

T.C.
İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ



DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK VE ARABULUCULUK
FALİYETİNİN KÖTÜYE KULLANILMASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Mahmut Ekrem KIRIŞ

Özel Hukuk Anabilim Dalı
Özel Hukuk Programı

Mart, 2022

T.C.
İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ



DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK VE ARABULUCULUK
FALİYETİNİN KÖTÜYE KULLANILMASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Mahmut Ekrem KIRIŞ
(Y1812.220008)

Özel Hukuk Anabilim Dalı
Özel Hukuk Programı

Tez Danışmanı: Dr. Öğretim Üyesi Orhan Emre KONURALP

Mart, 2022

ONAYFORMU



ONUR SÖZÜ

Yüksek Lisans tezi olarak sunduğum “Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Ve Arabuluculuk Faliyetinin Kötüye Kullanılması” adlı çalışmanın, tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurulmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin Kaynakça’da gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve onurumla beyan ederim. (.../.../2022.)

Mahmut Ekrem KIRIŞ

ÖNSÖZ

Tezi hazırlama sürecinde, tez danışmanlığı teklifimi kabul etme nezaketinde bulunan ve devamındaki süreçte de her konuda yardımlarını ve desteğini esirgemeyen Sayın Dr. Öğr. Üyesi Orhan Emre KONURALP hocama, güler yüzünün yanında görüş ve katkılarını esirgemeyerek destek olan Sayın Prof. Dr. Ebru CEYLAN hocama, tez savunmamda jüri olarak bulunup değerli eleştirileriyle çalışmama olumlu yönde katkıda bulunan Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN hocama ve eserlerinden istifade ettiğim tüm hocalarıma, ayrıca pandemi sebebiyle okuldan uzak kalmak zorunda olduğumuz zamanlarda yüksek lisans süreciyle ilgili tüm bilgileri benimle paylaşan Büke KENDER'e teşekkür ediyorum.

Yüksek lisans eğitimi konusunda beni teşvik eden, cesaretlendiren ve sonraki süreçte de hukuki bilgi ve tecrübesi ile tez çalışmamın bu aşamaya gelmesinde büyük katkısı bulunan kıymetli babam Necati KIRIŞ'a, manevi desteğinin yanında bugünlere gelmemde en çok emeği geçen canım annem Remziye KIRIŞ'a, üniversiteye yerleşmek üzere 2012 senesinde gittiğim İstanbul'da bana evinin kapısını açan rahmetli amcam Mehmet KIRIŞ'a, muhterem eşi ciciannemiz Hakime KIRIŞ'a, beni kendi çocuklarından ayırmayan oğulları Gürcan KIRIŞ ağabeyim'e, onun kıymetli eşi Fatma KIRIŞ yengeme ve beni öz kardeşleri gibi sahiplenen çocukları Şeyma KIRIŞ ve İrem KIRIŞ'a, her daim yanımda olan ağabeylerim Muhammet Bayram KIRIŞ, Alim KIRIŞ ve Sinan KIRIŞ'a, yengelerim Mahide KIRIŞ ve Nur KIRIŞ'a, tüm aileme ve dostlarıma en içten şükranlarımı sunuyorum.

Mart, 2022

Mahmut Ekrem KIRIŞ



DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK VE ARABULUCULUK FALİYETİNİN KÖTÜYE KULLANILMASI

ÖZET

Dünyada yargının gittikçe artan iş yükünü azaltmak ve dostane bir yöntemle, en kısa zamanda, en az masrafla adalete erişimi sağlamak için, hukuki uyuşmazlıkların yargıya gidilmeden çözülmesini öngören alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından arabuluculuk, diğer ülkelerde olduğu gibi Türkiye’de de giderek önem kazanmakta ve hukukten başvurulması zorunlu bir adım haline gelmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuğun ihtiyari ve zorunlu olmak üzere iki türü olduğu söylenebilir. Bu çerçevede arabuluculuğa elverişli bazı uyuşmazlıkları kısa zamanda, az masrafla ve barışçıl bir yöntemle çözüme kavuşturmayı daha çok yaygınlaştırma amacı, bu uyuşmazlıklar bakımından zorunlu arabuluculuk modelini gündeme getirmektedir.

Bu çalışmada, zorunlu arabuluculuğun bir türü olan dava şartı olarak arabuluculuk ve onun kötüye kullanılması konusu, yasal mevzuat, doktrindeki görüşler ve yargısal kararlar çerçevesinde ele alınarak incelenecektir. Tez çalışmamız, zorunlu arabuluculuk adıyla da anılan ‘dava şartı olarak arabuluculuk’ ve ‘dava şartı olarak arabuluculuğun kötüye kullanılması’ başlıkları altında iki ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde; öncelikle arabuluculuk ve alternatif uyuşmazlık çözüm yolları konusunda genel bilgiler verilecek, arabuluculuğun ne olduğu, neyi amaçladığı, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içindeki yeri, yargısal yollarla arasında ne gibi farklılıklar bulunduğu ve hukuk sistemimize hangi yararlar sağlayabileceği hususlarına değinilecektir. Sonrasında ‘dava şartı olarak arabuluculuk’ konusu daha ayrıntılı olarak incelenecektir. Bu inceleme ise, ‘Arabuluculuk kurumunun dava şartı olarak düzenlenmesinin amacı’, ‘Kanuni kapsamı itibariyle dava şartı arabuluculuk’ ve ‘Arabuluculuk kurumunun dava şartı olarak düzenlenmesinin hukuki sonuçları’ şeklinde tali başlıklar altında yapılacaktır.

‘Kanuni kapsamı itibariyle dava şartı arabuluculuk’ konusu da; iş uyuşmazlıkları, ticari uyuşmazlıklar, tüketici uyuşmazlıkları ve gelecekte dava şartı olarak arabuluculuk kapsamına alınabilecek uyuşmazlık türleri şeklinde bölümlere ayrılarak ele alınacaktır. Birinci bölümün son kısmında ise, ‘arabuluculuk kurumunun dava şartı olarak düzenlenmesinin hukuki sonuçları’ üzerinde; öncelikle genel olarak, sonrasında ise, taraflar ve arabulucu yönünden, mahkemeye erişim hakkı bakımından ve nihayet hukuk güvenliği açısından dava şartı olarak arabuluculuğun hukuki sonuçları üzerinde durulacaktır.

Tez çalışmasının ikinci bölümü; uyuşmazlıkların dostane ve barışçıl yollarla çözümünde çok önemli bir işlev gören ‘dava şartı olarak arabuluculuğun kötüye kullanılması’ ile ilgilidir. Dava şartı olarak arabuluculuğun kötüye kullanılması ana başlığını taşıyan bu bölümde; ilk olarak ‘dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının arabuluculuk faaliyeti bakımından önemi’ üzerinde durulacak, bu bağlamda, arabulucunun yükümlülüklerinin ve Türk Medeni Kanun 2.madde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu 28.madde ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu 29.maddenin konu kapsamında değerlendirilmesi yapılacaktır.

İkinci olarak, ‘dava şartı arabuluculuğun kötüye kullanılması örnekleri’ başlığı altında; tarafların anlaşamaması halinde arabulucu ücretinin kamu tarafından ödenmesinin kötüye kullanılması, beş imzalı arabulucu tutanağının icra edilebilirlik şerhi alınmaksızın icra edilebilmesinin kötüye kullanılması ve son olarak da seri davalarda dava şartı arabuluculuğun kötüye kullanılması konuları incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Dava Şartı, Arabuluculuk, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Zorunlu Arabuluculuk, Arabuluculuğun Kötüye Kullanılması.

MEDIATION AS A CAUSE OF ACTION AND THE MISUSE OF IT

ABSTRACT

Mediation providing for the solution of legal disputes without being passed to court is becoming increasingly important in Turkey as such in other countries and becoming an obligatory step to be taken legally in order to reduce the increasing case load of the judiciary in the world and to ensure the access to justice through an amicable way in the shortest time with the least cost. It can be said that, which is one of the alternative dispute resolution methods, has two types as voluntary and obligatory. In this respect, the aim of making some disputes, which are suitable for the mediation, more widespread in short time with less cost and a peaceful way brings the obligatory mediation model up in terms of these disputes.

In this study, the mediation as a cause of action, which is a type of obligatory mediation, and the misuse of this will be analysed in the context of legal legislation, opinions in the doctrine and judicial decisions. Our thesis study consists of two main chapters under the titles of ‘mediation as a cause of action’ and ‘the misuse of mediation as a cause of action’. In the first chapter, first of all, it will be given general information about alternative dispute resolution methods and the mediation and it will be addressed to the issues what is mediation, what it aims, what is its status in the alternative dispute resolution methods, what are the difference between judicial ways and it and what it can contribute to our legal system. After that, the issue of ‘mediation as a cause of action’ will be examined in more detail. Furthermore, this examination will be conducted under the sub-titles as ‘The aim of regulating the institution of mediation as a cause of action’, ‘Mediation as a cause of action in terms of its legal scope’ and ‘The legal consequences of regulating the institution of mediation as a cause of action’.

The topic of ‘Mediation as a cause of action in terms of its legal scope’ will be handled by being divided into parts as labour disputes, commercial disputes,

consumer disputes and other types of disputes which can be included in the scope of mediation as a cause of action in the future. In the last part of the first chapter, it will be put emphasis on ‘The legal consequences of regulating the institution of mediation as a cause of action’ firstly in a general manner, then in terms of the right to access to the court of the parties and the mediator, and lastly in terms of the legal consequences of mediation as a cause of action with regards to legal security.

The second chapter of the thesis study is related to ‘the misuse of mediation as a cause of action’ which plays a very important role in the resolution of disputes in amicable and peaceful ways. In this chapter entitled as the misuse of mediation as a cause of action, firstly it will be emphasized the importance of the good faith and the prohibition of abuse of right, in this respect, it will be conducted an analysis on the responsibilities of the mediator and the 2nd article of Turkish Civil Code and 28th Code of Civil Procedure in this context.

Secondly, under the title of ‘the examples of the misuse of mediation as a cause of action’, it will be analysed the misuse of paying mediator’s fee by the public in case of that the parties cannot agree, the misuse of execution of five-signed minutes of mediator without an annotation of enforceability and finally the misuse of mediation as a cause of action in the serial cases.

Keywords: Cause of Action, Mediation, Alternative Dispute Resolution, Obligatory Mediation, The Misuse of Mediation.

İÇİNDEKİLER

Sayfa

ONUR SÖZÜ	i
ÖNSÖZ.....	iii
ÖZET.....	v
ABSTRACT	vii
İÇİNDEKİLER	ix
KISALTMALAR	xv
I. GİRİŞ	1
II. DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK.....	3
A. Genel Olarak Arabuluculuk.....	3
1. Arabuluculuğun Tanımı	3
2. Arabuluculuk ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları	4
3. Arabuluculuğun Türleri	7
B. Dava Şartı Olarak Arabuluculuk	9
1. Kanuni Kapsamı İtibariyle Dava Şartı Arabuluculuk.....	10
a. Genel Olarak.....	10
i. Kanunlarımızda dava şartı arabuluculuk hükümleri	10
ii. Anayasal haklar açısından dava şartı arabuluculuk.....	12
b. İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk.....	13
i. İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuğun Amacı.....	13
(a) Genel Olarak	13
(b) İş Yükü Sorununa Çözüm Oluşturması	18

(c) İş Uyuşmazlıklarının, Müzakereye Uygun Olması.....	19
(d) İMK’da Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Uyuşmazlıklar	21
(e) Usul Hukuku Yönünden İMK’da Dava Şartı Arabuluculuk.....	22
c. Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk	25
i. Ticari uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişliliği.....	25
ii. Ticari uyuşmazlık ve ticari dava kavramı.....	26
iii. Ticari davalarda arabuluculuğun kapsamı ve uygulama alanı.....	30
iv. Ticari davalar ve dava şartı kavramı.....	35
v. Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk yönünden özel dava türleri	36
(a) Menfi Tespit Davaları ve Dava Şartı Arabuluculuk	36
(b) İtirazın İptali/İtirazın Kaldırılması Davaları ve Dava Şartı Arabuluculuk.....	38
(c) Tasarrufun İptali Davaları ve Dava Şartı Arabuluculuk	41
(d) Alacak ve İstirdat Davaları ve Dava Şartı Arabuluculuk.....	42
(e) Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Usul Hukuku ve Maddi Hukuk Açısından Sonuçları	43
(i) Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa Başvurmanın Sürelere Etkisi.....	43
(ii) Arabuluculuğun Sonucunda Anlaşılan Konular Hakkında Dava Açılmaması.....	43
(iii) Tahkim ve Diğer Alternatif Çözüm Yoluna Başvuru Şartı Bulunan Sözleşmelerin Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk Başvurusuna Etkisi	44
(f) Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa Başvurmanın Maddi Hukuk Açısından Sonuçları	44
d. Tüketici Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk.....	45
i. Tüketici ve tüketici işlemi kavramları.....	45

ii. Tüketici uyuşmazlıklarında görevli mahkeme	47
iii. Tüketici işlemlerinde dava şartı arabuluculuk.....	48
e. Gelecekte Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Kapsamına Alınabilecek Uyuşmazlık Türleri	51
i. Genel olarak	51
ii. Özel hukuk alanında arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar.....	56
(a) Genel Olarak	56
(b) Arabuluculuğa Elverişli Yeni Özel Hukuk Uyuşmazlıkları	58
(i) Kira Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk	58
(ii) Ortaklığın Giderilmesi Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk	59
(a) Uyuşmazlığın arabuluculuğa uygunluğu bakımından yararı	59
(b) Taraf sayısı ve yargılama giderleri bakımından yararı	59
(c) Taraflar arasında yaşanabilecek psikolojik sarsıntıları azaltmak bakımından yararı	60
(d) Uyuşmazlığın çözüm süresi bakımından yararı:	60
(e) Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk	60
iii. Ceza hukuku alanında arabuluculuk.....	65
f. Arabuluculuğun Dava Şartı Olarak Düzenlenmesinin Amacı.....	67
i. Arabuluculuğun sosyal amaçları ve toplumsal barışa katkısı	67
ii. Arabuluculuğun hukuki amaçları ve yargının iş yükü sorununa çözüm sağlaması	69
iii. Arabuluculuğun usul ekonomisi açısından amaçları	71
g. Arabuluculuğun Dava Şartı Olarak Düzenlenmesinin Hukuki Sonuçları .	73
i. Genel olarak	73
ii. Mahkemeye erişim hakkı bakımından dava şartı olarak arabuluculuğun hukuki sonuçları	75

iii. Hukuk Güvenliği Bakımından Dava Şartı Olarak Arabuluculuğun Hukuki Sonuçları.....	78
(a) Hukuk Güvenliği Kavramı.....	78
(b) Hukuk Güvenliği Açısından Hukuki Sonuçları	81

III. DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUĞUN KÖTÜYE

KULLANILMASI 85

A. Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Arabuluculuk Faaliyeti Bakımından Önemi 85

1. TMK m.2'nin, HMK m.28'in ve HMK m.29'un Konu Kapsamında Değerlendirilmesi	85
a. TMK m.2'nin Konu Kapsamında Değerlendirilmesi	85
i. TMK'nın 2. Maddesinin Kapsamı	85
ii. TMK m.2'de yer alan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının arabuluculuk faaliyeti bakımından önemi.....	87
b. HMK m.28'nin Konu Kapsamında Değerlendirilmesi.....	88
i. HMK'nın 28. maddesinin kapsamı	88
ii. HMK 28. maddesinin arabuluculuk faaliyeti bakımından önemi.....	90
c. HMK m.29'un Konu Kapsamında Değerlendirilmesi.....	93
i. HMK'nun 29. maddesinin kapsamı:	93
ii. HMK 29. Maddesinin arabuluculuk faaliyeti bakımından önemi	94

2. Arabulucunun Yükümlülüklerinin Konu Kapsamında Değerlendirilmesi .. 96

B. Dava Şartı Olarak Arabuluculuğun Kötüye Kullanılması Örnekleri.....99

1. Tarafların Anlaşamaması Halinde İki Saatlik Arabulucu Ücretinin Kamu Tarafından Ödenmesinin Kötüye Kullanılması.....	99
a. Dava Şartı Olarak Arabuluculuğun Kötüye Kullanılması Biçimi Olarak Arabuluculuğun Davayı Uzatmak İçin Bir Araç Olarak Kullanılması	99

b. Dava Şartı Olarak Arabuluculuğun Kötüye Kullanılması Biçimi Olarak Kamudan Parasal Menfaat Sağlamak İçin Arabuluculuk Sisteminin Kullanılması	100
c. Dava Şartı Olarak Arabuluculuğun Kötüye Kullanılması Biçimi Olarak Taraflardan Birine Ait Gizli Bilgi ve Belgelerin Gizliliğinin Menfaat Karşılığında İhlal Edilmesi	101
2. Beş İmzalı Arabulucu Anlaşma Tutanağının İcra Edilebilirlik Şerhi	
Alınmaksızın İcra Edilebilmesinin Kötüye Kullanılması	103
a. Beş İmzalı Arabuluculuk Anlaşma Tutanağı ve İcra Edilebilirlik Şerhi Olmaksızın İcra Edilebilmesi	103
b. Beş İmzalı Anlaşma Tutanağının İcra Edilebilirlik Şerhi Olmaksızın İcra Edilebilmesinin Kötüye kullanılması	107
3. Seri Davalarda Dava Şartı Arabuluculuğun Kötüye Kullanılması	112
a. Genel Olarak	112
b. Dava Şartı Arabuluculuk Sürecinde Seri Davalarda Ücretin Hesaplanması.	114
c. Dava Şartı Arabuluculuğun Davaların Geciktirilmesi Amacıyla Kullanılması	116
d. Seri Davaların Arabuluculuk Ücreti İçin Kötüye Kullanılması	117
C. Dava Şartı Olarak Arabuluculuğun Kötüye Kullanılmasının Hukuki Sonuçları..	120
1. Taraflar Bakımından Sonuçları	120
2. Arabulucu Bakımından Sonuçları	123
IV. SONUÇ	127
V. KAYNAKÇA	133
ÖZGEÇMİŞ	143



KISALTMALAR

AAÜT	: Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi
ADB	: Adalet Bakanlığı
ADR	: Alternative Dispute Resolution
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AndHD	: Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AUÇ	: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
CMK	: Ceza Muhakemeleri Kanunu
CMUY	: Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği
ÇÜHFD	: Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E	: Esas
EBYÜHF	: Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
F	: Fıkra
GÜHF	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu

HGM	: Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK	: İcra İflas Kanunu
İMK	: İş Mahkemeleri Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K	: Karar
M	: Madde
S	: Sayfa
S	: Sayı
T	: Tarih
T.C	: Türkiye Cumhuriyeti
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
THH	: Tüketici Hakem Heyeti
TİSK	: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

I. GİRİŞ

İnsanoğlunun, hayatını sürdürebilmesi ve bütün ihtiyaçlarını karşılayabilmesi için toplum halinde yaşamak zorunda olduğu, birlikte yaşanan toplumsal hayatta ise, bireyler arasında bazı uyuşmazlıkların ortaya çıkmasının doğal karşılanması gerektiği bilinmektedir. Günümüzde bireyler ve toplumlar arası ticari ilişkilerin ve iletişim imkânlarının sürekli gelişmesi ve farklı boyutlar kazanmasına bağlı olarak hukuki uyuşmazlıklar ve davaların tür ve sayısının hızla arttığı görülmektedir. Bu nedenle, yargı organları aşırı iş yükü sorunuyla karşı karşıya gelmekte, dolayısıyla bireylerin adalete erişimi engellenmektedir.

Adalete erişimin sağlanması ve etkin bir hukuk sisteminin oluşturulması, hukuk devletinin bir gereğidir. Bilindiği gibi toplumda meydana gelen uyuşmazlıkların genel olarak çözüm yöntemi, yargı yoluna başvurmaktır. Ancak dünyada ve ülkemizde yargının gittikçe artan iş yükünü azaltmak ve dostane yöntemlerle, en kısa zamanda, en az masrafla adalete erişimi sağlamak için, hukuki uyuşmazlıkların yargıya intikal etmeden çözümlenmesini öngören alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından arabuluculuk, ülkemizde giderek yaygınlaşmakta ve hatta hukuk sisteminde yasal olarak başvurulması zorunlu bir adım haline gelmektedir.

Hukuk sistemlerinde gittikçe yaygınlaşan arabuluculukta asıl olan, gönüllülük ilkesidir. Ancak dünya ve ülkemiz hukuk sistemlerinde arabuluculuğa başvuru, uyuşmazlıkların en az masrafla, kısa zamanda çözümlenmesine ve toplumsal barışın gerçekleşmesine yardımcı olacağı gerekçeleriyle bazı uyuşmazlıklar için zorunlu kılınmıştır. Türkiye’de ‘Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 2012’de yürürlüğe girmesiyle uygulanmaya başlayan ihtiyari arabuluculuğun yararlı sonuçlar doğurduğunun anlaşılması üzerine, 2018 yılında ‘İş Mahkemeleri Kanunu’nda, bazı uyuşmazlıklar için arabulucuya başvuruyu zorunlu hale getiren düzenleme yapılmıştır.

Bu tez çalışmasında; ülkemizde yeni uygulanmaya başlayan *dava şartı olarak arabuluculuk ve kötüye kullanılması* konusu iki ana bölüm halinde

incelenecektir. Birinci bölümde; dava şartı olarak arabuluculuğun temel esasları, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasındaki yeri ve niteliği, dava şartı olarak arabuluculuğun halen hangi uyuşmazlık türlerinde uygulandığı ve gelecekte kapsamının hangi hukuk alanlarında genişleyebileceği, bu düzenlemenin hukuki sonuçları gibi hususlar, hukuki mevzuat hükümleri, doktrindeki görüşler ve yargı kararları çerçevesinde ele alınacaktır.

Dava şartı olarak arabuluculuğun *kötüye kullanılması* başlıklı ikinci bölümünde ise, arabuluculuk faaliyetinin temel unsurlarından arabulucu ve tarafların dava şartı arabuluculuğu farklı biçimlerde kötüye kullanması konusu üzerinde durulacaktır. Tarafların katılacağı arabuluculuk faaliyetinin *tarafsız, bağımsız* olması gereken bir üçüncü kişi (arabulucu) tarafından yürütüleceği bilinmektedir. Arabulucunun ve tarafların, arabuluculuk süreciyle ilgili kanundan doğan birtakım yükümlülüklerinin bulunduğu dikkate alındığında, bu yükümlülöklere aykırı davranılması, yani arabuluculuğun kötüye kullanılması halinde, bunun yaptırımının neler olabileceği hususu ve bu konuda ilgililerin başvurabilecekleri yasal yollar irdelenecektir. Bunun yanında arabulucunun hukuki yükümlölükleri bağlamında TMK’da düzenlenen ‘dürüstlük kuralı’ ile birlikte ‘hakkın kötüye kullanılması yasağı’ ele alınacak, HMK’nun 28. ve 29. maddeleri de konu kapsamında değerlendirilecektir.

II. DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK

A. Genel Olarak Arabuluculuk

1. Arabuluculuğun Tanımı

Terim olarak arabuluculuk, *bireyler veya taraflar arasındaki uyuşmazlıkları giderme, anlaşmalarını sağlama işidir*. Sözlükte arabuluculuğun eş anlamı olarak *tavassut* kelimesi geçmektedir ki; ortalamak, arasını bulmak, vasıta olmak anlamında kullanılmaktadır.¹ Genel olarak arabuluculuk, bir toplumda ortaya çıkan uyuşmazlıkların taraflarını müzakerede bulunmak için bir araya getiren, çözümlerini kendi aralarında barışçıl yöntemlerle bulmalarını amaçlayan, uzman ve tarafsız üçüncü bir kişinin gözetiminde sürdürülen alternatif çözüm yollarından biridir.

Arabuluculuğun tanımı, ‘Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nda şöyle yapılmaktadır: “*Arabuluculuk, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemidir.*”²

Doktrinde arabuluculuğun kabul görmüş tek bir tanımı bulunmamakla birlikte geniş anlamda arabuluculuğu; *uzman ve tarafsız üçüncü bir kişinin gözetiminde, hukuki uyuşmazlıklara çözüm bulabilme arayışına dair bir süreç* olarak tanımlamak mümkündür.³ Arabuluculuk yönteminde arabulucu, uyuşmazlığın taraflarını bir araya getirerek onlara anlaşma zemini sunar. Zira

¹ İlhan Ayverdi, Kubbealtı Lügati, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, İstanbul 2011.

² 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, m. 2.

³ M.S. Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 591, 2016.

arabuluculukta; tarafların birbirlerini dinlemeleri, anlamaları ve müzakerelerde bulunarak anlaşmaya varmaları için öncelikle kendi aralarında iletişim kurmaları esastır. İşte taraflara bu iletişim ortamını arabulucu hazırlar ve çözümü kendilerinin üretmesini sağlar.

Uyuşmazlıkların, yargıya intikal etmeden veya intikal ettikten sonra karşılıklı rızaya dayanarak barışçıl bir yöntemle çözülmesi, toplumsal barış ve huzur açısından önemlidir. Hak ve hukuka saygılı, mutlu ve huzurlu bir toplum oluşturmak; uyuşmazlıkların oluşmasını önlemeye, oluşması halinde ise mahkemeye intikal etmeden karşılıklı rıza ile çözümlemeye önemli katkı sağlamaktadır. İşte arabuluculuk, uyuşmazlık ortaya çıkması halinde bunu karşılıklı rızaya dayalı olarak çözümlemeye imkân veren bir sistemdir.

Gerek yasa ve gerekse doktrindeki tanımlardan hareketle arabuluculuğun genel bir tanımı şöyle yapılabilir. Arabuluculuk, taraflar arasındaki mevcut bir uyuşmazlığın, mahkeme dışında, tarafsız ve uzman üçüncü bir kişinin yardımıyla, karşılıklı rızaya dayalı olarak çözüme kavuşturulmasıdır. Uyuşmazlıkların, mahkeme yoluna başvurmada çözümüne kavuşturulması için tarafların barışçıl yöntemle anlaşarak uyuşmazlığın sona erdirilmesi, sosyal barış ve ticari ilişkilerin devamı bakımından önemlidir. Dolayısıyla, arabuluculuk yönteminin, bu yönüyle kamu yararına hizmet eden bir kurum olduğu söylenebilir.

2. Arabuluculuk ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

Yukarıda tanımı yapılan arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasında en yaygın olanıdır. Dolayısıyla yargıya başvurmaksızın uyuşmazlık çözümünde arabuluculuktan başka yöntemler de vardır. Bu yöntemler içinde arabuluculuk, dünyada ülkelerinde daha yaygın olarak uygulanmaktadır.⁴ Burada alternatif uyuşmazlık çözüm yolları denildiğinde, ilk bakışta uyuşmazlıkların asıl çözüm yeri olan yargı organları yerine kaim olacak bir çözüm yöntemi akla gelebilir. Bu nedenle öncelikle alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kavramındaki *alternatif* sözcüğünün ne anlamda kullanıldığı belirtilmelidir.

⁴ M.K. Yıldırım, İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, Prof.Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, s. 337-360, İstanbul 2007.

Alternatif kelimesi sözlükte; *seçenek, değişik, farklı; alışılmışın dışında olan, bir şeyin yerine tercih edilebilecek başka bir yol ve yöntem* anlamına gelmektedir.⁵ Buna göre, *alternatif* kelimesinin, sözlükteki anlamıyla kullanılmadığını belirtmek gerekir. Çünkü bu yol, uyuşmazlığın çözümünde yargı yolu yerine kaim olmak üzere seçilebilecek bir yöntem değildir.⁶ Başka bir deyişle alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kavramındaki *alternatif* sözcüğü, mahkemelerin yargı yetkisini bütünüyle ortadan kaldırmayı değil, bu yetkinin yanına ilave edilen çözüm yollarını ifade etmektedir. Dolayısıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, yargının değil, yargılama kurallarının ya da yargı yolunun alternatifidir.⁷ Dolayısıyla yargı yetkisine ek olarak düşünülen bu sistem hakkında, yargının yerine geçecek bir kurum olduğu izlenimi bırakılmaması bakımından, bu yolların, yargı yerine ikame edilmesi söz konusu olmayan *ek yöntemlerden* ibaret olduğu ve bu kavram yerine *uyuşmazlıkların dostane yollarla çözümü* şeklinde bir ibarenin kullanılmasının doğru olacağı görüşü doktrinde ileri sürülmektedir.⁸ Nitekim bu konuda AYM bir kararında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını mahkemelerin alternatifini olarak nitelendirmeyip, tam aksine uyuşmazlıkların çözümü için tamamlayıcı ek yöntemler bütünü olarak görmüştür.⁹

Bir toplumda suç işlendiğinde ya da haklar ihlal edildiğinde, suçluyu cezalandırmak ve ihlal edilen hakkı sahibine iade etmek yetkisi münhasıran devlete ait olup, bu konularda ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde asıl

⁵ TDK, Güncel Türkçe Sözlük.

⁶ İbrahim Özbay, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, EÜHFD, C.X, Sayı: 3-4, s.460, 2006.

⁷ M. Serdar Özbek, Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk, 2010, s.128.

⁸ Süha Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk, TBB Dergisi, Sayı 64, s. 152, 2006, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr>.

⁹ “Alternatif uyuşmazlık çözümü kavramında geçen ‘Alternatif’ terimi, mahkemelere alternatif bir yol olarak kullanılamaz. Arabuluculuk, tarafların sorunlarını kendilerinin çözmesini amaçlayan gönüllülük esasına dayanan dostane bir çözüm yolu olup bir yargılama faaliyeti değildir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, uyuşmazlıkların çözümünde yargısal yolların yanında yer alan ve tarafların istemeleri hâlinde işlerlik kazanan, esas itibarıyla ilişkilerin koparılmadan sürdürülmesini ve adil bir karardan ziyade, her iki tarafı da tatmin edici bir çözüme ulaşılmasını hedefleyen yöntemler bütünüdür. Bir başka ifadeyle, alternatif uyuşmazlık çözümleri, Devlete ait yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden işlerlik kazanan ve uygulama alanı bulan ek yöntemler bütünü olarak nitelendirilebilir... Esasen doktrinde de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının, yargının alternatifi olan ve dolayısıyla yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan veya onunla rekabet içinde bulunan bir süreçler bütünü olmadığı, tam tersine uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen yöntemlere ilave edilmiş tamamlayıcı yöntemler topluluğu olduğu hususunda tam bir mutabakat bulunduğu.” gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi, Anayasa’ya aykırılık bulunmadığı tespitini yaparak HUAK m. 1/f.2’nin iptal istemini reddetmiştir. (AYM, E.2012/94, K.2013/89, T.10.07.2013).

merci, devletin yargı organlarıdır.¹⁰ Ancak mahkemelere erişimin zor, masraflı, zahmetli bir iş olması, mahkemelerin iş yükü yoğunluğu altında çalışması nedenleriyle uyuşmazlıklar makul sürede çözümlenememekte, sonuca ulaşmak çok zaman almaktadır. Hâlbuki etkin bir hukuk sisteminin oluşturulması ve gecikmeden adalete erişimin sağlanması, sosyal hukuk devletinin bir gereğidir.¹¹

Günümüz dünyasında sosyal, ekonomik, ticari ilişkilerin hızla artmasının doğal bir sonucu olarak hukuki uyuşmazlıkların sayısı da artmakta, mahkemelerin bugünkü yapıları bu hızlı artışa ayak uyduramadığından, her geçen gün artan iş yükü nedeniyle davaların sonuçlanması uzamaktadır. Genel olarak bütün dünya ülkelerinde davalar, mahkemelerdeki aşırı iş yükü nedeniyle makul sürede sonuçlanmadığından, adalet zamanında yerini bulmamakta ve geciken adalet, adalet olmaktan çıkmaktadır. Bu nedenle uyuşmazlıkları daha çabuk, az masrafla ve barışçıl yöntemle çözüme kavuşturma isteği, toplumları alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arayışına itmiştir.

Kısaca, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, uzman ve tarafsız üçüncü bir kişinin, tarafları, ortak bir çözüme ulaştırmak amacıyla bir araya getirdiği, iletişim kurmalarını sağladığı bütün yöntemleri ifade eden bir kavramdır.¹² Bu açıklamalar ışığında bu uyuşmazlık çözüm sistemi, hukuki uyuşmazlıkların yargıya başvurmadan çözümlenmesini sağlayan ve yargı organlarına ek olarak hizmet veren yöntemler şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Dünyada çok farklı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü her hukuk sisteminde kendine özgü alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri bulunabilmektedir. Ancak bunlardan en çok öne çıkmış belli başlı alternatif uyuşmazlık çözüm yolları olarak; *müzakere*, *uzlaştırma*, *tahkim*, *arbuluculuk* gibi yöntemleri sayabiliriz. Bunların her birinin kendine göre farklı özellikleri olmakla beraber ortak yönleri, genel olarak mahkemeler dışında uyuşmazlık çözüm yöntemi olmalarıdır. Yukarıda ayrı başlık altında tanımını yaptığımız arbuluculuğun da içinde bulunduğu alternatif uyuşmazlık çözüm

¹⁰ İbrahim Özbay, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, EÜHFD, C.X, S.3-4, s.459, 2006.

¹¹ T.C. Kalkınma Bakanlığı On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023), Adalet Hizmetlerinde Etkinlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, 2018, s. V.

¹² M. Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış, GSÜHFD, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, 2004/1, s.261-292.

yollarından müzakere, uzlaştırma ve tahkimin de kısa tanımlarını yaparak bu başlığı sonlandırmak istiyoruz.

Müzakere; *tarafların, karşılıklı tartışma ve ikna etme yollarıyla aralarındaki uyuşmazlığı çözerek ortak bir çözüme varma amacını gerçekleştirmek üzere girdikleri iletişim ve etkileşim süreci* olarak ifade edilebilir.¹³ CMUY’ne göre uzlaştırma; *“uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık ile mağdur, suçtan zarar gören veya kanuni temsilcisinin, kanun ve bu yönetmelikteki usul ve esaslara uygun olarak uzlaştırmacı tarafından anlaştırmaları suretiyle uyuşmazlığın giderilmesi sürecini...”*¹⁴ ifade etmektedir. Doktrindeki tanımlara göre tahkim, *“ taraflar arasında meydana gelmiş veya gelebilecek uyuşmazlıkların çözümlenmesinin, devlet yargısı dışındaki özel kişi veya kişilere bırakılması ve bu kişiler tarafından nihaî bağlayıcı bir karar verilmesidir.”*¹⁵

3. Arabuluculuğun Türleri

Arabuluculuk, bugün barışçıl bir yöntem olması nedeniyle hukukçuların en çok üzerinde durduğu ve uygulamada sık başvuru alan alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Arabuluculukta, uyuşmazlık, mahkemelere göre daha çabuk ve az masrafla sonuçlanmakta, her iki tarafın da kazançlı çıktığı (kazan-kazan) şeklinde bir çözüme ulaşılmaktadır. Arabuluculuk; isteğe bağlı ve zorunlu olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Dava şartı olarak arabuluculuk ise zorunlu arabuluculuğun bir dalıdır.

İsteğe bağlı arabuluculuk, ‘Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 2.maddesinin (b) fıkrasında tanımlanmıştır.¹⁶ Buna göre, kısaca isteğe bağlı/ihtiyari arabuluculuk; yasal olarak bir zorunluluk bulunmamakla

¹³Süha Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, s. 160.

¹⁴ CMUY m. 4/1-k.

¹⁵ Süha Tanrıver, Arabuluculuk, s.171; İlhan Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 783.

¹⁶ “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, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütölen uyuşmazlık çözüm yöntemidir.” (6325 Sayılı Kanun’un ‘Tanımlar’ başlığını taşıyan 2.maddesinin (b) fıkrası).

birlikte, bir uyuşmazlığı çözümlmek için yargıya başvurmadan önce arabuluculuk faaliyetine başvurmayı kendi serbest iradesiyle seçtiği bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bu çerçevede taraflar, kanunda belirtilen özel hukuk uyuşmazlıklarıyla ilgili olarak isteğe bağlı arabuluculuk sistemine başvurabilir. Kanun’da yer alan tanıma göre, arabuluculuk esas itibariyle isteğe bağlı olarak başvurulabilen bir yöntem şeklinde öngörülmüştür. Tanımdan anlaşılacağı üzere ihtiyari arabuluculuk kısaca; taraflarca, kamu düzenini ilgilendirmeyen her türlü özel hukuk uyuşmazlığını, üçüncü bir kişinin (arabulucunun) yardımıyla çözümlmek için kendi hür iradelerine dayalı olarak başvuru olan bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir.

Dava şartı arabuluculuk ise; tarafların, dava açmadan önce arabulucuya başvurularının zorunlu olması durumunu ifade etmektedir.¹⁷ Türk hukuk sisteminde ise bu kavram “Uyuşmazlığın genel mahkemelerde incelenebilmesi için, yargılama öncesinde veya yargılama sırasında arabuluculuğun denenmesinin zorunlu tutulduğu arabuluculuk türüdür” şeklinde de tanımlanmıştır.¹⁸ Arabuluculuk faaliyetine başvuru zorunluluğu, ya tarafların sözleşmeye koyacakları bir hükümden ya da kanun koyucunun iradesinden kaynaklanabilir.¹⁹ Bu husus, zorunlu arabuluculuğu diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından ayıran en temel özelliktir.

Kısaca, tarafların, bazı hukuki uyuşmazlıkların çözümünde dava açmadan önce bir arabulucuya başvurmak zorunda olmasıdır. Bu uyuşmazlıklar açısından bir arabulucuya başvurmak, dava şartı olduğundan, arabuluculuk sistemine başvurmadan dava açılması halinde, dava şartı yokluğundan dolayı davanın reddine karar verilir. Ticaret ve iş hukukuna ilişkin bazı talepleri, dava şartı olarak arabuluculuğun uygulandığı uyuşmazlık örnekleri olarak gösterebiliriz.

¹⁷ J. Winnesstone, Mandatory Mediation (Zorunlu Arabuluculuk), 2015; naklen: Betül Azaklı Arslan, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Yüksek Lisans Tezi, s. 13, 2018.

¹⁸ E. K. Kekeç, 2014, 71; M. Serdar Özbek, 2016, 29; K. Karacabey, 2016). Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, TBBD. s. 123, 451.

¹⁹ Andreas Nelle, 1992, 288-289; naklen: Betül Azaklı Arslan, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, s. 33, 2018.

B. Dava Şartı Olarak Arabuluculuk

Dava şartı olarak arabuluculuk; uyuşmazlığın taraflarının, mahkemeye dava açmadan önce zorunlu olarak katılmaları gereken arabuluculuk sürecini ifade etmektedir.²⁰ Taraflar, uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk yöntemine katılmadan mahkemeye dava açamıyorsa, burada *dava şartı arabuluculuk* söz konusu demektir. Arabulucuya başvurma zorunluluğu, taraflar arasındaki sözleşmeden doğabileceği gibi yasa koyucunun iradesinden de doğabilir.²¹

Mahkemede dava açabilmek için arabulucuya başvurmanın zorunlu kılınması, arabuluculuğun gönüllülük/iradilik ilkesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle doktrinde eleştirilmişse de çoğunluğun görüşü, bu zorunluluğun sadece arabuluculuğa başvuruya ilgili olduğu ve arabuluculuk sürecinde yine tarafların iradelerinin geçerli olduğu yönündedir.²² Yani taraflar arabulucuya başvurmak zorunda olsalar da, arabuluculuk sürecinde tamamen kendi iradeleriyle karar verirler ve istedikleri zaman süreci sonlandırıp yargıya başvurma haklarını kullanabilirler.

Dava şartı olarak arabuluculuk faaliyetinde taraflar, bazı konularda kendiliğinden veya yasal bir düzenleme gereği arabuluculuğa başvurmak zorundadır.²³ Bu yöntemin özelliği; tarafların, yargıya başvurmadan önce arabulucuya başvurmak zorunda olmasıdır ki bu, dava şartını oluşturmaktadır. Arabuluculuğun dava şartı olması, arabuluculuğa başvurmadan açılacak davanın, işin esasına girilmeden reddedilmesini gerektirmektedir. Ancak bu yöntemden beklenen yararın gerçekleşmesi için, arabuluculuğun sadece aşılması gereken usule ilişkin bir yöntem olarak görülmemesi ve kötüye kullanılmaması gerekir.²⁴ İş Mahkemeleri Kanunu (İMK) ile 2017’de hukuk sistemimizde kabul edilen dava şartı arabuluculuk, zorunlu arabuluculuk yönteminin üç türünden biridir.

²⁰ Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s. 29, Ankara 2016.

²¹ Seda Özmumcu, *Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış*, s. 828, İÜHFM, 2016.

²² Baki Kuru, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler*, s. 239, 2010.

²³ Seda Özmumcu, *Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış*, s. 808, 2016.

²⁴ Seda Özmumcu, *Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış*, s. 808, 2016, naklen: Betül Azaklı Arslan, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, 2018.

1. Kanuni Kapsamı İtibariyle Dava Şartı Arabuluculuk

a. Genel Olarak

i. Kanunlarımızda dava şartı arabuluculuk hükümleri

Arabuluculuk, ilk kez 2012’de ‘Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun (HUAK) kabulüyle Türk hukuk sistemine girmiştir. Türk hukukunda ihtiyari (gönüllü) arabuluculuk bu haliyle uygulanırken, İş Mahkemeleri Kanunu’nda önemli bir değişiklik yapılarak iş hukukundan doğan bazı alacak ve tazminat davalarında, arabuluculuk faaliyetine başvurulması dava şartı kabul edilmiştir. Bu davalarda arabuluculuk faaliyetine başvuruda bulunulmaması ise Kanun gereğince davanın reddini gerektiren bir eksiklik olarak değerlendirilecektir.²⁵

7036 Sayılı Kanunun adı İş Mahkemeleri Kanunu olmakla birlikte, bir yandan bu Kanunda yapılan düzenlemeyle bazı iş uyuşmazlıklarında *dava şartı arabuluculuk* kabul edilmiş, bir yandan da ‘Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nda ve diğer bazı kanunlarda konuyla ilgili düzenlemeler yapılarak dava şartı olarak arabuluculuk sistemi ülkemizde 2018’de uygulanmaya başlanmıştır. İş Mahkemeleri Kanunu’nun 3/20 maddesi hükmü dikkate alındığında; dava şartı olarak arabuluculuk, yalnızca İş Kanunu’nda tanımlanan işçilere değil, ayrıca borçlar hukuku, sendikalar hukuku, basın hukuku uyuşmazlıkları ve Deniz İş Kanunu’na tabi gemi adamları hakkında da dava şartı olarak arabuluculuk uygulanacaktır.²⁶

Türk hukuk mevzuatına bakıldığında, dava şartı arabuluculukla ilgili hem genel hem de özel kanunlarda hükümler bulunduğu görülmektedir. Böyle olunca bunların uygulanma önceliği konusu gündeme gelmektedir. Özel kanunlarda dava şartı arabuluculukla ilgili bir düzenleme bulunuyorsa, öncelikle bunlar uygulanacaktır (HUAK’un 18/A, 19. ve 20. maddeleri). Özel kanunlarda dava şartı arabuluculukla ilgili bir düzenleme bulunmayan durumlarda ise, bu konuda genel hükümlerin uygulanması söz konusu olacaktır. Başka bir deyişle, dava şartı arabuluculuğa tabi olan bir uyuşmazlık bulunması halinde, öncelikle İş

²⁵ Resul Kurt, İş Yargısında Arabuluculuk, TBB Dergisi, s. 426, 2018.

²⁶ Resul Kurt, İş Yargısında Arabuluculuk, TBB Dergisi, s. 426, 2018.

Mahkemeleri Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Burada bir hüküm bulunmadığı takdirde, genel nitelik taşıyan ‘Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nda dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümlere bakılacak, burada da bir hüküm bulunmaması durumunda Kanun’un genel hükümleri uygulanacaktır.²⁷

Dava şartı arabuluculukla ilgili yukarıda belirtilen kanun hükümlerine ilaveten ‘Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun m. 15/10, 19/2, 22, 31/8, 36 ve İş Mahkemeleri Kanunu’nun m. 3/22’ye dayalı olarak içinde dava şartı olarak arabuluculuğun da bulunduğu bir yönetmelik hazırlanmıştır. 2018 yılında yürürlüğe giren ve ‘Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği’ adını taşıyan bu yönetmelikle;

“Hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesine ilişkin her türlü arabuluculuk faaliyeti, idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında idarenin temsili, dava şartı olarak düzenlenen arabuluculuk sürecinin usul ve esasları ile arabulucuların eğitimi, arabuluculuk sınavının yapılması, arabulucular sicilinin düzenlenmesi, arabulucuların ve eğitim kuruluşlarının denetlenmesi ile Arabuluculuk Daire Başkanlığı ve Arabuluculuk Kurulunun çalışma usul ve esasları” belirlenmiştir.

Ülkemizde ihtiyari arabuluculuk, ‘Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’ ile hukuk sistemimize girdikten sonraki yıllarda, arabuluculuk uygulamalarından olumlu sonuçlar alındığı görülmüş, bu olumlu sonuçlardan hareketle İş Mahkemeleri Kanunu ve Ticaret Kanunu’nda çeşitli düzenlemeler yapılarak bazı iş davaları, ticari davalarda, tüketici hukukundan kaynaklanan bazı uyuşmazlıklarda (2020 değişikliği TKHK m. 73/A) arabuluculuk dava şartı olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla hukuk sistemimizde arabuluculuk kurumuyla ilgili parçalı bir yasal mevzuat yapısı ortaya çıkmıştır. Bu parçalı yapı; doktrinde, bazı yazarlar tarafından kanun yapma tekniği açısından eleştirilere konu olmuştur.²⁸ Kanun yapma tekniği açısından yapılan bu eleştirilerde haklılık payı olduğu söylenebilir. Bu nedenle hukuk sistemimizde arabuluculukla ilgili mevcut yasal mevzuatın daha derli toplu olmasında yarar bulunmaktadır.

²⁷ Ö. Ekmekçi, M. Özkes, M. Atalı, V. Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, İstanbul 2019, s. 172.

²⁸ Ö. Ekmekçi/M. Özkes/M. Atalı/V. Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, s. 121, İstanbul 2019.

ii. Anayasal haklar açısından dava şartı arabuluculuk

Anayasanın 36. maddesi, hak arama özgürlüğünü düzenlemektedir. “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde, davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*”(Anayasa, m. 36). Dava şartı arabuluculuk sistemi, Anayasadaki bu özgürlük açısından incelenmiştir. Hak arama özgürlüğünün diğer bir dayanağı ise, ülke olarak bizim de tarafı olduğumuz ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’dir. Bu sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenen *adil yargılanma hakkı*, herkesin tarafsız ve bağımsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkını ifade eder. (AİHS, m. 6). Ayrıca adil yargılanma hakkının güvencesini içinde barındıran haklar da bulunmaktadır.

İş Mahkemeleri Kanunu’nun, arabuluculuk kurumuna ilişkin bazı hükümlerinin Anayasanın yukarıda belirtilen 36. maddesinde hükme bağlanan ‘hak arama özgürlüğüne’ aykırı olduğu, adalete erişim hakkını sınırladığı ileri sürülmüştür. Bu yöndeki iddiaların en önemli gerekçesi, işçi-işveren arasındaki bazı uyuşmazlıklarda arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edildiğine ilişkin İMK’de yer alan hükümle, arabuluculuk sürecine başlangıç açısından zorunluluk getirilmesi ve *iradilikten vazgeçilmesidir*.²⁹

Arbuluculuğa başvurunun zorunlu kılınmasının, tarafların doğrudan dava açma özgürlüğünü engellediği ve adalete erişim hakkını sınırlandırdığı söylenebilir.³⁰ Ancak zorunlu arabuluculukta, taraflar arabulucuya başvuru konusunda zorlanmış olsa da, sürecin devamı ve sona erdirilmesi tarafların tamamen hür iradelerine bağlanmıştır. Eğer taraflar başvuruya zorlandıkları gibi arabuluculuk sürecinde anlaşma yapmaya da zorlanmış olsalardı, hak arama özgürlüğüne aykırılıktan söz edilebilirdi.³¹

Anayasanın hak arama özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi, bazı şartlara bağlanmıştır ki, bunlardan birisi, hakkın özüne dokunmamaktır. Hakkın özüne dokunmak, hakkın kullanılmasını tamamen engellemektir. Dava şartı olarak

²⁹ Erdoğan, s. 1222; naklen: B. Azaklı Arslan, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, s. 181, Ankara 2018.

³⁰ Seda Özmumcu, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış, İÜHFM, C.74, S.2, s. 834, 2016.

³¹ M. Serdar Özbek, Anayasal Hak ve Hürriyetler İle Yargılamaya Hâkim İlkeler Işığında Arabuluculuk, s.140, TBB Yayınları Ankara 2010.

arabuluculuk faaliyetinde taraflar sadece ilk toplantıya katılmak zorundadır. Taraflar isterlerse ilk toplantıya katılarak anlaşmamak suretiyle süreci sonlandırmak isteyebilir ve mahkemede dava açma haklarını kullanabilirler. Dolayısıyla dava şartı olarak arabuluculuk faaliyetinin Anayasadaki hak arama özgürlüğünün özüne dokunmadığı söylenebilir. Nitekim İş Mahkemeleri Kanunu'nun gerekçesinde bu hususa değinilerek mevcut düzenlemenin hak arama özgürlüğüne aykırı olmadığı belirtilmiştir. Şöyle ki; *“Tasarıda öngörülen uyuşmazlıklar bakımından, tarafların mahkemeye dava açmadan önce arabulucuya gitmesi zorunlu olup tarafların serbest iradeleriyle yürütülen arabuluculuk görüşmelerinde anlaşma zorunluluğu bulunmamaktadır. Arabulucuda anlaşılammaması halinde tarafların mahkeme huzurunda haklarını aramaları mümkündür. Bu sebeple mahkemeye dava açmadan önce arabulucuya gidilmesinin zorunlu tutulması, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğünün ihlali anlamına gelmemektedir.”*³² AYM bu konuda, İş Mahkemeleri Kanunu m. 3/1'de bulunan *“...arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır”* hükmünün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.³³ Kaldı ki, yargıya başvurmadan önce arabuluculuğa başvurmanın zorunlu kılınması, hukuki uyuşmazlıkların az masrafla, kısa sürede ve barışçıl yöntemle çözümlenmesini sağlayarak yargıya etkinlik kazandırmak gibi oldukça meşru ve makul amaçlara dayanmaktadır.

b. İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk

i. İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuğun Amacı

(a)Genel Olarak

İş hukukundan doğan uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuğa başvurma zorunluluğunu genel olarak şu gerekçelere dayandırmak mümkündür: a) İş uyuşmazlıklarının taraflar arasında müzakere yoluyla çözümlenmesini sağlayarak yargının iş yükünü azaltmak, b) Uyuşmazlıkları daha kısa sürede ve az masrafla çözmek, c) Toplumsal barışın devamını sağlamak, d) İki tarafın da sırlarını koruyarak uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak. Dava şartı arabuluculuk

³² İş Mahkemeleri Kanunu Genel Gerekçesi.

³³ AYM, E.2017/178, K.2018/82, T. 11/07/2018.

uygulanmasına gerekçe olarak ileri sürülen bu hususların amaca ne ölçüde hizmet ettiği tartışmalıdır.³⁴

İş hukuku hükümlerinin işçiyi koruyucu niteliğe sahip olması, iş sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanan bir zorunluluk olarak görülmektedir. Çünkü iş sözleşmesinin tarafları olan işçi ve işveren, sözleşmeyi yaparken eşit konumda değildirler. İşçi açısından uyuşmazlık her zaman hayati bir önem taşırken, işveren açısından basit bir mali inceleme konusu olarak görülmektedir.³⁵

İş sözleşmesinin güçsüz tarafında yer alan işçiyi korumak için, iş hukuku kısmî ya da mutlak emredici bazı hükümlerle her iki tarafın iradesini sınırlandırarak çalışma hayatını düzenlemiştir. Bu mutlak emredici hükümlerden birisi İş Kanunu'nun 32. maddesidir. İş Kanunu m. 32'ye göre, işveren tarafından *“İş sözleşmelerinin sona ermesinde, işçinin ücreti ile sözleşme ve kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerinin tam olarak ödenmesi zorunludur.”* (İş Kanunu, m. 32). Bazı yazarlar, iş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk kurumunun, bizatihi İş Kanunu'nun emredici hükümlerine aykırılık oluşturduğunu düşünmektedirler.

Bu yazarlara göre, işverenler, kanuna uygun davranmadıkları için işçiler dava açmak zorunda kalmaktadırlar. İş Kanunu'nun 32. maddesi gereğince, işverenler işçilerin ücretlerini ve sözleşme ve kanundan doğan haklarını ödemek zorunda olduğuna göre, arabuluculuk sürecinde tarafların kendi aralarında, gerçek ödenmesi gereken meblağın altında bir bedel üzerinde anlaşmaları, İş Kanunu'nun 32. maddesinin emredici hükmüne aykırılık oluşturacaktır. Başka bir deyişle İş Kanunu'nun 32. maddesini çiğnemenin arabuluculuk sisteminin işlemesi mümkün değildir. Böyle olunca dava şartı arabuluculuk yönteminde; işverenden İş Kanunu'na aykırı davranması, işçiden de alacaklarına kısa sürede kavuşması karşılığında, işverenin yasaya aykırı davranmasına katlanması istenmektedir.³⁶

³⁴ B. Azaklı Arslan, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 120.

³⁵ K.D. Yenisey, İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. yıl Uluslararası Toplantısı, İstanbul 2016, s. 176-180.

³⁶ Murat Özveri, İş Mahkemeleri Kanunu ve Zorunlu Arabuluculuk Uygulamaları, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2020/2.

Arabuluculuğu, İş Kanunu'nun 32. maddesiyle bağlantılı olarak ele alan benzer görüşteki yazarlara göre de *arabuluculuk kurumunun, iş hukukunun emredici hükümlerinin aksi kararlaştırılabilir bir yolu haline dönüşmesine izin verilmemelidir*.³⁷ Bu görüşten hareket eden yazarlar, esasen işçiyi korumak amacıyla oluşturulan bir sistem içinde, onun zararına işleyen bir kurum yaratarak bunu işçinin yararına göstermeye çalışmanın bir kurnazlık olduğunu savunmaktadırlar.³⁸

Alpagut'a göre; aslında dava şartı arabuluculuk, gönüllülük esasına dayanan arabuluculuk kurumunun özüne aykırıdır. Ayrıca işçilerin, haklarını elde edebilmek için iki yıla yakın süre beklemesi gerektiği³⁹ olgusu varlığını sürdürürken, önlerine kısa sürede sonuç alabilecekleri dava şartı arabuluculuk seçeneğinin konulmuş olması, arabuluculuk anlaşmasının *serbest iradeye* dayalı olduğu görüşünü tartışılır kılmaktadır.⁴⁰

Hukuk sistemimizde, iş uyuşmazlıklarının temel çözüm yöntemi olarak dava yolu benimsenmiştir. İş uyuşmazlıklarında uzman hâkimlerin görev yaptığı iş mahkemeleri kurulmuş, farklı bir yargılama usulü de kabul edilerek işçilere yargı yoluyla haklarına ulaşma imkânı verilmiştir. Ancak ülkemizde iş mahkemelerinin en önemli sorunlarından birisi, sayısı milyonları bulan iş uyuşmazlıklarına ilişkin davaların, az sayıda iş mahkemesi hâkimi ile sonuçlandırılmaya çalışılması ve uzun süren bir yargılama faaliyetiyle son bulmasıdır. Bu da adalete erişim hakkını sekteye uğratmaktadır.

Genel olarak yargının iş yükü sorununun bir parçası olan iş davalarının çokluğu ve makul süre içinde karara bağlanamamasının çözümü konusunda, iş hukukuna ilişkin bazı davalar için yargı yoluna gitmeden önce arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilmiştir. Dava şartı arabuluculuk yöntemiyle yargının iş yükünün azaltılması ve iş hukukuna ilişkin davaların kısa sürede çözülmesi

³⁷ M. Özkes/Ö. Ekmekçi/M. Atalı, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, Oniki Levha Yayıncılık, s. 142, İstanbul 2018.

³⁸ Murat Özveri, İş Mahkemeleri Kanunu ve Zorunlu Arabuluculuk Uygulamalar, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2020/2.

³⁹ Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü verilerine göre, iş davalarının ortalama görülme süresi ortalama 452 gündür.

⁴⁰ Gülsevil Alpagut, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. yıl Uluslararası Toplantısı, s. 213, İstanbul 2016, TİSK Yayını.

hedeflenmiştir.⁴¹ Hukuk sistemimizde yargı yolunun daha uzun bir süreç gerektirmesi ve fazla masraflı olmasına karşılık, arabuluculuğun daha az masrafla daha hızlı çözüm sağlayan bir yöntem olması nedeniyle yargısal çözüme göre daha avantajlı olduğu ileri sürülmüştür.⁴²

Bu nedenle İş Mahkemeleri Kanunu'nda 2018'de yapılan değişiklikle dava şartı arabuluculuk düzenlemesine yer verilmiştir. İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde; *“kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır”* denilmektedir. Devamında ise, *“davacı(nın), arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorunda.”* olduğu belirtildikten sonra, bu dava şartı yerine getirilmediği takdirde *davanın reddine* karar verileceği hükmü yer almaktadır.⁴³

Kanunun gerekçesine bakıldığında, iş davalarında dava şartı arabuluculuk kurumunun, gittikçe artan işyeri sayısına bağlı olarak ‘iş davalarının fazla olması ve davaların uzun sürmesi olgularına’ dayandırıldığı görülmektedir. Ülkemizde, işçilerin İş Mahkemelerinde açmış oldukları davaların ortalama 452 günde sonuçlandığı, davayı kazandığı takdirde ayrıca ilamı kesinleştirmek, icraya koymak ve hakkını alabilmek için gerekirse haciz ve satış işlemlerine başvurmak zorunda kalacağı dikkate alındığında, kanunun bu gerekçesinin isabetli olduğu anlaşılmaktadır.

Yasa hükmüne göre, bazı iş hukuku uyuşmazlıkları hakkında açılacak davalarda, yargıya başvurmadan önce arabuluculuk faaliyetine başvurulmadığı takdirde, mahkemece sırf bu nedenle davanın reddine karar verilecektir. Başka bir deyişle davacının, iş uyuşmazlığından dolayı dava açabilmesi için, arabuluculuk faaliyetine başvurduğunu, ancak bu faaliyet sonucunda anlaşmaya varılamadığını ‘anlaşamama tutanağı’ ile ispat etmesi gereklidir.

⁴¹ A. Burak Boydak, İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk Düzenlemesinin Kamuda Hizmet Alımı Kapsamında Çalışan İşçiler Bakımından Değerlendirilmesi, Çalışma İlişkileri Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, s. 88-100, Temmuz 2018.

⁴² Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, B.2, İstanbul 2019, s. 21.

⁴³ 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, m. 3.

İş Mahkemesi Kanunu'nun 3. maddesine göre; bazı iş uyuşmazlıkları konusunda açılan davalarda, arabulucuya başvurulması *dava şartı* olarak kabul edilmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre; “*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.*”⁴⁴

Ayrıca; İş Kanunu çerçevesinde, işverenlerle bir iş sözleşmesine dayalı olarak çalıştırılan işçiler ile Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde bir hizmet sözleşmesi bağlamında çalışan işçilerin, kanundan doğan yahut bireysel ya da toplu iş sözleşmesi kapsamında olan işçi veya işveren alacakları ya da işe iade ve tazminat talebiyle ilgili davalar da, İş Mahkemeleri Kanunu hükümlerine göre arabuluculuk kurumuna başvurmanın gerekli olduğu belirtilen diğer uyuşmazlıklardır⁴⁵

Yine buna ilaveten Deniz İş Kanunu ile Basın İş Kanunu çerçevesinde yapılan iş sözleşmeleriyle ilgili iş uyuşmazlıkları da arabuluculuğa tabidir. Ancak İş Mahkemesi Kanunu m. 3/3'te, birinci fıkra hükmüne istisna getirilerek, iş kazası veya meslek hastalığından doğan maddi ve manevi tazminat talepleriyle bunlara ilişkin tespit, itiraz ve rücu davalarında dava şartı arabuluculuğun uygulamayacağı hükme bağlanmıştır.⁴⁶

Ancak arabuluculuğa başvurma zorunluluğu, işe iade ve işçilik alacakları davalarıyla sınırlıdır. “Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri” iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğa başvurma zorunluluğu kuralı uygulanmaz. Bununla birlikte iş hukuku alanında ortaya çıkan uyuşmazlıklardan hangilerinin üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri konusunda doktrinde tartışmalar bulunmaktadır.⁴⁷

İMK m. 3, arabuluculuk faaliyetine başvurmadan sadece dava açılmasını önlemekte, fakat dava açmak yerine doğrudan ilamsız icra takibine başvurulmasını önleyici bir hüküm içermemektedir. Bilindiği gibi İcra İflas Kanunu, para alacaklarıyla ilgili olarak taraflara ilamsız icra takibi imkânı da

⁴⁴ İş Mahkemesi Kanunu, m. 3/1.

⁴⁵ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, B.2, İstanbul 2019, s. 203.

⁴⁶ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, B.2, İstanbul 2019, s. 212.

⁴⁷ B. Azaklı Arslan, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, s. 113, Ankara 2018.

vermektedir. Bu nedenle bu maddeye göre zorunlu arabuluculuğa tabi olan uyuşmazlıklarda, duruma göre ilamsız icra takibi yapılması mümkün olduğu düşüncesi doktrinde kabul görmüştür.⁴⁸ Bu açıdan bakıldığında İMK m. 3, arabuluculuk faaliyetine başvurmadan sadece dava açılmasını önlediğine ve İcra İflas Kanunu da para alacaklarını tahsil için taraflara ilamsız icra takibi imkânı verdiği göre, tarafların, alacaklarını daha kısa süre içinde tahsil etmesini sağlayan bu yöntemin kullanılmasının engellenmemesi gerektiği, aksi takdirde hak arama özgürlüğünün ihlal edilmiş olacağı belirtilmiştir.⁴⁹

(b) İş Yüğü Sorununa Çözüm Oluşturması

İşçi ve işveren arasındaki iş uyuşmazlıklarının çözümünde mahkemeye dava açmadan önce arabuluculuğa başvurunun dava şartı olarak kabul edilmesinin en önemli gerekçesi, şüphesiz ki öncelikle mahkemelerdeki dava sayısının azaltılması ve iş uyuşmazlıklarının makul süre içinde sonuca bağlanması, ikinci olarak da, arabuluculuğun daha az masraflı ve barışçıl bir yöntem olmasıdır.

İş Kanunu'nda, bu amaca hizmet edecek hükümler bulunmaktadır. İş Kanunu m. 20'de; işçilerin dava açma süresi için 1 aylık, yargılama süresi için 2 aylık, temyiz süresi için de 1 aylık süreler konularak iş uyuşmazlıklarının toplamda 4 aylık süre içinde çözülmesi öngörülmüştür.⁵⁰ Ancak iş yargısının temel amacını oluşturan çabukluk, ucuzluk ve basitlik ilkelerinin uygulamada yargının *iş yükü nedeniyle* tam olarak uygulanamadığı bilinmektedir. Adli istatistikler, İş Mahkemelerindeki iş yükü sorununu açıkça göstermektedir. Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün verilerine göre; 2020 yılında ilk derece mahkemelerindeki yaklaşık 3.630.000 civarındaki hukuk davalarının %15'i iş hukukundan doğan uyuşmazlıklardır.⁵¹

Mahkemelerdeki aşırı iş yükü, uyuşmazlıkların yargılama yöntemiyle çözümünü çok geciktirmekte ve adalete erişimi kesintiye uğratmaktadır. Yargılamaların makul süre içinde bitirilememesi, yargının etkinliğini tartışılır kılmakta ve hukuk düzenine olan güveni sarsmaktadır. Yargının aşırı iş yükü

⁴⁸ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, B.2, İstanbul 2019, s.195.

⁴⁹ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, B.2, İstanbul 2019, s.195.

⁵⁰ B. Azaklı Arslan, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, s. 120, Ankara 2018.

⁵¹ Adalet Bakanlığı, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü.

nedeniyle ortaya çıkan sorunların çözümü için yargılama usulünde değişiklikler yapılması gündeme gelmiştir.⁵² Hukuk sistemimizde yargının bu sorununun çözümü için bir kısım düzenlemeler yapılmıştır. İstinaf mahkemelerinin, tüketici hakem heyetlerinin kurulması ve bireysel iş uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuğa başvurunun dava şartı olarak kabul edilmesi bu düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir.⁵³

Yargının iş yükü sorununun çözümü için ortaya konulan bu tedbirlerin çözüme ne ölçüde katkı sağladığı konusu doktrinde tartışılmıştır. Çoğunluğun görüşü, bu düzenlemelerin yargının iş yükü sorununa çözüm oluşturduğu yönündedir. Ancak tarafların arabuluculuğa zorunlu olarak yönlendirilmesi, bazı yararları olmakla birlikte tarafların doğrudan dava açmalarının önünde bir engel olduğu⁵⁴ ve arabuluculuğa başvurunun zorunlu hale getirilmesinin, iş yükü sorununa çözüm getirmediği, aksine uyuşmazlığın çözüm süresinin daha da uzamasına neden olduğu⁵⁵ gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Her iki görüşü temsil eden yazarların buluştukları ortak nokta ise, arabuluculuk kurumundan umulan yararın sağlanabilmesi için, arabuluculuğa başvurunun tarafların ihtiyarına (isteğine) bırakılmasıdır.

(c) İş Uyuşmazlıklarının, Müzakereye Uygun Olması

İş uyuşmazlıklarının, tarafların karşılıklı rızasıyla çözümlenmesi; toplumsal barışın devamını sağlaması, az masraflı olması ve kısa sürede sonuçlanması nedenleriyle arabuluculuk faaliyeti kazan-kazan formülü olarak nitelendirilmektedir. Ayrıca bu yöntem, toplumsal değerlerimiz ve kültürümüzde yerleşmiş olan *helalleşme* anlayışına dayalı bir çözüm şekli olduğundan sosyal ve kültürel yapımıza da uygun düştüğü ifade edilmiştir.⁵⁶

⁵² Baki Kuru, Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması İçin Alınması Gereken Tedbirler, s. 4-6, 270-289, İBD, 1984.

⁵³ Özgür Oğuz, Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Legal Yayınevi, s. 77, İstanbul 2016.

⁵⁴ Baki Kuru, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, S. 2, s. 239.

⁵⁵ Süha Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında AUÇ Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBB Dergisi, S. 64, s. 170, 2006.

⁵⁶ Prof. Dr. M. Fatih Uşan, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu Kitabı Önsözü, 2018.

İş hukukundan doğan uyuşmazlıkların, ihtisas mahkemelerinde çözülmesinin yararlı olacağı düşüncesiyle İş Mahkemeleri kurulmuşsa da, mahkemeler yoluyla yapılan yargılama çekişmeli bir süreçtir. Bu çekişmeli süreç, işçi-işveren ilişkilerine zarar vermekte, dava sonrasında hangi taraf kazanırsa kazansın tarafların eski ilişkilerini sürdürmeleri mümkün olmamaktadır. Hâlbuki işçi-işveren ilişkileri, süreklilik arz etmektedir. İş uyuşmazlıklarının, dostane yöntem olan arabuluculuk yoluyla çözülmesi halinde, iş ve çalışma barışı bozulmadan devam eder.⁵⁷ Bu nedenle işçi-işveren arasındaki uyuşmazlıkların, arabuluculuk yöntemiyle her iki tarafın kazandığı şekilde çözülmesi, iş ve çalışma barışına hizmet etmektedir.⁵⁸ Dolayısıyla iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda, taraflar arasındaki ilişkilerin sürekliliğine hâlel getirmeyen en uygun yöntemin arabuluculuk olduğu söylenebilir.

2012’de kabul edilen Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nda yer alan ihtiyari arabuluculukla ilgili hükümler, iş hukukundan doğan uyuşmazlıkları kapsamaktadır. İhtiyari arabuluculuk uygulanmaya başladıktan sonra yapılan istatistikî bilgiler, iş hukukundan doğan uyuşmazlıkların yapısının, taraflar arasında müzakere yoluyla çözümlemeye uygun olduğunu göstermektedir. Buna göre, arabuluculuğa götürülen uyuşmazlıklardan %89’unu, işçi-işveren arasındaki uyuşmazlıklar oluşturmuş, bunların %93’ü anlaşmayla sonuçlanmıştır (Adalet Bakanlığı, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü). Bu veriler doğrultusunda iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun yaygınlaştırılması düşünülmüş ve İş Mahkemeleri Kanunu’nun 3. maddesiyle iş davalarında, tarafların mahkemeye başvurmadan önce arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilmiştir.⁵⁹

Bazı yazarlar, iş hukukundan doğan uyuşmazlıkların kamu düzeniyle ilgili olmasından dolayı bu uyuşmazlıkların çözümünde alternatif çözüm yollarına olumsuz bakmaktadırlar. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile kamu düzeni arasında sıkı bir ilişki olmakla birlikte, bir uyuşmazlığın alternatif yöntemlerle çözümlenmeye elverişli olup olmadığının incelenmesinde sadece kamu düzenine

⁵⁷ M. Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin Yayınları, 2016, s. 887.

⁵⁸ Ejder Yılmaz, İş Mahkemesi Kanununun Değiştirilmesi İhtiyacı, Sicil İş Hukuku Dergisi, s. 7-8, 2007.

⁵⁹ B. Azaklı Arslan, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, s. 120, Ankara 2018.

aykırılık konusunun dikkate alınması yeterli olmayacaktır. Kamu düzenine ilişkin hususlar, Yargıtay tarafından genel olarak kabul edildiği üzere tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği konulardır. Ancak doktrinde, kanunda düzenlenmemiş olan kamu düzeni ölçütünün bu konuda ön şart olarak kabul edilmesi alternatif çözüm yollarına güvensizlik anlamına geleceğinden eleştirilmiştir.⁶⁰

İş hukukundan doğan uyuşmazlıkların, müzakereye uygun olduğu yönündeki düşünceye karşı; iş uyuşmazlıklarının işçi-işveren ilişkisinden kaynaklandığı, bu ilişkide işçinin işveren karşısında zayıf bir durumda olduğu gerekçesiyle arabuluculuk faaliyetinin '*işçinin korunması*' ilkesiyle çeliştiği görüşü ileri sürülmüştür. Bu görüşü savunanlara göre, iş uyuşmazlıklarında adaletin sağlanması için en ideal yöntem mahkeme yargılamasıdır.⁶¹ Ancak işçinin korunmasına yönelik hükümlerin, iş uyuşmazlıkları konusunda işçinin kendi iradesine göre karar verme hakkını ortadan kaldırdığı söylenemez. Zaten uyuşmazlık ortaya çıktığında iş ilişkisi sona ermiş olacağından, artık taraflar arasında bir eşitsizlik söz konusu değildir. Dolayısıyla uyuşmazlığın çözümü için alternatif yöntemlere başvurulması halinde taraflar eşit sayılacaktır.

(d) İMK'da Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Uyuşmazlıklar

İş Mahkemeleri Kanunu'nda, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurma zorunluluğu, iş hukukundan doğan bütün uyuşmazlıklar için değil; işçi/işveren alacağı/tazminatı ve işe iade talepleriyle ilgili uyuşmazlıklar için getirilmiştir.⁶² Burada 'kanuna dayanan' ibaresinden, iş sözleşmesinden doğan alacak ve tazminat taleplerine ilaveten, örneğin sebepsiz zenginleşme veya haksız fiilden kaynaklanan alacak ve tazminat taleplerinin de bu madde kapsamına dâhil olduğu anlaşılmaktadır. Kısaca, iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğa başvurma zorunluluğu işçi/işveren alacağı/tazminatı ve işe iade taleplerine ilişkin uyuşmazlıklar için öngörülmüştür. Diğer uyuşmazlıklara ilişkin davalarda arabuluculuğa başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır. Örneğin, işçiye verilen

⁶⁰ Cafer Eminoğlu, Anonim Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği ve Elverişliliğin Tespitinde Ölçüt Önerileri, s. 276, <https://dergipark.org.tr>.

⁶¹ Zeynep Şişli, Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, s. 45-67, 2012, naklen: Betül A. Arslan, Zorunlu Arabuluculuk, 2018.

⁶² İş Mahkemesi Kanunu, m. 3/1.

disiplin cezalarına ilişkin uyuşmazlıklarda dava açmadan önce arabuluculuğa başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır.⁶³

Diğer taraftan, iş hukukundan doğan uyuşmazlıkların İMK 3. maddesi kapsamına girebilmesi için; uyuşmazlığın iş ilişkisinden (iş sözleşmesi) doğması gerekir. Dolayısıyla işçi ile işveren arasında kira ilişkisinden doğan uyuşmazlıkta bu hüküm uygulanamaz. Uyuşmazlığın İMK 3. maddesi kapsamına girmesi için diğer bir şart da tarafların işçi ve işveren olmasıdır. Bu da işçi ve işveren arasında kurulması gereken iş ilişkisini gündeme getirmektedir. İşçi-işveren arasındaki iş ilişkisi de, iş sözleşmesiyle ortaya çıkmaktadır. Diğer yandan İMK'nın 3. maddesinin 20. fıkrası uyarınca, *gazeteci* ve *gemi adamı* işçi sayıldığından, bunlarla işverenleri arasında kanunda belirtilen uyuşmazlıklar ortaya çıktığında dava açmadan önce arabuluculuğa başvurma zorunluluğu vardır.

İş hukukundan kaynaklanan alacak ve tazminat talepleri, ister kanundan, isterse bireysel ve toplu iş sözleşmesinden doğmuş olsun, bunların çözümünde arabuluculuğa başvurma zorunluluğu kabul edilmiştir. Madde metninde yer alan 'kanundan' kavramıyla, iş sözleşmesinden doğan alacak ve tazminat talepleri yanında, yine iş hukukundan kaynaklanan haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme nedeniyle alacak ve tazminat taleplerinin de madde kapsamına dâhil olduğu söylenebilir. Örneğin işçi ya da işverenin iş ilişkisi dolayısıyla birbirlerine karşı hakaret içeren bir eylemde bulunmaları halinde bundan doğan tazminat alacağı davası açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması zorunludur.⁶⁴

(e) Usul Hukuku Yönünden İMK'da Dava Şartı Arabuluculuk

İş Mahkemeleri Kanunu'nda dava şartı şöyle yer almıştır: "*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.*" (İMK, m. 3/1). İMK'da yer alan bu dava şartı, mahkemenin, davaya bakabilmesi için varlığı şart görülen *arabulucuya başvurulmuş olması* haline denir. HMK m. 114'de düzenlenen dava şartları ise, genel olarak bütün davalarda mahkemelerin

⁶³ Özgür Oğuz, 2016, naklen: B. A. Arslan, Zorunlu Arabuluculuk, s. 136-137, 2018.

⁶⁴ B. Azaklı Arslan, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, s. 138-139, Ankara 2018.

esasa ilişkin inceleme yapabilmesi için gerekli olan şartlardır.⁶⁵ İMK'nın 3/1 maddesinde yer alan dava şartı, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurma zorunluluğuna ilişkin özel bir dava şartı niteliğindedir.

Mahkeme, davanın her aşamasında dava şartının bulunup bulunmadığını resen inceler, taraflar da dava şartlarının bulunmadığını her zaman ileri sürebilirler. Dava şartı bulunmadığı takdirde mahkeme, ya dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddeder, ya da dava şartı eksikliği giderilmesi mümkün ise ilgili tarafa kesin süre verir. (HMK m. 115/2). Davacı, arabuluculuk süreci sonunda anlaşılamama tutanağını dava dilekçesiyle birlikte sunmak zorundadır. Sunmadığı takdirde mahkeme tarafından davacıya, anlaşılamama tutanağının bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunması yönünde ihtarda bulunulur. Bu ihtarın gereği yerine getirilmediğinde dava reddedilir. (İMK m. 3/2). Ancak İMK'nın 3. maddesinin 2. Fıkrasının son cümlesinde belirtildiği üzere, arabuluculuğa başvurulmadan dava açıldığının tespit edilmesi durumunda başka bir işlem yapılmadan dava, dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddedilir. Burada hâkimin taraflara dava şartının tamamlanması için kesin süre verme yetkisi bulunmamaktadır. Yani buradaki arabuluculuğa başvurma zorunluluğu, HMK'nın 115. maddesinin 2. fıkrasında yer alan sonradan *tamamlanması mümkün* olan dava şartları arasına alınmamıştır.⁶⁶

Dava şartı bulunmadığından usulden reddedilen davanın, dava şartı yerine getirilerek tekrar açılması mümkündür. Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin bir kararı şöyledir; “*Arabulucuya başvurulmamış olması sebebiyle dava şartı yokluğundan usulden reddedilen bir davanın dava şartına ilişkin eksikliğin tamamlanmasından sonra tekrar açılması da mümkündür. Bu yönüyle dava şartının yerine getirilmemesi sebebiyle davanın bir kere usulden reddedilmiş olması uyuşmazlığın yargı önüne taşınmasını engellememektedir.*”⁶⁷

Dava şartı eksikliği mahkemece fark edilmeden karar verilmiş olması halinde, hukuka aykırı bir hüküm söz konusu olacağından bu hukuka aykırı

⁶⁵ Pekcanitez/Özekes/Atalay, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları Ankara, 2016, s. 244.

⁶⁶ B. Azaklı Arslan, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, s. 143, Ankara 2018.

⁶⁷ AYM, 11.07.2018, 2017/178-2018/82.

durumu düzeltmek için tarafların kanun yoluna başvurma imkânı vardır. İş hukukundan doğan belli bazı uyuşmazlık türleri için arabuluculuğa başvurulmadan açılan davalarda, davanın reddine dair verilen kararlar nihai karar olduğundan, bu kararlara karşı da kanun yoluna başvurulabilir.

Dava şartlarına aykırılık bulunması durumu, duruşma yapılmaksızın karar verilebilecek hallerden birisidir. (HMK m. 353/1-a). Duruşma yapılmaksızın usul yönünden karar verilecek bu gibi durumlarda, davanın esasına dair inceleme yapılmayıp sadece dava şartlarına uygunluk denetimi yapıldığından, bu karara karşı yapılacak istinaf incelemesinde, esas hakkında bir inceleme yapılmadan kararın kaldırılmasına ve dosyanın ilgili ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilir.⁶⁸

Tarafların dava açmadan önce, hangi arabuluculuk bürosuna başvurması gerektiği hususu, yetkili arabuluculuk konusuyla ilgilidir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde hangi arabuluculuk bürosunun yetkili olduğu İş Mahkemeleri Kanunu'nda belirlenmiştir. Buna göre, *“Başvuru, karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılır.”* (İMK m. 3/5).

Bilindiği gibi bir davada yargılama giderleri, davaların açılmasından sonuçlanmasına kadar tarafların yapmak zorunda oldukları bazı harcamalardır ve bu giderler; harçlar, masraflar ve vekâlet ücretinden oluşmaktadır. Arabuluculuğun dava şartı olduğu davalarda yargılama giderlerinden, kural olarak davada haksız çıkan taraf sorumludur. Ancak bu kuralın bir istisnası İMK'nın 3. maddesinin 12. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre taraflardan biri geçerli bir mazereti olmaksızın arabuluculuk görüşmesinin ilk oturumuna katılmazsa, sonradan açılacak davada arabuluculuk faaliyetine katılmayan taraf, davayı kazanmış olsa dahi yargılama giderlerinden sorumludur. Dava sonunda iki tarafın da kısmen haklı çıkması halinde, mahkeme yargılama giderlerinden sorumluluğu tarafların haklı çıkma oranlarına göre dağıtır. (HMK m. 326/2)

⁶⁸ B. Azaklı Arslan, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, s. 149, Ankara 2018.

c. Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk

i. Ticari uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişliliği

‘Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’ (HUAK), ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden doğan uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olup olmadığı konusu değerlendirilirken, basit bir ölçütten yararlanabiliriz. Eğer taraflar, bir uyuşmazlığın çözümü konusunda, yargıya başvurmadan kendi özgür iradeleriyle hareket ederek hukuken bir sonuca varabiliyorlar ise, o konu arabuluculuğa elverişlidir. Bu durumda, kamu düzenine ilişkin olan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmaları mümkün olmayan özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar, arabuluculuğa elverişli değildir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 1. Maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil 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*” hükmü, genel hüküm niteliğindedir. Bu nedenle bu hüküm, hangi ticari uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduklarını göstermektedir. Örneğin, bir ticari işletmenin iflâsına karar verilmesi, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir konu değildir. Bu nedenle iflâs davasının arabuluculuğa elverişli olduğu söylenemez. Genel kurul kararlarının iptali davası da arabuluculuğa elverişli değildir.⁶⁹

Dava şartı arabuluculuk, rakamsal açıdan arabuluculuk kurumunun yaygınlaşmasında önemli katkılar sağlamıştır. Adli sicil kayıtları bu görüşü teyit etmektedir. Arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edildiği 2018 yılı başından Ekim 2019’a kadar geçen süre içinde işçi-işveren arasında çıkan 682.139 uyuşmazlığın çözümü için dava şartı arabuluculuğa başvuruda bulunduğu görülmüştür. Bunlardan 423.612 başvurunun anlaşmayla (% 65), 223.426 başvurunun anlaşamama (% 35) ile sonuçlandığı belirlenmiştir. Aynı dönem

⁶⁹ İlker KOÇYİĞİT- Alper BULUR, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, s. 75, Mart 2019.

içinde ihtiyari arabuluculukta anlaşma ile biten uyuşmazlık oranı % 96, anlaşamama şeklinde biten uyuşmazlık oranı ise % 4'tür. Dava şartı ve ihtiyari arabuluculuk ayrımı yapmaksızın genel toplam olarak bakıldığında, uyuşmazlıkların % 71 oranında anlaşmayla sonuçlandığı görülmektedir.⁷⁰

Türk Ticaret Kanunu'nda, bazı uyuşmazlıkların çözümünde, dava şartı arabuluculuk sistemine ilişkin yasal düzenleme 01.01.2019 tarihinde yapılmıştır. Adli istatistiklere göre; ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk uygulamasının başladığı bu tarihten 2019 yılı Ekim ayı sonuna kadar geçen yaklaşık 10 aylık zaman diliminde, 119.787 ticari uyuşmazlık, dava şartı arabuluculuğa tabi tutulmuş, bunlardan 57.525 uyuşmazlık dosyası anlaşma ile (%57), 43.961 uyuşmazlık dosyası ise anlaşamama ile sonuçlanmıştır.⁷¹

ii. Ticari uyuşmazlık ve ticari dava kavramı

Ticari davalar Türk Ticaret Kanunu'nda tanımlanmıştır:

“Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın;

a) Bu Kanunda, b) Türk Medenî Kanununun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ilâ 969 uncu maddelerinde, c) 11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ilâ 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ilâ 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ilâ 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörülmüş bulunan 547 ilâ 554, havale hakkındaki 555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ilâ 580 inci maddelerinde, d) Fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta, e) Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde, f) Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde, öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve

⁷⁰ Adalet Bakanlığı, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü.

⁷¹ Adalet Bakanlığı, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü.

çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır. Ancak, herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bundan istisnadır."⁷²

‘Mutlak ticari davalar’ diye adlandırılan bazı davalarda, davanın taraflarına ve uyuşmazlığın ticari işletmeyle ilgili olup olmadığına bakılmaz. ‘Nispi ticari davalar’ diye bilinen bazı davalarda ise, uyuşmazlığın ticari sayılması, tarafların ticari işletmesini ilgilendiren konulardan kaynaklanması dikkate alınır. Bazı davalarda ise, uyuşmazlığın bir ticari işletmeyi ilgilendirmesi yeterli şart olarak görülmüştür.⁷³

Türk Ticaret Kanunu’nun *ticari işler* başlığını taşıyan 3. maddesinde *ticari işler* tanımlanmıştır; “*Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir.*”⁷⁴ Yine *ticari iş karinesi* başlığını taşıyan 19. maddesinde; “*(1) Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak, gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adi sayılır*” denilerek tacirin borçlarının ticari olmasının asıl olduğu vurgulanır. Aynı maddenin 2. fıkrasında yer alan “*(2) Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır*” hükmü gereğince, taraflardan yalnız biri için ticari nitelikte sayılan sözleşmeler, kanunda aksine hüküm bulunmadığı takdirde diğeri için de ticari sayılacaktır.⁷⁵

Bir uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kuralının belirlenmesi için, o uyuşmazlığın ticari dava olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Zira ticari dava niteliğindeki uyuşmazlıklara bunlara uygun olan yargılama kuralları uygulanacaktır.⁷⁶ Bu konu bağlamında önemli olan bir husus da, ticari

⁷² TTK m. 4-(1).

⁷³ Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 65.

⁷⁴ Türk Ticaret Kanunu, m. 1.

⁷⁵ Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2019, s. 66.

⁷⁶ Mustafa İsmail KAYA/ Burçak TATLI, Ticaret Hukuku-I, Ticari İşletme ve Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2019, s. 81.

uyuşmazlıklara genel mahkemelerde değil, ihtisas mahkemeleri olan asliye ticaret mahkemelerinde bakılıyor olmasıdır.⁷⁷

Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinin 1. fıkrasında şu hüküm yer alır: “*Bu kanunun 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır*”. Görüldüğü üzere, ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk ticaret mahkemelerindeki dava sayısını azaltmayı amaçlayan bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir.⁷⁸ Kanun metninde (TTK, m. 5/A), ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğa başvurmak için gerekli olan esaslar belirlenmiştir. Buna göre; Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalara bakılıp söz konusu maddenin yorumu yapılarak bu ticari uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk sistemi kapsamında kalıp kalmadığı hususu belirlenmiş olacaktır.⁷⁹

Bu konuda, asliye ticaret mahkemelerinin görev kapsamına giren her davanın dava şartı arabuluculuk sistemine tabi olmadığı hususu önemlidir. Kanun, dava şartı arabuluculuğa tabi olan uyuşmazlıkları istisnai olarak saymıştır. Burada dikkate alınacak ölçüt, davanın ticari dava niteliğinde olması yanında bu uyuşmazlığın *tazminat* veya *alacak* talebine dayanmasıdır. Eğer uyuşmazlık bu ölçütlere uymuyorsa burada dava şartı arabuluculuk söz konusu olamaz.⁸⁰

Daha önce de belirttiğimiz gibi, *mutlak ticari* olarak nitelendirilen davalarda, davanın taraflarına ve uyuşmazlığın ticari işletmeyle ilgili olup olmadığına bakılmaz. *Nispi ticari* davalarda ise, uyuşmazlığın ticari sayılması ve tarafların ticari işletmesini ilgilendiren konulardan kaynaklanması dikkate alınır. Havale, saklama, fikir ve sanat eserleriyle ilgili uyuşmazlıklardan doğan davalar ile tarafların ticari işletmesiyle ilgili uyuşmazlıklardan doğan davalar, *nispi ticari* davalardır.⁸¹ Demek ki, mutlak ticari davalar, tarafların tacir niteliğine ve ticari

⁷⁷ Gönen ERİŞ, Ticari İşletme ve Şirketler, C.I, Ankara 2014, s. 306.

⁷⁸ İsmail Kayar, Ticaret Hukuku, Eylül 2018, s. 10.

⁷⁹ Tamer Bozkurt, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2019, s. 266.

⁸⁰ Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 65.

⁸¹ İsmail Kayar, Ticari İşletme Hukuku, s. 117, Ankara 2018.

işletmeleriyle ilişkili olup olmadığına bakmaksızın her halükârda ticari sayılacak davalara denilir.⁸²

Yargıtay da ticari davaları, aynı şekilde iki kısma ayırmaktadır. Yargıtay HGK'nın bir kararında, *mutlak ve nispi ticari* davalar şöyle tanımlanmıştır: “*Mutlak ticari davalar, tarafların tacir olup olmadığına ve işin bir ticari işletmeyi ilgilendirip ilgilendirmediğine bakılmaksızın ticari sayılan davalardır. Mutlak ticari davalar, TTK'nin 4/1. maddesinde bentler halinde sayılmıştır. Nispi ticari davalar, her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olması halinde ticari nitelikte sayılan davalardır. TTK'nin 4/1. maddesine göre, her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan ve iki tarafı da tacir olan hukuk davaları ticari dava sayılır. Bu hükme göre, bir davanın ticari dava sayılabilmesi için, hem iki tarafın ticari işletmesini ilgilendirmesi hem de iki tarafın tacir olması gereklidir.*”⁸³

TTK'nun 4. maddesi gereğince, konusu fikri mülkiyet olan davalar *mutlak ticari* dava sayılmıştır.⁸⁴ TTK'da yer alan bono, çek ve taşımacılık işlerindeki uyuşmazlıklara ilişkin davalar *mutlak ticari* nitelikte sayılmıştır. Türk Medeni Kanunu 962 ve 969 maddeleri arasında düzenlenen işlemler, mutlak ticari nitelikte kabul etmiştir.⁸⁵

Yine TBK'da düzenlenmesine rağmen bazı işlerin ticari nitelikli olarak kabul edilmesinin daha uygun olacağı benimsenmiştir. Örneğin rekabet yasağı, TBK'nın 444. ile 447. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Burada *rekabet yasağı*, esas itibarıyla ticari nitelik taşıdığı gerekçesiyle *ticari iş* olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle tarafların tacir niteliğine ve işin ticari nitelikte olup olmadığına bakılmadan mutlak ticari dava olarak kabul edilir.

Sonuç olarak, kanun koyucunun ticari davaları belirlemede iki ölçüt getirdiği söylenebilir. Birincisi, uyuşmazlıkta her iki tarafın tacir olmasıdır.

⁸² Aytekin ÇELİK, Ticaret Hukuku, s. 18, Ankara 2019.

⁸³ Yargıtay HGK, T. 10.2.2016, E. 2014/17-2389, K. 2016/129.

⁸⁴ Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 71.

⁸⁵ Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2019, s. 108.

İkincisi, uyuşmazlığın, her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olmasıdır. Bir ticari faaliyeti kısmen dahi olsa, kendi adına yürüten kimse tacir sayılır.⁸⁶

iii. Ticari davalarda arabuluculuğun kapsamı ve uygulama alanı

Türk Ticaret Kanunu m. 5'te, ticari nitelik taşıyan uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğun uygulama alanı belirlenmiştir. “*Bu Kanunun 4'üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.*”⁸⁷

Görüldüğü gibi bu maddeye göre, bir ticari uyuşmazlıkta dava şartı arabuluculuğun uygulanabilmesi için öncelikle; dava kanunun 4. maddesinde ve diğer kanunlarda ticari nitelikli dava olarak tanımlanmış olacak, ikinci olarak da bu ticari davanın bir miktar paranın ödenmesine yönelik alacak ve tazminat talebini içerecektir.

Türk Ticaret Kanunu'nda, arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun kapsamı belirlenirken ölçüt olarak *dava konusu* esas alınmıştır. Bu nedenle, uygulamada hangi ticari uyuşmazlıkların arabuluculuğa başvuru zorunluluğu kapsamında kaldığının tespitinde doktrinde farklı yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. Ticari davalar bakımından hangi uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğa tabi olduğunun belirlenmesi noktasında ortaya çıkan farklı görüşler, Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesine getirilen farklı yorumlardan kaynaklanmaktadır.⁸⁸ Bu farklı görüşlerin değerlendirilmesinde, *dava konusu* kavramının muhtevasının nasıl doldurulacağı ve *kanun metninin lafzına* bağlı kalınıp kalınmayacağı hususları önem arz etmektedir. Bu çerçevede yapılan tartışmaların; özellikle menfi tespit davaları üzerinde yoğunlaştığı, ancak bununla birlikte icra ve iflas hukuku kapsamına giren bütün davalarla da ilişkili olduğu söylenebilir.

Türk Ticaret Kanunu'na göre (TTK m. 5/A), ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun belirlenmesinde ölçüt olarak *dava konusu* esas alındığından, dava niteliği taşımayan çekişmesiz yargı işlerinin bu

⁸⁶ TTK m. 12/1.

⁸⁷ TTK m. 5/A(1).

⁸⁸ İbrahim Ermenek-Betül Azaklı Arslan, İcra Ve İflâs Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu, TBB Dergisi 2020, s. 148.

zorunluluğa tabi olmadığı açıktır. Bu noktada temel unsur, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri içeren ticari bir uyuşmazlığın bulunmasıdır. İstanbul Bölge İdare Mahkemesi (İstinaf) Kararı bu görüşü teyit etmektedir.⁸⁹

Uygulamada çok sık açıldığı görülen *menfi tespit, tazminat ve istirdat* davalarının dava şartı arabuluculuğa tabi olup olmadığına dair doktrinde var olan farklı görüş ve değerlendirmeler mahkemelere de yansımış durumdadır. Bazı mahkemeler, yukarıda ifade ettiğimiz nedenlerle meydana gelen yorum farklılıklarından dolayı bir uyuşmazlıkta dava şartı arabuluculuğun uygulanması gerektiğine karar verirken, bazı mahkemeler ise, yine benzer bir uyuşmazlıkta

⁸⁹ “TTK 4. maddesi kapsamında, ticari dava sayılan bu davaların 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 1. maddesinde açıklanan gerekçeyle zayıf tarafı koruma amacıyla ihtisas mahkemesi niteliğindeki tüketici mahkemesinde görülmesi davanın ticari olma niteliğini değiştirmez. Çünkü TTK 4/1-g maddesi ile davanın ticari olması tarafların sıfatına değil, davanın dayanağı yasal düzenlemenin niteliğine yani bankacılık işlemlerine göre belirlenmiştir. Zaten bankacılık işlerinin büyük bölümü tüketicinin taraf olduğu hususlara ilişkindir. Dolayısıyla da dava tüketici mahkemesinde görülse de ticari davadır. Aynı Kanun’un 83-2 maddesinde ‘Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez’ denmesinin nedeni de tam bu gibi durumlara açıklık getirmek içindir” (İstanbul BAM 18. HD, 16.05.2019, 1066/1022: www.kazanci.com.tr).

⁸⁹ İbrahim Ermenek-Betül Azaklı Arslan, İcra Ve İflâs Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu, TBB Dergisi 2020, s. 148.

⁸⁹ **Menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığını kabul eden Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) kararına örnek:** “Kanun metni yoruma muhtaç ifadeler içermesi nedeniyle sırf kanun dili ile sonuca varılamamaktadır. İşin içine yorum katılması gerektiğine göre yorumun kanunun amacına uygun yapılması gerekir. Somut kanun hükmünün madde metninden olumsuz tespit (menfi tespit) davalarının dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığına dair açık bir düzenleme bulunmadığına göre genel gerekçe ve madde gerekçesinde kullanılan ifadelerden anlaşılan gayeden hareketle yorum yapılmaz. Genel gerekçe ve madde gerekçesi uyuşmazlık kriterine işaret ettiğinden dava türüne göre değil uyuşmazlık türü esas alınarak yapılan değerlendirme sonucunda; eldeki davanın (genel tarımsal kredi nedeniyle borçlu olmadığının tespiti ve ödenen tutarların -miktar belirtilmemiş- istirdadı davası) TTK 5/a maddesi gereğince dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu sonucuna varılmaktadır. Davacı, dava açmadan önce arabuluculuğa başvurduğuna dair beyanda bulunmadığı gibi dosya içerisinde de arabuluculuğa başvuruya (ve sona ermesine) ilişkin belge de bulunmamaktadır. Bu durumda 6325 Sayılı yasanın 18/A-2 maddesine göre davanın dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesinde yasaya aykırı bir hal söz konusu değildir.” (Ankara BAM 21. HD, 2019/851 Esas, 2019/1045 Karar, 19.09.2019 Tarih, Sinerji Mevzuat Program)

Menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında kalmadığını kabul eden Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) kararı örnek: “Bu hukuki açıklamalar ışığında somut olaya dönüldüğünde: davacının iş bu davadaki talebi, menfi tespit istemine ilişkindir. TTK’nın 5/A maddesine göre, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Davanın konusu (müddeabih), dava dilekçesindeki talep sonucu, yani netice-i talep esas alınarak belirlenir. Netice-i talebin bir para alacağının tahsili veya tazminat olduğu durumlarda, arabulucuya başvuru yapılmış olması dava şartıdır. Menfi tespit davaları bu kapsamda değerlendirilemez. Çünkü menfi tespit davalarında, bir miktar alacağın tahsili talebi yoktur. Yani, ticari dava niteliğindeki menfi tespit davalarının açılabilmesi için arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır. İlk derece mahkemesinin karar gerekçesi bu nedenle usul ve yasaya aykırıdır.” (İstanbul BAM 14. HD. 2019/521 Esas, 2019/423 Karar, 21.03.2019 Tarih, Sinerji Mevzuat Programı)

dava şartı arabuluculuğun uygulanmaması gerektiğine karar verebilmektedirler. Örneğin *menfi tespit*, *istirdat* gibi bazı dava çeşitleriyle ilgili İstinaf Mahkemeleri kararları arasında görüş farklılıkları olduğu görülmektedir. Bunlardan benzer uyuşmazlıklara ilişkin iki farklı karar örneğini sunuyoruz.⁹⁰

İstinaf Mahkemelerinin bu görüş farklılıkları nedeniyle bazı sorunlar yaşandığını söyleyebiliriz. Mahkemeler arasında içtihat farklılığını bilen tarafların, dava açarken gerçekte dava şartı arabuluculuk sistemine tabi olmayan uyuşmazlıklarda bile arabuluculuğa başvurdukları görülmektedir. Bu durum, hukuk sistemimizde hem zaman kaybına neden olmakta, hem de hukuk ve adaletin eşit olarak tecelli etmesine engel olmaktadır. İstinaf Mahkemelerinin, *menfi tespit*, *tazminat*, *istirdat* gibi ticari nitelik taşıyan davalarla ilgili verdikleri birbiriyle çelişkili kararlar arasındaki uyuşmazlığı gidermek için Yargıtay'ın verdiği aşağıdaki karar, ticari nitelikteki *itirazın iptali* davalarında da dava şartı arabuluculuğun uygulanabileceği görüşünü teyit etmektedir:

“7155 sayılı Kanun’un 20. maddesi ile eklenen 6102 sayılı TTK’nın 5/A maddesi uyarınca, ticari nitelikteki itirazın iptali davalarında dava açılmadan

⁹⁰ **Menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığını kabul eden Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) kararına örnek:** “Kanun metni yoruma muhtaç ifadeler içermesi nedeniyle sırf kanun dili ile sonuca varılamamaktadır. İşin içine yorum katılması gerektiğine göre yorumun kanunun amacına uygun yapılması gerekir. Somut kanun hükmünün madde metninden olumsuz tespit (menfi tespit) davalarının dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığına dair açık bir düzenleme bulunmadığına göre genel gerekçe ve madde gerekçesinde kullanılan ifadelerden anlaşılan gayeden hareketle yorum yapılmaz. Genel gerekçe ve madde gerekçesi uyuşmazlık kriterine işaret ettiğinden dava türüne göre değil uyuşmazlık türü esas alınarak yapılan değerlendirme sonucunda; eldeki davanın (genel tarımsal kredi nedeniyle borçlu olmadığının tespiti ve ödenen tutarların -miktar belirtilmemiş- istirdadı davası) TTK 5/a maddesi gereğince dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu sonucuna varılmaktadır. Davacı, dava açmadan önce arabuluculuğa başvurduğuna dair beyanda bulunmadığı gibi dosya içerisinde de arabuluculuğa başvuruya (ve sona ermesine) ilişkin belge de bulunmamaktadır. Bu durumda 6325 Sayılı yasanın 18/A-2 maddesine göre davanın dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesinde yasaya aykırı bir hal söz konusu değildir.” (Ankara BAM 21. HD, 2019/851 Esas, 2019/1045 Karar, 19.09.2019 Tarih, Sinerji Mevzuat Programı)

Menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında kalmadığını kabul eden Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) kararı örnek: “Bu hukuki açıklamalar ışığında somut olaya dönüldüğünde: davacının iş bu davadaki talebi, menfi tespit istemine ilişkindir. TTK’nın 5/A maddesine göre, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Davanın konusu (müddeabih), dava dilekçesindeki talep sonucu, yani netice-i talep esas alınarak belirlenir. Netice-i talebin bir para alacağının tahsili veya tazminat olduğu durumlarda, arabulucuya başvuru yapılmış olması dava şartıdır. Menfi tespit davaları bu kapsamda değerlendirilemez. Çünkü menfi tespit davalarının, bir miktar alacağın tahsili talebi yoktur. Yani, ticari dava niteliğindeki menfi tespit davalarının açılabilmesi için arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır. İlk derece mahkemesinin karar gerekçesi bu nedenle usul ve yasaya aykırıdır.” (İstanbul BAM 14. HD. 2019/521 Esas, 2019/423 Karar, 21.03.2019 Tarih, Sinerji Mevzuat Programı).

*önce arabuluculuğa başvurulmasının zorunlu olduğuna ve arabuluculuğa başvurulmuş olmasının 6100 sayılı HMK m. 114/2 ve 6102 sayılı TTK m. 5/A maddeleri gereği dava şartı olduğuna...*⁹¹ Yargıtay'ın bu kararı, itirazın iptali davalarının; davanın amacı, koruduğu menfaat ve hukuki niteliği göz önüne alındığında TTK'nın 5/A maddesine göre zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁹²

Bugün ticari nitelik taşıyan bir uyuşmazlıkta dava şartı arabuluculuk sisteminin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin doktrindeki tartışmaların, menfi tespit davaları konusunda daha da yoğunlaştığı görülmektedir. Türk hukukunda, talep sonucunun vakıalarla birlikte ele alınarak dava konusunun belirlenmesinin gerektiğini ileri süren görüşe göre; (bu hususta dava nedenlerinin önemli bir işlev gördüğü göz önüne alındığında, *menfi tespit* davalarında dava şartı arabuluculuk sisteminin uygulanması mümkündür.⁹³

Türk hukuku uygulamasında da dava konusu belirlenirken netice-i talep kısmı rol oynamaktadır. HMK m. 303/1'de maddi anlamda kesin hüküm tanımlanırken talep sonucu (netice-i talep) ibaresi kullanılmıştır: “*Bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün, diğer bir davada maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için, her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir.*” Ancak, uyuşmazlıkta arabuluculuğun uygulanması gündeme geldiğinde, bölge adliye mahkemeleri (BAM) dava konusunun belirlenmesinde talep sonucunu değil, uyuşmazlığın konusunu esas almaktadır.⁹⁴ Nitekim Adana Bölge Adliye Mahkemesi'nin şu kararı bunu teyit etmektedir.⁹⁵

⁹¹ Yargıtay, 23.HD, T. 04.12.2020, E.2020/1943, K.2020/4052.

⁹² <https://www.linkedin.com/posts/dr-İlhan-Dinç-menfi-tespit-zorunlu-arabuluculuk>.

⁹³ Ali Cem Budak, Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, Mihder, İstanbul 2019, S. 1, s. 33.

⁹⁴ İbrahim Ermenek-Betül Azaklı Arslan, İcra ve İflas Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu, TBB Dergisi 2020, s. 148.

⁹⁵ “Burada kanun koyucu kanaatimizce netice-i talep veya dava türü ne olursa olsun ‘dava konusu bir miktar para alacağı’ olan tüm talepler hakkında, alacaklı ve borçlu açısından bir ayırım yapılmadan ve bir sınırlama getirilmeden dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasını, dava şartı olarak düzenlemeyi amaçlamıştır. Elbette ki ‘menfi tespit’ talebi ile ‘alacak’ talebi hukuken aynı kavramlar değildir ve bu davalar sonucunda netice-i talepler ile kurulacak hükümler de farklıdır. Ancak burada dava konusu bir miktar para alacağı ise, açılacak davanın ya da talebin ne olduğunun bir önemi yoktur. İster alacak ister menfi tespit ister istirdat ister itirazın iptali ister tazminat talebi olsun bu davaların ortak noktası ‘dava konusunun bir miktar para alacağı’ olduğudur. Sadece netice-i talepler

Hangi ticari davaların dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığının tespiti konusunda tartışmaların yoğunlaştığı bir husus da Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinin yorumudur. Kanunu amaçsal açıdan yorumlayanlar, menfi tespit davalarında arabuluculuğa başvuru zorunlu olduğunu ileri sürmektedir.⁹⁶ Söz konusu kanun maddesinin lâfzî yorumundan hareket eden aksi görüşe sahip bir yaklaşıma göre ise, kanun metninin yeterince açık ve net olması nedeniyle menfi tespit talepleri dava şartı arabuluculuğa tabi değildir.⁹⁷ Bu görüşü savunanlar, bu düzenlemenin niteliği itibariyle bir usul kuralı oluşturduğunu, dolayısıyla bu hükmün dar yorumlanması gerektiğini, hükmün dar yorumlanması durumunda ise, *menfi tespit* davalarının dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığını ileri sürmektedirler.

Menfi tespit davalarında dava şartı arabuluculuk sisteminin uygulanmayacağı görüşünü benimseyenlerin ortaya koydukları başka bir gerekçe, *menfi tespit davalarının bir alacak davası olmadığıdır*. Menfi tespit davalarında dava şartı arabuluculuğun uygulanması gerektiği görüşünü benimseyenlerin gerekçesi ise, TTK'nın 5/A maddesinin sadece lafzına göre değil, amacına uygun olarak yorum yapıldığında, *menfi tespit davalarında da dava konusunun bir miktar alacağa ilişkin olduğu* şeklindedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi kararı da, bu görüşü teyit etmektedir. Karara göre;

*“Menfi tespit davasında davacı, davalıya borçlu olmadığıнын tespitini istemekte, davalı ise davacının borçlu olduğunu savunmaktadır. Mahkeme bu davada davacının borçlu olup olmadığıнын tespiti ile birlikte davalının alacaklı olup olmadığını belirleyecektir. Dolayısıyla menfi tespit davasında dava konusunun bir miktar alacağa ilişkin olduğu açık olup TTK m. 5/A hükmü gereğince menfi tespit davasında arabulucuya başvurmak dava şartıdır.”*⁹⁸

ve mahkemelerce kurulacak hükümler birbirinden farklıdır. Sınırlayıcı bir yorum yaparak maddenin sadece ‘alacak’ veya ‘tazminat’ davalarıyla sınırlı bir uygulama yapmanın kanun koyucunun iradesine aykırı olacağı muhakkaktır. Zira böyle sınırlayıcı bir yorum yapıldığında 2004 sayılı İİK'nın 67. maddesinde düzenlenen ‘İtirazın İptali’ ve 72. maddesinde düzenlenen ‘İstirdat’ davaları ne olacaktır? Bu davalarda da aslen talep ‘bir miktar paranın ödenmesidir’, Adana BAM 9. HD, 17.05.2019, 274/605, bkz.: www.e-uyar.com, Erişim Tarihi: 20.02.2020.

⁹⁶ İlker Koçyiğit-Alper Bulur, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara 2019, s. 141.

⁹⁷ Ali Paşlı, Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 19.

⁹⁸ Yargıtay 11. HD, E.2019/3048, K.2020/1093, T.10.02.2020; İlhan Dinç, [Linkedin.com](https://www.linkedin.com).

iv. Ticari davalar ve dava şartı kavramı

Dava şartı, mahkemece bir davanın yargılama sürecine başlanabilmesi için yasal olarak gerekli olan şartlardır.⁹⁹ Yargılamada dava şartlarının kabul edilmesinin nedenleri, usul ekonomisi ve yargıda aşırı dava sayısını önlemektir. Bu çerçevede mahkemeler dava şartı olgusunu yargılamanın her aşamasında resen araştırır.¹⁰⁰ Dava şartı arabuluculuk, dava açmadan önce arabulucuya başvurmanın zorunlu olduğunu ifade eden bir sistemdir. Dolayısıyla bu sisteme tabi olan uyuşmazlıklarda dava açmadan önce arabulucuya başvurulmamışsa, bu eksikliğin sonradan tamamlanması mümkün değildir. Ancak mahkeme, davacıya, bu davayı açmadan önce arabulucuya başvurduğu ve anlaşamama tutanağı düzenlenmiş olmasına rağmen belgeyi dilekçe ekinde mahkemeye sunmadığı hallerde, *anlaşamama belgesini* mahkemeye sunması için haftalık kesin süre verebilir. Yoksa dava şartı arabuluculukta, arabulucuya başvurulması sonradan tamamlanabilecek dava şartlarından değildir.

Bu konuyla ilgili HUAK'daki hüküm şöyledir; “*Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması halinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğ çıkartılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması halinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir*”¹⁰¹

Anlaşamama tutanağının mahkemeye sunulması için Kanunda verilen bir haftalık süre, uygulamada yanlış yorumlanarak bu sürenin, arabulucuya hiç başvurmadan dava açanlara da verilebildiği görülmektedir ki, bu yasaya uygun

⁹⁹ KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 22. Basım, Ankara 2011, s. 256.

¹⁰⁰ Adalet Bakanlığı Aday Memur Hazırlayıcı Eğitimi, Medeni Usul Hukuku Ders Notu, s. 27, adb.adalet.gov.tr.

¹⁰¹ HUAK, m. 18/2.

değildir. Burada mahkemece verilen bir haftalık süre, daha önce davacı tarafından arabulucuya başvurularak alınması gereken anlaşamama tutanağının mahkemeye fiziki olarak sunulması içindir.

v. Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk yönünden özel dava türleri

Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk uygulaması kabul edildikten sonra ticaret mahkemelerinde bazı dava türleri için dava şartı arabuluculuk sistemi kabul edilmiştir. Fakat bu davalardan bazılarıyla ilgili doktrinde ve uygulamada yani mahkemelerde görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bu nedenle ticari nitelik taşıyan bazı dava türlerinin dava şartı arabuluculuğa tabi olup olmayacağına ilişkin tartışmalar vardır.

(a)Menfi Tespit Davaları ve Dava Şartı Arabuluculuk

Menfi tespit davası, İİK m. 72'ye göre, bir tespit davası niteliğindedir. Her türlü şahsi ve ayni haklar bu davanın konusu olabilir.¹⁰² Menfi tespit, kavram olarak bir hakkın var olmadığının tespitidir. Dava şartı arabuluculuk açısından dava türleri hakkında bir değerlendirme yapılırken, Türk Ticaret Kanunu m. 5/A-1'deki ölçütler dikkate alınmalıdır.

Menfi tespit davalarında, dava şartı arabuluculuk sisteminin uygulanabileceği görüşünü savunanlara göre, Kanunda, bir uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk sistemine tabi olması için, konusu *para* ve *tazminat* olan ticari davalardan söz edilmiş olmakla birlikte, maddenin sırf metnine bakılarak *menfi tespit* davasının dava şartı arabuluculuğa uygun olmadığını söylemek mümkün değildir.¹⁰³ Kaldı ki, bu davaların da dava şartı arabuluculuk kapsamına girdiği yönünde yargı kararları bulunmaktadır. Bunlardan bazılarını şöyle sıralayabiliriz:

1) “*Her ne kadar davacı eldeki menfi tespit davasında zorunlu dava şartı arabuluculuk kapsamında kalmadığını ileri sürmüştü ise de, TTK'nun 5/A maddesindeki düzenleme ile talep sonucuna değil dava konusuna açıkça vurgu yapılarak dava konusunun bir miktar paranın ödenmesi olması şartı aranmış olduğu, menfi tespit davalarının esas itibariyle bir miktar paranın ödemesine*

¹⁰² Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim, Medeni Usul Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 134.

¹⁰³ Koçyiğit, İlker/Bulur, Alper, Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Ankara 2019. s. 142.

ilişkin olmaları da dikkate alındığında dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığının kabulü gerekir.”¹⁰⁴

2) “6100 Sayılı HMK'nın 115/2 maddesinde ise mahkemece dava şartı noksanlığı tespit edilirse davanın usulden reddine karar verileceği belirtilmiştir. Yukarıdaki yasal düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na eklenen 5/A maddesi uyarınca 01.01.2019 tarihi itibarıyla Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Somut uyuşmazlıkta, davanın kambiyo senedine dayalı açılan menfi tespit davası olduğu, kambiyo senetlerinin Ticaret Kanunu'nda düzenlendiği, bu tür davaların TTK' nın 3 ve 4/1-a maddeleri uyarınca ticari dava niteliğinde olduğu, ticari davalarda konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiş olup tarafların arabulucuya başvurmadığı anlaşıldığından mahkemece dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir. Açıklanan bu sebeplerle davalının yerinde bulunmayan istinaf kanun yolu başvurusunun 6100 Sayılı HMK'nın 353/(1)-b-1. maddesi gereğince esastan reddine karar vermek gerekmiştir.”¹⁰⁵

Buna karşılık menfi tespit davasında, dava şartı arabuluculuk sisteminin uygulanamayacağını iddia eden görüşe göre ise, menfi tespit davasının konusu, TTK m.5/A'da yer aldığı şekliyle bir miktar para ya da tazminatın ödenmesi değildir. Bunun oldukça sorunlu bir yorum olduğu belirtilmiştir. Zira bir kanun hükmü yorumlanırken, bundan kanun metninde açıkça kastedilmeyen anlamlar çıkarılamaz.¹⁰⁶ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi'nin (BAM) bu konuya ilişkin kararı şöyledir:

¹⁰⁴ İstanbul BAM, 19. Hukuk Dairesi 2019/1734 Esas, 2019/1521 Karar, 26.06.2019 T., Sinerji Mevzuat Programı.

¹⁰⁵ Erzurum BAM 3.HD, 2019/531 Esas, 2019/549 Karar, 27.03.2019 Tarih., Sinerji Mevzuat.

¹⁰⁶ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 190-191; TANRIVER, Süha, Medeni Usul Hukuku, C.II, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 308

“Bu hukuki açıklamalar ışığında somut olaya dönüldüğünde: Davacının iş bu davadaki talebi, menfi tespit istemine ilişkindir. TTK'nın 5/A maddesine göre, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Davanın konusu (müddeabih), dava dilekçesindeki talep sonucu, yani netice-i talep esas alınarak belirlenir. Netice-i talebin bir para alacağının tahsili veya tazminat olduğu durumlarda, arabulucuya başvuru yapılmış olması dava şartıdır. Menfi tespit davaları bu kapsamda değerlendirilemez. Çünkü menfi tespit davalarında, bir miktar alacağın tahsili talebi yoktur. Yani, ticari dava niteliğindeki menfi tespit davalarının açılabilmesi için arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır. İlk derece mahkemesinin karar gerekçesi bu nedenle usul ve yasaya aykırıdır.”¹⁰⁷

Bununla birlikte menfi tespit davasının, özü itibariyle bir alacak-borç ilişkisine dayandığı, bu nedenle de menfi tespit davalarının dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu ileri sürülmüştür. Zira bu davaların sonunda mahkemenin, bir paranın (ödenmesi yerine) ödenmemesine karar vermesi, o davanın bir miktar alacağa ilişkin bir dava olması gerçeğini engellemez. Bu tür davaların kabulüne karar verilmesi halinde, borçlu/davacı belirli bir miktar parayı ödemekten kurtulacaktır. Davanın, ticari nitelikli bir alacağının var olduğunu belirterek dava açmasıyla, borcunun olmadığını iddia ederek dava açması arasında (her ikisinin özünde bir alacak-borç ilişkisine dayandığından) farklılık olmadığı söylenebilir. Bu nedenle birinci durumda (alacak davasında) dava şartı arabuluculuğun uygulanması yönünde görüş bildirirken, ikinci durumda (menfi tespit davasında) dava şartı arabuluculuğun uygulanmaması gerektiğini iddia etmek çelişkili bir durumu ifade etmektedir.¹⁰⁸

(b) İtirazın İptali/İtirazın Kaldırılması Davaları ve Dava Şartı Arabuluculuk

İtirazın kaldırılması davası, İcra İflas Kanunu'nda düzenlenmiştir.¹⁰⁹ İtirazın kaldırılması, kanunda yazılı belgelere sahip olan alacaklının, borçlunun yaptığı

¹⁰⁷ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi 2019/521 Esas, 2019/423 Karar, 21.03.2019 T., Sinerji Mevzuat Programı.

¹⁰⁸ Cihan Nebi Kökbudak, Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi, Yüksek Lisans Tezi, s. 119-120, Konya 2019.

¹⁰⁹ İcra İflas Kanunu, m. 68.

itirazı iptal etmesine/ortadan kaldırmasına hizmet eden bir yargılama yoludur.¹¹⁰ Aynı doğrultuda olmak üzere, bu davanın amacı, alacaklının elinde kanunda yazılı belgelerin bulunması halinde, borçlunun itirazını, normal davalara göre daha çabuk ortadan kaldırılmasını sağlamak olarak ifade edilmiştir.¹¹¹

Başlatılan bir ilamsız icra takibine borçlunun itiraz etmesi halinde, alacaklı tarafından açılan itirazın iptali davasının dava şartı arabuluculuğa tabi olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler yer almaktadır. Bir kısım yazarlar; itirazın iptali davasının, bir eda davası niteliği taşıdığı ve yargılama sonucunda verilecek kararın kesin hüküm ifade ettiği gerekçesiyle zorunlu arabuluculuğa tabi olduğunu, dava açmadan önce arabuluculuk kurumuna başvurulmadığı takdirde, davanın usulden reddedileceğini belirtmişlerdir.¹¹²

Bu hususta farklı düşünen Tanrıver'e göre ise; bu dava icra hukukunun kendine özel prosedürü çerçevesinde varlığını sürdüren bir dava olduğundan, genel olarak bilinen bir alacak davası sayılmamakta, sadece borçlu tarafından yapılan itirazın iptali ve takibin devamını sağlama amacını taşımaktadır. Diğer yandan, yazara göre, icra inkâr tazminatına da hükmedilebilme özelliğine sahip bu davanın, inkâr tazminatı kararı verme yetkisini taşımayan arabuluculuk kurumuna tabi kılınması anlamlı değildir.¹¹³

HGK, bir kararında da; itirazın kaldırılmasının bir dava değil, alacaklıya sunulan bir hukuki çare olduğunu vurgulamıştır. “...Özellikle belirtmelidir ki, *icra mahkemesinin görev alanına giren itirazın kaldırılması ve şikâyet başvuruları usul hukuku anlamında dava niteliği taşımamaktadır.*”¹¹⁴

İtirazın kaldırılması, bu görüş açısından dava niteliğinde görülmediğinden dava şartı arabuluculuk kapsamında da kalmamaktadır. Ayrıca bu görüşü benimseyen yazarlara göre; itirazın iptali davası, özel bir kanun olan İİK’da (m. 67) yer almaktadır ve kendine özel bir süresi vardır. Dolayısıyla bu dava, dava şartı arabuluculuğa tabi olmamalıdır. Aksi takdirde, ilamsız icra takibi yolu

¹¹⁰ Yıldırım, Kâmil/Tok, Ozan, İtirazın Kaldırılması Davasında, Delil Başlangıcının, Delil Değeri, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2016, C. 22, S. 1, s. 245.

¹¹¹ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, İcra ve İflas Hukuku, s. 214-215, Ankara 2013.

¹¹² Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 196.

¹¹³ TANRIVER, Süha., Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Ankara 2020, s.139; TANRIVER, Süha., Medeni Usul Hukuku, C.II, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 307

¹¹⁴ Yargıtay HGK, T.27.03.2015, E.2013/6-1654, K.2015/1106, www.kazanci.com.

tıkanmış, böylece İİK'nun alacaklıya verdiği inkâr tazminatı alma imkânı da engellenmiş olacaktır.¹¹⁵ Kısaca itirazın iptali davası, sadece icra hukuku alanına ilişkin bir dava olup, bir eda davası niteliği taşımadığı ve eda davalarında hükme bağlanması söz konusu olmayan inkâr tazminatına da karar verilen bir dava olduğundan, dava şartı arabuluculuk kurumuna tabi olmadığı söylenebilir.¹¹⁶

Bu konunun doktrinde tartışmalı olduğunu belirtmiştik. İcra İflas Kanunu'nun 67. maddesinde düzenlenen itirazın iptali davalarında, borçlu tarafından yapılan borca itirazın iptal edilmesi istenmektedir. Bu dava sonunda; borçlunun itirazı nedeniyle durdurulmuş olan icra takibinin, alacaklı tarafından alacağının varlığını kanunda belirtilen belgelerle ispat edildikten sonra icra takibinin devam etmesi ve böylece takip konusu alacağın borçludan alınması sağlanmaktadır. Mahkemece verilecek *itirazın iptali* kararında; bir miktar paranın (ya da tazminatın) alınmasına/verilmesine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık doktrinde başka bir görüşe göre; “*bu dava normal bir eda (alacak/tahsil) davasıdır. Çünkü itirazın iptali talebi zorunlu olarak alacağın tahsili talebini de kapsar...*”¹¹⁷ Bu görüş, bu davanın normal bir eda davası olduğu, bu davanın temel ilişkisinde bir alacağın devam ettirilmesine yönelik bir talebin söz konusu olduğu, dolayısıyla itirazın iptali davalarında dava şartı arabuluculuk sisteminin uygulanması gerektiği sonucuna varmaktadır.

İstinaf mahkemelerinin ve bazı yerel mahkemelerin, itirazın iptali davalarında dava şartı arabuluculuğun uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin farklı kararları bulunmaktadır.¹¹⁸ Bu davaların dava şartı arabuluculuğa tabi

¹¹⁵ Tanrıver, Süha., Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Ankara 2020, s. 139.

¹¹⁶ Tanrıver, Süha., Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Ankara 2020, s. 139.

¹¹⁷ Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku(Ders Kitabı), 2016, s. 114; Baki Kuru/ Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 27. Baskı, 2013, s. 162; Ömer Ulukapı, İcra ve İflas Hukuku, 2015, s. 110.

¹¹⁸ “Her ne kadar 7155 Sayılı Yasa ile getirilen ticari davalardaki zorunlu arabuluculuk düzenlemesinde, ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri bu kapsama alınmışsa da, itirazın iptali davalarının da, alacak talepleri kapsamında değerlendirileceği kabul edilmelidir. Yasanın amacı ve düzenleniş şeklinde, alacak ve tazminat davaları olarak değil talepleri olarak yazılmış olması da dikkate alındığında, somut davadaki gibi parasal alacağa ilişkin itirazın iptali davalarının zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu değerlendirilmiştir.” (İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi 2019/1248 Esas, 2019/119 Karar, 11.07.2019 T., Sinerji Mevzuat Programı.

“Davanın açılış tarihi itibarı ile ve mahiyeti gereği dava içinde bir alacak talebini barındırdığı dikkate alınarak özel dava şartı bakımından konuyu düzenleyen yasa maddesine göre 7155 Sayılı Kanunla TTK 5/A maddesi eklenmiş ve anılan kanun hükmü ile ticari davalarda arabuluculuk dava şartı olarak

olduğunu benimseyen istinaf mahkemesi kararları olduğu gibi, benimsemeyen istinaf mahkemesi kararları da vardır.¹¹⁹ Bu konuda olumsuz düşünen yazarlardan Yardım, itirazın iptali davalarının bir tespit niteliğinde dava olduğunu ve bu nedenle dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığını söylemektedir.¹²⁰ Olumlu yönde düşünen Paslı ise, itirazın iptali davalarının dava şartı arabuluculuğa tabi olduğunu, bu davaların dilekçelerinin netice-i talep bölümünde her ne kadar yalnızca *itirazın iptaline* denilse ve bir miktar paranın ödenmesi açıkça yazıyor olmasa bile, işin temelinde alacağa ilişkin olduğundan bu davaların da dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığını savunmaktadır.¹²¹

(c) Tasarrufun İptali Davaları ve Dava Şartı Arabuluculuk

Tasarrufun iptali davaları, İcra İflas Kanunu'nda düzenlenmiştir.¹²² Tasarrufun iptali davaları ticari dava değildir. Tasarrufun iptali davalarında davacı/alacaklı, aciz ve iflastan önce borçlunun mal kaçırmak amacıyla ve kötü niyetle yaptığı bazı tasarrufları iptal ettirerek davaya konu olan mallar üzerinde alacağını tahsil etmek için tasarrufta bulunmayı talep etmektedir.

Bu konuda dava şartı arabuluculuğun, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edecekleri uyuşmazlıklarla bağlantısına değinmek gerekir. Tasarrufun iptali davalarında taraflar arabuluculuk süreci sonucunda, tasarrufun iptali yönünde anlaşarak *anlaşma tutanağını* bu şekilde düzenleseler bile, bununla icra takibine devam kararı almaları mümkün değildir. Fakat bu konuda farklı görüşe sahip olan Koçyiğit/Bulur, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk* isimli eserde, “*tasarrufun iptali davasının temelde bir alacak hakkı içerdiğini, eda davası*

kabul edilmiştir.” (Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, 2019/57 Esas, 2019/110 Karar, 30.01.2019 T., ERDEM, s. 40).

¹¹⁹ “...Kaldı ki, TTK 5/A maddesinin incelenmesinde; “bu kanunun 4. Maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalarda, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartıdır.” Bu maddede sadece alacak ve tazminat ödenmesine ilişkin davaların kastedildiği açık olup, itirazın iptali davasının arabuluculuğa başvurulmadığı gerekçesi ile reddedilmesi de yasal düzenlemeye aykırıdır.” (İstanbul BAM 19 HD, 2019/1062 Esas, 2019/937 Karar, 11.04.2019 Tarih, Lexpera Hukuk Sitesi).

¹²⁰ Mehmet Ertan Yardım, Usul Hukuku Bakımından Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2019, s. 103.

¹²¹ Cihan Nebi Kökbudak, Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi, Yüksek Lisans Tezi, s. 122-123, Konya 2019.

¹²² İcra İflas Kanunu, m. 277 ve devamı.

olduğunu ve dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanması gerektiğini belirtmişlerdir.”¹²³

Tasarrufun iptali davalarında dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanamayacağını düşünen yazarlar, bu görüşlerine dayanak olarak, tasarrufun iptali davalarında davacı tarafın talebi, tasarrufun iptaline konu olan malların icra yoluyla satış hakkının kendisine verilmesidir. Tasarrufun iptali davalarında, Türk Ticaret Kanunu m. 5/a’da yer alan “*bir miktar paranın ödenmesi*” ibaresi bulunmamaktadır. Bu görüşe göre, söz gelimi bu şartın var olduğu kabul edilse bile, bu davalar *ticari* nitelikte olmadıkları için dava şartı arabuluculuğa tabi olmayacaktır.

(d) Alacak ve İstirdat Davaları ve Dava Şartı Arabuluculuk

Türk Ticaret Kanunu m. 5/A’de, bu maddeye tabi olan uyuşmazlıklar için bazı kıstaslar belirlenmiştir. Birincisi, uyuşmazlığın, tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri işlemlerden oluşmasıdır. İkincisi, uyuşmazlığın ticari nitelik taşımasıdır. Üçüncüsü ise, karşı taraftan bir miktar paranın alınmasını içeren alacak ve tazminat taleplerinin bulunmasıdır. Bu hususlara ilişkin ticari uyuşmazlıklar ancak dava şartı arabuluculuğa tabi olacaktır.

Alacak davaları, dilekçelerin netice-i talep bölümlerinde bir alacağın tahsil edilmesi talebini içermelidir. Buna göre, bir alacak talebini içeren uyuşmazlıkların, diğer şartları da taşıması halinde, dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu söylenebilir. İstinaf mahkemesi kararları bu görüşü teyit etmektedir.¹²⁴

İstirdat (geri alım) davaları, özü itibariyle bir miktar alacak talebini içermektedir. Borçlu menfi tespit davası açtıktan sonra, borçlu dava konusu borcu icra takibi baskısı altında ödemek zorunda kalırsa, menfi tespit davası istirdat davasına dönüşeceğinden, haksız olarak ödemek zorunda kaldığı meblağı istirdat davasıyla alacaklıdan geri alabilir. Bu amaçla açtığı istirdat davasında, dava şartı

¹²³ Koçyiğit, İlker/Bulur, Alper, Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Ankara 2019. s. 68.

¹²⁴ “Davanın konusu (müddeabih), dava dilekçesindeki talep sonucu, yani netice-i talep esas alınarak belirlenir. Netice-i talebin bir para alacağının tahsili veya tazminata ilişkin olduğu durumlarda, arabulucuya başvuru yapılmış olması dava şartıdır. Alacak davalarında da davacı, bir para alacağının tahsilini amaçladığından, alacak davası açılmadan önce, yukarıdaki yasal düzenlemeye göre arabulucuya başvurulmuş ve arabulucu tarafından onaylanmış anlaşmaya varılamadığına ilişkin tutanağın dava dilekçesine eklenmiş olması dava şartıdır.” (İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi 2019/1449 Esas, 2019/1005 Karar, 17.07.2019 Tarih., Sinerji Mevzuat Programı).

arabuluculuk sistemi uygulama alanı bulacaktır.¹²⁵ Bu husustaki başka bir görüşe göre ise, istirdat davası, sadece ilamsız icra takiplerinde müracaat edilen bir yol ve unsurları kanunda ayrıcalıklı olarak belirtilen bir dava şekli olması nedeniyle sıradan bir alacak davası olarak değerlendirilmesi mümkün olmadığından, dava şartı arabuluculuk faaliyetinin kapsamına girmez.¹²⁶

(e) Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Usul Hukuku ve Maddi Hukuk Açısından Sonuçları

(i) Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa Başvurmanın Sürelere Etkisi

HUAK m. 18 A/15 gereği, adliyelerdeki arabuluculuk bürolarında arabulucuya başvurunun yapıldığı tarihten, arabuluculuk faaliyeti sonucunda imzalanan son anlaşma/anlaşmama tutanağının düzenlendiği tarihe kadar zamanaşımı süresi durduğu için hak düşürücü süreler işlemez.¹²⁷ Üstelik uyuşmazlıklar gerek ticari gerek işçi-işveren uyuşmazlıklarından olsun, aynı kural geçerlidir.

(ii) Arabuluculuğun Sonucunda Anlaşılan Konular Hakkında Dava Açılmaması

HUAK'da “ *tarafların anlaşması*” başlığını taşıyan 18/5. maddesinde, arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmış olmaları halinde, bu anlaşılan hususlara ilişkin taraflarca yeni bir dava açılmayacağı hükmü yer almaktadır.¹²⁸

Söz konusu Kanun metninde “*dava açılmaz*” diye bir ibare kullanmıştır. Bu hükme rağmen dava açılması halinde, bunun ne gibi sonuçlar doğuracağı hususuna değinilmemiştir. Bu durumda davanın hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi uygun olacaktır.¹²⁹ Bilindiği gibi arabuluculuk faaliyeti sonucunda düzenlenen anlaşma tutanağı, *icra edilebilirlik şerhi* konulduğunda, her an icra edilebilir ilam niteliğinde bir belge haline gelir. (HUAK'ın 18/2. maddesi). Diğer yandan, arabuluculuk anlaşma tutanağı taraflar, vekilleri ve

¹²⁵ Cihan Nebi Kökbudak, Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi, Yüksek Lisans Tezi, s. 124-125, Konya 2019.

¹²⁶ TANRIVER, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Ankara 2020, s. 141-142; TANRIVER, Süha., Medeni Usul Hukuku, C.II, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 309

¹²⁷ HUAK m. 18 A/15.

¹²⁸ Bu hüküm, İş Mahkemeleri Kanunu, m. 24 ile konulmuştur.

¹²⁹ Akkan, Mine, Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C. 20, S. 2, s. 1.

arabulucu tarafından imzalanması halinde, icra edilebilirlik şerhi konulmadan bile ilam niteliğinde kabul edilmiştir. (*HUAK'ın 18/4. maddesi*). Tarafların, anlaştıkları konular hakkında yeni bir dava açamayacaklarına dair kanun hükmünün usul hukuku bakımından dava şartı olarak değerlendirilebileceği iddia edilmiştir.¹³⁰ Doğaldır ki, hiçbir kimse anlaşma sağlanan bir konuda yeni bir dava ile karşılaşmak istemez.

(iii) Tahkim ve Diğer Alternatif Çözüm Yoluna Başvuru Şartı Bulunan Sözleşmelerin Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk Başvurusuna Etkisi

Kanunlarda tahkim ya da diğer bir alternatif çözüm yollarına başvurma konusunda bir zorunluluk kabul edilmiş ve bu sözleşmeye konulmuş ise, bu durumda dava şartı arabuluculuk faaliyetine başvurulması mümkün değildir.¹³¹ Kanun, bu konularda dava şartı arabuluculuğa izin vermemişse de ihtiyari arabuluculuğa başvuruyu yasaklamamıştır. Tahkim sözleşmesi olan bir uyuşmazlıkta, taraflar isterlerse ihtiyari arabuluculuğa başvurabilirler.¹³²

(f) Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa Başvurmanın Maddi Hukuk Açısından Sonuçları

Ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk faaliyetinin anlaşma ile sonuçlanması, taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona erdirir. Tarafların imzaladığı arabuluculuk anlaşması, bir tür mahkeme dışı sulh anlaşması gibidir. Ancak bu benzerliğe rağmen bu anlaşmayı bir ‘sulh anlaşması’ olarak görmek doğru olmaz. Arabuluculuk faaliyeti sonucunda yapılan anlaşma, taraflar arasındaki bütün uyuşmazlıkları değil, yalnızca arabuluculuk faaliyetine konu olan uyuşmazlığı çözümler. Dolayısıyla taraflar arasında başka konularda uyuşmazlıklar var ise, söz konusu arabuluculuk anlaşması bu uyuşmazlıklara etkili olmayacaktır.¹³³

¹³⁰ AKKAN, Mine, Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C. 20, S. 2, s. 8-10.

¹³¹ HUAK m. 18/A/18.

¹³² Cihan Nebi Kökbudak, Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi, Yüksek Lisans Tezi, s. 168, Konya 2019.

¹³³ Hasan Vasfi Sevig, Mukavelelerin Tasnifi ve Borçlar Kanunu Dışında Bırakılmış Olan Mukaveleler ve Bilhassa Sulh Mukaveleleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6 S. 2, s. 154.

Taraflar arasında imzalanan arabuluculuk anlaşması, imzalanmış olduğu andan itibaren sonuç doğurur. İlk doğurduğu hukuki sonuç, bu anlaşmanın tarafları bağlamasıdır. Taraflar, bu anlaşma hükümlerinin gereklerini yerine getirmek zorundadır. Taraflardan biri, üzerine düşen görevleri yerine getirmediği takdirde, diğer taraf anlaşma şartlarının icra yoluyla yerine getirilmesini istemek hakkına sahiptir.

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda düzenlenen anlaşmanın hukuki sonucu, taraflar arasındaki mevcut uyuşmazlığı sona erdirmesidir. Arabuluculuk kurumu, toplumsal barışa hizmet eden bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Taraflar arasında yapılan anlaşmanın önemi, toplumsal barışa ve usul ekonomisine katkısından kaynaklanmaktadır. Daha önce de belirtildiği gibi HUAK'ın 18/5 maddesi gereğince, taraflar, arabuluculuk faaliyeti sonucunda imzalanan anlaşmaya konu olan hususlarda ileride yeniden dava açamazlar.¹³⁴

d. Tüketici Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk

Tüketici uyuşmazlıkları bakımından dava şartı olarak arabuluculuk, 'Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Bu kanunda, tüketici mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıklarda, yargıya başvurmadan önce arabulucuya başvurmak, dava şartı olarak kabul edilmiştir. Ancak tüketici hakem heyetinin görevine dâhil olan uyuşmazlıklar, tüketici hakem heyetlerinin verdiği kararlara yapılan itirazlar, TKHK'nun 73. maddesinin 6. fıkrasında belirtilen uyuşmazlıklar, aynı kanunun 74. maddesinde belirtilen davalar ve tüketici işlemi niteliğinde olduğu halde taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklar, dava şartı olarak arabuluculuğa tabi değildir.¹³⁵

i. Tüketici ve tüketici işlemi kavramları

Tüketici kavramı, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 3/1-k maddesinde; "*Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*" şeklinde tanımlanmıştır. Bir kimsenin kullanmak ya da tüketmek amacıyla bir mal ya da hizmet alması durumunda, ticari amaçlar gütmeyi, başka bir deyişle tüketici olarak davranmadığını söylemek mümkündür.

¹³⁴ Cihan Nebi Kökbudak, Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi, Yüksek Lisans Tezi, s. 176, Konya 2019.

¹³⁵ TKHK m. 73/A (Ek: 22.07.2020-7251/59).

Tüketici işlemi ise, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 3/1-1 maddesinde geniş olarak tanımlanmıştır. Bu madde hükümleri, *ticari iş-tüketici işlemi* kavramlarının kapsam ve sınırlarını belirlemiştir. *Ticari iş-ticari olmayan iş* ayrımı kadar, *ticari iş-tüketici işlemi* ayrımı da önem kazanmakta ve bir uyuşmazlık gündeme geldiğinde, uyuşmazlığa hangi kanun hükümlerinin uygulanacağını tespiti açısından ilk olarak işin niteliğinin belirlenmesi önem arz etmektedir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 2. maddesi, bu kanunun her türlü tüketici işlemini kapsadığını ifade etmektedir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun gereğince, tüketici işlemlerinden kaynaklanacak uyuşmazlıklarda tüketici hakem heyetleri ve tüketici mahkemeleri görevlidir. Nitekim söz konusu kanunun 2. maddesinde; “*Bu Kanun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar*” denilmektedir.¹³⁶

Tüketici işlemi, ‘ticari ya da mesleki amaçlarla davranan gerçek veya tüzel kişilerle tüketiciler arasında yapılan her türlü hukuki işlem’ olarak tanımlayabiliriz.¹³⁷ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 3/1-1 maddesi çerçevesinde tüketici işlemi; mal ve hizmet alanlarında ticari ya da mesleki amaçlar güden kişilerle tüketiciler arasında yapılan her türlü sözleşme ve hukuki işlem olarak tanımlanabilir.¹³⁸

Tüketici kavramının açıklığa kavuşturulması, tüketici işlemlerinin kapsamını gösterir. TKHK’nun 3. maddesinin 1. fıkrasının (k) bendinde; “*tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” olarak tanımlanmıştır. Türk Ticaret Kanunu’nun 864. maddesinin 5. fıkrasında ise; “*sözleşmeyi ticari veya meslekî faaliyeti ile ilgili olmayan bir amaçla yapan bir gerçek ya da tüzel kişi*” olarak tanımlanmıştır.

Yukarıda tanımlı yapılan *tüketici işlemi* kavramını, daha geniş olarak ele alan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da, tüketici işlemi konusunda başka hükümler de bulunmaktadır. Örneğin, TKHK m. 73/1 hükmüne göre, tüketici işlem ve uygulamalarından kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir.

¹³⁶ TKHK, m. 2.

¹³⁷ TKHK m. 3/1-1.

¹³⁸ Şafak Narbay-Muhammed Akkuş, Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şart Arabuluculuk Üzerine Düşünceler, TAAD, Yıl: 11, Sayı: 44, Ekim 2020.

Tüketici işlemi kavramını tanımlayan bu düzenleme nedeniyle, *ticari iş-tüketici işlemi* kavramları arasında adeta birbirine girme durumu olduğu gibi, asliye ticaret mahkemeleriyle tüketici mahkemelerinin görev alanları arasında da birbirine girme durumu söz konusu olmaktadır. Çünkü tüketici işlemlerinden kaynaklanan birçok uyuşmazlık, TTK'nın 4. maddesi gereğince *ticari dava* niteliğindedir. Dolayısıyla bu davalara hangi mahkemelerin bakacağı ve bununla bağlantılı olarak TTK'nın 5/A maddesine göre zorunlu arabuluculuğa tabi olup olmayacağı sorunları ortaya çıkmaktadır.¹³⁹ Bir işlemin aynı zamanda hem ticari işlem hem de tüketici işlemi olarak kabul edilmesi sorunlu ve çelişkili bir durum olduğundan, ticari işlem alanıyla ilgili sınırın, tüketici işleminin başladığı yerde sona erdiğinin kabul edilmesi, pratik bir çözüm olarak ifade edilebilir.¹⁴⁰

ii. Tüketici uyuşmazlıklarında görevli mahkeme

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 73/1 maddesi gereğince, tüketici işlemleri ve uygulamalarından kaynaklanacak uyuşmazlıklarla ilgili davalarda Tüketici Mahkemeleri görevlidir.¹⁴¹ Tüketici işlemleriyle ilgili uyuşmazlıklarda tüketici mahkemeleri görevli olup bu görev sınırının belirlenmesi konusunda işlemin, salt tüketici işlemi türünde olması, yeterli bir ölçüt olarak görülmüştür. Buradan anlaşılabileceği üzere tüketici işlemleri, tüketici mahkemelerinin görev alanı belirlenirken bir hareket noktası olarak görülmüştür. Belirtilmelidir ki, uyuşmazlığın ticari dava niteliği, tüketici mahkemesinin görevli olmasıyla değişmez.

Her türlü tüketici işlemine, öncelikle 'Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun' maddeleri uygulanır.¹⁴² Çünkü Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK), Türk Ticaret Kanunu (TTK) ve Türk Borçlar Kanunu'na (TBK) göre özel bir kanundur. Bu kanunda hüküm bulunmayan durumlarda ise, genel

¹³⁹ Şafak Narbay-Muhammed Akkuş, Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Düşünceler, TAAD, Yıl: 11, Sayı: 44, s. 303-304, Ekim 2020.

¹⁴⁰ Yargıtay, elektrik aboneliğinden doğan uyuşmazlığa ilişkin bir kararda; abonelik tarifesinin ticarethane olarak yapıldığı, dolayısıyla davalının 6502 sayılı TKHK kapsamında, ticari veya mesleki olmayan amaçla hareket eden gerçek veya tüzel kişiliğinin bulunmadığının açık olduğu ve dolayısıyla aynı kanun kapsamında tüketici tanımına uymadığından bahisle, söz konusu uyuşmazlığa, 6502 sayılı TKHK'nın uygulanmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşmıştır. (Yargıtay 3. HD. 05.04.2018, E. 2016/12360, K. 2016/3541; www.emsal.yargitay.gov.tr, Erişim: 18.02.2020)

¹⁴¹ Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016, s. 888.

¹⁴² TKHK m. 2.

nitelikteki kanun maddeleri uygulanır.¹⁴³ Başka bir deyişle tüketici işlemlerinden doğan uyuşmazlıklara öncelikle TKHK hükümleri uygulanacak, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde ise genel hüküm niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu ve ‘Türk Ticaret Kanunu’ maddeleri uygulanacaktır. Ancak bütün bu hallerde uyuşmazlıkların mutlak ticari dava niteliği değişmeyecektir. Böyle olunca, örneğin, şartları bulunuyorsa ticari defterler delil olarak kullanılabilir¹⁴⁴ ya da uyuşmazlık dava şartı olarak arabuluculuğa tabi ise, dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanacaktır.¹⁴⁵

iii. Tüketici işlemlerinde dava şartı arabuluculuk

Kanun koyucu, tüketici uyuşmazlıklarında, konusu belirli miktarın altında olan uyuşmazlıkların hakem heyetlerinde çözümlenmesi zorunluluğu getirmektedir. Bu zorunluluk, HUAK’ın 18/A/18. maddesinde zikredilen “*Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hallerde dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz*” düzenlemesi dolayısıyla tüketici hakem heyetine başvurma zorunluluğu olan hallerde, artık dava şartı arabuluculuk sistemine başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Bazı hallerde ticari uyuşmazlık olarak değerlendirildiği halde, tüketici mahkemelerinin görevli olduğu işlemler olabilir. Örneğin, işyerinden alışveriş yapan ve buna karşılık satıcıya bono imzalayıp veren tüketici, satıcıya verdiği bononun icra takibine konulması durumunda tüketicinin açacağı menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuğa tabi olup olmayacağı tartışmalıdır. Antalya Bölge Adliye Mahkemesi (BAM), bu konuya benzer nitelikte bir uyuşmazlığın, dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığına karar vermiştir.

“Özel yasa niteliğindeki TTK’nın 5/A maddesinde düzenlenen dava şartı olarak arabuluculuğun yine bu özel yasa kapsamında ticari davalarda uygulanması gerekir. Ticari davalarda dava şartı olarak arabuluculuk, zorunlu bir yasal şart öngördüğünden ve bunu düzenlediği yasaya yönelik düzenlendiğinden, ticari işlere bağlanan tüketici işlemleri üzerinden TKHK

¹⁴³ TKHK m. 83/1.

¹⁴⁴ HMK m. 222.

¹⁴⁵ TTK m. 5/A; HUAK m. 18/A.

kapsamında kalan tüketici işlemi niteliğindeki dava ve işlerde uygulanması düşünülemez.”¹⁴⁶

Ancak Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, benzer nitelikte bir uyuşmazlıkla ilgili olarak, davadan önce dava şartı arabuluculuk yoluna başvurulmamış olması sebebi ile davayı reddetmiştir.

“...Ayrıca işlemin tüketici işlemi niteliğinde olması, uyuşmazlığın mutlak ticari dava olarak kabulüne engel değildir. Tüketici işlemi kavramı ile ticari dava kavramı farklı iki kavram olup her iki kavrama da farklı sonuçlar bağlanmıştır. Tüketici işlemi niteliğindeki özel hukuk uyuşmazlıklarının aynı zamanda ticari dava niteliğinde olması, işlemin tüketici işlemi niteliğini ve buna bağlanan sonuçları ortadan kaldırmaz. TKHK’nın 83/2. Maddesine göre taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemlerle ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve 6502 Sayılı kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez... Somut olayda uyuşmazlık konusunun bir miktar para alacağına ilişkin olduğu, davanın da 19/02/2019 tarihinde açıldığı anlaşılmakla, 6325 Sayılı HUAK m. 18/A, 2. Fıkrasına göre dava açılmadan önce arabulucuya başvurulup anlaşmama (son tutanağın) tutanağının aslının veya onaylı bir örneğinin dava dilekçesine eklenmesi zorunludur. Davanın arabulucuya başvuru yapılmadan doğrudan açıldığı tüm dosya kapsamıyla sabittir. Bu durum davacı tarafında kabulündedir. Bu durumda, yukarda yer verilen yasal mevzuat ve açıklamalara göre dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmadığı anlaşılan ticari dava niteliğindeki uyuşmazlığa ilişkin olarak itirazın iptali talebi ile açılan davanın usulden reddi gerekmektedir.”¹⁴⁷

Hukuk sistemimize ‘Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’ (HUAK) ile giren arabuluculuk sistemi, TTK m. 5/A ile birlikte bazı ticari davalar bakımından dava şartı uygulaması getirilmiştir. Buna göre, ticari nitelikli davalarda, bir miktar paranın ödenmesi talebini içeren alacak ve tazminat davalarında, dava açılmadan önce arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilmiştir. Hemen belirtilmelidir ki, TKHK’nın 73. maddesi gereğince, bir

¹⁴⁶ Antalya BAM 3. HD,2019/1038 E.,2019/1088 K., 05.07.2019 T., Lexpera Mevzuat.

¹⁴⁷ Ankara BAM 3.HD, 2019/856 E., 2019/834 K.,03.05.2019 T.,Lexpera Mevzuat Programı.

uyuşmazlığın çözümünde tüketici mahkemelerinin görevli olması, o uyuşmazlığın ticari dava niteliğini değiştirmez.¹⁴⁸

*“Somut olayda uyuşmazlık, banka kredi kart sözleşmesinden kaynaklanmakta olup; dava, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra 12.01.2015 tarihinde açılmıştır. Davalı, tacir olmayıp 6502 Sayılı Kanun’un 3/1-k maddesi uyarınca tüketicidir. Bu haliyle uyuşmazlığın, anılan Kanunun 73/1 ve 83/2. maddeleri uyarınca, tüketici mahkemesi tarafından çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Yukarıda açıklanan nedenlerle... Tüketici Mahkemesinin yargı yeri olarak belirlenmesine... oybirliğiyle karar verildi”*¹⁴⁹

Bu yasal hükümler çerçevesinde düşünüldüğünde; tüketici mahkemelerinde görülmesi gereken ve ticari dava niteliği taşıyan uyuşmazlıklarda, TTK’nın 5/A maddesi gereğince dava şartı arabuluculuğun uygulanıp uygulanmayacağı hususu tespit edilirken, ikili bir ayırım yapılarak karar verilmesi daha uygundur. TKHK’nın 68/1 maddesinde yer alan miktarların altında olduğu için tüketici hakem heyetlerine başvurulması zorunlu olan davalarda, HUAK’ın 18/A-18 maddesine göre TTK’nın 5/A maddesi çerçevesinde dava şartı arabuluculuk sistemi uygulanmayacaktır. Bu parasal sınırları aşan davalar bakımından tüketici hakem heyetine başvurma zorunluluğu olmadığından, bu davalar, bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olan alacak ve tazminat davalarında ise, TTK’nın 5/A maddesi bağlamında dava şartı arabuluculuk uygulanacaktır. Aşağıdaki İstinaf Mahkemesi Kararı, bu görüşü teyit etmektedir.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Şafak NARBAY- Muhammed AKKUŞ, Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şart Arabuluculuk Üzerine Düşünceler, TAAD, Yıl: 11, Sayı: 44, s. 327-328-329, Ekim 2020.

¹⁴⁹ Yargıtay, 20. HD. T.04.03.2019, E. 2018/6525, K. 2019/1398, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası,

¹⁵⁰ “...Ayrıca işlemin tüketici işlemi niteliğinde olması, uyuşmazlığın mutlak ticari dava olarak kabulüne de engel değildir. Tüketici işlemi kavramı ile ticari dava kavramı farklı iki kavram olup her iki kavrama da farklı sonuçlar bağlanmıştır. Tüketici işlemi niteliğindeki özel hukuk uyuşmazlıklarının aynı zamanda ticari dava niteliğinde olması, işlemin tüketici işlemi niteliğini ve bunu bağlanan sonuçları ortadan kaldırmaz... Ticari dava ve tüketici işlemi niteliğine ilişkin bu şekildeki belirlemelerden sonra somut olayda uyuşmazlık konusunun bir miktar para alacağına ilişkin olduğu, davanın da 19/02/2019 tarihinde açıldığı anlaşılmakla, 6325 Sayılı HUAK’nın 18/A-2 fıkrasına göre dava açılmadan önce arabulucuya başvurup anlaşamama tutanağının (son tutanağın) aslının veya onaylı örneğinin dava dilekçesine eklenmesi zorunludur. Davanın arabulucuya başvuru yapılmadan doğrudan açıldığı tüm dosya kapsamıyla sabittir. Bu durum davacı tarafın da kabulündedir. Bu durumda, yukarıda yer verilen yasal mevzuat ve açıklamalara göre davacı tarafından, 6325 Sayılı HUAK’nın 18/A-2 fıkrasına göre dava açılmadan önce arabulucuya

e. Gelecekte Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Kapsamına Alınabilecek Uyuşmazlık Türleri

“Ne kadar karmaşık olursa olsun arabuluculukla başarı elde edilmesi mümkün olmayan hiçbir dava yoktur” (Yüksek Yargıç Thorpe)

i. Genel olarak

Arabuluculuk, bütün dünya ülkelerinde gittikçe gelişen ve hukuki uyuşmazlıkların birçok türünde uygulanma alanı genişleyen alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Arabuluculuğun, ulusal, bölgesel ve uluslararası düzeylerde önemi, her geçen gün artmaktadır. Arabuluculuğun gelecekte daha yaygınlaştırılması yönünde; doktrinde, yerel ve uluslararası hukuki metinlerde görüş ve tavsiyeler yer almaktadır.

İngiltere ve Galler Temyiz Mahkemesi hâkimlerinden Mathew Alexander Thorpe, “*Ne kadar karmaşık olursa olsun arabuluculukla başarı elde edilmesi mümkün olmayan hiçbir dava yoktur*” diyor. Ona göre, “*temyiz mahkemesi süreci bile, arabuluculuk için çok geç değildir.*” Bir davada, mahkeme başkanı arabuluculuğun önemini “*Bu dava, ne kadar karmaşık olursa olsun, hatta arabuluculuğun denenmediği veya ilk dava sürecinde denenerek başarısız olduğu davalarda bile başarılı bir arabuluculuğa açık olmayan hiçbir davanın olmadığı yönündeki kanaatimizi kuvvetlendirmiştir*” şeklinde ifade etmiştir.¹⁵¹

Arabuluculuk, uzun süreden beri Avrupa Konseyi’nin de gündeminde olup, bu konuda üye ülkeler için birçok tavsiye kararları almıştır. 1990’lı yıllarda Avrupa Konseyi’nin Aile Hukuku Uzmanlar Komitesi, yaptıkları bir çalışmada şöyle denmektedir: “*Avrupa, Kuzey Amerika, Avustralya ve Yeni Zelanda’da yapılan araştırmalar, aile arabuluculuğunun, aile sorunlarını saran hassas ve hissî konuların çözümü için, şeklî yasal yöntemlerden daha uygun olduğunu ortaya koymuştur. Arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmalar, boşanan aileler arasındaki karşılıklı ilişkilerin sürdürülmesinde çok etkilidir. Bu anlaşmalar,*

başvurulmadığı anlaşılan ticari dava niteliğindeki uyuşmazlığa ilişkin olarak itirazın iptali talebi ile açılan davanın usulden reddi gerekmektedir.” (Ankara BAM 3. HD. 03.05.2019, E. 2019/856, K. 2019/834, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁵¹ Lisa Parkinson, Aile Arabuluculuğu, editör: Yonca Fatma Yücel, Ocak 2018, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, (Thorpe Lj Al-Khatib v Masry 2005, 1. Aile Yasası Raporu) Ocak 2018, s. 65.

taraflar arasındaki uyuşmazlıkları azaltır ve çocuklarla aileler arasındaki iletişimin devamını teşvik eder”.

Aile Hukuku Uzmanlar Komitesi’nin tavsiyeleri, Avrupa Konseyi tarafından 21 Ocak 1998 tarih ve (98)1 Sayılı Tavsiye Kararlarında resmi olarak kabul edilmiştir: “Bir dizi üye ülkenin aile arabuluculuğu uygulamalarını kabul etmeyi değerlendirdiğini (ve) aile arabuluculuğunu daha iyi kullanmaya ihtiyaç duyulduğuna kani olduklarını görerek Avrupa Konseyi, üye ülkelerin hükûmetlerine (şunları) tavsiye eder: a) Aile arabuluculuğunu uygulamaya koymayı veya teşvik etmek ya da gerekliyse, mevcut aile arabuluculuğunu geliştirmek, b) Aile uyuşmazlıklarının uygun bir çözüm yolu olarak, aile arabuluculuğunun öneminin ve değerinin anlaşılması ve kullanılması için, gerekli gördükleri bütün tedbirleri almak ya da güçlendirmek.”¹⁵²

Türkiye, arabuluculukla ilgili dünyadaki gelişmelerin gerisinde kaldığı bilinen bir gerçek olmakla birlikte, arabuluculuk kurumunun hukuk sistemimize girdiği tarihten itibaren, sürekli gelişim içinde olduğu, iş hukuku, ticaret hukuku ve tüketici hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda hem ihtiyari hem de dava şartı olarak arabuluculuk faaliyetinde başarılı sonuçlar elde edildiği istatistik verilerden anlaşılmaktadır. Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı’nın istatistik verilerine göre 14.11.2013-12.01.2022 tarihleri arasında yapılan 831.849 ihtiyari arabuluculuk görevlendirilmesi yapılan dosyanın 739.061 tanesinin anlaşmayla, 10.892 tanesinin de anlaşamama ile sonuçlandığı görülmektedir. 01.01.2019-12.01.2022 tarihleri arasında yapılan ticari uyuşmazlıklarda, iş uyuşmazlıklarında, tüketici uyuşmazlıklarında toplam 1.930.335 dava şartı arabuluculuk görevlendirilmesi yapılan dosyanın 1.031.046 tanesinin anlaşmayla, 775.795 tanesinin de anlaşamamayla sonuçlandığı görülmektedir.¹⁵³ Bu gelişmelerin, arabuluculuk faaliyetinin hukukun diğer alanlarındaki uyuşmazlıkların çözümüne de çare olabileceğine dair işaretler verdiği söylenebilir. Nitekim CİRİT, kökleri tarihimizden gelen arabuluculuk kurumunun, aile hukuku da dâhil olmak üzere tüm özel hukuk uyuşmazlıklarında,

¹⁵² Avrupa Konseyi’nin 21 Ocak 1998 Tarih ve (98)1 Sayılı Tavsiye Kararı, Aile Arabuluculuğu, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, s. 6, Ocak 2018.

¹⁵³ Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı’nın arabuluculuk İstatistikleri, adb.adalet.gov.tr.

dava şartı haline getirilebileceğini ve sosyal barışın sağlanmasında arabuluculuktan bir yöntem olarak yararlanılabileceğini ifade etmektedir.¹⁵⁴

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na (HUAK) göre, arabuluculuk sadece *tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar* için geçerli olan bir kurumdur ve bu kanunda arabuluculuğa uygunluk/elverişlilik açısından öncelikli ölçüt olarak *uyuşmazlıkların özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanması* aranmaktadır. Bu durumda mevcut kanunun bu haliyle devam etmesi durumunda, özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişlilik açısından sınırlarının belirlenebilmesi için, taraf iradelerinin hangi konularda serbest, hangi konularda bağımlı olduğunun ortaya konulması gerekir. Bu çerçevede, tasarrufun tamamen tarafların iradesine tabi olduğu ve bu yetkinin kullanımının hiçbir şarta bağlanmadığı hallerde irade serbestisinden, aksi halde ise irade bağımlılığından söz edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.¹⁵⁵ Arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıkların, maddi hukukun hükümleri çerçevesinde, muhtemel dava konusu üzerinde tarafların sahip olduğu tasarruf yetkisinden hareketle belirlenmesini öneren görüşler de bulunmaktadır.¹⁵⁶

HUAK gereğince, bugünkü şartlarda tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bazı hukuk uyuşmazlıklarının da arabuluculuğa uygun olduğu söylenebilir. Arabuluculuk kurumunun bu özelliği dikkate alınarak hangi uyuşmazlıkların arabuluculuk kapsamına alınabileceği üzerinde durulmakta ve arabuluculuğun işlerlik kazanabileceği hukuk uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişli kabul edilmektedir.¹⁵⁷ Bu görüşe göre, arabuluculuğa elverişli ilk uyuşmazlık türü, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk uyuşmazlıklarıdır. Hatta başka bir ülkedeki arabulucunun ulaştığı *arabuluculuk sonuç anlaşmasının,*

¹⁵⁴ İsmail Rüştü Cirit, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Açılış Konuşması, 2018.

¹⁵⁵ Rasih Yeğengil, Tahkim, İstanbul 1974, s. 153; naklen: İbrahim Ermenek, Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması, Yetkin yy. Ankara 2021.

¹⁵⁶ Aydemir, Fatih; Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul 2017, s. 253-254; naklen: İbrahim Ermenek, Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

¹⁵⁷ İbrahim Ermenek, Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

Türkiye’de de hukuki sonuç doğurabilmesi için tenfiz ve tanımaya ilişkin usul hükmünün HUAK’a eklenmesinde yarar görülmektedir.¹⁵⁸

Türk hukuk sisteminde arabuluculuğa tabi olan uyuşmazlık türleri Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun (HUAK) *Amaç ve Kapsam* başlığını taşıyan 1/2. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu madde şöyledir; “(2) *Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil 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.*” (HUAK, m. 1/2). Öğretide, arabuluculuğa uygun uyuşmazlıkların kanunda daha açık bir biçimde yer alması gerektiği görüşünü savunanlar bulunmaktadır.¹⁵⁹ Mevcut düzenleme çerçevesinde taraflar, ancak üzerinde ‘serbestçe tasarruf edebilecekleri’ iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuk faaliyetine başvurabilirler.¹⁶⁰ Buna göre taraflar, hem üzerinde ‘serbestçe tasarruf edemeyecekleri’ hem de ‘kamu düzeni ilişkili olan’ uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuğa başvuramayacaklardır.¹⁶¹

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 1. maddesinde yer alan ‘*tarafların, üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işler*’ kavramının Anayasanın hukuk devleti ilkesinin belirlilik unsuruna aykırı olduğu, çünkü hem bu kavramın hem de bununla bağlantılı olarak kamu düzeni kavramının içeriklerinin belirsiz ve muğlâk olduğu ileri sürülerek, bu düzenlemenin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi, kanunda geçen ‘*tarafların, üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işler*’ kavramının mevzuat ve uygulamada sık olarak karşılaşılan ve bilinen kavramlar olduğu tespitini yaptıktan sonra, arabuluculuğa elverişli alanların tahdidi olarak sayılması yerine, kanunda olduğu gibi genel bir kuralla belirlenmesinin daha uygun olduğu sonucuna varmıştır. Söz konusu kararın özeti şöyledir:

¹⁵⁸ Nesibe Kurt Konca, Arabuluculuğa Elverişli Alanlar, ÇÜHFD, C.II, 2017/1, s. 236.

¹⁵⁹ Nevhis Deren Yıldırım, Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Düşünceler, Arabuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiri ve Öneriler Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, s. 96, 2008.

¹⁶⁰ Cenk Akil, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun kapsamı, C.I, Ankara Yetkin Yayınları, 2014, s. 75-135.

¹⁶¹ Süha Tanrıver, Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Getirdikleri ve Değerlendirilmesi, Prof. Dr. A.N. İnan’a Armağan, Ankara 2009, s. 639.

*“Kurala ilişkin gerekçede, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkların, tarafların sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıkları olduğu vurgulanmıştır. Kuralda, hangi tür uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurulacağına ilişkin tahdidi bir yöntem seçilmemiş, bunun yerine uyuşmazlığın niteliğine ilişkin temel bir kural konulmuştur. Her şeyden önce sayma yönteminin tercih edilmesi durumunda, daima bazı hususların eksik kalma olasılığı söz konusu olacaktır. Özellikle özel hukuk gibi oldukça geniş ve sürekli gelişen ve değişen bir alanda bütün uyuşmazlık türlerini kanunda saymanın mümkün olmadığı da açıktır.”*¹⁶²

Kanun koyucunun, arabuluculuğun kapsamının genel çerçevesini özel hukuk uyuşmazlıkları şeklinde belirlemesi eleştirilebilir. Arabuluculuğun kapsamının, genel çerçevesini medeni yargının görev alanına giren ve idari bir nitelik göstermeyen uyuşmazlıklar şeklinde belirlemek daha doğrudur. Medeni yargının görev alanına giren uyuşmazlıklardan hangilerinin arabuluculuğa elverişli olduğu, dava konusuna bakılarak belirlenmelidir. Dava konusu şey üzerinde taraflar medeni hukuk hükümlerine göre tasarrufta bulunabiliyorlarsa kural olarak bu uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu kabul edilir.¹⁶³

Doktrinde bu kurallar çerçevesinde arabuluculuk yöntemine başvurulamayacak uyuşmazlık türleri şu şekilde belirlenmiştir:¹⁶⁴ Evlilik davaları (TMK m. 146’da yer alan butlan davası, TMK m. 148’de yer alan nispi butlan davası, TMK m. 161’de yer alan boşanma davası, TMK m. 170’de yer alan yargısal ayrılık hali) kamu düzenine ilişkin konulara dair uyuşmazlıklarla ilgili olan davalar, hukuka ve ahlaka aykırı sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarla ilgili davalar, çekişmesiz yargı davaları, nesebe ilişkin davalar, kişilerin şahsî ahvaline dair davalar ve iflas davalarıdır. Ayrıca HUAK’ın 1. Maddesinin 2. fıkrasında belirtilen ‘aile içi şiddet’ iddiasını içeren davalar da arabuluculuğa uygun görülmemiştir.

¹⁶² Anayasa Mahkemesi, T. 10.07.2013, E. 2012/94, K. 2013/89 Sayılı Kararı; www.resmigazete.gov.tr.

¹⁶³ İbrahim Ermenek, ADB, HGM Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk, 5.Bölüm-Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü ve Arabuluculuğa Uygunluğu, s. 112-113, <https://adb.adalet.gov.tr>.

¹⁶⁴ M. Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 1040.

‘Aile içi şiddet iddiası’ ile ilgili uyuşmazlıkların arabuluculuğa uygun olmaması, Türkiye’nin de taraf olduğu İstanbul Sözleşmesi’nin “Zorunlu Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Usulleri veya Hükümlerinin Yasaklanması” başlıklı 48. maddesine dayanmaktadır. Maddeye göre, sözleşmenin tarafları “sözleşme kapsamındaki her türlü şiddete ilişkin olarak arabuluculuk ve uzlaşma da dâhil olmak üzere, *zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm süreçlerini* yasaklamak üzere gerekli hukuki veya diğer tedbirleri” almak zorundadır. Burada sözü geçen yasaklanması gereken zorunlu arabuluculuk yöntemidir. HUAK’ta yer alan düzenleme ise genel kural olduğundan ihtiyari arabuluculuğa ilişkindir.

ii. Özel hukuk alanında arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar

(a)Genel Olarak

Hukuk sistemimizde uyuşmazlıkların, yargı dışında alternatif bir çözüm yöntemi olan arabuluculuk yöntemiyle çözümlenmesi için, ilk defa 2012’de 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu çıkarılarak uygulanmaya başlamıştır. Bu konuda başarılı sonuçlar alındığı görüldüğünden, daha sonra kabul edilen 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile dava şartı arabuluculuk iş hukuku açısından daha büyük önem kazanmıştır. Türkiye’de, hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk yönteminin yargı sisteminde uygulanması yeni olmakla birlikte, çok kısa süre içinde gelişme göstermiştir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’na (HUAK) göre, tarafların, üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıkları hakkında arabuluculuğa gidilebilir (HUAK, madde 1/2). Kanun’a göre; “*tarafların, üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere özel hukuk uyuşmazlıkları*” arabuluculuğa elverişlidir.

Türk hukukunda dava şartı olarak arabuluculuk, hâlihazırda ancak belirli uyuşmazlıklarda yasal zemine kavuşarak uygulama alanı bulmuştur. Ancak dava şartı arabuluculuğun uygulama alanı gittikçe daha çok genişlemeye uygun görülmektedir. Bu çerçevede özel hukuk alanının tamamına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli bulunduğu söylenebilir. Bu çerçevede özel hukuk alanında arabuluculuğa elverişli yeni uyuşmazlık alanları bir sonraki başlıkta ele alınacaktır. Burada halen hukuk sistemimizde uygulanmakta olan

ihtiyari ve dava şartı olarak arabuluculuk alanlarını kısaca hatırlamakta yarar vardır.

Türk hukuk sisteminde arabuluculuk, tarafların ihtiyari başvurduğu bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak uygulanmakta iken, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile yapılan düzenlemeyle ilk kez iş hukuku uyuşmazlıklarında *dava şartı* olarak yer almıştır. 01.01.2018 tarihinde yürürlüğe giren dava şartı olarak arabuluculuğu da kapsamına alan İş Mahkemeleri Kanunu, hukuk sistemimizde önemli bir ihtiyacı karşılamaktadır. Ancak, İMK'nın 3. maddesinin 3. Fıkrasında; “*İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.*” şeklinde bir istisna getirilerek burada sayılan davalarla ilgili uyuşmazlıklar *dava şartı* arabuluculuk sisteminin dışında bırakılmıştır. (7036 Sayılı Kanun, m. 3/3). Bu madde ile maddi ve manevi tazminat davaları ve bu davalara ilişkin tespit, itiraz ve rücu davalarının, dava şartı arabuluculuk kapsamı dışında tutulmasının, ciddi, makul bir gerekçesinin olduğu söylenemez.¹⁶⁵

6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) 1/2 maddesi gereğince, arabuluculuğa “yabancılik unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan ticari uyuşmazlıkların” çözümlenmesinde başvurulabilir. Çek ve bonolardan, rekabet ve fikrî mülkiyet hukukundan, komisyon ve yayım sözleşmelerinden, rehin karşılığı ödünç işlemlerinden ve banka kurumlarından kaynaklanan uyuşmazlıklar ticaridir ve arabuluculuğa uygundur. Bu uyuşmazlıkların arabuluculuğa tabi olması, hem usul ekonomisi hem de taraflar arasındaki ticari ilişkilerin sağlıklı bir şekilde sürdürülmesini ve ticari işletmelerin sırlarının gizliliğini temin eder.¹⁶⁶

“Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun”un 20. maddesiyle Türk Ticaret Kanunu'na 5/A maddesi ilave edilmiştir. Bu madde gereğince; TTK'nın 4. maddesinde

¹⁶⁵ Serkan Odaman-Eda Karaçöp, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağından Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 35, 2016, s. 64.

¹⁶⁶ İlker Koçyiğit-Alper Bulur, ADB, HGM Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, s. 73-74, Birinci Baskı, Mart 2019.

zikredilen ticari davalar ve diğer bazı kanunlarda ticari nitelik taşıdığı belirtilen davalardan, bir miktar paranın ödenmesine ilişkin alacak ve tazminat istekleri konusunda, yargıya gitmeden önce arabuluculuğa başvurulması *dava şartı* kabul edilmiştir. Kredi kartları, tüketicilerin kullandığı krediler, bankacılık hizmetleri çerçevesinde yapılan sözleşmeler, ayıplı mal ve hizmetlerle ilgili hususlardan, peşin ve taksitle satım işlemlerinden, sigorta, ulaşım ve kargo sözleşmelerinden, abonelik, özel eğitim ve kurs, paket tur, devre mülk ve özel hastanelerin işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, tüketici uyuşmazlıkları olarak kabul edildiğinden arabuluculuğa uygundur.¹⁶⁷

(b) Arabuluculuğa Elverişli Yeni Özel Hukuk Uyuşmazlıkları

(i) Kira Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk

Kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar, uygulamada en çok karşılaşılan davalardır. Bu uyuşmazlıkların arabuluculuk sistemine tabi olması, tahliye ve tespit için dava açılmasına, kira alacağı için cebri icra yoluna başvurulması, eşyaların haczedilmesine ve kiracıların zorla tahliye edilmesi sorunuyla karşılaşılmadan uyuşmazlıkların dostane yöntemle çözülmesine imkân vermektedir.¹⁶⁸

Kira sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar, niteliği itibariyle dava şartı olarak arabuluculuğa elverişlidir. Ancak bu uyuşmazlıklarda arabuluculuk, hâlihazırda dava şartı değil ihtiyaridir. Bu nedenle dava şartı arabuluculuktaki gibi belirli süre sınırı söz konusu değildir. Dava yoluyla çözüm için yargıya başvurulması halinde, açılan davaların sonuçlandırılması uzun zaman almaktadır. Ayrıca bu dava türünde arabuluculuğa başvuru ihtiyari olduğundan birçok uyuşmazlık arabuluculuk sistemi dışında kalmaktadır. Hâlbuki kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar için arabuluculuğun dava şartı olması halinde uyuşmazlığın çözümlenmesi, taraflar açısından daha hızlı ve ekonomik olacaktır. Bütün kira uyuşmazlıkları arabuluculuk kurumuyla çözümleneceğinden, tarafların, uzun süren dava ve icra takipleriyle

¹⁶⁷ Neslihan Ertürk, Arabuluculuğa Elverişli Alanlar Nelerdir, <https://www.neslihanerturk.av.tr/sayfa-arabuluculuga-elverisli-alanlar-nelerdir-51.html>.

¹⁶⁸ Neslihan Ertürk, Arabuluculuğa Elverişli Alanlar Nelerdir, <https://www.neslihanerturk.av.tr/sayfa-arabuluculuga-elverisli-alanlar-nelerdir-51.html>.

uğraşmalarının ve tahliye halinde zarar görmelerine engel olunması için barışçıl bir yöntemle çözüme kavuşmaları mümkün olacaktır.

(ii) Ortaklığın Giderilmesi Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk

İştirak halinde mülkiyetle malik olunan taşınmazlarda ortaklığın giderilmesi, tapuda hissedar sayısının çok olması ya da bu hissedarlarla iletişimin yetersiz olması nedenleriyle çoğunlukla bir uzlaşma sağlanamamasından sulh hukuk mahkemelerine başvurulmuş uyuşmazlıklardır. Ortaklığın giderilmesi davalarında, dava konusu taşınmazlar genellikle taksimi mümkün olmadığından mahkemelerce satılarak ortaklığın giderilmesine karar verilmektedir. Dava ve satış aşamalarında taraflarca ödenmesi gereken masraflar, taraflara ağır mali külfet oluşturmaktadır. Özellikle mirasçılar arasındaki ortaklığın giderilmesi davalarında, ortak murislerinden kalan ve aile üyelerinin aile yadigârı olarak gördükleri taşınır/taşınmaz malların ihale yoluyla satılması, manevi açıdan da zararlara neden olabilmektedir. Bu nedenle arabuluculuk sistemi, söz konusu uyuşmazlıkları tarafların ortak iradelerine uygun olarak çözüme kavuşturmaya hizmet eder.¹⁶⁹ Miras taksimine ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurulmasının farklı açılardan yararları şöyle sıralanabilir:

(a) Uyuşmazlığın arabuluculuğa uygunluğu bakımından yararı

Ortaklığın giderilmesi davalarında, taraflar davacı ya da davalı olsa da hepsi de hissedar olduklarından ortaklığın giderilmesi davasının kazananı ya da kaybedeni olmaz. Dolayısıyla bu uyuşmazlıklar, bu yönüyle arabuluculuk sistemine en elverişli uyuşmazlıklardır. Ancak daha önceki paragrafta da belirtildiği üzere bu uyuşmazlıklarda mevcut arabuluculuk uygulaması dava şartı değil de ihtiyari olduğundan uygulama alanı sınırlı kalmaktadır. Arabuluculuktan amaçlanan hedeflere tam olarak ulaşılabilmesi için bu dava türünde de dava şartı olarak arabuluculuğun kabul edilmesinde yarar bulunmaktadır.

(b) Taraf sayısı ve yargılama giderleri bakımından yararı

Özellikle miras kalan malların, mirasçılarının/hissedarların çok olması ya da aralarında iletişim noksanlığı bulunması dolayısıyla rızaen anlaşarak taksim

¹⁶⁹ Şamil Demir, Ortaklığın Giderilmesinde Arabuluculuk, Ankara Barosu Dergisi 2016/1, s. 491-492-493.

yapılamadığından mahkemeye başvurdıkları görülmektedir. Taksime ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk kurumu yoluyla çözümlenmesi, diğer yararlarının yanında mahkemelerde taksime konu malın bedelinin çoğunlukla gerçek değerinde belirlenmemesi ve yüksek yargılama giderleri nedeniyle uğranılacak kayıpları büyük ölçüde hafifletir.

(c) *Taraflar arasında yaşanabilecek psikolojik sarsıntıları azaltmak bakımından yararı*

Muristen mirasçılara intikal eden malların onlar arasında nasıl paylaşırma yapılacağı konusu, çıkar çatışmaları yüzünden uzak-yakın bütün mirasçılar arasındaki ilişkileri olumsuz yönde etkilemektedir. Toplumun genel olarak barışını ve akrabalar arası ilişkileri ilgilendiren bu tür uyuşmazlıkların, yıllarca artarak sürecektir. Çekişmelerle (mahkeme yoluyla) çözülmesi yerine, daha az masrafla, daha kısa süre içinde ve tarafların kendi iradelerine dayalı olarak (arabuluculuk yöntemiyle) sonlandırılması toplum barışı ve aile ilişkilerinin devamlılığı ve korunması açısından önemli katkılar sağlayacağı muhakkaktır.

(d) *Uyuşmazlığın çözüm süresi bakımından yararı:*

Uyuşmazlıkta, tarafların sayısının çok olması, sorunun kısa sürede çözümlenmesine engel olur. Taksim ve ortaklığın giderilmesi işleminin dava şartı arabuluculuk yöntemiyle yapılması, mahkemelerdeki usul işlemleri ve tebligatlardaki gecikmeler ve tebligatın usulüne uygun yapılmaması gibi nedenlerle uzamasının önüne geçer. Ancak bu uyuşmazlık türünde arabuluculuk anlaşmasının, yani yapılan paylaşımın mevzuata uygun olması ve tapuya tescil edilebilir (icra edilebilir) olması gerekir.¹⁷⁰

(e) *Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk*

Bir hukuk sisteminde bütün uyuşmazlıklar gibi evlilik ve aile kurumu da uyuşmazlıklara konu olmaktadır. Ancak aile hukukundan doğan uyuşmazlıklar, eşleri, çocukları ve genel olarak toplumsal yapıyı doğrudan etkilediği için diğer hukuk alanlarından farklı biçimde ele alınmalıdır. Aile hukukundan doğan en

¹⁷⁰ Şamil Demir, Ortaklığın Giderilmesinde Arabuluculuk, Ankara Barosu Dergisi 2016/1, s. 491-492-493.

önemli uyuşmazlık olan boşanma davalarında aile arabuluculuğu, iki modelle yönetilir. Birincisi *yapılandırılmış* modeldir ki, sadece hukuki konuların görüşülmesini sağlayan yöntemdir. İkincisi *tedavi edici* modeldir ki, eşler arasındaki etkileşim ve iletişim sorunları gibi duygusal konuları da görüşmeleri için onları destekler.¹⁷¹

Bu iki yöntem, temelde birbirinden farklı olmakla birlikte, boşanma arabuluculuğuna ilişkin süreçlerde duruma ve şartlara göre birisi veya diğeri ya da her ikisi birlikte kullanılabilir.¹⁷² Kısaca, taraflar arasında iş hukukundan ve alacak-borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar, miras taksim uyuşmazlıkları, kira ve diğer sözleşmelere bağlı bütün özel hukuk alanındaki uyuşmazlıklar arabuluculuk kurumuyla çözülebileceği gibi aile içi uyuşmazlıkların önemli bir kısmı da arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulabilir. Ancak aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların karmaşık ve aile arabuluculuğuyla ilgili mevcut yasal düzenlemenin de yetersiz olduğu dikkate alınır, bu konuda yeni bir yasal düzenlemenin esaslarını kısaca ifade etmekte yarar vardır.

Aile hukukunun ilke ve özellikleri dikkate alındığında, HUAK hükümlerine göre, aile hukukundan doğan uyuşmazlıklardan sadece bir kısmı arabuluculuğa tabidir. HUAK madde 1/2 hükmüne göre, tarafların üzerinde *serbestçe tasarruf edecekleri kamu düzenine girmeyen uyuşmazlıklarda* arabuluculuğa başvurulabilir. Yine bu madde hükmüne göre, aile içi şiddet iddialarını içeren uyuşmazlıklarda arabuluculuk yöntemine başvurulamaz. Bunun nedeni olarak, şiddet gören tarafın bu şiddetin baskısı altında iradesini serbestçe ifade etme imkânından mahrum olması gösterilmiştir.¹⁷³

Hukuk sistemimizde, aile uyuşmazlıklarında arabuluculuğu sınırlayan bu yasal hükümlere karşılık birçok ülkede aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için arabuluculuk yöntemi daha geniş bir biçimde uygulanmakta, bazı ülkelerde ise bu konuda müstakil bir aile arabuluculuğu

¹⁷¹ Pınar Çiftçi, Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlalleri ve İspat Sorunları (DEÜHFD, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2014/Özel Sayı, C. 2, İzmir 2015, s. 1741-1821), s. 1787-1788.

¹⁷² Bülent Şen, Boşanma Süreci ve Arabuluculuğu, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2013, s. 99.

¹⁷³ Ebru Ceylan, Türk Hukukunda Boşanmanın Hukuk Sonuçlarında Arabuluculuk, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 190, Yıl: 2018, s. 4561-4588.

kanunu bulunmaktadır. Bizde ise, 6325 sayılı HUAK hükümleri incelendiğinde görülmektedir ki, söz konusu hükümler aile uyuşmazlıklarına ilişkin müstakil bir düzenleme olmadığı gibi, aslında arabuluculuğa en elverişli alanlardan birisi olarak kabul edilen aile hukuku uyuşmazlıkları bakımından bu kanunun uygulanabilirliği çok sınırlıdır.¹⁷⁴ Bu hükme göre, sadece *tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklarda* arabuluculuğa başvurulması mümkündür.¹⁷⁵ Hâlbuki Türk hukukunda ailenin, anayasal bir düzenlemeyle toplumun temeli olarak kabul edildiği, ayrıca anne ve çocukların korunmasının devlete bir yükümlülük olarak yüklendiği bilinmektedir.¹⁷⁶ Bu ilkeler ışığında bakıldığında, 6325 sayılı Kanun’un aile hukuku uyuşmazlıklarında uygulanabilirliği mali konularla sınırlı görünmektedir.¹⁷⁷ Boşanma kararı verme yetkisi, Aile Mahkemelerine ait olduğundan bu konuda arabuluculuğa gidilemez. Ancak hâkimin boşanmaya karar vermesiyle ortaya çıkan *hukuki sonuçlar ile ilgili* tarafların *serbestçe tasarruf edebilecekleri* konulardaki anlaşmazlıklarının çözümünde arabuluculuk yolundan yararlanmak mümkündür.¹⁷⁸

Bazı batı ülkelerinde arabuluculuk ilk önce aile uyuşmazlıkları alanında uygulanmaya başlanmıştır. Örneğin Avusturya ve Belçika’da, arabuluculuk öncelikle aile uyuşmazlıkları için kabul edilmiş, bu konuda başarılı sonuçlar alınması üzerine, arabuluculuk bütün hukuk uyuşmazlıklarında yaygınlaşmıştır.¹⁷⁹ Bu nedenle öğretilerde ileri sürüldüğü gibi, ülkemizde genel olarak arabuluculuğun

¹⁷⁴ H. Reyhan Demircioğlu, 6325 Sayılı Kanun’un Aile Hukuku Uyuşmazlıklarında Uygulanabilirliği, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, s. 54, Aralık 2018, <https://testapi.aybu.edu.tr>.

¹⁷⁵ 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, aile arabuluculuğu konusunda halen yürürlükte bulunan temel bir yasal düzenlemedir. Bu kanunun 1. maddesi şöyledir: “Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesinde uygulanır. Şu kadar ki aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir.” (HUAK, m. 1).

¹⁷⁶ AY, m. 41.

¹⁷⁷ H. Reyhan Demircioğlu, 6325 Sayılı Kanun’un Aile Hukuku Uyuşmazlıklarında Uygulanabilirliği, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, s. 54, Aralık 2018, <https://testapi.aybu.edu.tr>.

¹⁷⁸ Ebru Ceylan, Türk Hukukunda Boşanmanın Hukuk Sonuçlarında Arabuluculuk, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 190, Yıl: 2018, s. 4561-4588.

¹⁷⁹ Namli, s. 100; naklen: Nursen Karagözoğlu, Aile Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik, Yüksek Lisans Tezi, s. 155-157, Ankara-2017.

ve özellikle aile hukukundan doğan uyuşmazlıkların alternatif çözümünde aile arabuluculuğunun uygulama alanı geniş tutulmalıdır.¹⁸⁰

6325 sayılı Kanun'un 1. maddesinin son cümlesindeki *şiddet iddiası* ibaresine doktrinde itiraz edilmiştir. Bu madde hükmünün, mevcut somut bir şiddet halinin ötesinde salt *şiddet iddiası içeren* bütün uyuşmazlıkları kapsayacak şekilde kaleme alınmış olması, aile hukuku alanında arabuluculuğu çok sınırlayan bir durum olduğuna ilişkin yorumlara neden olmaktadır. 6325 sayılı kanundaki *aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar* ifadesinin, *konusu şiddet olan uyuşmazlıklar* şeklinde değiştirilmesi daha uygun olacaktır.¹⁸¹ Aile içi *şiddet varsa* demek ile aile içi *şiddet iddiası* varsa demenin sonuçları çok değiştireceği ifade edilmektedir.¹⁸² Şimşek, aile arabuluculuğu hakkında yeni düzenlemeyle ilgili olarak, temel arabuluculuk kanunu olan HUAK'ın yetersiz olması nedeniyle aile hukukundan doğan uyuşmazlıkların çözümü için ayrı bir aile arabuluculuk kanununa ihtiyaç olduğunu söylemektedir.¹⁸³ Öztan ise, aile hukuku ile ilgili hükümler düzenlenirken, ailenin menfaati yanında, toplum menfaatinin de göz önünde tutulması gerektiğini, toplumun menfaatinin korunmasının ise ancak devletin müdahalesi ile gerçekleşebileceğini, dolayısıyla bu yeni düzenlemenin emredici kurallarla yapılması gerektiğini ileri sürmektedir.¹⁸⁴ Bu ve benzeri nedenlerle aile uyuşmazlıklarının dostane yöntemlerle çözümü için müstakil bir aile arabuluculuk kanununa ihtiyaç bulunmaktadır.

Aile uyuşmazlıklarına ilişkin düzenlenecek arabuluculuk sisteminin esaslarından biri de, aile hukukunun özelliği ve kendine özgü ilkeleri nedeniyle, aile arabuluculuğunun *mahkemelerle bağlantılı* olarak düşünülmesi gerektiğidir. Buna göre, arabuluculuk yoluyla tarafların anlaşmaya vardığı aile hukukuna ilişkin temel uyuşmazlıklar, en son aşamada hâkimin onayına sunulmalıdır.

¹⁸⁰ Göksu, Mustafa: Civil Litigation and Dispute Resolution in Turkey (Türkiye'de Hukuk Davaları ve Uyuşmazlık Çözümü), Ankara 2016, s. 276.

¹⁸¹ H. Reyhan Demircioğlu, 6325 Sayılı Kanun'un Aile Hukuku Uyuşmazlıklarında Uygulanabilirliği, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Aralık 2018, s. 55. <https://testapi.aybu.edu.tr>.

¹⁸² Kurt Konca, Nesibe, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Seta P. Dergisi, s. 238, 2018.

¹⁸³ Erdem ŞİMŞEK, Aile Hukuku'na İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü İçin Düzenlenmesi Gereken Ayrı Bir Arabuluculuk Kanunu İle İlgili Değerlendirme, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Aralık 2018, s. 59. <https://testapi.aybu.edu.tr>.

¹⁸⁴ Bilge Öztan, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 5.

Özellikle boşanma, velayet, kişisel ilişki gibi kamu düzeninden sayılan konularda her zaman son söz mahkemenin olmalıdır.¹⁸⁵

Aile Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 7/I hükmünün¹⁸⁶, aile arabuluculuğunun mahkemelerle bağlantılı olması fikriyle uyumlu olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü bu hükme göre, hâkimin, boşanma davasının esasına girmeden önce aile içindeki sorunların sulh yoluyla çözümü için öncelikle çaba harcaması, tarafları sulha teşvik etmesi ve bu konuda uzmanlardan yararlanması gerekir. Kanunda yer alan *eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunların sulh yoluyla çözümü* ibaresi, aile uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesine kapı aralamaktadır. Madde metnindeki *sulh yoluyla* ibaresi yerine *arabuluculuk yoluyla* ibaresi konularak bu maddenin aile içi şiddet içermeyen uyuşmazlıklarda daha işler hale getirilmesi mümkündür. Burada kanun koyucunun maksadı, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması, eşlerin karşı karşıya oldukları sorunların tespit edilmesi ve uzmanlardan da yararlanarak bu sorunların sulh yoluyla çözümlenmesi, böylece toplumun temeli olan ailenin dağılmasının önüne geçilmesidir. Ancak açılan boşanma davalarında işin niteliğinin, TMK'nun 166. maddesi hükmü gereğince sulha uygun olmadığı belirtilmiştir.¹⁸⁷

Aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda, arabuluculuk yoluyla anlaşmaya varıldığı hallerde bile son sözün hâkime bırakılması, arabuluculuk anlaşmasının, tarafların serbest iradelerine dayandığı ve buna ilişkin iradelerinin halen devam ettiği yönünde hâkimde tam bir vicdani kanaat oluşması içindir.¹⁸⁸ Aile hukukunun niteliği, ilkeleri ve hassas yapısının daima göz önünde

¹⁸⁵ Erdem ŞİMŞEK, Aile Hukuku'na İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü İçin Düzenlenmesi Gereken, Ayrı Bir Arabuluculuk Kanunu İle İlgili Değerlendirme, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, s. 68, Aralık 2018. <https://testapi.aybu.edu.tr>.

¹⁸⁶ Aile Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usullerine Dair Kanun madde:7 şöyledir: “Aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir.”

¹⁸⁷ Ebru Ceylan, Türk Hukukunda Boşanmanın Hukuk Sonuçlarında Arabuluculuk, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 190, Yıl: 2018, s. 4561-4588.

¹⁸⁸ “Söz konusu anlaşmaların onaylanması veya kabulü sırasında, bu işlemi yapacak olan mahkeme, taraflarca kabul edilen çözümün muhtevasının kanuna ve ahlâka aykırı olmadığını, taraflardan birinin kanunî menfaatlerini ihlâl etmediğini ve özellikle çocukların menfaatlerini koruduğunu kontrol etmelidir.” Özbek, Mustafa, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu Konulu Tavsiye Kararı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 7 S. 2, s. 89, 2005.

bulundurulması, aile arabuluculuğunun dava şartı olarak kabul edilmesi halinde de, arabuluculuğun gönüllülük ilkesi her aşamada korunmalı ve tarafların yargıya erişim hakkı zedelenmemelidir.

Aile arabuluculuğunda dikkate alınacak esaslardan biri de arabuluculuğun *arabulucu heyetiyle* yürütülmesidir. Aile uyuşmazlıkları karmaşık ve hem aileyi hem de toplumu ilgilendiren hassas özellikler taşıdığından, aile arabuluculuğunun da buna uygun olarak düzenlenmesi gerekir. Bu nedenle aile hukuku alanında uzman *hukukçu, psikolog, ahlakçı/sosyolog* arabulucudan oluşacak 3 kişilik arabulucu heyetiyle, eşler arasında ortaya çıkan sorunları kısa, orta ve uzun vadeye yayılan bir program çerçevesinde azaltmak, gidermek; sarsılan güven ve birlikte yaşama duygusunu artırmak (şiddet ve onur kırıcı suçlar hariç) ve boşanmaları en aza indirmek, diğer yararları yanında çocukların mağdur olmalarını önleyen en etkili tedbirdir.¹⁸⁹

iii. Ceza hukuku alanında arabuluculuk

Arabuluculuk kapsamına alınması önerilen uyuşmazlık alanlarından birisi de ceza hukukuna ilişkin uyuşmazlıklardır. Avrupa Konseyi tarafından tavsiye edilen uyuşmazlık çözüm yolları; müzakere ve barışçıl çözüm yolları olan tahkim, arabuluculuk, uzlaştırma, uzman kararları, ön tarafsız değerlendirme ve kamu denetçiliğidir. Bunlar arasından özellikle aile arabuluculuğu, ceza hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculuk ve kişilerle devlet kurumları arasında ortaya çıkan idare hukuku uyuşmazlıklarında alternatif uyuşmazlık çözüm yolları önerilmektedir.¹⁹⁰

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. maddesi güvencesiyle Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 14.05.1981 tarihinde yapılan toplantıda alınan, ‘adalete ulaşmayı kolaylaştırma’ tedbirlerine göre, adil yargılama ve adalete erişim hakkının, her demokratik toplum için gerekli temel bir hak olduğu bilinmektedir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin bu tavsiye kararına göre, üye devletler, medenî hukuk, ticaret hukuku, ceza hukuku ve idare hukuku alanlarında, sosyal ve malî konularla ilgili olarak, mahkemeye başvurmadan önce

¹⁸⁹ Lisa Parkinson, Aile Arabuluculuğu, Editör: Yonca Fatma Yücel, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, s. 373, Ocak 2018.

¹⁹⁰ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin, "Ceza Adaletinin Sadeleştirilmesi" Hakkında Üye Devletlere Yönelik 17.09.1987 Tarih ve R(87) 18 Sayılı Tavsiye Kararı, <https://www.barobirlik.org.tr>.

ve yargılama aşamasında haklarını hızlı, basit ve ucuz bir şekilde kullanabilmeleri konusunda gereken her türlü tedbiri almalıdırlar.

Bireylere sağlanan kolaylıklar arasında, onları alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına teşvik etmek en baş sırada yer almaktadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine göre, bir uyuşmazlıkla ilgili yargıya başvurulmadan önce ya da yargılama sırasında, uyuşmazlığın barışçıl yöntemlerle çözümlenmesini ve tarafların anlaşmalarını temin edecek en makul yolları özendirecek ya da kolaylaştıracak önlemler üzerinde durulmalıdır. Bu amaca yönelik olarak özel yöntemler bulunmalıdır. Değeri az olan uyuşmazlıklarda, dava aşamasından önce uyuşmazlığın çözülebileceği alternatif yöntemler geliştirilmelidir. Medenî hukukta olduğu gibi ceza hukuku alanında da arabuluculuğun geliştirilmesi konusunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin tavsiye kararları bulunması önemlidir. 17.09.1987 tarihli, "Ceza Adaletinin Sadeleştirilmesi" başlığını taşıyan karara göre, Avrupa Birliği, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m. 5 ve 6'da düzenlenen hakları da gözeterek ceza yargılamasında basitlik ve sürat sağlanmalıdır. Zira ceza hukukunda suç sayılan eylemler konusunda yargılamanın gecikmesi, yargının itibarının zedelenmesine neden olmaktadır.¹⁹¹

Özelikle ceza hukukunda arabuluculuk faaliyetinin öneminin gittikçe artması dikkat çekici bir durumdur. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin söz konusu tavsiye kararlarına uygun olarak arabuluculuk veya uzlaştırma, hukuk sistemimizin her alanında uygulanma imkânı bulabilir. Bu çerçevede Türk Ceza Hukukunda ilk gelişme olarak, Ceza Muhakemeleri Kanunu hükümlerinde yer alan uzlaşma (*CMK m. 253*) ve Türk Ceza Kanunu'nda yer alan ön ödeme (*TCK,m. 75*) kurumları, arabuluculuğa yer verildiğini gösteren yasal bir düzenlemedir. Ancak bunlar yeterli olmayıp arabuluculuk/uzlaştırma gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kapsamı genişletilerek, hukuk sistemimizin elverişli olan her alanında uygulanma imkânları üzerinde durulmalıdır.¹⁹² Bilindiği gibi ön ödeme, soruşturma aşamasında savcılığın, dava sürecinde ilgili mahkemenin önerdiği para cezasının sanık tarafından kabul edilerek ödenmesi suretiyle dava açılmasını önleyen ya da açılmış olan davayı

¹⁹¹ Avrupa Birliği, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, m. 5. ve 6, <https://inhak.adalet.gov.tr>.

¹⁹² Mustafa ÖZBEK, Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (AÜHFD 2002/2, s. 121-162), <http://acikerisim.baskent.edu.tr>.

düşüren özelliği ile hem yargının iş yükünü azaltmakta hem de sanığın suçlu sıfatı almasını engellemektedir.

f. Arabuluculuğun Dava Şartı Olarak Düzenlenmesinin Amacı

Arabuluculuk faaliyetinin, bireysel ve toplumsal birçok amacı olduğu ileri sürülmüştür. Dolayısıyla genel olarak arabuluculuk sürecinde birden çok amacın güdüldüğü söylenebilir.¹⁹³ Bu amaçları ana başlıklar halinde şöyle sıralayabiliriz.

i. Arabuluculuğun sosyal amaçları ve toplumsal barışa katkısı

Öğretide, genel olarak arabuluculuk faaliyetiyle ulaşılmak istenen bazı sosyal amaçların bulunduğu savunulmuştur. Bu görüşlere göre, arabuluculuğun bu sosyal amaçlarından en önemlisi, bir kazan-kazan formülü olarak toplumsal barışın ve dönüşümün sağlanmasıdır.¹⁹⁴ Bilindiği üzere, uyuşmazlıkların asıl çözüme kavuşturulduğu yer mahkemelerdir. Ancak mahkemelerde, uyuşmazlığın taraflar arasında karşılıklı anlaşma sağlanarak çözümü için uygun bir ortam bulunmadığından, mahkemeye başvurmadan önce, tarafların uyuşmazlığı sağlıklı bir ortamda değerlendirmesi için bazı uygulamalar öngörülmüştür ki, bunlardan birisi de zorunlu arabuluculuktur. Zorunlu arabuluculuk faaliyetiyle, iş yükü sorunu giderilerek mahkemelerde yargılamayı daha etkin kılmak için tarafların uyuşmazlığı sağlıklı bir ortamda değerlendirebildiği bir ön aşama oluşturulmaktadır.¹⁹⁵ Toplum bireyleri arasında uyuşmazlıkların gittikçe çoğalması, bu uyuşmazlıkların kısa zamanda çözümlenememesi, yargıda sonuçlanan uyuşmazlıklara ilişkin çözümün ise daima taraflardan birinin iradesine uygun olmaması, taraflar arasında ilişkilerin sürekli olarak bozulmasına neden olması, toplumsal barışı tehdit etmektedir.¹⁹⁶

Arabuluculuk faaliyetinin en önemli amaçlarında birisi, taraflar arasında oluşan uyuşmazlıkların barışçıl bir yöntemle çözümlenmesidir. Arabuluculuk faaliyetinde, uyuşmazlığın tarafları gönüllü olarak kendi çözüm önerilerini ortaya

¹⁹³ İ.K.Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Doktora Tezi, s. 47-48, 2010.

¹⁹⁴ Ç. Y. Tıktık, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, s. 10, Yüksek Lisans Tezi, 2010.

¹⁹⁵ Ildır, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003, s. 43, naklen: Betül Azaklı Arslan, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, s. 44-45, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

¹⁹⁶ İrfan Atış, İş Hukuku'nda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Sisteminin Etkinliği: Sakarya İli Örneği, s. 19, Yüksek Lisans Tezi, Temmuz-2019.

koymakta ve yine kendi istekleriyle anlaşmaya varmaktadırlar. Bu, toplumsal barışa önemli bir katkıdır. Arabuluculuk yöntemi, bir anlamda kazan-kazan formülüdür. Zira arabuluculuk görüşmelerinde ortaya çıkan sonuç her iki tarafın özgür iradelerine dayanmaktadır. Uyuşmazlıkların yargı yoluyla çözümünde ise, bir taraf kazanırken diğer taraf kaybetmekte, dolayısıyla taraflar arasındaki ilişkilerin eski haliyle devam etmesi mümkün olmamaktadır.

Uyuşmazlıkları mahkemelerde çözümlemek yerine barışçıl yollarla çözüme kavuşturmak, uyuşmazlığın tarafları için yararlı olduğu gibi, toplumsal barışın devamına da katkıda bulunmaktadır. Mahkemelerin verdiği kararlar, her ne kadar uyuşmazlıkları sonlandırmakta ise de, taraflar arasındaki uyuşmazlıklar her zaman sona ermemektedir. Davanın hükme bağlanması, uyuşmazlığın kökten çözümlenmesi anlamına gelmemektedir. Zira mahkemelerin verdikleri kararlarda daima taraflardan biri haklı, diğeri de haksız konumda bulunmaktadır. Arabuluculuk sisteminde ise, kazan-kazan formülü geçerli olduğundan, arabuluculuk anlaşması uyuşmazlığın bütün taraflarını memnun etmektedir.¹⁹⁷

Arabuluculuk faaliyetinde, uyuşmazlıklar yargıya göre daha kısa zamanda ve daha az masraf ödeyerek çözümlenme imkânına kavuşmaktadır. Diğer yandan arabuluculuk sürecinde gizlilik ilkesi önemli olduğundan tarafların hem özel hem de ticari hayatlarına ilişkin sırları korunmuş olmaktadır.¹⁹⁸ Diğer yandan arabuluculuk barışçıl bir çözüm yöntemi olduğundan taraflar ticari ilişkilerinin bozulmasına engel olmak suretiyle sağlıklı bir biçimde devam ettirilmesi imkânına sahip olmaktadır.

Uyuşmazlıkların, tarafların karşılıklı rızasıyla çözümlenmesi; toplumsal barışın devamını sağlaması, az masraflı olması ve kısa sürede sonuçlanması nedenleriyle arabuluculuk faaliyeti barışçıl, dostane bir çözüm yolu olarak nitelendirilmektedir. Ayrıca bu yöntem, toplumsal değerlerimizde yerleşmiş olan

¹⁹⁷ Nesibe Kurt Konca, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Seta Perspektif, S. 225, s. 2, Aralık 2018. (<https://setav.org/assets/uploads/2019/01/225.pdf>)

¹⁹⁸ İlker Koçyiğit-Alper Bulur, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, s. 19, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, 1. Baskı, Mart 2019. (<https://adb.adalet.gov.tr>)

helalleşme kültürüne dayalı bir çözüm şekli olduğundan kültürel ve ahlaki yapımıza da uygun düştüğü ifade edilmiştir.¹⁹⁹

ii. Arabuluculuğun hukuki amaçları ve yargının iş yükü sorununa çözüm sağlaması

Arabuluculuk yönteminin en önemli amaçlarından birisi olarak; yargıda dava sayısı azaltılarak iş yükü sorununun çözümüne katkı sunulması, böylece uyuşmazlıkların kısa zamanda sona ermesi ve adalete erişimin sağlanması olduğu ileri sürülmüştür.²⁰⁰ Ülkemizde, mahkemelerdeki dava dosya sayısının çok olması nedeniyle yargılama sürecinin çok uzun olduğu, davaların zamanında sonuçlanmadığı, dolayısıyla adaletin geç tecelli ettiği, bunun da taraflar açısından çeşitli mağduriyetlere neden olduğu bilinmektedir. Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün arşivlerine göre, 2017'de hukuk mahkemelerinde 1.962.485 adet yeni dava ikame edilmiş, yine aynı dönemde devreden eski davalar da katıldığında toplam 1.984.974 adet dava karara bağlanmış ve 2018'de 1.609.223 adet dava dosyası ise sonraki yıla devrolmuştur. 2019 yılı verilerine göre, 2019 yılında hukuk mahkemelerinde 2.026.507 adet yeni dava ikame edilmiş, yine aynı dönem içinde eski dosyalardan devir eden dosyalar da katıldığında toplam 2.124.441 adet dava karara bağlanmış ve böylece 2020'ye 1.662.720 dava dosyası devrolmuştur. 2020 yılı arşiv kayıtlarına göre, 2020 yılında hukuk mahkemelerinde 1.880.582 adet yeni dava açılmış, yine yıl içerisinde önceki yıllardan devir eden davalar katıldığında toplam 1.843.550 adet dava karara bağlanmış ve 2021 yılına 1.787.116 adet dava dosyası sonraki yıla devrolmuştur.

201

Bazı hukukçular, zorunlu arabuluculuk faaliyetinin mahkemelerin ağır iş yükü sorununa çözüm oluşturabilecek yöntemlerden biri olduğunu ileri sürmektedirler.²⁰² Bu görüşe göre, yargılama öncesinde bir uzlaşma sisteminin bulunması dava sayısının artışına engel olacaktır. Dünya ülkeleri, uzun zamandan

¹⁹⁹ M. Fatih Uşan, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu Kitabı Önsözü, 2018.

²⁰⁰ İlker Koçyiğit- Alper Bulur, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, s. 19, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, s. 5, 1. Baskı, Mart 2019. (<https://adb.adalet.gov.tr>)

²⁰¹ Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, <https://adlisicil.adalet.gov.tr>.

²⁰² Seda Öz mumcu, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış, İÜHFM, 2016, S. 2, s. 826.

beri yargının ağır iş yükü sorununun giderilmesi için, hukuk sistemlerinde birçok değişik uygulamaya yer vermiştir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olarak ortaya çıkan zorunlu arabuluculuk yöntemi de bu uygulamalardan birini oluşturmaktadır.²⁰³

Bu çerçevede, yargının iş yükünün azaltılması için alınması gereken tedbirler konusunda Avrupa Konseyi bir kararında, zorunlu arabuluculuğun önemine şöyle vurgu yapmaktadır: *“Küçük taleplerle ilgili uyuşmazlıklarda ve tüketici hukuku, kira hukuku veya trafik kazalarından sorumluluk gibi alanlarda taraflar, ADR (alternatif uyuşmazlık çözüm yolları) hizmeti sunan kuruluşlara başvurabilmeli ve hatta dava açmadan önce buna zorunlu tutulmalıdır. Ancak arabuluculuğa başvurunun zorunlu tutulması durumunda da başarısızlıkla sonuçlandığında yargı yolu açık olmalıdır.”*²⁰⁴

Bir görüşe göre zorunlu arabuluculukta, başvurunun zorunlu olması nedeniyle uyuşmazlığın tarafları sistemi öğrenme imkânına sahip olmaktadır. Taraflar, bu başvuru zorunluluğu sayesinde arabuluculuk sistemini öğrendiğinde bu yöntemin yararlarını açıkça görmektedirler.²⁰⁵ Dolayısıyla arabuluculuk yöntemine başvuru sayısı arttıkça yargıdaki dava dosyası sayısı azalmaktadır. Mahkemelerde dava dosyalarının normalden fazla olması, yargılama sürecinin uzatmasına neden olmakta, bu durum davaların tarafları için hem maddi hem de manevi yük oluşturmakta, adaletin tahakkuku gecikmekte ve yargılama sonunda verilen hükümlerin çoğunlukla tarafları hoşnut etmediği görülmektedir. İşte yargının bu ağır iş yükü sorununu hafifletmek için, bir çözüm yolu olarak dava şartı arabuluculuk kurumu gündeme gelmektedir.

Bu görüşü savunanlara göre; arabuluculuk faaliyetinde birbirleriyle iletişim içine giren taraflar, uyuşmazlığın çözümünü kendileri ortaya koymakta, anlaşma zemini bulmaya çalışmakta, bu şekilde mahkemelerde dava dosyası sayısı

²⁰³ M. Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 815; Alper Bulur, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi, Ankara Barosu Dergisi, 2007, S. 4, s. 45.

²⁰⁴ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Mahkemelerdeki Aşırı İş Yükünün Önlenmesi ve Azaltılmasıyla İlgili Tedbirler Hakkındaki R (86) 12 Sayılı Tavsiye Kararı. (<https://www.barobirlik.org.tr>)

²⁰⁵ E.K. Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara 2014, s. 72; M. Serdar Özbek, Anayasal Hak ve Hürriyetler İle Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk, TBB Yayınları, 2010, s. 139.

azalmaktadır. Yargının iş yükü azaldığında ise, derdest davalar fazla zaman kaybı olmadan sona ermekte ve aynı zamanda yargının etkinliği de artmaktadır. Bütün bu olumlu faktörler, adaletin kısa süre içinde gerçekleşmesine hizmet etmektedir.²⁰⁶

Arabuluculuk faaliyetiyle ilgili hukuki düzenlemenin amacının, mahkemelerin iş yükünü hafifletmek olduğu görüşüne karşı öğretilerde bazı eleştiriler yapılmıştır. Bu eleştiriler genel olarak şu şekilde özetlenebilir. İleri sürülen eleştiriye göre, arabuluculuk düzenlemesindeki amaçlardan biri, her ne kadar mahkemelerin iş yükünü hafifletmek olarak gösterilmişse de, iş yükü sorunu arabuluculukla kalıcı bir çözüme kavuşamayacağından, bu tür alternatif yollar yerine daha kalıcı olan, yargı mekanizmasını doğru yöneterek yargının etkinliğinin sağlanması yolu tercih edilmelidir.²⁰⁷ Örneğin bu görüşe göre, kaliteli hukukçular yetiştirilerek yargı organlarında daha yetkin ve yeterli sayıda hâkim ve savcılarla, savunmayı temsil eden iyi hukukçu avukatlar ve ayrıca doğru usul mevzuatlarıyla daha kalıcı çözümler üretilebilir.

iii. Arabuluculuğun usul ekonomisi açısından amaçları

Usul ekonomisi ilkesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu maddede hâkimin, yargılamayı gecikmeye meydan vermeden zamanında ve 'gereksiz gider' yapılmamasını temin etmekle görevli olduğu vurgulanmıştır. "*Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür.*" (HMK m. 30). Bu madde hükmünden anlaşılabacağı üzere, esasen hâkimler, yargılamayı makul süre içinde sonuçlandırmak ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdürler. Ancak dava dosyası sayısı çok fazla olduğundan, hâkimler isteseler de davaların makul süre içinde sonuçlanması mümkün olmamakta, gereksiz gider yapılmaması konusunda ne kadar özen gösterilmiş olsa da günümüz şartlarında yargılama giderleri taraflar açısından caydırıcı olmaya devam etmektedir.

Bilindiği gibi mahkemelerde yargılama süreci oldukça pahalı ve masraflıdır. Örneğin, davaların değerine göre alınan nispi harçlar ve başvuru harçları, keşif,

²⁰⁶ İrfan Atış, İş Hukuku'nda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Sisteminin Etkinliği: Sakarya İli Örneği, Yüksek Lisans Tezi, s. 20, Temmuz-2019.

²⁰⁷ Ö. Ekmekçi/M. Özkes/M. Atalı, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, s. 110, 2018.

bilirkişi ve tanık masrafları, davada karar verilinceye kadar doğabilecek diğer bütün masraflar da ödenmek zorundadır. Mahkeme aşamasının çok masraflı olması, gelir durumu iyi olmayan bireylerin adalete erişimi konusunda caydırıcı olmaktadır. Bu da adalete erişimi olumsuz yönde etkileyebilecek caydırıcı bir unsurdur. Bu açıdan en az masrafla adalete erişimin temin edilmesi ihtiyacı, arabuluculuk sisteminin gündeme gelmesine neden olan faktörlerden birisidir. Adalete erişim hakkı, toplum bireylerinin adalet ve temel insan haklarından taviz vermeden, daha az masrafla, hızlı ve etkin olarak yargı yoluyla, uyuşmazlıkları hukuki çözüme ulaşılabilmeleri manasına gelir.²⁰⁸

Arabuluculuk süreci ise çok daha az masraflıdır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 7. maddesinde, aksine bir sözleşme hükmü bulunmaması halinde arabulucu ücretlerini tarafların eşit olarak ödemesi gerektiği ifade edilmiştir. İMK'nın '*dava şartı olarak arabuluculuk*' başlığını taşıyan 3/14 maddesinde, arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varılamadığı durumlarda iki saatlik arabulucu ücretinin Bakanlık tarafından ödeneceği hükmü bulunmaktadır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 18'de ise, taraflar anlaştıkları takdirde, arabuluculuk anlaşma tutanağının ilam değerinde bir belge olabilmesi için icra edilebilirlik şerhi konulması amacıyla yargıya başvurulması üzerine mahkemenin aldığı kararlara karşı istinaf mahkemesine temyiz başvurusu yapıldığında *maktu harç* alınacağı hükmü yer almıştır. Ayrıca arabuluculuk anlaşma tutanağının resmi işlerde kullanılması durumunda da maktu damga vergisi alınacağı ifade edilmektedir.²⁰⁹

Arabuluculuk faaliyeti, mahkeme yargılamasıyla karşılaştırıldığında ondan daha az masraflı olduğu görülecektir. Arabuluculuğun yargı yoluna göre daha az masraflı olması, toplum bireylerinin adalete erişimi kolaylaştıran önemli bir faktör olarak görülmektedir. Ayrıca arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlıklar

²⁰⁸ Güler, 2014, naklen: İrfan Atış, İş Hukuku'nda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Sisteminin Etkinliği: Sakarya İli Örneği, Yüksek Lisans Tezi, s. 21, Temmuz-2019.

²⁰⁹ Güler, 2014, naklen: İrfan Atış, İş Hukuku'nda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Sisteminin Etkinliği: Sakarya İli Örneği, Yüksek Lisans Tezi, s. 21, Temmuz-2019.

mahkemelere başvurmadan çözümlendiğinden yargı mekanizması, hem önemli bir mali yükten hem de dosya yükünden kurtulmaktadır.²¹⁰

Sonuç olarak; arabuluculuk, Türk hukuk sisteminde tarafların isteklerine bağlı olarak başvurdukları bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak uygulanmakta iken, yapılan yasal düzenlemelerle işçi-işveren uyuşmazlıklarında ve bazı ticari dava ve uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurulması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle mahkemelerde açılan bu tür davalarda öncelikle arabulucuya başvurma şartı aranmaktadır. Yargı organlarında dosya sayısı çok fazla olduğundan davaların uzun sürdüğü, zamanında adalet tecelli etmediği, bu da hak kayıplarına neden olduğu gerekçeleriyle arabuluculuk dava şartı olarak kabul edilmiştir.

Arbuluculuk faaliyetinde uyuşmazlıklar mahkemelere göre daha hızlı ve daha az masraf yapılarak çözüme kavuşmaktadır. Yine arabuluculuk faaliyetine hâkim olan *gizlilik ilkesi* nedeniyle tarafların özel ve ticari hayatlarının sırları gizli kalmaktadır. Diğer yandan arabuluculuk barışçıl bir çözüm yolu olduğundan, taraflar zedelenen ticari ilişkilerini düzelterek yeniden eski haliyle devam ettirebilmektedirler.

Kısaca, dava şartı arabuluculuk uygulamasına gerekçe olarak ileri sürülen bu hususların amaca ne ölçüde hizmet ettiği tartışmalı olmakla birlikte, uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuğa başvurma zorunluluğunu genel olarak şu amaçlara dayandırmak mümkündür: a) İş uyuşmazlıklarının taraflar arasında müzakere yoluyla çözümlenmesini sağlayarak yargının dosya sayısını azaltmak, b) Uyuşmazlıkların daha kısa zamanda ve az masraf ödeyerek çözümlemesini sağlamak, c) Toplumsal barışın devam etmesini temin etmek, d) İki tarafın da sırlarını koruyarak uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak.

g. Arabuluculuğun Dava Şartı Olarak Düzenlenmesinin Hukuki Sonuçları

i. Genel olarak

Hukukçular arasında çoğunlukla kabul edilen anlayışa göre; arabuluculuk, hukuk sistemimizde uyuşmazlıkların yargıya başvurmadan çözümünü sağlayan

²¹⁰ Tıktık, 2010. naklen: İrfan Atış, İş Hukuku'nda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Sisteminin Etkinliği: Sakarya İli Örneği, Yüksek Lisans Tezi, s. 21, Temmuz-2019.

alternatif yollardan birisidir. Bu görüş doğrultusunda, uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemlerinin, yargıyı sadece tamamlayan bir sistem olduğu, onun yerine ikame edilen bir sistem olmadığı söylenebilir.²¹¹ Arabuluculuk faaliyetinin asıl amacı, kamu düzenine ilişkin olmayan uyuşmazlıkların, yargıya intikal etmeden barışçıl bir şekilde çözüme ulaştırmaktır.²¹² Bu noktada Türk Dil Kurumu Sözlüğü'ne baktığımızda, “alternatif” sözcüğünün karşılığının “seçenek” olduğunu görmekteyiz. Hukukçular arasında alternatif kavramı; *iki veya daha çok şey arasında bir seçim yapma imkânının sunulması* olarak tanımlanabilir.²¹³

Hukuki bir uyuşmazlığın, müzakere yöntemiyle çözümlenebilmesi, sadece tarafların serbest iradelerine dayalı olarak gerçekleşmesi halinde makul sayılabilir. Avrupa Konseyi arabuluculuk sistemi konusunda; *“Adlandırılma ve başvurulma şekline bakılmaksızın, uyuşmazlığın tarafı iki veya daha fazla kişinin, gönüllü bir temelde uyuşmazlıklarını çözmek için bir arabulucunun yardımı ile bizzat çaba gösterdikleri yapılandırılmış bir süreçtir.”* diyerek bu süreçte tarafların serbest iradelerini gerekli gördüğünü vurgulamaktadır.²¹⁴

Türkiye’de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nda arabuluculuğun tarafların isteğine uygun olması ilkesi benimsenmiştir. HUAK’da *“Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler.”* hükmüne yer verilerek arabulucuya başvuru aşamasındaki serbest irade unsuruna vurgu yapılmıştır. Tarafların isteğine bağlı olunma durumu; öncelikle *arabuluculuğa katılma*, ikincisi ise *anlaşma yapılma* konusu olarak iki şekilde karşımıza çıkabilir.²¹⁵

Bu ilkeler ışığında bakıldığında, yargıya başvurmadan önce tarafların arabuluculuğa başvurmak zorunda olması; genel olarak arabuluculuğun doğasına ve özüne uygun düşmediği görüşü ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre arabuluculuğa başvuru zorunluluğu, yargılama sürecine *dava şartı* olarak

²¹¹ Yıldırım, Kamil, İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözümü Hakkında, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 358.

²¹² Pekcanitez, Hakan, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2005/5, s. 12-16.

²¹³ ÖZBEK, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin yayınları, 2013 Ankara, s. 167.

²¹⁴ Kürşat Karacabey, Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi 2016/1, s. 465, (<https://dergipark.org.tr>.)

²¹⁵ KEKEÇ, Elif Kısmet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yayınları, Ankara, 2014, s. 70.

yansımaktadır. Dava şartı ise, bir uyuşmazlık konusunda yargıya dava açılabilmesi için, öncelikle arabuluculuğa başvurmuş olma zorunluluğunu ve başvurulmadığı takdirde, davanın reddedilmesi gerektiği durumunu ifade etmektedir. Dava şartı arabuluculuk, Türk hukukunda ilk olarak 01.01.2018 tarihinde bazı iş uyuşmazlıkları bakımından uygulanmaya başlanmıştır. Daha sonra 01.01.2019'dan itibaren ise, bazı ticari uyuşmazlıklar bakımından da dava şartı arabuluculuk uygulaması yürürlüğe konulmuştur. Birkaç yıldan beri uygulanan dava şartı arabuluculuğun aslında ihtiyari arabuluculuğu teşvik ettiği görüşü de ortaya konulmuştur.

ii. Mahkemeye erişim hakkı bakımından dava şartı olarak arabuluculuğun hukuki sonuçları

Bireylerin, bir uyuşmazlıkla ilgili doğrudan bağımsız ve tarafsız yargıya başvurabilmesi, mahkemeye erişim hakkıyla doğrudan bağlantılıdır. Devletin en temel işlevlerinden birisi, bağımsız yargı kurumlarını oluşturarak bütün toplum bireyelerine, adaletin gecikmeden gerçekleşmesini güvence altına alacak bir hukuk sistemi kurmaktır. Bu işlevini yerine getirmeyen bir devlet anlayışının hukuki meşruiyeti tartışma konusu olabilir. Zira bireylerin hiçbir engelle karşılaşmadan yargıya erişiminin sağlanması ve adil yargılanma hakkına sahip olması, bir yargı sisteminin temel taşlarıdır. Bu çerçevede bireylerin, mahkemeye dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunda bırakılması, onların bağımsız ve tarafsız mahkemelere doğrudan erişim hakkının önüne bir engel olup olmadığı konusu hukukçular arasında tartışılmaktadır.

Bazı hukukçular, arabuluculuğa başvurmanın dava şartı olmasını, mahkemeye erişimi ortadan kaldıran bir uygulama olarak görmediklerini, burada sadece arabuluculuğa başvuru bakımından bir zorunluluk olduğunu, fakat tarafların anlaşıp anlaşmama veya süreci devam ettirip ettirmeme konusunda tamamen serbest olduklarını, dolayısıyla mahkemeye erişim hakkının ortadan kaldırılmadığını savunmaktadırlar. Ayrıca bu uygulamanın, yargının iş yükü sorununun çözümüne katkıda bulunan toplumsal barışın devamını sağlayan bir yöntem olduğunu ileri sürmektedirler.

Diğer bazı hukukçular ise, dava şartı olarak arabuluculukta, tarafların belirli bir sürecin tamamlanmasından sonra dava açabilme hakkına sahip olduğu,

dolayısıyla mahkemeye erişimin tümüyle ortadan kaldırılmadığı doğru ise de, adalete erişimin bir süre geciktirildiği ve bir miktar da masraf yüklendiği gerekçesiyle arabuluculuğun dava şartı olmasına olumsuz yaklaşmaktadırlar. Bu görüşe göre, mahkemeye ve adalete erişimin geciktirilmesi ve zorlaştırılması, adaleti talep hakkının özüne aykırı olan bir husustur. Dolayısıyla bireyler için temel bir hak olarak tanımlanmış olan, doğrudan mahkemeye erişim hakkının önüne bu tür bir engelin konulması uygun değildir.

Dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklarda, bireyler dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorundadırlar. Taraflardan birinin arabuluculuğa başvurmaksızın doğrudan dava açması halinde, mahkemece davanın esası incelemenden davanın usulden reddine karar verilir. Başka bir deyişle, dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvuru, yasal bir zorunluluktur. Bu yasal zorunluluğa uyulmadığı takdirde mahkemeye erişim hakkı ortadan kalkmaktadır.

Anayasada; *“Egemenlik, kayıtsız şartsız milletindir. Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz.”* hükmü yer almaktadır.²¹⁶ Bu maddeyi takip eden 7. 8. ve 9. maddelerde egemenlik yetkileri, ‘yasama’, ‘yürütme’ ve ‘yargı’ yetkileri olarak belirlenmekte, bu yetkilerin kimler tarafından kullanılabileceği açıklanmaktadır. 9. maddesinde, *“Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.”* hükmü yer almaktadır. Anayasanın 11. maddesinde ise, *“Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.”* denilmek suretiyle devletin egemenlik yetkisini yetkili organlar dışında hiçbir kişi ya da kuruma devredemeyeceği vurgulanmaktadır.

Anayasanın “Hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesinde ise, *“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”* ve yine “Kanuni hâkim güvencesi” başlıklı 37. maddesinde de, *“Hiç kimse kanunen*

²¹⁶ T.C Anayasası, m. 6.

tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.” hükmü yer almaktadır.

Dava açmadan önce arabuluculuğa başvurma zorunluluğu, Anayasanın halen yürürlükte olan bu hükümlerinin metnine ve ruhuna aykırı bir durum olarak karşımızda durmaktadır. Dava şartı arabuluculuğun bizatihi yarar ve sakıncalarından bağımsız olarak belirtilmelidir ki, dava şartı olarak arabuluculuk kurumu Anayasanın söz konusu maddeleriyle uyumlu görünmemektedir. Dolayısıyla ülkemizde arabuluculuk konusunda yasal düzenleme yapılırken, öncelikle Anayasanın bu hükümleri üzerinde gerekli uyum sağlanmalıydı. Anayasaya aykırı kanun olamayacağı ilkesi dikkate alındığında, dava şartı arabuluculukla ilgili kanunlar ile Anayasanın yukarıda belirttiğimiz hükümleri arasında gerekli uyumun olduğu söylenemez.

Anayasanın 36. maddesi hükmüyle yargıya ulaşım hakkının, temel haklardan biri olduğu vurgulandığı gibi aynı zamanda temel bir özgürlüklerden biri olarak korunduğu söylenebilir. Dolayısıyla bu hükümler özgürlük lehine yorumlanmalıdır. Nitekim yargıya ulaşım hakkını, bir uyuşmazlıkla ilgili yargıya başvurabilmek ve etkin bir yargılamayla uyuşmazlığın adil bir biçimde sonuçlanmasını talep edebilmek şeklinde anlayan Anayasa Mahkemesi, yargı kararlarını etkisizleştirip anlamsız hale getiren uygulamaların yargıya ulaşım hakkını ihlal edeceğini belirlemiştir.²¹⁷ Kısaca, yukarıda mahkemeye erişim ve adil yargılanma haklarıyla ilgili açıklanan hususlar dikkate alındığında; yargıya başvurmadan önce arabuluculuk sistemine başvurmayı zorunlu kılan yasal hükümlerin, Anayasa m. 36. ve m. 37. ile uyumlu olmadığı anlaşılmaktadır. Belirtmelidir ki, adalete erişimi geciktirmek ya da zorlaştırmak, adaleti talep etme ve uygulamada gerçekleştirme hakkının özüne dokunmakta ve onu zedelemektedir.

Bu noktada, hukuk devletinin temel taşlarından olan, Anayasa m. 36’da düzenlenen *yargıya erişim* ve *adil yargılanma* hakları kavramının ne ölçüde uygulanabilir olduğu üzerinde durulmalıdır. Temel hak ve özgürlüklerin

²¹⁷ Anayasa Mahkemesi Birinci Bölümü’nün 21.01.2015 tarih ve 2014/4683 E. Sayılı Kararı; naklen: Ersan Şen, Mahkemeye Erişim Hakkı, (<https://www.hukukihaber.net>)

Anayasada yer alması, hukuk devleti ilkesi açısından önemlidir. Ancak bu hak ve özgürlüklerin aynı zamanda işlevsel olması gerekir. Bireylerin, hiçbir engel olmadan mahkemelere erişebilir olmaları, açmış oldukları davaların en kısa zamanda sonuçlanması ve adaletin fiilen gerçekleşmesi halinde anlam kazanır. Yani bireylerin dava şartı arabuluculuk engeli olmadan doğrudan mahkemeye erişebilir olması tek başına adaletin gecikmeden gerçekleşmesi için yeterli değildir. Ülkemizde yargının ağır iş yükü nedeniyle davaların sonuçlanması gecikmektedir. Geciken adaletin ise adalet olmadığı bilinen bir husustur. Dolayısıyla hiçbir engel olmadan mahkemeye erişim hakkını, açılan davaların gecikmeden, zamanında sonuçlanması ve adaletin gerçekleşmesi ile birlikte ele almak gerekmektedir. Başka bir deyişle, dava şartı olarak arabuluculuk süreci nedeniyle mahkemeye erişimin gecikmesinin, halen yargının iş yükü sorunu nedeniyle davaların sonuçlanmasının gecikmesinden daha ağır sonuç doğurduğu söylenemez.

iii. Hukuk Güvenliği Bakımından Dava Şartı Olarak Arabuluculuğun Hukuki Sonuçları

(a) Hukuk Güvenliği Kavramı

Hukuk güvenliği ilkesi, hukuktaki istikrar ve belirliliği yok edecek şekilde kanunları sürekli değiştirerek yeni hukuk kuralları kabul etmemeyi, kazanılmış hakları yok edecek şekilde geriye yürüten kurallar getirmemeyi, temel hak ve özgürlüklerin teminat altına almasını ifade etmektedir.²¹⁸

Hukuk güvenliği ilkesi, hukuk devleti ilkesinin ihmal edilemez şartıdır ve Anayasa'nın tamamını etkileyen temel bir ilke konumundadır.²¹⁹ Yazarların bazıları, *hukuk güvenliği ilkesine* hukuk devleti tanımını yaparken yer vermektedirler. Yazarların bazıları da bu ilkenin, hukuk devleti ilkesinin bir unsurunu oluşturduğunu ifade ederler.²²⁰ Hukuk devleti ilkesi kısaca; “*vatandaşların hukuki güvenlik içinde bulundukları, devletin eylem ve*

²¹⁸ Mehmet Altundış, Hukuki Güvenlik İlkesi, Yasama Dergisi, S. 10, s. 61, 2008. (<https://dergipark.org.tr>)

²¹⁹ Yücel Oğurlu, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara, 2003, s. 39.

²²⁰ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Ankara, 2002, s. 113; Metin Günday, İdare Hukuku, 9. Baskı, Ankara, 2004, s. 44; Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 5. Baskı, Bursa, 2008, s. 97.

işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi anlatır.” Hukuk devleti ilkesi, hukuk kurallarının belirli ve istikrarlı olmasını; insanların, bütün karar ve işlemlerinde devlete güvenmesini, devletin, yeni hukuk kuralları getirirken duyulan güveni zedeleyecek davranışlardan uzak durmasını gerekli kılmaktadır. AYM, verdiği bazı kararlarda hukuk güvenliği ilkesini, hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarından biri olduğu görüşünü vurgulamıştır.²²¹ Anayasa Mahkemesine göre hukuk devleti için, *hukuk güvenliğinin* sağlanması temel konulardan biridir.²²²

Hukuk güvenliği ilkesi; hukuk kurallarının önceden öngörülebilir olmasını, bireylerin yapacakları bütün iş ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin ise hukuki düzenlemeler yaparken bu güven duygusunu zedeleyecek tutumlardan kaçınmasını ifade etmektedir.²²³ Hukuk güvenliğini, mal ve can, fikir ve düşünce, din ve vicdan özgürlüklerinin hukuk kurallarıyla teminat altında olduğuna dair inanç olarak özetleyebiliriz. Ayrıca hukuk güvenliği, siyasal iktidarın yasama organı eliyle yapacağı kanunlaştırma sürecinde, idarenin işlem ve eylemlerinin kanunlara uygun olması şeklinde kendini gösterir. Hukuk devleti ise, bu kuralların gerçekten uygulandığı yönetim biçimidir.

Hukuk güvenliğinin güvencesi, hukuk devleti ya da hukukun üstünlüğü ilkesidir. Hukukun üstünlüğü ilkesinin geçerli olduğu devletlerde, temel hak ve özgürlükler anayasal güvence altındadır. Demek ki, hukuk güvenliği ile hukukun üstünlüğü ilkesi arasında doğrudan bir bağlantı vardır. Hukuk devletinde hakkı ihlal edilen kişiler, bağımsız ve tarafsız yargı organlarına hakları için dava açabilir. Hukuk devleti ilkesinin temel taşı, idarenin karar ve işlemlerinin yargının denetiminde olması, yargının temel taşı da yargı bağımsızlığıdır. Yargı bağımsızlığının, bireylerin hak ve özgürlüklerinin en temel güvencesi olduğu bilinmektedir.

Hukuk devleti ve *hukuki güvenlik* denildiğinde, hukuka tabi olan toplum bireylerine siyasal iktidarın yaptığı işlemleri takip etme fırsatı veren ise, istikrarlı, adil hukuk kurallarının sürekli olarak dürüstçe uygulanacağı hususunda güvence

²²¹ Anayasa Mahkemesi, T.30.11.2007, E.2006/61, K.2007/91.

²²² Anayasa Mahkemesi, T.12.12.1989, E.1989/11, K.1989/48. (<http://www.anayasa.gov.tr>.)

²²³ Sema Aksoy, Hukuk Güvenliği, Kamu Hukukçuları Platformu, s. 9, Türkiye Barolar Birliği, 8-9 Kasım 2013-ANKARA.

veren bir hukuk sistemidir. Hukuk devletinin, *hukuk güvenliği* işlevinin gerçekleşmesi için, bir yandan devletin bütün kurum ve kuruluşlarıyla hukukla bağlı kalması, diğer yandan da bireylerin bütün eylemlerinde hukuka uygun olarak davranması gerekmektedir. Yasama organı sadece belirli, açık, öngörülebilir hukuk kuralları kabul etmekle değil, aynı zamanda bu hukuk kurallarının hukuki sınırları aşacak şekilde adaletsizliğe neden olacak bir düzenleme yapmaktan kaçınmakla da yükümlüdür.

Hukuk devleti ilkesi; yöneticilerin davranışlarını belirleyen, bireylerin de hukuk güvenliğini temin eden ilkeler toplamıdır. Bu ilkeler, idare açısından iktidarını sınırlayan özellik taşıırken, bireyler açısından *hukuk güvenliği* teminatı altında hayatını sürdürmenin araçları olmaktadır. Hukukun genelliği ve öngörülebilirliği, hukukun normatif değerine ilişkindir. Hukuk devleti, siyasal iktidarı hukukla sınırlandıran bir mekanizmadır. Bu çerçevede adil hukuk kuralları, yalnızca *hukuk güvenliği* ilkesinin esası olmayıp, bununla birlikte temel özgürlüklerin geliştirilmesini sağlayan bir araçtır. Diğer yandan bir devlet yönetiminde kurallar ve kurumlar arasındaki ilişki, yasama, yürütme ve yargı güçlerinin düzenli çalışmaları ve *adil yargılanma ilkesine* uygun olarak faaliyet gösteren bağımsız yargının denetimiyle pratiğe dönüşür.²²⁴

Hukuki güvenlikle yakın bağlantısı olan *hukukta kesinlik*, yasalardan hangi somut eylemlere hangi hukuki sonuçların ya da yaptırımların uygulandığını, bu yasaların devlete hangi müdahale imkânı verdiğini herkesin bilmesini sağlayan bir kavramdır. Hukukta kesinlik; hukuki düzenlemelerin geçmişe dönük değil geleceğe dönük etkisini, istikrar ilkesiyle bağlantılı olarak kanunların ve yargısal içtihatların *hukuki güvenliği* tehlikeye atacak düzeyde sık değiştirilmemesini, kamusal yönetimin hukuka bağlılığını ifade eder. Toplumsal ihtiyaçlar dışında kanunların sıklıkla değiştirilmesi, hukuki düzenlemelerin bütünlüğünün bozulması tehlikesini beraberinde getirmekte, normlar arasındaki çatışmalara da uygun zemin hazırlamaktadır. Tüzüklerin kanuna, kanunların anayasaya uygun olmaması gibi kendi içinde birbiriyle çelişkili kanunların bulunduğu bir hukuk düzeninde, belirlilik kuralının yerine belirsizlik hâkim olmaya başlar. Hukuk

²²⁴ Selda Çağlar, Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik - Hukuk Güvenliği İlişkisi, Kamu Hukukçuları Platformu, s. 25, Türkiye Barolar Birliği, 8-9 Kasım 2013-ANKARA.

düzeninde birbiriyle çelişkili ya da biri diğerini etkisizleştiren kanuni düzenlemeler yapılması sorununun, normlar arasındaki hiyerarşik yapıyla çözümlenmesi her zaman mümkün değildir. Bunun için herhangi bir kanuni düzenlemenin yapılmasından önce, birbiriyle çelişkili hukuk kurallarının ortaya çıkmasına engel olmak için geniş bir çalışma ve araştırmanın gerekli olduğu açıktır. Zira hukuk güvenliği ya da hukukta kesinlik ilkeleri, kanunilik ilkesini de kendi içinde barındırmaktadır.

Sonuç olarak; hukuk devleti ilkesi, sadece devlet işlerinin yasaya dayalı olarak yürütülmesiyle gerçekleşmez. Her şeyden önce adalet ilkesine uygun olmayarak, birbiriyle çelişkili, geçmişe doğru yürütülecek şekilde, hukukun temel ilkelerine aykırı olarak ve siyasal iktidarların sırf keyfine göre yapılan kanuni düzenlemelerin bulunduğu bir hukuk sisteminde hukuki güvenliğin sağlanması zor olacaktır.

(b) Hukuk Güvenliği Açısından Hukuki Sonuçları

Hukuk güvenliği kavramını, hukuk kurallarının öngörülebilir olması, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlet yönetimine güven duyabilmesi, devlet yönetiminin de hukuksal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici usul ve yöntemlerden kaçınması olarak tanımlamıştık. Hukuk güvenliği ilkesi, hukuk devletinin unsurlarından birisidir. Bireylerin devlet yönetimine güven duyması, ancak *hukuki güvenliğin* sağlandığı bir hukuk devletinde mümkündür. Devlet, anayasada yazılı olan temel hak ve özgürlüklerin kullanılması ve toplumsal hayata hâkim kılınması için, bireylerin hukuk sistemine olan güvenlerini korumakla yükümlüdür.

Bugün yargısal bir sorunun giderilmesi, bazı hukuki tıkanıklıkların aşılması ve yargının karşılaştığı iş yükü gibi sorunların pratik olarak çözümlenmesi gerekçesiyle gerçekleştirilen yasal düzenlemelerin, hukukun temel ilkeleriyle ne ölçüde uyum sağladığı konusunda yeterli inceleme yapılmakta mıdır? Hukuk sisteminin temel dayanağı olan hukuki ilkelerin, belki başka türlü tedbirlerle çözümlenebilecek önemli hukuk ve yargı sorunları ve hukuki tıkanıklıklar gerekçe gösterilerek bazı aykırı düzenlemelerle adeta etkisiz ve itibarsız hale geldiği ileri sürülmektedir. Dava şartı olarak arabuluculuk da bu anlamda yapılan düzenlemelerden biridir.

Bilindiği gibi dava şartı olarak arabuluculuk, hukuk ve yargı sisteminde bazı uyuşmazlıklarla ilgili olarak açılacak davalarda, arabuluculuğa başvurulmuş olmasının dava şartı olarak kabul edilmesidir. Dava şartı arabuluculuğa tabi olan bir uyuşmazlık konusunda arabuluculuğa başvurulmadan açılan dava, dava şartı yokluğu nedeniyle reddedilir. Dolayısıyla dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmanın zorunlu olması, bireylerin doğrudan dava açması önünde en azından belirli bir süre için engel gibi durmaktadır. Burada Anayasa tarafından hukuki güvenlik ilkesiyle güvence altına alınan bireylerin mahkemelere erişim ve adil yargılanma hakları ile hukuk ve yargı sistemindeki iş yükü sorunu karşısında uyuşmazlıkların daha hızlı ve barışçıl yollarla çözümlenmesi amacıyla getirilen dava şartı olarak arabuluculuk uygulaması arasında bağlantı kurularak dava şartı olarak arabuluculuğun hukuki güvenlik ilkesiyle uyumlu olup olmadığının değerlendirilmesi ihtiyacı gündeme gelmektedir. Bireyler, Anayasanın 36. maddesinde yer alan hukuk güvenliği ilkesiyle devlet yönetimine güven duyarken, bir alt norm olan kanunlarla düzenlenen dava şartı arabuluculuk uygulamasıyla bu güven duygusu zedelenmez mi?

Bir yanda normlar hiyerarşisi içinde en üst konumda bulunan Anayasanın temel bir ilkesi (hukuki güvenlik) yürürlükte iken, diğer yanda kanunla düzenlenen ve Anayasaya uygun olup olmadığı tartışılan dava şartı arabuluculuk uygulaması bulunmaktadır. Burada bir hususun açıklığa kavuşması gerekmektedir. Dava şartı arabuluculuğun Anayasanın söz konusu maddesine uygun olup olmadığı tartışması, dava şartı arabuluculuğun hukuk ve yargı sistemimiz için yararlı olup olmadığı konusundan bağımsızdır. Normlar hiyerarşisine göre en üst norm olan Anayasanın 36. ve 37. maddeleri hükmüyle güvence altına alınan hukuki güvenlik gereğince; *herkes, yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak adil yargılanma hakkına sahip olduğunu, yine ayrıca hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacağını* bildiği ve devlet yönetimi tarafından bu ilkelerin aksine bir uygulamaya tabi tutulmayacağına güvendiği bir ortamda, kanunla belirlenen dava şartı arabuluculuk yoluyla kısmen ve belirli bir süre için de olsa bireylerin önüne mahkeme yerine arabuluculuk kurumunun konulması, hukuki güvenlik kavramının işlevselliği açısından ciddi kaygılar uyandırmaktadır.

Bireylerin hukuki güvenlik duygusu için en önemli dayanak, bağımsız ve tarafsız yargıdır. Yargının bağımsızlık niteliği ise, ancak kuvvetler ayrılığı içinde anlam bulmaktadır. Zira yasama veya yürütmenin evrensel nitelikte kabul görmüş genel hukuk ilkelerine aykırı olan herhangi bir karar ya da işlemi karşısında, bireylerin başvurabileceği bir yargı mercii mutlaka bulunmalıdır. Bu yargı mercisinin, yürütme ve yasamanın muhtemel baskı ve tehditlerinden korunmuş olması da bağımsızlık bakımından kaçınılmaz bir gerekliliktir.²²⁵ Bu çerçevede bakıldığında, bireyler için temel bir hak olarak tanımlanmış bulunan, adaletin gerçekleşmesi için gerekli olan mahkemeye doğrudan erişim hakkının önüne belirli bir süre için de olsa bazı engeller konulması, *kuvvetler ayrılığı* ilkesine dayalı hukuk devleti anlayışıyla bağdaştırılabilmesi zor bir durumdur.

Bu nedenle, hukuki güvenlik ilkesiyle barışık ve bireylerin hukuka olan güven duygusunu zedelemeyecek bir çözüm yolu üzerinde durulmuş ve arabuluculuğun, ancak doğrudan ve engelleme yapılmadan yargıya başvuru hakkı yanında bir seçenek olması halinde anayasal ilkelerle uyumlu olabileceği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, yargı sisteminin mutlak egemenliğine hiçbir yol ve yöntem *alternatif* olamaz. Buna rağmen, mahkemelerin yargılama yetkisine halel getirmeden, yargı kurumuna ilave olarak arabuluculuk yönteminin uygulamaya konulması mümkündür.²²⁶

Ayrıca ülkemizdeki arabuluculuk mevzuatına göre, arabulucu sicillerinin tutulması ve denetimlerinin yapılması gibi görev ve yetkilerin, yürütmeye bağlı olan Adalet Bakanlığı bünyesinde oluşturulan Arabuluculuk Daire Başkanlığı'na ve Arabuluculuk Kurulu Başkanlığı'nın Adalet Bakanlığı temsilcisine verilmesi de, *kuvvetler ayrılığı* ilkesine açık aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Hâlbuki bu eleştiri yapan görüşe göre, hukuk uyuşmazlıklarında alternatif bir çözüm yöntemi olan arabuluculuk, aslında yargıya tabi olan bir uyuşmazlığı nihai çözüme kavuşturan bir usul mekanizması olarak geniş anlamda yargısal alan içinde mütalaa edilmelidir. Bu nedenle arabuluculuk kurumunun, yürütme erki yerine yargı erkine bağlı bir birim olarak oluşturulması, kuvvetler

²²⁵ Kürşat Karacabey, Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, 2016/1, s. 467-468. (<https://dergipark.org.tr>)

²²⁶ Özbek, M. Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara, 2013, s. 176.

ayrılığı ilkesine uygun düşecek bir tutum olacaktır.²²⁷ Bu konu da hukuk güvenliği açısından göz ardı edilemeyecek önemli bir husustur.



²²⁷ Kürşat Karacabey, Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, 2016/1, s. 468. (<https://dergipark.org.tr>)

III.DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUĞUN KÖTÜYE KULLANILMASI

A. Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Arabuluculuk Faaliyeti Bakımından Önemi

1. TMK m. 2'nin, HMK m. 28'in ve HMK m. 29'un Konu Kapsamında Değerlendirilmesi

a. TMK m. 2'nin Konu Kapsamında Değerlendirilmesi

i. TMK'nın 2. Maddesinin Kapsamı

Dürüstlük kuralı, Türk Medeni Kanunu'nun "Dürüst davranma" başlığını taşıyan 2. maddesinde şöyle yer almıştır. "*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*"²²⁸

Görüldüğü gibi bu maddede, birbiriyle bağlantılı iki kavrama vurgu yapılmıştır. Birincisi, maddenin ilk fıkrasında geçen dürüstlük kavramıdır ki, bununla herkesin haklarını, toplumda geçerli doğruluk, dürüstlük ve iş ilişkilerinin gerektirdiği karşılıklı güven esasına göre kullanması emredilmektedir. İkincisi ise, herhangi bir hakkın kötüye kullanılması yasağıdır. Aslında her iki fıkra hükmü de aynı temel ilke ve düşüncüyü içerir. Buna göre bu ilke, dürüst davranma zorunluluğu olarak ilk fıkra da olumlu bir şekilde, dürüstlüğü aykırı davranma yasağı olarak ikinci fıkra da olumsuz bir şekilde ifade edilmiştir. YHGK'nun T:13.07.2011, E:2011/4-410, K:2011/511 sayılı kararında da vurgulandığı gibi burada hukuki işlem yapan kişilerden *makul* ve *dürüst* bir kimse gibi davranmaları istenmekte, dolayısıyla zorunlu olarak hukuken değerli davranışlar için objektif bir ölçüt de ortaya konulmaktadır.²²⁹ Dürüstlük ilkesi,

²²⁸ Türk Medeni Kanunu, m. 2.

²²⁹ İlhan Helvacı, Türk Medeni Kanunu-Hukuku İlişkilerin Kapsamı <http://www.ilhanhelvacidersleri.com/turk-medeni-kanunu/turk-medeni-kanunu-madde:2>.

herkes tarafından uyulması gerekli olan objektif bir davranış biçimidir. Bu çerçevede toplum bireyleri arasındaki hukuki ilişkilerde bu kurala uygun davranış, toplumdaki orta zekâlı, makul ve dürüst bir kimsenin karşılıklı güvene, ahlaka ve doğruluğa uygun davranış biçimidir. Dürüstlük kuralı, hukuki işlemlerde, özellikle sözleşmelerde uygulama alanına sahiptir.

Sonuç olarak genel bir hüküm olan TMK'nın 2. Maddesinde yer alan dürüstlük kuralı, kanuna karşı hilenin önlenmesinde işlev görür. Kanuna karşı hilede kanun tarafından öngörülen bir yasağı delmek için dolambaçlı bir yola başvurulur ve kanunun başka bir hükmünden yararlanılarak, sözü edilen yasağın arkasından dolanmak istenir. Bir görüşe göre burada dürüstlük kuralına aykırı davranıldığı için kaçınılan hukuk kuralının yaptırımını ne ise, kanuna karşı hile ile elde edilen sonuca da aynısı uygulanmalıdır. Bir diğer görüşe göre ise burada arkasından dolanmak istenen kanun hükmünün yorumu yoluyla sonuca ulaşılmalıdır. Zira kanuna karşı hile oluşturan işlem, arkasından dolanmak istenen kanun hükmünü dolaylı olarak ihlal eder.

Dürüstlük kuralının uygulama alanı oldukça geniştir. Dürüstlük kuralı, *kanunların yorumu ve boşlukların doldurulması ve hukuki işlemlerin oluşması ve tamamlanması* gibi alanlarda, özellikle konumuzla ilgili *kanuna karşı hilenin önlenmesinde ve hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını belirlemede* uygulanmaktadır.²³⁰

Hakkın kötüye kullanılması ise; hukuk kurallarınca tanınmış bir hakkın, *dürüstlük kuralına* aykırı ve başkalarına da zarar verecek biçimde kullanılması anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle bir hakkın, dürüstlük kuralına aykırı olarak ve başkalarına da zarar verecek şekilde kullanılması, *hakkın kötüye kullanılmasını* ifade etmektedir. O halde bir hakkın kötüye kullanılmasından söz edilebilmesi için öncelikle hukuk düzenince tanınmış bir hakkın varlığı gerekir. Sonra bu hakkın kötüye kullanılmış olması gerekir. Eğer bir hak, amacı dışında kullanılırsa kötüye kullanılmış olur.

²³⁰ Hüseyin Hatemi, Medeni Hukuka Giriş, s. 141.

ii. TMK m. 2’de yer alan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının arabuluculuk faaliyeti bakımından önemi

Bir anlamda sözleşme niteliği taşıyan arabuluculuk faaliyetinin temel ilkeleri arasında bulunan dürüstlük, tarafsızlık ve güven ilkeleriyle TMK’nın 2. maddesi hükmünde yer alan dürüstlük kuralı hakkın kötüye kullanılması yasağı arasında sıkı bir ilişki olduğu açıkça görülmektedir. Sözleşme görüşmelerinde dürüst davranma yükümlülüğü vardır. Zira arabuluculuk faaliyetinde görüşmeler süreci başladığında taraflar arasında hukuki bir ilişki kurulur. Bu bir güven ilişkisidir. Güven duygusu, temelini dürüstlük kuralından alır ve taraflar arasındaki güven ilişkisi, TMK’nın 2. maddesi hükmündeki dürüstlük kuralına dayanır. Zira arabuluculuk görüşmeleri sırasında arabulucu ve tarafların dürüstlük kuralına uygun davranması gerekir. Dürüstlük kuralı, özellikle sözleşmelerin kurulmasında önemli işlev görmektedir.

Hukuk sistemimizde, iş hukukundan doğan ve ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğa başvurmak, hem bir hak hem de zorunluluktur. Arabuluculuğa başvurma hakkının amacı, önceki bölümlerde de belirttiğimiz gibi, uyuşmazlıkların kısa süre içinde, az masrafla ve barışçıl yöntemle çözümlenmesidir. Bu hakkın, yasalarda belirtilen amaçlar dışında, sırf davaların daha çok sürüncemede kalması ya da parasal menfaat sağlamak için kullanılması, hakkın kötüye kullanılmasının tipik örnekleridir. Hakkın kötüye kullanılması, aynı zamanda dürüstlük kurallarının da ihlali anlamına gelmektedir. Söz konusu TMK’nın 2. maddesine göre; herkes, haklarını kullanırken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Dolayısıyla arabuluculuk sisteminde dürüstlük kurallarına uyulmadığı ve bu hakkın, amacının dışında ve kötüye kullanıldığı tespit edildiğinde, bu şekilde yapılan sözleşmeler ve hazırlanan tutanaklar, hukuk sistemi açısından korunan bir hak doğurmaz. Çünkü bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumamaktadır. Bu ilkeye uygun olarak diyebiliriz ki, hakkın kötüye kullanılması yasağının yaptırımı, bu yasağa aykırı olarak düzenlenen tutanakların iptal edilmesidir. Buna göre şu şartların gerçekleşmesi halinde hakkın kötüye kullanılmış sayılacağı söylenebilir: Hukuk düzenince tanınmış bir hakkın bulunması, hakkın açıkça dürüstlük kurallarına aykırı olarak amacı dışında kullanılmış olması, hakkın dürüstlük kurallarına aykırı olarak amacı dışında kullanılmış olmasından hak sahibi hiçbir menfaat sağlamamış veya

çok az bir menfaat sağlarken başkalarının zarar görmesi ya da zarar görme tehlikesi ile karşı karşıya bulunmuş olması.

Yargıtay'ın, TMK'nın 2. maddesinde yer alan hükmü nasıl yorumladığını gösteren iki kararının kısa özeti şöyledir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir dava nedeniyle “*Davanın kötü niyetle uzatılmış olup olmadığının TMK'nın 2. maddesindeki ‘dürüstlük kuralı’ çerçevesinde değerlendirilmesi gerekeceği...*” yönünde karar vermiştir.²³¹

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, bir davada “*Bir sözleşmenin müzakeresine giren tarafların, ‘dürüstlük kuralı’na (TMK.2) uygun davranmakla yükümlü oldukları, gerçekte sözleşme yapmamaya kararlı olarak müzakereye giren ve öneride bulunan tarafın bu davranışının ‘dürüstlük kuralı’na (TMK.2) aykırı davranış olarak nitelendirilmesi gerekeceğine...*” dair karar vermiştir.²³²

b. HMK m. 28’nin Konu Kapsamında Değerlendirilmesi

i. HMK’nın 28. maddesinin kapsamı

Hukuk Muhakemesi Kanunu’nun ‘Aleniyet ilkesi’ başlığını taşıyan 28. maddesi şöyledir:

“ (1) *Duruşma ve kararların bildirilmesi alenidir. (2) Duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin yahut yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, ilgilinin talebi üzerine yahut resen mahkemece karar verilebilir. (3) Tarafların gizlilik talebi ön sorunlar hakkındaki hükümler çerçevesinde gizli duruşmada incelenir ve karara bağlanır. Hâkim, bu kararının gerekçelerini, esas hakkındaki kararı ile birlikte açıklar. (4) Hâkim, gizli yargılama işlemleri sırasında hazır bulunanları o yargılamayla ilgili edindikleri bilgileri açıklamamaları hususunda uyarır ve 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun gizliliğin ihlaline ilişkin hükmünün uygulanacağını ihtar ederek bu hususu tutanağa geçirir*” (HMK, m. 28)

²³¹ HGK. T. 1.10.1997, E:4-327, K:765, Yargı Dünyası, 1998/3, S. 27, s. 81.

²³² Yargıtay 2.HD. T. 15.9.1997, E:6603, K:8864, YKD. 1997/12, s. 1856.

Yargılamada geçerli olan ‘aleniyet ilkesi’, davanın tarafları ile birlikte diğer insanların da, yargılama sürecini takip edebilmesi ve davaların sonunda verilecek kararlar hakkında bilgi sahibi olabilmesi demektir. Yargılama faaliyetinin temel esaslarından olan *aleniyet ilkesi*, adil yargılanma hakkının da şartlarından birisidir. Bununla birlikte aleniyet ilkesi, özel hayatın gizliliğinin korunması kurallarıyla birlikte değerlendirildiğinde mutlak bir ilke olmadığı söylenebilir.²³³

HMK’nın 28. maddesinin birinci fıkrasında; mahkemelerdeki yargılama işlemlerinin kural olarak alenî (açık) olduğu vurgulanmış, bu haliyle Anayasanın 141. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde yer alan ilkeler de dikkate alınarak *alenî duruşma*, *gizli duruşma* ya da *gizlilik* kavramları kullanılmıştır. Ancak adil yargılanma hakkının bir gereği olan *yargılamanın alenî yapılması* ilkesi, mutlak bir hak olmayıp bazı hâllerde, Anayasamız ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde sınırlandırılması mümkün olmaktadır. Bu durumlarda, yargılama faaliyetinin herkese açık olması, hem yargılamanın tarafları hem de toplum bakımından, gizli yapılmasına göre daha çok zarar doğurabileceğinden, bu zararı gidermek için, aleniyet ilkesinin sınırlandırılması yoluna gidilmiştir. Kişisel sınırların ve özel hayatın gizliliğinin korunması gibi yararlar, bazen aleniyet ilkesinin sınırlandırılmasını meşru kılmaktadır.²³⁴

Maddenin ikinci fıkrasında somutlaştırılan bu istisnai hâllerin varlığı söz konusu olduğunda, temel ilkenin aksine olarak yargılama gizlilik içinde yapılacaktır. Yargılama süresince de, mahkeme kararı ile oluşan bu gizliliğin korunması gerekir. Maddenin üçüncü fıkrasında; tarafların gizlilik talebinin yine gizli duruşmada incelenip karara bağlanacağı ve *gizlilik* kararı verilmesine gerekçe olan hususların da esasa ilişkin verilecek kararda gösterileceği hükmü yer almaktadır. Maddenin dördüncü fıkrasında ise; hâkim tarafından, gizli yargılama yapılırken duruşmayı takip edenleri, yargılamaya ilişkin öğrendikleri bilgileri başkalarına iletmemeleri konusunda uyarılması, bu gizliliği ihlal edenler için

²³³ Nesibe Kurt Konca, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması, s. 68. (<https://dergipark.org.tr>)

²³⁴ Nesibe Kurt Konca, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması, s. 73. <https://dergipark.org.tr>

gizliliğin ihlaline ilişkin ceza kanunu hükmünün uygulanacağı yönünde ihtarda bulunulması gerektiği hususları düzenlenmiştir.

HMK, Anayasa hükümlerine uygun düşen bir düzenleme içermektedir. Şöyle ki; “*Genel ahlak, kamu düzeni, millî güvenlik, küçüklerin korunması veya yargılama ile ilgili kişilerin özel hayatının gizliliği ya da taraflardan birinin ticarî sır gibi hukuken korunmaya değer bir menfaatinin bulunması gerekçesiyle duruşmanın bir kısmının yahut tamamının gizli olarak yapılmasına mahkemece karar verilebilir*”²³⁵

2006 Tasarısı’ndaki hükmün, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine daha uygun olduğu söylenebilir. Söz konusu tasarıda, yargılamanın aleni olması ile kişilik haklarının korunması ilişkisinde, özel hayatın korunması ilkesi daha ağır basmaktadır. 2006’daki tasarıda, aleniyetin sınırlandırılması nedeni olarak, yargılamada özel hayatın gizliliği ya da tarafların ticarî sırrı gibi hukuken korunması gereken menfaatlerinin varlığı gösterilmiştir.²³⁶ 2006 Tasarısı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, m. 28’e göre, aleniyetin sınırlandırılması nedenleri bakımından daha uygundur. Çünkü 2006 Tasarısında *özel hayatın gizliliği* ve *taraflardan birinin ticari sırrı* gibi daha somut ihtiyaçlar, sınırlandırma nedeni olarak gösterilmiştir.

ii. HMK 28. maddesinin arabuluculuk faaliyeti bakımından önemi

Hukuk Muhakemesi Kanunu’nun ‘aleniyet ilkesi’ başlığını taşıyan 28. Maddesinde; “(1) *Duruşma ve kararların bildirilmesi alenidir.* (2) *Duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin yahut yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, ilgilinin talebi üzerine yahut resen mahkemece karar verilebilir.*” hükmü yer almaktadır. Buna göre, mahkemelerde aleni olarak yapılan yargılama faaliyeti sırasında, kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin gerekli kıldığı hâllerin varlığı durumunda, mahkeme tarafından yargılamanın gizli yapılmasına karar verilebilecektir.

²³⁵ 2006 Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı m. 34.

²³⁶ Nesibe Kurt Konca, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması, s. 76. <https://dergipark.org.tr>.

Arabuluculuk kurumu ve onun ilkeleri ile HMK'nın 28.maddesi arasında en önemli bağlantı, *“yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerin”* var olması durumudur. Halen yürürlükte bulunan HMK m.28'de, alenilik ilkesini sınırlandıran nedenler genel olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla hukuken korunmaya değer bir menfaatin varlığı, her somut olayın özelliğine göre belirlenebilir. Hâlbuki kanunun 2006 Tasarısının metninde *“yargılama ile ilgili kişilerin özel hayatının gizliliği ya da taraflardan birinin ticarî sır gibi hukuken korunmaya değer bir menfaatinin bulunması gerekçesiyle duruşmanın bir kısmının yahut tamamının gizli olarak yapılmasına mahkemece karar verilebilir (2006 Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı m. 34)”* şeklinde somut kavramlar kullanılmıştır.

Bu çerçevede konumuzla ilgili şu soru akla gelmektedir. Kanun'daki *“Yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kıldığı haller”* ifadesi, gizlilik içinde yürütülmesi gereken arabuluculuk görüşmelerinde büyük önem taşıyan, tarafların *ticari sırları* ve *özel hayatının gizliliği* gibi konuları da kapsamakta mıdır? HMK m. 28'deki *“kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kıldığı haller”* cümlesi geniş yorumlandığında, bu soruya olumlu cevap verilmesi mümkündür. Çünkü arabuluculuk görüşmelerinde tarafların ‘ticari sırları’ ve ‘özel hayatın gizliliği’ konuları, kişilerin yargılamaya ilişkin *“korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerden”* sayılabilir.

Burada sır/ticari sır ve sırrın korunması kavramını açıklamakta yarar bulunmaktadır. Sır kavramını, genelde herkesin bilmediği ve başkaları tarafından bilinmesi sahibinin maddi ve manevi çıkarlarına zarar verme riski taşıyan hususlar şeklinde tanımlayabiliriz. Sırlar, doğal olarak açığa çıkması arzu edilmeyen, saklı kalması istenen hususlardır. Bir şeyin sır olarak kabul edilebilmesi için; öncelikle onun gizli kalmasında sahibinin maddi ya da manevi çıkarının bulunması, ikinci olarak da, sır olarak kabul edilen bu hususları başkalarının bilmemesidir.²³⁷ Aleni yargılama sırasında, tarafların ticarî sırlarının başkaları tarafından duyulması ihtimali nedeniyle, maddi ve manevi çıkarlarının

²³⁷ Süheyl Donay, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul 1978, s. 4.

zarar görme tehlikesi ortaya çıktığı takdirde yargılama gizli olarak yapılır.²³⁸ Sırların mahremiyetini korumak için, yargılama sırasında aleniyet ilkesinden vazgeçilmesinin hukuki dayanağı, Anayasa m. 20’de yer alan özel hayatın gizliliği hakkıdır.²³⁹

Bilindiği gibi arabuluculuk faaliyetinin en temel ilkelerinden birisi gizliliktir. Zira arabuluculuk faaliyeti sırasında gizlilik ilkesi esastır. Arabuluculuk sistemine güven duyulabilmesi, bu sürecin gizlilik ilkesine uygun olarak yürütülmesi gerekir.²⁴⁰ Eğer taraflar, sürecin gizliliğinin korunacağına dair güven duygusuna sahip olmasaydı belki arabuluculuğa hiç başvurmazlardı. Arabuluculuk sürecinin kendisinden beklenen faydayı sağlayabilmesi için, tarafların arabuluculuk sürecinde bütün görüş, delil ve belgelerini açıklayabilmeleri gerekmektedir.²⁴¹ Bu delil ve belgeler arasında işyerlerine ait ticari sırların bulunması kuvvetle muhtemeldir. Duygu, düşünce, bilgi ve belgelerin açık olarak ortaya konulmadığı bir arabuluculuk sürecinde taraflar arasındaki iletişim tam olarak sağlanamayacaktır.²⁴² Hâlbuki taraflar, arabuluculuk faaliyeti sırasında, ancak gizlilik ilkesinin uygulanması halinde kendi görüşlerini daha rahat açıklama, bilgi ve belgeleri açık olarak sunabilme fırsatı bulabilirler.²⁴³ Böyle uygun bir zeminde yürütülecek arabuluculuk faaliyeti sonucunda ise, tarafların gerçek düşünce ve iradesine uygun anlaşmalar düzenlenmekte ve bu ise toplumsal barışa katkıda bulunmaktadır.²⁴⁴

HMK m. 28’deki hüküm gereğince, yargılamada gizlilik kararı verilmesinin arabuluculuk faaliyeti bakımından önemini bir örnek üzerinden açıklayalım. Dava şartı arabuluculuk görüşmelerinin *anlaşmama tutanağı* ile sona ermesi halinde, taraflardan biri bu konuda mahkemeye dava açabilecek ve davanın duruşmaları

²³⁸ Nesibe Kurt Konca, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması, s. 86. <https://dergipark.org.tr>.

²³⁹ Üzeltürk-Tahmazoğlu, Sultan: Duruşmaların Yayınlanması, İstanbul Barosu Dergisi 1999/1, s. 109.

²⁴⁰ Z. Görkem, Arabuluculuk Sürecinde Arabulucunun Hukuki Statüsü-Hakları ve Yükümlülükleri, s. 107, Ankara 2015.

²⁴¹ G. Bozdağ, Arabuluculuk ve Arabuluculuğun Ebeveynler Arasındaki Uluslararası İhtilaflarda Uygulanabilirliği, GÜHF Dergisi, 2016, s. 104-109.

²⁴² Ç. Tıktık, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2010, s. 36.

²⁴³ K. Karacabey, Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, 2016, s. 460.

²⁴⁴ K. Karacabey, Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, 2016, s. 465.

usul gereğince aleni olarak yapılacaktır. Yargılama sırasında, tarafların daha önce arabuluculuk sisteminin gizliliği ilkesine dayanarak ve bu sisteme duyulan güven duygusuyla arabuluculuk görüşmelerinde açıklanan ticari sırlar konusunda, HUAK'ın 4. maddesindeki *arabulucu ve tarafların, görüşmelerde sunulan bilgi ve belgeleri gizli tutmakla yükümlü olduğuna* ve 5. maddesinde yer alan *arabuluculuk görüşmelerinde ortaya konulan beyan ve belgelerin uyuşmazlıkla ilgili açılan davada kullanılamayacağına* dair hükümler önemli güvenceler sağlamaktadır.

HMK m. 28'in ise, ticari sırlar konusunda daha genel ifadelerle benzer güvenceler sağladığı söylenebilir. Buna göre, arabuluculuk faaliyeti sürecinde açıklanan ticari sırlar, HMK m. 28'deki tarafların *korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerden* sayılarak bu madde gereğince açıklanmayacak, hâkim, tarafların korunmaya değer üstün menfaatlerinin kesin olarak gerekli kıldığı hallere ilişkin bilgi ve belgeler için *gizli oturum kararı* vererek yargılamanın aleniyet ilkesini sınırlandırabilecek ve duruşmaların gizli olarak yapılmasına karar verebilecektir. Söz konusu HMK m. 28 bu şekilde yorumlandığı takdirde, dava şartı arabuluculuk sürecinin *bilgi ve belgelerin gizliliği* ilkelerine hizmet edebilecek ve arabuluculuğun kötüye kullanılmasını önlemeye yarayabilecek bir hüküm olarak değerlendirilebilir. Ancak halen yürürlükte bulunan HMK'nın 28'inci maddesi, aleniyet ilkesinin sınırlandırılması nedenlerinin kanun metnine yansması (yani bu konuda genel ifade kullanılması) ve toplumsal ihtiyaçlar açısından 2006 Tasarısı'nın gerisinde bulunmaktadır.²⁴⁵

c. HMK m. 29'un Konu Kapsamında Değerlendirilmesi

i. HMK'nun 29. maddesinin kapsamı:

HMK, m. 29'a göre; yargılama sırasında; *“(1) Taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar. (2) Taraflar, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdürler.”* Görüldüğü gibi, davanın taraflarından, maddenin birinci bölümünde dürüstlük kuralına uygun davranma, ikinci bölümünde ise, gerçeğe uygun beyanda bulunmaları istenmektedir. Doğruyu söyleme yükümlülüğü, dürüstlük kuralının

²⁴⁵ Nesibe Kurt Konca, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması, s. 76. <https://dergipark.org.tr>.

özel ve önemli bir unsuru olduğundan, bir madde içinde her ikisinin birlikte düzenlenmesi isabetlidir.

Sarısözen'e göre, doğruyu söyleme görevi, yargılamada maddi hakikatin ortaya çıkması için tarafların yerine getirmesi gereken görevlerden biri olduğu gibi, dürüstlük kuralının hukuk yargılamasındaki en önemli uygulamasıdır. Taraflar, doğruluk ödevi gereğince uyuşmazlık konusu vakıalarla ilgili açıklamalarında ve usul işlemlerinde doğruyu söylemek, mahkemeyi ve karşı tarafı yanıltmamakla yükümlüdürler.²⁴⁶

HMK'nun "Dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü" başlıklı 29. maddesi, TMK m. 2'de yer almış olan dürüstlük kuralının, hukuk davalarında da uygulanacağını ifade etmektedir. Bu hükmün, davada kötü niyetli işlemler yapanlarla ilgili yaptırımları belirten, örneğin HMK m. 101; m. 327; m. 329 gibi hükümler dışında pratik değil, daha çok etik açıdan bir anlamı vardır.²⁴⁷

ii. HMK 29. Maddesinin arabuluculuk faaliyeti bakımından önemi

Maddenin ilk fıkrası, Türk Medenî Kanunu'nun 2. maddesindeki 'dürüstlük kuralının' HMK'ya yansıyan bir görünümü olan bu kural, yargılamanın usule dair işlemlerinde etkisini gösterir. Söz konusu kuralın ihlali durumunda işlemin hukukî sonuç doğurması mahkemece önleneyecektir. Dolayısıyla bu yükümlülüğe aykırı davranışın yaptırımı, bu beyanların mahkeme tarafından dikkate alınmaması şeklinde olacaktır.

Taraflar, yargılama sırasında, neleri söyleyip söylemeyecekleri konusunda serbesttir. Taraflardan, kendi aleyhlerine olacak bir beyanda bulunmaları beklenemez. Ancak HMK 29. maddesi hükmünce tarafların dürüst davranmaları; gerek kendileriyle, gerek karşı tarafla ilgili konularda yaptıkları yazılı ve sözlü açıklamaların gerçeğe aykırı olmaması ve mahkemeyi yanıltmaması gerekir. İşte HMK 29. maddesinin arabuluculuk faaliyeti bakımından önemi de bu noktada kendini göstermektedir.

²⁴⁶ M. Serhat Sarısözen, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Medeni Usul Hukukumuzda Getirdiği Yeni Düzenlemeler, TBB Dergisi, s. 351, 2011 (96).

²⁴⁷ Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri, Ankara Barosu Dergisi, s. 225, 2011/2.

‘TMK m. 2’de Yer Alan Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Arabuluculuk Faaliyeti Bakımından Önemi’ başlığını taşıyan daha önceki bölümde ifade edildiği gibi, arabuluculuğun temel ilkeleri arasında bulunan dürüstlük ve tarafsızlık ilkeleriyle TMK’nun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı arasında sıkı bir ilişki vardır. Zira arabuluculuk görüşmeleri sırasında arabulucu ve tarafların dürüstlük kuralına uygun davranması gerekir. HMK 29. maddesinde yer alan tarafların ‘dürüst davranmaları ilkesi’ ise, TMK’nun 2. maddesindeki dürüstlük ilkesinin usul hükümlerine yansıyan bir görünümüdür. Bu nedenle HMK 29. maddesinin arabuluculuk kapsamında değerlendirilmesi ile TMK 2. maddesinin arabuluculuk kapsamında değerlendirilmesi arasında önemli benzerlikler bulunmaktadır.

Bu açıdan bakıldığında; bugün hukuk sistemimizde, iş hukuku ve ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğa başvurma hakkının amacı, uyuşmazlıkların kısa süre içinde, az masrafla ve barışçıl yöntemle çözümlenmesidir. Ancak bu arabuluculuğa başvurma hakkı, sırf davaların daha çok sürüncemede kalması ya da maddi menfaat sağlamak için kullanılması halinde, hakkın kötüye kullanılması söz konusu olacaktır. Hakkın kötüye kullanılması ise, aynı zamanda dürüstlük kurallarının da ihlali anlamına gelmektedir. HMK 29. maddesine göre; yargılama sırasında taraflar, dürüstlük kurallarına uymak zorundadırlar. Dolayısıyla HMK 29. maddesiyle arabuluculuk sistemi ‘dürüstlük ilkesi’ ortak paydasında buluşmaktadır. Arabuluculuk sisteminde dürüstlük kurallarına uyulmadığı ve bu hakkın, amacının dışında ve kötüye kullanıldığı tespit edildiğinde, bu şekilde yapılan sözleşmeler ve hazırlanan tutanaklar, hukuk sistemi açısından korunan bir hak doğurmayacaktır. Çünkü bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumamaktadır. Davanın kötü niyetle uzatılmış olup olmadığı, gerçekte sözleşme yapmak istemeyen bir kişinin müzakereye girmesi gibi konuların ‘dürüstlük kuralları’ çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin kısa iki Yargıtay Kararı şöyledir:

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir dava nedeniyle “*Davanın kötü niyetle uzatılmış olup olmadığının TMK’nın 2. maddesindeki ‘dürüstlük kuralı’*

*çerçevesinde değerlendirilmesi gerekeceği...” şeklinde karar vermiştir.*²⁴⁸ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, bir davada “*Bir sözleşmenin müzakeresine giren tarafların, ‘dürüstlük kuralına’ (TMK.2) uygun davranmakla yükümlü oldukları, gerçekte sözleşme yapmamaya kararlı olarak müzakereye girişen ve öneride bulunan tarafın bu davranışının ‘dürüstlük kuralı’na (TMK.2) aykırı davranış olarak nitelendirilmesi gerekeceğine...*” dair karar vermiştir.²⁴⁹

2. Arabulucunun Yükümlülüklerinin Konu Kapsamında Değerlendirilmesi

Dürüstlük kuralı ve onun tamamlayıcı parçası olan hakkın kötüye kullanılması yasağının arabuluculuk faaliyeti ve arabulucunun yükümlülükleri bakımından değerlendirilmesi yapılırken, öncelikle *arabulucunun yükümlülükleri* ve *dürüstlük kuralı* kavramlarının açıklanmasında yarar vardır. Arabuluculuk, uyuşmazlıkların barışçıl bir yolla çözülmesi için taraflar arasında iletişim kurularak onların masada kalmalarını sağlayan ve kendi çözümlerini kendilerinin bulmalarına yardımcı olan alternatif bir yöntemdir. Bu yöntem içinde arabulucu, görevini tarafsızlık, dürüstlük içinde ve özenle yürüterek sisteme güven sağlayan temel aktördür. Bu nedenle arabulucu bazı önemli hak ve yükümlülüklerle sahiptir.

Arabulucunun yükümlülükleri, HUAK’da düzenlenmiştir. Buna göre arabulucuların belli başlı yükümlülükleri; taraflarca açıklanan ticari sırları saklama ve gizliliğe riayet (m. 4), görevini özenle ve tarafsız biçimde yerine getirme (m. 9), arabuluculuğun esasları hakkında tarafları gerektiği gibi aydınlatma (m. 11), arabuluculukta sunulan beyan ve belgeleri delil olarak kullanamaması ve bu konuda açılan davalarda tanıklıktan çekilmesidir (m. 5).

Arabulucunun yükümlülüklerinden; *taraflarca açıklanan ticari sırları saklaması ve gizliliğe riayet etmesi, görevini özenle ve tarafsız biçimde yerine getirmesi, taraflarca sunulan beyan ve belgeleri delil olarak kullanamaması ve bu konuda açılan davalarda tanıklıktan çekilmesi* dürüstlük kuralları ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ile bağlantılı olanlarıdır. Arabulucunun bu yükümlülükleriyle doğrudan bağlantılı olan *dürüstlük kuralı*, hukukun her

²⁴⁸ HGK. 1.10.1997 T. E:4-327, K:765, Yargı Dünyası 1998/3, S:27, s. 81.

²⁴⁹ Yargıtay 2.HD. 15.9.1997 T. E:6603, K:8864, YKD. 1997/12, s. 1856.

alanında kendisini gösteren *genel bir hukuk ilkesi* olarak yargı uygulamasında çok sık karşılaşılan bir kavramdır. Dürüstlük kuralı, herhangi bir hukuk alanında kendine özgü bir yasal düzenleme olmasa bile, TMK'nın 2. maddesinde, bütün hakların kullanılması ve borçların ödenmesinde objektif iyi niyet kurallarına uyulması emredilmekte, hakların kötüye kullanılmasının hukuken korunmayacağı açıkça belirtilmektedir.

HUAK'ın 'gizlilik' başlığını taşıyan 4. maddesi, arabulucunun sır saklama yükümlülüğünü düzenlemektedir. Buna göre, sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça arabulucu, arabuluculuk süreci çerçevesinde kendisine tevdi edilen bilgi, belge ve kayıtları gizli tutmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti esnasında fotoğraf eklenemeyecek, görüntü ve ses kaydı yapılamayacaktır. Bu yükümlülüğe aykırı davranan arabulucuların hukuki ve cezai sorumluluğu doğabilecektir.²⁵⁰ Yine aynı şekilde arabuluculuk faaliyeti sürecinde arabulucu, arabuluculuk görüşmelerinde taraflardan edindiği bilgi ve belgeleri, sahibinin rızası olmaksızın başka kişilere veremez.²⁵¹

HUAK m. 5'te, arabuluculukta sunulan beyan ve belgelerin kullanılmaması yükümlülüğü düzenlenmiştir. Buna göre; taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılan üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, arabuluculuk sürecinde sunulan beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz. Arabulucu, arabuluculuk sürecinde taraflarla görüşerek arabuluculuk faaliyetine ilişkin aşamaları belgelendirebilir. Bu belgeler gizlilik ilkesi gereği saklanması gerekli belgelerden olup herhangi bir mahkeme, hakem ya da idari kurumlarca istenemeyecektir.

HUAK m. 9'da arabuluculuk görevinin özenle ve tarafsız biçimde yerine getirilmesi konusu yer almaktadır. Buna göre, arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirir. Arabulucu, uyuşmazlığın tarafları arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür. Dikkat edilirse, arabuluculuk görevinin özenle ve tarafsız biçimde yerine getirilmesi, ticari sırların gizli tutulması, beyan ve

²⁵⁰ Mustafa Çiçek, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2018, s. 51.

²⁵¹ Tuğçem Şahin - Yasin Çelik - Ahmet Cemal Ruhi, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Rehberi*, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2018. naklen: Özgür Oğuz, *Türk İş Hukukunda Arabuluculuğun Yükümlülükleri*, AndHD, Cilt:4, Sayı:2, s. 279, 2018.

belgelerin kullanılmaması gibi yükümlölüklerle tam olarak uyulması, hukukta genel bir ilke olan *dürüstlük kurallarına* bağılı kalınmasıyla mümkündür. Dürüstlük kuralları; makul, dürüst, objektif, iyiniyetli ve ortalama zekâ seviyesine sahip kişilerin davranış kalıplarından oluşmaktadır. Dürüstlük kuralları hem hakların kullanılmasında hem de borçların ifasında uygulanan kurallardır. *Dürüstlük kuralı* ve onunla ilişkili olan *hakkın kötüye kullanılması yasağı* hukukun genel bir ilkesi olarak, hukukun bütün alanlarında görülen ve yargılama sırasında sürekli gündeme gelen kavramdır.

TMK'nun 2. maddesi, bütün hakların kullanılmasında dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket edilmesi gerektiğini ve bir kimsenin başkasını zarara sokmak amacıyla haklarını kötüye kullanmasını hukukun korumayacağını belirtmektedir. Söz konusu madde şöyledir; “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*” Buna göre, hakkın kötüye kullanılmasından söz edebilmek için, öncelikle bir hakkın dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılması ve ikinci olarak da bu davranışın başkasına bir zarar vermesi gerekir. Bu açıdan madde, bireylerin, haklarını doğruluk, dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanmasını amirdir. Dolayısıyla kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan bir hak varsa ve bu hak dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanılmışsa hakkın kötüye kullanılması söz konusu olur. Hakkın kötüye kullanılması ise, hukuk tarafından korunmaz.

Arabulucunun, yasalarda belirtilen yükümlölüklerini ihlal etmesi halinde, uygulanacak yaptırım konusunda yeterli yasal hükümlerin olduğu söylenemez. HUAK gereğince yalnızca gizlilik ilkesinin ihlalinden kaynaklı sorumluluğuna aykırı davranmasından arabulucuya ceza öngörölmüştür. Ceza hükümleri ana başlığı altında sadece *gizliliğin ihlali* konusu HUAK m. 33'te düzenlenmiştir. Buna göre, arabuluculukla ilgili yasada belirtilen yükümlölüklerle aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağılı olduğu gibi, bu suçlardan zarar gören taraflar lehine tazminat davası hakkında söz edilmemektedir. Dolayısıyla kanunda bu konuda eksiklikler olduğu, tarafların zarar görebilme ihtimaline karşılık kanunda herhangi bir özel hüküm konulmadığı

söylenabilir. Bu gibi durumlarda, genel hükümlere bakılarak bir çözüm yoluna gidilmesi söz konusu olabilecektir. HUAK'da arabulucunun sorumluluğuna ilişkin yeterli özel hüküm bulunmaması nedeniyle TMK m. 2 gibi genel hükümlerin uygulanması ihtiyacı doğmaktadır. TMK m. 2'de *herkesin, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduğu, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeninin korumayacağı* belirtildiğinden, arabuluculuk sisteminin beşeri unsurları olan arabulucu ve tarafların, süreçle ilgili belge ve bilgileri ve ticari sırları, tarafların rızası olmaksızın hukuk davasında kullanarak veya üçüncü kişilere vererek dürüstlük kurallarına aykırı davranışları halinde, bu eylemlerinin *hukuk tarafından korunmaması* şeklinde bir yaptırım ile karşılaşmaları söz konusu olacaktır. Arabulucu ve tarafların bu eylemlerinin hukuk tarafından korunmaması kuralı, söz konusu bilgi ve belgelerin muteber hukuki delil olamayacağı şeklinde somutlaşarak tezahür eder.

B. Dava Şartı Olarak Arabuluculuğun Kötüye Kullanılması Örnekleri

1. Tarafların Anlaşamaması Halinde İki Saatlik Arabulucu Ücretinin Kamu Tarafından Ödenmesinin Kötüye Kullanılması

Dava şartı olarak arabuluculukta tarafların anlaşamaması halinde, iki saatlik arabulucu ücretinin kamu tarafından ödenmesinin, farklı biçimlerde kötüye kullanıldığını söyleyebiliriz. Bunları şöyle sıralayabiliriz.

a. Dava Şartı Olarak Arabuluculuğun Kötüye Kullanılması Biçimi Olarak Arabuluculuğun Davayı Uzatmak İçin Bir Araç Olarak Kullanılması

Yargı sistemimizde davalıların, davanın kısa sürede sonuçlanmasını önleme, hatta mümkün olduğu kadar geciktirme amacı taşıyan geleneksel bir anlayışa sahip oldukları bilinmektedir. Toplum bireylerinin arabuluculuk sistemi konusunda yeterli bilgiye sahip olmaması gerçeği, davalıların, davanın sonuçlanmasını geciktirme amacı taşıyan bu geleneksel yaklaşımla birlikte düşünüldüğünde, dava şartı olarak arabuluculuğun, davalıların, davanın

açılmasını geciktirmek amacıyla kötüye kullanabilecekleri bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁵²

Arabuluculuğa başvuru hakkını kötüye kullanmak isteyen davalılar, bu amaçlarına ulaşmak için değişik yollara başvurmaktadırlar. Örneğin davalılar, arabuluculuk sürecinde bazen anlaşma önerilerinin değerlendirilmesi amacıyla verilen süreyi cevapsız bırakarak, bazen de müzakerelere katılmakla birlikte kendilerine sunulan önerileri kabul etmeyip anlaşmama tutanağı düzenlenmesine neden olmak suretiyle davanın gecikmeyle açılmasına ve yargılama sürecini kısaltmak yerine uyuşmazlığın daha da uzamasına yol açmaktadırlar. Dolayısıyla arabulucuya başvurunun dava şartı haline getirilmesiyle amaçlanan mahkemelerin yükünün azaltılması ve uyuşmazlıkların daha kısa sürede çözümlenmesi hedefleri tam olarak gerçekleşmemekte, hatta daha çok zaman kaybı olmaktadır.

Nitekim dava dosyalarının istinaf ve temyiz aşamalarında yapılan incelemelerde; davaların açılması sırasında ya da mahkemelerce verilen 1 haftalık süre içinde arabuluculuk faaliyetinin sona ermesine ilişkin *son tutanak* aslının ya da arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğinin dava dosyalarına sunulmamış olması nedeniyle dosyaların, ilgili mahkemelere bu eksikliklerin tamamlanması için iade edildiği ya da taraflara muhtıra gönderilerek bu belgelerin dosyalara sunulmasının istenildiği bilinmektedir. Bu da yargılamanın uzamasına ve hak kayıplarına neden olmaktadır. Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesine ilişkin *son tutanak* aslının dava dosyalarına sunulmamış olması, nadiren bilgi eksikliği ve bireysel hatadan kaynaklanabileceği gibi çoğunlukla hakkın kötüye kullanılması suretiyle davaların sürüncemede bırakılması amacına matuf da olabilir.

b. Dava Şartı Olarak Arabuluculuğun Kötüye Kullanılması Biçimi Olarak Kamudan Parasal Menfaat Sağlamak İçin Arabuluculuk Sisteminin Kullanılması

Bir hakkın kötüye kullanılmasının iki boyutu olduğu söylenebilir. Birincisi, bireylerin içsel yapılarından kaynaklanan etik/ahlaki boyut, diğeri ise dış/toplumsal yapıyla ilgili hukuksal boyuttur. Etik/ahlaki boyut, bireyleri bir

²⁵² Seda Özümucu, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 830, 2016.

hakkı kötüye kullanmaya sevk ettiren ahlaki ve vicdani eksiklikle ilgilidir. Hukuksal boyut ise, hakkın kötüye kullanılmasını önleyecek pozitif hukuk kurallarının eksikliği ile ilgilidir. Hukuk sistemince bireylere tanınan hakların kötüye kullanılması genel olarak her alanda söz konusu olabilir. Bunlardan birisi de yargı alanı içinde, özellikle dava şartı arabuluculuk sisteminde görülen hakkın kötüye kullanılmasıdır.

Gerçekte aralarında herhangi bir uyuşmazlık olmayan kişiler tarafından, dava şartı olarak arabuluculuk sistemine başvurularak anlaşamama halinde Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenecek iki saatlik arabulucu ücreti tahsil edildikten sonra taraflar arasında pay edilmesi amacıyla arabuluculuk sisteminin kötüye kullanılabileceğinden söz edilebilir. Hatta arabuluculuk sisteminin kötüye kullanıldığına dair Adalet Bakanlığı'na bazı şikâyetlerin yapıldığı ve Arabuluculuk Daire Başkanlığı'na bu konuda, anlaşma yüzdesi düşük olan arabuluculardan performansları yeterli olmadığı gerekçesiyle uyarıda bulunulduğu söylenebilir.

Dava şartı olarak arabuluculuk sistemi içerisindeki değeri itibarıyla yüksek olan uyuşmazlıkların, tarafların arabulucu seçme serbestisi nedeniyle sadece bazı arabuluculuk şirketlerince çözüme kavuşturulması sağlanarak arabuluculuk sisteminin kötüye kullandığı da ifade edilmektedir. Bazı hukukçuların, müvekkillerini sadece değeri yüksek miktartlı uyuşmazlıklara bakan kendi arabuluculuk şirketlerine yönlendirerek uyuşmazlıkları kendi şirketlerinde çözüme kavuşturabilecekleri ve arabuluculuk sistemini bu şekilde kötüye kullanabilecekleri söylenebilir.

c. Dava Şartı Olarak Arabuluculuğun Kötüye Kullanılması Biçimi Olarak Taraflardan Birine Ait Gizli Bilgi ve Belgelerin Gizliliğinin Menfaat Karşılığında İhlal Edilmesi

Arabuluculuk görüşmelerinde uyuşmazlığa kalıcı çözümler bulunabilmesi için sorunun kaynağına inilmesi gerektiğinden, her oturumda tarafların kendilerini rahat bir şekilde ifade edebilmesi teminat altına alınmalıdır.²⁵³ Arabuluculuğun en temel ilkelerinden birisi, şüphesiz ki gizliliklidir. Gizlilik ilkesi,

²⁵³ M. Yusuf Eren, 2016, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Arabuluculuk, Adalet Yayınevi, s. 101.

alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuğa toplumda ilginin artmasında önemli bir etkidir. Arabuluculukta, tarafların arabuluculuk sürecine güveninin sağlanabilmesi için, gizlilik ilkesi son derece gereklidir.

Arabuluculuk faaliyetinin gizliliği ilkesiyle ilgili HUAK'ta yer alan düzenleme şöyledir:

*“Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar.”*²⁵⁴

Bu ilkenin iki temel amacından söz etmek mümkündür. Birincisi, arabuluculuk görüşmelerinde anlaşmaya varılamaması halinde, ileride açılacak muhtemel bir davada, bilgileri açıklayan taraf aleyhine bir durum oluşmasına, ikincisi ise, bilgileri açıklayan tarafın işyerine ait ticari sırların rakip firmaların eline geçmesine engel olmaktır. Nitekim arabuluculuk faaliyetinin gizliliğine ilişkin hükümlerin gerekçesinden, tarafların arabuluculuk görüşmelerinde uyuşmazlığa konu olan olayı bütün boyutlarıyla tartışırken açıklayacakları ticari sırların üçüncü kişilerce öğrenilmesini istemeyecekleri için bu hükmün yasalaştığı anlaşılmaktadır.

HUAK'ın 4. maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere gizlilik, bazen tarafların mahkeme dışındaki uyuşmazlık çözüm yoluna başvurmalarındaki en önemli etken olabilir. Önemli ticarî ilişkileri olan iki tarafın, yüksek meblağlara varan bir konuda uyuşmazlık içinde olduklarını üçüncü kişilerin bilmesi, onların piyasadaki itibarlarını ve iş ilişkilerini etkileyebilir ya da iki taraf arasında sır niteliğindeki birtakım hususların kamuoyu önüne çıkması istenmeyebilir. Arabulucu, bir yönüyle kendisine başvuru olan uyuşmazlık konusunda tarafların sırdaşıdır. Tarafların kendisi ile paylaştığı bu sırları saklamak durumundadır. Bu yönüyle arabulucu, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişilerden biri sayılacaktır. Arabulucunun bu yükümlülüğe uymaması durumunda, bu kanunda belirtilen sicilden silinme veya cezaî yaptırımlara muhatap olma sonucu ile

²⁵⁴ HUAK m. 4.

karşılaşması söz konusu olabileceği gibi, tarafların ayrıca arabulucunun hukukî sorumluluğu yoluna gitmesi de mümkündür. Maddenin ikinci fıkrasında ise, gizliliğin taraflara ilişkin yönü vurgulanmıştır.²⁵⁵

Buna göre, taraflar arabuluculuk faaliyetinin gizliliği konusunda aksini kararlaştırmamışlarsa bu konuda gizliliğe kendileri de uymak zorundadır. Ancak kanunda belirtilen *gizlilik ilkesi ve sır saklama yükümlülüğüne* rağmen arabulucu ya da taraflardan biri, bir menfaat karşılığında bu ilkeyi ihlal ederek gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri diğer üçüncü kişilere ulaştırması ve bu şekilde arabuluculuk sistemini kötüye kullanması mümkündür. Bu durumun tespiti halinde, bu eylemi yapanlar elbette gerekli yaptırımlarla muhatap olacaktır. Bu nedenle yasal hükümlerle güvence altına alınmış olan arabuluculukta gizlilik ilkesinin ihlali sayılabilecek eylemlerin sıkı bir biçimde denetlenmesi gerekir. Kabul edilmelidir ki, bu tür kötü niyetli eylemlerin, sadece yasalarla önlenmesi mümkün değildir. Bu da bize, işin etik boyutunun da olduğunu göstermektedir.

2. Beş İmzalı Arabulucu Anlaşma Tutanağının İcra Edilebilirlik Şerhi Alınmaksızın İcra Edilebilmesinin Kötüye Kullanılması

a. Beş İmzalı Arabuluculuk Anlaşma Tutanağı ve İcra Edilebilirlik Şerhi Olmaksızın İcra Edilebilmesi

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 'Amaç ve kapsam' başlığını taşıyan 1. maddesinin birinci fıkrasında; bu kanunun amacının hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde uygulanacak usul ve esasların belirlenmesi olduğu belirtilmiştir.²⁵⁶ Buna göre, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuğa başvurulabilecektir.²⁵⁷

'Arabuluculuğun sona ermesi' başlığını taşıyan 17. maddesinde de; arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları veya

²⁵⁵ Adalet Bakanlığı HGM Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, s. 19, <https://adb.adalet.gov.tr>.

²⁵⁶ HUAK, m. 1/1.

²⁵⁷ HUAK, m. 1/2.

arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı konusunun bir tutanakla (son tutanak) belgelendirileceği, arabulucu tarafından düzenlenecek bu belgenin; arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanması gerektiği, eğer bu belge taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanmazsa, nedeni belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanacağı ifade edilmektedir.²⁵⁸ Bu hükümden anlaşılacağı üzere arabuluculuk sonucunda ortaya çıkan anlaşma tutanağında, arabulucunun ve tarafların imzasının bulunması zorunludur. Arabulucunun imzasının bulunmadığı tutanak, arabuluculuk anlaşma tutanağı değil ancak tarafların arasında genel hükümlere göre düzenlenmiş bir adi yazılı sözleşme niteliğinde olacaktır.²⁵⁹

Yine dava şartı arabuluculuk sistemi kapsamında, davaların açılmasından önceki süreç ile son tutanağın düzenlenmesi sonrasında yapılması gereken işlemlere, 7155 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle HUAK'na dördüncü bölümden sonra gelmek üzere 'Dava şartı arabuluculuk' başlığı ile eklenen 18/A maddesinde kapsamlı olarak yer verilmiştir. Buna göre, davacının, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını dava dilekçesine eklemesi zorunludur. Davacı bu hükme uygun davranmadığı takdirde mahkemece davacıya, *son tutanağın* bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilecektir. İhtarın gereğinin 1 haftalık kesin süre içinde yerine getirilmemesi halinde ise, davanın usulden reddine karar verilecektir. Arabuluculuğa başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilecektir.²⁶⁰

Görüldüğü gibi dava şartı olarak arabuluculukta, arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanan, arabuluculuk sürecinin sonucunu gösteren arabuluculuk sonuç tutanakları işlevsel açıdan büyük önem taşımaktadır. Zira arabulucunun; taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarıyla birlikte imzaladıkları anlaşma belgeleri, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılırlar. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun

²⁵⁸ HUAK, m. 17/2.

²⁵⁹ Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, 2015, s. 115.

²⁶⁰ HUAK, m. 18/A.

‘Tarafların anlaşması’ başlıklı 18. maddesinde bu hususlar düzenlenmiştir.²⁶¹ Bu maddenin 4. fıkrasında, **tarafklar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesinin, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayıldığı** ifade edilmektedir.

Görüldüğü gibi kanun koyucu, arabuluculuk tutanaklarının ilam niteliğinde belge sayılması için icra edilebilirlik şerhi bulunmasını zorunlu kılmamıştır. Arabulucunun, taraflar ve avukatlarıyla birlikte imzaladıkları anlaşma sonuç belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır. Bu durum, uzun süren yargılama süreçlerini kısaltmaya yönelik bir tedbir olduğundan, bununla arabuluculuk sürecinin uzaması engellenmeye çalışılmıştır.²⁶²

Sonuç belgesinde, arabulucu ve tarafların imzaları yanında taraf avukatlarının da imzalarının bulunması, anlaşma tutanağını güçlendiren bir unsur olarak ifade edilebilir. Zira HUAK m. 18/4’e göre “*Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır*”. Demek ki, son tutanağın taraf avukatları tarafından da imzalanması, arabuluculuk sonuç belgesine ilam niteliğinde belge olma özelliği kazandırmaktadır. Anlaşma sonuç belgesinin, icra edilebilirlik yönünden onu en güçlü hale getiren şey *ilam niteliğinde belge* olarak değerlendirilmesidir.

Bu belgenin ilam niteliğinde olması, sadece icra hukuku yönünden sonuç doğurur.²⁶³ Yani *ilam niteliğinde* olan belge bizatihi ilam değildir. Çünkü ilamlar,

²⁶¹ “(1) Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir; anlaşma belgesi düzenlenmesi hâlinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır. (2) Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır. (3) 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...(4) (Ek: 12.10.2017-7036/24 m.) **Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır.**” (HUAK, m. 18/1-2-3-4)

²⁶² Mustafa Çiçek, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 312.

²⁶³ Ö. Ekmekçi/M. Özkes/M. Atalı, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, s. 102.

bir yargılama sonucunda mahkemece verilen ve uyuşmazlık hakkında kesin hüküm sonuçlarını doğuran kararlardır.²⁶⁴ Yani *ilam niteliği* kazanmış arabuluculuk anlaşma tutanaklarına dayanarak ilamlı icra takibi yapılabilir.²⁶⁵ Arabulucunun, taraflar ve taraf avukatlarıyla birlikte imzaladıkları *arabuluculuk anlaşma belgesinin*, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde bir belge sayılması, şüphesiz ki bu belgenin uyuşmazlıkların kısa sürede çözüme kavuşturulması ve ilamlı icraya konu edilerek hakların yerini bulması açısından büyük önem taşımaktadır.

HUAK'ta yer alan amir hükümlere göre, arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar, taraflar açısından tartışmasız biçimde bağlayıcı olacak ve aynı konuda daha sonra dava açılmayacaktır. Dolayısıyla icra edilebilirlik şerhi olsun olmasın, anlaşma belgesi ile üzerinde anlaşılan hususlar taraflar açısından bağlayıcı olmaktadır. Bu durum, arabuluculuk sürecinin ve anlaşmaya varıldığında anlaşma belgesinin önemini ve etkisini artırmaktadır.²⁶⁶

Anlaşma belgesinin hukuki açıdan ilam niteliğinde belge haline gelmesi de anlaşma belgesinin hazırlanması aşamasında azami derecede dikkat edilmesi zorunluluğunu ortaya koymaktadır. Bu açıdan anlaşma belgesinde yer alan düzenlemelerin (anlaşma metninin) açık ve tartışmasız ifadeler içermesi gerektiği, sulh sözleşmesi şeklinde yapılması ve icrasında tereddüt yaşanmaması için mahkeme hükmü niteliğinde kabul edilmesinin doğru ve yerinde olduğu söylenebilir.

Sonuç olarak, arabuluculuk sürecinde, taraflarca anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar bir belge haline getirilir ve bu belge taraflarca ve arabulucu tarafından imzalanır. Bu belge tarafları bağlayıcıdır. HUAK'a göre bu belge, arabulucu ve taraflar yanında taraf avukatlarınca da

²⁶⁴ Sedat Kaya, 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, EBYÜHF Dergisi, Sayı:1-2 2018, s. 244.

²⁶⁵ Sedat Kaya, 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, EBYÜHF Dergisi, Sayı:1-2 2018, s. 246.

²⁶⁶ Alper Uzun, Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve Hukuki Niteliği, Erdem Bilgi Bankası, Aralık 2017. (<http://www.erdem-erdem.av.tr>).

imzalanması halinde, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde bir belge olmaktadır.²⁶⁷

b. Beş İmzalı Anlaşma Tutanağının İcra Edilebilirlik Şerhi Olmaksızın İcra Edilebilmesinin Kötüye kullanılması

Hukuk sistemimizde ihtiyari arabuluculuk uygulaması mevcut iken, 2018 yılından itibaren iş hukuku, 2019 yılından itibaren de ticaret hukuku alanında arabuluculuk dava şartı olarak kabul edilmiş ve uygulanmaya başlamıştır. Ancak dava şartı arabuluculukta taraflarca anlaşmaya varıldığında arabulucu tarafından düzenlenen beş imzalı anlaşma tutanağının icra edilebilirlik şerhi olmaksızın icra edilebilmesinin kötüye kullanıldığı bazı durumlar bulunmaktadır. Bu kötüye kullanıma bazen tarafların suinietinden, bazen de arabulucunun basiretsizliğinden kaynaklanabilmektedir. Bu gibi durumlarda hak kayıpları ve mağduriyetlerin oluşması söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla bu tür sakıncaları gidermenin bir yolu olarak arabuluculuk görüşmeleri sonucunda taraflarca tutulmuş olan tutanağın iptal edilmesi gündeme gelmektedir.²⁶⁸

Dava şartı arabuluculukta tarafların tutanak düzenleyerek anlaşmaya vardıkları konularda sonradan yeniden dava açma hakları bulunmamaktadır. O halde tarafların iradesini sakatlayan hile, hata ve baskı gibi yöntemler kullanılarak düzenlenmiş arabuluculuk tutanaklarının geçerliliğini sürdürmesi hukuken kabulü mümkün olmayan bir durumdur. Hür bir iradeye dayalı olarak tanzim edilmemiş bir arabuluculuk anlaşma tutanağı, tarafların haklarını almalarına engel teşkil edecektir. Bu nedenlerle söz konusu arabuluculuk tutanağının iptal edilerek kötüye kullanımın önüne geçilmesi konusunda hâkimlere büyük görevler düştüğü gibi, anlaşma tutanağının düzenlenmesi sırasında arabulucu ve tarafların çok özenli ve sorumluluk içinde davranarak işin bu noktaya gelmesine baştan engel olma yükümlülüğü vardır. Nitekim arabuluculukta son tutanağın en önemli özelliği, hiçbir baskı altında kalmadan tarafların onu hür iradeleriyle imzalamış olmalarıdır. Dolayısıyla arabulucular, süreci yönetirken tarafların iradesini etkileyecek bir davranış içinde bulunamaz.

²⁶⁷ Alper Uzun, Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve Hukuki Niteliği, Erdem Bilgi Bankası, Aralık 2017. (<http://www.erdem-erdem.av.tr>).

²⁶⁸ Gülen Hidayetoğlu, Arabuluculuk Tutanağı ve Tutanağın İptali, <https://www.kamaci.av.tr>.

Tarafların anlaşması halinde düzenlenmesi gereken anlaşma tutanağının nasıl olması gerektiğine dair ayrıntılar Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda sayılmıştır.²⁶⁹ Bu çerçevede bakıldığında, arabuluculukta beş imzalı anlaşma tutanağının icra edilebilirlik şerhi olmaksızın icra edilebilmesinin kötüye kullanılması, ya arabulucunun özensiz ve basiretsizliğinden ya da tarafların suinietinden kaynaklanmaktadır.

Arabulucunun özensizliğinden kaynaklanan nedenleri şöyle özetleyebiliriz: Arabulucuların yaptıkları arabuluculuk faaliyeti süresince hukuki ve cezai anlamda sorumlulukları bulunduğu bilinmektedir. Ancak bazen görevin özenli ve basiretli bir şekilde yapılmaması, tarafların mağduriyetine neden olabilmektedir. Arabulucunun, açılış konuşması yaparak tarafları aydınlatmaması, taraflar arasındaki güç dengesini gözetmemesi, taraflardan birinin mekânında görüşmelerin yapılması gibi tarafsızlığı etkileyen durumların olması veya anlaşma tutanağının açık ve net yazılmamış olması, arabuluculuk sisteminde ciddi sorunlara neden olacaktır. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir kararında; arabulucunun, anlaşma tutanağına anlaşılan hususları çok açık ve detaylı bir şekilde yazması gerektiğini, aksi takdirde bunun arabulucunun hatası olduğunu vurgulamıştır.²⁷⁰

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin 11. maddesine göre arabulucu görevini yerine getirirken özenli ve tarafsız olmak zorundadır. Arabulucunun mesleğini ve yetkisini kötüye kullanması halinde hukuken sorumlu olduğunu hatırlamakta yarar vardır. Arabulucunun özensiz bir biçimde düzenlediği ve taraflar ile taraf avukatlarınca da imzalanan anlaşma tutanağı, bu haliyle icra edilebilirlik niteliği taşıdığından bir tarafın aleyhine kötü niyetle kullanılabilir.

Tarafların suinietinden kaynaklanan nedenleri ise şöyle açıklamak mümkündür: İyi niyet, arabuluculuk görüşmelerinde taraflar arasında bulunması gereken temel unsurdur. Dürüstlük kuralına aykırı hareket edilmesi, baskı, hile ve aldatma gibi iradeyi fesada uğratan durumların varlığı ya da uyuşmazlık

²⁶⁹ HUAİK, m. 18.

²⁷⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2019/3610 ve K. 2019/10073; naklen: Gülen Hidayetoğlu; Arabuluculuk Tutanağı ve Tutanağın İptali, <https://www.kamaci.av.tr>.

konularının ve anlaşılan hususların net olarak belirlenmemesi taraflardan kaynaklı sebepler arasında sayılabilir. 6325 Sayılı Arabuluculuk Kanunu'nun 3. maddesinde; arabulucuya başvurunun, sürecin devamının ve sonlanmasının *iradi olması* gerektiği hükmü yer almaktadır. İradî ve hür düşünceye dayalı olma ilkesi ihlal edilen arabuluculuk görüşmeleri ve bu doğrultuda düzenlenen tutanaklar, taraflardan birinin iradesinin fesada uğramasına neden olacağından arabuluculuk kurumunun kötü niyetle kullanılmasının önüne geçmek için kanun koyucu tarafından bu ve benzer hükümler konulmuştur. Aslında arabulucunun özenli olma sorumluluğu arasında, görüşmeler sırasında bir tarafın diğer tarafı kandırmaya ve hataya düşürmeye çalıştığını fark etmesi ve bu duruma müdahale etmesi gerektiği de bulunmaktadır.²⁷¹

Anlaşma Tutanağının Kötüye Kullanılma Yolları: Hukuk sistemimizde, bir sözleşme yapılırken bir tarafın diğer taraf üzerinde baskı, hile ve aldatma gibi davranışlarına yaptırım getirerek tarafların uğrayacağı muhtemel zararları telafi edecek genel hükümler de bulunmaktadır. Arabuluculuğa ilişkin düzenlemelerin yanı sıra; Borçlar Kanunu'nda; *“Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir.”* ve *“Taraflardan biri, diğerinin veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapmışsa, sözleşmeyle bağlı değildir. Korkutan bir üçüncü kişi olup da diğer taraf korkutmayı bilmiyorsa veya bilecek durumda değilse, sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen korkutulan, hakkaniyet gerektiriyorsa, diğer tarafa tazminat ödemekle yükümlüdür”*²⁷² şeklinde hükümler yer almaktadır.

Birlikte değerlendirildiğinde; hem HUAK'daki arabuluculuğa ilişkin düzenlemeler hem de Borçlar Kanunu'ndaki bu hükümler, baskı, hile ve aldatma ile düzenlenen arabuluculuk tutanağının kötüye kullanılmasını engellemeye yöneliktir. Genel kural olarak tarafların arabuluculuk sonunda yaptıkları anlaşma tarafları bağladığından, anlaştıkları hususlara ilişkin sonradan dava açma hakları bulunmamaktadır. Ancak arabuluculuk anlaşma tutanağı ilam niteliğinde bir belgedir. Bu nedenle tarafların fiil ehliyetsizliği, irade fesadı gibi durumlarda,

²⁷¹ Gülen Hidayetoğlu; Arabuluculuk Tutanağı ve Tutanağın İptali, <https://www.kamaci.av.tr>.

²⁷² Borçlar Kanunu, m. 36. ve 37.

somut kanıtlanabilir olması halinde anlaşma geçersiz sayılacak ve kötüye kullanım önlenmiş olacaktır.

Bilinmelidir ki, nitelik olarak arabuluculuk anlaşma tutanağı da bir sözleşmedir ve bu tutanak düzenlenirken, hukukumuzda belirlenen genel nitelikteki sözleşme hükümleri de göz önünde bulundurulmalıdır. Borçlar Kanunumuz *sözleşmenin, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulacağını* ifade eder.²⁷³ Kişinin iradesi ile beyanı arasındaki uyumsuzluğun, karşı taraf veya üçüncü bir kişi tarafından yaratılması halinde aldatmadan bahsedilir. İrade ve beyan arasındaki uyumsuzluğu yaratan karşı taraf ya da üçüncü kişilerin etkisi olmalıdır. Arabuluculuk süreçlerinde arabulucu, işçi ve işveren arasında kurulacak anlaşmalarda üçüncü kişi olarak değerlendirilebilir. Örneğin bir iş uyuşmazlığında; işçinin, haklarının işverence ödenmesi için başvurduğu arabulucu, işverenin bilgisinin olmadığını ileri sürülemeyeceği bir durumda anlaşma tutanağının ibraname şeklinde düzenlenmesine aracılık etmiş olabilir. Bu halde arabulucunun hukuki sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Ayrıca tutanağın iptalinin ya da geçersizliğinin de dava edilmesi mümkün olmalıdır.

Arabuluculuk, gizli ve iradi olma unsurlarının hâkim olduğu bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğundan hukukun emredici hükümlerine aykırı anlaşmaların ortaya çıkma ihtimali vardır.²⁷⁴ Bu da iş hukukun geçerliliğini ve etkinliğini etkileyebilecek ciddi bir sorundur.²⁷⁵ Şartlar oluştuğu takdirde, hukuka aykırı düzenlenen arabuluculuk anlaşma tutanakları, genel hükümlere göre iptal edilebilmelidir.²⁷⁶

Bu konuda farklı bir yaklaşıma göre; arabuluculuk sürecinin sonunda yapılan anlaşma maddi hukuk ilişkisi bakımından taraflar arasındaki uyuşmazlığı tamamen sona erdiren bir anlaşmadır. Eğer böyle bir anlaşmaya rağmen anlaşılan hususlar ile ilgili dava açıldığında açılan dava hukuki yarar yokluğundan usulden

²⁷³ Borçlar Kanunu, m. 1.

²⁷⁴ Yağcıoğlu, Kaan Muharrem, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculuğun İş Yargılamasına Etkileri, DEÜHFD, Sayı 2018/2, s. 478.

²⁷⁵ Doğan Yenisey, Kübra, İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk, s. 176, 2016.

²⁷⁶ Ekmekçi/Özekes/Atalı, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, s. 100, 2018.

reddedilecektir.²⁷⁷ Ancak bu durum, arabuluculuk anlaşma tutanaklarının hukuki denetiminin yapılması imkânını da ortadan kaldırılabılır. Mahkeme kararlarının bile üst yargı mercilerince denetlenme imkânının var olduğu dereceli yargı sisteminde, arabuluculuk sürecinde yapılan bir anlaşma tutanaklarının davaya konu edilememesi, arabuluculuk süreçlerinin mahkemelerin üzerinde bir konumda görünmesine yol açabilir.²⁷⁸

Kötüye kullanılabilecek durumlardan birisi de, tarafların anlaştıkları hususların anlaşma belgesinde açık ve net olarak belirlenmemiş olmasıdır. Zira arabulucu, taraflar ve taraf avukatları tarafından imzalanan anlaşma belgesi ilam niteliğinde belge olduğundan, anlaşılan hususlarla ilgili açık ve belirgin olmayan belgenin icrasının nasıl yapılacağı konusunda yeni uyuşmazlıklar ortaya çıkacaktır. Hatta tarafların anlaştıkları hususların açık ve net olarak tespit edilebilir olması yanında, bu anlaşmanın hangi hukukî ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklar üzerine yapıldığının doğru şekilde, açık ve net bir biçimde tespit edilebilir olması da gereklidir.²⁷⁹ Çünkü tarafların arabulucu önünde anlaşmaya vardıkları hususları, kötü niyetli olarak üzerinde müzakere ettikleri uyuşmazlık dışında başka bir uyuşmazlık bakımından, dava açma yasağı şeklinde kullanma tehlikesi gündeme gelebilir.

Sonuç olarak; arabuluculuk, usul ekonomisi sağlaması ve uyuşmazlığın kısa zamanda çözümlenmesi bakımından da hukukumuzda önemli bir işlev yerine getirmektedir. Bu nedenle arabulucu, taraflar ve tarafların vekilleri arabuluculuk görüşmelerine hazırlıklı ve özen göstererek katılmalıdırlar. Arabulucu, taraflar ve tarafların vekilleri gerekli özeni gösterir ve iyi niyetli davranırlarsa, anlaşma tutanağı da açık, net, sağlıklı ve usulüne uygun hazırlanmış olur ve taraflar sonradan zaman ve para kaybına uğramaktan kurtulur.²⁸⁰

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, arabuluculuk anlaşma sonuç belgelerinin geçerliliğini, *anlaşmaya varılan uyuşmazlık konuları* ile bunların kaynaklandığı *hukuki ilişkilerin açıkça belirtilmiş olmasına bağlı* kılan genel bir

²⁷⁷ Canbolat, Talat/Ocak, Saim/Oğuz, Özgür/Karaca, Aybüke/Bulur, Alper/Koç, Erol, İş Hukukunda Arabuluculuk Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı, 2018, s. 11.

²⁷⁸ Özmunucu, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış, İÜHFM, Yıl: 2016, S. 2, s. 837.

²⁷⁹ HUAK m. 18/5.

²⁸⁰ Gülen Hidayetoğlu, Arabuluculuk Tutanağı ve Tutanağın İptali, <https://www.kamaci.av.tr>.

yasal düzenleme yapılmasının yararlı olacağı söylenebilir. Buna benzer bir düzenleme İş Kanunu'nun 21. maddesine 7036 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle eklenen yedinci fıkrasında bulunmaktadır. Buna göre, arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları hâlinde; işe başlatma tarihini, ücret ve diğer hakların parasal miktarını, işçinin işe başlatılmaması durumunda ödenmesi gereken tazminatın parasal miktarını belirlemeleri zorunlu olup aksi halde anlaşma sağlanamamış sayılır.²⁸¹

3. Seri Davalarda Dava Şartı Arabuluculuğun Kötüye Kullanılması

a. Genel Olarak

Aynı ve benzer nedenlerden doğan ve konuları da birbirine benzer olan, aynı davalı kişi ya da kişilere karşı açılmış bulunan davalar, uygulamada 'seri davalar' olarak isimlendirilmektedir. Seri davalar, ayrı açılır, ayrı görülür ve bu davalar hakkında verilecek kararlar da kural olarak ayrı olarak verilir. Seri davalarla ilgili mahkemelerin verdikleri kararlar, hukuk düzenince etkin bazı hukuki sonuçlar doğurur. Bu hukuki sonuçlar, doktrinde *hükümün etkileri* olarak isimlendirilir. Seri davalara ilişkin hükümlerin, mantıki bir tutarlılık içerisinde ve birbirini tamamlayacak şekilde verilmesi gerekir. Dolayısıyla seri davalarda verilen hükümler kanuni etki gereği birbirleriyle uyumlu olacaklardır.²⁸²

Yargıtay, seri davalara ilişkin birçok kararında bu davalar için, *birlikte açılan, topluca açılan, toplu şekilde açılan* gibi ifadeler kullanmaktadır. Nitekim uygulamada seri olarak açılan davalar, birbirleriyle taraf, konu ve sebep yönünden ilişkilidir. Yargıtay'a göre seri davalar, *aynı davalıya karşı açılan, aynı talebi içeren ve toplu şekilde açılan davalar*, Danıştay'a göre ise, *'tarafları ayrı konusu aynı' ya da 'tarafları ve konusu aynı' olan davalardır*.

Seri davaların; doktrinde *aynı ve benzer nedenlerden doğan ve konuları da birbirine benzer olan, aynı davalı kişi ya da kişilere karşı açılmış bulunan davalar* şeklinde tanımlandığını, Yargıtay ve Danıştay'a göre ise *aynı davalıya karşı açılan, aynı talebi içeren ve toplu şekilde açılan; tarafları ayrı konusu aynı*

²⁸¹ Emre Kıyak, Tarafları Bağlayıcı Arabuluculuk Anlaşmalarının Hukuki Niteliği ve Dava Açma Yasağı Etkisi Üzerine Düşünceler, Lexpera Blog: <https://blog.lexpera.com.tr/taraflari-baglayici-arabuluculuk-anlasmalarinin-hukuki-niteligi-ve-dava-acma-yasagi-etkisi-uzerine-dusunceler/>

²⁸² Talip Babacan, Seri Nitelikte Açılan Davalar Sonucunda Verilen Hükümlerin Birbirine Etkisi, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 13, S. 141, s. 14-3, Mayıs 2018.

ya da *tarafları ve konusu aynı olan davalar* olarak tanımlandığını yukarıda belirtmiştik. Seri davaların, farklı açılardan kötü niyet ve amaçlarla kullanıldığı belirtilmektedir. Bunlardan birisi, mahkemelerde görülen seri davaların kötü niyet ve amaçlarla kullanıldığı iddiasıdır.

Örneğin Yargıtay 10. Hukuk Dairesi bir kararında; uygulamada seri dava adıyla tanımlanan davaların, her bir dava için ayrı ayrı açılmasının, avukatların kötü niyetlerinden kaynaklandığı, bu nedenle yasa gereği hükmedilmesi gereken ve karşı taraf vekâlet ücreti olarak adlandırdığımız yargılama giderinin, yasada belirtildiği gibi maktu ücret olarak hükmedilmesinin doğru olmadığı belirtilmiş ve düzeltilerek onama yoluyla bu vekâlet ücreti dilekçe yazım bedeline indirgenmiştir.²⁸³

Hukuk sistemimizde HMK hükümleri ve Yargıtay Kararları doğrultusunda, seri davaların ihtiyari dava arkadaşlığına konu davalar olduğu söylenebilir. Zira bu tür davalar söz konusu olduğunda bu davaların birlikte açılmasını zorunlu kılan bir hukuk kuralı olmadığı bilinmektedir. Burada davaları birlikte ya da ayrı açmak davacıların iradesine bırakılmıştır. Mevcut usul hukuku kuralları dikkate alındığında, ihtiyari dava arkadaşlığına konu olan davalarda tarafları birlikte dava açmaya zorlamanın mümkün olmadığı görülmektedir. Oysa Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, seri davalar olarak nitelendirdiği ihtiyari dava arkadaşlığında, tarafların birlikte dava açmaları gerektiğini önermekte, hatta birden fazla davacı için bir dava açılmamış olmasını, Medeni Kanun'un 2. ve 3. maddelerinde belirtilen *iyi niyet kurallarına* aykırı bir davranış olarak değerlendirmektedir.

Seri davalar, ihtiyari dava arkadaşlığı niteliğinde olduklarından, bütün bu davaların birbirinden bağımsız olduğu ve her bir dava için ayrı yargılama giderine hükmedilmesi gerektiği düşüncesi doktrinde ve yargı içtihatlarında genel kabul görmüştür. Günlük hayatta bir işverenin birden fazla işçinin işine son vermesi nedeniyle açılan kıdem, ihbar, fazla mesai alacağına ilişkin davalar, aynı mevkide yapılan kamulaştırmadan dolayı açılan bedel artırım davaları gibi davalar **seri dava** olarak nitelendirilmektedir. Bu davalarda temel özellik, davayı oluşturan

²⁸³ Yargıtay, 10. HD, T. 07.06.2012, E. 2012/1795, K.2012/10684 Sayılı Kararı; naklen: Ender Dedeoğlu, *Seri Davaya İlişkin Vekâlet Ücreti Konusunda Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin Kararlarına İlişkin Eleştirilerimiz*, (<http://enderdedeoğlu.blogspot.com>)

nedenin tüm davalarda aynı olmasıdır. Yargıtay'ın birçok kararında ihtiyari dava arkadaşlığına konu davalarda yani seri davalarda her bir dava için ayrı vekâlet ücretine hüküm kurulması gerektiği belirtilmiştir.²⁸⁴

Münferit davaların dava şartı arabuluculuk sistemi içinde kötüye kullanılması konusu daha önceki bölümlerde incelenmişti. Önceki bölümlerde; yasalarımızda yer alan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan arabuluculuk faaliyeti bakımından önemine değinilmiş, tarafların anlaşamaması halinde iki saatlik arabulucu ücretinin kamu tarafından ödenmesinin kötüye kullanılması ve beş imzalı arabulucu tutanağının icra edilebilirlik şerhi alınmaksızın icra edilebilmesinin kötüye kullanılması başlıkları altında kötüye kullanma örnekleri üzerinde durulmuştur.

Seri davalar, arabuluculukta kötüye kullanım bakımından münferit davalara göre daha çok çekici bir özelliğe sahiptir. Seri davalarda dava sayısı çok olduğundan, yapılacak kötü niyetli bir davranışla dava şartı arabuluculuğu kötüye kullanmanın boyutu dava sayısınca genişlemiş olmaktadır. Dolayısıyla arabuluculuğun kötüye kullanılması açısından seri davalar daha geniş zararlar doğurabilir. Zira arabuluculuğu kötü niyetle kullanmaya yönelik bir kararla birçok davanın uzamasına ve gecikmeli sonuçlanmasına neden olunabileceği gibi, gerçekte taraflar arasında bir uyuşmazlık olmadığı halde dava şartı arabuluculuğa tabi bir uyuşmazlık varmış gibi seri davalar açıldıktan sonra anlaşmama tutanağı düzenlenip Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenecek iki saatlik arabuluculuk ücretlerinin haksız yere tahsil edilerek bu tezgâhı planlayanlar arasında paylaşılabilceği söylenebilir. Dava şartı olarak arabuluculuğu kötüye kullanmanın bu iki yolunu kısaca daha yakından incelemekte yarar vardır.

b. Dava Şartı Arabuluculuk Sürecinde Seri Davalarda Ücretin Hesaplanması

Arabulucu, dava şartı arabuluculuk sürecinde taraflardan masraf ve avans isteyemez. Bu husus asgari ücret tarifesinde açıkça düzenlenmiştir. Arabulucunun

²⁸⁴ Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin T. 01.04.2008, E. 2007/15657, K. 2008/4426 sayılı kararı; Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin T. 15.11.2005, E. 2005/10697, K. 2005/11568 sayılı kararı; Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin T. 22.1.2009, E. 2007/29858, K. 2009/757 sayılı kararı; Yargıtay HGK T. 3.3.2010 E. 2010/17-98, K. 2010/120 sayılı kararı; Yargıtay HGK, T. 10.2.2010, E. 2010/4-65, K.2010/68 sayılı kararı.

Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanmak üzere ücretini alması durumunda ise, arabuluculuk büro numarası ve arabuluculuk dosya numarası bilgilerini içerecek şekilde **iki saatlik** ücret üzerinden makbuz kesmesi gerekmektedir.²⁸⁵

Arabuluculuk sürecinin sonunda seri uyuşmazlıklarda anlaşma sağlanması halinde, arabuluculuğun konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen hukuki uyuşmazlık olsa bile arabulucu, arabuluculuk ücretini Arabuluculuk Ücret Tarifesinin Birinci Kısımına göre saat ücreti isteyebilir. Seri uyuşmazlıklar olarak tanımlanan işler, tarifede taraflardan birinin aynı olduğu ve bir ay içinde başvuru en az **15** uyuşmazlık olarak tarif edilmiştir.

Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre dava şartı olarak arabuluculukta ve seri davalarda ücret konusu Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 16. ve 22. maddelerinde şöyle yer almıştır.

“Madde 16 – (1) 1136 sayılı Kanunun 35/A maddesinde uzlaşma sağlama, arabuluculuk, uzlaştırma ve her türlü sulh anlaşmalarından doğacak avukatlık ücreti uyuşmazlıklarında bu Tarifede yer alan hükümler uyarınca hesaplanacak miktarlar, akdi avukatlık ücretinin asgari değerlerini oluşturur.

(2) Ancak, arabuluculuğun dava şartı olması halinde, arabuluculuk aşamasında avukat aracılığı ile takip edilen işlerde aşağıdaki hükümler uygulanır:

a) Konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen işlerde avukatlık ücreti; arabuluculuk sonucunda arabuluculuk anlaşma belgesinin imzalanması halinde, bu Tarifenin üçüncü kısmına göre hesaplanır. Şu kadar ki miktarı 7.200,00 TL'ye kadar olan arabuluculuk faaliyetlerinde avukatlık ücreti, 1.080,00 TL. maktu ücrettir. Ancak, bu ücret asıl alacağı geçemez.

b) Konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen işlerde avukatlık ücreti; arabuluculuk sonucunda arabuluculuk anlaşma belgesinin imzalanması halinde, bu Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde davanın görüldüğü mahkemeye göre öngörülen maktu ücrettir.

²⁸⁵ Serkan Uz-Okşan Gülşen Uz, Dava Şartı Arabuluculukta Asgari Ücret Tarifesi Uygulaması, (www.uzarabuluculuk.com.)

c) Arabuluculuk faaliyetinin anlaşmazlık ile sonuçlanması halinde, avukat, 1.080,00 TL. maktu ücrete hak kazanır. Ancak, bu ücret asıl alacağı geçemez.

ç) Arabuluculuk faaliyetinin anlaşmazlık ile sonuçlanması halinde, tarafın aynı vekille dava yoluna gitmesi durumunda müvekkilin avukatına ödeyeceği asgari ücret, (c) bendine göre ödediği maktu ücret mahsup edilerek bu Tarifeye göre belirlenir” (AAÜT, m. 16).

“Madde 22 – (1) İhtiyari dava arkadaşlığının bir türü olan seri davalar ister ayrı dava konusu yapılsın ister bir davada birleştirilsin toplamda **yirmi** dosyaya kadar açılan seri davalarda her bir dosya için ayrı ayrı tam avukatlık ücretine, toplamda **65** dosyaya kadar açılan seri davalarda her bir dosya için ayrı ayrı tam ücretin %70’i oranında avukatlık ücretine, toplamda **190** dosyaya kadar açılan seri davalarda her bir dosya için ayrı ayrı tam ücretin %60’ı oranında avukatlık ücretine, toplamda **190’dan fazla** açılan seri davalarda her bir dosya için ayrı ayrı tam ücretin %40’ı oranında avukatlık ücretine hükmedilir. Duruşmalı işlerde bu şekilde avukatlık ücretine hükmedilmesi için dosyaya ilişkin tüm duruşmaların aynı gün aynı mahkemede yapılması gerekir.” (AAÜT, m. 22)

c. Dava Şartı Arabuluculuğun Davaların Geciktirilmesi Amacıyla Kullanılması

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuğun, ülkemizde yasal bir zemine kavuşarak uygulanmaya başlamasında, şüphesiz ki Avrupa Birliği ile yürütülen ortaklık sürecinin önemli bir etkisi olmuştur. Avrupa Konseyi, üye ülkelerin yararlanması için arabuluculuk konusunda temel ilkeler ortaya koymuştur. Bu çerçevede ‘Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Hakkındaki 2002 Tarihli Tavsiye Kararı’ konumuz açısından önemli yer tutar. Zira bu tavsiye kararında, arabuluculuğun, kötü niyetli kişiler tarafından uyuşmazlıkları geciktirici bir taktik olarak kullanılabileceğine dikkat çekilmiştir. Söz konusu tavsiye kararına göre hukuk uyuşmazlıkları, ticaret, tüketici ve iş hukuku kökenli uyuşmazlıkları kapsayan özel hukuka ilişkin haklar ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıkları ifade eder (m. 2). Devletler, kamu kurumları veya özel kurumlar aracılığıyla, hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuğu en uygun şekilde düzenlemek ve uygulamakta

özgürdürler (m. 3/f.3). Arabuluculuk, mahkeme sürecinin içinde ve dışında yer alabilir (m. 3/f.4).

Yine üye devletler, arabuluculuk mevzuatını düzenlerken, gereksiz gecikmelerin ve arabuluculuğun geciktirici bir taktik olarak kullanılmasının önlenmesi gerektiğine dikkat etmelidirler (m. 3/f.7). Arabuluculuk sürecinde ileri sürülen bilgiler gizli olup taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça veya ulusal hukuk düzenince izin verilmedikçe sonradan kullanılamaz (gizlilik ilkesi; m. 4/f.13). Devletler uluslararası uyuşmazlıklar üzerinde çalışan arabulucular da dâhil olmak üzere, arabulucuların seçimi, sorumlulukları, eğitimleri ve nitelikleri için uygun olan standartların kabulünü sağlayacak tedbirleri dikkate almalıdırlar (m. 5/f.15).

Tavsiye kararına göre, arabuluculuk kısa sürmeli ve uzun süreli uzman desteği için bir fırsat olarak görülmemelidir.²⁸⁶ Arabuluculuk usulünün süresine veya arabuluculuğun, taraflardan birisince sırf davayı geciktirici bir yol olarak kullanılmasının önlenmesine dair düzenleme yapılması, devletlerin kararına bırakılmıştır.²⁸⁷ Görüldüğü gibi Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi; arabuluculuğun, sırf davaların sonuçlanmasını geciktirmek için bir araç olarak kullanılabileceği konusunda üye devletlere uyarıda bulunmakta ve arabuluculuğun, uyuşmazlığın taraflarından birisi tarafından sırf davayı geciktirmek için bir araç olarak kullanılmasının önlenmesine yönelik yasal düzenleme yapılmasını önermektedir.

d. Seri Davaların Arabuluculuk Ücreti İçin Kötüye Kullanılması

Bilindiği gibi HUAK'ın, arabulucuların hak ve yükümlülüklerinin düzenlendiği bölümünde, arabulucuların hakları arasında 'ücret ve masrafların istenmesi' de yer almıştır. 'Ücret ve masrafların istenmesi' başlığını taşıyan 7. maddesi şöyledir:

“MADDE 7 – (1) Arabulucu yapmış olduğu faaliyet karşılığı ücret ve masrafları isteme hakkına sahiptir. Arabulucu, ücret ve masraflar için avans da talep edebilir. (2) Aksi kararlaştırılmadıkça arabulucunun ücreti, faaliyetin sona

²⁸⁶ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Medeni Hukuk Meselelerinde Arabuluculuk Konusunda Rec(2002) 10 Sayılı Tavsiye Kararı, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/insan-haklari-bilgi-bankasi>

²⁸⁷ Mustafa ÖZBEK, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 'Aile Arabuluculuğu' Konulu Tavsiye Kararı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 7 S. 2, 2005, s. 71-102.

erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabulucu Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenir ve ücret ile masraf taraflarca eşit olarak karşılanır. (3) Arabulucu, arabuluculuk sürecine ilişkin olarak belirli kişiler için aracılık yapma veya belirli kişileri tavsiye etmenin karşılığı olarak ücret alamaz. Bu yasağa aykırı işlemler batıldır.”²⁸⁸

Görüldüğü gibi dava şartı olarak arabuluculukta ücret konusu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nda (HUAK) düzenlenmiştir. HUAK’ın ‘Dava şartı olarak arabuluculuk’ başlığını taşıyan 18/A maddesinin 1. Fıkrasında, “(1) İlgili kanunlarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiş ise arabuluculuk sürecine aşağıdaki hükümler uygulanır.” denildikten sonra 12. ve 13. fıkralarında ücret konusu şöyle yer almaktadır:

*“(12) Tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaları hâlinde, arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin İkinci Kısımına göre aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde karşılanır. Bu durumda ücret, Tarifenin Birinci Kısımında belirlenen iki saatlik ücret tutarından az olamaz. (13) Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya iki saatten az süren görüşmeler sonunda **tarafların anlaşamamaları hâllerinde, iki saatlik ücret tutarı Tarifenin Birinci Kısımına göre Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenir.** İki saatten fazla süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâlinde ise iki saati aşan kısma ilişkin ücret aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde uyuşmazlığın konusu dikkate alınarak Tarifenin Birinci Kısımına göre karşılanır. Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenen ve taraflarca karşılanan arabuluculuk ücreti, yargılama giderlerinden sayılır.”*

Kanun metninden açıkça anlaşıldığı gibi dava şartı arabuluculukta, arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya iki saatten az süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâllerinde, **iki saatlik ücret** tutarı Tarifenin Birinci Kısımına göre Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenir. İşte dava şartı arabuluculuğa başvurma hakkının kötüye kullanılması durumu da bu noktada söz konusu olmaktadır. Aslında hukuk sisteminin bireylere tanıdığı hakların kötüye kullanılması, her

²⁸⁸ HUAK, m. 7.

alandaki söz konusu olabilir. Bazı hukuk uyuşmazlıklarının alternatif çözüm yollarından biri olan dava şartı arabuluculuk sisteminde, tarafların anlaşamaması halinde iki saatlik arabulucu ücretinin Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenmesi nedeniyle, buradaki arabuluculuğa başvuru hakkının kötüye kullanılması da mümkündür.

Önceki bölümlerde, gerçekte aralarında herhangi bir uyuşmazlık olmayan kişiler tarafından, dava şartı olarak arabuluculuk sistemine başvurularak anlaşamama halinde Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenecek iki saatlik arabulucu ücreti tahsil edildikten sonra taraflar arasında pay edilmesi suretiyle arabuluculuk sisteminin kötüye kullanılabileceğini belirtmiştik. Bu durum, münferit davalarda görülebilecek hakkın kötüye kullanılma örneklerinden biridir. Hâlbuki seri davalarda dava sayısı çok olduğundan, bu şekilde kötü niyetli bir davranışla dava şartı arabuluculuğu kötüye kullanmanın boyutu dava sayısı kadar genişleyecektir. Başka bir deyişle, aslında aralarında herhangi bir uyuşmazlık olmayan kişilerin, arabulucu ile işbirliği yapmak suretiyle, sanki çok sayıda uyuşmazlık (seri dava) varmış gibi dava şartı arabuluculuk sistemine başvurularda bulunarak sistemi kötüye kullanmaları ve haksız yere Adalet Bakanlığı bütçesinden yüklü miktarlarda para kapmaları mümkündür.

Bu durumda arabuluculuğun kötüye kullanılması açısından seri davaların daha büyük zararlar doğurabilecek nitelikte olduğu, dolayısıyla arabuluculuğu kötü niyetle kullanmaya yönelik bir kararla, gerçekte taraflar arasında bir uyuşmazlık olmadığı halde, dava şartı arabuluculuğa tabi çok sayıda uyuşmazlık varmış gibi seri başvurularda bulunduktan sonra anlaşamama tutanağı düzenlenip Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenecek iki saatlik arabuluculuk ücretlerinin haksız yere tahsil edilerek bu tezgâhı planlayan arabulucu ve taraflar arasında paylaşılabileceği söylenebilir.

Bu tür bir suiistimali önlemenin yolu; öncelikle toplum bireylerinin etik ve ahlaki değerlere bağlı, sağlam vicdana sahip olarak yetişmeleri, bunun yanında arabuluculuk sürecinde rol alan kişilerin kolayca ihlal edemeyecekleri şekilde gerekli ve yeterli hukuki düzenlemelerin yapılması ve sıkı bir denetimin sağlanmasıdır.

C. Dava Şartı Olarak Arabuluculuğun Kötüye Kullanılmasının Hukuki Sonuçları

1. Taraflar Bakımından Sonuçları

Dava şartı olarak arabuluculuk faaliyetinin temel unsurlarından biri şüphesiz ki uyuşmazlığın taraflarıdır. Tarafların, arabuluculuk faaliyetinde sunulan bilgi ve belgelerin gizliliğini korumak konusunda sorumlulukları vardır. Bu husus, HUAK'ın 'Gizlilik' başlığını taşıyan 4. maddesinde düzenlenmiştir. *“(1) Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. (2) Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar da bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar.”*²⁸⁹

Maddenin birinci fıkrasında, gizliliğin arabulucuya ilişkin yönü yer almıştır. Buna göre arabulucu, kural olarak kendisine sunulan veya başka türlü elde ettiği bilgileri ve belgeleri gizli tutmakla yükümlüdür. Bu yönüyle arabulucu, hem sır saklama hem de kanunlarda belirtildiği şekilde arabuluculuğa konu uyuşmazlıkla ilgili daha sonra yapılacak bir yargılamada tanıklıktan çekinme yükümlülüğü altında olacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, gizliliğin uyuşmazlığın taraflarına ve görüşmelere katılan diğer kişilere ilişkin yönü düzenlenmiştir. Buna göre, aksi kararlaştırılmamış ise, taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler bu konudaki gizliliğe uymak zorundadır. Gizlilik ilkesinin korunmasında menfaati olanlar bizzat taraflardır. Taraflar, arabuluculuk faaliyeti kapsamında uyuşmazlık konusunu bütün yönleriyle tartışırken ortaya çıkabilecek ticari sırların ya da mahrem bilgilerin üçüncü kişilerce öğrenilmesini istemezler.

Arabuluculuk sürecinde gizliliğin, gerek taraflar açısından gerek arabulucu açısından son derece önemli bazı işlevleri vardır. Taraflar açısından bu işlevleri, tarafları müzakere sürecinde dürüstlüğe teşvik etmek, tarafların korunma ihtiyacını karşılamak ve tarafların karşılıklı güvenini sağlamak şeklinde ifade edilebilir. Arabulucu bakımından gizliliğin işlevleri ise, arabulucuya karşı güven duymak, arabulucunun tarafsızlığını sağlamak, arabulucunun sır saklama ve

²⁸⁹ HUAK, m. 4/1, 2.

mesleki davranış kurallarından doğan yükümlülüğünü yerine getirmek suretiyle kamusal yararı temin etmek şeklinde sıralanabilir.²⁹⁰

Özellikle ticari sırların bulunduğu uyuşmazlıklar açısından arabuluculuğun tercih edilme nedenlerinden biri, bu sürecin gizli olması, böylelikle uyuşmazlığın kamuya yansımadan çözülebilmesine imkân tanınmasıdır. Bunun dışında gizlilik, arabuluculuk sürecinin başarıya ulaşması için gerekli olan samimi ortamın oluşturulmasında temel bir fonksiyona sahiptir.²⁹¹

İMK m. 18 ile HUAK'ın "gizlilik" başlıklı 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasında getirilen değişiklikle, aksi kararlaştırılmadıkça *tarafların ve görüşmelere katılan diğer kişilerin arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlü olması* esası benimsenmiştir. Bu nedenle, sadece arabulucu değil, taraflar ve herhangi bir nedenle arabuluculuk sürecine katılan uzman kişiler, sürecin gizliliğine riayet etmekle yükümlü olacaktır. Bu değişikliğin getirdiği önemli bir sonuç, gizliliğin ihlali halinde bunun hukuki sonuçlarının kapsamına, tarafların ve diğer katılanların da dâhil edilmiş olmasıdır. Dolayısıyla arabulucu gibi taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar. Bu maddede yer alan yükümlülüğe aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi, tazminat talebine muhatap olmasının yanı sıra, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Nitekim HUAK'ın 'Gizliliğin ihlali' başlıklı 33. maddesi şöyledir: *“(1) Bu Kanunun 4 üncü maddesindeki yükümlülüğe aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlıdır.”* Demek ki, bu maddede düzenlenen suçun faili, hem arabulucu, hem de taraflar ve arabuluculuk sürecine katılan uzmanlar da olabilecektir.

Taraflar ve arabuluculuk sürecine katılanlar diğer kişiler açısından benzer bir yükümlülük, HUAK m. 5'te düzenlenmiştir.

“(1) Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna

²⁹⁰ Çiğdem Yazıcı Tıktık, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, On İki Levha, s. 109, İstanbul 2013.

²⁹¹ Mustafa Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 1. Cilt, s. 612-613.

başvurulduğunda, aşağıdaki beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz: a) Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği, b) Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler, c) Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü, ç) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler,

(2) Birinci fıkra hükmü, beyan veya belgenin şekline bakılmaksızın uygulanır.

(3) Birinci fıkra belirtilen bilgilerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemez. Bu beyan veya belgeler, birinci fıkra öngörülenin aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamaz. Ancak, söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir.

(4) Yukarıdaki fıkralar, arabuluculuğun konusuyla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, hukuk davası ve tahkimde uygulanır.

(5) Birinci fıkra belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez.”²⁹²

Görüldüğü üzere, HUAK m. 4’te yer alan ‘Gizliliğe riayet’ ve m. 5’te yer alan ‘Beyan veya belgelerin kullanılamaması’ yönünden hem arabulucu, hem de taraflar ve diğer katılanlar aynı şekilde yükümlülük altındadırlar. Bu yükümlülüğün ihlal edilmesi halinde, arabulucunun yanı sıra tarafların da hukuken sorumluluğu söz konusu olacaktır. Zira arabuluculuk faaliyetlerinde gizlilik ilkesi geçerli olup taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu ve taraflar arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla kendilerine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettikleri bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdürler. Yukarıdaki yasal hükümlerden de anlaşılacağı üzere, kişilerin ve

²⁹² HUAK, m. 5.

firmaların ticari sırlarını korunmayı amaçlayan gizlilik ilkesine aykırı hareket edenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu vardır.

2. Arabulucu Bakımından Sonuçları

Arabulucunun, arabuluculuk faaliyeti sırasındaki tutum ve davranışları nedeniyle kanundan veya arabuluculuk sözleşmesinden doğan bazı yükümlülükleri söz konusudur. Bu yükümlülükler, diğer bölümlerde de belirttiğimiz gibi taraflar arasındaki görüşmeleri yönetme ve idare etme, dürüst ve tarafsız olma, bilgilendirme ve aydınlatma, sır saklama gibi yükümlülüklerdir. Arabulucunun bu yükümlülükleri önemlidir. Çünkü arabuluculuğun başarısı, bu yükümlülüklere uyulmasına bağlıdır. Arabulucu tarafından bu yükümlülüklere uyulmaması, arabuluculuğun kötüye kullanılması durumunu gündeme getirmektedir. Arabulucunun sorumluluklarına uygun davranmaması ve yükümlülüklerine uymaması halinde bundan tarafların zarar göreceği açıktır. Arabulucunun, yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmemesi halinde, bu durumun arabulucu yönünden hem hukuki hem de cezai sonuçlarının olması gayet doğaldır.

Arabulucular, arabuluculuk büroları Arabuluculuk Daire Başkanlığının denetimi altındadır.²⁹³ Arabulucunun, yukarıda belirtilen yükümlülüklere uygun davranmaması durumunda, idari yönden disiplin yaptırımı ile muhatap olacağı söylenebilir. Bu çerçevede arabulucu öncelikle uyarılır.²⁹⁴ Yükümlülüklere uymadığı takdirde, yazılı savunması alınır ve gerekli görülürse arabuluculuk sicilinden adının silinmesi istenebilir. Arabulucunun disiplin sorumluluğuna dair müstakil bir düzenleme olmayıp sicil yaptırımıyla ilgili HUAK m. 21/2, HUAK Yönetmeliği, m. 6/3 ve 25/3'te bazı hükümler bulunmaktadır.

Arabulucunun cezai sorumluluğu konusu ise, öncelikle HUAK'ın 'Gizliliğin ihlali' başlığını taşıyan 33. maddesinde düzenlenmiştir. HUAK Gizliliğin ihlali, MADDE 33 – “(1) Bu Kanunun 4 üncü maddesindeki yükümlülüğe aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi

²⁹³ HUAK Yönetmeliği, m. 50.

²⁹⁴ Özgür Oğuz, Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, s. 51, Legal Yayınevi, İstanbul 2016.

altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlıdır.”

HUAK’ın ‘Gizlilik’ başlığını taşıyan 4. maddesi ise şöyledir; *“Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. (2) Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar.”*

Cezai sorumlulukla ilgili diğer bir düzenleme ise, özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi eylemini genel olarak yaptırıma bağlayan Türk Ceza Kanunu’nun 134. maddesidir. TCK Özel hayatın gizliliğini ihlal, Madde 134- *“(1) Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır. (2) (Değişik: 2/7/2012-6352/81. md.) Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.”*

Arabulucunun hukuki sorumluluğuna ilişkin yasalarımızda özel bir düzenleme yoktur. Bunun bir yasal eksiklik olduğunu belirtmek gerekir. Bu nedenle bu konuda genel hükümlere bakmak gerekecektir. Bunun için arabuluculuğun hukuki niteliği önem arz etmektedir. Dava şartı olarak arabuluculuk faaliyeti, kamu yararı amacı taşıdığından maddi anlamda kamu hizmeti niteliğinde olduğu söylenebilir. Zira arabuluculuk, uyuşmazlıkları sona erdiren klasik bir kamu hizmeti faaliyeti olan yargının iş yükünü azaltarak ve dostane bir yöntem olarak toplumsal barışa katkı sağlayarak önemli bir kamu yararı sağlamaktadır. Bu nedenle arabuluculuğun, teknik anlamda olmasa da işlevsel olarak kamu hizmeti olduğu söylenebilir.²⁹⁵

Arabuluculuk faaliyeti kamu hizmeti olarak kabul edildiğinde, bu görevi yürüten arabulucunun kamu görevlisi sayılıp sayılmadığı konumuz açısından önemlidir. Geniş anlamda kamu görevlisi, çeşitli kamu hizmetlerinin ifasına

²⁹⁵ Betül Azaklı Arslan, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 215.

katılmış olan ve hukuki durumları birbirinden farklı olan bütün görevlileri ifade etmektedir.²⁹⁶ Arabulucular, bu açıdan bakıldığında geniş anlamda *kamu görevlisi* olduğu söylenebilir.²⁹⁷ Kısaca arabulucunun kanuna dayalı olarak görevlendirilmesi, tarafsızlık ve bağımsızlık ilkelerine uygun olarak faaliyet göstermesi, taraflara eşit şekilde davranmak zorunda olması, gizlilik ilkesini ihlal etmesi halinde disiplin cezasına muhatap olması gibi hususlar birlikte değerlendirildiğinde, arabulucunun Anayasa hükmünce *diğer kamu görevlisi* statüsüne sahip olduğu söylenebilir.

Arabulucunun hukuki sorumluluğunu gerektiren halleri; sözleşmeye aykırılık, haksız fiil sorumluluğu ve güven ilişkisine aykırılık olarak gösterilebilir. Arabuluculuk sözleşmesinin, arabulucu ve taraflar arasında iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu dikkate alındığında, vekâlet sözleşmesi niteliği öne çıkmaktadır. Dolayısıyla arabulucu, kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe oluşan zarardan sorumlu olacaktır.²⁹⁸ Ayrıca arabuluculuk faaliyeti, uzmanlık gerektiren bir hizmet olduğundan arabulucunun sorumsuz olduğuna ilişkin bir anlaşma yapılamamaktadır.²⁹⁹

Arabulucunun hukuka aykırı davranışından haksız fiil sorumluluğunun doğması için; hukuka aykırı olarak yükümlülüklerinden en azından birini ihlal etmesi gerekir. Arabulucunun sır saklama, taraflara ait beyan ve belgeleri ileride açılacak davada delil olarak kullanmama, görevini özenle yapma, tarafları aydınlatma ve tarafsız davranma gibi yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde *haksız fiil* sorumluluğu söz konusu olmaktadır.³⁰⁰ ‘Diğer kamu görevlisi’ statüsüne sahip olan arabulucunun, yükümlülüklerini ihlal etmesiyle oluşan haksız fiil sorumluluğu konusunda Anayasa’nın 129/5 ve 40/2 maddelerine göre işlem yapılacaktır. Bu maddelere göre ise, kamu hizmeti yürüten arabulucunun haksız fiil oluşturan eylemi, devletin birinci dereceden sorumluluğunu gerektirmektedir. Ancak devletin görevliye rücu hakkı bulunmaktadır. Bu hükümler çerçevesinde düşünüldüğünde; dava şartı arabuluculuk faaliyeti sırasında arabulucu,

²⁹⁶ Cihan Kanlıgöz, 1982 Anayasası’na göre Kamu Görevlisi, s. 181, <http://dergiler.ankara.edu.tr>.

²⁹⁷ Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt II, Ekin Yayınevi, s. 624, Bursa 2016.

²⁹⁸ Türk Borçlar Kanunu, m. 112 ve m. 114/1.

²⁹⁹ TBK, m. 115.

³⁰⁰ Betül Azaklı Arslan, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 223.

yükümlölüklerini ihlal eden eylemiyle taraflara veya üçüncü kişilere zarar vermesi halinde, (devletin arabulucuya rücu edebilme hakkı saklı kalmak kaydıyla) zarar görenler tarafından tazminat davasının devlete karşı açılabilceği sonucuna varılabilir.



IV.SONUÇ

Yargının artan iş yükünü azaltmak ve en kısa zamanda, en az masrafla adaletin gerçekleşmesini sağlamak için, hukuki uyuşmazlıkların yargıya gidilmeden dostane bir yöntemle çözümlenmesini amaçlayan arabuluculuk, diğer ülkelerde olduğu gibi Türkiye’de de giderek önem kazanmakta ve hukuken başvurulması zorunlu bir adım haline gelmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuğa elverişli bazı uyuşmazlıkları kısa zamanda ve barışçıl bir yöntemle çözüme kavuşturmayı daha çok yaygınlaştırmak amacıyla, bu uyuşmazlıklar bakımından zorunlu arabuluculuk modeli kabul edilmiştir.

Zorunlu arabuluculuk sisteminin bir türü de dava şartı olarak arabuluculuktur. Dava şartı olarak arabuluculuk kavramı; uyuşmazlığın taraflarının, mahkemeye dava açmadan önce zorunlu olarak katılmaları gereken bir süreci ifade etmektedir. Eğer taraflar, uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya başvurmadan mahkemeye dava açmıyorsa, burada dava şartı arabuluculuk söz konusu demektir.

Arabuluculuğun farklı işlevleri olduğu söylenebilir. Bunlardan birincisi, arabuluculuğun sosyal amaçları ve toplumsal barışa katkısıdır. Bir uyuşmazlığın mahkeme yoluyla karara bağlanması uyuşmazlığın kökten çözümlenmesi anlamına gelmemektedir. Zira mahkemenin verdiği kararlar taraflardan birini haklı, diğerini haksız bulmaktadır. Arabuluculukta ise, uyuşmazlığın bütün taraflarının menfaatlerinin korunduğu bir karar verilmektedir. Arabuluculukta izlenen yöntemle yürütülen müzakere süreci kazan kazan esasına dayanmaktadır. Ayrıca dostane bir çözüm yöntemi olan arabuluculukta taraflar bozulmuş ticari ilişkilerini düzeltme ve sağlıklı bir şekilde ticari ilişkilerini sürdürebilme imkânına sahip olmaktadırlar. İkinci işlevi, arabuluculuğun yargının iş yükü sorununa çözüm sağlamasıdır. Arabuluculuk yönteminin en önemli amaçlarından birisi olarak; yargıda dava sayısı azaltılarak iş yükü sorununun çözümüne katkı sunulması, böylece uyuşmazlıkların kısa zamanda sona ermesi ve adalete erişimin sağlanması olduğu söylenebilir. Arabuluculuğun üçüncü işlevi, usul ekonomisine

sağladığı katkıdır. Esasen hâkimler, yargılamayı makul süre içinde sonuçlandırmak ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdürler. Ancak dava dosyası sayısı çok fazla olduğundan, hâkimler isteseler de davaların makul süre içinde sonuçlanması mümkün olmamakta, gereksiz gider yapılmaması konusunda ne kadar özen gösterilmiş olsa da günümüz şartlarında yargılama giderleri taraflar açısından caydırıcı olmaya devam etmektedir. Arabuluculuk süreci ise çok daha az masraflıdır.

Zorunlu arabuluculuk kurumu hakkında olumlu ve olumsuz görüşler bulunmaktadır. Zorunlu arabuluculuk faaliyeti yöntemiyle taraflara her şeyden önce uyuşmazlığı sağlıklı bir ortamda değerlendirme fırsatı sunulduğu, arabuluculuğun, uyuşmazlığı az masrafla, kısa zamanda tarafların rızasıyla sonuçlandıran kazan-kazan formülü olduğu ve toplumsal barışa hizmet ettiği gerekçeleriyle bu konuya ilişkin doktrinde olumlu görüşler ortaya konulmuştur. Ancak zorunlu arabuluculuk sisteminde, tarafların dava açılmadan önce arabulucuya başvurmak zorunda oldukları, bunun da uyuşmazlıkların çözümü noktasında yargıda emsal kararların oluşmasına engel olduğu, oysa hukuk sistemlerinde mahkeme içtihatlarının önemli bir hukuk kaynağı oluşturduğu gerekçesiyle doktrinde bu yöntemi eleştiren görüşler de bulunmaktadır. Buna göre arabuluculuk faaliyetinin başarıyla sonuçlanabilmesi, tarafların karşılıklı rıza ile çözüme katılmalarına bağlıdır. Hâlbuki zorunluluk, arabuluculuğun gönüllülük ilkesine uygun düşmediğinden, bu sistemden beklenen yararın sağlanamayacağı ileri sürülmektedir. Türk hukukunda dava şartı arabuluculuk istisna olup, esas olan ihtiyari arabuluculuktur. Kanun koyucu tarafların üzerinde özgürce hareket edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk anlaşmazlıklarının arabuluculuğun konusu olduğunu ifade etmiştir.

Türk hukukunda gönüllü/ihtiyari arabuluculuk, 2012 yılından itibaren uygulanmaya devam ederken, 01.01.2018 tarihinde 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda bir değişiklik yapılarak bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak getirilmiştir. İş uyuşmazlıklarının, tarafların karşılıklı rızasıyla çözümlenmesi; toplumsal barışın devamını sağlaması, az masraflı olması ve kısa sürede sonuçlanması nedenleriyle arabuluculuk faaliyeti kazan-kazan formülü olarak nitelendirilmiş, ayrıca bu

yöntem, toplumsal değerlerimizde yerleşmiş olan helalleşme anlayışına dayalı, iş barışına hizmet eden bir çözüm şekli olduğundan sosyal ve kültürel yapımıza uygun düştüğü ifade edilmiştir.

Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğun kapsamı, Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinde belirlenmiştir. Buna göre, bu Kanunun 4'üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartı olarak kabul edilmiştir.

Tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı olarak arabuluculuk, TKHK'nun 73/A (Ek: 22.07.2020-7251/59) maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, Tüketici Hakem Heyetinin görevi kapsamında kalan ve tüketici işlemi mahiyetinde olup taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklar hariç olmak üzere, Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Kanun koyucu, tüketici uyuşmazlıklarında belli miktarların altındaki uyuşmazlıklarda hakem heyetlerine başvuru zorunluluğu getirmektedir.

Arbuluculuk, bütün dünya ülkelerinde gittikçe gelişen ve hukuki uyuşmazlıkların birçok türünde uygulanma alanı genişleyen alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Arabuluculuğun, ulusal, bölgesel ve uluslararası düzeylerde önemi, her geçen gün artmaktadır. Arabuluculuğun gelecekte daha yaygınlaştırılması yönünde; öğretilde, yerel ve uluslararası hukuki metinlerde görüş ve tavsiyeler yer almaktadır. İngiltere ve Galler Temyiz Mahkemesi hâkimlerinden Mathew Alexander Thorpe, “Ne kadar karmaşık olursa olsun arabuluculukla başarı elde edilmesi mümkün olmayan hiçbir dava yoktur” diyor. Yargının iş yükünün azaltılması için alınması gereken tedbirler çerçevesinde Avrupa Konseyi bir kararında, zorunlu arabuluculuğun önemine ve arabuluculuğa tabi olması gereken uyuşmazlıklar konusunda; küçük taleplerle ilgili uyuşmazlıklarda ve tüketici hukuku, kira hukuku veya trafik kazalarından sorumluluk gibi alanlarda tarafların, arabuluculuk hizmeti sunan kuruluşlara başvurabilmesi ve hatta dava açmadan önce buna zorunlu tutulması gerektiği yönünde vurgu yapmaktadır.

Türkiye, arabuluculukla ilgili dünyadaki gelişmelerin gerisinde kaldığı bilinen bir gerçek olmakla birlikte, arabuluculuk kurumunun hukuk sistemimize girdiği tarihten itibaren, sürekli gelişim içinde olduğu, iş hukuku, ticaret hukuku ve tüketici hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda hem ihtiyari hem de dava şartı olarak arabuluculuk faaliyetinde başarılı sonuçlar elde edildiği istatistik verilerden anlaşılmaktadır. Bu gelişmelerin, arabuluculuk faaliyetinin hukukun diğer alanlarındaki uyuşmazlıkların çözümüne de çare olabileceğine dair işaretler verdiği söylenebilir. Örneğin kira sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar, niteliği itibariyle dava şartı olarak arabuluculuğa elverişlidir. Ortaklığın giderilmesi davalarında, taraflar davacı ya da davalı olsa da aynı haklara sahip olduklarından davanın kazanılması ya da kaybedilmesi söz konusu olmadığından, ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları da niteliği itibariyle arabuluculuğa en elverişli uyuşmazlıklardandır. Yine aile içi şiddet olgusu dışındaki nedenlere dayalı boşanma davalarının da arabuluculuğa elverişli olduğu söylenebilir. Zira eşler arasında sağlıklı bir iletişim sağlanarak uyuşmazlık kaynağı oluşturan sorunların temelden çözülmesi halinde, boşanmayla ortaya çıkması muhakkak olan, aile birliğinin bozulması, çocuklar, malların paylaşılması ve tazminatla ilgili sorunlar da yaşanmayacaktır.

Kısaca, taraflar arasında iş hukukundan ve alacak-borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar, miras taksim uyuşmazlıkları, kira ve diğer sözleşmelere bağlı bütün özel hukuk alanındaki uyuşmazlıklar arabuluculuk kurumuyla çözülebileceği gibi aile içi uyuşmazlıkların önemli bir kısmı da arabuluculuk ile çözüme kavuşturulabilir.

Hukukun her alanında hakkın kötüye kullanılması söz konusu olduğu gibi arabuluculuğun da kötüye kullanılması mümkündür. Bu konu, TMK'nın 2. Maddesinde yer alan dürüstlük kuralı kapsamında ele alınmalıdır. Türk Medeni Kanunu'nun 'dürüst davranma' başlığını taşıyan bu maddesine göre, 'Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.' Burada iki noktaya vurgu yapılmıştır. Birincisi, herkesin dürüstlük kurallarına uygun davranma zorunluluğu, ikincisi ise herhangi bir hakkın kötüye kullanılması yasağıdır. Genel bir hüküm olan dürüstlük kuralı, kanuna karşı hilenin önlenmesinde işlev görür.

Bir anlamda sözleşme niteliği taşıyan arabuluculuk faaliyetinin temel ilkeleri arasında bulunan dürüstlük, tarafsızlık ve güven ilkeleriyle TMK'nın 2. maddesi hükmünde yer alan dürüstlük kuralı hakkın kötüye kullanılması yasağı arasında sıkı bir ilişki olduğu açıkça görülmektedir. Arabuluculuk görüşmelerinin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki bir ilişki kurulur ki, bu ilişki sözleşme benzeri bir güven ilişkisidir. Güven duygusu, temelini dürüstlük kuralından alır ve taraflar arasındaki güven ilişkisi, TMK'nın 2. maddesindeki dürüstlük kuralına dayanır. Zira arabuluculuk görüşmeleri sırasında arabulucu ve tarafların dürüstlük kuralına uygun davranması gerekir.

Arabuluculuğa başvurma hakkının amacı, önceki bölümlerde de belirttiğimiz gibi, uyuşmazlıkların kısa süre içinde, az masrafla ve barışçıl yöntemle çözümlenmesidir. Bu hakkın, yasalarda belirtilen amaçlar dışında, sırf davaların daha çok sürüncemede kalması ya da parasal menfaat sağlamak için kullanılması, hakkın kötüye kullanılmasının tipik örnekleridir. Hakkın kötüye kullanılması, aynı zamanda dürüstlük kurallarının da ihlali anlamına gelmektedir. Söz konusu TMK'nın 2. maddesine göre; herkes, haklarını kullanırken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Dolayısıyla arabuluculuk sisteminde dürüstlük kurallarına uyulmadığı ve bu hakkın, amacının dışında ve kötüye kullanıldığı tespit edildiğinde, bu şekilde yapılan arabuluculuk sözleşmeleri ve hazırlanan tutanaklar, hukuk sistemi açısından korunan bir hak doğurmaz. Zira bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumamaktadır. Bu ilkeye uygun olarak diyebiliriz ki, hakkın kötüye kullanılması yasağının yaptırımını, bu yasağa aykırı olarak düzenlenen tutanakların iptal edilmesidir.

Arabuluculuk süreci gizlilik esasına dayanmaktadır. Bu çerçevede arabuluculuk kurumu ve onun ilkeleri ile HMK'nın 28. maddesi arasında önemli bağlantı bulunmaktadır. Zira arabuluculuk görüşmelerinde tarafların 'ticari sırları' ve 'özel hayatın gizliliği' konuları, kişilerin yargılamaya ilişkin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerden sayılabilir. Arabulucunun; taraflarca açıklanan ticari sırları saklaması ve gizliliğe riayet etmesi, görevini özenle ve tarafsız biçimde yerine getirmesi, taraflarca sunulan beyan ve belgeleri delil olarak kullanamaması ve bu konuda açılan davalarda tanıklıktan çekilmesi gibi yükümlülükler, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ile bağlantılıdır.

Herhangi bir hukuk alanında kendine özgü bir yasal düzenleme olmasa bile, dürüstlük kuralını düzenleyen TMK'nın 2. Maddesinde, hakların kullanılması ve borçların ödenmesinde objektif iyi niyet kurallarına uygun davranılması emredilmekte, hakların kötüye kullanılmasının hukuken korunmayacağı açıkça belirtilmektedir. Bu nedenle arabuluculuk sisteminin aktörleri olan arabulucu ve tarafların, süreçle ilgili belge ve bilgileri ve ticari sırları, tarafların rızası olmaksızın hukuk davasında kullanarak veya üçüncü kişilere vererek dürüstlük kurallarına aykırı davranışları halinde, bu eylemlerinin hukuk tarafından korunmaması şeklinde bir yaptırım ile karşılaşmaları söz konusu olacaktır. Arabulucu ve tarafların bu eylemlerinin hukuk tarafından korunmaması kuralı, söz konusu bilgi ve belgelerin muteber hukuki delil olamayacağı şeklinde somutlaşarak tezahür eder.

Dava şartı olarak arabuluculuğun kötüye kullanılması örnekleri olarak; tarafların anlaşamaması halinde iki saatlik arabulucu ücretinin kamu tarafından ödenmesinin kötüye kullanılması, arabuluculuğun davayı uzatmak için bir araç olarak kullanılması, taraflardan birine ait gizli bilgi ve belgelerin gizliliğinin menfaat karşılığında ihlal edilmesi, beş imzalı arabulucu tutanağının icra edilebilirlik şerhi alınmaksızın icra edilebilmesinin kötüye kullanılması, dava şartı arabuluculukta seri davaların kötüye kullanılması gibi hususlar gösterilebilir.

Dava şartı arabuluculuk sürecine katılan arabulucu ve tarafların, yasalar gereğince üzerlerine düşen yükümlülükleri ihlal ederek arabuluculuğu kötüye kullanmalarının, her biri için hukuki sonuçları vardır. Arabulucu ve tarafların, arabuluculuk faaliyetinde sunulan bilgi ve belgelerin gizliliğini korumak konusunda sorumlulukları vardır. İhlalin hukuki sonuçları, HUAK'ın 'Gizliliğin ihlali' başlıklı 33. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; Kanunun 4. maddesindeki yükümlülüğe aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Arabulucunun sır saklama, taraflara ait beyan ve belgeleri ileride açılacak davada delil olarak kullanmama, görevini özenle yapma, tarafları aydınlatma ve tarafsız davranma gibi yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde haksız fiil sorumluluğu söz konusu olabilir.

V. KAYNAKÇA

KİTAPLAR

- AKİL, C. (2014) **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun Kapsamı**, C.I, Yetkin Yayınları, s. 75-135, Ankara 2014.
- AKSOY, S. **Hukuk Güvenliği, Kamu Hukukçuları Platformu**, Türkiye Barolar Birliği, 8-9 Kasım 2013 Ankara.
- ALPAGUT, G. (2016) **İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. yıl Uluslararası Toplantısı**, TİSK Yayını, İstanbul 2016
- ARKAN, S. (2019) **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2019.
- ARSLAN, B. (2018) **Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk**, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- ATALI, M. / ERMENEK, İ. (2019) **Medeni Usul Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- AYDEMİR, F. (2017) **Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- AYHAN, R. / ÇAĞLAR, H. (2018) **Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar**, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- AYVERDİ, İ. (2011) **Kubbealtı Lügati, Misalli Büyük Türkçe Sözlük**, İstanbul 2011.
- BOZKURT, T. (2019) **Ticari İşletme Hukuku**, Legem Yayınevi, Ankara 2019.
- CANBOLAT, T. / OCAK, S. / OĞUZ Ö. / KARACA, A. / BULUR, A. / KOÇ, E. (2018) **İş Hukukunda Arabuluculuk Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı**, 2018.

- ÇAĞLAR, S. (2013) **Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik - Hukuk Güvenliği İlişkisi**, Kamu Hukukçuları Platformu, Türkiye Barolar Birliği, 8-9 Kasım 2013 Ankara.
- ÇELİK, A. (2014) **Ticaret Hukuku**, Seçkin Yayınları, 9. Basım, Ankara 2019.
- ÇİÇEK, M. (2018) **İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk**, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.
- DONAY, S. (1978) **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1978.
- EKMEKÇİ, Ö. / ÖZEKES, M. / ATALI, M. / SEVEN, V. **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- EREN, M. Y. (2016) **Teoride ve Uygulamada Uluslararası Arabuluculuk**, Adalet Yayınevi, 2016.
- ERİŞ, G. (2014) **Ticari İşletme ve Şirketler**, Seçkin Yayıncılık, C.I, Ankara 2014.
- ERMENEK, İ. (2021) **Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması**, Yetkin Yy. Ankara 2021.
- GÖKSU, M. (2016) **Civil Litigation and Dispute Resolution in Turkey** (Türkiye'de Hukuk Davaları ve Uyuşmazlık Çözümü), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2016.
- GÖZLER, K. (2016) **İdare Hukuku**, Cilt II, Ekin Yayınevi, Bursa 2016.
- GÖZLER, K. (2008) **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınevi, 5. Baskı, Bursa, 2008.
- GÜNDAY, M. (2004) **İdare Hukuku**, İmaj Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara 2004.
- HATEMİ, H. (2017) **Medeni Hukuka Giriş**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- ILDIR, G. **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003
- KAYA, M. İ. / TATLI, B. (2019) **Ticaret Hukuku-I, Ticari İşletme ve Ortaklıklar Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2019.

- KAYAR, İ. (2018) **Ticaret Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2018.
- KILIÇOĞLU, A. (2015) **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, 19. Bası, 2015.
- KOÇYİĞİT, İ. / BULUR, A. (2019) **Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk**, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Ankara 2019.
- KURU, B. / ARSLAN, R. / YILMAZ, E. (2013) **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin Yayınları, 27. Baskı, Ankara 2013
- KURU, B. / ARSLAN, R. / YILMAZ, E. (2011) **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, 22. Basım, Ankara 2011.
- KURU, B. (2016) **İcra ve İflas Hukuku (Ders Kitabı)**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.
- KURU, B. (2016) **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.
- OĞURLU, Y. (2003) **İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- OĞUZ, Ö. (2016) **Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları**, Legal Yayınevi, İstanbul 2016.
- ÖZBEK. M. S. (2004) **Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış**, GSÜHFD, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, 2004/1.
- ÖZBEK M. S. (2016) **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, Yetki Yayınları, Ankara 2016.
- ÖZBUDUN, E. (2002) **Türk Anayasa Hukuku**, 7. Baskı, Ankara 2002.
- ÖZEKES, M. / EKMEKÇİ, Ö. / ATALI, M. (2018) **Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- ÖZTAN, B. (2015) **Aile Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- PARKINSON, L. (2018) **Aile Arabuluculuğu**, Editör: Yonca Fatma Yücel, Ocak 2018, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk

Daire Başkanlığı, (Thorpe LJ Al-Khatib v Masry 2005, 1. Aile Yasası Raporu) Ocak 2018.

PASLI, A. (2019) **Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

PEKCANITEZ, H. / ATALAY, O. / SUNGURTEKİN, Özkan M. / ÖZEKES, M. **İcra ve İflas Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

PEKCANITEZ, H. / ÖZEKES, M. / ATALAY, O. (2016) **Medeni Usul Hukuku** Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

POSTACIOĞLU, İ. (1975) **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1975.

TANRIVER, S. (2009) **Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Getirdikleri ve Değerlendirilmesi**, Prof. Dr. A.N. İnan'a Armağan, Ankara 2009.

TANRIVER, S. (2020) **Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk**, Ankara 2020.

TANRIVER, S. (2021) **Medeni Usul Hukuku**, C.II, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

ULUKAPI, Ö. (2015) **İcra ve İflas Hukuku**, Mimoza Yayıncılık, 2015.

YARDIM, M. E. / EFEÇİNAR, SÜRAL C. (2019) **Usul Hukuku Bakımından Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk**, Ankara 2019.

YEĞENGİL, R. (1974) **Tahkim**, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1974.

YENİSEY, K. D. (2016) **“İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk” İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirmesi**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. yıl Uluslararası Toplantısı, TİSK Yayını, İstanbul 2016.

YILDIRIM, M. K. (2007) **İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında**, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, Alkım Yayınevi, İstanbul 2007.

DERGİLER

- AKKAN, M. (2018) **Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.20, S.2, 2018.
- ALTUNDİŞ, M. (2008) **Hukuki Güvenlik İlkesi**, Yasama Dergisi, Sayı:10, 2008. (<https://dergipark.org.tr>)
- BABACAN, T. (2018) **Seri Nitelikte Açılan Davalar Sonucunda Verilen Hükümlerin Birbirine Etkisi**, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 13, Sayı:141, Mayıs 2018.
- BOYDAK, A. B. (2018) **İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk Düzenlemesinin Kamuda Hizmet Alımı Kapsamında Çalışan İşçiler Bakımından Değerlendirilmesi**, Çalışma İlişkileri Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, Temmuz 2018.
- BOZDAĞ, G. G. (2016) **Arabuluculuk ve Arabuluculuğun Ebeveynler Arasındaki Uluslararası İhtilaflarda Uygulanabilirliği**, GÜHF Dergisi, 2016.
- BUDAK, A. C. **Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk**, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, S. 1, İstanbul 2019.
- BULUR, A. (2007) **Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi**, Ankara Barosu Dergisi, S.4, 2007.
- CEYLAN, E. (2018) **Türk Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk**, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 190, Yıl: 2018.
- ÇİFTÇİ, P. (2015) **Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlalleri ve İspat Sorunları** (DEÜHFD, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, 2014, Özel Sayı) C. 2, İzmir 2015.
- DEMİR, Ş. (2016) **Ortaklığın Giderilmesinde Arabuluculuk**, Ankara Barosu Dergisi, 2016/1.
- EMİNOĞLU, C. **Anonim Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği ve Elverişliliğin Tespitinde Ölçüt**

Önerileri, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi,
(<https://dergipark.org.tr>.)

ERMENEK, İ. / ARSLAN, AZAKLI B. **İcra Ve İflâs Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu,** TBB Dergisi 2020.

KANLIGÖZ, C. **1982 Anayasası'na göre Kamu Görevlisi,** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1-4, C. 43, 1993.

KARACABEY, K. (2016) **Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar,** Ankara Barosu Dergisi, 2016/1.

KAYA, S. (2018) **7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk,** EBYÜHF Dergisi, Sayı:1-2, 2018.

KEKEÇ, E. K. 2014, 71; ÖZBEK, M. S. 2016, 29; KARACABEY, K. **Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar,** Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2016.

KONCA, N. K. (2017) **Arabuluculuğa Elverişli Alanlar,** ÇÜHFD, C.II, 2017/1.

KONCA, N. K. **Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması,** Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

KONCA, N. K. (2018) **Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk,** Seta P. Dergisi, 2018.

KURT, R. (2018) **İş Yargısında Arabuluculuk,** TBB Dergisi, 2018.

KURU, B. (1984) **Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması İçin Alınması Gereken Tedbirler,** İBD, 1984.

KURU, B. (2010) **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler,** Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, C. 16, S. 2, 2010.

- NARBAY, Ş. / AKKUŞ, M. (2020) **Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Düşünceler**, TAAD, Yıl: 11, Sayı: 44, Ekim 2020.
- ODAMAN, S. / KARAÇÖP, E. (2016) **İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağından Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi**, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.35, 2016.
- OĞUZ, Ö. (2018) **Türk İş Hukukunda Arabuluculuğun Yükümlülükleri**, AndHD, C.4, Sayı:2, 2018.
- ÖZBAY, İ. (2006) **Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri**, EÜHFD, C.X, Sayı: 3-4, 2006.
- ÖZBEK, M. S. (2010) **Anayasal Hak ve Hürriyetler İle Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk**, TBB Yayınları, 2010.
- ÖZBEK, M. S. (2005) **Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin ‘Aile Arabuluculuğu’ Konulu Tavsiye Kararı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 7, Sayı: 2, 2005.
- ÖZBEK, M. S. (2002) **Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, AÜHFD.
- ÖZMUMCU, S. (2016) **Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış**, İÜHF Mecmuası, S.2, 2016.
- ÖZVERİ, M. (2020) **İş Mahkemeleri Kanunu ve Zorunlu Arabuluculuk Uygulamalar**, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2020
- PEKCANITEZ, H. (2005) **Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri**, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2005.
- SARISÖZEN, M. S. (2011) **Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Medeni Usul Hukukumuzda Getirdiği Yeni Düzenlemeler**, TBB Dergisi, 2011.
- SEVİĞ, H. V. **Mukavelelerin Tasnifi ve BK Dışında Bırakılmış Olan Mukaveleler ve Bilhassa Sulh Mukaveleleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.2.

- ŞİŞLİ, Z. (2012) **Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm**, Ankara Barosu Dergisi, S.2, 2012.
- TANRIVER, S. (2006) **Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk**, TBB Dergisi, Sayı 64, 2006.
- ÜZELTÜRK, T. (1999) **Sultan: Duruşmaların Yayınlanması**, İBD, 1999/1.
- YAĞCIOĞLU, K. M. (2018) **Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculuğun İş Yargılamasına Etkileri**, DEÜHFD, Sayı: 2018/2.
- YILDIRIM, K. / TOK, O. (2016) **İtirazın Kaldırılması Davasında, Delil Başlangıcının, Delil Değeri**, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.22, S.1, 2016.
- YILMAZ, E. (2011) **Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri**, Ankara Barosu Dergisi, 2011.
- YILMAZ, E. (2007) **İş Mahkemesi Kanununun Değiştirilmesi İhtiyacı**, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2007.

İNTERNET KAYNAKLAR

- ADALET BAKANLIĞI, Aday Memur Hazırlayıcı Eğitimi, Medeni Usul Hukuku Ders Notu, adb.adalet.gov.tr.
- ADALET BAKANLIĞI, HGM Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, <https://adb.adalet.gov.tr>.
- DEMİRCİOĞLU, H. R. (2018) 6325 Sayılı Kanun'un Aile Hukuku Uyuşmazlıklarında Uygulanabilirliği, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Aralık 2018, <https://testapi.aybu.edu.tr>.
- ERMENEK, İ. ADB, HGM A. Daire Başkanlığı, Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk, 5.Bölüm-Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü ve Arabuluculuğa Uygunluğu, <https://adb.adalet.gov.tr>.

ERTÜRK, N. Arabuluculuğa Elverişli Alanlar Nelerdir, <https://www.neslihanerturk.av.tr/sayfa-arabuluculuga-elverisli-alanlar-nelerdir-51.html>.

HELVACI, İ. Türk Medeni Kanunu-Hukuki İlişkilerin Kapsamı, (<http://www.ilhanhelvacidersleri.com/turk-medeni-kanunu/turk-medeni-kanunu-madde:2.>)

HİDAYETOĞLU, G. Arabuluculuk Tutanağı ve Tutanağın İptali, <https://www.kamaci.av.tr>.

KIYAK, E. (2019) Tarafları Bağlayıcı Arabuluculuk Anlaşmalarının Hukuki Niteliği ve Dava Açma Yasağı Etkisi Üzerine Düşünceler, Lexpera Blog: <https://blog.lexpera.com.tr/taraflari-baglayici-arabuluculuk-anlasmalarinin-hukuki-niteliği-ve-dava-acma-yasagi-etkisi-uzerine-dusunceler/>

ŞİMŞEK, E. (2018) Aile Hukuku'na İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü İçin Düzenlenmesi Gereken Ayrı Bir Arabuluculuk Kanunu İle İlgili Değerlendirme, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Aralık 2018, s. 59. <https://testapi.aybu.edu.tr>.

UZ, S. / UZ, O. G. Dava Şartı Arabuluculukta Asgari Ücret Tarifesi Uygulaması, (www.uzarabuluculuk.com.)

UZUN, A. Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve Hukuki Niteliği, Erdem Bilgi Bankası, Aralık 2017. (<http://www.erdem-erdem.av.tr>).

TEZLER

ATIŞ, İ. (2019) İş Hukuku'nda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Sisteminin Etkinliği: Sakarya İli Örneği, Y. Lisans Tezi, Temmuz-2019.

KARAGÖZOĞLU, N. (2017) Aile Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik, Yüksek Lisans Tezi, Ankara-2017.

KEKEÇ, E. K. (2010) Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Doktora Tezi, 2010.

KÖKBUDAK, C. N. (2019) Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi, Yüksek L. Tezi, Konya 2019.

ŞEN, B. (2013) Boşanma Süreci ve Arabuluculuğu, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2013.

YAZICI TIKTIK, Ç. (2011) Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, Doktora Tezi, 2011.

DİĞER KAYNAKLAR

CİRİT, İ. R. (2018) Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Açılış Konuşması, 2018.

YILDIRIM, N. D. (2008) Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Düşünceler, Arabuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiri ve Öneriler Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 2008.

UŞAN, F. (2018) Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu Kitabı Önsözü, 2018.

ÖZGEÇMİŞ

Ad-Soyad : Mahmut Ekrem KIRIŞ

Öğrenim Durumu

Yüksek Lisans: : İstanbul Aydın Üniversitesi
:Özel Hukuk 2019-2022

Lisans: : Marmara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi 2012-2017

Lise: : Ordu Başöğretmen Anadolu Lisesi
2007-2011

Mesleki Deneyim

T.C. Adalet Bakanlığı : Hakim/Savcı Adaylığı
Ekim 2019-Eylül 2021

T.C. Adalet Bakanlığı : Cumhuriyet Savcısı
Eylül 2021- (Görevinde Devam Ediyor)

