabulucuya karşı açılabilecektir. Buna karşılık, arabulucunun seçimi noktasında tarafların ortak bir arabulucu üzerinde anlaşmaması durumunda arabuluculuk bürosu tarafından yapılacak atama sonucunda belirlenen arabulucunun haksız fiil sorumluluğunun idarenin sorumluluğunu doğurabileceği belirtilmiştir.

Arabuluculuk bir kamu tüzel kişisi olan Adalet Bakanlığı'nın gözetimi ve denetimi altında, Kanun'da belirtilen koşulları yerine getirmiş olan gerçek kişileri yetkilendirilmesi ile yürütülen aslilik ve süreklilik unsurlarını taşıyan kamusal hizmetlerdendir⁴⁴². İhtiyari arabuluculuk modelinde arabulucu, kamusal bir faaliyet yürütse de, kamu görevlisi olarak kabul edilemez. Kanaatimizce, dava şartı arabuluculuk modelinde arabulucu kamu görevlisi olarak kabul edilmeli, konuya ilişkin gerekli düzenlemeler kanun koyucu tarafından yapılmalıdır.

Arabulucular, idare hukuku esaslarına göre kamu görevlisi olmayan ancak yaptıkları iş nedeni ile işlevsel olarak kamu hizmeti ifa eden serbest meslek mensupları olarak kabul edilmelidir. Zira arabulucular serbest meslek mensubu olmanın ayırt edici unsurlarını taşımaktadır.

Esasen arabuluculuk faaliyeti, tıpkı bir serbest meslek faaliyeti gibi sermayeden çok şahsi çalışmaya bağlı olarak yapılmaktadır. Arabulucu mesleki bilgisine ve emeğine dayalı olarak, bir işverene bağımlı olmadan kendi adına ve hesabına faaliyeti yürütmektedir. Arabulucunun arabuluculuk siciline kayıtlı olması, idareye bağlı olduğu anlamına gelmemekte, arabuluculuk yapmanın koşulu olması nedeniyledir. Ayrıca arabulucular serbest meslek kazancına göre vergilendirilmektedir. Bu nedenlerle, arabulucu kamu görevlisi değil, tıpkı avukatlar gibi serbest meslek mensubudur. Bu hususun açıklıkla düzenlenmesi gerekmektedir⁴⁴³.

⁴⁴¹ Arslan Azaklı; s.219.

⁴⁴² Erdost, s.203.

⁴⁴³ Erdost, s.204.

B-Arabolucuya Uygulanacak Disiplin Hükümleri

Arabolucu, arabuluculuk sürecinde haklara ve yükümlülöklere sahip olup, arabuluculuk görevini yaparken mevzuatta öngörölen yükümlölöklere uygun davranmak zorundadır. Aksi durumda, HUAK md.21/2 ve HUAK Yönetmelik md.31/2 uyarınca, Daire Başkanlığı, Kanunun öngördüğü yükümlölökleri önemli ölçüde veya sürekli yerine getirmediğini tespit ettiğı arabulucuyu yazılı olarak uyarır. Uyarıya uyulmaması halinde, öngörölen usul ve esaslar çerçevesinde denetim yaptırıp, arabulucunun ikinci fıkra uyarınca savunmasını da aldıktan sonra, gerekirse adının sicilden silinmesini Kuruldan talep eder⁴⁴⁴. Kurul tarafından sicilden silinmeye yönelik bir karar verirse Arabuluculuk Daire Başkanlığı'na bu karar arabulucuya tebliğ edilir. Düzenleme oldukça ayrıntılıdır⁴⁴⁵.

Arabolucunun disiplin cezaları ile ilgili mevzuatlar incelendiğinde, HUAK Yönetmelik md.31/2'de düzenlenen uyarı ve sicilden silinme cezaları dışında başka bir cezanın olmadığı görölmektedir. Kanun, yönetmelik ve etik kurallara aykırı davranan arabulucunun eylemi ne olursa olsun öncelikle uyarıldığı, eyleme devam etmesi halinde sicilden silindiğı anlaşılmaktadır. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçölölük ilkesi ceza hukukunun da önemli ilkelerinden biridir. Bu nedenle Anayasa ve yasalarca belirlenmiş bir ilkenin, arabulucunun disiplin sorumluluğunda da uygulanması gereklidir. Arabulucunun disiplin sorumluluğı konusundaki yasal boşluğun doldurulması, arabulucunun hangi eyleminin hangi disiplin cezasını gerektirdiğinin açıkça düzenlenmesi, kınama, kısa süreli meslekten uzaklaştırma, uzun süreli meslekten uzaklaştırma gibi uyarma ve sicilden silinme cezalarının dışında disiplin cezalarının yasal düzenlemede yer alması gerekmektedir⁴⁴⁶.

Okur arabulucular hakkında uygulanacak disiplin cezalarına ilişkin puanlama sistemi getirilmesi, uygulanacak cezalar arasında arabulucunun sicilden silinmesi yanında arabulucunun belli süre arabuluculuktan yasaklanması gibi cezalara yer verilmesinin disiplin cezalarının etkinliğini ve arabuluculuğun daha özenli icrası bakımından etkili olacağını savunmaktadır⁴⁴⁷. Yazarın görüşüne katılmaktayız.

⁴⁴⁴ **Okur**, s.56.

⁴⁴⁵ **Okur**, s.56.

⁴⁴⁶ **Erdost**, s.206.

⁴⁴⁷ **Okur**, s.56.

C-Arabolucunun Cezai Sorumluluğu

Arabolucu, arabuluculuk faaliyeti sırasında ve sona ermesinde bu faaliyet çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlü olup, arabulucunun gizlilik ilkesine aykırı davranması durumunda, gizlilik ihlali nedeniyle bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesi halinde, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetine bağlı olacak şekilde, HUAK md.33/1 hükmü gereği altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Gizliliği ihlal suçunun faili HUAK md.4'e göre, arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri, görüşmeye katılan diğer kişiler, arabulucunun yanında çalışan diğer kişiler, denetimi ve gözetimi altında staj yapanlar ve Bakanlık ve Kurul görevlileri olabilir. Bu düzenleme, Anayasa'ya ve ceza ilkelerine aykırıdır⁴⁴⁸. 1982 Anayasası'nın 13. Maddesi "Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması" başlığı altında "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir*" hükmünü içerir. Anayasa'nın 38. Maddesi ise, "Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar" başlığı altında "*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla korunur*" hükmünü içermektedir. Bu Ceza Hukuku'ndaki "Kanunsuz suç olmaz" şeklindeki temel ilkenin de dayanağıdır. Bu nedenle kanunlarla düzenlenmemiş olan yönetmelik maddesi ile Bakanlık ve Kurul görevlilerinin fail olarak belirtilmesi öncelikle Anayasa'ya aykırı olduğu için hükümsüzdür⁴⁴⁹.

Tüm bunlar göstermektedir ki, yönetmelikle Bakanlık ve Kurul görevlileri için suç düzenlemesi Anayasa'nın 13. maddesi olan "Kanunsuz suç olmaz" ilkesine aykırıdır. Kaldı ki, normlar hiyerarşisine göre de alttaki norm olan "yönetmelik" ile, üstteki norm olan "kanun" değiştirilemez. HUAK Yönetmelik hükümlerinde yer alan, "Bakanlık ve Kurul görevlilerinin" gizliliği ihlal suçunun faili olamayacağı ancak niteliğine uygun düştüğu ölçüde, Türk Ceza Kanunu hükümleri uyarınca cezalandırılmalarının mümkün olacağı, bu konuda da Kanunda bir düzenlemenin yapılması gerektiği kanaatindeyiz⁴⁵⁰. Arabulucu, idare hukuku anlamında kamu görevlisi olmamakla birlikte ceza hukuku anlamında kamu görevlisi olarak kabul edilmelidir. Bu durumda özgü suçların mağduru ve faili olabilecektir. Ancak 4483 Sayılı Kanun'da düzenlenmiş olan soruşturma ve kovuşturma izin müessesinin arabulucular için düzenlenmediği, arabulucuların

⁴⁴⁸ Erdost, s.206.

⁴⁴⁹ Erdost, s.207.

⁴⁵⁰ Erdost, s.207.

korumasız bırakıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumun kanunla düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz⁴⁵¹.



⁴⁵¹ Aynı yönde görüş için bkz. **Erdost**, s.207.

III. Bölüm

MUKAYESELİ İŞ HUKUKUNDA ARABULUCULUK

I-Roma Cermen Sistemi

A-Avrupa Birliği Müktesebatı

Avrupa Birliği tek bir ekonomik bölge yaratmak ve Avrupa hukuk sistemlerinin yeknesaklaştırılmasını sağlamayı hedefler. Bu hedefleri sağlamak amacı ile dava şartı arabuluculuk sistemi benimsenmiştir. Örneğin, tüketici hukuku alanında, Avrupa Birliği'nin yayımladığı iki önemli tavsiye kararı bulunmaktadır. Tüketicilerin alternatif uyuşmazlık yöntemlerine erişimden faydalanmalarını sağlamak için 98/257/EC sayılı Mart 1998 tarihli ve 2001/310/EC sayılı Nisan 2001 tarihli komisyon tavsiye kararları ile Avrupa Birliği'nin dava şartı arabuluculuk sistemine destek verdiği belirtilebilir⁴⁵².

Yeşil Kitap Avrupa Birliği'nde sınır ötesi uyuşmazlıklar çerçevesinde 1990'ların sonunda arabuluculuk hakkında alınan kararları bulundurmaktadır⁴⁵³ ve 2002 yılında Avrupa Birliği Konseyi'nin ve Avrupa Komisyonu'nun isteğiyle medeni hukuk ve ticaret hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü hakkındaki soruları cevaplar niteliktedir⁴⁵⁴. *Yeşil Kitap* alternatif uyuşmazlık çözümlerinin sunduğu kolaylıkların topluma tanıtılması ve alternatif çözüm uyuşmazlıkları bakımından üye devletlere Avrupa Birliği tarafından yapılan çalışmaları göstermesi açısından önemlidir. *Yeşil Kitap*'ın asıl amacının alternatif

⁴⁵²**Özmumcu**, Seda, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIV, S.2, s.809. Nitekim alternatif uyuşmazlık çözümleri alanında, özellikle tüketici uyuşmazlıklarında serbest ticaret bölgesinde ortaya çıkan sınır ötesi uyuşmazlıkların sayısının artması durumu önemli ve olumlu gelişmelere yol açmıştır. Bkz. **Hanks**, Melissa, “Perspectives on Mandatory Mediation”, UNSW Law Journal, C.35, S.3, s.932; **Colombo**, Giorgio Fabio, “Alternative Dispute Resolution, (ADR) in Italy: Inspiration an National Problems”, *Ritsumeikan Law Review*, S.29, 2012, s. 73.

⁴⁵³**Hanks**, s.933; **Colombo**, s.73-74; **Feasley**, Ashley, “Regulating Mediator Qualifications in the 2008 EU Mediation Directive: The Need for Supranational Standard”, *Journal of Dispute Resolution*, 2011, s.336, 337. Yeşil Kitap'taki yanıtlanan sorulardan ortaya çıkan sonuçlar hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. **Özbek**, Mustafa, “Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C.56, S.1, s.207 vd.

⁴⁵⁴Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil And Commercial Matters 2002, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:2002061801_10_1, (E.T. 15.03.2021).

uyuşmazlık çözüm yolları ile ilgili bazı hukuki konularda geniş katılımlı bir fikir değerlendirilmesi olduğu söylenebilir⁴⁵⁵.

Yeşil Kitap'ta alternatif uyuşmazlık çözüm yolları üye ülkelerin vatandaşlarının adalete erişim sorununun bir çözümü olarak önerilmektedir. Mahkemelerdeki iş yükü sorunu, yargılamanın zaman ve masrafa neden olması gibi nedenlerle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.6 uyarınca kabul edilen adalete erişim hakkının geliştirilmesinin bir yolu olduğu ve arabuluculuğun adli sürecin tamamlayıcısı olarak kullanılabileceği de belirtilmiştir⁴⁵⁶. *Yeşil Kitap*'ta kişiler hukuku ve aile hukuku gibi, kamu düzenine ilişkin olan veya üzerinde serbestçe tasarruf edilemeyen haklara yer verilmemiş⁴⁵⁷; ancak iş hukuku ve tüketici hukukunu da içeren medeni ve ticari uyuşmazlıklar ele alınmıştır⁴⁵⁸.

2004 yılında Avrupa Komisyonu tarafından “Arabulucular için Etik Davranış Kuralları” yayımlanmıştır⁴⁵⁹. Bu kurallarla hedeflenen, Avrupa Birliği'nde yüksek standartlarda arabuluculuk hizmetlerinin sunulmasıdır⁴⁶⁰.

Avrupa Konseyi, Avrupa Parlamentosu'nun 2008/52/EC sayılı Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine ilişkin 21 Mayıs 2008 tarihli Direktifi kabul etmiştir. Avrupa Birliği'nde, arabuluculuğun adalete erişim aracı olarak ön plana çıkması, bu Direktif ile gerçekleşmiştir⁴⁶¹. Direktif, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konular hariç, sadece sınır ötesi medeni ve ticari uyuşmazlıklarda, uygulama alanı bulmaktadır⁴⁶². Direktifi hazırlayanlar, zorunlu arabuluculuk sisteminin

⁴⁵⁵**Sevim**, Onur Utku, Avrupa Birliği Müktesebatı ve Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara, 2016, s. 37; **Bulur**, Alper, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yönetimi”, Ankara Barosu Dergisi, Güz, C.65, S.4, 2007, s.30-46.

⁴⁵⁶**Hanks**, s. 933; **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s.810.

⁴⁵⁷**Sevim**, s. 38; **Özbek**, Mustafa Serdar, “Avrupa Birliği'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, TBBD 2007, Y. 19, S.68, s.276. (Avrupa Birliği Uyuşmazlık)

⁴⁵⁸**Köme Akpulat**, Ayşe, İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doktora Tezleri Dizisi, No.1, İstanbul 2018, s.34; **Heper**, s. 317

⁴⁵⁹<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ>, (E.T. 16.03.2021).

⁴⁶⁰**Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s.810; **Hanks**, s. 933; **Özbek**, Mustafa, “Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C.56, S.1, s.207.

⁴⁶¹**Nolan Haley**, Jacqueline, “Is Europe Headed Down the Primrose Path with Mandatory Mediation”, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, C.37, S.4, 2012, s.984.

⁴⁶²**Hanks**, s. 934-935; **Heper**, s. 317.

kabul edilip edilmemesi hususunu üye devletlerin kendi inisiyatifine bırakmıştır⁴⁶³. Arabuluculuğa ilişkin Avrupa Birliği Direktifi'nin ana hedefleri⁴⁶⁴ arabuluculuk sürecinin gizliliğinin korunması, arabuluculuk süresince zamanaşımı süresinin askıya alınması, arabuluculuk sürecinden doğan kararların uygulanabilirliğine ilişkindir. Arabuluculuğa ilişkin Avrupa Birliği Direktifi, mahkemelerin tarafların arabuluculuk girişiminde bulunmasını da talep edebileceğini belirtir; ancak, mahkeme böyle bir girişimde bulunduktan sonra da, tarafların arabuluculuk sürecini devam ettirme veya davayı sürdürme özgürlüğü devam etmektedir⁴⁶⁵. Direktif md. 3 ve 5'te dava şartı arabuluculuğun geçerliliğini kabul etmektedir⁴⁶⁶.

Özetle, Avrupa Birliği'nde arabuluculuk ile ilgili gelişmelerin Avrupa Birliği Konseyi nezdinde başlayan görüşme ve tartışmalar ile Avrupa komisyonu tarafından sunulan *Yeşil Kitap* belgesiyle zemine kavuştuğu 2004 yılında Arabulucular için Etik Davranış Kuralları ile gelişme kaydettiği ve 2008/52 sayılı Arabuluculuk Direktifi ile sonuçlandığı ifade edilebilir⁴⁶⁷.

Adalet erişim fikri, *Cappelletti* ve *Garth*'in uzun süre önce çalışmalarında tanımladığı, uluslararası adalet erişim hareketinin bir parçasıdır. Bu yazarlar, reform dalgalarını; adli yardımı yoksullar için erişilebilir kılmak, birden çok iddiayı tek dava ile çözmeye izin verecek usul araçları geliştirmek ve yasal sistemin sistematik reformunu alternatif uyuşmazlık çözümü yoluyla teşvik etmek olmak üzere üç başlık altında toplamışlardır⁴⁶⁸.

⁴⁶³ Direktif, Danimarka hariç Avrupa Birliği üye ülkelerinde uygulama alanı bulmuştur. Üye Devletlerde arabuluculuğa ilişkin direktifin uygulanması, arabuluculuk üzerindeki etkisi ve mahkemelerce ele alınmasına ilişkin 13 Eylül 2011 tarihli Avrupa Parlamentosu kararı -2011/2026(INI)Bkz. **Nolan Haley**, Mandatory Mediation, s. 984.

⁴⁶⁴**Hund**, Daniel, "Mandatory Mediation and Arbitration in Labor and Employment Disputes in Europe", Chapter Fifteen, Arbitration and Mediation of Employment and Consumer Disputes the New York University 69th Annual Conference on Labor, (Ed.) **Tippett**, Elizabeth C. E./**Estreicher**, Samuel, NYU Center for Labor and Employment Law, 2018, s.232.

⁴⁶⁵**Hund**, s.232; **Eidenmüller**, Horst&**Prause** Matthias, "Die europäische Mediationsrichtlinie-Perspektiven für eine gesetzliche Regelung der Mediation in Deutschland", Neue Juristische Wochenschrift, 2008, s.2737.

⁴⁶⁶ **Nolan Haley**, Mandatory Mediation, s. 984; **Hanks**, s. 935; **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s.811.

⁴⁶⁷**Sevim**, s.39; **Eskiyörük**, Serhat, "Avrupa Birliği'nin 2008/52 Sayılı Arabuluculuk Direktifi ve Muhtemel Etkileri Üzerine Değerlendirme", s.2.

⁴⁶⁸**Cappelletti**, Mauro/ **Garth**, **Bryant** "Access to Justice-Newest Wave in Worldwide Movement to Make Rights Effective", Buffalo Law Review, S.27/2,1978, s.189.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 6 adil yargılanma hakkına ilişkin olan adalete erişim hakkını da kapsar. Dava açma imkânını engellemeyen dava öncesi zorunlu prosedürlerin tek başına adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturmadığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nce kabul edilmiştir. Mahkeme dışı alternatif çözüm yollarının ön koşul olarak zorunlu tutulmasının Avrupa Birliği mevzuatına aykırı olmadığını karar vermiştir.⁴⁶⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, dava açılmasından önce arabulucuya başvuru zorunluluğu ile ilgili olan Roselba Alassini vs. Telecom Italia SpA⁴⁷⁰ davasına ilişkin verdiği kararda, mahkeme öncesi dava şartı arabuluculuk sonucu varılan anlaşmaların mahkemeye erişimi engelleyecek şekilde bağlayıcı olmaması, davaların açılmasında önemli gecikmeye yol açmaması, yargılama giderlerini ya çok az artırması ya da hiç artırmaması başvuru prosedürünün sadece elektronik ortamla sınırlı olmaması ve acil durumlarda geçici hukuki koruma yollarının bulunuyor olması şartlarını sağlıyorsa hukuka ve Avrupa Birliği direktiflerine aykırı olmadığına karar vermiştir⁴⁷¹. Roselba Alassini vs. Telecom Italia SpA kararı mahkemenin arabuluculuğu herhangi bir ampirik kanıtı incelemeksizin faydalı bir süreç olarak kabul etmesi nedeniyle eleştirilmiştir⁴⁷².

B- Almanya

Almanya’da iş akdi feshedilen işçi, İşten Çıkarılmaya Karşı Koruma Yasası (Kündigungsschutzgesetz-KSchG)⁴⁷³ uyarınca, feshe itirazını işyeri kurulu (*Betriebsrat*) önünde yapar⁴⁷⁴. İşyeri kurulu uyuşmazlığı dostane bir şekilde çözmeye çalışır. Taraflar anlaşamazsa bu takdirde işyeri kurulu olaya ilişkin görüşünü bildirir ve işçi bu görüşle

⁴⁶⁹ **McGregor**, Lorna, “Alternative Dispute Resolution and Human Rights: Developing a Rights-Based Approach Through the ECHR”, The European Journal of International Law, C. 26, S. 3, s.615; **Yardım**, Ertan, “Genel Hatlarıyla Bireysel İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk”, Toprak İşveren Dergisi, S.117,2018, s.19.

⁴⁷⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62008CJ0317> (E.T. 03.03.2023)

⁴⁷¹ **Yardım**, s.20, **Özel**, Sibel, “Zorunlu Arabuluculuğun Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde İrdelenmesi”, Public and Private International Law Bulletin, 40(2), Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan, 2021, s. 882; **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s.811.

⁴⁷² **Nolan Haley**, Mandatory Mediation, s.1004; Başsavcı’nın Görüşünde ve Mahkeme’nin kararında önemli olan herhangi bir ampirik sonucu analiz etmeden arabuluculuğun “mahkemeye koşmaya” kıyasla avantajlarının kabul edilmesidir. Bkz. **Davies**, Jim/**Szysczak**, Erika, “ADR: Effective Protection of Consumer Rights?”, European Law Review, S.35(5) 2010, s. 705.

⁴⁷³ **Alman İşten Çıkarılmaya Karşı Koruma Yasası (KSchG)** Birinci Kısım, “İşten çıkarmaya karşı genel koruma” başlığı altında § 3 Fesih İtirazı ve § 4 iş mahkemesine itiraz, başlıkları altındaki (Bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/kschg/BJNR004990951.html>) (E.T.10.03.2023);

⁴⁷⁴ **Söllner**, Alfred/**Waltermann** Raimund, Arbeitsrecht, München 2007, s. 219

birlikte mahkemeye başvurur⁴⁷⁵. Mahkemede öncelikle uzlaşma duruşması olarak adlandırılan (*Gütetermin*) tek hakim tarafından 2-8 hafta arasında tamamlanan süreç başlatmakta ve bir uzlaşma sağlanamaması halinde bir hakim, bir işçi temsilcisi ile bir işveren temsilcisinden oluşan heyet önünde çekişmeli yargılama (*verhandlungstermin*) yapılmaktadır. İlk derece mahkemesindeki yargılamanın tamamlanmasının ardından istinaf ve temyiz aşamaları ile yargılama yapılmaktadır⁴⁷⁶.

Almanya’da, 2008/52 sayılı Direktif’in uygulamaya konulması ve arabuluculuğun yaygınlaştırılması amacıyla, 21 Temmuz 2012 tarihli Arabuluculuk ve Diğer Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm yollarının Teşvikine Dair Kanun’un (Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der Aussergerichtlichen Konfliktbeilegung) birinci bölümünde yer alan, Arabuluculuk Kanunu (Mediationsgesetz-MediationsG), 26 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴⁷⁷.

Arabuluculuk ve Diğer Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Desteklenmesi Kanun’un ikinci bölümü; Medeni Usul Kanunu’na (Zivilprosesordnung-ZPO), ve dördüncü bölümü; Alman İş Mahkemeleri Kanunu’na (Arbeitsgerichtsgesetzes-ArbGG) ilişkin düzenlemeleri içermektedir⁴⁷⁸. Almanya’da özellikle aile, çevre ve iş ilişkilerinde arabuluculuk yöntemi kullanılmakta ve mahkemeler tarafından dava dışı

⁴⁷⁵ **Söllner/Raimund**, s. 219; **Laçiner**, Vedat, “Alman Feshe Karşı Koruma Hukukunun Genel Esasları”, Yönetim Bilimleri Dergisi, C.3, S.2,2005, s.156; **Bayraktar**, Muratcan, “Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış”, İstanbul Barosu Dergisi, C.89, S.4, 2019, s.151-172; **Sarıdağ**, Orhan Gazi, “Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuktan Kaynaklanan Bazı Sorunlar”, Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, C.24, S.2, 2022 s.1102.

⁴⁷⁶ **Söllner/Waltermann**, s.460; **Güzel**, Ali, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler, Çalışma ve Toplum, 2016/3, s.1134; **Sarıdağ**, s.1102.

⁴⁷⁷ **Löer**, Lambert, “Übergangsbestimmung”, **Klowait**, Jürgen/**Glasser**, Ulla (Ed.), Mediationsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2014, s.305; **Dür**, s.150; **Müller**, Knut, “Alman İş Mahkemeleri Usulü” İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı’nın Değerlendirilmesi İş Hukuk ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Uluslararası Toplantısı, TİSK, İstanbul 2016, s.55, **Köme Akpulat**, s.346; **Dür**, s.149.

⁴⁷⁸ **Klowait**, Jürgen/**Glaser** Ulla, Mediationsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden ,2014, s. 410; 21 Temmuz 2012 tarihli, Arabuluculuk ve Diğer Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm yollarının Teşvikine dair Kanun’un (Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der aussergerichtlichen Konfliktbeilegung) üçüncü bölümünde Aile Usul Kanunu (Familienverfahrensgesetz-FamFG) md 23,28,36,36a, 81, 135, 150, 155, ve 156 daki, beşinci bölümünde Sosyal Mahkemeler Kanunu (Sozialgerichtsgesetzes-SGG) md. 202, altıncı bölümünde İdari Usul Kanunu /Verwaltungsgerichtsordnung- VwGO) madde 173, yedinci bölümde Mahkeme Masrafları Hakkında Kanun (Gesetzes über Gerichtskosten-GKG) md. 69b ile Aile İşlerinde Mahkeme Masrafları Hakkındaki Kanun (Gesetzes über Gerichtskosten in Familienverfahrensgesetz-FamFG) md. 61a deki ve sekizinci bölümdeki Vergi Usul Kanunu (Finanzgerichtsordnung-FGO) md.155 deki arabuluculukla ilgili yapılan değişiklikleri ve düzenlemeleri içermektedir. Bkz.. BGBl (Bundesgesetzblatt), I S. 1577, <http://www.bgbl.de>

özüm yöntemleri konusunda taraflara öneride bulunulabilmektedir⁴⁷⁹. Alman İş Mahkemeleri Kanunu’nun (ArbGG) 54-a maddesinde ise, mahkeme dışı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuk düzenlenmiştir⁴⁸⁰. Tarafların arabulucu huzurunda anlaşması ve bunun bir anlaşma belgesiyle belgelenmesi durumunda aynı uyuşmazlık için dava yoluna gitmek mümkün değildir. İcra edilebilir nitelikteki bu anlaşma belgesine uymayan taraf aleyhine, dava ve alacağı tahsil yöntemlerine (icra) başvurmak mümkündür⁴⁸¹.

Alman Arabuluculuk Kanunu’nda çözüm önerisi sunulmaksızın tarafların bir araya gelmesi durumunda arabuluculuktan (*mediation*) söz edilmektedir. Arabuluculuk yanında uzlaştırma (*schlichtung*) ve tahkim-arabuluculuk gibi diğer alternatif uyuşmazlık yöntemleri Alman Arabuluculuk Kanunu kapsamındadır⁴⁸².

Alman hukukunda genel olarak dava şartı arabuluculuk yoktur demek yanlış olmaz; ancak birçok eyalette zorunlu uzlaştırma yöntemi uygulanmaktadır⁴⁸³. Almanya’nın Bavyera Eyaleti’nde sulh hukuk mahkemesinin görev alanına giren ve 750 Euro’yu aşmayan alacaklar ile bazı komşuluk hukukuna ilişkin ve basın veya yayın yolu ile olmamak kaydıyla kişinin şerefine ve haysiyetine yönelik saldırılardan doğan

⁴⁷⁹**Müller**, s.55; **Moore**, Christopher W., Arabuluculuk Süreci: Anlaşmazlık özümünde Pratik Stratejiler, (Ed.) **Kaçmaz**, Tarkan/**Türnüklü**, Abbas **Kaçmaz**, (ev.) Tarkan/**Tercan**, Mustafa, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara, 2016, s.92.

⁴⁸⁰**Weiss** Manfred/ **Schmidt** Marlene, Labour Law And Industrial Relations in Germany, New York, 2008, s.154.

⁴⁸¹ **Weiss/Schmidt**, s.155.

⁴⁸² **Horstmeier**, s. 128. Arabuluculuk Kanunu, konularına bakılmaksızın, mahkeme içi arabuluculuk hariç, bütün arabuluculuk türleri Arabuluculuk Kanunu’nun kapsamındadır. Mahkemeye bağlantılı ve mahkeme içi arabuluculuğa ilişkin uyuşmazlıklarda, İdari Usul Kanunu’nda (Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO) veya İş Mahkemeleri Kanunu’ndaki (Arbeitsgerichtsgesetz, ArbGG), özel usul hükümleri, ZPO ve Arabuluculuk Kanunu’na atıf yapar. Örneğin. ZPO md.278/5’e göre, mahkeme uyuşmazlığın çözümü için tarafları, uzlaştırma oturumu ve ilave uzlaştırma girişimleri için, karar vermekle yetkili olmayan bir uzlaştırıcı hakime sevk edebilir. Uzlaştırıcı hakim, uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk dahil herhangi bir yöntemi kullanabilir. Bkz. **Hess**, Burkhard//**Pelzer**, Nils, Regulation of Dispute Resolution in Germany: Cautious Steps Towards the Construction of an ADR System, Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, **Steffek**, Felix/**Unberath**, Hannes (Ed.), Oregon 2013, s.230; **Dür**, s.163.

⁴⁸³ Buna ilaveten, Alman Federal Mahkemesinin 14.02.2007 tarihli kararında zorunlu mahkeme dışı arabuluculuğun başarı veya başarısızlığına ilişkin nihai bir karara ulaşmanın mümkün olmadığı belirtilmiştir. Bkz. **Erişir**, Evrim, “Arabuluculuk Müessesinin Anayasa’ya Uygunluğuna ve Devlet Yargısına Nazaran Öncelik Verilmeye Değer Olduğuna İlişkin 14.2.2007 Tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Özel Sayı, 2009, s.231, 232. **Erdoğan/Erzurumlu**, s.51.

uyuşmazlıklarda mahkemeye başvurmadan önce arabuluculuğa başvurulması dava şartı olarak dzenlenmiřtir⁴⁸⁴.

Almanya’da 1990’lı yıllardan itibaren mahkeme arabuluculuğu (*gerichtsmediation*) uygulanmaktadır. Mahkeme içi arabuluculukta tarafların rızasıyla dava doğrudan doğruya arabuluculuk tekniklerinin kullanıldığı aynı mahkemenin başka bir hakimine devredilmektedir⁴⁸⁵.

Alman iş mahkemesi hâkimi, taraflar arasındaki karşılıklı bir anlaşmayı desteklemek için tarafları, daha önce davaya dahil olmamış başka bir hâkime sevk edebilir. Arabuluculuk sonucunda tarafların karşılıklı mutabakata varması halinde dava sonuçlandırılır. Mahkemenin verdiği karar gibi, arabuluculuk prosedüründen kaynaklanan her türlü karar da icra edilebilir. Karşılıklı bir anlaşmaya varılamazsa, dava yargılama yetkisi olan hâkim, yargılamaya devam eder. Taraflar, yargı sistemi içerisinde arabuluculuk sürecini tamamlamaya zorlanamazlar, ancak en azından, duruşma hâkimi tarafından sevk edilen arabuluculuk ilk oturumuna katılma girişiminde bulunmaladırlar⁴⁸⁶.

Mahkeme taraflara mahkeme dışı arabuluculuk önerebilir. Her iki tarafın anlaşması halinde dava, arabuluculuk süresince askıya alınır. Hâkim, tarafların uyuşmazlığını çözmek için özel olarak eğitim almış bir arabulucuyu görevlendirerek bunu yapabilir. Taraf, haklı bir neden göstermek zorunda olmaksızın davanın devam etmesi için her zaman harekete geçebilir. Bu durumda, mahkeme dışı arabuluculuk derhal sona erer. Davanın devam etmesi için taraflardan hiçbiri herhangi bir işlem yapmazsa, mahkeme üç ay sonunda, mahkeme dışı arabuluculuktan sonra, davaya re’sen devam eder, meğerki taraflar birlikte arabuluculuk işlemlerine devam etmek istediklerini beyan etsinler⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴**Wolfram Korn**, Margit/ **Schmarsli**, Peter, *Aussergerichtliche Streitslichtung in Deutschland-Dargestellt anhand des Schlichtungsgesetzes Baden- Wrtembergs*, München 2001, s.35; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 53; **Gönüldaş**, Hasan, “İş Hukukunda Arabuluculuk”, Beykent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Yüksek Lisans Tezi, İşstanbul 2020, s.21-22.

⁴⁸⁵**Hess/Pelzer**, s. 229; Avukatların ve arabulucuların meslek örgütlerinin yanı sıra, pek çoğu avukat olan arabulucular, mahkeme içi arabuluculuğun, özel hukuk uyuşmazlık çözüm alanında haksız rekabet oluşturduğunu iddia etmiş ve gerekçe olarak mahkeme içi arabuluculuğun ek maliyetlerde ücretsiz olduğunu öne sürmüşlerdir. Bkz. **Hess/Pelzer**, s.230; **Dr**, s.163

⁴⁸⁶**Hund**, s.233; **Francken**, Peter Johannes, “Das Gesetz zur Förderung der Mediation und das arbeitsgerichtliche Verfahren”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2012, s. 836; **Dwell**, Franz Josef, “Mediation endlich gesetzlich geregelt”, *Betriebs-Berater*, 2012, s.1921.

⁴⁸⁷ İş Mahkemesi Yasası (Arbeitsgerichtsgesetz); md 54a Arabuluculuk, mahkeme dışı uyuşmazlık zm (1) Mahkeme, taraflara arabuluculuk veya başka bir mahkeme dışı uyuşmazlık çözümü yöntemi

Alman iş mahkemeleri hakimleri, tarafların dava açılması için başvuruda bulunduktan sonra iki hafta içinde yapılması gereken, bir uzlaştırma duruşması talep etmektedirler. Bu duruşmanın amacı, erken aşamada, sulh anlaşmasını teşvik etmektir. Duruşma sırasında, duruşma hakimi taraflarla birlikte davanın fiili ve hukuki yönlerini öncelikli olarak değerlendirmeli ve onlara dava riskini göstermelidir⁴⁸⁸. Genellikle dava, bu tür anlaşmazlığı gidermeye yönelik duruşma sırasında bir uzlaşma veya talebin geri çekilmesi ile sona erer. Örneğin, bir iş ilişkisinin varlığına ilişkin davaların yaklaşık % 32'si, başvuruda bulunulduktan sonraki bir ay içinde, yaklaşık % 45'i bir ay ile üç ay arasında sona ermektedir. % 19'u, üç ay ile altı ay arasında sona ermektedir. Davaların sadece % 10'u, 6 ila 12 ay sürmekte ve sadece davaların % 2'sinden azı, dava 12 aydan uzun süre devam etmektedir⁴⁸⁹. Verilerden anlaşılacağı üzere mahkeme içi arabuluculuk ya da uzlaştırma prosedürünün etkin uygulanması durumunda mahkemelerin iş yükünü azalttığı kanaatindeyiz.

İlave etmek gerekir ki Almanya'da, dava şartı arabuluculuk ve tahkim, bireysel iş anlaşmazlıkları söz konusu olduğunda yalnızca çok küçük bir rol oynamaktadır. İş sözleşmelerindeki zorunlu arabuluculuk veya tahkim hükümlerini öngören ve işçinin uyuşmazlığı mahkemeye taşımamasını engelleyen hükümler geçersiz ve hükümsüzdür.⁴⁹⁰

önerebilir. (2) Taraflar, arabuluculuk veya başka bir mahkeme dışı uyuşmazlık çözümü usulü yürütmeye karar verirlerse, mahkeme yargılamanın durdurulmasına karar verir. Taraflardan birinin talebi üzerine sözlü duruşma için bir tarih belirlenmelidir. Aksi takdirde, taraflar arabuluculuğun veya mahkeme dışı uyuşmazlık çözümünün devam etmekte olduğu konusunda anlaşmazlırsa, mahkeme yargılamayı üç ay sonra yeniden başlatacaktır. (<https://www.gesetze-im-internet.de/arbogg/>) (E.T. 10.02.2023)

⁴⁸⁸ Bu düzenlemenin HMK md. 140/2 uyarınca ön inceleme duruşmasında hâkimin tarafları sulh ve arabuluculuğa teşvik etmesi ve bu yolla çözüm sağlanabileceği kanaatine varılırsa duruşmanın başka zamana bırakılması şeklindeki düzenlemeye yaklaştığına ilişkin görüş için bkz. **Şahin**, Çağatay Serdar, “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2, 2018, s.83.

⁴⁸⁹ **Hund**, s.235; Almanya'daki İş Mahkemelerinin Faaliyetlerine Tablo şeklinde Genel Bakış; Ergebnisse der Statistik der Arbeitsgerichtsbarkeit 2015 (2015 Yılı, Almanya, İş Mahkemelerinin İstatistik Sonuçları) <https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arbeitsrecht/Statistiken/Ergebnisse-Statistik--Arbeitsgerichtsbarkeit-2015.html> (E.T.04.04.2018); Genel olarak mahkeme içi arabuluculuk uygulamasında, arabuluculuk hakimlerine gönderilen davaların yaklaşık %30'unda başarılı olduğu kanıtlanmıştır. Bu davalardaki toplam sulh anlaşmaları oranı ise, yaklaşık %88,5 dur. Bu oranın yüksekliği nedeniyle bölge mahkemelerinde arabulucu hakimlere gönderilen dava sayısı, tüm davalarda %30'dan %50'ye kadar yükselmiştir. Gönderilen dava sayısının çoğalması nedeniyle araştırmalar anlaşma oranının %80 olduğunu bildirmektedir. Mahkeme içi arabuluculuk sisteminin başarılı bir sistem olduğu aşikardır. Bkz. **Hess/Pelzer**, s.229; **Dür**, s.161.

⁴⁹⁰ **Hund**, s.238 **Zahorka**, Hans Juergen, “Mediation in Labour Relations: What Can be Learned From North American and EU Example?” <https://www.libertas-institut.com/de/PDF/Mediation.pdf> (E.T. 05.04.2021)

C- Fransa

Fransız iş yargılamasında yargı teşkilatı, ilk derece mahkemesi, iş mahkemeleri (*conseil de prud'hommes*) olup, üst mahkemeler ise istinaf (*cour d'appel chambre sociale*) ve Yargıtay (*cour de cassation chambre social*) daireleridir. Fransa'da üç aşamalı bir yargı sistemi mevcuttur. İlk derece mahkemesinde dava açıldığında öncelikle zorunlu bir uzlaşma aşamasına gidilmektedir. Bir işçi danışmanı ile bir işveren danışmanının oluşturduğu ve mahkeme nezdinde kurulu olan uzlaşma komisyonunda anlaşılabilmesi halinde dosya yargılama bürosunda görülmeye başlanır ve esasa ilişkin bir karar verilerek ilk derece mahkemesi aşaması nihayete erdirilir⁴⁹¹.

Fransa mahkemelerinde oturumlarda sözlü yargılama usulü benimsenmiştir. Esasen bu mahkemeler, yargılama kurulu ve uzlaştırma kurulu olarak iki kısımdan oluşmaktadır. Yargılama kapsamında, oturumlar başlamadan önce tarafların uzlaşması için bir uzlaştırma kurulu tarafından gayret gösterilir. Kurul, işçi ve işverenleri temsil eden üyelerden oluşmaktadır. Uzlaştırma kurulunun yargılama yapıp bir hüküm verme yetkisi bulunmamaktadır.

Kurul, tarafların uzlaşarak sonuca varmaları için gerekli çabayı harcar. Bunun yanında uzlaştırma kurullarının ücret pusulalarını, çalışma çizelgelerini, emsal ücret bilgilerini istemek gibi kimi kararlar alması mümkündür. Uyuşmazlık konusu, uzlaştırma kurulu tarafından çözülemezse yargılama makamına tevdi edilir⁴⁹².

Fransa'da arabuluculuk uygulamaları ise oldukça eskiye dayanmaktadır. Fransız ekolünde sulh hâkimi uzlaştırıcı ve arabulucu (*conciliateur* ve *mediateur*) adıyla anılmaktadır. Bu düzenlemeler 1789 Fransız ihtilali ile getirilmiştir. 1996 yılında arabuluculuk kurumu Fransız hukukunda kabul edilmiştir⁴⁹³. Adli Yardım ve Başvuru Konseyleri bünyesinde 2001 yılı itibarıyla faaliyet gösteren en önemli kuruluş Adalet ve Hukuk Evi olarak bilinen birimlerdir. Adalet ve Hukuk Evi birimlerinden biri olan Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Bölümünde iş hukukuna ilişkin bir uyuşmazlıklarda,

⁴⁹¹ Güzel, s.1134; Sarıdağ, s.1102.

⁴⁹² Desrieux Claudine, Romain Espinosa, Theory And Evidence From French Labor Courts, Université Panthéon – Assas, 2015, s.2.

⁴⁹³ Bulur, Alper, “Alternatif Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”, Ankara Barosu Dergisi S.4, 2007, s. 38.

gerektiğinde o oladaki işçi veya işveren kuruluşlarının temsilcilerinin de katılımıyla bir uzlaşma sistemi uygulanmaktaydı⁴⁹⁴.

Arabuluculuk yöntemini 1995'ten beri uygulayan Fransa'da arabuluculuk, mahkeme içi ve mahkeme dışı arabuluculuk olarak mevzuatta düzenlenmiştir⁴⁹⁵.

Fransız Hukuku'nda 20 Ocak 2012 tarih ve 2012/66 sayılı kararname ile Medeni Usul Kanunu'na (CPC Code de Procédure Civile), "Uyuşmazlıkların Dostane Çözüm Yolu" başlıklı 5. bir bölüm eklenmiş ve mevcut kanunun md.1528 ve md.1567 arasında düzenlemeler getirilmiştir⁴⁹⁶. 11 Mart 2015 tarih ve 2015/282 sayılı kararname ile de, dava açılmadan önce dostane çözüm yollarına başvurulması zorunlu kılınmıştır. Buna göre CPC. md. 127'de belirtildiği üzere, davacı dostane çözüm yollarına ilişkin teşebbüste bulunduğunu dava dilekçesinde ortaya koymadığı takdirde, hâkim kendiliğinden bir arabulucu veya uzlaştırıcı tayin edecektir⁴⁹⁷.

Mahkeme içi arabuluculuk kurumu Fransız Medeni Usul Kanunu md. 131-1 ve md. 131-15 arasında⁴⁹⁸, mahkeme dışı arabuluculuk md. 1532 ve md.1535 arasında düzenlenmiştir⁴⁹⁹.

Mahkeme içi arabuluculuk faaliyetinde arabulucunun atanması hakim görevidir. Mahkeme dışı arabuluculukta ise taraflar özgürce istedikleri arabulucuyu seçebilirler. Mahkeme içi arabuluculuk faaliyetinde hakim tarafların mutabakatını aldıktan sonra

⁴⁹⁴ **Zahorka**, s. 6; **Jeammaud**, Antoine, Conciliation médiation et arbitrage des conflits (collectifs) du travail en France, Lyon 2002, s.16; **Hekimoğlu**, Fahrettin, "Fransa'da Hukuki Danışmanlık ve Arabuluculuk Uygulaması", Ankara Barosu Dergisi, S.2,2002, s.37

⁴⁹⁵ **Dür**, s. 195; **Gürsu**, Gamze Menekşe, "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s.10.

⁴⁹⁶ **Cassey**, Jérôme Le décret du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends : que d'opportunités à saisir !, Gazette du Palais, 23.06.2012, S.175, s.1 (<https://www.lextenso.fr/lextensotools/print>); Fransız Medeni Usul Kanunu'nda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arabuluculuk, uzlaşma ve avukatların katılımı ile uyuşmazlığın çözüm yöntemi olarak sayılmaktadır. Bkz. **Bolayır**, s. 156,158.

⁴⁹⁷ Davacının dava dilekçesinde uyuşmazlığın alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile çözmek için gerekli tüm özeni gösterdiğini ispat etmesi gerekir. Acil bir durumun ya da kamu düzenine ilişkin bir uyuşmazlığın varlığı davacının alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından kaçınılabilmesi açısından haklı sebep teşkil eder. Bkz. **Bolayır**, s. 157.

⁴⁹⁸ Fransa Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu: Bölüm II: Arabuluculuk. (md 131-1 ila 131-15) https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070716/LEGISCTA000006117227/#LEGISCTA000030360397 (E.T. 21.05.2022); Fransa'da hakim Alman Hukuku'nun aksine asla arabulucu olarak görev almaz. Bkz. **Ferrand**, s. 196.

⁴⁹⁹ **Dür**, s. 196.

uyuşmazlığa arabuluculuk uygulanmasının kararı verebilir⁵⁰⁰. Hakim arabuluculuğa ilişkin kararında arabulucuyu görevlendirmekte ve görevinin ne kadar süreceğini ortaya koyar. CPC md. 131-3 uyarınca, arabuluculuk sürecinin üç aydan fazla sürmemesi gerekmekte birlikte arabulucu önceden arabuluculuk için hakim tarafından öngörölmüş sürenin bir kereye mahsus olmak üzere o süre kadar uzatılmasını talep edebilir. Arabulucu görev süresi sona erdiğinde tarafların aralarındaki uyuşmazlığa bir çözüm bulunup bulunmadığı hususunda hakimi bilgilendirir. Hakim bir tarafın ya da arabulucunun isteği üzerine arabuluculuk sürecini her zaman sonlandırabildiği gibi⁵⁰¹ arabuluculuk faaliyetinin verimli işlemediği kanaatine vardığı anda sürece re’sen son verebilir. Hakim arabuluculuk sonucu yapılan anlaşmayı tarafların haklarının korunup korunmadığını denetlemek suretiyle onaylar⁵⁰².

Fransız hukukunda arabulucular görüş bildirebilir, çözüm önerisi sunabilirler. Ancak süreç başladıktan sonra arabulucunun tarafları yönlendirme yetkisi bulunmamaktadır⁵⁰³. Fransız Medeni Usul Kanunu md. 131-2’ye göre arabuluculuk davanın tamamına ya da belirli bir kısmına ilişkin olabilir. Fransız hukuk sisteminde arabulucu gerçek kişi ya da tüzel kişi olabilir. Arabulucunun tüzel kişi olması durumunda hâkimden onay alınması gerekmektedir⁵⁰⁴.

Mahkeme içi arabuluculukta arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan anlaşmalar⁵⁰⁵ kendiliğinden icra edilebilir değildir. Tarafların mahkemeden anlaşmanın onaylanmasını talep etmesiyle mahkeme anlaşmayı icra edilebilir kılar⁵⁰⁶. Mahkeme dışı arabuluculukta anlaşma belgesini onaylayan ve icra edilebilirlik şerhi veren mahkeme uyuşmazlık konusu hakkında yargı yetkisine sahip olan mahkemedir⁵⁰⁷.

⁵⁰⁰CPC md. 131-1.

⁵⁰¹ CPC md. 131-10.

⁵⁰²CPC md.131-12.

⁵⁰³ **Üzeltürk**, Hakan, “European Union General Data Protection Regulation”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi C. XV, S.2 ,2018 ,s.84.

⁵⁰⁴CPC md. 131-4; **Akan**, s.9.

⁵⁰⁵**Pekcanitez**, Hakan; “Hollanda’da Arabuluculuk Uygulamaları”, Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı, TBB Yayınları, Ankara 2012, s.114; **Şahin**, s. 85.

⁵⁰⁶ CPC md. 131-12.

⁵⁰⁷ CPC md.1565(2).

Hakim arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan anlaşmayı onaylamayı ve icra edilebilir kılmayı uygun görmeyebilir. Özellikle iş uyuşmazlıklarında hakim anlaşmaları dikkatle inceler ve her bir tarafın hakkının korunup korunmadığını kontrol eder⁵⁰⁸.

Fransa’da medeni, ticari, idari, bazı niteliksiz suçlarla ilgili ceza hukuku ve iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk teşvik edilmektedir. Arabuluculuk ve uzlaşma ilgili hükümler, sözleşmelerde giderek yaygınlaşmaktadır. Adalet erişim hakkını kısıtlamadığı veya etkisiz hale getirmedığı sürece bu hükümler geçerlidir⁵⁰⁹.

Fransız iş hukukunda iş yargılaması açısından alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvuru bir dava şartıdır. Bu şart yerine getirilmediği takdirde dava şartı yokluğu nedeniyle dava usulden reddedilir⁵¹⁰.

D- İtalya

Avrupa Birliği’nde, Direktif’e hızla adapte olan ülkelerden biri de İtalya olmuştur. İtalya’da arabuluculuğun iç hukuka hızlıca adapte edilmesini gerektiren sebeplerin başında mahkemelerin birikmiş dava sayısı gelmiştir⁵¹¹.

Mart 2011- Ekim 2012 tarihleri arasında İtalya’da dava şartı arabuluculuk uygulanmaktayken, 69/2009 sayılı kanun verdiği yetkiye binaen hükümetin çıkardığı 28/2010 sayılı KHK’ye dayanılarak getirilen dava şartı arabuluculuk uygulaması aleyhine dava şartı arabuluculuğun ücretli olması, eşitliğe aykırı olması ve arabuluculuk sürecinin belirsizliği sebepleri ile anayasaya aykırılık iddiasında bulunulmuştur⁵¹².

6 Aralık 2012 tarihinde İtalyan Anayasa Mahkemesi dava şartı arabuluculuk ile ilgili kanun hükmünde kararnameyi, hükümetin yetkisini aşarak kabul etmesi sebebiyle

⁵⁰⁸ **Ferrand**, s.195; **Dür**, s. 201.

⁵⁰⁹ **Ferrand**, s.190; **Dür**, s.201.

⁵¹⁰ **Kekeç**, Elif Kısmet; Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara, 2016, s. 238; **Şahin**, s.84; **Bolayır**, s 157.

⁵¹¹ **De Palo**, Giuseppe/ **Harley** Penelope, “Mediation in Italy: Exploring the Contradictions”, Negotiation Journal, C.21, 2005, s.470-471; **Hanks**, s.936; **Colombo**, s.74-75; **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s.812. Bu suretle İtalya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesini ihlal ettiğinden bahisle, talepte bulunan bireylere 600 milyon Euro ödemek zorunda kalmıştır. Bkz. **De Palo**, Giuseppe/ **Bernadini**, Paola/**Cominelli**, Luigi, “Mediation in Italy: the Legislative Debate and the Future”, ADR Bulletin, C. 6, S.3, 2003, s.51.

⁵¹² **De Palo**, Giuseppe/ **Oleson**, Ashley,” Regulation of Dispute Resolution in Italy: The Bumps in the Road to Successful ADR and Access to Justice at the Crossroads, Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013, s.252

iptal etmiştir. Anayasa'ya aykırılığa ilişkin karara, İtalyan Baro Birliği tarafından Anayasa Mahkemesine başvuruda ileri sürülen ve yukarıda sayılan sebeplerle bireyin savunma hakkını ihlal etmesi değil⁵¹³, İtalyan hükümetinin dava şartı arabuluculuk sistemini parlamentoya açık şekilde sunmadan yürürlüğe koyması gerekçe oluşturmuştur⁵¹⁴. İtalyan Anayasa Mahkemesi yetki aşımı nedeniyle esasa girmeden, karar vermiştir. Hak arama özgürlüğü anlamında da bir değerlendirme yapılmamıştır⁵¹⁵.

İtalya'da 2013 yılında Avrupa Birliği'nin baskıları ile dava öncesi zorunlu arabuluculuk prosedürü tekrar gündeme gelmiştir; avukatların baskılarıyla mevzuatta önemli değişiklikler yapılmıştır. 2013 yılında 28/2010 sayılı KHK'da yapılan değişiklikle yürürlüğe girmiştir ve bu değişiklik henüz anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmemiştir⁵¹⁶. Böylelikle, belirli uyuşmazlıklar için dava şartı arabuluculuk getirilmiştir. Bu uyuşmazlıklar daha önce sayılanlara göre sayıca daha azdır⁵¹⁷. İkinci olarak, taraflara arabuluculuk sürecinin başlangıç aşamasında süreçten çekilme, vazgeçme imkânı tanınmıştır⁵¹⁸. Taraflardan birinin çekilme talebi üzerine arabulucu çözüm önerisinde bulunabilecektir.

Arabulucunun çözüm önerisinin reddedilmesi ve mahkemenin verdiği hükmün arabulucunun çözüm önerisiyle aynı olması durumunda, mahkeme öneriyi reddeden tarafa yargılama masraflarını yükleyebilecektir. Çekilme hakkının kullanılması durumunda arabulucuya çözümde bulunma yetkisi verilerek arabuluculuk faaliyetinden çekilmeden önce bir kez daha düşünmeyi sağlayan bir prosedür ortaya konulmuştur. Bu düzenleme ile amaçlanan uyuşmazlığın mahkemeye gidilmeden çözülmesini sağlamaktır. Son olarak, İtalyan Barosu mensuplarının baskılarıyla tarafların avukat ile temsili zorunlu

⁵¹³**Matteucci**, Giovanni, "Italy is doing it-Should we be? Civil and Commercial Mediation in Italy", Contemporary Tendencies in Mediation, de Pinho, Humebrtodalla Bernardina, de Andrade/ **Loss** Juliana (Ed.), Madrid, 2015, s.221; **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s.814.

⁵¹⁴**Matteucci**, Giovanni, "Mandatory Mediation, The Italian Experience", Revista Electronica de Direito Processual, s. 192. Bkz. <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19964> (E.T. 12.05.2021); **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s.814.

⁵¹⁵**De Palo/Oleson** s. 253; **Dür**, s. 187.

⁵¹⁶**Dür**, s. 188.

⁵¹⁷Sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar, kira uyuşmazlıkları taşınmaz mala ilişkin uyuşmazlıklar, malpraktis, gemi kazaları, mal paylaşımına ilişkin uyuşmazlıklar için arabuluculuk dava şartıdır. Bkz. **De Palo/Oleson** s. 245.

⁵¹⁸**Matteuci**, "Mandatory Mediation", s.193; **Gönüldaş**, s.25.

kılınmıştır⁵¹⁹. 20 Eylül 2013 tarihi itibariyle dava öncesi dava şartı arabuluculuk dönemi yeniden başlamıştır⁵²⁰.

28/2010 sayılı KHK ile tarafların hakim tarafından arabuluculuğa davet edilmesi de öngörülmüştür (md.5/2). Böylelikle İtalya’da ihtiyari, dava şartı ve hakim önerisi üzerine yapılan arabuluculuk uygulanmaktadır⁵²¹.

İtalya’da bireysel iş hukukunda arabuluculuk yöntemi uygulanmamaktadır. *Loi*, iş hukukunun 2008/52 sayılı Direktif’ in kapsamından hariç tutulmadığını ancak 2008/52 sayılı Direktif md.10 gereğince tarafların kendi kendilerine karar verme serbestisine sahip olmadıkları hak ve yükümlülükler için arabuluculuğun uygulanmayacağını, bu nedenle iş hukukunun 2008/52 sayılı Direktif’in kapsamı dışında tutulduğunu ve sonuç olarak İtalya’da bireysel iş hukukunda arabuluculuğun ya da dava şartı arabuluculuğun bulunmadığını ifade etmiştir⁵²². Yazarın görüşüne katılmamaktayız. İtalyan kanun koyucu iş hukukunu arabuluculuk ve dava şartı arabuluculuk kapsamı dışında bırakmayı tercih etmiş olmasının sebebi Direktif olamaz. Zira örneğin Direktif’e tabi olan Fransa’da iş uyuşmazlıklarında dava öncesi başvurulması gereken alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri de arabuluculuktur.

Dava şartı arabuluculuğa yakın olarak görülebilecek zorunlu uzlaşma prosedüründen bahsedilebilir. İtalya’da 2010 yılından önce iş uyuşmazlıklarında tarafların mahkemeye başvurmadan önce uzlaşma yoluna gitmeleri zorunluydu. Her türlü iş uyuşmazlığında anlaşmaya varma zorunluluğu olmaksızın tarafların zorunlu uzlaşma girişiminde bulunmaları gerekmektedir. Zorunlu olan uzlaşma uygulaması mahkemelere intikal eden iş uyuşmazlıklarının sayılarının azaltılmasında çok az etki etmiştir. Zorunlu uzlaşma iş uyuşmazlıklarında işlem sürelerinin fiilen uzamasına sebep olmuştur⁵²³.

⁵¹⁹**Morek**, Rafal, Mandatory Mediation in Italy Reloaded, 2013, (E.T.:19.05.2021), <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2013/10/09/mandatory-mediation-in-italy-reloaded/>

⁵²⁰**Matteucci**, Italy is doing it- Should We Be? s.222; **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s.815. Dava şartı arabuluculuk sürecinde ilk oturumun otuz gün içinde, tüm sürecin ise ne fazla doksan gün içinde tamamlanması gerekmektedir. Taraflar birlikte karar verirse bu süreyi uzatabilirler. Zorunlu olan ilk oturum toplantısına taraflar avukatları ile katılmak zorundadır. Bkz. **Dür**, s. 189

⁵²¹ **Dür**, s.188.

⁵²² **Loi**, Pierra, “İtalyan İş Hukukunda Arabuluculuk ve Uzlaşma”, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40.Yıl Uluslararası Toplantısı, TISK, İstanbul, 2016, s.130. İtalya’da arabuluculuğa çok yakın olan destekli müzakere (*assisted negotiaon*) yöntemi bulunmaktadır. Destekli müzakere sürecinde üçüncü ve tarafsız bir kişi ve tarafların avukatları ile uyuşmazlığın çözümü sağlanmaya çalışılır. Süreç doğrudan tarafların avukatlarına bağlıdır. Her türlü iş uyuşmazlığı destekli müzakere sürecinin de kapsamı dışında bırakılmıştır. Bkz. **Loi**, s. 131.

⁵²³**Loi** s.127,128.

İtalya’da iş hukukunda zorunlu uzlaşma prosedürü mahkemelerin dava yükünü azaltmamış, olağan muhakeme usulüne yük getiren bir yöntem olarak görülmüştür. 2010 yılı itibariyle ihtiyari uzlaşma uygulamasına geçilmiştir⁵²⁴.

İtalya’da iş uyuşmazlıklarında mahkemeye alternatif olarak uzlaşma kurumu kapsamında taraflardan biri diğerine yazılı uzlaşma talebinde bulunabilir. Karşı taraf bu öneriyi kabul edip etmeme de serbesttir. Uzlaşmanın taraflarca kabul edilmesi durumunda yazılı uzlaşma teklifini alan taraf yirmi gün içinde kendi iddialarına ilişkin bir dilekçe yazmalı ve bu dilekçeyi Bölge İstihdam Ofisine göndermelidir. Bölge İstihdam Ofisi Uzlaşma Kurulu on gün içinde tarafların bir araya geleceği oturumun tarihini belirler. Bu süreyi takip eden otuz gün içinde Bölge İstihdam Ofisi Uzlaşma Kurulu anlaşma ya da anlaşmama tutanağı hazırlar. Anlaşma tutanağı hazırlaması durumunda bu belge bağlacı niteliktedir⁵²⁵.

İtalya’da iş hukuku, arabuluculuk mevzuatı kapsamı dışında bırakılmış olup, iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda bu çözüm yönteminin kullanılmaz⁵²⁶. Kanaatimizce, Almanya ve İtalya gibi Avrupa Birliği’nin önde gelen devletlerinde iş hukukunun dava şartı arabuluculuk kapsamı dışında olması, göz ardı edilmemesi gereken bir husustur.

II-Anglo Sakson Hukuk Sistemi

A- Birleşik Krallık

1- Genel Olarak

Birleşik Krallık’ta alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin yapılan çalışmalar hukuk reformunun bir parçasıdır ve ayrı olarak değerlendirilmemektedir⁵²⁷. Lord Woolf tarafından hazırlanan, 1995 ve 1996 tarihli Adalet Erişim Raporları usul hukuk kurallarını gözden geçirmek, yargı sürecindeki karışıklığı gidermek ve yargılama

⁵²⁴**Loi** s.127.

⁵²⁵**Loi**, s. 128.

⁵²⁶**Loi**, s. 131.

⁵²⁷**Wright**, Martin, Justice for Victims and Offenders; A Restorative Response to Crime, Waterside 1992, s.42; **Dür**, s.183; **Gönüldaş**, s.24; **Demirkılınc**, Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2019, s.39.

giderlerinin azaltılmasına ilişkindir⁵²⁸. 1996 tarihli nihai raporda alternatif uyuşmazlık yöntemlerinin teşvik edilmesinin gereği vurgulanmıştır⁵²⁹. Bu rapor dikkate alınarak İngiliz Medeni Usulü Kanunu, 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁵³⁰. Bu kanun tarafların yargılama öncesi anlaşmaya varmasını teşvik etmekte yargılama sürecine alternatifler getirmektedir⁵³¹. 2009 yılında yayımlanan Jackson Raporu da ihtiyaç duyulunun yasanın değişimi değil kültürün değişimi olduğunu ileri sürmüştür. 2011 yılında İngiltere, 2008 tarihli arabuluculuğa ilişkin Direktif'in uygulanmasını mevzuatına dahil etmiştir. İngiltere alternatif uyuşmazlık çözümü yollarının yarı zorunlu kullanımını kabul etmiştir⁵³². Birleşik Krallık'ta arabuluculuğa ilişkin bir *Arbuluculuk Kanunu* yoktur⁵³³.

2- Bazı Mahkeme Kararları

İngiliz hukuk muhakemesi usul kuralları uyarınca mahkemeler, uyuşmazlığın taraflarını alternatif çözüm yöntemlerini kullanmaları bakımından teşvik etmektedir. Tarafların etkili bir arabuluculuk sürecini işletmek yerine dava yoluna gitmeleri yargılama masraflarına mahkûm olmalarına neden olabilmektedir⁵³⁴. Mahkeme, yargılama masraflarından kimin sorumlu olacağı hususunda tarafların uyuşmazlığı çözmek için süreç öncesi ve süreç sırasında gösterdikleri gayreti dikkate almaktadır⁵³⁵.

⁵²⁸. Orijinal adı “Access to Justice Reports” olan bu çalışmalar, yazarının ismine ithafen doktrinde Woolf Raporları olarak da anılmaktadır. Bkz. **Zuckerman**, Adrian. A.S, “Lord Woolf’s Access to Justice: Plus Chang”, The Modern Law Review, C.59, S.6, 1996, s. 773,775; **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 815; **Gönüldaş**, s.24; **Demirkılınc**, s.39.

⁵²⁹**Woolf**, Lord, Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System of Englandand Wales (Final Report), HMSO, London, 1995, Bölüm:1, paragraf; 1-17 Bkz. **Özdemir**, Semih Sırrı, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı: İngiltere’deki Düzenlemeler ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.1, 2012, s.1, 58.

⁵³⁰**Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 816; **Mistelis**, Loukas, “ADR in England and Wales: a successful case of Public Private Partnership”, ADR Bulletin, 2003, C.6, S.3, Article 6, s.55.

⁵³¹**Roberts**, Simon/ **Palmer**, Michael, Dispute Processes, ADR and the Primary Forms of Decision-Making, Cambridge University Press, New York, 2005, s. 68; **Mistelis**, Loukas. A., “ADR in England and Wales”, The American Review of International Arbitration, 2001, s. 178,179.

⁵³²**Hanks**, s.944; **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s.817; **Özdemir**, İngiltere, s.1.

⁵³³ Bireysel iş hukukunda arabuluculuk kapsamındaki düzenlemeler Avusturalya, Yeni Zelanda, Kanada gibi Birleşik Krallık ülkelerinde İngiltere ile paralellik göstermektedir.

⁵³⁴**Köme Akpulat**, s. 63; **Minawa**, Ebisui/**Sean**, Cooney /**Colin**, Fenwick, Resolving Individual Labour Disputes, Genova 2016, s.29.

⁵³⁵**Nesic**, Miryana, “Mediation-On the Rise in the United Kingdom?”, Bond Law Review, C. 14, 2001, s.15.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere İngiliz hukukunda ayrı bir arabuluculuk kanunu bulunmamaktadır; ancak arabuluculuk uygulamalarına ilişkin mahkeme kararları bazı kriterlerin ortaya konulması bakımından yol göstericidir. Bu sebeple aşağıda önemli bazı kararları incelemeyi gerekli buluyoruz.

Dunnett v. Railtrac davası, mahkemenin arabuluculuk teşvikinin, süreç için daha yoğun bir desteğe dönüştüğü ilk İngiliz davasıdır. Mahkeme, arabuluculuğu reddeden davayı kazanan tarafların, nasıl olsa kazanabilecekleri, yargılama giderlerini elde etmesi engellenebilir diye karar vermiştir⁵³⁶. Diğer bir ifade ile arabuluculuk yolu ile çözümlenebilecek bir anlaşmazlık için dava yolunu seçmek cezalandırılmıştır⁵³⁷. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının göz önünde bulundurulmanın tarafların ve avukatların ödevlerinden biri olduğu da kararda vurgulanmıştır⁵³⁸.

Dunnett v. Railtrac davası ardından doktrinde tarafların mahkeme tarafından arabuluculuğa zorlanıp zorlanamayacağı hususu tartışmaya açılmıştır. Mahkemeler, tarafların arabuluculuğa katılmaya zorlayabilir mi? Bu soruya olumsuz cevap verilmesi halinde arabuluculuğa dahil olmayı reddeden tarafa yargılama giderlerinin yüklenip yüklenemeyeceği ikinci bir soru olarak karşımıza çıkar. Bu soruları⁵³⁹ birleştirilmiş davalar olan Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust ve Steel v. Joykalan cevaplayacak niteliktedir. Temyiz Mahkemesine göre, gerçekten isteksiz tarafların zorunlu olarak arabuluculuğa sevk edilmesi davacının mahkemeye erişim hakkını engeller ve bu da AİHS md.6'yı ihlal etmek demektir. Mahkeme, tarafların arabuluculuk sürecine girmelerini isteme yetkisine sahip olsa bile, bu yetkinin kullanılmasının uygun olacağı durumları tespit etmenin zor olduğunu belirtmiştir. Zorunlu bir plan dayatmayı reddeden mahkeme, arabuluculuğa pragmatik bir yaklaşım getirmiştir. Mahkeme arabuluculuğa sevk zorunlu olmasının "*taraflarca karşılanacak masrafları arttırmak dışında hiçbir şey sağlayamayacağını, mahkemenin anlaşmazlık için belirlediği zamanı muhtemelen uzatacağını ve alternatif uyuşmazlık çözümünü sürecinin algılanan etkinliğini zedeleyeceğini*" açıklamıştır⁵⁴⁰.

⁵³⁶**Nolan Haley**, Jacqueline, "Mediation Exceptionality", Fordham Law Review, 2009, s. 1258; **Nolan Haley**, Mandatory Mediation, s. 999.

⁵³⁷**Nesic**, s.3; **Nolan Haley**, Mandatory Mediation, s. 999.

⁵³⁸**Hanks**, s.943; **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s.816.

⁵³⁹**Nolan Haley**, Mediation Exceptionality, s. 1259; **Nolan Haley**, Mandatory Mediation, s. 999.

⁵⁴⁰**Nolan Haley**, Mediation Exceptionality, s. 1259.

Zorunlu arabuluculuğun potansiyel olarak olumsuz sonuçları nedeniyle mahkeme, tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına zorlanmasının kabul edilemez olduğuna hükmetmekle birlikte arabuluculuk seçeneklerini teşvik etmenin mahkemenin rolü olduğuna da vurgu yapmıştır. Mahkeme, davayı kazanmış olsalar bile arabuluculuk için makul olmayan bir şekilde rıza göstermeyen tarafların yargılama giderlerinden sorumlu olabileceğine hükmetmiştir. Bu nedenle, mahkeme, yargılama giderlerinin kaybeden tarafça ödenmesi kuralından sapma olduğunu kabul ederek, şunları açıklamıştır⁵⁴¹: *“Alternatif uyuşmazlık çözümünü kabul etmeyi reddettiği gerekçesiyle, kazanan tarafın masrafların bir kısmından veya tamamından sorumlu tutulmasına karar verirken, bu durumun masrafa ilişkin genel kuralın bir istisnası olduğu unutulmamalıdır. Genel kuraldan neden bir sapma olması gerektiğini gösterme ve kanıtlama sorumluluğu davayı kaybeden tarafın üzerindedir.”* Mahkeme, bir tarafın arabuluculuğa katılmayı reddetmesinin makul olup olmadığını belirlemek için kapsamlı olmayan bir liste sunmuştur. Buna göre: anlaşmazlığın niteliği, davanın esasları, diğer çözüm yöntemlerinin denenmesi, alternatif uyuşmazlık çözümü maliyetlerinin orantısız bir şekilde yüksek olup olmayacağı, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başlanmasının ve katılımında doğacak herhangi bir gecikmenin taraflara zarar verip vermeyeceği, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin makul bir başarı olasılığının olup olmadığı ve bir tarafın arabuluculuk yapmayı reddetmesinin makul olup olmadığı ile ilgili hususları birlikte değerlendirmiştir⁵⁴².

“Başarılı tarafın arabuluculuğu kabul etmeyi reddetmesini, arabuluculuğun makul bir başarı ihtimali olmadığını göstermedikçe mantıksız olarak nitelendirmek doğru olmayacaktır. Bu, başarılı tarafın arabuluculuğu reddetme ve uyuşmazlığın mahkeme tarafından karara bağlanmasında ısrar etme hakkına fazla müdahale olur. Arabuluculuğun daha başarılı ve makul olacağını göstermek için sorumluluk başarısız tarafa yüklenirse denge sağlanır.”

Halsey kararı farklı sebeplerle eleştirilere konu olmuştur. Kararda ortaya konan ilkeleri "mantıklı bir uzlaşma" olarak görenlerin yanı sıra mahkemenin arabuluculuğu zorunlu kılmamasını eleştirenler de olmuştur. Makul olmayan bir şekilde arabuluculuk yapmayı reddettiği düşünülen tarafları yargılama giderleri hususunda adeta

⁵⁴¹Nolan Haley, Mandatory Mediation, s.1000; Nolan Haley, Mediation Exceptionality, s. 1259.

⁵⁴²Nolan Haley, Mediation Exceptionality, s. 1260.

cezalandırmak; müzakere yapmayı reddetmeye, arabuluculuğa katılmayı kabul etmede gecikmelere, arabuluculukta makul olmayan örneğin tarafın arabuluculuğun ön koşulu olarak özür dilenmesini talep etmesi gibi kabul edilmesi pek de kolay olmayan durumlara sebep olmuştur⁵⁴³.

Halsey kararından sonra mahkemeler, tarafların arabuluculuk yapmayı reddetmesini daha sık olarak makul karşılamaktadır. Fikrimizce, arabuluculuğun makul bir başarı ile sonuçlanıp sonuçlanmayacağını önceden belirlenmesi mümkün olmadığı gibi mahkeme için başarının ne anlama geldiği de açık değildir⁵⁴⁴. Bu kapsamda başarı ile kastedilenin bütün uyuşmazlık konularında ya da bazı uyuşmazlık konularında çözüme ulaşılması mıdır yoksa tarafların birbirlerinin istek ve pozisyonlarını daha iyi anlaması yeterli midir? Bunların hepsi başarı olarak ifade edilebilir. Bu yönüyle kararın yeterli açıklıkta olmadığı kanaatindeyiz.

İngiliz hukukunda mahkeme, masraflara kimin katlanacağını belirlerken tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını makul olmayan bir sebeple reddedip reddetmediği veya görüşmelerde işbirliğine ilişkin davranışlar sergileyip sergilemediğini de değerlendirebilmektedir⁵⁴⁵.

3- ACAS (Advisory, Conciliation and Arbitration Service)

İngiltere’de iş davalarının çözümü için iki yol benimsenmiştir. 25.000 sterlinin üstündeki talepler için genel hukuk mahkemelerine başvurulmalıdır. Genel hukuk mahkemelerinde (*civil court*) İngiliz Hukuk Usulü kuralları uygulanır. 25.000 sterlinin altındaki uyuşmazlık talepleri iş mahkemelerinde (*employment tribunal*) çözülür⁵⁴⁶. Bu iki mahkemeye ayrı usul kuralları uygulanır ve ayrı alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmaları söz konusudur⁵⁴⁷.

⁵⁴³**Nolan Haley**, Mediation Exceptionality, s.1261; **Nolan Haley**, Mandatory Mediation, s.1002.

⁵⁴⁴**Nolan Haley**, Mediation Exceptionality, s.1263; **Nolan Haley**, Mandatory Mediation, s.1002.

⁵⁴⁵ Civil Procedural Rules md 1.4(e) <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part01>

⁵⁴⁶ The Industrial Tribunals Extension of Jurisdiction Order 1994, md. 10 <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/1994/1623/article/10/> (E.T. 02.03.2023)

⁵⁴⁷ **Nalbant**, Mustafa, “Türkiye ve İngiltere’deki İş Hukuku Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları’nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Md. 6(1) Bağlamında Değerlendirilmesi”, Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı, **Yeşilirmak**, Ali/ **Gümrükçüoğlu Bozkurt**, Yeliz/ **Kafalı**, Ömer Faruk/ **Yakacak**, Gülnihal Ahter/ **Dülger**, Ahmet (Ed.), 2021, s. 116.

İş mahkemelerine başvuru öncesi Danışma, Uzlaşma ve Tahkim Servisi; ACAS (*Advisory, Conciliation and Arbitration Service*) kurumuna başvurulmalıdır. Davacı ACAS'a telefon ederek, online veya posta yoluyla erken uzlaşma formu sunarak iş mahkemesine başvuru yapmak istediğini bildirmelidir⁵⁴⁸.

İş mahkemelerinde dava açmadan önce tarafların erken uzlaşma sertifikası (*early conciliation certificate*) adı verilen belgeyi almaları zorunludur. Bu belge olmadan yapılan başvurular reddedilir. Bu belge ACAS Kurumu tarafından verilir. Taraflar uzlaşma görüşmelerine katılmak istemediklerinde uzlaşma görüşmelerine katılmadan da bu belgeyi alabilmektedirler. Belgeyi alabilmek için en azından ACAS ile irtibata geçmek zorundadırlar⁵⁴⁹.

Birleşik Krallık'ta iş mahkemelerinde görülmekte olan ya da tarafların henüz mahkemeye taşımadığı uyuşmazlıkları uzlaştırmak, tarafları bilgilendirmek üzere görevli olan ACAS, bireysel ve toplu iş uyuşmazlıklarının çözümünde önemli bir rol oynamaktadır⁵⁵⁰. ACAS, tarafsız ve bağımsız bir kamu tüzel kişisi olarak 1975 tarihli İş Koruma Kanunu (*Employment Protection Act*) uyarınca kurulmuştur. Yargılamadan önce ya da yargılamanın her aşamasında, tarafların uzlaşma, arabuluculuk ya da tahkim amacıyla başvurduğu bu kurum; uyuşmazlıkların iş mahkemesine götürülmesinin büyük oranda önüne geçmektedir⁵⁵¹.

Bir başkan ile bakanlık tarafından atanan işçi ve işveren temsilcileri, sendika temsilcileri ve bağımsız kişilerin oluşturduğu on bir üyeden oluşan ACAS Konseyi; iki ayda bir toplanarak, kanundan ve uygulamadan doğan iş hukukuna ilişkin sorunları değerlendirmekte ve bunlara yönelik çözüm önerileri geliştirerek tavsiyelerde bulunmaktadır⁵⁵². Konseyin faydalı uygulamaların yerleşikleştirilmesi bakımından önemli olduğu belirtilebilir.

⁵⁴⁸ The Employment Tribunals (Early Conciliation: Exemptions and Rules of Procedure) Regulations 2014 md.3(1) (c) <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2014/254/contents/made> (E.T.02.03.2023)

⁵⁴⁹ **Downer**, Matthew/**Harding**, Carrie, Evaluation of ACAS, Early Conciliation, London 2015, s.64; **Nalbant**, s. 116; **Gönüldaş**, s.24; **Dür**, s.181.

⁵⁵⁰ **Downer**, /**Harding**, s.12.; **Dür**, s.181; **Gönüldaş**, s.24; **Demirkılınc**, s.39.

⁵⁵¹ **Downer**/**Harding**, s.13; **Dür**, s.181.

⁵⁵² **Barton**, Gabriel/**Peck**, Stephanie, Employment Tribunals, LRD Publications, London 2012, s.22, **Köme Akpulat**, s. 64;

ACAS Konseyi'nin altında, çeşitli şehirlerde bulunan bölge temsilcilikleri yer almaktadır. Bu temsilciliklerin başvuruculara bilgi vermek ve tavsiyede bulunmak; işçi, işçi grupları veya işçi sendikaları ile işverenler arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne yardımcı olmak ve çeşitli organizasyonlara eğitim vermek gibi görevleri bulunmaktadır. Bu görevler kamu görevlisi sayılan çalışanlar aracılığıyla gerçekleştirilir⁵⁵³. ACAS tarafından bireysel ve toplu iş uyuşmazlıklarının çözümü, uzlaştırma, arabuluculuk ve tahkim usulleri ile yapılmaktadır. Süreçlerin planlanması ve yürütülmesi gibi hizmetler de sunulmaktadır⁵⁵⁴.

Bireysel iş uyuşmazlıklarının mahkeme dışında çözülmesi hakkında önemli bir gelişme Nisan 2014 tarihinde yaşanmış ve bu tarihte, taraflara uyuşmazlığı mahkemeye taşımadan önce bu servise bildirimde bulunma zorunluluğu getiren erken uzlaşma düzenlemesi yürürlüğe girmiştir. Ön-erken uzlaştırma (*early conciliation*) olarak da isimlendirilebilecek bu çözüm yolu ile uyuşmazlıkların daha hızlı, ucuz ve daha barışçıl bir yolla çözülmesi hedeflenmiştir⁵⁵⁵.

Uyuşmazlıkları mahkemeye götürmeden önce ACAS'a bildirimde bulunmak; haksız fesih, feshe bağlı tazminatlar, ayrımcılık iddiaları, sözleşme türleri ve çalışma sürelerine ilişkin uyuşmazlıklarda zorunludur⁵⁵⁶. Bu sistemde, taraflardan birinin bildirim üzerine uzlaştırmacı, tarafları uzlaşma görüşmelerine davet etmekte ve tarafların kabulü ile uzlaştırma görüşmeleri başlamaktadır. Bu süreç, ACAS'a başvurulmasından itibaren bir ay sürmekte, tarafların anlaşması ve uzlaştırmacının bu konudaki kararıyla iki hafta daha uzatılabilmektedir⁵⁵⁷. Bu sürede, iş mahkemesine başvurmak için aranan başvuru süreleri işlemezken, uzlaşma süresinin dolması üzerine süreler kaldığı yerden devam etmektedir⁵⁵⁸. Eğer taraflardan biri uzlaşmayı kabul etmez veya görüşmeler sırasında anlaşmazlık yaşanır, uzlaştırmacının düzenlediği bir belge üzerine uyuşmazlık mahkemeye gönderilmektedir. Mahkeme süresince de tarafların uzlaşmak için ACAS'a başvurması mümkündür. Bu durumda başvuran davalı da olabilir.

⁵⁵³ **Barton/Peck**, s.21; **Köme Akpulat** s. 64

⁵⁵⁴ **Barton/Peck**, s.22; **Köme Akpulat** s. 64-65.

⁵⁵⁵ <https://www.acas.org.uk/early-conciliation> (E.T. 02.03.2023)

⁵⁵⁶ **Downer/Harding**, s. 12.

⁵⁵⁷ The Employment Tribunals (Early Conciliation: Exemptions and Rules of Procedure) Regulations, md. 6 (3) <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2014/254/schedule/made> (E.T. 02.03.2023)

⁵⁵⁸ **Downer /Harding**, s.13.

Uyuşmazlığın mahkemeye taşınması üzerine mahkeme, uzlaşma görüşmelerinde verilen bilgiler ve sunulan ispat araçları ile bağlı değildir. Hatta uzlaştırmacının bu bilgileri tarafların açıkça kabulü olmadan mahkeme ile paylaşması yasaktır⁵⁵⁹. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın uzlaştırmacı tarafından çözülmesi durumunda ise bu karar, taraflar için bağlayıcı ve icra edilebilir niteliktedir. Karardan sonra aynı uyuşmazlığın taraflarca yeniden iş mahkemesi önüne getirilmesi de mümkün değildir⁵⁶⁰.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, ACAS' a ilk başvuru sürecinde, davacı tamamlanmış erken uzlaşma formunu online, elden ya da posta yoluyla sunarak veya ACAS'a telefon ederek iş mahkemesine başvuru yapmak istediğini belirtir.

İddia hakkında herhangi bir bilgi talep edilmez. Burada işçinin haklarını bilememe ihtimali üzerinde durulmakta, işçi korunmaktadır. Örneğin, haksız bir işten çıkarma iddiası, ayrımcılık iddiasını da içerebilir ve işçinin bu hususlara vakıf olması beklenmez⁵⁶¹. Taraflar ACAS aracılığıyla bir anlaşmaya varırlarsa anlaşmanın şartları kaydedilir ve bu durumda erken uzlaşma sertifikası düzenlenmez. COT3 adı verilen uzlaştırma sözleşmesi imzalanır. Uzlaşılamazsa veya taraflardan biri görüşmelere katılmazsa ACAS uyuşmazlığın mahkemeye götürülebilmesi için şartların sağlandığını gösteren erken uzlaştırma sertifikası verir⁵⁶². Bu sertifika olmadan iş mahkemesi önünde dava süreci başlamaz. Zorunluluk sadece sertifika alınmasına ilişkindir⁵⁶³.

Kimi bireysel iş uyuşmazlıklarında mahkeme öncesinde ACAS'a bildirimde bulunmak zorunluluğu getiren, ancak sürecin devamında tamamen tarafların iradesine göre şekillenen ön-erken uzlaştırma çözüm yolu; uyuşmazlıkların mahkemeye taşınmadan daha hızlı ve ekonomik olarak çözülmesini hedeflemektedir. Bu düzenlemenin yürürlüğe girmesiyle; özellikle sözleşme görüşmelerindeki uyuşmazlıklar, basit ayrımcılık iddiaları, günlük çalışma süresinin başlangıcı ve sona ermesi gibi

⁵⁵⁹Downer/Harding, s.92; Köme Akpulat, s.65

⁵⁶⁰Downer/Harding, s.92; Köme Akpulat, s.65.

⁵⁶¹ Nalbant, s117.

⁵⁶²Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 md.7(4)
<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/24/section/7/enacted> (E.T. 03.03.2023)

⁵⁶³ Nalbant, s. 118; Gönüldaş, s.24.

uyuşmazlıklarda iş mahkemelerinin iş yükünün azaldığı, tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını kullanarak hukuki sonuca daha erken ulaştığı belirtilmektedir⁵⁶⁴.

B- Amerika Birleşik Devletleri

1-Genel Olarak

Amerika Birleşik Devletleri yargı sisteminde mahkemeler, Federal ve Eyalet Mahkemeleri olmak üzere iki farklı grup olarak düzenlenmiştir. Federal Mahkemeler kendi içinde Federal Bölge Mahkemeleri, Temyiz Mahkemeleri, Üst Derece Temyiz Mahkemesi olarak ayrılırken, Eyalet Mahkemeleri de Genel Alt Derece Temyiz Mahkemeleri, Eyalet Temyiz Mahkemeleri, Özel Mahkemeler ve Eyalet Üst Derece Mahkemesi olmak üzere ayrılmışlardır⁵⁶⁵.

Federal Bölge Mahkemesi sayısı Amerika Birleşik Devletleri eyaletlerinde nüfus yoğunluğuna ve işlenen suç oranına göre, değişmektedir ve ilaveten, sınırlı yargı yetkisine sahip, özel ihtisas mahkemeleri de kurulmuştur. Federal Bölge Mahkemesi kararlarına karşı Temyiz Mahkemelerine başvurulabilir. Amerika Birleşik Devletleri Üst Derece Yargı Mahkemelerinin yetki alanı; Temyiz Mahkemesinin bazı kararlarına itiraz ve Eyalet Üst derece Mahkemesinin Anayasaya aykırılık konusundaki uyuşmazlıklardır. Amerika Birleşik Devletleri Üst Derece Mahkemesinin Anayasa'ya uygunluk denetimi yapma yetkisinin yanında belli davalara ilk derece mahkemesi olarak bakma yetkisi de vardır.

Amerika Birleşik Devletleri'nde uzlaştırma ve arabuluculuk terimleri çoğu zaman eş anlamlı olarak kullanılmaktadır⁵⁶⁶. Amerika Birleşik Devletleri'nde hukuk yargılamasında hakimler, kural olarak, uzlaştırma yapamaz ve sadece hüküm verebilir.

⁵⁶⁴ Düzenlemenin yürürlüğe girdiği Nisan 2014'ten itibaren ilk bir yıllık süreçte yapılan başvuruların %15'i uzlaşma ile sonuçlanmış; %63'ünde, ACAS'ın diğer alternatif çözüm yollarına gidilerek çözülmüştür. Geri kalan başvuruların %22'si ise mahkemeye taşınmıştır. Bkz. **Downer, Harding**, s.64; 2019 yılı verilerine göre ACAS'ın temas kurduğu 135.000 anlaşmazlığın 4500'ü iş mahkemelerinde çözülmüştür. Bkz. **Nalbant**, s.119.

⁵⁶⁵ **Tutar**, Abdulkadir/ **Süleymanoğlu**, Aşiyen, "ABD Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (ADR) Hizmet Sağlayıcıları Çalışma Ziyareti Raporu-Yurtdışı Yayınlanmamış Ziyaret Raporu", Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Ankara 2019, s.2.

⁵⁶⁶ Anglo-Sakson hukukunda "uzlaştırma" kavramı, ticari işlerdeki arabuluculuğu ifade ederken; "arabuluculuk" kavramı, diğer uyuşmazlık alanlarındaki arabuluculuğu ifade etmektedir.

Bu durumun sonucu olarak da çeşitli başlıklar altında ortaya çıkan ve genel olarak “alternatif uyuşmazlık çözümü” olarak adlandırılan kavram doğmuştur. Son elli yıldır, arabuluculuk, Amerikan hukuk sisteminin ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir⁵⁶⁷.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının aranması konusu ilk olarak Anglo-Sakson hukuk sistemini benimseyen ve uygulayan ülkelerde irdelenmeye başlanmış olup, Amerika Birleşik Devletleri’nde 1980’li yıllarda geliştiği görülür. Frank Sander’in 1976 yılında Amerika’daki Pound Konferansı’nda yaptığı konuşma alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının başlangıcı olarak kabul edilmektedir⁵⁶⁸. 1990’lara gelindiğinde ise alternatif uyuşmazlık çözüm yolları hukukun birçok alanında kullanılmaya başlanmış olup, iş davaları da yaygın kullanım alanlarından birini oluşturmaktadır⁵⁶⁹.

RAND⁵⁷⁰ tarafından 1996 yılında yayımlanan “Medeni Yargı Reform Kanununa göre Arabuluculuk ve Tarafsız Ön Değerlendirme Hakkında Bir İnceleme” başlıklı rapordan sonra Federal Yargı Merkezi’nce 1997 yılında hazırlanan raporlar Amerika Birleşik Devletleri’nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Programları’nın kullanılmasını destekleyen ve karşı olan iki görüşün doğmasını sağlamış; Federal Bölge Mahkemelerinin, bazı istisnalar dışında bütün hukuk davalarında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Programları’nı devreye sokmalarına yetki veren Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanunu’nun 1998 yılında Amerika Birleşik Devletleri Kongresi tarafından kabulüyle⁵⁷¹

⁵⁶⁷**Nussbaum**, Lydia, “Mediation as Regulation: Expanding State Governance over Private Disputes”, Utah Law Review, S.2, 2016, s.363; **Hensler**, Deborah, “Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement is Re-Shaping Our Legal System”, Pennsylvania State Law Review, 2003, s.185.

⁵⁶⁸ **Goldberg**, Stephen B. / **Sander**, Frank E.A. / **Rogers**, Nancy H. / **Cole**, Sarah Rudolph, Dispute Resolution, Negotiation, Mediation and Other Processes, 5. Baskı, New York 2007, s.5; **Ward**, Ettie, “Mandatory Court-Annexed Alternative Dispute Resolution in the Federal Courts: Panacea or Pandemic?”, St. John’s Law Review, C.8, 2007, s.77, 81; **Özmumcu**, Seda, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, İÜHFM, C. LXXIV, S.2, 2016, (Zorunlu Arabuluculuk), s.820; **Quek**, Dorcas, “Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining The Feasibility Of Implementing A Court-Mandated Mediation Program”, Cardozo Journal of Conflict Resolution, C. 11, 2010, s.479.

⁵⁶⁹ **Nalbant**, s.116; **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s.820.

⁵⁷⁰ RAND, Amerika’da II. Dünya Savaşı’ndan sonra kurulmuş askeri araştırma ve planlama kurumu olup, dünya çapındaki toplulukları daha güvenli, daha sağlıklı ve daha müreffeh hale getirmeye yardımcı olmak için kamu politikası sorunlarına çözümler geliştiren araştırmalar yapar. <https://www.rand.org/about.html> (E.T. 04.03.2023)

⁵⁷¹ **Fiss**, Owen M./**Resnik**, Judith, Adjudication and Its Alternatives: An Introduction to Prosedure, Foundation Press, Thomson/West, 2003, s.462; **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s.820; **Quek**, s.479.

mahkeme bağlantılı alternatif uyuşmazlık çözümünü destekleyen bir politikanın varlığı ilan edilmiştir⁵⁷².

Amerikan Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanununu, federal mahkemelere bütün hukuk davalarında alternatif uyuşmazlık çözümü üretmek üzere kendi Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Programları'nı oluşturma yetkisini vermiştir. Bu kanuna göre, federal bölge mahkemeleri tarafsız üçüncü kişilerin seçilmesi için yöntem oluşturmak, gizlilik ve tarafsızlık hakkında yerel kurallar oluşturmak, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Programı'nı yönetmek üzere hâkim veya mahkeme personelinen bir görevli atamak zorundadır. Mahkemeler, davanın taraflarının, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini dikkate almasını gerektiren kuralları kabul etmelidir. Mahkemelerin Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanunu dışındaki davaları ve dava türlerini belirleme yetkisi vardır⁵⁷³.

Amerika Birleşik Devletleri'nde bütün mahkemeler, tarafları davayı uzlaşmayla çözmeleri ve tarafların birbiriyle görüşmeleri konusunda teşvik etmektedir. Hâkim taraf tutmadan, bir uzlaştırmacı gibi, avukatlara yardım ederek, davalarının zayıf ve güçlü yanlarını görmelerini sağlamakla görevlidir. Bazı eyalet mahkemelerinde, özel olarak görevlendirilmiş uzlaşma yargıcının (*settlement judge*) gözetiminde, bir uzlaşma görüşmesi yapılması istenir. Taraflar ayrıca, ücret karşılığında, emekli yargıç, uzman arabulucu, hukuk fakültesi öğretim üyesi veya baro üyelerinden oluşabilecek uzlaştırmacılara da başvurabilirler⁵⁷⁴.

Mahkeme bağlantılı alternatif uyuşmazlık çözümü, Frank Sander'in ortaya attığı “çok seçenekli adliye teşkilatı” görüşünün sonucudur ve günümüzde bazı adliyeler farklı uyuşmazlık çözüm yöntemlerini taraflara seçenek olarak sunar⁵⁷⁵. Mahkeme Bağlantılı Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Programları buna örnek olarak verilebilir⁵⁷⁶.

⁵⁷²**Quek**, s.479-480; **Özbek**, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 4. Baskı, C.1, Yetkin Yayınları, 2016, s.362; **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s.820.

⁵⁷³**Brown**, Henry/**Marriott**, Arthur, ADR Principles and Practice, London 1999, s.45; **Fiss/Resnik**, s.463, 464; **Plapinger/Stienstra**, s.2.

⁵⁷⁴**Sander** Frank E. A. “Another View of Mandatory Mediation”, Dispute Resolution Magazine, C.13, S.2, 2007, s.16; **Tutar/Süleymanoğlu**, s.4; **Quek**, s.480-481; **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s.821.

⁵⁷⁵ **Sander**, s.16; **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s.820.

⁵⁷⁶**Özbek**, s.358.

Yargılama masraflarının yüksekliği, yargılamanın uzun sürmesi, davayı kazanan tarafın lehine mahkeme masraflarına hükmedilmemesi, jürinin kararının ne olacağının tam olarak bilinmemesi gibi nedenlerden dolayı; uyuşmazlık çözüm yollarının gelişimi ile birlikte Amerika Birleşik Devletleri’nde, tahkikat aşamasına gelen davaların toplam sayıya oranı % 10’a kadar inmiştir⁵⁷⁷.

Amerika Birleşik Devletleri’nde Pound Konferansı’nda “çok kapılı mahkeme teşkilatı (*multi-door courthouse*)” kavramının tanıtımı ile Amerika Birleşik Devletleri’nin her tarafında, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kullanımını teşvik etmek için kanunlar çıkarılmış ve mahkeme bağlantılı alternatif uyuşmazlık çözüm programlarının tesis edildiğini belirtmiştik⁵⁷⁸. Amerikan yazarların birçoğu zorunlu arabuluculuk kurumundaki zorunluluğu tezat (oksimoron) olarak nitelendirmekte ve arabuluculuk kavramının doğasına aykırı olduğunu belirtmekteyken⁵⁷⁹, *Sander* başta olmak üzere bazı yazarlar da bir tezat oluşturmadığını savunmaktadır⁵⁸⁰. Yazarlara göre arabuluculuk süreci içinde tarafları zorlama arabuluculuk değildir. Arabuluculuğa zorlama da ideal bir çözüm değildir sadece geçici bir çözümdür⁵⁸¹. *Sander*’e göre, zorunlu arabuluculuk modeline geçici bir önlem olarak ihtiyaç duyulmaktadır⁵⁸².

Grillo tarafından ileri sürülen görüşe göre, arabuluculuğa başvuru zorunlu hale getirildiğinde arabuluculuk mahkeme sisteminin bir parçası haline gelmektedir. Taraflar arabuluculuk sürecini kontrol yeteneklerini kaybetmekte, hukuki konumlarını tehlikeye atmaktadırlar⁵⁸³.

⁵⁷⁷**Tutar/Süleymanoğlu**, s.5.

⁵⁷⁸**Goldberg**, Stephen B./**Sander**, Frank E.A./**Rogers**, Nancy H./**Cole**, Sarah Rudolph, *Dispute Resolution, Negotiation, Mediation and Other Processes*, 5. Baskı, New York 2007, s.7; **Ward**, s.77, 81; **Özbek**, s.354.

⁵⁷⁹**Prause**, Matthias, "The Oxymoron of Measuring the Immeasurable: Potential and Challenges of Determining Mediation Developments in the U.S.", *Harvard Negotiation Law Review*, 2008, C.13, s. 140; **Anderson** Quek Dorcas, "Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining The Feasibility of Implementing A Court-Mandated Mediation Program", *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, C.11.2, 2010, s.508; **Göksu**, Mustafa, "İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk", *Global Business Research Congress (GBRC)*, May 24-25, 2017, Istanbul, Turkey, *Press Academia Procedia*, 2017, s. 381. <http://doi.org/10.17261/Pressacademia.2017.423>(E.T. 21.03.2021).

⁵⁸⁰**Sander** Frank E. A./ **Allen**, H. William **Hensler**, Debra Judicial (Mis), "Use of ADR? A Debate", *University of Toledo Law Review*, C.27, 1996, s.886; **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 829; **Sander** Frank E. A. "Another View of Mandatory Mediation", *Dispute Resolution Magazine*, C.13, S.2, 2007, s.16

⁵⁸¹**Anderson**, s.485,486.

⁵⁸²**Sander/Allen/Hensler**, s. 886; **Sander**, s.16; **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 829.

⁵⁸³**Grillo** Trina, "The Mediation Alternative Process Dangers for Women", *Yale Law Journal*, C. 100, 1991, s.1610; **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 830.

Boettger'e göre bazen taraflar ve vekilleri tarafından zorunlu arabuluculuk davanın bir parçası olarak düşünülmekte, taraflar anlamlı bir arabuluculuk süreci için bir araya gelmemekte, mahkemedekine benzer husumeti sergilemektedirler⁵⁸⁴.

Doktrinde *Winston*'a göre zorunlu arabuluculuk mahkemeye alternatif değildir. Taraflara daha az masraf ve daha etkili alternatif bir ortam sağlayan arabuluculuk, tarafları bir anlaşmaya da zorlamaz. Zorunlu arabuluculuk kendi başına bir alternatiftir, davaya alternatif değildir⁵⁸⁵.

Arabuluculuk süreci sonunda her zaman tarafların en yüksek menfaati sağlanılamayabilir. Taraflardan biri yeterli bilgiye sahip değilse arabuluculuğun faydaları o taraf için azalacaktır. Bu durumda arabuluculuk sadece birikmiş dava yükünü azaltarak mahkemelerin yüksek menfaatine çalışmış olacaktır⁵⁸⁶.

Kanaatimizce, zorunlu arabuluculuk kavramı arabuluculuk müessesesi toplumun zihnine yerleşene kadar yürürlükte olmalı. *Sander*'in belirttiği gibi geçici bir önlem olarak kalmalıdır.

2-Mahkeme Temelli Arabuluculuk

Mahkeme Bağlantılı Alternatif Uyuşmazlık Çözümü programlarında en tecrübeli olan ve bütün dünyaya örnek olmuş ülke, Amerika Birleşik Devletleri'dir.⁵⁸⁷ Mahkeme Bağlantılı Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Programları'nda amaç; uyuşmazlığı çözmek veya bu yapılamıyorsa devam eden aşamalarda (ilk derece veya temyiz mahkemelerinde) yargılamayı daha etkin ve verimli bir şekilde yürütmektir.

Mahkeme bağlantılı ve mahkeme dışı arabuluculuğun işleyişi, birkaç önemli farklılığın dışında hemen hemen aynıdır. Mahkeme bağlantılı arabuluculuk programı bizzat mahkeme tarafından yürütülebileceği gibi uyuşmazlık mahkemece verilen kararla

⁵⁸⁴**Boettger**, Ulrich, "Efficiency Versus Party Empowerment-Against a Good-Faith Requirement in Mandatory Mediation", The Review of Litigation, C. 23, 2004, s. 11; **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 830.

⁵⁸⁵**Winston**, David, "Participation Standards in Mandatory Mediation: Statutes: You Can Lead a Horse to Water." Ohio State Journal on Dispute Resolution, C. 11, 1996, s. 206; **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s.826.

⁵⁸⁶**Streeter Schaefer**, Holy A., "A Look at Court Mandated Civil Mediation", Drake Law Review, 2001, C.49, s.386.

⁵⁸⁷**Brown/Marriot**, s.84; **Özbek**, s.357.

baro, kâr amacı gütmeyen kuruluşlar, diğer mahalli mahkemeler ve alternatif uyuşmazlık çözümü hizmeti veren özel kuruluşlarca sunulan mahkeme dışındaki Alternatif Uyuşmazlık Çözümü programlarına da havale edilebilir⁵⁸⁸.

Görülmekte olan bir davanın, yargılamanın her aşamasında arabuluculuğa havale edilmesi mümkündür. Amerika Birleşik Devletleri'nde ilk derece mahkemelerin yanında, federal temyiz mahkemelerinin tamamında temyiz arabuluculuğu ya da uzlaşma programları adı altında arabuluculuk uygulanmaktadır. Prosedürün tamamında taraf avukatları, arabuluculuk şeklinde yürütülen uzlaşma müzakereleri de dahil olmak üzere, uzlaşma müzakerelerine katılmaya teşvik edilmekte veya mecbur kılınmaktadır. Arabuluculuğa gönderilen davaların çoğunda arabulucu, adli görevi olmayan bir mahkeme personeli veya diğer bir tarafsız üçüncü kişidir. Federal bölge mahkemelerinde mahkemece onaylanmış avukatlar bazı bölgelerde, sulh hakimleri ve nadiren de olsa, arabuluculuk teknikleri üzerinde eğitim almış bölge mahkemesi veya iflas mahkemesi hakimleri de arabulucu olabilirler⁵⁸⁹.

Mahkemelerin çoğunda davalar, taraflarla birlikte gerçekleştirilecek davanın ön inceleme toplantısında, görevli hakim tarafından arabuluculuğa havale edilir. Arabuluculuk programlarının çoğunda hakimler, tarafların rızasını almadan davaları arabuluculuğa götürmeye yetkilidirler⁵⁹⁰.

Arabulucular genelde mahkeme tarafından belirlenen kıstaslara uygun eğitimi ve nitelikleri bünyesinde barındıran hukukçulardan (veya diğer bilim dallarındaki uzmanlardan) oluşurlar. Bazı arabuluculuk programlarında talepte bulunan taraflar, mahkemenin arabulucu listesinden veya mahkemece onaylanmış diğer bir kaynaktan arabulucu seçerler. Bazı arabuluculuk programlarında ise arabulucu seçimi, mahkeme yazı işleri müdürü veya hakim tarafından yapılmaktadır. Federal mahkeme programlarının çoğunda taraflar, arabulucuya cari fiyat üzerinden veya mahkemece tespit edilen miktarlardan ücret öderler. Bununla beraber bazı programlarda ücretsiz hizmet verilmesi de söz konusudur⁵⁹¹.

⁵⁸⁸Özbek, s.424.

⁵⁸⁹ Hensler, s.361; Özbek, s.426.

⁵⁹⁰ Plapinger/Stienstra, s. 66; Özbek, s.426.

⁵⁹¹Özbek, s.427.Örneğin Kaliforniya Bölge Adliye Mahkemesinin Arabuluculuk Programında ilk üç saat ücretsizdir.

Arabulucuyu dava hakkında bilgi sahibi kılmak amacıyla taraflar ilgili mahkeme evrakıyla, hukuki ve fiili durumlarını gösterir kısa notlarını arabulucuya sunmak zorunda kalabildikleri gibi bu konuda sadece teşvik de edilebilirler⁵⁹². Sunulan notlarda uyuşmazlığın konusu, hukuki dayanakları ve uyuşmazlığın nasıl çözülebileceğine ilişkin öneriler yer alabilir.

Mahkemelerin çoğu, arabuluculuk görüşmelerine avukatların yanında tarafların da katılmalarını isteyebilir ve arabuluculuk usulüne uyma konusundaki kusurlu davranışlarını müeyyidelendirebilirler. Arabulucu ilk toplantıda, arabuluculuk usulünü taraflara açıklar, taraflardan her birinin dava hakkındaki kısa sunumlarını⁵⁹³ dinler ve hukuki durumlarıyla menfaatlerini birleştirmek için taraflara sorular sorar. Programların çoğunda bundan sonra arabulucu her bir tarafla (genelde taraf ve vekilleriyle birlikte veya bazan taraf ve vekilleriyle ayrı ayrı) özel olarak görüşür (*caucus*). Böylece tarafların esaslı menfaatlerini, hukuki durumlarındaki kuvvetli ve zayıf noktalarını tespit eder ve taraflara en önemli menfaatlerini ve amaçlarını belirlemeleri için yardımcı olur. Daha sonra, ayrı ayrı ve ortak görüşmelerde, arabulucu alternatif çözüm önerileri sunmak suretiyle taraflara yardım eder. Değerlendirici arabuluculuğunun kullanıldığı mahkemelerdeki uygulama, münferit veya toplu görüşmelerde yapılan, dava sonucunun tahminine ya da değerlendirmesine göre değişir⁵⁹⁴.

Mahkemenin dayattığı çözüm oturumlarının özel arabuluculuklara göre birçok avantajı vardır. Mahkemenin dayattığı çözüm oturumları zorunludur, ücretsizdir, yargılama öncesi aşamalarda çeşitli aralıklarla meydana gelirler ve genellikle hakimler tarafından yürütülürler. Bu hâkimler genellikle mahkemenin gidişatı, mahkeme hakiminin sonucu etkileyebilecek önceki kararları ve bu tür davalardaki jüri kararlarının mevcut eğilimleri hakkında önemli bilgilere sahiptir⁵⁹⁵. Bazı mahkemeler arabuluculuk toplantısını bitirme veya görüşmelerin tıkanması hususunu bildirmek konusunda arabulucuya özel olarak yetki verirken, çoğu mahkemede bu konu düzenlenmemiştir. Tarafların anlaşması halinde arabulucu, daha sonra avukatlarca tamamlanmak üzere bir anlaşma taslağı hazırlar. Tamamen anlaşmanın mümkün olmadığı durumlarda arabulucu

⁵⁹²Plapinger/Stienstra, s. 66; Özbek, s.427.

⁵⁹³Riskin, Leonard, Welsh, Nancy A., Is That All There Is: The Problem in Court-Oriented Mediation, 15 George Mason Law Review, C. 15, 2008, s. 914.

⁵⁹⁴Plapinger/Stienstra, s. 66; Özbek, s.427.

⁵⁹⁵Miller, Kathryn, "How to Prepare for and Participate in an Employment Mediation", Journal of Alternative. Dispute. Resolution in Employment, 1999, s. 48.

tarafllara kısmı anlaşmaya varılması konusunda da yardım eder. Herhangi bir anlaşma olmazsa yargılamaya devam edilir⁵⁹⁶.

3-Bazı Eyaletlerdeki Durum

Indiana eyaletinde mahkeme taraflara sormaksızın tarafları arabuluculuğa sevk edebilir. Mahkeme temelli arabuluculuk sistemi geçerli olan *Indiana*’da hâkime geçerli bir nedenle arabuluculuğu sonlandırma yetkisi de tanınmıştır. Taraflar ise ilk iki arabuluculuk oturumuna katıldıktan sonra arabuluculuğu sonlandırabilirler⁵⁹⁷.

Nevada’da bölge adliye mahkemesinin verdiği kararlara ilişkin olarak mahkeme bağılantılı arabuluculuk usulü bulunmaktadır. Amaç *Nevada* Yüksek Mahkemesi’nin birikmiş davalarını ve iş yükünü azaltmaktır⁵⁹⁸.

Delaware’de 100.000 Dolar ve daha fazla talepli davalarda mahkemeye müracaat etmeden önce tarafların arabuluculuk usulüne başvurmaları gerekmektedir. Bu kural tarafların oturlara hazırlıklı olarak gelmelerini de sağlamaktadır. *Delaware* eyaletinde, arabuluculuk görüşmeleri sırasında delil ibrazı, çapraz sorgulama ve tanık ifadelerine başvurabilmesine mevcut mevzuat izin vermektedir⁵⁹⁹.

Alabama eyaletinde arabuluculuk üç şekilde ortaya çıkmaktadır. Mahkeme uyuşmazlığın özölmesi için arabuluculuğa başvurulmasına karar verebilir. İkinci, taraflar ortak karar vererek arabuluculuğa başvururlar ve son olarak taraflardan birinin talebi ile arabuluculuğa müracaat edilir⁶⁰⁰.

Montana’da aile hukukundan doğan uyuşmazlıklar, işçilerin tazminat alacaklarına ilişkin uyuşmazlıklar ve para alacaklarından doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuk zorunludur. *Montana*’da arabuluculuk faaliyeti 75 gün içinde tamamlanmalıdır.

⁵⁹⁶Plapinger/Stienstra, s. 67; Özbek, s.428.

⁵⁹⁷ Winkle, John R. Van, “Mediation: An Analysis of Indiana’s Court-Annexed Mediation Rule”, *Indiana Law Review*, C.25, 1992, s.964; Streeter Schaefer, s.374; Özmumcu, Zorunlu Arabuluculuk, s. 821.

⁵⁹⁸Streeter Schaefer, s.375; Özmumcu, Zorunlu Arabuluculuk, s. 822.

⁵⁹⁹ Streeter Schaefer, s.376; Özmumcu, Zorunlu Arabuluculuk, s. 823; McNally, Edward M. / MacDonald, Barbara, “The New Delaware Madiation Statute”, *Journal of Corporate Law*, C.2, 1996, s.95; Mitchell, Vanessa, “Mediation in Kentucky: Where Do We Go From Here?”, *Kentucky Law Journal*, C.87, 1999, s. 479.

⁶⁰⁰ Streeter Schaefer, s.376; Özmumcu, Zorunlu Arabuluculuk, s. 824.

Arabulucu seçimi için taraflara belirli bir zaman tanınmaktadır. Verilen sürede taraflar arabulucuyu tayin edemezlerse, hâkim arabulucuyu taraflar yerine tayin eder⁶⁰¹.

Gerçek anlamda zorunlu arabuluculuğun uygulandığı eyalet *Kaliforniya*'dır. Velayet, çocuk ile kişisel ilişki kurulması, aile içi şiddet dahil tüm aile uyuşmazlıkları ve neredeyse diğer tüm özel hukuk uyuşmazlıkları için arabuluculuk uygulanmaktadır. Bu geniş kapsam sebebiyle hem olumlu hem de ciddi eleştiriler alan uygulama 1981'den beri yürürlüktedir⁶⁰².

4- EEOC

ABD'de, sağlam ve istikrarlı bir sanayi barışının sağlanması için işçi-işveren ilişkilerinde yaşanan anlaşmazlıkları çözmek üzere, Federal Arabuluculuk ve Uzlaştırma Servisi kurulmuş ve iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk yaygınlaşmıştır. 70'li yıllardan itibaren idari uyuşmazlıkları da içine alan programlar geliştirmiş ve arabuluculuğun etkin olarak kullanılmasını teşvik edilmiştir⁶⁰³. Ülkede, mahkeme öncesi arabuluculuk ve uzlaşma yoluyla anlaşmayı sağlamak amacıyla idari bir ajans olarak kurulan EEOC (The Equal Employment Opportunity Commission) Eşit İstihdam Fırsatı Komisyonu, iş ilişkilerindeki ayrımcılık iddialarını ele almaktadır⁶⁰⁴. Bu iddialar nedeniyle dava açmadan önce komisyona şikâyetle bulunmak zorunlu ancak süreci devam ettirmek ihtiyaridir. Bununla birlikte, bu zorunlu komisyon sürecinin, mahkemeye doğrudan erişmek isteyenler için bir "bariyer" haline gelebileceği endişesi belirtilmiştir⁶⁰⁵. Her yıl yaklaşık 75.000-80.000 ayrımcılığı ilişkin suçlama EEOC'ye yapılır ve EEOC yaklaşık % 1'ine dava açmaktadır⁶⁰⁶.

⁶⁰¹ **Streeter Schaefer**, s.377; **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 824.

⁶⁰² **Germane**, Charlotte / **Johnson**, Margaret / **Lemon**, Nancy, "Mandatory Custody Mediation and Joint Custody Orders in California: The Danger for Victims of Domestic Violence", *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, C.1, S.1, 2013, s.178; **Kuhn**, Susan C., "Mandatory Mediation: California Civil Code Section 4607", *Amory Law Journal*, 1984, C.33, s.733-734; **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 825.

⁶⁰³ **Moore**, s.74.

⁶⁰⁴ **Ebisui**, Minaw/**Cooney**, Sean/ **Fenwick**, Colin, *Resolving Individual Labour Disputes, A Comparative Overview*, International Labour Office, Cenevre, 2016, s.316; Türk Hukukunda EEOC kurumu na benzerlik gösteren Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun da amaçlarından bir tanesi kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesidir. Bkz. Türkiye İnsa Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu (RG. 06.04.2016, S. 29690) md.1.

⁶⁰⁵ **Ebisui/Cooney/Fenwick**, s.13; **Köme Akpulat**, s.343.

⁶⁰⁶ Bkz. <http://www.eeoc.gov/stats/all.html> (E.T. 17.02.2019).

EEOC, 1964 Sayılı Medeni Haklar Kanunu, Yaş Ayrımcılığına İlişkin İş Kanunu, Eşit Ücret Kanunu, Engelliler Kanunu gibi federal kanunların uygulanmasını sağlayan bir kuruluştur. Genellikle bu kanunlar ırk, renk, din, cinsiyet, köken, yaş ve engellilik durumlarından kaynaklanan ayrımcılığı yasaklarlar. Ayrıca bu kanunlar misillemekten kaynaklanan iş ayrımcılığına karşı da koruma sağlar⁶⁰⁷. Sınıf tabanlı ya da sistematik ayrımcılık ile mücadele için EEOC vatandaşlara kaynak sağlamaktadır⁶⁰⁸.

EEOC, ABD hükümetinin yürütme organına bağlı idari bir ajanstır. EEOC üyeleri ABD başkan tarafından atanır ve Senato tarafından onaylanır. EEOC organizasyonel yapısı, ulusal ofis ve saha operasyonlarını içerir. Ulusal ofis, görevi strateji ve politikaları geliştirmek olan siyaseten atananlardan oluşan Komisyonu ifade eder. Diğer bir ulusal ofis, davaları kovuşturan Baş Hukuk Müşavirliği'dir. Saha operasyonları, bağımsız olarak ulusal ofise rapor veren bir Bölge Müdürü ve Bölge Hukuk Müşaviri tarafından yönetilen Bölge Büroları tarafından yürütülür. Bir Bölge Ofisi bünyesinde dört birim vardır: soruşturma, arabuluculuk, dava ve sosyal yardım. Sisteme giren vakalar kayıt altına alınır ve bir soruşturmacıya atanır. Daha sonra her bir vaka, iddianın önemini ve Ajans veya Bölge uygulama öncelikleriyle olan bağlantısını yansıtacak şekilde işleme koyulmak üzere değerlendirilir⁶⁰⁹.

14 kişiden fazla işçinin olduğu işyerlerinde EEOC ayrımcılık iddialarını araştırmakla yetkilidir. Ayrımcılığın ya da ihlalin gerçekleşmesini takip eden 300 gün içinde EEOC'ye başvuru zorunluluğu bulunmaktadır. EEOC çalışanlarla görüşmek için işyerine gelebileceği gibi ayrımcılık iddiasında bulunan işçi ile işyeri dışında da görüşebilir. EEOC işvereni haberdar eder ve kendini savunması için hak tanır. İşverenler EEOC soruşturmasını arabuluculukta anlaşılarak veya uzlaşılarak bertaraf edebilirler. EEOC, işveren arabuluculuğa katılmak istemiyorsa ya da uyuşmazlığın çözümünün arabuluculuk ile çözülemeyeceğine kanat getirir ise uyuşmazlığı mahkemeye taşıyabilir. EEOC'ye başvuru yaptıktan 180 gün içinde bir gelişme olmazsa federal mahkemede dava açmak için bir belge (*right to sue letter*) almak işçinin sorumluluğundadır. İşçi bu belgeyi

⁶⁰⁷ **Green**, Micheal Z. "Tackling Employment Discrimination with ADR: Does Mediation Offer a Shield for the Haves or Real Opportunity for the Have-Nots", Berkeley Journal of Employment & Labor Law, Cilt 26/2, 2005, s. 344; **Green**, Michael Z., "Proposing a New Paradigm for EEOC Enforcement after 35 Years: Outsourcing Charge Processing by Mandatory Mediation", Dickinson Law Review, C.105/3, 2001, s.307.

⁶⁰⁸ **Fincher**, Richard D., "Mediating Class Action Litigation Involving the EEOC: Insights for Employment Mediators and Counsel", Dispute Resolution Journal, C.67. S.4, s.20.

⁶⁰⁹ **Fincher**, s.21.

aldıktan sonra 90 gün içinde davayı açmak zorundadır. EEOC’ye başvuru yaptıktan sonra da işyeri uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulabilir. EEOC tarafından gerçekleştirilen arabuluculuk ücretsizdir⁶¹⁰.

EEOC aracılığıyla toplu davalar (*class action*) açılabilmektedir. Toplu dava, bir veya daha fazla kişinin daha büyük bir grup (sınıf) adına açtığı ve grubun büyüklüğünün çok olduğu ve davanın grubun tüm üyelerine katılmasının usulen uygulanamayacağı bir dava türüdür. Adı geçen davacılar sınıfın çıkarlarını temsil eder. EEOC, bir işverenin kanunla yasaklanmış eylemleri tekrar tekrar ve düzenli olarak uyguladığı durumlarda ayrımcılık kalıbı veya uygulamasının mevcut olduğunu belirtmektedir. EEOC, iddia edilen ayrımcılığın, münferit eylemler değil, işverenin başlattığı işyeri uygulaması⁶¹¹ olduğunu kanıtlamalıdır⁶¹². Örneğin; EEOC, *EEOC v. Global Horizons, Inc. d/b/a Global Horizons Manpower, Inc., Green Acre Farms, Inc., Valley Fruit Orchards, LLC.*, davasında etnik köken ve ırk ayrımcılığına ilişkin davada sayıları yüzü bulan Taylandlı tarım işçilerini savunmuştur⁶¹³.

Yasanın amacı, ayrımcılığın mağdurunu, ayrımcılık hiç yaşanmamış olsaydı olacağı (veya hemen hemen aynı) konuma getirmektir. Yardım türleri, ayrımcı eyleme ve mağdur üzerindeki etkisine bağlı olarak değişmektedir. Örneğin, bir kişi ayrımcılık nedeniyle bir işe terfi edilmemişse, çare kişinin o pozisyona terfi edilmesi ve/veya kişinin mahrum kaldığı faydaların ödenmesini içerebilir. İşverenin ayrımcı uygulamaları durdurması ve gelecekte ayrımcılığı önlemek için adımlar atması istenmektedir. Ayrımcılık mağduru ayrıca avukatlık ücretlerini, bilirkişilik ücretlerini ve mahkeme masraflarını da geri alabilir.

Bir kişinin ırkına, rengine, ulusal kökenine, cinsiyetine (hamilelik, cinsel kimlik ve cinsel yönelim dâhil), dinine, engelliliğine veya genetik bilgilerine dayalı ayrımcılık

⁶¹⁰**Diekemper**, Jerome A., “What’s Happening in Employment Mediation”, St. Louis Bar Journal, C.59, 2012, s.14; **Fincher**, s.21.

⁶¹¹ EEOC v. Abercrombie&Fitch Store, Inc davasında şirketin kıyafet yönetmeliğine aykırı olduğu gerekçesi ile başörtüsü takan Samantha Elauf’un işe alınmadığı, dinsel ırkçılığa ilişkin açılan davada Samantha Elauf’u EEOC savunmuştur. <https://www.eeoc.gov/newsroom/abercrombie-resolves-religious-discrimination-case-following-supreme-court-ruling-favor> (E.T. 04.03.2023)

⁶¹²**Fincher**, s.20.

⁶¹³U.S. Equal Employment Opportunity Commission, “EEOC Settles National Origin and Race Discrimination Case on Behalf of Thai Farm Workers”,08-21-2020, <https://www.eeoc.gov/newsroom/eeoc-settles-national-origin-and-race-discrimination-case-behalf-thai-farm-workers> (E.T: 25.05.2021)

içeren durumlarda tazminata ve cezalandırıcı tazminata (*punitive damages*)⁶¹⁴ hükmedilebilir. Telif edici tazminatlar, mağdurlara ayrımcılık nedeniyle ortaya çıkan, cepten yapılan harcamaları (iş arama veya tıbbi masraflar gibi) geri ödenir ve maruz kaldıkları duygusal zararları (zihinsel ızdırıp, rahatsızlık veya hayattan zevk alma kaybı gibi) tazmin edilir.

Özellikle kötü niyetli veya pervasız bir ayrımcılık eylemi gerçekleştiren bir işvereni cezalandırmak için cezalandırıcı tazminata hükmedilebilir. Bir kişinin geri alabileceği tazmin edici ve cezai zararların miktarı konusunda sınırlamalar vardır. Bu limitler işverenin büyüklüğüne göre değişmektedir: 15-100 çalışanı olan işverenler için sınır 50.000 Dolar, 101-200 çalışanı olan işverenler için sınır 100.000 Dolar, 201-500 çalışanı olan işverenler için sınır 200.000 Dolar, 500'den fazla çalışanı olan işverenler için sınır 300.000 Dolar'dır⁶¹⁵.

Hasar tavanları, bir davada her bir mağdur tarafa (her davacıya) uygulanır. Başka bir deyişle, 3 davacının olduğu bir davada, 300.000 Dolar üst sınır 3 kez uygulanacak ve işveren-davalıdan toplam 900.000 dolar tazminat ve cezai tazminat ödemesi istenebilecektir. Örneğin, mahkeme Norfolk Southern Railway aleyhine 10.5 milyon Dolarlık engelli ayrımcılığı işlendiğine ilişkin karara varmasına rağmen, şirketlerin ödemeleri gereken tazminat miktarını sınırlayan federal yasa gereğince yalnızca 396.521 Dolar'ın ödenmesine karar vermiştir⁶¹⁶.

Doktrinde, işyerinde ayrımcılığı yasaklayan yasaların bir bütün olarak Afrikalı-Amerikalılar için ekonomik koşulları iyileştirdiği ve daha fazla Afrika kökenli Amerikalının orta sınıf statüsüne ulaşmasında büyük önem arz ettiği belirtilmektedir⁶¹⁷. Hakları ihlal edilenler adına, öncelikle bir araştırma evresi ve gerekli görülürse arabuluculuk safhası geçirdikten sonra, EEOC dava açabilmektedir.

⁶¹⁴ Zarara sebep olan kişinin kötü niyetinden ve başkalarının haklarını pervasızca önemsememesinden kaynaklanan ölçsüz davranışları nedeniyle bu kişinin sebep olduğu zararın üzerinde bir tazminat ödemesini öngören özel bir hukuki yaptırımdır. Bkz. **Başoğlu**, Başak, "Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.1-2, 2016 İstanbul, s.617.

⁶¹⁵U.S. Equal Employment Opportunity Commission, "Remedies For Employment Discrimination", <https://www.eeoc.gov/remedies-employment-discrimination> (E.T. 24.05.2021)

⁶¹⁶ Squar Botton Blog, "Employment Law Worldview", <https://www.employmentlawworldview.com/statutory-damage-caps-save-companies-millions/> (E.T. 24.08.2021)

⁶¹⁷**Green**, EEOC, s.307; **Turner**, Ronald, "Thirty Years of Title VII's Regulatory Regime: Rights, Theories, and Realities", Alabama Law Review, C.46, 1995, s.375-474.

Geçmişte EEOC'nin ücrete ilişkin ayrımcılıkla veya işyeri ayrımcılığı ile ilgili test programları olmuştur. İhlalin gerçekleşme ihtimali olan kuruma değişik azınlık gruplarından veya kadın başvuruçular gönderilir. Beyaz veya erkek olan bir meslektaş ile aynı şartlarda tercih edilip edilmeyeceği test edilmektedir. ABD'de aynı koşullarda çalışan erkekler, kadın meslektaşlarına göre en azından %25 daha fazla kazanmaktadır. EEOC azınlıkların ve kadınların ücret eşitliğine ilişkin konularını önceliği haline getirmiştir⁶¹⁸.

EEOC, özel sektörde iş uyuşmazlıkları çözüm programına katılanların %90'ından fazlasının süreci tekrar kullanacaklarını söylediğini bildirmiştir⁶¹⁹. Taraflar %92 oranında arabuluculuğun adil olduğunu düşünmektedirler⁶²⁰.

EEOC, kendi adına alternatif uyuşmazlık çözümü taahhüdünde bulunmaktadır. Örneğin, "Eşit İstihdam Fırsatını Teşvik Etmeye Yönelik Ajans Programı", federal kurumların çalışanlarına alternatif uyuşmazlık çözümü sağlamasını ve şikâyetleri olabildiğince erken çözmeye çalışmasını zorunlu kılmaktadır. Neredeyse tüm federal kurumlar artık kurum içi alternatif uyuşmazlık çözümü sunmaktadır⁶²¹.

İdare ile kamu çalışanı arasında da devam eden iş ilişkisinin korunması hedeflendiği için alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri tercih edilmektedir. İşyeri uyuşmazlıklarında işyerindeki ilişkilerin rehabilite edilmesi ve daha iyi bir çalışma ortamı sağlanması için sorunların alternatif yöntemlerle çözülmesi çalışma kültürünü de pozitif yönde değiştirerek katkıda bulunmaktadır⁶²².

⁶¹⁸**Green**, EEOC, s. 314.

⁶¹⁹**Bingham**, Lisa Blomgren, "Employment Dispute Resolution: The Case for Mediation", Conflict Resolution Quarterly, C.22, S.12, 2004, s. 148; **Senger**, Jeffrey M., Federal Dispute Resolution: Using ADR with the United States Government, San Francisco 2003, s.130-131.

⁶²⁰**Varma/Stallworth**, s. 73.

⁶²¹**Berger**, s.509; **Hallberlin**, Cynthia J., "Transforming Workplace Culture Through Mediation: Lessons Learned From Swimming Upstream", Hofstra Labor & Employment Law Journal, C.18, 2001, s.375.

⁶²²**Senger**, s.128; **Bingham**, Lisa B./**Napoli** Lisa-Marie, "Employment Dispute Resolution and Workplace Culture: The REDRESS Program at the United States Postal Service", Federal Administrative Dispute Resolution Desk Book, (Ed.) **Breger**, Marshall J./**Schatz**, Gerald S./**Laufer**, Deborah Schick, American Bar Association Section of Administrative Law and Regulatory Practice, Chicago III, 2001, s. 524; **Arat**, Nilay, "Türk İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2009, s.59.

İrk, din, cinsiyeti köken, renk, yaş ve engellilik nedeniyle ayrımcılığa maruz kalan federal düzeydeki idarelerde çalışanların idare ile uyuşmazlıklarının giderilme süreci⁶²³ olayın gerçekleşmesinden itibaren 45 gün içinde çalışanın EEOC temsilcisine/ danışmanına başvurması ile herhangi bir usule bağlı olmayarak başlamış olur⁶²⁴. Ön şikâyet (*pre-complaint*) ya da danışma safhası olarak adlandırılan bu aşamada EEOC temsilcisi şikâyet sahibine hakları, yükümlülükleri ve alternatif uyuşmazlık çözüm yolları hakkında bilgi verir. Temsilci, ilgili bilgi ve belgeleri inceleyerek, tanıkları dinleyerek, sınırlı bir soruşturma gerçekleştirir ve bir çözüm elde etmeye çalışır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları hakkında bilgi sahibi olan şikâyetçi bu yöntemler ya da ön şikâyet prosedürü arasında bir tercihte bulunur⁶²⁵. Ön şikâyet süreci 30 günde tamamlanmalıdır. Şikâyetçi bu süre dolmadan yazılı olarak uzatma talebinde bulunabilir. Bu süre de 60 günü geçemez. Herhangi bir sonuca ulaşılamaması durumunda EEOC temsilcisi şikâyetçi ile son görüşmelerini yapar ve sonraki sürece ilişkin usuller konusunda bilgiler verir⁶²⁶. Bu aşamada şikâyet sahibi izin vermedikçe kimliği açıklanmaz⁶²⁷.

Ön şikâyet prosedüründen bir sonuç alınamadığı durumlarda resmi süreç başlatılabilir⁶²⁸. İdare şartların sağlanmaması nedeniyle başvuruyu reddetmişse gerekli soruşturmayı 180 gün içinde gerçekleştirerek olaya ilişkin bir karara varmak ve bu durumu şikâyet sahibine açıklamakla yükümlüdür⁶²⁹. Bu durumda şikâyet sahibi şikâyetinden vazgeçmek, nihai bir karar talep etmek ve EEOC tarafından düzenlenecek bir duruşma talep etmek seçimlik haklarında birini 30 gün içinde kullanmakla

⁶²³ 29 Code of Federal Regulations md. 1614.101 ile 1614.110 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Bkz. <https://www.ecfr.gov/current/title-29> (E.T.04.03.2023).

⁶²⁴ **Senger**, s. 131-133; Çalışan kişinin, kendisine ayrımcılığa ilişkin şikâyet imkanı veren, toplu iş sözleşmesine tabi olduğu durumlarda sahip olduğu bu imkan ile EEOC usulü arasında bir tercih yapabilmesi söz konusudur. Bkz. **Arat**, s. 60.

⁶²⁵ 29 Code of Federal Regulations 614.105 (a) Bkz. <https://www.ecfr.gov/current/title-29> (E.T.04.03.2023).

⁶²⁶ 29 Code of Federal Regulations 1614.105(e) Bkz. <https://www.ecfr.gov/current/title-29> (E.T.04.03.2023.)

⁶²⁷ 29 Code of Federal Regulations 1614.105(g) Bkz. <https://www.ecfr.gov/current/title-29> (E.T.04.03.2023).

⁶²⁸ **Lofaro**, Anthony, “ADR in Federal Work Place How It Can Help and Some Cautions to Observe Federal Administrative Dispute Resolution Desk Book, (Ed.) **Breger**, Marshall J. /**Schatz**, Gerald S./**Laufer**, Deborah Schick, American Bar Association Section of Administrative Law and Regulatory Practice, Chicago III, 2001, s. 407-408; **Senger**, s. 133; **Arat**, s. 60.

⁶²⁹ 29 Code of Federal Regulations 1614.106 (e) (2) Bkz. <https://www.ecfr.gov/current/title-29> (E.T.04.03.2023).

yükümlüdür⁶³⁰. Şikâyet sahibinin EEOC prosedürü ve süreç sonunda federal mahkemelerde itiraz hakkı bulunurken idarenin sadece EEOC'ye başvuru hakkı bulunmaktadır ve yargı yoluna gidememektedir⁶³¹. EEOC'ye ilişkin mevzuatta ayrımcılık şikâyetlerine ilişkin sürecin erken safhasında uyuşmazlığın giderilmesi için alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin idarelerce uygulaması teşvik edilmektedir⁶³².

Federal hükümetin iş davaları için alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemlerini kullandığında maliyet tasarruflarını tahmin etme çabaları olmuştur. Adalet Bakanlığı aynı uyuşmazlık üzerine arabuluculuk için ortalama 1.007 Dolar ve dava etmek için 17.000 Dolar harcadığını tahmin etmektedir. Hava kuvvetleri yaptığı kurum içi araştırmada iş uyuşmazlıklarının çözümü için arabuluculuk kullandığında 14.000 Dolar ve 276 çalışma saatinden tasarruf ettiğini belirtmektedir⁶³³.

5-Dönüştürücü Arabuluculuk ve REDRESS

Dönüştürücü arabuluculuk modeline ABD'de iş uyuşmazlıklarında sıklıkla başvurulmaktadır. Dönüştürücü arabuluculuk modelinde bireylerin problemlerle mücadele etme yetisi kazanmalarına ve tarafların birbirinin görüşlerine ilişkin olarak bakış açılarının, değerlerinin ve menfaatlerinin kabul edilmesine veya empati kurmaya olanak sağlanır⁶³⁴. Bu model ile işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıklar dava yoluna gitmeden hallolabilir. Daha fazla sabır, zaman ve emek isteyen bir yöntemdir. Dönüştürücü arabuluculuk ile sosyal yaşamın katmanlarına ilişkin çatışmaların derinlemesine halledilmesi hedeflenmektedir⁶³⁵.

REDRESS (Resolve Employment Dispute Reach Equitable Solutions Swiftly) Programı, USPS (United State Postal Service- Amerika Birleşik Devletleri Posta

⁶³⁰ 29 Code of Federal Regulations 1614.108 (f) Bkz. <https://www.ecfr.gov/current/title-29> (E.T.04.03.2023).

⁶³¹ 29 Code of Federal Regulations 1614.404 ile 1614.408 arasında düzenlenmiştir. Bkz. <https://www.ecfr.gov/current/title-29> (E.T.04.03.2023).

⁶³² Lofaro, s. 408-409; Senger, s. 133; Arat, s.60-61.

⁶³³ Bingham, Employment Dispute Resolution, s. 148; Senger, Jeffrey M., Federal Dispute Resolution: Using ADR with the United States Government, San Francisco 2003, s.128.

⁶³⁴ Nabatchi, Tina/ Bingham, Lisa, "Transformative Mediation in USPS Redress Program: Observations of ADR Specialists", Hofstra Labor & Employment Law Journal, 2001, C.18, 2001, s.399; Aiwazian, Arby, "Transformative Mediation Empowering the Oppressed Voice of a Multicultural City to Foster Strong Democracy", The Scholar, C.11, 2008, s.35-36; Özmumcu, Dönüştürücü, s. 326, 343.

⁶³⁵ Özmumcu, Dönüştürücü, s. 356.

Hizmetleri) tarafından gerçekleştirilen dönüştürücü arabuluculuğun büyük ve başarılı uygulamalarından biridir. REDRESS, Amerika Birleşik Devletleri Posta Hizmetleri çalışanlarına işyeri arabuluculuğunu getiren program olarak da bilinir. Bu program, 1994 yılında Florida Panhandle Bölgesi'nde EEOC şikâyeti üzerinde kolaylaştırıcı arabuluculuğun uygulandığı pilot program olarak başlamıştır⁶³⁶. EEOC şikâyetlerini daha hızlı şekilde çözüme kavuşturmayı hedefleyen program 1997 yılına kadar kolaylaştırıcı arabuluculuk modelini 1998'den itibaren ise dönüştürücü arabuluculuk modelini kullanmıştır⁶³⁷.

REDRESS Programı çalışanların eşit fırsatlara sahip olmadıklarına ilişkin iddialarını ileri sürdükleri uyuşmazlıklarda, özellikle dönüştürücü arabuluculuk yöntemini uygulayarak uyuşmazlıkları çözümlemeyi hedeflemekteydi⁶³⁸. Programın başlamasından itibaren iki yıl içinde şikâyetlerde %30 oranında düşüş kaydedildiği belirtilmektedir. Yirmi bine yakın davanın %80'i REDDRES başlığı altında arabuluculuk usulü kullanılarak sonlandırılmıştır. 1994 ile 2005 yılı arasında yürütülen arabuluculuk sayısı altmış bini aşmıştır⁶³⁹.

REDRESS programı ile yöneticiler ve çalışanlar arasında iletişim olumlu yönde gelişmiş, aktif dinleme ve doğrudan iletişim teşvik edilerek işyeri ortamı daha verimli hale gelmiş ve şirket kültürü geliştirilmiştir. Program, arabuluculukta uyuşmazlığı yönetme becerilerinin inşa edilmesinde önemli rol oynamıştır⁶⁴⁰.

REDRESS programı aracılığıyla EEOC personelinin eğitim alması sağlanmış, eğitim alan arabulucuların dönüştürücü arabuluculuk modelini uygulayıp uygulamadığı, uyguluyorsa hangi seviyeye kadar uyguladığı gözlemlenmiştir. USPS tarafından istihdam

⁶³⁶Nabatchi/Bingham, s.403-404; Bingham, Lisa/Yuseok, Moon/Gregory, Chesmore “Mediating Employment Disputes at the United States Postal Service, A Comparison of In-House and Outside Neutral Mediator Models”, Review of Public Personnel Administration, 2000, s.6; Halberlin, Cynthia J., “Transforming Workplace Culture Through Mediation: Lessons Learned From Swimming Upstream”, Hofstra Labor & Employment Law Journal, C.18, S.2, 2001, s.377; Bingham, Lisa, Employment Dispute Resolution, s.157; Bingham, Lisa “Transformative Mediation at the United States Postal Service”, Negotiation and Conflict Management Research, C. 5, S.4, 2012 s.354; Bingham, Lisa B./Pitts, David W., “Highlights of Mediation at Work: Studies of the National REDRESS Evaluation Project”, Research Report, Negotiation Journal, 2002, s.136.

⁶³⁷Bingham, Transformative, s.354; Bingham/Yuseok/Gregory, s.6.

⁶³⁸Özmumcu, Dönüştürücü, s.349; Bush/Folger, 2013, s.107.

⁶³⁹Bush/Folger, 2013, s.107; Aiwanian, s.36; Siedel, George, “The Role of Business Deal Making and Dispute Resolution in Contributing to Sustainable Peace”, American Business Law Journal, C. 44, S.2, 2007, s.387-388.

⁶⁴⁰Nabatchi/Bingham, 2001, s.404; Bingham/Pitts, s. 136.

edilen ve görevlendirilen alternatif uyuşmazlık çözümü uzmanları aracılığıyla dönüştürücü arabuluculuğu uygulamayan ya da az seviyede uygulayan arabulucuları eleyen bir değerlendirme sistemi kullanılmıştır⁶⁴¹.

Bu Programda, USPS sadece dışarıdan profesyonel arabulucular ile çalışmış, arabuluculuk faaliyetini yürütmesi için kendi çalışanlarını eğitme yolunu tercih eden diğer şirketlerin uygulamalarını dışlamıştır. Uygulamanın önyargıları bertaraf etmesi ve arabuluculuk programına olan güveni artırdığı belirtilmiştir⁶⁴². EEOC şikayetlerinin gözle görülür şekilde azalması program aracılığıyla çalışanların uyuşmazlıklarını kendilerinin çözme becerilerinin güçlendirilmesi yoluyla çalışanlar arası ilişkilerin pozitif şekilde değiştiğini göstermiştir⁶⁴³. Özellikle işyeri uyuşmazlıklarında dönüştürücü arabuluculuk modelinin önemini ortaya çıkarmıştır⁶⁴⁴.

USPS, etkili kurum içi uyuşmazlık çözümü süreci olarak dönüştürücü arabuluculuk modeline kendi avukatlarını da dahil ederek REDRESS II programını başlatmıştır. REDRESS II programında USPS avukat ve temsilcileri EEOC tarafından iletilen her bir şikayeti yeniden değerlendirip inceleyerek arabuluculuk için uygunluğuna karar vermektedir. Avukatlar arabuluculuk veya dava süreci için USPS yöneticisi ile iletişim kurmaktadır. Şikayetçi arabuluculuğa katılmaya rıza gösterdiğinde USPS'nin alternatif uyuşmazlık çözümü uzmanları arabulucuyu görevlendirmek, istihdam etmek, arabuluculuğun gerçekleşeceği yeri ayarlamak, tüm katılımcıları davet etmek vb. faaliyetleri düzenleme sorumluluğunu üstlenmektedirler.

REDRESS II Programı'nın uygulanmasında öncelikle avukat olan ve olmayan temsilcilerin dönüştürücü arabuluculuk eğitimi alması sağlanmıştır. USPS bazı iş uyuşmazlıklarının dava yoluyla çözüme kavuşturulmasını da onaylamıştır. Sonuç olarak, REDRESS I programı ile resmi şikayetlerin sayısı dönüştürücü arabuluculuk etkisi ile azaltılmıştır. REDRESS II programı ile federal mahkemelerde açılan davalarda dönüştürücü arabuluculuk kullanılarak şikâyetlerin sayısının azaldığı görülmüştür⁶⁴⁵.

⁶⁴¹Bush/Folger, 2013, s.107; Bingham vd., 2000, s.7; Nabatchi/Bingham, 2001, s.404.

⁶⁴²Nabatchi/Bingham, s.405; Özmumcu, Dönüştürücü, 346.

⁶⁴³Bingham, Employment Dispute Resolution, s.158; Özmumcu, Dönüştürücü, 346.

⁶⁴⁴Özmumcu, Dönüştürücü, s.346; Nabatchi / Bingham, s.405.

⁶⁴⁵Intrater, Karen A./Gann, Traci Gabhart, "The Lawyer's Role in Institutionalizing ADR", Hofstra Labor and Employment Law Journal, C. 18/2, S.6, 2001, s.476-477.

Amerika Birleşik Devletleri Posta Servisi (USPS), 800.000'den fazla çalışanıyla en büyük federal işverendir. Arabuluculukların ortalama dört saat sürdüğü ve % 60 ila % 80 arasında dosya kapatma oranı olduğu belirtilmiştir. USPS, yılda on bin ila on dört bin vakada kullandığı beş yıllık bir süre boyunca arabuluculuk sürecinden ve arabuluculardan %90'ın üzerinde memnuniyet oranı olduğunu bildirmektedir⁶⁴⁶.

6-Arabuluculuğun Kurumsallaşması

ABD'de federal ve eyalet düzeyinde arabuluculuğa ilişkin düzenleme içeren 2500'den fazla kanun bulunmaktadır⁶⁴⁷. Amerika Birleşik Devletleri'nde son elli yılda, alternatif uyuşmazlık çözüm hareketinin en büyük katkılarından biri, bir uyuşmazlıkta anlaşmaya çalışmanın zayıflık işareti sayılmasını bir tarafa bırakarak uyuşmazlığa düşen taraflara yardım etmektir⁶⁴⁸.

Amerika Birleşik Devletleri genelinde eyalet yasama organları özel kişilerin anlaşmazlıklarını nasıl çözeceğini dikte eden arabuluculuğa ilişkin kanun maddeleri yayımlanmaktadır. Yasama meclisleri, arabuluculuk sürecini formalize eden kanunlar ile arabuluculuk sürecinin sonucunu ve tarafların davranışlarını belirlemede giderek daha fazla yetkilidirler. Sonuç olarak, arabuluculuk, kamu ve özel uyuşmazlık çözümü arasındaki eski sınırları yeniden çizen devlet müdahalesi için yeni bir araç haline gelmiştir⁶⁴⁹.

Arabuluculuğa ilişkin mevzuat, uyuşmazlık çözümü üzerindeki yetkiyi devletten özel taraflara verir. Tarafların doğrudan müzakere etmeleri için fırsatlar yaratarak ve ihtilaflarını devlet kararı olmadan ancak devlet tarafından ortaya konan usul kuralları dahilinde çözmek için fırsat sunar. Klasik olarak gizlilik, kayıt dışılık ve katılımcı odaklı çözüm ile karakterize edilen arabuluculuk gibi bir süreç neden kural tabanlı bir şekilde oluşturulmuştur sorusu gündeme gelmektedir. Yönetim teorisi, hükümetler ile devlet ve yönetilen arasındaki ilişkiyi araştırır⁶⁵⁰. Bu ilişkiyi karakterize etmek için birçok farklı

⁶⁴⁶Bingham, Employment Dispute Resolution, s. 148.

⁶⁴⁷Zahorka, s. 3; Lembke, Mark, Mediation im Arbeitsrecht, Heidelberg 2001, s.72.

⁶⁴⁸Reuben, Richard C., "Tort Reform, Renews Debate Over Mandatory Mediation", Dispute Resolution, C.13, S.2, 2007, s.13; Özmumcu, Zorunlu Arabuluculuk, s.826.

⁶⁴⁹Nussbaum, s.361-362.

⁶⁵⁰Nussbaum, s.363-395.

model vardır; örneğin, bir hükümet, düzenleyici yaklaşımında müdahaleci olabilir veya serbest bırakan, “laissez-faire” (bir diğer ifadesi ile serbest piyasa ekonomisi) bir tavır kabul edebilir⁶⁵¹. Merkezi olmayan yönetimi canladırın teorisinin arkasında, devletlerin sosyal refahını geliştirmek üzere denetimi altındaki kurumlara bir miktar özerklik ve karar verme gücünü geri kazandırması vardır. Merkeziyetçi yönetimin adeta “usul mimarisi” yoluyla⁶⁵² özel tarafların ihtilaflı işlemlerini resmileştirmek, taraflar arasında dengeli müzakereleri teşvik edebilir. Ancak, aynı zamanda taraflara prosedür anlamında fazladan karmaşa yaratma potansiyeli ve tarafların asimetrik müzakere gücü nedeniyle, gücü az olan tarafı daha dezavantajlı konuma getirebilir⁶⁵³.

Arabuluculuğun kurumsallaşması: kanunların arabuluculuğa ilişkin yerleşik ön koşullar içermesi ve tarafların davranışlarını düzenleyen arabuluculuk sürecinin farklı boyutlarını resmileştirerek arabuluculuğun sonuçlarını etkilemesi olarak açıklanabilir. Kanunların arabuluculuğa ilişkin kurallar içermesine bazı eyaletlerde malpraktis davalarında davadan önce arabuluculuğun zorunlu tutulması, Colorado eyaletinde işyerinde emziren annelere yasal koruma sağlayan *Emziren Anneler İçin Konaklama Yasası* ile işyerinde pompa veya emzirme hakkının anneye sağlanması ve işverenlerin işçilerin bu hakkı kullanabilmesi için makul çaba sarf etmeleri⁶⁵⁴ hakkı ihlal edilen işçinin, dava açmadan önce işveren ile arabuluculuk görüşmelerinde bulunmak zorunda olması gibi örnekler verilebilir⁶⁵⁵. Sürecin farklı boyutlarında usul kuralarının getirilmesine sigortaya ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuğu zorunlu kılan Kaliforniya eyaletinde, sigortalı taraf yasal temsilciden yoksunsa sigortacıların yasal temsilcisinin, arabuluculuğa katılmasının yasaklaması örnek olarak verilebilir⁶⁵⁶.

Arabuluculuğu diğer uyuşmazlık çözüm süreçlerinden farklı kılan yapılar bakımından arabuluculukta yatay bir yapı vardır denilebilir; tüm sonuçlar fikir birliği

⁶⁵¹Nussbaum, s.363 ve s.395-403.

⁶⁵²Aynı yönde tartışma için Bkz. **Özekes**, Muhammet, “Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi-Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım / Evaluation of Mandatory Mediation With Regard to Right to an Effective Remedy and Principles of Mediation”. Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 2018, s. 111-136.

⁶⁵³Nussbaum, s. 363.

⁶⁵⁴Colorado Revised Statutes. Annual § 8-13.5-101 <https://leg.colorado.gov/sites/default/files/images/olls/crs2020-title-08.pdf> (E.T.04.03.2023).

⁶⁵⁵Colorada Revised Statutes. § 8-13.5-104(5) <https://leg.colorado.gov/sites/default/files/images/olls/crs2020-title-08.pdf> (E.T.: 04.03.2023).

⁶⁵⁶California Insurance. Code § 10089.80 (b) <https://leginfo.legislature.ca.gov> (E.T. 04.03.2023)

gerektirir ve görüşmeler gizlidir. Devletin arabuluculuğu zorunlu kılması ile yatay yapıdan dikey yapıya geçildiği belirtilebilir⁶⁵⁷. Arabuluculuğun kurumsallaşması (*institutionalization*), kamu ve özel kuruluşların arabuluculuğu standart ve meşru bir süreç olarak benimsemesinde kullanılan bir terimdir⁶⁵⁸. Yukarıdan aşağıya bir yapıyı temsil eder.

Arabuluculuk, müzakerelerin çözümü için yararlı bir yapı sağlayarak, verimlilik ve reform hedefine yardımcı olabilir⁶⁵⁹. Uyum ve başlangıçta gerçekleşen doğrudan taraf müzakerelerinin aksine, arabuluculuk süreci, tarafların birlikte oturmaları için genellikle aynı toplantı alanını ve masayı paylaşan bir toplantı zamanı ve yeri yaratarak bir yatışma duygusu aşılar.

Arabuluculuğu savunanlar, mevzuatın arabuluculuk müzakerelerine ilişkin dayattığı yapı ile müzakerelerin daha az çekişmeli hale gelebileceğini, yanlış varsayımların düzeltilebileceğini ve mantıksız taleplerin (müvekkillerden ve karşı taraflardan gelen) sorular soran ve anlamı netleştiren arabulucular tarafından kontrol edilebileceğini gözlemlemişlerdir. Arabulucu böylelikle taraflar ve avukatları arasında doğrudan veya gizli iletişim sağlayarak bilgi engellerini aşabilir⁶⁶⁰. Tarafların kendi çözümlerini geliştirme durumu, tarafların özel ihtiyaçlarına cevap verebilir, arabuluculuk tarafları, mahkemelerin sunamadığı yaratıcı çözümler geliştirebilirler⁶⁶¹.

Aslında, bir araya getirildiğinde, sivil söylemi ve toplumu bir bütün olarak iyileştirici olması, arabuluculuğun olumlu etkileri olarak sayılabilir. ABD tarihinde arabuluculuğun kurumsallaşmasının kolay ilerlemediği belirtilebilir. Pek çok ses, alternatif uyuşmazlık çözümünün ABD’de beyaz olmayan topluluklar, kadınlar ve sosyo-

⁶⁵⁷Nussbaum, s. 366; Yazzie, Robert, “Life Comes From It”; Navajo Justice Concepts, 24 N.M. L. Rev., 1994, s. 175, 177-178, 180.

⁶⁵⁸Nussbaum, s. 372; Bazıları kurumsallaşmış arabuluculuğu yalnızca tarafların resmi bir mahkeme duruşmasından önce arabuluculuk yapmasını gerektiren mahkeme bağlantılı arabuluculuk olarak değerlendirir. Bkz. McAdoo, Bobbi/Welsh Nancy, A./Wissler Roselle L., “Institutionalization: What Do Empirical Studies Tell Us About court Mediation?”, Dispute Resolution Magazine, C.9, S.2, 2003, s.8-10.

⁶⁵⁹Müzakereler yoluyla, mahkeme dışı müzakerelerin iyileştirilmesinin mahkemelere olan bağımlılığı da azaltacağını düşünülmektedir. Dolayısıyla, bir yandan reform savunucuları, arabuluculuğun değerini, resmi olmayan ve daha az yapılandırılmış bir prosedür olarak yargılama, diğer yandan arabuluculuğun doğrudan taraf müzakerelerinde formalitenin dayatılması olarak görmektedir. Bush Robert A. Baruch. “What Do We Need a Mediator for? Mediation's "Value-added" for Negotiators”, Ohio State Journal on Dispute Resolution, C 12/1, 1996, s.13.

⁶⁶⁰Bush, s.12-15; Nussbaum, s.377.

⁶⁶¹ Adaletin sağlanmasında mahkemelerin "sınırlı iyileştirici tahayyülü", tarafların hangi olası çözümleri geliştirebileceğini kısıtlar bkz. Nussbaum, s. 377.

ekonomik açıdan dezavantajlılar gibi toplumların marjinal gruplarının adalete erişimini iyileştirebileceği önermesine karşı çıkmıştır⁶⁶². Örneğin, Oklahoma'nın 1983 tarihli Uyuşmazlık Çözümü Yasasının amacı adil, etkili, ucuz ve hızlı olan anlaşmazlık çözüm süreçlerine kolay erişimi sağlamaktır. Bu yasa ile Oklahoma'da arabuluculuk programları oluşturmak için herhangi bir il, belediye, akredite hukuk okuluna veya bu eyaletteki kurumlara yetki verilmişti ve mahkemelerin idari müdürünü programları yönetmek ve kuralları ve yönetmelikleri yürürlüğe koymak için görevlendirilmişti. Günümüzde çoğu kamu kurumu kendi arabulucularını istihdam etmekte, arabuluculuk hizmetleri için özel arabulucularla sözleşme yapılmakta veya ihtilaflı tarafları bağımsız bir arabuluculuk merkezine yönlendirmektedir⁶⁶³.

7-İşyeri Arabuluculuğu (Kurum içi Arabuluculuk)

ABD şirket kültüründe geçmişte şirket çalışanları ve yöneticileri çalıştıkları şirketleri adeta bir gündüz ailesi olarak ifade edebiliyorlardı⁶⁶⁴. Yirminci yüzyılın sonunda iş koşulları önemli ölçüde değişti. Küreselleşme, rekabet alanını genişletti, iç ve dış pazarlar arasındaki ayrımı bulanıklaştırdı ve şirketleri kâr hanesine her zamankinden daha fazla dikkat etmeye zorladı⁶⁶⁵. Günümüzün başarılı çalışanı, akıllı ve yetenekli, özellikle de yeni beceriler öğrenme kabiliyetine sahip biri olarak tanımlanmaktadır. Şirkete sadakatle bağlılık önemli bir özellik olmaktan çıkmıştır. Yirminci yüzyılın sonunda, işten çıkarmaların ayrımcılığa dayandığını iddia edilen şikayetler maalesef fazlalaşmıştır⁶⁶⁶.

Arabuluculuk, her iki tarafın çıkarlarını ve ihtiyaçlarını karşılayan bütünleştirici, "kazan-kazan" çözümlerin olasılığını sunar. Bazen de duygusal katarsis için bir fırsat verir, taraflar arasındaki ilişkileri korumaya veya onarmaya yardımcı olur ve çatışma

⁶⁶²Nussbaum, s. 378; Ackerman, Robert M., "Disputing Together: Conflict Resolution and the Search for Community, Ohio State Journal on Dispute Resolution, C.18, S.1, 2002, s.27, 71.

⁶⁶³Nussbaum, s.380; Cole, Sarah, R./McEwen A. Craig/Rogers H. Nancy, Mediation: Law, Policy & Practice, New York, 2018, s.72.

⁶⁶⁴Berger, Vivian, "Employment Mediation in the Twenty-First Century: Challenges in a Changing Environment", C.5/3, 2003, s. 490.

⁶⁶⁵Berger, s. 490; Estlund, Cynthia L., "The Changing Workplace As a Locus of Integration in a Diverse Society, Columbia Business Law Review, C.2, 2000, s.331, 354-55.

⁶⁶⁶Mayer, MattA, The Use of Mediation in Employment Discrimination Cases, Journal of Dispute Resolution, S.153, 1999, s. 163; Berger, s. 493.

yönetiminden daha geniş bir eğitim sağlar⁶⁶⁷. Yazarlar tipik arabuluculuk sürecini şu şekilde tanımlamaktadır: Başlangıçta taraflar arabulucu veya arabulucularla görüşecek ve sürecin nasıl işleyeceği üzerinde anlaşacaklar; daha sonra, arabulucu ile neler olduğunu ve bu konuda nasıl hissettiklerini keşfedeceklerdir. Taraflar ilk görüşlerini ifade ettikten sonra, arabulucu, hangi seçeneklerin çözüm için temel teşkil edebileceği konusunda çözüm ve anlaşma yollarını değerlendirmeye doğru hareket eder. İlk oturum genellikle tüm tarafların katılımıyla gerçekleşir. Ardından arabulucu ile taraflar arasında, şartlar oluştuğunda yeniden bir araya gelmeden önce bir veya daha fazla özel oturum yapılabilir. Arabulucu, tipik olarak, taraflar arasında bir uzlaşma pozisyonu elde edilene kadar her iki tarafın konumunu diğer tarafa açıklayarak (tarafların izin verdiği ölçüde), taraflar arasında ileri geri ‘mekik’ dokur. Süreç boyunca arabulucu, tarafların arabuluculuğun hem sürecini hem de sonucunu kontrol altında tuttuğunu vurgular⁶⁶⁸. Arabuluculuk sürecinde alternatiflere sahip olmanın tarafları güçlendirdiği ve çalışanın dava dahil olmak üzere elindeki tüm seçeneklerinden haberdar olmasını sağlamanın arabulucuların etik yükümlülüğü olduğuna da dikkat çekilmelidir⁶⁶⁹. Colorada Arabulucular için Profesyonel Yönetim mevzuatında arabuluculuk müzakerelerinin adil, düzenli ve tarafsız bir şekilde yürütülmesi ve sonuçlandırılması için taraflardan birinin ek bilgiye ya da yardıma ihtiyacı olması durumunda arabulucu söz konusu tarafı faydalı olacak kaynaklara yönlendirmekle yükümlüdür ifadelerine yer vermiştir⁶⁷⁰.

Hukuk davasından daha hızlı ve basit olan arabuluculuk aynı zamanda hem parasal hem de parasal olmayan tasarruflar sağlar. Parasal tasarruflar, avukat kullanmak, keşif yapmak ve tarafları ve tanıkları olağan üretken faaliyetlerinden uzaklaştırmakla bağlantılı maliyetlerdeki düşüşleri içerir. Parasal olmayan tasarruflar ise tipik olarak yasal prosedürlerin uzunluğu ve yıpratıcılığı nedeniyle stres ve endişe altında olmamak olarak örneklendirilebilir.

Arabuluculuk ek olarak, mahkemelerde ve kurumlarda birikmiş işlerin tıkanıklığını azaltır. Ancak gerçekçi olarak, gizli toplantıyı mantıklı bir şekilde

⁶⁶⁷ **McAdoo**, Bobbi, “The Growing Gap Between Theory and Practice”, Journal of ADR in Employment, 2000, s.8-9; **Berger**, s. 508.

⁶⁶⁸ **Scott, Kent/Wilson**, Cody, “Questions Clients Have About Whether and How to Mediate an How Counsel Should Answer Them”, Dispute Resolution Journal, 2008, s. 29,30.

⁶⁶⁹ **Calhoun**, Emily M., “Workplace Mediation: The Twenty-First Phased, Private Caucus in Individual Discrimination Disputes”, Harvard Negotiaon Law Review, C.9, 2004, s. 216, 217.

⁶⁷⁰ **Akan**, s. 41.

kullanabilecek tarafsızlığın varlığı, pazarlık sürecini önemli ölçüde iyileştirir. Örneğin, bir arabulucu, tarafların davalarının güçlü ve zayıf yönlerini değerlendirmelerine yardımcı olarak ihtiyaç duyulan bir gerçeklik kontrolü sağlayabilir. Bu kontrol tarafların anlaşmaya varma şansını artırabilir; çünkü bir tarafın alt çizgisi (anlaşacağı en alt meblağ)⁶⁷¹ hakkında ve genel olarak düşünceleri ve endişeleri hakkında arabulucu rakibinden daha fazla şey biliyor durumdadır. Ayrıca, arabulucu taraflardan birinin önerisini kendi önerisi gibi gösterebilir, böylece diğer tarafın refleksif reddinden kaçınılabilir⁶⁷². İnsan kaynakları birimlerinin açık kapı politikaları, insan kaynakları özel hakem ve tahkim gibi diğer alternatif uyuşmazlık çözümü biçimleriyle birlikte, iş davalarında arabuluculuk son yıllarda önemli ölçüde artmıştır.

Konuya ilişkin önem arzeden Brown Root şirketinin uygulaması örnek verilmelidir. Brown&Root Şirketi 30.000'den fazla çalışanı olan bir şirkettir. Çalışanlardan biri cinsel taciz iddiası ile şirketi dava etmiş 5 yıl süren dava sonucunda 400.000 Dolar kazanmıştır. Bu olaydan sonra şirket dört aşamalı bir arabuluculuk programı geliştirmiştir. Birinci aşama kolay şikayet mekanizmasının geliştirilmesidir. Her çalışan herhangi bir üstüne ya da insan kaynakları departmanına açık kapı politikası gereği başvurabilir. Bu şikayetlerin çözümünde özellikle bu konuda eğitilmiş çalışanlar görevlendirilir. İkinci aşama, taraf şirketin temsilcisi ve çalışanın bir danışman ya da uyuşmazlık çözüm programı yöneticisi ile birlikte konuyu görüşmek için toplantı yapmasıdır. İkinci aşamada uyuşmazlık sonuçlanmazsa dışardan bir arabulucu ile uyuşmazlık çözülmeye çalışılır. Bu da işe yaramaz ise dışardan bir hakem ile uyuşmazlık giderilmeye çalışılır. Brown&Root Şirketinin tüm hukuki giderleri ve arabuluculuk masraflarını ödemeyi taahhüt etmesine rağmen üçüncü aşama sonrasına taşınan dava sadece %4 oranındadır ve şirket hukuki masrafların %80 oranında azaldığını bildirmiştir. Benzer bir uygulamayı benimseyen Motorola Şirketi de hukuki masraflarının bu sistem ile %75 oranında azaldığını belirtmiştir⁶⁷³. Şirket dışı arabulucu olarak Amerikan Tahkim Derneği'nin (AAA-Amerikan Arbitration Association) veya JAMS⁶⁷⁴ın (Judicial

⁶⁷¹**Berger**, s. 508; Bununla birlikte, hiçbir arabulucu, partilerin uzlaşmayı kabul edecekleri parasal miktar konusunda, parti toplantılarında bile tamamen samimi olacaklarını düşünmemelidir.

⁶⁷² **McAdoo**, Barbara, "The Growing Gap Between Theory and Practice", Journal of ADR in Employment, 2000, s. 8, 9; **Berger**, s. 508-509.

⁶⁷³**Zahorka**, s. 4; **Gleason**, S. E., "Workplace Dispute Resolution-Directions for the 21st Century", Michigan State University Press, East Lansing 1997, s.79, 96 vd.

⁶⁷⁴ Amerika Birleşik Devletleri'nde alternatif uyuşmazlık çözümü üzerine hizmet veren tek kişilik ofislerden ziyade, birçok arabulucu ve hakemin bir arada olduğu farklı şirket yapılanmaları oluşmuştur. Kâr amacı gütmeyen bu kuruluşlar çeşitli alanlarda arabuluculuk hizmetleri sunmaktadırlar. Kanaatimizce,

Arbitration and Mediation Services-Hukuki Tahkim ve Arabuluculuk Servisi) tercih edildiği durumda üstün ekonomik güce sahip olan tarafın bu sağlayıcıların seçimini diğer tarafa dayatılabilir olması durumu eleştirilmiştir⁶⁷⁵.

Adil olma ve eşitlik, ABD’de yaygın olarak benimsenen temel değerlerdir ve arabuluculuk literatürü, arabuluculuğun; haklarından mahrum çalışanlara adillik ve eşitlik sağlamaya yardımcı olacağına dair vaatlerle doludur. Ancak, arabuluculuğun, çalışanları iyileştirmekten ziyade çalışanların sonuç ve tazminat hedeflerini tatmin ettiği de doğrulanmıştır⁶⁷⁶. Arabuluculuğun ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin dava yoluna kıyasla daha iyi olduğunu savunan yazarlar bile ayrımcılığın varlığını iddia etme sürecinde gerçekte ne yaşandığına dair eleştirilerini ampirik verilere dayandırmada başarısızlardır. Hukuk bilim adamlarının ve avukatların genellikle ilgili sosyal bilim literatürünü eleştirel bir şekilde yorumlama ve değerlendirme yeteneğinden yoksun ve sosyal bilimcilerin tipik olarak veriler ile yasal uygulamalar arasında anlamlı bağlantılar kurmak için yeterli eğitim veya hukuk bilgisine sahip olmadığı öne sürülmektedir. Tahkimi inceleyen ve sonuçları dava ile karşılaştıran birkaç ampirik çalışmanın, neredeyse tamamen ekonomik sonuç karşılaştırmalarına odaklandığı belirtilmektedir⁶⁷⁷.

Ölüm ve boşanmadan sonra, bir işin kaybı, bir bireyin yaşayacağı en stresli üçüncü yaşam olayı olarak kabul edilir. Irkçılık karar verme mekanizmalarını yargının farkına varamayacağı veya çare bulamayacağı şekillerde zora sokuyor olsa da sosyal reformun devamı için uygun mekanizmaların mahkemelerde var olduğunu savunulmaktadır⁶⁷⁸. İşyerinde ayrımcılığa maruz kalan çalışanlar dezavantajlı grupların üyeleridir⁶⁷⁹.

Amerika Birleşik Devletleri’nde bu hizmet sağlayıcılarını akredite eden herhangi bir kuruluş veya yasal düzenleme bulunmaması bir eksiklik olarak görülebilir. Bkz. **Tutar/Süleymanoğlu**, s.4.

⁶⁷⁵**Bingham**, Lisa Blomgren/**Hallberlin**, Cynthia J./**Walker**, Denise A./**Chung**, Won-Tae, “Dispute System Design and Justice in Employment Dispute Resolution: Mediation at the Workplace”, Harvard Negotiation Law Review, C.14/1, 2009, s.17

⁶⁷⁶**Hippensteele**, Susan K., “Revisiting the Promise of Mediation for Employment Discrimination Claims”, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, C. 9/2, 2009, s. 212; **Sherwyn**, David/**Estreicher**, Samuel/**Heise**, Michael, “Assessing the Case for Employment Arbitration: A New Path for Empirical Research, Stanford Law Review, C.57, 2005, s.1557, 1567.

⁶⁷⁷**Nielsen**, Laura Beth/**Nelson**, Robert, “Rights Realized? An Empirical Analysis of Employment Discrimination Litigation as a Claiming System”, Wisconsin Law Review, 2005, s. 663,664.

⁶⁷⁸**Hippensteele**, s. 219, 220; **Wittenberg**, Carol, A. “Why Employment Disputes Mediation is on the Rise”, What The Business Lawyer Needs to Know About ADR, Little Brown & Company, Litigation and Technology Management Report, New York 1996, s.747, 749.

⁶⁷⁹**Fox**, Robert Elliot, “Becoming Post-White”, Multi-America Essays on Cultural Wars and Cultural Peace, (Ed.) **Reed**, Ishmael, New York 1997, s.12-13; **Hippensteele**, s. 221.

Dava ve tahkim, davacılar maddi tazminat, işyeri politikalarında da ve işveren uygulamalarında değişiklikler ve diğer olası yardımlar dahil olmak üzere somut çözümler elde etme fırsatı sağlar; ancak, işyerinde ayrımcılığa maruz kaldıklarına inanan çalışanların çoğu dava açmamaktadır ve bunu yapmak isteyenler için dava açılmasının önündeki engeller çoktur. Nispeten az sayıda kişi etkili bir avukat tutabilmektedir, çünkü ya bunu yapacak maddi gücü yoktur ya da kimi avukat olarak tutacağı konusunda bilinçli karar verebilmek için gerekli bilgiye sahip değildir. Dava, zaman alıcıdır, ayrıca duygusal ve fiziksel olarak yorucu olabilir. Uygun avukatları bulduklarına inanan çalışanlar, daha sonraları avukatlarının kendilerini tam anlamıyla anlayamadığından ve kendileri için hedefledikleri çözümleri önceliklendiremediğinden ötürü hayal kırıklığına uğralar. İşçiler, avukat olmaksızın EEOC'ye resmi şikâyetle bulunmakta özgürdür; ancak, EEOC aracılığıyla bir şikâyeti işleme koymak için geçen süre nedeniyle pek çok kişinin kendi çıkarlarını etkin bir şekilde savunması engellenmektedir. Dahası, mahkemeler ve EEOC tarafından uygulanan ayrımcılık karşıtı yasa, bireysel aktörlerin işyerindeki çoğunluğa özgü olmayan şekillerde davrandıkları için ayrımcılığın meydana geldiği kurgusunu destekleyen bir fail perspektifi etrafında gelişmiştir⁶⁸⁰. Avukatların çoğunluğu, davacının bireysel ve kasıtlı olarak ayrımcılık nedeniyle hedef alındığını ispatlayabileceğine inanmadıkları sürece ayrımcılık davasını mahkemeye taşımamakta, ihlalden kaynaklanan manevi zarar nadiren tazminat için meşru veya ikna edici bir gerekçe olarak görülmektedir⁶⁸¹.

Bir ayrımcılık iddiasını dava etmenin maliyeti her davacı için değişiklik gösterecektir, ancak genellikle en az 25.000 Dolar olacaktır. Arabuluculuk ise muhtemelen 3.000 Dolar civarında bir maliyet anlamına gelmektedir. Kendini EEOC'de açılan bir davada ayrımcılık iddiasına karşı savunan işveren için 4.000 ila 10.000 Dolar, davayı özet karara götürmek için en az 75.000 Dolar ve mahkemede duruşmada kendini

⁶⁸⁰**Hippensteele**, s. 222; "Zarar"ın bireyselleştirilmiş bir yaralama olarak tanımlandığına işaret eder, ancak ırkçılık ve cinsiyetçilik, "en ham ve en çirkin ifade" hariç hepsi kültürel uygulamalar yoluyla aktarılır ve bunlar tarafından gerçekleştirilir. Bu derin oluşum her koşulu ile hukukun kapsamı dışındadır. Bkz. **Koppelman**, Andrew, *Anti-Discrimination Law and Social Equality*, Yale University 1996, s. 262, 263.

⁶⁸¹**Krieger**, Linda, Hamilton, "The Content of Our Categories: A Cognitive Bias Approach to Discrimination and Equal Employment Opportunity", *Stanford Law Review*, C.47, S.6, 1995, s. 1177; **Hippensteele**, 1995, s. 223.

savunmak için en az 125.000 Dolar ve muhtemelen çok daha fazlasını harcamak durumunda kalacaktır⁶⁸².

Dava ve resmi şikâyet mekanizmaları gibi geleneksel çekişmeli süreçlerin mağdurun deneyiminden kaynaklanan acı ve öfkeyi ele almak için bir ortam sağlamada başarısız olduğu argümanı ile güçlendirilen⁶⁸³ arabuluculuk teorisi, bir arabuluculuk forumunun mağdurların bu duyguları çözmesine olanak sağladığını da vurgular. Çalışanın doğrudan hakkını ihlal edenlerle konuşabilmesi anlamlı ve saygılı bir biçimde yaşananların dinlenilmesi, çalışanın iyileşmesine ve manevi zararın azalmasına yol açabilir⁶⁸⁴. Arabuluculuk hem sürecin hem de sonucun taraflarca kontrol edildiği bir çözüm seçeneği olarak sunulduğundan, şikâyetçi taraf teoride, sistemin yapısına boyun eğmekten ve emsallere güvenmekten daha iyi bir sonuç elde edebilmeyi⁶⁸⁵ hedefler.

İşyerinde tacize veya ayrımcılığa maruz kalan kişiler genellikle saldırgan davranışın durmasını, davranışın tekrarlanmayacağına dair güvence, başkalarına benzer şekilde muamele edilmeyeceğine dair güvence, misillemeden korunma ve saldırgan davranışı deneyimlemeden önce sahip oldukları çalışma ortamının yeniden sağlanmasını talep ederler. İşten atılmayacağının ve işini sürdürmesinin güvence altına alınmasının, çalışanların ayrımcılık şikâyetini EEOC'ye yapmanın birincil nedeni olduğunu belirtir⁶⁸⁶.

Arabuluculuğa dayalı bir anlaşma daha sonra ihlal edilirse, davalıyı ihlalden sorumlu tutmak için icra mekanizmaları yürürlükte olmalıdır. İhlal, soruşturma sürecinin yeniden başlamasını gerektiriyorsa, icra edilmezlik, arabuluculuk seçeneğinin değerini önemli ölçüde zayıflatır⁶⁸⁷.

Geriye dönük ve ileriye dönük çözümler, arabuluculuk için çok farklı uygulama sorunları ortaya çıkarmaktadır. Öncelikle geriye dönük çözümlerle ilgilenen müzakere

⁶⁸²**Hippensteele**, s. 225; **Sherwyn**, David/**Estreicher**, Samuel/**Heise**, Michael, “Assessing the Case for Employment Arbitration: A New Path for Empirical Research, Stanford Law Review, C.57, 2005, s.1579.

⁶⁸³**Harkavy**, Jonathan, “Privatizing Workplace Justice; The Advent of Mediation in Resolving Sexual Harrasment Disputes”, Wake Forest Law Review, C.34/135, 1999, s. 158.

⁶⁸⁴**Sternlight**, Jean R., “In Search of the Best Procedure for Enforcing Employment Discrimination Laws: A Comparative Analysis”, Tulane Law Review, C.79, 2004, s. 1486.

⁶⁸⁵**Hippensteele**, s. 236; **Grillo** Trina, “The Mediation Alternative: Process Dangers for Women”, Yale Law Journal, C.100, S.6, 1991, s.1569.

⁶⁸⁶**Harkavy**, s.156.

⁶⁸⁷**Oser**, Jessica, “The Unguided Use of Internal ADR Programs to Resolve Sexual Harassment Controversies in the Workplace”, Cordozo Journal of Conflict Resoluion, C.6, S.2, 2009, s.310.

edilmiş bir anlaşmanın uygulanması nispeten kolay olabilir. Bununla birlikte, işe alma veya terfi uygulamalarındaki değişiklikler, şikâyetçi tarafa veya tanıklara karşı taciz veya misillemeye son verilmesi veya sürekli izleme gerektiren diğer çözüm yolları gibi olası çözüm yollarını içeren anlaşmaların uygulanması son derece zor olabilir⁶⁸⁸.

Arabuluculuk ortamı ayrımcılık mağdurları için daha güvenli, daha rahat ve daha kolaylaştırıcı olarak tanımlanırken, arabuluculuk daha fazla ayrımcılık eylemine veya misillemeye karşı resmi koruma sağlamaz. Arabuluculuğun gizlilik unsuru nedeniyle içtihatlarının düzenli gelişimi bozulur ve işyerinde gerçekleşen ayrımcılık vakalarının önlenmesi için daha güçlü kanunların yapılması veya ilgili yasaların daha etkin şekilde uygulanması engellenir⁶⁸⁹. Arabuluculuk nedeniyle dava açılmaması da case law sistemi geçerli olan ABD’de ayrımcılık iddiasında bulunan çalışanların maruz kaldığı zararların çoğunun mahkemeler tarafından hiçbir zaman kanunlaştırılmamış olması sonucunu doğurur ki bu da toplumsal refah ve gelişim için olumlu değildir.

İşyeri arabuluculuğunda değişik arabuluculuk modelleri uygulanmaktadır. Arabulucu, uyuşmazlığın esasına ilişkin görüşünü açıklarsa, arabuluculuk değerlendirici olabilir. Problem çözen veya kolaylaştırıcı bir modelde, arabulucu tarafların çıkarlarını belirlemelerine ve birbirleriyle ilişkilendirmelerine yardımcı olur. Yine de daha az yönlendirici, arabuluculuğun tüm yönlerini kontrol etmeleri için tarafları yetkilendirmeye odaklanan dönüştürücü arabuluculuktur. Dönüştürücü arabulucular, taraflara bir anlaşmayı kabul etmeleri için baskı yapmazlar, bunun yerine tarafların kendi çıkarlarını, hedeflerini ve seçimlerini açıklığa kavuştururlar. Arabulucu aynı zamanda her iki tarafın da diğerinin bakış açısını daha iyi anladığı veya kabul ettiği tanınma anlarını teşvik eder. USPS, Ulaşım Güvenliği İdaresi ve Raytheon Corporation, dönüştürücü arabuluculuk modelini benimsemiştir; neredeyse tüm mahkeme temelli programlar ve kurum programlarında, kolaylaştırıcı veya değerlendirici arabuluculuk uygulanır⁶⁹⁰.

⁶⁸⁸Hippensteele, s.239; Rowe, P. Mary, “Dealing with Sexual Harassment: A systems Approach”, Sexual Harassment in the Workplace: Perspectives, Frontiers and Response Strategies, 1996, s.270.

⁶⁸⁹Green, s. 358; Hippensteele, s.248.

⁶⁹⁰Bingham, Employment Dispute Resolution, s. 156

IV. Bölüm

TÜRK İŞ HUKUKUNDA ARABULUCULUK

I-İş Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıkların Tespiti ve Nitelendirilmesi

Uyuşmazlık, tarafların sahip olduğu ya da sahip olduklarını düşündükleri haklar bakımından müzakere, arabuluculuk veya üçüncü bir kişinin kararı ile giderilmesi mümkün olan anlaşmazlık olarak tanımlanır⁶⁹¹. Kelime anlamı ihtilaf olan uyuşmazlığın anlaşmazlık kavramının bir çeşidi olduğu uyuşmazlığın ortaya çıkabilmesi için öncelikle bir anlaşmazlığın oluşmasının gerektiği de belirtilebilir.

İş uyuşmazlığı, genel olarak işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisinden doğan ihtilafların/anlaşmazlıkların bütünüdür ifade eden bir kavramdır. İş ilişkisine ait bir sorun hakkında işçiler ile işverenler ya da bunlar tarafından kurulan mesleki kuruluşlar arasındaki anlaşmazlıklar olarak da tanımlanabilir⁶⁹². İMK'nın görev başlıklı 5/1-a maddesinde “işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına” tanımlamasına yer verilmiş, iş uyuşmazlığının işçi-işveren veya işçi-işveren vekili arasında ve iş ilişkisi nedeniyle ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlık türü olduğu belirtilmiştir.

Doktrinde iş uyuşmazlıklarını belirlemek amacıyla çeşitli ayrımlar yapılmaktadır⁶⁹³. Hak uyuşmazlığı-menfaat uyuşmazlığı ayrımı bunlardan birincisi, toplu uyuşmazlık -bireysel uyuşmazlık ayrımı ise ikincisidir.

⁶⁹¹Oğuz, Özgür, Türk İş Hukuku'nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, İstanbul 2016, s.3; Çıplak, Dilara, “İş Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolları”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13. S. 165, 166, İstanbul 2018, s.164; Oğuz, Özgür, Türk İş Hukuku'nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, İstanbul 2016, s.3.

⁶⁹²Narmanhoğlu, Ünal, İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İstanbul 2016, s.496.

⁶⁹³Odaman/Karaçöp, s.58.

II-İş Hukukunda Uyuşmazlık Türleri

A-Bireysel İş Uyuşmazlığı-Toplu İş Uyuşmazlığı

İş hukuku bakımından özel hukuktan kaynaklı ve tarafların üzerinden serbestçe tasarruf edebilecekleri hukuki uyuşmazlıkları toplu iş uyuşmazlıkları-bireysel iş uyuşmazlıkları diye ikiye ayırmak mümkündür⁶⁹⁴. Bu ayırım uyuşmazlığın tarafları gözetilerek yapılan bir sınıflandırmayı ifade eder⁶⁹⁵. Bireysel iş uyuşmazlıklarında uyuşmazlık işçi ile işveren arasında doğmakta iken; toplu iş uyuşmazlıklarında işçi tarafını her zaman bir işçi topluluğu adına harekete eden sendikalar oluşturmaktadır⁶⁹⁶.

1- Bireysel İş Uyuşmazlığı

Bir ya da birden fazla işçi ile işveren arasında iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklar bireysel iş uyuşmazlığıdır. Bireysel iş uyuşmazlığının işçi ve işveren arasında olması ve iş ilişkisinden kaynaklanması önemlidir⁶⁹⁷. Bu uyuşmazlık bir hizmet sözleşmesinden, toplu iş sözleşmesinden, işyeri yönetmeliği veya işyeri şartı haline gelmiş bir uygulamadan doğabilir⁶⁹⁸. Bu haklar örf adet kuralları, mahkeme veya hakem kararları ile de sağlanmış olabilir⁶⁹⁹. Bireysel iş uyuşmazlıklarında iş ilişkisi çerçevesinde daha önceden tanınmış bir hakkın veya hakların ihlali söz konusudur denilebilir. Bireysel iş uyuşmazlıklarında taraflar işçi ve işverendir. Bir iş uyuşmazlığının bireysel iş uyuşmazlığı olarak nitelendirilebilmesi için, işçi ve işveren arasındaki bireysel iş ilişkisinden kaynaklanmasının yanında, bu uyuşmazlığın işçi topluluğu olan sendika tarafından üstlenilmemiş olma koşulu da aranır. Bir işçinin usulsüz olarak işten

⁶⁹⁴ Çelik, Nuri / Caniklioğlu, Nurşen / Canbolat, Talat/ Özkara, Ercüment, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2021, s.986; Okur, s.7; Tunçomağ/Centel, s.414; Tuncay, Can/Kutsal Savaş, Burcu, Toplu İş Hukuku, İstanbul 2017, s.344; Sur, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Ankara 2015, s.363.

⁶⁹⁵ Tuncay, Can/ Kutsal Savaş, Burcu, Toplu İş Hukuku, İstanbul 2017, s.344.

⁶⁹⁶ Oğuzman, M. Kemal, Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri, İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi İşletme İktisadi Enstitüsü Yayını, C.1, İstanbul 1984, s. 110.

⁶⁹⁷ Tunçomağ, Kenan / Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2018, s.410; Çelik vd., s.762.

⁶⁹⁸ Özdemir, Olgu, “Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk”, İÜHFİM, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, LXXIV, Özel Sayı, 2016, s.603.

⁶⁹⁹ Oğuz, s. 11; Süral Nurhan, İş Hukukunda Barışçı Çözüm Yolları, Türk İş Konfederasyonları Yayınları, No.142, Ankara 1982, s.10.

çıkarılması durumunda sendika işçiyi temsil ederek dava açarsa bu da bireysel iş uyuşmazlığıdır. Bireysel iş uyuşmazlığında hakkı ihlal edilen işveren de olabilir⁷⁰⁰.

Bireysel iş ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, işçi ve işveren hukuki uyuşmazlığa konu olan iş ilişkisinin ferdi olarak taraflarıdır. İşçinin işverenden talep ettiği fazla çalışma ücreti, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, ücret ve sair haklardan kaynaklı uyuşmazlıklar buna örnek olarak verilebilir. İşçinin sendika üyesi olması veya sendika tarafından temsil edilmesi, uyuşmazlığın bireysel iş uyuşmazlığı niteliğini değiştirmez⁷⁰¹.

2- Toplu İş Uyuşmazlığı

Toplu iş uyuşmazlığı; bir işçi topluluğunun müşterek hak ve menfaatlerini ilgilendiren, topluluğun da taraf olarak hareket ettiği uyuşmazlıklar olarak nitelendirilir. İşçi tarafının topluluk olması ve uyuşmazlığın topluluğu ilgilendirmesi temel ölçüttür⁷⁰². Toplu iş uyuşmazlığı hak uyuşmazlığı veya menfaat uyuşmazlığı niteliğinde olabilir. Türk iş hukuku uygulamalarında toplu iş uyuşmazlığı daha çok menfaat uyuşmazlıklarında söz konusu olabilmekte ve mevzuat düzenlemelerinde menfaat temelli toplu iş uyuşmazlıklarına yer verildiği görülmektedir⁷⁰³.

Toplu iş sözleşmesi sürecinde yaşanan anlaşmazlık durumunda ortaya bir toplu iş uyuşmazlığı çıkar. Bu durum işçilerin kolektif haklarına ilişkindir. Uygulamada toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında ortaya çıkan menfaat uyuşmazlığı toplu iş uyuşmazlığı olarak algılanmaktadır⁷⁰⁴. Toplu iş sözleşmesinin uygulanmasında veya sendika üyesi işçilerin menfaatlerini ilgilendiren bir konuda işçi ve işveren sendikası ya da sendika üyesi olmayan işveren arasında oluşan uyuşmazlık da toplu iş uyuşmazlığı olarak

⁷⁰⁰Özdemir, s.603; Oğuzman, s.100.

⁷⁰¹ **Sur**, s.363; **Okur**, s.7; Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu md.26/2’de yer alan “Kuruluşlar, çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğan uyuşmazlıklarda işçi ve işvereni temsilen; sendikalar, yazılı başvuruları üzerine iş sözleşmesinden ve çalışma ilişkisinden doğan hakları ile sosyal güvenlik haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen dava açmak ve bu nedenle açılmış davada davayı takip yetkisine sahiptir. Yargılama sürecinde üyeliğin sona ermesi üyenin yazılı onay vermesi kaydıyla bu yetkiyi etkilemez” hükmü ile belirtildiği üzere buradaki sendikanın davada temsil yetkisi kanundan değil de ilgilinin iradesinden kaynaklanan bireysel niteliktedir. Bkz. **Akyiğit**, Ercan, İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 12. Basım, Ankara 2018, s.619; **Akyiğit**, Ercan, İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2015, s.340-341.

⁷⁰² **Sur**, s.364; **Okur**, s.8.

⁷⁰³ **Sur**, s.364; **Okur**, s.8.

⁷⁰⁴**Canbolat**, Talat, “6356 Sayılı Kanun’da Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.4, 2013, s. 251.

karşımıza çıkabilir⁷⁰⁵. Bu yönüyle toplu iş uyuşmazlığını, bir işçi topluluğunun müşterek hak ve menfaatlerini ilgilendiren, topluluk olarak hareket edilen ya da topluluk adına sendikanın taraf olduğu uyuşmazlıklar olarak tanımlamak mümkündür.⁷⁰⁶

Toplu iş uyuşmazlığı işçileri ilgilendiren ortak bir konu bakımından doğabileceği gibi toplu iş sözleşmesi imzalandıktan sonra ortaya çıkan bir uyuşmazlığın işçi sendikasıyla benimsenmesi ve sendikanın bu uyuşmazlığa taraf olması ile de ortaya çıkabilir. Kanun veya toplu iş sözleşmesi hükmünün uygulanmaması ya da farklı uygulanması, mevcut şartlarda değişiklik yapılmamasının istenmemesi örnek gösterilebilir. Uyuşmazlığın işçilerin ortak çıkarlarını ilgilendirmesi önemlidir. Sonuç itibari ile işçi tarafının bir topluluktan, sendikadan oluşması uyuşmazlığın konusunun topluluğu ilgilendiren mahiyette olması bir uyuşmazlığın toplu iş uyuşmazlığı olarak nitelendirilmesi için gerekli ölçütlerdir⁷⁰⁷.

B-Hak Uyuşmazlığı- Menfaat Uyuşmazlığı

Uyuşmazlıklar öncelikle menfaat uyuşmazlıkları ve hak uyuşmazlıkları olmak üzere ikiye ayrılırlar⁷⁰⁸. Bir iş uyuşmazlığının hak uyuşmazlığı ve menfaat uyuşmazlığı olarak ayrımı temelde uyuşmazlığın niteliğine ve konusuna dayanır⁷⁰⁹. Hukukumuzda kanunlar nezdinde uyuşmazlığın bu tür tasnifine ilişkin bir tanımlama yapılmış değildir⁷¹⁰.

1- Hak Uyuşmazlığı

Taraflar arasında var olan hukuki ilişkiye dayalı olarak taraflardan birinin hakkını kullanmasından kaynaklı uyuşmazlıklar hak uyuşmazlığı olarak tanımlanır. Mevcut bir hukuki normunun veya sözleşmenin yorumu veya uygulanmasından doğan

⁷⁰⁵Aktay, Nizamettin, Toplu İş Hukuku, İstanbul 2015, s. 327.

⁷⁰⁶Akyiğit, Ercan, Toplu İş Hukuku El Kitabı, İstanbul 2015 s.697; Sur, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Ankara 2017, s. 307; Çıplak s. 167 Tuncay/Kutsal Savaş, s. 344.

⁷⁰⁷Çıplak, s.168; Oğuz, 13.

⁷⁰⁸Tunçomağ/Centel, s.415 vd.; Can/Kutsal Savaş, s.343 vd.; Sur, s.364; Özdemir, s.601 vd.; Okur, s.4.

⁷⁰⁹Tuncay/Kutsal Savaş, 343; Özdemir, s. 601.

⁷¹⁰Çıplak, s. 169.

uyuşmazlıklara “hak uyuşmazlığı” denir. Burada hukuki uyuşmazlık; mevzuat, örf ve âdet, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi veya işyeri uygulaması ile getirilen bir hakkın farklı yorumlanması veya ihlalden doğmuştur. Bu hak uyuşmazlığı söz konusu olduğunda, o uyuşmazlığın çözümü aradaki sözleşme veya mevzuat düzenlemelerine göre yapılacaktır. Uyuşmazlık, taraflardan birine tanınan bir hakkın kullanılmamasından doğuyorsa, bu durumda bir hak uyuşmazlığından bahsedilecektir. Taraflara tanınan hak veya haklar mevzuattan kaynaklanabileceği gibi bir sözleşme ile de tanınmış olabilir⁷¹¹.

Hak uyuşmazlığında elde edilmiş ya da zaten var olan bir hakkın ihlali söz konusudur⁷¹². Taraflar arasında akdedilen sözleşme veya mevzuatta hak uyuşmazlığının çözüm yolu bulunur⁷¹³. İşçinin ücret, izin, kıdem tazminatı, fazla çalışma ücreti, feshin geçersizliği ve işe iade gibi taleplerle çıkarmış olduğu uyuşmazlıklar hak uyuşmazlığına örnek olarak verilebilir⁷¹⁴. Hak uyuşmazlığı işçinin kanun, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi veya işyeri yönetmeliğince tanınan bir hakkının kullanmasını işveren sağlayamıyorsa doğar.

Hak uyuşmazlığına işçi tarafı da sebep olabilir. İşçi düşük ücret aldığı için kötü ifa gerçekleştiriyorsa bu durumda işverenin de talep hakkı doğar⁷¹⁵. Hak uyuşmazlığının çözüm yeri iş mahkemeleri, iş mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde ise iş mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemeleridir. Özetle hak uyuşmazlıkları işçi ve işveren arasında mevzuat, iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesiyle tanınan haklara ilişkin uyuşmazlıklardır. Hakkı ihlal edilen taraf uyuşmazlığın çözümü için yargıya başvurmaktadır⁷¹⁶.

Arbuluculuk taraflar arasındaki hukuki ilişki sonucu ortaya çıkan hak temelli hukuki uyuşmazlıkların menfaat temelli olarak çözülmeye çalışılması ile ilgilidir. Tarafların haklarının tamamen karşılanması değil, daha çok menfaatlerine uygun olan bir şekilde çözülmesi ön plandadır⁷¹⁷. Tarafların menfaati, hakların tam olarak karşılanması

⁷¹¹**Çıplak**, s. 170; **Şişli**, Zeynep, “Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm”, Ankara Barosu Dergisi, S.2, 2012, s. 42-66.

⁷¹²**Oğuz**, s. 7.

⁷¹³**Oğuzman**, s.97; **Çelik vd.**, s. 761; **Özdemir**, s. 602.

⁷¹⁴Aynı şekilde; işverenin, sözleşme ile kararlaştırılan rekabet yasağına aykırılık, ihbar tazminatı veya işyerini zarara uğrattığı gerekçesiyle çıkaracağı uyuşmazlıklar da örnekler arasında sayılabilir. **Canbolat**, s. 251.

⁷¹⁵**Oğuzman**, s. 100; **Özdemir**, s. 603.

⁷¹⁶**Çıplak**, s. 170; **Canbolat**, s. 247-274.

⁷¹⁷**Okur**, s.5; **Ocak vd.**, s.28-29.

yönünde olabileceği gibi farklı şekillerde de tezahür edebilir. HUAK Yönetmelik md. 17/6'da arabulucunun menfaat temelli anlaşmaları için arabulucunun çaba göstermesi ve tarafların anlaşamaması durumunda menfaat temelli bir çözüm önerisinde bulunabileceği ibarelerine yer verilmiştir⁷¹⁸.

2- Menfaat Uyuşmazlığı

Taraflar arasında bir hukuki ilişkinin kurulması ya da koşullarının belirlenmesi esnasında yeni bir hakkın meydana getirilmesi veya mevcut bir hakkın değiştirilmesi konusunda ortaya çıkan uyuşmazlıklarla ilgili taraflar arasında menfaat çatışması doğar⁷¹⁹. İş hukuku bağlamında işçi ile işverenin iş ilişkilerinde yeni bir hakkın düzenlenmesi veya bir hakkın değiştirilmesinde tarafların taleplerinde bir çatışma söz konusu olduğunda, burada bir menfaat uyuşmazlığı söz konusudur. Menfaat-çıkar çatışmasında haklı-haksız ayırımı söz konusu olmayıp, çatışma pazarlık yolu ile çözülebilecek bir uyuşmazlıktır. Örneğin işçi ile işveren arasında iş sözleşmesi görüşmeleri sırasında ücret miktarının veya çalışma koşullarının belirlenmesinde menfaat uyuşmazlığı söz konusudur. Menfaat uyuşmazlığının çözümlenmesinde amaç, tarafların çıkarlarının makul şekilde dengelenmesi çabasıdır⁷²⁰.

İşçi ve işveren arasındaki talepler çatıştığında taraflardan birinin menfaati zedelenirken diğer tarafın çıkarı doğuyorsa burada menfaat uyuşmazlığından söz edilebilir. Menfaat uyuşmazlığı mevcut çalışma şartlarında değişiklik yapılması, yeni hakların kabul ettirilmesi veya mevcut hakların korunmasına ilişkin olabilir⁷²¹. Haklı haksız ayırımı olmasa da konumu daha güçlü olanın çoğunlukla talebi kabul edilir. İşçi menfaati gereği piyasa ücretinden daha yüksek ücret ödemesini, işveren de ücretleri olabildiğince düşük tutmak ister⁷²². Menfaat uyuşmazlığı sonucu bireysel olarak hukuki yola başvurmak mümkün değildir; çünkü işçi topluluğu lehine bir hak değiştirilmek veya

⁷¹⁸Okur, s. 4-5; Yeşilirmak, Ali / Kekeç, Elif Kısmet / Bulur, Alper (Ed.), Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, TC. Adalet Bakanlığı, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü (HİGM), Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Aralık 2021, s.28-29.

⁷¹⁹Çelik vd., s.985; Okur, s.4.

⁷²⁰Tunçomağ /Centel, s.415; Okur, s.4.

⁷²¹Tuncay/ Savaş Kutsal, s.344.

⁷²²Özdemir, s. 602; Tunçomağ, Kenan / Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2018, s.410.

düzenlenmek suretiyle kazanılmaya çalışılmaktadır. Uyuşmazlığın temel konusu mevcut düzeni değiştirmeye yöneliktir⁷²³.

İşçi örgütlerinin mevcut iş şartlarının ve ücret miktarlarının yeniden düzenlenmesi talebinin işveren tarafından kabul edilmemesi sonucu menfaat uyuşmazlığı doğar⁷²⁴ ve toplu bir değişiklik hedeflenir⁷²⁵. Toplu iş sözleşmesinde yeni haklar elde edilme noktasında çıkan uyuşmazlıklar çoğunlukla menfaat uyuşmazlığı olarak bilinir. Bu da sendikaların temel faaliyetlerinden biri olarak kabul edilen toplu pazarlık faaliyeti ile üyelerinin menfaatlerini koruma isteklerinden meydana gelir⁷²⁶.

Bireysel iş hukukunda bir işçinin iş sözleşmesinde işveren ile anlaştıkları mevcut ücret üzerine artış talebi işverence olumlu karşılanmazsa bireysel menfaat uyuşmazlığı doğar, sonucunda ise işçi iş sözleşmesine dayalı çalışmaya devam eder ya da kanunda belirtilen hükümlere göre iş sözleşmesini feshedilebilir.

III-Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk Kurumunun Kısa Tarihçesi

A- Cumhuriyet Öncesi Dönem

13. yüzyıldan itibaren uzun bir süre ilk meslek örgütlenmesi olarak bilinen ahilik üst kavramının kapsamı içinde iş ve ticari uyuşmazlıkların ahiler vasıtasıyla çözülmesinin de yer aldığı bilinmektedir⁷²⁷. Ahilik veya ahilik teşkilatı, Osmanlı Devleti'nde dengeleyici bir konumda, sosyal ve ekonomik ilişkileri düzenlenmesinde önemli rol oynayan, ahlaki ve etik kurallarla yürütülen, birbirine saygılı, birbirini seven, çalışkan, din ahlak ve meslek kurallarına, toplum çıkarına son derece bağlı, yardımsever esnaf ve

⁷²³ **Canbolat**, s. 251. Çıkar uyuşmazlıkları toplu iş ilişkilerinde önemli hukuki sonuçlara yol açar; Anayasa' da grev ve lokavta ancak toplu çıkar uyuşmazlıklarında başvurulabileceği açıkça hükme bağlanmıştır bkz. **Çıplak**, s.171.

⁷²⁴ **Esener**, Turhan, İş Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1975, s.540.

⁷²⁵ **Akyiğit**, Ercan, Toplu İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.560.

⁷²⁶ **Eşiyok**, Yusuf/**Orhan**, Serdar “Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Alternatif Çözüm Yolları Üzerine”, **Öz**, Selek C. (Ed.), Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Seçme Yazılar, C. V, 2001, s.87.

⁷²⁷ Arabuluculuk sisteminin ahilik teşkilatının özü olduğuna dair **Hisarcıkhoğlu**, Rıfat, “Arabuluculuk Ahilik Teşkilatının Özüdür”, Gaziantep Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi Açılış Töreni Açılış Konuşması, Gaziantep Ticaret Odası Meclis Salonu, 11.12.2019, Gaziantep <https://ilkha.com/guncel/arabuluculuk-sistemi-ahilik-teskilatinin-ozudur-110608> (E.T.: 13.6.2022)

sanatkarların oluşturduğu sağlam bir yapıdır⁷²⁸. Bugün işçi işveren arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin yapılanmalarının özünü oluşturduğu düşünülen ahilik teşkilatında ihtilafları, ahiler çözerdi⁷²⁹. Ahilik teşkilatının mensupları meslek ve toplum hayatında geçerli olan belirli etik kural ve kaidelere göre çalışmaktaydılar.

II. Mahmut zamanında, hukuk hareketleri sisteme bağlanmak istenmiş⁷³⁰ yerli ve milli bir düzenleme yapılması anlayışıyla Mecelle-ı Ahkam-ı Adliye Komisyonu kurulmuş ve *Mecelle* bir mukaddime (önsöz, giriş) ve on altı kitaptan oluşan 1851 maddelik bir metin olarak 1869 -1876 yılları arasında yürürlükte kalmıştır⁷³¹. Mecelle'nin 16. kitabında md.1841-1851 yer alan hükümler her ne kadar tahkim ile ilgili olsa da md.1851'in arabuluculukla ilgili olduğu belirtilebilir⁷³².

Mecelle md.1851; *“Bir kimse tahkime yetki verilmemiş olduğu halde iki kişi arasındaki davayı çözümledikten sonra taraflar onu kabul ve onun hükmüne onay (icazet) verseler, hüküm yerine getirilmesi gereken bir hüküm olur.”* hükmünü içermektedir. Üçüncü kişinin hakem olmadığı veya kendisine hakem yetkisi verilmediği ve üçüncü kişinin çözüm kararının taraflarca kabul edilmedikçe bağlayıcı olmadığı hususları birlikte dikkate alındığında, bu faaliyetin bir değerlendirici arabuluculuk faaliyeti olduğu söylenebilir⁷³³.

B-İşçi Temsilciliği

Cumhuriyetin ilanından sonra iş hukukuna ilişkin kanunlar yapılmış ve 1936 yılında 3008 sayılı ilk iş kanunu yürürlüğe girmiştir⁷³⁴. 3008 sayılı İş Kanunu md. 77, 78

⁷²⁸ **Doğan**, Kadir Caner, “Ahilik Teşkilatı, Ombudsman ve Etik İlişkisi”, Küresel İktisat ve İşletme Çalışmaları Dergisi, C.4, S.7, Bahar 2015, s. 28-36; **Sancaklı**, Saffet, “Ahilik Ahlakının Oluşumunda Hadislerin Etkisi”, İ.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 2010, s.2.

⁷²⁹ **Hisarcıkhoğlu**, Rıfat, “Arabuluculuk Toplumsal Barışa Katkı Sağladı”, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu, Gaziantep Genç İş Adamları Derneği, Türk Odalar ve Borsalar Birliği 70. Yıl Etkinlikleri, 06.10.2021, <https://tobb.org.tr/Sayfalar/Detay.php?rid=26949&lst=MansetListesi> (E.T. 14.06.2022)

⁷³⁰ **Dür**, s.65; **İlhan**, Cengiz. Mecelle (Mecelle-ı Ahkam-ı Adliye), Ankara, 2011, s.6.

⁷³¹ **Dür**, s.65; **İlhan**, s.9.

⁷³² **Dür**, s.65; **Sancak**, Yusuf/**Kıyak**, Emre, Günümüz Türkçesi ile Mecelle'nin On Altıncı Kitabı Kitabü'l Kaza. Günümüz Düzenlemesiyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.22, S.2, 2014, s.103.)

⁷³³ **Dür**, s. 65.

⁷³⁴ **Özdemir**, s.605; **Saymen**, Ferit, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s.353.

ve 79 uyarınca uzlaştırma yolu ve işçi temsilciliği kurumu düzenlenmiştir. İşyerlerinde işçiler işverenlere yönelttikleri taleplerini işçilerin katılımı ile seçilen işçi temsilcilerine yapmaktaydılar. Temsilciler işçi ve işveren arasında adeta arabuluculuk yapmaktaydı.

3008 sayılı İş Kanunu md. 79’da işveren ve işçinin, temsilci aracılığıyla uzlaşması halinde durumun tutanak ile tespit edileceği, işçilerin temsilcilere başvurmaksızın dava açamayacakları belirtilmiştir. 78. madde uyarınca, 50 işçiye kadar 2, 50-200 arası 3, 200-1000 arası 4, 1000’den fazla işçi için 5 temsilci seçilir. İşçi temsilcileri işveren ile işçiler arasında çıkacak iş uyuşmazlıklarını halletmek ve uzlaştırmak için işveren veya işveren vekiliyle görüşür. İşçi temsilcileri ihtilaf çıkmaması için çareleri işverenle beraber araştırırlar. İşçi temsilcileri, iş arkadaşı olan işçilerin hak ve menfaatlerini doğrulukla koruma borcu altındadır.⁷³⁵

Uzlaştırmanın nasıl yapılacağı İş Uyuşmazlıklarını Uzlaştırma ve Tahkim Tüzüğü’nün 47 ile 50. maddeleri arasında belirtilmiştir. Buna göre, temsilci bir toplantı ayarlar. Bu toplantıda temsilci, işveren veya işveren vekili bulunur. Konu ile ilgili işçi ve işçiler dinlenebilir. Çözüm aşamasında uyuşmazlık konusu ile ilgili olan işçi ya da işçiler toplantıda yer almazlar. İşçi temsilcisi ve işveren (ya da işveren vekili), bulunan çözümü işçi ya da işçilere bildirir. Çözüm kabul edilirse durum ilgili zabıt defterine yazılarak taraflarca imzalanır. Çözüm kabul olunmazsa taraflar anlaşamadıklarına ilişkin belgeyi imzalar. Bu belgeden sonra yargı yoluna başvurulabilir⁷³⁶.

İşçi ve işvereni tanıyan temsilcinin, tüm işçilerin katılımıyla seçilmiş kişi olarak bugün de işyeri uyuşmazlıklarında kilit bir rol oynayabileceğini düşünmekteyiz⁷³⁷.

C-Kapatılan Bölge Çalışma Müdürlükleri

Kapatılan bölge çalışma müdürlükleri 28 Ocak 1946 tarihinde yürürlüğe giren 4841 sayılı Çalışma Bakanlığı’nın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile kurulmuştu. Bölge Çalışma Müdürlükleri faaliyette oldukları dönem boyunca işçi şikâyetleri noktasında karar verici olarak nitelendirebileceğimiz aktif bir rol üstlenmişti. İMK md.

⁷³⁵Özdemir, 605; Saymen, Ferit, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 353.

⁷³⁶Saymen, s. 353; Özdemir, s. 605, 606.

⁷³⁷Aynı yönde görüş için bkz. Canbolat, Talat “İş Hukuku Bakımından Arabuluculuk”, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, (6-7 Aralık) 2018, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Yayını, s. 95, 96.

14 ile İş K. md. 92/2’de yer alan “işçi şikâyetlerini inceleyen bölge müdürlüğü memurları” ibaresi ile üçüncü fıkrasında yer alan “işçi şikâyetlerini incelemekle görevli bölge müdürlüğü memurları” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. İŞKUR bünyesinde işçi ya da işverenlerden herhangi bir ücret talep etmeksizin profesyonel düzeyde bir nevi arabuluculuk görevi yapan memurların bu görevlerine son verilmiş ve kurum tamamen ortadan kaldırılmıştır⁷³⁸.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunun’da uzlaştırmaya ilişkin düzenlemelerde zorunluluk şartı bulunmamaktaydı⁷³⁹. İş mahkemeleri, görev alanı belirli ve istisnai nitelikte olan, işçi ve işverenler arasındaki uyuşmazlıkları çözmek için kurulmuş olan özel mahkemeler olarak tanımlanabilir⁷⁴⁰. Yargıtay’ın 1960 tarihli içtihadı birleştirme kararına göre, iş mahkemeleri, iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklardan kaynaklanan davaların bu konularda özel bilgiye sahip mahkemelerde görülmesi amacıyla kurulmuşlardır⁷⁴¹.

D-Güncel Durum

Dünyada olduğu gibi ülkemizde de sanayinin gelişmesi, küreselleşme, uluslararası rekabetin artması, işsizlik, kayıt dışı işçi çalıştırma, işçiyi işveren karşısında koruyan örgütlerin yoğunluğunun azlığı gibi faktörlerin sendikal örgütlenmeyi olumsuz etkisi de bireysel ve toplu iş hukukunun etkisini zayıflatmış, iş uyuşmazlıklarının sayısını artırmıştır. İş davalarındaki her yıl önemli orandaki artış, iş uyuşmazlıklarını gören iş mahkemelerinin ve Yargıtay’daki iş dairelerinin sayısını artırmıştır. Aşırı iş yükü nedeniyle davalar uzamakta ve kanunda belirlenen sürelerde çözüme kavuşturulamamaktadır. Arabuluculuk kurumunda önce, iş ilişkisi devam ederken haklarını alamayan işçiler, iş sözleşmeleri sona erdiği zaman doğrudan yargı yoluna başvurmaktaydılar⁷⁴².

⁷³⁸**Dinçay**, İsmail Hakkı, Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Süreci ve Türkiye İş Kurumu’na Uyarlanabilmesi İçin Alternatif Bir Model Önerisi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir 2020, s.99. *Dinçay*, eserinde KPSS sınavı ile göreve gelecek kadrolu arabulucular vasıtası ile iş hukukunda arabulucunun uygulanamsını model olarak önermiştir.

⁷³⁹**Özdemir**, s.606; **Ağaoğlu**, Samet/**Hüdaioğlu**, Selahattin, İş Hukuku Tarihi, C.1, İstanbul, 1939, s.148.

⁷⁴⁰**Bozkurt**, s. 28.

⁷⁴¹Y. İBK., 29.6.1960, E.1960/13, K.1960/15. Bkz. **Bozkurt**, s. 29.

⁷⁴²**Özdemir Manav**, Eda, “İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2015/4, s.190.

Geleneksel arabuluculuk yöntemlerini bir tarafa bırakacak olursak arabuluculuk Türk hukuk sisteminde uzun geçmişe sahip ve kökleşmiş bir hukuki kurum değildir⁷⁴³. Arabuluculuk hakkındaki ilk düzenleme olan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu tasarı aşamasındayken yapılan eleştiriler çerçevesinde bazı değişikliklerden sonra 22.06.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İMK ile 01.01.2018 tarihi itibarı ile 30.01.1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. Bu kanunun hazırlık aşamasında akademisyenler, ilgili dairelerin Yargıtay başkanları, üyeleri, tetkik hâkimleri, kürsü hâkimleri, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın temsilcileri, özellikle Çalışma Genel Müdürlüğü ve bürokratları ve Adalet Bakanlığı'nın bürokratlar süreci yakından takip etmişlerdir. Üç alt komisyon kurulmuş, bu alt komisyonlar kanunun tasarı taslağını oluşturmuşlardır. Bakanlık önce tasarı taslağını yaklaşık bir yıl önce bakanlığın internet sitesinde kamuya duyurmuş ve görüşe açmıştır. İlk defa bir kanun hazırlanırken dört yüzün üzerinde kurum, kuruluşun görüşü alınmış, tahlil edilmiş ve bu çerçevede taslağın bazı hükümleri değiştirilmiş olarak Meclise sevk edilmiş ve kanun olarak kabul edilmiştir⁷⁴⁴. İMK ile iş mahkemelerinin kuruluş, görev ve yargılama usulleri düzenlendiği gibi, dava şartı olarak arabuluculuk kurumu da kabul edilmiştir⁷⁴⁵. HUAK'da da bazı ilave değişiklikler yapılmıştır. HUAK'da yapılan değişiklikler ve İMK 3. maddesi ile 01.01.2018 tarihinden itibaren getirilen düzenlemelerin en çok tartışılan kısmı arabulucuya başvurulmanın dava şartı haline getirilmiş olmasıdır.

IV- Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk ve İhtiyari Arabuluculuk Ayrımı

Belirtmek gerekir ki ihtiyari arabuluculuk ve dava şartı arabuluculuğu ayrımı yapılmasının teorik bir dayanağı yoktur⁷⁴⁶. Arabuluculuk kurumunun en önemli ilkesi iradiliktir. İradilik ilkesinden anlaşılması gereken arabulucuya başvurmak süreci devam

⁷⁴³Yazıcı Tıktık, Arabuluculuk, s. 143.

⁷⁴⁴Canbolat, Talat, “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri – 2017”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2017 Yılı Toplantıları, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2018, s.97.

⁷⁴⁵Mutluay, Faruk Barış, “İşe İade Davalarında Arabuluculuk”, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 4, 2018 s. 2130.

⁷⁴⁶Koçyiğit, İlker/Yeşilkaya, İzzet Ticari Davalarda, İş Uyuşmazlıklarında, Tüketici Mahkemelerinde Dava Şartı Arabuluculuk Ankara 2020, s. 94,95.

ettirmek, süreçten vazgeçmek ve süreci sonuçlandırmak konularında taraf iradelerinin esas alınmasıdır. Bu şekilde yürütülüp sonlandırılan arabuluculuk ihtiyari arabuluculuktur. Dava şartı arabuluculukta da iradilik esas olmasına karşın sürecin başlatılması hususunda tarafların ortak iradesi yoktur. Dava açılmadan önce taraflardan biri tek taraflı başvuru sürecini başlatabilmektedir. Süreç başladıktan sonra ise süreci devam ettirmek, süreçten vazgeçmek ve süreci sonuçlandırmak konusunda serbesti vardır. İhtiyari arabuluculuğu dava şartı arabuluculuktan ayıran ilk ve en önemli fark bazı davalarda ya da bazı mahkemelerde dava açmadan önce arabulucuya başvurunun dava şartı haline getirilmesidir. Bunun dışında ihtiyari arabuluculuk ile dava şartı arabuluculuk için aynı hükümler geçerlidir⁷⁴⁷.

Konu itibariyle dava şartı arabuluculuğa tabi olmayan iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davaları ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davalarında arabuluculuk dava şartı değildir⁷⁴⁸. Bu talepler için tarafların anlaşması ile ihtiyari arabuluculuk uygulanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. İkinci olarak, dava şartı arabuluculuk ve ihtiyari arabuluculuk sürecinin başlamasının sürelerle etkisi farklıdır. İhtiyari arabuluculukta arabuluculuk süreci tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri, taraflar ve arabulucu arasında sürecin devam etmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun tutanakla belgelendiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Dava açıldıktan sonra arabulucuya başvuru durumunda süreç mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarını tutanağa geçirdikleri tarihten itibaren işlemeye başlar. Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz (HUAK md. 16). Dava şartı arabuluculukta ise arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur hak düşürücü süre işlemez⁷⁴⁹. Bu bakımdan dava şartı arabuluculuk, ihtiyari arabuluculuğa göre,

⁷⁴⁷ **Koçyiğit/Yeşilkaya**, s. 95. Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın ihtiyari arabuluculuk görüşmesi sonunda anlaşma sağlanarak belge düzenlenen uyuşmazlıklarla ilgili dava açılmayacağı gibi dava şartı arabuluculuk başvurusunda bulunulamayacağı, bu uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk başvurusuna konu edilmesi durumunda arabulucu tarafından daha önce yapılmış bir anlaşmanın varlığı gerekçe gösterilerek dosyanın schven kayıt şeklinde kapatılması gerektiğine ilişkin 05.03.2021 tarihli görüşü bulunmaktadır.

⁷⁴⁸ **Çelik vd.** s. 84; **Güzel**, Eleştirel Yaklaşım, s.27; **Mutluay**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 118-119.

⁷⁴⁹ "...*Bölge Adliye Mahkemesince, ...davalı vekilinin süresinde ve yerinde olan ıslaha karşı zaman aşımı savunması dikkate alınmadan karar verilmesinin hatalı olduğu; kabule göre de; dava konusu 15/19/2013-15/10/2015 dönemi ücret alacağı için dava dilekçesinden talep edilen miktar TL bazında*

başvurucu lehinedir⁷⁵⁰. Anılan iki durum dışında, ihtiyari arabuluculuk ile dava şartı arabuluculuk için aynı hükümler geçerlidir. Dava şartı arabuluculuğa ilişkin hususlar tezin bu kısmından itibaren incelenecektir.

V- Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Başvuru Zorunluluğunun Dava Şartı Olarak Nitelendirilmesi

Dava şartı, usul hukukuna ait bir kurumdur. Bir davanın esası hakkında incelemeye geçilebilmesi için gerekli olan usuli şartları ifade eder. Davanın esasına ilişkin tahkikat işlemlerinin yapılabilmesi için öncelikle dava şartlarının varlığı hakim tarafından saptanmalıdır. Dava şartları kamu düzenine ilişkindir⁷⁵¹. HMK md. 114 ve 115'e göre dava şartlarında davanın yargı organında görülebilmesi için mutlak usuli zorunluluklar ve yargılamanın hukuken ve fiilen yapılmasına engel oluşturan hususlar mevcuttur⁷⁵². Dava şartı niteliğini haiz arabuluculukta ise uyuşmazlığın mahkemede görülmesine hiçbir engel yoktur; fakat hak arayan önce zorunlu olarak arabuluculuk yolunu tercih etmek zorunda bırakılmıştır.

HMK md. 114'de her dava ve talep için aranan genel dava şartları belirlenmiştir. Dava şartları mahkemeye, davaya ve taraflara ilişkin olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Mahkemeye ilişkin dava şartları; mahkemenin görevli ve kesin yetkili olmasına, Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunmasına ilişkindir. Taraflara ilişkin dava şartları; davada davalı ve davacının bulunması, dava ehliyeti, taraf ehliyeti, dava takip yetkisi⁷⁵³,

52.927.24 TL olmasına rağmen hükümde 62.822.00 TL üzerinden faize hükmedilmesinin doğru olmadığı gerekçesiyle davalının istinaf kanun yolu başvurusunun kabulüne, davacının istinaf talebinin esastan reddine karar verilerek 6100 Sayılı Hukuk Mahkemeleri Kanunu'nun 353/1-b-2 gereğince İlk Derece Mahkemesi kaldırılarak yeniden hüküm kurulmuştur.....7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun "Dava Şartı Olarak Arabuluculuk" başlıklı 3. Maddesinin 17. Bendine göre; Arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemeyiz. Bölge Adliye Mahkemesince bu husus gözetilmeden karar verilmesi de ayrıca bozmayı gerektirmiştir". Bkz. Y. 9. H.D. T.17.06.2021, E. 2021/5728, K. 2021/10477

⁷⁵⁰Koçyiğit/Yeşilkaya, s. 725.

⁷⁵¹Postacioğlu, İlhan/Altay, Sümer, Medeni Usul Dersleri, İstanbul 2020, s.201

⁷⁵²Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014, s. 337.

⁷⁵³ Dava takip yetkisi HMK md. 53'te talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisi olarak tanımlanmıştır. Davayı çeşitli usuli işlemlerle yürüterek hüküm alma yetkisi olarak ifade edilebilir. Sifat ise kendisi lehine veya aleyhine dava açılan kimselerin dava konusu olan maddi hukuk ilişkisinde hak sahibi ya da mükellef olarak yer alıp almadığı, maddi hukuk ilişkisine katılıp katılmadığı veya hak ya da borcun süjesi, tarafı olup olmadığının tespitidir. Sifat kavramı takip yetkisi kavramını bünyesinde taşır. Yargılamanın başında ve davanın esasına girilmeden önce takip yetkisi niteliğindeki dava şartının gerçekleşmemesi durumunda sıfat dava şartı teşkil edecek ve bu nedenle dava reddedilecektir. Bkz. Postacioğlu/Altay, s.276-277.

vekilin davaya vekalet ehliyetine sahip olması, yasal temsilcinin gerekli niteliğe sahip olması gibi hususlara ilişkindir. Dava konusuna ilişkin dava şartları, davacının gerekli gider avansını yatırmaması, davacının dava açmakta hukuki yararının bulunması, kesin hüküm bulunmaması, aynı davanın daha önceden açılmış ve halen görülmekte olmaması gibi hususlara ilişkindir⁷⁵⁴.

Genel dava şartları yanında özel dava şartları da vardır⁷⁵⁵. Özel dava şartları sadece öngörüldükleri davalar bakımından genel dava şartlarına ek olarak mevcuttur⁷⁵⁶. Değişik kanunlarda özel dava şartları yer almaktadır⁷⁵⁷.

HMK md. 115 dava şartlarının incelenmesine ilişkin esasları içerir. İlk derece mahkemesi yargılamanın her aşamasında kendiliğinden dava şartlarının mevcut olup olmadığını inceler, aynı zamanda taraflar da yargılamanın her aşamasında dava şartı noksanlığını ileri sürebilir. Dava şartlarının mevcut olmaması halinde mahkeme davayı usulden reddeder. Eksik olan dava şartının tamamlanması mümkün ise eksikliğin giderilmesi için hâkim kesin süre verir. Verilen sürede noksanlığın giderilmemesi durumunda dava şartı yokluğu nedeniyle dava usulden reddedilir⁷⁵⁸.

Bazı yazarlara göre arabulucuya başvuru zorunluluğu gerçek ve teknik anlamda bir dava şartından daha çok ilk itiraz kurumuna benzemektedir⁷⁵⁹. İlk itiraz sadece davanın hemen başında ileri sürülmesi gerekir. Davalı ilk itirazlarını ancak davanın başında cevap dilekçesinde yapabilir. Hakim ilk itirazları kendiliğinden gözetemez. Kabul gören görüş, dava şartı arabuluculuğun, HMK anlamında özel kanunlarda

⁷⁵⁴**Kuru**, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2016, s.190,191; **Arslan**, Ramazan / **Yılmaz**, Ejder /**Taşpınar Ayvaz**, Sema /**Hanağası**, Emel, Medeni Usul Hukuku, 4 Baskı, Ankara 2018, s.281; **Budak**, Ali Cem/**Karaaslan**, Varol, Medeni Usul Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2018 s.151.

⁷⁵⁵**Yılmaz**, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3.Baskı, Ankara 2017, s.1715; **Kuru**, s.200; **Arslan/Yılmaz/TaşpınarAyvaz/Hanağası**, s.289.

⁷⁵⁶**Kuru**, s.200; **Arslan/Yılmaz/TaşpınarAyvaz/Hanağası**, s.289; **Yamakoğlu/Ay**, s. 144.

⁷⁵⁷ Özel dava şartına bazı örnekler verebiliriz. SGK hakkında dava açmadan önce kuruma başvuru şartı bulunmaktadır. İİK md. 277-284 hükümlerine göre tasarufun iptali davası açabilmek için borç ödmeden aciz belgesi bulunmalıdır. Borçtan kurtulma davasının dinlenebilmesi için bu davayı açan borçlunun alacağın yüzde onbeşi kadar bir teminatı ilk duruşma gününe kadar göstermesi gerekir. Davalı eşe ihtar kararı tebliğ ettirmeden ve ihtar kararının tebliğinden iki ay geçmeden terk sebebiyle boşanma davası açamaz. Bkz. **Postacioğlu/Altay**, s.224; **Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 2001, s.190.

⁷⁵⁸**Yamakoğlu/Ay**, s. 144; **Kuru**, s.200; **Arslan/Yılmaz/TaşpınarAyvaz/Hanağası**, s.289.

⁷⁵⁹**Çelik vd.**, s.78,79; **Ekmekçi/Özekes/Atalı** s.154.

düzenlenen dava şartı olduğu yönündedir⁷⁶⁰. İMK tasarısı taslağında arabuluculuğa ilişkin HMK md.115'e göre işlem yapılacağı düzenlenmiş; yasalaşan metinde ise, herhangi bir şekilde HMK md.115'e atıf yapılmamıştır⁷⁶¹.

Davacı, dava açarken arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır⁷⁶². Bu zorunluluğa uyulmadığında mahkeme tarafından davacıya son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde sunulması; aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren bir davetiye gönderilir. İhtarın gereği yapılmazsa dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmadan dava usulden reddedilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının tespiti halinde herhangi bir işlem yapılmadan dava, dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddedilir⁷⁶³.

Arabulucuya başvurunun dava şartı olması sebebiyle taraflar bu hususu her zaman ileri sürebilirler ve mahkeme de itirazın her zaman dikkate alınması gerekir. Arabulucuya başvurunun dava şartı olmasından dolayı istinaf bakımından kamu düzeninden kabul edilerek kendiliğinden göz önünde bulundurulmalı, dava şartının yokluğu temyizde de mutlak bozma sebebi sayılmalıdır. Dava şartları bakımından ön inceleme kural olarak dosya üzerinden yapılmakla birlikte gerekirse ön inceleme duruşması da yapılabilir.

Dava şartı noksanlığı halinde kural olarak dava başlangıçta usulden reddedilir⁷⁶⁴. Ancak dava şartı eksikliği tamamlanabilecek nitelikte ise önce tamamlanması için süre verilip, tamamlanmadığında reddedilecektir (HMK md.115/2). Başlangıçta mevcut olmayan dava şartı mahkemece fark edilmemiş ancak davanın ilerleyen aşamalarında

⁷⁶⁰Yamakoğlu/Ay, s. 144; Ekmekçi/Özekes/Atalı, s.150-151.

⁷⁶¹Alpagut, Gülsevil, “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2017 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2018, s.127.

⁷⁶² “...uyuşmazlıkta hâkimin UYAP üzerinden bu belgeye erişebilir olması nedeniyle belgenin fotokopisinin sunulmasının yeterli olup olmayacağı hususu üzerinde özellikle durulması gereklidir. 7036 Sayılı Kanun'da öngörülen belgenin dosyaya ibraz yükümlülüğü taraf ve vekillere aittir. Bu meyanda, iş yargılamasında re'sen araştırma ilkesi de geçerli olmadığından, araştırma mükellefiyetinin hâkime yüklenmesi de yerinde olmayacaktır. Aksi halin kabulünde UYAP sistemi üzerinden ulaşılacak her türlü bilgi ve belgenin hakimlerce toplanması sonucu ortaya çıkar ki bu durumunda mevcut yargılama sistemi ile bağdaşmayacağı açıktır.” Bkz. Y. 9. HD., T.17.06.2020, E. 2020/932, K. 2020/5773 (www.lexpera.com.tr).

⁷⁶³KömeAkpulat, s. 365; Kuru, İstinaf, s.190; Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014, s.337; Y. 3. Hukuk Dairesi, T.30.03.2022, E.2022/856, K.2022/2901 (www.lexpera.com.tr).

⁷⁶⁴ Dava şartı yokluğu nedeniyle usulden ret halinde vekalet ücretine de hükmedilecektir. İstanbul BAM 13. Hukuk Dairesi, T. 10.06.2021, E. 2021/815, K. 2021//894; Ankara BAM 6. Hukuk Dairesi, E.2020/1031, K. 2020/834 (www.lexpera.com.tr).

tamamlanmışsa, artık davanın reddedilmemesi gerekir (HMK md. 115/3). Dava şartı noksanlığı konusunda mahkemece henüz bir karar verilmeden önce bu eksiklik tamamlanmış ise başlangıçtaki dava şartı eksikliğinde ötürü dava usulden reddedilemez⁷⁶⁵.

Dava şartının genel çerçevesi ve sonuçları iş uyuşmazlıklarında dava şartı olan arabuluculukta İMK md. 3 ile karşımıza çıkmaktadır. Özel bir dava şartı olduğundan mahkemece ayrıca değerlendirilmeli ve kanunda belirtilen uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuğa başvurulmuş olması durumu incelenmelidir. Bu inceleme belgeye dayalı olarak yapılır. Davacının, dava açarken arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemesi gerekmektedir. Belgenin incelenmesi sonucu dava şartına uyulup uyulmadığına karar verilecektir. Dava dilekçesine son tutanağın aslı veya onaylı örneğinin eklenmemesi halinde dava hemen usulden reddedilmemekte bir haftalık kesin süre verilerek eksikliğin tamamlanması istenmektedir. Bu özel dava şartı tamamlanabilir bir dava şartı olarak kabul edilmiştir. Tamamlanabilir olma özelliği arabulucuya başvurmuş ancak son tutanağı mahkemeye sunmamış olmaya ilişkindir. Taraflar arabuluculuğa hiç başvurmadan dava açmışsa bu tamamlanabilir bir eksiklik sayılmayacak ve mahkemece davanın usulden reddine karar verecektir⁷⁶⁶.

Mahkeme dava şartları hakkında dosya üzerinden karar verir ve gerektiği takdirde kararını vermeden önce konu hakkında tarafları ön inceleme duruşmasında dinleyebilir. Dava dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilmeden arabuluculuğa ilişkin şartın gerçekleşip gerçekleşmediği hâkim tarafından incelenmektedir. Salt arabuluculuk tutanağının eklenmemesi ile arabuluculuk aşamasına hiç başvurulmadığının ya da başvurulup tutanağın eklenmediğinin hâkim tarafından anlaşılması mümkün değildir⁷⁶⁷. Bu inceleme diğer dava şartları gibi dilekçelerin verilmesinden sonra yapılsaydı ön inceleme

⁷⁶⁵ **Oğuz**, s. 78; Y.17. Hukuk Dairesi, T. 04.02.2021, E. 2020/3187, K. 2021/762; Ankara BAM 22. Hukuk Dairesi, T. 20.12.2021, E.2021/1291, K. 2020/2090. Görevsiz mahkemede arabuluculuğa başvurmadan açılan davada, dosya görevli mahkemeye gelmeden arabuluculuğa başvurulduğu takdirde arabuluculuk dava şartının usulüne uygun bir şekilde yerine getirildiğinin kabul edilmesi gerektirdiğine ilişkin karar bkz. Y. 11. Hukuk Dairesi, T. 27.09.2022, E.2022/4240, K.2022/6367 (www.lexpera.com.tr).

⁷⁶⁶ “Dava şartlarındaki eksiklik taraflarca yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi mahkemece de resen gözetilir. İş Kanunundaki arabuluculuk dava şartı sonradan giderilemeyeceğinden öncelikle mahkemenin bu durumu irdemesi gereklidir.” Bkz.Sakarya BAM 9. Hukuk Dairesi, T. 1.7.2020, E.2020/1722, K.2020/751 (www.lexpera.com.tr).

⁷⁶⁷ Nitekim arabulucunun kendi UYAP sisteminde son tutanağı kaydetmemesi nedeniyle arabuluculuk son tutanağı hakim UYAP sisteminde gözükmeyeceği için dava şartı yokluğundan davayı reddetmesine neden olduğu durumlar uygulamada yaşanmıştır.

duruşmasında tarafların hazır olması ile hâkimin bu hususu sağlıklı şekilde netleştirmesi mümkün olurdu. Tutanağın yokluğu sebebiyle hâkimin ek süre vermesi gerektiği için bu durum eleştirilmektedir⁷⁶⁸.

Amacı gereksiz zaman kaybının önüne geçmek olan bu düzenlemenin dava şartlarına ilişkin genel düzenlemeye ve hukuki dinlenilme hakkına aykırı olduğunu savunan yazarlar mevcuttur⁷⁶⁹. HMK md. 27/2a uyarınca yargılama ile ilgili bilgi sahibi olunması hukuki dinlenilme hakkının kapsamındadır. Mahkemenin, son tutanağın verilen kesin süre içinde sunulmaması üzerine dava dilekçesini karşı tarafa tebliğe çıkarmaksızın davanın usulden reddine karar vermesi hukuki dinlenilme hakkını ihlaline neden olacağını savunan yazarlar bulunmaktadır⁷⁷⁰. Aynı yazarlar mahkemenin arabuluculuk dava şartını incelemeyen önce genel dava şartlarını incelemesini mümkün kılan bir düzenleme yapılması yerinde olacağını savunmaktadırlar⁷⁷¹. Kanaatimizce özel dava şartlarının genel dava şartlarından önce incelenmesi daha doğrudur; ancak karşı tarafın bilgisi, haberi olmadan kendisi hakkında açılan davada karar verilmesi bazı sorunlara yol açabilir. Örneğin karşı tarafa cevap verme imkânı tanınmış olsa, dava şartı arabuluculuk kapsamında olmayan bir uyuşmazlık söz konusu olduğu anlaşılabilir ve arabulucuya gitmeden doğrudan dava açılabilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının tespiti halinde herhangi bir işlem yapılmadan davanın usulden reddine ilişkin düzenlemeler örneğin yetkili veya görevli olmayan bir mahkemenin karar vermesi veya taraf ehliyeti olmayan bir kimse tarafmış gibi hakkında hüküm kurulması gibi durumlara yol açabilir⁷⁷². Bunların berataraf edilmesine ilişkin düzenlemelerin kanun koyucu tarafından getirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Yargıtay kararına konu olan olayda taraflar arasında son tutanak tarihi ile dava tarihi arasındaki döneme ilişkin alacaklar yönünden dava şartının gerçekleşip gerçekleşmediği uyuşmazlık konusu olmuştur. Yargıtay aşağıdaki şekilde karar vermiştir.

⁷⁶⁸**Erdoğan**, Ersin, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi” Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.55, İstanbul 2017, s.1217

⁷⁶⁹**Ekmekçi/Özekes/Atalı**, s.153, **Erdoğan** s.1217, **Köme Akpulat**, s. 367, **Yamakoğlu/Ay**, s. 145.

⁷⁷⁰**Yamakoğlu/Ay**, s. 145; **Ekmekçi/Özekes/Atalı**, s.153.

⁷⁷¹**Yamakoğlu/Ay**, s. 145; **Ekmekçi/Özekes/Atalı**, s.153-154.

⁷⁷²**Ekmekçi/Özekes/Atalı**, s.154.

*“Davacı vekili fark ücret, fark ilave tediye, fark ikramiye, yol ve yemek ücreti alacakları yönünden arabulucuya başvurmuş, sürecin anlaşamama ile sonuçlanması üzerine 10.08.2020 tarihli son tutanak dava dilekçesine eklenerek 09.09.2020 tarihinde dava açılmıştır. Mahkemece her ne kadar taleple bağlı kalınarak hüküm kurulmuş ise de hükme esas alınan bilirkişi raporundaki hesaplamalar Eylül 2020 dönemini de kapsayacak şekilde yapılmıştır. Oysa arabuluculuk faaliyetinin, tarafların anlaşamadığına ilişkin son tutanak tarihinden önce muaccel olan alacaklar için gerçekleştirildiği kabul edilmelidir. Arabuluculuk son tutanak tarihi olan 10.08.2020 tarihinden sonraki döneme ilişkin alacaklar bakımından arabuluculuk dava şartı yerine getirilmemiştir. Bu dönem yönünden davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilmesi gerekir iken yazılı şekilde hüküm kurulması yerinde değildir.”*⁷⁷³

Yargıtay konuya ilişkin verdiği başkaca kararlarda da⁷⁷⁴ benzer bir tutum sergilemiştir; ancak kanaatimizce Yargıtay’ın bu konudaki değerlendirmesini isabetli bulmak mümkün değildir. Arabuluculuk faaliyetinden sonra muaccel olan alacaklar yönünden ilk arabuluculuk tutanağı yeterli olmalı ve sonradan muaccel olan alacaklar için yeniden arabuluculuğa müracaat gerekmemelidir. Taraflar arabuluculukta anlaşamayıp mahkeme önüne gelmişlerdir. Tarafların arabuluculuğa başvurduktan ve arabuluculuk anlaşmayla sona erdikten sonra doğrudan mahkemeye başvurma zorunlulukları bulunmamaktadır. Alacak zamanaşımı süresi dolana kadar tarafların dava açma hakkı bakidir. Öte yandan, tarafların arabuluculuk aşamasında anlaşamamış olmaları, arabuluculuk görüşmeleri sonlandırıldıktan sonra muaccel hale gelecek alacaklar için yapılacak yeni arabuluculuk görüşmelerinin de başarıya ulaşmayacağına kanıttır. Taraf arabuluculuğa başvurarak uzlaşma bakımından kendilerinden beklenen adımı zaten atmışlardır. Anlaşamayan tarafların daha sonraki tarihli alacaklar yönünden de anlaşamayacakları varsayılarak karar verilmesi, tarafların tekrar arabulucuya gitmek zorunda bırakılmaması, usul ekonomisi yönünden daha isabetli olacaktır.

⁷⁷³Y. 9. Hukuk Dairesi, T. 26.04.2022, E.2022/2094, K.2022/5265 (www.lexpera.com.tr).

⁷⁷⁴ “Arabuluculuk son tutanak tarihinden sonra ihtilaf konusu olan, son tutanak tarihi ile hesaplamaya esas alınan son tarih arasındaki talep dönemi için arabuluculuk dava şartının yerine getirilmediği dikkate alındığında, bu dönem yönünden davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilmesi gerekir iken yazılı şekilde hüküm kurulması yerinde değildir.” Bkz. Y. 9. Hukuk Dairesi, T. 23.03.2022, E.2022/3187, K. 2022/ 3981; Y. 9. Hukuk Dairesi, T. 28.04.2022, E. 2022/4297, K. 2022/5575 (www.lexpera.com.tr).

VI-Dava Şartı Arabuluculukta Uyuşmazlığın Tarafları

Kanuna, bireysel ve toplu iş sözleşmesine dayanan işçi ve işveren alacağı ve tazminat ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabuluculuğa başvurulmasının dava şartı olduğu İMK md.3'de belirtilmiştir. Kanuna veya bireysel yahut toplu iş sözleşmesine dayanan alacak veya tazminat talebinin iş ilişkisinden kaynaklanması talebe ilişkin tarafların işçi ve işveren olması gerekir. İMK'da geçen işçi ifadesi sadece İş K. kapsamındaki işçileri değil 5953 Sayılı Basın İş Kanunu⁷⁷⁵ kapsamında gazeteciler ve 854 Sayılı Deniz İş Kanunu⁷⁷⁶ kapsamında gemi adamları ve TBK kapsamında çalışanları da kapsayacak biçimde anlaşılması gerekir⁷⁷⁷. Uçucu personel olarak anılan hava taşıma işlerinde çalışan pilot, hostes gibi çalışanların iş ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkları da dava şartı arabuluculuk kapsamındadır⁷⁷⁸.

TBK kapsamındaki işçi ve işveren sadece TBK'dan kaynaklanan alacak ve tazminatlar değil, iş ilişkisi dolayısıyla birbirlerine karşı diğer kanunlara veya iş sözleşmesi, personel yönetmeliği, toplu iş sözleşmesi gibi kaynaklara dayalı olarak hak kazandıkları tazminat ve alacakları da dava şartı arabuluculuk kapsamındadır⁷⁷⁹. TBK'da düzenlenen hizmet sözleşmelerinden; genel hizmet sözleşmesi, pazarlamacılık sözleşmesi ve evde hizmet sözleşmesinden kaynaklanan işçi ve işveren uyuşmazlıkları da kapsam dahilindedir⁷⁸⁰.

Özetle, kanun uyuşmazlığın kapsamı ve tarafları bakımından belirlemeler yapmıştır. İMK kapsamındaki uyuşmazlıklar iş mahkemesinde görülmektedir. Dava şartı arabuluculuktan söz edebilmek için kanuna, bireysel iş sözleşmesine, toplu iş sözleşmesine dayanan alacak/tazminat veya işe iade talebinin iş ilişkisinden

⁷⁷⁵ RG T.13/6/1952, S.8140 (Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun)

⁷⁷⁶ RG T.20/04/1967, S.12586

⁷⁷⁷ **Odaman**, Serkan/**Karaçöp**, Eda, “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağından Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2016, S.35, s.61; **Özmumcu** s.834.; Kurt Resul, “10 soruda İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk”, Dünya Gazetesi, 27 Ekim 2017; Kurt Resul “İş Yargısında Arabuluculuk”, TBB Dergisi, 2018/135, s.426; **Özkaraca**, Ercüment/ **Ünal**, Canan, “Dava Şart Olarak Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından Uygulanması”, Sicil S. 42, İstanbul 2019 s.18; **Canbolat**, Talat, “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri – 2017”, İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2017 Yılı Toplantıları, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2018, s.104.

⁷⁷⁸ **Ocak**, Saim/ **Oğuz**, Özgür/ **Karaca**, Aybüke/**Bulur**, Alper/ **Koç**, Erol, (Ed.) **Canbolat**, Talat, İş Hukukunda Arabuluculuk Uzmanlık Eğitim Kaynak Kitabı, İstanbul 2018, s.11; **Kurt**, s.429,430.

⁷⁷⁹ **Çelik vd.** s. 84; **Güzel**, Eleştirel Yaklaşım, s. 22-24; **Ekmekçi/Özekes/Atalı**, s. 203 vd.

⁷⁸⁰ **Özkaraca/Ünal Adınır** s. 19

kaynaklanması, uyuşmazlık ile ilgili iş mahkemelerinin görevli olması ve tarafların işçi ile işveren olup taleplerinin birbirlerine karşı ileri sürülmesi gerekir⁷⁸¹.

VII-Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamındaki Hukuki Uyuşmazlık Konuları

A- Genel Olarak

İşçi tarafından talep edilecek; kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı, ayrımcılık tazminatı, sendikal tazminat, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshi durumunda bakiye süreye ilişkin tazminat, haklı nedenle fesih halinde tazminat, her türlü ücret, fazla çalışma ücreti, yeni iş arama izin ücreti, yıllık izin ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ve işveren tarafından talep edilebilecek; ihbar tazminatı, cezai şart, rekabet yasağına aykırılıktan doğan talepler⁷⁸², avansın iadesi, eğitim gideri gibi alacak ve tazminat kalemleri için dava açmadan önce arabulucuya başvurulması gerekmektedir⁷⁸³.

Deniz İş Kanunundan kaynaklanan işe bedeli, Basın İş Kanunundan kaynaklanan askerlik süresindeki ücret talepleri, iş sözleşmesi askıda olan işçi kuruluşu yöneticisinin STİSK md. 23 uyarınca koşulları gerçekleşmesine rağmen işe alınmamasına dayanan talepler de dava şartı arabuluculuk kapsamındadır⁷⁸⁴.

Kanundan, iş sözleşmesinden veya iş sözleşmesinin ek niteliğindeki kaynaklarda bulunmayıp, toplu iş sözleşmesinde bulunan, örneğin; kıdem primi, gece zammı, vardiya primi, ikramiye, yıllık izin parası, temininde güçlük zammı, sefer primi, aile yardımı, tahsil parası, çocuk yardımı, eğitim yardımı, servis ücreti, yemek parası ve diğer talepler için dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması gerekmektedir.

İşçi ve işveren arasında haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden doğan ve iş ilişkisinden kaynaklanan alacak ve tazminat talepleri için de arabulucuya başvurulması

⁷⁸¹Çelik vd., s. 84; Çil, Şahin, İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 2018, s. 25. Özkaraca/Ünal Adınır, s. 19-22; Mutluay, Zorunlu Arabuluculuk, s. 81.

⁷⁸²Y. 9. Hukuk Dairesi, T. 01.06.2021, E. 2021 /3076, K. 2021/9789 sayılı ilke kararı ile yaşanan içtihat farklılıklarına son vermiş ve rekabet yasağından doğan uyuşmazlıklar bakımından görevli mahkemenin iş mahkemeleri olduğuna karar vermiştir (www.lexpera.com.tr).

⁷⁸³Ekmekçi/Özkes/Atalı, s. 117, 118; Çelik vd., s. 85.

⁷⁸⁴Mutluay, Faruk Barış, “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferansı Serisi No:7, İstanbul 2018, s. 81.

hususu bir dava şartıdır. Örneğin; hakaret, işyerinde psikolojik taciz (mobbing) veya işçinin işyerindeki işverene ait mal veya malzemelere zarar vermesinden doğan tazminat talepleri de dava şartı arabuluculuk kapsamındadır⁷⁸⁵. Kanuna ve toplu iş sözleşmesine dayanan işe iade talepli davalar, sendikal işe iade davaları da bu kapsamda olup, bu davalar için de arabuluculuğa başvurulması zorunludur⁷⁸⁶. STİSK gereğince sendikal tazminat talepleri ve sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde işe iade talebiyle açılacak davalar için dava şartı arabuluculuk hükümleri geçerlidir.⁷⁸⁷

Uyuşmazlığın kanundan, iş sözleşmesinden veya toplu iş sözleşmesinden doğmuş olması önemlidir. İhlalin ne zaman gerçekleştiği önemli değildir. Örneğin; işçi – işveren

⁷⁸⁵Koçyiğit/Yeşilkaya, s. 695.

⁷⁸⁶Ekmekeçi vd. s.208, 209.

⁷⁸⁷Koçyiğit/Yeşilkaya, s. 695; STİSK'e dayanan alacak ve işe iade davaları da İMK md.3 uyarınca dava şartı olarak arabuluculuğa tabidir. STİSK md.23 hükmü ile işçi kuruluşu yöneticilerinin güvencesi düzenlenmiştir. Bu maddede sağlanan güvenceden yararlanmak için profesyonel yönetici olmak gerekmektedir; işçi kuruluşu yöneticisi olduğu için işyerinden ayrılan işçiler bakımından uygulanır. STİSK md.23/2 uyarınca işçi kuruluşu yöneticiliğinin, sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek ya da kendi isteği ile çekilmek suretiyle sona ermesi halinde işe dönmeyi talep hakkı için görevin sona ermesinden itibaren bir aylık süre öngörülmüştür. Bu süre içinde işe başlamak için başvuran işçinin, talep tarihinden itibaren bir ay içinde işveren tarafından o andaki şartlarla eski işine veya eski işine uygun bir diğer işe başlatılmaması ise iş sözleşmesinin işverence fesi olarak nitelendirilmiştir. İşçi, feshe bağlı hakları olan kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, bakiye süre ücret tutarında tazminatı, yıllık izin ücreti, bakiye süre ücret tutarında tazminat veya başlıca işçilik alacakları için dava açmadan önce ve bu fesih işlemine karşı işe iade davası açmadan önce arabulucuya başvurmak zorundadır. STİSK md. 23/3'e göre, kanunda sayılan dört neden dışında, yöneticilik görevi sona eren işçinin kıdem tazminatı talebiyle açacağı dava için de arabuluculuğa başvurulması dava şartıdır. STİSK md.24 hükmü ile işyeri sendikal temsilcilerinin güvencesi düzenlenmiştir. Feshe karşı koruma ve iş ve işyeri değişikliğine karşı koruma bu hükümde düzenlenmiştir. İş değişikliğini kabul etmeyen işyeri sendika temsilcisi, işverenin temerrüdü hükümlerine göre ücret ve diğer haklarını alabilecektir. Ücret ve diğer işçilik alacakları bakımından arabulucuya başvuru dava şartıdır. İşyeri sendikal temsilcisinin iş ya da işyeri değişikliğini kabul etmemesi halinde işverence iş sözleşmesinin feshi halinde md.24/1 hükmü uyarınca işe iade davası açabilir. Bu durumda da arabuluculuk dava şartıdır.

STİSK md.25 hükmü uyarınca sendikal ayrımcılığın çalışma şartlarının uygulanması veya iş sözleşmesinin feshedilmesi aşamasında yapılmış olması halinde, taraflar arasında iş sözleşmesi bulunduğundan dava şartı olarak arabuluculuk hükümleri uygulanır. Sendikal fesih sendikal tazminat talebi veya sendikal tazminat talepli işe iade davası yoluna gidilmesi durumunda dava şartı olarak arabuluculuğa gidilmesi gerekir.

İşçi ücretinden yapılan üyelik ya da dayanışma aidatı kesintisi ile ilgili olarak işçi ile işveren arasında bir alacak davasının söz konusu olması halinde dava şartı arabuluculuk uygulanır.

Sendikanın tüzel kişi işveren sıfatıyla kendi işçileri ile iş sözleşmesinden kaynaklanan alacakları bakımından-örneğin ücret alacağı- dava şartı arabuluculuğa tabidir.

STİSK md.69 uyarınca, işveren tarafından konutun iş sözleşmesine bağlı olarak sağlanmış olması ve iş sözleşmesinin de kanuni grev veya lokavt nedeniyle askıda olması halinde konut hakkı mevcuttur. Kanunda sayılan konut masrafları, konutların onarımı, su, gaz, aydınlatma ve ısıtma giderleridir. STİSK md. 79'e göre iş mahkemesinde açılacak alacak davası için de arabuluculuğa başvurulması şarttır.

Kanun dışı grev nedeniyle işveren zararına greve katılan işçilerden talep hakkı ve kanun dışı lokavtta da işçilerin kanun dışı lokavt süresine ilişkin ücret ve diğer zararları işverenden talep hakkı öngörülmüştür. Söz konusu talepler bakımından arabulucuya başvurmak zorunludur. Bkz. **Özkaraca/Ünal**, s. 23 vd.

ilişkinine dayalı olarak yapılan rekabet yasağı sözleşmesinden doğan tazminat veya cezai şart talepleri kapsamında arabulucuya başvurulması zorunludur; ancak, iş sözleşmesinin kurulmadığı süredeki talepler, örneğin; işverenin koşulları gerçekleşmesine rağmen, askerden dönen işçiyi işe almamasından kaynaklanan tazminat talebi arabuluculuk sürecine tabi değildir⁷⁸⁸. Aksi yönde görüşler ve uygulamalar da mevcuttur.

İşçinin hayatta iken hak kazandığı ücret, prim, yıllık izin ücreti ve benzeri ödemeler veya iş sözleşmesinin feshi nedeniyle hak kazandığı kıdem ve ihbar tazminatı için mirasçıların açacağı davalar için arabulucuya başvurulması gerekir. İş mevzuatı ve TBK’da işçinin ölümü ve belirli kişilerin birtakım ödemelere doğrudan hak kazanması kabul edilmiştir. İş K. 14. maddesi uyarınca işçinin ölümü nedeniyle yasal mirasçılarının doğrudan hak kazanması öngörülen kıdem tazminatı ile TBK md. 440 uyarınca işçinin ölümü halinde; işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilerin doğrudan hak kazanacağı iki aylık ücret tutarındaki ölüm tazminatına ilişkin uyuşmazlıkların da dava şartı arabuluculuğun kapsamında olması gerektiği doktrinde belirtilmiştir⁷⁸⁹. Kanunda geçen işçi işveren alacağı ifadesi nedeniyle ölüm tazminatında hak sahiplerinin hepsinin yasal mirasçılar olmadığı, kanuni halefiyet bulunmaması ve alacağın işçi alacağı olmaması sebebiyle konunun dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığını belirten yazarlar da mevcuttur⁷⁹⁰.

İşçinin haksız olarak kesilen paraya ilişkin talebi de dava şartı arabuluculuk kapsamına girer. İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davaları ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davalarında arabuluculuk dava şartı değildir. Bu uyuşmazlıklar için arabuluculuk ihtiyaridir⁷⁹¹. Kanun koyucu, iş kazası ve meslek hastalığından doğan tazminat taleplerini dava şartı arabuluculuk kapsamı dışında tutmuş⁷⁹², adeta bir istisna yaratmıştır. Doktrinde, bu hükmün, tazminat alacaklısı işçi ve geride kalanları zorla pazarlık masasına oturtmanın içinde bulundukları durumdan yararlanılması ihtimali de gözetildiğinde, hakkaniyetsiz sonuçlar doğuracağıının

⁷⁸⁸Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 120.

⁷⁸⁹Ekmekçi vd., s. 210.

⁷⁹⁰Kar, Bektaş, İş Yargılaması Usulü, Ankara 2019, s. 435; Mutluay, Zorunlu Arabuluculuk, s. 110

⁷⁹¹Çelik vd., s.76; Ekmekçi/Özekes/Atalı, s.117-118; Okur, s.90 vd.; Köme Akpulat, s.355.

⁷⁹² “7036 sayılı kanunun 3/3. fıkrasına göre iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlar ile ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında 1. Fıkra hükmü uygulanmaz düzenlemesi bulunmakta olup. Eldeki davada iş kazasına dayalı olarak yapılan ilamsız takipten dolayı menfi tespit davası olup arabuluculuğa tabi davalardan değildir.” Bkz. Adana BAM, 8. Hukuk Dairesi., T. 30.11.2018, E. 2018/3117, K. 2018/1924 (www.lexpera.com.tr).

öngörülmesi ile ilgili olduğu ifade edilmektedir⁷⁹³. Buna ilaveten bu söz konusu davaların çözümünün nitelikli uzmanlık gerektirdiği de belirtilmiştir⁷⁹⁴. Doktrinde konuya ilişkin aksi görüşler de bulunmaktadır. İş kazası ve meslek hastalığından doğan maddi ve manevi tazminat davalarının arabuluculuğa elverişli konulardan biri olduğu, bu fıkranın kanunun komisyondan geçen şeklinde olmadığı, meclise gönderilirken eklendiğini, uygulamada bilirkişi tarafından aktüerya raporu alınması halinde yargılama sonunda verilecek maddi tazminat miktarı üzerinde müzakere edilebildiği de ifade edilmiştir⁷⁹⁵.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, kamu düzenine ilişkin olan ve dolayısıyla tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmalarına olanak vermeyen hukuki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında, arabuluculuk kurumuna müracaat edilemeyecektir⁷⁹⁶. Örneğin, işçilerin ücretinden kesilen sigorta primleri ile hizmet tespiti gibi konular tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıklardan olmadığı için dava şartı arabuluculuğa tabi olmayacaktır⁷⁹⁷.

İşçi üye ile işçi sendikası arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar da dava şartı arabuluculuğa dahil değildir. Sendika üyeliği için başvuran kişinin üyelik başvurusunun reddine karşı açacağı dava, sendikadan ihraç edilen üyenin sendikanın bu işleminin ortadan kaldırılması için açacağı dava, yönetici ile sendika arasında vekalet ilişkisinden doğan davalar, sendikanın üyelik ve dayanışma aidatlarının tahsili için işverene açacağı dava, toplu iş sözleşmesi taraflarının açacakları yorum davası gibi davalar için arabulucuya başvurulması zorunlu değildir; ancak, işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin haklı neden olmaksızın feshinden doğan işe iade davası için arabuluculuk sürecinin tamamlanması gerekir. Bu davayı sadece temsilci değil, üyesi bulunduğu sendika da açabilmektedir. Temsilcinin üyesi bulunduğu sendikanın da bu davayı açabilmesi için arabulucuya başvurması gerekir⁷⁹⁸.

⁷⁹³**Ekmekçi/Özekes/Atalı**, s.144.

⁷⁹⁴**Kurt**, s. 430, **Yiğit/Özkır**, s. 75.

⁷⁹⁵**Canbolat**, “İş Hukuku Bakımından Arabuluculuk”, s.101.

⁷⁹⁶ Bkz., Hükümetin Teklif Ettiği Madde Gerekçesi, TBMM Yasama Dönemi 24 Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı: 233 “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Adalet Komisyonu Raporları (1/486)”, s.7.

⁷⁹⁷**Odaman/Karaçöp**, 2018, s.49.

⁷⁹⁸**Ekmekçi vd.s.** 215, 216; **Mollamahmutoğlu**, Hamdi / **Astarlı**, Muhittin / **Baysal**, Ulaş, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş, 6. Baskı, Ankara 2019, s. 162

Asıl işveren-alt işveren veya geçici işveren ile özel istihdam bürosu arasındaki davalar iş mahkemelerinin görev alanına girmediğinden dolayı bu davalar için arabuluculuğa başvurulması zorunlu değildir⁷⁹⁹.

İş ve Sosyal Güvenlik Hukukundan kaynaklanan davalar; sosyal sigorta ile ilgili uyuşmazlıkların pek çoğu sosyal güvenlik kurumunun da taraf olarak gösterilmesi gereken uyuşmazlıklardır. Hizmet tespiti davaları, eksik ödenen primlere ilişkin davalar, sigortalının hatalı bildirimine ilişkin davalar, aylık bağlanmasına ilişkin davalar, sigorta kollarından yararlanmaya ilişkin davalar ve fiili hizmet süresi zammından yararlanmaya ilişkin davalar, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukundan doğan idari para cezalarına itirazlar, 5510 sayılı Kanun'un geçici md.4 kapsamındaki uyuşmazlıklar hariç Sosyal Güvenlik Kurumu ile Türkiye İş Kurumu'nun taraf olduğu uyuşmazlıklar arabuluculuğa konu olamaz⁸⁰⁰.

7145 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun md. 10 ile 1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilâtı Kanunu'nun md 30'a eklenen fıkraya göre Milli İstihbarat Teşkilatı'nın tarafı olduğu hukuk uyuşmazlıklarında, dava şartı olarak ön görülen arabuluculuk dahil, arabuluculuk usulü uygulanmaz. Özel bir hüküm ile arabuluculuk yolu kapatılmıştır⁸⁰¹.

B-Arabuluculuğa Elverişli Olmayan İş Uyuşmazlıkları

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri ve özel hukuka dayalı olmayıp, kamu hukukuna dayalı iş uyuşmazlıkları arabuluculuğa ve dolayısıyla da dava şartı arabuluculuğa elverişli değildir⁸⁰². Sigortalının hizmet tespiti talebi, işçi

⁷⁹⁹**Ekmekçi vd.** s. 218; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 163.

⁸⁰⁰**Özkaraca/Ünal Adınır**, s. 22. “Kazada iş göremez durumuna giren sigortalıya ödenen geçici iş görmezlik ödeneğinden oluşan Kurum zararının 5510 sayılı Kanun'un 21/4 maddesi kapsamında tahsili talep edilmiş olup dava şartı arabuluculuğa tabi değildir. Bkz. Gaziantep BAM, 10.Hukuk Dairesi, E.2020/109, K. 2020/208, **Koçyiğit/Yeşilkaya**, s.770-772'den naklen.

⁸⁰¹**Ekmekçi/Özekes/Atalı** s.122,123.

⁸⁰² **Odaman/Karaçöp**, 2018, s.49; **Okur**, s.88.

cretlerinden kesilen vergi ve sigorta primleri tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği hukuki uyuşmazlıklar olmadığından, arabuluculuğa da elverişli deęildir⁸⁰³.

Dava şartı olarak arabuluculuğun kapsamına iş ilişkilerinden kaynaklanan işçi ve işveren alacakları ile işe iade davaları girmektedir. İş uyuşmazlığı kapsamında olup tespit veya iptal niteliğindeki taleplerin de dava şartı olarak arabuluculuğun kapsamına girdiği kabul edilmektedir⁸⁰⁴.

İş ilişkisinden kaynaklanan disiplin cezası olarak işçi, aleyhinde uygulanan ücret kesme cezasının iptali ve kesilen ücretin geri iadesi ile ilgili davada, uyuşmazlığın temeli disiplin cezasının iptaline dayandığından, ücret kesme cezasının iptali ve kesilen ücretin geri iadesi ile ilgili davada dava şartı arabuluculuk kapsamına girmeyecektir⁸⁰⁵. İş ilişkisinden kaynaklanmayıp, STİSK'den kaynaklanan üyelik aidatının tahsili (md.18), sendika genel kurulunun ve delege seçiminin iptali (md.15/2, md.16), işkolu tespiti (md.5), yetki itirazı (md.43), yorum davası (md.53/1) gibi davalarda dava şartı arabuluculuk kapsamına girmeyeceklerdir⁸⁰⁶.

İş uyuşmazlıkları kapsamında talep edilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz gibi geçici hukuki korumalar (HMK md.389-406, İİK md.257-268) ile ilgili talepler ne ihtiyari arabuluculuğun ne de dava şartı olarak arabuluculuğun kapsamına girmeyeceklerdir⁸⁰⁷.

C-Arabuluculuğa Elverişli Olan Ancak Dava Şartı Olmayan İş Uyuşmazlıkları

İMK md. 3/3 uyarınca işçilik alacaklarından olan iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklı maddi ve manevi tazminat talepleri arabuluculuğa elverişli olduğu halde dava şartı olarak arabuluculuğa tabi değildir. İş kazası ve meslek hastalığından

⁸⁰³ Ocak vd., s.10; Kme Akpulat, s.363; Okur, s.88; Ekmekçi/zekes/Atalı, s.122; Ekmekçi vd., s.134.

⁸⁰⁴ Kme Akpulat, s.361; Okur, s.135.

⁸⁰⁵ il, s.24; Okur, s.89, Ekmekçi vd., s.134-135.

⁸⁰⁶ Okur, s.89; Ekmekçi, Ömer, Toplu İş Hukuku Dersleri, Oniki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2018, s.23.

⁸⁰⁷ Kme Akpulat, s.364; Okur, s.89; Ekmekçi vd., s.134.

kaynaklı maddi ve manevi tazminat taleplerinde, taraflar ihtiyari arabuluculuğa başvurabileceklerdir⁸⁰⁸.

TBK md.441 ve Basın İş Kanunu md.18’de düzenlenen ölüm tazminatı, işçinin ölmesi ile doğan bir tazminattır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, bu alacak işçinin iş ilişkisinden kaynaklanan bir alacak olup, ancak işçide kalan bir alacak olmadığından ve iş ilişkisine bağlı olarak ortaya çıkan işçi alacağı değil de sağ kalan eş ve ergin olmayan çocuklarına yoksa bakmakla yükümlü olunan kişilere ödenen bir tazminat olduğundan, bu alacak dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında değildir⁸⁰⁹; ölüm tazminatı talepleri ihtiyari arabuluculuğa uygun bir hukuki uyumsuzluk teşkil etmektedir.

D-Arabuluculuğa Elverişli Olan Bireysel İş Uyuşmazlıkları

1- İşçilik Alacakları

İMK md.3’te işçilik alacakları ile ilgili hukuki uyumsuzlukların dava şartı olarak arabuluculuğa tabi olduğu düzenlenmiştir. İşçilik alacaklarından kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı, sendikal tazminat, ayrımcılık tazminatı, maddi ve manevi tazminat, cezai şart, ücret, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, izin ücreti, prim, ikramiye gibi alacaklar hem arabuluculuğa elverişli hem de ve dava şartı arabuluculuğa tabidir⁸¹⁰.

İşçinin talep ettiği işçilik alacaklarına ilişkin, işverenin işçi aleyhinde açtığı davada karşı dava olarak talep edebilmesi için, karşı davada talep edilen alacaklar dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında ise, dava şartı olarak arabuluculuk yapılmadan dava açılamayacaktır. Dava şartı olarak arabuluculuk süreci işletilmeden dava açılması ihtimalinde açılan dava, dava şartı eksikliğinden reddedilecektir⁸¹¹. Karşı davaya konu edinilen uyumsuzluk asıl davaya konu olan taleple birlikte arabuluculuk sürecinde talep edilmiş ve taraflarca müzakere edilmişse, karşı dava bakımından dava şartı olarak arabuluculuk şartının gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerekir.

⁸⁰⁸ Köme Akpulat, s.364; Okur, s.90; Kar, s.395; Mutlay, s.110-111. Aksi görüş için bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı, s.121.

⁸⁰⁹ Köme Akpulat, s.359-360; Okur, s.90; Ocak vd., s.10; Kurt, s.430.

⁸¹⁰ Erdoğan, s.1214; Okur, s.90; Ekmekçi vd., s.226-232.

⁸¹¹ Köme Akpulat, s.370; Okur, s.91; Ekmekçi vd., s.226-232.

İş ilişkisinden kaynaklanan işçilik alacakları ve tazminatları bakımından açılacak itirazın kaldırılması veya itirazın iptali davaları da dava şartı arabuluculuğa tabidir⁸¹². Diğer bir ifadeyle, iş ilişkisinden kaynaklanan bir işçilik alacağı bakımından ilamsız icra takibi başlatılması ve takibin borçlunun itirazı ile durması halinde ancak dava şartı arabuluculuk aşaması geçilmek kaydıyla itirazın kaldırılması veya iptali sağlanabilecektir. Öte yandan dava şartı arabuluculuğun olumsuz sonuçlanmasını müteakip mahkemeye gidilmeden alacağın ilamsız icraya konması halinde itirazın kaldırılması için açılacak davada yeniden arabuluculuğa başvurulmuş olması, dava şartı olarak aranmaz⁸¹³.

2- İşçinin İşe İade Talebi

İş sözleşmesinin işveren tarafından haksız, geçersiz ya da usulsüz bir şekilde feshedildiği iddiası ile işverence yapılan iş sözleşmesi feshinin geçersiz sayılarak işçinin işe iadesi ve alacak ve tazminat haklarının ödenmesi talebi arabuluculuğa elverişli ve dava şartı arabuluculuk kapsamında düzenlenmiştir, İş K. ve Basın İş Kanunu'na tabi işçilerin açacağı işe iade davalarında, dava açmadan önce dava şartı olarak arabuluculuğa başvuru zorunludur.

Burada belirtmeliyiz ki kanuni iş güvencesi hükümleri kapsamında olmamakla birlikte iş sözleşmesi feshedilen bir işçinin işe iade talebiyle arabuluculuğa başvurması mümkündür⁸¹⁴. Bu yönde yapılacak bir başvuru dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilecektir. İşveren işçilerin işe iade talebini kabul edebilir, tarafların işe iade konusunda anlaşmaları durumunda anlaşma hukuken geçerli olacaktır⁸¹⁵.

⁸¹² **Köme Akpulat**, s.363-364; **Okur**, s.91; **Ocak** vd., s.17; 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun md. 41 uyarınca iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımında itirazın iptali davası dava şartı arabuluculuk kapsamındadır.

⁸¹³ **Köme Akpulat**, s.364; **Okur**, s.91.

⁸¹⁴ Deniz İş Kanunu, TBK, İş K. ile Basın İş Kanunu kapsamında çalışan işçilerin yaptıkları iş sözleşmelerinde işe iade talep haklarının olmamasına rağmen, işçi, dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında arabuluculuğa başvurabilecektir.

⁸¹⁵ **Okur**, s.92; **Astarlı**, Muhittin, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 4857 Sayılı İş Kanunu’nun İş Güvencesi Hükümlerine Getirdiği Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Sicil 2017/38, s.42; **Köme Akpulat**, s.356-357.

3- İşveren Alacakları

İşverenin de iş ilişkisinden kaynaklı alacak talepleri gündeme gelebilir. Bu talepler arabuluculuğa elverişli olduğu gibi yasal düzenleme gereği dava şartı olarak arabuluculuğa tabidir. İMK'nın ilk tasarı metninde, işverenin talep edebileceği alacaklar dava şartı arabuluculuğun kapsamı dışında bırakılmasına karşın maddenin yasalaşma metninde bu alacaklar bakımından da arabuluculuk dava şartı olarak düzenlenmiştir⁸¹⁶. Bu anlamda işverenin işçiden talep edeceği alacakları; ihbar tazminatı, cezai şart, avansın iadesi ve eğitim gideri, işçinin hesap verme borcu kapsamında işveren adına tahsil ettiği ve ödemediği paralar, işverenin işçiye fazladan yaptığı ödemelerden kaynaklı alacaklar, işçinin haksız fiilinden kaynaklanan alacak ve tazminat talepleri⁸¹⁷ olarak sayılabilir. İşverenin iş ilişkisinden kaynaklanmayan alacak ve tazminat talepleri ise, örneğin işçi ile işveren arasındaki kira alacağı arabuluculuğa elverişli ancak dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında olmayacaktır⁸¹⁸.

Sözleşme sonrası rekabet yasağından doğan talepler bakımından ise ayrı bir değerlendirme yapmakta fayda vardır. Sözleşme sonrası rekabet yasağının ihlali durumunda görevli mahkeme iş mahkemesidir. Rekabet etme yasağına ilişkin olarak Yargıtay “*uyuşmazlığın kaynağı iş sözleşmesi olduğundan TBK md.444⁸¹⁹ ve devamı maddelerine dayalı olarak İş Kanunu kapsamında işçi sayılan kişinin, rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali nedeniyle açılan cezai şartın tahsiline ilişkin davalarda iş mahkemeleri görevlidir. Dairemizin önceki kararlarında işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonrası dönem bakımından rekabet yasağına ilişkin olarak cezai şart ve tazminat davaları bakımından ticari dava olduğu belirtilmiş ise de; konunun yeniden*

⁸¹⁶ Köme Akpulat, s.356; Okur, s.92.

⁸¹⁷ İşçinin şirket aracını izinsiz ve alkollü olarak kullanması nedeniyle kaza yapması sonucu oluşan zarar nedeniyle maddi tazminat istemine ilişkin davanın dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında olduğu karar için bkz. Adana BAM 7. Hukuk Dairesi, T.07.02.2019, E. 2018/4703, K. 2019/177 (www.lexpera.com.tr).

⁸¹⁸ Okur, s.92.

⁸¹⁹ TBK md. 444- Fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir. Rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir.

değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmakla, görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğuna”⁸²⁰ hükmetmiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 3 Aralık 2021 tarihinde Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Daireleri’nin kesin nitelikteki kararları arasındaki uyuşmazlığın giderilmesine yönelik kararında TBK’nın md. 444-447 maddelerinden doğan rekabet yasağının ihlaline dair uyuşmazlıklara bakma görevinin TTK’nın 4/1-c maddesi gereğince aynı Kanunun 5. maddesi uyarınca Ticaret Mahkemelerine ait olacağına hükmetmiştir⁸²¹. Kanaatimizce, rekabet etme yasağının ihlalinden doğan uyuşmazlıklarda, dava açmadan önce arabuluculuğa başvurunun zorunlu olup olmadığı değerlendirildiğinde, rekabet etme yasağının iş ilişkisi devam ederken mi yoksa iş ilişkisi sona erdikten sonra mı yapıldığı önem arz etmektedir. İşçinin rekabet etme yasağına aykırılık iş ilişkisinin devamı sırasında meydana gelmişse, bu durum işçinin işverene karşı sadakat borcunun ihlali kapsamına girecek ve işveren işçinin iş ilişkisinin devamı sırasında meydana gelen rekabet etme yasağından kaynaklanan tazminat taleplerinde görevli mahkeme iş mahkemesi olmalı⁸²² ve bu kapsamda işveren dava açmadan önce dava şartı olarak arabuluculuğa gitmesi gerekecektir ki bu hususta zaten bir tartışma bulunmamaktadır. İş

⁸²⁰ Y. 9. Hukuk Dairesi, 01.06.2021, E.2021/3076, K.2021/9789 (www.lexpera.com.tr).

⁸²¹ Y. 11. Hukuk Dairesi, 03.12.2021, E.2021/1534, K.2021/6811 (www.lexpera.com.tr).

⁸²² TBK’nun 396. Maddesi uyarınca “işçi yüklediği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır. İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği süre, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunmaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete giremez. İşçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür. İş sözleşmesinin kurulması ile doğan sadakat borcu, işçi tarafından işverenin çıkarlarını koruma ve gözetme borcudur. Rekabet etmeme borcu ise, iş sözleşmesinin sonuçlarından olan; işçinin işverene sadakat borcu içinde yer alan alt bir yükümlülüktür. Taraflar iş ilişkisi devam ederken sözleşmenin bitiminden sonra işçinin rekabet etmeyeceğine ilişkin bir hükmün iş sözleşmesine konulmasına veya bu konuda ayrı bir sözleşme (rekabet yasağı sözleşmesi) yapılmasını kararlaştırabilirler. Rekabet yasağının ihlaline bağlı taraflarca kararlaştırılmış olan belli bir ödemeyi öngören yaptırım, niteliği itibarıyla bir cezaî şart hükmüdür. İş akdinin devamı süresince işçinin işverenle rekabet etmemesi sadakat borcu içinde yer alan bir yükümlülüktür. Buna karşılık, taraflar iş ilişkisi devam ederken sözleşmenin bitiminden sonra işçinin rekabet etmeyeceğine ilişkin bir hükmün iş akdine konulmasını veya bu konuda ayrı bir sözleşme (rekabet yasağı sözleşmesi) yapılmasını kararlaştırabilirler. İş akdi sona erdikten sonra işçinin işverenle rekabet etmeme borcu ancak böyle bir yükümlülük sözleşme ile kararlaştırıldığı takdirde söz konusu olmaktadır. Dosya içeriğine göre taraflar arasında iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dönem için rekabet yasağına ilişkin bir sözleşme imzalanmamıştır. Somut uyuşmazlıkta davacı işveren davalının kendisinde üretilen buluşu, sır saklama yükümlülüğüne aykırı olarak yeni çalıştığı işyerinde de ürettiği iddiası ile maddi zararının tahsilini istemektedir. Burada rekabet yasağına aykırılıktan çok sadakat borcunun alt unsuru olan sır saklama yükümlülüğünün ihlaline dayanılmakta, işyerindeki buluşun bu ihlal nedeni ile başka yerde kullanılmasından kaynaklanan tazminat talebi bulunmaktadır. Uyuşmazlık iş ilişkisinden, iş sözleşmesinin yüklediği sır saklama yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanmaktadır.” Y. 9. Hukuk Dairesi, T.11.10.2016, E. 2016/15516, K. 2016/17659 (www.lexpera.com.tr); Aynı yönde görüş için bkz. **Okur**, s.94.

ilişkinin bitiminden sonraya ilişkin olarak işçi ile işveren arasında yapılan rekabet etme yasağı sözleşmesinin ihlaline bağlı olarak çıkan uyuşmazlıkta, dava açmadan önce dava şartı olarak ticari arabuluculuğa başvuru yapılması daha yerinde olurdu⁸²³.

Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından yapılan bildiride “bir uyuşmazlıkla ilgili yapılan arabuluculuk başvurusunun, gerek ticari, gerek iş ve gerekse tüketici uyuşmazlığı adı altında yürütülüp, görüşme sonunda anlaşmama olarak sonlandırılmasının ardından, o uyuşmazlıkla ilgili, arabuluculuk süreci tamamlanmış olacağından, açılacak olan dava, hangi görevli mahkemede açılırsa açılsın, söz konusu uyuşmazlıkla ilgili dava şartının yerine getirilmiş olacağı, bu şekilde yapılacak değerlendirmenin usul ekonomisine de uygun olacağı düşünülmektedir.”⁸²⁴ şeklinde bir açıklamada bulunmuştur. Bu açıklama ile anlaşılması gereken, mahkeme aşamasına geçilmesi için dava şartı arabuluculuk aşamasının geçilmiş olmasının önemlidir.

VIII-Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ile İlgili Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk

Alt işverenlik, ekonomik ve teknolojik gelişmeler ile birlikte işletmelerin mal ve hizmet üretimine ilişkin organizasyonlarında uzmanlaşma ve iş bölümünün bir gereği olarak ortaya çıkan bir kavramdır⁸²⁵. Asıl işverenin işyerinde kendi işçileri ile gerçekleştireceği ve yarar sağlayacağı işin bir diğer işveren, alt işveren, ile anlaşarak onun işçileri vasıtasıyla yerine getirilmesi söz konusudur⁸²⁶. Bu kavramın karşılığı olmak üzere uygulamada aracı, taşeron, alt müteahhit gibi kavramların kullanıldığı görülmektedir. İş K.’da ise “alt işveren” kavramı tercih edilmiştir⁸²⁷.

⁸²³ **Okur**, s.94; İş sözleşmesi sona erdikten sonra rekabet etmeme sözleşmesini iş sözleşmesinden ayrı bir sözleşme olarak değerlendirerek, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra rekabet yasağına ilişkin uyuşmazlığın ticari dava olması nedeniyle Ticaret Mahkemesinde görüleceğine karar verilmiştir. (Y. HGK, T. 27.02.2013, E.2012/9-854, K. 2013/392).

⁸²⁴ Adalet Bakanlığı, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından hazırlanan ve UYAP bilişim sisteminde bulunan bir doküman konu ile ilgili bilgi vermektedir. <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/532021164348adbg%C3%B6r%C3%BC%C5%9F1.pf> (E.T. 04.05.2023)

⁸²⁵ **Canbolat**, Talat, Türk Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, Ankara 1992, s. 12; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s.206; **Güzel**, Ali, “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2004/1, s.33.

⁸²⁶ **Canbolat**, Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkileri, s.1,70; **Güzel**, Alt İşveren, s.38.

⁸²⁷ **Canbolat**, Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkileri, s.7 vd.; **Güzel**, Alt İşveren, s.39; **Narmanhoğlu**, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul 2014, s.115,116.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi, İş K. md.2 ve Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde⁸²⁸ düzenlenmiştir. Bu çerçevede bir işverenin (asıl işveren) işyerinde kendi işçilerinin dışında başka bir işveren (alt işveren) ile onun işçilerinin çalıştırılmasıyla oluşan üçlü ilişkinin unsurları ve tarafların sorumlulukları belirlenmiştir⁸²⁹.

Alt İşverenlik Yönetmeliği md. 3'te asıl işveren ve alt işveren kavramları açıklanmıştır. Anılan maddede alt işveren; bir işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı veya asıl işin bir bölümünde teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde işverenden iş alan, görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran, gerçek, tüzel kişiyi veya tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları ifade eder. Asıl işveren ise işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işleri, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işleri diğer işverene veren, asıl işte kendisi de işçi çalıştıran gerçek, tüzel kişiyi veya tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlardır.

Asıl işveren ve alt işveren kavramları, işveren sıfatına sahip iki kişinin aralarında bir hukuki ilişki kurmaları sonucunda ortaya çıkmakta olup, bu sıfatlar işveren sıfatını haiz kişilerin sahip olduğu ikincil bir nitelik⁸³⁰. Alt işveren, kendi işçileri karşısında işveren niteliğini haiz iken, asıl işveren ile alt işverenin işçileri arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır⁸³¹. İşçiler, alt işverenin yönetimine tabi olarak iş görme borçlarını yerine getirirler. Dolayısıyla asıl işveren ile alt işveren, kavramların niteliği itibarıyla, birbirinden bağımsız işverenler olup işçilere karşı birlikte işveren sıfatı taşımazlar⁸³².

Maddi hukukta müteselsilen sorumlu olduğu öngörülen kişilere karşı birlikte dava açılması gündeme gelebilir. Müteselsil sorumlu olanlardan birine dava açılması bu davanın diğer müteselsil borçluya karşı da hüküm doğurması sonucunu ortaya çıkarmaz. İşçi müteselsil sorumlular için arabulucuya başvurmak zorundadır. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu işe iade davalarının taşıdığı özellikler arabuluculuk süreci

⁸²⁸ R.G. 27.09.2008/27010.

⁸²⁹Y. 9. Hukuk Dairesi, T. 14.04.2016, E.2015/29051, K.2016/9441; Y. 9. Hukuk Dairesi, T.23.01.2012, E. 2009/37002, K.2012/1226; Y. 9. Hukuk Dairesi, T. 27.04.2012, E.2011/52010, K. 2012/14755; Y. 9. Hukuk Dairesi, T. 09.12.2010, E. 2009/35, K. 2010/36880 (www.lexpera.com.tr).

⁸³⁰ **Aykaç**, Hande Bahar, İş Hukukunda Alt İşveren, 4. Baskı, İstanbul 2011, s.3.

⁸³¹ **Çelik vd.**, s.104; **Süzek**, İş Hukuku, s.159,160; **Akyiğit**, İş Hukuku, s.81.

⁸³² **Aykaç**, s.3;

için ayrı bir düzenleme yapılmasını zorunlu kılmıştır. İşçinin işvereni alt işveren olmakla birlikte işe iade edileceği yer, başka bir işverene, asıl işverene ait işyeridir. İşe iadeye ilişkin arabuluculuk süreci her iki işvereni de ilgilendirir⁸³³.

İş K. md. 2/6 uyarınca asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumlu tutulmuştur. Bu birlikte sorumluluk aslında müteselsil sorumluluktur⁸³⁴. Müteselsil sorumluluk halinde müteselsil sorumlular birbirlerine rücu edebilirler. Rücu hakkının varlığı ise müteselsil sorumluların kendilerine karşı açılan davada ihtiyari dava arkadaşı olmaları sonucunu doğurur. İhtiyari dava arkadaşlığında, dava arkadaşları birlikte hareket etmek zorunda olmadıkları gibi mahkeme kendileri hakkında tek bir karar vermek zorunda değildir. Bu nedenle dava şartı arabuluculuk kapsamında asıl işveren-alt işveren ilişkisinde işçi, işçilik alacağı talebini işverenlerden yalnızca birine ya da asıl işveren ve alt işverene karşı birlikte ileri sürebilir. Yalnızca tek bir işverene yöneltile talebin arabulucuda çözüme kavuşmasında herhangi bir engel olmadığı gibi talebin her iki işverene de yöneltildiği durumlarda, taraflar birlikte hareket etmek zorunda da değildir. Hatta anlaşmanın sağlanmasında işverenlerin ortak iradelerinin olmasına gerek yoktur⁸³⁵.

İMK md. 3/15’de işçinin işe iade talebi ile arabulucuya başvurduğunda anlaşmanın gerçekleşmiş sayılması için, işverenlerin görüşmelere birlikte katılması ve iradelerinin birbirine uygun olması gerektiği düzenlenmiştir⁸³⁶. Dava şartı arabuluculuk sürecinden sonra işe iade davası açılması için kanun koyucu tarafından kısa bir süre (iki hafta) tanınmıştır. Bu durum işçiyi alt işveren ve asıl işveren hakkında arabulucuya başvurmaya zorlamaktadır. Zira işçi bu işverenlerden sadece birisi için arabulucuya başvurduğu takdirde, süreç sonuçlanıncaya kadar diğeri hakkındaki bir aylık başvuru süresi geçmiş olabilir. Bununla birlikte işçinin işvereni alt işveren, çalıştığı yer ise asıl işverene ait işyeri olduğu için her iki işverenin de iadeyi kabul etmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

⁸³³Ekmekçi vd., s. 238.

⁸³⁴Korkusuz, Mustafa Halit, “Asıl İşveren ile Alt İşverenler Arasında Müteselsil Sorumluluğu”, İÜHFİM, C.72 S.2, İstanbul 2014, s. 217; Kabakcı, Mahmut/Hacıoğlu, Arzu, “Asıl İşveren ile Alt İşverenler Arasındaki Rücu İlişkisi”, SİCİL İş Hukuku Dergisi, S.36, İstanbul 2016, s.92,93.

⁸³⁵Yamakoğlu/Ay, s. 150. Asıl işveren ile alt işveren arasındaki rücu davaları iş uyuşmazlığı olarak nitelendirilmez.

⁸³⁶Çelik vd. s. 90.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde işe iade talebi bakımından İMK düzenlemesi maddi hukuk ve usul hukuku ile çelişmektedir. Bu ilişkide işçinin işe iade davası açtığı durumlarda asıl işveren ve alt işverenin şekli bakımından dava arkadaşı oldukları kabul edilmektedir⁸³⁷. Şekli bakımından dava arkadaşlığının amacı davanın aydınlatılmasını sağlamak ve yargılamayı kolaylaştırmaktır⁸³⁸. Ancak bu dava arkadaşlığında, maddi bakımdan dava arkadaşlığının aksine, tarafların birlikte hareket etme zorunlukları bulunmamaktadır ve hakim de dava arkadaşları hakkında tek bir hüküm tesis etmek zorunda değildir. Dava bakımından hal böyle iken, işe iade talebiyle arabuluculuğa başvurulduğunda asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde anlaşmanın gerçekleşmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranmaktadır (İMK md.3/15). Alt işveren ilişkisinde işe iade davasında işçinin muhatabı alt işverendir. Zira iş sözleşmesi işçi ile kendi işvereni (alt işveren) arasındadır. Alt işverenin işe iade talebini kabul ettiği ancak asıl işverenin kabul etmediği bir durumda arabuluculuk faaliyetinin başarısızlıkla sonuçlanacak olması isabetsizdir⁸³⁹.

Asıl işveren olarak gösterilen kişi bu sığata sahip olmadığı veya başka bir nedenle sorumluluğı bulunmadığı düşüncesiyle arabulucu toplantısına katılmadığı takdirde daha sonra işçinin açacağı davada taraf olarak gösterildiğinde arabuluculuk toplantısına katılmamış taraf konumunda olacak dava lehine sonuçlansa dahi vekâlet ücretinden yararlanamayacaktır. Asıl işveren sıfatı bulunduğu iddiası ile arabuluculuk daveti yapılan kişi asıl işveren sıfatının olmadığı görüşünde olsa bile arabulucu toplantısına katılarak bu görüşünü tutanağına geçirtmesi kendi lehine olacaktır⁸⁴⁰.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde işe iade talebiyle dava şartı olan arabuluculuğı başvuru şartının yerine getirilmesi için asıl işveren ile alt işverene karşı birlikte başvuru zorunluluğı olduğu, sadece alt işveren veya sadece asıl işverene karşı dava şartının yerine getirilmesi ve arabuluculuk sonucu anlaşılmaması durumunda işe iade davası açılması halinde arabuluculuk dava şartının yerine getirilmemesi sebebiyle davanın usulden reddi gerektiğine, bu eksikliğin sonradan sadece taraflardan birinin aleyhine arabulucuya başvurularak tamamlanması imkanı da olmadığına ilişkin yargı

⁸³⁷ Yamakoğlu/Ay, s.160.

⁸³⁸ Yamakoğlu/Ay, s.160.

⁸³⁹ Aynı yönde görüş için bkz. Yamakoğlu/Ay, s.160; Okur, s.104.

⁸⁴⁰ Ekmekçi/Özekes/Atalı, s.149.

kararları arasındaki uyumsuzluğun giderilmesine ilişkin Yargıtay kararı bulunmaktadır⁸⁴¹. İşçi ve işverenlerin korunması hedef alındığı için verilen bu kararın faydalı olduğu kanaatindeyiz.

Üçlü iş ilişkisinin söz konusu olduğu durumlardan olan asıl işveren alt işveren müessesesinde işçi, arabuluculuk bakımından haklarının teslimi için müteselsil sorumlu olan alt işveren ve asıl işverene, birlikte veya ayrı ayrı başvurulabilir⁸⁴².

Yargıtay'ın kararlarında asıl işveren ve alt işverenin davada birlikte yer alması ve her iki tarafın açıklama ve ispat hakkını kullanmalarını zorunlu kıldığı, bu sebeple taraflar arasında bir çeşit şekli bakımından mecburi dava arkadaşlığının mevcut olduğu ifade edilmektedir⁸⁴³. Doktrinde Yargıtay'ın ulaştığı bu sonuç; asıl işveren alt işveren arasında ihtiyari dava arkadaşlığı olduğu, TBK'da müteselsil sorumlulukta alacaklının borcun tamamının veya bir kısmının ifasını dilerse borçlulardan birinden, dilerse hepsinden isteyebileceği, asıl işveren alt işveren arasında rücu ilişkisinde geçerli olan ve kendileri arasında davanın ihbarı ile yerine getirilmesi gereken usuli işlemin davacı işçiye yükletilmesi ve davaya mecburi olarak diğer işverenin dahil edilmesinin istenmesinin isabetli olmayacağı ifade edilmek suretiyle eleştirilmiştir⁸⁴⁴.

Buna karşılık Yargıtay'ın asıl işveren alt işveren bakımından kabul ettiği mecburi dava arkadaşlığı hususunun; asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmadığının ya da kanuna uygun olup olmadığının incelendiği bir davada⁸⁴⁵, asıl işveren ya da alt işverenin yer almaması düşünülemeyeceğinden işe iade davaları bakımından işçinin korunması düşüncesi ve hukuki dinlenilme hakkı gereği isabetli olduğu da belirtilmiştir⁸⁴⁶. Doktrinde, Yargıtay içtihadının gerek işçi gerek işveren bakımından

⁸⁴¹ Y. 9 Hukuk Dairesi, T.13.10.2021, E.2021/9540, K.2021/14240 (www.lexpera.com.tr) .

⁸⁴² **Çil**, Şahin, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkiler”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum, 4.Nisan 2009, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, s.4-59; **Yuvalı**, Ertuğrul, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Zorunlu Arabuluculuk”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.2, 2021, s.367.

⁸⁴³ Y. 22. Hukuk Dairesi, T.10.10.2017, E.2017/39113, K.2017/21278; Y. 22. Hukuk Dairesi, T.18.11.2011, E.2011/6169, K.2011/5306 (www.lexpera.com.tr); **Çelik vd.**, s.86; **Yuvalı**, s.369; **Mutluay**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 83-90.

⁸⁴⁴ **Bostancı**, Yalçın/**Kırtiloğlu**, Süleyman Serhat, “İşçinin Asıl İşverene Dava Açması Durumunda Davanın Alt İşverene Teşmil Edilme Zorunluluğu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.2, 2013, s.845-864; **Yuvalı**, s.370.

⁸⁴⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi T. 13/10/2021, E. 2021/9540, K. 2021/14240 (www.lexpera.com.tr).

⁸⁴⁶ **Göktaş**, Seracettin, “Asıl İşverenin İş Güvencesi Hükümleri Yönünden Sorumluluğu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.27, 2012, s.62; **Yuvalı**, s.370.

uygun, maddi ve usuli bakımdan her iki tarafın haklarının korunmasını sağlayan, asıl işveren alt işveren ilişkisinde işe iade davalarını usuli açıdan sağlam bir hukuki zemine oturtan bir çözüm yolu olarak değerlendirildiği de görülmektedir⁸⁴⁷.

İMK md. 3/15 hükmünde; asıl işveren alt işveren ilişkisinin mevcudiyeti halinde işe iade talebiyle arabuluculuğa başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranmaktadır. Söz konusu özel düzenleme, işe iade uyuşmazlıklarında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde bunların arasında bulunan dava arkadaşlığı dikkate alınmak suretiyle hazırlanmıştır. *Yuvalı*, asıl işveren-alt işveren arasında şekli mecburi dava arkadaşlığının varlığı, işçi bakımından taraf teşkili ve işe iade davasının yasal süresi içerisinde açılmasına ve işveren açısından ise adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkının ihlaline yönelik sorunların çözümüne katkı sağladığını ifade etmiştir⁸⁴⁸.

İMK md. 3/15 düzenlemesi ile, asıl işveren alt işveren ilişkisinin geçersizliğine veya muvazaaya dayanıp dayanmadığına yönelik herhangi bir ayırım yapmaksızın, asıl işveren alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu bütün işe iade uyuşmazlıkları bakımından anlaşma sağlanabilmesini “işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması” şartlarının mevcudiyetine bağlamaktadır⁸⁴⁹. Asıl işveren alt işveren ilişkisinin geçersizliği veya muvazaaya dayanması halinde ortaya çıkacak sorunların önüne geçmenin amaçlandığı görülmektedir.

Muvazaa tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla kendi iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmeyen görünüşte akdedilen bir anlaşmadır⁸⁵⁰. Alt İşveren Yönetmeliği md. 12/2 uyarınca işverenler genellikle kamusal yükümlülüklerinden kaçınmak, iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya mevzuattan

⁸⁴⁷ **Şahlanan**, Fevzi, “Alt İşveren İşçisinin Açtığı İşe İade Davasında Mecburi Dava Arkadaşlığı (Karar İncelemesi)”, *Tekstil İşveren Dergisi*, S.390, 2012, s.3; **Yuvalı**, s.370.

⁸⁴⁸ **Yuvalı**, s.373.

⁸⁴⁹ **Astarlı**, Muhittin, “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri-2017”, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2017 Yılı Toplantıları*, 2. Gün, II. Oturum, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2018, s.43; **Karabacak** Emre, “Türk İş Hukukunda Alt İşveren Uygulaması ve Toplu İş Hukukunda Ortaya Çıkardığı Sorunlar, Ankara; Türk Metal Sendikası Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayınları, Ankara 2018, s.98; **Yuvalı**, s.371.

⁸⁵⁰ **Oğuzman** Kemal/ **Öz**, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1, 17. Baskı, İstanbul 2019, s. 130; **Eren**, s. 350-351.

kaynaklanan işçilik haklarını kısıtlamak veya ortadan kaldırmak amacıyla muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkisi kurma yoluna gidebilirler⁸⁵¹.

Doktrinde geçersiz veya muvazaaya dayanan asıl işveren alt işveren ilişkisi durumunda dahi işverenler arasında da menfaat çatışması söz konusu olacağından anlaşma sağlanmasının pek mümkün olamayacağı ve düzenlemenin gerçek hayatla pek uyum gösteremeyeceği belirtilmiştir⁸⁵².

Bu noktada belirtmek gerekir ki; işe iade konusundaki işçinin asıl muhatabının alt işveren olduğu düşünüldüğünde, arabuluculuk süreci sonunda işe iade hususunun, alt işverenin feshin geçersizliği ve işçinin işe iadesi konusundaki olumlu yaklaşımı ile çözüme kavuşturulması mümkündür. Bununla birlikte söz konusu md. 3/15'deki düzenleme itibarıyla, asıl işverenin anlaşamamaya ilişkin göstereceği olası tutum, işe iade uyuşmazlığının arabuluculuk neticesinde çözüme kavuşturulmasına engel olabilecektir⁸⁵³. Konuya bu yönüyle baktığımızda söz konusu düzenlemenin zorunlu arabuluculuğun kanunla getiriliş amacına hizmet etmediği ve dava iş yükünün azalmasına olanak tanımadığından hareketle alt işveren ile işçi arasında söz konusu olabilecek olası bir anlaşmanın önünü kapamanın isabetli olmadığı söylenebilir⁸⁵⁴.

İMK md.3/15 hükmüyle öngörülen zorunluluğun yalnızca işe iade uyuşmazlıkları bakımından geçerli olduğunu, diğer işçi alacak ve tazminatları bakımından uygulanmayacağını ifade etmek gerekir. İşe iade davası dışında iş ilişkisinde kaynaklanan uyuşmazlıklardaki alacak ve tazminatlar talepleri (örneğin işçi alacakları) bakımından ihtiyari dava arkadaşlığı mevcuttur. Dolayısıyla işçi tarafından ileri sürülen bütün taleplerin asıl işveren ve alt işverene karşı birlikte ileri sürülmesi mecburi değildir. Bununla birlikte işçi tarafından açılacak dava öncesinde, husumetin bunlardan yalnızca birine veya her ikisine karşı birlikte yönetilmesi için öncelikle arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartıdır⁸⁵⁵.

⁸⁵¹ Yamakoğlu/Ay, s. 151.

⁸⁵² Oğuz, Dava Şartı, s.127; Yuvalı, s.371; Alpagut, Arabuluculuk, s.127; Korkmaz, Ezgi, “İş Hukukunda Dava Şartı Arabuluculuk: Güncel Sorunlar ve Tartışmalar”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, C.16, S.47, s.914.

⁸⁵³ Canbolat, İş Hukuku Bakımından Arabuluculuk; s.102; Yuvalı, s.371; Mutluay, İşe İade, s.2149.

⁸⁵⁴ Uygulamada alt işverenin işe iadeyi kabul ettiği, asıl işverenine külfet getirmeyen anlaşmaların örneklerine karşılaşılmaktadır.

⁸⁵⁵ Yuvalı, s.372.

Diğer bir ifadeyle işçi hem asıl hem de alt işverene işçilik alacakları için başvuracak ise arabuluculuk aşamasını her ikisi için de yürütülmüş olması gerekecektir. Ancak bu durumda yapılacak oturumun üçlü olması gerekmez.

IX- Görevli ve Yetkili Mercı

Dava şartı olarak görülen arabuluculuk kapsamındaki uyuşmazlığı çözmek isteyen işçi veya işveren karşı tarafın, karşı taraf birden fazla kişi ise onlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu bulunmayan yerlerde ise bu konuda görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne başvurulmalıdır⁸⁵⁶.

Sürecin başlatılabilmesi için görevli merci arabuluculuk bürosu; yetkili merci ise karşı tarafın yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosudur. Arabuluculuk büroları, arabuluculuğa başvuruları bilgilendirmek, arabulucuları görevlendirmek ve kanunla verilen diğer görevleri yerine getirmek üzere Adalet Bakanlığı tarafından uygun görülen adliyelerde kurulur. Arabuluculuk büroları, kurulmayan yerlerde ise bu büroların görevi, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonunca görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğü tarafından ilgili hakimin gözetim ve denetimi altında yerine getirilir (HUAK Yönetmelik md. 23/1).⁸⁵⁷

Kanun yetkili arabulucu konusunda, davacıya, davalının ikametgahı ya da işyeri için yetkili olan arabulucunun seçimi hususunda seçimlik hak vermiştir⁸⁵⁸. Arabulucunun yetkisi bakımından karşı tarafın yerleşim yerindeki ve işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosu yetkilidir. Arabulucu yetkili olup olmadığını kendiliğinden inceleyemeyecektir⁸⁵⁹. Büronun yetkisi kamu düzeninden değildir⁸⁶⁰. Belirlenen yetkinin mutlak emredici, kamu düzenine ilişkin bir yetki olmaması karşısında arabulucunun ve arabuluculuk bürosunun

⁸⁵⁶ Çelik vd., s. 86.

⁸⁵⁷ İMK ve HUAK'da "arabuluculuk bürosu" olarak düzenlenmiş olmakla birlikte. HUAK Yönetmelik'de bu büronun adı "adliye arabuluculuk bürosu" olarak geçmektedir. Yönetmelik, arabulucunun işlerini yürüttüğü yeri "arabuluculuk bürosu" olarak tanımlamış ve bu yer ile adliyede kurulan birimi ayırt etmek üzere "adliye arabuluculuk bürosu" olarak kullanılmaktadır.

⁸⁵⁸ Demir, Ömer Faruk, "İşe İade Davasında Yargılama", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, Sayı: 37, 2017, s.302; Kurt, s.433; Köme Akpulat, s. 371; Ekmekçi vd., s.159.

⁸⁵⁹ Çiçek, Mustafa, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, s.107; Ekmekçi vd., s.161.

⁸⁶⁰ Köme Akpulat, s. 372; Çil, s. 31.

yetkisinin tartışılması ancak karşı tarafın en geç ilk toplantıda bu konuda itiraz etmesi ile gerçekleşebilir. İlk arabuluculuk toplantısında karşı taraf arabulucunun yetkisine itiraz ederse arabulucu dosyayı derhal ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere arabuluculuk bürosuna teslim etmek durumundadır (HUAK Yönetmelik 25/4)⁸⁶¹. İtiraz edilirken belge sunulması gerekir. Bu belgeler yerleşim yeri ve işin yapıldığı yere ilişkin belgelerdir. Mahkeme harç almadan dosya üzerinden yapacağı inceleme ile yetkili arabuluculuk bürosunun hangisi olduğunu kesin olarak karara bağlar ve dosyayı büroya iade eder. Mahkeme kararı, büro tarafından Tebligatlar Kanunu hükümleri uyarınca taraflara tebliğ edilir. Yetki itirazının reddi durumunda aynı arabulucu yeniden görevlendirilir. Yetki itirazının kabulü durumunda ise kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde yetkili büroya başvurulmalıdır⁸⁶².

Süresinde yetkili büroya başvurulması halinde, yetkisiz büroya başvurma tarihi yetkili büroya başvurma tarihi olarak kabul edilir (HUAK md. 18/A-8). İMK md.3/17 uyarınca büroya başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre ise işlemez. İş K. md.20'ye göre fesih bildirimden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulmalıdır. İşçinin bir aylık süre içinde yetkisiz büroya başvurarak süreci başlatması ve işverenin yetki itirazında bulunması durumunda işçi sulh hukuk mahkemesinin kararının tebliğinden itibaren bir hafta içinde yetkili büroya başvurursa başvuru tarihi itibarıyla fesih bildiriminin tebliğinden itibaren bir ay geçse bile başvurusu İş K. md.20 'ye aykırı olmayacaktır. Oysa işçi sulh hukuk mahkemesi kararının tebliğinde itibaren işleyen bir haftalık süreden sonraki bir tarihte yetkili büroya başvurursa bu yeni tarih dikkate alınacağından İş K. md.20'de yer alan bir aylık sürenin geçmesi söz konusu olabilecektir⁸⁶³.

⁸⁶¹ Yetki itiraz değerlendirilmeden arabuluculuk süreci tamamlandığında dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar veren ilk derece mahkemesi kararları mevcuttur. İstanbul 1. Asliye Ticaret T.14.01.2020, E.2019/435; yetkisiz mahkeme arabuluculuğa başvurulmadığı gerekçesiyle usulden red kararı veremez. Bkz. Y. 9. Hukuk Dairesi, T. 04.03.2019; E.2019/520, K.2019/5144 (www.lexpera.com.tr).

⁸⁶²Koçyiğit/Yeşilkaya, s. 705,706; Ekmekçi vd., s.163.

⁸⁶³Köme Akpulat, s. 374; Koçyiğit/Yeşilkaya, s. 705,706; Ekmekçi vd., s.162.

X- Dava Şartı Arabuluculuğa İlişkin Süreler

A- Dava şartı Arabuluculuk Sürecine Başvuruya İlişkin Süreler

İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurmak zorundadır. Süre içerisinde feshin geçersizliği iddiası ile arabulucuya başvurulmazsa işe iade davasını açma hakkı kaybedilir. Böylelikle işveren tarafından yapılan fesih geçerli bir fesih halini alır ve buna göre sonuçlarını doğurur⁸⁶⁴.

Arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varılamaması durumunda son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde iş mahkemesine dava açılabilir. İki hafta olan hak düşürücü süre tutanağın düzenlendiği tarih olarak öngörülse de bunu son tutanağın işçiye tebliği tarihi olarak anlamak daha doğru olacaktır. Bu süre kesilmez ya da durmaz⁸⁶⁵.

Aynı konuda üç farklı sürenin düzenlendiği belirtilebilir⁸⁶⁶. İlk olarak iş sözleşmesinin feshi söz konusu olduğunda işe iade talep edilecekse bu talep fesih bildiriminden itibaren bir aylık süre içinde arabulucuya başvurularak yerine getirilmelidir. Doğrudan arabulucuya başvuru süresi, fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren başlamaktadır. Feshin tebliğ edilmemesi durumunda; süre, işçinin fesih tarihini kesin olarak belirleyeceği işlemin yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlar. İşçi fesih bildirimini tebellüğden imtina ederse, bu durumda süre, İş K. md. 109 uyarınca tebliğden imtina edildiğinin belgelendiği, tutanağa bağlandığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Eylemli fesih durumu söz konusu ise, süre eylemli feshin yapıldığı tarihinden itibaren başlar.

İkinci süre, arabulucuya başvuru zorunluluğu yerine getirilmeden doğrudan dava açılması halinde karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda, dava, dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddedilmelidir. Bu karar üzerine iki hafta içinde arabulucuya başvurulması mümkündür. İki haftalık süre, kesinleşen ret kararının tebliğinden itibaren başlayacaktır.

⁸⁶⁴Astarlı, İMK, s.41; Kurt, s. 434.

⁸⁶⁵Narmanlıoğlu, Ünal, “İş Kanunu’nun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi (İş Mahkemeleri Kanunu’nun Feshin Geçersizliği Davasında Yaptığı Değişiklikler)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.38, 2017, s.17; Kurt s.434.

⁸⁶⁶Ekmekçi vd., s.164; Okur, s. 97.

Üçüncü süre ise, arabulucuya başvurulmasına rağmen, tarafların anlaşamamaları halinde iş mahkemesinde dava açmaları durumunda kabul edilen iki haftalık süredir⁸⁶⁷. Anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren bu süre başlar. Arabulucuya başvuru süresi bir ay, diğer süreler iki haftadır. Her bir sürenin başlangıcı da farklılık göstermektedir.

B-Dava Şartı Arabuluculuğun Süresi

İş uyuşmazlıklarında arabulucu, görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde yapılan başvuruyu sonuçlandırmalıdır. Arabulucu tarafından bu süre zorunlu hallerde en fazla bir hafta uzatılabilir (HUAK md. 18/A-9). Üç haftalık süre büro tarafından arabulucunun görevlendirildiği tarihten itibaren başlar⁸⁶⁸. Doktrinde, uzatmanın gerekçesinin tutanak altına alınması ve imzalanmasının oluşabilecek itirazların bertaraf edilmesi bakımından önemli olduğu belirtilmiştir⁸⁶⁹. Zorunlu hal kavramı kanunda açıklanmamıştır. Taraflardan birinin hasta olması, yurt dışında olması, diğer taraf çok geç ulaşılması gibi sebeplerin zorunlu hal olarak değerlendirilebileceği belirtilebilir⁸⁷⁰.

C-Arabuluculukta Geçen Sürenin Zamanaşımına ve Hak Düşürücü Sürelere Etkisi

Arabuluculuk faaliyeti zamanaşımı ve hak düşürücü süreye de etkilidir. İMK md.3/17, HUAK md.18/A-15 ve HUAK Yönetmelik md.27 uyarınca arabuluculuk bürosuna başvurulmasından, son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez⁸⁷¹. Buna benzer bir hüküm HUAK md. 16/2 maddesinde de mevcuttur.

⁸⁶⁷ “İşe iade talepli davanın arabuluculuk son tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren 2 haftanın geçmesi sonrası 15. gün 19:46’da açılmış olduğu, süresinde açılmış bir dava olmadığından yerel mahkemenin davanın reddine dair kararında bir isabetsizlik bulunmadığı anlaşılmıştır.” Bkz. İstanbul BAM 26.Hukuk Dairesi, T.12.03.2019, E.2019/1095, K.2019/1049. Son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde dava açma süresi hak düşürücü süredir. Hakim hak düşürücü süreyi re’sen dikkate alır.

⁸⁶⁸ Çiçek, s.112; Ekmekçi vd., s.165.

⁸⁶⁹ Çelik vd., s. 87; Odaman/Karaçöp, 2016, s. 50.

⁸⁷⁰ Çelik vd., s. 87.

⁸⁷¹ “...Bölge Adliye Mahkemesince, ...davalı vekilinin süresinde ve yerinde olan ıslaha karşı zaman aşımı savunması dikkate alınmadan karar verilmesinin hatalı olduğu; kabule göre de; dava konusu 15/19/2013-15/10/2015 dönemi ücret alacağı için dava dilekçesinden talep edilen miktar TL bazında

Zamanaşımının durması ve hak düşürücü sürelerinin işlememesi, arabuluculuk bürosuna başvuru ile başlamaktadır. Arabulucunun tabi olduğu üç haftalık ve zorunlu hallerde eklenen bir haftalık süre ise arabulucunun görevlendirmeyi kabul ettiği tarihten itibaren başlamaktadır. Arabuluculuk bürosuna tarafın başvuru ve arabulucunun görevlendirmeyi kabul ettiği tarih aynı olabileceği gibi farklı (birkaç gün sonra) da olabilir. Sürecin anlaşma ile sonuçlanması halinde başvuran tarafın hak kaybına uğraması için son tutanakta arabuluculuk başvuru tarihi ve arabulucunun görevlendirildiği tarih birlikte belirtilebilir⁸⁷².

XI- Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuğa Başvuruda Usul

İMK md. 3/5 uyarınca başvuru karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılır. HUAK Yönetmeliği'ne göre başvuru dilekçe ile veya bürolarda bulunan formların doldurulması suretiyle yahut elektronik ortamda yapılır ve arabuluculuk başvurusu sırasında başvurandan uyuşmazlık konusuna ilişkin hususları açıklaması beklenir⁸⁷³. Dava şartı arabuluculuk sürecinde Arabuluculuk Daire Başkanlığı başvuru sırasında başvuran tarafa ya da taraflara yardımcı olmak amacıyla talep listesi hazırlamış ve uygulamada özellikle işçilerin listedeki tüm talepleri hakları olmasa bile işaretlediği gözlemlenmiştir⁸⁷⁴. Gerek HUAK ve gerekse İMK da tarafların anlaştıkları ve

52.927.24 TL olmasına rağmen hükümde 62.822.00 TL üzerinden faize hükmedilmesinin doğru olmadığı gerekçesiyle davalının istinaf kanun yolu başvurusunun kabulüne, davacının istinaf talebinin esastan reddine karar verilerek 6100 Sayılı Hukuk Mahkemeleri Kanunu'nun 353/1-b-2 gereğince İlk Derece Mahkemesi kaldırılarak yeniden hüküm kurulmuştur.....7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun "Dava Şartı Olarak Arabuluculuk" başlıklı 3. Maddesinin 17. Bendine göre; Arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez. Bölge Adliye Mahkemesince bu husus gözetilmeden karar verilmesi de ayrıca bozmayı gerektirmiştir". Bkz. Y. 9. H.D. T.17.06.2021, E. 2021/5728, K. 2021/10477 (www.lexpera.com.tr).

⁸⁷² **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, Yeliz/ **Civan**, Ersun/ **Manav Özdemir**, Eda/ **Savaş Kutsal**, Burcu /**Evcimen**, Ahmet, İş Hukukunda Uzman Arabuluculuk, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, Yeliz, (Ed.), Ankara 2023, s.272.
<https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/10052023082837i%C5%9F.pdf> (E.T.17.052.2023)

⁸⁷³ **Okur**, s. 117; **Günay**, İlhan Cevdet, İş Yargısı ve Arabuluculuk, Ankara 2017, s.121; **Ekmekçi vd.**, s.164.

⁸⁷⁴ **Okur**, s. 116; "...arabuluculuk başvuru formunda da talep edilmesi karşısında bu talepler yönünden arabuluculuğa başvuru şartının gerçekleştiği kabul edilerek esasa dair inceleme yapılması gerekirken davanın bu talepler yönünden de dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesinin

anlaşamadıkları hususların son tutanakta tespit edilememesi halinde davanın reddedileceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Mevcut uygulamada görülmüştür ki bazı mahkemelerce dava şartı kapsamındaki iş uyuşmazlığına ilişkin yürütülen arabuluculuk faaliyetlerinde müzakere edilip anlaşma sağlanamayan uyuşmazlık konularının tek tek son tutanağa yazılmaması halinde "örneğin işçi-işveren uyuşmazlığı" gibi yazılması durumunda dava usulden reddedilmektedir⁸⁷⁵.

hatalı olduğu kabul edilmiştir. Somut uyuşmazlıkta, arabulucu tarafından dosyaya sunulan 10.09.2018 tarihli "Arabuluculuk Başvuru Formu"ndan, dava dilekçesinde talep edilen kötü niyet tazminatı alacağının arabuluculuk sürecinde talep edilmediği anlaşıldığından, kötü niyet tazminatı alacağına yönelik davanın usulden ret kararı doğru ise de dava dilekçesinde talep edilen hafta tatili ücreti, bayram ve genel tatil ücreti, yıllık ücretli izin alacağı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı alacaklarının "Arabuluculuk Başvuru Formu"nda da talep edilmesi karşısında bu talepler yönünden arabuluculuğa başvuru şartının gerçekleştiği kabul edilerek esasa dair inceleme yapılması gerekirken davanın bu talepler yönünden de dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesi hatalıdır". Bkz. Y. 9. Hukuk Dairesi, T. 10.09.2019, E.2019/6226, K. 2019/15522; "Dava şartı olan zorunlu arabuluculuk uygulamalarında başlangıçta hem talepte bulunanlar hem de arabulucular tarafından yapılan hatalar tarafların mağduriyetine sebebiyet verdiği ve arabuluculuk kurumunun amaçlandığı gibi uygulanmasına engel olduğundan, aksaklıkları gidermek amacıyla 02/08/2018 tarihinde arabuluculuğa hangi konularda başvurulduğuna ilişkin 'başvuru formu' uygulaması başlatılmıştır. Bu nedenle 'başvuru formu' uygulamasının başladığı 02/08/2018 tarihi milat kabul edilerek taraflardan kaynaklanmayan bu tür uygulama hataları aşılarak arabuluculuk kurumunun amaca uygun yürütülmesi sağlanmalıdır. Başvuru formu uygulamasının başladığı 02/08/2018 tarihine kadar düzenlenen arabuluculuk anlaşamama tutanağında arabuluculuğa konu alacaklar tek tek belirtilmeden "işçilik alacakları", "işçi-işveren uyuşmazlığı" gibi soyut ifadeler kullanılmış ise, başvuru formu getirtilerek incelenmeli, taleplerin açık açık belirtilmiş olması halinde talep formunda belirtilen alacakların görüşmelere konu edildiği, açıkça belirtilmemiş olması halinde ise taraflar arasındaki işçilik alacaklarının tamamının arabuluculuğa konu edildiği kabul edilmelidir. Başvuru formu uygulamasının başladığı 02/08/2018 tarihinden sonraki başvurularda ise başvuru formu içeriğine itibar edilerek sonuca gidilmelidir." Denilmiştir. Somut olayda, dava dosyasındaki arabuluculuk son tutanağında arabuluculuk konusu uyuşmazlığın "işçi işveren uyuşmazlığı" olarak gösterilmiştir. Davacı vekili tarafından istinaf dilekçesine eklenen, arabuluculuk bürosuna verilen, başvuru formuna esas olan dilekçesinde, dava edilen alacak kalemlerinden ulusal bayram genel tatil alacağı dışında kalanların sayılmış olması, büro tarafından arabuluculuk başvuru formuna söz konusu alacakların tamamının yazılmamış olmasının sorumluluğunun davacı tarafa yüklenemeyeceği hususları dikkate alındığında, davacı taraftan ulusal bayram genel tatil alacağı dışında kalan alacaklar için gerekli olan dava şartının yerine getirildiği, mahkemece davanın esası hakkında karar verilmesi yerine, dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verilmiş olmasının isabetsiz olduğu anlaşılmıştır. Arabuluculuk ile ilgili gerek 7036 Sayılı Kanun gerekse 6325 Sayılı Kanun'da başvurunun kapsamını ve başvurunun şekline dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple başvuru esnasında dile getirilmeyen bir alacak kaleminin görüşmeler kapsamında talebe konu edilmesi her zaman mümkün olduğu gibi müphem durumlar olması halinde ise uyuşmazlığın kapsamı arabulucu tarafından belirlenir. Zira arabuluculuk faaliyeti bir yargılama faaliyeti olmadığından görüşmeler sırasında talepler artırılabilir, değiştirilebilir, somut uyuşmazlıkta, davacı arabuluculuğa başvururken taleplerini başvuru sırasında belirttiğini iddia ettiğinden; Mahkemece, arabulucuya başvuru evrakının arabulucu onaylı sureti getirilmeli, davaya konu tazminat ve alacak kalemlerinin belirtilmesi veya işaretlendiğinin tespiti halinde dava şartının ikmal edildiği kabul edilerek işin esasına girilmeli ve yargılamaya devam olunmalıdır. Başvurunun "işçilik alacakları, işçi-işveren ilişkisi" şeklinde genel bir içerik taşıması durumunda ise başvuru tarihinin yönetmelikten öncesine ait oluşu nedeni ile dava şartının gerçekleştiği kabul edilmelidir". Bkz. Y. 9. Hukuk Dairesi, T. 11.02.2019, E. 2018/11190, K. 2019/3278 (www.lexpera.com.tr).

⁸⁷⁵Y. 9. Hukuk Dairesi, T.07.05.2019, E.2019/3610, K.2019/10073; Y. 22.Hukuk Dairesi, T.12.12.2019, E.2019/8668, K.2019/23121; Y. 9.Hukuk Dairesi, T.10.09.2019, E.2019/3608, K.2019/15523.

HUAK Yönetmeliği 25/7. maddesinde de sadece kısmi anlaşma sağlanması haline ilişkin düzenleme yer almıştır. Ayrıca arabuluculuk son tutanağında, süreçte müzakere edilen hususların belirtilmiş olması, zamanaşımı ve hak düşürücü süreler açısından da önem arz etmektedir. Hiç gündeme alınmayan uyuşmazlık konularıyla ilgili olarak süreler işlemeye devam edecektir. Dava şartı arabuluculuk sürecinde müzakere edilen uyuşmazlık konularının hangilerinde anlaşılamadığının son tutanakta ayrı ayrı ve açıkça belirtilmesi gerektiğinin mevzuata eklenmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

Başvuran taraf, kendisinin ve elinde bulunması durumunda karşı tarafın iletişim bilgilerini arabuluculuk bürosuna verir. Büro, tarafların resmi kayıtlarda yer alan iletişim bilgilerini araştırmakla yetkilidir. İlgili kurum ve kuruluşlar büro tarafından talep edilen bilgileri vermekle yükümlüdür.

Büro, görevlendirilen arabulucuya taraflara ait iletişim bilgilerini verir⁸⁷⁶. Arabulucu verilen bilgileri esas alır, gerekli olduğu durumda kendi de araştırma yapar. Arabulucu her türlü iletişim vasıtasını kullanarak görevlendirme konusunda tarafları bilgilendirir ve ilk toplantıya davet eder. Avukatı bulursa bile asıl tarafı da bilgilendirir⁸⁷⁷. Bilgilendirme ve davete ilişkin işlemler arabulucu tarafından belgeye bağlanır.

A- Dava Şartı Arabuluculuk Sürecinin Başlaması ve Arabulucunun Görevlendirilmesi

İMK md. 3/6 uyarınca arabuluculuk bürosu tarafların anlaşarak arabulucu seçemedikleri durumda komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden bir arabulucu seçip görevlendirecektir. HUAK Yönetmelik md. 24 uyarınca arabulucu, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu başkanlıklarına bildirilen listeden adliye arabuluculuk bürosu puanlama yöntemi ile belirlenecektir. İş ilişkisinden kaynaklı hukuki uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk için Mart 2018 tarihinden itibaren iş hukukunda uzman arabulucu olunması gerekmektedir. Arabuluculuk bürosu arabulucuyu belirlerken

⁸⁷⁶ Aynı yönde görüş için bkz. **Çavdar**, Seyit/ **Akgün**, Mevlüt/ **Süleymanoğlu**, Aşiyen/ **Gürsel**, Sibel/**Koçyiğit**, İlker/**Akipek Öcal**, Şebnem/ **Albayrak**, Adem/**Özbay**, İbrahim/ **Sındıraç**, Beyza/ **Bulur**, Alper/**Şıpka**, Şükran, “Mevzuattan Kaynaklanan Sorunları Değerlendirme Çalışma Grubu Değerlendirmeler ve Çözüm Önerileri Son Raporu”, Yayınlanmamış Rapor, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Ankara 2019, s.6; **Okur**, s.117,118.

⁸⁷⁷ 7445 Sayılı İcra İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile getirilen bir değişikliktir.

seri hukuki uyuşmazlıklarda aynı arabulucuya görev ataması yapılır. HUAK Yönetmelik md.28/2' e göre, seri uyuşmazlığın sayısı ve puanlaması Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığınca yapılır.

Taraflar listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde başvuru sırasında anlaşabilirler. Tarafların imzasını taşıyan bir tutanak ile beraber üzerinde anlaşılan arabulucu, durumu adliye arabuluculuk bürosuna bildirdiğinde bu arabulucu görevlendirilecektir. Dava şartı arabuluculukta ise liste dışında bir arabulucu görevlendirilemez⁸⁷⁸.

HUAK md. 2'de dava şartı ve ihtiyari arabuluculukta uyuşmazlığın uzmanlık eğitimi almış bir arabulucu ya da arabulucuların katılımı ile çözülmesi gerektiği ifade edilmiştir. UYAP Arabulucu Portalı incelendiğinde uzman olma koşulunun ihtiyari arabuluculukta aranmadığı anlaşılmaktadır. Arabuluculuk siciline kayıtlı olan ancak uzmanlık eğitimine katılmamış yani uzman olmayan arabulucuların tüm özel hukuk alanlarında ihtiyari arabuluculuk yapmalarına bir engel yoktur. HUAK md. 6'da belirtilen yetki, sadece dava şartı arabuluculuk bakımından Adalet Bakanlığı'na verilmiştir. İhtiyari arabuluculuk için uzman olma gereğinin sağlanmaması kanuna ve hakkaniyete aykırıdır; en kısa sürede düzeltilmesi gerektiğini düşünmekteyiz⁸⁷⁹. İş hukuku alanında arabuluculuk yapan tüm arabulucuların en azından iş hukuku uzman arabuluculuk eğitimi alması ve uzman arabulucu olması önemlidir.

B-Arabulucunun Atanması ve Tarafların İlk Toplantıya Davet Edilmesi

Uygulamada UYAP Arabulucu Portal'ından iş akışı sağlanmaktadır. Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından sms ve e-mail yolu ile "Tarafinıza görev tevdi edilmiştir." bilgilendirmesi arabulucuya yapılır. Arabulucu tarafından, gelen görevlendirme UYAP Arabulucu Portal'dan *Gelen işler > Genel Başvuru Dosyaları / Seri Başvuru* dosyaları sekmelerinden arabulucu tarafından en fazla 24 saat içinde kabul edilir veya reddedilir. Genel başvuru ve seri başvuru sekmeleri ayrı ayrı kontrol edilmelidir. Görevlendirmenin kabul edilmesiyle *Arabuluculuk > Arabuluculuk Merkezi > Tümü >*

⁸⁷⁸Koçyiğit/ Yeşilkaya, s. 707; Okur, s.117,118; Ekmekçi vd., s.165.

⁸⁷⁹Aynı yönde görüş için Ünal Adınır, Canan, "Arabuluculukta Uzmanlık -Özellikle İş Hukukunda Uzmanlık Üzerine Düşünceler-", Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı, Yeşilirmak, Ali /Gümrükçüoğlu Bozkurt, Yeliz / Kafalı, Ömer Faruk /Yakacak, Gülnihal Ahter/ Dülger, Ahmet (Ed.), İstanbul 2021, s.52.

Açık > Dosya Sorgulama sekmeleri seçilerek dosya görüntülenir. *Evrak > Dosyaya Eklene Son Evrak* bölümünden Arabuluculuk Başvuru formu ve bilgilendirme tutanakları ve varsa başvuru vekilinin vekaletnamesi görüntülenebilir⁸⁸⁰.

Başvurucu veya vekili ve diğer taraf asil/vekili ile iletişime geçilerek, arabuluculuk hakkında ön bilgilendirme yapılır, uyuşmazlık konusu hakkında detaylı bilgi alınır varsa uyuşmazlık konusuna ilişkin belgeler istenir. Arabulucu dilerse ön görüşme günü belirler ve taraflara bildirir. İlk oturum günü için uygun gün bilgisi alınır. Müzakerelere katılacak kişi bilgisi ve yetkilendirme (vekâletname, yetki belgesi, imza sirküleri, kimlik vb.) belgelerinin e-mail yoluyla veya elden tebliğ edilmesi istenir. Oturum gününden önce sürece katılacak olanın yetkisi arabulucu tarafından denetlenir.

Doktrinde *Canbolat*, işçinin avukatının vekâletname sunmadan uzman olarak arabuluculuk toplantılarına katılabilmesi gerektiğini, avukatın yanında müvekkili olmasa bile adi yazılı belge ile kendi vekâletnamesini düzenleme yetkisinin olduğunun kabul edilmesi gereğine işaret etmiştir⁸⁸¹. Arabulucu önünde temsil kolaylığı sağlanması amaçlanmalıdır. İşveren adına herhangi bir çalışanı yetkilendirilip arabuluculuk görüşmelerine katılabilmekte ve anlaşma imzalanabilmesi de yerinde kabul edilmektedir. Bu bakımdan düşünüldüğünde *Canbolat*'ın görüşüne katılmaktayız.

Arabulucu ilk oturum davetini yaparken toplantı tarihinin ve yerinin belirlenmesi konusunda taraflarla iletişim kurar. Oturum günü ve yeri asiller, vekiller ve arabulucunun ortak kararı ile belirlenir. Taraflarla yaptığı görüşme sonucunda bir mutabakat sağlanmazsa toplantı tarihini ve yerini kendisi belirler⁸⁸². Usule uygun davet mektubu taraflara gönderilir. Davet mektubunda arabuluculuğun temel ilkeleri, süreç, sonuç, ilk oturuma katılmamanın sonuçları ayrıntılı bir şekilde belirtilir.

İlk oturumda açılış konuşması yapılır. Taraflar, arabuluculuk süreci ile ilgili bilgilendirilir. İlk oturum sonunda bilgilendirme tutanağı ve ilk oturum tutanağı düzenlenir. Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın resmî sitesinde *Bilgi Bankası* başlıklı sekmenin altına *Şablonlar* kısmında *İşçi İşveren*

⁸⁸⁰**Koyuncu**, Sevil, Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında İş Akışları, Yayınlanmamış Arabuluculuk Eğitimi Notları, s.1-9, Bursa 2021, s.2.

⁸⁸¹**Canbolat**, “İş Hukuku Bakımından Arabuluculuk”, s.109.

⁸⁸²**Koçyiğit/Yeşilkaya**, s. 714; **Koyuncu**, s.3.

Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk İlk Toplantı Davet Mektubu, Dava Şartı Bilgilendirme İlk Oturum Tutanağı örneği bulunmaktadır⁸⁸³.

Arabuluculuk görüşmelerine geçerli bir mazeret göstermeksizin katılmayan taraf arabulucu tarafından son tutanakta belirtilmek zorundadır. Katılmaması nedeniyle arabuluculuk faaliyeti sona ererse, kanun gereği açılan dava sonucu bu taraf haklı çıksa bile yargılama giderlerinin tamamını ödemekle yükümlüdür. Haklı çıksa bile lehine vekalet ücretine hükmedilemeyecektir⁸⁸⁴. Bu nedenle son tutanakta bu hususun açıkça belirtilmesi önem arz etmektedir. Nelerin geçerli mazeret sayılacağı somut olaya göre belirlenecektir. Uyuşmazlığın mahkemede görülmesi durumunda arabulucu tarafından geçerli ya da geçersiz sayılan mazeretin aksi yönde karar verilebilir⁸⁸⁵. Doktrinde işçinin vekilinin olmaması, işçinin izin alamadığı için toplantılara katılamaması durumlarının geçerli mazeret olarak kabul edilip edilmeyeceğinin şüpheli olduğu belirtilmiştir⁸⁸⁶. Kanaatimizce, işçinin çalıştığı için toplantılara katılamaması geçerli bir mazeret olarak sayılmalıdır. İşçinin, işverenin vekilinin bulunduğu durumlarda vekil ile temsil edilmesi konusunda bir zorunluluk henüz yoktur. Böyle bir yasal düzenlemenin iş hukukunda arabuluculuk için çok faydalı olacağı kanaatindeyiz. Güncel durumda, işçinin vekilinin olmaması geçerli bir mazeret olarak değerlendirilmemelidir.

C-Dava Şartı Arabuluculuk Sürecinin İşleyişi ve Arabuluculuk Görüşmelerinin Yürütülmesi

Arabuluculuk süreci ön görüşme ve akabinde oturumlardan oluşmaktadır. Arabulucu ve taraflar arabuluculuk için uygulanacak yöntemi birlikte belirleyebilirler. Arabulucu ve taraflar asıl oturumlar için uygun olan bir tarih belirler. Arabulucu tarafından bu aşamada taraflardan iddialarını ve çözüme kavuşmasını istedikleri konuları belirten bir sunum yapmaları istenebilir⁸⁸⁷. Bu aşamadan sonra arabulucu her iki tarafın konuları açık ve net bir şekilde anlamaları için yardım eder. Arabulucu bu süreci devam

⁸⁸³<https://adb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/sablonlar07012021022719> (E.T. 19.03.2022).

⁸⁸⁴Günay, s. 118; Bu hükmün arabuluculuğa katılmayan tarafı değil, katılmayan tarafın vekilini cezalandırdığına ilişkin görüş için bkz. Mutluay, Zorunlu Arabuluculuk, s. 148.

⁸⁸⁵Çelik vd., s.88.

⁸⁸⁶Mutluay, Zorunlu Arabuluculuk, s. 149; Kılıçoğlu, Zorunlu Arabuluculuk, s. 683.

⁸⁸⁷Günay, s. 120; Göksu, Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim (Arabuluculuk–Uzlaştırma), Ankara 2019, s. 56.

ettirirken tarafların söz ve eylemlerini, olumlu yönlerini esas alarak karşı tarafa yansımaları sağlar. Böylece uyuşmazlık konusunun daha iyi anlaşılması ve oturuma barışçı, dostane bir havanın hâkim olması hedeflenmektedir⁸⁸⁸.

Arabuluculuk görüşmeleri, şartları uygun bağımsız ve tarafsız bir adreste gerçekleştirilmelidir. Arabulucular ile taraflar arasında menfaat çatışması olmaması gerekmektedir⁸⁸⁹. Menfaat çatışması olma ihtimali olan konular arabulucu tarafından taraflara aktarılmalıdır. Taraflar sürece aynı arabulucu ile devam etmeye birlikte karar verirler. Menfaat çatışması arabuluculuk sürecine zarar verebilecek nitelikteyse, taraflar kabul etse bile, arabulucu arabuluculuktan çekilmelidir.

Arabuluculuk süreci esnek bir süreç olduğu için taraflara sorulan açık uçlu sorularla uyuşmazlığın taraflarını ve uyuşmazlık konularını tam olarak tespit ettikten sonra başvuran tarafın sürecin başında belirtmiş olduğu taraflar ve uyuşmazlık konuları arabuluculuk sürecinde genişletilebilir, değiştirilebilir⁸⁹⁰; zira, arabuluculuk bir yargılama faaliyeti değildir. Başvuru sırasında dile getirilmeyen bir alacak kaleminin görüşmeler kapsamında talebe konu edilmesi her zaman mümkün olduğu gibi müphem durumlar olması halinde ise uyuşmazlığın kapsamı arabulucu tarafından belirlenecektir⁸⁹¹.

Arabuluculuk görüşmelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları, idareler ise oluşturacakları komisyon aracılığıyla katılabilmektedirler. İş hukukundan kaynaklı uyuşmazlıkta işverenin adi veya resmi yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanı da görüşmelerde işvereni temsil edebilir⁸⁹² ve son tutanağı imzalayabilir⁸⁹³.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu hallerde İMK md. 3/15'in gerekçesinde bu konuda ortaya çıkan sorunlar irdelenmiş, alt işverene bağlı çalışan işçini asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersiz veya muvazaalı olduğu durumlarda gerçek işverenin tespitinde taraf sorununun çıktığı, davanın sıfattan reddi halinde yeniden dava açma süresinin geçirildiği, bunun işçiyi mağdur ettiği, usul ekonomisine aykırı olduğu,

⁸⁸⁸Günay, s.119; Göksu, Arabuluculuk–Uzlaştırma, s.57.

⁸⁸⁹ “...usulüne uygun arabuluculuk görüşmesinin yapılmadığı, arabulucunun işverence Etiyopya’ya götürüldüğü.” Y. 9. Hukuk Dairesi, T. 11.06.2019, E. 2019/3694, K. 2019/13040 (www.lexpera.com.tr).

⁸⁹⁰ Y. 9. Hukuk Dairesi, T.07.05.2019, E.2019/3610, K. 2019/10073 (www.lexpera.com.tr).

⁸⁹¹ Bursa BAM 3. Hukuk Dairesi T.18.02.2019, E. 2019/118, K. 2019/249 (www.lexpera.com.tr).

⁸⁹² Bu kişinin işveren vekili olması şart değildir. Bkz. Çelik vd., s. 88; İşverenin ancak sigortalı olan çalışanını görüşmelere katılmak ve son tutanağı imzalamak için görevlendirebileceğine ilişkin görüş için bkz. Odaman/Karaçöp, 2016, s. 51.

⁸⁹³Koçyiğit/Yeşilkaya s. 710, 713; Ekmekçi vd., s.169-174.

bu durumda asıl işveren ve alt işverenin mecburi dava arkadaşı konumunda olduğu, böylece hukuki dinlenilme haklarının ihlal edilmeyeceği belirtilmiştir.

Taraflar gerçek kişi, tüzel kişi ya da idare olabilir. Taraflardan birinin idare olması durumunda, arabuluculuk müzakerelerinde idareyi, üst yönetici tarafından belirlenen üye ile hukuk birimi amiri veya onun belirleyeceği avukat ya da hukuk müşavirinden oluşan bir komisyon temsil eder. Hukuki birimi veya kurum avukatının olmadığı hallerde komisyon üyelerinin tamamı üst yönetici tarafından belirlenir. Yedek komisyon üyelerinin de aynı usulle seçileceği ve komisyonun kendisini vekil ile temsil ettiremeyeceği hüküm altına alınmıştır⁸⁹⁴.

Arabuluculuk görüşmelerinde kamu kurumlarının temsili için oluşturulan idari komisyonların yetkilerinin sınırı ve emredici hukuk kurallarına uyulması hususunda işçiye ödenecek kıdem tazminatının miktarının yıllık tavan sınırını geçip geçemeyeceği, asgari ücretin altında bir ücret üzerinden anlaşma halinde sorumluluk gibi konular gündeme gelebilir. İdari komisyon üyelerinin tamamının arabuluculuk görüşmelerinde hazır olmaması durumunda tutanağın geçerli olup olmayacağı uygulamada sorun teşkil edebilir. Arabuluculuk faaliyetleri kapsamında komisyon üyelerinin yaptıkları işler ve aldıkları kararlar sebebiyle açılacak tazminat davaları devlet aleyhine açılabilir ve bu durumda mahkeme ilgili komisyon üyelerine davayı re'sen ihbar eder. Devlet ödediği tazminattan ötürü görevini kötüye kullanan komisyon üyelerine ödeme tarihinden bir yıl içinde rücu eder⁸⁹⁵.

İdarenin komisyon ile temsil edildiği arabuluculuk sürecinin sonunda kıdem tazminatını tavanını aşan şekilde kıdem tazminatı kararlaştırılırsa Sayıştay denetiminde kamu zararı tespiti söz konusu olabilir. Ödemelerin emredici nitelikteki tavanı aşması durumunda kanuna aykırılık tespit edilebilecektir. Bu durumda komisyon raporu ayrı bir önem kazanır. Tavanı aşan ödemenin makul nedeni varsa, kümülatif olarak tavanı aşan kıdem ödemesinin idarenin yararına olduğu komisyon raporunda belirtildiğinde bu konuda sorumluluk doğmayacağı doktrinde *Çil* tarafından ileri sürülmüştür⁸⁹⁶.

İdarenin komisyon ile temsil edildiği arabuluculuk sonucunda anlaşma belgesinde diğer anlaşma belgelerinde olduğu gibi anlaşılan ve anlaşılamayan konuların tek tek

⁸⁹⁴**Göksu**, Arabuluculuk–Uzlaştırma, s. 58; ayrıntı için bkz. HUAk Yönetmelik 2. Kısım, Özel Hükümler 1. Bölüm, “Arabuluculuk Faaliyeti”, md 18/1-12.

⁸⁹⁵**Göksu**, Arabuluculuk–Uzlaştırma, s. 58; **Koçyiğit/Yeşilkaya**, s. 711.

⁸⁹⁶**Çil**, Son Tutanak, s.31.

sayılması, anlaşmaya varılan hususlarda anlaşılan miktarın açık biçimde gösterilmesi, brüt veya net olarak ödeme yapılacağına belirtilmesi, faizsiz veya faizliyse faiz türünün ve başlangıç tarihinin belirtilmesi uygun olur. Böylelikle hazırlanan son tutanak denetime açık ve kamu zararı iddialarını bertaraf edici nitelikte olur. Sigorta primi ve vergi yükümlülükleri her bir alacak ve tazminat bakımından yasalara uygun olarak yerine getirilebilir⁸⁹⁷.

İlgililere Sayıştay'ca yerindelik denetimi yapılmayacağına yönelik farkındalık eğitimleri verilebileceği gibi bu konuda mevzuatta açık düzenlemelere de yer verilebilir. Komisyon üyelerinin aldıkları kararların olası sonuçlarına yönelik kendi görev ve yetki sorumlulukları ve bu sorumlulukların sınırları konusunda hizmet içi eğitim verilebilir. İdareden bir uzmanın toplantılara komisyon üyeleri ile katılması da verimliliği artırabilir⁸⁹⁸.

Kanaatimizce, komisyon üyelerinin sorumlu olma kaygısı güttükleri için sorumluluk almaktan çekinmedikleri ortamı hazırlayan komisyon çalışma düzenine ilişkin düzenlemeler kanun koyucu tarafından yapılmalıdır. Bu düzenlemeler hayata geçirilmelidir yoksa dava şartı arabuluculuk 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de⁸⁹⁹ İdari Yargı için getirilen Hukuki Uyuşmazlık Komisyonu kurulmasına ilişkin hükümlerde olduğu gibi dava açılmadan önce başvuru ve anlaşmazlıkla sonuçlanıp yine yargıya intikal eden bir model olmaktan çıkamaz. Kamu kurumlarında kurum içi arabuluculuk birimleri de oluşturulabilir⁹⁰⁰.

HUAK md.2/1-(b) hükmünde ve md.15/7 hükmünde; tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması halinde arabulucunun çözüm önerisi de getirebileceği kabul edilmektedir; ancak tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıktığı anın tespiti ve arabulucunun bu andan önce çözüm önerisi sunmamasının yaptırımının ne olduğu da belli değildir. Bu konuda mevzuatın dilinden arabulucu için bir zorunluluk olmadığı çözüm önerisinde bulunmamanın herhangi bir yaptırım doğurmayacağı anlaşılmaktadır.

⁸⁹⁷ Aynı yönde görüş için bkz. **Çil**, Son Tutanak, s.31.

⁸⁹⁸ **Canbolat**, Talat/**Erikel**, Yakup/**Sıvacioğlu**, Musa/**Özarslan** Alpaslan/**Mutlu** Levent/ **Somer**, Pervin/**Kurt**, Handan/**Akın**, Levent/ **Gündoğan**, Yurdagül, İdarenin Taraf Olduğu Özel Hukuk Uyuşmazlıklarından Kaynaklanan Sorunları Değerlendirme Çalışma Grubu Yayınlanmamış Sonuç Raporu, s. 3.

⁸⁹⁹ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/11/20111102-4.htm> (E.T.12.02.2021).

⁹⁰⁰ **Boydak**, Alptekin Burak, “İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk Düzenlemesinin Kamuda Hizmet Alımı Kapsamında Çalışan İşçiler Bakımından Değerlendirilmesi”, Çalışma İlişkileri Dergisi, C.9, S.2, İstanbul 2018, s.99; **Akın**, s.15.

Bu bakımdan arabulucunun *" tarafların anlaşılamadığının tespiti üzerine çözüm önerisi sunması ve bunun son tutanağa yazılması "* gibi bir hükme yer verilmesinin yerinde olacağı düşünmekteyiz. Buna ilaveten, çözüm önerisi arabulucu tarafından getirildikten sonra taraflara öneriyi düşünmeleri için bir sonraki oturuma kadar süre tanınması yerinde bir uygulama olarak kabul edilebilir.

D-Arabuluculuk Görüşmelerinde Tarafların Temsili

1. Genel Olarak

Her ne kadar arabuluculuk süreci dava niteliğinde olmasa da esasen arabuluculuk görüşmelerindeki taraflar da dava ve taraf ehliyetine sahip olup talep konusu üzerinde tasarruf yetkisi bulunan kimselerdir⁹⁰¹. Taraf ehliyeti, bir davada taraf olabilme ehliyetini ifade ederken, dava ehliyeti, bir kimsenin bizzat veya vekil aracılığı ile bir davayı davacı veya davalı olarak takip edip, usul işlemleri yapabilme ehliyetidir⁹⁰².

Arabuluculuk görüşmelerine taraflar bizzat katılabileceği gibi, açıkça yetki verildiğini içeren vekaletnameye sahip olan avukatları aracılığı ile de katılabilirler. İMK md. 3, tarafların kanuni temsilcileri ile de görüşmelere katılmasına izin vermiştir. "Kanuni temsilci" ifadesi ile anlaşılması gereken avukat dışındaki birisidir⁹⁰³. Örnek vermek gerekirse, işletme sahibinin temsil yetkisi verip, ticaret siciline tescil ettirdiği ticari temsilci kanuni temsilci sıfatıyla arabuluculuk görüşmelerine katılabilecektir.

İMK md. 3/18 uyarınca, işverenin yazılı bir belge ile yetkilendirdiği bir çalışanı da arabuluculuk görüşmelerinde işvereni temsil edebilir. İşverenin veya avukatının aynı zamanda birden çok işçi ile arabuluculuk görüşmesi yürüttüğü durumlarda yaşanabilecek sorunların önüne geçilmesi bu hüküm aracılığıyla sağlanabilecektir. Aynı şekilde, müzakereler sırasında işçilik alacaklarının hesaplanması gibi bir durumum ortaya çıkması

⁹⁰¹ **Köme Akpulat**, s.379; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet/**Atalı**, Murat/**Erdönmez**, Güray/**Akkan**, Mine/**Yeşilirmak**, Ali/**Taş Korkmaz**, Hülya, Pekcanitez Usul-Medeni Usul Hukuku, C.1-2-3, 15.Baskı, İstanbul 2017, s.585.

⁹⁰²Taraf ehliyeti, medeni hukuktaki haklardan yararlanma ehliyetinin usul hukukundaki karşılığıdır. Gerçek ve tüzel kişiler taraf olabilme ehliyetine sahiptir. Dava ehliyeti ise, hakları kullanma ehliyetinin usul hukukundaki karşılığıdır Ayırt etme gücüne sahip, kısıtlı olmayan her ergin gerçek kişi ve kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip tüzel kişiler, tam dava ehliyetine de sahiptir. Maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre belirlenen ve talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisi ise dava takip yetkisini ifade eder. Bkz. **Pekcanitez vd.**, s.585; **Köme Akpulat**, s. 379.

⁹⁰³ **Köme Akpulat**, s. 379.

halinde, işverenin konuya hâkim olan, örneğin muhasebeden sorumlu, bir çalışanına yetki vererek, bu kişi tarafından müzakerelerin yürütülmesinin sağlanmasının önü açılmıştır. HUAK md. 15/7 ve HUAK Yönetmelik md.17/8 uyarınca tarafların uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayacak “uzman kişileri” de müzakerelerde hazır bulundurabilecekleri öngörülmüştür. Uzman kişilerin kim olduğu mevzuatta düzenlenmiş değildir. *Köme Akpulat*’a göre uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayacak uzman kimseler geniş bir ifade ile düzenlediği için, işçinin ve işverenin, yanında bir bilirkişiyi, hesap uzmanını ya da karşılıklı müzakere konusunda yetkin bir iletişim uzmanını da görüşmelere dahil etmesi mümkündür⁹⁰⁴. Yazarın görüşüne biz de katılmaktayız.

2- İdarenin Temsili⁹⁰⁵

HUAK md. 15’de arabuluculuk görüşmelerinde idarenin temsiline ilişkin esaslar bulunmaktadır. Arabuluculuk müzakerelerinde idareyi üst yönetici tarafından belirlenen iki üye ile hukuk birimi amiri veya onun belirleyeceği bir avukat ya da hukuk müşavirinden oluşan bir komisyon temsil edecektir. Komisyon, müzakereler sonunda gerekçeli bir rapor düzenleyip, bu raporu 5 yıl süreyle saklamakla yükümlüdür (HUAK md.15/8). İdareyi temsil eden üyelerin, arabuluculuk faaliyeti kapsamında yaptıkları işler ve aldıkları kararlarla ilgili bir tazminat davası açılması gerektiğinde, bu davanın devlet aleyhine açılabileceği; devletin görevinin gereğini yapmayan ya da kötüye kullanan üyelere, ödediği tazminat miktarını, ödeme tarihinden başlamak üzere bir yıllık süre içinde rücu edebileceği belirtilmektedir (HUAK md.15/9).

5018 Sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu uyarınca tanımlanan mahali idareler arabuluculuk müzakerelerine üç kişilik komisyonla katılabilirler. Bünyesinde hukuk birimi ve kurum avukatı olan idarelerin oluşturacakları komisyonun üyelerinden en az birinin avukat olması gerekir. Bünyesinde hukuk birimi veya kurum avukatı olmayan idarelerin oluşturacağı komisyonda avukat olma zorunluluğu yoktur. Üyelerin tamamını üst yönetici belirler. Komisyon üyeleri aldıkları kararlar ve yaptıkları anlaşmalardan dolayı ancak görevinin gereklerine aykırı davrandıklarının mahkemece

⁹⁰⁴ *Köme Akpulat*, s.380.

⁹⁰⁵ Bu konu daha önce “Dava Şartı Arabuluculuk Sürecinin İşleyişi ve Arabuluculuk Görüşmelerinin Yürütülmesi” başlığı altında farklı yönden incelenmişti.

tespit edilmesi halinde sorumlu tutulabilirler, aksi durumda mali ve idari yönden sorumlu tutulamazlar.

3-Sendikaların Takip Yetkisi Kapsamında Tarafların Temsili

Arabuluculuk görüşmelerinde tarafların temsilini düzenleyen İMK md. 3/18 hükmünde, tarafların kanuni temsilcileri, avukatları veya işverenin yazılı belge ile yetkilendirdiği çalışanlardan bahsetmesine rağmen sendikalardan açıkça bahsedilmemiştir. Sendikaların sahip olduğu dava takip yetkisinin arabuluculuk aşamasındaki durumu araştırılmalıdır.

Sendikaların da bir özel hukuk tüzel kişisi olarak, genel anlamda taraf ve dava ehliyeti ile dava takip yetkisi mevcuttur⁹⁰⁶. Sendikalar çalışma hayatından doğan bazı durumlarda özel takip yetkisine sahiptir. STİSK md. 26 uyarınca çalışma hayatının ortak çıkarlarını korumak amacıyla; çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğan uyuşmazlıklarda işçi ve işverenleri temsilen dava açma hakkı mevcuttur⁹⁰⁷.

Sendikaların kendilerinin özel hukuk tüzel kişi olması sebebiyle STİSK’de özel olarak düzenlenen ortak menfaate ilişkin dava haklarına ilişkin taraf oldukları uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanamaz. Zira İMK md.3’de net bir biçimde bireysel iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi ve işveren alacağı ile tazminatlarını ve işe iade taleplerini, anılan taleplerin iş ilişkisinden kaynaklanması gerektiği ve tarafların işçi ve işveren olması zorunluluğu vurgulanmıştır.

⁹⁰⁶ Sendikaların da bir özel hukuk tüzel kişisi olarak, genel anlamda taraf ve dava ehliyeti ile dava takip yetkisine sahip olduğu açıktır. Öte yandan, Türk hukukunda sendika şubelerinin tüzel kişiliği bulunmadığından, şubelerin dava ve taraf ehliyetine sahip olmadıkları kabul edilir. Bkz. YHGK. T.19.04.1989, E.1989/9-153, K.1989/283). Ancak Yargıtay’ın güncel kararlarında, şube genel kurulunun iptali söz konusu olduğunda şubenin de davaya dahil edilmesi yönünde kararlar verildiği görülmüştür. Bkz. Y.9. Hukuk Dairesi, T.12.05.2015, E.2015/13988, K.2015/17426; Y.22. Hukuk Dairesi, T.03.11.2014, E. 2014/29579, K. 2014/29954; Y.22.Hukuk Dairesi, T.20.06.2016, E. 2016/17376, K. 2016/18273 (www.kazanci.com) (E.T.: 11.12.2020); Üyelik aidatının tahsili, genel kurulun ve delege seçiminin iptali, yetki itirazı, uygulanmakta olan bir toplu sözleşmenin yorumundan doğan ve sözleşmenin tarafı sıfatıyla açılan yorum davası gibi davalar, STİSK uyarınca sendikaların kendi adlarına taraf oldukları davalardır. Sendikalar kendi adlarına hukuk davalarında da taraf olabilirler. Bkz. **Köme Akpulat**, s. 383.

⁹⁰⁷ Sendikaların ortak menfaate ilişkin takip yetkisi olarak da anılan bu hak ile sendikaların bireysel olarak işçileri temsili değil, anonim ve ortak menfaate ilişkin bir temsil söz konusu olur. Öğretide bu dava, kolektif nitelikli dava ehliyeti/dava hakkı olarak da adlandırılmaktadır. Sendika, üyeleri adına bu davayı açabilmesi için yazılı olarak yapılmış bir başvuruya da gerek yoktur. Bu dava hakkının, HMK md.113 de yer verilen topluluk davasının bir görünümüdür. Sendikalar, bir topluluk davasında, üyelerinin bireysel haklarına ilişkin ifayı konu eden bir dava açamaz. Bkz. **Ekmekçi**, Toplu İş Hukuku, s.150; **Şahlanan**, Fevzi “Sendikaların Dava Ehliyeti Bağlamında Topluluk Davası”, *Tekstil İşveren Dergisi*, S.104, 2016, s.3; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.137; **Sur**, Toplu İlişkiler, s.161. **Şahlanan**, Fevzi “İşçi Sendikalarının Üyeleri Adına Dava Açması ve Sorumluluğu”, *Tekstil İşveren Dergisi*, S.66, 2012, s.3; **Köme Akpulat**, s.382.

Sendikaların, işveren sıfatı nedeniyle taraf oldukları uyuşmazlıklar dışında, ortak menfaate ilişkin takip yetkisi ya da STİSK'dan doğan davalar bakımından dava şartı arabuluculuğa taraf olması beklenemez⁹⁰⁸.

Sendikalara özgü dava takip yetkisi haklarından biri de sendikanın üyelerini temsile dayalı dava hakkıdır. Sendikaların üyelerini temsilen takip yetkisi uyarınca (STİSK md.26/2) sendikalar; üyelerin yazılı başvuruları üzerine iş sözleşmesinden ve çalışma ilişkisinden doğan hakları ile sosyal güvenlik haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen dava açmak ve bu nedenle açılmış davada davayı takip yetkisine sahiptir⁹⁰⁹. Sendikanın açtığı bu davanın üyelerin çalışma ilişkisinden ve sosyal güvenlik hakkından doğması gerekir⁹¹⁰. Sendika bu temsil görevini, üyenin yazılı başvurusu ile yerine getirir. Üyelerin ayrıca sendikaya ya da sendikanın görevlendirdiği bir avukata vekalet vermesi gerekmez⁹¹¹.

Dava şartı arabuluculuk kapsamına giren, bireysel ve toplu iş sözleşmesinden doğan alacaklar ve tazminatlar ile işe iade taleplerinde, sendikaların üyelerini arabulucu huzurunda temsil edip edemeyeceği konusunda İMK'da bir açıklık yoktur. İMK md.3/18'de tarafların arabuluculuk görüşmelerine “kanuni temsilcileri” ile katılmalarına imkân veren düzenleme karşısında sendikalara verilen bu temsil yetkisi, kanun hükmünden doğmakta ve üyelerin yazılı başvurusu sendikanın bu kanuni temsil yerine getirmesi için talimat niteliği taşımaktadır⁹¹². Üyelerini ve mirasçılarını mahkeme huzurunda temsil eden sendikaların, arabuluculuk görüşmelerinde de üyelerini temsil edebileceğinin kabul edilmelidir⁹¹³. Aynı durum STİSK md.24 bakımından da geçerlidir.

⁹⁰⁸ **Köme Akpulat**, s.381.

⁹⁰⁹ **Ekmekçi**, Toplu İş Hukuku, s.154. Şahlanan, “Sendikaların Dava Açması, s.4; **Kar**, Bektaş “Sendikaların Dava Ehliyeti, Taraf Sıfatı ve Dava Takip Yetkisi”, İÜHFM, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, Özel Sayı, C.1, 2016, s.976; **İzmirlioğlu**, Ayça “Sendikaların Yargılama Alanına İlişkin Bireysel Nitelikli Faaliyetleri”, DEÜHFD, C.19, S.2, 2017, s.150; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.139. **Köme Akpulat**, s.383.

⁹¹⁰ **Kar**, Bektaş, “Sendikaların Dava Ehliyeti Taraf Sıfatı ve Dava Takip Yetkisi” İÜHFM, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, Özel Sayı C.1, 2016, s.976; **İzmirlioğlu**, s.157; **Köme Akpulat**, s.383.

⁹¹¹ **Çelik vd.**, s. 812, 82-93; **Köme Akpulat**, s.383.

⁹¹² Sendikalara üyeleri tarafından yazılı olarak verilen temsil yetkisinin iradi bir temsil değil, kanuni bir temsil olduğu görüşü için bkz. **Tunçomağ/Centel**, s.318; **Köme Akpulat**, s.384; **Narmanlioğlu**, Toplu İş İlişkileri, s.255; **Sur**, s.164. Yazılı başvuru, sendikayı üyenin veya mirasçısının yasal temsilcisi olmaktan çıkarıp onu iradi temsilci durumuna sokan bir hukuki işlem olarak nitelenemez. Zira, STİSK md.26'da açıkça sendikaların ‘üyelerini ve mirasçılarını temsilen davaya’ ehil kılınmış olması, bu temsilin yasal bir temsil olduğunu ortaya koyar. Bkz. **Şahlanan**, Sendikaların Dava Açması, s.4.

⁹¹³ Sendikanın takip yetkisi kapsamında arabulucuya başvurma yetkisinin de bulunduğu, bunun için HMK md.74 kapsamında özel bir yetkinin de bulunması gerektiği görüşü için bkz. **Ekmekçi**, s.154; İMK

Temsilciyi atayan sendikaya, temsilcisinin işe iadesi için dava açma hakkı açıkça STİSK tarafından verilmiştir. Anılan davanın öncesinde, arabuluculuk yoluna başvurmak bir dava şartı olduğu için, sendikanın, işyeri sendika temsilcisini arabulucu huzurunda temsil edebileceği belirtilebilir.

4-Asıl İşveren ile Alt İşverenin Görüşmelere Birlikte Katılması⁹¹⁴

İşe iade davalarında, asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı halinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşmesi için her iki işverenin de görüşmelere birlikte katılması ve iradelerinin birbirine uygun olması aranmaktadır (İMK md.3/15). Geçerli ve muvazaaya dayanmayan asıl işveren ve alt işveren işçisi arasındaki üçlü iş ilişkisi hakkında, Yargıtay'ın işe iade davalarında her iki işveren arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunduğu kabul edilmiştir. Maddi hukukun, bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kişiye karşı kullanılmasını zorunlu kıldığı hallerde, bu hak dava konusu yapıldığı zaman o hakla ilgili birden fazla kişi maddi anlamda mecburi dava arkadaşı konumundadır. Kanunun özel hükümlerinden ya da davanın niteliğinden kaynaklanan durumlarda, doğru karara varılması için kabul edilen dava arkadaşlığı ise şekil anlamda mecburi dava arkadaşlığıdır. Davalılar arasında mecburi dava arkadaşlığının bulunduğu hallerde, davacı bütün davalılara karşı dava açmak zorundadır.

Böylece asıl işveren alt işverenin, işe iade talebiyle yürütülen arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmasının aranması, bunlar arasında şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığı bulunduğu görüşüne uygundur. Şekli dava arkadaşlığının, gerçeğin tam olarak ortaya çıkarılması ve taraflar arasındaki ilişkinin doğru karara bağlanmasını sağlamak ve her iki işverenin de dinlenilerek karara etki edebilmesine imkan vermek için kabul edildiği düşünülürse, gerçek anlamda bir yargılama faaliyeti olmamakla birlikte, her iki işverenin de arabuluculuk müzakerelerine katılması, şekli dava arkadaşlığının sağladığı faydaları beraberinde getirebilir İMK md.3/15'te uygulamada karşılaşılan

md.3'de konu hakkında bir düzenleme olmamasının bilinçsiz bir susma olarak nitelendirilmesi gerektiği ve sendikaların 26. maddede düzenlenen dava takip yetkisini arabuluculuk aşamasında da kullanabileceği görüşü için **Köme Akpulat**, s.384.

⁹¹⁴ Bu başlık bağımsız bir başlık olarak önceki bölümlerde işlenmiş, burada alt başlık olarak incelenmiştir.

sorunlar ve Yargıtay tarafından benimsenen çözüm uyarınca⁹¹⁵, asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı halinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşmesi için işverenlerin birlikte katılmaları ve iradelerinin uygun olmasının aranmasıyla; hem işçi hem de işveren tarafının haklarının daha iyi korunmasının amaçlanmaktadır. İşçinin ve alt işverenin, asıl işveren olmaksızın arabulucuya başvurması ve işe iade konusunda anlaşması halinde; bu anlaşmanın geçerliliğini belirlemek gerekir⁹¹⁶.

Feshin geçersizliğinin ve işe iadenin muhatabı alt işverendir⁹¹⁷. İMK md.3/15'in açık hükmü gereğince, anlaşmanın gerçekleşmesi için işverenlerin görüşmeye birlikte katılması ve birbirine uygun irade göstermeleri arandığından, asıl işverenin de aynı yönde irade beyanı olmaksızın işçi ve alt işverenin işe iade konusunda yapacakları anlaşma geçersizdir. İşverenin arabulucu huzurunda iadeyi kabul etmesine rağmen, iş sözleşmesinin tarafı olmayan asıl işverenin yokluğu nedeniyle bu anlaşmanın geçerli kabul edilmemesi kanaatimizce isabetli değildir⁹¹⁸.

Alt işverenin ve asıl işverenin birbirine uygun olmayan iradeleri neticesinde görüşmenin uyuşmazlıkla sonuçlandırılması durumunda iş sözleşmesinin tarafı olan alt işverenin, işçiyi işe geri başlatmak üzere davet etmesi ve işçinin işine geri dönmesi söz konusu olabilir. Asıl işveren görüşmelere katılmayı tercih etmeyebilir. Arabulucu, işverenler arasındaki ilişkinin bir asıl işveren alt işveren ilişkisi olup olmadığını değerlendirmesi durumunda alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığı iddiasının arabulucu huzurunda ileri sürülmesi halinde arabulucunun re'sen bir muvazaa denetimi yapması söz konusu değildir⁹¹⁹. Kanun koyucunun, belirtilen sorunlara çözümleri de kapsayan düzenlemeler yapması gerekmektedir.

⁹¹⁵ "...asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı halinde, asıl işveren ile alt işveren aleyhine birlikte arabuluculuğa başvurulmadığı sürece dava şartının yerine getirildiğinden söz edilemeyeceğinden, davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilmesi gerekir." Y. 9. Hukuk Dairesi, T.13.10.2021, E. 2021/9540, K. 2021/14240 (www.lexpera.com.tr).

⁹¹⁶ **Köme Akpulat**, s.386; **Alpagut**, Gülsevil, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı'nın Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı: İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, **Doğan Yenisey**, Kübra (Ed.), İstanbul, 2016, s.214; **Yuvalı**, s.367; **Çil**, Şahin, "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkiler", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum, 4.Nisan 2009, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, s.4-59.

⁹¹⁷ **Köme Akpulat**, s.386; **Süzek**, İş Hukuku, s.645; Y.9. Hukuk Dairesi, T.24.01.2011, E.2010/44022, K.2010/162 (www.lexpera.com.tr).

⁹¹⁸ Aynı yönde görüş için bkz. **Köme Akpulat**, s.387; **Yuvalı**, s.369;

⁹¹⁹ **Köme Akpulat**, s.387; **Alpagut**, Tasarı Taslağı, s.261; **Yuvalı**, s.370.

XII-Dava Şartı Arabuluculuk Faaliyetinin Sona Ermesi

Arabuluculuk faaliyetini sona erdiren haller şunlardır: arabulucunun taraflara ulaşamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması yahut yapılan görüşmeler sonucunda anlaşmaya varılması veya varılamaması. Bu hallerde arabuluculuk faaliyeti sona erdirilecektir. Tarafların uyuşmazlık konusunda anlaşmaları veya kısmen anlaşmaları halinde süreç son tutanak ile sonuçlandırılır. Bunun haricindeki her durumda taraflar anlaşmamış sayılır ve yine son tutanak düzenlenir.

Arabulucu, belirtilen hallerde son tutanağı düzenleyecek ve durumu derhal arabuluculuk bürosuna bildirecektir. Büro tarafından kendisine verilen iletişim bilgileri ile kendi de araştırma yaparak taraflara ulaşmak arabulucunun sorumluluğundadır. Arabulucu verilen adreslere tam anlamıyla ulaşmaksızın taraflara ulaşılmadığı gerekçesiyle arabuluculuğu sonlandırdığında mahkeme bu iletişim adreslerinin doğru olduğunu ve bu adreslerden taraflara ulaşılabileceğini tespit ederse dosya yeniden arabulucuya iade edilmemeli mahkeme davayı görmeye devam etmelidir; çünkü taraf arabulucuya usulüne uygun başvurduktan sonra arabuluculuk faaliyetini yürütme sorumluluğu sadece arabulucuya aittir. Onun ihmalinden başvuran taraf sorumlu tutulamaz⁹²⁰.

Arabulucu taraflara ulaşamaması halinde arabuluculuk faaliyetini sona erdirir ve son tutanağı düzenleyerek durumu derhal arabuluculuk bürosuna bildirir. Taraflar katılmadığı için görüşme yapılamamış ise yine arabuluculuk süreci sona erer. Kendisine ulaşılan taraf geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaz ise, bu sebeple arabuluculuk faaliyeti sona erdirilebilir. Bu durumda katılmayan taraf aleyhine bazı yaptırımlar getirilmiştir. Arabulucunun taraflara ulaştığını, onları görevlendirme konusunda bilgilendirerek toplantıya davet ettiğini belgeye bağlaması, bu konuda daha sonra çıkabilecek ispat sorunlarını ve ihtilafları çözme bakımından önemlidir. Arabulucu durumu belirten son tutanağı düzenleyerek arabuluculuk bürosuna bildirir. Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakte belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekalet ücretine

⁹²⁰ Köme Akpulat, s. 389; Günay, s.118; Koçyiğit/Yeşilkaya s. 715.

hükmedilmez. Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır⁹²¹.

Uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuğa elverişli olmadığına anlaşılmaması, taraflardan birinin ölümü, tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi, taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi, tarafların kanunda öngörülen azami dört haftalık sürede anlaşmaya varamamaları gibi durumlarda da dava şartı olarak arabuluculuk süreci sona erecektir⁹²².

A. Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Sürecinin Sona Erdiren Durumlar

1-Genel olarak

Bireysel iş uyuşmazlıklarında dava şartı olarak arabuluculuk sürecini sona erdiren durumlar İMK md.3/11’de düzenlenmiş, ayrıca arabuluculuk sürecinin sona ermesi İMK’da hüküm bulunmayan hallerde niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacak olan, HUAK md.17’de ve HUAK Yönetmelik md.25/8’de düzenlenmiştir.

Dava şartı arabuluculuk sürecini sona erdiren durumlar İMK md.3/11 uyarınca arabulucunun taraflara ulaşamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya yapılan görüşmeler sonucunda anlaşmaya varılması veya varılamaması halleri olarak sayılmıştır. Arabulucu bu durumlarda son tutanağı düzenleyerek durumu derhal arabuluculuk bürosuna bildirir. Arabuluculuk süreci sırasında uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmamasının tespit edilmesi ile de arabuluculuk süreci sona erecektir⁹²³.

⁹²¹Köme Akpulat, s.289; Okur s. 142-143; Koçyiğit/Yeşilkaya, s. 715; Çiçek, s. 135.

⁹²²Okur, s.144,145; Köme Akpulat, s. 388.

⁹²³ Ekmekçi / Özkes / Atalı, s.170-178; Ekmekçi vd. s.175-184; Dür, 365-368; Okur, s.141-159; Çil, 442-446; Köme Akpulat, s.388-399; Çiçek, s.123-141; Akyıldız, s.95-96; Yılmaz, Demet, “Türk İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020 s.86-88; Harmancı, s. 208-231; Arık, s.97-109; Azaklı, Arslan, s.157-168; Şahin, Tuğçem, s.163-192; Arık, ss.90-111; Zeytinoğlu, s.123-127; Atış, s.79-81.

2- Uyuşmazlığın Arabuluculuğa Elverişli Olmadığının Tespit Edilmesi

Özel hukuktan kaynaklanan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hukuki uyuşmazlıklar için taraflar arabuluculuğa başvurabilirler⁹²⁴. HUAK md.1/2, “*Bu Kanun yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir*” düzenlemesine yer vererek, arabuluculuk çözüm yolunun ancak özel hukuktan kaynaklanan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hukuki uyuşmazlıklarda söz konusu olabileceği belirtilmiştir.

Göksu’ya göre arabuluculuğun temel amacı bir anlaşma belgesi hazırlamak değil, taraflar arasındaki uyuşmazlığın dostane bir şekilde çözüme kavuşturulmasını sağlamaktır. Anlaşma belgesi, sürecin amacı değil, yalnızca bir yan ürünü olmalıdır. Taraflar, bir sözleşmeyi imzalamak veya uygulamakla yükümlü değildir. Bu nedenle tarafların serbestçe hareket edemeyecekleri konularda dahi arabuluculuğa izin verilmelidir. Bu hususlarda belge imzalanmasa veya icra edilmese bile, uyuşmazlık arabuluculuk yoluyla kolayca çözülebilir⁹²⁵.

İş hukuku bakımından İMK md.3/1’de yer alan “*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır*” düzenlemesi ile işçi ile işveren arasında kurulan özel hukuk kaynaklı iş ilişkisinden doğan alacaklar ile işçinin işe iade talebi konularında dava şartı olarak arabuluculuk öngörülmüştür.

Söz konusu düzenlemelerin neticesinde; arabulucu hukuki uyuşmazlığın arabuluculuk çözüm yoluna elverişli olmadığını tespit etmesi durumunda süreci

⁹²⁴ **Okur**, s.7; **Ekmekçi / Özekes / Atalı**, s.67; **Çil**, 29; **Köme Akpulat**, s.348.

⁹²⁵ *Göksu*’ya göre arabulucu, aile içi şiddetin söz konusu olduğundan şüphelenirse, süreci derhal sonlandırmalıdır. Ceza muhakemesinde uzlaşmaya uygunluk ile hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuğa uygunluk tamamen farklı kavramlar olarak görülmelidir ve değerlendirilmelidir. İşlenen suç, ceza muhakemesinde uzlaşma dışında bırakılacak kadar ağır olsa bile, yarattığı hukuk uyuşmazlığına ilişkin herhangi bir ADR yönteminin dışında bırakılmamalıdır. Örneğin, birisi dikkatsiz araç kullanarak ölüme neden olursa (araçla adam öldürme), eylemi yapan kişi ve ölenin mirasçıları, Ceza Muhakemesi Kanununa göre uzlaşma kapsamı dışında olduğundan, HUAK’a göre arabuluculuk yoluyla anlaşmazlıklarını çözmelerine izin verilmez. İlginç bir şekilde, bu istisnaların hiçbirisi Avukatlar Kanunu’nda yer almadığı için, taraflar arasında olası bir uzlaşma bir yana, her iki konuda da Avukatlar Kanunu’na göre uzlaşma prosedürü izlenebilir. Bu istisnalar, arabuluculuğun kapsamını sınırlar. Bkz. **Göksu**, Dispute Resolution, s.276,277.

sonlandıracaktır⁹²⁶. Kanaatimizce uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığının kapsamı daha geniş değerlendirilebilir.

3- Taraflara Ulaşılamaması

Arabulucunun arabuluculuk sürecinde taraflara ulaşmak için tarafların iletişim bilgilerini araştırma ve taraflarla iletişim kurmak için her türlü iletişim vasıtasını kullanma yükümlülüğü bulunmaktadır⁹²⁷. Arabulucu tarafın avukatı bulunsa bile asıl tarafı da bilgilendirmek zorundadır (HUAK md.18/A-7). Arabulucunun taraflarla iletişim kurma yükümlülüğünün ihlali arabulucunun disiplin hükümleri kapsamında disiplin cezası almasına neden olur⁹²⁸.

İMK md.3/8'e göre taraflara ait iletişim bilgileri, görevlendirilen arabulucuya büro tarafından verilir. Arabulucu bu iletişim bilgilerini esas alır, ihtiyaç duyulduğunda kendiliğinden araştırma da yapabilir. Elindeki bilgiler itibarıyla her türlü iletişim vasıtasını kullanarak görevlendirme konusunda tarafları bilgilendirir ve ilk toplantıya davet eder. Bilgilendirme ve davete ilişkin işlemlerini belgeye bağlar. HUAK Yönetmelik md.25/9'da arabulucunun tarafları ilk toplantıya her türlü iletişim aracıyla davet ettiğini belgelendireceği ve arabulucunun düzenlediği belgelerin geçerli mazeretin değerlendirilmesinde esas alınacağı belirtilmektedir.

Taraflara ulaşmak için tarafların iletişim bilgilerini araştırma ve taraflarla iletişim kurmak için her türlü iletişim vasıtasını kullanma yükümlülüğü gereğince hareket eden arabulucunun her iki tarafa ya da sadece bir tarafa ulaşamaması durumunda arabuluculuk sona erecektir⁹²⁹.

4- Tarafların Arabuluculuk Oturumlarına Katılmadığı İçin Görüşme Yapılmaması

Tarafların arabulucu tarafından görüşmelere davet edildiği halde, her ikisinin veya birinin görüşmelere katılmaması ihtimalinde arabulucu, arabuluculuk sürecini sona

⁹²⁶ Okur, s.142; Ekmekçi / Özkes / Atalı, s.178; Dür, s.418; Yakıcı, s.42; Taşpolat Tuğsavul, s.149; Atış, s.37; Demirkılınc, s. 53.

⁹²⁷ Okur, s.142; Ekmekçi / Özkes / Atalı, s.76. Dür, s.437; Taşpolat Tuğsavul, s.153; Atış, s.36; Demirkılınc, s. 53.

⁹²⁸ Okur, s.143; Dür, s.418; Yakıcı, s.43; Taşpolat Tuğsavul, s.149; Atış, s.37; Demirkılınc, s. 54.

⁹²⁹ Dür, s.418; Yakıcı, s.42; Taşpolat Tuğsavul, s.149; Atış, s.37; Demirkılınc, s. 53.

erdirecektir. Arabulucu tarafından arabuluculuğa yönelik ilk toplantıya davet üzerine, tarafların haklı mazeret bildirmeleri durumunda arabuluculuk süreci “tarafların katılmaması nedeni ile görüşme yapılmaması” sebebiyle sona erdirilemeyecektir. Anılan durumda, arabuluculuk oturumlarının ertelenmesi gerekmektedir.

Tarafların katılmadığı için görüşme yapılmaması nedeni ile arabuluculuk sürecini sona erdirmesinin yaptırımını HUAK Yönetmelik md.25/9’da “*Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa dahi yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır. Arabulucu tarafları ilk toplantıya her türlü iletişim aracıyla davet ettiğini belgelendirir. Arabulucunun düzenlediği belgeler geçerli mazeretin değerlendirilmesinde esas alınır*” şeklinde düzenlenmiştir.

Yaptırım ağır olan uygulama nedeniyle, arabulucunun son tutanak düzenlenmeden önce tarafların arabuluculuk müzakerelerine katılmalarını sağlamak için dürüstlük kurallarına uygun bir şekilde bildirilen mazeretlerini kabul etmesi uygun olacaktır⁹³⁰.

5- Taraflara Danışıldıktan Sonra Arabuluculuk İçin Daha Fazla Çaba Sarf Edilmesinin Gereksiz Olduğunun Arabulucu Tarafından Tespit Edilmesi

HUAK md.17/1-b uyarınca taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi durumunda arabuluculuğun sona ereceği düzenlenmiştir. Arabuluculuk sürecinde arabulucunun taraflarla arabuluculuk görüşmelerini yürüttüğünde arabulucu tarafların anlaşma ihtimallerinin olmaması ve tarafların arabuluculuk sürecini devam ettirmeme konusunda kararlı olmalarını tespit etmesi ihtimalinde, arabulucu tarafları arabuluculuk sürecini devam ettirme konusunda zorlayamayacak ve süreci sonlandıracaktır⁹³¹.

⁹³⁰ Okur, s.143; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.570; Dür, s.425; Atış, s.37.

⁹³¹ Ekmekçi/Özekeş/Atalı, s.171; Okur, s.144; Oğuz, s.51; Atış, s.43; Arık, s.41.

6- Taraflardan Birinin Karşı Tarafa veya Arabulucuya, Arabuluculuktan Çekildiğini Bildirmesi-Vazgeçmesi

Taraflar arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler (HUAK md.3/1, HUAK Yönetmelik md.5/1).

Bu kapsamda arabuluculuk sürecinde taraflardan birinin arabuluculuk faaliyetine devam etmeyip, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi durumunda arabulucu arabuluculuk faaliyetini sona erdirecektir. Arabuluculuk sürecini devam ettirme konusunda taraflar serbesttir⁹³².

7- Tarafların Anlaşarak Arabuluculuk Faaliyetini Sona Erdirmesi

Kanunda öngörülen hukuki uyuşmazlıklar için dava şartı arabuluculuğa başvuru, yasa gereği zorunlu olsa da arabuluculuk sürecini devam ettirme veya sona erdirmeye konularında taraflar serbesttirler. Bu kapsamda arabuluculuk sürecinde tarafların arabuluculuk sürecini devam ettirmeyip, sona erdirmeleri konusunda anlaşmaları ihtimalinde, arabulucu arabuluculuk sürecini sona erdirecektir⁹³³.

8- Tarafların Kanunda Öngörülen Azami Sürede Anlaşmaya Varamaması

İMK md.3/10 uyarınca arabulucu, bireysel iş uyuşmazlıklarında dava şartı olarak arabuluculuk sürecini görevlendirildiği tarihten itibaren zorunlu haller dâhil olmak üzere dört hafta (3+1) içinde bitirmek zorundadır.

Arabuluculuk sürecinin arabulucunun görevlendirildiği tarihten itibaren azami dört hafta içerisinde bitmemesi durumunda, arabulucu arabuluculuk sürecini sona erdirmek zorundadır. Azami dört haftalık sürenin aşılması durumunda, arabulucunun kanun hükümlerine aykırı davrandığı için disiplin soruşturmasına uğrama ihtimali olduğu gibi, tarafların zarara uğraması ihtimalinde tazmin sorumluluğu da söz konusu olabilecektir. Dört haftalık süre koşulu yalnızca bireysel iş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk için geçerlidir. Uygulamada tarafların ihtiyari arabuluculuk sürecini dört haftadan uzun bir süreye yaydıkları görülmektedir⁹³⁴.

⁹³² Okur, s.144; Dür, s.429; Oğuz, s.45; Yakıcı, s.47; Ekmekçi/Özekes/Atalı, s.61; Ekmekçi vd., s.66-71; Taşpolat Tuğsavul, s.153; Atış, s.36; Oğuz, s.45.

⁹³³ Okur, s.145; Dür, s.452; Oğuz, s.51; Atış, s.43; Arık, s.41; Taşpolat Tuğsavul, s.149.

⁹³⁴ Okur, s.145; Koçyiğit, İlker / Yeşilkaya, İzzet, Ticari Davalarda, İş Uyuşmazlıklarında, Tüketici Mahkemelerinde Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara 2020, s.717.

9- Ölüm

Taraflardan birinin arabuluculuk süreci devam ederken ölümü halinde bu durumun arabuluculuk sürecine etkisi konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Dava şartı olarak arabuluculukta, süreç devam ederken taraflardan birinin ölümü halinde, süre sınırı nedeniyle, sürece mirasçılarının katılımının mümkün olmaması da dikkate alındığında, arabuluculuk sürecinin sona erdiğini kabul etmek gerekir; ancak arabuluculuk sürecine mirasçılarının katılımı ihtimalinde arabuluculuk süreci yasal azami dört haftalık süre zarfında devam edebilecektir⁹³⁵.

10- Tarafların Anlaşması

Arabuluculuk süreci sonunda tarafların aralarındaki hukuki uyuşmazlığı anlaşma ile sonuçlandırması hukuki uyuşmazlığın dava dışı yollar ile çözülmesi bakımından arzu edilen bir sonuçtur. Arabuluculuk süreci sonucunda tarafların hukuki uyuşmazlık konusunda anlaşması kısmi veya tam anlaşma ile mümkün olacaktır⁹³⁶. HUAk md.17/1a ‘da tarafların anlaşmaya varmasının arabuluculuğu sona erdireceği belirtilmektedir.

B-Anlaşma Belgesi

1-Anlaşma Belgesinin Şekli

İMK’da dava şartı olarak arabuluculuğun anlaşma ile sonuçlanması durumunda tarafların anlaştıkları hususları belgeye bağlayacaklarına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır⁹³⁷. HUAk md.18/1 “*Arabuluculuk faaliyeti onunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir; anlaşma belgesi düzenlenmesi halinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır*” düzenlemesi ile tarafların anlaşmayı bir belgeye bağlamalarına ilişkin bir zorunluluk getirilmiştir.

⁹³⁵ Okur, s.145; Koçyiğit/Yeşilkaya, s.717.

⁹³⁶ Okur, s.146; Ekmekçi/Özekes/Atalı, s.73-75; Çil, 442-446; Köme Akpulat, s.388-399; Çiçek, s.123-141; Akyıldız, s.95-96; Yılmaz, s.86-88; Harmancı, s. 208-231; Arık, s.97-109; Azaklı, Arslan, s.157-168; Şahin, Tuğçem, s.163-192; Arık, ss.90-111; Zeytinoğlu, s.123-127; Atış, s.79-81.

⁹³⁷ Okur, s.156.

HUAK Yönetmelik md.25/7’de, Dava şartı olarak arabuluculukta, arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların uyuşmazlık konusunda tamamen veya kısmen anlaşmaları halinde, üzerinde anlaşma sağlanan veya sağlanamayan hususların son tutanakta açıkça belirtilmesi gerektiği düzenlenerek, arabuluculuk süreci sonunda varılan tam ve kısmi anlaşmaya ilişkin arabulucu tarafından tutanak tutulacağını öngörmektedir.

İşe iade taleplerinde arabuluculuk sürecinde tarafların işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde, İş K. md. 21/7 hükmüne göre anlaşmanın geçerli olabilmesi için tarafların işe başlama tarihini, boşa geçen süreye ilişkin ücret ve diğer hakların parasal miktarını, işçinin işe başlatılmaması durumunda ödenecek tazminatın parasal miktarını belirlemeleri zorunlu olup, aksi takdirde anlaşma sağlanamamış sayılacak ve son tutanak buna göre düzenlenecektir. Bu düzenleme kapsamında işe iade konusunda tarafları yapacakları anlaşmanın ispatı bakımından belgeye bağlanması zorunludur.

Mevzuat kapsamında, uygulama açısından hem arabulucunun arabuluculuk sürecinin sona ermesindeki tutanak tutma yükümlülüğü gereği hem de tarafların ellerinde anlaşmaya dair ilerde icra edebilecekleri bir belge olması açısından, arabuluculuk süreci sonunda bir anlaşma belgesi düzenlenmesi gerekmektedir⁹³⁸.

Arbuluculuk sürecinde tarafların hukuki uyuşmazlık konusunda anlaşmalarına ilişkin anlaşma belgesinin gerek ispat kolaylığı gerek icrailik açısından yazılı yapılması gerekir. Buradaki yazılı şekil, ispat şartı niteliğindedir⁹³⁹.

2- Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği

Arbuluculuk süreci sonunda tarafların hukuki uyuşmazlığı anlaşarak sona erdirmeleri halinde arabulucu tarafından bir anlaşma belgesi düzenlenecektir. Arabuluculuk süreci sonunda tarafların vardıkları anlaşmanın hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın borçlar hukuku anlamında özel hukuka tabi bir maddi hukuk sözleşmesi olduğu doktrin

⁹³⁸ **Okur**, s.157; Anlaşmanın belgeye bağlanması zorunluluğuna ilişkin görüş için bkz. **Taşpolat Tuğsavul**, s.191.

⁹³⁹ Yazılı olma şartın geçerlilik şartı olduğu görüşü savunulmaktadır. Bkz. **Okur**, s.157; **Taşpolat Tuğsavul**, s.191.

tarafından kabul edilmiştir⁹⁴⁰. Arabuluculuk süreci sonunda taraflar arasında varılan anlaşmanın nitelik olarak hangi borçlar hukuku sözleşme tipine dahil olduğu konusunda ise doktrinde varılan anlaşmanın niteliğine göre nitelendirmenin yapılabileceği⁹⁴¹ buna göre; sulh sözleşmesi⁹⁴², sulh benzeri sözleşme⁹⁴³, ibra sözleşmesi⁹⁴⁴ olabileceği beyan edilmiştir.

Yargıtay, İMK'nın yürürlüğe girmesinde önce arabulucu ve taraflar arasında düzenlenen arabuluculuk tutanağına icra edilebilirlik şerhi verilmesinin talep edildiği bir uyuşmazlıkta, arabuluculuk aşamasında yapılan anlaşmayı ibra sözleşmesi olarak değerlendirmiştir⁹⁴⁵. Aşağıdaki bölümlerde konuya ilişkin görüşlerimiz ayrıntılı şekilde ifade edilmiştir.

3-Anlaşma Belgesinin Maddi Hukuk Bakımından Değerlendirilmesi

Arabuluculuk anlaşma belgesi arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın yazılı hale getirildiği, taraflar ve arabulucu tarafından imzalanan maddi hukuka ilişkin bir borçlar hukuku sözleşmesidir. TBK, HUAK ya da özel bir kanunda tüm unsurları ile düzenlenmediği için isimiz (atipik) bir sözleşmedir⁹⁴⁶.

⁹⁴⁰ Arabuluculuk anlaşmasının bir maddi hukuk sözleşmesi olduğu hakkında Bkz. **Çelik vd.** s.90; **Yazıcı Tıktık**, s.51; **Okur**, s.155; **Mutluay**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 42-43.

⁹⁴¹ **Kıyak**, Emre, “Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.21, İstanbul 2015, s.532; Arabuluculuk süresi sonunda yapılan anlaşmanın sulh sözleşmesi niteliğinde olabileceği gibi alacağın temliki, alacağı talep etmeme taahhüdü, menfi borç ikrarı, ilale ve ibra sözleşmesi gibi başka tür sözleşme niteliğinde olabileceği hakkındaki görüş için Bkz. **Emir Şahin**, Asiye/ **Tepe Kazma**, Büşra, “İş Uyuşmazlıklarına İlişkin İbra Hükmü İçeren Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2018/3, s.1467; **Kar**, s.412 vd.

⁹⁴² **Yılmaz**, s.846; Tanrıver Süha, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBBD, S.64, 2006, s.173; **İldir**, s.165; **Okur**, s.156.

⁹⁴³ **Taşpolat Tuğsavul**, s.185; **Okur**, s.156.

⁹⁴⁴ **Emir Şahin / Tepe Kazma**, s.185; **Okur**, s.156.

⁹⁴⁵ Y.9.Hukuk Dairesi, T.8.12.2016, E.2016/25300, K.2016/21744, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com) Ayrıca kararın değerlendirilmesi için Bkz. **Odaman**, Serkan, “Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 08.12.2016 tarihli, 2016/25300 E., 2016/21744K. Numaralı İlâminin Değerlendirilmesi”, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Şeref Ertaş Armağanı, Özel Sayı, İzmir 2017, s.1755-1766.

⁹⁴⁶ **Badur**, Emel, “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 9, S. 18, 2021, s.67; **Taşpolat Tuğsavul**, Melis, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.18, S.1, 2019, s.344.

Doktrindeki bir görüşe göre, taraflar arabuluculuk sonunda tipik bir sözleşme akdedebilirler. Tarafların aralarında var olan sözleşme ilişkisini arabuluculuk anlaşma belgesi ile değiştirme, sona erdirmeye hakları mevcuttur. Örneğin TBK'nın 132. maddesi kapsamında ibra sözleşmesi kurabilirler⁹⁴⁷.

İbra, alacaklının alacak hakkını ortadan kaldırdığı için borcu sona erdiren bir tasarruf işlemidir. Hizmet sözleşmelerindeki ibra uygulamalarına ilişkin TBK md.420'de ayrı bir düzenleme yapılmıştır. İş hukukundaki işçinin korunması ilkesi ve tarafların eşitsizliği ilkesi dikkate alınarak, ibraname ile uyuşmazlığın ve bazı alacak kalemlerinin yargı önüne getirilmesi engellenmeye çalışılmıştır⁹⁴⁸. Borcun özel bir sona erme sebebi olan ve alacaklının alacak hakkından vazgeçmesini ve böylelikle borçlunun borcundan kurtulmasını sağlayan ibra sözleşmesi yazılı olmalı sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir yıllık süre geçmiş bulunmalı, ibra konusu alacak türü ve miktarı açıkça belirtilmeli ve ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılmalıdır. Bu unsurları taşımayan ibraname kesin olarak hükümsüzdür⁹⁴⁹.

İş hukuku yasanın emredici hükümleri ile sağlanan korumanın dolanılmasını engellemeye çalışırken emredici hükümlerin olmadığı alanlarda olabildiğince taraf iradelerine de saygı göstermeye çalışmaktadır. Bu çerçevede menfaat karşılığı koruyucu normlar üzerinde tasarruf edilebilir mi sorusu da gündeme gelmektedir. Emredici nitelik taşımayan haklardan işçi her zaman feragat edebilir. Mutlak emredici haklardan feragat ise mümkün değildir. Nispi emredici haklarda ise işçinin feragati mümkün olmamakla birlikte işçi lehine değişiklikler yapılması mümkündür⁹⁵⁰.

İşçinin iş ilişkisindeki bağımlılığı, işçinin tek taraflı bir feragat işlemi ile haklarından vazgeçmesinin önlenmesini gerektirir. Bağımlılık nedeniyle işçinin iradesinin serbestçe oluşamayacağı endişesi iş sözleşmesinin devamı boyunca işçinin iş haklarından feragat edemeyeceğinin kabulünü gerektirir. İşçinin iş ilişkisindeki bağımlılığının sona ermesi ile emredicilikle güçlendirilmiş koruma etkisini kaybeder. Emredici normla korunan bir alacağın emredici niteliği devam etse bile sözleşmenin sona

⁹⁴⁷ **Badur**, s. 68.

⁹⁴⁸ **Köme Akpulat**, s. 76.

⁹⁴⁹ **Turanboy**, s.55; **Şahin Emir/ Kazmaz Tepe**, s. 1488; **Çil**, Şahin, Türk Borçlar Kanunu'nu Hükümleri ve Yargıtay İlke Kararlarına Göre İş Hukukunda İbraname, Ankara 2013, 17,18; **Şen**, Murat, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre İş Hukukunda İbra Sözleşmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 24, 2011, s. 75.

⁹⁵⁰ **Doğan Yenisey**, Emredici, s.232.

ermesi ile feragat edilmezlik sona erecektir. Bağımlılık nedeniyle işçinin iradesinin serbestçe oluşamayacağından hareketle işçinin bir hakkından vazgeçmesi etkisi yaratan hukuki işlemin yapılma anı üzerinde durulmakta ve iş sözleşmesinin devamı boyunca yapılan işlemlere şüphe ile yaklaşılmaktadır. TBK md.420/2 iş sözleşmesinin devamını sırasındaki her türlü alacaktan işçinin feragat edemeyeceğini hükme bağlamıştır.

İş hukukunda feragat konusu hakkın kazanılması kadar feragat işleminin yapıldığı zaman da işlemin geçerliliğinin tespitinde etkili olmaktadır. Feragat yasağı sözleşmenin sona ermesini takip eden bir aylık süreye uzatılmış sözleşmenin sona ermesi aşamasında işçinin birtakım tazminatlarının ödenmesi karşılığı bazı alacaklarından işvereni ibra etmesi önlenmeye çalışılmıştır. İşçinin haklarından feragati veya işçilik alacaklarından işvereni ibrası mümkün değildir. TBK md. 420/2 hükmü ile bir aylık sürenin dolmasından sonra dahi yapılacak ibranın geçerli olması için ödemenin hak tutarına nazaran noksansız olması şart koşulmuştur. TBK md. 420’de iş hukukunda işçinin işvereni ibra etmesi işleminin geçersiz olduğu hususu irdelenmektedir.

Yargıtay kararlarında da isabetli olarak açıklandığı üzere hiçbir zaman işçinin bir hakkından vazgeçmesi kabul edilmemiştir. TBK işçinin işvereni borçtan ibrasını kabul etmemiş ve Türk iş Hukukunda ibra hiçbir koşulda geçerli kabul edilmemiş; TBK md. 420’de işçinin bir hakkının ibra ile değil ifa ile sona ermesi kabul edilmiştir⁹⁵¹. TBK md. 420/3’de ifa olmadıkça bu işlemlerin geçerli olmadığı kabul edilmiştir. Gerçek tutar ödenmediği takdirde işçinin imzaladığı belgenin hiçbir geçerliliği bulunmamaktadır.

Kaynağı, kanun, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi olan alacağından veya hakkından işçi, işvereni bağımlılık ilişkisi sona erdikten sonra bile ibra edemeyecektir. Bu yasaklama tüm işçilik alacaklarına emredicilik koruması getirmektedir⁹⁵². *Doğan Yenisey* kanundaki düzenleme ile kanun koyucunun sosyal kamu düzeni normlarıyla amacının çok ötesine geçtiğini düşünmektedir⁹⁵³. *Alpagut* ise işçinin alacaklarını tahsilde karşılaştığı güçlükler dikkate alındığında iş sözleşmesinin devamı boyunca işçilik alacaklarından ibranın mümkün olmadığı yönündeki düzenlemenin isabetli olduğunu belirtmektedir⁹⁵⁴.

⁹⁵¹ **Ekmekçi vd.**, s. 253.

⁹⁵² **Doğan Yenisey**, Emredici, s. 246

⁹⁵³ **Doğan Yenisey**, Emredici, s. 246, 247.

⁹⁵⁴ **Alpagut**, Gülsevil, “Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklardan Vazgeçme Mümkün müdür?” Legal Yargı Kararları ve İnceleme Dergisi, S.6, 2007, s. 452, 453; **Köme Akpulat**, s. 398.

Arabuluculuk sonucu yapılan bazı anlaşmalar ibra sözleşmesi niteliği de taşıyabilir. Anlaşma belgesinin ek olarak ibra sözleşmesi düzenlenebilir. Anlaşma belgesinin ibra hükmü içerdiği veya ibra sözleşmesi niteliği taşıdığı, işçinin işvereni borçtan kurtardığı durumlarda TBK md. 420'de yer alan şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Anlaşma belgesi geçerlilik şartlarına ve/veya şekil şartına tabi kılınan bir sözleşmeyi içeriyorsa kanunun bu sözleşmeler için aradığı şartları içermesi gerekir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir kararında ibraname niteliğine sahip arabuluculuk anlaşma tutanağı adı altında hazırlanması da TBK md. 420'de yer alan şartların aranmayacağı anlamına gelmemesi gerektiği belirtilmiştir⁹⁵⁵.

Doktrindeki diğer görüşe göre arabuluculuk bir yargılama süreci olmadığı için maddi hukuktaki emredici kurallar arabuluculuk süreci bakımından bağlayıcı değildir. Arabuluculuk faaliyeti sonucunda işçi ve işverenin işçilik alacakları konusunda anlaşmaları durumunda yapılan anlaşma ibra sözleşmesi olarak nitelendirilemez⁹⁵⁶. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararında arabulucu önünde yapılan anlaşmanın ibraya ilişkin TBK md. 420'nin uygulanmasının mümkün olmadığını, aksinin kabulü durumunda tarafların anlaşmasının imkânsız olduğunu, zaten HUAK md.18/5 hükmü uyarınca anlaşmaya varılması halinde üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağını ve ibraya ilişkin düzenlemelerden hareketle arabuluculuk anlaşma tutanağının geçerliliğinin değerlendirilemeyeceğini hüküm altına almıştır⁹⁵⁷.

Arabuluculuk sonucu oluşan anlaşma belgesi, niteliği itibariyle borçlar hukuku sözleşmesidir. Örneğin işçi alacağından daha azına hemen ödeme yapılacağı için razı edildiyse ve işçinin alacağı ödenmediyse bu yönde bir arabuluculuk anlaşma belgesi geçersizdir, irade fesada uğramıştır ve işlem temeli çökmüştür. İşçi derhal mahkemeye başvurup iptal davası açabilir⁹⁵⁸.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların sözleşme serbestisi çerçevesinde düzenlediği anlaşma belgesi kendine özgü bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Anlaşmaya varılan hususlarda dava açılmaması nedeniyle bu sözleşmenin usul hukukuna etkisi de

⁹⁵⁵ Y. 9. Hukuk Dairesi, T.08.12.2016, E.2016/25300, K. 2016/21744 (www.lexpera.com.tr).

⁹⁵⁶ **Ocak vd.** s. 104; **Çil**, İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, s.52.

⁹⁵⁷ Y. 9. Hukuk Dairesi, T.07.02.2022, E. 2022/436, K.2022/1380 (www.lexpera.com.tr).

⁹⁵⁸ **Canbolat**, Talat, İşçilik alacak ve tazminatları ile dava şartı arabuluculuk, 1. Bölüm, <https://www.youtube.com/watch?v=xtA3OGd5tzg>, (E.T. 14.06.2022)

bulunmaktadır. Arabuluculuk anlaşma belgesinin karma nitelikte bir sözleşme olduğu kanaatindeyiz⁹⁵⁹.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin kararında davacı işçinin arabulucuya usulüne uygun bir başvurusunun olmadığı, tutanakta belirtilen adreste arabuluculuk görüşmelerinin yapılmadığı, üç yüz kadar işçiye sırayla aynı matbu belgelerin imzalatıldığı, anlaşma belgesinin içeriğinin işçinin istifa ettiği, kıdem tazminatına hak kazanmadığı, kıdem tazminatı ödenmesi öngörüldüğü halde diğer tazminat ve işçilik alacakları bakımından karşılığının tam ödendiğine ilişkin çelişkili ibarelere yer verilerek anlaşma belgesine TBK md. 420'ye aykırı olarak ibra etkisi kazandırılmaya çalışıldığı, kıdem tazminatı dışındaki tazminat ve alacaklarla ilgili olarak delil oluşturma ve dava yasağı oluşturma yönünde bir amaç güdüldüğü tespit edilerek geçerli bir arabuluculuk faaliyetinin gerçekleşmediğine hükmetmiştir⁹⁶⁰.

Arabuluculuk sonunda imzalanan anlaşma tutanağı uyuşmazlığı sona erdirdiğinden kural olarak bu hususta yeniden dava açılması mümkün değildir. Öte yandan bu yasağın özellikle irade fesadı karşısında mutlak olduğu düşünülemez. Arabuluculuk sonucu anlaşmaya varılan hususlar açık ve net olarak ortaya konmuş olsa bile irade fesadı ve düzenlenen anlaşma belgesinin sahteliği ileri sürülebilir. Anlaşmaya varılan hususlarla ilgili olarak TBK md. 30-39 hükümleri çerçevesinde sözleşmenin iptali, talep edilebilir. Anlaşma belgesinin ehliyetsizlik, emredici hukuk kurallarına kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına ve şekle aykırılık gibi sebeplerle mutlak butlanla sakatlanması da söz konusu olabilir. Bu minvalde, TBK md. 27'deki kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve konusu imkansız sözleşmelerin kesin hükümsüzlüğüne dayanılabilir. Aşırı yararlanmanın koşulları varsa da yine mahkemede dava açılabilir⁹⁶¹.

Bunlara ilaveten belirtmek gerekir ki, yeni gelen bir düzenlemenin mevcut düzenlemenin yerine uygulanacağını kabul etmek için ya mevcut düzenlemeyi açık veya zımni olarak yürürlükten kaldırması ya da mevcut hükme nazaran özel hüküm niteliğinde

⁹⁵⁹ Aynı yönde görüş için bkz. **Akkan**, Mine, "Anlaşma Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.20, S.2, 2018, s.16-17.

⁹⁶⁰Y. 9. Hukuk Dairesi, T.11.09.2019, E. 2019/3994, K.2019/13040 (www.lexpera.com.tr).

⁹⁶¹ İzmir BAM 9. Hukuk Dairesi, T. 21.10.2019, E.2019/2343, K 2019/1223 (www.lexpera.com.tr).

olması gerekir. Şu hâlde HUAK md. 18/5, TBK md. 420 ve İş K. hükümlerinin açık veya zımnen yürürlükten kaldırmış olamamalıdır⁹⁶².

Arabulucu ve tarafların birlikte akdettiği arabuluculuk anlaşma belgesi ve son tutanakta arabuluculuk sürecinin başlama tarihi, sona erme tarihi, son tutanağın düzenlenme tarihi, hangi konuların müzakere edildiği, hangileri üzerinde anlaşıldığı, anlaşılmadığı, anlaşma sağlanan konularına ilişkin ödenecek tutarların net mi brüt mü olduğu, vergi ya da kesintilerden kimin sorumlu olacağı, faiz talep edilip edilmediği, faiz talep ediliyorsa faiz türü ve faiz başlangıcı belirtilmelidir⁹⁶³.

Taraflar aralarında ikale sözleşmesi, sulh sözleşmesi, ibra sözleşmesi veya isimsiz sözleşme akdedebilirler. Bu sözleşmeler arabuluculuk anlaşma belgesi sınırları içinde de akdedilebilir. Buna engel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumun varlığı halinde tarafların iradelerine uygun olarak akdedilen sözleşmenin tüm unsurlarını taşıması gerekir. Sözleşmede bulunması gereken unsurlardan birinin eksikliği ile sözleşme uygulanabilirliğini yitirir. Anlaşma belgesinde yer alan sözleşme yanılma, aldatma ve korkutma sonucu meydana gelmiş ise sözleşmenin iptali istenebilir.

Dava açma yasağı ile iş hukuku açısından özellikle feshe ilişkin hukuki nitelendirme noktasında sorulara karşılaşılabilecektir. Zira hukuki nitelendirmeye bağlı olarak diğer talepler etkilenebilir, taraflar hukuki nitelendirmeden bulunmaksızın bazı alacaklar üzerinde anlaşmaya varmış olsalar bile, bu anlaşmanın daha sonra dava yoluyla talep edilen diğer alacaklara etkisi belirsiz olabilecektir. Örneğin feshe ilişkin hukuki nitelendirme işsizlik sigortasından yararlanma, kıdem, ihbar tazminatı ve hatta rekabet yasağının akıbeti hakkında etkili olmaktadır⁹⁶⁴.

Arabuluculuk anlaşma belgesi ile taraf iradeleriyle akdedilmeye çalışılan bir sözleşme varsa örneğin ibra sözleşmesi için TBK md. 420’de yer alan tüm şartların bulunması gerekir. İrade fesadı, aşırı yararlanma her zaman ileri sürülebilir. Belirtmek gerekir ki HUAK ve İMK md. 3 ile hedeflenen tarafların müzakere ettiği konular üzerinde

⁹⁶²Ekmeççi vd., s.129,132.

⁹⁶³Koçyiğit/Yeşilkaya, s. 719,720.

⁹⁶⁴Doğan Yenisey, s. 190.

anlaşıp anlaşılamadığı ve arabuluculuğun dava şartı niteliğinin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinden ibarettir⁹⁶⁵.

4-Anlaşma Belgesinin İlam Niteliğinde Belge Olma Özelliği

HUAK md. 18 uyarınca taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladığı anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılacağı ve arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağı hükme bağlanmıştır⁹⁶⁶. Taraflar ve arabulucu tarafından imzalanan anlaşma belgesine mahkemece icra edilebilirlik şerhi verilmesi halinde belge ilam niteliğinde sayılır. Daha önce belirttiğimiz üzere, icra edilebilirlik şerhi, arabulucunun görev yaptığı yerdeki sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir⁹⁶⁷. İcra edilebilirlik şerhini her iki taraf da talep edebilir⁹⁶⁸.

Taraflar ve vekillerinin birlikte imzalamadığı son tutanağın ilam niteliğinde saymayan⁹⁶⁹ öte yandan son tutanağın arabulucu dışında taraflar ve/veya avukatlarınca

⁹⁶⁵ Örneğin, işe iade davası da dahil olmak üzere herhangi bir hak talebinde bulunmayacağı hususunda tarafların anlaşığına ilişkin ibareler geçerli bir feragat olarak nitelendirilmez. Bkz. Ankara BAM 8 H.D., E.2020/2958, K.2020/3320 (www.lexpera.com.tr).

⁹⁶⁶ Koçyiğit/Yeşilkaya, s. 720; “Anlaşılan hususlar hakkında dava açılabilmesi, tutanaktaki ilgili mutabakatın geçersizliğinin ilamla tespitinden sonra mümkündür... Arabuluculuk tutanağındaki anlaşmayla ilgili bölümün iptali halinde sonucun anlaşılama olarak kabulü de gerekmektedir.” Bkz. Bursa BAM 3. Hukuk Dairesi, T.22.10.2020, E.2020/2327, K.2020/1842 (www.lexpera.com.tr).

⁹⁶⁷ “Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesine yönelik talebinde, Arabulucunun görevlendirildiği Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu Başkanlığının bulunduğu yerin, arabulucunun görev yaptığı yer olarak kabul edilmesi gerektiği ve arabuluculuk anlaşma belgesinin İstanbul Çağlayan adliyesi uzlaşma bürosunda düzenlendiği anlaşıldığından, uyuşmazlığın İstanbul 9. Sulh Hukuk Mahkemesinde çözülmesi gerekmektedir.” Bkz. İstanbul BAM 37.Hukuk Dairesi, T.12.03.2019, E. 2019/2059, K.2020/323 (www.lexpera.com.tr).

⁹⁶⁸ “Yasal düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların bir anlaşmaya varması halinde, söz konusu anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhinin her iki tarafça da talep edileceği açıktır. ... İlk derece mahkemesinde işveren tarafın hukuki yararı bulunmadığı gerekçesiyle icra edilebilirlik şerhi talebinin reddine karar verilmesi hatalı olmuştur.” İstanbul BAM. 32. Hukuk Dairesi., T.21.02.2019, E.2019/288, K.2019/339; icra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin taleplerde vekalet ücretine hükmedilir. “Arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin talepler arabuluculuk faaliyetinin devamı şeklinde değerlendirilemez ve ayrıca vekalet ücreti verilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 2.kısım 1.bölüm 1-a bendinde düzenlenmiş; duruşmasız olarak sonuçlandırılan "Görülmele olan bir dava içinde olmamak koşulu ile ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir, delillerin tespiti, icranın geri bırakılması, ödeme ve tevdi yeri belirlenmesi işleri için" öngörülen avukatlık ücretinin kıyasen uygulanması ve bu miktar kadar avukatlık ücretine hükmedilmesi gerektiği kabul edilmiştir.” Bursa BAM 4. Hukuk Dairesi, T.25.11.2019, E.2019/1506, K.2019/1468 (www.lexpera.com.tr).

⁹⁶⁹ Sakarya BAM 10. Hukuk Dairesi, T. 14.12.2019, E.2019/1661, K.2019/1297. “Davaya konu 14.12.2019 tarihli Arabuluculuk Anlaşma Belgesi içeriğine göre arabuluculuk görüşmelerine davalı işverenlerin adına vekilleri katılmış ve arabuluculuk tutanağı işverenler tarafından vekilleri adına

imzalanması halinde söz konusu anlaşma belgesinin icra edebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayan, ilam niteliğindeki son tutanağa icra edilebilirlik şerhi talebini içeren davayı hukuki yarar dava şartı eksikliğinden ötürü usulden reddeden⁹⁷⁰ yargı kararları mevcuttur.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 10.10.2022 tarihli kararında taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladığı anlaşma belgesinin ilam niteliğinde olabileceğini, taraf vekillerinin ve arabulucunun imzaladığı belgenin ilam niteliğinde olabilmesi için icra edilebilirlik şerhi verilmesi istemiyle sulh hukuk mahkemesine başvuru yapılması gerektiğini ve ilam niteliğinde olmayan arabuluculuk tutanağı ile ilamsız icra yoluna başvurulabileceği belirtilmiştir⁹⁷¹.

Kanaatimizce, anlaşma belgesinin arabulucu dışında taraflar veya avukatlarınca imzalanması ilam niteliğinde belge olarak sayılması için yeterli olmalıdır⁹⁷².

HUAK md.18/3 uyarınca “...*Taraflar anlaşma belgesini icra edilebilirlik şerhi vermeden başka bir resmi işlemde kullanmak isterlerse, damga vergisi de maktu olarak alınır.*” Bu düzenleme hukuki uyuşmazlık taraflarının dava dışı yolla alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan arabuluculuk yolu ile anlaşmaları için olumlu ve teşvik edici bir düzenleme niteliğindedir⁹⁷³.

HUAK md. 18'de anlaşma belgesinin, icra edilebilirlik şerhi almadan başka bir işlemde kullanılması durumunda damga vergisine tabi olacağı düzenlenmiştir. Arabuluculuk anlaşma tutanağı damga vergisine tabi değildir. Anlaşmaya konu tazminat ve alacakların ödenmesi sırasında damga vergisi kesintisi yapılacaktır. Bu özelliği ile

imzalanmıştır. Davalı olarak gösterilen işverenler ve temsilcileri görüşmelere katılmamıştır. Bu nedenle 6325 sayılı kanunun 18/4. maddesinin uygulama yeri bulunmamaktadır. Mahkemece hukuki yarar bulunmadığı, belgenin ilam niteliğinde sayılacağı yönündeki kabulü ile davanın usulden reddine karar verilmesi yerinde olmamıştır. Bu nedenle davalı vekilinin istinaf isteminin kabulü ile HMK 353/1-a-6 maddesi gereğince kararın kaldırılarak bir karar verilmek üzere dosyanın mahal mahkemesine gönderilmesi gerektiği...”(www.lexpera.com.tr).

⁹⁷⁰ Samsun BAM, 6. Hukuk Dairesi T.01.02.2019, E. 2019//478, K.2019/563 (www.lexpera.com.tr).

⁹⁷¹ Y. 9. Hukuk Dairesi, T. 10.10.2022, E. 2022/12111, K. 2022/11575 (www.lexpera.com.tr)

⁹⁷² “Anlaşma belgesinin arabulucu dışında taraflar veya avukatlarınca imzalanması yeterli olup taraflar ve avukatının her ikisinin birlikte imzası aranmaz.” Samsun BAM 6. Hukuk Dairesi T.17.02.2020, E.2020/213, K.2020/627 (www.lexpera.com.tr). Kanaatimizce, 7445 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler sonucunda ticari uyuşmazlıklar bakımından taraf avukatları ve arabulucunun birlikte imzaladığı anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılacağına belirtilmesi ve iş uyuşmazlıklarında bu durumun geçerli olmaması iş hukukunun kendine has yapısıyla ilgili olup; işçinin haklarının korunmasına ilişkindir.

⁹⁷³ **Okur**, s.159.

anlaşma belgesi sulh sözleşmesinden ayrılır. Anlaşma belgesi ilam niteliğinde sayılan belgedir. Avukatlık Kanunu md.35/A'ya göre tarafların avukat ve müvekkilleri ile imzaladığı uzlaşma tutanağı ilam niteliğindedir ve daha sonradan bu konuda dava açılmaz. Belirtilen uzlaşma tutanağı ile son tutanağın benzerlik gösterdiği belirtilebilir.

İcra İflas Kanunu md.38 anlamında ilam niteliğinde belge olması gerçek anlamda bir ilam değil, icra edilebilirlik bakımından ilam niteliğini taşıması anlamına gelir, maddi anlamda kesin hüküm etkisine sahip olmayacaktır. Bu belgeler aleyhine ifa, zamanaşımı gibi iddialara dayanarak iptal davası açılabilir⁹⁷⁴. Arabuluculuk süreci sonucu hazırlanan anlaşma belgesi sadece taraflar arasında düzenlenen adi bir belge niteliğinde hazırlanmış, ilam niteliğinde belgeye dönüşecek şartları taşımıyorsa ancak ilamsız icra takibine konu olabilir⁹⁷⁵.

Arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşması ve söz konusu anlaşmanın belli koşullarda ilam niteliğinde sayılması, anlaşmanın maddi anlamda hüküm olduğu anlamına gelmeyecektir⁹⁷⁶. Burada sadece arabuluculuk sürecindeki anlaşma icra edilebilirlik açısından ilamlarla aynı hukuki rejime tabi tutulmuştur⁹⁷⁷. İlam niteliğindeki belgeler maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Sadece mahkemelerin verecekleri hükümler maddi anlamda kesin hüküm oluşturur⁹⁷⁸. Arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşma bir mahkeme hükmü değildir.

Arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varılması halinde anlaşılan hususlar hakkında dava açılmaz. Kanun koyucu, arabuluculuğa ilişkin etik ilkelere dürüstlük kuralına uygun olarak icra edilen bir arabuluculuk süreci sonunda tarafların gerçek iradeleriyle örtüşen biçimde ihtilafın çözümlendiğini, taraf iradelerine ve arabuluculuğun tüm ilkelerine uygun olarak anlaşma belgesinin hazırlandığını kabul etmektedir⁹⁷⁹. Tarafların anlaşma belgesine rağmen gerçek bir arabuluculuk faaliyeti

⁹⁷⁴ Köme Akpulat, s.390,392.

⁹⁷⁵ Ekmekçi/Özekes/Atalı, s.182.

⁹⁷⁶ Okur, s.158; Köme Akpulat, s.390; Taşpolat Tuğsavul, s.192.

⁹⁷⁷ Bkz. Avukatlık Kanunu md.35/A, Okur, s.158.

⁹⁷⁸ Köme Akpulat, s.391; Okur, s.158.

⁹⁷⁹ Keser, Hakan, “İş Uyuşmazlıklarında İhtiyari/Zorunlu Arabuluculuk Faaliyeti Sonucu Yapılan Anlaşmaların Aşırı Yararlanma ve İrade Bozuklukları Sebebiyle Geçersiz Sayılmaları Hallerine İlişkin Bir Değerlendirme”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.18, S.70, 2021, s.524; Akkan, s.8-11.

yürütmemiş olmaları veya taraf iradelerinin sakatlanmış olması halinde dava açması mümkündür.

HUAK md. 18/5’de arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varılması halinde anlaşılan hususlar hakkında dava açılmaz hükmü iş mevzuatının emredici hükümlerine aykırı olmayan anlaşmalar hakkında dava açılmayacağı biçiminde anlaşılmalıdır. Dava açılmaz ibaresi yerine alacaklarla ilgili tarafların hak ve yükümlülüklerinin sona erdiği, dava açılabilirliği, ancak anlaşmanın geçerli olması halinde, bahsi geçen alacak hakkının doğmadığının kabul edilmesinin daha yerinde bir düzenleme olduğu ve tartışmaları ortadan kaldırılabileceği kanaatindeyiz⁹⁸⁰.

Anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin sulh hukuk mahkemesi tarafından verilmesi öngörülmüştür⁹⁸¹. Arabulucuda yapılan anlaşmanın denetime tabi tutulması gerekebilir. Yapılacak incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığıyla sınırlıdır. İcra edilebilirlik şerhi kapsamında kamu düzeni bakımından bir inceleme yapıp yapılamayacağı tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, icra edilebilirlik şerhi veren mahkemenin anlaşma belgesinin kamu düzenine ve yasanın emredici hükümlerine uygunluğu bakımından re’sen inceleme yetkisinin bulunduğunu savunmaktadır⁹⁸². Mahkemenin inceleme yetkisinin kapsamı ne olursa olsun, iş uyuşmazlıkları bakımından icra edilebilirlik şerhi konusunda sulh hukuk mahkemesinin yetkili kılınmasının isabetli olmadığını belirtilebiliriz⁹⁸³. Emredici kanun hükümleri çerçevesinde yapılacak inceleme maddi hukuka ilişkindir. Bu konuda iş mahkemeleri görevlidir. Başka bir ifadeyle emredici kanun hükümlerine aykırı anlaşma yapan taraf alamadığı hakkı için, sulh hukuk mahkemesinde değil bu konuda görevli olan iş mahkemesinde dava açma hakkına sahiptir. Özetle, anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için öncelikle emredici hükümlere uygunluk denetimi yapılmalıdır. Bu denetimi yapmak ihtisas mahkemelerinin yetkisinde olmalı ve bu sebeple dava şartı

⁹⁸⁰Aynı yönde görüş için bkz. **Çavdar vd**, s.7.

⁹⁸¹ Yargıtay, şarta bağlı arabuluculuk anlaşma belgelerine cebri icra şerhi verilemeyeceğine, ilamlı icra takibine konu edilemeyeceğine karar vermiştir. Bkz. Y. 12 Hukuk Dairesi D. T. 26.09.2022, E. 2022/91433/K. 2022/9318 (www.lexpera.com.tr).

⁹⁸²**Yenisey Doğan**, Kübra, İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk, 191; **Namlı**, Mert, “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı İle Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016, İstanbul, s.164; **Alpagut**, Arabuluculuk, s. 129.

⁹⁸³Aynı yönde görüş için bkz. **Alpagut**, Arabuluculuk, s. 130.

arabuluculuk kapsamında düzenlenen anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi iş mahkemesi tarafından verilmelidir.

Davacı işçilerin aynı dava dilekçesi ile davalı işveren aleyhinde arabuluculuk tutanağına icra edilebilirlik şerhi verilmesini talep ettikleri davada bölge adliye mahkemesi iddia ve savunmaların usule uygun şekilde araştırılması, delillerin tümüyle toplanıp ayrıntılı olarak değerlendirilmesi, hukuki gerçekliğin tam olarak sağlanması ve kararın Yargıtay denetimine elverişli olabilmesi için dava dosyalarının ayrı ayrı götürülüp sonuçlandırılmasındaki zorunluluğuna değinerek, davacıların davalarının birlikte görülmesini hatalı bulmuştur⁹⁸⁴. Mahkemenin bu kararına katılmaktayız. Birbirinden ayrı olarak gerçekleşen arabuluculuk görüşmeleri sonucu elde edilen anlaşma belgelerine, icra edilebilirlik şerhi alınması için açılan dava da ayrı olmalıdır. Bu durum gizlik ilkesi için de önemlidir.

5- Anlaşma Belgesinin Geçersizliği ve İptal Edilebilirliği

Arabuluculuk süreci sonunda yapılan anlaşmanın belli koşulların oluşması ihtimalinde hukuka aykırı olduğu iddiasıyla geçersizliği veya iptali talep edilebilir. Arabuluculuk sürecinde tarafların hukuki uyumsuzluk konularında anlaşmalarının bir maddi hukuk anlaşması olması itibari ile anlaşma ile ilgili geçerli olan arabuluculuk mevzuatı ile TBK’da yer alan temel düzenlemelere aykırılık halinde arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşmanın geçersizliği veya iptali için dava açılabilecektir⁹⁸⁵. Açılacak

⁹⁸⁴ “Belirtmek gerekir ki, davacılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı olsa bile, işçilik alacaklarına ilişkin uyumsuzlukların özelliği gereği bu tür davaların birlikte görülmesi doğru değildir

İddia ve savunmanın usule uygun şekilde araştırılması, delillerin tümüyle toplanıp ayrıntılı olarak değerlendirilmesi ve hukuki gerçekliğin tam olarak sağlanması ve ayrıca kararın, Yargıtay denetimine elverişli olabilmesi için dava dosyalarının ayrı ayrı götürülüp sonuçlandırılmasında zorunluluk vardır

Somut olayda, her ne kadar her bir davacı yönünden arabulucuya ayrı başvuru yapılmış ve ayrı anlaşma tutanakları düzenlenmiş ise de; davacıların aynı dava dilekçesi ile davalılar aleyhinde arabuluculuk tutanağına icra edilebilirlik şerhi verilmesini talep ettikleri, oysa davacılar arasında ne ihtiyari ne de zorunlu dava arkadaşlığının bulunmadığı, mahkemece usule aykırı olarak davacı olan beş işçinin talepleri ile ilgili olarak, birlikte inceleme yapılarak karar verildiği anlaşılmaktadır. Ne var ki davacı işçilerin her biri işverenle aralarındaki farklı iş sözleşmelerine göre davalılar nezdinde çalışmışlardır. Her bir davacının da ayrı ayrı arabuluculuk anlaşma tutanakları ile anlaşmaya vardıkları görülmektedir. Davacıların davalarının birlikte görülmesi hatalı olup; mahkemece bu yönü gözetilmeksizin karar verilmesi ve kararın kaldırılması sebebidir. Mahkemece yapılması gereken iş, davaların tefrikine karar verilerek, ayrı ayrı yapılacak yargılama sonucuna göre, her bir davacı ile ilgili olarak ayrı ayrı hüküm kurmaktır.” Bkz. İstanbul BAM 28. Hukuk Dairesi, T. 21.02.2019, E. 2018/4038, K. 2019/173 (www.lexpera.com.tr).

⁹⁸⁵ Avukatın, arabulucuya güvenerek arabuluculuk tutanağını dikkat etmeden sehven imzaladığı şeklinde beyanda bulunması irade sakatlığı hususunu ispatlamak için yeterli değildir. Bkz. Y. 9.Hukuk Dairesi, T. 08. 12. 2022, E.2022/16346., K..2022/12050.

davada arabuluculuk sürecindeki anlaşmanın geçersizliği ve/veya iptali talep edilebilecektir⁹⁸⁶.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, HUAK md.18/5’de yer alan “*Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz*” düzenlemesinin sürecin sonunda tarafların vardıkları anlaşmaya karşı mutlak olarak, hiçbir şekilde, dava açılmayacağını kabul edilmesi Anayasa’ya aykırılık teşkil eder⁹⁸⁷.

Arabuluculuk sürecindeki anlaşmanın kanunun emredici hükümlerine ve kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi halinde arabuluculuk anlaşmasının geçerliliği ile ilgili HUAK’ta açık bir düzenleme bulunmamaktadır; ancak bu yönde özel bir düzenleme bulunmaması anlaşma belgesinin geçersizliğinin tespitine ilişkin genel hükümler uyarınca dava açılmayacağı anlamına gelmez. Arabuluculuk sürecindeki anlaşmanın kanunun emredici hükümlerine ve kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği konularda anlaşmanın geçersiz olduğunun tespitine ilişkin genel hükümlere göre dava açılabilir. “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez, ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur*” (TBK md. 27). Arabuluculuk süreci sonunda imzalana anlaşma İMK, HUAK, HUAK Yönetmeliği ve diğer ilgili kanunlardaki emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve konusu imkânsız ise kesin hükümsüz sayılacaktır. Arabuluculuk sürecindeki anlaşmanın yalnızca bazı hükümleri kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve konusu imkânsız ise bu hükümler kesin hükümsüz sayılarak sözleşme kısmi geçerli sayılacak, ancak arabuluculuk sürecindeki anlaşmanın kesin hükümsüz sayılan hükümleri olmadan sözleşmenin yapılamayacağı durumlarda sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz sayılacaktır⁹⁸⁸.

⁹⁸⁶ Çelik vd., s.79; Okur, s. 181.

⁹⁸⁷ Okur, s. 181; Heper, s.332; Güzel, Ali, “İş Yargılamalarında Yeni Bir sistem; ‘Zorunlu’ Arabuluculuk, Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan, İstanbul 2019, s.61.

⁹⁸⁸ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Okur, s.182; Arabuluculuk anlaşmasının kanunun emredici hükümlerine ve kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediği hususlarını mahkemenin icra edilebilirlik şerhi verirken re’sen inceleyebileceği görüşü hakkında bkz. Taşpolat Tuğsavul, s.195.

Arabuluculuk sürecindeki anlaşmanın İş K.'nda düzenlenen ve emredici nitelikteki hükümlere aykırı olup olamayacağı konusundaki görüş ayrılıkları, özellikle işe iade talepli uyuşmazlıklarda kendini göstermektedir. Tarafların işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde anlaşma belgesinde bulunması gerekenlerin neler olduğu özel olarak belirtilmiştir; ancak kararlaştırılacak işe başlatmama tazminatının miktarı bakımından özel düzenleme bulunmaması bu hususun tarafların tasarrufuna bırakılıp bırakılmadığı sorusunu doğurmaktadır. İş K. md.21/son hükmünde işe iade davasına ilişkin mutlak emredici hükümler belirtilmektedir. “*Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkrası hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilmez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir.*” düzenlemesi ile birlikte değerlendirildiğinde, tarafların işe başlatmama tazminat miktarını belirlemede serbest olmadıkları ve arabuluculuk sürecinde tarafların işçinin işe başlatılması konusunda işverenin işçiyi anlaşmaya rağmen işe başlatılmaması halinde ödeyeceği işe başlatmama tazminat miktarının yasada öngörülen en az dört, en fazla sekiz aylık ücret sınırlamalarına uyarak belirlemeleri gerektiği kanaatindeyiz.

Doktrinde benzer yönde değerlendirme yapan yazarlardan *Okur*’a göre aksi yönde yapılacak bir anlaşma, tamamen geçersiz sayılmayacak, arabuluculuk anlaşmasında işe başlatmama tazminatı olarak yasaya aykırı şekilde belirlenen miktarlar geçersiz sayılıp, söz konusu miktarların yerine Yargıtay ilke kararlarında öngörülen miktarların geçerli olması gerekecektir⁹⁸⁹. *Çil*’e göre işe başlatmama tazminatı hariç diğer emredici düzenlemelerin aksine anlaşma yapılabilir⁹⁹⁰ *Kar*’a göre arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşmanın maddi hukuktaki emredici hükümlere aykırılığı geçersizliği anlamına gelecektir⁹⁹¹. Aynı şekilde *Taşpolat Tuğsavul*’a göre arabuluculuk anlamında anlaşmanın emredici hükümlere aykırı olamamaktadır⁹⁹². Kanaatimizce, arabuluculuk sürecindeki anlaşma İş K.’nda düzenlenen ve emredici nitelikteki hükümlere aykırı olamamalıdır.

⁹⁸⁹ **Okur**, s.183; Yargıtay işçinin kıdem süresi alınarak 6 ay ile 5 yıl arasında kıdemi olan işçi için 4, 5 yıl ile 15 yıl arasında kıdemi olan işçi için 5, 15 yıldan fazla kıdemi olan işçi için 6 aylık ücreti tutarında işe başlatmama tazminatının belirlenmesi gerektiğine, fesih sebebine göre de azami sınır olan 8 aya kadar tazminat miktarının belirlenebileceğine hükmetmiştir. Bkz. Y.9.Hukuk Dairesi, 13.12.2010, E.2009/41876, K.2010/37463 (www.lexpera.com.tr).

⁹⁹⁰ **Çil**, s.56; **Okur**, s.184 **Okur**, s.183; **Heper**, s.337.

⁹⁹¹ **Kar**, s.420; **Okur**, s.183; **Heper**, s.337.

⁹⁹² **Taşpolat Tuğsavul**, s.195; **Okur**, s.183.

Bireysel iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk sürecinde tarafların yapacakları anlaşmanın iş iade ve sonuçları dışındaki konularla ilgili olması halinde ise, anlaşmanın iş mevzuatındaki emredici hükümlere aykırılığı durumunda anlaşmanın geçerliliği ile ilgili olarak, arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşmanın maddi hukuktaki emredici hükümlere aykırılık halinde geçerliliğine bakmak gerekecektir. Arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşmanın kişilik haklarına ve ahlaka aykırı olması ihtimalinde anlaşma geçersiz sayılacaktır. Taraflar arabuluculuk sürecinde menfaatlerine uygun olacak şekilde haklarından feragat edebilir ve menfaatlerine uygun bir anlaşma yapabilirler ve bu durumun kural olarak geçerli kabul edilmesi gerekir⁹⁹³; ancak arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşmanın belli koşullarda iptali söz konusu olabilecektir. *Okur* bu bilgiler doğrultusunda arabuluculuk sürecinde tarafların yapacakları anlaşmada, işçilik alacaklarına ilişkin olarak arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşmanın içeriği ve hukuki sonucu hakkında tarafların yeterli bilgiye sahip olmaları kaydı ile iş hukukundaki emredici kurallara aykırı olacak şekilde menfaatlerine uygun anlaşma yapma yoluna gidebileceklerini ifade etmiştir⁹⁹⁴.

a-Arabuluculuk Sürecinde Yapılan Anlaşmanın Kesin Hükümsüz Sayılacağı Durumlar

aa.Arabuluculuk Siciline Kayıtlı Olmayan Bir Kişinin Arabuluculuk Sürecindeki Anlaşmayı Düzenlemesi

Arabulucu veya arabulucuların seçimi, kural olarak tarafların anlaşması halinde taraflarca serbestçe yapılabilir; ancak tarafların seçecekleri arabulucunun arabuluculuk siciline kayıtlı bir arabulucu olması gereklidir. HUAK Yönetmelik md.24/1 uyarınca dava şartı olarak arabuluculuk ile ilgili uyuşmazlıklarda arabulucular siciline kayıtlı olan arabuluculara ilişkin liste dışında bir arabulucu görevlendirilemez. Dava şartı olarak arabuluculukta arabulucular siciline kayıtlı olmayan bir arabulucu tarafından

⁹⁹³ **Okur**, s.184; **Ocak** vd. s.11, İşe başlatmama tazminatı hariç diğer emredici düzenlemelerin aksine anlaşma yapılabilmesi hakkında Bkz. **Çil**, s.56; Arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşmanın maddi hukuktaki emredici hükümlere aykırı arabuluculuk anlaşmalarının her ihtimalde geçersiz olacağı yönündeki görüş için bkz. **Kar**, s.420; Genel anlamda arabuluculuk anlaşmanın emredici hükümlere aykırı olamayacağı hakkında bkz. **Taşpolat Tuğsavul**, s.195; Genel anlamda arabuluculuk anlaşmasının kanunun emredici hükümlerine ve kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediği hususların mahkemenin icra edilebilirlik şerhi verirken de re'sen inceleyebileceği görüşü hk. bkz. **Taşpolat Tuğsavul**, s.195; **Heper**, s.337.

⁹⁹⁴ **Okur**, s.183-184; **Çil**, s.49.

arabuluculuk sürecinde anlaşmanın yapılması kanun gereği geçersiz olacaktır. Burada geçersizlik tüm anlaşma içindir.

Arabuluculuk sürecindeki anlaşmayı düzenleyen arabulucunun sicile kayıtlı olması yeterli olup, tarafların ihtiyari olarak arabulucuyu seçtikleri durumlarda tarafların seçtikleri arabulucunun iş hukukunda uzman arabulucu olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Arabulucu olmayan veya arabuluculuk sınavını kazanan ancak henüz sicile kayıtlı olmayan bir kişi tarafından düzenlenen anlaşma arabuluculuk süreci kapsamında kanunda öngörülen bir anlaşma sayılmayacak ve söz konusu anlaşma yasal anlamda kesin hükümsüz sayılacaktır⁹⁹⁵. Tarafların sicile kayıtlı olmayan bir arabulucu nezdinde gerçekleştirdikleri arabuluculuk süreci sonucu vardıkları anlaşmanın kanunda öngörülen nitelikte bir anlaşma olması için sicile kayıtlı bir arabulucu gözetiminde yeniden yapılması gerekir⁹⁹⁶. Arabulucunun sicile kayıtlı olmayan arabulucunun gözetiminde taraflar arasında yapılan anlaşma mevzuatta belirtilen anlamda arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşma belgesi olmasa da, taraflar arasında geçerli bir sözleşme olarak kabul edilip edilmeyeceği konusunda tarafların iradelerine bakmak gerekir. Sözleşme veya borç ikrarı olarak nitelenebilecek belge arabulucunun imzasını taşımadığından HUAK md.18/1 anlamında arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen bir anlaşma belgesi olarak nitelendirilemeyecek ve ilam niteliğinde icra edilebilirlik özelliğini kazanamayacaktır. Taraflardan birinin yapılan anlaşmayı arabuluculuk sürecinde yapılan bir anlaşma olacağından hareketle imzaladığı iddiasında bulunması halinde “anlaşmanın yapılmasında esaslı yanılması” nedeni ile TBK md.30/1 gereği iptali talep edebilecektir.

Okur’a göre tarafların haricen hazırlamış oldukları anlaşma belgesini arabuluculuk siciline kayıtlı olan bir arabulucunun arabulucu sıfatıyla imzalaması durumunda bu anlaşmanın arabuluculuk sürecinde yapılan bir anlaşma belgesi olarak nitelendirilmesi mümkündür⁹⁹⁷. Biz bu görüşe katılmamaktayız. Arabulucu sadece imza atan kişi değildir. Sağlıklı bir arabuluculuk sürecinin sadece taraflara değil topluma da faydasının olduğu gerçektir. Buna ilaveten, *Okur*’un da belirttiği gibi aralarındaki hukuki uyuşmazlığı doğrudan aralarında çözüme kavuşturup buna ilam niteliğinde belge kazandırmak ve anlaşılan hususlarda dava açmasını engellemek amacıyla yapmaları, arabulucunun yasal yükümlülükleri açısından da sakıncalar yaratabilecektir. Örneğin,

⁹⁹⁵ **Okur**, s. 185.

⁹⁹⁶ **Okur**, s.185-186; **Odaman**, s.1758. **Kıyak**, s.528.

⁹⁹⁷ **Kıyak**, s.529; **Okur**, s.186.

arabulucu taraflar arasında ciddi bir güç dengesizliğinin olup olmadığı ve tarafların yapılan anlaşmanın hukuki sonuçları konusunda yeterli bilgi sahibi olup olmadığını denetlemekle yükümlüdür.

bb-Arabuluculuk Sürecinde Yapılan Anlaşmanın Taraflar ve Arabulucu Tarafından İmzalanmamış Olması

HUAK md.18/1 uyarınca arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen anlaşma belgesi taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır. Arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşmanın geçerliliği için anlaşma belgesinin taraflar ve arabulucu tarafından imzalanmasını gerekmektedir⁹⁹⁸. Bir anlaşma belgesinin arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşma olabilmesi için gerekli olan arabulucunun imzası arabuluculuk anlaşmasının geçerliliği için tamamlayıcı unsur niteliğindedir. Arabulucunun imzasının eksikliği arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşmayı geçersiz kılacaktır⁹⁹⁹.

TBK md. 15 uyarınca arabuluculuk sürecindeki anlaşma belgesinde tarafların imzalarının el yazısı ile atılmış olması zorunludur. Tarafların başka şehirde olması ya da bir araya gelmenin süreci olumsuz etkileyebileceğinin aşikâr olduğu durumlarda arabuluculuk sürecindeki anlaşmanın güvenli elektronik imza ile imzalanması yasal olarak mümkündür¹⁰⁰⁰. Görme engelliler de talepleri olması halinde imzalarında şahit aranacak, aksi takdirde görme engellilerin imzalarını el yazıları ile atmaları yeterli olacaktır. İmza atamayan arabuluculuk tarafları içinse, imza yerine usulüne göre onaylanmış olması kaydıyla parmak izi, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür kullanabilecektir.

HUAK md. 18/2'ye göre arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşmada tarafların imzasının bulunması ancak arabulucunun imzasının bulunmadığı durumda imzalanan anlaşma taraflar arasında arabuluculuk sürecinde yapılan bir anlaşma olarak değil de, tarafların kabul etmesi ve gerekli koşulları sağlaması ihtimalinde sulh sözleşmesi olarak

⁹⁹⁸ **Okur**, s.187; **Odaman**, s.1760.

⁹⁹⁹ **Okur**, s.187; **Oğuzman/ Öz**, s.45, 137; arabulucunun imzasının arabuluculuk anlaşmasının geçerliliği için kanunun aradığı geçerlilik koşulu veya resmi bir makamın tamamlayıcı fiili olarak nitelendirilmesi halinde de arabulucunun imza veremeyeceğini beyan etmesi ile arabuluculuk anlaşmasının her iki ihtimalde geçersiz olacağı hakkında bkz. **Kıyak**, s.530.

¹⁰⁰⁰ **Okur**, s.188, 6098 Sayılı Kanun Md.15/1'de "İmzanın, borç altına girenin el yazısı ile atılması zorunludur. Güvenli elektronik imzada, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur.

geçerli olabileceği doktrinde belirtilmiştir¹⁰⁰¹. Kanaatimizce taraflar aralarında akdettikleri anlaşmayı sulh sözleşmesi dışında nitelendirmek konusunda serbesttirler.

TBK md.30/1 uyarınca, taraflar, arabulucunun imzalamadığı anlaşmanın geçerli anlaşma olmaması halinde söz konusu anlaşmayı sadece arabuluculuk sürecinde bir anlaşma için imzaladıklarını beyan edip esaslı hata nedeni ile geçersizliği ileri sürebilirler.

Arbuluculuk sürecinde yapılan anlaşma belgesinde tarafların imzalarının olmaması durumunda arabulucu dava şartı arbuluculuk dosyasını UYAP arbuluculuk portalından kapatana kadar tarafların anlaşmadaki imza eksikliğini giderme ve arbuluculuk sürecindeki anlaşmayı geçerli hale getirme imkanları bulunmaktadır.

cc- Arbuluculuk Sürecinde Yapılan Anlaşmanın Kapsamındaki Hukuki Uyuşmazlıkların Arbuluculuğa Elverişli Olmaması

Dava şartı arbuluculuğa elverişli olmayan hukuki uyuşmazlıklarla ilgili düzenlenen anlaşma belgesi hukuken geçersiz olacaktır. Bu anlamda kamu düzenine ilişkin olan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri iş ve işlemler ile ilgili yapılan anlaşma belgeleri yasa gereği geçersiz olacaktır. HUAK md. 18/3 uyarınca arbuluculuk sürecinde yapılan anlaşmanın arbuluculuğa elverişli olup olmadığı arbuluculuk sürecindeki anlaşma ile ilgili icra edilebilirlik şerhi talep edilen hukuk mahkemesi tarafında re'sen yapılacaktır. Arbuluculuk sürecinde yapılan anlaşmanın taraflar ve vekilleri ile arabulucu arasında imzalanması durumunda arbuluculuk sürecinde yapılan anlaşma icra edilebilirlik şerhi alınmasına ihtiyaç duyulmaksızın icra edilebileceğinden arbuluculuk sürecinde yapılan anlaşmanın geçersizliği icra takibi sırasında ileri sürülebileceği gibi söz konusu anlaşmanın geçersizliği ayrı bir davada ileri sürülebilecektir.

Arbulucu, hukuki uyuşmazlığın arbuluculuğa elverişli olmadığını tespit etmesi halinde, arbuluculuk sürecini “uyuşmazlığın arbuluculuğa elverişli olmadığının tespit edilmesi” nedeni ile sona erdirmek zorundadır (HUAK md.17/1-d).

¹⁰⁰¹ Okur, s.187; Kıyak, s. 531.

dd-Yetkisiz Temsil

Tarafların vekille temsil edildiği durumlarda işçinin avukatının veya işveren temsilcisinin geçerli bir temsil belgesinin olmasına dikkat etmek gerekir. TBK md. 46/1 uyarınca yetkisiz temsil edilen tarafın arabuluculuk sürecindeki anlaşma belgesine onay vermesi ve imzalaması ile arabuluculuk sürecindeki anlaşma belgesi geçerli hale getirilebilir. Yetkisiz temsilci ile yapılan arabuluculuk sürecindeki anlaşma belgesinin yetkisiz temsil edilen tarafından onanmaması durumunda, arabuluculuk sürecindeki anlaşma belgesinin geçersizliğinden doğan zararların giderilmesi yetkisiz temsilciden talep edilecektir (TBK md.47/1). Yetkisiz temsilci, işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse, kendisinden zararın giderilmesi talep edilemeyecektir (TBK md.47/1).

Uygulamada, taraf avukatının vekâlet belgesinde alternatif çözüm yollarında yetkili olduğuna dair ibare olmaması, kanuni temsilcinin temsil yetkisinin sona ermiş olması, işvereni temsil ettiğini iddia eden kişinin işverenin çalışanının olmaması ya da işveren adına katılan çalışanın yazılı yetki belgesindeki imzanın işverene ait olmaması durumları yetkisiz temsil olarak kabul edilmektedir.

Arabuluculuk sürecinde tarafların vekille temsil edildiği ve tarafın hazır bulunmadığı durumlarda işçinin avukatının, işverenin avukatının veya temsilcisinin geçerli bir temsil belgesinin olmasına dikkat etmek gerekir. Arabulucunun bu hususlara dikkat etmeden temsil yetkisine sahip olmayan taraflarla arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşma belgesi imzalaması halinde hem anlaşmanın geçersiz olmasına veya dava şartı yokluğu nedeniyle davanın reddine¹⁰⁰² hem de usulüne uygun olarak temsil edilen tarafın mağdur olması ve bundan dolayı arabulucunun görevi özenle yapmaması nedeniyle arabulucu hakkında disiplin hükümlerinin uygulanmasına neden olacaktır¹⁰⁰³. Arabulucunun, kötü niyetle yetkisiz temsilde¹⁰⁰⁴ bulunanın doğurabileceği zararlardan tarafı koruması gerektiğini düşünmekteyiz.

¹⁰⁰² Aksi yönde karar için bkz. Y. 9. Hukuk Dairesi T. 6.10.2021, E. 2021/9091, K.2021/13793 (www.lexpera.com.tr).

¹⁰⁰³ **Okur**, s.190.

¹⁰⁰⁴ Örneğin, avukatın taraf olmadan arabuluculuk görüşmelerine vekaletname olmaksızın katılması durumunda arabulucunun tarafı en azından telefonla araması gerektiğini düşünmekteyiz.

ee- Arabuluculuk Sürecinde Yapılan Anlaşmanın Kanunun Emredici Hükümlerine, Ahlaka, Kamu Düzenine, Kişilik Haklarına Aykırı veya Konusunun İmkânsız Olması

Arabuluculuk süreci sonunda yapılan anlaşmanın bir borçlar hukuku sözleşmesi olması itibariyle taraflar anlaşmanın içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyeceklerdir; ancak taraflar arabuluculuk süreci sonunda yapacakları anlaşmanın kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmaması ve konusunun imkânsız olmaması gerekir.

Arabuluculuk anlaşmasının öncelikle kanunun emredici hükümlerine aykırı olmaması gerekir. İş Hukukundaki kanuni düzenlemeler iş hukukunun nitelikleri gereği nispi emredici ve mutlak emredici hükümler olmak üzere ikiye ayrılır¹⁰⁰⁵. Mutlak emredici hükümler, işçi lehine bile olsa aksi kararlaştırılamayan normlar öngörür. Nispi emredici hükümler ise asgari normları belirleyen ve işçi lehine olmak kaydı ile değiştirilebilen kuralları belirler¹⁰⁰⁶.

Doktrinde arabuluculuk sürecinin bir yargılama süreci olmaması itibariyle yargılama sürecinde dikkate alınması gereken maddi hukuktaki emredici hükümlerin arabuluculuk sürecinde bağlayıcı olmayacağı görüşü ileri sürülmüştür¹⁰⁰⁷. Bu görüşü savunanlar arabuluculuk sürecinde, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesinde, özellikle iş uyuşmazlıklarında işçinin korunmasına yönelik olarak getirilen emredici hükümlere aykırı anlaşma yapıp yapılamayacağı konusunda yapacakları anlaşmanın hak temelli değil de menfaat temelli olması itibari ile, işçinin de hakları konusunda bilgi sahibi olduğu durumlarda emredici hükümlere aykırı anlaşmanın yapılabileceğini ileri sürmüşlerdir¹⁰⁰⁸. Doktrindeki diğer bir görüş ise kanundaki emredici düzenlemelere mutlak olarak

¹⁰⁰⁵ **Okur**, s.191; **Doğan Yenisey**, Emredici, s.55.

¹⁰⁰⁶ **Süzek**, s. 32-35; **Doğan Yenisey**, Emredici, s.75-76; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s.15; **Özdemir**, s.96-97; **Elbir**, s.291.

¹⁰⁰⁷ **Okur**, s.191; **Ocak vd.** s.11.

¹⁰⁰⁸ Emredici hükümlerle düzenlenen haklarla ilgili hak sahibinin feragatte bulunma hakkının da söz konusu olduğu; hakkından feragatte bulunabilecek tarafın emredici hüküm niteliğinde düzenlenen haklardan da menfaat temelli yapılan arabuluculuk anlaşmaları ile feragatte bulunup, menfaatine daha uygun gördüğü çözüm yolunu kabul etmesi mümkün olabileceği ve zaten, taraf hata, hile, ikrah, gabin durumlarının varlığı halinde arabuluculuk anlaşmasının iptalini talep edebilecektir. Bkz. **Okur**, s. 192-193.

uyulması gerektiğini aksi düzenlemeleri içeren arabuluculuk anlaşması hükümlerinin geçersiz sayılacağına ilişkindir¹⁰⁰⁹.

Kanaatimizce de iş mevzuatında özellikle emredici hükümlere ilişkin düzenlemelere aykırı olacak şekilde arabuluculuk sürecinde hazırlanan anlaşmaların hukuken geçersiz sayılmaları gerekmektedir.

ff- Arabuluculuk Sürecine Hâkim Olan Temel Kurallara Uyulmaması

Arabuluculuk sürecine hâkim olan temel ilkelere ve yasada öngörülen prosedüre uyulmadan arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşmanın geçersizliğinin arabuluculuk taraflarınca tespiti talep edilebilecektir. “*Tutanakta içeriğinden arabuluculuğa kimin hangi tarihte başvurduğu, anlaşmanın nerede ve ne şekilde sağlandığı konularının belirtilmediği..*” nedenleri le anlaşmanın geçersiz sayıldığı durumlar bulunmaktadır¹⁰¹⁰.

Aksi yöndeki kararda “Arabulucu bir hakim veya hakem; arabuluculuk faaliyeti ise bir yargılama değildir. Arabuluculuk faaliyetinin sonunda, tarafların anlaşması halinde hazırlanacak olan anlaşma tutanağı, elbette çelişkiden uzak olmalı; tarafların hak ve yükümlülükleri ile ortadan kaldırılan uyuşmazlığı açık ve net şekilde ortaya koymalıdır. Tarafların aralarındaki uyuşmazlıkta herhangi bir hususta anlaşmamış olmaları halinde ise, hazırlanacak olan tutanağın kararda belirtildiği şekilde ayrıntılı olmasına ihtiyaç olmadığı gibi, arabulucunun bu hususları araştırıp, bulup, tutanağa yazma yükümlülüğü de söz konusu değildir. Tutanağın yeterli olmadığı, bu sebeple de dava şartının gerçekleşmemiş olması sebebiyle davanın reddedilmesi yönünde bir yaklaşım, yukarda belirtilen Anayasa m.36 hükmüne göre açıkça aykırılık oluşturmaktadır. Tarafların İş Mahkemeleri Kanunu md.3 hükmündeki yükümlülüğü yerine getirmiş olmaları yeterlidir”¹⁰¹¹ belirtilmiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin kararında¹⁰¹² arabulucunun taraflara ulaşma ve toplantıya davet etme sorumluluğunu usulünce yerine getirmeden arabuluculuk

¹⁰⁰⁹ İşe iade anlaşmalarında işe başlatmama tazminatının kanundaki düzenlemenin aksi olarak gerçekleştirilemeyeceği hakkında Bkz. **Kar**, s.420; **Çil**, s.52.

¹⁰¹⁰ Y.9.Hukuk Dairesi, T. 08.12.2016, E. 2016/25300, K.2016/21744 (www.lexpera.com.tr).

¹⁰¹¹ Bursa BAM 3. Hukuk Dairesi, T.18/02/2019, E.2019/118, K.2019/249 (www.lexpera.com.tr).

¹⁰¹² Y. 9. Hukuk Dairesi T.26.04.2022, E.2022/3398, K.2022/5294(www.lexpera.com.tr).

faaliyetini sonlandırması halinde dahi İMK’da öngörülen arabuluculuk dava şartının gerçekleşmiş sayılacağı kabul edilmektedir.

Arbuluculuk sürecine hakim olan temel ilkelerin daha açık şekilde belirtilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Kanun koyucu tarafları koruyacak düzeyde arabulucunun sorumluluğunu ya da sorumsuzluğunu ortaya koyan düzenlemeler yapılmalıdır.

b- Anlaşma Belgesinin İptal Edilebilirliği

aa- Genel Olarak

Mevzuata uygun olarak yürütülen bir arabuluculuk süreci sonucunda ortaya çıkan anlaşma belgesine kanun koyucunun bağlamış olduğu dava açma yasağının, kötü niyetli değerlendirilmesine, etik ilkelere ve dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanıldığına da rastlanabilmekte ve bunun sonucu olarak da aşırı yararlanma ve irade bozukluklarına ilişkin iddialar ortaya çıkabilmektedir. Söz konusu durumlarda, taraflar TBK md. 28’de düzenlenmiş bulunan aşırı yararlanma ve md. 30 ve 39 arasında düzenlenmiş bulunan irade bozuklukları hallerini (yanılma, aldatma ve korkutma) ileri sürebileceklerdir¹⁰¹³.

Anayasa Mahkemesi de HUAK’ın bazı maddelerini iptali için açılmış olan davada vermiş olduğu kararda¹⁰¹⁴ arabuluculuk faaliyeti sonucunda imzalanmış olan anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi hususunda yanılma, aldatma ve korkutma gibi irade bozuklukları hallerinin ileri sürülebileceğini açıkça belirtmiştir¹⁰¹⁵.

Bazı olumsuz uygulamalar; örneğin, işverenlerce işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesi sürecinde, işyerlerine işverence tercih edilen bir arabulucunun davet edilmesi ve işten çıkarılan işçiye içeriğini ve sonuçlarını bilmediği, arabulucunun da imzasını içeren anlaşma belgesinin fesih tarihinde işyerinde imzalatılması, işverence ihtiyari arabuluculuk devreye sokularak gerçek bir arabuluculuk süreci işletilmeksizin, bir anlaşma belgesinin işçiye imzalatılarak sonradan dava açılmasının önüne geçilmesi ya da fesih işlemleri aşamasında, işverenin sürekli olarak işçilerini kendisinin belirlediği arabulucu bürolarına göndermesi ve belirli ödemelerin yapılabilmesi için o bürolardaki anlaşma belgelerinin imzalanmasını talep etmesi şeklinde karşımıza çıkabilmektedir.

¹⁰¹³Keser, s.538; Heper, s.38.

¹⁰¹⁴Anayasa Mahkemesi, 2012/94, 10.07.2013, RG 25.01.2014/28893.

¹⁰¹⁵Keser, s.526; Akkan, s. 22; Kazmaz Tepe, Büşra, “Arbuluculuk Anlaşma Belgesine İlişkin İcra Edilebilirlik Şerhi Taleplerinde Yargılama Usulü”, Noterler Birliği Dergisi, 2018, s.42.

İşçiler sürecin arabuluculuk süreci olduğunu ve imzaladığı belgenin de, arabuluculuk faaliyeti sonucunda imzalanan arabuluculuk anlaşma belgesi olduğunu anlamadan, dava açabilme hakkını kaybedebilmektedir.

Arbuluculuk faaliyeti sonucunda, anlaşma belgelerinin içeriğine bakıldığında, taraf çıkarlarının dengesizce bozulduğu, özellikle işçilerin avukatlarının yanında olmadığı durumlarda kanuni olarak sahip oldukları hakların çok altında olan meblağları içeren anlaşma belgelerine imza attıkları gözlenmektedir¹⁰¹⁶.

Aşırı yararlanmadan söz edebilmek için tarafların karşılıklı edimleri arasında açık bir orantısızlık olması ve bu orantısızlığın talepte bulunan tarafın zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir (TBK md.28). Bu durum, öncelikle karşı tarafa bildirilerek talepte bulunulacak, sonuç alınamaması durumunda da dava yoluna gidilerek anlaşma belgesine bağlı kalınarak edimler arasındaki orantısızlığın giderilmesi istenebilecektir¹⁰¹⁷.

Edimler arasındaki açık orantısızlık söz konusu olduğunda bunun somut tespitini yapmak kolay değildir. Yargıtay'ın hakkaniyet indirimi uygularken hakkın özüne zarar verilmemesi gerektiği yönündeki kararları bu anlamda yol gösterici olabilir¹⁰¹⁸. İşçinin hakkının %30'undan vazgeçmesini içeren anlaşma belgesi geçerli sayılabilir.

Doktrinde, *Çil*, Türkiye'de İş K.'ndan on aya kadar işsizlik ödeneği alınabileceği dikkate alındığında, birkaç yılı bulabilecek bir dava süreci yerine işçinin %50 oranında hakkından vazgeçtiği bir anlaşmanın aşırı yararlanma niteliğinde olmadığını ifade etmektedir¹⁰¹⁹. Alman hukukunda da iş sözleşmelerinde aşırı yararlanma için 2/3'lük bir sınırdan bahsedilmektedir; ancak bu oranın kesin sınırlar teşkil etmeyeceği vurgulanmalıdır¹⁰²⁰. Örneğin asgari ücret alacağının söz konusu olduğu bir uyuşmazlıkta,

¹⁰¹⁶ **Keser**, s. 525; **Tanrıver**, Hukuk Uyuşmazlıkları, s. 166.

¹⁰¹⁷ **Keser**, s. 527; **Özbek**, s. 512.

¹⁰¹⁸ Y.9. Hukuk Dairesi, T.08.11.2022, E.2022/11632; K.2022/14537; Y.9. Hukuk Dairesi, T.08.11.2022, E. 2022/ 13471, K. 2022/14540; Y.9. Hukuk Dairesi, T. 18.10.2022, E.2022/10260, K. 2022/12695. (www.uyap.gov.tr)

¹⁰¹⁹ **Çil**, Son Tutanak, s. 35.

¹⁰²⁰ **Armbrüster**, Christian, Münchener Kommentar zum BGB, 2018, s. 123; **Kocabaş**, Gediz, "Aşırı Yararlanmanın Şartları ve Aşırı Yararlanmaya Bağlı Sonuçlar", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 20, İstanbul 2014, s.115; **Kayırgan**, Hasan, İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Anlaşma Tutanaklarının İrade Fesadı Bağlamında Değerlendirilmesi, Arabuluculuğun Geleceği

asgari ücretin getirilme amacı dikkate alındığında, anlaşma belgesinde asgari ücretin altında bir tutara anlaşılabilmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilir¹⁰²¹.

Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı'na hazırlanan Arabulucular Etik Kuralları md. 2/4 uyarınca arabulucunun gerekli ve uygun olduğunda tarafların aydınlanmış iradeyle seçim yapmalarına yardımcı olmak üzere uzmanlara danışmalarının önemini taraflara hatırlatması ve bu konuda tarafları bilgilendirmesi gerekmektedir. Md. 5/8 uyarınca, arabuluculuk sürecinde taraflardan biri uyuşmazlık konularını ve uyuşmazlık çözümünü anlamakta güçlük çekerse veya sürece katılımı zorluklar yaşanırsa arabulucu tarafın arabuluculuğa katılımı, arabuluculuğu anlaması ve kendi kararını verebilmesi için hukuki yardım almasını önermek de dahil olmak üzere öneriler getirmeli, gerekiyorsa arabuluculuğu sonlandırmalıdır¹⁰²².

İrade fesadı halleri dava açma yasağının istisnalarındandır ve irade fesadına dayalı iddiaların somut ve kesin delillerle ortaya konulması gerekmektedir¹⁰²³. İşçiye bilgi verilmeksizin ihtiyari arabuluculuk sürecinin başlatılması, işyerine çağırılmış arabulucunun işçiye bilgi vermeksizin, imzalayacağı belgenin niteliğini ve imzalamasının sonuçları açıklanmaksızın, anlaşma belgesini imzalatırması; işçinin arabulucunun ofisine gönderilerek imza atmasının istenmesi halleri ya da işverence işçiye taahhüt edilen ancak anlaşma belgesine yazılmayan bir hususa güvenerek işçinin anlaşma belgesini imzaladığı ve taahhüdün ispat edilmesi durumları hile olarak değerlendirilebilecektir¹⁰²⁴.

Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı, (Ed.) **Yeşilirmak**, Ali/ **Gümrükçüoğlu Bozkurt**, Yeliz/ **Kafalı**, Ömer Faruk/ **Yakacak**, Gülnihal Ahter/ **Dülger**, Ahmet, İstanbul 2021, s.73

¹⁰²¹**Engin**, Enver Murat, “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri – 2017”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2017 Yılı Toplantıları, I. Oturum, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2018, s. 154; **Keser**, s. 527.

¹⁰²²<https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1512021075717T%C3%BCrkiye%20%20Arabulucular%20%20Etik%20Kurallar%C4%B1.pdf>, (E.T. 11.03.2021).

¹⁰²³ Bursa BAM, 3. Hukuk Dairesi, T. 05.04.2019, E.2019/4550 K.2019/812;; Ankara BAM, T.24.10.2019, E.2019/2895, K.2019/2493; “...Davacın taraf arabuluculuk tutanağına ilişkin bir arabuluculuk faaliyetinin bulunmadığını, muhasebede bir kısım evrakların imzalandığını, iradesinin fesada uğratıldığını belirterek bu iddialarını ispatlayabilmek için deliller sunduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece davacı tarafça sunulan deliller toplanmadan ve davacının iradesinin fesada uğrayıp uğramadığı hususu araştırılmaksızın eksik inceleme ile yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Bkz. Y. 9 H. D., T.03.11.2020, E.2020/5958 K.2020/14477 (www.lexpera.com.tr) .

¹⁰²⁴Y. 9 Hukuk Dairesi, 25.12.1988, E. 1988/7737, K.1988/11393; Bkz. **Keser**, s. 528. “Davacın taraf arabuluculuk tutanağına ilişkin bir arabuluculuk faaliyetinin bulunmadığını, muhasebede bir kısım evrakların imzalandığını, iradesinin fesada uğratıldığını belirterek bu iddialarını ispatlayabilmek için deliller sunduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece davacı tarafça sunulan deliller toplanmadan ve davacının iradesinin fesada uğrayıp uğramadığı hususu araştırılmaksızın eksik inceleme ile yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...Kabule göre de davacının dava dilekçesinde hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil alacaklarını da talep ettiği, arabuluculuk sonuç tutanağında

Arabulucular Etik Kuralları md. 4’de arabulucu ile taraflar arasında herhangi bir menfaat ilişkisi veya menfaat çatışması bulunmaması gerektiği belirtilmiştir. Arabulucu tarafından makul koşullarda bilinebilecek menfaat ilişkisi ya da menfaat çatışmasının varlığı en kısa sürede taraflara bildirilmelidir. Arabulucunun aynı zamanda diğer tarafın avukatı olduğu hususunda uyuşmazlığın diğer tarafını özellikle ve açıkça bilgilendirildiğinin ve buna rağmen arabuluculuk görüşmelerine devam etmek istendiğinin ispatı gerekir¹⁰²⁵.

Arabulucunun tarafsızlığından şüphe duyulmasını gerektiren önemli hal ve şartların varlığı nedeniyle, iptali istenen anlaşma belgelerinin HUAK md.18 anlamında anlaşma belgesi olarak kabul edilmeyeceklerini ifade eden yargı kararlarında anlaşma belgesinin içeriğinden arabuluculuğa kimin hangi tarihte başvurduğunun anlaşılmaması; işçinin başvurusu ve haberi olmadan düzenlenen anlaşma belgesinin varlığı; işverenin avukatının işçiye bilgi vermeksizin arabulucu olarak görev yapması; usulüne uygun arabuluculuk başvurusunun ve görüşmesinin yapılmaması, anlaşma belgesinin şirket idare binasında fesih tarihinde imzalatılması; tutanakların daha önceden hazırlanıp işçilerin sadece isimlerinin değiştirilmiş olması, arabulucunun tüm konaklama masraflarının ve giderlerinin işverence karşılanmış olması, arabuluculuk görüşmesinde gizlilik gibi hiçbir ilkeye riayet edilmemiş olmasını ve Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin altında işlem yapılması gibi ifadeleri yer almaktadır¹⁰²⁶.

Mevzuata uygun bir arabuluculuk görüşmesi sonucu imzalanan anlaşma belgesine yönelik aldatma/hile iddiaları ile karşılaşılması için, arabuluculuk görüşmelerinde arabulucunun açılış konuşmasını, süreçle ilgili bilgilendirmeyi yapması; işçilere avukatlardan ya da üçüncü kişilerden hukuki yardım alabileceklerini bildirmesi; arabulucunun tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hal ve durumun varlığı halinde tarafları mutlaka bilgilendirmesi bu duruma ilişkin yazılı onaylarını alması; arabuluculuk görüşmelerinin işyeri dışında arabulucunun ofisinde ya da arabuluculuk merkezlerinde yapması; anlaşma belgesinin niteliği ve hukuki sonuçlarını

uyuşmazlığa konu alacaklar arasında bu alacakların bulunmadığı anlaşıldığından, bu alacaklar bakımından esasın değerlendirme yapılması gerekir.” Bkz. Y. 9. Hukuk Dairesi T. 03.11.2020, E.2020/5958, K. 2020/14477 (www.lexpera.com.tr).

¹⁰²⁵ Y. 9 Hukuk Dairesi, T.11.06.2019, E.2019/3694 K.2019/13040 (www.lexpera.com.tr); **Erdem**, s. 122.

¹⁰²⁶ Yargıtay 9 Hukuk Dairesi, T.08.12.2016, E.2016/25300 K2016/21744; İzmir BAM, 9. Hukuk Dairesi, T. 21.10.2019 E.2019/2343 K.2019/1223; Anadolu 24 İş Mahkemesi, T.09.01.2020, E.2020/215, K.2020/762 (www.lexpera.com.tr).

tarafra izah etmesi ve son olarak Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesine aykırı biçimde arabuluculuk ücreti tespiti yapmaması ve bu sayılan durumların belgelendirilmesi gerekmektedir¹⁰²⁷.

İbranamelere yönelik olarak belirlenen irade sakatlıklarının bir yıllık hak düşürücü süre dışında ileri sürülemeyeceğini kıyasen kabul etmenin¹⁰²⁸, iş hukukunun kendine özgü kuralları çerçevesinde haksız sonuçlara yol açabileceği görüşü¹⁰²⁹ burada da geçerli olabilecek, ancak TBK m.39/2’de yer alan, aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin bir yıl içinde bildirim yapmamak suretiyle onanmış sayılması halinin, tazminat hakkını ortadan kaldırmayacağı düzenlemesi haksız sonuçları en az seviyeye indirebilecektir.

bb. İrade Fesadı Halleri

Arabuluculuk sürecindeki anlaşma tarafların karşılıklı iradeleriyle oluşturdukları borçlar hukukuna tabi bir sözleşme olup, bir maddi hukuk işlemi olması nedeni ile, koşulları varsa anlaşma yanılma, aldatma veya korkutma gibi irade fesadı hallerinin varlığında TBK hükümlerine göre iptali talep edilebilir¹⁰³⁰. Benzer şekilde arabuluculuk sürecindeki anlaşmanın aşırı yararlanma (gabin) nedeni ile de iptali talep edilebilir¹⁰³¹.

Yanılma, aldatma ya da korkutma sonucunda taraflardan her biri, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutulmanın etkisi kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirerek, sözleşmenin iptal edilmesini talep edebilecektir. TBK md.39 gereği, arabuluculuk sürecinde yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutulmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı

¹⁰²⁷**Keser**, s. 535.

¹⁰²⁸**Turanboy**, Kürşat Nuri, İbra Sözleşmesi İstanbul 1998, s. 75; **Şengül**, Mehmet, “İbranamenin Hukuki Niteliği, Kapsamı ve Geçerliliğinin Koşulları”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.3(10), 2006, s. 597, 598; Y. 9 Hukuk Dairesi T.18.01.2006, E.2006/12120, K.2006/445 (www.lexpera.com.tr).

¹⁰²⁹**Çil**, Şahin, İş Hukukunda İbra Sözleşmesi İstanbul, 2007, s.30; **Keser**, s. 540.

¹⁰³⁰ **Okur**, s.194; **Taşpolat Tuğsavul**, s.198; Karşılaştırma için Bkz. **Alangoya**, Yavuz, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973, s.193; **Özbek**, s.819; **Odaman**, s.1762.

¹⁰³¹ **Okur**, s.194; **Çil**, s.49; **Baş**, Seda “6325 Sayılı Kanun ile Öngörülen Dava Açma Yasağının Bir İstisnası Olarak Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.13(1), 2022, s.182-183.

olmadığını bildirip, verdiği şeyi geri isteyebilecek, aksi durumda sözleşmeyi onamış sayılacaktır¹⁰³².

Aldatma sonucu arabuluculuk sürecinde anlaşma imzalayan taraf söz konusu anlaşmanın iptalini talep edebilecektir. Arabuluculuk sürecindeki anlaşmanın taraflardan birinin aldatılması sonucu imzalanması ihtimalinde, anlaşmanın hukuki geçerliliği bakımından anlaşmanın imzalanmasında hile yapanın arabulucu olması ile arabuluculuk sürecindeki karşı tarafın olması arasında ayırım yapmak gerekir.

Arabuluculuk sürecindeki anlaşmanın taraflardan birinin diğer tarafı aldatması sonucu yapılması halinde, aldatılan taraf yapılan arabuluculuk sürecindeki anlaşmayla bağlı değildir. Aldatmanın sözleşmenin yapılmasında esaslı olup olmadığının bir önemi yoktur (TBK md.36/1). Bu ihtimalde aldatılan tarafın, aldatıldığını öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmesi veya verdiği şeyi geri istemesi gerekir, aksi durumda sözleşme onaylanmış sayılır (TBK md.39/1).

Arabuluculuk sürecindeki anlaşmada, taraflardan birinin arabulucu tarafından aldatılmasında arabulucu üçüncü kişi konumunda olup, arabulucunun aldatması sonucu anlaşmayı yapan taraf, arabuluculuk sürecindeki anlaşmanın yapıldığı sırada arabulucunun karşı tarafa ilişkin yaptığı aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması halinde, aldatılan taraf anlaşma ile bağlı olmayacaktır (TBK md.36/2).

Arabuluculuk sürecinde aldatılmayan karşı tarafın arabulucunun aldatma işlemini biliyor ve bilebilecek durumda olması ya da aldatma işleminin arabulucu ile tarafın dayanışması sonucu yapılması durumunda (arabulucunun karşı tarafa verdiği yanlış bilgiyi taraf duyduğu ve bildiği halde bu konuda sessiz kalarak karşı tarafın aldatılmasına sebebiyet vermesi ihtimalinde), tarafın aldatma işlemini bilecek durumda olduğunun kabul edilmesi gerekecektir. Bu ihtimalde, aldatılan taraf, aldatıldığını öğrendiği tarihten

¹⁰³² “Davacı pasaportuna el konulması nedeniyle arabuluculuk tutanağını imzaladığı ve arabuluculuk görüşmesinin kanunun emredici kurallarına, kamu düzenine, ahlaka ve müvekkilin kişilik haklarına aykırı olduğunu iddiasında bulunduğu, buna göre davacının Türk Borçlar Hukuku 37. Maddesi kapsamında korkutma sonucu arabuluculuk tutanağını imzaladığı anlaşılmaktadır. Aynı kanunun 39. Maddesinde korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan itibaren bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez ise sözleşmeyi onamış sayılacağına düzenlendiği anlaşılmaktadır. Davacının kendi beyanına göre de pasaportunun arabuluculuk tutanağını imzalaması sonrası kendisine verildiği ve dosya kapsamında bulunan Türkiye’ye giriş çıkış kayıtlarına göre davacının 02.11.2018 tarihinde Türkiye’ye giriş yaptığı sabittir. Arabuluculuk tutanağının iptaline ilişkin iş bu dava 02.03.2020 tarihinde açılmış olup Kanunda öngörülen bir yıllık hak düşürücü sürenin geçtiği anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca arabuluculuk tutanağının iptali talebinin reddine” Bkz. Y. 9. Hukuk Dairesi T.07/12/2021, E.2021/5860, K.2021/16271 (www.lexpera.com.tr).

itibaren bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmesi veya verdiği şeyi istemesi gerekir, aksi durumda sözleşme onaylanmış sayılır.

Arabulucunun arabuluculuk sürecindeki anlaşmada tarafların birini aldatılması ve karşı tarafın arabulucunun aldatma işlemini bilmemesi veya bilemeyecek durumda olması ihtimalinde, anlaşma hukuken geçerli olacak, ancak burada arabulucunun hukuki ve cezai sorumluluğu yoluna gidilecektir. Arabuluculuk sürecindeki anlaşmanın arabulucunun her iki tarafa verdiği yanlış bilgiler sonucu imzalaması durumunda, her iki tarafın da arabuluculuk anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmesi mümkündür.

cc- Aşırı Yararlanma

Aşırı yararlanma (gabin), taraflardan birinin zayıf konumunu kullanarak edim ve karşı edim arasında açık oransızlık oluşması suretiyle diğer tarafın sözleşmeden aşırı yarar sağlama durumudur¹⁰³³. Dava şartı arabuluculukta ilerde açılacak davaların büyük bölümünün arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşmanın aşırı yararlanma nedeniyle iptaline ilişkin olacağı beklenilmektedir¹⁰³⁴. Arabuluculuk sürecinde taraflar arasında yapılacak anlaşma her ne kadar hak temelli değil de menfaat temelli yapılan bir anlaşma ise de tarafların talep edebilecekleri haklar ile menfaat temelli anlaşmaları haklar arasında büyük bir farklılık olmaması gerekecektir. HUAK md.9/3 ve HUAK Yönetmelik md.11/4 ve md.20/3 uyarınca arabuluculuk sürecinde arabulucunun taraflar arasındaki eşitliği gözetmesi arabuluculuk faaliyetinin başında, tarafları arabuluculuk esasları, süreci ve sonuçları ve arabuluculuk süreci sonunda düzenlenecek anlaşma belgesi ile belgenin icra edilebilirliği hakkında gerektiği gibi aydınlatmayı yapması HUAK md.11 ve HUAK Yönetmelik md.13 uyarınca arabuluculuk sürecinde tarafların eşit olması ve arabuluculuk süreci sonunda yapılan anlaşmanın hukuki niteliği konusunda tarafları bilgilendirmesi gerekir¹⁰³⁵. Özellikle işçinin zor durumda kalmasından, düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle işçiye arabuluculuk sürecinde sembolik ya da

¹⁰³³ Eren, s.452; Oğuzman/Öz, s.118; Heper, s.37.

¹⁰³⁴ Heper, s.37.

¹⁰³⁵ “Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen son tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına tarafların karar vereceği ancak arabulucunun bu tutanak ve sonuçları konusunda taraflara gerekli açıklamaları yapacağı belirtilmiştir. Şu hale göre son tutanağın tarafların beyanına göre oluşturulması asıl ise de arabulucunun tutanağın içeriği ve düzenleme şekli konusunda tarafları bilgilendirmesi de gerekir.” Bkz. Y. 9. Hukuk Dairesi T. 14/09/2020, E.2020/5349, K.2020/7421 (www.lexpera.com.tr).

talep edebileceği hakların çok altında bir rakam ile anlaşma imzalatılarak daha sonra anlaşma yapılan hususlarda dava açılmasının engellenmeye çalışıldığı durumlarda, işçi TBK md.28 uyarınca yapılan anlaşmanın aşırı yararlanma nedeni ile iptalini talep edebilecektir. İşçi anlaşmanın iptaline ilişkin bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her halde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir¹⁰³⁶.

C-Son Tutanak

1-Anlaşma ve Anlaşamama Durumunda Son Tutanak

Arabuluculuk faaliyeti ne şekilde sonuçlanırsa sonuçlansın arabuluculuk faaliyeti tamamlanmış olacaktır. Arabulucu bu durumu bir tutanakla tespit ederek süreci sonlandırır. Bu tutanak HUAK Yönetmelik md. 2, 11 ve 17 uyarınca son tutanak olarak ifade edilmektedir.

Dava şartı arabuluculuk sürecinin sonunda düzenlenecek son tutanak ve anlaşma belgesinde, anlaşma ve anlaşmama son tutanağı olarak da ifade edilebilir, uyuşmazlığın taraflarının, uyuşmazlık konularının üzerinde anlaşılan ve anlaşılmayan konuların açık ve net olarak belirtilmesi gereklidir. Düzenlenecek olan son tutanak, taraflar bakımından dava şartı arabuluculuğu sağlar¹⁰³⁷.

HUAK Yönetmelik md.20’de arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığının arabulucu tarafından düzenlenecek olan son tutanak ile belirlenebileceği; bu tutanağın arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanacağı, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanmazsa, sebebi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanabileceği belirtilmiştir. HUAK md. 18 uyarınca taraflar ve/veya vekilleri ile arabulucunun imzasını taşıyan bir anlaşma olmaksızın, sadece taraflar veya vekillerinin imzasını taşıyan bir anlaşma dava açılmasını engellemeyecektir. Sicile kayıtlı arabulucunun imzasının, dava açma yasağını sağlayan, resmi bir makamın

¹⁰³⁶ Konuya ilişkin daha ayrıntılı inceleme için bkz. **Okur**, s.196; **Çil**, s.49.

¹⁰³⁷ **Koçyiğit**, İlker/**Bulur**, Alper, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara 2019, s.57; **Köme Akpulat**, s. 38; **Çil**, Son Tutanak, s.30.

tamamlayıcı fiili olduğu kabul edilebilir¹⁰³⁸. Son tutanak elektronik imza ile de imzalanabilir¹⁰³⁹.

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir. Arabulucu son tutanak ve sonuçları konusunda taraflara gerekli açıklamaları yapar ve taraflar hazır değilse her türlü iletişim vasıtasını kullanarak hazır bulunmayan tarafları bilgilendirir¹⁰⁴⁰. Son tutanağın tarafların beyanına göre oluşturulması asıl ise de arabulucunun görevleri arasında tutanağın içeriği ve düzenleme şekli konusunda tarafları bilgilendirme bulunmaktadır¹⁰⁴¹. Buna ilaveten, uyuşmazlığın asıl tarafının arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen tutanak hakkında bilgilendirilmesi konusunda arabulucunun yükümlülüğü bulunmaktadır.

Arabuluculuk sonunda düzenlenen tutanak tüm tereddütleri ve yersiz tartışmaları bertaraf edici nitelikte olmalıdır. Varılan anlaşmada anlaşılan hususların kalem kalem sayılması yanında her bir kalem karşılığında ödenen bedelin de belirtilmesi gerekir;

¹⁰³⁸ **Keser**, s. 522; Arabulucunun imzası olmadan anlaşma belgesi HUAK md.18/1 anlamında anlaşma belgesi olarak nitelendirilemeyecek ve HUAK md.18/2 anlamında icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebine konu edilemeyecektir. Bkz. **Kıyak**, s.530; **Göksu**, Dispute Resolution, s.284.

¹⁰³⁹ 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu 5. maddesi uyarınca güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurur. Bkz. İstanbul BAM 13. Hukuk Dairesi, T.06.11.2019, E.2019/2139, K.2019/1551; Arabulucu UYAP sistemi üzerinden son tutanağa ilgili herkesin erişebilmesini sağlamak için gerekli işlemleri yapmalıdır. UYAP sisteminden son tutanağa erişilebiliyorsa ayrıca tutanak aslının sunulmaması davanın usulden reddine yol açamaz. Bkz. İstanbul BAM, 31. Hukuk Dairesi, T. 21.05.2019, E. 2019/ 1441, K.2019/1299; "...Somut olayda, İlk Derece Mahkemesince davacı vekiline Mahkememizce 01/10/2029 tarihli celsede verilen kesin süreye rağmen arabuluculuk son tutanağının aslının veya arabulucu tarafından onaylanmış örneğini sunmamış olduğu belirtilerek davanın usulden reddine karar verilmişse de; davacı vekil tarafından 08.10.2019 tarihinde UYAP üzerinden arabuluculuk son tutanağının aslının dosyaya gönderildiği anlaşılmaktadır. İlk Derece Mahkemesince UYAP kayıtları dikkate alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir"; . Y. 9. Hukuk Dairesi, T. 14.09.2020, E. 2020/5349, K. 2020/7421; "Davacı vekili tarafından, arabuluculuk son tutanağının aslı gibidir yapılarak dava dilekçesi ekinde dosya sunulmuş ve verilen süreye rağmen arabuluculuk tutanağı dosyaya sunulmamış ise de, arabuluculuk belgeleri ve son tutanağına UYAP sisteminde kayıtlı asıllarına erişilebilmek mümkündür. Ayrıca, 1136 sayılı Avukatlık Kanunun 56/2.maddesi halen yürürlükte olup, 6325 sayılı Yasanın 18/A maddesinin, 1136 sayılı Avukatlık Kanunun 56/2.maddesini ortadan kaldırmadığı açıktır. Bu durumda davacı tarafça, tarafların anlaşmaya varamadığına dair tutanağın aslının veya avukat tarafından "Aslı Gibidir" denilmek suretiyle onaylanmış suretinin dava dilekçesine eklenmesi yeterlidir." Bkz. İstanbul BAM. 43. Hukuk Dairesi, T.24.09.2020, E.2020/1673, K.2020/47; Aksi yönde Dava dilekçesi ekine arabuluculuk son tutanağının fotokopisinin davacı vekilince aslı gibidir yapılmak suretiyle sunulmasının kanunda öngörülen tutanağın aslı veya arabulucu tarafından onaylı örneğinin sunulması hükmünü karşılamadığı için davacı tarafa bir haftalık kesin süre verilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken davanın kabulü doğru olmamıştır." Bkz. İzmir BAM 9.Hukuk Dairesi, T. 12.04.2020, E. 2020/409, K. 2020/127. (www.lexpera.com.tr).

¹⁰⁴⁰ 28/3/2023 tarihli ve 7445 sayılı Kanunun 32. maddesiyle bu fıkra yer alan "yapar." ibaresi "yapar ve taraflar hazır değilse her türlü iletişim vasıtasını kullanarak hazır bulunmayan tarafları bilgilendirir." şeklinde değiştirilmiştir.

¹⁰⁴¹ **Koçyiğit/Yeşilkaya** s. 716; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T.07.05.2019, E.2019/3610, K. 2019/10073.

çünkü işçilik alacaklarının bazıları gelir vergisi ve sigorta prim kesintisine tabi iken bazıları sadece damga vergisi ile vergilendirilmektedir¹⁰⁴². Son tutanakta tarafların anlaştıkları ya da anlaşamadıkları alacak kalemleri tek tek belirtilmelidir. Yasal düzenlemeler gereği tutanağı düzenlemenin arabulucuya verilmiş bir görev olduğu bu nedenle tutanakte eksiklik olması durumunda bunun arabulucu hatası olarak kabul edilmesi gerektiğine vurgu yapan yargı kararları mevcuttur¹⁰⁴³. Arabulucunun son tutanak içeriğinin dava şartını karşılayıp karşılamadığı noktasında tarafları bilgilendirme yükümlülüğünden de bahsedilmiştir¹⁰⁴⁴.

Mevzuatta arabuluculuk sürecine ilişkin taraf zararının tazminine ilişkin hükümler düzenlenmelidir. Mevzuata aykırı yürütülen ve sonuçlanan arabuluculuk süreci nedeniyle oluşan zararlardan ötürü arabulucunun şahsi sorumluluğuna gidilmesi, hakimlerin/avukatların sorumluluğunda olduğu gibi, devletin sorumluluğunun öngörülmesi veya arabulucular için mesleki sigorta zorunluluğu getirilerek zararların tazmini yoluna gidilebilir¹⁰⁴⁵.

Son tutanakte; arabuluculuk sürecinin başlama tarihi, sona erme tarihi, son tutanağın düzenlenme tarihi, hangi konuların müzakere edildiği, hangileri üzerinde anlaşıldığı, anlaşılmadığı, anlaşma sağlanan konulara ilişkin ödenecek tutarların net mi brüt mü olduğu, vergi ya da kesintilerden kimin sorumlu olacağı, faiz talep edilip edilmediği, faiz talep ediliyorsa faiz türü ve faiz başlangıcı belirtilmelidir¹⁰⁴⁶. Arabuluculuk ücreti ile masrafların paylaşımı ve tarafların avukatla temsili halinde avukatlık ücreti gibi konular da tutanakte yer alabilir.

Çil'e göre son tutanakte hangi alacak ve tazminat için ne miktarda anlaşıldığı tek tek belirtilmelidir. Anlaşılan miktarın brüt ya da net olduğu da açıkça belirtilmelidir. Anlaşılan miktar brüt ise kesilmesi gereken vergiler ödeme anında kesilmeli ve alacaklıya

¹⁰⁴² Bursa BAM 3. Hukuk Dairesi, T.18.02.2019, E. 2019/118, K. 2019/249.

¹⁰⁴³ Y. 9. Hukuk Dairesi, T.07.05.2019, E. 2019/3610, K. 2019/10073, Y. 22. Hukuk Dairesi, T.12.12.2019, E. 2019/8668, K.2019/23121; Y. 9.Hukuk Dairesi, T.10.09.2019, E.2019/3608, K.2019/15523 (www.lexpera.com.tr).

¹⁰⁴⁴ İstanbul BAM 41. Hukuk Dairesi, T. 24/10.2019, E. 2019/2705, K. 2019/117 (www.lexpera.com.tr).

¹⁰⁴⁵ *Çil*, Son Tutanak, s.35.

¹⁰⁴⁶ **Koçyiğit/Yeşilkaya**, s. 719,720. Ankara BAM 8. Hukuk Dairesi T.13.12.2019, E.2019/2686, K.2019/3067 kararında açıkça belirtilmediğinde miktarın brüt olarak değerlendirilmesi gerektiği hükmüne bağlanmıştır.

net olarak ödenmelidir¹⁰⁴⁷. Örneğin, kıdem tazminatı sadece damga vergisine tabidir. İhbar tazminatı gelir ve damga vergisine tabidir. Fazla çalışma ücretinden gelir ve damga vergisi yanında sigorta primleri de kesilmelidir. İşe başlatmama tazminatı damga vergisine tabidir. Boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar gelir vergisi, damga vergisi ile sigorta primlerine tabidir. Son tutanakta kararlaştırılan miktarın brüt ya da net olduğu belirtilmemişse brüt olduğu kabul edilmeli¹⁰⁴⁸ ve kesintiler ödeme anında yapılmalıdır. Son tutanaktaki miktarların brüt mü net mi olduğu konusunda bir uyuşmazlık çıktığında bu uyuşmazlığın ayrı bir dava ile çözülmesi gerektiğini belirten yargı kararı da mevcuttur¹⁰⁴⁹.

Canbolat'a göre son tutanakta yer alacak hususlar taraflarca üzerinde müzakere edilen konulardır. Tarafların anlaştığı alacak kalemlerinin ismen belirtilmesi gereklidir. Anlaşılan alacak miktarlarının belirtildiği ayrı bir anlaşma belgesi düzenlenmesi gizliliğin korunması amacına hizmet eder¹⁰⁵⁰.

Kanaatimizce, son tutanakta üzerinde anlaşılan alacak, tazminat kalemleri ve miktarlarının belirtilmesi daha sonra açılacak davalar bakımından kolaylık sağlar.

Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 18.06.2022 tarihli 2020/20 sayılı İşveren İşlemleri Genelgesi'nde¹⁰⁵¹ de anlaşma belgesi uyarınca sigortalı için verilmesi gereken asıl veya ek nitelikteki aylık prim ve hizmet belgelerinin arabuluculuk anlaşma belgesinin ilam niteliğini kazandığı tarihi takip eden ayın 23'üne kadar, Kuruma, e-sigorta kanalıyla

¹⁰⁴⁷ Çil, Son Tutanak, s. 32.

¹⁰⁴⁸ Aynı yönde karar; "Uyuşmazlık; arabuluculuk tutanağında anlaşıldığı belirtilen miktardan ödeme sırasında gelir vergisi ve damga vergisi kesintisi yapıp yapılamayacağı, bu kapsamda davacının bakiye alacak talep edip edemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Tarafların 12/07/2018 tarihli arabuluculuk son tutanağında, davacının kısa çalışma prim ve fazla mesai alacağı olarak arabuluculuk başvuru tarihinden geriye dönük 5 yıllık alacak için 29.000 TL üzerinden anlaşmaya vardıkları ancak miktarın net mi brüt mü olduğunun belirtilmediği, açıkça net olduğu belirtilmediğinden kararlaştırılan miktarın brüt olarak değerlendirilmesi gerektiği ve kesintilerin infaz sırasında dikkate alınacağı." Bkz. Ankara BAM 8. Hukuk Dairesi, T.13.12.2019, E.2019/2686, K.2019/3067 (www.lexpera.com.tr).

¹⁰⁴⁹ Sakarya BAM 9. Hukuk Dairesi, T. 23.01.2019, E. 2019/245, K.2019/118. **Ekmekçi vd.**, s. 237'den naklen;

¹⁰⁵⁰ **Canbolat**, Talat, Son Tutanak ve Anlaşma Belgesine İlişkin Kısa Değerlendirme, bkz. [https://www.linkedin.com/search/results/content/?heroEntityKey=urn%3Ali%3Afsd_profile%3AACoAA_Aou0y0BRuPQvhFR1MTnVq_J08eEw9OURIw&keywords=talat%20canbolat&page=6&position=0&searchId=a135260e-84e5-4535-8bfa-12616215ba88&sid=Cc\(&update=urn%3Ali%3Afs_updateV2%3A\(urn%3Ali%3Aactivity%3A6998318799875661824%2CBLENDED_SEARCH_FEED%2CEMPTY%2CDEFAULT%2Cfalse\)\(E.T.:12.03.2023\).](https://www.linkedin.com/search/results/content/?heroEntityKey=urn%3Ali%3Afsd_profile%3AACoAA_Aou0y0BRuPQvhFR1MTnVq_J08eEw9OURIw&keywords=talat%20canbolat&page=6&position=0&searchId=a135260e-84e5-4535-8bfa-12616215ba88&sid=Cc(&update=urn%3Ali%3Afs_updateV2%3A(urn%3Ali%3Aactivity%3A6998318799875661824%2CBLENDED_SEARCH_FEED%2CEMPTY%2CDEFAULT%2Cfalse)(E.T.:12.03.2023).)

¹⁰⁵¹ <https://www.alomaliye.com/wp-content/uploads/2020/06/sgk-genelgesi-2020-20.pdf> (E.T.:20.10.2022)

gönderilmesi veya kağıt ortamında verilmesi halinde yasal süresi içinde verilmiş kabul edileceği belirtilmiştir¹⁰⁵².

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu m.51 uyarınca kendi istek ve kusuru dışında işini kaybeden işçiye, fesih tarihini izleyen günden başlayarak otuz gün içinde şahsen veya elektronik ortamda İŞKUR’a yapacağı başvuruya istinaden ve hizmet akdinin feshinden önceki son üç yıl içinde en az altı yüz gün ve yine hizmet akdinin feshinden önce yüz yirmi gün sürekli çalışmış olması şartı ile işsizlik ödeneği bağlanmaktadır. Dava şartı arabuluculuk süreci sonunda düzenlenecek anlaşma belgesinin, işsizlik ödeneği bakımından önem arz ettiği nokta, işçinin fesih bildiriminin kuruma ne şekilde yapıldığı ile ilgilidir. Kurum kayıtlarında mevcut fesih nedeni, işçinin işsizlik ödeneğinden yararlanmasına engel olacak şekilde bildirilmiş olabilir. Dava şartı arabuluculuk süreci sonunda düzenlenecek olan son tutanakta iş sözleşmesinin işçinin kendi istek ve kusuru dolayısıyla sona ermiş olmadığı anlaşılıyorsa, tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren otuz gün içinde İŞKUR’a başvurulması halinde, işçiye işsizlik ödeneği bağlanmaktadır¹⁰⁵³.

Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü İşsizlik Sigortası Dairesi Başkanlığı 12.05.2022 tarihli yazısında “*Arabuluculuk tutanağı işçi tarafından Kurumumuza sunulmuş ise söz konusu tutanağın teyidi ile feshe ilişkin varsa başka belgelerin en seri şekilde gönderilmesinin işverenden talep edilmesi*” ibaresi yer almaktadır. Belirtilen yazı incelendiğinde, arabuluculuk anlaşma belgesinde feshin 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu md.51 kapsamında yapıldığı açıkça belirtilse bile, kurumun belgenin içeriğinin doğruluğunu araştıracağı ve işverenden her halükarda bilgi/belge isteyeceği anlaşılmaktadır¹⁰⁵⁴. Yazının lafzından arabuluculuk tutanağını işveren kuruma sunarsa, işverenden bilgi/belge istenmeyeceği anlamı da çıkmaktadır. İşsizlik ödeneği başvurularında bulunanların işçi olduğu düşünüldüğünde son tutanağı sunacak olanlar da

¹⁰⁵²**Kurt**, s. 438; **Bulut**, Mehmet, “İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamasının Sosyal Güvenlik İşlemlerine Etkisi ve Yaşanan Sorunlar”, Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Bildiri Özeti Kitabı, (Ed.) **Yeşilirmak**, Ali/**Gümrükçüoğlu Bozkurt**, Yeliz/**Kafalı**, Ömer Faruk/**Yakacak**, Gülnihal Ahter/ **Dülger** Ahmet, İstanbul 2020, s. 60.

¹⁰⁵³ Konuya ilişkin daha ayrıntılı inceleme için bkz. **Uzunkaya**, Cafer “Arabuluculuk Sistemi ve İşsizlik Sigortası Hizmetleri”, İnşaat Sanayii Dergisi, S.165, 2018, s.10; **Bulut**, s.72.

¹⁰⁵⁴ **Arslan Durmuş**, Seda, “Arabuluculuk Sürecinde Tarafların Anlaşması Halinde İşsizlik Ödeneğinden Yararlanma”, Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, S.2, 2022, s..1178.

işçiler olacaktır.¹⁰⁵⁵ Geçerli bir arabuluculuk faaliyeti sonucu hazırlanan son tutanak içeriğinden feshin işsizlik ödeneğine hak kazandıracak şekilde sona erdiği anlaşılıyor ise teyit için işverenden bilgi/belge istenmesine gerek olmadığı kanaatindeyiz.

2-İşe İade Talepli Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Son Tutanak

İşe iade talepli arabuluculuk faaliyeti sonunda son tutanağın geçerliliği için geçersiz feshin sonuçlarını düzenleyen İş K. md. 21'e İMK ile eklenen 7. fıkrasında yazan hususların eklenmesi gerekir. İşçinin işe başlatılma tarihi, işe iade çerçevesinde işçiye ödenecek ücret ve diğer haklar, işçinin çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar ödenecek olan doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ve işçinin işe başlatılmaması durumunda ödenmesi gereken tazminatın (dört ay ile sekiz ay arasında değişen miktarda) parasal miktarı hususlarının mutlaka metin içeriğinde belirtilmesi gerekir. Yer alması gereken bu hususlara yer verilmemesi durumunda, Kanun anlaşmanın sağlanamamış sayılacağını kabul ederek arabulucunun son tutanağı buna göre düzenleyeceğini belirtmiştir¹⁰⁵⁶.

İşçinin işe başlatılmasına ilişkin anlaşmada kararlaştırılacak geriye doğru ücretin fesih kararı ile anlaşmanın tamamlanması tarihine kadar geçen süreye ilişkin net giydirilmiş ücret tutarında olacağı ve işçinin anlaşmaya rağmen işe başlatılmaması halinde ödenmesi kararlaştırılacak tazminatın çıplak brüt dört aylık ücretten az ve çıplak brüt sekiz aylık ücretten fazla olmayacağını belirtmek mümkündür¹⁰⁵⁷.

Son tutanakta işçinin işe başlatılacağı tarih tam olarak belirtilmelidir. İşe başlama tarihi muğlak olamaz. İsteddiği zaman, birkaç hafta sonra gibi ifadeler kabul edilemez. Objektif olarak belirlenebilir bir tarih olması gerekir¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵⁵ 4447 sayılı Kanun md.51/1'de Kuruma süresi içinde şahsen başvurarak yeni bir iş almaya hazır olduklarını kaydettirenlerin işsizlik ödeneği almaya hak kazanacakları belirtilmektedir. Yargıtay kararlarında da sigortalının şahsen başvurması aranmakta ve avukat aracılığıyla yapılan başvuru şahsen başvuru olarak değerlendirilmemektedir. Bkz. Y. 10.HD., T. 20.06.2006; E. 2006/7506, K. 2006/9287; Y. 10.HD. T.03.05.2005; E.2005/2910; K.2005/4925 (www.lexpera.com.tr).

¹⁰⁵⁶ **Ekmekçi/Özekes/Atalı**, s.176.

¹⁰⁵⁷ **Kar**, Bektaş, İş Yargılaması Usulü, Ankara 2019, s.446.

¹⁰⁵⁸ **Çil**, Son Tutanak, s.32; **Ekmekçi vd.**, s.229.

İşçinin ihbar ve kıdem tazminatını içeren başvurusu durumunda işçinin eski işine başlatılması yönünde düzenlenen anlaşma tutanağı geçerlidir. İşe iade yönünde anlaşma tutanağının İş K. md.21/7'deki koşulları taşıması gerekir.

Uygulamada işe iade talepli arabuluculuk müzakereleri çoğunlukla işçinin işe başlatılmaması şeklinde sonuçlanmaktadır. İşçinin işe iade başvurusuna yönelik arabuluculuk görüşmelerinde işe başlatma yerine kıdem ve ihbar tazminatlarının ödenmesi konusunda anlaşmaya varılması durumunda işçi iki haftalık süresi içinde işe iade davası açabilecektir¹⁰⁵⁹. Tarafların arabulucu huzurunda anlaşmaları ancak işçinin belirlenen tarihte işe başlamaması halinde boşa geçen süreye ilişkin ücret alacağına ve iş güvencesi tazminatına hak kazanması mümkün olmamalıdır. İşçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması halinde fesih geçerli hale gelir ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur. Tarafların işe iadeye ilişkin arabuluculuk sürecinde iş güvencesi tazminatı ile boşa geçen süre ücret alacağı dışında, kıdem ve ihbar tazminatlarına ilişkin de görüşme yapmalarına herhangi bir engel olmadığı belirtilebilir. Buna ilişkin görüşme yapılmış ve anlaşma sağlanamamışsa, işçinin doğrudan dava açması mümkün olacaktır¹⁰⁶⁰.

İşe iade talebini içeren arabuluculuk görüşmelerinde işçinin işe başlatılmamasına, işe başlatmama tazminatı, boşa geçen süreye dair haklarının ödemesinin (ek bir ödeme tutarı da söz konusu olabilir) yapılmasına ilişkin bir anlaşma, işe iade başvurusu bakımından geçerli bir anlaşma tutanağı değildir. Taraflar işe başlama hususunda anlaşamadıklarında bu durumun sonuçları üzerinde anlaşmaya varabilirler. Bu durum işçinin işe iade davası açmasına engel oluşturmaz. Yasal hak düşürücü süre içinde bu haktan vazgeçme durumu yoktur. İşçi iki haftalık süre içinde işe iade davası açabilir. Mahkeme işe iade kararı verirse ve işçi işe başlatılırsa daha önce yapılan ödemelerin iadesi veya mahsubu gerekir¹⁰⁶¹.

Anlaşma belgesinde ya da son tutanakta işe iade davasından feragatin geçerli olup olmadığına ilişkin yargı kararları mevcuttur. Ankara BAM 8. Hukuk Dairesi'nin¹⁰⁶² ve

¹⁰⁵⁹ **Ekmekçi vd.**, s.228.

¹⁰⁶⁰ **Mutluay**, İşe İade, s.2140, 2142, 2144; **Çil**, Son Tutanak, s.28; **Ekmekçi vd.**, s. 228.

¹⁰⁶¹ **Mutluay**, İşe İade, s. 2144; **Çil**, Son Tutanak, s.29; **Ekmekçi vd.**, s. 228.

¹⁰⁶² Ankara BAM 8. Hukuk Dairesi, T. 30.12.2020, E. 2020/2958, K.2020/3320 (www.lexpera.com.tr).

Konya BAM 9. Hukuk Dairesi'nin¹⁰⁶³ kararları işçi işe iade talebinden ve işe iade sonucu ortaya çıkacak ücretlerden vazgeçtiğini belirtmiş olsa bile henüz doğmamış bir haktan feragatin mümkün olmaması nedeniyle henüz açılmamış işe iade davasından feragatin geçersiz olduğu, işe iade davası açılmayacağına yönelik beyanın henüz doğmamış bir haktan feragat olarak kabulünün telafisi imkansız zararlar doğuracağı ve hakkaniyete uygun olmayacağı doğrultusundadır. Ankara BAM 6. Hukuk Dairesi'nin 04.02.2020 tarihli kararında¹⁰⁶⁴ ise işçinin "...kanuna, bireysel iş sözleşmesine dayanan hiçbir isim ve nam altında alacağı kalmadığı, geçmişe dönük maddi ve manevi haklar ve işe iade davası dahil olmak üzere herhangi bir hak talebinde bulunmayacağı hususunda anlaşmışlardır." içerikli beyanıyla taraflar anlaştığı için HUAK md. 18/5 hükmüne göre, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağı nedeniyle davacının açmış olduğu işe iade davasının reddi gerekirken kabulünün hatalı olduğu belirtilmiştir.

Kanaatimizce, İş K. 21/son maddesi uyarınca feshin geçersizliği ve işe iade ile ilgili aynı maddenin 1. 2. ve 3. fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suret ile değiştirilemez. Aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir. Bu geçersizlik iş ilişkisi devam ederken veya dava açılmadan işe iade davasından feragat beyanı içeren sözleşmeleri de kapsamaktadır. Anlaşma belgesinde ya da son tutanakta işe iade davası açma hakkından feragat geçersiz sayılmalıdır.

Hak düşürücü sürelerle ilişkin tereddüt olması durumunda, aleyhine süre konulan kişi lehine yorumlanması gerektiği için, tutanağın düzenlenme tarihinin davalı vekilinin imza tarihi olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁰⁶⁵.

İşe iade davalarında fesih bildirimin tebliğinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurma zorunluluğunun yanında arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varılamaması durumunda son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılması gerekir. Bu tarihin son tutanağın

¹⁰⁶³ Konya BAM 9. Hukuk Dairesi, T. 15.12.2021, E. 2021/2879, K.2021/460 (www.lexpera.com.tr).

¹⁰⁶⁴ Ankara BAM 6. Hukuk Dairesi, T.04.02.2020, E..2019/4092, K. 2020/304 (www.lexpera.com.tr).

¹⁰⁶⁵ Ankara BAM 9. Hukuk Dairesi, T. 17.09.2019, E.2019/2485, K. 2019/1674 (www.lexpera.com.tr).

işçiye tebliğ tarihi olarak anlaşılması gerektiğini savunan yazarlar mevcuttur¹⁰⁶⁶. Aksi yönde görüş içeren yargı kararları mevcuttur. Son tutanakta belirtilen tarihte görüşmelerin anlaşmazlıkla sonuçlandığı ve bu tarihte arabuluculuk görüşmelerinin anlaşmazlıkla sonuçlandığını tarafların bildiği, bu nedenle düzenlenen son tutanağın ayrıca tebliğine gerek olmadığı, davanın, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren yasada öngörülen süre içerisinde açılması gerektiği bu kararlarda belirtilmiştir¹⁰⁶⁷.

Fikrimizce, son görüşmeye katılmayıp son tutanağın düzenlendiğinden habersiz olan işçinin iki haftalık dava açma süresini kaçırmaması mümkündür. İşçiye kolaylık sağlanmalıdır. İşe iade davası açmaya ilişkin iki haftalık sürenin başlangıç tarihinin kanunla daha açık bir şekilde belirlenmesi isabetli olurdu¹⁰⁶⁸.

XIII- Dava Şartı Arabuluculuğun Sona Ermesinin Hukuki Sonuçları

A- Dava Şartı Olarak Arabuluculuğun Sona Ermesinin Tarafların Dava Hakkına Etkisi

1-Arabuluculukta Tarafların Salt Anlaşamadıkları Hususlarda Dava Açabilmeleri

HUAK md.18/5’de yer alan düzenleme uyarınca; arabuluculuk sürecinde taraflar üzerinde anlaşmadıkları hukuki uyuşmazlık konuları ile ilgili dava şartı arabuluculuk gerçekleştiği için dava açabileceklerdir. İMK md.3/2’de yer alan açıklamaya göre,

¹⁰⁶⁶Narmanlioğlu, Ünal, “İş Kanunu’nun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.38, İstanbul 2017, s.17; Köme Akpulat, s. 389; Kurt, 434.

¹⁰⁶⁷Y. 9. Hukuk Dairesi, T.2.7.2019, E.2019/425, K. 2019/1919; Sakarya BAM 9. Hukuk Dairesi, T. 28.12.2021, E. 2021/1255, K.2021/2449; Bursa BAM, 9. Hukuk Dairesi, 18.12.2019, E.2019/2151, K. 2019/3061 (www.lexpera.com.tr).

¹⁰⁶⁸Aynı görüş için Bkz.; Astarlı, s. 217; “Mesele arabuluculuk tutanağındaki ilgili anlaşma kısmının iptaline ilişkin davanın ne zaman açılacağı önem arz etmektedir. Taraflar ihtilaflı arabuluculuk tutanağının düzenlendiği tarihi bilmektedir. Bu tarihten itibaren iki hafta içinde yetkili ve görevli iş mahkemesine işe iade davası açılacağı yasa gereğidir. Hal böyle olunca arabuluculuk tutanağındaki anlaşmayla ilgili iptal davası ile işe iade davasının, arabuluculuk tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde ayrı ayrı açılması ve işe iade davasında, arabuluculuk tutanağındaki ilgili anlaşmanın iptali davasının sonucunun bekletici mesele yapılması yerinde olacaktır. Böyle olunca hem yasal süre aşılmamış olacak hem de kanunlarda ayrı ayrı düzenlemesi bulunan arabuluculuk müessesesi ile işe iade davası ayrı ayrı değerlendirilmiş olacaktır...Arabuluculuk tutanağının işe iade ihtilaflıyla ilgili bölümünün iptali hakkındaki davanın işbu davadan tefrik edilerek sonucunun bekletici mesele yapılması ve bekletici mesele sonunda oluşan duruma göre karar verilmesi gerekmektedir.” Bkz. Bursa BAM, 3. Hukuk Dairesi, T. 22.10.2020, E.2020/2327, K. 2020/1842 (www.lexpera.com.tr).

davacının anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorunluluğu vardır.

Taraflar dava şartı arabuluculuk kapsamında olan hukuki uyuşmazlıklar ile ilgili arabuluculuk sürecinde anlaşamamaları durumunda söz konusu hukuki uyuşmazlıklara ilişkin dava açarken, dava dilekçesine arabulucu tarafından hazırlanan arabuluculuk sürecinde anlaşmamaya ilişkin son tutanağı eklemek zorundadırlar¹⁰⁶⁹.

2- Arabuluculukta Tarafların Anlaştıkları Hususlarda Dava Açılamaması

HUAK md.18/5'deki arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağına ilişkin düzenleme ile tarafların dava açma hakkında bir sınırlama getirilmiştir. Tarafların arabuluculuk sürecinde anlaştıkları hususlarda dava açamayacak olmaları arabuluculuk çözüm yolunu yaygınlaştırmak ve tarafların arabuluculuk sürecinde anlaşmalarını teşvik amaçlı getirilen bir düzenlemedir. Bu hükmün tarafların arabuluculuk sürecinde anlaştıkları hususlarda dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde dava açılmayacağı şeklinde anlamak gerekmektedir¹⁰⁷⁰.

Arabuluculuk sürecinde tarafların anlaştıkları hususlarda dava açamamaları ile arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşmanın hukuki geçerliliği aleyhinde dava açılması konularının birbirinden ayrı değerlendirilmesi gerekir. Dava açılmayacak konulardan kastedilen, arabuluculuk sürecinde tarafların üzerinde anlaştıkları hukuki uyuşmazlık konularıdır. Taraflar üzerinde anlaştıkları işçilik alacakları, işveren alacakları veya işe iade taleplerine ilişkin dava açamayacaklardır¹⁰⁷¹.

Okur'a göre tarafların irade bozukluğu halleri olmaksızın özgür ve serbest iradeleriyle arabuluculuk sürecinde üzerinde anlaştıkları hususlarda, daha sonra alacağın kanuna uygun bir şekilde tam ve noksansız ödenmediği, dolayısıyla fark alacak kaldığı iddiası ile artık dava açmaları mümkün olmamaktadır¹⁰⁷². Yazarın bu görüşüne katılmamaktayız. İşçi alacağından daha azına hemen ödeme yapılacağı için razı edildiyse

¹⁰⁶⁹ **Okur**, s.161. **Koçyiğit/Yeşilkaya**, s.717; **Gürsu**, s.91.

¹⁰⁷⁰ **Okur**, s.162. TBK md.34/1A yapılan sözleşmede yanıldığını iddia eden tarafın, yanıldığını dürüstlük kurallarına aykırı ileri süremeyeceği düzenlenmektedir. Bkz. **Eren** s.409-410.

¹⁰⁷¹ **Okur**, s.162; **Heper**, s.324.

¹⁰⁷² **Okur**, s. 163.

ve işçinin alacağı ödenmediyse bu yönde bir arabuluculuk anlaşma belgesi geçersizdir, irade fesada uğramıştır ve işlem temeli çökmüştür. İşçi derhal mahkemeye başvurup iptal davası açabilir¹⁰⁷³.

HUAK md.18/4 uyarınca taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılacaktır. Tarafların arabuluculuk sürecine başvurdıkları ve anlaştıkları hukuki uyuşmazlık konuları hakkında ilgili taraflar dava açamayacak, dava açılması durumunda da açılan dava mahkeme tarafından, tarafların üzerinde anlaştıkları ve ilam niteliğinde olan anlaşma nedeni ile reddedilecektir. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşılan hususlar hakkında dava açılabilmesi anlaşma belgesinin geçersizliğinin tespitinden sonra mümkün olabilecektir.

B. Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Sürecinin Bitiminde Arabulucunun Yapması Gereken İşlemler

1- Arabulucunun Tutanak Düzenlemesi

HUAK md.17/2 uyarınca; *“Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanır. Belge taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanmazsa, sebebi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanır.”* Arabuluculuk süreci sonunda arabulucu tarafından düzenlenecek son tutanağın içeriği uygulama bakımından özellikle hangi konularda arabuluculuğa başvurulduğu, hangi konularda anlaşıldığı, arabuluculuk taraflarının hangi bireysel iş uyuşmazlıklarında dava açabileceklerinin belirtilmesi açısından önem arz edecektir. HUAK md.17/3 uyarınca, arabulucunun tutanağa ilişkin tarafları bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁷³ Aynı yönde görüş için bkz. **Canbolat**, Talat, İşçilik alacak ve tazminatları ile dava şartı arabuluculuk, 1. Bölüm, <https://www.youtube.com/watch?v=xtA3OGd5tzg>, (E.T. 14.06.2022)

¹⁰⁷⁴ **Okur**, s.163-164. “arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen son tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına tarafların karar vereceği ancak arabulucunun bu tutanak ve sonuçları konusunda taraflara gerekli açıklamaları yapacağı belirtilmiştir. Şu hale göre son tutanağın tarafların beyanına göre oluşturulması asıl ise de, arabulucunun tutanağın içeriği ve düzenleme şekli konusunda tarafları bilgilendirmesi de gerekir.” Y. 9. Hukuk Dairesi T.14/09/2020, E.2020/5349, T.2020/7421; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi T. 03/11/2020, E.2020/5958, K. 2020/14477 (www.lexpera.com.tr).

2-Arabolucunun Arabuluculuk Sürecine İlişkin Belgeleri Saklama Yükümlülüğü

HUAK md.17/4’de yer alan arabulucunun saklama yükümlülüğü uyarınca arabulucu arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi halinde, bu faaliyete ilişkin kendisine yapılan bildirim, tevdi edilen ve elinde bulunan belgeleri ve düzenlenen tutanağı beş yıl süre ile saklamak zorundadır. Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlediği son tutanağın bir örneğini arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde Genel Müdürlüğe gönderir. Arabulucunun bu yükümlülüğü ihlali halinde hakkında disiplin hükümlerinin işletilir¹⁰⁷⁵. Gizlilik ilkesi uyarınca arabulucu elinde bulunan belgeleri mahkemeye dahi verememektedir¹⁰⁷⁶. Buna rağmen beş yıl süreyle saklamak zorunda olması tezatlık oluşturmaktadır¹⁰⁷⁷.

3-Arabolucunun Arabuluculuk Son Tutanağının Bir Örneğini Taraflara Verme Yükümlülüğü

HUAK md.20/4 uyarınca arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlediği son tutanağın birer örneğini taraflara vermek zorundadır. İMK md.3/2’ye göre arabuluculuk tarafları açacakları davalarda dava dilekçesine arabuluculuk sürecinde anlaşmadıklarına ilişkin arabuluculuk son tutanağını eklemek zorundadır. Arabulucunun bu yükümlülüğü ihlali halinde hukuki ve cezai sorumluluğu söz konusu olur. Arabuluculuk sürecinin sona ermesi ile hak düşürücü sürelerin ve zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlayacağından ve arabuluculuk son tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde işe iade davası açma zorunluluğu söz konusu olacağından ötürü arabulucunun son tutanağının bir örneğini taraflara verme yükümlülüğünü ihlal etmemesi elzemdir.

4-Arabolucunun Arabuluculuk Son Tutanağının Bir Örneğini Genel Müdürlüğe Gönderme Yükümlülüğü

¹⁰⁷⁵ Okur, s.173; Dür, s.452; Oğuz, s.51; Atış, s.43; Arık, s.41; Taşpolat Tuğsavul, s.149.

¹⁰⁷⁶ Uygulamada hakimin arabulucudan arabuluculuğa ilişkin elindeki belgeleri talep ettiği durumlar mevcuttur.

¹⁰⁷⁷ Okur, s.173; Oğuz, s.51; Dür, s.463; Taşpolat Tuğsavul, s.155; Yakıcı, s.50; Atış, s.36; Demirkılınc, s.55.

HUAK md.17/4’de arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlediği son tutanağının bir örneğini arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde Genel Müdürlüğe göndermesine ilişkin hüküm bulunmaktadır. Bunun amacı Arabuluculuk Daire Başkanlığı’nın sağlıklı istatistik tutmasına ilişkindir. Arabulucunun bu yükümlülüğü ihlali halinde hakkında disiplin hükümlerinin işletilebilir¹⁰⁷⁸.

5- Arabulucunun Arabuluculuk Son Tutanağının Bir Örneğini Arabuluculuk Bürosuna Gönderme Yükümlülüğü

İMK md.3/11 uyarınca arabulucu, taraflara ulaşamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması yahut yapılan görüşmeler sonucunda anlaşmaya varılması veya varılamaması hallerinde arabuluculuk faaliyetini sona erdirir ve son tutanağı düzenleyerek durumu derhal arabuluculuk bürosuna bildirir.

Arabulucunun sayılan durumlarda, son tutanağı arabuluculuk bürosuna gönderme süresi ile ilgili “derhal” ifadesi muğlaktır. Bu sürenin açık olarak belirtilmesi ve tarafların mağduriyetlerini engelleyecek şekilde belirlenmesi gerekir¹⁰⁷⁹.

C- Arabuluculuk Sürecinde Yapılan Anlaşmanın İcra Edilmesi

Arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşmaya tarafların uyması beklenir. Tarafların arabuluculuk sürecinde yaptıkları anlaşmaya uymamaları ihtimaline ilişkin arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşmanın icra edilebilir nitelikte olması gerekir. HUAK md.18’e göre arabuluculuğun anlaşma ile sonuçlanması halinde taraflar arasında akdedilen maddi hukuka ilişkin bu sözleşmeye özel bir nitelik kazandırılarak, bu anlaşmanın icra edilebilirliği sağlanmıştır¹⁰⁸⁰.

Arabuluculuk sürecindeki anlaşmanın ilam niteliğinde belge sayılarak icra edilebilirlik niteliği konusunda; arabuluculuk sürecindeki anlaşmayı imzalayan tarafların niteliklerine göre ayırım yapılmıştır. Anlaşma belgesinin taraflar ve avukatlar ile

¹⁰⁷⁸ Okur, s.174; Dür, s.452; Oğuz, s.51; Atış, s.43; Arık, s.41; Taşpolat Tuğsavul, s.149.

¹⁰⁷⁹ Okur, s.175; Dür, s.452; Oğuz, s.51; Atış, s.43; Arık, s.41; Taşpolat Tuğsavul, s.149.

¹⁰⁸⁰ Alman hukukunda arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşmaya mahkeme içi sulh sözleşmesi niteliği kazandırılmışken, İsviçre Federal Usul Kanunu md.217’de yer alan düzenleme ile arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşmaya doğrudan kesinleşmiş bir mahkeme ilamının sonuçları bağlanmıştır Bkz. Okur, s.175; Dür, s.148-158.

arabulucu tarafından imzalanması ihtimalinde; HUAK md.18/4 gereğince sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik şerhi alınmaksızın arabuluculuk anlaşması ilam niteliğinde belge sayılarak icra kabiliyeti kazanacaktır. Anlaşma belgesinin taraflar ile arabulucu tarafından imzalanması ihtimalinde ise arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşmanın icra edilebilirlik şerhinde yetkili mahkeme sulh hukuk mahkemesi olacaktır. Sulh hukuk mahkemesinin arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşmaya ilişkin talep edilen icra edilebilirlik şerhi ile ilgili vereceği olumlu veya olumsuz kararlar istinafa tabi olup¹⁰⁸¹, karar aleyhinde temyiz yoluna gidilemeyecektir. *“Taraflar ve arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine dair şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma ilam niteliğinde belge sayılır* (HUAK md. 18/2 ve 3).

Bireysel iş uyuşmazlıklarında dava şartı olarak düzenlenen arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşmanın iş hukukunun mutlak emredici hükümlerine aykırı olduğu ve taraflar arasında gabin olduğu iddialarının sulh hukuk mahkemesi tarafından mı yoksa iş mahkemesi tarafından mı daha iyi değerlendirileceğinin irdelenmesi gerekir. Kanaatimizce, bireysel iş uyuşmazlıklarında dava şartı olarak arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşmanın iptali ve geçersizliğinin ileri sürülmesi ihtimalinde görevli mahkemenin iş mahkemesi olması daha uygundur¹⁰⁸². İcra edilebilirlik şerhi verilmeden

¹⁰⁸¹ “İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı ile sınırlıdır. Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilebilmesi için mahkemeye yapılacak olan başvuru ile bunun üzerine verilecek kararlara karşı ilgili tarafından istinafyoluna gidilmesi halinde maktu harç alınır. Taraflar anlaşma belgesini icra edilebilirlik şerhi verdirmeden başka bir resmi işlemde kullanmak isterse, damga vergisi de maktu olarak alınır. İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işi olup, buna dair inceleme dosya üzerinden de yapılabilir. Dosya üzerinden inceleme yapılması halinde talep dilekçesinin karşı tarafa tebliğ edilip, edilmeyeceği sorunu çözülmelidir. Bkz. Y. 9. Hukuk Dairesi T.01/12/2016, E.2016/31376, T.2016/21368; Hukuk Mahkemeleri Kanunu’nun 362/1_ç maddesi uyarınca çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar temyiz kanun yoluna başvurulamayan kararlar arasında sayılmıştır. 6352 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 18/3 maddesinde “icra edilebilirlik şerhinin” verilmesinin çekişmesiz yargı işi olarak düzenlenmiş olması ve HMK’nın 362. Maddesinde “çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararların” temyiz edilemeyen kararlar arasında sayılması birlikte değerlendirildiğinde davacı tarafın temyiz isteminin reddine karar verilmesi gerekmiştir. Bkz. Y. 9. Hukuk Dairesi T.19/03/2019, E.2019/2564, K.2019/6061 (www.lexpera.com.tr); Bkz. **Okur**, s.175.

¹⁰⁸² Aynı yönde görüş için **Okur**, s.176.

önce mahkeme tarafından emredici hükümlere uygunluk incelemesi yapılmalı ve bunu en iyi icra edecek mahkemenin iş mahkemesi olduğu görüşündeyiz.

D-Dava Şartı Arabuluculuk Faaliyetindeki Ücret ve Yargılama Giderlerinden Sorumluluk

İMK'ya göre taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya iki saatten az süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları halinde iki saatlik ücret tutarı Adalet Bakanlığı bütçesinde arabuluculuk ücret tarifesini birinci kısmına göre ödenir¹⁰⁸³. İMK md. 3/14 uyarınca tarafların anlaşamamaları halinde iki saati aşan kısma ilişkin ücret, aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca, tarifenin birinci kısmına göre, eşit ödenir. Bakanlıkça ödenen ve taraflarca karşılanan arabuluculuk ücreti yargılama giderlerinden sayılır¹⁰⁸⁴ ve kamu düzeni gereğince re'sen dikkate alınması gerekir¹⁰⁸⁵.

İMK md. 3/12 ve devam eden fıkraları ile HUAK Yönetmelik md.26'da arabuluculuk ücretinin ne şekilde ödeneceği belirtilmiştir. Ayrıca arabuluculuk ücretinin

¹⁰⁸³Şahin, Tuğçe/ Çelik, Yasin/ Ruhi, Ahmet Cemal, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Rehberi, Ankara 2018, s. 48.

¹⁰⁸⁴ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T.27.01.2021, E. 2021/10219, K. 2021/15078; Arabuluculuk görüşmelerinin anlaşmazlık ile sonuçlanması durumunda Avukatlık Asgari Ücret tarifesininin 16. maddesince avukatın hak kazandığı maktu ücretin dava neticesinde karşı tarafa yüklenemeyeceğine. Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin T.10.04.2022, E.2022/3979, K.202274838; “7036 Sayılı Kanun’un 3/14 maddesinde “Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya iki saatten az süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hallerinde, iki saatlik ücret tutarı Tarifenin Birinci Kısımına göre Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenir. İki saatten fazla süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hallerinde ise iki saati aşan kısma ilişkin ücret aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde Tarifenin Birinci Kısımına göre karşılanır. Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenen ve taraflarca karşılanan arabuluculuk ücreti, yargılama giderlerinden sayılır.” düzenlemesi bulunmakta olup; mahkemece Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenen ve yargılama giderlerinden sayılan arabuluculuk ücretine ilişkin hüküm kurulmaması, anılan kanun maddesine aykırı olmuştur.” Bkz. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi T.07/11/2019, E.2019/7312, K. 2019/20487 (www.lexpera.com.tr).

¹⁰⁸⁵“Somut uyuşmazlıkta, tarafların zorunlu arabuluculuk kapsamında arabuluculuk faaliyetinde bulundukları ve sürecin sonunda anlaşamadıkları görülmektedir. Mahkemece yapılan yargılama sonunda arabuluculuk masrafının davalının harçtan muaf olduğu gerekçesiyle hazine üzerinde bırakılmasına karar verilmiş ise de yukarıda belirtilen mevzuat uyarınca arabuluculuk giderinin yargılama gideri olduğu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun yargılama giderlerinden sorumluluk başlıklı 326. maddesinin 2. fıkrasına göre davada iki taraftan her biri kısmen haklı çıkarsa, Mahkemece yargılama giderlerinin tarafların haklılık oranına göre paylaşılması gerektiği dikkate alındığında arabuluculuk masrafının yazılı şekilde hazine üzerinde bırakılması hatalıdır.” Bkz. Y. 9. Hukuk Dairesi, T.27.10.2021, E.2021/8196, K.2021/15041, (www.lexpera.com.tr).

kapsadığı işler, arabuluculuk ücretinin sınırları, ücretin tümünü hak etme, arabuluculuk faaliyetinin konusuz kalması, feragat, kabul ve sulhte ücret, yeni bir Arabuluculuk Ücret Tarifesi'ne göre ücret, Arabuluculuk Ücret Tarifesi'nde yazılı olmayan hallerde ücret, uyuşmazlığın arabuluculuk tahkim yoluyla çözülmesinin önerilmesinde ücret ve hangi durumda hangi tarifenin kullanılacağı konuları Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi başlığı altında her yıl yayınlanmaktadır.

Tarafların kısmen ya da tamamen anlaşmaları sonucunda arabuluculuk ücreti aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca, eşit ödenir. Bu ücret tarifenin birinci kısmında belirlenen iki saatlik ücret tutarından az olamaz (HUAK md.18/A-12). İşe iade talebiyle yapılan arabuluculuk faaliyeti sonucu tarafların anlaşmaları durumunda arabulucuya ödenecek ücretin belirlenmesinde işçiye işe başlatılmaması durumunda ödenecek tazminat miktarı ile çalıştırılmadığı süre için ödenecek ücret ve diğer hakların toplamı tarifenin ikinci kısmı uyarınca üzerinde anlaşılan miktar olarak kabul edilir. Sürecin sehven kayıt, mükerrer kayıt veya arabuluculuğa elverişli olmama nedeniyle sona erdirilmesi hallerinde arabulucuya ücret ödenmez¹⁰⁸⁶.

İMK md. 3/12 uyarınca geçerli bir mazeret göstermeksizin arabuluculuk görüşmelerine katılmayan taraf davada lehine karar verilmiş olsa bile, yargılama giderinin tamamını ödemeye mahkûm edilecektir. Ayrıca bu taraf lehine vekalet ücretine de hükmedilmeyecektir. Taraflara ulaşılamaması, taraflara ulaşılması akabinde tarafların görüşmelere gelmeleri ve görüşmeler sonucunda anlaşmaları veya anlaşamamaları halinde bu hüküm uygulanmaz. Taraflara ulaşıldığı halde tarafların geçerli bir mazeret bildirmeksizin görüşmelere katılmama durumunda uygulanır. Mazeretin geçerliliği konusundaki nihai karar mahkeme tarafından verilecektir. Dava şartı olarak arabuluculuk sürecinin işletilmesi ve başarıya ulaşması için kanun koyucunun önem verdiği ilk toplantıya tarafların katılımının sağlanması amacıyla getirilen yaptırımın anayasada düzenlenen ölçülülük ilkesine göre alt ilke olan orantılılık ilkesine göre orantısız olduğunu savunan *Okur*, dava şartı olarak arabuluculuk müzakerelerindeki ilk toplantıya katılımın zorunlu tutulmasına bağlı olarak haklı bir mazeret olmaksızın ilk toplantıya katılmayan her tarafın sadece arabuluculuk giderlerinden sorumlu tutulması yaptırımının Anayasa'da düzenlenen ölçülülük ilkesindeki orantılılık alt ilkesine uygun olacağını

¹⁰⁸⁶ 2023 Yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi (T. 4.10.2023, RG.S.31973) md.5/2.

belirtmiştir¹⁰⁸⁷. Yazarın bu görüşüne katılmaktayız. Toplantıya katılmayan taraf ilerde açılacak davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderlerinin tamamından sorumlu tutulması ağır bir yaptırımdır.

Arabulucu ücretleri her yılın başında yayınlanan tarifeye göre belirlenmektedir. Arabulucu ücret tarifesinin konusu para olan ve para olmayan uyuşmazlıklar olarak ikiye ayrılmaktadır. Konusu para olan uyuşmazlıklar alacak miktarı üzerinden yüzdelik değerlerle belirlenirken; konusu para olmayan uyuşmazlıklarda arabulucu ücretleri görüşme saati üzerinden belirlenmektedir. Arabuluculuk ücretinin anlaşılan miktar üzerinden yüzde olarak hesaplanmasının etik kurallarla çeliştiği doktrinde belirtilmiştir. Zira arabuluculuk faaliyetinin sonucuna ve kısmen de olsa başarısına bağlı olarak ücret anlaşması yapılamaz hükmü bulunmaktadır¹⁰⁸⁸.

Belirtilen esaslar haricinde, arabulucu ücret talep edemez. Talep etmesi halinde bu durum etik kurallara aykırılık olarak nitelendirilir. Arabulucu, asgari ücret tarifesinde belirlenen ücretten daha düşük ücret alamaz. Arabulucu, belirli kişiler için aracılık/tavsiye etme karşılığı olarak ücret alamaz. Dava şartı arabuluculukta arabulucu evrak ve yapılan diğer işlemler için ayrı ücret alamamaktadır Dava şartı arabuluculuk sürecinde arabulucunun taraf başına masraf alması (kargo, posta, kırtasiye, ulaşım vb. için) ve bu masrafların yargılama giderlerinden sayılmasının önü açılmalıdır¹⁰⁸⁹.

Arabulucunun harcadığı zaman ve emeğin boşa gitmemesi hassasiyetle üzerinde durulması gereken bir sorundur. Arabuluculuk faaliyetinin konusuz kalması, feragat, kabul ve sulh durumlarında her ne kadar arabuluculuk asgari ücret tarifesine arabulucunun ücretin tamamına hak kazandığını ön görse de arabulucunun harici anlaşma halinde bunu kanıtlama imkânı yoktur. Taraflar uygulamada arabulucunun huzurunda anlaşmama beyanında bulunup, arabulucu haricinde anlaşmayı tercih edebilmektedir.

Dava şartı arabuluculuk kapsamında anlaşamama halinde savcılıklar tarafından arabuluculara yapılan ödeme sistemi düzeltilmeli ve ödemelerdeki gecikmeler giderilmelidir. Dava şartı arabuluculuk kapsamında anlaşamama halinde arabulucular görevini yerine getirdiği halde hem ücretini ve yapılan masrafları alamamakta ödediği

¹⁰⁸⁷ **Okur**, s.178; aynı yönde görüş için bkz. **Koçyiğit/Yeşilkaya**, s. 723; **Günay**, s. 118.

¹⁰⁸⁸ **Dost**, Süleyman, “Arabuluculuk Ücret ve Masrafları Hakkında Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, TBB Dergisi, S.115, 2014, s.464

¹⁰⁸⁹ **Kurt**, s.432; **Dost**, s.465; **Çavdar, vd.**, s.19; **Akın**, s.16.

KDV'yi tahsil edememekte hem de tahsil edilmeyen ücretin gelir vergisini ödemek zorunda kalarak mağdur olabilmektedirler. Bunun önüne geçmek amacıyla arabulucuya yapılacak ödemelerde bilirkişiye, uzlaştırmacıya yapılan ödemeye benzer bir metot izlenmelidir. Tarafların anlaşamamaları halinde arabuluculara ödenecek ücretin yalnızca kaynakta gelir vergisi kesintisi yapılmak ve damga vergisi alınmak suretiyle serbest meslek makbuzu talep edilmeksizin ödenmesi kanaatimizce daha uygun olurdu¹⁰⁹⁰.

Arabulucuların fiziki evrak teslimine gerek kalmaksızın, UYAP sistemine son tutanak, masraf ve serbest meslek makbuzunu yüklemeleri üzerine ve başka bir evrak talep edilmeden sarf kararlarının hazırlanması doğru bir yöntem olurdu. Sarf kararlarının hazırlanması ve ödemelerin en kısa sürede gerçekleştirilmesi için Yazı İşleri Müdürü'nün ve Başsavcılığın onayı yeterli olmalı ve sürecin uzamasına engel olunmalıdır. Kanaatimizce, hâkim onayı ortadan kaldırılmalıdır. Yargının iş yükünün fazlalığı yanında sayılı sayıdaki hâkim mesaisini bu ve benzeri işler için harcamamalı arabulucunun işi de zorlaştırılmamalıdır.

Kamu görevlilerinin arabulucu olduğu durumlarda, taraflarca anlaşılan arabulucu ücreti, arabulucunu listesinde yer aldığı komisyona bağlı adliye arabuluculuk bürosuna bildirilir. Taraflar belirlenen ücreti adliye arabuluculuk veznesine yatırır. Adliye arabuluculuk bürosu yasal kesintileri yapar ve arabulucunun banka hesabına ücreti havale eder. Tarafların anlaşamadığı durumda ücret Cumhuriyet Savcılığı'na arabulucunun hesabına yatırılır. Bunun için sarf kararı gerekir¹⁰⁹¹. Bu ödemeler KDV alınmaksızın yalnızca gelir vergisi kesintisi yapılmak ve damga vergisi alınmak suretiyle yapılmaktadır.

Belirtilen yöntemin sadece arabuluculuk yapan kamu görevlileri için değil tüm arabulucular için uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz. Arabulucuların büyük bir kısmı serbest meslek erbabı olmayan hukukçulardır. Böylelikle hata yapma, vergi kaçırma gibi ihtimallerin de önüne geçilerek devletin uhdesine giren gelir de arttırılacaktır.

¹⁰⁹⁰ Aynı yönde görüş için bkz. Adalet Bakanlığı, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 19/03/2019 tarihli 5915541-6.02(08)-E.261/9202 sayılı yazısı; **Hafif**, Sabri/**Yumrutaş**, Dilek/ **Acerce**, Mahmut/**Duman**, Özlem/ **Göçer**, Sülün/ **Altan**, Mert/ **Keleşoğlu**, Cemil/ **Özkan**, Kâmil/ **Aslanpınar**, Burak/**Dora**, Mustafa, "Mali İşlerden Kaynaklanan Sorunları Değerlendirme Çalışma Grubu-Çalışma Sonuç Raporu", Adalet Bakanlığı, Ankara 2019, s.2-3.

¹⁰⁹¹ **Koçyiğit/Yeşilkaya**, s. 724.

Arabulucu ve taraflar ya da vekilleri veya taraf temsilcileri tarafından imzalanan arabuluculuk ücret sözleşmesi ve arabuluculuk anlaşma belgesinin arabuluculuk ücretine ilişkin hükmünün icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılmasına ilişkin bir düzenleme de yapılması da düşünülebilir¹⁰⁹².

E-Bazı Beyan ve Belgelerin İleride Kullanılmaması

HUAK md.5'te arabuluculuk sürecine ait beyan ve belgelere ilişkin detaylı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında veya tahkim yoluna başvurulduğunda, taraflarca yapılan arabuluculuk daveti, taraflarca arabuluculuk aşamasında ileri sürülen görüşler ve teklifler, öneriler; herhangi bir vakıanın veya iddianın kabulü niteliğini taşıyan beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz.

Anılan bilgilerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemez, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamaz. Söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir.

HUAK arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgelerin, tarafların ve sürece katılan diğer kişiler tarafından arabuluculuğa konu uyuşmazlığa ilişkin davalarda veya tahkim yolunda kullanılmasını yasaklamaktadır. Doktrinde bu hükmün arabuluculuk süreci sonunda hazırlanan anlaşmama veya anlaşma son tutanak belgesini kapsamadığı ileri sürülmektedir¹⁰⁹³. Bu iddianın gerekçelerini İMK md.3/2 ve HUAK md.18/2, 18/4, 18/5 olarak belirtmektedir. Buna ilaveten, arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşmanın hizmet tespiti davalarında delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı da tartışma konusudur. *Mutluay*, arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşmanın sosyal güvenlik haklarına ilişkin olarak açılacak davalarda (hizmet tespiti davalarında-sigorta primine esas gelirin tespitinde) delil olarak kullanılabileceğini ileri sürerken¹⁰⁹⁴, *Okur* arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşmanın sosyal güvenlik haklarına ilişkin davalarda

¹⁰⁹²Aynı yönde görüş için Bkz. **Hafif vd.**, s.9

¹⁰⁹³ **Okur**, s. 179; **Kıyak**, s.540

¹⁰⁹⁴ **Mutluay**, Zorunlu Arabuluculuk, s.57; **Okur**, s.179; **Kıyak**, s.540.

delil olarak kullanılmasının açık yasal düzenlemeye aykırı olacağını belirtmiştir¹⁰⁹⁵. *Canbolat*'a göre son tutanakta alacak kalemlerinin isminin belirtilmesi gerekli ve yeterlidir. Anlaşma belgesinde anlaşılan alacak miktarları belirtilebilir. Böylelikle gizlilik ilkesinin amacına da uygun davranılmış olur¹⁰⁹⁶. Kanaatimizce de son tutanak dışında arabuluculuğu ilgilendiren tüm belgeler gizlidir; taraflar ve arabulucu gizliliği bertaraf eden yönde karar almadıkları sürece bu gizlilik korunmalıdır¹⁰⁹⁷.

Dava şartı arabuluculukta öncelikle arabuluculuk süreci sonunda anlaşılmadığına ilişkin belgenin dava dilekçesine eklenmesi gerekir, aksi halde açılan dava, dava şartı eksikliğinden reddedilecektir. Arabuluculuk sürecinin anlaşma ile sonuçlanması ve arabuluculuk anlaşma belgesinin taraf ve vekilleri ile arabulucu tarafından imzalanmayıp, sadece taraflar ve arabulucu tarafından imzalandığı durumlarda anlaşma belgesi için icra edilebilirlik şerhi alınabilmesi için de anlaşma belgesinin sulh hukuk mahkemesine sunulması gerekir. Taraflardan birinin arabuluculuk sürecinde anlaşmaya vardıkları konu ya da konularda dava açması halinde konu ile ilgili dava açılmayacağı itirazında da anlaşma belgesi kullanılmak zorundadır. Buna ilaveten HUAK md. 18/3'e göre "(...) *Taraflar anlaşma belgesini icra edilebilirlik şerhi verdirmeden başka bir resmi işlemde kullanmak isterlerse, damga vergisi de maktu olarak alınır.*" hükmü uyarınca anlaşma belgesinin açıklandığını görüyoruz.

Kanaatimizce, HUAK md.5/3'de belirtilen "...söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir" ibaresi konuya yeterli açıklığı getirmemektedir. HUAK md.5'in hükümleri arabuluculuğun gizliliği ilkesi ile

¹⁰⁹⁵ **Okur**, s.180.

¹⁰⁹⁶ **Canbolat**, Talat, Son Tutanak ve Anlaşma Belgesine İlişkin Kısa Değerlendirme, [https://www.linkedin.com/search/results/content/?heroEntityKey=urn%3Ali%3Afsd_profile%3AACoAA_Aou0y0BRuPQvhFR1MTnVq_J08eEw9OURIw&keywords=talat%20canbolat&page=6&position=0&searchId=a135260e-84e5-4535-8bfa-12616215ba88&sid=Cc\(&update=urn%3Ali%3Afs_updateV2%3A\(urn%3Ali%3Aactivity%3A6998318799875661824%2CBLENDED_SEARCH_FEED%2CEMPTY%2CDEFAULT%2Cfalse\)\)](https://www.linkedin.com/search/results/content/?heroEntityKey=urn%3Ali%3Afsd_profile%3AACoAA_Aou0y0BRuPQvhFR1MTnVq_J08eEw9OURIw&keywords=talat%20canbolat&page=6&position=0&searchId=a135260e-84e5-4535-8bfa-12616215ba88&sid=Cc(&update=urn%3Ali%3Afs_updateV2%3A(urn%3Ali%3Aactivity%3A6998318799875661824%2CBLENDED_SEARCH_FEED%2CEMPTY%2CDEFAULT%2Cfalse))) (E.T. 04.01.2023)

¹⁰⁹⁷ "Arabuluculuk son tutanağı dışında tüm görüşme tutanakları yasa gereği gizlidir. Arabuluculuk sonunda düzenlenen tutanak söz konusu tereddütleri ve yersiz tartışmaları bertaraf edici nitelikte olmalıdır. Yasa koyucunun abesle iştigal etmeyeceği düşünüldüğünde arabuluculuk tutanağının tüm şekil şartlarını içerecek şekilde düzenleme biçimini göstermemesi, genel ve soyut ifadelerle yer verileceği anlamına gelmemektedir." Bkz. Bursa BAM 3. Hukuk Dairesi, T. 18/02/2019, E. 2019/118, K.2019/249 (www.lexpera.com.tr).

çelişmektedir. Anlaşma belgesinde ayrıntılı olarak bilgilerin yer alması son tutanakta ise sadece anlaşılan kalemlerin belirtilmesi çözüm olarak kabul edilebilir.

F- Son Tutanak Tarihi İtibariyle İşverenin Temerrüde Düşmesi

Dava şartı olarak arabuluculuğun uygulanmaya başlamasıyla birlikte ortaya çıkan başka bir tartışma konusu arabuluculuk son tutanak tarihi itibariyle işverenin temerrüde düşüp düşmediğine ilişkindir.

Son tutanak tarihinin işvereni temerrüde düşürmesi ve faiz başlangıcına dair. Bölge Adliye Mahkemesi kararları arasındaki uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin Yargıtay'ın kararı ayrıntılı olarak aşağıdaki belirtildiği gibi gerekçelendirilmiştir.

“Borçlu temerrüdü”, borçlanılan edimin borca aykırı olarak geç ifa edilmesi olarak tanımlanabilir. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun borçlunun temerrüdüne ilişkin 117. Maddesine göre; muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer (md.117/1). Kanunda hem borcun muaccel olması hem de borçluya ihtar yapılmış olması şartı öngörülmekle birlikte, ilke olarak temerrüt ihtar ile gerçekleşir. İhtar, bir yönüyle alacaklının borçluyu borçlandığı edimi yerine getirmeye çağırmasıdır¹⁰⁹⁸. Borcun ifa edilmesi isteğini içeren tek taraflı varması gerekli bir irade açıklaması olarak ihtar, hukuki sonuçlarını borçlunun veya yetkili temsilcisinin hukuk alanına ulaştığında doğurur.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus ise, Kanunda temerrüde yönelik ihtarın hangi şekilde yapılacağının düzenlenmemiş oluşudur. İhtarın, ispat yönünden yazılı olması yerinde olabilir ise de Kanunda herhangi bir şekil şartının öngörülmemiş olması karşısında alacaklının açık yahut örtülü, yazılı yahut sözlü şekilde ihtarda bulunabileceği kabul edilmelidir. Önemli olan husus irade açıklamasının karşı tarafa ulaşmasıdır. Diğer şartları da taşıyan ihtarın borçluya ulaşması ile borçlunun temerrüdü kanun gereği kendiliğinden doğar. Alacaklının borçlu temerrüdünü isteyip istememesinin sonuca etkisi olmaz¹⁰⁹⁹.

Şüphesiz bu yasal düzenlemeler iş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk faaliyeti için de geçerlidir. Ancak arabuluculuk son tutanağının bu yasaklar kapsamında

¹⁰⁹⁸ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019, s.1093.

¹⁰⁹⁹ Eren, s.1095.

olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Arabuluculuk son tutanağı, kısaca arabuluculuk faaliyetinin nasıl sona erdiğini belgeleyen bir tutanaktır (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde17/2, 7036 Sayılı Kanun md. 3/11)). Arabuluculuğun dava şartı olduğu iş uyuşmazlıklarında, bu tutanağın aslının veya arabulucu tarafından onanmış bir suretin mahkemeye sunulması dava şartıdır (7036 Sayılı Kanun md. 3/2)). Bu bakımdan tutanağın kendisinin kanunda ifade edilen gizlilik yasağı yahut arabuluculuk faaliyetine ilişkin beyan veya belge sunulma yasağı kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

Diğer taraftan, arabuluculuk son tutanağının usul hukuku bakımından doğurduğu sonuçların dışında, maddi hukuk bakımından çeşitli sonuçlar doğurmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Arabulucuya başvurma hakkı arama başlangıç oluşturması ve karşı tarafa yönelik bir talep doğurması sebebiyle dava açılmasına benzer şekilde sonuç doğuracağı öğretide de kabul edilmektedir¹¹⁰⁰. Örneğin 7036 sayılı kanuna göre, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez (7036 Sayılı Kanun, md 3/17). Arabulucuya başvuran taraf yargı organı dışında üçüncü bir kişi aracılığıyla uyuşmazlığın çözümünü istemekte ise de esasen başvuru formunda belirttiği bildirdiği alacaklarının muaccel olduğu, ödenmediği ve ödenmesi gerektiği iddiasındadır. Ancak bu başvuru sırasında henüz karşı taraf alacağın ödenmesine yönelik irade açıklamasından haberdar değildir. Temerrüt yönünden dikkat edilmesi gereken husus ise, karşı tarafın arabuluculuk başvurusundan haberdar olmasıdır¹¹⁰¹. Bu itibarla arabuluculuk son tutanağının, arabuluculuğa başvuran tarafın arabuluculuk başvurusundan haberdar olan diğer tarafa karşı yönelttiği alacaklarının ödenmesi talebini içeren kesin bir irade açıklamasını içerdiği kabul edilmelidir. Borçlu temerrüdünde önemli olan alacaklının borçluya yaptığı ihtarın şekil değil, borcun ödenmesi isteğinin kesin ve açık biçimde ortaya konularak borçluya ulaştırılmasıdır.

Dairemiz uygulamasında, işçinin işverene yönelttiği ihtarla muaccel alacaklarını tek tek belirtmek kaydıyla işvereni temerrüde düşürebileceği, alacak miktarını ayrı ayrı belirtmesinin zorunlu olmadığı kabul edilmektedir. Aynı husus arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen arabuluculuk son tutanağı yönünden de geçerlidir. Dava

¹¹⁰⁰ Ekmekçi/Özekes/Atalı, s.162.

¹¹⁰¹ Ekmekçi/Özekes/Atalı, s.163.

dilekçesinin talep sonucu kısmında belirtilen alacakların dava tarihinden önce arabuluculuk faaliyeti sırasında karşı taraftan talep edilmesi halinde, davalı tarafın arabuluculuk başvurusuna konu edilen alacaklar yönünden son tutanak tarihi itibarıyla temerrüde düştüğü ve talep edilen (kıdem tazminatı dışındaki) alacaklara bu tarihten itibaren faiz uygulanabileceği kabul edilmelidir. Bu sonuç davalı işverenin usulüne uygun davet edilmesine rağmen arabuluculuk görüşmelerine katılmadığı durumlarda da geçerlidir. Dairemizin yerleşik kararları da bu doğrultudadır¹¹⁰².

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de arabuluculuğa başvuru tarihini temerrüt tarihi olarak kabul eden bir karara imza atmıştır¹¹⁰³.

Doktrinde ise dava öncesinde dava şartı olarak getirilen arabuluculuk kurumunun borçlu için temerrüt oluşturması gerektiği düşüncesi ileri sürülmüştür. İşçinin işçilik alacaklarını açıklamaksızın yasal haklarını talep ettiği kolaylıkla hazırlanan ihtarname iş hukukunun kendine özgü kurallarına göre işveren açısından temerrüt oluşturabilmekteyse, işçinin arabuluculuk başvurusundan haberdar olduğu kesinleşen işverenin temerrüde düştüğü kabul edilmelidir görüşü hakimdir¹¹⁰⁴.

Yargıtay’a ve doktrine katılmamaktayız. Her ne kadar temerrüde yönelik ihtarin şekil şartına bağlı olmadığı bilinse de iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğa başvurulması ya da arabuluculuk son tutanağının ‘ihtar’ olarak borçlu temerrüdüne yol açması kabul edilmemelidir. Arabuluculuğa başvuru ile dava açılması aynı anlama gelmez. Arabuluculuğa başvuran işçi, alacağını takip etmekten vazgeçebilir. Şekil şartının

¹¹⁰² Yargıtay 9. Hukuk Dairesi T. 21/03/2022, E.2022/3222, K.2022/3813, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi T. 17/02/2022 T, E. 2022/714, K.2022/2010; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi T. 24/02/2022, E. 2022/1527, K. 2022/2328; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi T.24/02/2022 ,E. 2022/1417.K. 2022/1421; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi T.10/02/2022, E.2022/799,K. 2022/1563; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi T. 31/02/2022,E. 2022/3560, K. 2022/4257; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi T.23/03/2022, E.2022/3190, K.2022/3984; Diyarbakır BAM 8. Hukuk Dairesi, T. 11.12.2019, E. 2019/48, K. 2019/53; “Dairemizin yerleşik uygulaması uyarınca işçi muaccel alacaklarını tek tek belirtmek kaydıyla ihtarname ile işvereni temerrüde düşürebilir. Söz konusu ihtarnamede alacak miktarlarının belirtilmesi gerekmez. Dava tarihinden önce yürütülecek arabuluculuk süreci sonucunda anlaşma yapılamadığına dair düzenlenen son tutanak bu bağlamda değerlendirildiğinde, dava konusu alacakların dava tarihinden önce arabuluculuk aracılığıyla talep edilmesi karşısında davalı işverenin arabuluculuk son tutanak tarihi itibarıyla temerrüde düştüğünün kabulü gerekmektedir. Bu sonuç davalı işverenin usulüne uygun davet edilmesine rağmen arabuluculuk görüşmelerine katılmadığı durumlarda da geçerlidir. Dolayısıyla Mahkemece fark ikramiye alacağına ilişkin arabuluculuk son tutanak tarihinden itibaren faize hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır”. Bkz Yargıtay 9. Hukuk Dairesi T. 21/04/2022, E. 2022/1426, K. 2022/5119 (www.lexpera.com.tr).

¹¹⁰³ Y.4. Hukuk Dairesi T. 13.09.2021, E.2021/18933, K.2021/4438 (www.lexpera.com.tr).

¹¹⁰⁴ **Ekmekçi vd.**, s. 234, 235; **Çil, Şahin**, “İş Uygulamalarında Arabuluculuk Uygulamaları”, Yayınlanmamış Tebliği, **Ekmekçi vd.**, s. 235’den naklen.

öngörülmemiş olması bu kadar geniş bir yoruma yol açamamalıdır. İşçinin korunması hedeflenirken işverenin de dezavantajlı duruma düşmemesi gözetilmelidir. Arabuluculuğa başvurunun ihtar yükümlülüğünü kaldırması anlamına gelmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

XIV- Dava Şartı Arabuluculuğun Hukuka Uygunluğu

A- Anayasa Hukuku, Hak Arama Özgürlüğü ve Adalete Erişim Hakkı Bakımından İMK Kapsamında Dava Şartı Arabuluculuk

Anayasa Mahkemesi 2013 yılında HUAK'ın bazı hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ilişkin yapılan itirazda arabuluculuğun ihtiyari olduğu ve zorunluluk öngörmediği gerekçesiyle iptal talebini reddetmişti¹¹⁰⁵. 2018 tarihli Anayasa Mahkemesi kararında ise dava şartı arabuluculuğu Anayasa'ya aykırı bulmamıştır¹¹⁰⁶. Söz konusu kararlar arasında çelişki ve tutarsızlık olduğu belirtilebilir¹¹⁰⁷. Bu nedenle anılan kararların incelenmesi konumuz açısından önemlidir.

2013 tarihli kararında Anayasa Mahkemesi arabuluculuğun iradilik (gönüllülük) ilkesine vurgu yapmış, arabuluculuğun tarafların istemeleri durumunda işlerlik kazanacağını, mahkemelere alternatif olmayacağını, yargı yoluyla yarışmayacağını, yargı yerine ikame edilemeyeceğini belirtmiştir¹¹⁰⁸.

Anayasa Mahkemesi 2018 tarihli kararında 2013 tarihinde verdiği karara hiç atıf yapmamış, karşılaştırmada bulunmamış, hatta karara değinmemiştir. Konuyla alakalı kaynak göstermeksizin sadece mevzuat değerlendirmesi yaparak kararını vermiştir. Genel anlamda bu durumun Anayasa Mahkemesinin karar verme tekniğine ve formatına

¹¹⁰⁵ Anayasa Mahkemesi, 10.07.2013, E.2012-94, K.2013-89, RG, 25.01.2014, 288893.

¹¹⁰⁶ Anayasa Mahkemesi, T. 11.07.2018, E. 2017/178, K. 2018/82, RG, T. 11.12.2018, S. 30622.

¹¹⁰⁷ **Atalı**, Murat, “Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, (6-7 Aralık) 2018, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Yayını, 2018, s.138. **Namlı**, s. 158; **Karacabey**, s. 40; Aksi yönde görüş için bkz. **Yazıcı Tıktık**, Gizlilik, s. 40 vd.

¹¹⁰⁸ Daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Yiğit**, Yusuf/ **Özkır**, Mehdi Can, “İş Hukuku Açısından Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk Uygulamasına Başvurmanın Hukuki Sonuçları”, Uluslararası Sosyal Bilimlerde Yenilikçi Yaklaşımlar Dergisi, C.4, 2020, s. 73,74; **Özekes**, s.121;

uygun olmadığını savunan yazarlar mevcuttur¹¹⁰⁹. Kanaatimizce de mahkemenin önceki kararını görmemezlikten gelmemesi gerekirdi.

Anayasa Mahkemesi'nin 2018 tarihli kararında her uyuşmazlığın çözümünün mahkemelerden beklenmesi hususu, mahkemelerin artan iş yükü, davaların makul sürede sonuçlanmaması, bu durumlarının tarafların menfaatine ters düşebileceği, adalete erişimin kolaylaştırılması gereği ve usul ekonomisi gibi nedenlerle arabuluculuğu başvurulabileceğine ilişkin ibareler yer almıştır¹¹¹⁰.

Mahkemelerin iş yükünün fazlalığı, yargının sorunları işaret edilerek alternatif yollara vatandaşların mecbur edildiği; bu durumun hukuk devletinin ve onun temel öğelerini korumak olan Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı olmaması gerektiği¹¹¹¹ ve bu kararın Anayasa Mahkemesi'nin hak arama özgürlüğüne ilişkin kararlarına da aykırı olduğu¹¹¹² doktrinde belirtilmiştir. Kararda dava şartı arabuluculuk için öngörülen kural ve prosedürlerin yargı benzeri bir yapıda olduğu ve bu bürokratik yapının işleyişinden bahsedilmemiştir¹¹¹³.

Anayasa Mahkemesi, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda iş mahkemelerinin meslekten olan bir iş hâkimi başkanlığında işçi ve işveren temsilcilerinden oluşan toplu mahkeme olarak düzenlenmesine ilişkin kararında bu düzenlemenin hakimlerin nitelikleri itibari ile Anayasaya aykırı olduğunu belirterek iptal etmiştir¹¹¹⁴. Arabulucunun konumu Anayasa Mahkemesinin 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanuna ilişkin verdiği iptal kararında belirtilen meslekten hâkim ile birlikte işçi ve işveren temsilcileri gibi yargı yetkisine benzer fonksiyonel bir yetki kullandığı¹¹¹⁵ ve o tarihte görevlendirilen işçi ve işveren temsilcilerinde aranan niteliklerle arasında benzerlik olduğu da savunulmuştur¹¹¹⁶.

¹¹⁰⁹Özekes, s.121; Özveri, Murat: “İş Mahkemeleri Kanunu ve Zorunlu Arabuluculuk Uygulamaları”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2020/2, s.933, 934; Taşpolat Tuğsavul, s.200.

¹¹¹⁰Anayasa Mahkemesi, T.11.07.2018, E.2017-178, K.2018-82.R.G., 30622.

¹¹¹¹Özekes, s.123; Ekmekçi vd. s. 146.

¹¹¹² Yargı organlarının daha önce verdiği kararlardan farklı karar vermesinin hak ihlali olduğu hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine de aykırılık teşkil ettiğine dair Anayasa Mahkemesi kararı mevcuttur. (AYM, 22.01.2019, Başvuru No: 2015/17453 – RG, 12.02.2019, 30684).

¹¹¹³Özekes, s.124.

¹¹¹⁴ AYM T.13.04.1971, E.1970/63, K.1971/38 sayılı kararı RG.16.11.1971, S.14017.

¹¹¹⁵Özekes, s.118.

¹¹¹⁶Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 116.

2018 yılında verdiği kararda Anayasa Mahkemesi, İMK md.3/12’de arabuluculuk görüşmelerine katılmayan tarafların daha sonra açılan davada haklı çıksa bile yargılama giderlerine mahkûm edilmesini oy çokluğu ile Anayasa’ya aykırı görmemiş, ölçüsüz müdahale olarak kabul etmemiştir. İlk toplantıya katılmayan tarafın dava aşamasında haklı çıksa bile yargılama giderlerine (dava harçları, tanık, keşif, bilirkişi masrafı) mahkûm edilmesi, lehine vekalet ücretine hükmedilememesi kanaatimizce Anayasa’ya ve hakkaniyete aykırıdır¹¹¹⁷.

Karşı oy yazısında toplantıya katılmayana getirilen külfet Türk hukukunda olduğu gibi evrensel bir kural olan haksız çıkan tarafın yargılama giderlerini ve karşı tarafın vekalet ücretini ödeme kuralına¹¹¹⁸ aykırı ve ölçüsüz bir düzenleme olarak değerlendirilmiştir. Yoğunlukla işçinin davacı olduğu sistemimizde, hak aramayı anlamsız hale getirebilecek düzenlemenin Anayasa md. 13 ölçülülük ve md. 36 hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir¹¹¹⁹.

Dava şartı arabuluculuğun öncelikle iş hukuku alanında başlaması dünyada çok da rastlanılan bir durum değildir. İş hukukunda zorunlu arabuluculuk tartışmalarının yapıldığı ilk günlerde İtalyan hukuku örnek olarak sıkça zikredilmekteydi. İtalyan hukuku bakımından arabulucuya yönlendirme yargı organları tarafından yapılmaktadır ve iş hukuku bakımından bir zorunluluk söz konusu değildir¹¹²⁰. Diğer alanlar içinde sadece ilk görüşmeye katılmak zorunludur.

Arabuluculukta, devlet yargısında olan hâkim güvencesi olmadığı için taraflardan biri sosyal ve ekonomik olarak daha zayıf ise zayıf taraf için süreç bir baskı alanına dönüşebilecektir. Örneğin, işveren işçiye dava açarsan yıllarca beklersin ama daha düşük bir miktarı şimdi kabul edersen yönünde teklif yaptığında hakkına ulaşma ihtiyacı olan

¹¹¹⁷Aynı yönde görüş için bkz. **Özekes**, s.124; **Canbolat**, İş Hukuku Bakımından Arabuluculuk, s.104.

¹¹¹⁸ “6100 Sayılı Hukuk Mahkemeleri Kanunu’nun 326. maddesine göre kural olarak, yargılama giderlerinin, aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verilir. Anılan husus aynı zamanda kamu düzenine ilişkindir”. Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi T. 25/02/2021, E.2021/708, K.2021/5080 (www.lexpera.com.tr).

¹¹¹⁹**Çelik vd.**, s.79; **Erdem**, s.173; **Heper**, s.330; **Erdoğan**, s.1222; **Güzel**, Eleştirel Yaklaşım, s.50, 51,58.

¹¹²⁰**Loi**, s. 130 vd.; **Namlı**, s. 159; **Albayrak**, s. 23.

işçinin yasal olarak kazanabileceğinden daha azını kabul etmesine yol açılması söz konusu olabilir¹¹²¹.

Dava şartı arabuluculukta, arabuluculukta uyuşmazlığı sonuçlandırma iradesi olmasa da tarafların arabuluculuğa başvurma zorunluğu bulunmaktadır. İMK'nın gerekçesinde belirtildiği gibi yargılama, arabuluculuğa başvurmadan daha basit ve ucuz olmayabilir.

Tarafların istemedikleri halde arabuluculuğa başvurup, anlaşmamaları veya hut inanmadıkları bu prosedürde görünürde anlaşmalar bile daha sonra mahkemeye gitmeleri halinde bu durum taraflar için daha fazla masraf ve mahkemeler için daha fazla iş yükü anlamına gelebilecektir¹¹²². Buna ilaveten, zorunlu olarak arabulucuya gitmenin işçi üzerinde baskı oluşturacağına dair görüşler de bulunmaktadır¹¹²³. Ayrıca, iş ilişkilerinde işçinin arabuluculuk görüşmelerinde işveren karşısında kendini baskı altında hissetmesi de olumsuz sonuçlar doğurabilir. Doktrinde mahkemelerin iş yükünün azaltılması amacı ile kişileri iradeleri dışında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına zorlamanın Anayasamızın 36. maddesinde temelini bulan hak arama özgürlüğünü güçleştirdiğini¹¹²⁴ ve sürecin başında arabuluculuk ile devlet yargısı arasında seçim hakkı tanınmaması nedeniyle Anayasa md. 36 ve 37'ye aykırılık teşkil ettiğini savunan görüşler de mevcuttur¹¹²⁵.

Kanaatimizce, tarafları iradeleri dışında arabuluculuğa zorlamak hak arama özgürlüğünü güçleştirmektedir. Anayasa md. 36'ın "Hak arama hürriyeti" başlıklı birinci fıkrasında "Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" hükmüne yer verilmiştir. Hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. En az üç, en fazla dört hafta arabuluculuk süreci içinde yer alma

¹¹²¹Doğan Yenisey, s. 178; Ersin, s. 1222; Karacabey, s. 478.

¹¹²² İş uyuşmazlıklarının sayısının son yıllarda çok fazla artması nedeniyle uyuşmazlıkların bir kısmı dava şartı arabuluculuk kapsamında çözülsün de mahkeme önüne taşınan dava sayısında geçen yıllara nazaran artış göze çarpmaktadır. Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adli İstatistikler 2020, Ankara 2020, s.189 <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/22420211449082020H%C4%B0ZMETE%C3%96ZELK%C4%B0TAP.pdf> (E.T.12.12.2020) ; Aynı yönde görüş için bkz. Sarıdağ, s.1101; Karacabey, s. 469; Ekmekçi/Özekes/Atalı, s.114.

¹¹²³Namlı, s. 158 vd.; Heper, s.229.

¹¹²⁴Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 114.

¹¹²⁵Karacabey, s. 465; Namlı, s. 158; Heper, s.330.

zorunluluğu, hak arama özgürlüğüne kavuşmayı geciktirmekte bir anlamda güçleştirmektedir.

Dava şartı arabuluculuk, arabuluculuğun özelliklerinden biri olan gönüllülük esasını da kısmen bertaraf etmektedir¹¹²⁶. Tarafları arabuluculuk sürecine dahil olmaya zorlamanın arabuluculuk süreci içinde zorlamaktan ayrı tutulup tutulamayacağı doktrinde tartışılmıştır¹¹²⁷. Tarafları arabuluculuk sürecine zorlama, adil olmayan sonuçlara sebebiyet veren anlaşma baskısı yaratan arabuluculuk süreci içinde zorlamaya dönüşmektedir¹¹²⁸. Dava şartı arabuluculuk tarafların anlaşmaya ulaşmaları noktasında yoğun baskı içine girmelerine neden olabilmektedir. Eğer uyuşmazlığın tarafları arabuluculuk faaliyeti başarısız olursa daha zorlayıcı bir sürecin meydana geleceğinin farkındaysalar arabuluculuğun anlamını değiştirecektir. Doktrinde uyuşmazlıklarını arabuluculuğa götürmekte istekli olmayan tarafları arabuluculuğa zorlamanın adalete erişim hakkına engel ya da dayatma olarak kabul edilmesi gerektiği de belirtilmiştir¹¹²⁹. Buna ilave olarak, dava şartı arabuluculuğu davanın bir parçası olarak görme eğiliminde olan, kanunun düzenlemesi gereği arabuluculuk masasında bir araya gelen taraflar ve vekilleri ileride açılacak davada pozisyon belirlemek için arabuluculuk müessesesini kullanmaktadırlar. Bu durumda bilgisiz olan taraf daha da mağdur edilebilir¹¹³⁰.

Bireyin hak arama özgürlüğünü ve adalete erişim hakkını korumak devletin vazgeçilmez görevidir. Devlet asli görevlerini devretmemeli, ertelememeli, geciktirmemeli, iş yükü vb. nedenlerle zorlaştırmamalıdır. Aksi halde bu durum hakkın özünü zedeleyecek hale gelebilir. İş hukukuna dair uyuşmazlıklara dahil olan sosyal gerçekler ve insan unsuru unutulmamalıdır. Devletin asli görevlerinden biri olan adalet sorununun, başka kurum ve yöntemlere yaslanmadan sağlıklı ve kalıcı çözümlerle

¹¹²⁶Güzel, Aykırı Düşünceler, s. 1137; Heper, s.330.

¹¹²⁷Vettori, Stella, “Mandatory Mediation- An Obsctacle to AcesstoJusice”, African Human Rights Law Journal, C.15, 2015, s. 358; Wissler, Roselle, “TheEffects of Mandatory Mediation: Empirical Research on the Experience of Small Claims and Common Pleas Courts”, Willamette Law Review, C.33, 1997, s. 565.

¹¹²⁸Wissler, s. 566; Özsumcu, Zorunlu Arabuluculuk, s. 828; Quek, D., “Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining The Feasibility Of Implementing A Court-Mandated Mediation Program”, Cardozo Journal of Conflict Resolution, S. 11, 2010, s.485; Haneman, J. Victoria, “The Inappropriate Imposition of Court-Ordered Mediation in Will Contests, Cleveland State Law Review, 2011, C.59, s.522.

¹¹²⁹Özsumcu, Zorunlu Arabuluculuk, s. 828; Wissler, s. 565;

¹¹³⁰İngiliz Mahkemeleri Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust Davası bkz. Nolan Haley, Jacqueline, Consent in Mediation, Dispute Resolution Magazine, 2008, s.5

halledilmesi gerekir. Adalete erişim etkin bir şekilde halledilmelidir. Kısa vadede olumlu bazı sonuçlar elde edilse bile uzun vadede geri dönüşü zor sorunlar doğabilecektir¹¹³¹.

Arabulucu bürolarının ve arabulucuların yargısal yolla sağlanan bazı yetkileri kullanmalarında, sistemin kontrolünün idarenin tasarrufunda olmasında, sistemin bürokratik yapısında yayınlarında, iletişim vasıtları ile (whatsapp vb.) yönlendirmelerinde, dava şartı arabuluculuğa başvuru, görevlendirme vs. hususların kanunla değil idari işlem olan yönetmelik ile düzenlenmesinde, bürokrasinin fiili hakimiyeti olduğu¹¹³² ve bu durumun mahkemeye müracaat ve hak arama özgürlüğünün idari yolla sınırlama olarak nitelendirilebileceği doktrinde ifade edilmiştir¹¹³³. Dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlıkların genel ölçüsünün konulduğu fakat kod halinde sayılmadığı, dava şartı arabuluculuk ile arabuluculuğun alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olmaktan çıkıp örtülü bir yargısal faaliyet olmaya doğru gittiği¹¹³⁴, arabuluculuğa başvurmanın yargı yükünü azaltmanın amacı değil sonucu olması gerektiği, dava şartı arabuluculuk ile devletin asli görevi olan yargılamanın özelleştirilmeye çalışıldığı görüşünde olan yazarlar mevcuttur¹¹³⁵.

Tarafların arabuluculuk süreci sonunda vardıkları anlaşma belgesine karşı dava açılmaz hükmünün hak arama özgürlüğüne; alt işveren-asıl işveren ilişkisi durumunda birlikte hareket etmesi bazen kolay olmayan alt işveren ve asıl işverenin iradelerini aynı yönde kullanmaya zorlamanın da bireysel özgürlüklere aykırı olduğu belirtilebilir¹¹³⁶. Buna ilaveten, arabulucunun son tutanağı UYAP sistemine yüklemesi gerekmektedir. Arabulucunun bu görevi yapmaması durumunda taraflar dava açamayacaklardır. Bu durumda hak arama özgürlüğü açık şekilde engellenmiş olacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de dava şartı arabuluculuk ile adalete erişim hakkı arasında ilişkiyi değerlendiren kararlar vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 6, adil yargılanma hakkına ilişkin olan adalete erişim hakkını da kapsar. Dava açma imkanını engellemeyen dava öncesi zorunlu prosedürlerin tek başına adil yargılanma

¹¹³¹Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 100.

¹¹³²Özekes, s.127; Ekmekçi vd. s.148.

¹¹³³Özekes, s.126; Ekmekçi vd. s. 123.

¹¹³⁴Özekes, s.115; Ekmekçi vd. s.149.

¹¹³⁵Özekes, s. 128,129; Ekmekçi vd. 146-150.

¹¹³⁶Özekes, s.127; Ekmekçi vd. s.150.

hakkına aykırılık oluşturmadığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce kabul edilmiştir¹¹³⁷.

AİHM zorunlu alternatif çözüm yollarını incelerken, mahkemeye erişim hakkını sınırlayan bu düzenlemelerin, hakkın özüne dokunmadığı, meşru bir amaca yöneldiği ve elde edilmek istenen amaçla kullanılan araç orantılı olduğu sürece AİHS md.6 hükmüne uygun olduğunu kabul etmektedir. Tarafların ihtilaflarını mahkemelerin müdahalesi olmaksızın çözmelerine izin vermeyi ve mahkemeler önünde derdest davaların sayısını azaltmayı amaçlayan uzun ve pahalı mahkeme işlemlerinden kaçınmak amacı meşru kabul edilmekte ve bu yollara başvurunun zamanaşımı süresini durdurmasına vurgu yapılmaktadır¹¹³⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, dava açılmasından önce arabulucuya başvuru zorunluluğu ile ilgili olan Roselba Alassini vs. Telecom Italia SpA davasına ilişkin verdiği kararda, mahkeme öncesi zorunlu arabuluculuk sonucu varılan anlaşmaların mahkemeye erişimi engelleyecek şekilde tarafları bağlayıcı olmaması, davaların açılmasında önemli gecikmeye yol açmaması, yargılama giderlerini ya çok az artırması ya da hiç artırmaması, başvuru prosedürünün sadece elektronik ortamla sınırlı olmaması ve acil durumlarda geçici hukuki koruma yollarının bulunuyor olması şartlarını sağlıyorsa düzenlemenin hukuka ve Avrupa Birliği direktiflerine aykırı olmadığına karar vermiştir¹¹³⁹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Klausecker v. Almanya davasında mahkeme yolu kapatılsa bile arabuluculuk sisteminin tek başına varlığının yeterli ve güvenli olduğunu, Avrupa İnsana Hakları Sözleşmesi md. 6'nın ihlalini teşkil etmediğini belirtmiştir¹¹⁴⁰.

AİHM kararlarına bakıldığında Türk hukukundaki düzenlemenin de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyumlu olduğunu söylemek mümkün görünmektedir. İMK md.3

¹¹³⁷**McGregor**, Lorna, "Alternative Dispute Resolution and Human Rights: Developing a Rights-Based Approach Through the ECHR", The European Journal of International Law, C. 26, S. 3, s.615; **Yardım**, Ertan, "Genel Hatlarıyla Bireysel İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", Toprak İşveren Dergisi, S.117, 2018, s.19.

¹¹³⁸ AİHM, Momcilovic v. Hırvatistan, T. 26 Haziran 2015, Başvuru No: 11239/11. paragraf 41 vd. bkz. https://www.stradalex.com/en/sl_src_publ_jur_int/document/echr_11239-11_001-152990 (E.T.12.04.2022); **Heper**, s.331.

¹¹³⁹ **Yardım**, s.20; **Özel**, Sibel, "Zorunlu Arabuluculuğun Adalet Erişim Hakkı Çerçevesinde İrdelenmesi", Public and Private International Law Bulletin, 40(2), Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan, 2021, s. 882; **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s.811; **Hanks**, 934-935.

¹¹⁴⁰ <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%22001-151029%22%7D> (E.T.13.05.2022.)

ile getirilen dava şartı arabuluculuk, uluslararası sözleşmeler ve anayasal düzenlemeler aracılığıyla güvence altına alınan adalete erişim hakkını engellemese de erteleyecek niteliktedir¹¹⁴¹.

Dava şartı arabuluculukta uyuşmazlığın mahkemede görülmesine hiçbir engel yoktur; fakat hak arayan önce zorunlu olarak yargı dışı çözüm yolunu tercih etmek zorunda bırakılmış bir nevi mahkemeye başvuru engel çıkartılmıştır. Devlet yargısına alternatif oluşturulduğu ve ihtiyariliğin göz ardı edildiği söylenebilir.

B- Arabuluculuk Hukuku Bakımından Dava Şartı Arabuluculuk

Arabuluculuk, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak suretiyle tarafları bir araya getiren onların birbirlerini anlamalarını ve böylelikle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlayan, iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde taraflara çözüm önerisi de sunabilen alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir¹¹⁴².

Dava şartı arabuluculuk için arabuluculuğun niteliği ruhu ve ilkeleriyle uyumlu olmayan bir yapısının bulunduğunu doktrinde savunan yazarlar bulunmaktadır¹¹⁴³. Dava şartı arabuluculuk terimi yerine zorunlu arabuluculuk terimini kullanan bu yazarlar; arabulmak, anlaşmak ve sulh olmakla zorlamak ve zorunlu olmak arasındaki çelişkiye vurgu yaparak, genel bir ilke olarak iradî ve gönüllülük esasına dayanan arabuluculuğa başvurunun zorunlu olması ama süreçten ayrılma konusunda zorunluluk olmaması, arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun gönüllülük/iradilik ilkesinin ihlali olduğu¹¹⁴⁴, gerçek anlamda tarafların kendilerini süreçte eşit hissetmeleri gerektiği bu eşitliğin sağlanmadığını düşünen tarafın sürece zorlanmasının eşitlik ilkesinin ihlali olduğu¹¹⁴⁵, süreç içinde bazen istemeden yapılan anlaşmaların bir uygulama gerçeği olduğu¹¹⁴⁶, özel

¹¹⁴¹Özmumcu, Zorunlu Arabuluculuk, s. 834.

¹¹⁴² Pearson, s.7; Palenski, s.134.

¹¹⁴³ Çelik vd., s. 82; Güzel, Aykırı Düşünceler, s.1138-1139.

¹¹⁴⁴Ekmekçi vd. s. 150; Ekmekçi/Özekes/Atalı, s.150-151; Çelik vd. s. 82; Mutluay, Zorunlu Arabuluculuk, s. 75.

¹¹⁴⁵Çelik vd., s.82; Özekes, s.131; Kılıçoğlu, Mustafa, İş Hukuku Esasları, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Uygulamaları, İş Hukuku Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2019 s. 678.

¹¹⁴⁶Ekmekçi vd., 151.

yetki hükümleri ve sürece ilişkin bazı düzenlemelerle yargı benzeri bir arabuluculuk bürokrasisi oluşturulduğunu belirtmişlerdir¹¹⁴⁷.

Dava şartı arabuluculukta anlaşıp anlaşmama tamamen tarafların iradesine bırakıldığı için kurumun iradilik ilkesi ile çok da çelişmediği söylenebilir¹¹⁴⁸. Zira dava şartı arabuluculukta taraflar bir araya getirilerek ilk iletişimin zorunlu olarak gerçekleşmesine yardım edilmekte ancak sürecin devamına ilişkin bir zorunluluk söz konusu olmamaktadır. Zoraki de olsa ilk iletişimin sağlanması, taraflar arasındaki iletişim kopukluğunun önüne geçmektedir. Bazı yazarlara göre zorunlu arabuluculuk öncesi dönemde iş uyuşmazlıklarında avukatlar çoğu kez işçiden davayı başarılı olarak kazanmadığı sürece ücret almadığı için uyuşmazlığın adeta bir parçası haline gelmekte, kendi ücreti ödenmeden tarafların sulh olmasını istememekte, hatta sulh olma halinde avukatın kendi vekalet ücreti için dava açtığına ilişkin uygulamada örnekler rastlanılmaktadır. Dava şartı arabuluculuk önceleri avukatlar tarafından benimsenmese de işçiyi temsil eden avukatlar kısa sürede vekalet ücretine kavuşabilmekte, arabuluculuk sürecinin olumlu sonuçlanmasını dilemektedirler¹¹⁴⁹. *Albayrak*'a göre mevcut dava şartı arabuluculuk düzenlemesi; tarafların masrafsız başvuru esasına dayanması, ilk iki saatlik ücretin devlet tarafından karşılanması, yargılama süreçlerinin çok uzun olduğu, (örneğin iki duruşma arasının en az üç ay olduğu) kanunca öngörülen üç haftalık sürenin makul hatta kısa olduğu düşünüldüğünde hak arama hürriyetini engellememektedir¹¹⁵⁰. Kanaatimizce iki saatlik süre semboliktir. Devletin en az iki oturumluk süreyi ödemesi daha yerinde bir uygulama olurdu. Tarafların ilk oturumdan sonra, arabulucunun sunduğu çözüm önerisi üzerinde karar vermek için daha fazla zamana ihtiyacı olduğunu düşünmekteyiz.

Arbuluculuk kurumunun temel ilkelerinden biri eşitliktir. İMK md. 3/18 gereğince işverenin yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanın da görüşmelerde işvereni temsil edeceği ve son tutanağı imzalayabileceği belirtilmiştir. İşverenin dilediği kişiyi yetkilendirmesi arabuluculuk kurumunun temel ilkelerinden olan eşitlik ilkesine aykırıdır. İşveren için gösterilen bu kolaylık ve imkândan işçi yararlanamamaktadır.

¹¹⁴⁷**Ekmekçi vd.**, s. 150,152.

¹¹⁴⁸**Taşpolat Tuğsavul**, s. 126; **Tıktık Çiğdem**, Gizlilik, s. 42; **Albayrak**, s.20.

¹¹⁴⁹ Görüşmeler olumsuz sonuçlansa bile Asgari Avukatlık Ücreti Tarifesi md. 16 uyarınca avukatlar ücrete hak kazanacaktır.

¹¹⁵⁰**Albayrak**, s. 20; **Odaman**, s. 1755.

Belirtmek gerekir ki korunması ve kolaylık sağlaması gereken taraf sosyal yönden işçidir¹¹⁵¹.

Adalet Bakanlığı İstatistiklerine göre, iş uyuşmazlıklarında iradi uyuşmazlıkta anlaşma oranı %99 iken dava şartı arabuluculukta bu oran %51'dir. Bu istatistik arabuluculuğun iradi olarak yapıldığında daha başarılı sonuçlar alındığına dair ipuçları sunmaktadır¹¹⁵².

C-Usul Hukuku ve Takip Hukuku Bakımından Dava Şartı Arabuluculuk

1-Genel Olarak

HUAK m. 18/A'ya göre görevlendirmeyi yapan büronun yetkili olup olmadığını arabulucu kendiliğinden dikkate alamaz. En geç ilk toplantıda karşı tarafı yetkiye ilişkin belgeleri sunarak büronun yetkisine itiraz edebilir. Arabulucu dosyayı büroya teslim eder ve büroda dosyayı ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderir.

Mahkeme harç almadan dosya üzerinden inceleme yapar. En geç bir hafta içinde yetkili büroya ilişkin kararını verir. Mahkemenin kararı büro tarafından 7201 sayılı Tebligat Kanunu uyarınca taraflara tebliğ edilir. Yetki itirazının reddi durumunda aynı arabulucu yeniden görevlendirilir. Yetki itirazının kabulü durumunda kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde yetkili büroya başvurulur. Yetkili büro yeni arabulucu görevlendirir. Bu düzenlemenin, hukuki dinlenilme hakkı ve çabukluk ilkesi bakımından sakıncalar taşıdığı doktrinde belirtilmiştir¹¹⁵³. Karşı tarafın itirazından sonra dosya, arabuluculuğa başvuranın görüşü alınmadan, sulh hukuk mahkemesine gönderilmektedir. Süreci geciktirmek isteyen taraf ilk arabuluculuk toplantısında yetki konusunu gündeme getirebilir. Bu durumda dosya önce arabuluculuk bürosuna ardından sulh hukuk mahkemesine intikal ettirilmektedir. Sulh mahkemesi karar verip Tebligat Kanunu'na göre kararı tebliğ eder, tebligat sorunlarının çıkma ihtimali de her zaman vardır. Yetki itirazı reddedilirse aynı arabulucuya, kabul edilirse yetkili büroya başvurularak süreç

¹¹⁵¹ **Ekmekçi/Özekes/Atalı**, s.155- 156; **Atalı**, s.143.

¹¹⁵² Adli İstatistikler 2020, s.210; aynı yönde görüş için bkz. **Sarıdağ**, s.1107; **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s.830. Ana muhalefet partisi tarafından İMK md. 3'ün değiştirilmesine, iş hukukunda dava şartı arabuluculuğun kaldırılmasına yönelik kanun teklifi de sunulmuştur; ancak TBMM Genel Kurulu tarafından kabul edilmemiştir. Teklif metni için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1026.pdf> (E.T. 26.09.2022).

¹¹⁵³ **Tanrıver**, Süha, Medeni Usul Hukuku, C.I, Ankara 2018, s.1031; **Atalı**, s.144.

yeniden başlatılacaktır. Vakit kaybı yaşanacağı aşikardır. Arabuluculuk süreci olmadan dava açılmış olsaydı ön inceleme safhasında ve sonrasında tarafların iddia ve savunmalarının ortaya çıkmış olması muhtemeldir. Süreci geciktirmek, uzatmak isteyen taraf dava şartı yokluğu sebebiyle verilen usulen red kararına karşı istinaf yoluna da başvurabilir ¹¹⁵⁴. İş mahkemelerinin iş yükünün azaltılması amacıyla getirilen dava şartı arabuluculuk kurumunun dava şartı yokluğu sebebiyle verilen usuli red kararına karşı istinaf yoluna gidilmesi suretiyle bölge adliye mahkemelerinin iş yükünü artırması da söz konusu olabilecektir¹¹⁵⁵.

Mahkemece, uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuğa tabi olduğuna dair verilen kararın; taraflar, arabulucu ve büro açısından bağlayıcı olup olmadığı değerlendirilmesi hususunda açıklık olmadığı doktrinde belirtilmektedir. Kanaatimizce, mahkeme kararı olduğu sürece karar arabulucu, büro ve ilgili tarafları bağlayıcı niteliktedir.

Arabuluculuk ileride açılacak dava için delil oluşturma yeri değildir. Anlaşma belgesi bir kısım vakıa tespitleri (ikrarları) içerse bile, bunların delil değeri yoktur ve dava aşamasında ileri sürülemez. HUAK “beyan veya belgelerin kullanılamaması” başlıklı md.5’den de anlaşılan aynı doğrultudadır.

Arabulucu önünde temsil kolaylığı sağlanmasını amaçlayan gerçek ve tüzel kişilerin temsiline ilişkin düzenlemenin genel hükümler ile çelişir olduğunu düşünen yazarların yanı sıra aksi de doktrinde savunulmuştur. Temsil yetkisi kanuna dayanan avukat için noterde düzenlenen vekaletnamede özel yetki aranmasına, şirketlerin temsili bakımından noterde düzenlenen imza sirküleri ile ispatı gerekmesine karşılık arabuluculuk gibi gönüllü ve iradi bir süreçte herhangi bir çalışanın yetkilendirilip arabuluculuk görüşmelerine katılabilmesi ve anlaşma imzalanabilmesi yerinde değildir¹¹⁵⁶ görüşünün yanı sıra HMK md.74’ün iş hukuku uyuşmazlıklarında uygulanmaması da savunulmuştur¹¹⁵⁷. HMK md.74 uyarınca açıkça yetkisi olmayan vekil taraf adına alternatif uyuşmazlık yollarına başvuramaz. HMK md.74 yargılamaya ilişkin bir düzenlemedir. Arabuluculuk yargılama değildir. Arabuluculuk sürecinde arabulucuya sunulan vekaletname herhangi bir yere ibraz edilmeden arabulucunun dosyasında

¹¹⁵⁴Tanrıver, s.1031; Atalı, s.144.

¹¹⁵⁵KömeAkpulat, s. 371.

¹¹⁵⁶Yardım, s. 20.

¹¹⁵⁷Canbolat, İş Hukuku Bakımından Arabuluculuk, s.100; Yardım, s. 20.

kalmaktadır. Arabuluculuk sürecindeki bilgi ve belgeler delil olarak kullanılamaz. İşçinin korunması amacıyla yargılamanın hızlı gerçekleşmesi gerekir. Sadece iş hukuk için ayrı bir yargılama kanunu ve iş davalarına bakan ayrı mahkemeler bulunmaktadır. Bu görüşe katılıyor ve HMK md. 74'ün iş hukukuna ilişkin dava şartı arabuluculuğa uygulanmaması gerektiğini düşünüyoruz¹¹⁵⁸.

2-Objektif Dava Birleşmesi

Usul ekonomi ilkesi ile bağlantılı olan objektif dava birleşmesi kurumu diğer adıyla dava yığılması birden fazla asli talebin tek seferde ve aynı dilekçe ile ileri sürebilmesi halidir¹¹⁵⁹. Birlikte sürülen taleplerden biri veya birkaçı dava şartı arabuluculuk kapsamında olmalıdır. Taleplerden biri için dava şartı arabuluculuk uygulanmış olsa bile davacının HMK ile kendisine tanınan objektif dava birleşmesi imkanından vazgeçmesinin beklenmemesi gerektiği kanaatindeyiz¹¹⁶⁰.

İşçinin ödenmeyen ücret alacağı talebiyle arabuluculuk yoluna gitmesi ve anlaşamamaları üzerine dava açması durumunda aynı davada fazla çalışma ücreti yıllık izin ücreti gibi başka işçilik alacaklarını talep etmesinin mümkün olup olmadığı kanunda düzenlenmemiştir. Taraflar arasında arabuluculuğa konu olmayan alacak talepleri bakımından mahkemenin red kararı vermesi mevcut kanuni düzenlemeye daha uygundur. Dava şartı kamu düzenindendir ve her talep için yerine getirilmesi gerekir¹¹⁶¹.

¹¹⁵⁸ Aksi yönde görüş için bkz. İstanbul Barosu tarafından avukatlara verilen genel dava vekaletnamesinin ahzu kabz, sulh, feragat, ibra gibi yetkileri içermesine karşısın, geniş yetkinin dar yetkiyi kapsaması kabulünün gerektiği ve dava şartı arabuluculuk görüşmesi için özel yetki talep edilmemesi gerektiği görüşüyle Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı'na başvurulmuş olup, Daire Başkanlığı tarafından verilen cevapta özetle, dava şartı arabuluculuk kapsamında arabuluculuk bürosuna başvuru bulunan avukatın HMK md.77/1 hükmünde belirtilen gecikmesinde zarar doğabilecek haller saklı kalmak kaydıyla, HMK md. 74 kapsamında açık bir şekilde alternatif çözüm yollarına başvurma yetkisini içerir vekaletnameyi yine HMK'nın 76. maddesi uyarınca arabuluculuk bürosuna ibraz etmek zorunda olduğu belirtilmiştir. Ayrıca dava şartı kapsamında arabuluculuk görüşmelerine müvekkili temsilen katılan ancak vekaletnamesinde HMK md. 74 hükmündeki özel yetki bulunmayan avukatın görüşmeler sonunda imzalayacağı anlaşma metni açısından yetkisiz temsil iddialarına yol açılmaması adına vekaletnamede alternatif çözüm yollarına başvurma yetkisinin bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. <https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=15148&Des%20c=%20Genel-Dava%20Vek%20%25C%203%A2%20letname%20sinin-%20Arabuluculuk-%20G%C3%B6r%C3%BC%C5%9Fmesine-Kat%C4%B1lmak-%20%20C4%25%20B0%C3%A7in-Yeterli-Olmas%C4%B1-%C4%B0stendi> (E.T.: 12.12.2022)

¹¹⁵⁹ **Akyıldız**, Emre, İş Yargılamasında Arabuluculuk Sistemi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s.131; **Yılmaz**, s.139.

¹¹⁶⁰ Aynı yönde görüş için bkz. **Atalı**, s.148

¹¹⁶¹ **Ekmekçi vd.**, s. 188; **KömeAkpulat**, s369.

Yine de belirtmek gerekir ki zaten bir işçilik alacağı üzerinde anlaşılmamış olan tarafların diğer alacak talepleri yeniden arabuluculuk aşamasının denenmesinin zorlanması yeniden dava açılması ile sonuçlanabilir. Bu durum davacının yargılama sonucu haklarına kısa sürede kavuşabilmesine engel olarak usul ekonomisi, kolaylık ve çabukluk ilkelerine de ters düşer. Mahkeme tarafından reddedilip arabuluculuğa giden uyuşmazlıklar bakımından sonradan açılan davalar HMK md.166 uyarınca ilk dava ile birleştirilebilir ya da sonradan ileri sürülen talepler bakımından ilk davada bekletici mesele yapılabilir¹¹⁶².

Bölge Adliye Mahkemesi arabuluculuk tutanağında adı zikredilmeyen alacak kalemleri yönünden dava şartı yokluğu nedeniyle usulden ret kararı verilmesinin yasaya uygun olmadığını hüküm altına almıştır¹¹⁶³. Dava dilekçesinde talep edilen alacak kalemlerinin bir ya da birkaçının arabuluculuk tutanağında ismen yazılı olmadığı bu nedenle dava şartının yerine getirilmediği gerekçesiyle davanın, tamamen veya arabuluculuk tutanağında adı zikredilmeyen alacak kalemi yönünden ayırma kararı verilerek o kalem veya kalemler yönünden dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine karar verilmesi kanaatimizce de uygun değildir. Tarafların anlaşılmayarak mahkeme önüne geldiği davada hâkim tarafları tekrar arabuluculuğa yönlendirmemeli, karar verme eğiliminde olmalıdır.

3-Belirsiz Alacak Davası

Belirsiz alacak davası en sık iş hukukunda görülmektedir. İş uyuşmazlıklarında kısmi dava açılması ve daha sonra bakiye talebin aynı dava içinde ileri sürülmesi amacıyla ıslah yoluna başvurulması söz konusu olmaktadır¹¹⁶⁴. Kısmi davanın içinde ıslah

¹¹⁶²Kuru, s. 266; Köme Akpulat, s. 369; Yılmaz, s.140.

¹¹⁶³ “Sonuç olarak, anılan yönetmelik tarihinden önce ve dava öncesi arabuluculuğa başvurulduğunun belgelenmesi yeterli olup, dava dilekçesinde talep edilen alacak kalemlerinin tümünün veya bir ya da birkaçının arabuluculuk tutanağında ismen yazılı olmadığı bu nedenle dava şartının yerine getirilmediği gerekçesiyle davanın, tamamen veya arabuluculuk tutanağında adı zikredilmeyen alacak kalemi yönünden ayırma kararı verilerek o kalem veya kalemler yönünden dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine karar verilmesi usul ve yasaya uygun olmadığından, mahkemece davanın esasına girilerek tarafların delillerinin toplanması ve sonuçlarına göre bir karar verilmesi gerektiğinden HMK 353/1-a6 maddesi uyarınca ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve dosyanın geri çevrilmesine karar verilmesi gerekmektedir.”Bkz. İstanbul BAM 31. Hukuk Dairesi, T.06.02.2020, E.2020/301., K.2020/98 (www.lexpera.com.tr).

¹¹⁶⁴ “Olayda davacının bir bölümünü itirazın iptali davasına konu ettiği kıdem tazminatı alacağının kalan kısmını ‘ıslah’ yoluyla talep etmesinde hukuken bir engel bulunmamaktadır. Davacının gerek dava dilekçesi içeriğindeki gerekse ıslah dilekçesine konu ettiği alacağı aynı olup, bu alacak ile ilgili olarak

yapılması veya ayrı bir dava açılması gereği irdelendiğinde aynı alacak için bir defa arabuluculuk süreci işletilmişse alacağın kısmı ya da tam olması önem taşımamalıdır. Kısmı talepte anlaşılamayan tarafların bakiye kısım için anlaşmayacaklarını öngörmek doğru bir yaklaşım olacaktır. Aynı alacak kalemine ilişkin kısmı talep ile talep yığılması şeklinde birden fazla talebin birlikte ileri sürmesi karıştırılmamalıdır.

Belirsiz alacak niteliğindeki talepler bakımından ise alacak tek olduğundan hangi miktar üzerinden arabuluculuk müzakereleri işletilmiş olursa olsun dava açıldığında belirlenen ve belirlenemeyen tüm kısım için dava şartı yerine getirilmiş kabul edilmelidir¹¹⁶⁵. Arabuluculuğa başvurulurken muhtemel tüm taleplerin müzakere kapsamına alınması önemli ve yararlıdır¹¹⁶⁶. İşçi bazen alacağının miktarını bilemez ve

arabuluculuk şartı yerine getirilmiştir. Dava açmadan önce kıdem tazminatı ile ilgili olarak arabuluculuğa başvuran davacının, ıslaha konu kısım için ayrıca bu yola başvurması zorunlu değildir. Mahkemece uyuşmazlığa konu olan alacağın kendisi yerine, davanın türüne yönelik değerlendirme yapılarak, ıslah edilen kıdem tazminatı alacağının usulden reddine karar verilmesi açıklanan ilke ve esaslara aykırı olduğundan davacının kıdem tazminatı alacağı yönünden arabuluculuğa başvuru şartını gerçekleştirdiği kabul edilerek, işin esasına yönelik değerlendirme yapılması gerekirken aksi yönde hüküm kurulması hatalı olup, kararın kanun yararına bozulması gerekir. Mahkemece uyuşmazlığa konu olan alacağın kendisi yerine, davanın türüne yönelik değerlendirme yapılarak, ıslah edilen kıdem tazminatı alacağının usulden reddine karar verilmesi açıklanan ilke ve esaslara aykırıdır. Bu halde davacının kıdem tazminatı alacağı yönünden arabuluculuğa başvuru şartını gerçekleştirdiği kabul edilerek, işin esasına yönelik değerlendirme yapılması gerekirken aksi yönde hüküm kurulması hatalı olup, kanun yararına bozulma isteğinin bu gerekçe ile yerinde olduğu sonucuna ulaşılmıştır.” Bkz. Y. 9. Hukuk Dairesi, T. 02/11/2021, E.2021/11105, K. 2021/15254 (www.lexpera.com.tr).

¹¹⁶⁵ “Somut olayda; davacı vekili tarafından, davalı Bakanlığa bağlı işyerinde ihale ile hizmet alımı yapılan alt işveren şirketler nezdinde çalışmakta iken, 696 Sayılı Hukuk Hükmünde Kararname’nin 127. Maddesiyle 375 Sayılı Kanun Hükmün Kararname’ye eklenen geçici 23. Maddesi kapsamında 02.04.2018 tarihinde sürekli işçi kadrosuna geçirilmiş olan davacı işçinin, geçiş esnasında tanzim edilen belirsiz süreli iş sözleşmesinin, aylık ücretin düzenlendiği 7. Maddesinde yazılı bulunan oran dikkate alınmaksızın temel ücretin hatalı belirlenmesi nedeniyle ücret, ikramiye ve ilave tediye alacaklarının eksik ödendiği iddiasıyla arabulucuya başvurulmuş, sürecin anlaşamama ile sonuçlanması üzerine 30.03.2020 tarihli son tutanak dava dilekçesine eklenerek dava açılmıştır. Bununla birlikte mahkemece hükme esas alınan ve davacının ve davacının ıslahına dayanak oluşturan bilirkişi raporundaki hesaplamalar 14.01.2021 şeklindeki son tarih esas alınarak yapılmıştır. Arabuluculuk faaliyeti ise, tarafların anlaşamadığına ilişkin düzenlenen son tutanak tarihinden önce muaccel olan alacaklar için gerçekleştirilmiştir. Arabuluculuk son tutanak tarihinden sonra ihtilaf konusu olan, son tutanak tarihi ile hesaplamaya esas alınan son tarih arasındaki talep dönemi için arabuluculuk dava şartının yerine getirilmediği dikkate alındığında, bu dönem yönünden davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilmesi gerekir iken yazılı şekilde hüküm kurulması yerinde değildir.” Y. 9. Hukuk Dairesi, T. 23/03/2022, E. 2022/3187, K.2022/ 3981 (www.lexpera.com.tr).

¹¹⁶⁶ “Somut uyuşmazlıkta, davacının 08/06/2017 tarihli dava dilekçesinde yıllık izin ücreti alacağı talep etmediği, yargılama sırasında bilirkişi raporu alınmasından sonra 12/06/2020 tarihli ıslah dilekçesinde harcını yatırarak yıllık izin ücreti alacağı talebinde bulunduğu, öncesinde ise söz konusu alacak ile ilgili olarak davalı işveren aleyhine arabulucuya başvurmamış anlaşılmaktadır. Dava dilekçesinde talep konusu yapılmayan bir işçilik alacağı, dava konusu alacaklarla aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğmak şartıyla, ayrıca bu alacağa ilişkin peşin harç yatırılmak kaydıyla kısmi ıslahla talep edilebilir ise de, dava şartı arabuluculuk hükümlerinin 01/01/2018 tarihinde yürürlüğe girdiği dikkate alındığında, ıslaha konu edilen yıllık izin ücreti alacağı yönünden arabuluculuğa başvuru şartının yerine getirilmediği anlaşılmakta söz konusu alacağın dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”. Y. 9. Hukuk Dairesi, T.09/02/2022, E. 2022/821 K. 2022/1540(www.lexpera.com.tr) .

bunu ancak işverenin sağlayacağı bilgi ve belgeler sayesinde veya dava sırasında ortaya çıkan duruma göre öğrenebilir. Arabuluculuk aşamasında alacağının miktarını bilmeden işçi ve işveren arasında adil müzakere koşullarından/ortamından söz edilip edilmeyeceği ayrı bir tartışma konusudur¹¹⁶⁷.

Bu tartışmayı bu başlık altında bir kenara bırakarak iş yargılamasına konu olan kısmı davalar ile ilgili olarak dava öncesinde arabuluculuk şartının gerçekleştirilmiş olması kaydıyla kısmi ıslaha konu edilen alacaklar yönünden ayrıca arabuluculuğa gerek olmadığını ifade edilebilir.

4- Tespit Davası

Tespit davası müspet ve menfi tespit davası olarak ikiye ayrılır. Tespit davası ile alacağa hizmet eden eda davası birbirinden farklıdır Tespit davası bir hakkın, ilişkinin varlığı ya da yokluğu veya bir belgenin sahte olup olmamasına ilişkindir¹¹⁶⁸. Bir miktar paranın ödenmesi ya da tazminatın ödenmesi söz konusu değildir. Menfi tespit davası olumsuz durumun tespit edilmesine ilişkindir. 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 42. Maddesi uyarınca 01.09.2023 tarihi itibarıyla menfi tespit davalarına ilişkin uyuşmazlıklar da dava şartı arabuluculuk kapsamında olacaktır.

Menfi tespit davasının sonunda alacağa yönelik olarak takibin durdurulması ve icra inkâr tazminatına hükmolunması gibi sadece yargı tarafından verilebilecek kararlar verilir. Borçluyu arabuluculuğa başvuruya zorlamak borçlu aleyhinde cebri icrayı durdurmaz ve borçlunun icra takibinden önce menfi tespit davası açmasını engellemiş olur. Menfi tespit davasının hiçbir şekilde dava şartı arabuluculuğa tabi olmayacağını savunan yazarların ve yargı kararlarının¹¹⁶⁹ yanında menfi tespit talebini içeren davanın

¹¹⁶⁷ **Ekmekçi vd.**, s. 188, 189; **Atalı**, s.140.

¹¹⁶⁸ “Dava türleri, 6100 Sayılı Hukuk Mahkemeleri Kanunu’nun 105. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Hukuk Mahkemeleri Kanunu’nun 106. Maddesi “(1) Tespit davası yoluyla, mahkemeden, bir hakkın veya ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir. (2) Tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında, bu davayı açmakla hukuken korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır. (3) Maddi vakıalar, tek başlarına tespit davasının konusunu oluşturamaz.” düzenlemesini içermekte olup, bu madde hükmünde tespit davası genel olarak düzenlenmiştir.” Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi T.18/03/2021, E.2021/2740, K. 2021/6513(www.lexpera.com.tr).

¹¹⁶⁹ Menfi tespit davalarında bir miktar alacağın tahsili talebinin bulunmadığı, oysa zorunlu arabuluculuğa başvurulması gereken davaların İMK’da belirtilen nitelikte alacak veya tazminatlar hakkında ve bu alacakların tahsili talebiyle açılacak olan davalar olduğu ifade edilmiştir. Bkz. İzmir BAM 9. Hukuk

dava şartı arabuluculuğa tabi olduğunu savunan yazarlar ve yargı kararları da mevcuttur¹¹⁷⁰.

Menfi tespit davaları sonucunda verilen hükümler esasa yönelik olarak cebri icraya konu edilip infaz edilemeyeceğinden ve İMK md.3'ün amaçsal yorumundan yasa koyucunun bilinçli olarak menfi tespit davalarını dava şartı arabuluculuk kapsamı dışında bıraktığını ve tespit davasına konu olan isteğin arabulucu önünde müzakere edilmesinin Türk Hukuku'na uygun olmadığı¹¹⁷¹ doktrinde belirtilmiştir¹¹⁷².

28.03.2023 tarihinde kabul edilen 7445 Sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 36. maddesi ile HUAK md. 18/A-16'ya eklenen ibare ile arabuluculuk bürosuna başvurulmasından sonra başvuran taraf aleyhine uyuşmazlık konusuyla ilgili olarak icra takibi yapılması durumunda başvuran tarafın bu takibe karşı son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde İİK md. 72 uyarınca menfi tespit davası açması ve talep etmesi halinde İİK md. 72/2 uyarınca mahkemenin alacağı yüzde onbeşinden aşağı olmamak üzere gösterilecek teminat mukabilinde, icra takibinin durdurulması hakkında ihtiyati tedbir kararı verebileceği hüküm altına alınmıştır¹¹⁷³.

Dairesi, T.04.07.2019, E.2019/1540, K. 2019/848, Yayınlanmamış Mahkeme Kararı; Menfi tespit davaları Ticari dava olduğu için TTK 5/A maddesi kapsamına alınarak dava açmak isteyen kişinin önce arabulucuya başvurmaya zorlanmasının kanuna aykırı olduğu- arabulucuya gidilmesinin zorunlu olmadığı dikkate alınmıştır Bkz. Y. 11. H.D. T. 11/02/2022 E.2020/5495, K. 2022/1020; “*Somut olayda, davacı işçi tarafından davalı işverene işi bırakmaması amacıyla 95.000 TL bedelli tazminat senedi verildiği iddia edilmiş olup, yukarıda yapılan açıklamalar da dikkate alındığında, işçi işveren arasındaki uyuşmazlıklardan kaynaklanan menfi tespit davalarında dava açılmadan önce arabuluculuğa gidilmesinin zorunlu olmadığı ve arabulucuya gidilmiş olmasının bir dava şartı olmadığı kabul edilmelidir. Aksi düşüncenin kabulü, kanun metninin zorlamayla da olsa genişletici bir yorumlanmasına ve davacının mahkemeye erişim hakkının önlenmesine neden olacaktır. Bu nedenle işçi işveren arasındaki uyuşmazlıklardan kaynaklanan menfi tespit davalarında dava açılmadan önce arabuluculuğa gidilmesinin zorunlu olmadığı ve arabulucuya gidilmiş olmasının bir dava şartı olmadığı kabul edilerek işin esasının incelenmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir*” Bkz. Y. 9. H. D., T. 18/03/2021, E. 2021/2740, K. 2021/6513 (www.lexpera.com.tr); **Ekmekçi vd.**, s.191, 192

¹¹⁷⁰ Bursa BAM 3. Hukuk Dairesi T.16.01.2020, E. 2019/5073, K. 2020/71, Ankara BAM 21. Hukuk Dairesi, T.19.09.2019, E.2019/851, K.2019/1045 (www.lexpera.com.tr); **Koçyiğit/ Yeşilkaya**, s.694, 695; **Çil, Şahin, İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 sayılı İ.M.K. Uygulaması, Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar, İş Güvencesi**, 2018, s.20.

¹¹⁷¹**Ekmekçi vd.**, s. 189.

¹¹⁷² Aynı yönde karar için bkz. Y 9. H. D., T. 18/03/2021, E. 2021/2740, K. 2021/6513(www.lexpera.com.tr); **Çelik vd.**, s. 85.

¹¹⁷³İcra takibinden önce borçlunun açacağı menfi tespit davası ile alacağın % 15'i oranında teminat göstererek alacağı ihtiyati tedbir kararıyla icra takibini durdurma olanağına sahip olan borçlu, icra takibinden sonra menfi tespit davası açabilir ancak alacağın tamamını depo edip %15 oranında teminat göstermek suretiyle alınacak ihtiyati tedbir kararı ile icra takibini durdurabilecektir. Bkz. **Tanrıver, Süha**, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, TBB Dergisi, S.147, 2020, s.123,124

5-Karşı Dava

Dava şartı arabuluculuk süreci sonunda anlaşma olmadığında mahkemeye taşınan bir uyuşmazlıkta davalı taraf karşı davanın konusunu oluşturacak bir talebini HMK md. 132-135 uyarınca cevap dilekçesinde veya cevap süresi içinde ayrı bir dilekçeyle ileri sürebilir¹¹⁷⁴. Karşı dava da bir dava olduğundan dava şartlarının sağlanması beklenir; ancak bu durumda arabulucuya başvurup dava açılırsa dava açma süresi kaçırılacaktır. Böylesi bir durumda karşı dava yoluna değil asıl davada savunma olarak bu hususların ileri sürülmesi ve daha sonra bakiye alacağı için ayrıca arabuluculuk yoluna başvurulması söz konusu olabilir. İş hukukunda tarafların talep ettiği haklar genel olarak birbirinden bağımsız değildir. Bu hakları ortaya çıkmasını sağlayan hukuki sebepler aynıdır¹¹⁷⁵. *Mutluay*'a göre, taleplerin ilişkili olup olmamasına göre bir ayırım yapılabilir. Talepler ilişkili ise arabuluculuk süreci tamamlanmış, talepler ilişkili değilse arabuluculuk süreci tamamlanmamış olarak kabul edilebilir¹¹⁷⁶. Yargıtay'a göre işverenin karşı dava konusu yaptığı alacaklar için de arabuluculuğun dava şartıdır. İşçinin başvurusu üzerine düzenlenen son tutanakta işverenin karşı dava konusu yaptığı alacak kaleminin yer alması dava şartı için yeterli olup işverenin ayrı bir arabuluculuk başvurusu yapması şart değildir¹¹⁷⁷. Kanaatimizce, asıl davada savunma olarak bu hususların ileri sürülmesi ve yargılamaya devam edilmesi daha yerindedir. Mahkeme huzuruna gelmiş tarafları tekrar arabuluculuk sürecine döndürülmemelidir.

6-İtirazın İptali

İtirazın iptali davasının hukuki niteliğine ilişkin doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüşe göre itirazın iptali davası bir eda davasıdır. İtirazın iptalini isteyen alacaklı icra takibine devam edilmesini, borçlunun icrainkar tazminatı ödemesini ve icra takbine konu olan alacağın tahislini talep edebilir. Başka bir görüşe göre itirazı

¹¹⁷⁴ **Atalı**, s.147; **Yılmaz**, s.138.

¹¹⁷⁵ **Ekmekçi vd.**, s. 191,192; **Geçmez**, Taha Polat, Bireysel İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2020, s.93.

¹¹⁷⁶ **Mutluay**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 97.

¹¹⁷⁷ Y.9. Hukuk Dairesi, T. 27.03.2023, E.2023/20080 (www.lexpera.com.tr).

iptali davası icra hukukuna özgü, sadece icra takibinin devam etmesi amacına hizmet eden bir davadır¹¹⁷⁸.

Dava şartı arabuluculuğun konusu olan bir alacak için doğrudan takip yapılıp yapılamayacağı sorusu gündemdedir. İşten ayrılan işçiyle anlaşarak borcunu bir belgeye bağlayan işveren daha sonra borcunu ödemezse işçi ilamlı ya da ilamsız takip yapabilir¹¹⁷⁹. Aksi yöndeki düşünce takip hakkını sınırlar ve işçi bakımından hak arama özgürlüğüne sınırlama getirmiş olur. Buna ilaveten, işçi ilamsız takip yapacak olsa işverenin takibe itirazından sonra İİK md.67-69 uyarınca itirazın bertaraf edilmesi için başvurulacak yolların sonunda icra tazminatı elde etme imkanından mahrum edilmemelidir. İlamsız takip para alacakları bakımından hak aramanın diğer bir yoludur ve bu yoldan hak arayanları mahrum bırakmak hak arama hürriyetine aykırıdır¹¹⁸⁰. İlk derece ve bölge adliye mahkemelerinin bu konudaki belirli uygulamaları itirazın iptali davasının da dava şartı arabuluculuğa tabi kılınması yönündedir¹¹⁸¹. 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 42. Maddesi uyarınca 01.09.2023 tarihi itibarıyla itirazın iptali davalarına ilişkin uyuşmazlıklar da dava şartı arabuluculuk kapsamında olacaktır.

D-İş Hukuku ve İş Hukukuna Özgü Uygulama Sorunları Bakımından Dava Şartı Arabuluculuk

1-İşçiye Koruyucu Hükümleri Bakımından

İş hukuku, iş ilişkisinin tarafları arasındaki eşitsizlik nedeniyle zayıf konumda olan işçinin korunarak söz konusu ilişkinin dengelenmesini amaçlar. Bununla birlikte, istihdam politikalarının gereklilikleri ve işçilerin insan olmasından kaynaklanan kimi

¹¹⁷⁸ **Kılınç**, Elif, “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuğun Takip Hukukuna Etkileri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, S.2, 2021, s. 473-474.

¹¹⁷⁹ İşçi veya işveren, alacağına ilişkin ilamsız icra yoluyla takip türlerinden birine başvurmak üzere takip talebinde bulunabilir. Bu durumda, icra dairesi borçlu olarak gösterilen kişiye bir ödeme emri gönderir. (Borçlu, emri aldıktan sonra 7 gün içinde itiraz etme hakkına sahiptir) Bkz. **Arslan**, Ramazan / **Yılmaz**, Ejder /**TaşpınarAyvaz**, Sema /**Hanağası**, Emel, Medeni Usul Hukuku, 4 Baskı, Ankara 2018, s. 158; **Kılınç**, s.471.

¹¹⁸⁰ **Ekmekçi vd.** s.196,197; **Kılınç**, s.471.

¹¹⁸¹ Bursa BAM 3. Hukuk Dairesi T.16.01.2020, E.2019/5073, K.2020/71 (www.lexpera.com.tr); **Koçyiğit/ Yeşilkaya**, s.695.

haklarının korunması için mutlak emredici hükümlerle de bu alanda düzenlemeler yapılmaktadır¹¹⁸².

Nispi emredici normlar ile kanun koyucu, işçinin hakları konusunda asgari sınırları belirlemiş ve taraflara bu asgari sınırların üstü için anlaşma olanağı tanımıştır. Böylece iş hukuku bu emredici normlar ile tarafların irade serbestisini de sınırlayarak, işçinin ister alacak ister temel hak ve özgürlükleri olsun haklarını korumaya çalışır. Söz konusu emredici hükümlerin bir zaman sınırı bulunmamakla olup, hükmün sağladığı koruma hakkın doğumu öncesinde olduğu gibi sonrasında da devam edecektir¹¹⁸³. Emredici normlarla sağlanan haklardan işçilerin feragat etmesi de sınırlandırıldığından, sözleşme sonrasında bile işçinin bu haklarından vazgeçmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılabilir¹¹⁸⁴.

İşçi, sosyolojik açıdan bakıldığında, tek geçim kaynağı ücret olan başka geçim kaynağı olmayan kişidir. Sistemin önemli eksiklerinden biri de işçinin gerçek alacak miktarı konusunda bilgi sahibi olmasının oldukça güç olmasıdır. İş hukukunda bir hak talebine temel oluşturacak delillerin büyük bir kısmı işverenin elindedir ve işçi bazı olaylarda haklı bile olsa hakkını savunmakta başarısız olabilir. Bu nedenle işçinin usul hukuku kuralları bakımından korunması gerekir¹¹⁸⁵.

Arabuluculuk sürecinde her türlü irade sakatlığının dikkate alınması önemlidir. İşçinin ne sebeple bu sürece girdiğinin bilincinde ve sürecin sonuçlarına vakıf olması gerekir. Arabuluculuk sürecinde işçinin iradesi sakatlanmamış olmalıdır. Bir kimsenin alacağı yokken arabuluculuğa başvurması hayatın olağan akışına terstir, ancak, kötü niyetli işçi ya da işveren de olabilir. Arabuluculuk süreci gelecekte açılacak bir davada delil yaratma yeri değildir. Belirli bir para ödemesini konu almayan, maddi bir hususa ilişkin olmayan beyanların herhangi bir bağlayıcılığı olmamalıdır. İşçinin performansının yetersiz olduğu, meslek hastalığının olmadığı, iş kazasında işçinin kusurlu olduğu, prime hak kazanmadığı, vb. nitelikteki beyanlar örnek olarak verilebilir. Arabuluculuk elden yapılan ödemeleri yasal hale getiren bir süreç, yöntem ya da yol değildir. İşçiye kıdem ve

¹¹⁸² **Heper**, s.324; **Mutluay**, Zorunlu Arabuluculuk, s.205.

¹¹⁸³ **Ekmekçi vd.** s.244; **Heper**, s.338.

¹¹⁸⁴ **Ekmekçi vd.** s.244; **Heper**, s.338.

¹¹⁸⁵ **Bayram**, Fuat, “Bireysel İş Uyuşmazlıklarını Çözümünde İş Denetimi Sisteminin Rolü”, Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları Sempozyumu, İstanbul 2011, s. 37; **Ekmekçi vd.**, s. 248.

ihbar tazminatının verilip diğer alacaklarının olmadığı yolundaki beyanlar her türlü hakkindan vazgeçtiğine ilişkin ifadeler işçinin dava açma hakkına engel olamamalıdır¹¹⁸⁶.

İş hukukunda işçi lehine yorum ilkesi hakimdir. Bu ilke ile içeriği tartışmalı bir kanun hükmüne ilişkin uyuşmazlıkta işçi aleyhine olan durumu hukuki olarak dengelemek ve işçiyi korumak amaçlanmaktadır. Kanunda açıkça düzenlenen konularda yoruma gidilmez¹¹⁸⁷. Uygulamada kanunda açık olarak düzenlenen durumlarda dahi işçi lehine yoruma gidilmektedir. Bu bağlamda mevzuatta işçi lehine yorum ilkesinin suistimalini engelleyici düzenlemeler yapılmalıdır ve bunun uygulamaya döküldüğü yer dava şartı arabuluculuk süreci olmamalıdır¹¹⁸⁸.

Anayasa Mahkemesi 23.05.1972 tarihli kararında sosyal devleti güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü olan devlet olarak tanımlamıştır. İş Hukuku ile iş kanunları da bu amaç doğrultusunda kabul edilen araçlar olarak nitelendirmiştir¹¹⁸⁹. İş kanunları birçok emredici nitelikte hükümle donatılmıştır¹¹⁹⁰.

İş sözleşmesinin doğmasıyla iş ilişkisinde kamusal yükümlülükler ve özel hukuktan kaynaklanan borçlar doğar. İş ilişkisinden doğan sorunlar işçi sağlığının korunması ihtiyacı işvereni devlet karşısında yükümlülükler altına da sokmaktadır. İş ilişkisi taraflarının arasındaki eşitsizlik iş görme ediminin işçinin kişiliğine bağlı olması gereğini ortaya çıkarmıştır. Kamusal iş hukuku işçi ve işverenin devlete karşı yükümlülüklerini düzenler¹¹⁹¹. İş ilişkisini sadece sözleşme ilişkisi olarak nitelendirilmemeli ve kamusal iş hukukuna ait düzenlemelerin unutulmaması gerekmektedir.

İşverenin kanun ile düzenlenen bir yükümlülüğü ihlali işçi ile işveren arasında sözleşmesel ilişkiye aykırı olduğu gibi idari para cezası yaptırımına da konu olabilir. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu hükümlerine aykırılık bu durum için örnek

¹¹⁸⁶**Ekmekçi/Özekes/Atalı**, s. 249; **Çil**, İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, s.28.

¹¹⁸⁷Yargıtay, İBK, 28.5.1958, E. 1957/15, K.1958/5. (RG. 26.9.1958)

¹¹⁸⁸**Manav Özdemir**, s. 198; **Kar**, B. “İş Yargılamasına Hâkim Olan İlkeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.15, Özel S., İzmir 2014, s. 879.

¹¹⁸⁹AYM, T. 23.05.1972, E. 1972/2, K. 1972/28, (RG, 21.11.1972, S. 14368.)

¹¹⁹⁰Aynı görüş için Bkz. **Yenisey Doğan**, Emredici, s. 35.

¹¹⁹¹**Şişli**, Zeynep, “Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm”, Ankara Barosu Dergisi, 2012/2, s. 52,53.

verilebilir. İş hukuku emredici hükümlerle tarafların irade serbestilerinin de kısıtlanmasına yönelik koruma mekanizmalarını içermektedir. İşçinin iş ilişkisindeki bağımlılığı, nisbi içerik normlarıyla telafi edilmeye çalışılmış ve normlardan yararlananların normdan feragat serbestisi sınırlandırılmıştır. Mahkeme önüne gelen bir uyuşmazlığı çözerken nisbi emredici normları dikkate almak durumundadır. Arabuluculuk sürecinde ise böyle bir zorunluluk yoktur. Bu durum da iş hukukunun etkinliği açısından tehlike arz etmektedir¹¹⁹².

Özel hukuk ve kamu hukuk özelliklerini iş hukuku bünyesinde bulundurur. İş hukukunda mutlak emredici normlar ve nisbi emredici normlar bulunmaktadır. Mutlak emredici normlar işçinin korunması ilkesi sınırları içinde düzenlenir. Nisbi emredici normlar da sadece işçi lehine değiştirilebilir. Nisbi emredici normlar ve mutlak emredici normlar düşünüldüğünde, zayıf taraf olan işçinin daha hızlı ve ekonomik bir çözüm yolu olan arabuluculukta haklarından feragat etmesi ve zarara uğraması durumuna yol açmak işçinin korunması mantığıyla çelişir. Haklarını tam olarak bilmeyen işçinin sulhte olduğu gibi arabuluculuk sonucu sunulan çözüm önerilerini kabul etmesi halinde de adaletin tam anlamıyla sağlandığından söz edemeyiz¹¹⁹³.

Bazı yazarlar, arabulucunun tarafları bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında, işçiye haklarının hatırlatılması ve mevzuatın açıklanması ile bilgi asimetrisinin ortadan kaldırılabileceğini savunmaktadırlar¹¹⁹⁴. İş hukukunun temel ilke ve prensiplerinin daha dikkatle değerlendirilmesi, işçinin zayıf taraf olarak kabulünün ve işçinin bilgi düzeyinin yeteri düzeyde olmama ihtimalinin arabulucunun uyuşmazlığa dikkatli yaklaşmasını gerektirdiği, zaten bu ihtiyaç nedeniyle de ancak gerekli eğitimin alınmasından sonra dava şartı olan arabuluculukta arabuluculuk yapılabildiği belirtilmektedir. Bu eğitimin alınması şartı ile kanun koyucunun artık farklı bir arabuluculuk modelini benimsediği hatta değerlendirici arabuluculuk modelinin dahi bir adım ilerisinde olunmasının hedeflendiğini savunan yazarlar mevcuttur¹¹⁹⁵.

Bazı yazarlara göre arabulucunun bilgilendirme yükümlülüğü sadece arabuluculuğa dair ilkeleri ve süreci kapsar¹¹⁹⁶. Bazı yazarlara göre ise hangi

¹¹⁹²Doğan Yenisey, s.176; Doğan Yenisey, Emredici, s. 39.

¹¹⁹³Doğan Yenisey, Emredici, s.263; Doğan Yenisey, s.178.

¹¹⁹⁴Özdemir, s. 611; Özsumcu, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici s. 1383, 1385; Roberts, s.209.

¹¹⁹⁵Albayrak, s. 23; Özdemir, s. 611

¹¹⁹⁶Taşpolat Tuğsavul, s. 153; Albayrak, s. 23; Doğan Yenisey, s.178.

arabuluculuk modeli benimsenmiş olursa olsun, arabulucunun hukuki, teknik bilgiler vermesi önlenmelidir¹¹⁹⁷. Arabulucu taraflar arasındaki müzakereleri etkilemeden tarafların sürece etkin şekilde katılımı sağlanmalıdır. Taraflar arasında güç dengesizliği olduğu durumlarda arabulucu zorluk çekebilir. Taraflar arasındaki dengesizliği telafi etmeye çalışırken tarafsızlığı zedelenabilir. Arabulucunun tamamen pasif olması, zayıf tarafın sürece etkin şekilde katılımını sağlama görevini tam anlamıyla yerine getirememekle sonuçlanabilir¹¹⁹⁸.

Kanaatimizce, arabulucu işçiye haklarını daha iyi öğrenmesi örneğin kıdem tazminatını hesaplatması vb. konular için bir avukata ya da uzmana danışması tavsiyesinde bulunduğu kati suretle işveren avukatı, arabulucuyu Adalet Bakanlığı'na şikâyet edememelidir. Böyle durumlarda arabulucular mekik arabuluculuğu yöntemini uygulama suretiyle işçiyi koruyabilirler. 48 saatlik uzmanlık eğitimi kimseyi iş hukuku alanında gerçekten uzman yapmaz. İş hukukuna hâkim olmayan bir kimsenin iş hukuku uyuşmazlığına ne derecede doğru bir çözüm önerisi getirebileceği de tartışmalıdır.

İş hukukunda arabuluculuğun önemli sorunlarından birisi işçinin iş mevzuatının emredici hükümlerine aykırı olarak imzaladığı arabuluculuk anlaşmalarının geçerli olup olmadığıdır. Örneğin işçiye esasen hak kazandığı kıdem tazminatının ödenmemesini öngören anlaşmanın akıbeti ne olacaktır? İş mevzuatının işçiyi koruyucu emredici hükümleri ile arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz hükmü çelişki oluşturabilir. HUAK'ın 18. maddesine İMK ile eklenen 5. fıkradaki hükme dayanarak arabuluculuk sürecinde mevzuatın emredici hükümlerinin emredicilik niteliğinin kalkacağı ve işçinin bunlarla bağlı olmaksızın her türlü anlaşmayı imzalayabileceğini, doğmuş olan haktan feragat mümkün olabileceği için işçinin kıdem ve ihbar tazminatının ödenmesi karşısında diğer tüm haklarından vazgeçtiği yolundaki beyanının hukuken geçerli olduğunu ileri süren yazarlar mevcuttur¹¹⁹⁹.

İşçinin alacağını takip etmemesi halinde hakkın emredici niteliği gereğince zorla yararlanılması zaten söz konusu olamaz. Bir işçinin alacak hakkını takip etmemesi ile

¹¹⁹⁷Özbek, s. 58; Yazıcı Tıktık, Gizlilik, s. 178.

¹¹⁹⁸Özbek s. 565; Namlı, s. 155.

¹¹⁹⁹Ocak vd., s.11, Odaman, s.1761.

alacak hakkını elde etmek isteyip dava şartı arabuluculuk sürecinde olması ayrı şeylerdir. Dava şartı arabuluculuk sürecinde işçinin hakları pazarlık edilebilir duruma getirilmiştir¹²⁰⁰.

İşçi ve işveren diğer özel hukuk sözleşmesi tarafları gibi eşit durumda değildir. Zira, iş hukukunun doğuş dinamiği dikkate alındığında, sosyal devletin tanımındaki güçsüzün korunması ihtiyacı ve buna bağlı olarak iş mevzuatındaki hükümlerin emredici yapısı bizi bu sonuca götürmektedir¹²⁰¹.

İş hukukunun sözleşme serbestisine ilişkin sınırları bulunmaktadır. Arabuluculuk, tarafların menfaat temelli olarak arzu ettikleri şekilde anlaşma yapmalarını mümkün hale getirir mi? İşçinin arabulucu nezdinde mevzuatta emredici nitelikte düzenlenen haklarından vazgeçmesi mümkün müdür? İşçiyi arabulucu önünde anlaşmak zorunda olmasa bile fiiliyatta arabuluculuk süreci içerisine girmeye zorlamanın, anlaşmaya zorlama sonucunu doğuracağını belirten yazarlar mevcuttur¹²⁰².

İş hukukunun işlevi sadece işçiyi korumak değildir. İş yargılamasında hukuk kuralı uygulanırken de taraflar arasındaki güç dengesi göz önünde bulundurulur. İş hukuku açısından alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ele alındığında diğer bir temel sorun taraflar arasındaki güç dengesizliğidir¹²⁰³. İş hukukunun diğer alanlarda olmayan bir özelliği de, daha önce belirttiğimiz gibi, delillerin büyük çoğunluğunun işverenin elinde olmasıdır. İşçinin haklarının neler olduğu konusunda yeterli bilgi sahibi olmaması ve arabulucu nezdinde yapacağı anlaşmanın ne derecede kendi haklarını koruyan bir anlaşma olabileceği sorunu mevcuttur. Uyuşmazlığın taraflarının dava şartı arabuluculuk görüşmelerine katılmaları durumunda tarafların uygun bir anlaşma yapmak için yeterli bilgiye sahip olmamaları söz konusu olabilmektedir¹²⁰⁴.

Tarafların yetersiz bilgi ile arabuluculuk oturumlarına katılmaları, tarafların en iyi menfaatlerine ulaşmaları yerine, mahkemelerin menfaati için yargının birikmiş dava

¹²⁰⁰Doğan Yenisey, s. 177.

¹²⁰¹ “Sözleşme serbestisinin sınırlanması ilkesi üzerine şekillenen iş hukukunda emrediciliğin tarihçesi bir anlamda iş hukukunun tarihçesidir.” Bkz. Doğan Yenisey, Emredici, s.9

¹²⁰²Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 124.

¹²⁰³ Güzel, Aykırı Düşünceler, s. 1132-1133.

¹²⁰⁴ Zaten, arabuluculuk, özü itibarıyla bir pazarlık süreci olup, taraflar arasındaki güç farklılıkları sürecin meşru ve bütünleyici bir parçasıdır. Bkz. Fiss, s. 1077- 1078; Doğan Yenisey, s. 178.

yükünü azaltmaktan öteye gidemeyebilir¹²⁰⁵. İş hukukunda işçinin sözleşme serbestisinin sınırlanması çerçevesinde mevzuatın kendisine tanıdığı haklardan vazgeçmesine de izin verilmemiştir. İş mevzuatındaki emredici kurallar işçiye en az çalışma koşulları sağladığı için emredici nitelikleri belirli bir zamanla sınırlanmamıştır. Başka bir ifadeyle iş mevzuatındaki emredici kuralların niteliği, bu kuralların sağladığı korumadan hak doğmadan önce vazgeçmesini engellediği gibi hak doğduktan sonra vazgeçmesini de engeller¹²⁰⁶.

Arabuluculuk, sözleşme serbestisinin usul hukukundaki karşılığıdır¹²⁰⁷. İş hukukunda ise esas olan sözleşme serbestisinin sınırlanmasıdır. İşçinin iş ilişkisinden dolayı iradesi baskı altında olabilir. Hukuki süreç hakkında bilgi eksikliği olabilir. İş görme ediminin işçinin kişiliğiyle olan yakın ilişkisi, işgörme ediminin ifası sırasındaki bağımlılık unsuru gibi nedenlerden ötürü işçinin iş ilişkisinde zayıf taraf olma durumu söz konusudur¹²⁰⁸. Eşit olmayan taraflar arasında maddi anlamda ve bilgi olarak eşitsizlik (bilgi asimetrisi), sürecin işleyişini olumsuz etkileyecek, tarafların en uygun çözüm yolunu bulmalarını engelleyebilecektir¹²⁰⁹. İş K. md.32/6'da iş sözleşmesinin sona ermesinde işçinin ücretiyle sözleşme ve kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün tüm menfaatlerinin tam olarak ödenmesi zorunludur. (ILO) 95 Sayılı Ücretin Korunması Sözleşmesi md. 12/2 de iş akdi sona erdiği zaman borçlanılmış olan ücretin tamamının, milli mevzuata veya bir kolektif mukaveleye veya bir hakem kararına uygun olarak ödeneceğine dair hüküm yer almaktadır.

Öncelikle ve özellikle tartışılması gereken husus, işçilerin emredici hükümlerle kazanmış oldukları haklardan ve irade bozukluklarına ilişkin genel hükümlerden ayrı şekilde iradesini koruyan emredici hükümlerden sözleşmenin sona ermesinden sonra arabuluculukta feragat edip edemeyeceğidir¹²¹⁰.

¹²⁰⁵Özmumcu, Zorunlu Arabuluculuk, s. 830; **Streeter-Schaefer**, Holy A., "A Look at Court Mandated Civil Mediation", Drake Law Review, C.49, 2001, s.386.

¹²⁰⁶**Ekmekçi**, Ömer, "İşçinin İşverenden Olan Alacağından Vazgeçmesi Sonucunu Doğuran Hukuki İşlemler", İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, C.1, S.1, 1996, s.16-18.

¹²⁰⁷**Hopt /Steffek**, s. 109.

¹²⁰⁸**Doğan Yenisey**, Emredici, s. 12,13.

¹²⁰⁹**Tanrıver**, s. 159; **Doğan Yenisey**, s. 179.

¹²¹⁰ **Güzel**, Eleştirel Yaklaşım, s.61; **Ekmekçi** vd., s.244; **Rade**, s.934; **Heper**, s.335; **Ekmekçi**, s.18.

Mahkemenin önüne gelen arabuluculuk tutanağını incelemesi, anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı konularıyla sınırlandırılmıştır. Doktrinde, çekişmesiz yargı işlerinde kural olarak re'sen araştırma ilkesi geçerli olduğundan¹²¹¹ anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı konuları yanında kamu düzeni ve emredici hükümler bakımından da denetime tabi tutulması gerektiği belirtilmektedir¹²¹².

Arabuluculukta yapılan anlaşmanın irade fesadı ve emredici hükümlere aykırılık nedeniyle geçersizliğine ilişkin iddiaların dava konusu olacağı kabul edilip¹²¹³, söz konusu düzenlemenin iş hukukunun emredici hükümlerine aykırı olmayan anlaşmaların dava konusu olmayacağı şeklinde anlaşılması yerinde olurdu¹²¹⁴. Doktrinde aynı görüşü paylaşan *Çil*, gerçek alacak tutarı ile arabuluculukta anlaşılan ödeme tutarları arasında aşırı orantısızlık durumunda, anlaşma belgesine rağmen dava açılabileceğini ve belirlenecek oranı (1/1 veya 1/3) aşan farklarda işçinin iradesinin fesada uğratıldığının yargı tarafından kabul edileceğini ifade etmektedir¹²¹⁵.

Cebri icra hukukuyla olan ilişkisi göze alınarak, icra şerhi talebi sulh mahkemelerine verilmiş olsa da, iş hukukunun emredici yapısına ve kamu düzenine ilişkin de incelemenin yapılacağı düşünüldüğünde, bu görevin, sulh mahkemeleri yerine iş mahkemelerince yerine getirilmesinin daha uygun olacağı görüşüne¹²¹⁶ katılmaktayız. Avukatlar ile tarafların imzası olan ve mahkemeden icra şerhi alınmasına gerek olmayan arabuluculuk anlaşmaları da dahil işçilerin, her zaman irade fesadı ve emredici hukuk kurallarına aykırılık nedenleriyle iş mahkemelerine başvurabilmeleri gerekir¹²¹⁷

¹²¹¹ **Tahiroğlu**, Fatih, Medeni Usul Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi, İstanbul 2021, s.61 vd.; **Heper**, s.336.

¹²¹² **Namlı**, s.164; **Heper**, s.336; AYM kararında öğretideki görüşle aynı doğrultuda çekişmesiz yargının resen araştırma ilkesi özelliği nedeniyle emredici hukuk kurallarının ve kamu düzenine ilişkin hususların re'sen incelenebileceği, bu nedenle anlaşmanın arabuluculuğa elverişli olup olmadığını incelenirken, bu denetimlerin de yapılabileceği belirtilmiştir. Bkz. AYM, T.10.07.2013, E.2012/94, K2013/89.

¹²¹³ **Kar**, Bektaş, İş Yargılaması Usulü, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2019, s. 451; **Mutluay**, Zorunlu Arabuluculuk, s.51 vd.; **Ekmekçi vd.**, s.263; **Taşpolat Tuğsavul**, s.133-134; **Heper**, s.340.

¹²¹⁴ **Heper**, s.340; **Ekmekçi vd.**, s.263; **Çil**, İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, s.452; **Mutluay**, Zorunlu Arabuluculuk, s.45-46.

¹²¹⁵ **Heper**, s.340; **Çil**, İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, s.49-50.

¹²¹⁶ **Ekmekçi vd.** s.265; **Heper**, s.340.

¹²¹⁷ **Heper**, s.340; **Özdemir**, Erdem, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006, s.7.

Kanun koyucunun amacı, taraflar arasında iletişim tıkanıklığının giderilmesi ve böylece toplumsal uzlaşî kültürünün daha iyi bir noktaya getirilmesi olabilir. Tarafların güçleri arasında dengesizlik, konuya salt bir iletişim tıkanıklığı yönünden bakılmasına engeldir. İş sözleşmesi taraflarının dilediği şekilde anlaşma yapması iş hukukunun temel prensiplerine aykırıdır. İş mevzuatının emredici hükümlerine taraflar arasındaki güç dengesizliğine vurgu yapılması gerekir. İşçinin bir hakkından arabulucu önünde vazgeçmesi ile mahkeme huzurunda sulh olması, aynı değer ve geçerlilikte kabul edilemez. Arabuluculuk süreci ile iş yargılamasını eş değer tutmak doğru değildir. Yargılama sürecindeki koruma hiçbir zaman arabuluculuk sürecindeki gibi değildir. Devlet yargısı emredici hukuk kuralları çerçevesinde, sosyal devlet kavramının bir görünümü olarak, yapacağı değerlendirme ile işçi bakımından daha fazla koruma sağlar. Öte yandan arabuluculukta emredici hukuk kuralları temel alınarak yapılan bir değerlendirme ve hesaplama değil, menfaat temelinde bir anlaşma söz konusudur¹²¹⁸. Dava şartı arabuluculuk uyuşmazlıkları ve dava sayısının azaltılmasının bir yolu olarak sunulmakta ise de davaların uzun süreceği, işçinin hakkına kavuşmasının zaman alacağı gerçeği ile hakkından daha aza razı olmaya zorlanmasının bir yolu şekline de dönüşmemelidir. İşçinin belirli bir miktar paraya kısa sürede kavuşmasını ve dava ile uğraşmamasını önemli ve belirleyici bir menfaat olarak sunmak ülkenin yargı sisteminin iyi durumda olmadığı bir göstergesi olarak kabul edilebilir¹²¹⁹.

Menfaat kavramı kişisel ihtiyaçlara ve zamana göre değişkenlik gösterebilir. İşçinin kendi menfaatini kendisinin belirlemesi iş hukukunun doğuş dinamiklerine aykırıdır. İş hukuku “menfaat” kavramını değil “hak” kavramını esas alır¹²²⁰. Arabuluculuk ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yolları niteliği itibari ile taraflar arasında eşitlik varsayımına dayanır. Bu varsayım iş hukukuna terstir. İş sözleşmesinin sona ermiş olması arabuluculuk sürecinde tabiiyet ilişkisinden kaynaklanan zayıflığı ortadan kaldırır; fakat ekonomik zayıflık varlığını devam ettirir¹²²¹. Bir an önce belirli bir alacağa kavuşma arzusunda olan işçi, dava yoluna gitmemeyi ve gerçek hakkının ne olduğunu irdelememeyi tercih edebilir. Bu bilinçli veya bilinçsiz baskı ekonomik güçlük

¹²¹⁸Şişli, s.60; Ekmekçi/Özekes/Atalı, s.138.

¹²¹⁹Ekmekçi/Özekes/Atalı, s.139.

¹²²⁰Ekmekçi/Özekes/Atalı, s.140.

¹²²¹Doğan Yenisey, s.178,179.

dönemlerinde daha fazla hissedilmektedir. Esasen iş hukuku bu tablonun oluşmaması için vardır. Arabuluculuk işçilik haklarını pazarlığa açık hale getirmektedir¹²²².

İş hukuku sosyal kamu düzenini de ilgilendirir; arabuluculuktaki gizlilik ilkesi uyarınca anlaşmaların içeriğinin öğrenilememesi durumu hukuki güvenlik ilkesinin tahribatı olarak da nitelendirilebilir¹²²³.

Ülkemizde iş yargısının sorunlarını arabuluculuğun mucizevi bir şekilde gidereceğinin empoze edilmesi doğru değildir. İşçi işveren arasındaki uyuşmazlıkta arabuluculuk yapılacaksa da ihtiyari arabuluculuğun uygulanması ve bunun pratik sonuçları görülecek kadar zaman geçmesi daha uygun olurdu¹²²⁴. Taraflardan birinin daha zayıf olduğu iş hukuku uyuşmazlıkları ve tüketici hukuku uyuşmazlıklarında koruyucu hükümler getirilerek ve öncelikle seçilen pilot bölgelerde denenerek zorunlu arabuluculuk sistemine geçilmeliydi¹²²⁵.

Arabulucular arasında yapılan bir araştırmaya göre dava şartı arabuluculuk uygulamalarının taraflar nezdinde zorunlu bir prosedür olarak algılandığı ve istenilen müzakere ortamının her zaman oluşturulamadığı ifade edilmiştir. Aynı araştırmada arabulucular dava şartı arabuluculuk sürecinin anlaşma ile sonuçlanabilmesinin işçi tarafından verilecek tavizlerle mümkün olduğunu belirtmişlerdir¹²²⁶. İşçilik alacaklarının pazarlığa konu edilmesi ve alacağına daha erken kavuşmanın cazibesi, sürecin haklardan önemli oranda vazgeçilmesi ile sonuçlanması tehlikesini içerebilir. İşçinin katıldığı arabuluculuk görüşmelerinde avukatla temsil edilmesi zorunluluğu getirilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz¹²²⁷. İş uyuşmazlıklarından kaynaklanan arabuluculuk sürecinde işçinin adli yardım talebinde bulunması üzerine 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 176 ile 181 inci maddeleri uygulanarak, maddi durum araştırması yapılmaksızın arabulucunun görev yaptığı komisyonun bulunduğu yerdeki baro tarafından derhal avukat

¹²²²Doğan Yenisey, s. 175,182.

¹²²³Heper, s.329; Köme Akpulat, s.420; Alpogut, Arabuluculuk, s.122.

¹²²⁴Ekmekçi/Özekes/Atalı, s.141.

¹²²⁵Yeşilirmak, Ali, Türkiye’de Arabuluculuk Nasıl Etkin ve Başarılı Hale Gelir?, İstanbul 2015, s.144; Doğan Yenisey, s. 193.

¹²²⁶Peksan, Selcan/Delen, Meltem/Yorgun, Sayım, “İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Uygulaması ve Arabuluculuk Görüşlerine İlişkin Bir Araştırma”, Çalışma ve Toplum, 2020/1, s.343.

¹²²⁷ Aynı yönde görüş için bkz. Yağcıoğlu, Kaan M., “Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculuğun İş Yargılamasına Etkileri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.20(2), İzmir 2018, s. 479, Canbolat, “İş Hukuku Bakımından Arabuluculuk”, s.97.

görevlendirilebilmedir. Bu kapsamda görevlendirilecek avukatın iş uyuşmazlıklarında etkili taraf vekilliği eğitimi almış olması, arabuluculuk sürecinin çok daha etkin bir şekilde amacına ulaşmasını sağlar¹²²⁸.

2- İş Yargısının Norm Yaratma Sürecinin Engellenmesi

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, kanun koyucunun koyduğu emredici kuralların bertaraf edilebilmesini, çözüm yönteminin taraflarca istedikleri şekilde belirlenebilmesini, gizlilik esası nedeniyle kişilerin bu çözüm yollarında kullanılan gizli bilgi ve belgelerinin açığa çıkmamasını sağlamakta ve taraflara uyuşmazlıkların çözümünde esneklik getirebilmektedir. Bu sayılan özellikler sermayenin ulusal ve uluslararası dolaşımında çıkan uyuşmazlıklarda, ülke hukuklarına ilişkin engellere takılmamasını ve daha rahat hareket edebilmesini sağlamaktadır. Yargılamaların uzun sürmesi sermayenin maliyet hesapları açısından öngörülebilirliğini azalttığından, alternatif çözüm yolları, uyuşmazlığın daha hızlı şekilde çözülmesini sağlayarak mali belirsizliği de ortadan kaldırmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerin dünyada öncelikle ticaret alanında gelişmesinin nedenlerinden biri de budur¹²²⁹.

İş hukukunda da uyuşmazlıkların, yargıç müdahalesinin azaltılarak maliyetin işveren tarafından öngörülebilir olduğu kısa bir zaman içinde çözülmesi ve iş uyuşmazlıklarında yargı denetiminin azaltılması amaçlandığı bir dönemde olduğumuzu belirtebiliriz¹²³⁰.

Fiss, yargılama faaliyeti ile alternatif çözüm yolları mekanizmasını karşılaştırdığı eserinde, pazarlığa dayanan ve servetin eşitsizliğini sürecin ayrılmaz ve meşru bir bileşeni olarak kabul eden bir çözüm yolu ile bilerek bu eşitsizliklere karşı mücadele eden, bu eşitsizliklerden özerklik isteyen yargı süreci arasında kritik bir fark var olduğunu vurgular¹²³¹. Mahkemelerle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasındaki farkı incelerken, mahkemelerin davadaki beyanları ve delilleri bağımsız usul hukuku ve

¹²²⁸Çavdar vd., s.7.

¹²²⁹ Heper, s.318.

¹²³⁰ Heper, s.323; Loi, s. 133.

¹²³¹ Fiss M. Owen, "Against Settlement", Yale Journal, C.93, S.6, May 1984, s.1078(1073-1090). <https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/againstsettlement.pdf> (E.T. 14.01.2021); Heper, s.319.

medeni hukuk ilkelerine göre değerlendireceğini, yargılama yetkisinin, varsayılan temsilcilerin ifadelerinden veya eylemlerinden değil, kanundan doğduğunu ve bu nedenle, kamu gücünü kullanan yargının uyuşmazlığın çözümü için kişileri zorla getirmesi yetkisinin olduğunu belirtmektedir¹²³². Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri adil ve hukuka uygun bir sonucun ortaya çıkmasıyla, yargılamaların kamusal niteliğiyle ilgilenmeden, uyuşmazlığa taraf kişilerin tatmin olduğunu varsayan bir uzlaşmayı amaçlarlar¹²³³. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri esas olarak, adaletin sağlanmasını değil, uzlaşmayı/barışı hedeflerken, mahkemeler ihtilafların çözümünden ötesini amaçlamaktadır¹²³⁴. Alternatif çözüm yolları gönüllülük, eşitlik, tarafsızlık ve gizlilik esaslarına dayanarak¹²³⁵ uyuşmazlıkların çözümünde iki tarafı da eşit süjeler olarak ele almaktadır. İşçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıklarda tarafların ekonomik ve yetkisel güçlerinin aynı olduğu söylenemez.

Fiss güç eşitsizliği olan uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemleri ile sonuçlandırılmasının olası etkilerini üç başlıkta irdelemektedir. Birincisi, zayıf taraf, davaların sonucunu tahmin etmek için gerekli bilgileri toplayıp değerlendiremeyeceğinden pazarlık sürecinde dezavantajlı olabilecektir. İkincisi, taraf ekonomik olarak zayıfsa, yargıyı beklemesi durumunda şimdi alabileceğinden daha fazla alacağını anlasa da, ödemeyi hızlandırmanın bir yolu olarak, çözümü kabul edilebilecek ve böylece hak ettiğinden çok daha düşük bir miktara anlaşmaya rıza gösterebilecektir. Üçüncüsü, zayıf taraf dava açarsa hem dava hem de avukat masraflarını karşılayamayacağı baskısıyla da yargı dışı çözüm yolunu kabul edebilecektir. Ne var ki, dava yoluna başvursaydı dava sonunda yaptığı masrafları hukuken karşı taraftan alabileceksen, alternatif çözüm yolları ile anlaşması durumunda karşı tarafla birlikte masrafları paylaşması gerekecektir¹²³⁶.

¹²³² **Fiss**, s.1080-1081; **Alpagut**, Arabuluculuk, s.117; **Doğan Yenisey**, s.117.; **Heper**, s.320.

¹²³³ **Fiss**, s.1085; **Doğan Yenisey**, s.173; **Heper**, s.320.

¹²³⁴ **Güzel**, Ali, “İş Yargılamalarında Yeni Bir sistem; ‘Zorunlu’ Arabuluculuk, Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan, İstanbul 2019, s.53; **Heper**, s.321.

¹²³⁵ **Heper**, s.321; **Ekmekçi vd.**, s.27; **Köme Akpulat**, s.351; **Oğuz**, s.52

¹²³⁶ **Fiss**, s.1076; **Heper**, s.322; **Soyer**, Polat, “Yeni İş Mahkemeleri Kanunu ile Getirilen Bazı Düzenlemeler Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi., C.15, S.57, 2018, s.30-31; **Namlı**, Mert: “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, (14 Mayıs 2016), Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul 2016, s.158.

Sözleşmenin sona ermesinden sonra da taraflar arasında ekonomik eşitsizlik devam etmekte¹²³⁷, iş ilişkisi boyunca söz konusu iş sözleşmesi ve çalışma koşullarına ilişkin esas bilgi ve belgeler işveren elinde bulunmaktadır. Bu nedenle iş uyuşmazlıklarının çözümü aşamasında, iki eşit süjeden ve dolayısıyla iki özgür iradedden bahsetmek mümkün olmayıp, iş hukukunun işçiyi koruyucu işlevi uyuşmazlıkların çözümünde de dikkate alınmalıdır¹²³⁸.

Hukukun iktisadi analizine göre taraflar anlaşmazlıkları çözmeye çalışırken temel hedefleri maksimum faydadır. Varılan çözümün üçüncü kişiler nezdinde yaratacağı etkiler dikkate alınmaz. Bazen uyuşmazlık çözüm yolları, doğru davranış konusundaki maddi hukuk kurallarının doğuş amacına ters düşebilir. Arabuluculuk mahkemelerin norm yaratma ve sosyal davranışı yönlendirme rolünün azalması sonucunu doğurabilir¹²³⁹. Taraflar ödünler vererek bir çözüme ulaşmayı kabul edebilir; ancak bu durumda mahkemenin norm yaratma süreci sekteye uğrayacaktır¹²⁴⁰. Mahkemelerin normatif olarak içtihat yoluyla norm yaratma süreci engellenmiş olacaktır. İş hukukunun gelişiminde yargının rolü yadsınamaz. Devletimizde ve diğer devletlerde yargının benimsediği ilkeler sonradan yasallaşmıştır¹²⁴¹.

Mahkemeler sadece kanunların uygulayıcısı olmayıp, aynı zamanda içtihat yoluyla hukukun gelişimine de katkıda bulunur. Yargısal kararlar tek bir uyuşmazlık için kabul edilen özel çözümden çok daha geniş bir alanda etkiye sahiptir. Uyuşmazlığın hâkim önüne gelmemesi hâkimi bu olanaktan yoksun kılarken, arabuluculuk kararlarının gizli olması nedeniyle hukukun gelişimini sağlayacak içtihat oluşumunu da önler. İş hukukunda mahkemelerin kural koyma, boşluk doldurma ve yorum yoluyla ilkeler belirleme işlevi önemlidir. Nitekim, yasal düzenlemelerin (iş sözleşmesinde geçersizliğin ileriye doğru etkili olması, belirli süreli iş sözleşmesinin sınırlanması, ibranamelerin geçerliliğinin sıkı kayıt ve koşullara bağlanması, dar yorumlanması, alt işveren ilişkisinin geçerliliğinin kötüye kullanmaları önleyecek şekilde belirli kurallara bağlanması gibi)

¹²³⁷ İşten çıkarıldıktan sonra çalışanın işverenin psikolojik etkisinden mutlaka kurtulacağını iddia etmek zordur. Bkz. **Rade**, Christophe “L’ordre Public Social Et La Renonciation Du Salarie”, Droit Social, Dalloz 2002, s.935; **Heper**, s.334.

¹²³⁸ **Heper**, s.322; **Şişli**, s.52.

¹²³⁹ **Kulms**, R. “Privatising Civil Justice and the Day in Court” Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford University Press 2012, s. 208.

¹²⁴⁰ **Fiss**, s. 1085; **Zack**, Arnold M., “Conciliation of Labour Court Disputes”, Comparative Labor Law & Policy Journal, C.26, S.3,2005, s. 406.

¹²⁴¹ **Güzel**, Aykırı Düşünceler, s. 1138-1140; **Şişli**, s. 62, 63.

büyük bir kısmının temelini yargısal içtihatlarda bulduğu söylenebilir. Arabuluculuğun salt uyuşmazlık konusu üzerinde çözüm odaklı olması nedeniyle yargılamanın sosyal işlevini zedelediği belirtilebilir¹²⁴².

1980’li yıllardan itibaren dünya ölçeğinde sendikal gücün ve kolektif mücadelenin zayıflaması, bunlara ilaveten Türkiye açısından işyeri temsilcilikleri vb. kolektif yapıların gelişmemiş olması, işçileri işveren karşısında daha da güçsüz bırakmıştır¹²⁴³. Söz konusu bu boşluk, nispi emredici düzenlemeler ve sosyal kamu düzeni hükümleri ile doldurulmaya çalışılmış, tarafsız ve bağımsız mahkemeler, işçinin hakkının arayabileceği neredeyse yegane organ olmuştur. Türkiye’de iş uyuşmazlıklarında yargı organı da uzun yıllardır bunun bilinciyle davranmış ve verdiği kararlar iş hukukunun gelişimine büyük katkılar sağlamıştır. Hatta günümüzde hukuki düzenlemeye kavuşmuş birçok husus, önce Yargıtay içtihatları ile geliştirilmiş daha sonra pozitif düzenlemeye kavuşmuştur¹²⁴⁴.

İş yargılamasına hâkim olan genel ve özel ilkeler vardır. İş yargılamasına hâkim olan genel ilkelerden adil yargılanma hakkı, tasarruf ilkesi, re’sen araştırma ilkesi, usul ekonomisi ilkesi, özel ilkelerden basitlik ilkesi, çabukluk ilkesi, ucuzluk ilkesi mevcuttur¹²⁴⁵. Bunlara ilaveten, iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshinde “son çare ilkesi”, “ölçülülük ilkesi”, olumsuz öngörü ilkesi; ikalede “makul yarar” ölçütü; kanunların ve sözleşmelerin yorumlanmasında “işçi lehine yorum ilkesi” Yargıtay’ın İş Hukuku’nda önem verdiği bazı ilkelerdir¹²⁴⁶. Yargıtay kararları, iş mahkemelerinde içtihat birliğinin sağlanması bakımından da özel bir öneme sahiptir¹²⁴⁷. Arabuluculuk bir yargılama olmadığı için bu ilkelerin gözardı edilmesi söz konusu olabilecektir.

İMK’nın genel gerekçesinde iş yargısının temeli olan basitlik, çabukluk, emredicilik, zayıfın korunması ve ucuzluk ilkelerinden bahsedilmiştir. Emredicilik ve zayıfların korunmasının önem arz ettiği bir alanda tarafların tasarrufu ve iradesi ile

¹²⁴²**Zack**, s. 406; **Alpagut**, Arabuluculuk, s. 116.

¹²⁴³**Bakırcı**, Kadriye, “Alternatif Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu (Arabuluculuk) Aracılığıyla Alternatif İş Hukukuna Doğru”, TBB Dergisi, S.140, 2019, s.358; **Heper**, s.327; **Güzel**, Ali, “Toplu Pazarlık Sistemine Eleştirel Bir Yaklaşım”, İÜHFİM, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, LXXIV, Özel Sayı, C.II, Legal 2016, s.894.

¹²⁴⁴ **Heper**, s.327.

¹²⁴⁵**Birben**, Erhan/**Öktem**, Sezgi, “İş Yargılamasının Medeni Usul Hukukuna Hâkim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi” Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, C:2, 2001, s. 1076,1077.

¹²⁴⁶**Güzel**, Aykırı Düşünceler, s.1140; **Şişli**, s. 63.

¹²⁴⁷**Astarlı**, s. 234.

yürüten arabuluculuk sürecinin bir de zorunlu olması tezatlık yaratmaktadır. Emredicilik ve zayıfın korunması mahkemede dikkate alınmak zorundadır; ancak aynı durum arabuluculuk için söz konusu değildir¹²⁴⁸.

İşçinin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alınması iş hukukunun amaçlarındandır. Örneğin, işçinin düşünce özgürlüğünün ihlal edilmemesine, sendikal haklarının korunmasına, ayrımcılığa uğramamasına ilişkin uygulamalar kendi içinde ispat güçlüğüne barındırmaktadır. Arabuluculuk modelinde hakların tamamı müzakere edilebilir hale gelmiştir. ABD’de uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin toplumdaki zayıf ve dezavantajlı grupların haklarını elde etmelerine yönelik yargısal gelişmeleri olumsuz etkilediği, 1970-1980 yılları arasında arabuluculuk yoğunlukla uygulansaydı bilhassa ayrımcılık yasaklarına ilişkin hukuki gelişmelerin sağlanamayacağı belirtilmektedir¹²⁴⁹.

3-Dava Şartı Arabuluculuk ve İş Hukukundaki Emredici Hükümler Arasındaki İlişki

Bağımlılık unsuru, diğer iş görme sözleşmelerinden iş sözleşmesini ayıran bir unsur olup işçinin kişiliğini bir bütün olarak işverenin yönetimine sunması şeklinde ortaya çıkar. İşçi işverenden ekonomik olarak çok daha güçsüz konumundadır. İşçinin iş ilişkisindeki bu zayıf, dezavantajlı konumu, iş sözleşmesinin tarafları olan işçi ile işveren arasında bulunması gereken sözleşme özgürlüğü ile irade özerkliğinin dayandığı eşitliği bozar. İş sözleşmesinde tarafların mutlak eşitliğinden ve işçinin tamamen özgür iradesinden bahsedilemez. Bu nedenlerle işçinin işveren karşısında korunması gerektiğini kabul eden ve klasik sözleşmeler hukukundan ayrılan çağdaş iş hukuku ortaya çıkmıştır¹²⁵⁰. Bu özelliği ile işçi işveren ilişkisinin düzenlenmesinde, devletin denetim yetkisini kullanması ve idari para cezaları öngörmesi gibi kamu hukuku kurallarıyla ve iş ilişkisinde tarafların sözleşme serbestisini emredici hükümler aracılığıyla kısıtlamak

¹²⁴⁸**Ekmekçi/Özekes/Atalı** vd. s. 113;

¹²⁴⁹**Edwards**, H.T., “Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema”, 99 Harvard Law Review, 1985-1986. s. 679; **Doğan Yenisey**, s. 175.

¹²⁵⁰ **Süzek**, Sarper, İş Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2019, s.14-15; **Eyrenci**, Öner/**Taşkent**, Savaş/**Ulucan**, Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2019, s.3; **Akın**, Levent, “Dava Şartı Arabuluculuk Sistemine İlişkin Güncel Değerlendirme ve Öneriler” Çimento İşveren, S.33, 2019/5, s.11; **Doğan, Yenisey**, Kübra, İş Hukukunun Emredici Yapısı, İstanbul 2014, s.9-13.

suretiyle müdahalesi önemli yere sahiptir¹²⁵¹. İş hukuku borçlar hukukundan farklı olarak “kamu hukukuna ait özellikler” de taşır¹²⁵².

İş hukukunda emredici hükümler *mutlak* ve *nispi emredici* hükümler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Mutlak emredici hükümler, işçi lehine bile olsa aksi kararlaştırılamayan normlar öngörür. Nispi emredici hükümler ise asgari normları belirleyen ve işçi lehine olmak kaydı ile değiştirilebilen kuralları belirler¹²⁵³.

İş hukukundaki emredici hükümlerin bir bölümü, iş sözleşmenin kuruluşunu, tarafların bu sözleşmeden doğan hakları ile borçlarını ve iş ilişkisi kapsamındaki çalışma koşullarını düzenlerken bir bölümü de iş sözleşmenin kuruluşu ve devamı süresince ortaya çıkan çalışma koşullarına ilişkin kurallar, bütün bu süreçlerde işveren karşısındaki pazarlık gücü zayıf olan işçinin hem maddi ve manevi kişisel varlığı bakımından hem de ekonomik açıdan korunmasına yöneliktir. Örneğin iş sözleşmesinin belirli süreli olarak yapılması, ancak İş K. md. 11’de öngörülen hallerde mümkün olup buna ilişkin kurallar mutlak emredicidir. Asgari ücret, fazla çalışma ücretleri, yıllık izin süreleri gibi düzenlemeler ise *nispi emredici* niteliktedir¹²⁵⁴.

İş sözleşmesinin işveren tarafından feshine bağlanan sonuçlar ise, işsiz kalan ve ekonomik açıdan belirsizliğe düşen işçiyi koruma amacı taşımaktadır. İş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından, sadece işe iade imkânı değil, maddi haklar da öngörülmüştür. Ayrıca iş güvencesi hükmüyle sağlanan haklardan başka, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve işsizlik sigortası, hatta rekabet yasağı sözleşmesinin devamı bile fesihle yakın ilişkidir¹²⁵⁵. Dolayısıyla, iş sözleşmesinin feshi ve buna bağlanan sonuçlar da, mevzuatta nispi (örneğin. iş sözleşmesinin süreli feshinde bildirim süreleri, kıdem tazminatına hak kazanma koşulları, iş güvencesi kapsamına girmenin koşulları)

¹²⁵¹ **Süzek**, s. 32-35; **Doğan, Yenisey**, Kübra, “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı: İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, **Doğan Yenisey**, Kübra (Ed.), İstanbul, 2016, s.175-176; **Özdemir**, Erdem, “‘Sulh Sözleşmesi’, Yargıtay 9. ve 22. Hukuk Daire Kararlarının İncelenmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.30, 2013, s.96.

¹²⁵² **Elbir**, Nazlı, “İş Hukukunun Emredici Niteliği Karşısında İşçinin Yasal Haklarından Vazgeçmesi Sonucu Doğuran Uygulamalar Hakkında Bir Değerlendirme”, Çalışma ve Toplum, S.1, 2021, s.291; **Çenberci**, Mustafa İş Hukuku Şerhi, 3. Baskı, Ankara 1976.

¹²⁵³ **Süzek**, s. 32-35; **Doğan, Yenisey**, 2014, s.75-76; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s.15; **Özdemir**, s.96-97; **Elbir**, s.291.

¹²⁵⁴ **Elbir**, s.291.

¹²⁵⁵ **Gerek**, Nüvit, “İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi le Sona Ermesi”, Çalışma ve Toplum, S.31, 2011, s.47-48; **Elbir**, s.291.

veya mutlak (örneğin kıdem tazminatı tavanı, iş güvencesi ile işçiye tanınan maddi hakların sınırı) emredici kurallarla düzenlenmiştir¹²⁵⁶.

Arabuluculuk müessesesindeki iradilik unsuru ile bazı emredici hükümlerin uygulamasının tezatlık yarattığı bir gerçektir. Kanaatimizce, iş hukukunun özel yapısı itibarıyla emredici hükümlere her zaman öncelik verilmelidir. Konuya ilişkin mevzuat değişikliğine gidilmesi yerinde olur.

a-İbraname ve Cezai Şart (TBK md. 420)

İşçilik alacaklarında tek taraflı feragat söz konusu olmadığından borcun sona ermesi ancak ibraname ile gerçekleştirilebilir. İbra sözleşmesi veya ibraname, alacaklının borcundan vazgeçmesi ve borçluyu borcundan kurtarmasıyla, borcu tamamen veya kısmen sona erdiren bir sözleşmedir¹²⁵⁷.

TBK'nın 420. maddesine göre, *'İşçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığı ile yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür. Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Bu halde dahi, ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması zorunludur'*.

TBK md. 420'de iş hukukunda işçinin işvereni ibra etmesi işleminin geçersiz olduğu hususu irdelenmektedir. Yargıtay kararlarında da isabetli olarak açıklandığı üzere hiçbir zaman işçinin bir hakkından vazgeçmesi kabul edilmemiştir¹²⁵⁸. TBK işçinin işvereni borçtan ibrasını kabul etmemiş ve Türk iş Hukukunda ibra hiçbir koşulda geçerli kabul edilmemiş; TBK md. 420'de işçinin haklarının ibra ile değil ifa ile sona ermesi¹²⁵⁹

¹²⁵⁶ **Elbir**, s.291

¹²⁵⁷ **Oğuzman** Kemal / **Barlas** Nami, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 25. Baskı, İstanbul 2019, s.148, 187; **Oğuzman** / **Öz**, s.575; **Elbir**, s.292.

¹²⁵⁸ Y.9. Hukuk Dairesi, T.20.04.2016, E. 2016/24645, K. 2020/9993; Y.9.Hukuk Dairesi, T.20.02.2023, E.2023/2550, K.2023/2555 (www.lexpera.com.tr).

¹²⁵⁹ **Ekmekçi vd.**, s. 253.

ve TBK md. 420/3’de ifa olmadıkça bu işlemlerin geçerli olmadığı kabul edilmiştir. Gerçek tutar ödenmediği takdirde işçinin imzaladığı bu belgenin hiçbir geçerliliği bulunmamaktadır. Yeni gelen bir düzenlemenin mevcut düzenlemenin yerine uygulanacağını kabul ettirmek için ya mevcut düzenlemeyi açık veya zımni olarak yürürlükten kaldırması ya da mevcut hükme nazaran özel hüküm niteliğinde olması gerekir. Şu halde HUAK md. 18/5, TBK md. 420 ve İş K hükümlerinin açık veya zımnen yürürlükten kaldırmış olamamalıdır¹²⁶⁰.

İşçinin arabuluculuk sürecinde her türlü hakkından vazgeçebilmesine karşı çıkan yazarlar mevcuttur. Bazı yazarlar bunu bir sulh sözleşmesi olarak görmekte, bazen de bunu yenileme sözleşmesi olarak nitelendirmektedirler¹²⁶¹. Bazı yazarlar da işçinin arabulucu önünde emredici hükümlerden vazgeçebileceği görüşündedirler ve arabulucu önünde yapılan anlaşmanın ibra olmadığını ve ibra hükümlerinin uygulanamayacağını ileri sürmektedirler¹²⁶². Yargıtay arabulucu önünde yapılan anlaşmaya ibraya ilişkin TBK md. 420’nin uygulanmasının mümkün olmadığını, aksinin kabulü durumunda tarafların anlaşmasının imkânsız olduğunu, zaten HUAK md.18/5 hükmü uyarınca anlaşmaya varılması halinde üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağı ve ibraya ilişkin düzenlemelerden hareketle arabuluculuk anlaşma tutanağının geçerliliğinin değerlendirilemeyeceğini hüküm altına almıştır¹²⁶³.

¹²⁶⁰ **Ekmekçi vd.**, s.129,132.

¹²⁶¹ **Mutluay**, Faruk Barış, “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk” , İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferansı Serisi No:7, İstanbul 2018, s. 42,43.

¹²⁶² **Ocak vd.**, s. 104. **Çil**, İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, s.52.

¹²⁶³ “*Mahkemeye, arabulucu önünde yapılan anlaşmanın ibra niteliğinde olduğu, ibraya ilişkin hükmün emredici nitelikte bulunduğu ve 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 1. maddesi uyarınca tarafların ancak üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konuda arabulucuya gidebilecekleri hususun düzenlendiği, ibra niteliğinde belge üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri bir durum söz konusu olmadığı, gerekçesiyle dava kabul edilmiştir.*”

Arabulucu önünde yapılan anlaşmada ibraya ilişkin 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 420. Maddesinin uygulanması mümkün değildir. Aksi kabulde arabulucu önünde tarafların anlaşması imkansız hale gelir. Nitekim 6325 Sayılı Kanun’un 18/5 madde hükmünde arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde çalışılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağı öngörülmüş olup, buna göre ibraya ilişkin düzenlemelerden hareketle arabuluculuk anlaşma tutanağının geçerliliği değerlendirilemez.

Her ne kadar dairemizin 11.09.2019 tarihli ve 3694-13040 sayılı ilamında arabuluculuk anlaşma tutanağı ibra hükümleri çerçevesinde değerlendirilmiş ise de Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu’nun 07.07.2020 tarih ve 173 sayılı kararı ile aynı uyuşmazlıkların temyiz incelemesini yapmakla görevli 22. Hukuk Dairesinin kapatılması ve tüm işlerinin dairemize devredilmesi üzerine yeniden yapılan değerlendirmede yukarıda belirtilen sonuca varılmıştır.” . Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ,T.07/02/2022, E.2022/436, K. 2022/1380 (www.lexpera.com.tr).

Kanaatimizce de ibraya ilişkin düzenlemelerden hareketle arabuluculuk anlaşma tutanağının geçerliliği değerlendirilemez. İbra sözleşmesi veya ibraname, alacaklının borcundan vazgeçmesi ve borçluyu borcundan kurtarmasıyla, borcu tamamen veya kısmen sona erdiren bir sözleşmedir. İkale, sulh gibi kurumlar da arabuluculuk süreci ile karıştırılmamalıdır. Arabuluculuk dava öncesi başvurulacak bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Borcu sona erdirmeye özelliği yoktur¹²⁶⁴.

Bu hüküm ile işçinin işvereni ibrasına yasal sınırlamalar getirilmiş olup, esasen kanun ifayı düzenlemiş ve işçinin işvereni ibra etmesinin mümkün olmadığını dolaylı olarak hükme bağlamıştır. Arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmak ise niteliği itibarıyla ibra sözleşmesi olmadığından TBK md. 420 uygulanması mümkün değildir.¹²⁶⁵ Arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmak niteliği itibarıyla ibra sözleşmesi olsaydı feshi izleyen bir ay içinde yapılan anlaşma tutanağının geçersiz sayılması gerektiği gibi, eksik ödeme ve banka hesabına yapılmayan ödemelerde anlaşma yok sayılabilecekti¹²⁶⁶.

TBK md. 420'e göre, '*Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir. Çil'e göre işçi aleyhine ve tek taraflı cezai şart düzenlenmesinin varlığı halinde de tarafların arabuluculuk aşamasında anlaşmaya varabilirler. Bu yöndeki emredici hüküm de arabuluculuk aşamasında bağlayıcı değildir. İşçinin avukatı aracılığıyla temsil edildiği veya yasal haklarını bildiği bir durumda yasa hükmüne rağmen cezai şart kuralına tarafların geçersizlik tanımları mümkündür; ancak işçinin haklarını bilmediği anlaşıyorsa arabulucu tarafından sürecin sonlandırılması veya bu konuda uzman yardımının alınmasının sağlanması mümkün olabilir*¹²⁶⁷.

b- Kıdem Tazminatı Tavanı

Kıdem tazminatının ve kıdem tazminatının hesap yönteminin de belirtildiği 1475 Sayılı Kanun'u md.14/6 ve md.14/13'de özel ve genel iki ayrı tavan sınırlaması öngörülmüştür. Her iki tavanın da emredici yapıda olduğu Yargıtay ve öğreti tarafından

¹²⁶⁴ Gerçekte fesih işlemi olmadan feshe bağlı alacak kalemlerinin yer aldığı ihtiyari arabuluculuk geçersizdir. Tutanağın geçersizliği için dava açılabilir. İşçi, ihbar, kıdem ve izin ücreti için alacak davası da açılabilir, ödemeler avans olarak kabul edilir. Bkz. Y.9 Hukuk Dairesi, T.07.02.2022, E.2022/2021, K. 2022/12911 (www.lexpera.com.tr).

¹²⁶⁵ Çelik vd., s.92.

¹²⁶⁶ Çil, İMK Uygulaması, s.52.

¹²⁶⁷ Çil, İMK Uygulaması, s.53.

kabul edilmiştir. *Çil*'e göre düzenlemenin emredici yapısı arabuluculuk aşamasında tarafların tavanı aşar şekilde anlaşmasına engel değildir; ancak tavanı aşacak şekilde anlaşma halinde tarafların vergi ve sigorta primi kaçırmayı amaçladıkları örnekler olabilir. Bu durum devletin vergi kaybına neden olabileceği gibi işçinin vazgeçilmez hakkı olan sosyal güvenlik hakkı yönünden de kayıplara yol açabilir. Bu nedenle kural olarak tavanı aşacak şekilde anlaşma mümkün olsa da tavanı aşan kısmın vergilendirilmesi ve sigorta primlerine tabi olmasına dikkat edilmesi gerekir.

Çil'e göre iş sözleşmesinin sona erme biçimi ne olursa olsun, taraflar kıdem tazminatı ödemesini kararlaştırdıklarında kural olarak son brüt giydirilmiş ücret üzerinden hesaplama yapılır; ancak arabuluculuk sürecinde iradilik esas olduğundan tarafların ücretin eki mahiyetindeki parasal haklar eklenmeksizin çıplak brüt ücret üzerinden hatta net ücrete göre belirlenecek olan kıdem tazminatı üzerinde anlaşmaları da mümkündür¹²⁶⁸.

İdarenin komisyon ile temsil edildiği anlaşma tutanaklarında ise kıdem tazminatı tavanının aşılmamasına dikkat edilmelidir. Tavanın aşılması, anlaşma tutanağının geçerliliği noktasında komisyon üyelerinin kamu zararına sebebiyet vermesine ilişkin iddiaları gündeme getirebilecektir. Konu Sayıştay denetiminde resen dikkate alınabilecektir. Zira sözü edilen denetimlerde, kamu harcamalarının yasalara uygun olarak yapılıp yapılmadığının gözetilmesi yasa gereğidir. Komisyon tarafından imzalanan anlaşma tutanaklarında tavanı aşan kıdem tazminatı ödemesi yapılmışsa, bunun nedeni komisyon raporuna yazılmalı ve tavanın aşılmasının kamu zararına neden olmadığı açıklanmalıdır¹²⁶⁹.

c- İşe Başlatmama Tazminatı ve Boşta Geçen Süreye Ait Ücreti

İş K. 21. maddesinde boşta geçen süre ücreti ve diğer haklarının dört ayla sınırlı oluşu ve işe başlatmama tazminatının dört ile sekiz aylık ücret tutarında olabileceği ile sınırlı oluşu mutlak emredici yapıdadır. Aksine anlaşma yapılamayacağı 21. maddenin son fıkrasında açıklanmıştır. Yasanın emredici yapısının 2036 Sayılı Kanun ile aynı maddede yapılan değişikliklerle de korunduğu kanaatindeyiz. Zira eklenen fıkralarla arabuluculuk faaliyeti sonunda 3. fıkra düzenlenmiş ücret ve diğer hakların parasal

¹²⁶⁸ *Çil*, İMK Uygulaması, s. 53.

¹²⁶⁹ *Çil*, İMK Uygulaması s.54.

miktarını, işçinin işe başlatılmaması durumunda ise 4. maddede belirtilen tazminatın parasal miktarının belirlenecek oluşu, bu konuda yasal sınırlamalara bağlı olunduğu anlamına gelmektedir. Aksi halde Kanun'da 3. ve 4. fıkralardan bahsetmeksizin arabuluculuk aşamasında miktar belirlenebileceği şeklinde bir düzenleme yapılırdı.

Doktrinde öngörülen miktarın üzerinde anlaşma yapılmasının işçi lehine olduğu ve işe iadenin etkinliği arttırmak için yasal sınırın üzerinde tespit hükmü kurulmasının mümkün olabileceği ifade edilmiştir¹²⁷⁰. Yasal düzenlemenin mevcut hali işçi lehine olup, en azından işe başlatmama tazminatı dört aylık ücretin altında olamayacak ve boşta geçen süre ücret ve diğer hakları da dört aya kadar olabilecektir. Diğer yandan boşta geçen süre ücret ve diğer hakları dört ayla sınırlıdır. Arabuluculuk aşamasında üç aylık veya beş aylık boşta geçen süre ücreti belirlenemeyecektir; ancak boşta geçen süre dört aydan daha az ise tarafların işe başlatmayı kararlaştırdıkları tarihe kadar hesaplama yapılacağı da kanunda bulunmaktadır. Örneğin, fesih tarihi ile işçinin işe başlamasının kararlaştırıldığı süre arasında iki aylık süre varsa iki aylık süre için boşta geçen süre ücreti kararlaştırılmalıdır.

Çil'e göre; işe başlatmama tazminatı ise dört ile sekiz aylık ücret sınırı içinde serbestçe belirlenecektir. İşçinin kıdemine veya fesih şekline göre hatta emekli olup olmamasına göre Yargıtay'ın ilke kararı ile belirlediği sınırların bir önemi yoktur. Ancak üç aylık veya dokuz aylık ücret tutarında bir tazminat belirlenmesi mümkün değildir.

Okur, arabuluculuk sürecinde anlaşmanın kapsamı ve hukuki sonucu hakkında yeterli bilgiye sahip olmaları kaydıyla, tarafların iş hukukundaki emredici kurallara aykırı anlaşma yapabileceğini kabul etmektedir¹²⁷¹. Bunun istisnası olarak İş K. md.21/son hükmünde iş güvencesi tazminatına ilişkin emredici düzenlemeyi göstermektedir. Yazara göre, bu hükümde belirtilen sınırlar dışında bir işe başlatmama tazminatının belirlenmesi durumunda, anlaşma geçersiz olmamalı, ancak aykırı miktar geçersiz sayılıp yerine Yargıtay ilke kararlarında öngörülen miktarlar geçerli olmalıdır¹²⁷².

Öğretide başka bir görüşe göre emredici hükümler arabuluculuk süreci içinde uygulanmaz. Taraflar iş güvencesi tazminatını ve boşta geçen ücret alacağını serbestçe

¹²⁷⁰ Astarlı, İMK, s.49; Çil, İMK Uygulaması, s.54.

¹²⁷¹ Okur, s.184; Heper, s.337.

¹²⁷² Okur, s.183; Heper, s.337.

belirleyebilirler. İş K. md. 21/son'da belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın anlaşma sağlayabilirler¹²⁷³.

Kanaatimizce, iş hukukunda emredici kurallara aykırı anlaşma yapılamamalıdır. Buna ilişkin mevzuat düzenlemesi yapılması gerekir.

d- Hak Düşürücü Süreler

Hak düşürücü süreler kamu düzenini ilgilendirmekte ve bu yönüyle yargılama sırasında re'sen gözetilmektedir; ancak arabuluculuk bir yargılama faaliyeti olmadığından, arabulucunun hak düşürücü sürenin geçmesinden ötürü arabuluculuk faaliyetini başlatmaması veya sonlandırması düşünülemez. Arabuluculukta taraflar feshi izleyen bir aydan daha sonra yapılan işe iade başvurusunda dahi işe iade konusunda anlaşmaya varabilirler. Süre geçtikten sonra yapılan arabuluculuk başvurusunda anlaşma sağlanamaz ise iki haftalık süre içinde açılacak işe iade davasında bu durum gözetilecek ve arabulucuya başvuru için gereken hak düşürücü süre geçtiği için mahkemece dava reddedilecektir. Mahkeme işe iade davasına davacı için gerekli olan bir aylık hak düşürücü sürenin geçip geçmediğini re'sen incelemektedir.

Çil'e göre işçinin veya işverenin haklı fesih için yasal altı işgünü ve bir yıllık sürelerin geçip geçmediği konularında da arabulucunun değerlendirme bir yapması mümkün değildir. En fazla süreci sonlandırabilir veya uzman görüşü almaları yönünde süre verebilir¹²⁷⁴. Kanaatimizce de arabulucu bu hususlarda değerlendirme yapmamalı, arabuluculuk süreci işletilmelidir.

e-İşverenin Eşit Davranma Borcu/Ayrımcılık Yasağı

İşverenin eşit davranma borcu ve yasada sayılı hallere münhasır ayırım yapma yasağı İK md. 5'te düzenlenmiştir. Ayrımcılık yasağının kamu düzenine ilişkindir. Ayrımcılık yasağının ihlali halinde 4 aya kadar ücret tutarında tazminat öngörülmüştür. *Çil*'e göre arabuluculuk aşamasında taraflar bu sınırlama ile bağlı değildir. Kanaatimizce

¹²⁷³ Ocak vd. s. 11; Arbak, Merve, İşverenin Fesih Hakkının Toplu İş Sözleşmesiyle Sınırlandırılması, İstanbul 2022, s. 134.

¹²⁷⁴ Çil, İMK Uygulaması, s.55.

tarafkar karar verirse, işçi lehine 4 aylık ücretten daha fazlasına arabuluculuk sürecinde anlaşılabilir.

f- Sosyal Güvenlik Hakkından Vazgeçme

İşçinin sosyal güvenlik hakkından vazgeçmesi mümkün değildir. Bu nedenle arabuluculuk aşamasında sigorta primine tabi alacakların primsiz olarak ödemesinin kararlaştırılması mümkün olamaz. Kararlaştırılan alacakların net olarak işçiye ödeneceği belirtilmişse ödeme sırasında primlerin işçi ve işveren paylarının tamamı işveren tarafından karşılanacaktır. Kararlaştırılan alacak miktarının brüt mü net mi olduğu tutanakta belirtilmemişse, işçi payına düşen yasal kesintiler infaz sırasında düşülecektir¹²⁷⁵.

g. Asgari Ücret

Asgari ücret işçinin temel ihtiyaçları olarak sayılabilecek beslenme, barınma, giyim, ısınmak, ulaşım gibi ihtiyaçların karşılanmasına yetecek biçimde düzenlenen en düşük ücret anlamına gelir. Kısmi süreli iş ilişkileri dışında iş hukukunda işçi ücretleri asgari ücretin altında olamaz. Aksine sözleşme hükmü geçersizdir; ancak arabuluculuk faaliyeti sonucu tarafların asgari ücretten daha az bir ücret rakamı üzerinden anlaşmaları mümkündür¹²⁷⁶.

¹²⁷⁵ **Çil**, İMK Uygulaması, s.56

¹²⁷⁶ **Çil**, İMK Uygulaması, s. 56; **Keser** s. 518.

SONUÇ

Arabuluculuk latince köken olarak “mediare” ortada olmak fiilinden türemektedir. Uyuşmazlıkların tarafsız üçüncü kişilerin dahil olmasıyla çözülmesine ilişkin olarak Mısır, Babil, Asur, Roma İmparatorluğu gibi medeniyetlerde, Uzak Doğu’da, Afrika ve Amerika kıtalarında kısacası tüm dünyada tarih boyunca uyuşmazlık alternatif çözüm yöntemleri kullanılmaktadır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, mahkemelere alternatif olan gönüllülük esasına dayalı yolların bütünü olarak özetlenebilir. Yargılama giderlerinin yüksekliği, yargılamanın uzun sürmesi ve mahkeme kararların öngörülemezliği gibi nedenler alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin doğumunda, gelişmesinde ve çeşitlenmesinde etkili olmuştur. Alternatif uyuşmazlık çözümünde taraflar çözümün bir parçası haline gelirler. Tahkim, müzakere, uzlaştırma, vakıaların saptanması yöntemi, tarafsız ön değerlendirme, kısa duruşma alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemlerinin bazılarıdır. Arabuluculuk tarafların arabulucu yardımıyla anlaşmaya varmak için ihtilaflı meseleler üzerinde görüşme yaptıkları uyuşmazlık çözüm sürecini ifade eder. Modern arabuluculuk kurumu da adalete erişim hareketinin bir parçası olarak gelişmiştir.

Arabuluculuk yöntemi ile toplumsal değişimler sağlanır, uyuşmazlıkların daha etkin daha az emek masrafla çözülmesi gündeme gelir ve mahkemelerin iş yükünü azaltılarak adalete erişim kolaylaştırılmış olur. Arabuluculuk kurumu diğer bazı alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından ayrılmaktadır; uzlaştırma, dava odaklı ve formel bir süreçtir. Tahkimde ise tarafları bağlayıcı bir hakem veya hakem heyeti kararı mevcuttur ve tarafsız üçüncü kişinin yokluğu nedeniyle de arabuluculuk müzakereden ayrılır.

Arabuluculuk kurumunun işleyişine ilişkin prensipler mevcuttur. Bunlar; iradilik (gönüllülük) prensibi, eşitlik prensibi ve gizlilik prensibidir. İradilik prensibi gereğince taraflar arabuluculuğa başvurmada, katılmada ve anlaşmanın yapılmasında serbesttirler. Eşitlik ilkesi uyarınca taraflar arabulucuya başvururken ve süreç boyunca eşit haklara sahiptirler. Taraflar arabuluculuğa başvurmada, arabulucunun seçiminde, arabuluculuk görüşmelerinde, arabuluculuk sürecinin sona ermesinde eşit haklara sahiptirler. Gizlilik ilkesi arabuluculuk müzakerelerinde tarafların ve arabulucunun herhangi bir endişeye kapılmadan rahatlıkla uyuşmazlık konularını irdeleyebilmeleri, bilgi ve belgeleri

sunmaları ve tekliflerde bulunabilmeleri için büyük önem arz etmektedir. Arabuluculuk süreci kural olarak aleni değildir. Arabuluculukta gizlilik tarafların ve arabulucunun rızası, anlaşma belgesinin icrası ve suç bildirme yükümlülüğü kapsamında bertaraf edilebilir.

Tarafların ve arabulucunun sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır. Arabuluculuk faaliyetinden sonra tahkime ve dava yoluna gidildiğinde arabuluculuk daveti, taraflardan birinin arabuluculuk faaliyetine katılma isteği, arabuluculuk sürecinde ileri sürülen görüşler, teklifler, öneriler ve herhangi bir iddianın kabulü arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler ve bilgilerin açıklanması gibi bazı beyan ve belgeler delil olarak kullanılamaz, sunulmuş olsa bile hükme esas teşkil edemez.

Arabulucunun görevini özenle ve tarafsız biçimde yerine getirme yükümlülüğü vardır. Arabuluculukta tarafsızlık ilkesi önemli etik kurallardan biridir. Tarafsızlık ilkesinin içinde ayırım gözetmeme, eşit davranma, adil olma ve menfaat çatışması içinde olmama gibi alt kavramlar da yer alır. Tarafsızlık ilkesi olmadan adil ve hakkaniyetli bir sonucun elde edilmesi beklenemez.

Tarafların aralarındaki uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önceki veya daha sonraki evrede uyuşmazlık çözümü bağlamında, katkı, yardım ve desteğini almak amacıyla arabulucuya başvuru konusunda anlaşmalarını ihtiva eden sözleşmeye “arbuluculuk sözleşmesi” denir. Arabuluculuk sözleşmesi karma nitelikli bir sözleşmedir. Uyuşmazlığın taraflarıyla arabulucu olarak görevlendirilen kimse arasında yapılan ve arabulucu olarak görevlendirilen kimsenin, arabuluculuk sıfatıyla uyuşmazlığın çözümü bağlamında gereken katkı, yardım ve desteği sağlamasını öngören sözleşmeye ise “arbulucu sözleşmesi” denir. Arabulucu sözleşmesi, bir işgörme sözleşmesidir ve TBK’da düzenlenmemiştir. TBK md. 502/2’nin işgörme sözleşmesinin genel hükümleri konumunda bulunması sebebiyle, kanaatimizce, TBK’nın vekalet sözleşmesine ilişkin hükümleri, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, arabulucu sözleşmeleri bağlamında kıyasen uygulama alanı bulabilir

Arabulucunun faaliyetine göre üç çeşit arabuluculuk türü bulunmaktadır. Bu türlerde bazı yazarlara göre alt türlere ayrılabilmiştir. Özet olarak, kolaylaştırıcı, değerlendirici ve dönüştürücü arabuluculuk türleri mevcuttur diyebiliriz. Kolaylaştırıcı arabuluculukta arabulucunun üstlendiği fonksiyon pasiftir ve temel olarak sürecin her aşamasında taraflar arasındaki iletişimi kolaylaştırmayı hedefler. Değerlendirici arabuluculukta ise arabulucu sürecin her aşamasında müdahaleci bir tutum izlemektedir.

Arabulucu, tarafların kendi durumları hakkında daha gerçekçi bir şekilde yeniden değerlendirme yapmalarına yardım etmektedir. Taraflar arabulucudan hukuki tavsiyede bulunmasını beklemektedir. Yeniden değerlendirici arabuluculuk modelinde ise arabulucu sunduğu çözüm önerisini taraflara empoze etmeden tarafların anlaşmasını sağlamaya çalışmaktadır. Tarafların kendi durumlarını objektif olarak değerlendirmeleri için taraflara liderlik etmektedir. Dönüştürücü arabuluculuk modeli ise taraf odaklı olmasının yanında arabulucuya da önemli görevlerin düştüğü bir arabuluculuk sistemidir. Arabulucu aktif şekilde tarafların birbirini dinlemesini sağlar. Açık uçlu sorular, aktif dinleme, yansıtma, özetleme tekniklerinden de yararlanan dönüştürücü arabulucular tarafların kendi sorunları ile yüzleşmelerini ve karşı tarafın pozisyonunu anlama konusunda empati yapma becerisi kazanmalarını destekler. Uyuşmazlık konusu uzun süren bir ilişkiye dayanıyorsa ve süreklilik arzeden bir yapıya sahip ise tarafların şifalanması açısından dönüştürücü arabuluculuk etkili olacaktır.

Mahkeme bağlantılı arabuluculuk, görülmekte olan derdest davada, mahkemenin davayı askıya aldığı ve mahkeme dışında yürütülecek olan arabuluculuk faaliyeti olarak tanımlanır. Modern arabuluculuğun doğduğu devlet olan ABD’de mahkeme bağlantılı (temelli) arabuluculukta tercih edilen değerlendirici arabuluculuk modeli, işyeri uyuşmazlıklarının çözümünde ise dönüştürücü arabuluculuk modeli uygulanmaktadır. Türkiye’de ise arabulucunun çözüm önerisi getirebilmesi bakımından yeniden değerlendirici arabuluculuk modelinin uygulandığı belirtilebilir. HUAK md. 2/1-(b) hükmünde ve md. 15/7 hükmünde; tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması halinde arabulucunun çözüm önerisi getirebileceği kabul edilmektedir; ancak tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıktığı anın tespiti ve arabulucunun bu andan önce çözüm önerisi sunmamasının yaptırımının ne olduğu da belli değildir. Bu konuda mevzuatın dilinden arabulucu için bir zorunluluk olmadığı çözüm önerisinde bulunmamanın herhangi bir yaptırımı da olmadığı anlaşılmaktadır. Bu bakımdan arabulucunun *"tarafların anlaşamadığının tespiti üzerine çözüm önerisi sunması ve bunun son tutanağa yazılması"* gibi bir hükme yer verilmesinin yerinde olacağını düşünmekteyiz. Arabulucu çözüm önerisi sunduktan sonra tarafların rızasıyla taraflara öneri ya da öneriler üzerinde düşünmeleri için bir sonraki oturuma kadar süre tanınmasının yerinde bir uygulama olarak kabul edilebileceği kanaatindeyiz.

Çözüm önerisi sunan iş hukuku alanında uzman arabulucuların iş hukukuna, mevzuata, yargıtay içtihadlarına hâkim olması büyük önem arz etmektedir. Aksi halde

sunulan çözüm önerisi faydadan çok zarar doğuracaktır. 48 saatlik eğitim ile iş hukukunda uzman arabulucu olunmaktadır. Bu eğitimin yetersiz olduğunu ve daha da derinleştirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Mahkeme temelli arabuluculuk sisteminin iş hukuku uyuşmazlıkları için Türkiye’de de uygulanabileceğini, böylelikle zayıf taraf olan işçinin haklarının daha etkin şekilde korunabileceğini düşünmekteyiz.

ABD örneğine baktığımızda, işyeri uyuşmazlıkları için işyeri ile bağlantısı olmayan arabulucular tarafından dönüştürücü arabuluculuk modelinin uygulandığı ve olumlu sonuçlar alındığı belirtilmektedir. Dönüştürücü arabuluculuk modelinde tarafların kendi sorunları ile yüzleşmeleri ve karşı tarafın pozisyonunu anlama konusunda empati becerisi geliştirmelerine ortam sağlanır. İşyeri uyuşmazlıklarında işyerindeki ilişkilerin rehabilite edilmesi ve daha iyi bir çalışma ortamı sağlanması için sorunların arabuluculuk ile çözülmesi çalışma kültürünü de pozitif yönde değiştirerek katkı sağlamaktadır. Dönüştürücü ve ihtiyari arabuluculuğun uygulanması örneğinin ülkemizde de işyerindeki iş barışının sağlanması açısından olumlu sonuçlar doğuracağını düşünmekteyiz. ABD’de olduğu gibi kamu kurumlarında çıkan uyuşmazlıkların kurum içi arabuluculuk ya da kurum ile bağlantısı olmayan arabulucular ile taraflar lehine kazan kazan ilkesi doğrultusunda sonuçlanması sağlanabilir.

Türkiye’de özel hukuktan doğan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkların arabuluculuk ile çözümün ilişkin 2013 yılında HUAK’ın kabulü ile arabuluculuk uygulamasına geçilmiştir. 2018 yılı itibariyle İMK ile dava şartı arabuluculuk kavramı Türk hukuk literatürüne girmiştir. İMK md. 3 uyarınca kanuna, bireysel iş sözleşmesine, toplu iş sözleşmesine dayanan alacak, tazminat veya işe iade talebi ile açılan davalarda arabuluculuğa başvurulması dava şartıdır. Dava şartı arabuluculuktan bahsedebilmek için uyuşmazlığın iş ilişkisinden kaynaklanması, uyuşmazlık ile ilgili iş mahkemelerinin görevli olması ve tarafların işçi ve işveren olup taleplerin birbirine karşı ileri sürülmesi gerekir. Davacı dava açarken arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağı dilekçesine eklemek zorundadır. Arabulucuya başvuru yapılmadan dava açıldığının tespiti halinde davanın reddine karar verilmektedir.

Türk hukukunda dava şartı arabuluculuk kurumuna benzer bazı kurumlar karşımıza çıkmaktadır. 3008 sayılı İlk İş Kanunu’nda işçi temsilciliği; işyerindeki koşulları bilen, işçi ve işvereni tanıyan işçi temsilcisinin çıkan uyuşmazlıklarda bir nevi arabuluculuk yapması ve dava açmadan önce başvurulması gereken bir prosedür olması

nedeniyle dava şartı arabuluculuğa benzemektedir. Buna ilaveten, kapanan eski bölge çalışma müdürlüklerinin işçi şikayetlerini incelemekle görevli olması, kökleri 13.yüzyıla dayanan ahilik kurumu ve ahilik perspektifinde çalışma barışının sağlanması gibi örnekler verilebilir.

ABD’de EEOC, İngiltere’de ACAS iş mahkemelerine başvurmadan önce işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlık çözümüne ilişkin oluşturulan kamu kuruluşlarıdır. Sadece iş uyuşmazlıklarına odaklanan bu kurumların onayından sonra taraflar dava açabilmektedirler. Ülkemizde de sadece uzman iş hukukçularından (akademisyen, avukat, hâkim) oluşan komisyonun ve personelin yürüttüğü soruşturma evresi, arabuluculuk evresi, dava aşaması ve adli yardım birimlerini bünyesinde bulunduran bir kamu kuruluşunun işçi ve işveren arasında kaynaklanan iş uyuşmazlıklarının çözümünde halihazırdaki düzenlemeden daha faydalı olacağını düşünmekteyiz. ABD’de olduğu gibi dava öncesi aşamada mahkeme temelli arabuluculuk iş hukuku uyuşmazlıklarında uygulanabilir.

Almanya ve İtalya gibi birçok ülkede iş hukuku bakımından dava şartı arabuluculuk uygulaması yoktur. Mahkeme içi arabuluculuk görülmekte olan derdest davalarda karar verme yetkisine sahip olmayan, arabulucu hakimler tarafından gerçekleştirilir. Karşılaştırmalı hukukta mahkeme içi arabuluculuk faaliyetinin uygulamadaki başarısı dikkate alındığında (özellikle Almanya örneği) ülkemiz için özellikle bireysel iş hukuku uyuşmazlıklarında faydalı olacağını düşünmekteyiz.

Arbuluculuğun kurumsallaşması kanunların arabuluculuğa ilişkin yerleşik ön koşullar içermesi ve tarafların davranışlarını düzenleyen arabuluculuk sürecinin farklı boyutlarını resmileştirerek arabuluculuğun sonuçlarını etkilenmesi olarak açıklanabilir. Arabuluculuğa ilişkin mevzuat, uyuşmazlık çözümü üzerindeki yetkiyi devletten özel taraflara verir. Tarafların doğrudan müzakere etmeleri için fırsatlar yaratarak ve ihtilaflarını devlet kararı olmadan ancak devlet tarafından ortaya konan usul kuralları dahilinde çözmek için fırsat sunar. Adeta “usul mimarisi” yoluyla özel tarafların ihtilaflı işlemlerini resmileştirmek, taraflar arasında dengeli müzakereleri teşvik edebilir; ancak, aynı zamanda taraflara usul kuralları anlamında karmaşa yaratabilecek ve tarafların asimetrik müzakere gücü nedeniyle, zayıf tarafı dezavantajlı konuma da getirebilecektir. Arabuluculuk görüşmelerinde işçinin avukatının bulunması da bu anlamda daha bir önem kazanmaktadır.

Dava şartı arabuluculuk ile özel yetki hükümleri ve sürece ilişkin bazı düzenlemelerin adeta bir arabuluculuk bürokrasisi oluşturduğunu belirtmek pek de yanlış olmaz. İMK md. 3 kazuistik şekilde hazırlanmış kapsamlı bir maddedir.

İMK md. 3'ün iptaline ilişkin 2018 yılında açılan davada Anayasa Mahkemesi 2013 yılında arabuluculuğun ihtiyarı olmasına ilişkin verdiği kararını gözardı ederek bireysel iş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk düzenlemesinin ölçülü bir düzenleme olduğuna ve hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiştir. Yargı organlarının daha önce verdiği kararlardan farklı karar vermesi hukuki belirlilik öngörülebilirlik ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasa mahkemesi oy çokluğu ile haklı bir mazeret olmaksızın arabuluculuk sürecine katılmayan tarafın ileride açılacak davada haklı çıksa bile yargılama giderlerinden hukuken sorumlu olacağına ve bu tarafın avukatla temsili durumunda lehine vekalet ücretine hükmedilemeyeceğine karar vermiştir. Bu karar Anayasaya ve hakkaniyete aykırıdır. Amaç arabuluculuk müzakerelerine katılmayı teşvik etmek olsa da düzenleme ölçsüz bir yaptırım niteliğindedir.

Arbuluculuğun teşvik edilmesine ilişkin, bir nevi zorlama niteliğinde uygulamalar karşılaştırmalı hukukta da mevcuttur. İngiltere’de Halsey v. Miton Keynes General NHS Trust davasında mantıklı bir gerekçeye dayanmadan arabuluculuk görüşmelerini reddeden tarafın davayı kazansa bile yargılama masraflarından sorumlu tutulacağı belirtilmiştir. İtalya’da arabuluculuk sürecinde taraflardan birinin çekilme talebi üzerine arabulucu çözüm önerisinde bulunmakta çözüm önerisinin reddedilmesi sonucu taraflar mahkemeye gittiklerinde hakimın verdiği hükmün arabulucunun çözüm önerisiyle aynı olması durumunda mahkeme öneriyi reddeden tarafa yargılama masraflarını yükleyebilmektedir.

Teşvik amaçlı olsa bile, evrensel bir kural olan haksız çıkan tarafın yargılama giderlerini ödemesi kuralına aykırı düzenleme yapılmaması gerektiğini, arabuluculuğa başvuruda, sürece katılımı ve süreci sonlandırmada iradilik unsurunun gözardı edilmemesi gerektiğini düşünmekteyiz.

İMK md. 3/18 gereğince işverenin yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanın da görüşmelerde işvereni temsil edebileceği ve son tutanağı imzalayabileceği belirtilmiştir. İşverenin dilediği kişiyi yetkilendirmesi arabuluculuk kurumunun temel ilkelerinden olan

eşitlik ilkesine aykırıdır. İşveren için gösterilen bu kolaylık ve imkandan, aslında korunması ve kolaylık sağlanması gereken işçinin de yararlanması gerekir.

İşçinin katıldığı arabuluculuk görüşmelerine avukatla temsil edilmesi zorunluluğu getirilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz. İtalya ve ABD’de benzer uygulamalar söz konusudur. İş uyuşmazlıklarından kaynaklanan arabuluculuk sürecinde işçiler için adli yardım kurumu aracılığıyla avukat temin edilmesi söz konusu olabilir. Bu kapsamda görevlendirilecek avukatın iş uyuşmazlıklarında etkili taraf vekilliği eğitimi almış olması arabuluculuk sürecinin çok daha etkin bir şekilde amacına ulaşmasını sağlar.

HUAK md. 18 uyarınca taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladığı anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılacağı ve arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağı hükmüne bağlanmıştır. HUAK md. 18/5’de arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varılması halinde anlaşılan hususlar hakkında dava açılmaz hükmü iş mevzuatının emredici hükümlerine aykırı olmayan anlaşmalar için geçerli olmalıydı. Dava açılmaz ibaresi yerine alacaklarla ilgili tarafların hak ve yükümlülüklerinin sona erdiği, dava açılabilmesi, ancak anlaşmanın geçerli olması halinde, bahsi geçen alacak hakkının doğmadığının kabul edilmesinin daha yerinde bir düzenleme olduğu ve tartışmaları ortadan kaldıracak kanaatindeyiz. Arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varılması halinde anlaşılan hususlar hakkında dava açılmaz. Kanun koyucu arabuluculuğa ilişkin etik ilkelere dürüstlük kuralına uygun olarak icra edilen bir arabuluculuk sürecinin tarafların gerçek iradeleriyle örtüşen biçimde ihtilafı çözümlediğini, taraf iradelerine ve arabuluculuğun tüm ilkelerine uygun olarak anlaşma belgesinin hazırlandığını kabul etmektedir. Anlaşma belgesine rağmen gerçek bir arabuluculuk faaliyeti yürütülmemişse, tarafların iradeleri sakatlanmışsa dava açmaları mümkündür. “Arabuluculukta yapılan anlaşmanın irade fesadı ve emredici hükümlere aykırılık nedeniyle geçersizliğine ilişkin iddiaların dava konusu olacağı söz konusu düzenlemenin iş hukukuna aykırı olmayan anlaşmaların dava konusu olmayacağı” şeklinde bir kanun metni hazırlanmasını dilemekteyiz.

Anayasa Mahkemesi de HUAK’ın bazı maddelerini iptali için açılmış olan davada vermiş olduğu kararda arabuluculuk faaliyeti sonucunda imzalanmış olan anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi hususunda yanıltma, aldatma ve korkutma gibi irade bozuklukları hallerinin ileri sürülebileceği açıkça belirtilmiştir. Yargıtay uygulamaları ve Alman hukukunda da olduğu gibi aşırı yararlanma (gabin) bakımından

2/3lük bir sınırın olması gerektiğini düşünmekteyiz. Alacak hakkının % 30'undan fazla bir vazgeçiş olmamalıdır. Bu sınırı aşan anlaşma belgelerinin iptaline ilişkin bir düzenlemenin yapılmasının yerinde olacağını düşünmekteyiz.

İşçinin işe iade talebinde asıl işveren ve alt işveren ilişkisinde işçi asıl işverene ait işyerinde çalışıyorsa dava şartı arabuluculuk sürecinde asıl işveren ve alt işveren arabuluculuk müzakerelerine birlikte katılmaları ve işçinin işe başlatılması konusunda iradelerinin uyuşması şartı sorunlar doğurabilmektedir. İşçinin işe iade talebiyle sadece alt işverene veya asıl işverene başvurup tarafların anlaşmaması ihtimalinde dava şartı arabuluculuk sürecinin gerçekleştiği ve dava açılmasına engel kalmadığına ilişkin bir düzenleme yapılmasının işçinin korunması bakımından uygun olacağı kanaatindeyiz.

İşçinin iş ilişkisindeki bağımlılığı nisbi içerik normlarıyla telafi edilmeye çalışılmış ve normlardan yararlananın feragat serbestisi sınırlandırılmıştır. Mahkeme önüne gelen bir uyuşmazlığı çözerken nisbi emredici normları dikkate almak durumundadır. Arabuluculuk sürecinde ise böyle bir zorunluluk yoktur. Bu durum da iş hukukunun etkinliği açısından tehlike arz etmektedir. İş hukukunda mutlak ve nisbi emredici kuralların ihlaline izin vermeyen arabuluculuk süreci ve sonucuna ilişkin kanun koyucunun düzenleme yapmasını temenni etmekteyiz.

Arabuluculuk, sözleşme serbestisinin usul hukukundaki karşılığıdır. İş hukukunda ise esas olan sözleşme serbestisinin sınırlanmasıdır. İşçinin iş ilişkisinden dolayı iradesi baskı altında olabilir. Hukuki süreç hakkında bilgi eksikliği olabilir. İş görme ediminin işçinin kişiliğiyle olan yakın ilişkisi, işgörme ediminin ifası sırasındaki bağımlılık unsuru gibi nedenlerden ötürü işçinin iş ilişkisinde zayıf taraf olma durumu söz konusudur. Eşit olmayan taraflar arasındaki maddi anlamda ve bilgi olarak eşitsizlik (bilgi asimetrisi), sürecin işleyişini olumsuz etkileyecek, tarafların en uygun çözüm yolunu bulmalarını engelleyebilecektir.

Arabulucular arasında yapılan bir araştırmaya göre dava şartı arabuluculuk uygulamalarının taraflar nezdinde zorunlu bir prosedür olarak algılanmasına neden olduğu ve istenilen müzakere ortamının her zaman oluşturulamadığı ifade edilmiştir. Aynı araştırmada arabulucular dava şartı arabuluculuk sürecinin anlaşma ile sonuçlanabilmesinin işçi tarafından verilecek tavizlerle mümkün olduğunu belirtmişlerdir. İşçilik alacaklarının pazarlığa konu edilmesi ve alacağına daha erken kavuşmanın cazibesi haklardan önemli oranda vazgeçilmesi ile sonuçlanma tehlikesi içerebilir.

Arabuluculuk mahkemelerin norm yaratma ve sosyal davranışı yönlendirme rolünün azalması sonucunu doğurabilir. İş hukukunun gelişiminde yargının rolü yadsınamaz. Devletimizde ve diğer devletlerde yargının benimsediği ilkeler sonradan yasallaştırılmıştır. Mahkemeler sadece kanunların uygulayıcısı olmayıp, aynı zamanda içtihat yoluyla hukukun gelişimine de katkıda bulunur. Arabuluculuk mahkemelerin norm yaratma ve sosyal davranışı yönlendirme rolünün azalması sonucunu doğurabilir. Arabuluculuğun yaygınlaşmasıyla mahkemelerin normatif olarak içtihat yoluyla norm yaratma süreci engellenmiş olacaktır. Arabuluculuğun en temel prensibi gizliliklidir. Gizli olarak yürütüldüğü için gerçek anlamda tarafları ne kadar tatmin ettiğini, tarafların nasıl ödünler verdiğini de bilememekteyiz.

Özellikle iş hukukundan doğan uyuşmazlıklar için taraflar arasındaki eşitsizliğin tespiti, gerekli önlemlerin alınması ve sosyal adaletin sağlanması için önemlidir. Doktrinde de belirttiği gibi iş hukukunda dava şartı arabuluculuk kavramı arabuluculuk müessesesi toplumun zihnine yerleşene kadar yürürlükte olmalı, farkındalık oluştuktan sonra zorunluluk kaldırılmalıdır. İş hukukunda dava şartı arabuluculuk uygulamasının kaldırılması temennimizdir.

KAYNAKÇA

Aaron, Benjamin, Labor Courts and Grievance Settlement Western Europa, University of California Press, Berkeley, Los Angeles 1971.

Ackerman, Robert M., “Disputing Together: Conflict Resolution and the Search for Community”, Ohio State Journal on Dispute Resolution, 2002, C.18, S.1, s.27-91.

Ağaoğlu, Samet / **Hüdaioğlu**, Selahattin, İş Hukuku Tarihi, C.1, İstanbul 1939.

Aiwazian, Arby, “Transformative Mediation Empowering the Oppressed Voice of a Multicultural City to Foster Strong Democracy”, The Scholar, C.11, 2008, s.31-56.

Akan Pınar, Arabuluculuk ve Deniz Hukuku’na ilişkin İhtilaflarda Uygulanması, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

Akan, Pınar, Deniz Hukuku’nda Alternatif Çözüm Yolları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.18, S.2, 2012, s.465-476.

Akın, Levent, “Dava Şartı Arabuluculuk Sistemine İlişkin Güncel Değerlendirme ve Öneriler” Çimento İşveren, S.33, 2019/5, s. 8-15.

Akın, Levent, “İkinci Yılında Dava Şartı Arabuluculuk Alanında Gelişmeler ve Öneriler”, İnceleme Makalesi, Sosyal Güvenlik Dergisi, C.10, S.1, 2020, s.1-18.

Akıncı, Ziya, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, BATİDER, C. XVIII, S.4, 1996, s. 173-177.

Akıncı, Ziya, Milletlerarası Tahkim, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007. (Milletlerarası Tahkim)

Akkan, Mine, Anlaşma Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C.20, S.2, 2018, s.1-31.

Aküzüm, Ural/**Demirkol**, Berk, “ISTAC MED-ARB Kuralları’nın Getirdiği Yenilikler”, Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Bildiri Özeti Kitabı, (Ed.) **Yeşilirmak**, Ali/**Gümrükçüoğlu Bozkurt**, Yeliz/**Kafalı**, Ömer Faruk/**Yakacak**, Gülnihal Ahter/**Dülger**, Ahmet, Ankara 2020.

Akyıldız, Emre, “İş Yargılamasında Arabuluculuk Sistemi”, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020.

Aktay, Nizamettin, Toplu İş Hukuku, İstanbul 2015.

Akyiğit, Ercan, Toplu İş Hukuku El Kitabı, İstanbul 2015.

Akyiğit, Ercan, Toplu İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Albayrak, Hakan, “Eşitlik ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu”, Gaziantep University Journal of Social Science, Etik Özel Sayı, C.17, 2018, s.12-24.

Albers, Pim, “Mediation in the Netherlands”, EU Mediation; Law and Practice, Oxford University Press, (Ed.) **Del**, Palo Giuseppe / **Trevor** Mary B., Chapter 27.1-27.79, 2012.

Alexander, Nadjé / **Ade**, Juliana / **Olbrisch** Constantin, Mediation, Schlichtung, Verhandlung-management, Münster 2005.

Alfini, James J. / **Press**, Sharon, B. / **Sternlight**, Jean, R. / **Stulberg**, Joseph, B., Mediation Theory and Practice, Hawthorne 2006.

Alpagut, Gülsevil, Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklardan Vazgeçme Mümkün müdür? Legal-YKİ, S.6, 2007, s. 439-476.

Alpagut, Gülsevil, “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2017 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2018, s.111-131. (Arabuluculuk)

Alpagut, Gülsevil, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı’nın Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı: İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, **Doğan Yenisey**, Kübra (Ed.), İstanbul, 2016, s.195-219. (Tasarı Taslağı)

Anderson, Quek Dorcas, “Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining The Feasibility of Implementing A Court-Mandated Mediation Program”, Cardozo Journal of Conflict Resolution, C.11, S.2, 2010, s 479-509.

Aras, Bahattin, “Avukatlık Kanunu 35/A Maddesi Uyarınca Avukatların Uzlaşma Sağlama Yetkisi ve Uygulanabilirliği”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, 2009, C.32, s.127-143.

Arat, Nilay, “Türk İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2009.

Arbak, Merve, İşverenin Fesih Hakkının Toplu İş Sözleşmesiyle Sınırlandırılması, İstanbul 2022.

Arık, İbrahim, “İşçi ve İşveren İlişkilerinde Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Kurumu, Sorunları ve Çözüm Yolları”, Antalya Bilim Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Özel Hukuk Programı, Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2021.

Arslan Durmuş, Seda, “Arabuluculuk Sürecinde Tarafların Anlaşması Halinde İşsizlik Ödeneğinden Yararlanma”, Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, S.2, 2022, s.1159-1183.

Arslan, Ramazan / **Yılmaz**, Ejder /**TaşpınarAyvaz**, Sema /**Hanağası**, Emel, Medeni Usul Hukuku, 4 Baskı, Ankara 2018.

Astarlı, Muhittin, “7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 4857 Sayılı İş Kanunu’nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.38, 2017, s.40-53.(İMK)

Astarlı, Muhittin, “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri-2017”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2017 Yılı Toplantıları, 2. Gün, II. Oturum, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2018, s. 216-243.

Atalı, Murat, “Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, 6-7 Aralık 2018, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2018, s.137-154.

Atış, İrfan, “İş Hukuku’nda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Sisteminin etkinliği; Sakarya Örneği”, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Sakarya 2019.

Aufses, Arthur, H., Litigation, C.16, S.3, 1990, s.33-57.

Aykaç, Hande Bahar, İş Hukukunda Alt İşveren, 4. Baskı, İstanbul 2011.

Azaklı Arslan, Betül, “Medeni Usul Açısından Zorunlu Arabuluculuk”, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Medeni Usul İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2018.

Azaklı Arslan, Betül, “Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Niteliği Bakımından Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1, 2018, s.189-223.

Badur, Emel, Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 9, S. 18, 2021, s.49-85.

Bakırcı, Kadriye, “Alternatif Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu (Arabuluculuk) Aracılığıyla Alternatif İş Hukukuna Doğru”, TBB Dergisi, S.140, 2019, s.355-392.

Balcı, Muharrem, İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul 1999.

Ball, Markham, “ADR in International Transactions”, International Financial Law Review, C.8, 1989.

Barton, Gabriel / **Peck**, Stephanie, Employment Tribunals, LRD Publications, London 2012.

Baş, Seda “6325 Sayılı Kanun ile Öngörülen Dava Açma Yasağının Bir İstisnası Olarak Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.13(1), 2022, s.176-189.

Başpınar, Veysel, Vekilin (Avukatın, Hâkimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004.

Başoğlu, Başak, “Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.1-2, İstanbul 2016, s.617-637.

Bayraktar, Muratcan, “Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış”, İstanbul Barosu Dergisi, C.89, S.4, 2019, s.151-172.

Bayram, Fuat, “Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde İş Denetim Sisteminin Rolü”, Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları Sempozyumu, **Şişli**, Zeynep / **Yücesoy**, Yasemin / **Değirmenci**, Cenker / **Dulay**, Dilek / **Ertaş**, Türker (Ed.), İzmir Ekonomi Üniversitesi Yayınları, No.52, İzmir 2013, s. 37-52.

Berger, Vivian, “Employment Mediation in the Twenty-First Century: Challenges in a Changing Environment”. U. Pa. Journal of Labor And Employment Law, C.5, S.3, 2003, s.487-543.

Berti, Giovanni De “Mandatory Mediation: the Italian Experience, Two Years on”, 2012.

Bingham, Lisa Blomgren / **Chesmore**, Gregory / **Moon**, Yuseok / **Napoli**, Lisa-Marie, “Mediating Employment Disputes at the United States Postal Service, A Comparison of In-House and Outside Neutral Mediator Models”, Review of Public Personnel Administration (ROPPA), C.20, S.1, 2000, s.5-19.

Bingham, Lisa Blomgren / **Napoli**, Lisa-Marie, “Employment Dispute Resolution and Workplace Culture: The REDRESS Program at the United States Postal Service”, Federal Administrative Dispute Resolution Deskbook, **Breger** Marshall J. / **Schatz**, Gerald S. / **Laufer**, Deborah Schick (Ed.), American Bar Association Section of Administrative Law and Regulatory Practice, III, Chicago 2001, s. 507- 526.

Bingham, Lisa Blomgren / **Pitts**, David W. “Highlights of Mediation at Work: Studies of the National REDRESS Evaluation Project, Research Report, Negotiaon Journal, 2002, s.135-366.

Bingham, Lisa Blomgren, “Employment Dispute Resolution: The Case for Mediation”, Conflict Resolution Quarterly, C.22, S.12, 2004, s.145-174. (Employment Dispute Resolution)

Bingham, Lisa Blomgren / **Hallberlin**, Cynthia J. / **Walker**, Denise A. / **Chung**, Won-Tae, “Dispute System Design and Justice in Employment Dispute Resolution: Mediation at the Workplace”, Harvard Negotiation Law Review, C.14, S.1, 2009, s.1-50.

Bingham, Lisa Blomgren, “Transformative Mediation at the United States Postal Service”, And Conflict Management Research, C.5, S.4, 2012, S.354-366. (Transformative)

Birben, Erhan / **Öktem**, Sezgi, “İş Yargılamasının Medeni Usul Hukukuna Hâkim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, C.II, İstanbul, 2001, s.1076-1143.

Boettger, Ulrich, “Efficiency Versus Party Empowerment-Against a Good-Faith Requirement in Mandatory Mediation”, The Review of Litigation, C. 23, 2004, s.1-46.

Bolayır, Nur, “Fransız Hukuku’nda Uyuşmazlıkların Dostane Çözüm Yolları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.2, 2016 s.155-174.

Bostancı, Yalçın/**Kırtıloğlu**, Süleyman Serhat, “İşçinin Asıl İşverene Dava Açması Durumunda Davanın Alt İşverene Teşmil Edilme Zorunluluğu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.2, 2013, s.845-864.

Boulle, Laurence, Mediation Principles, Process, Practice, Sydney-Adelaide Brisbane-Canberra-Melbourne-Perth, 1996.

Boydak, Alptekin Burak, “İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk Düzenlemesinin Kamuda Hizmet Alımı Kapsamında Çalışan İşçiler Bakımından Değerlendirilmesi”, Çalışma İlişkileri Dergisi, C.9, S.2, İstanbul 2018, s. 88-100.

Bozkurt, H. Argun, İş Yargılaması Usul Hukuku, Ankara 2016.

Böttger, Andreas / **Hupfeld**, Jörg, “Mediatoren im Dienste der Justiz-Begleitforschung zum Modellprojekt -Schlichten statt richten-”, Zeitschrift für Konflikt-Management 2004, s. 155-156.

Bradbeer, Ronald/ **Shackleton** Steward, “The Only Alternative”, The Lawyer, S.15, 2005.

Brand, Norman, “Ethics in Employment Mediation And Arbitration”, Employee Rights Quarterly, s.31-45.

Breidenbach, Stefan, Mediation Structur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, Köln 1995

Briedenback, Stefan / **Henssler**, Martin, Mediation für Juristen, Köln 1997.

Brown, Henry / **Marriott**, Arthur, ADR Principles and Practice, London 1999.

Brown, Henry / **Marriott**, Arthur, ADR Principlesand Practice, London 2018.

Budak, Ali Cem / **Karaaslan**, Varol, Medeni Usul Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2018.

Bulur, Alper, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yönetimi”, Ankara Barosu Dergisi, C.65, S.4, 2007, s.30-46.

Bulut, Mehmet, “İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamasının Sosyal Güvenlik İşlemlerine Etkisi ve Yaşanan Sorunlar”, Arabuluculuğun Geleceği

Sempozyumu Bildiri Kitabı, **Yeşilirmak**, Ali /**Gümrükçüoğlu**, Bozkurt Yeliz /**Kafalı**, Ömer F. / **Yakacak**, Gülnihal A. / **Dülger**, Ahmet (Ed.), İstanbul 2020, s. 79-102.

Bush, Robert A. Baruch, “Efficiency and Protection of Empowerment and Recognition? The Mediator’s in Mediation”, Florida Law Review, C.41, 1989, s.253-286.

Bush, Robert A. Baruch, “What do we need a mediator for? Mediation’s value added for negotiators”, Ohio State Journal on Dispute Resolution, C. 12, S.1, 1996, s.1-36.

Bush, Robert A. Baruch / **Pope**, Sally Ganong, “Changing the Quality of Conflict Interaction The Principles and Practice of Transformative Mediation”, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, C.3, 2002, s.67-96.

Bush, Robert, A. Baruch / **Folger**, Joseph P., The Promise of Mediation-The Transformative Approach to Conflict, San Francisco 2005.

Bush, Robert / **Folger**, Joseph P., Arabuluculuk ve Getirileri, Dönüşümsel Çatışma Yaklaşımı, The Promise of Mediation, The Transformative Approach to Conflict, **Sart** Gamze (Çev.), İstanbul 2013. (2013)

Calhoun, Emily M., “Workplace Mediation: The Twenty–First Phased, Private Caucus in Individual Discrimination Disputes”, Harvard Negotiaon Law Review, C.9, 2004, s.187-221.

Canbolat, Talat, Türk Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkileri, Ankara 1992. (Asıl İşveren-Alt İşveren)

Canbolat, Talat, “6356 Sayılı Kanun’da Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.4, 2013, s. 247-274.

Canbolat, Talat / **Erikel**, Yakup / **Sıvacıoğlu**, Musa / **Özarıslan**, Alpaslan / **Mutlu**, Levent / **Somer**, Pervin / **Kurt**, Handan / **Akın**, Levent / **Gündoğan**, Yurdağül, “İdarenin Taraf Olduğu Özel Hukuk Uyuşmazlıklarından Kaynaklanan Sorunları Değerlendirme Çalışma Grubu Sonuç Raporu”, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Ankara 2019.

Canbolat, Talat, “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri-2017”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2017 Yılı Toplantıları, İş ve Sosyal

Güvenlik Hukuku Komisyonu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2018, s.95-130. (İş Hukuku Bakımından Arabuluculuk)

Cappelletti, Mauro / **Bryant**, Garth, “Access to Justice-Newest Wave in Worldwide Movement to Make Rights Effective”, Buffalo Law Review, C.27, S.2, 1978, s.181-292.

Carroll, Eileen / **Mackie**, Karl, International Mediation-The Art of Business Diplomacy, Kluwer Law International, 2006.

Carter, James H., “Issues Involving Confidentiality”, New Horizons in International Arbitration and Beyond, ICCA Congress Series, No.12, Kluwer 2005, s.484-496.

Cole, Sarah, R. / **McEwen** A. Craig / **Rogers** H. Nancy, Mediation: Law, Policy & Practice, New York, 2018.

Collins, Hugh / **Ewing**, K. D. / **McColgan**, Aileen, Labour Law, Cambridge University Press, New York 2012.

Colombo, Giorgio, Fabio, “Alternative Dispute Resolution, (ADR) in Italy: Inspiration an National Problems”, Ritsumeikan Law Review, S.29, 2012, s.71-80.

Costello, Edward, J., “To Mediate or Not To Mediate”, Arbitration amd Dispute Resolution Law Journal, C.7, 1998, s.25-30.

Çavdar, Seyit / **Akgün**, Mevlüt / **Narbay**, Şafak / **Işkın**, Tuğba / **Öcal Akipek** Şebnem / **Özbay**, İbrahim / **Sındıraç**, Beyza / **Gürsel**, Sibel / **Albayrak**, Adem / **Koçyiğit**, İlker / **Bulur**, Alper / **Süleymanoğlu**, Aşiyen / **Şıpka**, Şükran, “Mevzuattan Kaynaklanan Sorunları Değerlendirme Çalışma Grubu Değerlendirmeler ve Çözüm Önerileri Son Raporu”, Yayınlanmamış Rapor, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Ankara 2019.

Çelik, Nuri, İş Hukukunda Uzlaştırma ve Arabuluculuk, İstanbul 1973.

Çelik, Nuri / **Caniklioğlu**, Nurşen / **Canbolat** Talat / **Özkaraca** Ercüment, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 34. Bası, İstanbul 2021.

Çenberci, Mustafa, İş Hukuku Şerhi, 3. Baskı, Ankara 1976.

Çengel, İlkyaz, “Arabuluculuk ve 7036 Sayılı Kanun Kapsamında İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk”, İzmir Ekonomi Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2020.

- Çetin**, Canan, Müzakere Teknikleri, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2007.
- Çıplak**, Dilara, “İş Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolları”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13. S. 165-166, İstanbul 2018, s. 163-219.
- Çiçek**, Mustafa, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, İstanbul 2018.
- Çil**, Şahin, İş Hukukunda İbra Sözleşmesi İstanbul, 2007.
- Çil**, Şahin, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkiler”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum, 4.Nisan 2009, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, s.4-59.
- Çil**, Şahin, İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 sayılı İ.M.K. Uygulaması, Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar, İş Güvencesi, Ankara 2018. (İMK Uygulaması)
- Çil**, Şahin, Türk Borçlar Kanunu’nun Hükümleri ve Yargıtay İlke Kararlarına Göre İş Hukukunda İbraname, Ankara 2013.
- Çil**, Şahin, İş Hukukunda İbraname, 3. Baskı, Ankara 2013.
- Çil**, Şahin, İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 2018. (İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk)
- Çil**, Şahin, “Zorunlu Arabuluculuk Görüşmelerinde Son Tutanak”, İntes İnşaat Sanayi Dergisi, S.165, 2018, s.26-36. (Son Tutanak)
- Davies**, Jim / **Szysczak**, Erika, “ADR: Effective Protection of Consumer Rights?”, European Law Review, C.35, S.5, 2010, s.695-705.
- Deason**, Ellen E., “Procedural Rules for Complementary Systems of Litigation and Mediation-Worldwide”, Public Law and Legal Theory Working Paper Series, No.22; Center for Law, Policy and Social Science Working Paper Series, No.15, s. 1-46.
- Demir**, Ömer Faruk, “İşe İade Davasında Yargılama”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017(286. Yıl), C. 22, S. 37, s.285-312.
- Demir**, Şamil, “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesinin Uygulanması Sorunu ve Çözüm Önerileri”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, 2008, S.18, s.193-203. (Madde 35/A)
- Demir**, Şamil, “Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu”, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu, **Işıktaç**, Yasemin (Ed.), 1. Baskı, İstanbul 2014, s.115-145.

Demir, Şamil, Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.(2014)

Demir, Şamil, “Arbuluculuğun Aşamaları-Başlangıç Aşaması”, **T.C. Adalet Bakanlığı, Arbuluculuk Daire Başkanlığı, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü**, “Temel Arbuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı”, Türkiye’de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi, Ulusal Yazarlar Ekibi Tarafından Geliştirilmiş Proje, Ankara 2019, s.113-126. (Arbuluculuğun Aşamaları)

Demirkılınc, Derya, “Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk”, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2019.

De Palo, Giuseppe / **Bernadini**, Paola / **Cominelli**, Luigi, “Mediation in Italy: the Legislative Debate and the Future”, ADR Bulletin, C. 6, S.3, 2003, s.51-53.

De Palo, Giuseppe / **Harley**, Penelope, “Mediation in Italy: Exploring the Contradictions”, Negotiation Journal, 2005, C. 21, s. 469- 479.

De Palo, Giuseppe/ **Oleson**, Ashley,” Regulation of Dispute Resolution in Italy: The Bumps in the Road to Successful ADR and Access to Justice at the Crossroads , Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013 s. 239-268.

Desrieux, Claudine / **Romain**, Espinosa, “Theory And Evidence From French Labor Courts”, Université Panthéon – Assas, 2015, s.1-42.

Diekemper, Jerome A.,“What’s Happening in Employment Mediation”, The St. Louis Bar Journal, C.59, 2012, s.12-16.

Doğan, Kadir Caner, “Ahilik Teşkilatı, Ombudsman ve Etik İlişkisi”, Küresel İktisat ve İşletme Çalışmaları Dergisi, C.4, S.7, Bahar 2015, s. 28-36.

Doğan Yenisey, Kübra, “İş Yargısında Zorunlu Arbuluculuk”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı: İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, **Doğan Yenisey**, Kübra (Ed.), İstanbul, 2016, s.167-193.

Doğan Yenisey, Kübra, İş Hukukunun Emredici Yapısı, İstanbul 2014. (Emredici)

Domke, Martin, Commercial Arbitration, Foundation of Law in a Bussiness Society, New Jersey 1965.

Dost, Süleyman, “Arabuluculuk Ücret ve Masrafları Hakkında Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, TBB Dergisi, S.115, 2014, s.449-476.

Downer, Matthew / **Harding**, Carrie, Evaluation of ACAS, Early Conciliation, London 2015.

Doyle, Sthephen Patrick / **Haydock**, Roger Silve, Without the Punches: Resolving Disputes Without Litigation, Minneapolis, Equilaw Inc., Minneapolis 1991.

Dür, Orhan, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Adalet Yayınevi, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2018.

Dürr, Carl, Werkvertrag und Auftrag, Kommentar Obligationenrecht (OR), Vira 1983.

Düwell Franz Josef, “Mediation endlich gesetzlich geregelt”, Betriebs-Berater, 2012, s.1921-1923.

Ebisui, Minaw / **Cooney**, Sean / **Fenwick**, Colin, Resolving Individual Labour Disputes, A Comparative Overview, International Labour Office, Genava 2016.

Edwards, H.T., “Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema”, 99 Harvard Law Review, 1985-1986.

Eidenmüller, Horst, “Verhandlungsmanagement durch Mediation”, Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis, Köln 2004, s.49-98.

Eidenmüller, Horst & **Prause** Matthias, “Die europäische Mediationsrichtlinie-Perspektiven für eine gesetzliche Regelung der Mediation in Deutschland”, Neue Juristische Wochenschrift, 2008, s. 2737 – 2743.

Eisenberg, Melven, Aron, “Private Ordering Through Negotiation: Dispute-Settlement and Rulemaking, Harvard Law Review, C.89, No.4, 1976, s.638-681.

Elbir, Nazlı, “İş Hukukunun Emredici Niteliği Karşısında İşçinin Yasal Haklarından Vazgeçmesi Sonucu Doğuran Uygulamalar Hakkında Bir Değerlendirme”, Çalışma ve Toplum, S.1, 2021, s.289-316.

Esendal, Nihan, “Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamasının Türk Hukuku ve Cas Kuralları Açısından Karşılaştırılması”, Hacettepe HFD, C.4, S.1, 2014, s.149-172.

Esener, Turhan, İş Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1975.

Eşiyok, Yusuf/ **Orhan**, Serdar “Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Alternatif Çözüm Yolları Üzerine”, **Öz**, Selek C. (Ed.), Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Seçme Yazılar, C. V, 2001, s.83-106.

Ekmekçi, Ömer, “İşçinin İşverenden Olan Alacağından Vazgeçmesi Sonucunu Doğuran Hukuki İşlemler”, İstanbul Barosu, Çalışma Hukuku Komisyonu, Bülteni, C.1., S.1. İstanbul 1996, s.4-21.(Alacağından Vazgeçme)

Ekmekçi, Ömer / **Özekes**, Muhammet / **Atalı**, Murat, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, İstanbul 2018.

Ekmekçi, Ömer / **Özekes**, Muhammet / **Atalı** Murat / **Seven** Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul 2019. (Ekmekçi vd.)

Ekmekçi, Ömer, Toplu İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2018.

Ekşi, Nuray, “Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (Singapur Konvansiyonu), Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C.9, S.1, 2020, s.27-92.

Engin, Enver Murat, “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri – 2017”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2017 Yılı Toplantıları, I. Oturum, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2018, s. 154.

Epstein, Joe, “Alternative Dispute Resolution: Effective Mediation for Employment Cases”, Preventive Law Reporter, C.9, 2001, s.29-32.

Erdem, Ümit, Yargı Kararlarında Arabuluculuk, İstanbul 2019.

Erdoğan, Ersin, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.14, S.55, İstanbul 2017, s.1211-1242.

Erdost, Bediray, Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019.

Erişir, Evrim, “Arbuluculuk Müessesinin Anayasa’ya Uygunluğuna ve Devlet Yargısına Nazaran Öncelik Verilmeye Değer Olduğuna İlişkin 14.2.2007 Tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C.11, 2009, s. 225-236.

Estlund, Cynthia L., “The Changing Workplace As a Locus of Integration in a Diverse Society, Columbia Business Law Review, C.2, 2000, s.331-370.

Eyrenci, Öner / **Taşkent**, Savaş / **Ulucan**, Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2019.

Fasching, Hans W., “Prozessprinzipen und Reform des Zivilprozess”, Festgabe für Hans W. Fasching zum 70. Geburtstag, Viyana 1993, s.126-144.

Feasley, Ashley, “Regulating Mediator Qualifications in the 2008 EU Mediation Directive: The Need for Supranational Standard”, Journal of Dispute Resolution, S.2 2011, s. 333-350.

Ferrand, Frederique, “Regulation of Dispute Resolution in France; Evolution and Challenges” Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, **Steffek**, Felix/**Unberath** Hannes (Ed.), Oregon 2013, s.175-207.

Fincher, Richard D., “Mediating Class Action Litigation Involving the EEOC: Insights For Employment Mediators And Counsel”, Dispute Resolution Journal, C.67, S.4, 2013, s.19-39.

Fiss, Owen M. “Against Settlement”, The Yale Law Journal, S.93, 1984, s. 1073-1090.

Fiss, Owen M. / **Resnik**, Judith, Adjudication and Its Alternatives: An Introduction to Prosedure, Foundation Press, Thomson/West, New York 2003.

Fletcher, George, P. / **Sheppard**, Steve, American Law in Global Context The Basics, Oxford University Press, Oxford 2005.

Folger, Joseph, “Harmony and Transformative Mediation Practice: Sustaining Ideological Differences in Purpose and Practice”, North Dakota Law Review, 2008, C.84, s.823-860.

Fox, Robert Elliot, “Becoming Post-White”, Multi-America Essays on Cultural Wars and Cultural Peace, (Ed.) **Reed** Ishmael, New York 1997.

Francken, Peter Johannes, “Das Gesetz zur Förderung der Mediation und das arbeitsgerichtliche Verfahren”, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2012.

Gerek, Nüvit, “İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi İle Sona Ermesi”, Çalışma ve Toplum, S.31, 2011, s. 43-58.

Germane, Charlotte / **Johnson**, Margaret / **Lemon**, Nancy, “Mandatory Custody Mediation and Joint Custody Orders in California: The Danger for Victims of Domestic Violence”, Berkeley Journal of Gender, Law & Justice, C.1, S.1, 2013, s.175-200.

Ginter, C. “Estonia”, EU Mediation, Law and Practice, **Del**, Palo Giuseppe / **Trevor** Mary B. (Ed.), Oxford 2012, s.87-88.

Gladstone, Alan, Voluntary Arbitration of Interest Disputes, International Labour Office, Genova 1984

Gleason, S. E., Workplace Dispute Resolution-Directions for the 21th Century, Michihan State University Press, East Lansing 1997.

Goldberg, Stephan B., The Case of The Squabbling Authors: A Med –Arb Response, Dispute Resolution and Lawyers, American Casebook Series, 1990.

Goldberg, Stephen B. / **Sander**, Frank E.A. / **Rogers**, Nancy H. /**Cole**, Sarah Rudolph, Dispute Resolution, Negotiation, Mediation and Other Processes, 5. Baskı, New York 2007.

Göksu, Mustafa, Civil Litigation and Dispute Resolution in Turkey, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Türkiye İş Bankası A.Ş. Vakfı) Yayını, Ankara 2016. (Dispute Resolution)

Göksu, Mustafa, “İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk”, Global Business Research Congress (GBRC), May 24-25, 2017, Press Academia Procedia, İstanbul, 2017, s.378-384.

Göksu, Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim, Ankara 2019. (Arabuluculuk–Uzlaştırma)

Göktaş, Seracettin, “Asıl İşverenin İş Güvencesi Hükümleri Yönünden Sorumluluğu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.27, 2012, s.56-67.

Gönüldaş, Hasan, “İş Hukukunda Arabuluculuk”, Beykent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020.

Grant, Morris, “Eclecticism Versus Purity: Mediation Styles Used in New Zealand Employment Disputes”, Conflict Resolution Quaternary, C.33, S.2, 2015, s.203-227.

Green, Eric D., “A Heretical View of the Mediation Privilege”, 2 Ohio State Journal on Dispute Resolution, 1986.

Green, Eric, Corporate Alternative Dispute Resolution, Dispute Resolution and Lawyers, American Casebook, 1988.(Corporate)

Green, Michael Z., “Proposing a New Paradigm for EEOC Enforcement after 35 Years: Outsourcing Charge Processing by Mandatory Mediation”, Dickinson Law Review, C.105. S.3, 2001, s. 305-363. (EEOC)

Green, Micheal Z. “Tackling Employment Discrimination with ADR: Does Mediation Offer a Shield for the Haves or Real Opportunity for the Have-Nots”, Berkeley Journal of Employment & Labor Law, C. 26, S.2, 2005, s. 322-361.

Greger, Reinhard / **Unberath**, Hannes, Mediationsgesetz, Kommentar, München 2012.

Grenig, Jay. E., Alternative Dispute Resolution, Thomson/West Publication, 3.Baskı, C.2/2,2005.

Grillo, Trina, “The Mediation Alternative Process Dangers for Women”, Yale Law Journal, C.100, 1991, s.1545-1610.

Gün, Servet, Piyasa Hukukunun İnşası: Zorunlu Arabuluculuk, 1. Baskı, İstanbul 2018

Günay, İlhan Cevdet, İş Yargısı ve Arabuluculuk, Ankara 2017.

Günther, Klaus / **Hilber**, Marc, “Mediation im Zivilrecht, Insbesondere Wirtschaftsrech”, Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltpraxis, Köln 2004, s.485-538.

Gürsu, Gamze Menekşe, “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk”, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.

Güzel, Ali, “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt işveren İlişkisinin Sınırları”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.1, 2004, s.31-65.(Alt İşveren)

Güzel, Ali, “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler”, Çalışma ve Toplum, C.3, S.50, 2016, s.1131-1146. (Aykırı Düşünceler)

Güzel, Ali, “İş Yargılamalarında Yeni Bir Sistem; ‘Zorunlu’ Arabuluculuk, Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan, İstanbul 2019, s.11-90. (Eleştirel Yaklaşım)

Güzel, Ali, “Toplu Pazarlık Sistemine Eleştirel Bir Yaklaşım”, İÜHFM, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, LXXIV, Özel Sayı, C.II, Legal 2016, s. 891-949.

Güner, Semih, Avukatlık Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2021.

Hafif, Sabri / Yumrutaş, Dilek /Acerce, Mahmut /Duman, Özlem / Göçer, Sülün /Altan Mert / Keleşoğlu, Cemil / Özkan, Kâmil / Aslanpınar, Burak/ Dora, Mustafa, “Mali İşlerden Kaynaklanan Sorunları Değerlendirme Çalışma Grubu-Çalışma Sonuç Raporu”, Adalet Bakanlığı, Ankara 2019.

Hagel, Ulrich, “Begriffbestimmungen” Klowait, Jürgen/Glaßer Ulla (Ed.), Mediationsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2014, s.85-105.

Hallberlin, Cynthia J., “Transforming Workplace Culture Through Mediation: Lessons Learned From Swimming Upstream”, Hofstra Labor & Employment Law Journal, C.18, S.2, 2001, s.375-383.

Hanks, Melissa, “Perspectives on Mandatory Mediation”, Forum Perspectives on Madotory Madiation, UNSW Law Journal, C.35, S.3, 2012, s.929-952.

Harmancı, Isra Çiğdem, “İş Yargılamasında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020.

Harkavy, Jonathan, “Privatizing Workplace Justice, The Advent of Mediation in Resolving Sexual Harrasment Disputes”, Wake Forest Law Review, C.34, S.135, 1999, s.135-170.

Haneman, J. Victoria, “The Inapropriate Imposition of Court-Ordered Mediation in Will Contests, Cleveland State Law Review, 2011, C.59, s.513-555.

Hekimoğlu, Fahrettin, “Fransa’da Hukuki Danışmanlık ve Arabuluculuk Uygulaması”, Ankara Barosu Dergisi, S.2, 2002, s.33-38.

Heintel, Peter, “Veränderung in der Konfliktkultur”, Falk/Heintel/Pelikan, Die Welt der Mediation, Entwicklung und Anwendungsgebiete eines interdisziplinären Konfliktregelungsverfahrens, Klagensfuhr 1998, s.17-58.

Hensler, Deborah, R., “USA National Report”, The Costs and Funding of Civil Litigation, **Hodges**, C. / **Vogenauer**, S. / **Tulibacka** M. (Anthology Ed.), Oxford 2010.

Hensler, Deborah, R., “Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement Is Re-Shaping Our Legal System”, Pennsylvania State Law Review, C.108:1, 2003, s. 165-197.

Hess, Burkhard, “Rechtsgrundlagen der Mediation”, Haft, Fritjof/von Schlieffen, Katharina Graf (Ed.), Handbuch Mediation, München 2009, s.1053-1086.

Hess, Burkhard, “Die Entwicklung Der Gerichtsinernen Mediation in Deutschland, Almanya’da Mahkeme içi Arabuluculuğun Gelişimi Çev. **Meriç**, Nedim, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 2010, s.255-294.

Hess, Burkhard//**Pelzer**, Nils, Regulation of Dispute Resolution in Germany: Cautious Steps Towards the Construction of an ADR System, Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, **Steffek**, Felix/**Unberath** Hannes (Ed.), Oregon 2013, s.209-238.

Heussen, Benno, “Die Organisation von Mediationsverhandlungen” Haft/von Schlieffen (Ed.), Handbuch Mediation, Münih 2009, s.407-431.

Hibberd, Peter / **Newman** Paul, ADR and Adjudication in Construction Disputes, Blakwell Science, London 1999.

Hippensteele, Susan K. “Revisiting the Promise of Mediation for Employment Discrimination Claims”. Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, 2009, C.9, S.2, s.211-249.

Hopt, Klaus J. / **Steffek**, Felix, “Mediation Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues”, Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford University Press, 2013.

Horstmeier, Gerrit, Das neue Mediationsgesetz, Einführung in das neue Mediationsgesetz für Mediatoren und Medianden, München 2013.

Hughes, S. H., “The Uniform Mediation Act: To the Spoiled Gothe Privilages”, 35 Marquette Law Review, 2001.

Hund, Daniel, "Mandatory Mediation and Arbitration in Labor and Employment Disputes in Europe", **Elizabeth C. / Tippet E. / Estreicher S.** (Ed.), New York University 69th Annual Conference on Labor, “Arbitration and Mediation of Employment and Consumer Disputes”, Chapter Fifteen, NYU Center for Labor and Employment Law, 2018, s.231-238.

İldır, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), Seçkin Yayınları, Ankara 2003.

Intrater, Karen A. / **Gann** Traci Gabhart, “The Lawyers Role in Institutionalizing ADR”, Hofstra Labor and Employment Law Journal, c.18, S.2/6, 2001, s. 469-477.

İşıқтаç, Yasemin, Türk Arabuluculuğunda Etik Modeli ve Etik İkilemler, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, İstanbul 2014, s.53-76.

İlhan, Cengiz. Mecelle (Mecelle-ı Ahkam-ı Adliye), Ankara, 2011.

İlhan, Onur, Arabuluculuk Sözleşmesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.

İzmirlioğlu, Ayça “Sendikaların Yargılama Alanına İlişkin Bireysel Nitelikli Faaliyetleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S.2, 2017, s.129-178.

Jeammaud, Antoine, Conciliation mediation et arbitrage des conflits (collectifs) du travial en France, Lyon 2002.

Jasper, Margaret C., The Law of Dispute Resolution: Arbitration and Alternative Dispute Resolution, Oceana Pubns Publication, 1995.

Kabakçı, Mahmut / **Hacıoğlu**, Arzu,” Asıl İşveren ile Alt İşverenler Arasındaki Rücu İlişkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.36, 2016, s. 91-106.

Kakiuchi, Shusuke, “Regulation of Dispute Resolution in Japon; An Alternative Dispute Resolution and Its Background”, Steffek/Unberath/Genn/Greger/Menkel Meadow (Eds), Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013, s. 269-296.

Kaplan, Yavuz, “Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 2008, Y.28, S.1-2, s.115-146.

Kar, Bektaş, “İş Yargılamasına Hâkim Olan İlkeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Özel Sayı, İzmir 2014, s.869-882.

Kar, Bektaş, İş Yargılaması Usulü, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2019.

Kar, Bektaş, “Sendikaların Dava Ehliyeti Taraf Sıfatı ve Dava Takip Yetkisi” İÜHFM, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, Özel Sayı C.1, 2016, s.973-988.

Karabacak, Emre, “Türk İş Hukukunda Alt İşveren Uygulaması ve Toplu İş Hukukunda Ortaya Çıkardığı Sorunlar, Ankara; Türk Metal Sendikası Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayınları, Ankara 2018.

Karacabey, Kürşat, “Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar”, TBB Dergisi, S.123, 2016, s.451-488.

Karşı, Abdürrahim, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 6100 Sayılı Hukuk Mahkemeleri Kanununa Göre, İstanbul 2012.

Kayırgan, Hasan, “İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Anlaşma Tutanaklarının İrade Fesadı Bağlamında Değerlendirilmesi”, Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı, **Yeşilirmak**, Ali /**Gümrükçüoğlu Bozkurt**, Yeliz / **Kafalı**, Ömer Faruk /**Yakacak**, Gülnihal Ahter / **Dülger**, Ahmet (Ed.), İstanbul 2021, s. 59-79.

Kekeç, Elif Kısmet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

Kermit, L. Hall / **Whitebread**, Charles H./ **Gillman**, Howard / **Dudziak**, Mary L./ **Talley**, Eric; (Ed.), The Oxford Companion to American Law, Oxford University Press, New York 2002.

Keser, Hakan, “İş Uyuşmazlıklarında İhtiyari/Zorunlu Arabuluculuk Faaliyeti Sonucu Yapılan Anlaşmaların Aşırı Yararlanma ve İrade Bozuklukları Sebebiyle Geçersiz Sayılmaları Hallerine İlişkin Bir Değerlendirme”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.18, S.70, 2021, s.513-544.

Kılıçoğlu, Ahmet, Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Ankara 1993.

Kılıçoğlu, Ahmet M., Arabuluculuk sözleşmeleri, 2. Bası, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Kütüphanesi'ne Prof. Tahir Taner Vakfı Armağanı, Ankara 2021. (Arabuluculuk Sözleşmeleri)

Kılıçoğlu, Mustafa, İş Hukuku Esasları, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Uygulamaları, İş Hukuku Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2019.

Kılınç, Elif, “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuğun Takip Hukukuna Etkileri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, S.2, 2021, s.466-480.

Kıyak, Emre, “Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.21, 2015, s. 523-548.

Klement, Alon/ **Neeman**, Zvika, “Civil Justice Reform: A Mechanism Design Framework”, Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE), Published by: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, C.164, S.1, 2008, s.52-67.

Klowait, Jurgen/**Glaser**, Ulla, Mediationsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden ,2014.

Ko, Haksoo “On the Role of a Mediator: A Behavioural Law and Economics Perspective, Asia Pacific Law Review, , C.17, 2000, s.195-204.

Kocabaş, Gediz, “Aşırı Yararlanmanın Şartları ve Aşırı Yararlanmaya Bağlanan Sonuçlar”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 20, İstanbul 2014, s.105-142.

Koçyiğit, İlker / **Bulur**, Alper, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara 2019.

Koçyiğit, İlker / **Yeşilkaya**, İzzet, Ticari Davalarda, İş Uyuşmazlıklarında, Tüketici Mahkemelerinde Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara 2020.

Konuralp, Cengiz Serhat, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim”, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2011.

Koppelman, Andrew, Anti-Discrimination Law and Social Equality, Yale University Press, London 1996.

Korkmaz, Ezgi, İş Hukukunda Dava Şartı Arabuluculuk: Güncel Sornlar ve Tartışmalar, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, C.16, S.47, s.861-928.

Korkusuz, Mustafa Halit, “Asıl İşveren ile Alt İşverenler Arasında Mütessesil Sorumluluğu”, İÜHFM, C.72, S. 2, İstanbul 2014, s. 209-232.

Kuhn, Susan C., “Mandatory Mediation: California Civil Code Section 4607”, Amory Law Journal, 1984, C.33, s.733-778.

Kurt, Ekrem, “Sulh Sözleşmesi ve Arabuluculuk”, Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Dicle Üniversitesi Hukukta Alternatif Çözüm Yolları Ulusal Sempozyumu, 06-07 Nisan 2017, **Muratoğlu** Tahir / **Buluttekin** Burak (Ed.), Ankara, 2017, s.147-154.

Kurt, Resul “İş Yargısında Arabuluculuk”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 135, 2018, s.405-444.

Kuru, Baki/**Arsan** Ramazan/**Yılmaz**, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Değiştirilmiş 18. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2007.

Kovach, K., Kimberlee, Mediation, Thomson West 2003.

Koyuncu, Sevil, Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında İş Akışları, Yayınlanmamış Arabuluculuk Eğitimi Notları, Bursa 2021.

Köme Akpulat, Ayşe, İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doktora Tezleri Dizisi, No.1, İstanbul 2018.

Kracht, Stefan, “Rolle und Aufgabe des Mediators-Prinzipien der Mediation”, Haft/von Schlieffen, Handbuch Mediation, München 2009, s.267-292.

Krieger, Linda, Hamilton, “The Content of Our Categories: A Cognitive Bias Approach to Discrimination and Equal Employment Opportunity”, Stanford Law Review, 1995, C.47, S.6, s. 1161-1248.

Kuhner, Timothy, “Court-Connected Mediation Compared: The Cases of Argentina and The United States”, ILSA Journal of Int’l&Comparitve Law, 2005, C.11, s.520-551.

Kulms, R. “Privatising Civil Justice and the Day in Court” Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, **Hopt** K. J. / **Steffek** F. (Ed.), Oxford University Press, Oxford 2012.

Kurt, Resul, “10 soruda İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk”, Dünya Gazetesi, 27 Ekim 2017.

Kurt, Resul “İş Yargısında Arabuluculuk”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.135, 2018, s.405-444.

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 2001.

Kuru, Baki/ **Arslan**, Ramazan/ **Yılmaz**, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Değiştirilmiş 18. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2007.

Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016. (İstinaf)

Laçiner, Vedat, “Alman Feshe Karşı Koruma Hukukunun Genel Esasları”, Yönetim Bilimleri Dergisi, C.3, S.2,2005, s.141-161.

Lembke, Mark, Mediation im Arbeitsrecht, Heidelberg 2001.

Levine, David, “Early Neutral Evaluation: A Follow-Up Report”, UC Hastings College of the Law, 70 Judicature, December-January 1987.

Levin, Murray, “The Propriety of Evaluative Mediation: Concern about the Nature and Quality of an Evaluative Opinion”, Ohio State Journal of Dispute Resolution, C.16, 2001, s. 267-296.

Lofaro, Anthony, “ADR in Federal Work Place How It Can Help and Some Cautions to Observe Federal Administrative Dispute Resolution Desk Book, (Ed.) **Breger** Marshall J. / **Schatz**, Gerald S./**Laufer**, Deborah Schick, American Bar Association Section of Administrative Law and Regulatory Practice, Chicago III, 2001, s.406-418.

Loi, Piera, “İtalyan İş Hukukunda Arabuluculuk ve Uzlaşma”, İş Hukuku Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40.Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, **Doğan Yenisey**, Kübra (Ed.), TİSK Yayını, İstanbul, 14 Mayıs 2016, s. 121-147.

Lovenheim, Peter, “Mediating Employment Disputes”, Mediate, Don't Litigate Strategies for Successful Mediation, S.12, 2004, s.1-20.

Lovenheim, Peter, Mediate, Don't Litigate, Nolo Press, Berkeley, 2004.

Löer, Lambert, “Übergangsbestimmung”, **Klowait**, Jürgen/**Glasser**, Ulla (Ed.) Mediationgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2014, s.305-308.

Manley, Isabel / **Heslop**, Elaine, Employment Tribunals, Oxfordshire Law Society Publishing, London 2008.

Matteucci, Giovanni, "Italy is doing it-Should We Be? Civil and Commercial Mediation in Italy", Comtemporary Tendencies in Mediation, (Ed.) **Pinho**, Humebrtodalla Bernardina / **Andrade**, Juliana Loss, Madrid 2015, s.205-228,

Matteucci, Giovanni, "Mandatory Mediation, The Italian Experience", Revista Electronica de Direito Processual, s.189-210 (Mandatory Mediation).

Matthew, H. Adler, "Congressional Involvement in Expropriation Cases: A Case Study of the Fact Finding Process", Law and Policy in International Business 2, 1989.

Matthews, Martha, "Alternative Dispute Resolution; Practice and Perspective", Washington: The Bureau of National Affairs, Washington DC 1990.

Mattli, Walter, "Private Justice in a Global Economy: From Litigation to Arbitration", The Rational Design of International Institutes, (Ed.) **Koremenos**, Barbara / **Lipson**, Charles/ **Snidal**, Duncan, Cambridge University Press, New York 2004, s. 159-189.

Maxeiner, James, "The American 'Rule': Assuring the Lion His Share", Cost and Fee Allocation in Civil Procedure, **Reimann**, M. (Ed.), Scholar Works University of Baltimore School of Law, New York 2012.

Mayer, Matt A. "The Use of Mediation in Employment Discrimination Cases", Journal of Dispute Resolution, 1999, S.2, s.153-172.

McAdoo, Bobbi, "The Growing Gap Between Theory and Practice", Journal of ADR in Employment, 2000, s.1-20.

McAdoo, Bobbi / **Welsh** Nancy, A. / **Wissler** Roselle L., "Institutionalization: What Do Empirical Studies Tell Us About court Mediation?", Dispute Resolution Magazine, 2003, C.9, S.2, s.8-10.

McCorkle, Suzan / **Reese**, Melanie J., Mediation Theory and Practice, Boston 2005.

McGregor, Lorna, "Alternative Dispute Resolution and Human Rights: Developing a Rights-Based Approach Through the ECHR", The European Journal of International Law, C.26, S.3, s. 607-634.

McLaren, Richard H. / **Sanderson**, John P., Innovative Dispute Resolution the Alternative, Ontario 1994.

McNally, Edward M. / **MacDonald**, Barbara, “The New Delaware Mediation Statute”, Journal of Corporate Law, C.2, 1996, s.87- 102.

Meessen, Karl, M., “International Investment and Dispute Settlement”, Conflict Resolution in International Trade: A Symposium, (Ed.) **Friedmann**, Daniel, **Mestmacker**, Ernst-Joachim, 1993, s.111-123.

Memiş, Tekin, Haksız Rekabet Açısından İnternet Ortamında Avukatlık Mesleğinin İcrası, Prof. Dr. Fehiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003.

Miller, Kathryn E. “How to Prepare for and Participate in an Employment Mediation”, Alternative Dispute Resolution in Employment, C.45, 1999, s.45-52.

Minawa, Ebisui / **Sean** Cooney / **Colin** Fenwick, Resolving Individual Labour Disputes, ILO, Genova 2016.

Mistelis, Loukas A., “ADR in England and Wales”, The American Review of International Arbitration, 2001, s.167-221.

Mistelis, Loukas, “ADR in England and Wales: a successful case of Public Private Partnership”, ADR Bulletin, 2003, C.6, S.3, Article 6, s.53-55.

Mistelis Loukas / **Brekoulakis**, Stavros L., Arbitrability International & Comparative Perspectives. Kluwer 2009.

Mitchell, Vanessa, “Mediation in Kentucky: Where Do We Go From Here?”, Kentucky Law Journal, C.87, 1999, s. 463-487.

Moffit, Michael, “Suing Mediators”, Boston University Law Review, C.83, S.147, 2003, s.149-150.

Mollamahmutoglu, Hamdi / **Astarlı**, Muhittin / **Baysal**, Ulaş, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş, 6. Baskı, Ankara 2019.

Moore, Christopher W., The Mediation Process-Practical Strategies for Resolving Conflict, 3.Baskı, San Francisco 2003.

Moore, Christoper W., Arabuluculuk Süreci: Anlaşmazlık Çözümünde Pratik Stratejiler, **Kaçmaz**, Tarkan / **Türnüklü** Abbas (Ed.), **Kaçmaz**, Tarkan/**Tercan** Mustafa (Çev.), Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara 2016.

Mutluay, Faruk Barış, “İşe İade Davalarında Arabuluculuk”, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 4, 2018, s.2129-2154. (İşe İade)

Mutluay, Faruk Barış, “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferansı Serisi, No:7, İstanbul 2018, s.23-174.(Zorunlu arabuluculuk)

Musielak, Hans-Joachim, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Aufl., München 2005.

Müller, Knut, “Alman İş Mahkemeleri Usulü” İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı’nın Değerlendirilmesi, İş Hukuk ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Uluslararası Toplantısı, TİSK, İstanbul, 2016, s.39-65.

Nabatchi, Tina /**Bingham**, Lisa, “Transformative Mediation in USPS REDDRESS Program: Observations of ADR Specialists”, Hofstra Labor & Employment Law Journal, C.18, 2001, s.399-427. (2001)

Nabatchi, Tina / **Bingham**, Lisa Blomgren / **Moon**, Yuseok, “Evaluating Transformative Practice in the U.S. Postal Service REDRESS Program”, Conflict Resolution Quarterly, C.27, S.3, 2010, s.257-289.

Nadja, Alexander/ **Ade**, Juliane/ Constantin, **Ollbrisch**, Mediation, Schlichtung, Verhandlungs Management: Formen Konsensualer Streitbeilegung, Münster 2005.

Nalbant, Mustafa, “Türkiye ve İngiltere’deki İş Hukuku Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları’nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Md. 6(1) Bağlamında Değerlendirilmesi”, Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı, **Yeşilirmak**, Ali/ **GümrükçüoğluBozkurt**, Yeliz/ **Kafalı**, Ömer Faruk/ **Yakacak**, Gülnihal Ahter/ **Dülger**, Ahmet (Ed.), 2021, s. 103-147.

Namlı, Mert: “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, (14 Mayıs 2016), Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul 2016, s.151-165.

Narmanhoğlu, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul 2014.

Narmanhoğlu, Ünal, İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İstanbul 2016.

Narmanlioğlu, Ünal, “İş Kanunu’nun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi (İş Mahkemeleri Kanunu’nun Feshin Geçersizliği Davasında Yaptığı Değişiklikler)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.38, 2017, s.9-22.

Nesic, Miryana, “Mediation-On the Rise in the United Kingdom?”, Bond Law Review, C.13, S.2/10, 2001, s.1-18.

Nielsen, Laura Beth / Nelson, Robert, “Rights Realized? An Empirical Analysis of Employment Discrimination Litigation as a Claiming System”, Wisconsin Law Review, 2005, s.663-711.

Nolan Haley, Jacqueline, “Mediation Exceptionality”, Fordham Law Review, 2009, s.1247-1264. (Mediation Exceptionality)

Nolan Haley, Jacqueline, “Is Europe Headed Down the Primrose Path with Mandatory Mediation?”, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, C.37, S.4, 2012, s.982-1011. (Mandatory Mediation)

Nolan Haley, Jacqueline, Consent in Mediation, Dispute Resolution Magazine, 2008, s.4-7.

Nomer, Engin / Şanlı, Cemal, Devletler Hususi Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2005.

Nottage, Luke, “Is International Commercial Arbitration ADR?”, The Arbitrator Mediator, S.21, No.1, May 2002, s.83-92.

Nölting, Hubertus, Mediatorenverträge, Hamburg 2003.

Nussbaum, Lydia, “Mediation as Regulation: Expanding State Governance over Private Disputes”, Utah Law Review, S.2, 2016, s.361-415.

Odaman, Serkan, “Arbuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 1753-1766.

Odaman, Serkan/ Karaçöp, Eda “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağından Öngörülen Zorunlu Arbuluculuk Müessesesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.35, 2016, s. 51-67. (2016)

Odaman, Serkan/Karaçöp, Eda, “İş Hukukunda Zorunlu Arbuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 39, 2018, s.44-61. (2018)

Oğuz, Özgür, Türk İş Hukuku'nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, İstanbul 2016.

Oğuz, Özgür, Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, Legal yayıncılık, İstanbul 2019, s.127.(Dava Şartı)

Oğuzman, M. Kemal, Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri, İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi İşletme İktisadi Enstitüsü Yayını, C.1, İstanbul 1984.

Oğuzman, M. Kemal / Barlas Nami, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 25. Baskı, İstanbul 2019.

Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 17. Baskı, İstanbul 2019.

Okur, Zeki, Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı olarak Arabuluculuk, 2. Baskı, Adana 2019.

Oldenbruch, Hannah, Die Vertraulichkeit im Mediationsverfahren, Berlin 2006.

Oser, Jessica, The Unguided Use of Internal ADR Programs to Resolve Sexual Harassment Controversies in the Workplace, Cordozo Journal of Conflict Resoluion, C.6, S.2, 2009, s. 283-311.

Özbay, İbrahim, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.X, S.3-4, 2006, s.459-475.

Özbek, Mustafa, “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk”, Ankara Barosu Dergisi, C.3, 2001, s.113-139. (Md. 35/A)

Özbek, Mustafa, “Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.51, S. 2, 2002, s.121-162.

Özbek, Mustafa, “Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.56, S.1, 2007, s.185-231.

Özbek, Mustafa Serdar, “Avrupa Birliği’nde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, TBBD Y. 19, S.68, 2007, s.265-320. (Avrupa Birliği Uyuşmazlık)

Özbek, Mustafa, “Report on Alternative Dispute Resolution Within The Context of Better Access to Justice”, DEUHFD, C.11, Özel Sayı, 2009, Prof. Dr. Bilgi Umar’a Armağan, C.1, İzmir 2010.

Özbek, Mustafa Serdar, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.20, 2014, s.1119-1156. (Tahlil)

Özbek, Mustafa, “Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hâkim Olan İlişkiler Işığında Arabuluculuk”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 2010, s.107-154.(İlkeler)

Özbek, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C.1-2, 4. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2016. (Alternatif)

Özbek, Mustafa Serdar, “Adaletin Etkinliğine İlişkin Avrupa Komisyonu (Cepej) Arabuluculuk Hakkındaki Cepej İlkelerinin Uygulanmasını Sağlayan Arabuluculuk Geliştirme Aracı Arabuluculuk Hizmet Sağlayıcıları İçin Avrupa Etik Kuralları”, Çeviri, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.1, 2020, s.229-234.

Özdemir, Erdem, “Sulh Sözleşmesi”, Yargıtay 9. Ve 22. Hukuk Daire Kararlarının İncelenmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.30, 2013, s.50-66.

Özdemir, Erdem, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006.

Özdemir, Semih Sırrı, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı: İngiltere'deki Düzenlemeler ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.1, 2012, s.56-66. (İngiltere)

Özdemir, Olgu, “Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk”, İÜHFM, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, LXXIV, Özel Sayı, 2016, s. 601-615.

Özdemir Manav, Eda, “İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.4, 2015, s.185-222.

Özekes, Muhammet, “Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi- Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım”, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 2018, s. 111-136.

Özekes, Muhammet, “Arabuluculuk Mahkemelerine Doğru Tehlikeli Gidiş”, Duruşma Arası – Kayseri Barosu Dergisi, 2019/1, s. 52-63.

Özekes, Muhammet, “Uyuşmazlık Çözüm Yolları içinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi”, Hukuki Perspektif Dergisi, S.7, 2006, s.40-45.

Özel, Sibel, “Zorunlu Arabuluculuğun Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde İrdelenmesi”, Public and Private International Law Bulletin, Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan, S.40, C.2, 2021, s. 867-892.

Özkaraca, Ercüment, “6356 Sayılı Kanun’da Sendikal Güvenceler”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.38, 2013, s.173-205.

Özkaraca, Ercüment, “Toplu İş İlişkileri” Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Ankara 2016, s.197-357.

Özkaraca, Ercüment / **Adınır Ünal**, Canan “Dava Şart Olarak Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından Uygulanması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, İstanbul 2019, S. 42, s.16-42.

Özmumcu, Seda, Uzakdoğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, İstanbul 2013.(Arabuluculuk)

Özmumcu, Seda, “Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”, İÜHFM, C. LXXI, S.1, 2013, s. 1369-1389. (Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici)

Özmumcu, Seda, “Amerika Birleşik Devletleri’nde Uyuşmazlık Çözümünde Dönüştürücü Arabuluculuk Modeli”, İÜHFM, C.LXXIII, S.2, 2015, s.326-356. (Dönüştürücü)

Özmumcu, Seda, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, İÜHFM, C. LXXIV, S.2, 2016, s.807-842. (Zorunlu Arabuluculuk)

Özmumcu, Seda, “Hukuk Uyuşmazlıklarının Çözümünde Eş Arabuluculuk (Co Mediation) Modelinin Değerlendirilmesi, Bahçeşehir Üniversitesi Huku Araştırmaları Dergisi, 2018, C.13, S.163, s.9-51. (Eş Arabuluculuk)

Özmumcu, Seda, “Arabuluculukta Tarafsızlık İlkesinin Görünümü ve Etik Kurallar Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, 2019, s.262-276. (Arabuluculukta Tarafsızlık)

Öztürk, Necla/Yarar, Güven, AB 2008/52/EC Arabuluculuk Direktif Hükümlerinin Bazı Üye Devlet ve Türk Hukukunda Yansımaları", Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, S.2, Ankara 2015, s.1351-1386.

Palenski, J.E., "Subprocesses of Negotiation: The Case of Community Mediation", Pretrial Service Annual Journal, C.5, 1982, s.134-149.

Pearson, J., "An Evaluation of Alternatives to Court Adjudication", The Justice System Journal, Spring C7, S.3. 1982.

Pekcanitez, Hakan, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri", Hukuki Perspektifler Dergisi, S.5, 2005, s.12-16.

Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2006. (Medeni Usul)

Pekcanitez, Hakan, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Tanıtımı", Medeni Usul ve icra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme, 19-20 Ekim 2007, s.247-265. (Tanıtım)

Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunun Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2012.

Pekcanitez, Hakan, "Hollanda'da Arabuluculuk Uygulamaları", Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı, TBB, Ankara 2012, s.110-140.

Pekcanitez, Hakan, "Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi", Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s.408-427. (Aleniyet)

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet/ Atalı Murat/Erdönmez Güray/Akkan Mine/Yeşilirmak, Ali/Taş Korkmaz, Hülya, Pekcanitez Usul-Medeni Usul Hukuku, C.1-2-3, 15.Baskı, İstanbul 2017. (Pekcanitez vd.)

Peksan, Selcan / Delen, Meltem / Yorgun, Sayım, "İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Uygulaması ve Arabuluculuk Görüşlerine İlişkin Bir Araştırma", Çalışma ve Toplum, S.1, 2020, s.321-346.

Peter, James, Gerichtsnaher Mediation, Kommentar zur Mediation, Baden 2011.

Pilartz, Annegret, Mediation im Arbeitsrecht, München 2013.

Plapinger, Elisabeth / **Stienstra**, Donna, “ADR and Settlement in the Federal District Courts: A Sourcebook For Judges & Lawyers”, Joint Project of the Federal Judicial Center and the CPR Institute For Dispute Resolution, Washington DC 1996.

Polat, Malike, Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

Postacıoğlu, İlhan/**Altay**, Sümer, Medeni Usul Dersleri, İstanbul 2020.

Prause, Matthias, “The Oxymoron of Measuring the Immeasurable: Potential and Challenges of Determining Mediation Developments in the U.S.”. Harvard Negotiation Law Review, C.13, S.131, 2008, s.131-165.

Püsküllüoğlu, Ali, Türkçe Sözlük., 6.Baskı, İstanbul, 2007.

Quek, Dorcas “Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining The Feasibility Of Implementing A Court-Mandated Mediation Program”, Cardozo Journal of Conflict Resolution, C. 11, 2010, s.479-509.

Rade, Christophe “L’ordre public social et la renonciation du salaire”, Droit Social, Dalloz 2002, s.931-944.

Rakowsyk, Rebekka, Obligatorische Mediation, Zulassung und Zweckmäßigkeit im allgemeinen Zivilrecht sowie im elterlichen Scheidungskonflikt, Hamburg 2013.

Rau, Alan Scott / **Sherman**, Edward F. / **Peppet**, Scott R., Mediation and Other Non-binding ADR Processes, 3. Baskı, New York 2006.

Rehmus, Carles, “The Fact Finder’s Role”, Proceedings of the Annual Meetings of the Society of Professionals in Dispute Resolution, U.S. 1976.

Reeves, Pamela L., “Working it Out: Mediation Advice for Employment Law Disputes”, Tennessee Bar Journal, C.39, 2003, s.34-37.

Reuben Richard C., “Tort Reform, Renews Debate Over Mandatory Mediation”, Dispute Resolution, C.13, S.2, 2007, s.13-15.

Riskin, Leonard L., “Understanding Mediator’s Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for The Perplexed”, Harvard Negotiation Law Review, C.7, 1996 s. 7-51.

Riskin, Leonard / **Welsh**, Nancy A., Is That All There Is: The Problem in Court –Oriented Mediation, 15 George Mason Law Review, C. 15, 2008, s. 863-932.

Riskin, Leonard, L./ **Westbrook**, James, E./ **Guthrie**, Chris / **Reuben**, Richerd, C. / **Robbennolt**, Jennifer, K./ **Welsh**, Nancy, A., Dispute Resolution And Lawyers, Genişletilmiş 5. Baskı, West Academic Publishing 2014.

Risse Jörg / **Wagner**, Christof, “Mediation im Witschaftsrecht”, Haft/von Schlieffen, Handbuch Mediation, München 2009, s.553-587.

Roberts Simon / **Palmer** Michael, Dispute Processes, ADR and the Primary Forms of Decision-Making, Cambridge University Press, New York 2005.

Rosenberg, Leo / **Schwab** Karl Heinz / **Gottwald**, Peter, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., München, 2010.

Roth, Bette J., “Ten Suggestions for Negotiation in Employment Mediation”. The Practical Lawyer, C.50, 2004, s.35-42.

Rowe, P. Mary, “Dealing with Sexual Harassment: A systems Approach”, Sexual Harassment in the Workplace: Perspectives, Frontiers and Response Strategies, (Ed.) **Stockdale**, Margaret, S., 1996.

Sancak, Yusuf / **Kıyak**, Emre, Günümüz Türkçesi ile Mecelle’nin On Altıncı Kitabı Kitabü’l Kaza. Günümüz Düzenlemesiyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.22, S.2, 2014, s.45-105.

Sancaklı, Saffet, “Ahilik Ahlakının Oluşumunda Hadislerin Etkisi”, İ.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 2010, s.1-28.

Sander Frank E. A., Gerichtliche und Aussergerichtliche Streitbeilegung Überblick über die Erfahrungen in den USA, in Gottwald, Walther/Strempel Dieter, Streitschlichtung, Köln 1995.

Sander, Frank E. A. / **Allen**, H. William / **Hensler**, Debra, Judicial (Mis) Use of ADR? A debate, University of Toledo Law Review, Ohio 1996.

Sander, Frank E. A. “Another View of Mandotory Mediation”, Dispute Resolution Magazine, C.13, S.2, 2007, s.12-24.

Sarıdağ, Orhan Gazi, “Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuktan Kaynaklanan Bazı Sorunlar”, Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, C.24, S.2, 2022, s.1093-1119.

Saymen, Ferit, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.

Schnabel, Timothy, “The Singapore Convention on Mediation: Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements”, Pepperdine, Dispute Resolution, Law Journal, 2019, s. 1-60.

Schweizer, von Adrian, “Techniken des Mediators-Übersicht”, Hatf /von Schlieffen (Ed.), Handbuch Mediation, Münih 2009.

Scott, Kent / **Wilson**, Cody, “Questions Clients Have About Whether and How to Mediate and How Counsel Should Answer Them”, Dispute Resolution Journal, 2008, s.26-36.

Senger, Jeffrey M., Federal Dispute Resolution: Using ADR with the United States Government, San Francisco 2003.

Sevim, Onur Utku, Avrupa Birliği Müktesebatı ve Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2016.

Sherwyn, David / **Estreicher**, Samuel / **Heise**, Michael, “Assessing the Case for Employment Arbitration: A New Path for Empirical Research, Stanford Law Review, C.57, 2005, s.1557-1591.

Siedel, George, “The Role of Business Deal Making and Dispute Resolution in Contributing to Sustainable Peace” American Business Law Journal, C.44 S.2, 2007, s.379-389.

Singer, Linda G., Settling Disputes: Conflict Resolution in Business, Families and Legal System, Westview Press, Boulder 1990.

Solum, Lawrence, B., “Procedural Justice”, Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Research Paper, S.04-02, 2004, s.1-125.

Soyer, Polat, “Yeni İş Mahkemeleri Kanunu ile Getirilen Bazı Düzenlemeler Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.15, S.57, 2018, s.21-46.

Söllner, Alfred/**Waltermann**, Raimund, Arbeitsrecht, München 2007.

Stadler, Astrid, “Aesergerichtliche obligatorische Streitsslichtung-Chance oder Illusion?”, Neue Juristische Wochenschrift 1998, s.2479-2487

Sternlight, Jean R., “In Search of the Best Procedure for Enforcing Employment Discrimination Laws: A Comparative Analysis”, Tulane Law Review, C. 79, 2004, s.1401-1499.

Sternlight, Jean R., “Is Alternative Dispute Resolution Consistent with the Rule of Law? Lessons from Abroad”, De Paul Law Review, C.59. 2006, s.569-592.

Streeter Schaefer, Holy A., “A Look at Court Mandated Civil Mediation”, Drake Law Review, C.49, 2001, s.368-389.

Stone, Katherine V. W., “Alternative Dispute Resolution: Encyclopedia of Legal History”, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, University of California, Los Angeles School of Law, Reseach Paper, No.04-30, s.1-6.

Stulberg, Joseph B., “Facilitative Versus Evaluative Mediator Orientations: Piercing the “Grid” Lock, Florida State University Law Review, C.24, 1997, s.985-1005.

Sungurtekin Özkan, Meral, “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, C.2, 2005, s353-369. (Uzlaşma Sağlama)

Sungurtekin Özkan, Meral, Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir 2013.

Sungurtekin Özkan, Meral, “Kurumsal Anlamda Bağımsız Avukatlığın Anlam ve Önemi”, Av.Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s.615-533.

Sur, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Ankara 2017.

Süral, Nurhan, İş Hukukunda Barışçı Çözüm Yolları, Türk İş Konfederasyonları Yayınları, No.142, Ankara 1982.

Süzek, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul 2017.

Süral, Ceyda/ **Ömeroğlu**, Ekin, (Ed.), Türkiye’de Arabuluculuk Nasıl Etkin ve Başarılı Hale Gelir? İngiliz ve Portekiz Uygulamaları Işığında Öneriler, Seçkin Hukuk, İstanbul 2015.

Süzek, Sarper, İş Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2019.

Şahlanan, Fevzi, “Alt İşveren İşçisinin Açtığı İşe İade Davasında Mecburi Dava Arkadaşlığı (Karar İncelemesi)”, Tekstil İşveren Dergisi, S.390, 2012, s.2-6.

Şahlanan, Fevzi, İşçi Sendikalarının Üyeleri Adına Dava Açması ve Sorumluluğu” Tekstil İşveren Dergisi, S.66, 2012, s.2-4.

Şahlanan, Fevzi “Sendikaların Dava Ehliyeti Bağlamında Topluluk Davası”, Tekstil İşveren Dergisi, S.104, 2016, s.2-8.

Şahin, Tuğçem, İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Alternatif Yöntemler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2017.

Şahin Ceylan, Şule, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 1. Baskı, İstanbul 2009.

Şahin, Çağatay Serdar, “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2, 2018, s.75-113.

Şahin, Tuğçe / **Çelik**, Yasin /**Ruhi**, Ahmet Cemal, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Rehberi, Ankara 2018.

Şahin Emir, Asiye/ **Kazmaz Tepe**, Büşra İş Uyuşmazlıklarına İlişkin İbra Hükümü İçeren Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.3, 2018, s.1481-1503.

Şen, Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na göre İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 24, 2011, s.74-83.

Şıpka, Şükran, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 6, S.12, Güz 2007/2, s.163- 175.

Şişli, Zeynep, “Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm”, Ankara Barosu Dergisi, S.2, 2012, s. 43-67.

Tahiroğlu, Fatih, Medeni Usul Hukukunda Re’sen Araştırma İlkesi İstanbul 2021.

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.I/1, 6. Bası, İstanbul 2008.

Tanrıver, Süha, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996.

Tanrıver, Süha, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s. 821- 842.

Tanrıver, Süha, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBB Dergisi, 2006, S. 64, s.151-177. (Hukuk Uyuşmazlıkları)

Tanrıver, Süha, “Arabuluculuk ve Uzlaşma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açısından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan Kitabı, Ankara 2010, s.2025-2036.

Tanrıver, Süha, “Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, s.637-656. (Arabuluculuk Tasarısı)

Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukuku, C.I., Ankara 2018.

Tanrıver, Süha, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.147, 2020, s.111-142.

Tanrıver, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Ankara, 2020. (Arabuluculuk)

Taşpolat Tuğsavul, Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

Taşpolat Tuğsavul, Melis, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.18, S.1, 2019, s.333-379. (Anlaşma)

Teply, Lary, L., Legal Negotiation in a Nutshell, 2.ed, Minnesota 2005.

Thomas, Heinz / Putzo, Hans, Zivilprozessordnung, 30. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2009.

Tuncay, Can/ Savaş Kutsal Burcu, Toplu İş Hukuku, İstanbul 2017.

Tunçomağ, Kenan / Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2018.

Turanboy, Kürşat Nuri, İbra Sözleşmesi, İstanbul 1998.

Turner, Ronald, “Thirty Years of Title VII’s Regulatory Regime: Rights, Theories, and Realities”, Alabama Law Review, C.46, 1995, s.375-474.

Tutar, Abdulkadir / **Süleymanoğlu**, Aşıyan, “ABD Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (ADR) Hizmet Sağlayıcıları Çalışma Ziyareti Raporu-Yurtdışı Ziyaret Raporu”, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Ankara 2019.

Uhle, Christian Buhring / **Kirchhoff**, L. / **Scherer**, Gabriele, Arbitration and Mediation in International Business, Kluwer Law International, 2.Baskı, 2006.

Ulukapı, Ömer, “Avukatlık Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair 4667 Sayılı Kanun’la Getirilen ‘İlam Niteliğinde Belge’ Üzerine İnceleme”, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, İstanbul 2003, s.447-461.

Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014.

Uzunkaya, Cafer, “Arbuluculuk Sistemi ve İşsizlik Sigortası Hizmetleri”, İnşaat Sanayii Dergisi, S.165, 2018, s.8-11.

Ünal Adımr, Canan, “Arbuluculukta Uzmanlık -Özellikle İş Hukukunda Uzmanlık Üzerine Düşünceler”, Arbuluculuğun Geleceği Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı, **Yeşilirmak** Ali / **Gümrükçüoğlu** Bozkurt Yeliz / **Kafalı** Ömer F. / **Yakacak** Gülnihal A. / Dülger Ahmet (Ed.), İbni Haldun Üniversitesi Yayını, İstanbul 2020, s. 35-59.

Üstündağ, Saim, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanun Tasarısı Taslağı Hakkında Düşünceler”, Yargı Dünyası, 2008, S.145, s.11-17.

Varma, Arup / **Stallworth**, Lamont E., “The Use of Alternative Dispute Resolution Mechanisms in the Workplace: An Empirical Study”, Journal of Alternative Dispute Resolution in Employment, C.71, S.71, 2000, s.71-79.

Vettori, Stella, “Mandatory Mediation-An Obstcle to Acess to Jusice”, African Human Rights Law Journal, C.15, 2015, s. 355-377.

Van Bühren, Hubert W., “Zwangsschlichtung-Nein danke!”, AnwBl 1998, s. 582-583.

Von Schlieffen, Katharina Grafın, “Propadeutikum”, Hatf/von Schlieffen (Ed.), Handbuch Mediation, Münih 2009.

Wolfram Korn, Margit/ **Schmarsli**, Peter, Aussergerichtliche Streitschlichtung in Deutschland-Dargestellt anhand des Schlichtungsgesetzes Baden- Württembergs, München 2001.

Ward, Ettie, “Mandatory Court-Annexed Alternative Dispute Resolution in the Federal Courts: Panacea or Pandemic?”, St. John’s Law Review, C.8, 2007, s. 77-98.

Warbeck, Johannes, “Alternative Dispute Resolution in the World of Business; a Comparative Analysis of the use of ADR in the United Kingdom and Germany”, The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal, 1998.

Ware, Stephen J., Principles of Alternative Dispute Resolution, 2. Bas1, USA 2007,

Weiss, Manfred / **Schmidt**, Marlene, Labour Law And Industrial Relations in Germany, Wolters Kluwer, New York, 2008.

Weldon, John Peter, “Transformative Mediation Putting Party Self-Determination into Practice”, Canadian Arbitration and Mediation Journal, 2012, s.30-36.

Wilburn, Kay O. / **Broom**, Lawell S., “Liability Issues”, Journal of Accountancy, CPA, March 1994.

Winkle, John R. Van, “Mediation: An Analysis of Indiana’s Court-Annexed Mediation Rule”, Indiana Law Review, C.25, 1992, s.957-979.

Winston, David, “Participation Standards in Mandatory Mediation: Statutes: You Can Lead a Horse to Water.” Ohio State Journal on Dispute Resolution, C.11, 1996, s. 187-206.

Wissler, Roselle, “The Effects of Mandatory Mediation: Empirical Research on the Experience of Small Claims and Common Pleas Courts”, Willamette Law Review, S.33, 1997, s. 565-604.

Wittenberg, Carol, A. “Why Employment Disputes Mediation is on the Rise”, What The Business Lawyer Needs to Know About ADR, Little Brown & Company, Litigation and Technology Management Report, New York 1996.

Woolf, Lord, Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System of England and Wales, HMSO, London, 1995.

Wright, Martin, Justice for Victims and Offenders; A Restorative Response to Crime, Waterside 1992.

Yağcıoğlu, Kaan Muharrem, “Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculuğun İş Yargılamasına Etkileri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.20, 2018, s.457-486.

Yardım, Ertan, “Genel Hatlarıyla Bireysel İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk”, Toprak İşveren Dergisi, S.117, 2018, s.14-25.

Yakıcı, Özge, “Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk”, Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

Yamakoğlu, Efe / **Ay**, Miraç Ömer, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.15, Haziran 2020, s.139-163.

Yavuz, Cevdet / **Acar**, Faruk / **Özen**, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 16. Baskı, İstanbul 2019.

Yazıcı Tıktık, Çiğdem, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013.(Gizlilik)

Yazıcı, Çiğdem, “E-Arabuluculuğa Genel Bakış ve Türkiye Açısından Öneriler”, Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Bildiri Kitabı, **Yeşilirmak A. / Gümrükçüoğlu Y.B. / Kafalı Ö. F. / Yakacak A. G. / Dülger A.** (Ed.), 14 Kasım 2020, s.221-226. (E-Arabuluculuk)

Yazıcı Tıktık, Çiğdem, “İş Mahkemeleri Kanunu’nun Arabuluculuk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, **Demir**, Ender / **Gemici**, Filiz, Beste (Ed.), 2021, s.143-162.(Arabuluculuk)

Yeşilirmak, Ali, Türkiye’de Arabuluculuk Nasıl Etkin ve Başarılı Hale Gelir?, İstanbul 2015.

Yeşilirmak, Ali, “Uyuşmazlıkların Arabuluculuk ve Tahkim Yollarının Birlikte Kullanılarak Çözümü (Med-Arb) / The Combined Use of Mediation and Arbitration in Dispute Settlement (Med-Arb)”, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Yayını, 2018, s. 181-188.(Med-Arb)

Yeşilirmak, Ali / **Kekeç**, Elif Kısmet / **Bulur**, Alper (Ed.), Temel Arabuluculuk Eğitimi, Katılımcı Kitabı, TC. Adalet Bakanlığı, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü (HİGM), Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Aralık 2021.

Yeşilirmak, Ali, Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim Sorular ve Çözüm Önerileri, İstanbul, 2011.

Yıldırım, Mehmet Kamil, “İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, C.1, S.1, İstanbul 2007, s.337-360. (Usuller)

Yıldırım, Mehmet Kamil, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi”, Arabuluculuk Yasa Tasarısı, Eleştiriler ve Öneriler, Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2008, s.35-80. (Arabuluculuk)

Yıldırım, Nevhis, Deren, “Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Düşünceler”, Arabuluculuk Kanunu Tasarısı-Eleştiriler Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2008.

Yılmaz, Demet, “Türk İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020.

Yılmaz, Ejder, “Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.843-856. (Uzlaşma)

Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3.Baskı, Ankara 2017.

Yılmaz, Ejder, “Arabuluculuğun Yasa ile Düzenlenmesi”, Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan, Ankara, 2012, s. 1275-1285. (Arabuluculuk)

Yılmaz, Muzaffer Ercan, “Uyuşmazlık Çözümünde Arabuluculuk Süreci”, Kazancı Hukuk Dergisi, İstanbul 2005, S.21-22, s.96-110.

Yiğit, Yusuf / **Özkır**, Mehdi Can, “İş Hukuku Açısından Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk Uygulamasına Başvurmanın Hukuki Sonuçları”, Uluslararası Sosyal Bilimlerde Yenilikçi Yaklaşımlar Dergisi, C.4, 2020, s.69-93.

Yuvalı, Ertuğrul, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Zorunlu Arabuluculuk”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.2, 2021, s.355-376.

Zack, Arnold M., “Conciliation of Labour Court Disputes”, Comparative Labor Law &Policy Journal, Spring C.26, S.3, 2005, s.400-420.

Zeytinoğlu, Emin, “İş Güvencesinin Hukuki Sonuçları ve Zorunlu Arabuluculuk”, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018.

Zuckerman, Adrian, “Lord Woolf’s Access to Justice: Plus Chang”, The Modern Law Review, C.59, S.6, 1996, s.773-796.



LINKLER

Adli İstatistikler 2020, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Ankara 2020,

<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/22420211449082020H%C4%B0ZMETE%C3%96ZELK%C4%B0TAP.pdf> (E.T.12.12.2020)

Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi (2023 Yılı)

<https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/41020221844512023%20YILI%20ARABULUCULUK%20ASGAR%C4%B0%20%C3%9CCRET%20TAR%C4%B0FES%C4%B0.pdf> (E.T. 14.01.2023).

Berti, Giovanni De “Mandatory Mediation: the Italian Experience, Two Years on”, 2012. <http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Arbitration-ADR/I>, (E.T. 14.03.2021).

Brand, Norman, “Ethics in Employment Mediation And Arbitration”, Employee Rights Quarterly, s.31-45.

<http://www.normbrand.com/Files/articles/Ethics%20in%20Employment%20Mediation%20and%20Arbitration.pdf> (E.T. 28 06. 2019).

Canbolat, Talat, İşçilik alacak ve tazminatları ile dava şartı arabuluculuk, 1. Bölüm, <https://www.youtube.com/watch?v=xtA3OGd5tzg>, (E.T. 14.06.2022)

Colorado Revised Statutes, Constitution State of Colorado

<https://leg.colorado.gov/sites/default/files/images/olls/crs2015-title-00.pdf> (E.T. 14.04.2021).

Drummond, Iain, “Should Mediation be Mandatory?”,

<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=68019975-f314-4d43-8966-483af9e95667> (E.T. 21.03.2021).

Erdoğan, Ersin / Erzurumlu, Nurbanu, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye’nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı”, Rapor, SETA, İstanbul 2016. <https://setav.org/assets/uploads/2016/12/Turkiyenin-Arabuluculuk-TecrubesiPDF.pdf>. (E.T. 12.09.2021)

Ergebnisse der Statistik der Arbeitsgerichtsbarkeit 2015, (2015 Yılı, Almanya, İş Mahkemelerinin İstatistik Sonuçları)

<https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arbeitsrecht/Statistiken/Ergebnisse-Statistik--Arbeitsgerichtsbarkeit-2015.html> (E.T. 14.03.2021).

Eskiyörük, Serhat, “Avrupa Birliği’nin 2008/52 Sayılı Arabuluculuk Direktifi ve Muhtemel Etkileri Üzerine Değerlendirme”,

<http://www.arabulucu.com/arabuluculuk-hakkinda/avrupa-birligi-nin-2008-52-sayili-arabulucuuk-direktifi-ve-muhtemel-etkileri-uzerine-degerlendirme> (E.T. 15.03.2021).

Fransa Arabuluculuk Mevzuatı,

https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1962/13735/version/3/.../Code_39.pdf (E.T. 21.05.2022)

Göksu, Mustafa, “İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk”, Global Business Research Congress (GBRC), May 24-25, 2017, Press Academia Procedia, İstanbul, 2017, s.378-384. <http://doi.org/10.17261/Pressacademia.2017.423> (E.T. 13.05.2021)

Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil And Commercial Matters, 2002, (Çevrimiçi), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ>. (E.T.15.07.2021)

Hisarcıkhoğlu, Rıfat, “Arabuluculuk Ahilik Teşkilatının Özüdür”, Gaziantep Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi Açılış Töreni, Gaziantep Ticaret Odası Meclis Salonu, 11.12.2019, Gaziantep. <https://ilkha.com/guncel/arabuluculuk-sistemi-ahilik-teskilatinin-ozudur-110608> (E.T. 01.01.2023)

Hisarcıkhoğlu, Rıfat, “Arabuluculuk Toplumsal Barışa Katkı Sağladı”, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu, Gaziantep Genç İş Adamları Derneği, Türk Odalar ve Borsalar Birliği 70. Yıl Etkinlikleri, 06.10.2021, <https://tobb.org.tr/Sayfalar/Detay.php?rid=26949&lst=MansetListesi> (E.T. 01.01.2023)

Lexpera

<https://www.lexpera.com.tr/> (E.T. 03.02.2022)

Matteucci, Giovanni, “Mandatory Mediation, The Italian Experience”, Revista Electronica de Direito Processual, s.189-21 (Mandatory Mediation). <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19964> (E.T. 12.05.2021)

Squar Botton Blog, “Employment Law Worldview”,
<https://www.employmentlawworldview.com/statutory-damage-caps-save-companies-millions/> (E.T. 24.08.2021)

Svatos, Martin, “Mandatory Mediation Strikes Back”, Mediate.com,
<http://www.mediate.com/articles/SvatosM1.cfm> (E.T. 14.03.2021).

Kubbealtı Lugatı, Kubbealtı Akademisi Kültür ve Sanat Vakfı,
<http://lugatim.com/s/arabulucu>; (E.T. 24.06.2021)

Kuhner, Timothy, “Court-Connected Mediation Compared: The Cases of Argentina and The United States”, ILSA Journal of International & Comparative Law, 2005, C.11, s.520-551.
<https://nsuworks.nova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1502&context=ilsajournal> (E.T. 03.02.2022)

Maxeiner, James, “The American ‘Rule’: Assuring the Lion His Share”, Costand Fee Allocation in Civil Procedure, Reimann, M. (Ed.), Scholar Works University of Baltimore School of Law, New York 2012.
https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1777&context=all_fac (E.T. 12.05.2021)

Memiş, Tekin, Haksız Rekabet Açısından İnternet Ortamında Avukatlık Mesleğinin İcrası, Prof. Dr. Fehiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003.
http://www.turkhukuksitesi.com/makale_39.htm (E.T. 03.02.2022)

Morek, Rafal, “Mandatory Mediation in Italy – Reloaded”, Kluwer Mediation Blog,
<http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2013/10/09/mandatory-mediation-in-italy-reloaded> (E.T. 14.03.2021).

Ocak, Saim / Oğuz, Özgür / Karaca, Aybüke / Bulur, Alper / Koç, Erol, İş Hukukunda Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı, (Ed.) Canbolat, Talat
<https://btsotam.btso.org.tr/Dosyalar/EKitaplar/Uzmanl%C4%B1k%20E%C4%9Fitimi%20Kaynak%20Kitab%C4%B1.pdf> (E.T. 03.03.2020)

Özbek, Mustafa Serdar (Çev.) Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kuralları (European Code of Conduct for Mediators)
<http://ankaratahkim.com/ARABULUCULARA%20%C4%B0L%C4%B0%C5%9EK%C4%B0N%20AVRUPA%20ET%C4%B0K%20KURALLARI.pdf> (E.T. 03.02.2022)

Özbek Mustafa (Çev.) Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine ilişkin 21.05.2008 Tarihli Avrupa Parlementosu ve Konseyi Yönergesi, <http://www.arabulucu.com/arabuluculuk-mevzuati-ve-tasarilari/hukuki-ve-ticari-uyusmazliklarda-arabuluculugun-belirli-yonlerine-iliskin-21-05-2008-tarihli-avrupa-parlementosu-ve-konseyi-yonergesi-2008-52-ec> (E.T. 03.02.2022)

Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/?kelime=sakl%C4%B1>. (E.T. 14.08.2021)

T.C. Adalet Bakanlığı, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, “Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı”, Türkiye’de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi, Ulusal Yazarlar Ekibi Tarafından Geliştirilmiş Proje, (Aralık 2014 - Eylül 2017), Ankara 2019. <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1412021155514Temel%20Arabuluculuk%20E%C4%9Fitimi%20Kat%C4%B1l%C4%B1mc%C4%B1%20Kitab%C4%B1.pdf> (E.T. 14.03.2021).

T.C. Adalet Bakanlığı, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, İş Hukukunda Uzman Arabuluculuk Kitabı, **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, Yeliz/ **Civan**, Ersun/ **Manav Özdemir**, Eda/ **Savaş Kutsal**, Burcu /**Evcimen**, Ahmet, (Ed.) **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, Yeliz, Ankara 2023. <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/10052023082837i%C5%9F.pdf> (E.T.17.052.2023)

UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use, (2018) https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/22-01363_mediation_guide_e_ebook_rev.pdf (E.T. 12.08.2022)

U.S. Equal Employment Opportunity Commission, “EEOC Settles National Origin and Race Discrimination Case on Behalf of Thai Farm Workers”,08-21-2020, <https://www.eeoc.gov/newsroom/eeoc-settles-national-origin-and-race-discrimination-case-behalf-thai-farm-workers> (E.T. 25.05.2021)

U.S. Equal Employment Opportunity Commission, “Remedies For Employment Discrimination”, <https://www.eeoc.gov/remedies-employment-discrimination> (E.T. 24.05.2021)

Zahorka, Hans Juergen, “Mediation in Labour Relations: What Can be Learned From North American and EU Example?”

<https://www.libertas-institut.com/de/PDF/Mediation.pdf> (E.T. 05.04.2021)

