

150  
2018  
YIL



HUKUK FAKÜLTESİ



# ARABULUCULUĞUN GELİŞTİRİLMESİ ULUSLARARASI SEMPOZYUMU (6-7 ARALIK 2018)



**Başkent Arabuluculuk**  
Uygunsuzluk Çözüm Merkezi KURULUŞU



ANKARA YILDIRIM BEYAZIT  
UNIVERSİTESİ



## YARGITAYIN 150. KURULUŞ YIL DÖNÜMÜ ETKİNLİKLERİ KAPSAMINDA YARGITAY BAŞKANLIĞI İLE ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİNİN ORTAKLAŞA DÜZENLEDİĞİ

### ARABULUCULUĞUN GELİŞTİRİLMESİ ULUSLARARASI SEMPOZYUMU – INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON ENHANCING MEDIATION 06-07 ARALIK 2018/ANKARA • 06-07 DECEMBER 2018/ANKARA

#### 1. GÜN/DAY 1, 06.12.2018, PERŞEMBE/THURSDAY

- 09.30-10.30 Yargıtay Tanıtım Filmi/Introductory Film of Court of Cassation  
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tanıtım Filmi/Introductory Film of Ankara Yıldırım Beyazıt University Faculty of Law
- Açılış Konuşmaları/Opening Speeches**  
**Prof. Dr. M. Fatih UŞAN**, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Rektör Yardımcısı, Hukuk Fakültesi Dekanı/  
Ankara Yıldırım Beyazıt University Vice Rector, Dean of Faculty of Law  
**Prof. Dr. Metin DOĞAN**, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Rektörü/Rector of Ankara Yıldırım Beyazıt University  
**İsmail Rüştü ÇİRBİT**, Yargıtay Başkanı/Head of the Court of Cassation
- 10.30-10.55 Türkiye'de Arabuluculuk Uygulamaları/Mediation Practices in Turkey  
**Hakan ÖZTATAR**, Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanlığı Daire Başkanı/  
General Directorate of Law and Legislation, Head of Department of Mediation
- 10.55-13.00 **I. OTURUM/FIRST SESSION**  
**Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk/Mediation in Family Law Disputes**  
**Oturum Başkanı/Chair: Ömer Uğur GENÇCAN**, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı/Head of 2<sup>nd</sup> Civil Chamber of the Court of Cassation
- 10.55-11.20 Mediation in Lithuanian Law and Recent Developments of Family Mediation in Lithuania/Litvanya Hukukunda Arabuluculuk ve Aile Hukukunda Arabuluculuğa İlişkin Güncel Gelişmeler  
**Assoc. Prof. Dr. Doç. Dr. Natalija KAMINSKIENE**, Mykolas Romeris University (Lithuania)/Mykolas Romeris Üniversitesi (Litvanya)
- 11.20-11.45 Türk Hukukunda Aile Arabuluculuğuna İlişkin Gelişmeler/Developments in Turkish Law Regarding Family Mediation  
**Pervin YILDIZ**, Avukat, Arabuluculuk/Attorney, Mediator
- 11.45-12.00 KAHVE ARASI/COFFEE BREAK
- 12.00-12.25 6325 sayılı Kanun'un Türk Aile Hukuku Uyuşmazlığında Uygulanabilirliği/Applicability of Law No. 6325 in Turkish Family Law Disputes  
**Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Huriye Reyhan DEMİRÇİOĞLU**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi/Ankara Hacı Bayram Veli University
- 12.25-12.50 Düzenlenmesi Düşünülen Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu ile İlgili Değerlendirme/ Evaluation of the Planned Law on Mediation in Family Law Disputes  
**Erdem ŞİMŞEK**, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi/Member of 2<sup>nd</sup> Civil Chamber of the Court of Cassation
- SORU-CEVAP/Q&A
- 13.00-14.00 **ÖĞLEYEMEĞİ/LUNCH**
- 14.00-17.00 **II. OTURUM/SECOND SESSION**  
**İş Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk/Mediation in Labor Law Disputes**  
**Oturum Başkanı/Chair: Seracettin GÖKTAŞ**, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Başkanı/Head of 22<sup>nd</sup> Civil Chamber of the Court of Cassation
- 14.00-14.30 Mediation and its Application in Latvian Law/Letonya Hukukunda Arabuluculuk ve Uygulanması  
**ZANE PETERSONE**, Judge of the Supreme Court of Latvia/Letonya Yüksek Mahkemesi Hâkimi
- 14.30-15.00 İş Hukuku Bakımından Arabuluculuk/Mediation in Labor Law  
**Prof. Dr. Talat CANBOLAT**, Marmara Üniversitesi/Marmara University
- 15.00-15.15 KAHVE ARASI/COFFEE BREAK
- 15.15-15.45 Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi/ Evaluation of Mandatory Mediation with Regard to the Right to an Effective Remedy and Principles of Mediation  
**Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES**, Dokuz Eylül Üniversitesi/Dokuz Eylül University
- 15.45-16.15 İş Uyuşmazlığında Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar/Issues Arising from Mandatory Mediation in Labor Disputes with Regard to Procedural Law  
**Prof. Dr. Murat ATALLI**, İstanbul Üniversitesi/İstanbul University
- SORU-CEVAP/Q&A

#### 2. GÜN/DAY 2, 07.12.2018, CUMA/FRIDAY

#### 09.30-12.30 ÜÇÜNCÜ OTURUM/THIRD SESSION

#### Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk/Mediation in Commercial Disputes

- Oturum Başkanı/Chair: Mehmet Bülent SELÇUK**, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Başkanı/Head of 19<sup>th</sup> Civil Chamber of the Court of Cassation
- 09.30-10.00 Recent Developments in Mediation in Civil and Commercial Disputes in Italian Law/İtalyan Hukukunda Medeni ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa İlişkin Güncel Gelişmeler  
**Alessandro BRUNI**, Lawyer, International Professional Mediator/Avukat, Uluslararası Profesyonel Arabulucu
- 10.00-10.30 Uyuşmazlıkların Arabuluculuk ve Tahkim Yolu Birlikte Kullanılarak Çözümü/The Combined Use of Mediation and Arbitration in Dispute Settlement  
**Prof. Dr. Ali YEŞİLİRMAK**, İbn Haldun Üniversitesi/İbn Haldun University
- 10.30-10.45 KAHVE ARASI/COFFEE BREAK
- 10.45-11.15 Milletlerarası Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin İcrasına İlişkin BM Sözleşmesinin (Singapur Sözleşmesi) Değerlendirilmesi/Evaluation of the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (Singapore Convention)  
**Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Ersin Erdoğan**, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi/Ankara Yıldırım Beyazıt University
- 11.15-11.45 Türk Hukukunda Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk/Mediation in Commercial Disputes in Turkish Law  
**Adem ALBAYRAK**, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Üyesi/Member of 15<sup>th</sup> Civil Chamber of the Court of Cassation
- SORU-CEVAP/Q&A

# ARABULUCULUĞUN GELİŞTİRİLMESİ ULUSLARARASI SEMPOZYUMU



ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ  
MİLLÎ İRADE BİNASI KONFERANS SALONU  
AYVALI MAH. GAZZE CAD. NO: 7 ETLİK/ANKARA

06-07 ARALIK 2018 Saat: 09.30



ANKARA ARABULUCULAR DERNEĞİ  
KATILIMLI



Başkent Arabuluculuk  
Uyuşmazlık Çözüm Merkezi





**ARABULUCULUĞUN  
GELİŞTİRİLMESİ  
ULUSLARARASI SEMPOZYUMU**

***INTERNATIONAL SYMPOSIUM  
ON ENHANCING MEDIATION***

**06-07 ARALIK 2018  
06-07 DECEMBER 2018  
ANKARA**

## ARABULUCULUĞUN GELİŞTİRİLMESİ ULUSLARARASI SEMPOZYUMU

INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON ENHANCING MEDIATION

### **Sahibi/Owner**

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

### **Editör/Editor**

Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN

<b>EDİTÖRLER KURULU ÜYELERİ/ MEMBERS OF EDITORIAL BOARD</b>	<b>BİLİM KURULU/ SCIENTIFIC BOARD</b>
Dr. Öğr. Üyesi Canan ERDOĞAN	Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK
Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe N. YAŐAR	Prof. Dr. Muharrem KILIÇ
Öğr. Gör. Dr. Cannur ERCAN ÇATAKLI	Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŐKAN
ArŐ. Gör. Cansu KORKMAZ	Assoc. Prof. Dr. Agnė TVARONAVIČIENė
ArŐ. Gör. E. Feyza TİRYAKİOĞLU	Assoc. Prof. Natalija KAMINSKIENE
ArŐ. Gör. Hale ŐAHİN	Assist. Dr. Dr. Lutz PESCHKE
ArŐ. Gör. Harun KARAKAYA	Assist. Dr. Alvin Joel SANTOS
ArŐ. Gör. M. Emin YILDIZ	Dr. iur. Zane PĒTERSONE
ArŐ. Gör. Nazlı ÇOBAN	Av. Arb. Alessandro BRUNI
ArŐ. Gör. Neslihan ŐZELER SEZİCİ	
ArŐ. Gör. Semra Betül DOĞANGÜZEL	
ArŐ. Gör. Ömer ÜNLÜ	

**Basım Yeri/Printed in :** Pozitif Matbaacılık

Çamlıca Mah. 145. Sok. No:10/19 Yenimahalle/ANKARA

**Tel:** 0312 3970031 - Faks: 0312 3978612

pozitif@pozitifmatbaa.com - www.pozitifmatbaa.com

**Grafik Tasarım/Graphic Desing:** Safure ARSLAN

**Basım Tarihi/Date of Publication:** Temmuz 2019/July 2019

**Yayın Türü/Publication Type:** Uluslararası Süreli Yayın/ International Periodical

**İletişim Bilgileri/Contact Information:** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Batı Kampüsü Etlik-Keçiören/ANKARA

**Tel :** +90 312 9062102

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi 2010 yılında kuruldu. İlk öğrencilerini 2011 yılında aldı. "Üniversite hayatına yeni bir soluk", bakışıyla eğitim ve öğretim hedeflerini belirledi. Dekanlığını yürüttüğüm Hukuk Fakültesi de Üniversitenin ilk Fakültelerinden birisidir. Bu yıl dördüncü dönem mezunlarını veriyor. Böylelikle AYBÜ Hukuk Fakültesi'nin artık tabir caizse, tekerleği bir kez dönmüş oluyor. Süreç içerisinde bir çok etkinlikler, faaliyetler, seminerler, dergi çalışmaları ile birlikte sempozyumlar da düzenledik. İlk Sempozyumumuz 2013 yılında gerçekleştirdiğimiz, "10. Yılında 4857 sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu" idi. Bugüne kadar 16 sempozyum düzenledik, bunlardan 10 tanesi uluslararası niteliktedir.

Sizlere takdim yazısını yazdığım sempozyumumuz da uluslararası niteliği haiz olanlardan. Zaman içerisinde arabuluculuk müessesesinin hangi duruma geldiği, uluslararası örnekleri ile birlikte Ülkemiz uygulamasının ortaya konması açısından da önemli bir boşluğu doldurduğu kanaatindeyim.

Arabuluculuğun taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir fonksiyonu olduğunu düşünüyorum. Özellikle kanunlaşma çalışmaları aşamasında oluşturulan kurulun başkanlığını yürüttüğüm ve "dava şartı olan" iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk müessesinin, işçi ve işveren arasındaki ihtilafların çözümünde çok faydalı sonuçlar vereceğini düşünüyordum. Nitekim elde mevcut istatistikler, iş hukuku açısından durumun başarılı olduğunu bize göstermektedir. Fakat zaman içerisinde ortaya çıkan aksaklıkların da düzeltilmesi gereklidir.

Burada belirtmek istediğim bir husus da, mevzuat çalışmaları yaparken hemen başka ülke örneklerini alarak, başkaca bir değerlendirme yapmadan, kendi geçmişimizi gözden geçirmeden kanunlaştırma hareketlerini gerçekleştirmektir. Akademik geçmişimde bizatihi böyle bir tecrübe ile karşılaştım. İlk kitap çalışmam, aslında yüksek lisans tezimin gözden geçirilmiş hali olan "Çıraklık Sözleşmesi" adlı çalışmadır. Tez hazırlıkları aşamasında dikkatimi çeken bir durumla karşılaşmıştım. Bizde çıraklığa ait ilk özel kanun, 1977 tarihlidir, sonra bu Kanun 3308 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. Çıraklıkla ilgili mevzuat hazırlıkları yapılırken ülkemizden bir heyet Almanya'ya gider, orada mesleki eğitimde dual system uygulanmaktadır. Örnek olarak bu uygulama alınmak istemektedir. Ancak heyetimizi karşılayan Alman heyet, şunu söyler: "Buraya niçin geliyorsunuz? Sizde ahilik sistemi var. Onu örnek almanız yeterlidir. Zaten biz de ondan esinlenmiştik". Tez çalışması aşamasında okuduğum ancak şimdi nerede yayımlandığını hatırlayamadığım bu söz, beni derinden etkilemiştir.

Aslında kanunlaştırma hareketlerinde olması gereken kendi geçmiş uygulamamızla birlikte, dünya örneklerinden de esinlenerek düzenlemeler yapmak olmalıdır.

İşte arabuluculuk da böyle, geçmişte bizim ülkemizde de uygulanan bir müessesedir.

Arbuluculuk ile ilgili olarak ilgili olarak çalışması bulunan Fakültemiz Hukuk Tarihi Anabilim Dalı başkanı Dr. Öğretim Üyesi Ahmet Kılınç Hoca'dan arabuluculuk müessesesinin geçmiş Türk Uygulamasına ilişkin bu takdimde yer almak üzere bir metin kaleme almasını istemiştim. Aşağıda ona yer veriyorum. Kendisine bu vesile ile teşekkür ederim.

“Avrupa hukuk tarihinde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ortaya çıkışı, adalete ulaşma hareketinin (Access to justice movement) etkisi ile olmuştur. Bu hareket toplumun çeşitli nedenlerle adalete ulaşmasının önündeki engelleri kaldırmayı amaç edinmişti. Türk hukuk tarihine bakıldığında ise bu yönde bir hareket görmek mümkün değildir. Zira gerek klasik dönemde, gerekse Tanzimat sonrası dönemde taşrada yer alan kadılık-tan merkezde bulunan Divan-ı Hümayun'a, Meclis-i Tahkikat'tan nizamiye mahkemesine varıncaya kadar geniş bir yargı mercii yelpazesinin olduğu görülür. Bu denli geniş yargı organına sahip olan bir devlette arabuluculuk mefhumunun olmadığı düşünülmemelidir. Geçmişimizde “müslihûn” olarak ifade edilen kişiler, tarafları kadı huzuruna gitmeden, anlaştırmışlardır. Ceza hukukundan aile hukukuna, hukukun hemen hemen her alanında çok sık bir şekilde gördüğümüz “müslihûn” müessesesi, toplumda mevcut olan uzlaşma kültürünün uzantısıdır. Kadı sicillerinde tarafların “... sulh daha hayırlıdır” düsturu ile hareket ettikleri onun hukukî, ahlakî ve dinî karakterini ortaya koymaktadır. Bu vesile ile geçmişteki birikimlerimizden istifade etmekte yarar vardır”.

AYBÜ Hukuk Fakültesi olarak çok genç olmamıza rağmen sorumluluğumuzun farkında olarak ülke hukuk uygulamasına katkı sağlamak adına üzerimize ne düşerse bunu yapmaya hazırız.

Bu kitap, bu düşünce ve sorumluluk bilinci sonucu ortaya konan bir çalışmadır. Gerek sempozyumun gerçekleşmesinde ve gerekse kitaplaşma aşamasında destek olan ve katkı veren her arkadaşımıza teşekkür ediyorum.

Biz memleketimizi çok seviyoruz, işimizi de iyi yapmaya çalışıyoruz.

Kalınız sağlıklıkla...

**Prof. Dr. M. Fatih UŞAN**

Dekan

Değerli okuyucular,

Türk hukukunda, daha önce yalnızca toplu iş uyuşmazlıklarında uygulanan arabuluculuk müessesesi, 6235 sayılı Kanun ile genel olarak özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde alternatif bir yöntem olarak düzenlenmiştir. Geçen beş yıl içerisinde arabuluculuk öncelikle aslına uygun olarak “ihtiyari” bir çözüm yöntemi olarak uygulanmıştır. 2018 yılı sonu itibarıyla yaklaşık doksan bin uyuşmazlık, ihtiyari olarak arabuluculuk yöntemi ile giderilmiştir. Bu süreçte öncelikle 2018 yılında uygulanmak üzere 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile iş uyuşmazlıklarının bir kısmı açısından, daha sonra, 7155 sayılı Kanun ile ticari davalar açısından, dava açmadan önce arabuluculuğa başvuru koşulu (dava şartı ismiyle) getirilmiştir. Bu ise bir yıl içerisinde zorunlu olarak yaklaşık dört yüz elli bin uyuşmazlığın arabulucular önüne gelmesini, yaklaşık iki yüz bin uyuşmazlık da tarafların anlaşması suretiyle giderilmesini sağlamıştır.

Türkiye’de arabuluculuğun gelişmesine katkı sağlamak ve daha iyisini yapmanın bir yolu varsa, onu bulmak maksadıyla 6 – 7 Aralık 2018 tarihlerinde, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Yargıtay Başkanlığı işbirliği ile arabuluculuğa ilişkin “Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu” başlıklı bir uluslararası sempozyum gerçekleştirilmiştir. Elinizdeki bu kitap, söz konusu sempozyumda sunulan tebliğler esas alınarak hazırlanmıştır.

Sempozyum, açılış konuşmaları ve akabinde Arabuluculuk Daire Başkanı’nın Türkiye’deki arabuluculuk uygulamalarına ilişkin genel sunumundan sonra, üç oturum halinde gerçekleştirilmiştir. İlk oturum aile hukuku uyuşmazlıklarına ayrılmış, ikinci oturumda iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk tartışılmış ve son oturumda ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk ele alınmıştır. Sempozyum esas alınarak hazırlanan bu kitapta da söz konusu sıralamaya uyulmuştur. Ayrıca her oturumdan önce ilgili oturuma ve her bir tebliğden önce ilgili konuşmacıya ilişkin fotoğraflara da yer verilmiştir. Konuşmacılar ve tebliğ başlıklarına, hem kapağın hemen arkasında yer alan sempozyum afişinden hem de içindekiler bölümün-

Sempozyum sonrasında, tebliğ metnini ayrıca sunan konuşmacıların tebliğleri, hakem incelemesinden geçirilmek suretiyle elinizdeki kitaba aktarılmıştır. Hangi tebliğler açısından hakem incelemesi gerçekleştirildiği, ilgili tebliğin ilk sayfasında belirtilmiştir. Bazı konuşmacılar, sempozyum esnasında alınan ses kayıtlarının kullanılmasını istediğini belirtmiştir. Bu çerçevede bazı tebliğ ve konuşmalarda sempozyum ses kayıtları – üzerinde değişiklik yapılmaksızın, aynen – metin haline getirilmiştir. Ses kaydı olan metinlerin ilk sayfasında da bu husus ayrıca belirtilmiştir. Konuşma dökümü olmaları sebebiyle bazı cümlelerde düşüklük veya eksiklik olsa bile, aslına sadık kalmak adına herhangi bir değişiklik/ilave yapılmaksızın konuşma aynen sunulmuştur. Ayrıca her oturumun sonunda (aile hukukuna ilişkin oturumda soru-cevap kısmı gerçekleştirilememiştir), soru-cevap kısmına yer verilmiş ve sempozyum esnasında sorulan sorular ve verilen cevaplara ilişkin ses kaydının dökümü yapılmıştır. Bu kısımda da konuşmalara aynen sadık kalınmış, dil bilgisi ve sair bir sebeple herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

Sempozyum fikrinin ortaya çıkmasından sempozyumun kitap haline getirildiği bugüne kadar, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Akademik Faaliyetler grubunda görev alan kıymetli araştırma görevlilerinin çok ciddi katkıları olmuştur. Bu satırlarda onlara edilecek teşekkür kifayetsiz kalacaktır.

Ayrıca hem sempozyumun gerçekleştirilmesine hem de kitap haline getirilmesine katkı sağlayan Başkent Arabuluculuk Merkezi yöneticisi sayın Av. Yusuf Gözel'e ve Ankara Arabulucular Derneği Başkanı sayın Nejdet Göğüsdere'ye teşekkür ederiz.

Türkiye'de arabuluculuğun geliştirilmesinin, uygulamaya yönelik sorunların tartışılıp çözüm önerileri getirilmek suretiyle gerçekleştirileceğine olan inancıyla hazırlamış olduğumuz elinizdeki kitabın hayırlı olmasını dileriz.

Sempozyum Düzenleme Kurulu adına

**Doç. Dr. Ersin Erdoğan**

Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku ABD

## ARABULUCULUĞUN GELİŞTİRİLMESİ ULUSLARARASI SEMPOZYUMU

### AÇILIŞ KONUŞMALARİ

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN.....	3
Prof. Dr. Metin DOĞAN .....	5
İsmail Rüştü CİRİT .....	7

### I. OTURUM

#### Hakan ÖZTATAR

TÜRKİYE'DE ARABULUCULUK UYGULAMALARI .....	15
--	----

#### Assoc. Prof. Dr. Natalija KAMİNSKIENE

MEDIATION IN LITHUANIAN LAW AND RECENT DEVELOPMENTS OF FAMILY MEDIA- TION IN LITHUANIA .....	23
---	----

#### Pervin YILDIZ

TÜRK HUKUKUNDA AİLE ARABULUCULUĞUNA İLİŞKİN GELİŞMELER .....	33
--	----

#### Doç. Dr. Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU

6325 SAYILI KANUN'UN AİLE HUKUKU UYUŞMAZLIKLARINDA UYGULANABİLİRLİĞİ ..	53
---	----

#### Erdem ŞİMŞEK

AİLE HUKUKU'NA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ İÇİN DÜZENLENMESİ GEREKEN, AYRI BİR ARABULUCULUK KANUNU İLE İLGİLİ DEĞERLENDİRME .....	57
---	----

### II. OTURUM

#### Zane PETERSONE

MEDIATION IN LATVIA AND PECULIARITIES OF MEDIATION IN LABOUR DISPUTES .....	79
---	----

#### Prof. Dr. Talat CANBOLAT

İŞ HUKUKU BAKIMINDAN ARABULUCULUK .....	95
---	----

#### Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES

ZORUNLU ARABULUCULUĞUN HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ VE ARABULUCU- LUK İLKELERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ "ZORUNLU ARABULUCULUĞA ELEŞTİREL BİR YAKLAŞIM" .....	111
---	-----

**Prof. Dr. Murat ATALI**

ZORUNLU ARABULUCULUĞUN YARGILAMA HUKUKU BAKIMINDAN ORTAYA ÇIKARDIĞI SORUNLAR ..... 137

**SORU-CEVAP ..... 155**

### **III. OTURUM**

**Alessandro BRUNI**

RECENT DEVELOPMENTS IN MEDIATION IN CIVIL AND COMMERCIAL DISPUTES IN ITALIAN LAW .....171

**Prof. Dr. Ali YEŞİLIRMAK**

UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUK VE TAHKİM YOLLARININ BİRLİKTE KULLANILARAK ÇÖZÜMÜ (MED-ARB) ..... 181

**Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN**

MİLLETLERARASI ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGELERİNİN İCRASINA İLİŞKİN BM SÖZLEŞMESİNİN (SİNGAPUR SÖZLEŞMESİ) DEĞERLENDİRİLMESİ .....189

**Adem ALBAYRAK**

TÜRK HUKUKUNDA TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK .....203

**SORU CEVAP .....211**

ARABULUCULUĞUN GELİŞTİRİLMESİ  
ULUSLARARASI SEMPOZYUMU

INTERNATIONAL SYMPOSIUM  
ON ENHANCING MEDIATION

**1. GÜN/DAY 1**  
**06.12.208**  
**PERŞEMBE/THURSDAY**

---

**AÇILIŞ**  
**KONUŞMALARI**  
**OPENING SPEECHES**





Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

AYBÜ Rektör Yardımcısı, Hukuk Fakültesi Dekanı /AYBU Vice Rector, Dean of Faculty of Law

Sayın Yargıtay Başkanım, Sn. Rektörüm, Sn. Yargıtay Daire Başkanlarım, Sn. HSK Üyem, Sn. Yargıtay Üyelerim, Öğretim Üyelerimiz, Araştırma Görevlilerimiz, Arabulucular, Avukatlar ve Sevgili Öğrenciler,

Hepiniz Yargıtay Başkanlığı ile ortaklaşa düzenlediğimiz “Arabuluculuğun Geliştirilmesi” Uluslararası Sempozyumuna hoş geldiniz, sefalar getirdiniz, şerefler verdiniz.

Efendim, bu kadar kıymetli bir topluluğu bulmuşken Fakültemiz hakkında birkaç kelam etmekten kendimi alamıyorum.

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Üniversite eğitimine yeni bir soluk anlayışla yola çıktı. AYBÜ Hukuk, “Hukukun üstünlüğünü özümsemiş hakkaniyetli ve adaletli hukukçular yetiştirmek” hedefini düstur edindi.

Hukuk Fakültesi olarak, Derslerin en az yüzde otuzunun İngilizce olduğu ilk devlet Üniversitesi Hukuk Fakültesiyiz.

7 dönem boyunca Hukuk Almancası ve yine 5 dönem devam eden Osmanlıca metin okuma dersleri yanı sıra, 2015 ve 2016’da Birleşmiş Milletler Yüksek Komiserliği ile, 2017 ve 2018’de de Keçiören Belediyesi ile birlikte mülteci/göçmen hukuku hukuk kliniğini yürüttük. Gelecek dönem Onkoloji Hastanesi ile birlikte Sağlık Hukuku Hukuk Kliniğini uygulamasına başlıyoruz.

Arabuluculuk kliniğini Türkiye’de uygulayan ilk Hukuk Fakültesiyiz.

3 yıldır Viyana’da Farazi ticarî Tahkim Yarışmasına katılmaktayız. Kadir Has Üniversitesi tarafından düzenlenen Tüketici Hukuku Farazi Dava Yarışmasında, 2017 ve 2018 yıllarında birinci, İstanbul Tahkim Merkezi tarafından düzenlenen ISTAC Geleceğin Tahkim Avukatı Yarışmasında 2017 yılında Genç ISTAC Özel Ödülü sahibi, 2018 yılında takım üçüncülüğü yanında, bu yarışmanın da asıl gayesi olan, yılın en başarılı genç tahkim avukatı ödülünü alan Fakülteyiz.

Türkiye’de 2 dergi yayımlayan (YBHD, TFM,) üç hukuk Fakültesinden birisi olup, 33 Hukuk Fakültesi ile Erasmus+, 14 Fakülte ile Mevlana anlaşmamız bulunmaktadır.

Bu Sempozyum da dahil, bugüne kadar 9 Uluslararası, 6 Ulusal Sempozyum düzenledik. 157. Çarşamba Seminerimizi de dün yaptık.

Yüksek Öğretim Kurulu tarafından Bozok Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve 19 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi araştırma görevlilerini yetiştirmekle görevlendirildik.

Bugün itibarıyla 8 profesör, 8 doçent, 12 doktor öğretim üyesi (28), 4 doktor araştırma görevlisi ve 70 araştırma görevlimiz var.

Biz, AYBÜ Hukuk Fakültesi olarak memleketimizi çok seviyoruz, işimizi de iyi yaptığımızı düşünüyoruz.

Sayın konuklar,

Hukuk uyuşmazlıklarının çözümü, gerçekten önemli bir konu. Özellikle iş uyuşmazlıklarının çözümü de böyle. Yıllardır Yargıtay daireleri arasında uyuşmazlık sıralamasında iş daireleri hep ilk sıralarda yer aldı.

Bu problemi ortadan kaldırmak üzere, Adalet Bakanlığı öncülüğünde halihazırda tüketici hakem heyeti benzeri bir yapı, iş uyuşmazlıklarının çözümü için öngörül-müştü. Ancak bu yapı, gerek işçi ve gerekse işveren örgütleri tarafından benimsenmedi. Bu sefer, iş uyuşmazlıklarının çözümü konusunda dava şartı olarak arabuluculuk kuru-mu öngörüldü.

Acizane her iki Kanun komisyonunu hazırlama heyetine başkanlık görevini icra etmiştik.

Şahsi kanaatim, uyuşmazlıkların, hele ki iş uyuşmazlıklarının tarafların rızası ile bizim kültürümüze de uygun bir biçimde “HELALLEŞME” anlayışıyla çözümü, en uygun olanıdır. Burada kazan-kazan durumu söz konusudur.

Konya’da uzunca yıllar iş davalarında bilirkişilik yaptım. Bana sorulduğunda hep anlaşarak davaların sonlandırılmasının uygunluğunu önerdim.

Şu görüşe katılmıyorum: “Efendim, bizde uzlaşma kültürü yok. Bir araya gelemiyoruz, anlaşamıyoruz.” Dün, çok rahat bir araya gelen insanlar, bugün ne oldu da, bu kültürden uzaklaştırıldılar?

Ben Aydın Bozdoğanlayım. Serde efelik de var. Rahmetli dedem, sözü dinlenen bir adammış, miras taksimi, kız kaçırma, alacak borç ilişkilerinde hep ara bulmuş, hat-ta öyle ki ilçeye dava açmaya giden taraflara hâkim, siz Uşan dedeyi gördünüz mü diye sorar, hayır cevabına, önce O’nu bir görün, O halledemezse bana gelin dermiş.

Dolayısıyla, dava şartı arabuluculuğun, bize, yapımıza, genlerimize de çok uygun olduğunu düşünüyorum, yeter ki engellemeler olmasın.

Sayın Konuklar,

Bu vesile ile Sempozyumu Yargıtay Başkanlığı ile ortaklaşa yapmamıza imkân ta-nıyan Sn. Başkanımız İsmail Rüştü Cirit Beyefendiye, Sempozyumun gerçekleşmesinde emeği geçen gerek Yargıtay ve gerekse AYBÜ Hukuk Fakültesi çalışanlarına ve öğrenci-lerimize teşekkürlerimi sunuyorum, saygılarımla.



Prof. Dr. Metin DOĞAN

AYBÜ Rektörü, Rector

Sayın Yargıtay başkanı, kıymetli Yargıtay üyeleri, değerli misafirler, hanımefendiler, beyefendiler, hepinize en derin saygılarımı, en içten selamlarımı sunuyorum. Hepiniz Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu'na hoş geldiniz.

Aydınlanma çağı sonrası bireyin kutsanması, toplumsal ilişkilerin daha girift bir hal alması, çok sayıda ve çeşitli uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir, vermektedir. Herkes, kendisi ile ilgili kararları bizzat vermek istemekte, bu ise uyuşmazlıkları kaçınılmaz kılmaktadır.

İnsan hayatının her alanında uyuşmazlıkların ortaya çıkabilmesi mümkündür. Akşam yemeğe gideceğiniz yeri eşinizle konuşurken, patrandan maaşınıza zam isterken, bir ev satın alırken, bir trafik kazası sonrasında, grev sırasında sendika ve işveren arasında, Suriye sorununu için BM Güvenlik konseyinde...

Uyuşmazlık halleri bugün artık büyüyen bir endüstri. Devletler, 20. yüzyıla kadar, tarafların bazı menfaatlerini hukuken korumak suretiyle bunları hak mertebesine ulaştırmış ve yargılama yöntemleri ile bunları korumaya çalışmıştır.

Ancak Devletlerin bireylerin sonsuz sayıda menfaatlerini düşünerek, önceden bütün hukukî ilişkileri düzenlemesi, hakları tanımlaması beklenemez. İşte bu noktada, uyuşmazlığın taraflarının, müzakere etmek suretiyle, yalnızca hukuken korunan değil, bütün menfaatlerini dikkate alarak uyuşmazlıklarını çözebilecekleri mekanizmaları toplumlara sunması, modern devletin ödevidir.

Müzakere, dostane yöntemlerle uyuşmazlık çözümü, modern devletin ödevi olsa da, insanlık için yeni değildir.

Eski bir Afrika atasözünde, "Anlaşınca kadar konuşmaya devam et" denilmiştir.

Mahatma Gandhi, "Göze göz politikası güdersek, günün sonunda hepimiz kör kalırız" demiştir.

Kabe'nin yeniden inşası sırasında Hacer'ül-Esved taşının yerleştirilmesi meselesinde iki kabile sülh olmak için Peygamber efendimize gelmiştir

Kur'an-ı Kerim'de açıkça (ves sulhu hayr) "sülhte hayır vardır" ayetine yer verilmiştir.

Selçuklu'da lonca teşkilatı, Osmanlı'da ahilik, esnaf arasındaki uyuşmazlıkların dostane yöntemlerle çözümlenmesine hizmet etmiştir.

Bugün hala küçük yerlerde, uyuşmazlığa düşen tarafların, dava açmak yerine, mahallin güvenilir bir büyüğü önünde müzakere ettiklerine şahit olmaktadır.

İşte uyuşmazlıkların dostane yolla çözümlenmesine ilişkin bu kültürel geçmiş, bugün arabuluculuk kurumu ile somutlaştırılmaktadır.

İş uyuşmazlıklarında istatistiklere yansıyan anlaşma oranları dikkate alındığında, Türk milletinin müzakereye ve uzlaşuya verdiği kıymet anlaşılmaktadır.

Biz de Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi olarak dostane bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuğun yaygınlaşması ve arabuluculuğa ilişkin farkındalığın artırılması için çaba sarf etmekteyiz.

Bu çerçevede 1000'den fazla kişi Üniversitemiz Hukuk Fakültesi'nden arabuluculuk eğitimi almış, lisans seviyesinde seçmeli ders olarak alternatif çözüm yollarına yer verilmiş, bugün de burada Yargıtay Başkanlığı ile birlikte arabuluculuk kurumunun geliştirilmesi için uluslararası bir sempozyum düzenlemiş bulunmaktayız.

Yerli ve yabancı çok kıymetli konuşmacılardan oluşan sempozyumumuzun hayırlı olmasını ve başarılı bir şekilde tamamlanmasını diler, tekrar hepinize saygılarımı sunarım.



İsmail Rüştü CİRİT

Yargıtay Başkanı/First President of the Court of Cassation

Saygıdeğer rektörüm, dekanlarım, değerli meslektaşlarım, kıymetli akademisyen arkadaşlarım, sevgili öğrenciler, hepinizi saygı, sevgi ve muhabbetle selamlıyorum.

Yargıtay'ın 150'inci kuruluş yıldönümü etkinlikleri kapsamında, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile ortaklaşa düzenlenen "Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu" dolayısıyla sizlerle bir arada olmaktan onur ve memnuniyet duyduğumu ifade etmek istiyorum.

Türk Yargısı, 15 Temmuz hain darbe girişimine karşı dimdik durarak dünyada eşine benzerine az rastlanır bir kahramanlık destanı yazmıştır. Darbe girişiminde bulunanların, yargıdaki destekçilerini de tasfiye etmek, uzaklaştırmak zorunda kalmıştır. Buna rağmen, bir gün bile adalet dağıtmaya ara vermemiş, ihraç edilen kimselerin yerleri, vatanına ve milletine bağlı yeni hakim ve savcılarla doldurulmuştur. Bu vesile ile tüm şehitlerimizi rahmetle ve minnetle anıyorum.

Son zamanlarda bazı Fetö itirafçılarının; geçmişi, görev anlayışı ve duruşu itibariyle başından beri hain terör örgütü fetö ile mücadelesi bilinen Yargıtay üyesi arkadaşlarıma karşı, fetö elebaşının "itirafçı ol, iftira et" talimatına uygun olarak soyut ve mesnetsiz beyanlarda bulunmak suretiyle adeta haysiyet cellatlığı yapmaya çalıştığı, Yargıtay'ın kurumsal kimliğinin zedelenmesi düşüncesini oluşturan ifadelerine rastlandığı görülmektedir.

Yargının en etkili, en temel kurumu olan Yargıtay'ın bu ve benzeri algı operasyonlarına malzeme edilmesine asla müsaade edilmeyecektir. Bu hususta gerekli kanuni girişimlerde bulunmaktadır.

Günümüzde, toplumların gelişmişlik düzeyleri; ekonomik ve siyasi bakımdan elde edilen başarılarından çok, insan haklarına duydukları saygı ile ölçülmektedir. İnsan hakları alanı, sürekli değişen ve gelişen bir niteliğe sahiptir. Hukuk ise insan haklarının çekirdeğinde yer alan bir alandır. Toplum düzeninin korunması ve sosyal barışın sağlanması bakımından hukuksal kuralların adil, tutarlı ve herkese eşit şekilde uygulanması, uyuşmazlıkların en kısa sürede ve en ekonomik şekilde çözüme kavuşturulması, insan haklarının korunması için hayati bir öneme sahiptir. Hukuki uyuşmazlıkların daha hızlı çözüme kavuşturulması başta olmak üzere, hukukun amacının gerçekleştirilmesi bakımından bizleri bir adım daha ileriye götürecek böylesine önemli bir toplantının düzenlenmesinde emeği geçen Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Rektörü Prof. Dr. Metin Doğan ve Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Prof. Dr. Fatih Uşan'a ve sempozyumun kıymetli konuşmacılarına yoğun emeklerinden dolayı şimdiden çok teşekkür ediyorum.

Anayasamızın 141'inci maddesine göre, "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir." Anayasanın bu hükmü, usul hukukunun temel ilkelerinden biri olup toplumsal barışın da teminatıdır. Adalet hizmetinin işlememesi, geç işlemesi ya da kötü işlemesi toplumsal düzenin ve barışın bozulmasına yol açar. Veciz şekilde ifade edildiği gibi "Geciken adalet, adalet değildir." Mahkemelerin etkinliği ile verimliliğinin artırılması ve özellikle yargılama sürelerinin kısaltılması, toplum ve devlet hayatı açısından yaşamsal bir öneme sahiptir. Adil yargılanma hakkı kapsamında davaların makul sürede sonuçlandırılması bireylerin en temel haklarından biri olarak Anayasa'da ve insan haklarına ilişkin uluslararası belgelerde korunmuş ve bu hakkın ihlali halinde de birtakım yaptırımlar öngörülmüştür.

Demokratik toplumlarda yüksek mahkemeler evrensel düzeyde kabul edilen en ileri adalet standartlarını uygulamalı, bu amaçla adalet politikalarına katkı sağlayarak gerektiğinde yol gösterici olmalıdır. Bildiğiniz üzere, bu yıl Yargıtayın kuruluşunun 150'nci yılını kutlamaktayız. Yargıtayın başlıca kuruluş amaçlarından biri hukuki denetim yaparak içtihat birliğini sağlamak olmakla birlikte, 1868 yılından bu yana dünyada ve ülkemizde hukuk sisteminin gelişmesiyle doğru orantılı olarak yüksek mahkemelerin ilave roller de üstlenmeye başlamasıyla Yargıtayımız da eğitici, yol gösterici bir rol üstlenmiştir.

Bir yüksek mahkeme kararı sadece taraflara yönelik subjektif bir işleve sahip olmayıp, hukukun nasıl uygulandığını göstermesi bakımından herkese yönelik objektif bir işleve de sahiptir. Yargıtay, adli yargı mahkemelerince verilen kararların hukuka uygunluğunu denetlediği gibi hukuk kurallarının ülkede eşit şekilde uygulanmasını da sağlamakta, ülkede içtihat birliği oluşturma çalışmalarının yanı sıra,

düzenlediği sempozyum ve seminerlerle de hukukun amacının gerçekleştirilmesine katkı sağlamaktadır. Tüm bunlar Yargıtay'ın hukuki denetim yapmasının yanında eğitici bir rolü olduğunu bizlere göstermektedir.

Aynı şekilde üniversiteler de gerçekleri arayan, bilim üreten, bilim yayan, en üst düzeyde araştırma ve eğitimin yapıldığı kurumlardır.

Bu bakımdan, açılan davaların hızla arttığı bu dönemde, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının daha barışçıl yöntemlerle, daha kısa sürede ve isabetli bir şekilde çözümlenmesi için, 150 yıllık köklü bir kurum olan Yargıtayın ve Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesinin ortaklaşa düzenlediği, "Arabuluculuğun Geliştirilmesi Sempozyumu"nun önemini vurgulamak istiyorum.

Esasen arabuluculuk müessesesinin geçmişi insanlık tarihi kadar eskidir. Bizim tarihimizde ise arabuluculuk olarak nitelendirebileceğimiz müesseseyi ahilik ve lonca Düzenlerinde görüyoruz. Zira ahilik örgütlenmesinin en temel işlevi, uzlaştırıcılık ve arabuluculuk idi. Bu nokta ahiliğin, taşrada yaşanan sorunları merkeze göndermeksizin kendi iç mekanizması ile çözme ve kendi kendine yetme özelliği olduğunu söyleyebiliriz. Bu nedenle ahilik kurumu oldukça gelişmiş bir arabuluculuk sistemine sahiptir. Aynı şey lonca örgütlenmesi için de söylenilebilir, lonca örgütlenmesi içinde yer alan ve genellikle beş kişiden oluşan "İdare Kurulunun", "Ehli Hibre" olarak adlandırılan son iki üyesi esnaf arasında, esnafla idare arasında veya idare kurulu içinde meydana gelen anlaşmazlıklara hakemlik eder, uyuşmazlıkları çözerdi.

Ahilik ve lonca örgütlenmelerinde gördüğümüz ilk arabuluculuk müesseselerinden sonra, ülkemizde arabuluculuğa ilişkin ilk yazılı düzenleme 1917 tarihli Hukûk-ı Âile Kararnâmesi ile yapılmıştır. Anılan Kararname'nin 8. maddesi ile "aile meclisi" sistemi işlevsel hale getirilmiş, 130. maddesinde ise karı koca arasında niza çıkıp da taraflardan biri hakime müracaat ederse hakim tarafların ailesinden birer hakem tayin edileceği düzenlenmiştir. Bir ya da iki taraf ailesinden hakem tayin olunacak kimse bulunamaz ise veya bulunup da hakem olarak gerekli vasıflara sahip olmazsa dışarıdan münasiplerini tayin eder. Bu suretle teşekkül eden aile meclisi tarafların düşüncelerini ve görüşlerini alarak onları inceler ve aralarını bulmaya çalışır. Hakemler ittifak edemezler ise hakim gerekli nitelikleri haiz diğer bir hakem heyeti veya taraflara yakınlığı olmayan üçüncü bir hakem eyler. Hakemlerin verecekleri hüküm kesin ve itirazı kabil değildir.

Günümüzde ise arabuluculuk kurumu ile ilgili temel düzenlemeler 22 Haziran 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6325 sayılı "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu"nda yapılmıştır.

Dünyada ise arabuluculuk yirminci yüzyılda devletler tarafından kabul edilmiş ve kurumsallaştırılmıştır. ABD’de 1964 tarihli Yurttaşlık Yasası ile toplum hayatına girmiş, 1980’li yıllarda İngiltere ve Avusturya’da, 1990’lı yıllarda ise Avrupa ülkelerinde yayılmaya başlamıştır. Avrupa Birliğinde “Hukuki ve ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21 Mayıs 2008 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi” kabul edilmiştir.

Arabuluculuğun Avrupa Birliği ülkelerindeki gelişimine baktığımızda, “Avrupa Birliği Arabuluculuk Direktifi”nin önemli etkisinin olduğu, Avusturya, Slovakya, Romanya gibi bazı ülkeler arabuluculuk konusunda yazılı mevzuat geliştirmeyi tercih etmelerinin yanında Hollanda, Birleşik Krallık, Slovenya gibi bir kısım ülkelerin yazılı düzenlemeye gerek duymadan arabuluculuk sistemini uyguladığı, bu ülkelerdeki arabuluculuk girişimlerinin %60 - %80 oranlarında başarı ile sonuçlandığı görülmektedir.

Kutsal Kitabımızda da arabuluculuk hususunda; “Eğer müminlerden iki zümre birbiriyile savaşılırsa aralarını bulup barıştırın. ... Sonunda eğer Allah’ın emrine dönerse artık adaletle aralarını bulup barıştırın. Her işinizde adaletle hareket edin. Allah şüphesiz ki adil olanları sever. Müminler ancak kardeşlerdir. O halde kardeşlerinizin arasını bulup barıştırın.” (Hucurât, 49/9-10.) buyurulmaktadır.

Peygamber Efendimiz (s.a.s.)’in bu konuda da ümmeti için örneklik teşkil etmiştir. Bir keresinde Kuba halkının birbirlerine taşlarla hücum ettiklerini duyunca, “Onları bize getirin, barıştıralım, aralarında sulh, arabuluculuk yapalım.” buyurmuştur. (Buhari, es-Sahîh, Sulh 1.) Efendimiz bir hadis-i şerifte: “Size oruç, namaz, hac ve sadakanın derecesinden daha faziletisini söyleyeyim mi?” “Evet ya Rasulüllah denilince Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: “Kişilerin arasını bulup barıştırmak (İslâhuzâtî’l-beyn).” (Ebu Davud, es-Sünen, Edeb 50.)

Hz. Ömer’in Küfe kadısı Ebu Musa el-Eş’ari’ye gönderdiği kaza (yargı) talimatnamesinde, “Hasımları arabuluculuk yapmaya yönlendirin. Çünkü davaların mahkeme kararıyla hükme bağlanması bazen onlar arasında düşmanlık meydana getirebilir.” (Yusuf Şen, “İslâm Hukukunda Arabuluculuk.” Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 11.22 (2012): s. 105-135.) tavsiyesinde bulunmuştur.

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 sağlayan, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla yürütülen, dava şartı olarak düzenlenen arabuluculuk dı-

şında, bu sürece başvurulmasında ve her halükârda sürecin yürütülmesinde ve sonlandırılmasında ihtiyarî olarak gerçekleştirilen uyuşmazlık çözüm yöntemidir.

Arabuluculuğun hız, maliyet, gizlilik, taraflara uyuşmazlık konularını belirleme ve açıklığa kavuşturma, farklı bakış açılarını anlama, menfaatlerini tanımlama, olası çözümleri ortaya koyma, değerlendirme ve istendiğinde de karşılıklı tatminkâr anlaşmalara varma fırsatı sunma gibi çeşitli avantajları olduğu gibi çözüm garantisinin olmaması, zaman ve para kaybına yol açması, delil ve iddiaların açığa çıkması sonucu doğrabilmesi, ihtilafa konu olayın mahkeme önünde çözümlenmesiyle emsal niteliğinde kararlar elde edilmesi imkanının ortadan kalkması gibi dezavantajları da bulunmaktadır.

Ülkemizde 22 Haziran 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6325 sayılı Kanun ile hayata geçirilen arabuluculuk uygulamaları, her geçen gün daha çok talep görmeye devam etmektedir. Faaliyete geçirilen pilot mahkemeler ile taraflar arabulucuya yönlendirilmekte, adliyelerde oluşturulan arabuluculuk merkezleri ile ilgililer hem arabuluculuk hakkında detaylı olarak bilgilendirilmekte hem de arabulucuya başvurabilmektedirler. Tüm bu süreçte hem yargı mensuplarının, hem avukatların hem de vatandaşların arabuluculuk hakkında daha çok fikir sahibi olması ile bu yönetime başvuru sayısında artış olmakla birlikte, mahkemelerin iş yükünün ciddi oranda hafiflemesi de söz konusu olmaktadır.

Toplumu bir arada tutan unsurlar, gelenek ve görenekler, örf ve adetler, dini inançlar, kültür farklılıklarına olan saygı, hoşgörü, adalet, vicdan, özgürlük, eşitlik ve kardeşliktir. Toplum, ortak mirası, ortak kültürü ve ortak bir toprak parçası olarak vatani paylaşan insanlardan oluşur.

İnsanların toplum içinde birlik ve beraberlik içinde yaşaması, barış ve huzurun tesis edilmesi, toplum dinamiklerinin birbirine olan sevgisi, saygısı, hoşgörüsü, adalet ilkesi, merhameti ve hürriyet telakkisi ile sağlanır.

Toplumsal barış, toplumu bir arada tutan yapı taşlarının arasındaki manevi harçlarla sınıksız birbirine tutulur. Bu da toplumda ahlaki ve hukuki değerlerin yaşatılması, insani değerlerin yüceltilmesi ile sağlanır. Toplumsal barışı sağlayacak unsurlar, toplumun yine kendi iradesiyle ortaya koyacağı değerlerdir. Arabuluculuk da toplumsal barışı sağlayan bir kurum olarak ortaya çıkmakta, mahkeme sürecinde sorunlar yaşayan taraflar arabuluculuk sisteminde uyuşmazlığı dostane bir şekilde çözmeye çalışarak, aynı zamanda toplumsal barışa da katkı sağlamaktadırlar.

Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın yayınladığı 2018 yılı "Arabuluculuk Uygulamalarına İlişkin İstatistikî Veriler"ine göre, 02.01.2018-27.05.2018 tarihleri arasında yapılan 15655 ihtiyari arabuluculuk başvurusunun 15234 tanesinin

anlaşma ile sonuçlandığı, yani %97 oranında başarı sağlandığı, sadece %3'e tekabül eden 421 tanesinin anlaşamama ile sonuçlandığı; 127.845 dava şartı arabuluculuk görevlendirilmesi yapılan dosyadan ise 38.667 'sinin anlaşma ile sonuçlandığı, yani %65 oranında başarı sağlandığı, 20.510 dosyada yani %35'nde anlaşma sağlanamadığı görülmektedir. Bu sonuç arabuluculuk yönteminin tarafları çözüme götüren ve uyuşmazlıkları çözmede etkili bir yol olduğunu ortaya çıkarmaktadır.

En son olarak, İş Hukuku uyuşmazlıklarında 1 Ocak 2018 tarihinde zorunlu hale getirilen arabuluculuk kurumunun ticarî Davalar yönünden de zorunlu hale getirilmesi çalışmalarını halen devam ettirmektedir.

Ülke olarak hem toplumsal barışın sağlanmasında hem de davaların hızla sonuçlanmasında büyük etkisi olduğunu düşündüğümüz arabuluculuk uygulamalarının geliştirilmesi çalışmalarını önemli bulduğumuzu belirtmek isterim. Bu nedenlerle, kökleri bizim tarihimizden gelen arabuluculuk kurumu, aile hukuku alanı da dahil olmak üzere, tüm özel hukuk uyuşmazlıklarında zorunlu hale getirilmeli ve sosyal barışın sağlanmasında arabuluculuktan bir argüman olarak da yararlanılmalıdır.

Arabuluculuk çözüm yolunun geliştirilmesine yönelik düzenlenen bu sempozyumun sonuçlarının adalete, hukuka ve insan haklarına değerli katkılar sağlayacağına inanıyorum.

Çok değerli ve seçkin katılımcılarımızın bu çalışmada bilgi , birikim ve deneyimlerinden yararlanmak bizler için büyük bir şans olacaktır. Bilgi ve deneyimlerini bizden esirgemedikleri için şimdiden tüm katılımcılara teşekkür ediyorum.

Beni dinleme sabrını ve nezaketini göstermenizden dolayı hepinize teşekkür ediyorum. Sempozyumun başarılı ve verimli geçmesi dileğiyle, tüm katılımcılara teşekkür ediyorum, sevgi ve saygılarımı sunuyorum.



## **AİLE HUKUKUNA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK MEDIATION IN FAMILY LAW DISPUTES**

### **Oturum Başkanı/Chair:**

**Ömer Uğur GENÇCAN** (Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı/Head of 2nd Civil Chamber of Court of Cassation)

### **Konuşmacılar/Speakers:**

**Hakan ÖZTATAR** Türkiye’de Arabuluculuk Uygulamaları/Mediation Practices in Turkey (Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanı/General Directorate of Law and Legislation, Head of Department of Mediation)

**Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Natalija KAMİNSKIENE** (Mykolas Romeris Üniversitesi (Litvanya), Arabuluculuk ve Sürdürülebilir Uyuşmazlık Çözümü Laboratuvarı Başkanı/Mykolas Romeris University (Latvia), Head of Mediation and Sustainable Dispute Resolution Laboratory)

**Pervin YILDIZ** (Avukat-Arabulucu-Eğitmen, Başkent Arabuluculuk Merkezi/Attorney, Mediator Trainer- Capital Mediation Centre)

**Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU** (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi/Ankara Hacı Bayram Veli University)

**Erdem ŞİMŞEK** (Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Üyesi/Member of 2. Civil Chamber of the Court of Cassation)







Hakan ÖZTATAR

## TÜRKİYE'DE ARABULUCULUK UYGULAMALARI/MEDIATION PRACTICES İN TURKEY

Sayın Yargıtay Başkanım,  
Sayın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcım,  
Sayın Rektörüm,  
Sayın HSK Başkanım, üyem,  
Sayın Yargıtay Daire Başkanları ve üyelerim,  
Çok değerli katılımcılar;

Ben de Bakanlığımız adına sizleri saygıyla selamlıyorum. Toplantı için ayrıca gerek Yargıtay başkanlarımıza, gerekse Yıldırım Beyazıt Üniversitesi'ne çok teşekkür ediyorum.

Arabuluculuk süreci, 2013 yılında 14 Kasım tarihinde başlamıştır. 1 sicil nolu arabulucumuz sicile kaydolmuştu. Bilinmeyen bir kurumdu arabuluculuk. Toplum tarafından bilinmiyordu, hukukçular tarafından bile bilinmiyordu; ama dört yıllık süreçte artık toplumumuz tarafından bilinen, hukukçular tarafından sahip çıkılan, böyle büyük sempozyumlar yapabileceğimiz bir kurum hâline geldi. Ben emeği geçen herkese bu anlamda teşekkür ediyorum.

Peki, neden arabuluculuk önemliydi? Neden Bakanlık olarak bu kadar önem verdik? Çünkü arabuluculuk, uyuşmazlıkların en hızlı şekilde çözüm yöntemi olarak karşımıza çıkıyor. Neden? Bugün biz, biliyorsunuz 1 Ocak tarihi itibarıyla iş hukukunda arabuluculuk başlattığımızda belki de kanun yapma açısından çok iddialı bir şey koymuştuk oraya. Nedir o? O da süre. Yani dedik ki: Bir uyuşmazlığı biz üç hafta, hadi dedik bir hafta daha verelim; dört hafta... Yani, yirmi sekiz günde çözeriz, iddiasında bulundu bu kanun, esasında çıkarken. Kanunda komisyon başkanımız da sayın dekanımızdı. Çok iddialı bir şeydi bu; çünkü baktığımızda istatistiklere, ilk derece mahkemesinde iş davalarında 531 günü görüyorduk. İlk derecede... İstinaf ve Yargıtay'ı eklediğimizde bin günü görüyorduk, bir iş uyuşmazlığının çözümünde. Ama arabuluculuk dedi ki, "Ben bunu en fazla yirmi sekiz gün içerisinde çözerim." Belki çoğu kişi için çok iddialı, "Mümkün mü böyle bir şey?" denilirken, bugün, artık Aralık itibarıyla; 5 Aralık itibarıyla, 6 Aralık itibarıyla şunu söyleyebiliriz ki: 326 bin uyuşmazlık, bu yirmi sekiz günlük zaman dilimi içerisinde bitti. Ve hatta çoğunluk olarak o yirmi sekiz günü bile beklemedi; bazen üç günde, bazen dört günde sorunu çözdüğümüz oldu. Biz ilk defalarda söylediğimizde; biz, arabuluculuk süreciyle bazen iki saatte, bazen üç saatte sorun çözüldüğünü söylediğimizde belki çoğu insan buna inanmadı. Ama süreç içerisinde baktığımızda, gerçekten sorunların bazen yirmi dakikada bile çözüldüğüyle karşı karşıya kaldık. İşte, modern dünyanın arabuluculuğa bakışı budur: Uyuşmazlıkları en hızlı şekilde çözen bir metod. Peki, şunu diyebiliriz. Diyebiliriz ki: "Yargıyı hızlandıralım." Ne yapalım? "Daha iyi bir yargı sistemi elde ettiğimizde, buna gerek kalmaz ki" diyebiliriz. Ama bakın; yargılama, neye tabidir? Bu sözel bir türüdür. Yani dava dilekçesi, cevap dilekçesi, cevaba cevap, ikinci cevap... Tanık dinleyecek hakim; değil mi, bilirkişiye gidecek. Hatta, HMK gereğince, hakimin hükmü yazması ne kadar bir süreye tabi arkadaşlar? Otuz gün. Bakın hakimin kısa kararı verip gerekçeli kararı yazma süresi olan otuz günden iki gün daha kısa bir sürede, biz bir uyuşmazlığı çözüyoruz. Şimdi, bu kadar hızlı olan bir sistem varken, istediğiniz kadar yargılama sürecine götürün; insanlar ne ister? Vakit, nakittir; bir an önce ben bu sorunu ben ne yapmak istiyorum? Çözmek istiyorum, diyecektir ve bu anlamda işte arabuluculuk, size uyuşmazlığı en hızlı çözen bir yöntem olarak karşımıza çıkıyor ki, İngiltere'deki uyuşmazlıkları söyleyeyim size: %75'inin bir günde ve bir günden daha az bir zamandaki müzakere ortamıyla çözüldüğü karşımıza çıkıyor. Veya Singapur'a gittiğimizde, bir uyuşmazlığın, özellikle tüketici uyuşmazlıklarının iki ya da üç saat içerisinde çözüldüğüyle karşı karşıya kalıyoruz. O zaman, demek ki bir kere insanların bu kadar uyuşmazlığı hızlı bir şekilde çözmek

anlamında arabuluculuk buna bir imkân veriyor. Peki arabuluculuk ayrıca ne imkânı veriyor? Arabuluculuk şu imkânı veriyor: Şunu tespit ettik ki, bir hakim olarak da şunu söyleyeyim; mahkemelerde husumetler bitmiyor. Bu çok önemli bir vurgu. Mahkemelerde husumetlerin bitmemesi... Neden? Çünkü biz mahkemede şunu çözüyoruz: Hukuki sorunu çözüyoruz; sen haklısın, sen haksızsın veya kısmen haklısınız, diyoruz. Ama bir şeyi çözemiyoruz hakimler olarak. Neyi çözemiyoruz? Taraflar arasındaki ilişkiyi çözemiyoruz; yani ben kararı verdikten sonra, işte hukuk hakimliği yaparken de bakıyordum, dışardan kavga sesleri geliyor. Karar verdiğim hâlde. Neden? Efendim davalı ve davacı kavga ediyorlar, diyorlar. E ne oluyor; onlar savcıya gidiyor; bu sefer de karımıza bir ceza davası geliyor. Bazen bir idari dava geliyor. Ama arabuluculukta şunu gördük ki; hem hukuki sorunu çözebiliyoruz arabuluculukta, hem de taraflar arasındaki ilişkiyi onarıyoruz. Yani bizim arabuluculukların sonunda, taraflar kucaklaşıyorlar, helalleşiyorlar, "Arkadaş; gel bir çay içelim, bir kahve içelim." diyebiliyorlar. İşte, mahkemelerde husumetler bitmeyip arabuluculuğun burada dostane bir çözüm yöntemi olması da, toplum açısından neyi sağlıyor: Barış kültürünün, uzlaşma kültürünün yaygınlaşmasını sağlıyor. Ve diğer özelliği ne peki arabuluculuğun en önemli özelliği: Arabuluculukta kararı, taraflar verir. Bu o kadar önemli ki, bu o kadar önemli ki; esasında modern dünyanın ve yargının gidişatının arabuluculuğa doğru olmasının en önemli sebeplerinden bir tanesidir. Çünkü uyuşmazlık yaşayan taraflar, çoğu zaman ne yaparlar: Uyuşmazlığı bir üçüncü kişinin; yani hakim veya hakem dediğimiz bir kişinin çözmesini isterler. Oysa şöyle düşünelim: Bu uyuşmazlığı sizce en iyi kim bilebilir? Uyuşmazlık yaşayan taraflar bilir. Peki bu uyuşmazlık konusunda karar verme hakkı en çok kime aittir sizce? E taraflara aittir. Peki bu uyuşmazlık konusunda, sizce en iyi çözümü kim bulabilir? E taraflar bulabilir. Ama taraflar bu çözümü bulamıyorsa nedir o zaman yeni slogan? "Dava, en son çaredir." Yani insanlar, sorunlarını dostane şekilde çözemiyorsa, barışçıl bir çözüm yöntemi bulamıyorsa, elbette ki hakimimiz orada, yargılama orada, mahkememiz orada ve gelip şunu diyecekler: "Biz, dostane bir şekilde sorunumuzu çözedik. İhtilafımız konusunda karar veremedik. Lütfen bizim adımıza uyuşmazlığı sen çöz ve bu çözüme neyiz? Biz razıyız." demektir yargı sistemi. İşte, bakın; biz alternatif çözüm yöntemlerine giderken, dünya bir noktaya (...)

(...) uygun çözüm yöntemine doğru gitmekte arkadaşlar. Alternatif çözüm yöntemini dünya bıraktı. Biz hâlâ daha buraya geçer miyiz, geçebilir miyiz, arabuluculuk olur mu, diye düşünürken dünyanın gittiği nokta: Uygun çözüm yöntemi. Nedir uygun çözüm yöntemi? Yani, uyuşmazlık yaşayan taraflara şu soru soruluyor: Senin

uyuşmazlığına en uygun çözüm yöntemi nedir? İşte burada kime görev düşüyor? Hukukçulara ya da avukatlara görev düşüyor. Bir uyuşmazlık geldiğinde, müvekkiline şunu söylemeli: “Sizin uyuşmazlığınıza ben çalışacağım. Bir hafta boyunca çalışacağım. Ve sizin uyuşmazlığınıza en uygun çözüm yöntemini size sunacağım. Bu yöntem, tahkim olabilir; şu kadar sürer, şu kadar masraflıdır. Arabuluculuk olur; şöyle olur, şöyle olur. Dava olur; şöyle olur, şöyle olur.” Bir yelpaze şeklinde müvekkilimize neyi yapmamız lâzım? Uygun çözüm yöntemini sunmamız lâzım. Yani, artık tek kapılı adliye sisteminden çok kapılı adliye sistemine geçmek zorundayız. Yani sadece uyuşmazlıkların dava yoluyla çözüldüğü, sadece mahkemede bir hakim tarafından çözüldüğü değil de; insanların kendi kararlarını vererek de sorunlarını çözebildiği bir sisteme gideceğiz ki, e modern dünyaysa, dünya geliyorsa, o zaman insanlar şunu söyleyecektir: “Ben, uyuşmazlığımla kendim çözmek istiyorum.” Arabuluculuk bunu veriyor esasında. Yani size, o uyuşmazlık konusunda, tırnak içerisinde hakim olma kararını, ama bu yetiye sahip olmadığınız için müzakereye size yardımcı olacak bir 3. kişi olan arabulucunun sisteme girmesini ve size kolaylaştırıcı rolüyle yardımcı olmasını sağlayan bir sistem olarak ben arabuluculuğun en az yargı sisteminde yirmi yıl daha devam edeceğini düşünüyorum. Yirmi yıl sonra eğer biz insanlar daha gelişirsek, belki o 3. kişi kolaylaştırıcıya ihtiyaç duymadan, müzakere yöntemiyle de sorunlarımızı çözeceğimizin; bu anlamda yargı sistemine olan ihtiyacın gün geçtikçe daha azalacağını düşünmekteyim, bu anlamda.

Peki, ne oldu? Biz neden dava şartı arabuluculuğa geldik? Arabuluculuk, 160 ülkede uygulanıyor; siz arabuluculuğu İtalya’dan, İngiltere’den alıp direkt Türk insanına monte edemezsiniz. Çünkü bizim kültürel yapımız, inançlarımız, değerlerimiz farklı. Her ülkenin farklı. Buna göre kendi ülkemize ait bir arabulucuya ihtiyacımız vardı. Peki biz bunu İngiltere’den alabilir miydik? Hayır, hiç İngilizlere benzemiyoruz ki. Ne davranışlarımız benziyor, ne... Değil mi; onlar soğukkanlı, biz sıcakkanlı... Biz kime benziyoruz? Biz İtalyanlara benziyoruz biraz. Biz, Akdeniz; değil mi, Akdeniz toprakları... Ve İtalya’ya gittik; İtalya’ya gittiğimizde İtalya’dakiler bize şunu söyledi: “Aman ha, aman! Bizim yaptığımız yanlış yapmayın.” Dedim ki, “Ne yanlış yaptınız siz?” “Biz” dedi; “1991 yılında arabuluculuğa başladık. Ve 2012 yılına gelinceye kadar ihtiyari olarak çözdüğümüz uyuşmazlık sayısı 10 bindi, 10 bin! İlerlemedi; anlattık, seminerler yaptık, şunu yaptık bunu yaptık ama... ihtiyari olarak bu iş olmadı.” “Peki ne yaptınız?” dedik; “2011 yılında bir KHK ile bir hüküm koyduk, dava şartı arabuluculuk dediğimiz sistemi getirdik. Sonra, Anayasa Mahkemesi, ‘Siz KHK ile bunu yapamazsınız, kanunla yapmak zo-

rundasınız' diyerek iptal etti." "Daha sonra", diyor; "2013 yılında yeniden dava şartı arabuluculuğu sekiz alanda; bankacılık, sigortacılık ve diğer ticarî alanlarda olmak üzere, zorunlu hâle getirdik." "Peki ne oldu?" dedim. Şu olmuş arkadaşlar: 2011 yılında 10 bin olan arabuluculuk, zorunlu hâle gelince 150 bine çıkmış. 150 bine... Sonra, iptal etmiş Anayasa Mahkemesi. Yani, şeydeki; İtalya'daki... Bakın, 10 bine düşmemiş. Neye düşmüş biliyor musunuz? 45 bine düşmüş. "Neden?" dedim; "10 bin değil de 45 bin?" "Çünkü toplum alıştı. Bizim toplumumuz alıştı, bunun yararlarını görmeye başladı." "Daha sonra yeniden" dedi; "zorunlu kıldık." Ve şu anda İtalya, 200 bin uyuşmazlıkla, bizim bu zamana kadar, yani 2018 yılına kadar Avrupa'da birinci idi arkadaşlar, ama size müjdeli bir haber: Artık Avrupa'da birinci Türkiye oldu, çünkü 326 bin ihtiyari; şey, dava şartı. 75 bin ihtiyari olmak üzere bu sefer biz, 400 bin uyuşmazlık arabulucuya getirdik. Peki ne oldu, sonuç ne? 325 bin uyuşmazlıktan arkadaşlar; 205 bin uyuşmazlığı çözdük. Peki, açılan dava sayısı nedir? Arkadaşlar, 1 Ocak'tan itibaren, arabuluculuk anlaşmama tutanağını getirerek, "Ben arabulucuda anlaşmadım." diyerek dava açan sayısı, 82 bin 150 arkadaşlar. 82 bin 150... Bir ayımız kaldı; tahmin ediyorum ki 88 binle, 86 binle bu sayıyı bitireceğiz. Peki geçen sene neydi? Yaklaşık 210 bindi. Ama biz İş Kanunu'nda, burada başkanlarımız da var, biliyorlar: Alanı genişlettik. Basın İş Kanunu'nu aldık, Deniz İş Kanunu'nu aldık, Borçlar Kanunu'ndaki iş davalarını aldık, her yıl zaten %20 bir artış vardı arkadaşlar. Hadi onu da geçtik; bir şey daha aldık biz. Neyi aldık? İş müfettişlerinin yaptığı 133 bin işi de aldık biz. Bütün bunlara rağmen, bütün bunlara rağmen; açılan, arabulucuda açılan dava sayısı 82 bin; ki bu Cumartesi bir arkadaşımız elektronik ortamda, UYAP'ta dava açmıştı, bana gönderdi. İstanbul 3 İş Mahkemesi'nin esas numarası Aralık ayı itibarıyla 405. Şimdi bakın; bizim amacımız yargının, tamamen iş yükü... Elbette ki; bu bunun sonucu. Ama arabuluculuk dostane bir çözüm yöntemi. Nasıl bir çözüm yöntemi? Biz şöyle arabuluculuklar yaptık: Bir arabuluculukta babası yaşlandığı için işten çıkarıldığında onun yerine oğlunu işe aldılar. Bir arabuluculukta Maraş'ta, yedi tane işçi işten çıkarıldı; arabuluculuğa geldiler, akşam işveren aramış işçileri: "Niye beni arabulucuya şikâyet ettin?" Şikâyet olarak anlıyor, tabii normal; Maraş'taki bir işveren... "Niye beni arabulucuya şikâyet ettin, hemen gelin yarın başlayın." diyor. "Hemen gelin, yarın başlayın." Yarın işçiler işe başlıyor. Arabulucumuz onları arayınca işçiler diyor ki: "Aman aman, bizi bir daha arama! Biz işe yeniden başladık." "Sakin" diyor; "İşveren tarafı da rahatsız etme, sorun çözüldü." Bakın bu da bir sorun çözme yöntemi. Geçen hafta olan ne kadar güzel bir olay; bakın biz ilk defa uyuşmazlıklarda insana dokunuyoruz. Arabuluculuğun özelliği bu ve insanların

neyine dokunuyoruz esasında biliyor musunuz? Duygularına dokunuyoruz. Duygularına, hislerine dokunuyoruz. Bir işçi; işveren taraf 100 tane işçiyi çıkarmak zorunda ekonomik krizden dolayı. 100 işçiyi çıkarıyor. Arabuluculuk sürecine geldiğinde; bu arada bir şey yaşanıyor. O da şu: Ortanca oğlu işten çıkarılmış, küçük oğlu sürece geliyor, arabuluculuk sürecine. Diyor; "Ben bir şey söylemek istiyorum." İşveren diyor, "Ne söyleyeceksin?" "Ağabeyim" diyor; "Evli. Çocukları var. Onu işten çıkarmışsınız. Ben de aynı fabrikada çalışıyorum." "Lütfen" diyor, "Beni işten çıkarın." "Lütfen, beni işten çıkarın. Ben bekârim." diyor, "Ben idare ederim, ama ağabeyimi işten çıkarmayın." İşin ilginç tarafı babası da aynı fabrikada çalışıyor ve işveren diyor ki: "Üçünüzü de işten çıkarmıyorum, üçünüz de devam ediyorsunuz." Şimdi bunu mahkemede elde edebilir miyiz acaba? Böyle bir karar bulabilir miyiz acaba mahkemede? Ama arabuluculuk sürecinde bunu yaşıyoruz. Ve İzmir'de, bakın, Dikili'de olan bir uyuşmazlıkta, işçi tarafı geliyor biliyor musunuz? Çocuğu ve eşiyle geliyor. Eşiyle birlikte, "Ben katılmak istiyorum" diyor arabuluculuk sürecine. "Katıl." diyorlar, "Gel." Bu arada çocuğu; küçük çocuğu "Ben" diyor, "Resim çizeceğim." Gidiyor, resim çiziyor. Bu arada tabii hararetili bir şekilde içeride işverenle işçi arasında toplantı devam ederken, kapıyı hızla açıyor çocuk ve "Dede" diye işverene sarılıyor. "Dede" diyor; "Sana", ne yaptım; "Resim yaptım." diyor. "Dede" diyor. Ve işverenle o kadar samimiler ki, "Dede" diyor. Ve diyor ki arabulucu; "Ondan sonra hiçbir şey konuşmadık. Zaten anlaşılmıştı. O arabuluculuğu küçük çocuk yapmıştı esasında." Şimdi; bizim insanlarımızın dostane bir şekilde sorun çözmelerinden, konuşmalarından, iletişim kurmalarından, sorunların barışçıl çözülmesinden niye rahatsız olalım ki? Bundan mutlu olmamız lâzım. Bu bir kültür. Bu kültürün yeniden bu topraklarda yerleşmesi için uğraşmak, bunu gerekirse dava şartı yapıp zorunlu kılmaktan ne zarar gelecek? E zorunlu kıldık işte, ne oldu? Hiçbir şey olmadı. Bakın, peki diyebilirsiniz ki: "Efendim kıyamet kopuyor, işçiler bu kadar hak..." Bakın, size bugün itibariyle şikâyet sayısını söylüyorum arkadaşlar: 242 şikâyet geldi arabulucuğa. Daire Başkanlığı'na gelen şikâyet sayısı, 242. Ne kadardan? 326 bin dava şartı, 76 bin ihtiyari; 400 bin uyuşmazlıktan 242 tane şikâyet gelmiş. Eğer 242 şikâyet var diye kurum kapatacaksak, o zaman bütün kurumları Türkiye'de kapatmamız lâzım. Binde bir bile değil şikâyet; ki olabilir! Bizim arabulucular mükemmel değil, ama bunun usul yolları var. Ve ne oldu bakın arkadaşlar; tahmin ediyorum ki bugünkü resmi Gazete'de yayınlanacak; Anayasa Mahkemesi'ne gidildi, "Hak arama hürriyetine engel" denildi, efendim "Dava şartı arabuluculukta anlaşılan hususlarda dava açılmaz." hükmünün yanlış olduğu söylendi. Bugün yayınlanacak, Anayasa Mahkememiz, 16 Temmuz itiba-

riyle arkadaşlar; hak arama hürriyetine aykırı olmadığını, bütün bu hükümlerin Anayasa'ya uygun olduğuna karar verdi arkadaşlar; bugün itibariyle o da yayınlanabilir. Neden? Çünkü biz zaten düzenlemeyi o kadar güzel yaptık ki. Biz ücretsiz bir başvuru getirdik işçi kardeşimize. Ve inanın... İnanın. Bir görüntü var, imkân olsa size göstereyim: 800 liralık bir alacağı var işçinin. Ve çok avukata gitmiş. Avukat arkadaşımız haklı olarak demiş ki, "Senin burada alacağın 800 lira ama benim vekâlet ücretim 1500 lira. Sen bana mı vereceksin vekâlet ücretini karşıya mı ödececeksin?" Kadıncağыз vazgeçmiş neredeyse. Ama arabuluculuk gelince gelmiş, başvurmuş. Çünkü o 800 lira onun için değerli. Çünkü bizim başvurularımız ücretsiz. Herhangi bir ücret almıyoruz. "Gel" diyoruz, "Gel." "İstedığın gibi başvurabilirsin burada." Başvurdu, 800 lira. Ve onun görüntüleri bende ama kişisel veriler yönünden sizinle paylaşmıyorum; diyor ki: "Şunu hissettim ilk defa, bana değer verildiğini hissettim." "Bu 800 lira benim için çok değerli, ama" diyor, "Sizi de çok yordum 800 lira için biliyorum." diyor ve arabuluculukta anlaşılıyorlar, o 800 lirasını alabiliyor. Ki arabulucularımız burada üç günlük hakkını aldılar insanlar, dört günlük işçi olarak haklarını aldılar, on günlük haklarını alabilme bir yöntemi geldi. Bu, ne kadar güzel bir sistem... Ve sistemin sonunda işçi kardeşimiz, anlaşmıyorsa Bakanlık ödedi. Hiçbir yükü yok ki. Yirmi sekiz gün. Davayı bizim yargıya gittiğinde bunu engelleyecek bir şey mi? Elbette ki bağlayıcı olacak getirdiğiniz sistem; işte bunun için, "Dava açılan hususlarda, anlaşılan hususlarda dava açılmaz." yazdık. Yazmak zorundasınız. Bağlayıcı olmasa niye insanlar gelsin buna? Neden arabuluculuğa gelsinler? Bizim topluluklarda yarın aklını karıştıran insanlar olur. Bütün bu düzenlemeler; esasında yaptığımız düzenlemeler, Anayasa'ya uygundu zaten, düşüncemiz de buydu. Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu kararlar, bunların hak arama hürriyetine engel olmadığını, getirilen bütün düzenlemelerin Anayasa'ya uygun olduğuna da karar verdi. Bundan dolayı bugün; dün 9. madde geçti, biz artık ne yapıyoruz? ticarî davalarda da arabuluculuğu inşaallah 1 Ocak itibariyle Türkiye'de ne yapıyoruz? Uygulamaya başlıyoruz, ki 1 Ocak itibariyle tahmin ediyorum; 200 bine yakın uyuşmazlığımız ticarî davalarda arabuluculuk sistemine girmiş olacak. Ben orada arabuluculuğun evrileceğini düşünüyorum. İş hukukundan kurtularak artık biraz daha, tarafların menfaatleri gereğince, kazan-kazan ilkesi gereğince sorunların çözüleceğine inanıyorum. Biz burada da durmadık, sosyal bir proje var. Bizim arabuluculuk derneklerimiz var yetmişe yakın. Bunlar şuna da çalışıyorlar: Akran arabuluculuğu çalışıyorlar. Akran arabuluculuğuna destek... Nedir akran arabuluculuğu? Ben bir çocukken bir teneffüste arkadaşım ile kavga ettim, diğer teneffüste barıştım. Bir gün kavga ettim, ertesi gün barıştım. (...)

Berberer oyun oynardık ama Şimdi ne oluyor okullarda? Çocuklar kavga ettiğinde hemen müdüriyete; öğretmenler, aileler müthiş derecede ne yapıyor? İnsanlar kavga ediyor. Ama Şimdi akran arabulucuğu nedir? Aynı bizim arabulucularımız gibi sınıflara giriyoruz, çocuklara diyoruz ki: “Arabulucu olmak isteyenler kimler?” Ali, AyŐe, Hasan kalkıyor, “Ben arabulucu olmak istiyorum.” Aynı onlara bizim arabulucular gibi beden dili eğitimi veriyoruz, iletişim eğitimi veriyoruz, müzakere hükmü veriyoruz. Öfke kontrolü veriliyor. Onlar Őuraya bir rozet takıyorlar, arabuluculuk rozeti. Ve gizlilik yemini ediyor onlar. Ve iki çocuk; lisede, ortaokulda, kavga ettiğinde ne yapıyor? O Ali’ye gidiyor. Öğretmene gitmiyor. “Ali” diyor; “Ben Hasan’la kavga ettim, aramızı bul.” Ali onları alıyor, götürüyor kantine, oturtuyor; çaylarını söylüyor, beraberce onların anlaşmasına varıyor. Ve inanın, Manisa’da geçen sene bir okulda, bu pilot uygulamada 130 tane böyle çocuklar arasındaki uyuşmazlık, barışçıl Şekilde çözümlendi. Onlar ailelerine gitseydi, müdüriyete gitseydi, o olaylar ne olacaktı? Belki o çocuklar yarın yine oynayacaklardı orada; ama o aileler kavga edecekti, davalık olacaktı. Bu kültürün yerleşmesi lâzım, bizim çocuklarımızdan başlayarak arabuluculuk kültürünün yerleşmesi lâzım; neden? KonuŐmayı, iletişim kurmayı, müzakere masasında oturmayı... Ben Şunu baŐardık diye inanıyorum: Biz bu yıl, 325 bin tane işçiyle, 325 bin tane işveren tarafını aynı masada oturttuk. Yani diyorlardı ya; “Karşı karşıya bile gelmez. Bunlar hayatta konuŐmaz.” diyen 325 bin insanı, bir masada oturttuk. İletişim kurdular, konuŐtular; ha anlaştilar, anlaşmadılar. Bence o sonucudur artık bu işin. Önemli olan, bu kültürün yerleşmesi, bu topraklarda yeniden uzlaŐı kültürünün artması. Bunun için, yapmamız gereken çok basit. Yargıtay’ımız, üniversitelerimiz, hocalarımız; hepimizin elimizi taŐın altına bırakarak, bu uzlaŐı kültürü için; arabuluculuğa karşı olursunuz, başka bir Şey, hiç önemli değil. Seversiniz, sevmesiniz arabuluculuğu. Zorunluluğa karŐısınızdır; onlar da önemli değil arkadaşlar. Önemli olan bu toplum için neler yaptığımız, ne yaptığımız ve ne baŐardığımız. Ben inanıyorum ki, bu topraklarda yeniden bu kültürün yaygınlaşması için arabuluculuk bir milat olacaktır; buna emeği geçen herkese çok teşekkür ediyorum. Bu sempozyumu düzenleyen Yargıtay başkanımızın Őahsında Yargıtay üyelerimize, emek verenlere, Yıldırım Beyazıt Rektörümüzü, Dekanımızı, herkese çok teşekkür ediyorum; saygılar sunuyorum arkadaşlar. Sağ olun.



Doç Dr. Natalija KAMINSKIENE

## **MEDIATION IN LITHUANIAN LAW AND RECENT DEVELOPMENTS OF FAMILY MEDIATION IN LITHUANIA/LİTVANYA HUKUKUNDA ARABULUCULUK VE AİLE HUKUKUNDA ARABULUCULUĞA İLİŞKİN GÜNCEL GELİŞMELER\***

### **SUMMARY**

This paper was presented at the International Symposium on Mediation in Civil Disputes in Ankara, Turkey on December 6, 2018. The main goal of the paper is to provide an overview of mediation present situation, main challenges and ongoing developments in Lithuanian law. The special emphasis of this paper is brought to the recent changes in family mediation in Lithuania, namely, introduction of mandatory mediation in family disputes before starting civil case in the court from January 1, 2020. The paper also gives an insight on the amounts of civil cases and their types being mediated through court-mediation scheme in Lithuania, also their success comparing to the general rates of mediation success in other developed European countries.

**Keywords:** mediation, law, Lithuania, family disputes.

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

## BRIEF HISTORY OF MEDIATION DEVELOPMENT IN LITHUANIA

The starting points for alternative dispute resolution (ADR) in Lithuania were very much influenced by the legacy of the soviet law system. The history of peaceful settlement in Lithuanian courts relatively was very short. Though Lithuania has gained her independence in year 1990, only in year 2001 the new Republic of Lithuania Civil Code<sup>1</sup> and in year 2002 the new Republic of Lithuania Code of Civil Procedure<sup>2</sup> were enacted. The main feature of these both codified laws was liberalization of civil relations and social orientation of them. Litigious society, which was mostly solving their disputes in courts or court-like pretrial state institutions, was given a chance to search for a settlement. In such way the parties were given possibility to reach not only the legal peace for their disputes but also the social one. That is why court conciliation became more active and more effective since year 2003 in Lithuania.

In couple of years the first mediation initiatives took place in Lithuania. Mediation was introduced in Lithuania through the court system due to the close cooperation between Lithuanian and Canadian court administration. Not surprisingly, Lithuania followed an example of court-mediation scheme functioning in Canada. Court mediation pilot project in civil cases was launched in year 2006 from couple of district courts and due to its positive results, later in year 2007 by the Decree of Judicial Council<sup>3</sup> was extended to all Lithuanian courts. The choice of starting mediation from courts was also influenced by the understanding that people of Lithuania recognize the authority of the court, trust judges. That is why it was decided that the best person, who could reliably offer the parties mediation without discrediting should be the judge.

After intensifying mediation application in civil matters through court-mediation scheme, new challenges arose – harmonization of mediation procedures with Lithuanian national laws (for instance, issues of limitation of actions, confidentiality of mediation procedures, legal force and enforcement of settlement agreements reached through process of mediation), EU and European Commission legal regulation of mediation. Thus, the new Law on Mediation in Civil Disputes<sup>4</sup> was adopted on July 15, 2008 and stipulated the soft regulation of the mediation processes. Such soft regulation was chosen because of understanding of the flexible nature of mediation and leaving space for mediation institute to naturally develop.

1 The Republic of Lithuania Civil Code. Official Gazette, 2000-09-06, No. 74-2262.

2 The Republic of Lithuania Code of Civil Procedure. Official Gazette, 2002-04-06, No. 36-1340.

3 The Decree No. 13P-15 of Judicial Council of January 26, 2007 on the continuation of court mediation pilot project.

4 The Republic of Lithuania Law on Mediation in Civil Disputes. Official Gazette, 2008-07-31, No. 87-3462.

Very soon, in year 2011 amendments to the Republic of Lithuania Code of Civil Procedure<sup>5</sup> were introduced. Finally, this important codified law stipulated the possibility of conducting mediation as part of conciliation process (Art. 231, part 1), established mediator's immunity from witnessing facts learned from mediation (Art. 189, part 2) and prohibition to use data obtained during mediation as evidence (Art. 177, part 5).

The legislation work was accompanied by different scientific conferences on mediation, jurisprudence works (first dissertation on ADR was defended in Lithuania in year 2009<sup>6</sup>, first dissertation on mediation – in year 2015<sup>7</sup>), first mediator's trainings.

Finally, in year 2015 the New Concept of Development of Mediation in Lithuania<sup>8</sup> was initiated by the Republic of Lithuania Ministry of Justice (the Concept). The goal of this document was to foster development of mediation in Lithuania not only in civil justice but also in other branches of law – criminal and administrative justice. Also, it targeted to take off the burden of court-mediated cases from the courts and allow them to be solved through mediation out of court or before the parties start court proceedings. One of the most striking features introduced by the Concept was an idea of mandatory mediation in family disputes before starting civil proceedings. The Concept also proposed measures to battle other chronic obstacles to mediation:

- education of litigation-oriented lawyers and recommendations to them to offer clients ADR methods before advising to start an action;
- reimbursement for mandatory mediation services and mandatory mediation organization from the state budget;
- motivating parties to the disputes to use mediation through monetary incentives (return of the state fee paid for bringing the action to the court if parties settle; exempting the parties from the payment of 25 per cent of the state fee to bring the action to the court if parties voluntarily used mediation before starting the procedures nevertheless they could not settle the case);
- informational campaign on mediation allowing the customers to easily reach information about mediation and its merits etc.

5 Law on Amending and Supplementing the Code of Civil Procedure of the Republic of Lithuania. Official Gazette, 2011-07-13, Nr. 85-4126.

6 Kaminskiene, Natalija. (2009) Alternative Civil Dispute Resolution, Mykolas Romeris University, Vilnius.

7 Saudargaite, Ieva. (2015) Judicial Mediation In Civil Disputes In Lithuania, Mykolas Romeris University, Vilnius.

8 The Order No. 1R-268 of the Minister of Justice of the Republic of Lithuania of September 17, 2015 on the approval of the Concept of Development of Mediation in Lithuania. The Register of Legal Acts. 2015-09-17, No. 13939.

## RECENT DEVELOPMENT OF MEDIATION SYSTEM IN LITHUANIA

In year 2017 the ideas and goals of the Concept were started to implement by enacting the new wording of the Republic of Lithuania Law on Mediation in Civil Disputes<sup>9</sup>, inter alia changing the name of the law to the Republic of Lithuania Law on Mediation, also making respective amendments to the Republic of Lithuania Code of Civil Procedure<sup>10</sup>.

The current status of mediation development in Lithuania could be presented by the following Scheme 1. This scheme presents three mediation branches – mediation in civil, administrative and criminal justice – with different level of development. The left pillar, showing the status of mediation in civil mediation in Lithuania, is colored with green thus indicating the most advanced branch of mediation in Lithuania. This branch is splits up to out-of-court and judicial (court) mediation. In its turn, out-of-court mediation in Lithuania can be split up to:

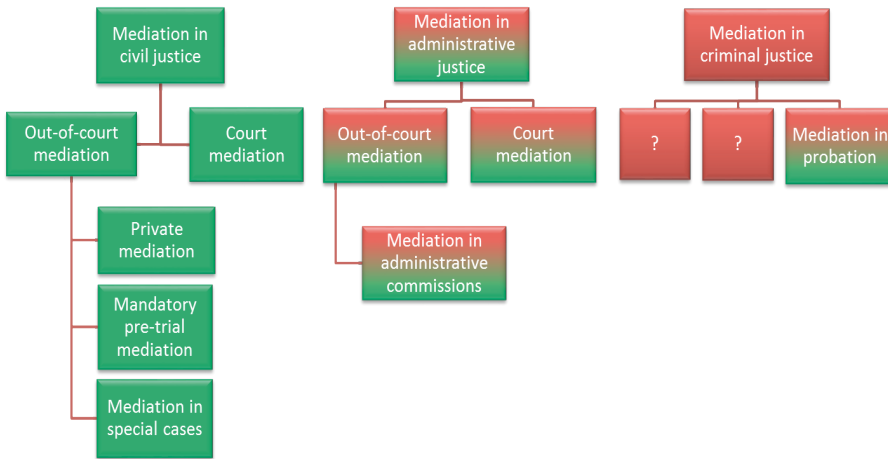
- private mediation, which takes place in the most confidential way, when the parties agree to mediate with the help of private mediator (no statistics is available on the scope, frequency and success of such mediation proceedings, usually private mediation in Lithuania takes place in family and business matters);

- mandatory pre-trial mediation, which will start to operate from January 1, 2020 and only in family dispute (from January 1, 2019 preparatory period will be launched for the parties, mediators and the State Guaranteed Legal Aid Service of Lithuania, which is responsible for organizational execution of the mandatory mediation scheme);

- mediation in special cases under other already existing small mediation schemes (for instance, the Ministry of Culture of the Republic of Lithuania offers mediation to collective administrative organizations administering authors' rights, their members, rights' holders or users through Lithuanian Copyright and Related Rights Commission)

9 Law on the Amendment of the Law on Civil Mediation of the Republic of Lithuania. The Register of Legal Acts, 2017-07-12, No. 12053.

10 Law on Amending and Supplementing the Code of Civil Procedure of the Republic of Lithuania. The Register of Legal Acts, 2017-07-12, No. 12054.



*Scheme 1. Current state of mediation development in Lithuania*

Court mediation in civil cases, as it was already mentioned before, is applied in Lithuania since 2006. After the recent legislation changes, court mediation is a natural part of civil procedure. Court mediators were listed since the very beginning of this institute. In the end of year 2018 there are more than 450 mediators and this number is increasing. 81 per cent of all listed court-mediators are non-judges – advocates, lawyers, psychologists, social workers etc. It is interesting that though only 19 per cent of court mediators are judges, most of court mediations are mediated by court mediators-judges. Namely, 87 per cent of civil cases are mediated by judges-mediators and only 13 per cent by non-judges. Court mediators have special requirements to gain their status: non-judges are required to complete 32 hours of mediation training, to have high university education and unblemished reputation. Judges have an exception – they have to complete only mediation trainings under judges training programme, which in practice equals to 1 hour of mediation training.

It should be noticed that currently there are only a bit more court mediations than court mediators. For instance, in the end of year 2017 there were 366 court mediators listed and only 540 mediations completed.

The central pillar showing the status of mediation in administrative justice in Lithuania is colored with red and green thus indicating that this branch of mediation in Lithuania is being designed at the moment. It is planned to develop mediation in administrative justice in two directions, alike mediation in civil justice - out-of-court and court mediation. The biggest part of the out-of-court mediation activities is planned to be vested to existing administrative commissions, dealing with resolution

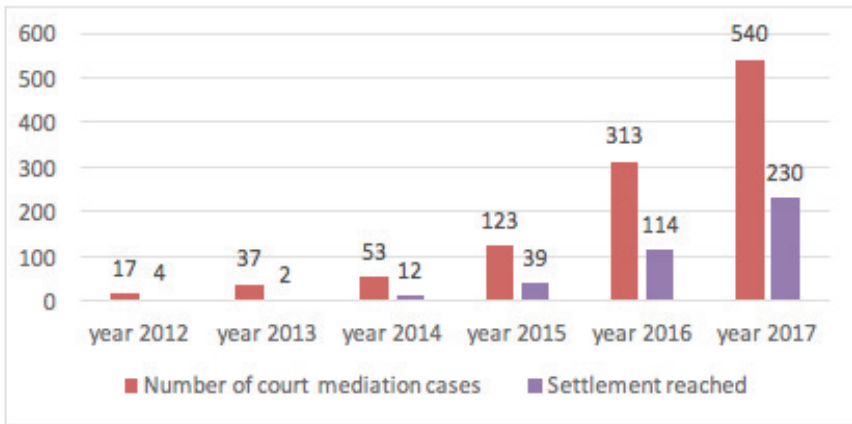
of administrative disputes before the court. Court mediation in administrative justice would fall into the competence of judges of the specialized – administrative courts of Lithuania.

And the right pillar of the discussed Scheme 1 depicts the current situation in Lithuania with mediation in criminal justice. This branch of mediation in Lithuania is the most problematic one because of the need for detailed regulation by laws of this kind of mediation. The start for the development of mediation in criminal matters has already been done by establishing in the laws of the possibility for victim-offender mediation in Probation Services of Lithuania. But this scheme usually operates after the offender is already found guilty, thus is complicated by this fact. Some criminal cases are being forwarded to Probation Services of Lithuania for mediation from police officials, prosecutors and even judges, but these cases are very rare and are more an exception than the rule. Thus, this pillar requires the biggest future work and development.

Generally, it must be said that recent legislation changes in Lithuania, described above, brought important changes to all branches of mediation in our country. If until January 1, 2019 the laws did not foresee any requirements for mediators to gain this status, except court-mediators, from this date on only mediators listed in the Lithuanian national list of mediators are allowed to mediate. In order to be listed in this list the person has to fulfill the following requirements: to have unblemished reputation, to have high university education, to complete 40 hours of mediation trainings and to pass mediators' exam. Despite best wishes of the working group, which prepared the new draft law on Mediation, to stipulate equal requirements for mediators of all professions, some legal professions in Lithuania due to their constant functions of conciliating the parties (judges, advocates, notaries and bailiffs), are excused from passing mediators' exam. For instance, advocates, notaries and bailiffs are excused from passing mediator's exam if they have five year working experience in their profession. Position of judges is even more privileged – if a judge has more than three years of practice, he needs only 16 hours mediation training and does not have to pass an exam. The author of this paper does not agree with adequacy of mentioned exceptions applied towards qualification requirements for mediators. Bearing in mind the problems of litigation-oriented lawyers, rather tense combination of executing two very different functions of a judge and of mediator in one person by the judges, prioritizing of the execution of the judgements but not the conciliation of the parties by the bailiffs, it seems that representatives of these legal professions need even more specialized trainings than general 40 hours training requirement.

Another very important step in developing civil mediation was induced by the recent legislation changes in Lithuania. If at the moment court mediation is only of recommendatory nature, from January 1, 2019 court mediation will generally stay recommendatory, but under the Code of Civil Procedure (Art. 231(1)) judge will be vested the right to order the parties to try mediation if she sees perspectives for the settlement.

The progress of court mediation in civil cases during last 6 years in Lithuania is significant and can be seen from the Chart 1. However, the amount of court mediations comparing to the overall workload of civil cases in the court of the first instance is miserable. To compare, in year 2017 courts of first instance of Lithuania have heard 194 497 cases and only 540 mediations were conducted in year 2017.



*Chart 1. Number of court mediations in Lithuania from year 2012 till 2017 and their effectiveness*

If to speak about the effectiveness of court mediation in Lithuania, the results of court mediations show that a bit less than half (44 per cent) of court mediations are finished by the settlement. To compare, around 70-80 percent of court mediation cases is ending by settlement in foreign countries with developed mediation schemes.

The majority of court-mediation cases are family disputes (~50%), other mediation-popular categories of civil disputes in Lithuania are contractual and property disputes. The overall structure of categories of civil cases usually directed to court mediation in Lithuania, based on the data gathered in year 2017, is shown in Chart 2.

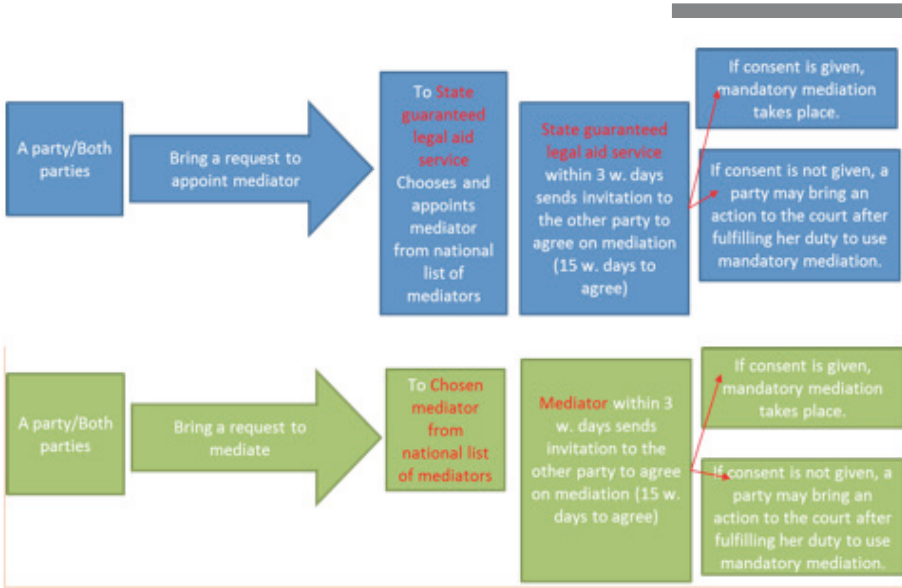
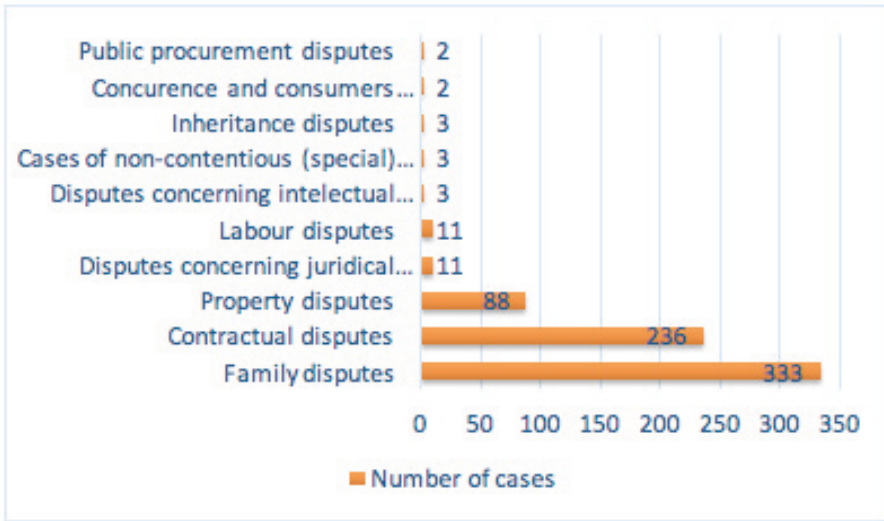


Chart 2. Categories of court mediated civil disputes in Lithuania, year 2017

The biggest impact on the whole mediation system in Lithuania is expected from implementation of the mandatory pre-trial family mediation scheme from January 1, 2020. The idea of this novelty is to direct the parties of the family disputes to try mediation before bringing action to the court. Certainly, only those family disputes, which may be heard in an ordinary court procedure, will be diverted to the mandatory pre-trial mediation. Based on the XIX chapter of the Republic of Lithuania Code of Civil Procedure, these categories are: divorce cases, separation cases, children custody, alimony and meeting order disputes, determination and challenging of paternity (maternity), parental authority restriction cases.

How will that mandatory pre-trial family mediation scheme operate? One of the central roles in executing mandatory pre-trial family mediation scheme in Lithuania is vested to the State guaranteed legal aid service. This state institution was chosen because of its current functions and experience in administering legal aid in the country, geographical approachability for the citizens in different parts of Lithuania. The State guaranteed legal aid service acts as mediation administrator when parties to the dispute wish to participate in mediation compensated by the state. In case the parties to the dispute are ready to pay for mediation services by themselves, they bring request to start mediation to the private mediator, listed in national list of mediators. The Scheme 2 depicts two different scenarios of starting mandatory pre-trial family mediation scheme in Lithuania.



*Scheme 2. Two ways of initiating mandatory pre-trial family mediation scheme in Lithuania*

In State guaranteed legal aid service administered mandatory mediation scheme a party or both parties bring a request to mediate to the State guaranteed legal aid service of Lithuania. Upon request received this institution chooses and appoints mediator from national list of mediators complying with the principle of neutrality and equal division of mediation cases between all mediators. After that State guaranteed legal aid service within 3 working days sends invitation to the other party (if request to mediate was brought by one of the parties) and gives her 15 working day period to agree to mediate. If consent is given, mandatory mediation takes place. If not – a party may bring an action to the court as long as her duty to use mandatory mediation is fulfilled. If mandatory mediation scheme is administered by private mediator, all procedures are alike except several financial differences.

If dispute is mediated by mediator chosen and appointed by State guaranteed legal aid service, mediation services are paid from state budget by State guaranteed legal aid service according to prices set up by the Government. Only services of one mediator and only for not longer than 4-hours mediation session are reimbursed. Mediator additionally receives payment for one-hour preparation and one hour to finalize mediation, including for preparation of settlement agreement.

If dispute is mediated by mediator chosen by the parties from national mediators' list, mediation services are paid by the parties together. Price for mediation services is agreed mutually by the parties and mediator.

---

## CONCLUSION

Lithuania is on the edge of very important changes in mediation system. The work done is very big and important one but not finished yet. There are still obstacles and challenges to overcome. Low level of mediation awareness between the parties of the disputes, pro-litigious approach to dispute resolution, relatively cheap and fast litigation, no easy-to-understand information for the parties about mediation, budgetary restraints – are only several obstacles that hinder the desired development of mediation. Lithuania definitely has a lot to do to make mediation scheme working. But we are sure that it is worth trying...

## BIBLIOGRAPHY

The Republic of Lithuania Civil Code. Official Gazette, 2000-09-06, No. 74-2262;

The Republic of Lithuania Code of Civil Procedure. Official Gazette, 2002-04-06, No. 36-1340.

The Decree No. 13P-15 of Judicial Council of January 26, 2007 on the continuation of court mediation pilot project.

The Republic of Lithuania Law on Mediation in Civil Disputes. Official Gazette, 2008-07-31, No. 87-3462;

Law on Amending and Supplementing the Code of Civil Procedure of the Republic of Lithuania. Official Gazette, 2011-07-13, Nr. 85-4126.

Kaminskiene, Natalija. (2009) Alternative Civil Dispute Resolution, Mykolas Romeris University, Vilnius.

Saudargaite, Ieva. (2015) Judicial Mediation In Civil Disputes In Lithuania, Mykolas Romeris University, Vilnius.

The Order No. 1R-268 of the Minister of Justice of the Republic of Lithuania of September 17, 2015 on the approval of the Concept of Development of Mediation in Lithuania. The Register of Legal Acts. 2015-09-17, No. 13939.

Law on the Amendment of the Law on Civil Mediation of the Republic of Lithuania. The Register of Legal Acts, 2017-07-12, No. 12053.

Law on Amending and Supplementing the Code of Civil Procedure of the Republic of Lithuania. The Register of Legal Acts, 2017-07-12, No. 12054.



Av. Pervin YILDIZ

## TÜRK HUKUKUNDA AİLE ARABULUCULUĞUNA İLİŞKİN GELİŞMELER/DEVELOPMENTS IN TURKISH LAW REGARDING FAMILY MEDIATION

### ÖZET

Aile arabuluculuğunun ilk uygulamaları Amerika Birleşik Devletleri'nde gerçekleşmişse de zaman içerisinde benimsenerek bir çok ülkede uygulanmaya başlamıştır. 1990'lı yıllarda Avrupa Konseyi'nin Aile Hukuku Uzmanlar Komitesi yaptıkları bir çalışmada "Avrupa, Kuzey Amerika, Avustralya ve Yeni Zelanda'da yapılan araştırmalar, aile arabuluculuğunun, aile sorunlarını saran hassas ve hissî konuların çözümü için, şekli yasal yöntemlerden daha uygun olduğunu ortaya koymuştur. Arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmalar, boşanan aileler arasındaki karşılıklı ilişkilerin sürdürülmesinde çok etkilidir. Bu anlaşmalar, taraflar arasındaki uyuşmazlıkları azaltır ve çocuklarla aileler arasındaki iletişimin devamını teşvik eder" tespitini yapmıştır. Komitenin tavsiyeleri Avrupa Konseyi tarafından 21 Ocak 1998 tarih ve 98/1 Sayılı Tavsiye Kararları'nda resmi olarak kabul edilmiş ve bir çok ülke bu tavsiye kararını benimseyerek yaşama geçirmiştir. Türkiye'de de aile uyuşmazlıkları alanında ülkemizin kendi dinamikleri de dikkate alınarak dostane çözüm yollarının denenmesinin teşvik edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle dünya uygulamaları da dikkate alınarak ülkemizde hangi konularda ve hangi yöntemle aile arabuluculuğunun yapılmasının faydalı olacağı konusunda çalışmalar yürütülmektedir. Ülkemizde arabuluculuğun gelişmesi için Arabuluculuk Kanunu Avrupa Konseyi İsviç Uluslararası Kalkınma İşbirliği Ajansı (SIDA) ve Türk Hü-

kümeti tarafından finanse edilen Türkiye’de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi başlıklı bir işbirliği programı/projesi uygulamıştır. Bu projenin bir adımı olarak Aile Arabuluculuğu çalışmaları düzenlenmiştir. Ayrıca arabuluculardan oluşan eğitici grubuna eğitim verilmiştir. Son olarak aile arabulucusu olmayı hedefleyen arabuluculara yol göstermesi amacıyla bir rehber kitap hazırlığı çalışmalarına başlanmıştır. Aile uyuşmazlıklarının hassas alanlar olması nedeniyle ülkemiz koşullarına en uygun yöntem ve kuralların belirlenebilmesi için çoklu paydaşlarla çalışmalara devam edilmesi gerekmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Arabuluculuk, Aile, Şiddet, Çocuk, Uyuşmazlık

### ABSTRACT

Although the first practices of family mediation took place in the United States of America, after it was adopted and started to be implemented in many countries. In a study conducted by the Council of Europe’s Family Law Experts Committee in the 1990s, said “Research in Europe, North America, Australia, and New Zealand has shown that family mediation is more appropriate than formal legal methods to solve sensitive and emotional issues surrounding family problems. Agreements which made at the end of mediation are very effective in maintaining the mutual relations between divorced families. These agreements reduce conflicts between the parties and encourage the continuation of communication between children and families.” The Committee’s recommendations were formally adopted by the Council of Europe in its Recommendations (98) 1 of 21 January 1998 and after many countries have adopted this recommendation. Also in Turkey in the field of family disputes should be encouraged to practice the friendly settlement also considering its own dynamics. Therefore, taking all considerations on the world practices, studies are being carried out on which method and in which topic will be beneficial for the family mediation in our country. In our country was made Mediation Law and funded by the Council of Europe, Swedish International Development Cooperation Agency (SIDA) and the Turkish government, has implemented program/project titled The Development of Mediation Practice in Legal Disputes in Turkey for the development of mediation. Family Mediation workshops were organized as a step of this project. In addition, the trainers group, which was formed from mediators, was started to prepare a guidebook to guide the mediators who aim to be a family mediator. Due to the fact that family disputes are sensitive areas, it is necessary to continue working with multiple stakeholders in order to determine the most appropriate methods and rules for our country.

## GİRİŞ

Modern anlamda arabuluculuk 1970'li yıllarda Amerika Birleşik Devletleri'nde, 1980'li yıllarda İngiltere ve Avustralya'da ve 1990'lı yıllarda ise Avrupa ülkelerinde yayılmaya başlamıştır. Arabuluculuğun Amerika Birleşik Devletleri'ne paralel şekilde geliştiği ülkeler arasında Avustralya, Kanada, Yeni Zelanda yer almaktadır. Doğu Avrupa Ülkelerine bakıldığında 1990'lı yılların başlarından itibaren, sosyal yaşama girmiş ve Polonya Çek Cumhuriyeti, Slovakya, Macaristan, Bulgaristan, Rusya ve Ukrayna'da Amerika Birleşik Devletleri'nin finansal ve eğitimsel desteği ile Uyuşmazlık Çözüm Merkezleri kurulmuştur. Hindistan'dan, Pakistan'a, Hong Kong ve Singapur'a ve Kore'ye, Latin Amerika'dan Kenya'ya, Somali'ye, Orta Doğu'da İsrail'e bir çok ülkede arabuluculuk çözüm yolu olarak uygulanmaktadır.

Arabuluculuğa ilişkin çeşitli uluslararası düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlar;

- 1998 tarihli Viyana Eylem Planı,
- 1999 yılında Tampere Avrupa Zirvesi çerçevesinde Avrupa Konseyi Çağrısı,
- Avrupa Komisyonu tarafından 19 Nisan 2002'de, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerine ilişkin olarak hazırlanan Yeşil Kitap,
- 1998 yılında Aile Arabuluculuğu hakkında tavsiye kararı,
- 1999 yılında Ceza Arabuluculuğu Tavsiye Kararı,
- 2001 yılında İdare Hukukunda ADR ile İlgili Tavsiye Kararı,
- 2002 yılında Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Tavsiye Kararı,
- 2003 yılında Avusturya'da hazırlanan Arabuluculuğa ilişkin Federal Kanunu "Zivilrechts-Mediations-Gesetz, ZivMediatG"(Zivil Mediat Gesetz),
- 2004 yılında Hukuk ve ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Direktif Önerisi,
- 2008 yılında Hukuk ve ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Direktif olarak sıralanabilir.

Ülkemizde, 7 Haziran 2012'de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kabul edilmiş ve 22 Haziran 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Daha sonra 26 Ocak 2013'te yönetmelik çıkarılmış ve bu yönetmelik 02 Haziran 2018 tarihinde yayınlanan yönetmelikle değiştirilmiştir.

Bilindiği üzere 6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu'nun 2/b bendinde arabuluculuk; 'Sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemidir' şeklinde tarif edilmiştir.

Ülkemizde arabuluculuğun gelişmesi için Arabuluculuk Kanunu Avrupa Konseyi İsveç Uluslararası Kalkınma İşbirliği Ajansı (SIDA) ve Türk Hükümeti tarafından finanse edilen "Türkiye'de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi" başlıklı bir işbirliği programı/projesi uygulanmıştır. Projenin genel hedefi arabuluculuk uygulamalarının etkili şekilde uygulanmasıyla, hukuk uyuşmazlıklarının çözümü için gerekli olan maliyet ve sürenin azaltılmasını sağlayarak adaletin etkinliğinin geliştirilmesidir.

Bu projenin bir adımı olarak Aile Arabuluculuğu Çalıştayları düzenlenmiştir. Aile Arabuluculuğunun ilk çalıştayı 11 -13 Mayıs 2016 tarihinde Ankara'da düzenlenmiştir. Genel olarak çalıştayda çeşitli paydaşların katılımıyla mevzuat değişikliği sürecinde aile arabuluculuğuna ilişkin sınırlamalar, Avrupa uygulamalarının nasıl olduğu, AK CEPEJ rehber ilkeleri, İstanbul Sözleşmesi, aile içi şiddet unsurlarına ilişkin sınırlamalar, aile arabuluculuğu uygulamalarının etkisi ve Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi (25 Ekim 1980) çerçevesinde arabuluculuğun uygulanması konuları tartışılmıştır.

İkinci Aile Arabuluculuğu Çalıştayı daha geniş kapsamlı ve farklı paydaşların katılımı ile 21-22 Kasım 2016 tarihinde İstanbul'da düzenlenmiştir. Çalıştayda Avrupa standartlarına göre aile arabuluculuğunun başlıca özellikleri, mevzuat, aile arabuluculuğu hizmetleri, arabulucuların eğitimi ve nitelikleri, etik kurallar, usuller, maliyet, farkındalık konuları ile Türkiye'nin de taraf olduğu ilgili uluslararası sözleşmeler ve CEPEJ rehber ilkeleri ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ile Parlamenteler Meclisinin arabuluculukla ilgili tavsiye kararları ele alınmıştır. Çalıştayda yapılan tartışmalarda, Türkiye'de tartışmalı olan konular ve mevzuatla birlikte çeşitli toplumsal ve kültürel faktörler gündeme getirilmiştir. Örneğin yetkin arabulucular tarafından yönetilmeyen arabuluculuk süreçlerinde kadına yönelik ortaya çıkabilecek risklerle ilgili olarak aile içi şiddet konusu tartışılan konulardan birisi olmuştur.

Üçüncü Aile Arabuluculuğu Çalıştayı ise 15-16 Mayıs 2017 tarihinde Ankara'da düzenlenmiş olup, çalıştayda Türkiye'de aile arabuluculuğunun yasal çerçevesi incelenmiştir. İlgili çalışma; CEPEJ (2007)14 sayılı mevcut tavsiye kararların daha iyi uygulanmasına ilişkin Avrupa Konseyi, CEPEJ (Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu) Rehber İlkeleri – Rec (98)1 sayılı Aile Arabuluculuğu Tavsiye Kararı ile 2008 AB Arabuluculuk Yönergesi çerçevesinde gerçekleştirilmiştir.

Söz konusu çalıştayların programı ve organizasyonunu proje kapsamında Avrupa Konseyi tarafından yapılmış olup uluslararası danışmanlar, proje kapsamındaki aile mahkemeleri hâkimleri, arabulucular, akademisyenler ile Yargıtay, Adalet Bakanlığı, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'ndan ve Sivil Toplum Kuruluşlarından temsilciler ile milletvekilleri katılmıştır. Bu çalıştaylar, az sayıda katılımcıyla "Kapalı Çalıştay" şeklinde organize edilmiştir.

Her çalıştayın sonunda tartışılan konulara ilişkin sonuç raporları düzenlenmiştir.

## **I. 11-13 MAYIS 2016 TARİHİNDE DÜZENLENEN BİRİNCİ AİLE ARABULUCULUĞU ÇALIŞTAYI**

11-13 Mayıs 2016 tarihinde düzenlenen birinci Aile Arabuluculuğu Çalıştayı'nın sonunda düzenlenen raporda aşağıdaki hususlar değerlendirilmiştir;

1- Toplantıya katılanlar tarafından Aile Hukuku'nda arabuluculuk yapılabilecek konuların;

a) Nişanlanma sonrası istihkak ve alacakla ilgili uyuşmazlıklar,

b) Boşanma sonrası istihkak ve alacaklarla (mal rejimi, nafaka ve tazminat) ilgili uyuşmazlıkların arabuluculukla çözümlenmesine elverişli olduğu konusunda görüş birliğine varılmıştır.

Aile Hukuku'ndan doğan ve aile arabuluculuğu ile çözümüne elverişli olmayan konuların ise boşanma ve aile içi şiddet konusundaki uyuşmazlıklar olduğunun kabul edildiği, toplantı da tartışılan ve görüş birliğine varılmayan hususun ise aile içi şiddet ve boşanmanın arabuluculuğa açılıp açılmayacağı hususlarının olduğu tespit edilmiştir.

2- 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu md. 1/II'ye göre;" Bu Kanun, yabancılik unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan hukuk uyuşmazlıklarının

çözümlemesine uygulanır. Şu kadar ki aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğu elverişli değildir” ifadesi yer almaktadır. Bu düzenleme çalıştayda tartışılmış ve şiddetin birçok türü (ekonomik, psikolojik vs.) olduğu, her şiddetin tarafların iradesini serbestçe ortaya koymasına engel olacak düzeyde olmadığı görüşü ortaya atılmıştır. Ancak bu tür ihtilaflarda uzman aile arabulucularından yararlanılması ve aile arabuluculuğunun özel uzmanlık alanı olup olmayacağı hususları değerlendirilmiştir.

3- İstanbul Sözleşmesi’nin 48. maddesinde aile içi şiddetle ilgili konuların arabuluculukla çözümlenemeyeceğini düzenlemişse de bu hükmün zorunlu arabuluculukla ilgili olduğu, dolayısıyla bu konularda zorunlu aile arabuluculuğuna gidilmesi konusunda fikir birliğine varılmıştır.

4-Aile uyuşmazlıklarının psikolojik yanı ağır bastığı ve hassas bir konu olduğu için, aile arabuluculuğu yapacak hukukçuların uzmanlık eğitimlerinde daha çok psikoloji ve süpervizyon dersi alması, bu eğitimlerinde bakanlığın akredite ettiği ve edeceği üniversiteler bünyesinde verilmesi öngörülmüştür. Bu eğitimler sonunda eğitimi verecek kurumca sınav yapılarak sertifika verilmesi değerlendirilmiştir.

5- Boşanma davası açılmadan öncede pilot uygulamalarda olduğu gibi tevzi bürolarında çalışanlar tarafından arabuluculuk hakkında bilgilendirme zorunluluğu getirilmesi önerilmiştir.

6- Arabuluculuk Kanunu’nun sicille ilgili bölümüne yeni bir bölüm eklenerek aile arabulucusu sıfatını kazanmak için nasıl bir eğitimden geçileceği ve sicile kayıt şartlarının düzenlenmesi gerektiği önerilmiştir.

7- Eğer hakim, şiddetin tarafın iradesine engel olmadığını düşünüyorsa, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usullerine dair Kanun’un 7. maddesinde yer alan “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 gerektiğinden uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder” şeklindeki ilk cümlenin “uzmanlardan ve aile arabuluculuklarından yararlanarak teşvik eder” şeklinde değiştirilmesi gerektiği çoğunluk tarafından savunulmuştur.

8- Çocuk kaçırılmalarında arabuluculuk yönteminden bir ara hizmet olarak yararlanılabileceği, nitekim Lahey Sözleşmesi’nin buna cevaz verdiği, bu tür uyuşmazlıklarda savcıların, aile arabulucularından rapor alabilecekleri dile getirilmiştir.

9- Farklı görüşler olarak ise gerek Anayasamız gerekse uluslararası sözleşmelerin emredici hükümleri doğrultusunda, çocukların ve kadınların menfaatleri ve re-

fahlarının öncelikle gözetilmek zorunda olduğu, şiddet gören mağdur taraf (özellikle de ülkemizde kadınlar), arabuluculuk gibi tarafların eşit konumda iradelerini beyan edecekleri bir alanda kendilerini ifade edemeyeceklerinden haklarının korunamayabileceğini, dolayısıyla bu tür uyuşmazlıklarda aile arabuluculuğuna gidilmesinin doğru olmadığı ifade edilmiştir.

10- Çalıştayda ayrıca özel bir alan olan “Aile Arabuluculuğuna” ilişkin düzenlemeler yapılarak bu alana ilişkin özel sicil ve sertifikalı eğitim programlarının mevzuata alınması gerektiği, boşanma ve aile içi şiddet konularında ara hizmet olarak aile arabulucularından yararlanılması için 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun’da gerekli değişiklik yapılması gerektiği, icrada çocuk tesliminde de aile arabulucularının hizmet verebileceğini, bunun için İcra ve İflas Kanunu’nun değiştirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Yine uluslararası çocuk kaçırılmalarında savcıların aile arabulucularından yardım almasının Lahey Sözleşmesi’ne uygun olduğu, bu konuda Bakanlık’ın bir çalışma yapabileceği ifade edilmiştir.

11- Toplantıya katılan Avrupa Konseyi CEPEJ Uzmanı Maria Olivera tarafından yurtdışındaki uygulamalara ilişkin olarak şu tespitlerde bulunmuştur:

a) Mevzuatta ülkeler arasında farklılıklar olsa da arabuluculuk ilkeleri evrensel olmalıdır.

b) Avrupa ülkelerinin çoğunda arabuluculuk hâkim teşviki ile gerçekleşmektedir.

c) Hâkimler, en iyi kararı ebeveynlerin vereceğini düşündüğünden velayete ilişkin kararı taraflara bırakır.

d) Arabulucular ve dernekler ortak bir meslek kuralları olması gerektiğinin eksikliğini hissetmişlerdir. Avrupa meslek kuralına tabidirler.

e) Fransa’da arabulucular bağlı oldukları kurumların kurallarına tabidirler.

f) Eğitim ile ilgili uygulamalar Avrupa ülkelerinde birbirinden farklıdır.

g) Almanya’da adli yardım yoktur.

h) İngiltere ve Galler’de ilk oturum ücretsizdir.

i) Portekiz’de çocuk savcıları vardır, çocukların haklarını savunurlar.

j) Aile içi şiddet suçtur ve adil, güvenli, anlaşılabilir bir ortamı ortadan kaldırır.

k) Aile davalarında bilgilendirici oturumlar çok önemlidir.

l) Mekik arabuluculuğu da kullanılabilir.

12- Ulusal katılımcılar tarafından ise şu tespitlerde bulunulmuştur:

a) Kanun, şu haliyle arabuluculuğa elverişli değildir.

b) İstanbul Sözleşmesi'ne göre taraflardan birinin iradesinin engelleneceği şekilde şiddete maruz kalması durumunda aile içi şiddet iddiasından bahsedilebilir, şiddet kapsamı genişletilmemelidir.

c) Çocukların ilişkilerinin ve toplum huzurunun korunması amacıyla aile arabuluculuğunun kapsamının genişletilmesi ve 6325 sayılı yasanın aile arabuluculuğuna uygun hale getirilmesine yönelik değişiklikler yapılması gereklidir.

d) Aile arabuluculuğu kanunda ayrı bir başlık altında değerlendirilmelidir.

e) Aile arabulucuları, kolaylaştırıcı arabuluculuk dışına da çıkabilmeli, basit çözüm ve önerilerde bulunabilmeli, ancak hukuki tavsiye verememelidir.

f) Aile arabulucuları psikolog, pedagog gibi sosyal çalışma görevlilerinden yardım almalıdır.

g) Arabulucu ücret pazarlığı içerisine girmemeli, nafaka tazminat gibi konularda ücretin artıp azalması gibi pazarlıklar içinde bulunmamalı, arabulucunun ücreti mahkeme harçları gibi peşin ödenmeli, gerekirse kamu gelirlerinden karşılanabilmelidir.

h) Arabulucu, tarafların her yönden eşit olmasını ve irade serbestliğini sağlamalıdır. Şiddet içeren olaylarda mekik arabuluculuğu yöntemi de kullanılabilir.

i) Çocukların durumdan olumsuz etkilenmemeleri için gerekli tedbirler alınmalıdır.

j) Aile arabulucusu, çocuk, mahkemede dinlenemeyecek yaşta ise uzmanlardan rapor almalı ve bunu anlaşma metnine eklemelidir.

k) Duruşmalı yapılacak icra edilebilirlik şerhi işlerinde çocuklar da bulunmalı, fikri alınabilecek yaşta ise dinlenmeli, mahkemede dinlenemeyecek yaşta ise aile arabulucusu uzmanlardan rapor almalı ve bunu anlaşma metnine eklemelidir.

l) Mahkemelerin yoğunluğu nedeniyle, icra edilebilirlik şerhi verme işi için özel bir aile mahkemesi görevlendirilmeli, verilen kararlar kesin olmalı ya da kararlara karşı en fazla istinaf yolu açık olmalıdır.

m) Aile mahkemeleri yargılamaları, uygulamaları başarılıdır. Bu başarılar arabuluculuğa gidilmesini engellemektedir.

- n) Velayet, nafaka konuları da arabuluculuğa uygun hale getirilmelidir.
- o) Aile arabuluculuğu sürecinde sosyal çalışma görevlilerinden yardım alınmalıdır.
- p) Aile arabuluculuğunda adli yardım imkanı açılmalıdır.
- q) Şiddetin rehabilite edilmesi, hakimin gerekirse tarafı bir merkeze yönlendirerek bunu sağlaması gerekir.
- r) Mahkemelerde kadının güvenliği her zaman sağlanamayabiliyor, güvenlik alt yapısı sağlanarak arabuluculuk konusu olan aile içi şiddet içeren konular arabuluculuğa açılabilir, farklı mesleklerin işbirliği içinde olması da önemlidir, şeklinde görüşler dile getirilmiştir.

## II. 21-22 KASIM 2016 TARİHLERİNDE DÜZENLENEN İKİNCİ AİLE ARABULUCULUĞU ÇALIŞTAYI

İşveç İşbirliği Kalkınma Ajansı (Sida) ve Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı tarafından ortak olarak fonlanan ve Avrupa Konseyi tarafından uygulanmakta olan "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi Projesi" kapsamında düzenlenen İkinci Aile Arabuluculuğu Çalıştayı; Türkiye'de ve Avrupa'da aile arabuluculuğuna genel yaklaşımı gözden geçirerek; aile arabuluculuğunun Türkiye'de etkin bir şekilde uygulanmasına yönelik olarak aile arabuluculuğunun kapsamı ve gerekliliklerini belirleyerek genel bir çerçeveye geliştirmeyi amaçlamıştır.

Bu bağlamda Çalıştay'da ulusal katılımcılar, uluslararası uzmanların da desteği ile aşağıdaki konularda çalışmışlardır:

1-Avrupa'daki aile uyuşmazlıkların çözümünde ebeveynlere, çocuklara ve geniş aile yapılarına destek sağlayan mevcut aile arabuluculuğu politikalarını ve uluslararası sözleşmelerin iç hukukta nasıl kullanıldığı,

2- Hukuk ve ticarî uyuşmazlıklardaki arabuluculuk ile aile arabuluculuğu arasındaki farkları vurgulayarak, arabuluculuk mevzuatında ve diğer mevzuatta değişiklik yapmayı planlayan politika yapıcılarını etkin, ulaşılabilir, etkili ve bütünlük bir aile arabuluculuğu çerçevesinin nasıl hazırlanacağı,

3- Aile arabuluculuğunun ve aile arabulucularının eğitimlerinin kapsamı,

4- Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi ve İstanbul Sözleşmeleri ele alınmış, İstanbul Sözleşmesi'nin 48. maddesi kapsamında "şiddet içeren uyuşmazlıkların" arabuluculukla çözülüp çözülemeyeceği ve şiddetin tanımı, uluslararası mevzuatta aile arabuluculuğu ile ilgili yer alan hükümlerin iç hukukla çelişip çelişmediği, 19 Ekim 1996 Tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme-Lahey Sözleşmesi hükümleri kapsamında iç hukukta yapılması gereken düzenlemelerin ne olması gerektiği konuları değerlendirilmiştir.

İlk gün yapılan çalıştayda öne çıkan hususlar şunlar olmuştur:

1-AB'de arabuluculuk ile ilgili her ülkede farklı bir sistem bulunmaktadır. 2008 yılında pek çok ülkede aile arabuluculuğu kanunu yoktu ancak AB'nin geliştirdiği direktif üzerine ülkeler bu direktifi kendi iç hukukları için de kabul etmişlerdir. Özellikle sınırötesi aile içi uyuşmazlıklara dair bu direktif önem taşımaktadır.

2- Hukuki- ticarî arabuluculuk ve aile arabuluculuğu arasında bazı farklar bulunmaktadır. Ortak hedefleri vardır (ortak felsefe ve değerler ile hedefler, arabuluculuk sürecinin genel tanımları, arabulucunun rolü açısından) ancak yine arabulucuların tutum ve tavırları açısından farklılıklar arz etmektedir. Aile arabuluculuğu özeldir, dolayısıyla özel bir eğitim gerektirir. Aile arabulucuları mahkeme adına çalışmayan bağımsız profesyoneller olmalıdırlar. İşlevleri, sınırları ve görevleri net bir şekilde tanımlanmalı, ayrı bir kanuna tabi olmalıdırlar.

3- Aile arabulucuları, çocukları yasal hakları olan fertler olarak kabul ederler; onları anne ve babalarının malları olarak görmezler. Ebeveyleerin çocuklar üzerinde hakkı yoktur ama ebeveyleerin çocuklarına karşı yerine getirmekle yükümlü oldukları sorumlulukları vardır.

4- Her aşamada çocuğun refahı ve ihtiyaçları ön plandadır, çocuğun dilekleri dikkate alınır.

5- Aile arabulucuları çocuğun zarar gördüğünden şüphelenirlerse bunu çocuk esirgeme kurumuna bildirmekle yükümlüdürler BU, GİZLİLİĞİN BİR İSTİSNASIDIR! İngiltere ve Galler'de aile arabuluculuğunda gizlilik istisnaları hukuk uyuşmazlıklarından arabuluculuktan farklıdır.

6- İngiltere ve Galler'de Ulusal Aile Arabuluculuk Konseyi, meslek kuralları, meslek içi gelişim ve aile arabuluculuğu eğitimlerine dair birtakım düzenlemeler yapmaktadır.

Çalıştay'da ayrıca İstanbul Sözleşmesi'ne Türkiye'nin yaklaşımı, zorunlu arabuluculuk ve aile içi şiddetin kapsam konularında şu değerlendirmeler yapılmıştır:

1- İstanbul Sözleşmesi 2014 yılında yürürlüğe girmiş olup, Türkiye de ilk imzalayan devletlerden biridir. İstanbul Sözleşmesi'nin 48. maddesi aile arabuluculuğu ile ilgilidir. Şiddet varsa kesinlikle arabuluculuk sistemi işletilemez.

2- İstanbul Sözleşmesi arabuluculuktansa savunuculuk üzerinde durmuştur. Türkiye de taraf olduğu bu metni dikkate almalıdır. Arabuluculuk, tarafların eşit olduğu durumlarda yapılır. Kontrol altında tutma, aşağılama gibi durumların olduğu yerde taraflar eşit değildir. Arabuluculuk baskı mekanizması olarak işleyebilir; buna dikkat edilmesi gerekmektedir.

3- Kadınlar arasındaki farklılıklara mutlaka dikkat edilmelidir. Engelli kadınlar, sağlık sorunları olan kadınlar, rehabilitasyona ihtiyacı olan kadınlar gibi özel ihtiyaçları olan kadınlara bu ihtiyaçlarının giderilmesi sağlanmalıdır; ancak Türkiye'de sığınma evleri yetersizdir. Arabuluculuktan yararlananların takibi gerekir.

4- Tarafsızlık ve gizlilik hususları aile arabuluculuğunda bir değer olarak tartışılmalıdır.

Çalıştay'da ayrıca , acil yardım hattına devlet desteği sağlanması, milli eğitim müfredatına "cinsiyet eşitliği"nin ders olarak eklenmesi gerektiği, sığınma evleri koşullarının yeterli hale getirilmesi ve bu konuya belediyeler tarafından yatırım yapılması gerektiği, İstanbul Sözleşmesi'nin zorunlu arabuluculuğa dair bir düzenleme olduğu ve ihtiyari arabuluculuğu kapsamadığı tespitleri yapılmıştır. Çocuk kaçırılmalarına dair sözleşmelerin uygulama kitapçığına aile meseleleri çerçevesinden bakıldığında yüz yüze arabuluculuğun çok istisnai durum olduğu, yüzyüze görüşme yapılacaksa özel koruma, özel oda, koruma butonu, eş arabuluculuk gibi unsurların değerlendirilmesi gerektiği, genelde ise mekik arabuluculuğu ya da telekonferans yöntemi ile ilerlemenin mümkün olabileceği hususları tartışılmıştır.

Bu çalıştayda uzman sayın Lisa Parkinson aile arabuluculuğunun kapsamı ve işlevlerine dair yaptığı değerlendirmede arabuluculuğun 20.yy.da ortaya çıkmadığını, pek çok farklı kültürde ve toplumda arabuluculuğun uzun bir hikayesinin olduğunu belirtmiştir. Değerlendirmeye göre arabulucu herkesle ayrı ayrı gizli bireysel toplantılar yapılmalıdır. Arabuluculuk süreci anlatılmalı ve aile içi istismara dair bir tarama yapılmalıdır. Arabulucu gerekirse koruma ve güvenlik açısından kadın destek hizmetlerine ve/veya avukata yönlendirme yapılmalıdır. Güç dengesizliği olup olmadığı gözlenmeli ve gerekirse görüşmeler ayrı ayrı yapılmalıdır. Şayet çocuğun zarar görme riski varsa arabulucu derhal bildirimde bulunmalıdır. Taraflardan biri akıl hastalığı tedavisi görmüş veya görüyorsa arabuluculuk yapılmamalıdır. Eşlerden biri diğerine psikolojik

şiddet uyguluyorsa bu o tarafın özsaygısını zedeler ve karar verme yetisini engeller. Şiddet her zaman erkekten kadına yönelik olmaz. Sayın Lisa Parkinson'un verdiği bilgiye göre günümüzde İngiltere'de üç davanın birinde kadının erkeğe yönelttiği şiddet ve kadınlar arası ilişkilerde de kadın şiddeti görülebilmektedir. Aile içi şiddet ve çocuğa karşı şiddet birlikte incelenmelidir. İngiltere'de aile içi şiddete tanık olma halinde de çocuk istismarının varlığı kabul edilmektedir. Ayrılık talebi halinde bazen şiddet ilk defa ortaya çıkabilir ve bu şiddet tekrarlanabilir. Bu nedenle arabulucu dikkatli olmalıdır.

Çalıştığınız uluslararası katılımcısı sayın Maria Oliveira ise "Ulusal Sistemlerde Aile Arabuluculuğunun Kurumsal Olarak Entegrasyonu: Adli Yardım, Güç Dengesizlikleri, Ulusal ve Uluslararası Mevzuat Uygulamaları" hakkında bilgilendirmede bulunmuştur.

Sunumda öne çıkan hususlar şunlardır:

1- Uluslararası hukukun üç yönü bulunmaktadır: Çocuklar ve ebeveynlerinin arasındaki aile bağlarını devam ettirilmesi, uluslararası çocuk kaçırmanın Medeni Hukukla ilgili yönleri ve aile arabuluculuğunun nasıl yapılacağı.

2- Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (15 Mayıs 2003) m.4 uyarınca, çocuğun ebeveynleri ile ilişki kurması onun yüksek yararına değilse devreye girdiği ve temas gözetim altında gerçekleşebileceği.

3- Uluslararası Çocuk Kaçırılmalarının Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesi (25 Ekim 1980) uyarınca tarafların dinlenmesi önemlidir. Bir çözümün onlara dayatılmasından ziyade tarafların gönüllü olarak anlaşmalarının önemi vurgulanmaktadır.

Avrupa Konseyi'nin aile arabuluculuğuna dair bir tavsiye kararı vardır. Portekiz'de hemen bu tarihten itibaren aile arabuluculuğu uygulanmaya başlanmıştır. Aile arabuluculuğu ve hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuğa ilişkin mevcut tavsiyelerin daha iyi uygulanması için 2007'de CEPEJ rehberleri hazırlamıştır ve bu rehberler "Mevcudiyet – Erişilebilirlik – Farkındalık" temelleri üzerine kurulmuştur. Yine, Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (15 Mayıs 2003) net bir şekilde tarafların arabuluculuğa teşvikleri için gerekli tedbirlerin alınması gerektiğini vurgulamaktadır.

Çalıştay'da ulusal katılımcılar tarafından aşağıdaki değerlendirmelerde bulunulmuştur;

1- Aile arabulucularının eğitimi konusunda yapılan değerlendirmelerde aile arabuluculuğunun hukuki ve ticarî arabuluculuktan farklı olduğu, aile arabulucu-

larının farklı boyutlar arasında bağ kurabilmesi, çatışma çözme becerileri, kişilerarası iletişim becerileri, bu becerileri destekleyecek temel bilgi birikimine haiz olmaları gerektiği ve iletişim, şefkat, kültürel farkındalık, uyum ve işbirliğinin aile arabuluculuğunda olmazsa olmaz unsurlar olduğu tespit edilmiştir. Aile arabuluculuğunda eğitim sürekli dir. (İlgili ülkelerin kültürleri, hukuk ve değer sistemleri gibi konularda hazırlıklı olmak şarttır). Edinilen bilgiler pratiğe dökülmelidir.

2- Aile arabuluculuğu için en uygun modelin “Ekosistemci Arabuluculuk” olduğu, bu modelin aile odaklı bir sistem olduğu, aile ilişkilerini yeniden düzenleme üzerine kurulu olduğu, çocukların duyguları, ihtiyaçları ve refahlarını ön plana çıkarttığı hususları üzerinde durulmuştur.

3- Aile arabuluculuğunda, onaylanmış temel eğitim, denetimli uygulama ve sürekli eğitim, yetkinliğin değerlendirilmesi, akreditasyon, çocuk danışmanlığı ve sınırötesi arabuluculuk konusunda ek eğitimin gerekli olduğu iletişim, yeterlilik, uyum, empati, yaratıcılığın aile arabulucularının arabuluculuk sanatını icra için ihtiyaçları olan yeterliliklerden olduğu belirtilmiştir.

Çalıştay’da sayın Lisa Parkinson tarafından uluslararası aile arabuluculuğunda deneyim ve gelişmeler konusunda şu değerlendirmeler yapılmıştır:

1- 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi için bir iyi uygulama rehberi bulunmaktadır. Türkiye de bu sözleşmeye taraf bir ülkedir. Sözleşme, yalnızca her iki ülke de sözleşmeyi imzalamışsa ve ilgili ülkelerin her ikisi de diğer ülkenin katılımını kabul etmişse geçerli olmaktadır.

2- 1980 ve 1996 sözleşmeleri arasında bazı farklar bulunmaktadır. 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi öncelikli sorumluluğu çocuğun mutad ikametgahı ülkenin mahkemelerine vermektedir.

3- İngiltere’de sınır ötesi çocuk kaçırma olaylarında da adli yardımdan yararlanmak mümkündür.

4- Arabuluculuk esnek ama yapılandırılmış bir süreçtir. Yüzyüze veya uzaktan telekonferans ile görüşme yapılması, mekik arabuluculuğu, eş arabuluculuk gibi unsurlar barındırır. Süreç hızlı ilerler, maliyet düşüktür. Arabuluculuk sözleşmesine etkinlik kazandırmak için mevcut ulusal düzenlemeler bulunmalıdır.

5- Çocuk yeterince olgunsa çocuğun görüşüne başvurulmalıdır. Avrupa Konseyi’nin 2015 tarihli bir tavsiye kararı bulunmaktadır. Bu karar, çocuğun faydasının öncelikli öneme sahip olduğunu teyit eder ve üye devletleri çocukların yerlerinin değiştirilmesinin önlenmesi veya bunların sonuçlarının ele alınması konusunda önlemler almaya davet eder; mahkeme dışı uyuşmazlık çözümünü teşvik eder.

6- İngiltere’de sınırötesi uyuşmazlıklarda arabuluculuk ek bir eğitim gerektirmektedir.

7- Sınırötesi uyuşmazlıklarda arabuluculuğa katılan ebeveynlerin %86’sı arabuluculuktan çok memnun kalmışlardır. Uluslararası çocuk kaçırılmalarda eş arabuluculuk uygulanmalıdır. Arabulucularda olması gereken becerilerin en önemlileri, deneyim, uzmanlık ve tarafsızlıktır.

Çalıştay’da ulusal katılımcılar tarafından ayrıca aşağıdaki konular değerlendirilmiştir;

1- Fiziksel şiddetin 10 sene önce gerçekleşmiş olması arabuluculuk için bir engel değildir. Devam eden şiddet engeldir. Bu durumda da mekik arabuluculuğu yapılır. Aile arabuluculuğunda fiziksel şiddet varsa avukat yardımı yapılmalıdır. Şiddet var diye kesinlikle arabuluculuk yapılamaz, denilmemelidir. Ekonomik şiddet güç dengesizliğine sebep olur.

2- Özellikle yoksun kesiminin adalete erişimi bizim için çok önemlidir. Kadınlar için adalete erişimin önündeki engeller; eğitimsizlik, yoksulluk, bilgisizlik ve mahkemeye erişememe şeklindedir.

3- Arabuluculuk eğitimi toplumsal cinsiyete duyarlılık göz önüne tutulmalıdır. Şiddetin ayrıntılı tanımı yapılmalı ve arabuluculuk dışında tutulmalıdır.

4- Arabuluculuk adli yardım kapsamına alınmalıdır.

5- Arabuluculuğun yaygınlaştırılması için çok paydaşlı bir işbirliği sağlanmalıdır.

6- Yapılan görüşmelerde şiddetin fiziksel, ekonomik, cinsel ve psikolojik olmak üzere dört farklı türü olduğu üzerinde durularak; şiddet türleri arasında ayırım yapılamayacağı, şiddetin olduğu yerde mutlaka güç dengesizliğinin bulunduğu ve bu durumun da arabuluculuk için uygun olmadığı görüşü ağırlık kazanmıştır. Ekonomik şiddetin ayrı tutulabileceği görüşü ve şiddetin uzun zaman önce var olmuş olması halinde de arabuluculuk yoluna başvurma mümkün olup olmayacağı konuları tartışılmıştır.

7- İstanbul Sözleşmesi’nin 48. maddesinde aile içi şiddetle ilgili konuların arabuluculukla çözümlenmeyeceği düzenlenmişse de bu hüküm zorunlu arabuluculukla ilgilidir. Dolayısıyla bu konularda “zorunlu” aile arabuluculuğuna gidilmemesi konusunda fikir birliği sağlanmıştır.

8- Aile arabuluculuğunun hangi konularda uygulanmasının mümkün olduğu hususu tartışılarak velayet ve çocukla kişisel ilişki konularının da yurtdışında olduğu gibi aile arabuluculuğu ile çözümlenmesinin ülkemiz koşullarında uygun olup olmadığı üzerinde farklı görüşler paylaşılmıştır.

9- Aile arabuluculuğunun mevzuatta ayrıca düzenlenmesi konusunda görüş-birliğine varılmıştır. Ancak bu konuda farklı iki görüş ortaya konulmuştur. Katılımcıların çoğunluğu aile arabuluculuğunun eğitimi, sicili ve diğer farklılıkları nedeniyle ayrı bir "Aile Arabuluculuk Kanunu" altında düzenlenmesi gerektiği görüşünde olmakla birlikte bir kısmı aile arabuluculuğunun mevcut 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu içerisinde ayrı bir bölüm olarak düzenlenmesinin yeterli olduğunu ileri sürmüşlerdir. Gerekirse bir yönetmelik yapılabileceğini belirtmişlerdir.

10- Sınırötesi aile arabuluculuğunun önemine değinilmiştir. Ülkemizde 01 Şubat 2017 tarihinde yürürlüğe girecek olan 1996 tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi kapsamında acilen bir çalışma yapılması gerektiği konusunda görüşbirliğine varılmıştır. Öneri olarak, uluslararası aile arabuluculuğu yapacak arabulucuların niteliklerinin de ayrıca düzenlenmesi gerektiği bildirilmiştir. Bu alanda arabuluculuk yapacak kişilerin yabancı dil bilmeleri, farklı kültürler hakkında bilgi sahibi olmaları, ulusal ve uluslararası mevzuata hakim olmaları gerekmele beraber aile hukuku uyuşmazlıklarında deneyim sahibi olan kişilerden akredite olarak bu alanda çalışmaları gerekmektedir. Bu konuda katılımcılar tarafından görüş-birliği sağlanmıştır.

11- Aile arabuluculuğu yapacak kişilerin eğitimlerinin diğer alanlarda çalışacak arabulucuların aldıkları eğitimden farklı ve kapsamlı olması gerektiği tartışılmıştır. Aile uyuşmazlıklarında görev alacak arabulucuların temel eğitim üzerine daha ayrıntılı bir eğitim almaları, akredite edilmeleri gerektiği ve süpervizyon olarak her yıl yenileme eğitimleriyle birlikte alandaki uzmanlıklarını geliştirmeleri gerektiği konusunda fikir-birliği sağlanmıştır.

12- Avrupa Konseyi CEPEJ (Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu-The European Commission for the Efficiency of Justice) (CEPEJ (2007)14 Aile ve Hukuk Arabuluculuğuna ilişkin Tavsiye Kararının Daha İyi Uygulanmasına Yönelik Rehber İlkeleri'ne göre "Çocuğun Yüksek Yararı (m.1.7.)" başlığı altında çocuğun yüksek yararının önemi vurgulanmıştır. Öte yandan çocuğun yüksek yararının tanınması için kabul edilen kriterler ülke mevzuatlarına göre farklılık göstermektedir. Bu nedenle üye devletler ve aile arabuluculuğuyla bağlantılı diğer kurumlar, çocuğun yüksek yararına hizmet

edecek ortak değerlendirme kriterleri geliştirmek amacıyla birlikte çalışmalıdır. Bu amaçla örneğin çocuğun arabuluculuk sürecinde taraf olmasına olanak sağlanabilir. Bahse konu kriterler belirlenirken çocuğun yaşı veya zihinsel olgunluğu, ebeveynlerin rolü ve uyuşmazlığın konusu gibi hususlar dikkate alınmalıdır. Bu kriterlerin oluşturulmasında Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği ile işbirliği içinde öncülük yapabilir, görüşü dile getirilmiştir.

13- Arabuluculuk aile uyuşmazlıklarında sıklıkla kullanılan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri değildir. İlgili mevzuata ve Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere kamu düzeni kapsamına giren uyuşmazlıklar arabuluculukla çözümlenemez ve Türkiye’de aile uyuşmazlıklarının pek çoğu kamu düzeni kapsamındadır, değerlendirmesi yapılmıştır.

Dünyada oluşmaya başlayan genel anlayışa bakıldığında, velayet hakları, çocukla görüşme ve genel anlamda aile uyuşmazlıklarına ilişkin kararların mahkemelerce verilmesinin en iyi çözüm olmayabileceği de tartışılmaktadır. Buna ilave olarak pek çok yargıç, mahkeme/adliyelerin soğuk ortamlarının ve mahkeme kararlarının verildiği yerlerin iki ebeveyn arasında kalarak kime verileceğini izleyen masum seyirci konumdaki çocukları etkilediğinden, en iyi yer veya araç olmadığını düşünmektedirler. Çekişmeli yargı davalarına ilişkin sınırlılıklar göz önüne alındığında, arabuluculuk uyuşmazlıkların çözüm mekanizması olarak bir alternatif yöntem sunabileceği düşüncesine varılmıştır.

Düzenlenen bu çalıştaylarla Avrupa’daki genel yaklaşım incelenerek, Türkiye’de aile arabuluculuğu sisteminin geliştirilmesine rehberlik etmeyi amaçlamaktadır. Bu amacın bir parçası olarak Çalıştay katılımcılarının uluslararası uzmanların da desteği ile aşağıdaki konuları değerlendirmesi hedeflenmiştir:

1- Avrupa’daki aile uyuşmazlıkların çözümünde ebeveynlere, çocuklara ve geniş aile yapılarına destek sağlayan mevcut aile arabuluculuğu politikalarını ve uluslararası sözleşmelerin iç hukukta nasıl kullanıldığını incelemek,

2- Hukuk ve ticarî uyuşmazlıklardaki arabuluculuk ile aile arabuluculuğu arasındaki farkları kavrayarak, arabuluculuk mevzuatında ve diğer mevzuatta değişiklik yapmayı planlayan politika yapımcılarına etkin, ulaşılabilir, etkili ve bütünlük bir aile arabuluculuğu çerçevesi hazırlamakta rehberlik etmek.

3- Aile arabuluculuğu kapsamını aile arabulucularının eğitimlerini, aile mahkemesi hâkimlerinin, uzmanlarının ve adliye personelinin teknolojik ve mekânsal gerekliliklerini dikkate alan politika ve süreçlerle uyumlu uygun yapılanmalar konusunda tavsiyelerde bulunmak.

### III. 15-16 MAYIS 2017 TARİHİNDE DÜZENLENEN ÜÇÜNCÜ AİLE ARABULUCULUĞU ÇALIŞTAYI

Üçüncü Aile Arabuluculuğu Çalıştayı'nda paydaşlar tarafından elde edilen sonuçlar şöyledir:

1- Aile Hukuku'na ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk yolu ile çözümü konusunun hassas bir alan olduğu,

2- Bu alana ilişkin yeni bir mevzuat hazırlanması gerekliliği,

3- Özellikle Türkiye'nin taraf olduğu bu konudaki ikili ve çok taraflı milletlerarası sözleşmelerdeki çocuğun üstün yararı ilkesine de bağlı kalınarak Aile Hukukuku'na ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuğa elverişli alanların ve bunun hangi usûl ve esaslar çerçevesinde uygulanması gerektiğinin belirlenmesi,

4- Aile arabuluculuğunun gönüllülük ilkesi (ihtiyarî arabuluculuk) çerçevesinde ve mahkemelerden bağımsız düşünölemeyeceği (mahkeme temelli),

5- Aile arabulucularının yurt dışı standartlarına uygun kapsamlı bir eğitim alması ve akreditasyon elde etmesi,

6- Her yıl başkaca eğitimlerin alınması ve akreditasyonun yenilenmesi gerektiği,

7- Türkiye'de Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Vehçelerine Dair 25 Ekim 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi kapsamındaki uyuşmazlıklar bakımından yapılacak olan arabuluculukta görev almak üzere birden çok dil bilen, bu konuda gerekli psikoloji, pedagoji eğitimlerini almış, bu alanda yetkinlik sahibi uluslararası arabulucuların da yetiştirilmesi gerekliliği konularında görüş birliği sağlanmıştır.

### IV. EĞİTİCİLERİN EĞİTİMİ

Yapılan üç çalıştay sonunda, aile arabuluculuğuna ilişkin etkili bir eğitim modeli, standartları ve akreditasyon sisteminin Avrupa standartları ve uluslararası sözleşmeler ışığında geliştirilmesinden sorumlu olması planlanan ve arabuluculardan oluşan, eğitici grubuna eğitim verilmesi amacıyla eğiticilerin eğitimin yapılmasına karar verilmiştir. Düzenlenen bu eğitimle aile arabuluculuğuna ilişkin içerik, aile arabuluculuğu eğitimi ve bir aile arabulucusunun vasıflarının neler olması gerektiği konusunda çalışma yapabilecek nitelikte arabulucuların eğitilmesi hedeflenmiştir. Bahsi geçen eğiticilerin eğitimi 6-10 Kasım 2017 tarihleri arasında İstanbul'da gerçekleştirilmiştir.

Başlıca eğitim konuları şöyledir:

- 1- Aile arabuluculuğuna ilişkin temel konular ve hukuk/ ticarî arabuluculuk ile aile arabuluculuğu arasındaki temel farklar,
- 2- Aile arabulucusunun özellikleri ve becerileri,
- 3- Aile arabuluculuğunun aşamaları,
- 4- Aile arabuluculuğunun ilk oturumunda kullanılan tarama araçlarının sunumu (interaktif),
- 5- Aile arabuluculuğunun sınırları ve aile içi şiddet de dâhil olmak üzere aile arabuluculuğuna uygun uyumsuzluklar,
- 6- Aile arabuluculuğunun temel ilkeleri ve çocuğun yüksek yararı ve Aile Arabuluculuğuna ilişkin Uluslararası Sözleşmeler,
- 7- Toplumsal Cinsiyet Eşitliği ve Aile Arabuluculuğu/ Avrupa Konseyi tavsiye kararları, PACE, vs.,
- 8- Gözlem ve Eş Arabuluculuk / Özel Oturum (inter-aktif),
- 9- Gruplar bazında uygulamalı eğitim oturumları ve uluslararası eğiticiler tarafından geri bildirim verilmesi,
- 10- Aile Arabuluculuğu Eğitim Müfredatının temel unsurları neler olması gerektiği,
- 11- Ulusal Mevzuatın Gözden Geçirilmesi ve Üçüncü Aile Arabuluculuğu Çalıştayının Sonuçları,
- 12- Eğiticilerin temel becerileri
  - a. Eğiticilerin temel becerileri
  - b. En sık yapılan hatalar
  - c. Etkileşimli eğitim tekniklerinin kullanımı
  - d. Uygulamalı eğitim oturumları nasıl oluşturulur

## V. AİLE ARABULUCULUĞU REHBER KİTABI

İleride düzenlenmesi düşünülen aile arabuluculuğu eğitimleri için oluşturulacak eğitim modüllerine kaynak teşkil etmesi ve aile arabuluculuğuna ilişkin genel çerçeveyi belirlemesi amacıyla Aile Arabuluculuğu Rehber kitabı yazımı ile ilgili çalışmalarına başlanmış ve rehber kitapla ilgili son aşamaya gelinmiştir.

- 1-Aile Arabuluculuğu
  - a) Aile Arabuluculuğunun Tanımı
  - b) Aile Arabuluculuğunun Kökeni Ve Gelişimi
  - c) Aile Arabuluculuğunun Yasal Çerçevesi
  - d) Aile Arabuluculuğu ve Aile Danışmanlığı Arasındaki Farklar
  - e) Aile Arabuluculuğunun Temel İlkeleri Ve Sınırları
- 2- Aile Arabuluculuğu Modelleri
  - a) Aile Arabuluculuğu Modelleri
  - b) Aile Sistemleri İle Diğer Sistemler Arasındaki Bağlantılar
  - c) Arabuluculuk Uygulama Yöntemleri
- 3-Toplumsal Cinsiyet Eşitliği, Farklılar Ve Aile Arabuluculuğu
- 4- Aile Arabuluculuğunun Temel İlkeleri
- 5- Aile Arabulucusunun Nitelikleri
- 6- Aile Arabuluculuğunda Etik
- 7-Aile Arabuluculuğunda Çatışma Yönetimi ve İletişim Becerileri
- 8 - Aile Arabuluculuğunun Aşamaları
- 9- Çocuk Odaklı Aile Arabuluculuğu
- 10- Arabuluculukta Güç Dengesizliklerinin Yönetilmesi
- 11-Uluslararası Aile Arabuluculuğu Ve Güncel Gelişmeler
- 12-Aile Arabuluculuğunda Uygulama

Başlıkları ile hazırlanan kitap bu alanda faaliyet göstermeyi hedefleyen uygulamacılara ve eğitimcilere katkı sağlamak, yol göstermek amacıyla hazırlanmaktadır.

### **SONUÇ:**

Tüm yapılan bu çalışmalarla Türkiye’de aile arabuluculuğu ile ilgili mevzuatın oluşturulması, arabuluculuk yöntemleri ve kurallarının belirlenmesi, aile arabulucularında aranacak nitelikler ve arabulucuların eğitimlerinin nasıl yapılacağı hususlarının belirlenmesi, Aile Hukuku’nda hangi alanlarda arabuluculuk yapılabileceğine ilişkin belirlemeler yapılması konusunda temel çalışmalar niteliğinde olup, hassas bir alan olan Aile Hukuku’nda arabuluculuk hususunda çalışmalara devam edilmesi Bakanlıklar arasında yapılacak işbirliği ile düzenlenecek mevzuat çalışmalarının titizlikle yürütülmesi gerekmektedir.

### **Yararlanılan Kaynaklar:**

- 11-13 Mayıs 2016 1. Aile Arabuluculuğu ÇalıŐtayını Final Raporu
- 21-22 Kasım 2016 2. Aile Arabuluculuğu ÇalıŐtayını Final Raporu
- 15-16 Mayıs 2017 3. Aile Arabuluculuğu ÇalıŐtayını Final Raporu
- Aile Arabuluculuğu Eğitici Eğitimleri Ders Notları
- Parkinson Lisa, Aile Arabuluculuğu- Yeni Aile Adalet Sistemine Dair Uygun Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi
- Aile Arabuluculuğu Rehber Kitabını Taslağı
- 6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu



Doç. Dr. H. Reyhan DEMİRCİOĞLU

### 6325 SAYILI KANUN'UN AİLE HUKUKU UYUŞMAZLIKLARINDA UYGULANABİLİRLİĞİ/APPLICABILITY OF LAW NO.6325 IN TURKISH FAMILY LAW DISPUTES

07.06.2012 tarihinde kabul edilen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, aile arabuluculuğu bakımından mevcut yegâne yasal düzenlemedir. Ne var ki esasen arabuluculuğa en elverişli alanlardan birisi olarak kabul edilmesi gereken Aile Hukuku uyuşmazlıkları bakımından 6325 sayılı Kanun'un uygulanabilirliği, oldukça sınırlıdır. Zira 6325 sayılı Kanun, her şeyden önce "mahkeme dışı" arabuluculuğu düzenlemektedir. Ayrıca Kanun, birinci maddesinde, kendi uygulama alanını " tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları" olarak belirlemiştir. Oysa Türk Hukuku'nda ailenin, anayasal bir düzenlemeyle Türk toplumunun temeli olarak kabul edildiği, ayrıca ana ve çocukların korunmasının devlete bir yükümlülük olarak yüklendiği görülmektedir (AY m. 41). Bu sebeple Türk Aile Hukuku'nda devlet müdahalesi, diğer özel hukuk sahalarına göre daha yoğundur.

Türk Hukuku'nda devlet, aile hukuku ilişkilerine bazen doğrudan müdahale eder. Yani hukuki ilişkinin kurulmasında, değiştirilmesinde, ortadan kaldırılmasında sadece devlet makamları yetkilidir. Evliliğin resmi memur önünde kurulması ve mut-

laka hâkimin kararıyla ortadan kaldırılması prensipleri, boşanma davası yürütülürken ikrarın bağlayıcı olmaması, delillerin serbestçe takdiri, vicdani kanaat gibi hâkimi diğer özel hukuk davalarına göre daha yetkili kılan usul düzenlemeleri ile velayet ilişkisi, sözkonusu doğrudan müdahalenin göze çarpan örnekleridir. Özellikle velayet ilişkisinde, ana – baba ve çocuk arasında, hayatın olağan akışından sapma gösteren hemen her durumda, velayetin kazanılması veya sürdürülmesinin yargı kararıyla gerçekleştirilmesi gerekir.

Kanun koyucunun vaaz ettiği emredici hükümler ile evlilik hukukunun bir çeşit statü hukuku olması da, devletin aile hukukuna yaptığı dolaylı bir müdahale olarak değerlendirilebilir. Buna göre Aile Hukuku'nda, taraflar, kanunla kurulmamış ya da düzenlenmemiş bir ilişkiyi, kendi aralarında yapacakları bir anlaşma ile var edemezler ya da düzenleyemezler. Evlilik sözkonusu olduğunda kişiler, Medeni Kanun'un evli kişiler için tanıdığı hak ve yükümlülükleri içeren bir statüye girerler. Evliliğin genel hükümlerine ilişkin olarak TMK m.185 ve m.201 arasında düzenlenen sadakat, evliliğin temsili, ortak konutun seçimi, eşlerin meslek seçimi gibi konular, evliliğin başında veya belli bir fiilden önce, tarafların gerçekleştirecekleri bir sözleşmeyle, üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulardan değildir. Medeni Kanun'un sistemine göre evlilik statüsüne ilişkin olup da kişilerin üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri tek husus, mal rejimidir. Bu sebeple mal rejimi sözleşmesi yapmak, arabuluculuğa da elverişlidir; fakat Kanun'da öngörülen sistemlerin dışında yeni bir sistem yaratmak, arabuluculuğa elverişli değildir. Aile Hukuku'nda, çoğu kamu düzeninden ve genel ahlâktan doğduğu kabul edilen, medeni nikah prensibi başta olmak üzere tek eşlilik, yakın hısımlar arasındaki evlenme yasağı, evlilik yaşı, evliliğin mutlaka farklı cinsteki kişiler arasında gerçekleştirilmesi meseleleri ile soybağı davalarında arabuluculuk, mahiyeti gereği mümkün değildir.

Bu esaslar doğrultusunda, 6325 sayılı Kanun'un Aile Hukuku uyuşmazlıklarındaki uygulanabilirliği esas olarak mali konularla sınırlı görünmektedir. Buna göre henüz nişanlılık aşamasında, hediyelerin iadesi ve nişanın bozulmasında tazminat meseleleri, ayrıca mal rejimi sözleşmesi yapmak, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunulabilecekleri meselelerden olup, arabuluculuğa elverişlidir. Ancak mali bir konu olmakla birlikte boşanma üzerine nafaka, tazminat talep edilemeyeceğine dair bir hükmün nişanlılık aşamasında kabul edilmesi TMK m. 23 uyarınca mümkün değildir. Evlilik birliği devam ederken ortaya çıkan uyuşmazlıklar, örneğin, eve maddi katkıda bulunulmaması, sadakat yükümlülüğünün ihlali, diğer eşin tasvip etmediği bir

işte çalışmakta ısrar etmek, çocukların bakımı, eğitimi gibi konulardaki uyuşmazlıklar, nitelikleri gereği, arabuluculuk ile çözümlenmeye elverişli uyuşmazlıklardır. Nitekim Türk Hukuku'nda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ilk kabul edilişi, bu gibi meseleler için olmuştur. 09.01.2003 tarih ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'a göre hâkim "evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri konusunda eşleri uyararak gerektiğinde uzlaştırmaya" karar verebilir (m.6/1), yine "uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan yararlanarak teşvik eder" (m.7). Bu gibi hallerde hâkimin tarafları arabulucuya yönlendirmesi de mümkündür. Ancak bu haldeki arabuluculuk, 6325'de düzenlenen farklı olarak, mahkeme içi arabuluculuk olur.

Aile içi şiddete ilişkin olarak ise 6325 sayılı Kanun ilk maddenin son cümlesinde "... aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar, arabuluculuğa elverişli değildir" hükmünü içermektedir. Hükmün, halihazırdaki bir şiddetin ötesinde, şiddet iddiası içeren tüm uyuşmazlıkları içerecek şekilde kaleme alınmış olması, Aile Hukuku'nda arabuluculuğu çok sınırlayan bazı yorumlara sebep olmaktadır. Oysa ülkemizin taraf olduğu uluslararası İstanbul Sözleşmesi aile içi şiddet olaylarında zorunlu arabuluculuğu yasaklamakta, gönüllüğü arabuluculuğu ise mümkün kılmaktadır. Bu sebeple, 6325'deki, "aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlık" ifadesinin gerek amacına gerek İstanbul Sözleşmesi'ne uygun şekilde okunması gerekmektedir. Buna göre halihazırdaki bir şiddet eyleminin arabuluculukla çözümlenemeyeceği tekrarlanmalı ve hüküm "konusu bizzat şiddet olan uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir" şeklinde okunmalıdır.

Evliliğin boşanma ile sona ermesi sözkonusu olduğunda ise taraflar mutlaka mahkemeye gitmek ve inşaî nitelikteki boşanma kararını mahkemeden almak zorundadırlar. Bu aşamada arabuluculuk, hâkimin boşanmak isteyen çifti Aile Mahkemeleri Kanunu'ndaki hükümden hareketle sulhe teşvik etmesi, uzman kişiler kapsamında arabulucuya yönlendirmesi şeklinde olabileceği gibi, boşanma protokolünün hazırlanması bakımından da olabilir. Zira boşanma protokolünün hazırlanması arabuluculuğa elverişlidir. Bununla birlikte, hazırlanan protokole 6325 sayılı Kanun m.18/II hükmü uyarınca icra edilebilirlik şerhi verdirilerek mahkeme ilamı niteliği kazandırılmayacağı açıktır. Zira TMK m.166/III'e göre anlaşmalı boşanmada hâkim, tarafları bizzat dinleyerek iradelerin serbestçe açıklandığına kanaat getirir. Ayrıca boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumuna ilişkin anlaşma da hâkim tarafından uygun bulunmalıdır.

Boşanmanın kesinleşmesinden sonra, TMK m. 178'e göre en geç bir yıl içinde ileri sürülebilen tazminat ve nafaka talepleri ile nafakanın yeniden düzenlenmesine ilişkin sonraki zamanlarda ileri sürülebilen talepler 6325 sayılı Kanun'un kapsamındadır. Velayetin yeniden düzenlenmesine ilişkin talepler ile kişisel ilişkinin düzenlenmesi ise 6325 kapsamında değerlendirilemez. Çünkü bunlar tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulardan değildir.



Erdem ŞİMŞEK

**AİLE HUKUKU'NA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ İÇİN DÜZENLENMESİ GEREKEN, AYRI BİR ARABULUCULUK KANUNU İLE İLGİLİ DEĞERLENDİRME/EVALUATION OF THE PLANNED LAW ON MEDIATION IN FAMILY LAW DISPUTES\***

**ÖZET**

Arabuluculukla ilgili uygulamaların, bir çok ülkede başlayıp hızla gelişmesiyle beraber ülkemizde de bu konuda bazı yasal düzenlemeler yapılmıştır. Arabuluculuk uygulamasının geliştirilip yaygınlaştırılması yönündeki çalışmalar da sürmektedir. Ancak bir çok ülkede aile arabuluculuğu konusunda ayrı bir düzenleme bulunmasına karşın, henüz ülkemizde bu konuda kapsamlı bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte ülkemizde bu alanda da çalışmalar sürmekte ve konu gündemdeki yerini korumaktadır.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK), Aile Hukuku'ndaki uyuşmazlıkların çok az bir bölümünün bu yolla çözümüne izin vermektedir. Aile Hukuku'ndan doğan uyuşmazlıkların hassas oluşu ve ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerdeki yükümlülükler dikkate alındığında, bu alanda ayrı bir yasal düzenlemenin yapılması kaçınılmazdır.

O halde, bu alanda yapılacak düzenlemenin yasal çerçevesi nasıl olmalıdır?

İşte bu çalışmada öncelikle uluslararası sözleşmeler ve bir tavsiye kararından söz edilecek, daha sonra iç hukukumuzda arabuluculukla ilgili düzenlemeler ile yine

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

konuyla ilgili olduğu düşünülen, iç hukukumuzdaki Aile Hukuku'na ilişkin düzenlemelerine kısaca değinilecek, son olarak, düzenlenmesi düşünülen Aile Arabuluculuğu Kanunu ile ilgili göz önünde bulundurulması gerekenler konusunda görüş ve öneriler sunulacak, yukarıdaki soruya cevap aranacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** İsteğe Bağlı, Aile Arabuluculuğu, Mahkeme Temelli, Üstün Yarar, Şiddet, Teşvik

### ABSTRACT

As the mediation practices started and rapidly developed in many countries, some legal regulations were made in our country. Also studies for the development and dissemination of mediation practice continue. However, although there is a separate regulation about the family mediation in many countries, there is no comprehensive regulation on it in our country yet. In addition, studies are continuing in our country about the family mediation and the subject is still on the agenda.

The Law on Mediation in Civil Disputes No. 6325 (HUAK) gives permission the resolution of a very small number of disputes in family with the mediation way. When considering the sensitive nature of disputes arising from family law and the obligations in international conventions to which Turkey is a party, making a separate legal regulation is inevitable in this area.

So, how should be the legal framework for regulation in this area?

In this study, firstly, international conventions and a recommendation are mentioned. Then the regulations about the mediation in our domestic law and also the regulations on family law, which are considered to be related to the subject, are briefly mentioned. Lastly, by stating opinions and suggestions about the Family Mediation Law which is considered to be regulated, the answer for the above question is sought.

**Keywords:** Voluntary, Family Mediation, In-Court Mediation, Best Interes, Violence, Encouragement

## I. GİRİŞ

Dünyanın bir çok ülkesinde hukuki uyuşmazlıkların çözümünde dostane çözüm yollarından biri olan arabuluculuk yöntemi uygulanmaktadır. Ülkemizde de bu konuda bazı yasal düzenlemelere gidilerek arabuluculuk uygulamaları başlatılmıştır. Ülkemizde arabuluculuk uygulamalarının geliştirilip yaygınlaştırılması yönündeki çalışmalar da sürmektedir.

Yine bir çok ülkede Aile Hukuku'ndan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için arabuluculuk yöntemi uygulanmakta, bazı ülkelerde ise bu alanda ayrı bir aile ara-

buluculuğu kanunu bulunmaktadır. Aile Hukuku'nun niteliği gereği, tarafların ileriye dönük ilişkilerinin süreklilik gerektirmesi dikkate alındığında, bu tür uyuşmazlıklarda da dostane çözüm yöntemlerinin kullanılması yararlı olacaktır. Temel arabuluculuk kanunumuz olan HUAK ise aile uyuşmazlıklarının çok az bir bölümünün arabuluculukla çözülmesine olanak tanımakta ve bu alan için yetersiz kalmaktadır.

Aile uyuşmazlıklarının dostane yöntemlerle çözümü için ayrı bir aile arabuluculuk kanununa gereksinim bulunmaktadır.

Peki ayrı bir aile arabuluculuk kanunu düzenlenecekse kanunun temel çerçevesi nasıl olmalıdır? Nasıl bir düzenleme bu alanda uzun vadeli, etkin, güvenli, adil çözüm sağlayabilir?

Aile Hukuku ve arabuluculuk alanındaki iç mevzuatımız, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerdeki yükümlülükler, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Aile Arabuluculuğu Hakkındaki Tavsiye Kararı, öğretilerdeki görüşler, Aile Hukuku ile ilgili Yargıtay kararları, aile arabuluculuğu konusunda yapılan çalıştaylar dikkate alınarak yukarıdaki sorulara cevap aranacaktır.

## II. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER

Taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler, Aile Hukuku'na ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde dostane çözüm yollarının da uygulanmasını önermektedir. Bu bölümde ilgili sözleşmelere kısaca değinilecektir.

### A. ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMANIN HUKUKİ VEÇHELERİNE DAİR SÖZLEŞME

Bu sözleşmenin 117. maddesine göre merkezi makamların, çocuğun isteyerek iadesini veya dostane bir çözümü kolaylaştırmak için uygun tüm önlemleri almaları gerekmektedir. Sözleşmenin 10. maddesi ise çocuğun bulunduğu devletin merkezi makamlarının, çocuğun isteyerek teslimi yolunda tüm önlemleri almaları veya aldırılmaları gerektiği yönünde bir düzenleme içermektedir.<sup>2</sup>

"Arabuluculuk süreci, çocuğun iadesi yollarından biri olarak Sözleşmenin uygulanması kapsamında yer almaktadır (L.S. md.7,10)"<sup>3</sup>

1 İmzalanma tarihi: 21.01.1998, Resmi Gazete yayım tarihi: 11.11.1999.

2 7. maddenin ilgili bölümü; "Merkezi makamların, aralarında işbirliği yapmaları ve çocukların acilen geri dönmesini sağlamak ve işbu sözleşmenin diğer amaçlarını gerçekleştirmek üzere Devletlerinin yetkili makamları arasında işbirliğini teşvik etmeleri gerekmektedir. Özellikle, gerek doğrudan doğruya, gerek, araçların yardımıyla; ... c) Çocuğun isteyerek iadesini veya dostane bir çözümü kolaylaştırmak; ...için uygun tüm önlemleri almaları gerekmektedir." şeklindeki bir düzenlemeyi içermektedir. 10. madde ise "Çocuğun bulunduğu Devletin merkezi makamı, çocuğun isteyerek teslimi yolunda tüm önlemleri alır veya aldırır" şeklindedir.

3 **Altıntaş**, Elif Hande, Uluslararası Çocuk Kaçırılarda Arabuluculuk, Ankara 2018, Yetkin, s.54.

## B. ÇOCUK HAKLARININ KULLANILMASINA İLİŞKİN AVRUPA SÖZLEŞMESİ

Bu sözleşmenin<sup>4</sup> 13. maddesi<sup>5</sup>, anlaşmazlıkların önüne geçmek veya çözmek, adli bir merci önünde çocukları ilgilendiren davaları önlemek için taraflar, arabuluculuk ve anlaşmazlıkların çözümüne yönelik diğer tüm yöntemlerin uygulanmasını ve belirlenen uygun durumlarda bu yöntemlerin bir anlaşmaya varmakta kullanılmasını teşvik ederler, şeklinde bir düzenlemeye yer vermiştir.

Uygulamada ve özellikle Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi' nin ilamlarında<sup>6</sup> bu sözleşmenin, idrak çağındaki çocukların kendileri ile ilgili kararlarda, görüşlerinin alınması gerektiğine ilişkin hükmüne sıklıkla atıf yapıldığı görülmektedir.

## C. AVRUPA KONSEYİ ÇOCUKLARLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA DAİR AVRUPA SÖZLEŞMESİ

Bu sözleşmenin<sup>7</sup> 7. maddesine<sup>8</sup> göre adli makamlar; ana ve baba ile çocukla aile bağları olan diğer şahısları kişisel ilişki kurulması konusunda, özellikle uyumsuzluğun çözümü için aile arabuluculuğu ve diğer yöntemlere başvurmak suretiyle dostane çözüme ulaşmaları için teşvik etmelidir.

4 İmzalanma tarihi: 25.01.1996- Strasbourg, Resmi Gazete yayım tarihi: 01.02.2001.

5 Madde metni: "F. Diğer tedbirler

Madde 13 - Arabuluculuk ve anlaşmazlıkların çözümünde diğer konular anlaşmazlıkların önüne geçmek veya çözmek, adli bir merci önünde çocukları ilgilendiren davaları önlemek için Taraflar, arabuluculuk ve anlaşmazlıkların çözümüne yönelik diğer tüm yöntemlerin uygulanmasını ve Taraflarca belirlenen uygun durumlarda bu yöntemlerin bir anlaşmaya varmakta kullanılmasını teşvik ederler."

6 "...Velayetinin kaldırılması talep edilen M. E. 29.07.1998 doğumlu olup, idrak çağındadır. **Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3 ve 6**, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddeleri; idrak çağındaki çocukların kendilerini ilgilendiren konularda görüşünün alınmasını ve görüşlerine gereken önemin verilmesini öngörmektedir. Her ne kadar, mahkemece atanan uzman tarafından çocuk ile görüşülmüş ise de, çocuğun velayet konusunda ki görüşü alınmamıştır. Bu nedenle mahkemece adı geçen küçüğün dinlenerek talep hakkında görüşünün alınması ve tüm delillerin birlikte değerlendirilip gerçekleştirilecek sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken; eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru görülmemiştir (Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2015/17061-K: 2015/17917, T: 08.10.2015).

7 İmzalanma tarihi: 15.07.2003- Strasbourg, Resmi Gazete yayım tarihi: 17.11.2011.

8 Maddenin ilgili bölümü; "Madde 7- Kişisel ilişkiler ile ilgili uyuşmazlıkların çözümü Kişisel ilişkiler ile ilgili uyuşmazlıkların çözümünde adli makamlar aşağıdaki tüm uygun tedbirleri alacaklardır:

b) Ana ve baba ile çocukla aile bağları olan diğer şahısları kişisel ilişki kurulması konusunda, özellikle uyumsuzluğun çözümü için aile arabuluculuğu ve diğer yöntemlere başvurmak suretiyle dostane çözüme ulaşmaları için teşvik etmek;" şeklindeki bir düzenlemeyi içermektedir.

## D. KADINLARA YÖNELİK ŞİDDET VE AİLE İÇİ ŞİDDETİN ÖNLENMESİ VE BUNLARLA MÜCADELEYE DAİR AVRUPA KONSEYİ SÖZLEŞMESİ (İSTANBUL SÖZLEŞMESİ)

Bu Sözleşmenin<sup>9</sup> arabuluculuk ile ilgili en önemli yönü, sözleşme kapsamındaki şiddet eylemlerinde zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm süreçlerinin yasaklanmış olmasıdır (madde 48/1).<sup>10</sup>

### III. AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİ AİLE ARABULUCULUĞU HAKKINDAKİ TAVSİYE KARARI

Tavsiye kararında<sup>11</sup> aile arabuluculuğu, tarafsız bir üçüncü kişinin (yani arabulucunun), taraflara, ihtilafı konular üzerinde bizzat müzakere etmeleri ve kendi ortak anlaşmalarına varmaları için yardım ettiği bir usul olarak tanımlanmakta ve bu konu ile ilgili ilkeler açıklanmaktadır.

Kararda ayrıca aile arabuluculuğuna daha çok başvurulmasını sağlamanın gerekliliğine inanıldığı belirtildikten sonra üye devletlere;

- Aile arabuluculuğunu uygulamaya koyma veya teşvik etme ya da gerekliyse mevcut aile arabuluculuğunu geliştirme,

- Aile uyuşmazlıklarının uygun bir çözüm yolu olarak aile arabuluculuğunun öneminin ve değerinin anlaşılması ve kullanılması için tavsiye kararında öngörülen ilkelerin yerleşmesi düşüncesiyle gerekli gördükleri bütün tedbirleri alma ya da güçlendirmeleri tavsiye edilmektedir (madde 10).<sup>12</sup>

9 İmzalanma tarihi: 11 Mayıs 2011/İstanbul, Resmi Gazete yayım tarihi: 08.03.2012.

10 "Madde 48 Zorunlu Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Usul ve Hükümlerinin Yasaklanması 1. Taraflar, işbu Sözleşme kapsamındaki şiddet eylemlerinde arabuluculuk ve uzlaştırma da dahil zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm süreçlerini yasaklamak üzere gerekli hukuki veya diğer tedbirleri alır..."

11 21. Ocak 1998 tarih ve R (98) 1 sayılı tavsiye kararı.

12 10. maddenin ilgili bölümü; "Tarafsız bir üçüncü kişinin (arabulucunun), taraflara, ihtilafı konular üzerinde bizzat müzakere etmeleri ve kendi ortak anlaşmalarına varmaları için yardım ettiği bir usul olan aile arabuluculuğuna daha çok başvurulmasını sağlamanın gerekliliğine inanarak, Üye ülkelerin hükümetlerine (şunları) tavsiye eder:  
i. Aile arabuluculuğunu uygulamaya koymayı veya teşvik etmeyi ya da gerekliyse mevcut aile arabuluculuğunu geliştirmeyi;  
ii. Aile uyuşmazlıklarının uygun bir çözüm yolu olarak, aile arabuluculuğunun öneminin ve değerinin anlaşılması ve kullanılması için, aşağıda öngörülen ilkelerin yerleşmesi düşüncesiyle, gerekli gördükleri bütün tedbirleri almayı ya da güçlendirmeyi."

#### IV. KONUMUZU İLGİLENDİREN İÇ HUKUKUMUZDAKİ ARABULUCULUK İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER

Bu bölümde konumuzu yakından ilgilendiren iç mevzuatımıza kısaca değinmek yararlı olacaktır.

##### A. 6325 SAYILI HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK KANUNU

Bu alandaki temel düzenleme kuşkusuz 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK)'dur.

Bu Kanun'a göre arabuluculuk ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır.

Aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir. Dikkat edilirse İstanbul Sözleşmesi'nde şiddet içeren eylemlerin varlığı halinde zorunlu arabuluculuk yasaklandığı halde, HUAK'a göre aile içi şiddet iddiası içeren eylemlerin varlığı halinde, ihtiyarî arabuluculuk da mümkün değildir.

Yine bu düzenlemeye göre taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler.

Taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler.

İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Arabuluculuğa elverişli olan Aile Hukuku'na ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır.<sup>13</sup>

Bu haliyle Aile Hukuku'ndan kaynaklanan uyuşmazlıkların büyük bir bölümünde, HUAK'ta düzenlenen arabuluculuğun uygulanma olanağının bulunmadığı anlaşılmaktadır.

13 İlgili maddeler: "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" (6325 s.k m.1/2).

"Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler.

Taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler" (6325 s.k m.3/1-2).

"İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Ancak arabuluculuğa elverişli olan Aile Hukuku'na ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır"(6325 s.k m.18/3).

## B. HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 137/1, 140/2 ve 320/2. maddelerinde yapılan değişiklikle uyuşmazlık konuları belirlendikten sonra mahkemenin, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda, onları arabuluculuğa teşvik edeceği yönünde düzenleme getirilmiştir.<sup>14</sup>

Bu düzenleme Aile Hukuku'ndan kaynaklanan uyuşmazlıkların (HUAK'ın izin verdiği Aile Hukuku'na ilişkin uyuşmazlıkların) çözümünde çok da yararlı olamayacaktır.

Çünkü dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşaması ve uyuşmazlıkların tespitinin beklenmesi halinde;

-Taraflar birbirlerini haklı haksız eleştirip suçlayacak,

-Tarafların arasında gizli kalması gereken konular açığa vurulacak,

-Gerginlikler ve düşmanlıklar doğabilecek veya artacak,

-Tarafların arasındaki iletişim kanalları bir daha açılmayacak şekilde kapanabilecektir.

Oysa dava dilekçesi mahkemeye verilir verilmez dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşaması ve uyuşmazlığın belirlenmesinden önce taraflar arabuluculuğa teşvik edilirse arabuluculuktan beklenen amaç açısından daha etkili ve yararlı sonuçlar alınabilecektir.

## V. KONUMUZU İLGİLENDİREN AİLE HUKUKUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Aile Hukuku'nun niteliği ve hassas yapısı, çoğu uyuşmazlıklarının kamu düzenini yakından ilgilendirmesi gibi nedenlerle kendine özgü hukuki kuralları bulunmaktadır. Bu kuralların bir çoğu da emredici niteliktedir. Bu bölümde konumuz açısından önemli görülen düzenlemelere kısaca değinilecektir.

14 İlgili kanun maddeler: "Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede; dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir" (HMK m.137/1).

"Uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkim, tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder; bu konuda sonuç alınacağı kanaatine varırsa, bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin eder" (HMK m.140/2)

"...Uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkim, tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder" (HMK m.320/2).

## A. 4787 SAYILI AİLE MAHKEMELERİNİN KURULUŞ, GÖREV VE YARGILAMA USULLERİNE DAİR KANUN'A GÖRE TARAFLARIN SULHE TEŞVİK EDİLMESİ

Aile mahkemelerinin önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre esasa girmeden önce, tarafların sulhe teşvik edilmesine ilişkin emredici nitelikteki bu düzenlemenin (madde 7/1)<sup>15</sup> uygulaması çok az olup neredeyse yok gibidir.

Buna;

- İş yoğunluğu,
- Uzman yetersizliği,
- En önemlisi de düzenlemenin, “tarafları sadece barıştırarak evliliği sürdürmeyi ya da tarafları herhangi bir bir çözüm tarzına zorlamayı amaçladığı” şeklinde algılanması gibi durumların neden olduğu söylenebilir.

## B. TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA (TMK) YER ALAN DÜZENLEMELER

### 1. Anlaşmalı Boşanma (TMK m.166/3)<sup>16</sup>

Uygulamada anlaşmalı boşanma olarak bilinen bu düzenlemeye göre boşanmaya karar verilebilmesi için diğer koşulların yanında hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi, boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır.

Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü hâlinde boşanmaya hükmolunur.

15 “Aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Sulh sağlanmadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir” (4787. Kanun m.7/1).

16 “Evlilik en az bir yıl sürmüş ise eşlerin birlikte başvurusu ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hâlinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu hâlde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü hâlinde boşanmaya hükmolunur. Bu hâlde tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz” (TMK m.166/3).

Taraflarca yapılan düzenlemenin noter, avukat, arabulucu aracılığıyla veya tarafların bizzat kendileri tarafından kaleme alınmasının, düzenlemenin tarafları bağlayıcılığı açısından hiç bir farkı bulunmamaktadır.

Çünkü yapılan düzenlemenin taraflar açısından bağlayıcı olabilmesi için tarafların serbest iradeleri ile hakim önünde düzenlemeyi kabul etmeleri, hâkimin de düzenlemeyi uygun bularak düzenlemenin mahkeme kararı haline gelmesi ve bu kararın da kesinleşmiş olması gerekir. Uygulamada, taraflardan herhangi birinin kanun yolu aşamasında dahi anlaşmalı boşanmaktan vazgeçebileceği benimsenmekte ve hüküm başka bir sebep aranmaksızın sırf bu sebeple bozulmakta, dava çekişmeli hale gelmektedir.<sup>17</sup> Diğer bir anlatımla, tarafların anlaşmalı boşanma yönündeki iradelerinin, anlaşmalı boşanma hükmünün kesinleşmesine kadar sürmesi aranmaktadır.

“Anlaşmalı boşanma davasında hâkim huzurunda gerçekleşen anlaşmayı bozma hüküm kesinleşmeden mümkündür.”<sup>18</sup>

## 2. Boşanma veya Ayrılığın Ferî Sonuçlarına İlişkin Anlaşmaların Onayı

“Boşanma veya ayrılığın ferî sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz” (TMK m.184/1-5 bent).

Hâkimin boşanmanın ferî (eki) niteliğindeki anlaşmaları onaylaması için öncelikle boşanmaya karar verilmiş olması zorunludur. Boşanmaya karar verilmezse boşanmanın eki niteliğindeki anlaşmalar onaylanamaz.

Buradaki onay, HUAK'ta yer alan icra edilebilirlik şerhi ile karıştırılmamalıdır.

İcra edilebilirlik şerhinde incelemenin kapsamı, anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır.

“Hâkimin sözleşmeyi onaylayıp onaylamama konusunda geniş taktir yetkisi vardır. Hâkim, sözleşmede üzerinde anlaşmaya varılan, örneğin çocukların velâyetinin hangi tarafa bırakılacağı, velâyet kendisine bırakılmamış tarafın çocuklar ile kişisel

17 “Taraflar Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi uyarınca boşanmışlar, hüküm davalı kadın tarafından temyiz edilmiştir. Anlaşmalı boşanma yönünde oluşan karar kesinleşinceye kadar eşlerin bu yöndeki diğer bir ifadeyle gerek boşanmanın mali sonuçları, gerekse çocukların durumu hususunda kabul edilen düzenlemeleri kapsayan irade beyanından dönmesini engelleyici yasal bir hüküm bulunmamaktadır. Bu halde anlaşmalı boşanma davasının “çekişmeli boşanma (TMK m. 166/1-2)” olarak görülmesi gerekir” (Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2016/19146-K: 2018/7097, T: 31.05.2018).

18 **Gençcan**, Ömer Uğur, ‘Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku’ (Ankara 2017), 7.Baskı, Yetkin, s.776.

ilişkisinin nasıl düzenleneceği, bir tarafın diğerine ödeyeceği nafaka ve tazminat gibi konularda, özellikle çocuklarla ilgili maddelerde hukuka ve çocukların menfaatine açıkça ters düşen noktalar saptarsa sözleşmeyi onaylamaz; böyle bir durum söz konusu değilse onaylar ve böylece sözleşme geçerlilik kazanmış olur.<sup>19</sup>

İcra edilebilirlik şerhinin aksine, onay, anlaşmanın mahkeme hükmü haline getirilmesiyle hukuki sonuç doğurmaktadır.<sup>20</sup>

## VI. DÜZENLENMESİ GEREKEN AİLE ARABULUCULUĞU KANUNU İLE İLGİLİ GÖZ ÖNÜNDE BULUNDURULMASI GEREKENLER

Aile Hukuku'nun, medeni hukukun diğer dallarından çok farklı özellikleri, diğer bir anlatımla çok farklı ilkeleri bulunmaktadır. Bu alandaki genel ilkeleri; süreklilik ve birlik ilkesi, zayıfların korunması ilkesi, düzenleme serbestliğinin bulunmaması ilkesi, devletin karışması ilkesi ve eşler arasında eşitlik ilkesini sayabiliriz.<sup>21</sup> Yine Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 10, 20, 41 ve 174. maddelerinde de bazı ilkeler öngörülmüştür. Bu ilkeleri; eşler arasında eşitlik ilkesi (m.10,41), aile hayatının gizliliğinin korunması ilkesi (m.20), ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ilkesi (m.41), ailenin korunması ilkesi (m.41), aile planlanması ilkesi (m.41), çocukların korunması ilkesi (m.41), tek evlilik ve resmi evlilik ilkesi (m.174/4 bent) olarak sayabiliriz.<sup>22</sup>

Aile Hukuku'nun ilke ve özellikleri dikkate alındığında HUAK'taki düzenlemele- re göre Aile Hukuku'na ilişkin çok az sayıdaki uyumsuzluk türü arabuluculuğa elverişli- dir. Uyumsuzluk türlerinin büyük bölümü ise arabuluculuğa elverişli değildir.

Bu durumda, Aile Hukuku'nun ilke ve özellikleri ile yukarıda değinilen ulusla- rarası sözleşmelerdeki yükümlülükler dikkate alındığında ayrı bir aile arabuluculuk kanununa ihtiyaç olduğu anlaşılmaktadır.

Kuşkusuz, ayrı bir aile arabuluculuğu kanunu düzenlenip düzenlenmeyeceği- nin ve düzenlenecekse neleri kapsayacağını takdiri yasama erkine aittir.

Bununla birlikte Aile Hukuku ile ilgili ayrı bir arabuluculuk kanunu düzenlene-

19 **Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman**, Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, ikinci cilt, 15. Baskı, Beta, s.282.

20 "...Boşanma ilamında hükme geçirilmeyen ya da uygun bulunduğu belirtilmeyen protokolün sonuç doğurmayacağı açıktır. Açıklanan yönler gözetilmeden geçerliliği bulunmayan protokole dayalı açılan davada yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır. (Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2014/25482-K: 2015/13380, T.23.06.2015).

21 Bkz. **Akıntürk, /Ateş Karaman**, s.9-13.

22 Bkz. **Öztan**, Bilge, Aile Hukuku (Ankara 2015), 6. Bası, Turhan Kitabevi, s. 5-10.

cek ise bazı hususların özellikle dikkate alınmasının, istenilen amaç açısından yararlı olacağı kanısındayız.

“Aile Hukuku ile ilgili hükümler düzenlenirken, ailenin menfaati yanında, toplum menfaati de gözönünde tutulur. Toplumun menfaatinin korunması ise ancak Devletin müdahalesi ile gerçekleşir. Bu düzenlemelerin ise emredici kurallarla yapılması gerekir.”<sup>23</sup>

Bu bölümde, düzenlenmesi gereken aile arabuluculuğu kanunu ile ilgili göz önünde bulundurulması gereken hususlara değinilecektir.

### **A. ARABULUCULUKLA İLGİLİ EVRENSEL HUKUK İLKELERİ KORUNMALIDIR**

Evrensel hukuk ilkeleri sadece bir medeniyetin, bir toplumun veya bir ülkenin değeri, kazanımı değildir. Bu ilkeler tarihin akışında, tüm insanlığın çabası sonucu ve bazen karşılığında ağır bedeller ödenerek elde edilmiş, tüm insanlığın değeri ve kazanımlarıdır. Bu ilkelerin birçoğu da uluslararası sözleşmelerle koruma altına alınmıştır.

Bunun yanında, her ülkenin kendine özgü sosyal yapısı ve değer yargıları vardır. Bu sebeple ülkelerin mevzuatları birbirinin aynısı olamaz. Her ülkenin mevzuatında, evrensel hukuk kurallarına aykırı olamamak koşulu ile farklılıklar elbette olacaktır.

Aile arabuluculuğu alanında yasal düzenleme yapılırken taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler dikkate alınmalı ve özellikle evrensel hukuk ilkeleri korunmalıdır.

### **B. DÜZENLEMENİN AMACI, TARAFLARI BELLİ BİR ÇÖZÜME ZORLAMAK OLMAMALIDIR**

Gönül ister ki toplum ve toplumun temelini oluşturan aileler, sürekli barış ve uzlaşma içinde yaşasın, evlilikler yıkılıp parçalanmasın, çocuklar parçalanmış ailelerde büyümesin. Ne yazık ki gerçekler her zaman böyle olamamaktadır.

Sürekli kavga ve tartışmaları olan, sorunları çözümsüz duruma gelen, kağıt üzerinde kalmış bir evliliği, her şeye karşın yürütmenin ne eşlere ne çocuklara ne de topluma bir yararı olamaz. Aksine ağır zararları olabilir. Aile arabuluculuğunun amacı ve aile arabulucusunun görevi, eşleri barıştırarak ne olursa olsun böyle bir evliliğin sürdürülmesini sağlamak, diğer bir anlatımla boşandırmamak değildir.

23 Öztan, Bilge, s.5.

Aile arabuluculuğunun amacı ve aile arabulucusunun görevi, eşleri boşanmaya yada tarafları herhangi bir konuda anlaşmaya ikna etmek de değildir.

Kısaca arabuluculuk adı altında taraflara herhangi bir çözüm tarzı dayatılamaz.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Aile Arabuluculuğu Hakkındaki Tavsiye Kararı'nda belirtilen ilkeye göre de arabulucu, tarafları belli bir çözüme uymaları için zorlama gücüne sahip değildir.<sup>24</sup>

### C. AİLE ARABULUCULUĞUNDA AMAÇ NE OLMALIDIR?

Aile arabuluculuğunda amaç, HUAK'ta yer alan arabuluculuğun tanımında belirtildiği gibi; tarafları bir araya getirerek, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştirmek olmalıdır.<sup>25</sup>

"En önemli amaçlardan biri ebeveynler arasında ayrılık ve boşanma gibi son derece stresli geçiş dönemlerinde iletişimi kolaylaştırmaktır. Arabulucu, çiftin birbirini dinleyerek çocuklarının ihtiyaç ve duygularını göz önünde bulunduran ortak kararlara varabilmelerine yardımcı olur."<sup>26</sup>

### D. AİLE ARABULUCULUĞU MAHKEME TEMELLİ OLMALIDIR.

Aile Hukuku'nun özelliği ve kendine özgü ilkeleri gereği, aile arabuluculuğu mahkemelerden<sup>27</sup> bağımsız olarak düşünülemez. Arabuluculuk yoluyla tarafların anlaşmaya vardığı Aile Hukuku'na ilişkin hiç bir uyuşmazlık, hakimin onayı olmadan tek başına nihai bir sonuç doğurmamalıdır.

24 Madde.10: Aile Arabuluculuğunun İlkeleri, III-iv.

25 "...Arabuluculuk: Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarı olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini ifade eder" (6325 s.k m.2/1-b).

26 **Parkinson, Lisa** 'Aile Arabuluculuğu Yeni Aile Adalet Sistemine Dair Uygun Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi' T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Başkanlığı (Ocak 2018), s.10.

27 Bkz.(Mahkeme temelli arabuluculuk konusunda), T.C. Adalet Bakanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Dairesi Başkanlığı'ndan elde edilebilen, 'Türkiye'de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi Aile Arabuluculuğu Mevzuat Çalıştay-III Raporu, 15-16 Mayıs 2017 Ankara, (Çalıştay- III Raporu).

Evlenmenin butlanı, babalık ve soybağının reddi gibi tarafların anlaşmasıyla sonuçlanamayacak (inşai-yenilik doğuran) davaların nitelikleri gereği aile arabuluculuğuna elverişli olamayacağı açıktır.

Özellikle boşanma, velayet, kişisel ilişki gibi kamu düzeninden sayılan konularda her zaman son söz mahkemenin olmalıdır. Çocukların üstün yararının korunup korunmadığı dikkatlice ve özenle incelenmelidir.

Aile arabuluculuğu yoluyla yapılan anlaşmalar mahkemece duruşmalı inceleme, kural olarak duruşmaya tarafların bizzat katılımı sağlanmalıdır. Bu konuda özellikle TMK'nın 166/3 ve 184/1-b.5 maddeleri dikkate alınmalıdır.

Yüzeysel ve şekli bir inceleme ile yetinilmesi Aile Hukuku'nun ilkelerine uygun olamaz. Anlaşmanın onaylanması için tarafların serbest iradeleri ile anlaşmaya vardıkları ve buna ilişkin iradelerinin halen devam ettiği yönünde hâkimde tam bir vicdani kanı oluşmalıdır.

“Söz konusu anlaşmaların onaylanması veya kabulü sırasında, bu işlemi yapacak olan mahkeme veya yetkili makam, taraflarca kabul edilen çözümün muhtevasının kanuna ve ahlâka aykırı olmadığını, taraflardan birinin kanunî menfaatlerini ihlâl etmediğini ve özellikle çocukların menfaatlerini koruduğunu kontrol etmelidir.”<sup>28</sup>

## E. AİLE ARABULUCULUĞU İSTEĞE BAĞLI (İHTİYARİ) OLMALIDIR

Aile Hukuku'nun niteliği, ilkeleri ve hassas yapısı dikkate alınarak, aile arabuluculuğu zorunlu olmamalı<sup>29</sup>, dava şartı haline getirilmemeli, arabuluculuğun gönüllülük ilkesi her aşamada istisnasız korunmalıdır.

Ayrıca İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi'nin 6. maddesinde anlamını bulan “yargıya erişim hakkının” çok önemli olduğu tartışmasızdır. Özellikle aile hukundan kaynaklanan uyuşmazlıklara daha duyarlı yaklaşımın gerektiği de dikkate alınmalı ve yargıya erişim hakkı asla zedelenmemelidir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Aile Arabuluculuğu Hakkındaki Tavsiye Kararında da kural olarak, aile arabuluculuğuna başvurulmasının zorunlu olmaması ilkesi tavsiye edilmiştir.<sup>30</sup>

28 **Özbek**, Mustafa, 'Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Aile Arabuluculuğu" Konulu Tavsiye Kararı', Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt : 7, Sayı : 2, 2005 <<http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz7-2/PDF/ozbek3.pdf>>set. 12.01.2019.

29 Bkz. İhtiyari aile arabuluculuğu konusunda, Çalıştay- III Raporu.

30 Madde10: Aile Arabuluculuğunun İlkeleri, II-a.

## F. MAHKEMECE AİLE ARABULUCULUĞUNA ELVERİŞLİ UYUŞMAZLIKLARDA DİLEKÇELER KARŞILIKLI VERİLMELİ VE ÖN İNCELEME AŞAMASINDAN ÖNCE TARAFLAR, AİLE ARABULUCULUĞU KONUSUNDA AYRINTILI ŞEKİLDE BİLGİLENDİRİLİP TEŞVİK EDİLMELİDİR

Tarafların özel hayatlarına ilişkin konular açığa vurulmadan, taraflar birbirlerini haklı haksız eleştirip suçlamadan, gerginlikler ve düşmanlıklar doğmadan, iletişim kanalları bir daha açılmayacak şekilde kapanmadan, bizzat mahkeme aracılığıyla yapılacak bir toplantıda taraflar, aile arabuluculuğu konusunda bilgilendirilmeli ve aile arabuluculuğuna teşvik<sup>31</sup> edilmelidir.

Bu toplantı dava dilekçesi mahkemeye ulaştıktan hemen sonra, usulün diğer aşamalarına geçilmeden, belirlenecek bir günde yapılmalıdır. Davalıya dava dilekçesi ile birlikte toplantı günü, davacıya da toplantı günü açıklanmalı çağrı kağıdı ile bildirilmeli, toplantıya her iki taraf da gelirse bilgilendirme yapılmalıdır.

Bilgilendirilmenin sözde olmaması ve konunun taraflara amacına uygun şekilde anlatıldığının denetlenebilmesi için tarafların aile arabuluculuğuna başvurmak istemediklerine ilişkin aydınlatılmış rızalarının alınması daha yararlı ve etkin olacaktır.

Usulüne uygun olarak çağrılmasına karşın taraflardan en az birinin bilgilendirme toplantısına katılmaması veya katılan taraflardan en az birinin aile arabuluculuğuna başvurmayı kabul etmemesi halinde yargılamaya kaldığı yerden devam edilmelidir. Tarafların tümünün toplantıya katılması ve aile arabuluculuğuna başvurmayı kabul etmeleri halinde, aile arabuluculuğuna başvurmaları ve arabuluculuk sürecinin sonucu beklemek üzere usuli işlemler durdurulmalıdır. Usuli işlemler durdurulmakla birlikte mahkemece alınması gerekli acil önlemlere ilişkin kararlar her zaman için verilebilmelidir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Aile Arabuluculuğu Hakkındaki Tavsiye Kararı'nda da dava sürecinin, arabuluculuğa başvurulması için kesilebilmesi, böyle bir durumda mahkemenin, tarafları veya onların çocuklarını ya da mallarını korumak için acil kararlar verme yetkisinin tanınması tavsiye edilmektedir.<sup>32</sup>

Arabuluculuk sürecinin herhangi bir nedenle sonuçsuz kalması halinde ise yargılamaya kaldığı aşamadan devam edilmelidir.

HUAK'ın ilgili maddeleri, HMK'nın 137/1, 140/2 ve 320/2. maddeleri ile 4787 Sayılı Kanunu'nda bu konuyla ilgili gerekli değişiklikler yapılmalıdır.

31 Bkz. Aile arabuluculuğuna teşvik konusunda, Çalıştay- III Raporu.

32 Madde10: Aile Arabuluculuğunun İlkeleri, V- b/i ve ii.

## **G. AİLE MAHKEMELERİNDE GÖREV YAPAN HÂKİMLER İÇİN AİLE ARABULUCULUĞU KONUSUNDA FARKINDALIK YARATILMALIDIR**

Aile arabuluculuğunu bilen bir hâkim tarafından tarafların bilgilendirilerek aile arabuluculuğuna teşvik edilmesi, yasanın uygulanmasını daha etkin ve başarılı kılar.

Bu sebeple, özellikle aile mahkemesi hâkimlerinin aile arabuluculuğu konusunda yeterli bilgiye sahip olmaları yararlı olacaktır. Yapılacak yasal düzenleme ile aile mahkemelerinde görev yapacak hâkimlerin, aile arabuluculuğu konusunda eğitim almaları zorunlu hale getirilmelidir.

## **H. ÇOCUKLARIN ÜSTÜN YARARI HER AŞAMADA İSTİSNASIZ ŞEKİLDE KORUNMALIDIR**

Özellikle idrak çağında olan çocuklar<sup>33</sup>, kendileri ile ilgili kararlarda görüşlerini bildirmeleri için arabuluculuğun ilerleyen ve en uygun aşamasında sürece dahil edilebilmeli bu konuda gerektiğinde veya çocuk idrak çağında değilse uzmanlardan görüş alınmalıdır. Ebeveynler ile çocuk arasında çıkar çatışması bulunması halinde, çocuğun bağımsız temsili sağlanabilmelidir. Arabuluculuk görüşmeleri sırasında arabulucu, çocuğa karşı şiddet uygulandığı kanaatine varır veya bunu tespit ederse derhal arabuluculuk faaliyetini sona erdirmeli ve durumu ilgili makamlara bildirmelidir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Aile Arabuluculuğu Hakkındaki Tavsiye Kararı'nda belirtilen ilkeye göre de arabulucu, çocukların refahı ve menfaatlerine özel bir ilgi göstermeli, aileleri çocukların ihtiyaçları üzerinde yoğunlaşmaları için teşvik etmeli ve ailelere çocuklarının refahıyla ilgili öncelikli sorumluluklarını, çocuklarını bilgilendirme ve çocuklarına danışma gerekliliğini hatırlatmalıdır.<sup>34</sup>

## **I. HERHANGİ BİR AŞAMADA ŞİDDETİN VARLIĞI VEYA ŞİDDET UYGULANMA TEHLİKESİ FARKEDİLDİĞİNDE SÜREÇ BAŞLATILMAMALI BAŞLAMIS İSE DERHAL SONA ERDİRİLMELİDİR. ŞİDDETİN ÖZELLEŞTİRİLMESİNE YOL AÇILMAMALI, ŞİDDETE SIFIR HOŞGÖRÜ TANINMALIDIR**

Şiddete uğrayanlar veya şiddete uğrama tehdidi, tehlikesi altında olanların, arabuluculuk süreçlerine diğer tarafla eşit koşullarda katılmaları veya süreci eşit koşullarda yürütmeleri düşünülemez. Bu gibi durumlarda güçler dengesi şiddet mağduru

33 Bkz. Arabuluculuk faaliyetinde çocuğun dinlenmesi, bağımsız temsil ve çocuğa karşı şiddet konularında, Çalıştay- III Raporu.

34 Madde10: Aile Arabuluculuğunun İlkeleri, III-viii.

aleyhine bozulur. Böyle durumun farkedilmesi halinde arabuluculuk süreci başlatılmamalı, başlamış bir süreç varsa derhal sonlandırılmalı şiddete sıfır hoşgörü tanınmalıdır.

“Şiddet mağdurları, alternatif çözüm süreçlerine, hiçbir zaman faille eşit düzeyde giremezler. Mağdurların utanç, çaresizlik ve güçsüzlük duygularıyla baş başa bırakılmaları, buna karşılık faillerin güç ve egemenlik duygusuna kapılmaları bu tür suçların doğasında vardır. Ev içi şiddetin ve kadınlara yönelik şiddetin yeniden özelleşmesinden kaçınmak ve mağdurun adalet arayışını güçlendirmek açısından, başında doğal yargıcın yer aldığı ve yürürlükteki ulusal yasalar uyarınca yürütülecek karışıklık temelindeki yargı süreçlerine erişiminin sağlanması devletin sorumluluğundaki bir iş-tir.”<sup>35</sup>

“Bir uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığının değerlendirilmesi konusunda arabulucuların iyi bir eğitim almış olması gerekir. Bu şekilde geçmişte meydana gelen veya halihazırda var olan her türlü istismarın dikkate alınması, mevcut risklerin ve korku veya kaygı düzeyinin tespit edilmesi ve istismarın niteliğinin belirlenmesi gerekir.”<sup>36</sup>

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Aile Arabuluculuğu Hakkındaki Tavsiye Kararında belirtilen ilkeye göre de “Arabulucu, geçmişte şiddete başvurulup başvurulmadığına veya taraflar arasında gelecekte başvurulup başvurulmayacağına ve bunun, tarafların pazarlıktaki konumları üzerinde doğurabileceği etkilere özel ilgi göstermeli ve bu durumlarda arabuluculuk sürecinin uygun olup olmadığına dikkat etmelidir.”<sup>37</sup>

## İ. TARAFLAR ARASINDA GÜÇ DENGESİZLİKLERİNİN BULUNMASI VE BU DURUMUN GİDERİLEMeyecek OLMASI HALİNDE ARABULUCULUK SÜRECİ SONLANDIRILMALIDIR

Arabuluculuk sürecinde güçler dengesi her zaman gözetilmelidir.

Aile içi şiddet ve istismar içeren durumlarda olduğu gibi<sup>38</sup>, örneğin korunmaya

35 **Bakırcı, Kadriye** ‘İstanbul Sözleşmesi’, Ankara Barosu Dergisi, sayı: **2015/4** <<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2015-4/7.pdf>> s.e.t: 08.01.2019.

36 (**Parkinson**, Lisa, raporda yer verilen görüşü), T.C. Adalet Bakanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Dairesi Başkanlığı’ndan elde edilebilen, ‘Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi Projesi Aile Arabuluculuğu Çalıştay-II Raporu’, 21-22 Kasım 2016 İstanbul, (Çalıştay II Raporu), s.18.

37 Madde10: Aile Arabuluculuğunun İlkeleri, III-ix.

38 Bkz. **Parkinson**, s. 76-88.

muhtaç çocuklar, tehdit, aşırı güç dengesizlikleri, aldatma veya yanlış bilgi verildiğinin kanıtlanması arabuluculuk esasları ve temel kurallarını kabul etmeme veya gereken şartları taşıyama, taraflardan birinin akıl hastalığı, madde bağımlılığı veya herhangi bir nedenle temyiz kudretinin yerinde bulunmaması ya da taraflar veya taraflardan birinin aşırı bilgisiz (cahil) olması gibi durumlarda arabuluculuk süreci yürütülemez.

Ancak tıbbi yardımla geçecek geçici sağlık sorunları, dil ve işitme engelinin bulunması gibi durumlarda, uzman yardımı alınıp sorun giderilebilirse arabuluculuk sürecine devam edilebilir.

Ayrıca arabulucular tarama, analiz ve risk değerlendirmesi ve gerektiğinde mekik diplomasisi yaparak, taraflar arasında güç dengesizliği yaratacak herhangi başka bir durumun var olup olmadığını belirlemeli, giderilmeyecek bir dengesizlik tespit edilirse arabuluculuk sürecine son verilmelidir.

### **J. KURAL OLARAK EŞ-ARABULUCUĞU MODELİ TERCİH EDİLEBİLİR**

Aile arabuluculuğu sürecinin yönetilmesinde, eş-arabulucularla daha başarılı ve amaca uygun sonuçlar elde edilebilir.

“Akıl akıldan üstündür deyişi özellikle arabuluculuk için son derece geçerlidir. Eş-arabulucular birlikte iyi çalışır ve birbirlerinin güçlü yönlerini geliştirilirse bir eş-arabuluculuk ekibi, çözümü güç çatışmaları ve güç dengesizliklerini yönetmekte tek arabulucudan çok daha fazla kapasiteye sahip olacaktır... Bir kadın bir erkekten oluşan eş-arabuluculuğu modeli, cinsiyet sorunları ve güç dengesizliklerini gidermekte büyük avantajlar sunmaktadır.”<sup>39</sup>

### **K. GİZLİLİK İLKESİ KORUNMALIDIR**

Bir ailenin özel hayatına ilişkin gizli bilgilerinin açığa vurulması, bir şirketle ilgili bilgilerin gizli tutulmasından daha az önemli değildir. Eşlerin özel hayatlarına ilişkin bilgilerin açığa vurulması, onların ve ortak çocuklarının yararına değildir. Eşler, en azından çocukları için boşandıktan sonra da iletişimlerine devam edecektir. Çocuklarla ebeveynleri arasındaki ilişkiler de sürmek zorundadır. Sadece tarafları ilgilendiren ve gizli kalması gereken özel bilgilerin gerekli gereksiz açığa vurulması, eşleri ve ortak çocukları duygusal açıdan yaralayacağı gibi iletişim kanallarının kapanmasına, ileriki yaşamlarının olumsuz yönde etkilenmesine neden olabilir. Bu sebeple arabuluculuk sürecinin gizliliği özellikle aile arabuluculuğu açısından çok önemlidir.

39 Parkinson, s. 93.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Aile Arabuluculuğu Hakkındaki Tavsiye Kararı'nda belirtilen ilkeye göre de aile arabuluculuğunun işleyişi, sürecin gizliliğini korumalıdır.<sup>40</sup>

Ancak gizlilikteki amaç, asla şiddet veya istismarın üzerini kapatmak değildir.

Özellikle bir çocuğun zarar gördüğüne ilişkin özel iddiaların veya bir çocuğun mağdur olduğuna ilişkin kuşkuların varlığı halinde, arabulucuların durumu derhal yetkili makamlara bildirmesi zorunludur. Aynı şekilde bir yetişkinin mağduriyeti veya zarar görme ihtimalinin bulunduğu durumlarda da yetkili makamlar bilgilendirilmelidir.<sup>41</sup>

Ayrıca bu gibi durumlarda, gerekirse süreç durdurulmalı veya sonlandırılmalıdır.

## L. AİLE ARABULUCULARI

Aile arabulucuları hukuk fakültesi mezunu (halen görevde olan hakim-savcılar hariç), aile arabuluculuğu konusunda eğitim almış kişilerden oluşmalıdır. Aile arabulucularının özellikle, toplumsal cinsiyet (aile içi şiddet, ihmal ve istismar), gelişim psikolojisi (çocuk, ergenlik, yetişkinlik), sosyal psikoloji (grup dinamiği ve diğerleri) konularında eğitim almaları gerekir. Sınır ötesi uyuşmazlıklarda arabuluculuk yapacak kişiler ayrıca yabancı dil bilmeli, farklı kültürler hakkında bilgi sahibi olmalı, ulusal ve uluslararası mevzuata hakim olmalıdır. Aile arabulucuları ayrı sicile kaydedilmelidir. Aile arabuluculuk sistemi ve arabulucular için model etik ve uygulama kuralları belirlenmelidir.<sup>42</sup>

"Arabuluculuk eğitimi çok disiplinli yaklaşım gerektirir. Edinilmesi gereken bilgi sadece hukuk bilgisi değildir. Arabulucuların çocuk gelişimi, aile sistemleri, yetişkinler ve çocuklar için ayrılığın veya boşanmanın etkileri gibi pek çok konuda bilgi sahibi olması gerekir. Bunun yanında iletişim türleri, çatışma yönetimi, müzakere ve diğer becerilere de sahip olunmalıdır"<sup>43</sup>

## M. YARGILAMA GİDERLERİ

Aile arabuluculuğu sürecinde taraflar koşulları varsa adli yardımdan yararlanabilmeli, harç ve arabuluculuk ücretleri maktu olmalıdır.

40 Madde10: Aile Arabuluculuğunun İlkeleri, III-v.

41 Bkz. **Parkinson**, s.23.

42 Bkz. Çalıştay- III Raporu.

43 (**Parkinson**, raporda yer verilen görüşü), Çalıştay- II Raporu, s.18.

Mahkemenin bilgilendirme toplantısı sonucu ilk kez aile arabulucusuna gidildiğinde, en azından arabulucunun yapacağı ilk toplantının ücreti devlet tarafından karşılanmalıdır.

## N. KANUN YOLLARI

Mahkeme temelli arabuluculukta tarafların anlaşmaları, mahkemenin vereceği bir karar ile mahkeme hükmü haline gelecektir. Mahkeme kararlarına karşı kanun yolları Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belirtilmiştir. Bu konu aynı zamanda adil yargılanma hakkının da bir gereğidir. Mahkemenin aynı türdeki bazı kararlarına kanun yollarını sonuna kadar açmak, bazı kararlarına ise (arabuluculuk uygulaması sonucu verilen mahkeme kararlarına) kanun yollarını tamamen veya kısmen kapalı tutmak adalete erişim hakkına ağır müdahale olabilir.

Bu sebeple değeri parayla ölçülebilen davalarla ilgili özel düzenlemeler hariç, diğer tüm kararlar için istinaf ve temyiz yolu açık olmalıdır. Böyle olması halinde, hukuki denetim yolu sonuna kadar açık tutulacak, aile arabuluculuğu açısından ülke genelinde uygulamada birlik oluşacak, benzer olaylar için birbirinden tamamen farklı uygulamaların önüne geçilecek, toplumun aile arabuluculuğuna ve sonucunda adalete güven duygusu zedelenmemiş olacaktır.

## VII. SONUÇ

HUAK'ta yer alan düzenlemelere göre aile hukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların büyük bir bölümünün çözümünde arabuluculuğun uygulama olanağı bulunmaktadır. Diğer bir anlatımla, Aile Hukuku'nun özellikleri ve Aile Hukuku'nda geçerli olan ilkeler dikkate alındığında, HUAK'ta düzenlenen arabuluculuğun ihtiyaca cevap verecek yeterlilikte olmadığı görülmektedir.

Ayrıca taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde, Aile Hukuku'ndan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde dostane çözüm yollarından olan aile arabuluculuğu yönteminin de uygulanması önerilmektedir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Aile Arabuluculuğu Hakkındaki Tavsiye Kararı'nda da aile arabuluculuğu tavsiye edilmektedir.

Bu durumda ayrı bir aile arabuluculuk kanununa ihtiyaç olduğu anlaşılmaktadır.

Düzenlenmesi gereken aile arabuluculuk kanununun ise isteğe bağlı, mahkeme temelli, evrensel ilkelere uygun, Aile Hukuku'nun özelliklerini ve ilkelerini gözetin,

TMK'nın dokusunu bozmayan, her türlü şiddete sıfır hoşgörü tanıyan, çocukların üstün yararını koruyan, hukuk fakültesi mezunu ve aile arabuluculuğu konusunda eğitim almış arabulucular aracılığıyla uygulanması zorunlu kılınan bir kanun olmasının, toplum ve toplumun temelini oluşturan aileler için yararlı olacağı düşünülmektedir.

### KAYNAKÇA

1. Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, ikinci cilt, 15. Baskı, Beta.

2. Altıntaş, Elif Hande, Uluslararası Çocuk Kaçırmalarda Arabuluculuk, Ankara 2018, Yetkin.

3. Bakırcı, Kadriye 'İstanbul Sözleşmesi', Ankara Barosu Dergisi, sayı: 2015/4, <<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2015-4/7.pdf>> s.e.t: 08.01.2019

4. Gençcan, Ömer Uğur, 'Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku' (Ankara 2017), 7. Baskı, Yetkin

5. Özbek, Mustafa, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Aile Arabuluculuğu" Konulu Tavsiye Kararı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt : 7, Sayı : 2, 2005 <<http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz7-2/PDF/ozbek3.pdf>> set. 12.01.2019.

6. Öztan, Bilge, Aile Hukuku (Ankara 2015), 6.Bası, Turhan Kitabevi.

7. Parkinson, Lisa, Aile Arabuluculuğu Yeni Aile Adalet Sistemine Dair Uygun Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Başkanlığı (Ocak 2018)

8. Parkinson, Lisa, raporda yer verilen görüşleri, T.C. Adalet Bakanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Dairesi Başkanlığı'ndan elde edilebilen, 'Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi Projesi Aile Arabuluculuğu Çalıştay-II Raporu', 21-22 Kasım 2016 İstanbul, (Çalıştay II Raporu).

9. T.C. Adalet Bakanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Dairesi Başkanlığı'ndan elde edilebilen, 'Türkiye'de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi Aile Arabuluculuğu Mevzuat Çalıştay-III Raporu', 15-16 Mayıs 2017 Ankara, (Çalıştay III Raporu).



## II. OTURUM/SECOND SESSION

### İŞ HUKUKUNA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK MEDIATION IN LABOR LAW DISPUTES

#### **Oturum Başkanı/Chair:**

**Seracettin GÖKTAŞ** (Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Başkanı/ Head of 22. Civil Chamber of the Court of Cassation)

#### **Konuşmacılar/Speakers:**

**Zane PETERSONE**, Letonya Yüksek Mahkemesi Hakimi/ Judge of the Supreme Court of Lithuania

**Prof. Dr. Talat CANBOLAT**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi/Marmara University Faculty of Law

**Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi/Dokuz Eylül University Faculty of Law

**Prof. Dr. Murat ATALI**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi/ İstanbul University Faculty of Law





Zane PETERSONE

## **MEDIATION IN LATVIA AND PECULIARITIES OF MEDIATION IN LABOUR DISPUTES/LETONYA'DA ARABULUCULUK VE İŞ HUKUKUNA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUĞUN ÖZELLİKLERİ**

### **SUMMARY**

The article describes the situation regarding mediation in Latvia, with a special emphasis on mediation in labour disputes.

The first chapter is devoted to mediation in criminal cases that is functioning with success since 2004, mainly carried out by the State Probation Service. Mediation has become the main method used for reaching settlements between victims and offenders, alongside with conferencing.

The second chapter deals with mediation in civil cases, touching upon its historical development and then moving on to the order set by the 2014 Mediation Law: the basic principles; voluntary character of mediation in Latvia; mediation contracts to solve disputes in mediation and when a party can go to court; mediators and their examination.

There are "mediators" and "certified mediators" in Latvia. The certification according to the standards set down by the state in the Mediation Law is required for those mediators who want to be called "certified mediators" and put on the List of Certified Mediators, available online and in all courts.

A special attention is devoted to the Court-annexed mediation system, introduced for civil cases since 2015. A judge may not order a mandatory mediation, but there exists a mandatory obligation for judges to propose (to suggest) mediation in all civil matters. To accept this proposal or not, is at the discretion of the parties.

Next chapters describe mediation projects, statistics and training of judges and lawyers on mediation and referral to mediation.

The last chapter deals with benefits and peculiarities of mediation in labour disputes.

**Keywords:** mediation, Latvia, certified mediators, court-annexed mediation, referral to mediation, mediation training, labour mediation.

## I. MEDIATION IN LATVIA IN CRIMINAL CASES

In Latvia the development of mediation started by activities of non-governmental organizations in 2003, and the first results were in criminal cases: the first “officially recorded” mediation was in a criminal case, done by the Victims’ Help Centre on the 30th of November 2004. Since then mediation in criminal cases has developed rapidly and very successfully, and it has already been functioning effectively for several years.

The main conducive factor for that was the new and modern Criminal Procedure Law that was adopted on the 21st of April 2005 and entered into force on the 1st of October 2005. The Criminal Procedure Law contains several articles facilitating a peaceful dispute resolution between the victim and the offender. Mediation is not mentioned by the name, as the word “settlement” is used. However, mediation has become the main method used for reaching a settlement. The other method that is used alongside mediation in order to reach settlements between victims and probation clients, is conferencing.

There are four types of criminal offences in Latvia, categorized by the Latvian Criminal Law, depending on the seriousness of the misdeed: criminal violations, less serious crimes, serious crimes and especially serious crimes. A criminal violation is an offence for which the Criminal Law provides for deprivation of liberty for a term not exceeding three months, or a lesser punishment. A less serious crime is an intentional offence for which

the Criminal Law provides for deprivation of liberty for a term exceeding three months but not exceeding three years, or an offence, which has been committed through negligence and for which the Criminal Law provides for deprivation of liberty for a term up to eight years. All intentional offences, for which the Criminal Law provides for deprivation of liberty for a term exceeding three years, fall under the categories of serious and especially serious crimes. An offence, which has been committed through negligence and for which the law provides for deprivation of liberty for a term exceeding eight years, is a serious crime, too.

Article 58(2) of the Criminal Law and Article 379(1) of the Criminal Procedure Law stipulate that an investigator with a consent of a supervising public prosecutor, a public prosecutor or a court may terminate criminal proceedings (close the case without a punishment), if the person who has committed a criminal violation or a less serious crime, except criminal offences resulting in death of a human being, has reached a settlement with the victim or his or her representative and within the last year the person has not been released from criminal liability for the commission of an intentional criminal offence by reaching a settlement and has completely eliminated the harm caused by the criminal offences committed or has reimbursed for the losses caused.

According to Article 536(1) of the Criminal Procedure Law the victim and the accused may notify the court about the reached settlement in the case at any stage of the proceedings up to the retirement of the court to the deliberation room for making the final decision.

Even if the court may not terminate criminal proceedings in cases where a serious crime or an especially serious crime has been committed, the reached settlement may influence the severity of the punishment set by the court or may terminate a dispute on the financial compensation for the harm caused to the victim.

Mediation in criminal matters has been carried out by two authorities: the Victims' Support Centre and the State Probation Service, the latter becoming the leading one during the recent years. The State Probation Service is a State administrative institution under the supervision of the Ministry of Justice, which puts into effect State policy in the supervision of probation clients and the correction of their social behaviour, as well as performs

other functions specified by the law. The State Probation Service's work regarding mediation is regulated by 2003 State Probation Service Law, 2018 Regulation on the Settlement Procedure (before that – 2007 Regulation on the Procedure how the State Probation Service organizes and leads a Settlement with a Help of a Mediator), 2018 Regulation on the Training and Certification of Voluntary Mediators for Organization and Conduction of the Settlement Process (before that – 2007 Regulation on the Certification of the Voluntary Mediators of the State Probation Service), and the Code of Ethics for the Mediators.

The State Probation Service shall ensure the possibility for a victim and a probation client to engage voluntarily in the process of mediation (Article 13 of the State Probation Service Law). A probation client means a person who is serving a sentence in prison or has been released from a prison after the service of a sentence and has entered into an agreement with the State Probation Service regarding receipt of a post-penitentiary aid, as well as a person who has been conditionally released from criminal liability, a person upon whom a suspended sentence has been imposed, or a person conditionally released prior to the completion of his or her basic sentence if any duties prescribed by the law have been imposed upon him or her.

The State Probation Service, while implementing mediation, performs the following functions:

- 1) performs the training of mediators;
- 2) provides information to the person directing the criminal proceedings (an investigator, a public prosecutor or a court) regarding the possibilities to implement mediation and the purpose of such settlement;
- 3) implements the process of mediation;
- 4) informs the person directing the criminal proceedings about the results of the mediation; and
- 5) provides information to the public, victims and probation clients regarding the possibilities of mediation and the aims of such settlement.

Mediation in the State Probation Service is carried out by specially trained mediators who are either employees of the service or voluntary probation workers. Mediators are trained and certified by the State Probation Service itself.

---

The main principle ruling criminal mediation is the restorative justice. Mediation can be initiated by the victim, by the offender, by the parents of an under-age victim or offender, or by the person directing the criminal proceedings (an investigator, a public prosecutor or a court; done by an official letter to the State Probation Service). The vast majority of mediations is initiated by the offenders.

The State Probation Service puts a lot of work and energy in the preparation of mediation. A particular attention is directed towards the way how to call parties, how to refer them to mediation and how to explain the mediation process, the benefits and the consequences to them. Mediators find it important to discuss and arrange the seating for the mediation session beforehand as well. If the preparatory work has been successful and parties have really come together to talk, there is about 80 % success rate.

The mediation process usually starts with an introduction and set of rules by the mediator, followed by a special interviewing technique for the parties using particular questions. The offender is asked first. An average duration of the mediation session is about one and a half to two hours. If more time is needed, another session is provided another day. The reached agreements are always in a written form.

The other settlement method – conferencing – helps to diminish the impact of the crime on the future lives of the people who had been involved in the crime. Conferencing is beneficial for the victims in order to get out of the role of the victim and to understand the reasons for what has happened, but for the offenders – to understand the consequences of what he or she has done. The State Probation Service finds conferencing especially rewarding in cases where there are minors or many participants involved.

Settlements are reached in more than 50 % of the cases. If an agreement is reached, it may and may not contain special duties that the offender undertakes to perform. The most popular undertaking is a monetary compensation (more than 50 %), followed by apologies, works and other types of duties. The majority of the mediated cases are theft cases, but there are violent cases, too.

Therefore criminal mediation in Latvia has proven to be a highly effective way to resolve conflicts between victims and offenders and to restore justice.

---

## II. MEDIATION IN LATVIA IN CIVIL CASES

### A. A HISTORICAL OVERVIEW

In courts adjudicating civil cases mediation started to get its place in 2006 with a Twinning pilot project. Alongside other activities of the project, two district courts of Riga were involved in the project – two judges from each court who received an intensified training on mediation and tried to use mediation methods in order to facilitate peaceful settlement in the cases before them.

Around this time an interest in mediation started to rise from practitioners of different fields: judges, attorneys, notaries, psychologists, social workers, etc. Even if there did not exist a special law on mediation yet (where mediation would be expressly mentioned and regulated), several non-governmental organizations started to provide private or the so-called independent mediation and training of mediators. Mediation in family cases was offered by Rīgas bāriņtiesa (Riga Orphan's Court) – a municipal institution working on family and children matters in the capital city of Latvia – Riga.

The government took slow but steady steps in order to facilitate mediation and to transpose the Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters. A document on the main development issues for court system was adopted in spring 2009, where it was stated that the use of mediation should be developed and an effective interaction of civil litigation and mediation should be created in order to minimize the workload in courts. In 2008 the Ministry of Justice elaborated a document called "Introduction of Mediation for Solution of Civil Disputes", also known as Mediation Conception. On 18 February 2009 the Cabinet of Ministers supported the motion that there would be the independent mediation system and the court-annexed mediation system in Latvia. The other two mediation systems – the court mediation and the integrated mediation – were not chosen at the time, but they were also not declined. A task group under the supervision of the Ministry of Justice was created for drafting the new Mediation Law.

At this time a serious discussion was going on regarding terminology – what would be the best terms in the Latvian language for such words as

---

“mediation”, “mediator” etc. After all it was decided that the terms closest to the international terminology would be used: “mediācija” for “mediation”, “mediators” for “mediator” etc.

On 22 May 2014 Mediation Law was finally adopted by the Parliament and it entered into force on 18 June 2014 together with corresponding amendments of Civil Procedure Law. The Chapter IV of the Mediation Law on the court-advised mediation (the so called “court-annexed” mediation) entered into force on 1 January 2015. On 5 August 2014 the Cabinet of Ministers adopted Regulation on the Certification and Re-certification of Mediators.

Even if the implementation of the Directive 2008/52/EC shall apply only to the cross-border disputes in civil and commercial matters, the Latvian Mediation Law sets rules also for mediation for national disputes and not only for civil and commercial disputes. This trend is characteristic to other European countries as well.

Latvia has been a part of the Association of European Judges for Mediation (Groupement Europeen des Magistrats pour la Mediation (GEMME)) since 2007. Since then Latvia has had one permanent member, and there is no national section formed. However, GEMME has played an important role in the development of mediation in Latvia. Seminars and conferences organized by GEMME or with involvement of GEMME members and the exchange of experience among GEMME’s members have been of tremendous importance in gaining knowledge on mediation. This knowledge and experience have been used in order to help drafting the new Mediation Law, building awareness and educating Latvian judges and lawyers on mediation.

## **B. THE PRESENT SYSTEM AND THE LEGAL REQUIREMENTS**

### **1. The Basic Principles**

The Mediation Law sets the basic principles of mediation and the main rules on mediation, mediators, the mediation contract, the agreement reached during mediation, the court-annexed mediation, the Council of Certified Mediators, etc.

The Mediation Law consolidates the fundamental principles of mediation: voluntary participation of parties, confidentiality, equality and co-operation of parties, and neutrality of a mediator.

According to the confidentiality principle, the information that is obtained during mediation or is related to it is confidential, unless the parties have agreed otherwise. It is prohibited to question a mediator as a witness regarding the facts arising out of or in connection with a mediation process. However, these rules do not apply when the disclosure of the content of the mediation agreement is necessary to enforce that agreement or when the disclosure of the information is required by the law in order to ensure public order, particularly the protection of the rights or interests of a child, and to prevent danger to the life, health, freedom or sexual inviolability of a person.

The parties are free to decide on their participation in mediation, commencement of mediation, selection of a mediator, the course of mediation within limits determined by the mediator, and termination of mediation with or without entering into an agreement. At the time of creation of the Mediation Law there was a discussion on whether to make mediation mandatory in some types of cases. However, this idea was found inappropriate, as there did not exist any state-certified mediators back then. Now, when such mediators exist, discussions about mandatory mediation are coming back. Nevertheless the authoress supports voluntary mediation and alluring people into mediation instead of mandatory mediation and pushing people to attend mediation. People are happier about things they choose themselves, and then the results are better as well. It involves a hard and sometimes time-consuming work to show people the benefits of mediation and to allure them into this way of dispute resolution, but the outcome is often rewarding.

The parties may agree in oral or written form regarding the use of mediation to settle disputes already arisen or which may arise in the future. Such an agreement (a mediation clause) may be included in any written contract as a separate provision. If the parties have concluded such a mediation contract, a claim in the case of a dispute may be brought to a court only after:

- 1) one party has informed the other party in writing regarding withdrawal from the mediation contract;

---

2) one party has rejected the proposal of the other party to settle the dispute by mediation;

3) the mediation has been terminated without an agreement and the mediator has issued a certificate regarding the outcome of the mediation.

If the parties agree to mediate, there can be cases when time matters. For example, the Labour Law provides that an employee may bring a court action for the invalidation of a notice of termination of a labour contract by an employer within one month from the date of the receipt of the notice of termination. Therefore in order not to make people choose between mediation and litigation the Mediation Law stipulates that the running of the time period for bringing an action laid down in laws and regulations is suspended at the time when a proposal for mediation is submitted. The running of the time period for bringing an action renews from the day when a proposal for mediation is rejected or mediation is terminated in accordance with this law.

Prior to mediation a mediator must explain to the parties the procedure of mediation, the mediator's functions, the rights and obligations of the parties in mediation, as well as the basic principles of mediation. A mediator may meet with the parties jointly or with each party individually, and a mediator must observe the legal norms and the norms of the professional ethics of mediators at all times.

## **2. The Court-advised Mediation**

Most articles of the Mediation Law refer to all kinds of cases and to all fields of law. However, the court-annexed mediation system involving the obligation for the court and the judges to inform parties about mediation and to suggest it has been introduced only for civil cases (all matters that are not criminal or administrative), at least for now. It is regulated by the Chapter IV of the Mediation Law and the corresponding norms of the Civil Procedure Law.

As mentioned above, there is no mandatory obligation for the parties to enter into mediation and judges are not allowed to order mediation against parties' will. However, the court and the judges are obliged to inform parties about the possibility to use mediation and to propose it where

appropriate – at all stages of the court proceedings until the end of the trial on the merits of the case. In particular:

- in writing immediately after the claim statement has been submitted to the court;
- when preparing the case for trial;
- orally during the preparatory hearing, if such a hearing is conducted;
- orally during the main hearing.

If both parties agree to try mediation, the court suspends the court proceedings for a time period not longer than six months and informs the parties of an obligation to submit evidence to the court regarding the result of the mediation within seven days after the termination of the mediation.

The duty to suggest mediation is not limited to the first instance courts and it applies to other court instances as well. Of course, the first instance courts and the appeal instance courts have more opportunities to suggest mediation, as the cassation instance court – the Supreme Court – adjudicates the cases not on the issues of facts, but only on the issues of law, and does it mainly in a written procedure. However, there have been a couple of cases where the Supreme Court has also advised the parties to use mediation.

### **3. Mediators**

There are “mediators” and “certified mediators” in Latvia. The Mediation Law introduced the institution of certified mediators. Besides mediators who are certified in accordance with this law, other mediators can also work if they themselves feel ready and the parties trust them and find them competent. Such independent mediators are usually certified by Latvian or foreign non-governmental institutions in conformity with the internal rules of these organizations, but they are not allowed to be called “certified mediators”.

The certification according to the standards set down by the state in the Mediation Law is required for those mediators who want to bear the title “certified mediator” and to be put on the List of Certified Mediators that is maintained by the Council of Certified Mediators and is available online and in all courts for the cases of court-annexed mediation. A judge or a

---

court invites the parties to select a mediator from the List of Certified Mediators, but the parties are free to choose also another mediator who is not on this list, in other words – whichever mediator they like.

In order to help parties with their choice the List of Certified Mediators includes mediators' names, photographs and telephone numbers, cities or regions of practice, types of disputes they agree to mediate and the languages in which the mediators can mediate. At the present the Latvian certified mediators can offer mediation in Latvian, Russian, English, French and Spanish.

In cross-border disputes it is possible for Latvian mediators to work together in co-mediation with their foreign colleagues.

If the parties themselves are not able to agree on a particular mediator or they have not reached an agreement regarding other principles for selection of a mediator, the Council of Certified Mediators has the right to recommend a mediator from the List of Certified Mediators, if any party asks the Council to do so.

There is a certification examination regulated by the Mediation Law which a mediator must pass in order to become a certified mediator according to this law. The exam consists of three parts: 1) a written test, mainly about the Mediation Law, the corresponding norms of the Civil Procedure Law and the Code of Ethics of Certified Mediators; 2) written answers on two mediation and/or conflict related topics; 3) an oral simulation (a role-play) of mediation, where a candidate has to act as a mediator. Two voluntary people who play the parties are provided.

In order to get to the exam a candidate must be at least 25 years of age; must have an impeccable reputation and a State recognised higher education; must be fluent in the State official language (the Latvian language) at the highest level; and must have completed a mediator's training course of at least 100 academic hours.

A certified mediator may not be a person who does not conform to the above-mentioned requirements; has been convicted of committing an intentional criminal offence or against whom criminal proceedings for committing an intentional criminal offence have been terminated for reasons other than exoneration; is a suspect or accused in a criminal matter;

or may not provide mediation services in accordance with a judgment of a court.

Certified mediators are certified by a special Certification and Re-certification Commission, composed in accordance with the requirements set by the law. The Commission consists of:

- 1) a representative of the Ministry of Justice;
- 2) two judges from different court instances;
- 3) an academician from a higher educational establishment;
- 4) a member of the Council of Certified Mediators.

This Commission is also mandated to see complaints about certified mediators.

The examination is organized once a year. At the moment there are 54 certified mediators in Latvia who are certified in accordance with the Mediation Law and the Regulation on the Certification and Re-certification of Mediators. The information on certified mediators and mediation in Latvia is available at: [www.sertificetimediatori.lv](http://www.sertificetimediatori.lv). More information on mediation, certified mediators and on the non-governmental institutions providing mediation and their mediators is available at: [www.mediacija.lv](http://www.mediacija.lv).

### **C. PROJECTS AND STATISTICS**

The government has taken several steps in order to facilitate mediation.

Firstly, the Civil Procedure Law stipulates that the claimant will get back 50 % of the state (court) fees paid by him (her) in the case where the mediation has resulted in the agreement and in the following withdrawal of the claim. This government incentive is a rather important supplementary motivating factor for parties to choose mediation.

Secondly, in 2017 and 2018 a government-funded family mediation project was carried out, run by the Ministry of Justice. Within the project couples having a family dispute where child's interests were involved were entitled to five mediation hours (each 60 minutes long) free of charge, conducted by a certified mediator. In 2017 there were 291 mediations started and 24 mediators involved. From the initiated mediations 121 was conclud-

---

ed with a full agreement, 43 with a partial agreement, in 83 cases there was no agreement reached, and in 42 cases the mediation was continuing. The statistics of 2018 are not available yet. However, it looks like they will not be much different as in 2017.

The authoress hopes this highly beneficial and successful project will continue in 2019 and forthcoming years.

Another important project is the Information Project or the so-called “Mediation Desk Project” where people can get free consultations on mediation by certified mediators in nine court houses around Latvia, including two courts of appeal. This voluntary initiative of several certified mediators has been carried out in a close collaboration of mediators and courts for last 2,5 years, and it helps the parties to learn about mediation and to make a decision whether this method is suitable to their dispute and whether it appeals to them.

The statistics of the Council of Certified Mediators and of the other non-governmental associations show that the use of mediation has grown rapidly in recent years. Mediation is the most popular if family cases. Bearing in mind that mediation is a considerably new method in Latvia and Latvia has a relatively small population, the success rates are remarkable.

#### **D. TRAINING OF JUDGES AND LAWYERS**

Civil judges had had a couple of trainings on mediation and conflict resolution until 2017, but in 2017 a four-year project of an extensive training on mediation began, carried out by the Latvian Judicial Training Centre with the funding provided by an European Union project.

Within the project there are two types of seminars available for judges. Each judge who adjudicates civil cases is supposed to complete a two-day (16 academic hours) basic training course. After that those judges who would like to continue the training, are invited to a two-day in-depth training course. The emphasis is on explanation what is mediation, how to identify cases suitable for mediation, and how to refer parties to mediation. Besides lectures, there are many practical exercises, including court-room role-plays when judges practice referral to mediation or mediation itself, if they wish to do so.

The court employees and lawyers are benefiting from this training project as well: there are four-hour informative seminars for lawyers and four-hour and eight-hour trainings for court employees on mediation and referral to mediation.

Lawyers also have other trainings on mediation and conflict resolution, and the number of cases where the lawyers are suggesting their clients to try mediation is growing every year. More often they advise their clients to participate in conciliation rather than mediation, because conciliation usually is the first step in resolving a conflict and lawyers are more familiar with conciliation. However, mediation is becoming popular, as the level of information and knowledge on mediation increases.

There have been cases when lawyers accompany their clients to mediation: more in commercial, property and neighbourhood disputes, less in family disputes. It is not popular to accompany clients to mediation, but it is possible if the lawyer understands his role in mediation that differs from his role in litigation.

### III. MEDIATION IN LATVIA IN ADMINISTRATIVE CASES

The general norms of the Mediation Law refer to mediations conducted in administrative cases as well, but there are no special rules for mediation in administrative matters and there is no obligation for administrative judges to propose mediation.

However, administrative judges are free to do so (to propose, but not to order mediation) if they find it appropriate, and even the Department of Administrative Cases of the Supreme Court has suggested mediation to parties in a couple of cases. Such proposals by the cassation instance court are particularly important to encourage people and governmental authorities to negotiate and to use mediation.

There was one two-day training on mediation and referral to mediation designed especially for the administrative judges in 2018, and there will be another one in 2019.

---

#### IV. THE PECULIARITIES OF MEDIATION IN LABOUR DISPUTES

The authoress finds mediation especially suitable for labour disputes, and the Latvian judges have been successful to reach a settlement with mediation methods even in very complicated labour cases.

The advantages of using mediation in labour disputes are many. Firstly, mediation offers a fast process, and speed matters for employees as much as for employers. Employees need a source of income every month, employers need qualified staff to conduct the work every day.

Secondly, mediation is a financially beneficial process. Even if the employees are exempt from the court fees in labour cases, the employers are not. Besides, there are lawyers' fees each party has to pay in case it loses at the trial.

Thirdly, mediation is confidential. This factor is especially important to employers who might not want their commercial secrets, including information on wages or specific projects, to spill.

Fourthly, mediation provides the opportunity to control the process and the result.

One of the most important benefits is the possibility to maintain or renew good relationship with the other party. This becomes particularly crucial in dismissal cases when a high probability exists that the court will reinstate the employee in his former position. If it does so, the conflicting parties will have to work together that is highly difficult when in conflict. The parties have to understand that the court can make the best legal judgment, but it cannot solve their conflict instead of them.

Moreover, parties can reach a more flexible solution in mediation than in the case of a settlement or a court judgment. The solution can be tailored for this particular company and for this particular employee – what suits them best. Mediation also offers a wider range of remedies. For example, a court may not order an apology in a labour dispute, a company to arrange a farewell party for its employee who is ready to leave, or an employee to perform specific extra tasks to restore employer's fidelity – all real solutions parties have had accepted in mediation agreements. In mediation parties can also solve other issues, including problems with third parties and other employees.

Another benefit of mediation is more frequent voluntary execution of agreements.

However, mediation is not suitable for all labour disputes, for example, when the parties need a precedent. Mediation is not a suitable first remedy in cases of violence.

Labour disputes also have a high risk of imbalance of power. Mediators have to bear it in mind and to encourage the “weaker party”, usually the employee, to involve some support, for example, an extra person who would come and sit with him or her during mediation.

There can be a necessity for co-mediation, especially in discrimination cases. For example, when a sexual harassment or any gender related discrimination had taken place, two mediators of both genders are advisable.

Labour mediations can become highly emotional, as vital interests of parties are concerned. The most common interests for employees are resources for a living, recognition and respect, but for employers – professional and reliable staff, reputation and commercial secrets. Mediation usually is the most suitable method to find these interests and to address them all.

## V. CONCLUSION

Mediation is a phenomenon that has conquered the world, including Latvia, so fast. Nowadays it is almost unthinkable that there was almost no activities regarding mediation in Latvia 15 years ago. Now mediation is gaining popularity every year and helping thousands of people to lead a happier life. The authoress is of an opinion that mediation will be more and more in demand in coming years and that it will gain a very important role in conflict settlement.

However, we should not forget that mediation is also fragile. We have to treat it with care and not to spoil its success. Therefore the mediators should be highly qualified, truthful and positive information about mediation should be available and mediation should be made an appealing option to people, without too much pressure. All judges, lawyers, mediators, mediation teachers, government employees and others should work together and put their best efforts in order to make mediation work at its best.



Prof. Dr. Talat CANBOLAT

## İŞ HUKUKU BAKIMINDAN ARABULUCULUK / MEDIATION IN LABOR LAW

Bilindiği üzere 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu 2012 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten 2018 yılına kadar iş hukuku uyuşmazlıkları da ihtiyari olarak arabulucuda çözümlenebilmiştir. Ancak 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile 01.01.2018 tarihinden itibaren iş hukuku uyuşmazlıklarında dava şartı haline gelmiş ve üzerinden yaklaşık bir yıl geçmiştir. Şu an iş hukuku alanında hem ihtiyari hem de dava şartı olmak üzere ikisi de uygulanmaktadır. Diğer taraftan her ikisinin de sonuçlarını gözleme ve değerlendirme imkânımız olmuştur. Bana tanınan sürede uygulamada gördüğüm eksiklikleri ve hataları tespit ederek çözüm önerilerinde bulunmaya çalışacağım.

Sözlerime başlamadan önce belirtmem gerekir ki dava şartı iş hukukunda yeni değildir. 1936 yılında çıkarılan 3008 sayılı ilk İş Kanununda da dava şartı vardı. Bu Kanunun 78. maddesinde; işyerlerinde, işçilerin katılımı işe işçi temsilcisinin seçileceği, işçilerin işverenlerden olan taleplerinde bu temsilcilere başvuracakları, temsilcilerin işçi ile işverenler arasında bir nevi arabuluculuk yapması öngörülüyordu. Kanunun 79. maddesi de temsilcinin işçiyle işvereni uzlaştırmaları halinde bunun bir tutanakla tespit edileceğini, işçilerin temsilcilere başvurmadan dava açamayacakları hükme bağlanmıştı. İşyerindeki çalışma koşullarını bilen, işçiyi de işvereni de tanıyan, tüm iş-

çilerin katılımı ile seçimle gelen böyle bir temsilcinin bugün de işyerindeki birçok uyuşmazlıkta başarılı rol oynayabileceği kanaatindeyim. Komisyon-  
da da söyledim. Bunun canlandırılması daha isabetli olurdu. Ancak hemen belirtiyim ki, böyle bir öneriye sendikalar olumlu bakmamaktadır. Maalesef sendikalar önemli sivil toplum kuruluşları ve demokrasinin vazgeçilmez unsurlarından olmakla birlikte seçime karşı çıkmakta ve kendi temsilcilerini dahi seçimle değil atamayla yapmayı tercih etmektedirler. Burada da kendileri dışında birinin seçilme ihtimali nedeniyle karşı çıkmaktadırlar. Bunlar başka tartışmanın konusudur. Ama şu kadarını söyleyeyim özünde ülkemizde bir samimiyet sorunu var. Memleketin birçok sorununun temelinde bu var.

6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu ilk çıktığında, tartışma daha çok arabulucuların hukukçulardan oluşup oluşmamasıyla ilgili olarak yapılmıştır. Barolardan gelen tepkiler üzerine bence de isabetli bir şekilde taslak değiştirilerek arabulucu olabilmek için hukukçu olmak gerektiği hükme bağlandı. Ceza hukukundaki uzlaştırmada yaşanan sorunları görünce iyi ki arabulucular hukukçu diyorsunuz. Ayrıca şunu da belirtmem gerekir ki iş hukuku alanında dava şartı olmasında ve işçinin avukatla temsil edilmesini talep etmemize rağmen bunun kabul edilmemesinin en büyük nedeni arabulucuların hukukçu daha çok da tabi ki avukatlardan oluşmasıdır.

Ülkemizde 2012 yılından itibaren ihtiyari olarak uygulanmaya başlandı. İlk zamanlarda kafamızda çok farklı soru işaretleri vardı. Daha sonra çok hızlı bir şekilde eğitimler vermeye başladı. Eğitime gidenlerden de eğitimi aldıktan sonra davranışlarında çok ciddi değişiklikler olduğunu söyleyenler oldu. Hatta birçok hâkim dostum bu eğitimlerden sonra, duruşmada tanıkları dinlerken ya da taraflara karşı davranışlarında önemli ölçüde gözden geçirmesine neden olduğunu söylemiştir. Eğitim şart ama Türkiye’de uzun yıllardan beri eğitimlerin içinin biraz boş olduğunu belirtmem gerekiyor. Biz önce iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinde bunu gördük. İşyerlerinde zorunlu olarak iş sağlığı ve güvenliği uzmanı istihdam etmeyi mecbur hale getirdikten sonra, bir an önce sertifika dağıtılması için çok fazla niteliksiz eğitim verildi. Temel arabuluculuk eğitimlerinin de önemli olduğunu ancak istenen yeterli nitelikte olmadığını söylemem gerekiyor. Nitekim Bakanlık da böyle düşünüyor ki, temel arabuluculuk süresini 48 saatten 84 saate çıkarttı. Uzman arabuluculuk eğitiminin de buna uygun olarak yeniden gözden

geçirilme ihtiyacı var. Zira iş hukuku uzmanlık eğitimine ağırlık verilmesi, arabulucuların işçinin haklarını bilerek mi müzakere edip etmediğini denetleyip buraya gerekli müdahalede bulunabilmeleri için önce kendilerinin iş hukukunu, işçinin haklarının neler olduğunu iyi bilmeleri gerekir. Ancak ilk çıktığında bu hususta da çok uyarılarda bulunmamıza rağmen iş hukuku uzman arabuluculuk eğitimi daha çok arabulucuların eksik arabuluculuk eğitimlerinin tamamlanması için önemli bir fırsat olarak değerlendirildi. Bu eğitimlerden sonra uygulamada şunu gördük ki, iş hukuku uzman arabulucuları, genel arabuluculuk faaliyetlerini de daha başarılı olarak sürdürmektedirler.

Konu iş hukukunda arabuluculuk olunca, biraz daha hassasiyet gösterilmesi gerekiyor. Nitekim 7036 sayılı Kanun ile arabulucuya başvuru dava şartı haline gelmesiyle birlikte çok ciddi bir tartışma da beraberinde geldi. Bunun başında iş hukukunun temel amacı işçiyi korumaktır. Bu nedenle ticaret hukuku veya borçlar hukukundan bağımsız ve ayrı bir hukuk dalı olarak çıkmıştır. Acaba arabulucuya başvuruyu zorunlu hale getirirken bu ilke zedelenmekte midir? O zaman bu endişeleri ortadan kaldırmak için illa zorunlu olacaksa işçinin avukatla temsil edilmesi de zorunlu olabilir mi? Komisyonda bu hususu dile getirdim ve işçinin avukatla temsil edilmesini talep ettim. Bu çok isabetli olurdu. Bugün hala devam eden bu tartışmalara da gerek kalmazdı. Bu olmadı. Hatta TBB temsilcisi de bu yönde gayret gösterdi. Açık söylemek gerekirse barolardan genel bir tepki gelmedi. Tepkiler sınırlı açıklama şeklinde kaldı. Yoksa 6325 sayılı Kanun çıkarken gösterilen tepki gibi olsaydı orada nasıl hukukçu olmayanların arabuluculuk yapmaları tasarıdan çıkarıldı ise burada da olabilirdi. Bu konu tartışılırken zaten arabulucuların da hukukçulardan oluştuğu için buna gerek yok denildi. Diğer yandan Kanuna talep eden işçinin adli yardımdan yararlanarak avukatla temsil edilebileceğine ilişkin hüküm getirildi. Diğer yandan arabulucu kendisi karar vermiyor, taraflar anlaşılır veya anlaşmazlar. Mahkeme yolu da kapatılmamaktadır. Ancak hemen belirteyim ki işçi avukatla temsil edilmiş olsaydı anlaşma oranları da çok artardı diye düşünüyorum. Ayrıca bir konuyu müzakere edebilmeniz için hakkınızı bilmeniz gerekir. Arabuluculuk sadece menfaat temelli değildir. Hak olmadan menfaat olmaz ki, hangi hakkımın karşılığında hangi menfaatimi koyacaksınız. Arabuluculuk aslında aynı zamanda hak temelli olup bu hakkı elde etmenin kanunlarda belirlen-

miş yolunun yanında tarafların menfaatlere uygun olarak başka şekillerle de elde edilmesidir. Hakkımı aldım diye masadan kalkması gerekir ki o tatmin duygusu oluşsun.

Arabulucu hukukçulardan oluşmaktadır ancak hukuku kullanmaları da yasaktır. Bu defa arabulucular geri dönüp diyorlar ki, “Hocam bir fikir beyan etsem çözeceğim sorunu. Lütfen bize görüş beyan etme imkânı da getirin. Bizim milletin yapısı buna uygun değil”. Benim görüşüm bu arabuluculuğun ruhuna aykırıdır. Bunun temel nedeni de arabulucuların yetersizliğidir. Kafanızda bir çözüm varsa zaten onu taraflara söyletebilmeyi başarmanız gerekir. İşte sistematik teknik dediğimiz de arabulucunun tarafları her konuda konuşurma becerisidir. Bu noktada 7036 sayılı Kanunla arabuluculara bir de görüş beyan etme imkânı meydana getirildi. Ama bu bir koşula bağlandı. Normal süreci tamamlayacaksınız, ancak taraflar artık anlaşamayıp da masayı devirip kalkacakları zaman, “bir dakika ben size şöyle bir öneri de bulunuyorum” deme hakkı getirildi. Bu bir hak olup kullanmak zorunda da değildir. Ülkemiz uygulamasında arabulucunun böyle bir önerisini tarafların kabul etmesi halinde ileride başka sorunlar çıkma ve sonuçta memnun olmayan tarafın arabulucuyu sorumlu tutma riskini de bünyesinde barındırdığını söylemeliyim.

Şu an iş hukuku alanında ihtiyari arabuluculuk ve zorunlu ya da dava şartı arabuluculuk olarak iki ayrı arabuluculuk uygulaması vardır. İşte bu kapsamda iş hukukunda arabuluculuk şu an iki ayrı koldan yürüyor. Bunlardan bir tanesi 6325 sayılı Kanuna göre, ihtiyari arabuluculuk, diğeri ise dava şartı arabuluculuk. Az sonra ayrıntısına girmeye çalışacağım ancak başta hemen belirteyim ki arabuluculuk gönüllülük, iradilik esasına dayalıdır. Bunun zorunlu olması arabuluculuk sistemine uygun değildir. Bu nedenle ülkeler zaman zaman, farkındalık oluşturmak, alışkanlık sağlanması veya çeşitli nedenlerle zorunlu yapmakta ancak bunu geçici bir süre yapmakta daha sonra tekrar zorunluluğu kaldırmaktadır. Şimdi Türkiye’de ise iş hukukundan sonra ticarî uyuşmazlıklara ilişkin dava şartı olması TBMM’de görüşülmektedir. Ardından aile hukuku, sağlık hukuku gibi alanlara da yaygınlaşacak gibi görünüyor.

Benim yasadaki birçok düzenlemeye ilişkin eleştirilerim de var. Bunlardan bir tanesi kapsam maddesine ilişkin. Değerli arkadaşlar zorunlu ol-

masını bir kenara bırakırsak arabuluculuk iki alanda iyi çalışır. Bunlardan biri iş hukuku diğeri de aile hukuku. Zaten bu iki alan birbirine de benzer. İlişkinin sürekli olması, sadakat yükümlülüğü, geçersizliğin ileriye yönelik olması ve elbette mahremiyeti yani ilişki sırasında öğrenilen sırlar bu kapsamda arabuluculuktaki gizlilik uyuşmazlığın çözümünde katkı sağlayacak niteliktedir. Bilindiği üzere Türkiye’de kayıt dışı çalışma çok yaygındır. Bunun bir devlet politikası olduğu da söylenebilir. Ama en azından kayıt dışılığı sonlandırmaya yönelik böyle bir politikanın olmadığını söyleyebilirim. Örneğin, kayıt dışı çalışan bir kişinin Almanya’da dava açma hakkı yoktur. Zira kayıt dışı çalıştıran da çalışan da önce devleti dolandırmaktan yargılanır. Hatta iş sözleşmesi geçersiz kabul edilir. Burada kamu düzenine ilişkin kabul edilir. Ben sigortasız çalıştım ya da ücretim asgari ücretten gösterildi ama gerçekte 3.000 lira alıyordum diye dava açanı önce savcıya teslim ediyor. Devamında cezasını çekse bile denir ki, sen devleti dolandırdın kamu düzenine aykırı bir işlem yaptığın için senin dava hakkın yoktur. Getirirseniz öyle bir hükmü, kayıt dışılığı engellersiniz. Böyle olmadığı için iş yargılamasında yargılamanın önemli bir kısmı gerçek ücreti tespit etmekle geçiyor. Ayrıca belirtmeliyim ki yargılamada hakim, savcı, avukat, bilirkişilerin yasayla kendilerine tanınmış olan görev ve yetkileri uygulamada karışmış durumda. Yani hâkimin görevi delil toplamak değil, delili taraflar getirir. Hatta HMK 25. maddeye göre tarafların getirmedeği delili hâkim kullanamayacağı gibi taraflara hatırlatmada dahi bulunamaz. Ancak buna riayet edilmiyor. Taraf dayanmadığı halde doğrudan Yargıtay kararlarıyla emsal ücret araştırması yapılıyor. Sonra bilirkişilik müessesesi hâkim yardımcılığı olarak çalışır. Yani akademik bir çalışma yapın üstünü kapatın, bu çalışmanın bu görevin sonuçları nedir deyin, dünyada herkes size, bu hâkim yardımcılığıdır der. Çünkü hukuki-tekni konu ayrımı yapılmadan dosyalar bilirkişiye gönderiliyor. Hatta bilirkişi delil olduğu halde hâkim resen dosyayı bilirkişiye gönderiyor. Hala kusurun oranı yüzde kaçtır diye bilirkişiye soruluyor. Dünyada kusurun oranını bilen bir bilimsel metot yok, bunun eğitimi de yok. Hâlbuki kusur tazminattan indirim yetkisidir. Ne kadar indirileceğini de hâkim belirler. Kanunda da öyle yazıyor. İş mahkemelerinde alacak davalarında da tüm alacak kalemlerinde hesaplamanın unsuru olan ücreti belirlemeden alacak hesabı yapamazsınız. İşte kayıt dışılık nedeniyle işçi geliyor 3.000 lira alıyordum diyor, işveren geliyor hayır asgari ücret alıyordu her ay imzalamış bordroları, ihtirazı kayıt

da yok diyor. Biz yargılamanın büyük bir kısmını bu gerçek ücret nedir sorusuyla geçiriyoruz. Ama arabuluculukta masaya oturduklarında işveren kaç lira ücret verdiğini biliyor, işçi de aldığını biliyor. Dolayısıyla daha kolay bir şekilde, masada bunu çözebilirler. Ancak iş hukukunun sistemi gereği, iki tarafı serbest pazarlığa oturttuğunuz takdirde, bu yürümez. Yürümemesinin temel sebebi işçinin de haklarını bilerek masaya oturması ve eşitlik gereği de işçinin avukatının da yanında olmasıdır. Bunun için, ayrıtısına girmeyeceğim ama ikale ve ibraya ilişkin iş hukukundaki yargılama sürecini takip edebilirsiniz. Neden ayrı bir iş yargılaması kanunu var? Hukukun diğer hiçbir alanında yok sadece iş hukuku için ayrı bir yargılama kanunu ve bu davalara bakan ayrı mahkemeler var. Çünkü işçi, alacağına bir an evvel kavuşmalıdır. Yargılamanın diğer sert sonuçlarından farklı olarak, işçiyi koruyucu bir şekilde yargılama hızlı sonuçlansın diye ayrı bir yargılama hukuku var.

İş hukuku alanındaki arabuluculuk dava şartı haline getirilirken 7036 sayılı Kanunla idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklara ilişkin düzenleme de yapıldı. Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan işçiler de İş Kanununa tabi olup bunların açacakları davalarda da arabuluculuğa başvuru dava şartıdır. Kamuda yaygın olan sistem şuydu: gidersen mahkemeden karar alırsın akan sular durur. Uygulamanın her aşamasında bu böyle. Zaman zaman bir öğrencimiz geliyor, sosyal sigortalar kurumuna ilişkin bir yakınının çok basit bir sorununu anlatıyor. Bakıyoruz dava açmaya gerek yok, yerleşik yargı kararları da böyle, şöyle bir dilekçe yazalım kuruma başvurun sorununuz çözümlür diyoruz. Öğleden sonra geliyor, "Hocam kuruma gittik memur dedi ki biz talebinizi reddedeceğiz, ama dava açarsan kazanırsın, herkes kazanıyor sana bir dava dilekçesi örneği de verelim". Şaka gibi. Ya da çok düşük miktardaki SSK alacağı var, şirketin iflası gerçekleşmiş ve kapanışı yapılmış bu şirkete karşı zamanaşımı süresinde, illa takibi yap devam et deniliyor. Kapanışı yapılmış bir şirkete karşı dava açılabilmesi için önce ihya davası açacaksın, sonra dava açıp masraf yapacaksın ancak şirketin hiçbir malvarlığı yok. Bazen şirket müdürü geliyor, borcun aslını vereyim diyor. Hayır gecikme zammı gecikme cezası ile 3.000 lira olmuş 23.000 lira. O zaman da ben bunu ödemem diyor. Buralarda arabuluculuk çok güzel çalışıyor.

İkincisi de siz devlet olarak vatandaşa arabuluculuğu kutsayıp, arabulucuya git şöyle nimeti var diyorsunuz. Siz devlet olarak özel hukuk uyuşmazlığını niye arabulucuda çözmüyorsunuz. Sizinle de oturalım konuşalım,

faydalı taraflarını sizinle de çözelim. İşte bu kanun ilk defa devrim niteliğinde bir hüküm getirdi. Kamuda arabuluculuk. Sadece iş hukukuna özgü de değil. Her idare bir arabuluculuk komisyonu kurmak zorunda. Hukuk müşaviri veya avukatın başkanlığında iki yöneticiden oluşuyor. Bu komisyon üyelerine hakimlerin sorumluluğuna ilişkin hüküm getirildi. Yani görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle kurumu zarara uğrattığı mahkeme kararı ile kesinleşmediği sürece sorumlulukları yok. Yani ancak kasıtlı kurumu zarara uğratmak için görevini kötüye kullanmışsa ve ceza mahkemesinde de kesinleşmişse sorumlu olacak ödenen miktar rücu edilecek. Bunun dışında dava devlete karşı açılacak ve rücu edilmeyecek.

Dava şartını sadece İş Kanununa tabi işçiler yönünden değil, Bası İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanununa tabi olanlar dâhil olmak üzere iş ilişkisinden doğan tüm uyumsuzlukları kapsamakta ve bu kanunlara tabi tüm işçiler artık davalarını iş mahkemelerinde açacaklardır.

İş ilişkisinden doğan tüm davalarda arabuluculuk dava şartı değildir. 7036 sayılı Kanunun 3. maddesine göre “(1) Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. (3) İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz”. Burada açıkça alacak davaları kapsama alınmıştır. Bunlardan da iş kazaları ve meslek hastalığında doğan tazminat davaları ile tespit, itiraz ve rücu davalarında arabuluculuk dava şartı değildir. Bunun da isabetli olmadığını düşünüyorum. Hatta arabulucuya en elverişli konulardandır iş kazası ve meslek hastalığından doğan maddi ve manevi tazminat davaları. Zaten komisyondan da öyle geçmişti meclise gönderilirken eklendi bu fıkra. Aktüerya raporu aldığınız takdirde yargılama sonunda verilecek maddi tazminat miktarını görürsünüz. Bunu bilerek müzakere edebilirsiniz.

Tespit davaları zorunlu arabuluculuğun kapsamı dışında bırakılmıştır. Ancak tespit davalarından işe iade davaları istisna olarak zorunlu arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Kanunda açıkça alacak ve tazminat ile “işe iade talebiyle açılan davalar” olarak ayrıca belirtilmek suretiyle işe iade davalarında da arabuluculuğun dava şartı olacağı hükme bağlanmıştır.

Diğer taraftan iş yargılamasına baktığımız takdirde, iki daire olarak örgütlendiğini görüyoruz; sosyal güvenlik ve iş mahkemeleri. Yargıtay da ve bölge adliye mahkemeleri de buna uygun olarak yapılanmıştır.

Ben biraz araştırdım, iş mahkemelerinde yirminin üzerinde farklı alacak türleriyle karşılaşsınız. Burada bunların hepsini saymayacağım sizlere. Ama bu davaların yığılması şeklindeki davalar aslında, her bir alacak kalemi bağımsız ayrı bir davadır. Uygulamada bilirkişi olarak, 17 farklı alacak kalemi hesapladığımı da bilirim ben. Aslında 17 tane dava iç içe geçmiş, her birinin hesaplama yöntemi farklı. Bunların bazıları çıplak brüt ücretten, bazıları giydirilmiş brüt ücretten bazıları net ücretten hesaplanır ve her birinin hak ediş koşulu da farklıdır. Tespit davalarından sadece feshe itirazın arabulucuya alınıp bunun dışındakilerin örneğin işverenin; uyarı, kınama gibi disiplin cezalarının alınmaması da bir eksiklik. İki sefer uyarı verdiğiniz takdirde üçüncüde işe iadenin koşulları oluşabiliyor.

İş hukuku nispi emredicilik üzerine kuruludur. Ortaya çıkma şekli Fransız ihtilali ile olmuştur. O zamana kadar işçi ile işveren arasındaki ilişki, basit ticarî bir ilişki olarak görülüyordu. Ancak Afrika'dan gemilerle binlerce kölenin getirilmesi, bunların güya özgürlüklerine kavuşturulup işçi yapılması, tarımdaki insanların tarımı bırakıp sanayinin etrafında işçi olarak çalışmaya başlamaları ve tarımı unutmaları ve ardından büyük bir işsiz kitlesinin ortaya çıkmasıyla tüm dengeler değişti. Arz talep dengesi bozuldu. Bu defa işveren daha uzun çalışma koşulları, daha düşük ücreti dayattı ki, 18. Yüzyıla geldiğimizde 16 saat çalışma hem de hiç hafta tatili yıllık izinsiz sefalet ücreti denilen ücret veriliyordu. Bunun üzerine Fransa'da işçiler bir ayaklanma başlattı. İşçiler saraya dayandığında 16. Louis'in karısı meşhur Marie Antoinetti'nin şu sözleri tarihe geçiyordu; "Niye bağırıyor bunlar, ekmek yoksa onlar da pasta yesinler". Bu iki sınıf arasındaki büyük bir farklılığı ifade ediyor. Tam da bugünlerde yine Fransa'da gündemde yeni bir sarı yekelemliler hareketi söz konusu, benzer taleplerini dile getiriyorlar. Bunun üzerine devletler yıkıldı, tamamı yıkıldı ve anlaşıldı ki, işçilerle işverenler eşit değil ve bu eşitlik ülkeler için hayati öneme sahip. İş hukuku saç ayağı gibi, üç ayaklı. İşçi, işveren ve devlet. Devletin görevi, asgari koşulları belirlemek ve bunun üzerini tarafların pazarlığına bırakmak. Onun için bir asgari ücret uygulaması var. Onun için hafta tatili uygulaması vardır, yıllık izin uygulaması var. Bunların altında veremezsiniz, üstünü pazarlık konusu

yapabilirsiniz. Ancak arabuluculukta emredicilik farklı anlaşılır. Neden? Siz dava açmak zorunda değilsiniz. Siz açtığınız bir davadan feragat de edebilirsiniz, vazgeçebilirsiniz. Bunun üzerinde tasarruf yetkisi size ait. Öyleyse iş hukukunun nispi emrediciliklerinin arabuluculukta müzakerelerde dikkate alınmaması iş hukukçularının buraya önemli ölçüde dikkatini çekmiştir. Bundan sonra alacak davalarında dava açmak isteyen kişi dava açarken arabulucuya gitti ve anlaşmadığına ilişkin son tutanağın bir örneğini dava dilekçesinin ekine koymak zorundadır. Yoksa hâkim iki haftalık süre verir, iki haftalık sürenin sonunda, gitsen de gitmesen de dava usulden reddedilir. Değerli arkadaşlar son tutanaktan işçi-işveren ilişkilerinden doğan hangi alacak kalemleri olduğu anlaşılmalıdır. Genel nitelikteki işçi işveren ilişkisinden doğan uyuşmazlık şeklinde tutulan tutanaklar geçersizdir. Kanunun deyimiyle “davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır”. Yani hangi konuda başvurduğun hangi konuları görüştüğün de anlaşılmadın, burada arabulucuya görev düşüyor. Zira arabulucu tutanağın hukuki sonuçlarını taraflara anlatmakla yükümlü ve yine son tutanağı arabulucu düzenlemekle görevli. Buna karşılık anlaşma metnini taraflar düzenlerler. Gerekirse arabulucu yardımcı olur.

Kanunda tarafları masaya oturtmak için kanunda, geçerli bir mazeret olmaksızın ilk toplantıya gelmeyen kişiye, ilerde haklı çıksa bile, tüm mahkeme masraflarının yükletileceğine ilişkin bir düzenleme getirildi. 7036 sayılı Kanunun 3. maddesinin 12. fıkrasına göre “Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekalet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır”. Bu düzenlemenin isabetli olmadığını ve Anayasaya aykırı olduğunu baştan itibaren söylüyorum. Zira biraz sonra söyleyeceğim, benden sonra usul hukuku hocalarımız bunları gündeme getirecekler. Arabuluculuğa ilişkin diğer düzenlemelere bakıldığında, ücretsiz olması, üç hafta gibi kısa bir süre olması; zamanaşımı ve hak düşümü sürelerinin işlememesi nedeniyle hak arama özgürlüğünün önünde bir engel olarak görmüyorum doğrusunu isterseniz. Anayasa’ya ay-

kırı bir yönü de yok, diye düşünüyorum. Dava şartı olması da Anayasaya aykırı değildir. Ancak ilk toplantıya katılmayan tarafın ileride haklı çıksa bile yargılama giderlerine mahkum edilmesi ve lehine avukatlık ücretine hükmedilmemesi Anayasa'ya aykırıdır. Neden? Siz ona diyorsunuz ki: "Ya arabulucuya gitseydim belki anlaşırdım." İyi, tamam da; nihayetinde ben haklı çıkmışım, alacağımı verseydi hiç arabulucuya da mahkemeye de gitmeme gerek kalmazdı. Hani en son tahlilde haklı olan benim; öyleyse tüm masraflara benim katlanmamın mülkiyet hakkının ihlali olduğu gibi hakkaniyete uygun da değildir.

Uygulamada en çok çıkan sorunlardan biri asıl-işveren alt işveren ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görülmektedir. Kanuna göre "3/(15) Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı hâlinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleştirilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranır". Hemen söyleyeyim bu fıkra komisyonda görüşülmemiştir, meclise gönderilirken sonradan ilave edilmiştir. İlk gördüğüm andan itibaren söylüyorum bunu kaleme alan arkadaş alt işverenliğin ne olduğunu da bilmiyor. Bu madde sorun üzerine sorun çıkarır, derhal çıkarılması gerekir. Çünkü masa başında muvazaaya belli olmaz. Muvazaayı yargılama sonunda belirleyebilirsiniz. Arabulucu ya da taraflar başlangıçta asıl işveren-alt işveren geçerli mi, değil mi; bunu bilemem. Nitekim Yargıtay, haklı olarak, görünüşte bir alt işverenlik sözleşmesi varsa, işçi buna yönelik dava açtığı takdirde, "Yargılama giderlerine hükmetme; husumetten reddetsen bile. İşçi bunu bilemez." diyor. Ama siz getirdiniz bu hükmü baştan beri biliniyormuş gibi kabul eden bir düzenleme yaptınız. Va üstelik anlaşma metninin geçerliliğini de alt işveren ilişkisinin geçerliliği koşuluna bağladınız. Bunun sadece işe iade davalarında getirilmiş olması bir şeyi değiştirmez. "İki işverenin de masaya oturması ve iradelerin aynı yönde olması gerekir." diyorsunuz. İyi de ben bilmiyorum? Oturduk, anlaştık; öbürü anlaşamadı, mahkemeye gitti, "Alt işverenlik geçersizmiş; muvazaaya varmış" dedi mahkeme. Benim bu anlaşmam da mı geçersiz olacak? Şimdi WhatsApp gruplarında arabulucu alt işveren olduğunu tespit ederse onu da toplantıya çağırın deniliyor. Ve arabulucular da bu doğrultuda işlem yapıyorlar. Arabulucunun taraf ekleme görev ve yetkisi var mı? Ben onunla görüşmek istemiyorum, toplantıya çağırılсын da istemiyorum, gelirse gelmeyeceğim. O zaman bana ilk toplantıya

katılmadı diye ileride yargılama giderlerine mi mahkûm edeceksiniz. Bu kabul edilebilir mi? Bunun Kanunla ve hukukla ilgisi var mı? Değerli arkadaşlar kanunlar ve yönetmeliklerdeki hataların düzeltilmesinin yolu yenisini çıkarmaktır yoksa WhatsApp gruplarındaki talimatlar değildir.

İşe iade davalarının yeniden ele alınıp düzenlenmesi gerekir. 7036 sayılı Kanunla 4857 sayılı Kanunun 20 maddesinde değişiklik yapıldı. Buna göre "İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir. Arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın usulden reddi hâlinde ret kararı taraflara resen tebliğ edilir. Kesinleşen ret kararının da resen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir." Burada alacak ve tazminat davalarından farklı olarak arabulucuya başvurulmadığının anlaşılması halinde, dava açma süresinin kaçırılmış olma ihtimaline binaen 2 haftalık süre verilerek bu süre içerisinde başvuru imkânı ve sonunda anlaşamazsa alacağı son tutanakla dava açabilme imkânı getirilmiştir.

Ayrıca 4857 sayılı Kanununun 21. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Buna göre "Mahkeme veya özel hakem, ikinci fıkrada düzenlenen tazminat ile üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirler."

"Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları hâlinde;

- a) İşe başlatma tarihini,
  - b) Üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakların parasal miktarını,
  - c) İşçinin işe başlatılmaması durumunda ikinci fıkrada düzenlenen tazminatın parasal miktarını,
- belirlemeleri zorunludur. Aksi takdirde anlaşma sağlanamamış sayılır ve son

tutanak buna göre düzenlenir. İşçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması hâlinde fesih geçerli hâle gelir ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.”

Hemen belirteyim ki maddedeki boşta geçen süre ücreti ile işe alma tazminatının dava tarihindeki ücret esas alınarak parasal olarak belirlenir hükmü de komisyonda görüşülmemiştir. Maddeye sonradan ilave edilmiştir. İsbetli değildir. Bununla mahkeme yine fesih tarihi ile dava tarihi arasında geçen zamanda ücret artışlarını araştırmak zorunda kalacaktır. Böylece bundan beklenen yarar da gerçekleşmemiştir. Bu hükmün de düzeltilmesi hatta işe iade davalarının baştan sona yeniden kurgulanarak düzenlenmesi gereklidir. Tarafların istememesi halinde baştan itibaren tazminat olarak görülmeli, ihbar ve kıdem gibi diğer işçilik alacaklarıyla birlikte görülerek karar verilmelidir. Böylece hem dava içinden yeni davalar türememiş olacak, işçi tüm alacaklarına bir an önce kavuşmuş olacak, hem de iş yükü azalmış olacaktır.

Bu zamana kadar devam eden uygulamalarda görülmektedir ki işverenler kendi arabulucularını seçmek istemektedirler. Avukat gibi bir de kadrolu arabulucu istihdam etmeyi ve işçi işten çıkarılırken arabulucu vasıtasıyla işten çıkarıp davanın önünü kapatmak istemektedirler. Bunu 7036 sayılı Kanundan önce ihtiyari olarak uygulanan dönemde çok gördük. Aslında 7036 sayılı Kanunun arabulucuyu tarafların inisiyatifine bırakmadan listeden adliyedeki arabuluculuk görevlisinin seçmesine ilişkin düzenleme aynı zamanda bunu bertaraf etmeye yönelik ve isabetlidir. Ancak yönetmelikle tarafların listeden bir arabulucu üzerinde anlaşmaları halinde bunu bir tutanakla ederlerse bu kişi arabulucu olarak atanır diye hüküm getirildi. Bunu isabetli bulmuyorum. İşverenler Kanundaki bu hükmü dolanmak için yine kendi belirledikleri arabulucuya yönlendirmenin yolu açılmış olmaktadır ki Kanunda böyle bir düzenleme olmadığına ve yönetmelik için yetki de vermediğine göre yönetmeliğin bu hükmü Kanuna da aykırıdır. Kaldırılması gerekir.

Kanuna göre “Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz”. Yalnız burada önemli bir sorun var. O da işverenin arabulucuda anlaşılmasına rağmen bu miktarı da ödememesi halinde ne olacaktır. Ben komisyonda bu

durumda alacağın belirli bir miktarı örneğin %20 veya 40 neyse daha fazla ödemesi gerektiğine ilişkin hüküm konulmasını önerdim. Kabul edilmedi. Halbuki işçi alacağına hemen kavuşabilmek için indirim de yapmış olabilir. Buna rağmen ödenmemesi halinde şimdi indirimli miktarı anlaşma belgesine bağladılar diye icra edilebilirlik şerhi alıp bunun için belki yeniden dava açmakla uğraşacak. Ben böyle durumlarda anlaşma metninin geçersiz olması ve tekrar bir arabuluculuk süreci olmaksızın doğrudan dava açabilme hakkının olduğunu düşünüyorum. Ayrıca bu davadan önce arabulucuya başvuru ile birlikte işveren temerrüde düşürüldüğü için bu tarihten itibaren faiz işletilmesi gerekir diye düşünüyorum.

Bakın bu hususu yabancılara anlatamazsınız. İsveçlilerle yapılan toplantıda birisi bu soruyu sordu. Arabulucuda anlaşmasına rağmen ödenmezse sizin ülkenizde nasıl bir uygulama var? Yabancı konuk soruyu anlamadı ve tercüman hatalı çeviriyor, anlaşmasına rağmen ödenmezse diyor dedi. Bunun üzerine evet doğru söylüyor denildiğinde, şaşkın ya “anlaşmışlar ya neden ödenmesin ki” dedi. Israr edince de uzun yıllardır uyguluyoruz, böyle bir şey olmadı ve böyle bir soruyla da karşılaşmadık dedi. Ancak bizde henüz yasalaşmadan bu soru akla geliyor ve soruyoruz.

Arabulucuda temsil uygulamada önemli bir sorun olarak devam ediyor. Arabulucu Türkiye’de hukukçulardan oluşuyor. Tabii ki dava şartında da işçinin arabulucuda avukatla temsilini istememize rağmen zaten arabulucu da avukat denilerek bu öneri kabul edilmedi. Arabulucuya iş hukuku uzmanlık eğitimi verilecek böylece işçinin alacak miktarını da bilecek ve süreci ona göre yönetecek. Müzakereyi sağlıklı yürütebilmek için işçinin taleplerinde hakkın doğup doğmadığı; doğduysa ne kadar olduğu ve miktarı üzerine fikir sahibi olabilecek ki süreci sağlıklı yürütsün. Şimdi arabulucu işçiye soruyor, diyor ki: -Ne istiyorsun? -Kıdem tazminatı. -Kaç lira istiyorsun? -On bin lira. Bir bakıyor; aslında işçinin hakkı yirmi bir lira. Bu durumda işçinin serbest iradesinin olup olmadığını, gerçek hakkının ne olduğunu bilmediğini sorgulaması gerekir. “Yasal olarak kıdem tazminatı hakkınızın ne kadar olduğunu düşünüyorsun?” diye soracak ve örneğin işçinin “işten çıkarken işveren bana dedi ki, ‘muhasibeye uğra, alacaklarını hesap etsinler, oradan da git arabulucuya’ dedi, hesaplattım on bin lira imiş dediyse. Daha önce de söyledim dava şartı gelmeden önce Türkiye’de işverenlerin kadrolu arabulucuları olmaya başlamıştı. Kadrolu avukatın yanında kadrolu arabu-

lucu. Hatta fesihden sonra yani uyuşmazlık çıktıktan sonra başvurulacak bir yol olmasına rağmen fesih işleminin arabulucu vasıtasıyla yapılmaya çalışıldığı görüldü. İşte bu nedenle 7036 sayılı Kanunda adliyedeki arabuluculuk bürosunun arabulucuyu belirlemesi üzerine sistem kuruldu. Bu sakıncaları ortadan kaldırmak için. Şimdi yönetmelikle yeniden bu hakkın tanınmasını isabetli bulmuyorum.

Hukuk kuralları, ülkelerin kültürüyle, ahlâkıyla, insan kalitesine göre şekil alırlar. Her gittiğim yerde anlattığım bir tabela var: İstanbul'da metroya bindiğiniz zaman karşınızda sarı bir tabela var bir de istasyonun kenarında sarı çizgi. Tabelada hem İngilizce hem de Türkçe. İngilizcesinde: "Sarı çizgiyi geçmeyin" diye yazıyor. Sadece kuralı hatırlatıyor. Türkçesinde ise "Sarı çizgiyi geçmek tehlikeli ve yasaktır". Bakın bunun üzerine ciltler dolusu kitap yazılabilir. Hatta, bizde biliyorsunuz bir de "Kesinlikle yasaktır" diye yazan yazılar var. Kesinlik ifadesi olmadığı zaman "Mutlaka bir yolu vardır" diye düşünüyor vatandaş bunu zorluyor. Başkalarına ise kuralı hatırlatmanız yetiyor.

Arabulucuda temsil ve vekâletnamede özel yetki olup olmaması uygulamayı meşgul etmeye devam ediyor. İşveren, kendi çalıştırdığı bir kişiyle yazılı olarak yetki verebiliyor. Yetki belgesi için noter şartı yoktur. İsbetli de olmuştur bu kısmı özellikle muhasebeciler de toplantılara katılsın ki müzakerede alacak miktarını hesaplayabilsin. Uygulamada sıklıkla arabulucular, avukatlardan özel yetkili vekâletname arıyorlar. Ben bunun isabetli olduğunu düşünmüyorum. Avukatların arabulucuda kendi vekâletlerini düzenleme yetkileri vardır ancak avukatlar bu hakkına sahip çıkmamaktadır. Hukukumuzda şekil serbestisi asıl olup şekil istisnadır. Bunun için yasalarda şekle ilişkin açık bir düzenleme olması gerekir. Düzenleme olarak HMK'daki 74. madde gösterilmektedir. Oysa bu yargılamaya ilişkin bir düzenlemedir. Bir taraftan da arabuluculuk yargılama değildir deniyor. Yargılama değilse neden yargılamaya ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanununun 74. maddesindeki özel yetki burada aranıyor. Gerçekten de arabuluculuk yargılama olmayıp yargılamaya ilişkin 74. maddenin burada uygulama alanı yoktur. Ayrıca belirtmem gerekir ki, arabuluculuk faaliyeti sonunda vekaletname herhangi bir yere ibraz edilmemekte arabulucudaki dosya arasında kalmaktadır. Bu dosyadaki tüm bilgi ve belgeler de gizlidir. Mahkemelerce dahi istenemez, istense de arabulucunun göndermemesi gerekir. Avukatın müvekkilim dediği tarafı temsil yetkisi yoksa bu arabulucunun değil avukatın sorunudur.

Özellikle işçiyle avukat birlikte katıldığı zaman zaten ilk toplantı tutanağını, anlaşma belgesini veya son tutanağı hem işçi hem avukatı birlikte imzalayacaklardır. Bu avukata vekâletin var mı? Vekâletinde özel yetki var mı diye sorulamaz. Böyle bir soru meslek ahlakına da kanuna da aykırıdır. Temsil yetkisi var ki işçiyle birlikte gelmişler ve toplantıya birlikte katılıyorlar. Daha da önemlisi 6325 sayılı Kanunun 15. maddesine göre “(6) Arabuluculuk müzakerelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler” cümlesinden sonra “Uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişiler de müzakerelerde hazır bulundurulabilir”. İşçinin avukatı uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek en önemli uzmandır. Hiç vekâlet sunmadan da toplantıya katılabilir. Avukatın yanında müvekkilinin olmadığı durumlarda en azından adi yazılı belge ile avukatın kendi vekâletnamesini düzenleme yetkisinin olduğu kabul edilmelidir. Arabulucular hukukçulardan yani genelde avukatlardan oluşmakta ancak Kanunu uygulamak yerine WhatsApp gruplarındaki talimatlara göre hareket etmektedirler. Bunun hesabını kendileri vermek durumunda kalabilirler. Ben kendi yaptığım arabuluculuk görüşmelerinde avukatlardan özel vekâletname istemiyorum, yanında müvekkiliyle gelene de vekâletin var mı diye sormuyorum. Aldığınız vekâleti ne yapacaksınız bunu da anlamıyorum. Kanunda 5 yıl saklanır diyor ama mahkeme bile isterse kimseye de verme diyor. Öyle ise yer tutmasın diye ben bunları yakıyorum. Size yakın demiyorum ama dikkatinizi bu noktaya çekmiş olayım. Unutmadan bir şeyi daha ifade edeyim adı üzerinde arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Avukatın davada yetkisi var ama bu davanın ön koşulu olan şartı yerine getirmek için yetkisi yok denilemez. Çoğun içinde az da vardır. HMK 74 dava şartı/zorunlu arabuluculuk dışındaki alternatif uyuşmazlık çözüm yolları için geçerlidir. Zaten 74. madde de açıkça yetki verilmemişse alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuramaz der.

Oturum Başkanı: Sayın hocam... Bitiriyorum. Sürenin sonuna geldik; süreyi aşmak tehlikeli ve yasaktır.

Tamam başkanım; “kesinlikle” değilse, sorun yok.

Arabulucuya çözüm önerisinde bulunma imkânı getirildi ancak bu bir ön koşula bağlıdır. Kanunun 17. maddesinin yedinci fıkrasına göre; “Tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde arabulucu bir çözüm

önerisinde bulunabilir". Arabulucunun çözüm önerisinde bulunabilmesi için tarafların anlaşamadıklarının ortaya çıkması gerekir. Hatta bu hususu bir tutanakla belgelemelidir. Böyle olmadan daha önceden tarafların rızası dışında çözüm önerisinde bulunan arabulucu görevini yanlış yapmaktadır. Bunun sorumluluğu olabilir.

Son olarak Avukatlık Kanununun 35/A maddesi 6325 sayılı Kanuna alındı. Buna göre "(4) Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır(m.18/4). Benim buna da bir itirazım var. Bu avukata güvensizliğin başka bir örneğidir. Avukatlık Kanunundaki hüküm de aynıdır. Ancak Boralardan ve avukatlardan yeterli ses gelmemektedir. Avukatın yapmış olduğu bir işlem müvekkiline tasdik ettirilmesi ayıptır. Avukatın bu işlemi müvekkilinin bilgisi dâhilinde yapıp yapmadığı onlar arasındaki bir sorundur. Bana göre avukatların karşılıklı imzaladıkları anlaşma belgesi doğrudan ilam niteliğinde olmalıdır. Bunu belirterek bitiriyorum sayın başkanım. Sabrınız için teşekkür ediyorum.



Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES

**ZORUNLU ARABULUCULUĞUN HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ VE ARABULUCULUK İLKELERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ “Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım” EVALUATION OF MANDATORY MEDIATION WITH REGARD TO RIGHT TO AN EFFECTIVE REMEDY AND PRINCIPLES OF MEDIATION\***

**“A Critical Approach to Mandatory Mediation”**

**Plan**

**Giriş**

- A.** Konuyla İlgili Ön Bilgiler
  - 1. Genel Olarak
  - 2. Temel Mevzuat Hükümleri
  - 3. İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları
- B.** Hak Arama Özgürlüğü Karşısında Zorunlu Arabuluculuk
- C.** Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuk
- D.** Arabuluculuk Değil, Zorunlu ve Özünden Uzaklaşan Arabuluculuk Sakıncalıdır

**Sonuç**

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

## GİRİŞ

Biz bu çalışmada, ihtiyarî olarak başlayan, ancak artık zorunluya doğru kayan arabuluculuğun geldiği noktayı, hak arama özgürlüğü ve arabuluculuk ilkeleri kapsamında değerlendirmeye çalışacağız. Temel ilkeleri arasında da yer aldığı üzere, aslında arabuluculuk gönüllü ve iradî bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Arabuluculuk yönteminde, tarafların serbest iradelerinin geçerli olduğu alanlarda, tarafların iradeleri ile başvurdukları, arabulucu denen üçüncü kişinin süreci yürütmesi ve katkısı sonucu yine tarafların tercihi ve iradesi ile bir çözüm üretilir. Kısaca arabuluculuk gönüllü, iradî, ihtiyarî bir yoldur. Genelde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin, özelde ise arabuluculuğun çıkış noktası yargılamadaki zorlama yerine, tarafların isteği ile bir çözüm ortamının oluşturulmasıdır.

Ülkemizde birçok tartışma ile önce ihtiyari olarak sisteme giren arabuluculuk, zorunlu arabuluculuğa evrilmeye başlamıştır. Makul şekilde ve kendi ilkelerine uygun yürütülen ihtiyarî arabuluculuk, uyuşmazlık çözüm sistemi içinde ne kadar doğru ise, zorunlu arabuluculuk o kadar yanlıştır. “Ara-bulmak” ile “zorlamak” arasındaki anlam zıtlığı, zaten kendiliğinden bu çelişkiyi ortaya koymaktadır. Zorunlu arabuluculukla, aslında arabuluculuğun özündeki doğru yaklaşım terkedilmekte, arabuluculuk ilkeleri bir kenara bırakılmakta, önceliğin yargının iş yükünü azaltmak olduğu bir bariyer kurulmaktadır. Arabuluculuk aynı zamanda ciddi bir bürokratik yapıya, bunun uzantısı olan bir baskı ve çıkar grubuna da dayanmaya başlamıştır. Arabuluculuk süreçleri gittikçe karmaşık hale gelerek adeta yeni bir alternatif usul icadedilmesi yoluna girilmiştir. Maalesef bu baskın yapı, bu konuda alternatif bir sese ve bir karşı argümana da çok iyi gözle bakmamaktadır. Bunun en somut göstergesi, konuyla ilgili yapılan toplantılarda konuya eleştirel gözle bakanların yer almaması ve dinlenmemesi, toplantıların arabuluculuğa övgü ve başarı hikâyelerinin anlatıldığı toplantılar haline gelmesidir. Oysa “barika-i hakikat müsademe-i efkârdan doğar”. Bu toplantıda farklı fikirlerin tartışılmasına zemin hazırlandığı için ayrıca düzenleyenlere teşekkür etmek isterim. Bunun Yargıtay’ın kuruluş yılı etkinliği olması bakımından da, farklı fikirlerin karşılaşmasının sağlanması yönünden yargısal objektifliğe uygun olduğunu söylemek memnuniyet vericidir.

Biz bu çalışmada, pek duyulmak istenemeyen eleştirel gözle konuyu ele almaya çalışacağız. Ancak zorunlu arabuluculuğa ilişkin sorunun her

yönünü değil, özellikle hak arama özgürlüğü ve arabuluculuk ilkeleri karşısında zorunlu arabuluculuğu değerlendireceğiz. Bu değerlendirmeyi yaparken baştan belirtmemiz gerekir ki, ihtiyarî arabuluculuk kendi ilkeleri ve kuralları çerçevesinde kaldıkça doğru bir yöntemdir. Bu sebeple, eleştirdiğimiz, doğru uygulanan ihtiyarî arabuluculuk değil, kurum olarak zorunlu arabuluculuğun kendisi ile ihtiyarî arabuluculuktaki kötü uygulamalardır.

Bu bildirinun sunulduğı toplantıdan sonra önemli iki gelişme olmuştur. Bunlardan birincisi 7155 sayılı Kanunla zorunlu arabuluculuğun ticarî uyuşmazlıklara da genişletilmiş olması; diğeri ise, bu toplantıdan birkaç gün sonra konuyla ilgili yeni bir Anayasa Mahkemesi kararının yayınlanmış olmasıdır. Toplantıda sunulan bildirinun kapsamını aşmamak üzere bu gelişmelere de değinmeye çalışacağız.

## **A. KONUYLA İLGİLİ ÖN BİLGİLER**

### **1. Genel Olarak**

Uyuşmazlığı çözenin basitten zora, kısa sürenden uzun sürene, karşılıklı ve doğrudan müzakereden üçüncü kişinin vereceğı karara bağı olan yargılamaya kadar farklı yöntemleri vardır. Bunlar insanlık tarihi kadar eski farklı uyuşmazlık çözüm yöntemleridir. Zaman sadece bunların nitelik, uygulanış ve sonuçları bakımından bir takım farklılıklar ortaya çıkarmıştır. İnsanoğlu öteden beri biraz da bencil karakterinin etkisi ile kendi menfaatini öne çıkarmaya çalışmak ve korumakla birlikte, diğeri yandan da bir hak ve adalet arayışı içinde olmuştur. Menfaatini korumak ile hak ve adalet arayışındaki bazen zorlanan çelişkiyi gidermek yanında, toplumsal düzenin de sarsılmadan devam etmesine yönelik dengenin gözetilmesi gerekmektedir. Çünkü, uyuşmazlıkların nitelikleri, korunan hak, hakkın özündeki menfaat farklıdır. Bunun sonucu da bir taraf için iyi olan iki taraf için iyi ve doğru olmayabilir; her iki taraf için iyi ve doğru görünen toplumsal yapı için her zaman iyi ve doğru sonuç vermeyebilir; bireysel menfaatlara uygun olan toplumsal menfaate aykırı olabilir. Bu farklılıklar sebebiyle ortaya çıkan uyuşmazlıkların nitelikleri de farklı olacaktır.

İnsanoğlu tüm uyuşmazlıklarını kavga, mücadele ve diğeri dışlayarak çözmemiştir. Hatta günlük hayattan başlayarak birçok uyuşmazlık, aslında daha uzlaşmacı ve müzakereci yöntemlerle çözülür. Bu noktada, günlük

hayat içinde de kullanılan uzlaşma, anlaşma, diğeriyle müzakere ederek sorunu çözme anlayışı, sorun hukukî boyuta ulaştığında da kullanılmaktadır. Müzakere ve sulh, dünden bugüne hep uyuşmazlık çözüm yöntemleri içinde bir şekilde varolagelmıştır. Bu müzakere ve sulh bazen iki tarafın doğrudan görüşmesi, bazen de üçüncü bir kişinin yardımı ve katkısıyla sağlanabilir. Günümüzde bu yöntemler geliştirilmiş, hukukun içinde daha belirgin şekilde yer bulmuş ikame yöntemler haline getirilmiştir. Bunun farklı sosyal, kültürel, ekonomik, idarî ve hukukî sebepleri vardır. Temelde uzlaşma kültürünün bir yansıması olsa da, birçok ülke bu yöntemleri daha kısa, basit, ucuz ve yargının yükünü hafifletmesi bakımından tercih etmiştir. Ancak yargılamadan farklı olarak bu yöntemlerin temelinde iki tarafın anlaşabilme, uzlaşabilme potansiyeli yatmaktadır. Yargılama dışında ortaya çıkan bu yöntemler genel olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak adlandırılmaktadır. Arabuluculuk, bu yöntemler içinde bugün daha öne çıkan bir yöntemdir.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, arabuluculuk yeni icat edilmiş, keşfedilmiş, insanlığın hizmetine sunulmuş bir uyuşmazlık çözüm yöntemi değildir; sadece kurumsal yapıya kavuşması, mevzuat içinde sistematik yer bulması ve teknik yöntemler uygulanarak hukuk sistemi içinde entegre bir hal alması yakın zamanlara denk gelmektedir. Bunun farklı ülkelerde farklı sebepleri vardır. Bazılarında, özellikle serbest piyasa anlayışının baskın olduğu ülkelerde, yargının pahalı olması, aleniyetin getirdiği riskler, delillerin elde edilmesindeki güçlükler, hukukun ekonomik analizi sonucu yarar-zarar dengesi, arabuluculuğu ve diğer yöntemleri öne çıkarmışken; bazılarında uzlaşmanın kalıcı çözümler sağlaması, çözümün yeni sorunlar doğurmaması, sosyo-kültürel yapının bunu daha mümkün kılması gibi sebepler arabuluculuğa yönelimi artırmıştır. Ayrıca globalleşme, sermaye hareketliliği, bu çerçevede farklı tâbiyetteki uluslararası şirketlerin yerel yargıya güven sorunu, daha standart ve esnek uyuşmazlık çözüm yöntemlerini teşvike götürmektedir. Ülkemizde olduğu gibi, yargının iş yükü karşısında kestirme çözüm arayışları da bu konuda önemli etkindir. Bu hususlar farklı çalışmaların konusu olduğundan üzerinde durmayacağız<sup>1</sup>.

1 Arabuluculukla ilgili genel bilgi için bkz. Özkes **M.**, Pekcanitez Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 2802 vd. ve orada anılan literatür. Ayrıca bkz **Ekmekçi Ö./Özkes M./Atalı M.**, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyarî ve Zorunlu Arabuluculuk, İstanbul 2018, s. 1 vd.; Özbek M. S., Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. I-II, 4. Baskı, Ankara 2016; **Kekeç E.K.**, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Uygulanan Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. Baskı, Ankara 2016.

Arabuluculuğun aslında dolaylı sonucu olan yargının iş yükünü azaltma cazibesi ile bugün ülkemizde yargının birçok sorunla karşı karşıya olması sebebiyle, arabuluculuk adeta bunların çözümünde bir sihirli değnek, güvenli bir liman olarak görülmüş; mazisi çok eski olmayan ihtiyarî arabuluculuğun dahi sorunları çözülmeden ve uygulamasının sonuçları tam görülmeden, oldukça zor alanlarda ve geniş bir çerçevede zorunlu arabuluculuğa geçiş hevesine düşülmüş, arabuluculuğun özünden ve amacından çok, bu pratik yönünü önemseme yanlılığı ortaya çıkmıştır. Zorunlu arabuluculuk, aslında arabuluculuğun özüne, amacına ve ilkelerine aykırıdır. Çünkü, arabuluculuğun öz iradeye, anlaşmaya, uzlaşmaya, müzakereye dayanmaktadır; zorlama ise yargısal faaliyetin gereğidir<sup>2</sup>. Arabuluculuk zorunlu hale gelince, artık alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olmaktan çıkıp alternatif, örtülü bir yargısal faaliyet haline gelme yolunda ilerlemektedir. Zorunlu arabuluculuk bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olmayıp ismi ne olursa olsun alternatif yargısal faaliyet türüdür. Ancak bu faaliyet, yargılama alanından kaçırılan, arkasından dolanılan ismi yargı olmayan bir faaliyettir. Gerçek resim budur. Bir şeyin ismini değiştirmek, onun cismini değiştirmemektedir.

## 2. Temel Mevzuat Hükümleri

Arabuluculuk, mevzuat bakımından önce 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) hazırlığı aşamasında gündeme gelmiş, ancak daha sonra ayrı bir kanun olarak 2012 yılında 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) kabulünü takiben tam olarak uygulanmaya ve gelişmeye başlamıştır. 6325 sayılı HUAK'ın kabulünden sonra konuyla ilgili alt düzenlemeler de yapılmış<sup>3</sup>, ayrıca ilgili bazı kanunlarda da arabuluculukla ilgili değişikliklere gidilmiştir. 6325 sayılı Kanun'dan sonra, bu kanunda ve arabuluculuk sisteminde en önemli değişiklik 7036 sayılı Kanunla olmuştur<sup>4</sup>. Bu kanunun ismi İş Mahkemeleri Kanunu olmakla birlikte,

2 Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, yargı sistemi ile rekabet içinde olmayan, yargısal yollara başvuru imkânını da ortadan kaldırmayan çözüm yöntemleridir. Bu çözüm yönteminde, devlete ait olan yargı yetkisine zarar vermeden, onun egemenlik alanına girmeden, tarafların iradelerine uygun olarak uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümü amaçlanmaktadır. Bu konuda 6325 sayılı HUAK'ın Genel Gereğinesine bakmak yeterlidir; bu hususa özellikle vurgu yapılmıştır.

3 Bu konuda çıkartılan Yönetmelik değiştirilerek yeni Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği çıkartılmıştır (RG, 02.06.2018, S. 30439).

4 RG, 25.10.2017, S. 30221.

hem iş mahkemelerinde dava şartı adı altında zorunlu arabuluculuk kabul edilmiş hem de 6325 sayılı Kanun ve diğer bazı kanunlarda konuyla ilgili değişiklikler yapılmıştır. 2018 yılında yürürlüğe giren bu değişikliklerle ve zorunlu arabuluculukla ilgili tartışma ve eleştiriler devam ederken, bu konuda yapılan düzenlemenin sonuçları görülüp anlaşılmadan (bu bildirinun sunulduğu toplantının ardından) bu sefer 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'daki<sup>5</sup> düzenleme içerisinde arabuluculukla ilgili yeni değişiklikler yapılarak zorunlu arabuluculuk ticarî uyuşmazlıklara da yaygınlaştırılmıştır.

Yapılan düzenlemelerde zorunlu arabuluculuk kavramı kullanılmamakta, önce arabulucuya başvuru zorunluluğu dava şartı şeklinde ifade edilmektedir. Ancak, sonuçta uyuşmazlığın taraflarının dava açmak istemeleri halinde kendilerinin bu yönde iradeleri olmasa dahi, mecburen arabulucuya başvurmaları gerekmektedir<sup>6</sup>.

Aşağıda yapacağımız açıklamalara temel teşkil edeceği için konuyla ilgili temel bazı kanun hükümleri ile Anayasa hükümlerini ve Anayasa Mahkemesi kararlarını da belirtmekte yarar bulunmaktadır.

Konu arabuluculuk olunca önce "Arabuluculuk nedir?" sorusunun cevabı verilmelidir. HUAK'ta bu konuda yapılan oldukça kapsamlı tanıma göre, "Arabuluculuk sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürü-

5 RG, 19.12.2018, S. 30630.

6 Bunun yanında 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu henüz Taslak halindeyken paylaşılan ilk metinde de maddenin kenar bağılığı "zorunlu arabuluculuk" şeklindedir. Bu dahi, düşüncenin arka planında niyetin zorunluluk olduğunu ortaya koymaktadır. Ayrıca, bu Bildirinin sunulmasından sonra kabul edilen 7155 sayılı Kanunla birlikte 6325 sayılı Kanunun arabuluculuk ilkelerinden iradî olmayı düzenleyen 3. maddesinin 1. fıkrasına, "Şu kadar ki dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin 18/A maddesi hükmü saklıdır." şeklinde hüküm eklenmesi de iradî olmanın zıddının mümkün olduğunu ortaya koymaktadır. Bir şey iradî değilse, zorunludur. Kaldı ki, işe iade davaları ile ilgili İş Kanunu'nun 20. maddesinde açıkça "İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminden tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır." ifadesi yer almaktadır. Bu sebeple mevzuatta da açıkça zorunluluk ifadesine yer verildiğini söylemek yanlış değildir.

*tülen uyuşmazlık çözüm yöntemini ifade eder” (HUAK m. 2/1-b). Görüldüğü üzere kanunî tanım, tarafların birbirlerini anlama, iletişim süreci ve özellikle de ihtiyarî olmayı esas almıştır.*

Arabuluculuğun temel ilkelerine bakıldığında ise, yine HUAK’a göre üç temel ilke geçerlidir ki bunlar zaten genel kabul gören arabuluculuk ilkeleridir. Bunlar:

- İradî olma (HUAK m. 3/1)
- Eşitlik (HUAK m. 3/2)
- Gizlilik (HUAK m. 4, 5)

İradî olmak bakımından, dava şartı olan arabuluculuğa ilişkin HUAK’ın 18/A maddesi hükmünü saklı tutan düzenleme kanuna yeni eklense de, asıl ilkenin iradîlik olduğu açıktır.

Konuyla ilgili Anayasa hükümlerine bakacak olursak, temel alınacak hükümler şunlardır:

- Hukuk devleti (AY m. 2)
- Yargı yetkisi: “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.” (AY m. 9)
- Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü (AY m. 11)
- Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması: “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” (AY m. 13)
- Hak arama özgürlüğü: “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” (AY m. 36/1).

### **3. İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları**

Anayasa Mahkemesi’nin konusuyla ilgili yol gösterecek kararları bakımından da aşağıdaki kararlarına değinebiliriz. Bu kararlardan en yenisi bu bildirinun sunulduğunu toplantı’dan sonra yayınlanmış olmakla birlikte burada değerlendirilecektir. Aşağıda açıklanan dört karardan ikisi doğrudan arabuluculukla ilgili olan, ikisi ise dolaylı olarak yol gösterecek kararlardır.

- a. Konuya ışık tutacak ilk karar Anayasa Mahkemesi'nin 1971 tarihli, iş mahkemelerinde meslekten olmayan hâkimlerin de görev almasının Anayasaya aykırı olduğu yönündeki kararıdır<sup>7</sup>. Bu kararda dikkat çeken hususlar şunlardır:
- Karar, 1950 tarihli 5521 sayılı Eski İş Mahkemeleri Kanunu'nun, iş mahkemelerinin oluşumunda, meslekten olan bir iş hâkiminin başkanlığında işçi ve işveren temsilcilerinin de mahkemede yer alması yönündeki düzenlemesini iptal etmiştir.
  - Mahkeme, özellikle yargı yetkisinin mahkemelerce kullanılacağı, yargı erki ve hâkimlerin nitelikleri hususlarına dikkat çekerek iptal kararı vermiştir.
  - Kararın konumuzla ilgisi ise, o tarihte mahkemelerde görevlendirilen işçi ve işveren temsilcilerinde aranan niteliklerin neredeyse bugün arabulucular için aranan niteliklerle benzerlik göstermesidir. Ayrıca bir meslekten hâkimle birlikte yargı yetkisi kullanan işçi ve işveren temsilcilerinin yerine, bugün görünürde hâkim olmayan, yargı yetkisi kullanmayan, ancak uyumsuzluk için başvurulması zorunlu ve fonksiyonel olarak yargı yetkisine benzer bir yetki kullanan arabulucular almıştır.
  - Bugün arabuluculuk ve zorunlu arabuluculukta da (bir kısmı doğru olmayan şekilde) farklı ülkelerden örnekler verilerek yanlışlıklar doğrulanmaya çalışıldığı gibi, o tarihte de özellikle konuyla ilgili Almanya ve Fransa örnekleri verilmekte, bu ülkelerde mahkemede işçi ve işveren temsilcilerinin yer aldığı ve anayasalarına aykırılık sorununu doğmadığı belirtilmekteydi. Anayasa Mahkemesi, bu örnekler üzerinde de durarak kararda tartışmıştır. Mahkeme, böyle örnekler üzerinden akıl yürütmenin doğru olmayacağı sonucuna vararak, bu ülkelerle Ülkemizdeki Anayasa ve düzenleme farklılıklarına dikkat çekmiş, bu ülkelerin anayasalarında ve düzenlemelerinde kesin ve sürekli atanan meslekten olan hâkimlerle diğerleri arasında bir ayırım yapıldığını belirtmiştir. Oysa o gün de bugün de bizim Anayasamızda böyle bir ayırım yoktur. Kaldı ki, o tür düzenlemelerin kendilerine has özellikleri ve uzun süreden beri devam eden yerleşik kural ve gelenekleri, tarihî sebepleri, etik değerleri mevcuttur.

7 AYM, T. 13.04.1971, E. 1970/63, K. 1971/38 (RG, 16.11.1971, S. 14017).

- b.** Konuyla ilgili diğer karar ise, Anayasa Mahkemesi'nin 2018 tarihli, hak arama özgürlüğü, dava hakkı ve adalete erişim hakkına değinen bir karardır. Esasen Anayasa Mahkemesi'nin bu konuya değinen farklı kararları mevcuttur. Bizim bu kararı seçmemizin sebebi, çok yeni olması, ayrıca yine spor uyuşmazlıklarıyla ilgili öngörülen bir uyuşmazlık çözüm yöntemiyle ilgili bulunması sebebiyle arka plan yakınlığıdır<sup>8</sup>.
- Anayasa Mahkemesi bu kararında, Anayasa'nın "hak arama hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesiyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının, temel bir hak niteliği taşıması yanında, diğer temel hak ve özgürlüklerden de gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biri olduğuna dikkat çekmiştir. Yani, bu hak zedelenirse, diğer temel hakların da koruma şemsiye ortadan kalkacaktır.
  - Mahkeme, hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından birinin mahkemeye erişim hakkı olduğunu, hakkın, hukukî bir uyuşmazlığın bu konuda karar verme yetkisine sahip bir mahkeme önüne taşınması hakkını da kapsadığını, kişinin uğradığı haksızlık veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararının giderilebilmesinin en etkili ve güvenceli yolunun yargı mercileri önünde dava açabilmesi olduğunu belirtmiştir. Özetle, dava açmaktan ve yargı organları önünde hak aramaktan daha aslı, güvenceli ve etkili bir başka yolun bulunmadığı kararda vurgulanmıştır.
  - Kararda Mahkeme ayrıca, Anayasa'nın 13. maddesine göre, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmadan sadece Anayasa'da öngörülen sebeplerle ve kanunla sınırlanabileceği, hakkın özüne dokunulduğunda temel hak ve özgürlüklerin anlamsız kalacağı, bu çekirdek alanın kişiye dokunulmaz asgarî bir güvence sağladığı, bu çerçevede de hakkın kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren, kullanılmaz hale getiren veya ortadan kaldıran sınırlamaların hakkın özüne dokunacağı vurgusunu yapmıştır.

8 AYM, T. 18.01.2018, E. 2017/136, K. 2018/7 (RG, 02.03.2018, S. 30348).

c. Anayasa Mahkemesi'nin 2013 tarihli kararı arabuluculukla ilgili olarak doğrudan verdiği ilk karar niteliğinde olup 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hakkındadır<sup>9</sup>. Mahkeme, 6325 sayılı HUAK'ın birçok hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu belirtilerek ileri sürülen iptal başvurusunu reddetmiştir. Kararın ihtiyarî arabuluculuğa ilişkin düzenlemenin iptali talebinin reddi olduğu unutulmamalıdır. Bu kararın gerekçesi arabuluculuk bakımından ayrıntılı ve aydınlatıcıdır. Bu gerekçenin konumuzla doğrudan ilgili bazı bölümleri aşağıya aynen alınmıştır.

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

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının başarılı olabilmesinin ön koşulu da bu yolların yargı yoluyla yarışmaması ve yargının yerine ikame edilmemeye çalışılmasıdır. Bu yolların asıl hedefi, basit ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıkların adli bir soruna dönüşmeden çözümünü sağlamaktır. Kanunun 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde de arabuluculuk ‘Sistemik teknikler uygulanarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları

9 AYM, T. 10.07.2013, E. 2012/94, K. 2013/89 (RG, 25.01.2014, S. 28893).

bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi' olarak tanımlanmış ve aynı kanunun 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da tarafların, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbest oldukları açıkça ifade edilmiştir. Bir başka ifadeyle, taraflar arasında arabuluculuk yöntemine başvurulmuş olması, Devletin yargılama yetkisini bertaraf edemez. Arabuluculukta iradilik ilkesi gereğince yargıya ve diğer çözüm yollarına başvuru yolu her zaman açık bulunmaktadır. Dolayısıyla, kuralın, Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırı bir yönü yoktur."

- Görüldüğü üzere Mahkeme bu kararda, arabuluculuğun tanımı, arabuluculuk ilkeleri, bu konudaki görüşler, arabuluculuğun Devlet yargısı ile ilişkisi üzerinde durarak tartışmış ve bir sonuca varmıştır. Mahkeme, arabuluculuğun gönüllülük esasına dayanan bir yol olduğuna, iradilik ilkesine özellikle vurgu yapmış, yargısal yolların yanında yer alan ve tarafların istemeleri hâlinde işlerlik kazanan bir yol olduğuna, mahkemelerin alternatifi olamayacağına dikkat çekerek, arabuluculuğun yargı yoluyla yarışmaması ve yargının yerine ikame edilmemesi gerektiğine dikkat çekmiştir.
- d. Anayasa Mahkemesi'nin 2018 tarihli kararı ise en yakın tarihli kararı olup iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğun kabulünden sonra verdiği ve bu defa zorunlu arabuluculuğa ilişkin Anayasa'ya aykırılık yönünden yapılan iptal başvurusunu reddettiği karardır<sup>10</sup>. Karar iş uyuşmazlıklarında dava şartı olarak kabul edilen zorunlu arabuluculukla ilgili 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesi ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesiyle diğer bazı hükümlerin iptali hakkındadır.
- Anayasa Mahkemesi bu kararında, öncelikle zorunlu arabuluculuğun geçerli olduğu iş hukuku ve iş yargılamasının bazı özelliklerine değinmiş, ayrıca arabuluculukla ilgili temel hükümler ve bilgilere yer vermiş; ardından yaptığı değerlendirmede dava şartı olan zo-

10 AYM, T. 11.07.2018, E. 2017/178, K. 2018/82 (RG, 11.12.2018, S. 30622).

runlu arabuluculuğun Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında dikkat çeken husus, hak arama özgürlüğü, dava hakkı vs. konularda, daha önce kendi verdiği kararlarla hiçbir karşılaştırma yapmamış ve özellikle de yukarıda belirtilen arabuluculukla ilgili kararına değinmemiş olmasıdır; karar da bunlara atıf da yoktur. Ayrıca konuyla ilgili herhangi bir kaynak ve karşılaştırma da yapmadan, deyim yerindeyse sadece mevzuat çerçevesinde bir değerlendirme yapıp karar vermiştir. Bu durum, Anayasa Mahkemesi gibi bir mahkemenin karar tekniği ve formatına, kararın inandırıcılığına uygun değildir. Zira, eğer Mahkeme'nin yukarıda verilen önceki kararı, yeni kararını destekliyorsa ona atıf yaparak onun üzerinden bir gerekçe oluşturması; şayet bir çelişki varsa da, onu ikna edici şekilde açıklayıp gidermesi ve gerekçesini ortaya koyması gerekirdi. Kaldı ki, bazı hükümlerinin iptali istenen 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu gerekçesinde dahi yanlış da olsa önce 2013 tarihli Anayasa Mahkemesi kararına yer verilmiştir. Mahkemenin önceki kararını görmemezlikten gelmesi ilginçtir. Yine Anayasa Mahkemesi, yaklaşık elli yıl önce iş mahkemelerinin oluşumu ile ilgili verdiği kararda dahi belirli mukayaseleri yapmış, karşılaştırmalı hukuka değinmiştir. Bugün verilen kararın elli yıl önce verilen karar formatından dahi geri olduğunu söylemek yanlış değildir.

- Anayasa Mahkemesi, bu kararında "Uyuşmazlıkların yargı yetkisi kullanılarak devlet tarafından mahkemeler aracılığıyla çözülmesi esas olmakla birlikte her uyuşmazlığın çözümünün mahkemelerden beklenmesi mahkemelerin iş yükünün artmasına ve davaların makul sürelerde bitirilememesine yol açabildiği gibi bu durum tarafların menfaatlerine de ters düşebilmektedir. Yargı görevinin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, yargının iş yükünün azaltılması, adalete erişimin kolaylaştırılması ve usul ekonomisi gibi çeşitli nedenlerle yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması da gözetilerek uyuşmazlıkların çözümü için arabuluculuk gibi yöntemlere başvurulabilmektedir" şeklinde temel bir gerekçeye dayanmıştır. Öncelikle bu konuda en yüksek yargısal yetki kullanan organın, "her uyuşmazlığın çözümünün mahkemelerden beklenmesi"nin doğru olmayacağı yaklaşımını

seslendirmesi gariptir. O zaman şu soru akla gelecektir: Bireyler uyuşmazlıkların çözümünü mahkemelerden beklemeyecekse, nereden bekleyecektir? Yargı Devletin aslî ve vazgeçilmez temel görevi, hatta varlık sebebi değil midir, adalet mülkün temeli anlayışı terk mi edilecektir? Bir yargı sistemi içinde, kişilere belirli ölçüler içinde ve kontrollü olarak alternatif yolların açılması ve onların da isteyenler için hizmete sunulması başka şeydir; her uyuşmazlık için Devletin yargı hizmeti veremeyeceği ön kabulünden hareket başka şeydir. Yargı ve hak arama, belirli uyuşmazlıklara odaklanacak ve özgülenecek, diğerlerini ayıracak bir lüks hizmet değil, zorunluluk ve Devletin aslî görevidir. Devlet, "Benim yargımda işim çok, ben tüm uyuşmazlıklarınıza bakamıyorum, bir kısmına başkası baksın, ben de diğer işlere biraz rahat bakayım" diyebilir mi? Şüphesiz uyuşmazlık çıkmadan, ona engel olacak tedbirler alınabilir, uyuşmazlıkların barışçı ve müzakereci yöntemlerle çözümü önerilebilir, teşvik edilip sistemleştirilebilir; ancak "Ben bakamıyorum gidin başkası baksın" ya da "Önce şu engeli aşın sonra bakarım" anlamına gelebilecek bir yaklaşım, hukuk devletinin yaklaşımı olamaz. Yargının iyi işlemediği, iş yükünün çok olduğu, yargı hizmetinin geciktiği gerekçesi, bir yönüyle de iyi işlemeyen yargıyı göstererek alternatif yollara mecbur etmek anlamına gelecektir ki, bu da hukuk devleti ve onu korumak temel görevi olan Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı olmamalıdır. Ne kadar yararlı olursa olsun ve biz de dahil olarak alternatif yolları benimsesek de hiçbir yol, yargısal yoldan daha güvenceli ve korumalı değildir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi yerine temel hakları koruyacak daha güvenceli başka alternatif yol nedir? Bu sonuç Mahkemenin hak arama özgürlüğü ve ona dikkat çeken yukarıda verilen kararları yanında birçok kararına da aykırıdır<sup>11</sup>.

- Anayasa Mahkemesi aynı kararda, arabuluculuğun temelde taraf rızasına dayalı bir çözüm yöntemi olduğuna ve diğer ilkelerine de değinmiş olmasına rağmen, sanki bu tespitler yokmuş gibi, başka bir

11 Bu şekilde yargı organlarının daha önceki karardan farklı karar verilmesinin gerekçesi tam oluşturulmadan eski kararlardan dönülmesinin ya da onlara aykırı karar verilmesinin hak ihlâli sayılacağı, hukukî belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırı olacağı bir bireysel başvuru üzerine yine yakın tarihli Anayasa Mahkemesi kararında yer almaktadır. (AYM, 22.01.2019, Başvuru No: 2015/17453 – RG, 12.02.2019, 30684). Yani zorunlu arabuluculukla ilgili Anayasa Mahkemesi kararı, Mahkemenin bu tespitine de aykırıdır.

yönde karar vermiştir. Ayrıca alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yargının alternatifi olmadığına değinmekle birlikte, zorunlu arabuluculuk içinde öngörülen kurallar ve prosedürlerin adeta yargı benzeri bir yapılanmayı getirdiği (örneğin, yetki, bilgi toplama, taraf teşkili vs.) ve bunun da bürokratik bir mekanizmanın biraz da kanunu zorlayan işleyişine terkedildiği gerçeği üzerinde durulmamıştır. Gerçek anlamda eşit olmayanları, iradeleriyle başvurmadıkları ve bir hâkim güvencesinin de bulunmadığı yollarda eşit saymanın pek de mümkün olmadığı; zorunluluğun sadece başvuru ile sınırlı kaldığını süreç ve sonuçta zorunluluk olmadığı ifadesinin kağıt üstünde doğruluğu kabul edilse de, gerçeğin öyle olmadığı da bilinmektedir.

- Mahkeme, özellikle daha sonra açılan davada haklı çıkılsa dahi haklı çıkanın da belirli şartlar altında yargılama giderlerine mahkûm edilmesini de (oy çokluğuyla olsa da) Anayasa'ya aykırı görmemiştir. Bir kişi ne kadar haklı olursa olsun, örneğin alacağını müzakere etmeden tam almak ister ve arabuluculuk müzakerelerine bu sebeple katılmazsa, daha sonra açılan davada haklı çıkırsa da, yani yargı sen haklısın dese de, yargılama giderleri üzerinde kalabilmektedir (İşMK m.3/12). Anayasa Mahkemesi bunu da ölçsüz müdahale kabul etmemiştir. Bu gerekçe, bir yargılama hukukçusu olarak bizim bilgi ve anlayışımızı zorlayan bir kabuldür. Bunun anlamı, karşı taraf ne kadar haksız olursa olsun, sana zaman kaybettirecek, hatta bu arada bazı hak kayıpları ortaya çıkacak olsa bile, arabuluculuğu denemeli ve karşı tarafı muhatap almalısın, yeter ki yargıya iş yükü çıkmasın ve iş yargıya geç intikal etsin.

## B. HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ KARŞISINDA ZORUNLU ARABULUCULUK

Yukarıdaki temel ve genel açıklamalarla, konuyla ilgili mevzuat hükümleri ve yargı kararları ile bunlardan çıkardığımız sonuçları birlikte ele aldığımızda hak arama özgürlüğü, adalete erişim, hukukî korunma talebi karşısında zorunlu arabuluculuğun durumunu şu temel noktalarla ortaya koymak mümkündür<sup>12</sup>:

12 Bu konuda ayrıca bkz. **Karacabey K.**, "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkeleri"

1. Hukukî korunma talebine cevap verme, hak arama özgürlüğünü tam sağlama ve adalete erişim, devletin aslî ve vazgeçilmez görevidir. Bu görev devredilemez, vekâleten, temsilen, aracı vasıtasıyla kullanılamaz; bazı sebeplerle ertelenemez, geciktirilemez, iş yükü vs. bahanelerle zorlaştırılıp önüne engel konulamaz. Aksi halde bu durum hakkın özünü zedeleyecek hale gelecektir.
2. İş Mahkemeleri Kanunu'nda iş mahkemeleri ve yargılaması ile ilgili temel hükümler 9 maddede düzenlenmişken, zorunlu arabuluculuğu düzenleyen 3. madde, 22 fıkradan oluşmaktadır<sup>13</sup>. Arabuluculuk, Kanunun aslî düzenlemesi, yani yargılama fonksiyonunun önüne geçirilmiştir. Zaten 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun da aslında yargılamaya getirdiği önemli bir yenilik yoktur. Kanun adeta zorunlu arabuluculuk için çıkartılmıştır denilebilir. Oysa arabuluculukla ilgili temel düzenleme HMK içerisinde yapılmamış, bilinçli olarak ayrı bir kanunda HUAK'da yapılmıştır. Bunun sebebi, arabuluculuğun yargısal faaliyetin parçası veya onunla eşdeğer sayılmaması, bu yönde bir intiba uyandırılmamasıdır. Nitekim 6325 sayılı HUAK'ın genel gerekçesinde de bu hususa ayrıca dikkat çekilmiştir. Kısaca, bir yargısal faaliyeti düzenleyen kanun içinde arabuluculuğun, hem de ondan daha ayrıntılı düzenlenmesi, işin mahiyetiyle uyumlu olmadığı gibi, bu konudaki genel düzenlemenin gerekçesi ve yaklaşımına da aykırıdır.
3. Daha bir yıl öncesine kadar çok önemli görülen ve genel mahkemelerin bilgisine dahi emanet edilemediği için, hakkın tam anlamıyla yerini bulması için özel mahkemelere tevdi edilen uyuşmazlıklar, hem de hiçbir sınırlama, büyük küçük uyuşmazlık ayrımı yapılmamış

erine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar", ABD 2016/1, s. 457 vd.; **Erdoğan E.**, "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi" İSGHD, C.14, S. 55, Y. 2017, s. 1211 vd.; **Erdoğan E./Erzurumlu N.**, "İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Düşünceler, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi", İSGHD, C. 13, S. 52/2016, s.1861 vd. Ayrıca bkz. Şu toplantıdaki bildiri ve tartışmalar: İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi- 14 Mayıs 2016 (Ed.: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey), İstanbul 2016.

13 Benzer düzenleme ticarî uyuşmazlıklarda da zorunlu arabuluculuğun kabulünden sonra, daha genel olarak 6325 sayılı HUAK'a 7155 sayılı Kanunla eklenen 18A maddesinde yapılmıştır.

dan, tarafların o yönde iradesi olmasa, hatta aksini düşünseler dahi arabuluculuk zorunluluğuna tâbi tutulmuştur. Bu kendi içinde çelişkili yaklaşımdır. Bu uyuşmazlıklar birden nitelik mi değiştirmiştir? Artık kolay çözülebilir uyuşmazlıklar haline mi gelmiştir? Bu uyuşmazlıkların önemi mi kalmamıştır? Özellikle ticarî davaların, özel hukuk alanında tek toplu mahkeme olan ticaret mahkemelerinde görüldüğü, tek hâkime değil, ancak toplu mahkemenin bilgi ve uzmanlığına emanet edilebildiği, hatta bu konuda birkaç defa kanun değişikliği de yapıldığı düşünülürse, bu çelişki kendiliğinden kolayca anlaşılacaktır.

4. AY m. 2, 9 ve özellikle 36 karşısında, zorunlu arabuluculuk hak arama özgürlüğüne engel, ona ulaşmayı zorlaştırma ve karmaşık birtakım usûllerle adeta hak aramaktan yıldırma anlamına gelmektedir. Bu çerçevede hakkın özüne de dokunmakta, ölçülülük sınırlarını aşmaktadır (AY m. 13). Özellikle zorunlu arabuluculukta ortaya çıkan usûlî sorunlar, hak arama bakımından ciddi güçlük ve hakkın özünü etkileyecek, onu anlamsız kılacak hale gelebilecektir<sup>14</sup>. Birkaç örnek<sup>15</sup>:

- Yargısal yolla kullanılacak bazı yetkiler, idarî birim olan arabulucu büroları ve yargı yetkisi olmayan arabuluculara verilmiştir. Sistemin tüm kontrolü yargı dışında idarenin tasarruf alanındadır. Hatta bu bürokratik yapı, çıkardığı alt düzenlemeler, yaptığı yayınlar, iletişim vasıtaları aracılığıyla hangi uyuşmazlıklar hakkında dava açılıp açılmayacağına karar vermekte, zorlamakta, Anayasal güvence altındaki hak arama özgürlüğü ve mahkemeye müracaat hakkını idarî yolla sınırlandırmaktadır. Zira, zorunlu arabuluculuğa tâbi uyuşmazlıkların genel ölçüsü konulmuş, ancak kod halinde ya da örnekleme suretiyle sayılmamıştır. Böyle bir durumda karar verecek olan tek yer yargı organları iken, şu anda bu alan bürokrasinin fiilî hâkimiyetine bırakılmıştır<sup>16</sup>.

14 Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. **Ekmekçi/Özekes/Atalı**, s. 109 vd.

15 Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Ekmekçi/Özekes/Atalı**, s. 186 vd.; **Namlı M.**, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı İle Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medenî Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi- 14 Mayıs 2016, Ed.: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul, 2016, s. 151 vd.

16 Somut bir örnek olarak 7155 sayılı Kanunla TTK'ya eklenen 5A maddesine göre, "konu-

- Dava şartı olan ve dava hakkına engel olan zorunlu arabuluculuğa başvuru, görevlendirme vs. gibi hususların kanunla değil, idarî işlem olan yönetmelikle düzenlenmesi, sonunda yargıyı etkileyen bir konuda idarenin yetkili kılınması olup yargı yetkisinin dolaylı devridir.
- Bilhassa iş yargılamasının özellikleri, emrediciliği, bazı maddî hukuk hükümleri karşısında arabuluculukta varılan anlaşmanın tekrar yargı önüne gelme ihtimali mevcuttur. Aynı şey daha sonra kabul edilen ticarî uyuşmazlıkların birçoğu için de söz konusudur.
- Arabuluculuk anlaşmasına karşı dava açılmaz hükmü (HUAK m. 18/5), hem usûl hukuku bakımından anlamsız hem de hak arama özgürlüğü bakımından kabul edilemez ve uygulanamaz bir hükümdür. Özellikle iş hukuku bakımından oldukça sorunlu bir düzenlemedir.
- Birlikte hareket etmesi bazen zor ve bir dava dışında muhatap gösterilmesi, taraf haline getirilmesi mümkün olmayan kişilerin (alt işveren-asıl işveren ilişkisi) iradelerini aynı yönde kullanmaya zorlamak hem bireysel özgürlüklere hem de hak arama özgürlüğüne aykırıdır.
- Tarafların arabuluculuk faaliyetine kendi istekleri ile katılmamaları halinde, daha sonra açılacak davada haklı çıksalar dahi yargılama giderlerine mahkûm edilmesi, haklı olan aleyhine hak arama özgürlüğüne engel, zorlaştırma ve caydırma; gerçekte haklı olsa dahi bir kimseyi hak ettiğinden daha azını almaya iradesi yokken zorlamaktır.

su bir paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında”, yani ödeme ihtiva eden, eda, alacak talepleri hakkında önce arabulucuya başvuru zorunlu iken, Daire Başkanlığı yayınladığı kitapta ve tavsiyelerinde menfi tespit taleplerinin de bu kapsamda değerlendirileceğini söylemektedir. Bunun gibi sayısız örnek vardır. Bunun için ticarî arabuluculukla ilgili yayınlanan kitapta tespit edilen kategorilere bakmak ve bugüne kadar o konularda yayınlanan literatürü karşılaştırmak, aradaki çelişki ve hukukun zorlanmasını görmek bakımından fazlasıyla yeterlidir. Zira, bu konularda yayınlanmış birçok kitap, makale ve monografi aksini söylemekte, yargı kararları aksine karar vermektedir. Buna rağmen bürokrasi yargısal faaliyeti zımnen üstlenmiş durumdadır. Deyim yerindeyse, arabuluculuğun temyiz mercii ve içtihat makamı boşluğunu doldurma arayışı başlamıştır.

- Bunların yanında fiilî güçlükler hak aranmasını zorlaştırmaktadır. Zira, özellikle iş uyuşmazlıklarında ve taraflar arasında ciddi farklılıkların olduğu durumda, onları arabulucu önüne gitmeye zorlamak, deyim yerindeyse ölümü gösterip sıtmaya razı etmek anlamına gelmektedir. Keza ticarî uyuşmazlıklardaki karmaşıklık, özel uzmanlık gerektirme, uyuşmazlığın niteliği (ticarî olup olmadığı) konusundaki sınır sorunlar karşısında zorunlu arabuluculuk oldukça sorunlu bir durumdur.
  - Yukarıda açıklanan hususlar karşısında, Anayasa’da ve Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere, hak arama özgürlüğü için devlet yargısının ve davanın sağladığı temel hak açısından “asgarî güvence” garantisi kaybolmakta; hakkın kullanılması önemli ölçüde güçleşmekte, gerçek anlamda kullanılamaz hale gelmekte, hatta hakkın kullanımı ortadan kalkmakta veya cezalandırılmaktadır.
5. Yukarıda verilen 2018 tarihli son Anayasa Mahkemesi kararı dışında, diğer tüm Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde ortaya çıkan bu durumun Anayasa’ya ve onunla güvence altına alınan hak arama özgürlüğüne, ayrıca bu konudaki sınırlamalara aykırı olduğu görülmektedir. 2018 tarihli Anayasa Mahkemesi kararının ise kendi içinde çelişkisi, gerekçesinin yetersizliğine yukarıda değinildiğinden burada tekrar etmiyoruz. Her ne kadar yeni 7036 sayılı İşMK gerekçesinde özellikle, HUAK ile ilgili 2013 tarihli AYM kararına atıf yapılarak, zorunlu arabuluculukta anlaşma olmazsa dava açılma imkânının bulunduğundan hareketle, hak arama yolunun kapatılmadığı savunulmuşsa da, bu çıkarım AYM kararının bütünü dikkate alındığında doğru değildir. Çünkü, zorunlu arabuluculuk AYM bu kararında yapılan şu tespitlere açıkça aykırıdır:
- Arabuluculuğun yargının alternatifi olamayacağını açıkça belirtmiştir. Oysa bugün arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi değil, yargının alternatifi haline getirilmiş, getirilmeye çalışılmakta, yargısal alana hem genişlik hem içerik olarak ciddi bir müdahale söz konusudur.
  - Anayasa Mahkemesi, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin Devlet yargısının mutlak egemenliğine zarar vermeden kullanı-

labilecek ek yöntemler bütünü olarak nitelendirmekte ve yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılmamasına veya onunla rekabet içinde bulunmamasına, tam tersine uyuşmazlıkların çözümü için tamamlayıcı yöntemler olduğuna dikkat çekmektedir.

- Yine Mahkemenin bu kararı dikkate alındığında, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının başarılı olabilmesinin ön koşulu bu yolların yargı yoluyla yarışmaması ve yargının yerine ikame edilmemesidir ve bu yolların asıl hedefi, basit ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıkların adli bir soruna dönüşmeden çözüm sağlamaktır. Oysa bugün arabuluculuğun basit uyuşmazlıkların ötesinde bir alana zorla yayılması söz konusudur.
  - Mahkeme kararında, arabuluculuğun tarafların sorunlarını kendilerinin çözmesini amaçlayan gönüllülük esasına dayanan dostane bir çözüm yolu olup bir yargılama faaliyeti olmadığına dikkat çekilmiştir. Oysa bugün taraflar istemeseler dahi bir arabuluculuk sürecini işletmeye zorlanmaktadırlar.
6. Zorunlu arabuluculuk yoluyla adeta fiilen yeni görev alanı, yeni usûlleri ve yeni işleyişi olan, ancak idarî tasarrufa, keyfiliğe açık, yargısal uyuşmazlık çözümlerinden uzak, deyim yerindeyse yargıya alternatif, serbest piyasa haline getirilmiş, görünüşte yargılama olmayan ancak fonksiyonel olarak “arabuluculuk mahkemeleri” ne doğru bir gidiş söz konusudur.
  7. Zorunlu arabuluculuk açık adil yargılanma hakkı ihlâli sonucu doğurur. Çünkü, alenî bir yargılamada, karşı tarafla yakın temas kurmadan, psikolojik etkilerden uzak, herkese açık ve resmî bir ortamda sonuç almak imkânı, hak aramak isteyen tarafın elinden kendi isteği dışında (esasen gizlilik ilkesinin geçerli olduğu, yakın olmanın getirdiği psikolojik ve sosyolojik baskıyla karşı karşıya kalma sebebiyle) alınmaktadır.
  8. Başka ülkelerde de zorunlu arabuluculuk uygulamalarının olduğu iddiası da gerçeği tam yansıtmamaktadır. Çünkü, bu kadar yaygın ve sınırları genişletilmiş bir zorunlu arabuluculuk sistemi çok uygun bulunmamakta, hatta bu yönde düzenleme yapan ülkelerin bir kısmı da bundan vazgeçmektedir. Verilen örneklerin bir kısmının bizim hukuk sistemimizle ilgisi yoktur. Kaldı ki, iş hukuku gibi özel alanlarda zorunlu arabuluculuk sakıncalı görülmektedir. Ülke, sistem,

yargısal alışkanlıklar ve Anayasa farklılıkları gözardı edilerek varılan çıkarımlar ise yanlıştır. Bu konuda Eski İş Mahkemeleri Kanunu ile ilgili 1971 tarihli Anayasa Mahkemesi kararındaki gerekçe buna en iyi örnektir. Her ülkenin Anayasa hükümleri ile yargı organizasyonu farklıdır. Nitekim benzer durum 5521 sayılı eski İşMK döneminde de gündeme gelmiş; ancak o tarihte AYM, örnek gösterilen ülkelerin (Almanya ve Fransa) AY hükümlerinin farklılığı ile hâkim sınıfı ve yargısal güvencelerin farkına değinmiştir.

9. Yargı yükünü azaltmak arabuluculuğun amacı değil, dolaylı bir sonucudur ve yargı yükünü azaltmak için arabuluculuğun kullanılması, devletin aslı yükünü ben taşıyamıyorum özelleştiriyorum demesidir. Bu hem Devletin egemenlik hakları hem hukuken hem de farklı açılardan çok yanlıştır.
10. Hukukî gerekçeler dışında, fiilî zorluklar veya yanlışlar da hak aramayı gün geçtikçe güçleştirmektedir. Bu çerçevede:
  - Bugün arabuluculuk eğitimi adeta dershaneciliğe ve bir pazara dönüşmüştür. Bu tür yargısal denetim dışında gerçekleşen bir pazar anlayışıyla oluşan yapıya, yargının bugüne kadar aslı görevlerini hem de taraflar istemese de terketmek yargı erkine ve yargısal güvencelere aykırıdır.
  - Bu noktada parantez açarak hukukun ve hak aramanın ortalama bir vatandaşın hak aramasını güçleştirecek yöntemlere doğru gittiği de gözardı edilmemelidir. Örneğin, bugün tüketici hakem heyetleri, sigorta tahkim, zorunlu ve ihtiyari arabuluculuk gibi farklı yöntemler ortalama bir vatandaşın ne zaman nereye başvuracağı konusunda her geçen gün işini zorlaştırmaktadır. Özellikle avukatla temsil zorunluluğu olmayan ülkemizde bunun sakıncalı sonuçları olacaktır.
  - Avukatlar daha önce ve halen duruşma kapılarının önünde saatlerce beklerken, şimdi de arabuluculuk bürosundan arabuluculuk bürosuna koşar hale gelmiştir. Keza, İşMK m. 3/18 (yazılı belgeyle çalışana yetki verme) avukatla temsil tekeline de aykırıdır.
  - Konuyla ilgili bir bürokrasi ve pazar oluşmuştur. Hak aramanın bürokratik mekanizmalara ve pazar anlayışına terki sadece hak arayanları değil, aynı zamanda Devletin aslı görevi olan yargı erki ile de ciddi ve telafisi güç sorunları doğuracaktır.

### C. ARABULUCULUĞUN ÖZELLİKLERİ VE İLKELERİ KARŞISINDA ZORUNLU ARABULUCULUK

Zorunlu arabuluculuğun hak arama özgürlüğüne aykırılığı ve ortaya çıkartacağı sorunlar yanında, asıl arabuluculuğu kendi özünden ve ilkelerinden uzaklaştıran bir yönü bulunmaktadır. Çünkü, yargılamadaki zorunluluklar, usûller karşısında arabuluculuk, tarafların tamamen kendi insiyatifiyle ortaya çıkan, iradelerine dayanan, prosedürden uzak, basit, kolay, yormayan bir yöntem olması sebebiyle tercih edilmektedir. Zorunlu arabuluculuk ise, yukarıda açıklandığı üzere, zorlayan, yeni ve karmaşık prosedürler icad eden, hatta yargı benzeri bir yapılanmaya (ancak bu sefer yargısal güvenceden mahrum olarak) doğru gitmektedir. Yukarıda ayrı bir başlık altında kısaca arabuluculuk ilkelerine değinildiğinden burada tekrara üzerinde durmuyoruz. Aşağıda zorunlu arabuluculuğun bu ilkelere aykırılığı, yine temel noktalarıyla sıralanacaktır:

1. Ara bulmak, anlaşmak ve sulh olmakla “zorlamak” ve “zorunlu” olmak arasındaki çelişki çok açıktır. Bu açıdan kelime anlamı dahi baştan getirilen şeyin arabuluculuk sınırlarını zorladığını göstermektedir.
2. Arabuluculuk, niteliği gereği ve ayrıca 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nda da açıkça düzenlenen, genel bir ilke olarak “iradi”dir; “gönüllülük” esasına dayanır (HUAK m. 3/1). Zorunlu arabuluculuk bu ilkeye açıkça aykırıdır. Başvuru zorunlu ama, sonuç zorunlu değil diyerek önce arabulucuya gitmeye zorlamak, aslında gönüllülük ilkesinin arkasına dolanmak demektir.
3. Arabuluculuğun zorunlu olması “eşitlik” ilkesine de (HUAK m. 3/2) dolaylı olarak aykırıdır. Çünkü, sadece görünüşte değil, gerçek anlamda da tarafların kendilerini süreçte eşit hissetmeleri gerekir. Oysa aslında kendisini arabuluculukta rahat hissetmeyecek tarafı buna zorlamak baştan eşitlik ilkesinin ihlâli sonucunu doğuracaktır.
4. Arabulucuya başvuru zorunlu ama süreci yürütmek zorunlu değil, bu sebeple ilkeler ihlâl edilmiyor demek de, hem hukuken hem fiilen doğru değil. Çünkü, bu yola giren tarafın bazen istemeden anlaşmak zorunda olduğu bir uygulama gerçeğidir. Nitekim Yargı

kararlarına dahi yansımış olaylar mevcuttur. Keza anlaşmayı dava açıldığında dahi haklı çıkılsa da, yargılama giderlerine mahkum olmak ve bunun gibi yaptırım riski olduğundan, taraf istemese de aslında hakettiğinden daha azına razı olacağı, deyim yerindeyse bir pazarlığa zorlanmaktadır. Bunun yanında işçi gibi ücretle geçinen ve o ücreti alamadığında hayatını sürdürmesi zorlaşan birine, önce engel koyup sonra istersen dava da açabilirsin denilirse, daha uzun bir süreci göstererek arabuluculuk masasındaki direncinin ve müzakere gücünün zayıflayacağı açıktır.

5. Arabuluculuk basit ve formalitesi olmayan ya da çok az olan bir yoldur. Oysa arabuluculukta bugün artık birçok kanunda ve birçok maddede düzenlenen profesyonel bir iş halini alan, adeta yeni bir usûl icat edilmiştir. Yakında arabuluculuktan da kurtulmak için yeni bir alternatif yol aranmaya başlanırsa şaşırılmamak gerekir.
6. Arabuluculuğun özellikleri arasında yer alan temel hususlardan biri basitliktir. Arabuluculuğun özünde yargıdaki formalitelerden uzaklaşmak istenirken bu arada yeni bir arabuluculuk bürokrasisi oluşmuştur. Bu bürokrasi gittikçe genişlemekte, kendine alan açmaktadır.
7. Yargı erkinin denetimsiz alanlara terkinin acı tecrübeleri yaşanarak öğrenilmiştir; yeni bir riskle karşı karşıya olduğumuz söylenebilir.
8. Asgari kalite garantisinin olmamasının doğurduğu sorunlar, arabuluculuk sınırlarının zorlanma ihtimali, istatistiklerin gerçeği tam olarak yansıtmaması vs. de yine hak arama bakımından dikkate alınması gereken hususlardır. Bu konuda hukuku zorlayan bir pazar ve bu pazarın beklentileri ile baskı/menfaat grupları oluşmuştur. Bu durum arabuluculuk kurumunu zorlamakta ve gerekleri dışına çıkarmaktadır. Hatta zorunlu arabuluculuğa ya da arabuluculuğun uygulamasına getirilen eleştirilere dahi tahammül azalmakta, bu eleştiriyi yapanlar adeta kınanmaktadır.
9. Uygulamada arabuluculuk üzerinden, özellikle de arabuluculuk ilkeleri zorlanarak alan açma çabası sonucu, avukatlık meslek ilkelerinin zedelenmesi tehlikesini doğuracak davranışlar ortaya çıkmaktadır.

10. Zorunlu arabulucular bakımından ücretlerinin tahsili sorunu gündemde yer tutmaktadır. Bu bir yandan Devletin, arabuluculuk yoluyla yargıdaki masraflarını azaltmak isterken, diğer yandan da arabuluculuk yoluyla yeni bir masraf kaleminin oluşması çelişkisini de ortaya çıkarmaktadır. Ceza yargılamasında zorunlu müdafilikte bu konuda ortaya çıkan sorunlar, farklı şekillerde burada da ortaya çıkabilecektir. Arabuluculuk masraf artıran değil, masraf azaltan bir yöntemdir.
11. Bir süre sonra zorunlu arabuluculuğun, arabuluculuğun özündeki ilkelerden uzaklaşıp karmaşık hale gelmesi ve bu zorunluluğun doğurduğu sorunlar sebebiyle hukuk sistemini sıkıntıya sokması, ayrıca Devlete malî, sosyal ve siyasî yüke dönüşme tehlikesi bulunmaktadır.

#### **D. ARABULUCULUK DEĞİL, ZORUNLU VE ÖZÜNDEN UZAKLAŞAN ARABULUCULUK SAKINCALIDIR**

Arabuluculuk konusunda, özellikle zorunlu arabuluculuğun ortaya çıkmasından sonra yaptığımız eleştiriler karşısında arabuluculuğa karşı olduğumuz düşünülmemelidir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ve özellikle de arabuluculuğa ihtiyarî olduğu, doğru uygulandığı, amacına uygun yararlandığı, ilkeleri dışına çıkılmadığı sürece karşı değiliz, hatta bu çerçevede kaldıkça uyuşmazlık çözüm sistemi içinde birçok yararının olduğuna inanıyor ve savunuyoruz. Ancak arabuluculuk, hem sistemde yer alma süreci hem de uygulama bakımından özen gösterilmesi ve sabırlı olunması gereken bir kurumdur. Kurumun salt uyuşmazlık çözümü ve yargısal yönü değil, farklı yönleri bulunmaktadır. Doğru uygulama ile kısa, orta ve uzun vadede çok yararlı sonuçlar elde edilebilecektir.

Bizim buradaki çekince ve eleştirimiz, kurumun amacı dışına çıkartılması, arabuluculuğu, sadece sonuçlarından biri olan (ve zaman isteyen) yargının iş yükünü azaltma yönünün asıl amaç haline getirilmesi, zorunluluk gibi arabuluculuğun ruhuyla uyuşmayan bir yapıya gidilmesidir. Ayrıca başlangıçtan beri kurumun ortaya çıkartacağı muhtemel sorunlara da dünden bugüne hep dikkat çekmiş bulunuyoruz. Nitekim dokuz yıl önce (2009 yı-

linda henüz daha arabuluculukla ilgili kanunî düzenleme dahi yapılmamış-ken) bir toplantıda<sup>17</sup> yaptığımız tespitleri burada tekrar paylaşmanın bu konudaki yaklaşımımızı görmek bakımından yararlı olduğunu düşünüyoruz:

- Arabuluculuk yeni icadedilmiş bir yöntem değildir. Buna rağmen kendisi hakkında birçok yanlış ve önyargı vardır.
- Arabuluculuğa ilişkin yanlış ve önyargıların sebepleri tam olarak ve doğru anlaşılmalıdır.
- Bir saplantı halinde, salt arabuluculuğu yerleştirmek inadı ve ısrarıyla değil, yine arabuluculuğun felsefesinden hareketle, ikna ve bilgilendirerek kurumu yerleştirmeye çalışmak gereklidir.
- “Ne pahasına olursa olsun arabuluculuk” sloganı, bir inatlaşmayı da beraberinde getirecektir ve başarısızlığa mahkumdur.
- Uyuşmazlığı çözümlenin tek yolu yoktur; tüm uyuşmazlık çözüm yöntemlerini uyuşmazlığın kaynağı olan menfaat, onun niteliği, tarafların yaklaşımı, yöntemin başarı şansı değerlendirilerek birlikte ve uyumlu şekilde koordine etmek gerekir.
- Arabuluculuk, hem birey hem toplum hem de insanlık için, uyuşmazlık çözüme tek değil, ama güzel bir seçenektir. Bu seçeneği zorla değil, anlayış ve zaman tanıyarak yerleştirmek gerekir.

Geçmişte, hatta daha arabuluculuk bir kanunî temele oturmadan önce yaptığımız tespitlerin ve uyarıların kurumun daha iyi işlemesine yönelik olduğu açıktır. Ortaya çıkacak muhtemel tehlike ve sorunlara dikkat çekmemize rağmen o sorunların maalesef günümüzde gerçekleştiğini görmek üzücüdür. Bugün dikkat çektiğimiz ve üzerinde durduğumuz sorunların önceki tespitlerimizden daha ciddi ve önemli olduğunu belirtmek isteriz.

17 Özekes M., Yanılığlar ve Önyargılara Arasında Arabuluculuk, Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk-Uluslararası Sempozyum, Adalet Bakanlığı-İngiltere Ankara Büyükelçiliği-Conflict Management International, Ankara/5-6 Kasım 2009, T.C. Adalet Bakanlığı- İngiltere Büyükelçiliği Yayını, Ankara 2010, s. 105-124.

## SONUÇ

Tüm bu açıklamalardan sonra değerlendirme ve görüşlerimizi şu şekilde özetleyebiliriz.

1. Arabuluculuğa karşı değiliz.
2. Arabuluculuk bir hukuk sistemi içinde bulunması yararlı, gerekli, iyi işlediğinde ve amacına uygun kullanıldığında sisteme katkı sağlayan bir kurumdur.
3. Ancak iyi işleyen arabuluculuk isteniyorsa, önce iyi işleyen bir yargı oluşturulmalıdır; kötü işleyen yargıdan iyi işleyen arabuluculuk çıkmaz. Aksi halde sadece insanları ölümü gösterip sıtma-ya razı etmek durumu ortaya çıkar ki, bu da hukuk devleti ve hak aramayla bağdaşan bir şey değildir.
4. Arabuluculuğun gönüllü olarak geliştirilmesi, teşvik edilmesi, bunun için çalışmalar yapılması önemli ve yararlıdır.
5. Salt yargı yükünün azaltılması ve bu konuda oluşan piyasanın mutlu edilmesi için yanlış tercihlerle arabuluculuğu zorunlu kılmak çok yanlış, ayrıca birçok riske açıktır. Arabuluculuk şu anda bürokratik bir yapıya ve bir pazara dönüşme riski altındadır. Bu yapı kendi bakış açısı dışındaki her şeyi dışlamakta; hukukun sınırlarını zorlamaktadır.
6. Arabuluculuğun, gönüllülük, karşılıklı empati ve menfaate dayalı çözüm üretme anlayışıyla; “zorunluluk” şeklinde zorlama birbirine taban tabana zıttır.
7. Hukuk sistemimiz, Anayasa hükümlerimiz, birçok maddî hukuk kuralımız, yargı düzeni ve usûl hükümlerimizle zorunlu arabuluculuğun bağdaştırılması mümkün değildir. Özellikle şu andaki düzenleme bunlara aykırı ve aynı zamanda uygulamada birçok soruna yol açacak niteliktedir.

8. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ve arabuluculuğun amacı, uyuşmazlıkların çözümünde alternatif oluşturmaktır; yargıya alternatif oluşturmak değildir. Geline nokta ise örtülü şekilde yargı yetkisinin üstlenilmesidir. Yargı, Devletin aslî ve vazgeçilmez hem görevi hem de gücüdür. Bu görev vekâleten yürütülemez, açık ve örtülü devredilemez. Aksinin sadece hukukî değil, başka olumsuz sonuçları olur.
9. Arabuluculuğu teşvik ve cazip hale getirmek için birçok bilinen ve Ülkemizde de uygulanacak yöntem vardır. Bu yöntemleri uygulamak yerine, zorunlu hale getirmek yarardan çok zarar getirecektir.
10. Son olarak bu konuda çok sık kullandığımız iki sözü tekrar ederek bitirmek isteriz: *“Çimenleri çekerek uzatamazsınız”* ve *“Gönülsüz yenilen aş ya karın ağrıtır ya baş”*.



Prof. Dr. Murat ATALI

## ZORUNLU ARABULUCULUĞUN YARGILAMA HUKUKU BAKIMINDAN ORTAYA ÇIKARDIĞI SORUNLAR\*

### A. GİRİŞ

Muhtelif kanunlardaki münferit düzenlemeler bir tarafa bırakılacak olursa, Türk hukukunda hukuk uyuşmazlıkları bakımından arabuluculuğun ilk temel ve genel düzenlemesi 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'dur<sup>1</sup>. 07.06.2012 tarihli bu Kanun, teşkilata ilişkin hükümleri dışında, Resmî Gazete'de yayımlanmasını müteakip bir yıl sonra yürürlüğe girmiştir (m. 37).

Hasbelkader bilim komisyonunda yer aldığım 6325 sayılı Kanun'un hazırlık süreci uzunca bir zaman almıştı. Bu süreçte özellikle mukayeseli hukuktaki örnekler hem düzenleme, hem uygulama ve hem de sonuçları itibariyle yakından araştırılmıştı. Nihayet ortaya çıkan taslak metin, ilgili tüm kurum ve kuruluşlar yanında sivil toplum örgütlerini de kapsayan geniş kitlelerle tartışıldıktan ve değerlendirildikten sonra nihai şeklini almış ve yasalaşma süreci tamamlanmıştı.

6325 sayılı Kanun'un hukuk uyuşmazlıkları bakımından öngördüğü model ihtiyarî arabuluculuk idi. Bunun en önemli psikolojik sebebi, modern

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

hukuk sistemlerine yönelik yapılan mukayeseli hukuk araştırmalarında tespit edilen, zorunlu arabuluculuk modeline ilişkin olumsuz tecrübelerdi. Fakat bundan daha önemlisi, zorunlu arabuluculuğun hukuk devleti ve onun ayrılmaz bir parçası olan hak arama hürriyeti ile özellikle etkin hukuki himaye bakımından ortaya çıkardığı sorunların göz ardı edilememesidir.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi yakın tarihli kararında<sup>2</sup> zorunlu arabuluculuğu<sup>3</sup> söz konusu yönler açısından Anayasa'ya aykırı bulmamışsa da, aynı Anayasa Mahkemesi, daha birkaç yıl önce ihtiyarî arabuluculuğa karşı yapılan başvuruyu, özetle, "bunun sadece ihtiyarî olduğu, arabulucuya başvuru zorunluluğu öngörülmediği" gerekçesiyle<sup>4</sup> reddetmişti<sup>5</sup>. Her iki karar arasındaki çelişki ve tutarsızlık açıktır. Bu çelişki olsa olsa şöyle izah edilebilir ki, Anayasa Mahkemesi, her iki kararı verdiği (birbirine yakın olsa da) farklı dönemlerde, kendisini görüş ve beklentilerine itibar etmek zorunda hissettiği çevrelerin etkisi altında kalmıştır. Zira her iki kararın verildiği dönemlerde, ilgili çevrenin arabuluculuğa bakışının ve ondan beklentisinin farklı olduğunu görmektediriz.

Arbuluculuğun hukuk uyuzmazlıklarında ihtiyarî olmasını, getirdiği ve kurduğu model açısından en temel esas olarak benimseyen 6325 sayılı

- 2 Anayasa Mahkemesi, T. 11.07.2018, E. 2017/178, K. 2018/82, RG, T. 11.12.2018, S. 30622.
- 3 Zorunlu arabuluculuk modelinin adının "dava şartı olarak arabuluculuk" şeklinde ifade edilmesi onun mahiyetini değiştirmemektedir. Böyle bir isimlendirmenin, zorunlu arabuluculuk modeline yönelik eleştirileri "şark usulü" bir yöntemle aşma düşüncesinden kaynaklandığı açıktır. Zira, getirilen sistemde arabulucuya başvurmanın zorunlu kılınması onu asla teknik (HMK m. 114) ve teorik anlamda bir dava şartı yapmamakta, bilakis bu olsa olsa bir "dava engeli" mahiyeti taşımaktadır. Bu yöne dair değerlendirmeler tebliğimizimizin konusunu ve boyutlarını aştığı için, buna sadece işaret etmekle yetinmiyoruz.
- 4 Anayasa Mahkemesi, T. 10.07.2013, E. 2012/94, K. 2013/89, RG, T. 25.01.2014, S. 28893.
- 5 Zorunlu arabuluculuğun Anayasa'ya aykırılığı istikametindeki değerlendirmeler için bkz. Ekmekçi, Ömer/Özekes, Muhammet/ Atalı, Murat, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, İstanbul 2018, s. 23 vd.; Özekes, Muhammet, "Arabuluculuk Mahkemelerine Doğru Tehlikeli Gidiş", Duruşma Arası – Kayseri Barosu Dergisi, 2019/1, s. 52-63.; Tanrıver, Süha, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 821- 842; Namlı, Mert, **İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı İle Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi**", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İstanbul, 14 Mayıs 2016, s. 158; Karacabey, Kürşat, Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, ABD, S.1, 2016, s. 472; Arabuluculuğun temelinde gönüllülük esasının olduğu yönünde bkz. Kekeç, Elif Kismet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara 2016, s. 70 vd.; Görüşlere aksi yönde bkz. Yazıcı Tıktık, Çiğdem, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013, s. 40 vd.

Kanun<sup>6</sup>, doğal olarak, düzenlenmesi gerekli alanları ve hususları da bu çerçevede ele almıştı. Ne var ki, önce 7036 sayılı Kanun<sup>la7</sup> iş uyuşmazlıkları bakımından, bilahare 7155 sayılı Kanun<sup>la8</sup> ticari davalar açısından zorunlu arabuluculuk modelinin benimsenmesi; bu yapılırken 6325 sayılı Kanun<sup>un</sup> temel kanun olarak muhafaza edilmesi, uygulamada karşılaşılabilecek (ve artık karşılaşılmakta olan) pek çok usul hukuku sorununun cevapsız (yasal çözümden mahrum) kalması durumunu ortaya çıkardı. Zira bunlar, arabuluculuğun ihtiyari olması ihtimalinde ya hiç karşılaşılmayacak olan yahut ortaya çıkmaları durumunda ihtiyarilik/iradilik esaslı çerçevesinde çözümlenecek sorunlar niteliğinde olduklarından, kendilerine 6325 sayılı Kanun<sup>da</sup> bir karşılık olmasını beklemek anlamsızdır. Buna karşılık, 7036 ve 7155 sayılı kanunlarla benimsenen zorunlu arabuluculuk modelinde, aşağıda işaret edilecek bu sorunların çözümü hukuki ve pratik açıdan çok büyük bir önem kazandığı halde, söz konusu kanunlar bu sorunlar için hiçbir açık çözüm getirmemektedir<sup>9</sup>.

İşbu tebliğimizin konusunu, uygulamada karşılaşılan söz konusu sorunların ortaya konulması ile bunlara mevcut pozitif hukuk düzenlemeleri ve temel ilkeler çerçevesinde getirilecek çözümlerin tartışmaya açılması oluşturmaktadır. Özellikle vurgulamak isteriz ki, bu sorunlar ve çözüm önerileri, arabuluculuk sürecinin arabulucu önünde gerçekleşen aşamasından

6 Nitekim Kanun<sup>un</sup> daha birinci ve üçüncü maddelerinde bu husus özellikle vurgulu olarak ifade edilmişti. Ancak 6325 sayılı Kanun<sup>un</sup> üçüncü maddesinde 7155 sayılı Kanun<sup>un</sup> 22 nci maddesiyle yapılan değişikliklerle, bu vurgu ve anlam yumuşatılmış, zorunlu arabuluculuk halleri için yapılan açık düzenlemelerin bu ilkedен istisna oldukları belirtilmiştir.

7 RG, T. 25.10.2017, S. 30221.

8 RG, T. 19.12.2018, S. 30630.

9 Uygulamada, karşılaştıkları sorunlara mutlaka çözüm bulmak durumunda olan uygulayıcılar (bunlar arasında özellikle avukatlar, hakimler ve arabulucular), arabuluculuğun Adalet Bakanlığı bünyesinde oluşturulan kurumsal yapısının idari hiyerarşisi içinde yer alan ve görüşlerine fiilen önem atfetmek zorunda hissettikleri kişilerin ve bu kişilerin görüşünün muteber olduğuna işaret ettikleri bazı şahısların, bir kısmı sosyal medya mecralarından duyurulan “fetva” kabilinden çözümleriyle “amel etmeye” başlamışlardır. Bu uygulama o derece kanıksanmıştır ki, sözü edilen kişilerin, ilgilileri “yanlış” görüş ve telkinlerin etkisinden “korumak” kaygısıyla olacak ki, bilahare basımını gerçekleştireceklerini söyledikleri “fetva derlemelerini”, alelacele sosyal medya mecraları üzerinden duyurmaları artık “normal” karşılanır olmuştur. Yargısal bir faaliyet olarak nitelendirilemese bile adli bir süreç olduğu tartışmasız olan arabuluculukta, arabulucu önünde geçen aşama bakımından -bir ölçüde de olsa- hoş görülebilir olan bu durumun, özellikle arabuluculuk sürecinin mahkeme önündeki yargısal aşamalarda ortaya çıkan sorunlar açısından anlaşılır ve kabul edilebilir bir yönü olamaz. Bu durum, öncelikle kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı olmak üzere, hukuk devleti ve adil yargılanma hakkı ilkeleri açısından mutlaka kaçınılması gereken bir durumdur.

ziyade, arabuluculukla ilgili olarak mahkeme önündeki yargısal aşamada ortaya çıkan hususlara yöneliktir.

## B. ZORUNLU ARABULUCULUK BAĞLAMINDA MAHKEME AŞA-MASINDA ORTAYA ÇIKAN USUL SORUNLARI

### 1. Belirsiz Alacak Davasında Arabulucu Önündeki Uzlaşmanın Kapsamı

HMK m. 107 ile getirilen belirsiz alacak davası, daha ziyade işçilik alacakları bakımından gündeme gelmektedir<sup>10</sup>. Bununla birlikte belirsiz alacak davasının uygulama alanı, hiç kuşkusuz, bundan ibaret değildir<sup>11</sup>. Kanunun aradığı şartların (HMK m. 107,1) mevcut olduğunu varsayalım ve ihtilafın zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğunu (örn. 7036 s.lı K. m. 3) düşünelim. Bu durumda akla pek çok soru gelmekle birlikte, bunların belki de en önemlisi, arabulucu önünde alacağın tamamının belirlenmesi süreci olacak mıdır?<sup>12</sup> Yoksa alacaklının, tamamını bilemediği ve bilebilecek durumda olmadığı alacağı bakımından, arabulucu önünde kendi rızasıyla yaptığı anlaşma, alacağın kendisinden kaynaklandığı hukuki ilişki ve dayanılan yahut dayanılabilecek vakıalar çerçevesinde ileri sürülebilmesi mümkün olan tüm alacak miktarı ve kalemleri (asıllar – fer’iler) için bağlayıcı olacak mıdır?

Bu bağlamda, ortada bir dava olsaydı, alacağının miktarını bilemeyecek durumda olan ve bunu ancak karşı tarafın verdiği bilgi sayesinde yahut tahkikat sırasında ortaya çıkan duruma göre öğrenebilecek olan alacaklının, arabulucu önünde hangi enstrüman sayesinde buna muvaffak olacağı sorusu ayrı bir tartışma konusudur. Keza, miktarı bilinmeyen bir alacak üzerinde nasıl bir müzakere olabileceği; özellikle, arabulucu önündeyken, gerçek miktarın ancak kendisinin sunduğu belgeler sayesinde öğrenilebileceği borçluyla karşı karşıya gelindiğinde, alacaklı ile borçlu arasında âdil müzakere koşullarından/ortamından söz edilebilir mi?

10 Pekcanitez, Hakan, Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107), Ankara, 2011, s. 46 vd.

11 Belirsiz alacak davasına ilişkin Simil, Cemil, Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013.

12 Zira, ortada bir dava olsaydı, alacağının miktarını bilemeyecek durumda olan ve bunu ancak karşı tarafın verdiği bilgi sayesinde yahut tahkikat sırasında ortaya çıkan duruma göre öğrenebilecek olan alacaklı, arabulucu önünde hangi enstrüman sayesinde buna muvaffak olacaktır? Miktarı bilinmeyen bir alacak üzerinde nasıl bir müzakere olabilir ki? Özellikle gerçek miktarı ancak işveren tarafın elindeki bilgi ve belgelerden öğrenebilecek olan bir işçinin durumu düşünüldüğünde ortaya çıkan manzara şudur: Borçlu borcunun tam miktarını bilmekte, buna karşılık alacaklı alacağının ne kadar olduğunu bilememektedir. Bu durumda arabulucu önünde adil bir müzakere ortamından söz edilebilir mi?

Kanaatimce belirsiz alacak davasının açılabilmesinin koşullarının mevcut olduğu bir durumda davacı taraf zorunlu arabuluculuk sebebiyle arabulucu önüne gitmek durumunda kalmış ve oradaki müzakereler neticesinde bir anlaşma sağlanmışsa, bu ancak davacının bildirdiği yahut arabulucu önünde borçlunun açıkça kabul ettiği miktar için bağlayıcı olabilir. Buna karşılık, ilgili hukuki ilişki sebebiyle ileri sürülebilecek alacağın tamamının bu anlaşmadan etkileneceğini ve geri kalan bir kısmının varlığı daha sonra ortaya çıkarsa, bunun artık ileri sürülemeyeceğini söylemek mümkün değildir.

## **2. Sendikaların işçi yahut duruma göre işveren adına sahip olduğu dava takip yetkisi (HMK m. 53) arabulucu bakımından da geçerli midir?**

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu<sup>13</sup> gereğince (6356 s.lı STİK m. 26/2), sendikaların işçilere ilişkin davalarda onlar adına dava takip yetkisi kullanmaları söz konusudur<sup>14</sup>. Buna göre; "... sendikalar, yazılı başvuruları üzerine iş sözleşmesinden ve çalışma ilişkisinden doğan hakları ile sosyal güvenlik haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen dava açmak ve bu nedenle açılmış davada davayı takip yetkisine sahiptir. Yargılama sürecinde üyeliğin sona ermesi üyenin yazılı onay vermesi kaydıyla bu yetkiyi etkilemez."

Bu bağlamda akla gelen soru, bu yetkinin arabuluculuk bakımından da geçerli olup olmayacağıdır.

Kanaatimce bu sorun düşünülmemiştir. Ancak, sadece hükmün lafzından hareket etmek isabetli olmaz. Zorunlu arabuluculuğun davanın önüne yerleştirilen ve dava şartı kabul edilen bir aşama olması ve dolayısıyla davayla bu kadar sıkı irtibatı sebebiyle; ilgili hükmün uygulanması safesinde bir yetkinin kullanılması söz konusu olduğunda, sendikaların da arabulucuya başvurabilmesi gerekir.

13 RG. T. 7.11.2012, S. 28460.

14 Kanundaki "temsil" ifadesinin dava açma hakkı yerine kullanıldığına ve sendikaların dava takip yetkisine ilişkin bkz. Günay, Cevdet İlhan, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi, Ankara 2017, s. 564-565.; Sendikaların davayı kendi adına değil, üyelerini veya mirasçılarını temsilen açmakta olduğu yönünde bkz. Ekmekçi, Ömer, Toplu İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2018, s. 154.

### 3. Mahkemece, uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğuna dair verilen karar taraflar ve arabulucu (ve bu arada büro) için bağlayıcı mıdır?

Kanun'da bir açıklık yoktur. Kanımca talebin (davanın) mahkemece, üstelik çoğu zaman hasmı bile dinlemeden, usulden reddine ilişkin kararı, ne taraflar ne de arabulucu için bağlayıcı olabilir.

Zorunlu arabulucuya tabi olmama iki sebepten kaynaklanabilir. Birincisi, uyuşmazlığın esasen arabuluculuğa elverişli olmamasından ileri gelebilir ki, bu takdirde ihtiyari arabuluculuk dahi söz konusu olamaz<sup>15</sup>. İkincisi ise, ihtiyari arabuluculuk caiz olmakla birlikte, ortada işçilik alacağı yahut para veya tazminat alacağını tazammun eden bir ticari dava bulunmadığı için zorunlu arabuluculuktan söz edilememesi durumudur. Her iki durumda da, mahkemenin kararını haklı olarak yanlış bulduğu için arabulucu önüne gitmeyen tarafın, daha sonra uyuşmazlığın mahkeme önünde görülerek çözümlenmesinde davayı kazanması üzerine, sırf haksız yere yönlendirildiği arabulucu önüne gitmediği için, yargılama giderlerinden sorumlu olması (HUAK m. 18/A, 11) düşünülemez.

### 4. Önce mahkemeye başvuru halinde, mahkemenin zorunlu arabuluculuk gerekçesiyle verdiği (dava şartı yokluğu sebebiyle) usulden ret kararına karşı istinaf yolu açık mıdır?

Söz konusu usulden ret kararının HMK m. 341 kapsamında bir nihai karar olduğu tartışmasız bulunmakla<sup>16</sup> ve bu karara karşı kanun yoluna gidilemeyeceğini düzenleyen bir özel hüküm bulunmamakla, istinafın önünde herhangi bir engel gözükmemektedir. Bu durumda, özellikle bu yolla süreci uzatmak isteyen tarafın (çoğunlukla davalı) bu yolu kullanması mümkündür.

15 Arabuluculuğa elverişli olan uyuşmazlıklar HUAK'ın Amaç ve Kapsam başlıklı 1. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, "yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde" arabuluculuğa başvurulabilecektir. Taşpolat Tuğsavul, Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012, s. 109 vd.

16 Özekes, Muhammet, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, C.III, İstanbul 2017, s. 2205; Tanrıver, Süha, Medeni Usûl Hukuku, C.I, Ankara 2018, s. 1031.

## 5. İş uyuşmazlıkları bakımından, işin yapıldığı yerin birden çok yargı çevresini kapsamaması durumunda yetkili arabuluculuk bürosu hangisidir?

Esasen bu soru, uyuşmazlığın dava yoluyla mahkeme önüne getirilmek istenmesi durumunda, yetkili mahkemenin belirlenmesi açısından da akla gelebilir. İş farklı yerlerde yapılmışsa, yetkiyi tesis eden bağlama noktası olarak “işin yapıldığı yer” neresidir.

Kanunda açık bir düzenleme olmamakla birlikte, Yargıtay’ın iş davaları bakımından benimsediği çözümün arabuluculuk açısından da uygulanabilir olduğu kanaatindeyim<sup>17</sup>. Buna göre, alacaklı işçinin seçimine göre, işi yaptığı yerlerden herhangi birinde, arabuluculuk bürosuna başvurması mümkündür.

## 6. Arabuluculuk bürosunun yetkisine ilişkin kural bir kesin yetki kuralı mıdır?

Bu soruya HUAK m. 18/A, f. 8 ilginç ve biraz da zihni zorlayan bir şekilde cevap vermeye çalışmıştır. Buna göre “Arabulucu, görevlendirmeyi yapan büronun yetkili olup olmadığını kendiliğinden dikkate alamaz. Karşı taraf en geç ilk toplantıda, yetkiye ilişkin belgeleri sunmak suretiyle arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz edebilir. Bu durumda arabulucu, dosyayı derhâl ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere büroya teslim eder. Mahkeme, harç alınmaksızın dosya üzerinden yapacağı inceleme sonunda en geç bir hafta içinde yetkili büroyu kesin olarak karara bağlar ve dosyayı büroya iade eder. Mahkeme kararı büro tarafından 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümleri uyarınca taraflara tebliğ edilir. Yetki itirazının reddi durumunda aynı arabulucu yeniden görevlendirilir ve

17 İşin yapıldığı yer ile dava konusu işin yapıldığı yer kastedilmektedir; Özkes, Muhammet/Atalı, Murat, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Değerlendirme, Eleştiri ve Düzenleme Önerisi”, “Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine” Toplantısı (23 Aralık 2017), İstanbul 2018, s. 54; “İş mahkemelerinde yetki kuralı işçiyi koruma amaçlı düzenlenmiştir ve Dairemizin yerleşmiş uygulaması gereğince kanunda belirlenen yetkili mahkemelerden birini seçme hakkı işçidedir. Davacı işçi, işbu dava sonrasında açtığı ve yukarıda belirtilen gerekçeyle feragat ettiği dosyada seçim hakkını fiilen çalıştığı ... adresi itibarıyla ... Asliye Hukuk Mahkemesi’nden yana kullanmıştır. Bu sebeple, ... Asliye Hukuk Mahkemesi’nin iş mahkemesi sıfatıyla davaya bakmakla yetkili olduğu kabul edilerek mahkemece, yetkisizlik kararı verilmesi gerekirken esasa girilip karar verilmesi kamu düzenine aykırı olup bozma nedenidir.” Y.22. HD, 14.11.2018, 12118/24352 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

dokuzuncu fıkrada belirtilen süreler yeni görevlendirme tarihinden başlar. Yetki itirazının kabulü durumunda ise kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde yetkili büroya başvurulabilir. Bu takdirde yetkisiz büroya başvurma tarihi yetkili büroya başvurma tarihi olarak kabul edilir. Yetkili büro, beşinci fıkra uyarınca arabulucu görevlendirir.”

Bu düzenleme, hukuki dinlenilme hakkı ve sürecin uzaması açılardan önemli sakıncalar taşımaktadır. Şöyle ki; (1) öncelikle karşı tarafın itirazından sonra dosya, arabuluculuğa başvuranın görüşü alınmadan, sulh hukuk mahkemesine gönderilmektedir. (2) Diğer yandan dosya önce arabuluculuk bürosuna geri gönderilmekte, ardından sulh mahkemesine intikal ettirilmektedir. Süreci geciktirmek isteyen tarafın ilk arabuluculuk toplantısında yetki konusunu gündeme getirdiğini, ardından arabulucunun dosyayı büroya intikal ettirdiğini ve sulh mahkemesinin (dosya üzerinden olsa dahi) karar verdiğini, bu kararın da Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edildiğini (arada tebligat sorunlarının çıktığını) düşünmek, ortaya çıkacak muhtemel sorunların kapsamını düşünmek için yeterlidir. (3) Yetki itirazı reddedilirse, aynı arabulucu göreve başlayacak ve süreler yeniden işleyecektir. Yetki itirazının kabulü halinde ise, yetkili büroya başvuruyla süreç yeniden başlatılacaktır. Şu ana kadar henüz daha bir arabuluculuk faaliyeti başlamadan oldukça uzun bir zaman geçmiş olmaktadır. Doğrudan dava açılmış olsaydı belki de bu süre zarfında ön inceleme aşamasına gelinecek, tarafların iddia ve savunmaları ortaya çıkmış olacaktı!

## **7. Arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşma sağlanırsa, bu anlaşmanın kapsama giren hususlarda artık dava açılmayacak mıdır?**

HUAK m. 5 hükmüne göre, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz. Bu ne anlama gelmektedir? Öncelikle arabuluculuk faaliyeti sonucu varılan anlaşma (ismi üstünde) bir anlaşmadır<sup>18</sup>. Bu anlaşmanın çerçevesi ve şekli tarafların iradesine bırakılmıştır. Taraflar anlaşmayı geniş veya dar tutabilir, hatta sadece anlaşmalarını belirtebilirler<sup>19</sup>. Yeni getirilen düzenlemeyle sadece işe iade davalarında varılan anlaşmanın içeriği özel olarak düzenlenmiş, bu içerikte yapılmamışsa anlaşmanın olmadığı kabul

18 Taşpolat Tuğsavul, s. 184.

19 Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 94 vd.

edilmiştir (4857 sayılı İş K m. 21). Bu anlaşma icra edilebilirlik bakımından ilâm niteliğinde belge sayılabilir (HUAK 18/2-4) veya sayılmayabilir; ancak, bir belgenin ilâm niteliğinde sayılması ona kesin hüküm gücü vermez. İlâm niteliğindeki belgeler sadece icra edilebilirlik bakımından ilâmlara (o da eşit değil) denk tutulmuş ancak ilâmların kesin hüküm etkisi ve diğer etkileri onlara tanınmamıştır<sup>20</sup>. O zaman, yeni getirilen «arabuluculukta anlaşmaya varılması halinde dava açılmaz» hükmü ne anlama gelmektedir? Bu bir dava şartı mıdır? Eğer dava şartı ise, neden arabulucuya başvuru için açıkça dava şartı denilmiş olmasına rağmen burada açıkça dava şartı olduğu belirtilmemiştir? Dava şartı değilse, anlaşmaya rağmen dava açılırsa mahkeme hangi gerekçe ile karar verecektir? Kaldı ki, dava açılmasını gerektiren, zorunlu kılan haller söz konusu olursa buna rağmen yine de dava açılmaz, görülemez denilebilir mi, hak arama yolu kapatılabilir mi?

“Dava açılmaz” ifadesi aslında usûl hukuku bakımından anlamlı bir ifade değildir<sup>21</sup>.

Ayrıca bu ifade maddî hukuk açısından da (borçlar hukuku ve iş hukuku) sorunludur. Örneğin, arabulucu uzlaşma tutanağında imzası bulunan işçi, bu anlaşmanın işverenin baskısı, hatta arabulucunun öneride bulunup yönlendirmesi sebebiyle veya zorlamasıyla gerçekleştiğini ileri sürerse ya da kendisine diğer belgelerle birlikte bu tür bir anlaşma metninin imzalandığını belirterek irade fesadı hallerinden birine dayanırsa, yine de dava açamayacak mıdır veya davası görülmeyecek midir? Bu durumlarda dava açılmasının mümkün olmadığı asla söylenemez! Söz konusu sebeplerden birisi mevcut olmasa dahi, bu gerekçelere dayanılarak dava açıldığında ne olacaktır? Zira, iddia edilen bu vakıaların gerçek olup olmadığı ancak yargılama sonunda anlaşılacaktır.

Bu durumlarda mahkeme ancak yargılama neticesinde söz konusu iddiaların varit olup olmadığını anlayabileceğinden, kanaatimizce, bu hallerde açılan davayı görmesi (esastan incelemesi) gerekir.

“Dava açılmaz” şeklindeki katı ama sonucu belirsiz ifade yeni ve öngörülemez sorunlara; hatta, düşünülenin aksine yeni dava ve işlere de yol açacaktır. Örneğin, işçi anlaşmadan memnun olmaz ve anlaşmanın imzalan-

20 Namlı, s. 165.; Bir belgenin kesin olması ile ilâm niteliği taşımasının aynı şey olmadığı yönünde; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet, İcra İflas Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2018, s. 267.

21 Bu yönde bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 99.

masından sonra yanıtıldığını, yönlendirildiğini ileri sürerse, karşı taraf, arabulucu ve hatta vekiller hakkında cezaî şikâyetler dahi söz konusu olabilir.

Buna bağlı olarak hukuk davalarının açılması, ceza ve hukuk davalarının birbirini beklemesi, bunun ötesinde arabulucuların Bakanlığa şikâyet edilmesi gibi karmaşık ve yeni hukukî sorunlar doğabilecektir.

Bunlar, uygulamamız bakımından uzak ihtimaller değildir. Özellikle iş hukuku bakımından gerek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında arabuluculuktakine benzer şekilde sulh sözleşmelerinde veya ikale sözleşmelerinde varılan anlaşmaların da içeriğinin denetimi yapılarak, özellikle ibra gibi durumlarda ayrıca denetime tâbi tutulmaktadır<sup>22</sup>. Tüm bu hususlar göz ardı edilerek kanuna konulan hükmün sorun çözmekten daha çok yeni sorunlara yol açacağı açıktır.

## **8. Zorunlu arabuluculuğa tâbi bir alacak için önce arabulucuya ve mahkemeye gitmeden doğrudan ilamsız icra takibi yapabilir mi? Yapabilirse, takibe itiraz durumunda itirazın iptali davası nerede açılacak?**

Kanaatimce ilamsız icrayı engelleyen herhangi bir durum söz konusu değildir. Kaldı ki arabuluculuk müessesesi ilamsız icranın değil, olsa olsa mahkemeye yöneltilecek davanın alternatifidir. Diğer bir ifadeyle, zorunlu arabuluculuk mahkemeye nazaran getirilmiştir, ilamsız icraya nazaran değil. Nitekim tüketici uyuşmazlıkları açısından tüketici hakem heyetleriyle ilgili olarak aksi bir uygulama içine girilmesi üzerine, 6502 sayılı Tüketicinin

22 İşçinin korunması ilkesi gereğince ibra sözleşmelerinin borçlar kanununda öngörülen daha ileri bir denetime tabi olduğu yönünde bkz. Sevimli, Ahmet, İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.14,Y.4, Haziran 2009, s. 90; Aynı şekilde Yargıtay da bu konuda sıkı denetim ölçütleri öngörmüş ve işçinin özgür iradesine önem vermiştir; "...İşçi ve işveren arasında işverenin borçlarının sona erdirilmesine yönelik olarak Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğü öncesinde yapılan ibra sözleşmeleri yönünden geçersizlik sorunu aşağıdaki ilkeler dahilinde değerlendirilmelidir: a-) Dairemizin kökleşmiş içtihatları çerçevesinde, iş ilişkisi devam ederken düzenlenen ibra sözleşmeleri geçersizdir. İşçi bu dönemde tamamen işverene bağımlı durumdadır ve iş güvencesi hükümlerine rağmen iş ilişkisinin devamını sağlamak veya bir kısım işçilik alacaklarına bir an önce kavuşabilmek için iradesi dışında ibra sözleşmesi imzalamaya yönelmesi mümkün olup, Dairemizin kararlılık kazanmış uygulaması bu yöndedir ( Yargıtay 9.HD. 15.10.2010 gün, 2008/41165 E, 2010/29240 K. )..."Y. 9. HD, T.9.7.2018, 20880/14952 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); İkale sözleşmelerindeki benzer denetim bakımından; Özdemir, Erdem, İkale ve Alternatif Bir Öneri Olarak Sulh Sözleşmesi, ÇEİS Dergi, C. 27, S. 3, Mayıs 2013, s. 38 vd.

Korunması Hakkında Kanun, m. 68, I hükmünde 6/12/2017 tarihli ve 7063 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, söz konusu uygulamaya ve bu hususta yaşanan tüm tereddütlere son verildi. Düzenlemenin yeni şekli şöyledir: «Tarafların İcra ve İflas Kanunundaki hakları saklı olmak kaydıyla; değeri dört bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine, altı bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine, büyükşehir statüsünde bulunan illerde ise dört bin Türk Lirası ile altı bin Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur.»

Şu halde zorunlu arabulucuya tâbi bir alacak bakımından ilamsız icra takibi yapılmak istenmesinde, bunu engelleyen (ve bu aşamada arabulucuya başvuruyu zorunlu kılan) herhangi bir durum söz konusu değildir<sup>23</sup>.

Zorunlu arabuluculuğa tâbi bir alacak için yapılan ilâmsız icra takibinin itiraza uğraması üzerine alacaklının ihtiyar edeceği yol itirazın iptali davası açmak olursa, kanaatimce bu takdirde alacaklının önce arabulucuya gitmesi beklenmemelidir. Zira, gerek Yargıtay'ın ve gerekse öğretilerdeki hakim görüşün kabulüne göre, itirazın iptali davası icra hukukuna özgü bir davadır<sup>24</sup>. Gerek icra tazminatları ve gerekse mevcut ilamsız takibe ilişkin sonuçları dikkate alındığında, bu yönler itibarıyla bir yetkisinin bulunmama-ya açık olan arabulucu önüne tarafların gönderilmesinin izahı yoktur. Kaldı ki, kendisine gönderilen ödeme emrine itiraz etmek suretiyle, alacaklıyla anlaşma ihtimalinin bulunmadığını göstermiş olan borçluluyla birlikte alacaklıyı bu aşamada ve buna rağmen arabulucu önüne göndermek anlamlı da olmayacaktır.

Her halükârda, kanaatimce İİK m. 67 özel hüküm kabul edilmeli, itirazın iptali davası doğrudan genel mahkemelerde açılabilir.

### **9. Zorunlu arabuluculuğa tabi talepler (tüm diğer koşullar mevcutsa) karşı dava yoluyla ileri sürülebilir mi?**

Arabulucudan geçerek (uzlaşma olmadığı için) mahkemeye taşınan bir uyuşmazlıkta, davalı taraf karşı davanın konusunu oluşturacak bir talebini «karşı dava» (HMK m. 132-135) yoluyla (cevap dilekçesinde veya cevap süresinde ayrı bir dilekçeyle) ileri sürecektir olursa, mahkeme bu talep (karşı dava talebi) karşısında nasıl hareket edecektir?

23 Bu yönde, Özkes, Atalı, s. 113 vd.

24 Y. HGK. T. 12.10.2005, 19/528-586; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 105.; Deyneki, Adnan/Kısa, Sedat, İtirazın İptali Davaları, Ankara 2013, s. 82;

Karşı dava konusu olan alacak bakımından da zorunlu arabuluculuğu dava şartı sayıp, davayı ret mi edecektir? Bu ihtimalde, asıl davayı bekletecek midir?

Kanaatimce bu durumda karşı davaya ilişkin hükümler özel hüküm sayılıp, artık zorunlu arabuluculuk dava şartı olarak kabul edilmemeli. Her halükarda taraflar zaten asıl davada uzlaşmaya yanaşmadıklarını gösterdikleri halde onları karşı talep bakımından tekrar arabulucuya göndermenin anlamı yoktur. Aksi yorum usul ekonomisine de aykırı düşer.

### **10. Objektif dava birleşmesinde sadece taleplerden birisi bakımından zorunlu arabuluculuk söz konusu ise, bu talep artık objektif dava birleşmesinin konusu olmaktan çıkarılacak mıdır?**

Objektif dava birleşmesi, HMK'nın özellikle usul ekonomisi ilkesini gözeterek kabul ettiği bir müessesedir<sup>25</sup>. Objektif dava birleşmesinin söz konusu olabileceği bir durumda sadece taleplerden birisi bakımından zorunlu arabuluculuk söz konusu ise, davacı taraftan, HMK'nın kendisine tanıdığı bu imkândan vazgeçmesini beklemenin haklı bir sebebinin olmayacağı kanaatindeyim. Bilakis HMK'nın objektif dava yığılmasına ilişkin "davaların yığılması" 110. maddesinin özel düzenleme kabul edilmesi amaca ve maslahata daha uygun düşecektir.

### **11. Zorunlu arabuluculuğa tâbi bir talep, başka bir davada yapılan (mahkeme içi) sulhun kapsamına dahil edilebilir mi?**

HMK m. 313, III hükmüne göre, dava konusunun dışında kalan hususlar da sulhun kapsamına dâhil edilebilir. Mahkeme önünde gerçekleşen sulhun kapsamına dahil edilmesi düşünülen alacak bakımından, bu alacak bir dava yoluyla mahkeme önüne getirilecek olsaydı zorunlu arabuluculuk gündeme gelecek idiyse, sulh caiz olmayacak mıdır? Kanaatimce bu noktada herhangi bir tereddüt edilmemelidir. Kendisi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin en eskisi ve en klasiği olan sulhe<sup>26</sup> ilişkin sözü edilen düzenlemenin açıklığı karşısında, sulh konusu yapılabilmenin koşulla-

25 Pekcanitez, Hakan, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, C. II, İstanbul 2017, s.1092; Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin, Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2018, s. 354 vd.

26 Sulh yolu ile uyuşmazlıkların giderilmesi ilk uygarlıklara kadar dayanmaktadır. Mahkeme içi sulhun tanımı ve tarihi gelişimi için bkz. Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972, s. 7 vd.

rını sağlayan her alacak, zorunlu arabuluculuğa tâbi olmaksızın, mahkeme önündeki sulh anlaşmasına dahil edilebilir.

### **12. Av. K m. 35/A karşısında 7036 s.lı K. m. 24/II ile değiştirilen 6325 m. 18/IV ne anlama gelmektedir?**

Av. K m. 35/A hükmü gereğince, tarafların ve avukatlarının imzaladığı uzlaşma tutanağı «ilâm niteliğini haiz belge» kabul edilmektedir.

Buna karşılık, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 7036 sayılı Kanunla değiştirilen m. 18/IV hükmü, «taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladığı anlaşma belgesini» ilâm niteliğini haiz belge kabul etmektedir.

Bu durumda artık Av. K. m. 35/A, HUAK kapsamına giren uyuşmazlıklar bakımından (ki ikisinin uygulama alanının birebir örtüştüğü söylenebilir) zımnen mülga mıdır? Arabulucuya hiç gitmeseler, ilâm niteliğini haiz belge olması bakımından, tarafların ve avukatlarının imzaladıkları anlaşma tutanağı yeterli iken, arabulucuya gitmeleri durumunda ilave - ve olmazsa olmaz - koşul olarak ayrıca arabulucunun da imzasının aranmasının hiçbir izahı olamaz!

Bu durumda, fikrimce, taraflar ve avukatları seçim hakkına sahip olmalı; dilerlerse arabulucunun da imzasını alabileceklerinde tereddüt edilmemelidir. Ancak, bunu istemezlerse, sadece kendileri (taraflar ve avukatları) imzalayarak, hazırladıkları anlaşma belgesine Av. K. m. 35/A hükmüne de atıf yapıp, ilâm niteliğini haiz belge vasfını kazandırabilirler.

### **13. Zorunlu arabuluculuğa tâbi işler bakımından delil tespiti için mahkemeye başvurulabilir mi?**

Delil tespiti HMK m. 400 vd. hükümlerinde düzenlenmiş (delillere yönelik) bir geçici hukuki himaye tedbiridir<sup>27</sup>. Geçici hukuki himaye tedbirlerine müracaat edilmesi "dava açmak" olarak nitelendirilemeyeceğinden, bu yollara tevessül edilmek istenmesi halinde, işin esası bakımından açılacak olan davanın zorunlu arabuluculuğa tâbi olması ihtimalinde dahi, doğrudan yetkili ve görevli mahkemeye müracaat edilebileceği hususunda tereddüt edilmemelidir.

27 Özekes, Pekcanitez Usûl C.III, s.2562-2563; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 713; Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. IV, İstanbul 2001, s. 4427 vd.

#### 14. Zorunlu arabuluculuğa tâbi işler bakımından tespit davası açılmak istenirse, yine de önce arabulucuya başvurmak gerekir mi?

Gerek müspet ve gerekse menfi tespit davası, esasında dava açan tarafın alacağına kavuşmasına doğrudan hizmet eden davalar değildir. Zira bu davalar neticesinde hiçbir durumda, davanın konusunu oluşturan alacak bakımından, edaya hükmolunması söz konusu değildir<sup>28</sup>.

Davacının tespit davası ile güttüğü amaç, çoğu zaman, hakkın yahut hukuki ilişkinin mevcudiyetinin yahut nâmevcudiyetinin mahkemece tespitinin kendisine sağlayacağı hukuki imkânı bir başka dava yahut hukuki ilişkide kullanmaktır. Arzuladığı hukuki himayeyi bu yolla sağlayabileceğini düşünen kimsenin, hukukî yararını da açıkça ortaya koymak kaydıyla, tespit davası açabilmesi mümkün kılınmıştır (HMK m. 106).

Tespit davasının bu yönü dikkate alındığında, arabulucu önünde cereyan eden (veya edecek olan) sürecin amaç ve işleyiş itibariyle, tespit davasının konusunu oluşturabilecek talepler bakımından uygun olmadığı açıktır. Bir hakkın yahut hukuki ilişkinin varlığı yahut yokluğu veya bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesine yönelik olarak taraflar arabulucu önünde nasıl bir müzakere yürütebilirler ki? Bu süreçte arabulucu, önünde bir araya gelmiş olan taraflara nasıl bir çözüm önerisi sunabilir ki? Neticede taraflar nasıl bir uzlaşmaya varabilirler ki? Bir uzlaşmaya varıldığı varsayımında, bunun hukuki değeri ne olabilir ki? Neticede varılan uzlaşma tutanağı ilâm mahiyetini haiz belge olur mu? İlâm mahiyetini haiz bu belgenin icra kabiliyeti bulunur mu? Tespit hükmü bir ilâma bağlı olsaydı dahi icra kabiliyetinden yoksun olacağına göre<sup>29</sup>, ilam niteliğini haiz belge olunca bu vasfı iktisap edemeyeceği aşıkardır. İlâm niteliğini haiz belge sadece icra edilirlik bakımından ilâmlara eşdeğer tutulduğuna ve ilamlara özgü diğer sonuçları doğurmadıklarına göre, tarafların arabulucu önünde bir uzlaşmaya varmaları ihtimalinde dahi, hakkın yahut hukuki ilişkinin tespitine yönelik uzlaşma tutanağının bir anlamı olmayacaksa, tarafları buna rağmen arabulucu önüne göndermenin gayesi ne olabilir ki?

Öte yandan tespit davasının para alacakları bakımından özel bir türü olma özelliği taşıyan ve İİK m. 72'de düzenlenen<sup>30</sup> menfi tespit davası

28 Pekcanitez, Pekcanitez Usûl C.II, s.972; Tanrıver, Usûl, s. 583 vd.; Atal/Ermenek/Erdoğan, s. 342 vd.

29 Pekcanitez, Pekcanitez Usûl C.II, s. 983; Tanrıver, Usûl, s. 584-585 vd.

30 Menfi tespit davasını düzenleyen İİK'nın 72. maddesi hükmü şöyledir; "Borçlu, icra ta-

açısından durum daha net gözükmetedir. Zira bu maddede düzenlenen menfi tespit davasında, konusunu oluşturan alacağa yönelik olarak, ihtiyati tedbir yoluyla “takibin durdurulmasına” ve neticede icra hukukuna özgü bir yaptırım olarak “icra tazminatına” hükmolunması gibi, ancak bir yargı mercii tarafından karar verilebilecek hususlar söz konusu olduğundan, gerek takipten önce gerekse takipten sonra başvurulmak istensin, konusunu oluşturan alacak bakımından bir eda davası açılması ihtimalinde zorunlu arabuluculuk gündeme gelecek olsa bile, İİK m. 72 anlamındaki menfi tespit davasının hiçbir şekilde zorunlu arabulucuya tâbi olmadığı kanaatindeyim.

### 15. Arabulucu önünde tutulan anlaşma tutanağında vakia tespitlerine yer verilebilir mi?

6325 sayılı Kanun’un 18 inci maddesinin birinci fıkrasına göre, arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir; anlaşma belgesi düzenlenmesi hâlinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır. Taraflar arasında anlaşma sağlandığını ve bir “anlaşma

*kibinden önce veya takip sırasında borçlu bulunmadığını ispat için menfi tesbit davası açabilir. İcra takibinden önce açılan menfi tesbit davasına bakan mahkeme, talep üzerine alacağın yüzde onbeşinden aşağı olmamak üzere gösterilecek teminat mukabilinde, icra takibinin durdurulması hakkında ihtiyati tedbir kararı verebilir.*

*İcra takibinden sonra açılan menfi tesbit davasında ihtiyati tedbir yolu ile takibin durdurulmasına karar verilemez. Ancak, borçlu gecikmeden doğan zararları karşılamak ve alacağın yüzde onbeşinden aşağı olmamak üzere göstereceği teminat karşılığında, mahkemeden ihtiyati tedbir yoluyla icra veznesindeki paranın alacaklıya verilmemesini isteyebilir. (Değişik: 9/11/1988-3494/6 md.) Dava alacaklı lehine neticelenirse ihtiyati tedbir kararı kalkar. Buna dair hükmün kesinleşmesi halinde alacaklı ihtiyati tedbir dolayısıyla alacağını geç almış bulunmaktan doğan zararlarını gösterilen teminattan alır. Alacaklının uğradığı zarar aynı davada takdir olunarak karara bağlanır. Bu zarar herhalde yüzde yirmiden aşağı tayin edilemez. (1) (Değişik: 9/11/1988-3494/6 md.) Dava borçlu lehine hükme bağlanırsa derhal takip durur. İlamın kesinleşmesi üzerine münderecatına göre ve ayrıca hükme hacet kalmadan icra kısmen veya tamamen eski hale iade edilir. Borçluyu menfi tespit davası açmaya zorlayan takibin haksız ve kötü niyetli olduğu anlaşılırsa, talebi üzerine, borçlunun dava sebebi ile uğradığı zararın da alacaklıdan tahsiline karar verilir. Takdir edilecek zarar, haksızlığı anlaşılan takip konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olamaz. (1) Borçlu, menfi tesbit davası zımında tedbir kararı almamış ve borç da ödenmiş olursa, davaya istirdat davası olarak devam edilir.*

*Takibe itiraz etmemiş veya itirazının kaldırılmış olması yüzünden borçlu olmadığı bir parayı tamamen ödemek mecburiyetinde kalan şahıs, ödediği tarihten itibaren bir sene içinde, umumî hükümler dairesinde mahkemeye başvurarak paranın geriye alınmasını isteyebilir. Menfi tesbit ve istirdat davaları, takibi yapan icra dairesinin bulunduğu yer mahkemesinde açılabilir gibi, davalının yerleşim yeri mahkemesinde de açılabilir. Davacı istirdat davasında yalnız paranın verilmesi lazım gelmediğini ispata mecburdur.”*

belgesi” olarak tutanak tutulup imzalandığını düşünelim. Bu tutanakta tarafların bazı vakıa tespitlerine de yer verdiklerini varsayalım. Örneğin, işçilik alacaklarına ilişkin bir uyuşmazlık sebebiyle arabulucuya müracaat edildiğinde, işçinin fazla çalışma yapmadığına, yıllık izinlerini kullandığına dair bazı tespitlere yer verilerek kıdem tazminatı ödenmesi şeklindeki bir anlaşma tutanağı düzenlenmişse, fazla çalışma ve yıllık izin ücreti bakımından dava şartı yerine getirilmiş kabul edilebilir mi? Böyle bir anlaşma geçerli mi? Keza, arabuluculuk görüşmeleri sırasında işçinin günde 3 saat fazla mesai yaptığı ve karşılığının ödendiği şeklinde anlaşma tutanağında yapılan tespit, ileride açılacak davada delil olarak kullanılabilir mi?

Kanaatimce, arabuluculuk görüşmeleri, ileride açılacak davaya esas olmak üzere delil oluşturma yeri değildir. Tarafların anlaşmaya varmaları durumunda tutulacak olan anlaşma belgesi, gerekli koşulları sağlaması kaydıyla, ancak ilam niteliğini haiz belge vasfını kazanır ve buna dayalı olarak ilamlar gibi icra olunur. Kendisine bunun dışında herhangi bir nitelik verilmesi mümkün değildir. Bu itibarla, söz konusu tutanak sair hususlara yönelik bir kısım vakıa tespitleri (ikrarları) ihtiva etse dahi, bunların ileride açılacak bir dava sırasında herhangi bir delil değeri olmaması gerekir. Zira, bir nevi sulh müzakeresi niteliğini taşıyan bu görüşmelerde ve neticede ulaşılan anlaşmada asıl gaye, uyuşmazlığı sona erdirmektir. Bu gayeye ulaşmanın bir koşulu olarak istenen bir vakıa ikrarının tek sonucu, olsa olsa ulaşılan anlaşma kabul edilebilir, ona başkaca özellik kazandırılması işin mahiyetine aykırı düşer. Nitekim 6325 sayılı Kanun’un “beyan veya belgelerin kullanılmaması” başlıklı 5 inci maddesinin bütününden çıkan sonucun da bu istikamette olduğu kanaatindeyim.

## Sonuç

Zorunlu arabuluculuk bir tercihtir. Biz bu tercihi hukuk uyuşmazlıkları bakımından isabetli bulmasak da, artık ortada böyle bir müessese mevcuttur ve kendisine yaygın bir uygulama alanı sağlanmıştır. Bu aşamada bize düşen, ortaya çıkan sorunlara çözüm önerileri sunmaktan ibarettir.

Esasen zorunlu arabuluculuğun yargılama hukuku bakımından önemli sorunlar ortaya çıkarmasının sebebi, bu müessesenin, ihtiyari arabuluculuğu düzenlemek üzere çıkarılmış olan 6325 sayılı Kanun üzerinden yürütülmesi yolunun seçilmesidir. Diğer bir ifadeyle, 6325 sayılı Kanun’la

ihiyari arabuluculuk modeli benimsenmişken, 7036 ve 7155 sayılı kanunlarla getirilen zorunlu arabuluculuk modeli, ihtiyari arabuluculuk sistemine monte edilmiş oldu. Giriş kısmında da işaret ettiğim üzere, artık, arabuluculuğun ihtiyari olması ihtimalinde ya hiç karşılaşılmayacak olan yahut ortaya çıkmaları durumunda ihtiyarîlik/iradîlik esas çerçevesinde kolayca çözümlenecekken, çok daha zor ve karmaşık bir hale gelmiş usul hukuku sorunlarıyla karşı karşıyayız. İşbu mütevazî çalışmamda söz konusu sorunlardan sadece küçük bir kısmına, kendi zaviyemden çözüm öneriyle birlikte, değinmeye çalıştım. Yapılması gereken, önyargılardan uzaklaşıp, medenî usul hukuku alanında tecrübeli ve bilgili kişilerle gerek yargı gerekse arabuluculuk boyutunda çalışan uygulayıcıların bir araya geldiği dar bir komisyonda konuları ele alıp, orada ortaya çıkan sonuçları ilgili çevrelerde görüş ve değerlendirmeye açmak olmalıdır.

#### **D. Kaynakça**

Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin, Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2018.

Deynekli, Adnan/Kısa, Sedat, İtirazın İptali Davaları, Ankara 2013.

Ekmekçi, Ömer, Toplu İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2018.

Ekmekçi, Ömer/Özekes, Muhammet/ Atalı, Murat, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, İstanbul 2018.

Günay, Cevdet İlhan, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi, Ankara 2017.

Karacabey, Kürşat, Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, ABD, S.1, 2016, s. 457 vd.

Kekeç, Elif Kısmet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara 2016.

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. I- IV, İstanbul 2001.

Namlı, Mert, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı İle Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi,

İstanbul, 14 Mayıs 2016, s. 151 vd.

Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972.

Özdemir, Erdem, İkale ve Alternatif Bir Öneri Olarak Sulh Sözleşmesi, ÇEİS Dergi, C. 27, S. 3, Mayıs 2013, s. 95 vd.

Özekes, Muhammet, "Arabuluculuk Mahkemelerine Doğru Tehlikeli Gidiş", Duruşma Arası – Kayseri Barosu Dergisi, 2019/1, s. 52-63.

Özekes, Muhammet/Atalı, Murat, "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Değerlendirme, Eleştiri ve Düzenleme Önerisi", "Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine" Toplantısı (23 Aralık 2017), İstanbul 2018, s. 41 vd.

Özekes, Muhammet, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, C.III, İstanbul 2017.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet, İcra İflas Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2018.

Pekcanitez, Hakan, Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107), Ankara, 2011.

Pekcanitez, Hakan, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, C. II, İstanbul 2017.

Sevimli, Ahmet, İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.14,Y.4, Haziran 2009, s. 82 vd.

Simil, Cemil, Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013.

Tanrıver, Süha, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 821- 842.

Tanrıver, Süha, Medeni Usûl Hukuku, C.I, Ankara 2018. (Usûl)

Taşpolat Tuğsavul, Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012.

Yazıcı Tıktık, Çiğdem, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013.

**1. GÜN/DAY 1**  
**06.12.208**  
**PERŞEMBE/THURSDAY**

---

**SORU – CEVAP**



**DİNLEYİCİ:** Arabulucu Avukat.. Murat Bey'e bir sorum olacak. Özellikle teknik, usulle ilgili sunum yaptığı için kendisine soracağım. İcra edilebilirlik şerhinin yetkili sulh hukuk mahkemesi konusu eğitimlerde tartışılan bir husus. Murat Bey bunu usul hukuku yönünden nasıl değerlendiriyor, neresi yetkili sulh hukuk mahkemesidir? Çünkü kanun metninde arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesi olarak belirtiliyor. Fakat uygulamada şöyle bir sorunla karşılaşılıyor. Mesela Mersin'den işçi başvuruyor, iş yeri Ankara'da. Dolayısıyla, Ankara'daki bir arabulucu görevlendiriliyor, çoğunlukla bu tür durumlarda şehirlerarası, yani birisi şehir dışında ise online arabuluculukla, telefonla, yapılabiliyor bunlar. Şimdi bir anlaşma yapıldıktan sonra icra edilebilir işlemlere ihtiyaç olduğunda işçi arabulucu Ankara'da görev yaptığı için Ankara'dan mı icra edilebilir şerhi almalı, yoksa bu çekişmesiz yargı işidir denilerek şerh her yerden alınabilir mi? Bu konuda ne düşünüyorsunuz? Teşekkür ederim.

**PROF. DR. MURAT ATALI:** Sonda ifade ettiğiniz gibi çekişmesiz yargı işi olduğu için herhangi bir yerden bu icra edilebilirlik şerhinin alınabileceğini, ilgililerin bulunduğu yerde, HMK'nın 384. maddesi olması lazım, yetkiyi çekişmesiz yargıda işlerinde yetkiyi düzenleyen, aksine de bir. (Muhammet Özekes ile konuşuyor-soruyu yanlış anlıyor). Arabulucunun görev yaptığı yer?

**DİNLEYİCİ:** (Soru yanlış anlaşılmıştır. Arabulucunun görev yaptığı yer sorulmuştur). Bunu nasıl yorumlamamız gerektiğini merak ediyorum.

**PROF. DR. MUHAMMET ÖZEKES:** Şimdi şöyle orada tartışma var ama. Arabulucunun görev yaptığı yer neresidir? Fiilen görev yaptığı yer mi yoksa sicile kayıt olduğu yer mi? İzmir'de mesela bu sorunu nasıl yaşıyoruz? Manisa'da yeterli arabulucu olmadığı için İzmir arabulucuları Manisa'ya atanıyorlar, Manisa'da bir sorunu çözüyorlar ama şimdi icra edilebilirlik şerhini nerden almak lazım? Tartışmaya açık, ama benim kanaatimi sorarsanız arabulucunun asıl görev yaptığı yer, arabuluculuk siciline kayıt olduğu yerdir, fiilen görev yerinden daha çok. Ama onun da şöyle zorlukları var. Şimdi sizin verdiğiniz örnekte Mersin'de arabuluculuk faaliyeti yürütülüyor, ama Ankara'da arabuluculuk siciline kayıtlı bir arabulucu var veya orda belirli. Onu oraya mı götürmek lazım? Kanun yapılırken de bunun çok düşünüldüğünü kanaatinde değilim. Ben amaca uygun yorum yapılması gerektiğini düşünüyorum, şimdi lafza bakarsanız arabulucunun görev yeri, sicile kayıtlı olduğu yer. Ama amacına bakarsanız o zaman arabuluculuk faaliyetin ad hoc, fiilen yaptığı yer neresi ise orada başvurması gerektiği kanaatindeyim. Çünkü iş hukukunun mantığına göre de bu iş yerinin vs. bulunduğu yer. Ama bu tartışmaya açık, belirlilik getirilmediği müddetçe bu sorunu çözmek sadece yorum yolu ile olabilir. Ama, benim kanaatim arabuluculuk faaliyetinin yürütüldüğü yerdir. O iş için görev yaptığı yer olarak anlamak gerekir. Genel olarak görevli olduğu yer değil.

**DINLEYİCİ:** Şöyle bir sakınca, şöyle bir sorun oluyor, biz mesela online arabuluculuk yapıyoruz. Telefonla yapıyoruz bu işi. Dolayısıyla faaliyetin nerde yapıldığı çok mühim değil. Biz Ankara otururken yapıyoruz ama taraf işte Mersin’de.

**PROF. DR. MUHAMMET ÖZEKES:** Faaliyet yerini asıl yer saymak gerekir. Ama tekrar söylüyorum bakın, Kanun’da bu konuda mutlak açıklık olmadığı için her hâlükârda tartışırız. Bu sadece benim kanaatim, ama belki Talat Hoca’nın İş Hukukçusu olarak başka bir görüşü vardır.

**PROF. DR. TALAT CANPOLAT:** Şimdi Kanun’un şekline baktığımız zaman düzenleme aslında adliyelerin içinde bir arabuluculuk bürosu açıyor, başvurunun yapıldığı yer, bunu da zaten sulh hukuk mahkemesine bağlıyor. Şerhin alınacağı yer de oradaki sulh hukuk mahkemesi. Çünkü şerh verilirken bundan önceki düzenlemede hâkimler şuna bakıyorlardı: Çekişmesiz yargılama olmasına rağmen Arabuluculuk Daire Başkanlığı’na yazı yazılarak “tutanakta ismi yazılan kişinin sicilde arabulucu olup olmadığına sorulmasına” diye başlayan, bir çok şerhi geciktiren ya da uzatan, yeniden yargılamaya dönüştüren sorunları ortadan kaldırmak için bu uygulama getirildi. Bu büro zaten sulh hukuk mahkemesinin denetiminde görev yapıyor, şerh verecek olan da buradaki sulh hukuk mahkemesidir. Sorun şuradan kaynaklanıyor: sizin söylediğiniz gibi online’a falan işi dökerseniz bu son derece istisnai bir durumdur. Online de yapsanız arabulucu kendi bağlandığı yerden, buradan izin verildiği istisnai durumlar için söz konusudur. Özellikle kamuda zorunlu arabuluculukta şimdi geniş uygulanıyor ama ilk sorun şuydu: askerlere ait bir yerde arabulucu daveti gelmiş fakat garnizon çıkış yasağı koyuyor, göndermiyor. Şimdi onun üzerine böyle zorunlu durumda hani gitmesen yargılama giderine mahkûm ediliyorsun. Görevini ihmal, görevi kötüye kullanma benzer durum olmasın diye onayına açılmaya çalışıldı, ama şimdi görüyorum ki aynı şehrin içerisinde bir sokak ilerideki ikisi de. Arabulucu ile müzakereye gitmeyi kendine zul saydığı için zaten gidip de anlaşmamayı da önceden kafasına koyduğu için “ya bağlanalım video konferansla zaten anlaşmıyoruz diyeceğiz.” diye düşünüyor. Dolayısıyla usuli bir işleme dönüştürülmüş bir durumda. Üçüncü ayağı da bunun arabulucu üç adli yargı bölgesinde çalışma imkânına sahip o zaman da siz sicile kayıtlı olduğu yer olarak değil de nihayetinde ben de hocam gibi fiilen görevini yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinin vermesi gerektiğini düşünüyorum.

**DINLEYİCİ:** Avukat arabulucu... Keşke katkıda bulunma imkânımız olsa da, zamanımız olsa da, sayın hocalarımın sorularına cevap verebilseydik, uygulamanın başından beri içinde olan biri olarak. Şimdi tek bir soru soracağım. Bu

*Sempozyum'un başından beri buradaki başlıkta da görüldüğü gibi ve sayın hocalarımın dillerinden düşürmedikleri zorunlu arabuluculuk kavramını konuşuyoruz . Her iki hocam da bu sözcüğü "dava şartı kavramıyla zorunlu arabuluculuk uyuşuyor mu?" çerçevesinde tartışıyor. Dava şartı kavramı malumunuz davanın açılması için gerekli olan bir şart. Orada arabulucu girdikten sonra kimse anlaşmak zorunda değil. Yani bunu bir yana bırakarak sanki arabuluculuğa gidildiğinde taraflar anlaşmak zorundaymış gibi bir ifade ortaya konulması kanaatimce doğru değildir. Teşekkür ederim. Bir de sayın Muhammet Hocam... "masadan kalktığına yargılama giderlerine mahkûm ediliyor" dedi masaya gelmediğinde yargılama giderleri zorunlu tutuluyor Sayın Hocam, masadan istediği zaman kalkabilir iradidir, gizlilik kalkmadığı sürece. Zaten mahkemelerde herkes dosyaya bakabiliyor ama arabuluculukta arabulucu arabuluculuk görüşmesindeki bilgileri görüşmeden hiçbir şekilde ifşa edemez, altı aya kadar hapsi var malumunuz. Bu hem tarafları hem arabulucuyu hem de arabulucunun yanında çalışanları kapsıyor, gizlilik kuralı kaldırılmadığı sürece. Yani birçok şeye cevap vermek istiyorum, ama burada zaman almak istemiyorum. Teşekkür ederim.*

**PROF. DR. MUHAMMET ÖZEKES:** Şimdi şöyle, sizin nasıl zaman sorunu varsa benim de yansıdaki şeyleri bile çok ayrıntılı anlatma imkânım olmadı. Benim söyleyecek çok sözüm var, bu söylediklerinizi de açarak söylenebilmek şansım var. Mesela sizinle uzun uzun usuli bakımdan dava şartı nedir, böyle bir dava açabilme şartı olur mu sorusunun cevabını tartışmak isterim. Ama tavsiyem, şöyle bir kitabım var Murat Hoca ve benim ortak yazarı olduğumuz, 149. sayfasında bu dava şartı olur mu olmaz mı tartışılıyor. Hiçbir tipik dava şartına girmiyor. Yani siz bir şeye dava şartı dersiniz de o dava şartı olmaz. Yani bana kedi dersiniz ben kedi olmam. Dolayısı ile bu bir dava şartı olacak bir müessese değildir. Çünkü biz dava şartlarını üçe ayırıyoruz: mahkemeye ilişkin, taraflara ilişkin, dava konusuna ilişkin. Zorunlu arabuluculuk üçüne de giren tipik bir dava şartı değildir, hiçbir tipolojiye uymuyor. Bu yönü ile oradaki şey de çok doğru değil. Bir başka husus dediğim gibi zaman darlığından dolayı oturdu mu kalktı mı ne zaman oldu onların ayrıntısına girmeden bunları söyledim, ama ortada bir gerçek var siz mahkûm ediyorsunuz ben öyle veya böyle bu arabuluculuk masasına gelmeyince haklı bile çıksam daha sonra davada. E haklıyım ben, anlaşmak da istemiyorum yani şunu söylüyor otur ama anlaşma kardeşim. E ben o niyetle gitmişsem? Bakın biraz önceki soruda Talat Hocam da söyledi arabuluculukta amaç nedir veya getirilirken ne düşünülür, ben tamamen öyle düşünmüyorum online arabuluculuğa da sempatik bakan biriyim ama zo-

runlu arabuluculukta karşı tarafın gözünün içine bakarak birbirimize empati duymamız gerekiyor değil mi? Biraz da arabuluculuğun amaçlarından biri o. Ben onun kimliğine biraz bürünebilmeliyim (iletişim teknikleri bakımından). Ama, online arabuluculukta bunu nasıl başaracaksınız? İşte gitmemek için öte sokağa şimdi bunu geliştiriyoruz. Dolayısıyla bu söylediklerimizi sadece genel ana başlıklarıyla anlatabiliyoruz. Keşke şöyle olsa zorunlu arabuluculuğa ilişkin daha geniş bir toplantı olsa biz, bunu savunacak arkadaşlar vs. hep birlikte bunu daha sağlıklı bir ortamda tartışsak ve işte bu kanunlar hazırlanırken herkesin görüşü sorulsa, bunlar değerlendirilse, bir ortamda önceden toplantılar yapılsa. Bu toplantıları şimdi yapmanın bir faydası yok, ben biliyorum bu söylediklerimizin şu anda hiçbir faydası yok. Ben uzun süreden beri toplantılara katılmıyorum açık söyleyeyim. Bu toplantıyı Fatih Hoca, sevgili dostum geldi söyledi, Yargıtay'ın 150. kuruluş yıldönümü önemli bir şeydir ben müesseselere önem veririm. Uzun süredir bu toplantılara katılmıyorum, pek çok hukuk toplantısına katılmıyorum. Çünkü söylediğimiz şeyin artık bir karşılığı yok, şimdi sadece söylenmiş olunuyor ve bir de kötü oluyoruz. Bakın bu size söylediğim 2010 yılındaki Anayasa değişikliğinde hâkimlere seçimi getirmeyin dediğimiz zaman Murat Hoca ile bizi demokrasi düşmanı ilan ettiler. Ama şimdi böyle değil, iki şey olduğu zaman bir şeyden vazgeçemezsiniz. Birincisi o şeyin bürokrasisi, ikincisi burjuvazisi olduğu zaman. Bu ikisi de şu anda oluşmuştur, bürokrasisi de oluştu, burjuvazisi de oluştu. Artık biz zorunlu arabuluculuktan zor döneriz. Ne zaman? Bir felaket yaşayınca. Şunu söyleyeyim oldu, madem oldu, hiç değilse işlevsel hale getirmek lazım. Murat Hoca'nın uyarılarını bizim söylediklerimizi dikkate alarak bir kalıba sokmak lazım. Arabuluculuğun başından beri eğitim veren biriyim ama arabuluculuk sıfatını almıyorum. Biraz protest bir tavır deyin, doğrudur yanlıştır ayrı bir şey... Teşekkür ediyorum.

**DİNLEYİCİ:** *Ben 9. Hukuk Tetkik Hâkimi. Alternatif hukuk uyuşmazlıkları çözüm yolları denildiğinde Süha Tanrıver Hoca'nın bir makalesi aklıma geliyor. Niçin alternatif uyuşmazlıkların çözüm yollarının etkin hale getirilemediği hususunda hâkimlerin kendilerini hukukun çözümü konusunda en yetkili hamis olarak görüp bunlara prim vermedikleri, dolayısıyla bunlara yol açmadıkları, teşvik etmedikleri konusuna makalede önemli bir yer ayırmıştı. Şu o zaman dikkatimi çekmişti: hiçbir atıf yok buralarda, hocanın tamamen kendi görüşü. Buradan da gerçekten görüyoruz kıymetli hocalarımız zorunlu arabuluculuğa karşı, ama bütün hâkimler yabancı konumuz da olsun diyor. Demek ki sorumlusu biz değilmiş öncelikle. Şimdi yargının, gerçekten Hocam anlamakta çok zorlandığım, yargının alternatifi niye olsun? Yani şimdi mahkemeye gelebili-*

yorlar zaten. Ben şahsen 10 senelik hâkimim, bir hâkim olarak taraflara şunu söylemek isterim “bir kendi aranızda bir konuşun ya belki çözersiniz. Acaba hiç konuştuğunuz mu?” Arabuluculuğun görevi bu, ben yanlış biliyorsam düzeltin. Arabuluculuk görüşmeleri hiçbir zaman bir prova değil ki, eğer bu şekilde algılanıyorsa yanlış yapılıyor, hiçbir zaman bir prova dava değil. Ben gerçekten anlayamıyorum, yani niçin yargıya alternatif olsun? Tarafların bir arada kendileriyle bir görüşme fırsatını bulmaları, bunu yasa gereği zorunlu olarak yapmaları sizi niçin bu kadar kızdırıyor hakikaten anlamadım. Kıymetli Hocam romantik örneklerden bahsetti, bence asıl romantik örneği siz verdiniz kıymetli Hocam. Çünkü işveren ayak ayaküstüne atıyormuş, işçi süklüm püklüm odaya giriyormuş. E her yerde öyle bunlar ne yapsınlar, arabulucu ne yapsın, mahkeme ne yapsın, ne yapsın yani? Bu mudur, arabuluculuğun sorunu bu mudur? Hem soru gibi oldu hem düşüncemi belirtmek gibi oldu, ama niçin zorunlu arabuluculuğa karşı olduğunuzu gerçekten anlamadım, yargının alternatifi niçin olsun gerçekten hiç anlamadım. Teşekkür ediyorum.

**PROF. DR. MURAT ATALI:** Problem bizde demek ki anlatamamışız elbette, o kadar konuşmuşuz ama. Arabuluculuğu zorunlu yaparsanız ve bu uyumsuzluğu çözmekle de hukukçuları görevlendirirseniz bu alternatif yargıdır. Bu dünyanın her yerinde böyle adlandırılır. Ha dünyanın başka memleketlerinde arabuluculuğun hukukçulara bırakıldığı çok nadirdir, arabuluculuğu işte sosyal çalışmacılara veyahut da burada öğleden önce verilen örneklerin tamamında bizde eskiden de vardı diye bahsedildi ahiliklere bırakabilirsiniz. . O meslek örgütünde saygı duyulan birisi aile içinde o ticarî kişiler arasındaki o uyumsuzluğu çözerdi. Ama bu başka bir şey, siz arabuluculuğu zorunlu yapıp onu da hukukçulara verirseniz bu alternatif yargıdır. Şimdi bizim bir de fiili gerçeklerimiz var. Şimdi nasıl oluyor da önceden hiç gitmiyordu insanlar, fakat şimdi gidince çözülüyor? İhtiyari gidilmede çözüm oranıyla zorunlu gitmede çözüm oranı daha farklı değil, ihtiyaride belki birazcık daha yüksek. Ama siz bir onu dükkâna alabilirsiniz, Avrupalılar belki çok aşına değildir ama bizde çok yaygın bir şeydir, dükkân sahipleri kapıdan buyurun buyurun diyerek kapıdan insanları içeri almaya zorlarlar, içeriye aldıktan sonra da size işte o da var bu da var, onu beğenmediğin zaman onun yerine bunu verelim falan diye bir şekilde bir şey satmaya çalışırlar. Siz onu bir şekilde içeriye aldığınız zaman orada işte sen 3 yıl sonra 80.000 tl mi istersin yoksa şimdi 20.000 tl mi istersin diye pazarlığa oturtturabiliyorsun buna pazarlık denirse, evet bu alternatif yargı budur.

**DINLEYİCİ:** Her zaman olan bir şey bu.

**PROF. DR. MURAT ATALI:** Her zaman olmaz, beni zorunlu tutmazsınız eğer oraya girmek zorunda kalmazsam. Onun dışında adına onu demişsiniz veya dava şartı demişsiniz, bunun Türkçedeki adı zorunludur, kanundaki adı dava şartıdır. Dava şartının ne olduğunu biliriz bütün usul kitaplarında da dava şartının tanımı şöyle olur: "Usul hukukuna ilişkin olup, yargılamanın esası hakkında karar verebilmek için varlığı yahut yokluğu aranan usul hukukuna ilişkin şartlar." Dava açılıp açılmaması usul hukukuna ilişkin değildir, dava açtıktan sonra usul hukukunun alanına girersiniz. Dolayısıyla dava açılmaz demek, dava açmayı yasaklamak teknik olarak dava şartı olamaz, anlatabildim mi? Bizim kitapta da bu yazıyor bu zorunlu arabuluculuktur, dünyanın her yerinde de buna böyle derler, ama adına o demişsiniz bu demişsiniz sonuç aynı.

**PROF. DR. MUHAMMET ÖZEKES:** Şimdi isterseniz ben de bir ekleme yapayım. Bu kanun ilk çıktığında ismi zorunlu idi bunun. Adı sonradan değiştirildi bu dava şartı oldu değil mi? Yani kanun koyucu aslında onun çok sempatik gelmeyeceğini bilerek bunu yaptı. Şimdi sizin söylediğiniz, ben gerekçelerimi, tek tek yani "niye karşısınız?"ı tek tek, hem teknik olarak hem usul ilkeleri hem arabuluculuk ilkeleri bakımından söyledim. Zaten benimle aynı görüşte olmasını kimsenin beklemiyorum, ben buraya konuşmacı olarak çağırıldım kendi görüşlerimi anlattım. Tabii ki biz belki %10'uz şu anda, %90 aslında buna taraftar. Şu çok sempatik bir şey yani, şimdi ben gelip buraya arabuluculuk ile ilgili çok şık şeyler söyleyeyim, çok sempatik olabildim bugün. Biz geçmişte de sempatik olmadık şimdi de sempatik değiliz. Ama akademisyenlik biraz da bunu gerektirir, başkasının daha sonra göreceği şeyi mümkünse, kabiliyetiniz çerçevesinde önceden görmektir. Şimdi sizin söylediğiniz zaten var, 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamemiz var, kamu kurumlarının nasıl uyuşmazlık çözeceğine ilişkin, kimse farkında mı? Hatta orada amir hükümler var kamu kurumu, özel hukuk ve idare hukuku uyuşmazlıklarında diyor önce sulhu barışçıl yöntemleri denemek zorundadır. Ama bugün bir idareye başvurun sizi reddeder git dava aç diye, işte söyledi Hocam. İki daha da pratik bir şey, siz iş dairesindeyiz ön inceleme var, sulhe teşvik var. Bunların aktif uygulanmasına hiçbir engel yok, Süha Hoca'nın orda söylediğinin doğru bir tarafı var, hepsini oradakilerin belki tamamen paylaşıyorum, paylaşmıyorum ama bizim hâkimimizde bir ihساسı rey korkusu var, hâlbuki bu ihساسı rey değildir. Tarafa şunu söylemenizde hiçbir mahsur yok, uyuşmazlık bir noktaya gelir bir yıllık davanın sonunda "kardeşim bak, başta siz 5 uyuşmazlık noktasındaydınız şimdi bu bire ikiye

düştü, bunu bir kere daha müzakere etmeyi düşünmez misiniz?” diyebilirsiniz. Bunu engelleyen hiçbir şey yok. Ama hâkimin bir an önce karar verme refleksi bunun önüne geçiyor, zaman kaybedeceğini düşünüyor. Ön incelemede bu bir noktada adeta teşvik etmek, hadi anlaşın bakalım demek de ğildir, onun psikolojik alt yapısını da hazırlayarak bunu gerçekleştirmek demektir. Şimdi ön inceleme kabul edilirken ben kanun komisyonunda şunu teklif etmiştim, dedim ki bunu böyle dışa açık bir toplantı şeklinde değil de avukatlar, taraflar, hâkim daha samimi bir ortamda toplansın. Aman hocam yapmayın dediler, bizde bu yanlış anlaşılır, şu olur bu olur dediler. Şimdi orada yapmadığımızı tehlike görünen şeyi e burada tehlike olarak görüyoruz. Dolayısıyla sizin söylediğinizi zaten hâkim yapabilir bir engel yok, biz de diyoruz ki ihtiyari olsun zorunluluğun başka riskleri var. Ama bu kadar dar bir toplantıda sadece bu yönüne şey yapmak karşılıklı tartışmaya dönüşür. Şüphesiz benim fikrim ayrı, sizin fikriniz ayrı saygı duyarım. Teşekkür ediyorum.

**PROF. DR. TALAT CANPOLAT:** Şimdi ben hocalarım gibi bunu alternatif yargı olarak görmüyorum, onu bir açıkça ifade edeyim. Arabuluculuğun zorunlu olması, arabuluculuğun özüne aykırıdır. Bu düzenleme de bunu bilerek yapmıştır ama faydalarını daha çok gördüğü için bunu yapmıştır. İtalya’dan örnek verilirken de belirtildiği gibi İtalya’da iki yıl kaldıktan sonra kalkmıştır, benim kişisel beklentim de bir müddet sonra bunun kaldırılacağıdır. Çünkü ihtiyari olarak uygulandığında, taraflar gönüllü olarak arabulucuya gittiklerinde, anlaşma oranı yanılmıyorsa %93 falandı, 90’ın üzerindeydi. Şimdi zorunlu olarak gidildiği zaman bu yüzde 50’ler civarına indi. İster istemez böyle bir farklılık olacak ama her şeye rağmen benim talebim veya istediğim tarafın, özellikle işçinin orada haklarını bilerek müzakere etmesidir yani bu da başta söyledim: Türkiye’de dünya ölçeğinden farklı olarak arabulucuların hukukçulardan oluşuyor olması nedeniyle buradaki bizim tezimiz zaten arabulucu hukukçu. Diğer başka bir şey, Türk yargı sisteminin sorunlarının hepsini burada çözemeyiz ama Türk yargı sisteminin içerisinde bulunduğu noktada meslek hastalığı trafik kazası veya tıbbi kötü hata olan uygulamalarda Türkiye’de yapılan yargılamalarda hâkimin hiçbir dokunuşu yoktur. Bir, kusur bilirkişisine gönderirsin gelir aktüerya raporu bilirkişisine gönderirsin ne rakam varsa karar yazarsın. Hâkim burada hangi dokunuşu yapıyor? Öyleyse arabulucular da çok kolay bir şekilde önce kusuru belirler ardından aktüerya raporunu iki taraf da getirir rahatlıkla anlaşılabilir. Ama gelin görün ki kanunda bu durum zorunluluğun kapsamı dışında bırakılıyor. Yani, aslında yargılamaya gidildiği zaman da yapılanın aynısı burada çok rahat bir şekilde yapılabilirdi. Buna ilişkin söyleyeceğim bu kadar teşekkür ediyorum.

**PROF. DR. MUHAMMET ÖZEKES:** Çok kısa bir şey ekleyebilir miyim? Şimdi benim çok başından beri söylediğim bir şey var, iyi işlemeyen bir yargıdan iyi işleyen bir arabuluculuk çıkmaz. Neden? Eğer yıldırmadan arabuluculuğa götürüyorsanız, yani yargıya da gitseniz haklı haksız çıkma oranınız değişmeyecekse o zaman arabuluculuk oranı düşer. Mesela arabuluculuğun nerede iyi uygulamaları var, daha çok yargının iyi işlediği yerlerde, şimdi bir Amerika var bu örneğin dışında. Amerika'da, sistem çok farklı: bizdeki gibi adli yardım kurumu yok. Kıta Avrupası'nda, olduğu gibi, başka mesleki sırlar var (discovery). Burada şimdi Mustafa arkadaşımız var Gazi'den. Onun başlı başına yazdığı tez var adeta yıkım haline getiriyorsun bu yönüyle Amerika, Kıta Avrupası'na da bir örnek tam anlamıyla değil. Ama yargınızı iyi işletirseniz arabuluculuk da daha iyi işler, bunu söyleyeyim. Tekrar söylüyorum biz arabuluculuğa karşı insanlar değiliz, ben sonuna kadar taraftarıyım. Arabuluculuk sistem içinde olmalı, geliştirilmeli, desteklenmelidir. Ama, zorunlu arabuluculuğun işte söylediğimiz riskleri ve çözümsüzlükleri var.

**DİNLEYİCİ:** Öncelikle hoş geldiniz Hocam. İyi akşamlar, ben Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencisiyim. Biz arabuluculukta tarafların anlaşamaması durumunda daha sonra dava açtıklarında, beyanlarını mahkemede delil olarak kullanamayacağını kabul ediyoruz. Şimdi arabuluculuk hukuki uyumsuzluğa bir alternatif çözümse, yani çözüm olduğunu söyledik, mahkemedeki amacımızdan biri de aslında hakkın yerine getirilmesinin yanında uyumsuzluğun da tespit edilip çözülmesi ise neden oradaki beyanları mahkemeye de taşıyamıyoruz? Bu konu hakkında ne düşünüyorsunuz, teşekkür ederim. Sorumu usul hukuku hocalarımıza yöneltmek istiyorum.

**PROF. DR. MUHAMMET ÖZEKES:** Biraz uzun ama kısaltarak açıklayayım. İlk önce söylediğiniz genelleme tam değil, neden? Bütün kullandıklarımızı burada kullanamıyor değiliz, ilk defa arabuluculuk vesilesi ile ortaya çıkan yani ilk defa arabuluculuk faaliyeti sırasında sunulan belgeleri ve bilgileri daha sonra kullanamıyoruz. Daha önce benim elimde bir belge var zaten iki tarafında kullanım tasarruf alanında, arabuluculuğa gittim diye bunu daha sonradan kullanamıyor değilim, ihtar çekmişim mesela veya elimde senet var bunu daha sonra kullanabiliyorum veya bu konuda tanıklarım var kullanabiliyorum. Ama arabuluculuk müzakeresi sırasında diğer taraf "evet" diyor "benim bu kadar borcum var", bunu kullanamıyorsunuz. İlk defa delil orada ortaya çıkıyor sizde o delili görünce "Ya niye arabuluculuğu sürdüreyim ki gideyim dava açayım nasıl olsa kazanır daha yüksek alırım" dersiniz bu delilleri kullanamıyoruz, birincisi bu. İkincisi, bu sadece arabuluculuğa ilişkin bir düzenleme değildir, aynı zamanda HMK' da sulh müzakereleri sırasında

tarafaların ikrarı onları bağlamaz diye bir şey var. Yani bir dava sırasında sulh müzakeresi yapıyorsanız o sırada tarafların ikrarı bağlamaz. Neden? Samimi gerçekçi bir müzakere olsun diye. Şimdi siz söylediğiniz her şeyin aleyhinize kullanılacağını düşünürseniz rahat davranamazsınız, kapsamı genel olarak bu. Dolayısıyla her delili kullanamıyor değiliz, sırf arabuluculuk sebebiyle müzakere sırasında ortaya çıkan delilleri kullanmıyoruz.

**PROF. DR. TALAT CANPOLAT:** Bir cümle de ben başka bir yere de dikkat çekmiş olayım bu vesile ile. Asıl tehlike bence uzlaştırmada, ceza hukukunda. Çünkü oraya bir madde daha koydular, ceza hukukundaki uzlaştırmada anlaşırırsanız, tazminat davası açılmaz şeklinde. Bu öyle vahim sonuçlar doğuruyor ki. Siz ceza hukukunda cezanın sonuçlarını karara bağlayabilirsiniz: kişi şikâyet etmez, bir miktar alır, almaz vs. Ceza Hukukunun sonuçları için oturduğunuz uzlaştırmada hukukçular yok, genellikle kâtipler yapıyor bu işi. Sonra aynı zamanda hem cezai hem de hukuki sonuçları bu tarafa bağlıyorsunuz. Bir şey söyledik, Türkiye’de hukukçular (zorunlu arabuluculuğu) yapıyorlar. Ama son tahlilde uygulamayı, bu zamana kadarki uygulamayı gördüğünüzde; “İyi ki hukukçular yapıyor” diyorsunuz. Uzlaştırma ile burası arasındaki farkı gördüğünüz zamanda da arabulucuların hukukçularla devam etmesi gerekir diyoruz. Ama hukuk etiğinin ve arabuluculuk etiğinin iyi uygulanması, zaman içerisinde de mesleğinin avukat veya arabulucu olacak şekilde ayrıştırılması gerekir. Yani bir büronun hem avukatlık bürosu hem arabuluculuk bürosu olması bana hoş gelmiyor. E diğer taraftan da ben kendi müvekkilimi alıp bir başka avukatlık bürosuna götürdüğüm zaman müvekkilim bana diyor ki “Bak öteki daha iyi hem arabulucu hem avukat “. Böyle garip bir sonuçla karşılaşıyorum. Ama uygulamalar yeni, sıkıntılar var fakat Avrupa Birliğinde avukatlık mesleğine ilişkin olarak güncellenen metinde de avukatların uyuşmazlığı üstlendiğinde öncelikle alternatif çözüm yollarını müvekkillerine anlatıp kullanması asli görevlerinin arasında sayılıyor. Biz tamamen bunları yok sayamayız ama son tahlilde kurumlar insan tarafından işletilir. İyi işletildiğinde iyi netice alırsınız, iyi işletilmediğinde de kötü netice alırsınız. Hocamın iyi işlemeyen yargı sistemi içerisinde arabuluculuğun da iyi işlemeyeceği ön görüşüne katılıyorum.

**PROF. DR. MUHAMMET ÖZEKES:** Kısa bir şey ekleyeyim. Tabi şimdi hocam söyleyince laf lafı açıyor, bakın uzlaştırma ceza hukukunu, yani kamu hukukunu ilgilendiren bir alanda. Kamu hukukunu ilgilendiren ve cezai sonuçları olan bir durumda hukukçu olmayanlara da bu yetkiyi veriyorsunuz ve hatta açıyor kâtip diyor ki “Ben mahkemeden arıyorum”, karşıdaki zaten titiyor. Uzlaştırma gibi kamusal bir alanda hukukçu olmayanlara yetki ver-

mişsiniz arabulucunun muadilidir orda, ama özel hukuk alanında sadece hukukçularla sınırlandırmışsın. Şimdilik, başlangıç için ben de bunun uygun olduğunu düşünüyorum. Bir başka yanılığ ise şudur, arabuluculuk bir meslek değildir aslında, hukukçuluk mesela bir meslek değildir. Tıbbiyeyi bitirirseniz doktor olursunuz bir meslektir, hukukçu diye bir meslek grubu var mı? Hukukçu ne iş yapar? Ama hukuk müşaviridir, avukattır, hâkimdir, savcıdır bunlar meslek. Bizim o yüzden farklı bir eğitimimiz ve stajımız var. Arabuluculuk da aslında meslek değildir, hukukçuların bir uğraş alanıdır baktığımız zaman, profesyonel bir meslek değildir. Ancak Hocamın söylediği gibi mesela ayrı bir staj, ayrı bir eğitimi olur, ondan sonra meslek haline gelmiş olur. Şu anda arabuluculuk bir meslek değildir. Bir başka husus, yanlışlıklardan biri: arabuluculuktaki sınavda uygulama sınavı kaldırıldı, zaten önceki sınavda uygulama sınavı değildi, sözlü sınavdı. Uygulama sınavı azaltıldı, saati arttırıldı eğitimin. Ne anlatılıyor şimdi biliyor musunuz? Yayılarak anlatılıyor, aynı şeyler yayılarak anlatılıyor. Çok da farklı bir şey değişmedi. Hâlbuki uygulama sınavını çok ciddi yapmamız lazımdı, dünya örnekleri daha çok bu yönde. 10 dakika salona alıp sadece arabuluculuk yapmak olmaz. Siz sınavı iyi yapamadık diye kaldırdınız ama bu taraftan da git daha fazla eğitim al, sonra da sertifika al. Evet, biraz canınızı sıktık. Özür diliyoruz verdiğimiz rahatsızlıktan dolayı.

ARABULUCULUĞUN GELİŞTİRİLMESİ  
ULUSLARARASI SEMPOZYUMU

INTERNATIONAL SYMPOSIUM  
ON ENHANCING MEDIATION

**2. GÜN/DAY 2**  
**07.12.2018**  
**CUMA/FRIDAY**







### III. OTURUM/THIRD SESSION

## TICARI UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK MEDIATION IN COMMERCIAL DISPUTES

#### **Oturum Başkanı/Chair:**

**Mehmet Bülent SELÇUK**, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Başkanı/Head of 19<sup>th</sup> Civil Chamber of the Court of Cassation

#### **Konuşmacılar/Speakers:**

**Alessandro BRUNI**, Lawyer, International Professional Mediator/Avukat, Uluslararası Profesyonel Arabulucu

**Prof. Dr. Ali YEŞİLIRMAK**, İbn Haldun Üniversitesi/İbn Haldun University

**Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Ersin ERDOĞAN**, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi/Ankara Yıldırım Beyazıt University

**Adem ALBAYRAK**, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Üyesi/Member of 15<sup>th</sup> Civil Chamber of the Court of Cassation





Alessandro BROUNI

### **RECENT DEVELOPMENTS IN MEDIATION IN CIVIL AND COMMERCIAL DISPUTES IN ITALIAN LAW/İTALYAN HUKUKUNDA MEDENİ VE TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUĞA İLİŞKİN GÜNCEL GELİŞMELER**

Alternative dispute resolution (ADR) methods have generally been known in Italy for a long time, but mediation in particular has only started to receive attention in its development as a serious means of extrajudicial dispute resolution over the past 20 years or so in which the Italian Legislator started to produce laws in favor of extrajudicial methods to solve civil and commercial disputes.

Currently, mediation is used for a wide range of disputes from civil to commercial; corporate, financial, banking, insurance, family, environmental, labour, consumer, criminal and social.

However, criminal mediation is only used, is used only in the case of offences prosecuted upon complaint and in juvenile proceedings.

In addition on the basis of what is required by the European Directive on mediation, mediation attempts do not extend to revenue, customs or administrative matters or the liability of the state for acts and omissions in the exercise of official authority. On the contrary, only those matters that involve the liability of public authorities for non-authoritative acts fall into the category of disputes governed by Legislative Decree No. 28/2010.

That said, we need to remember that conciliation and mediation are well known in the Italian judicial system since when the Consolidated Text of Public Security Laws No. 593, approved by Royal Decree No. 773 of 18 June 1931, Article 1 states that “The Public Security Authority (...) through its officers, at the request of the parties, provide for goodwill composition of private disagreements”.

In 1942 endo-judicial conciliation was inserted in Italian Code of Civil Procedure.

However, extrajudicial routes of solutions obtained massive interest later, in the chambers of commerce system, when -in 1993- Law No. 580 prescribed the possibility of build mediation chambers into every Italian chamber of commerce.

Moreover, in 2004, Law No. 129 entitled ‘Rules for the regulation of the franchising’. In Article 7, ‘Mediation’, states that for disputes relating the franchising agreement, the parties may agree that prior to court proceedings or arbitration, an attempt at mediation should be made at the mediation office of the chamber of commerce in whose territory the franchisee has the main office.

Consumer Code provides that the associations of consumers and users and other entities have the option, before judicial proceedings, to attempt mediation before the mediation office of the local chamber of commerce or other mediation providers competent under article 141 of Consumer Code. The same Law provides that the duration of the procedure is limited to 60 days.

The mediation record signed by the parties and the representative of the mediation minutes is lodged at the court of the place where the mediation was held for the approval of the judge, who makes it enforceable.

Consumer Code provides for both offline and online mediation to settle disputes between consumers and professionals.

Again, in 2006 Law No. 55, entitled ‘Amendments in the Civil Code on family pacts’, introduced Article 768-octies of the Italian Civil Code, which states that disputes arising from provisions related to transfers of family businesses to descendants must be sent to one of the mediation bodies accredited by the Italian Ministry of Justice.

---

In 2007 by a Regulation issued by the Authority for Telecommunications Supervision with Resolution no. 173/07/CONS, new procedures entered into force for settling disputes between users and operators of telecommunication services. The resolution states that the attempt of mediation is considered a 'condition of admissibility' of judicial action against suppliers of services, but widens the different procedures available to users.

In the same year in 2007 Legislative Decree No. 179, on the institution of an Arbitration and Mediation Chamber within the Italian National Commission on Companies and the Stock Exchange (Consob), provides for the establishment of a chamber of mediation and arbitration for resolving disputes between investors and brokers, because of violation -by the brokers- of requirements concerning information, fairness and transparency in contractual relationships with investors, and a system of compensation for damages suffered by investors and a special guarantee fund.

Finally, in 2010 Italy implemented Directive No. 2008/52/EC of the European Parliament and Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters with Legislative Decree No. 28/2010, which was implemented by Ministerial Decrees Nos. 180/2010 and 145/2011.

In 2015 Legislative Decree No. 130/2015 came into force, implementing Directive No. 2013/11/ EU on alternative dispute resolution for consumer disputes, transposing the Directive and adapting it to the various ADR procedures already present in consumer affairs.

The entry into force of Decree No. 130/2015 modified Legislative Decree No. 28/2010 and the manner in which the mediation centres that are currently registered with the Italian Ministry of Justice should carry out mediations between professionals/companies and consumers.

Legislative Decree No. 130/2015 made also changes and additions to Decree No. 206/2005, better known as Consumer Code with the inclusion of 'Title II-bis – extrajudicial disputes resolution (article 141-141-decies)', which regulates the procedural methods for ADR procedures.

In practice, ADR helps consumers to solve disputes with commercial traders when problems arise with a purchased product or service. For instance when the seller refuses to repair a product or to make a refund to which the consumer is entitled.

It should be noted that under Article 141, paragraph 10, the consumer will not be deprived of the right of appeal to the competent court, whatever the outcome of the court settlement before the ADR entity is.

Before Legislative Decree No. 28 of 4 March 2010 the most significant innovation over the past few years for the development of mediation in Italy was contained in Legislative Decree No. 5/2003 which provided for both mediation and arbitration in disputes within a company (and certain other circumstances, for instance banking and financial disputes).

From the late 1990s to 2016 the Italian system has undergone five different civil and commercial mediation regulatory phases, described as follows:

1. From the late 1990s to 2004: fully voluntary mediation without any regulation for mediation entities.

2. From 2005 to 2011: fully voluntary mediation before accredited mediation body for company disputes.

3. From 4th March 2011 to 20th October 2012: fully mandatory mediation for disputes in certain civil and commercial matters and voluntary mediation for all the others matters upon disposable rights (Legislative Decree No. 28/2010).

4. From 20th October 2012 to 20th September 2013: fully voluntary mediation for all civil and commercial disputes (there was a declaration of unconstitutionality of Legislative Decree No. 28/2010).

5. From 20th September 2013 to date: introduction of a preliminary mediation meeting (rehabilitation of Legislative Decree No. 28/2010 - integrated and updated).

The last in force Italian mediation law (Legislative Decree No. 28/2010) defined mediation as 'an activity carried out by an impartial third party that aims to assist two or more parties in finding an amicable settlement of a dispute including the formulation of a settlement proposal for the resolution of the dispute'. This law was enacted with the principal goal to ease the overwhelming caseload in the Italian Courts and also to prevent additional delays among the judicial proceeding. Additional delays among the judicial proceedings are no longer tolerable.

Legislative Decree No. 28/2010 has introduced a form of multi-step procedure: while mediation is the process in which a professional mediator helps the counterparties to resolve their dispute, conciliation is the positive result of the mediation process (It is the settlement).

Civil and commercial mediation attempts must be carried out by professional and independent mediation providers and mediators accredited by the Italian Ministry of Justice, and inserted in two registries maintained and controlled by the same Ministry.

The two registries are public and are updated constantly in order to show the public of users all the mediation providers and mediators working under the law all around Italy.

Costs of mediation are fixed and regulated by law. Any ADR accredited providers are obliged to work at those prescribed tariffs.

No compensation is due in any case by any party who is eligible for the free legal aid provided by law.

**Four different types of civil and commercial mediation are established by law:**

1. Voluntary: When mediation is freely chosen by the litigants. It is possible in every civil and commercial dispute concerning disposable rights.

2. Judicial (court-ordered) When judges, at their discretion, can order the parties of a judicial proceeding (even for non mandatory cases), at any stage of the proceeding, but before the closing arguments or the oral discussion of the pleadings (even in the Court of Appeal) in order to attempt mediation, giving them 15 days to choose the mediation provider.

3. Ex contractu: When the mediation attempt in case of a dispute is written in a clause of a commercial contract among parties or in a company statute. Parties must attempt mediation before they arbitrate or file a dispute in court.

4. Mandatory: When a preliminary and mandatory mediation attempt is imposed by law and becomes a condition precedent to bringing a suit in court.

Before the new Legislative Decree, some Italian laws required a prior mediation attempt in certain disputes in various sectors from the 1990s.

For instance Law No. 320 of 1963 provides for the obligatory attempt to mediate the dispute before the agricultural sections of the court. Law

No. 481 of 1995 prescribes a mandatory attempt of mediation in disputes related to public utility services. Law No. 192 of 1998 prescribes an attempt of mediation for disputes between contractors and subcontractors. The mediation attempt must take place at the chamber of commerce where the subcontractor has its headquarters. Law No. 183 of 2010 provides for a mandatory attempt to mediate in certain disputes related to employment contracts.

The actual system of civil and commercial mediations is based on a mandatory mediation principle. Infact for some described matters of conflict Legislative Decree No. 28/2010 prescribes an obligation to preventively participate on a mediation attempt.

The obligation lasts in 90 days after that the parties are free to go before the court. However the procedure can be extended upon the consent of both of the parties.

The subjects for which a preliminary attempt of mediation is required by law are:

Joint ownership, real estate, division of assets, inheritances, family covenants/agreements, leases (e.g. renting apartments), bailments, business or commercial leases, Medical and/or paramedical liability, damages from libel via the press or any other means of publicity, damages from insurance, banking and financial contracts.

In the case one party brings before a judicial court a dispute for which it is required a preliminary attempt of mediation, the judge of that proceeding must suspend the case, invite the claimant to start an out-of-court mediation proceeding, use an accredited mediation provider.

Let's go briefly to analyze the procedure of mediation in all its phases.

After a written request for mediation has been submitted generally by the plaintiff to an accredited mediation body (public as the chambers of commerce, or private as CONCILIA) having a registered office in the territory of the court with territorial jurisdiction over the dispute, a qualified professional accredited mediator is designated by the mediation provider, together with the date, the hour and the place of the first (preliminary) meeting (if they mutually agreed, the parties can choose the mediator).

All these informations are sent by post or certified e-mail or telefax to all the parties (for the defendant together with a copy of the mediation

---

request) by the chosen ADR provider. In any kind of mediation the physical presence of the parties is required by law and jurisprudence.

For mandatory mediation cases at all the stage of the procedure the presence of parties lawyers is mandatory (except in the case of consumers disputes as required by the 2013 EU Directive on consumer ADR).

Regarding the costs of the procedure, for mediation mandated by law, there is an identical tariff for both public and private providers. With regard to voluntary mediations, each provider may set its own rates which must be approved by the Ministry of Justice.

Parties are jointly and severally obliged to pay the fees and the fees increase in proportion to the value of the dispute. The mediator is paid by the provider, with a percentage of the fee that the parties pay to the same provider.

Before the mediation starts the law prescribes the necessity of a 'preliminary meeting' which is not yet a mediation meeting and has to be held not later than 30 days from the filling of the written mediation request. In this preliminary phase which the mediator is also presence the parties and their lawyers must decide together whether the mediation procedure may start or not, being feasible for that particular dispute.

If they agreed, since there aren't procedural impedimental reasons to start mediation, the procedure can be initiated (immediately if it is possible). If not the mediator will write a report of failure to commence mediation.

From the absence of a party to the preliminary meeting without justified motivations the judge of the future proceeding may gather evidence and condemn such absent party to the payment into the state budget of an amount as penalty, corresponding to the amount of court fees due for trial.

After a negotiation period, if the parties are able to reach an agreement (the so called 'accordo di conciliazione'), the mediator drafts the minutes of the meeting which must be signed by the mediator, the parties and their lawyers.

The (real) mediation agreement will follow, signed by the parties (if needed with the proper power of attorney) and their lawyers, and will be attached to the previous document.

Parties' lawyers give -with their subscriptions- value of enforceability to the mediation agreement attached to the mediation report, certifying that the agreement complies with the mandatory rules and public order.

In voluntary mediation cases when the parties are not assisted by lawyers, or in any other case when the mediation agreement is not signed by the lawyers, the mediation minutes, must be homologated by the President of the Court with jurisdiction over the dispute in order to be enforceable.

The request for enforceability must be made by the parties by depositing the mediation minutes and the attached mediation agreement. Before granting enforceability the President will verify the non-contrariness to the mandatory rules and the public order, and check for compliance with formalities.

In cross-borders disputes the chief-judge of the district in which mediation agreement has to be performed will be competent.

If a mediation agreement is not reached, the mediator may issue -at his/her discretion- a written non-binding proposal for the resolution of the dispute.

In any case and at any stage of mediation, with the mutual request of all the mediation parties, the mediator is obliged to issue a non-binding written proposal. The parties must send to the mediator their acceptance or rejection of the proposal, in writing and within 7 days. If not the proposal is intended refused.

A rejected proposal may have consequences on the division of the judicial costs among the parties: if the subsequent judicial decision is the same as the mediator's refused proposal, the judge may order the winning party who refused the mediator's proposal to pay the losing party's costs and fees.

Following a grant of enforceability, the mediation agreement (attached to the mediation report) will be enforceable for compulsory expropriation, enforcement for satisfaction and release, the satisfaction of obligations as well as the registration of a judicial mortgage or lien.

The procedure entitles the parties to some tax and economic benefits.

---

Infact all the documents needed during mediation are exempt from any stamp taxes. In the case of mediation agreement, the parties will receive a tax credit up to 500 Euros and in the case of a failure to mediate, the tax credit will be reduced to 250 Euros. Moreover, any mediation agreement with a value below 50,000 Euros is exempt from transfer taxes.

Speaking about the role of the mediators, the law prescribed some specific regulations for them. Infact civil and commercial mediators must possess at least a bachelor's degree or, alternatively, must be enrolled in a professional association or board.

Moreover, an accredited mediator must meet the following criteria: He or she must not have a criminal record, he or she must not be permanently or temporarily disqualified from public office he or she must not be the subject of preventive or security measures or safety, and he or she must not have been the subject of disciplinary sanctions other than disciplinary warnings. In addition, no mediator may declare him or herself willing to act as mediator for more than five accredited mediation providers.

Mediators may not assume rights and obligations, directly or indirectly in the mediations they oversee, and they may not receive monetary compensation directly from the parties that's because the payment must be made directly to the mediation provider.

Before every mediation, the appointed mediator must sign a declaration of impartiality, notify the mediation provider and to the parties all the reasons for possible damages to the impartiality, and respond to any organizational request of the mediation body.

The law states that civil and commercial mediators should have a specific training (at least 50 hours) acquired from an accredited ADR training centre.

The basic content of the training is laid down in the legislation as follows:

National, EU and international legislation on mediation and conciliation methodology of facilitative and award procedures of negotiation and mediation, conflict management and communicative interaction techniques, (also with reference to mediation referred by the court), and effectiveness and operation of the mediation clauses, form, content and effects of the request for mediation and of the conciliation agreement, duties and responsibilities of the mediator.

---

The training is divided into theoretical and practical parts with a maximum of 30 participants per course including simulated sessions with student participation and a final examination for a minimum of four hours.

Civil and commercial professional mediators must take refresher courses (at least 18 hours every two years) and establish their participation, during each two-year period, and for the purposes of professional education, in at least twenty mediations managed by mediation organizations accredited to the Ministry of Justice.

Mediation in Italy has yet to grow, but the legislator is on the right track, also being aided by the European legislator, very attentive in recent years to regulate the most varied forms of ADR, starting to be interested in mediation and blockchain.



Prof. Dr. Ali YEŞİLİRMAK

## UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUK VE TAHKİM YOLLARININ BİRLİKTE KULLANILARAK ÇÖZÜMÜ (MED-ARB)/THE COMBINED USE OF MEDIATION AND ARBITRATION IN DISPUTE SETTLEMENT(MED-ARB)\*

### ÖZET

Tahkim, uyuşmazlık çözümünde kullanılmakla birlikte bu kurumun etkinliğini artırmak amacıyla tahkim ve arabuluculuğun birlikte kullanımı öne çıkmıştır. Bu makalede tahkim ve arabuluculuğunun birlikte kullanımanın olumlu ve olumsuz yönleri, kullanımın hangi kombinasyonda olduğu ele alınmakta ve Türkiye’de kullanım için önerilerde bulunmaktadır

**Anahtar Sözcükler:** Tahkim, arabuluculuk, tahkim ve arabuluculuğun birlikte kullanımı, med-arb

**Abstract:** Arbitration is regularly used for dispute resolution. For mainly enhancing its effectiveness the combined use of arbitration and mediation is often suggested. This article deals with pros and cons of such usage, the combination of such usage and suggestions for Turkey.

**Key words:** Arbitration, mediation, combining arbitration with mediation, med-arb

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

## 1. GİRİŞ

Tahkim<sup>1</sup> özellikle uluslararası ticarî uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan en etkin yoldur. Tahkimin yanında XX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren modern anlamda arabuluculuk, ulusal ve yüzyılın sonundan itibaren uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmaya başlamıştır<sup>2</sup>.

Ülkemizde de özellikle 2001 yılında 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun<sup>3</sup> ("MTK") kabulü ve 2011 yılında 4100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda<sup>4</sup> ("HMK") MTK'ne paralel hükümler içeren 11. kısmın kabulü ile tahkim konusunda kültür yaratılmaya başlanmıştır. 2012 yılında 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun<sup>5</sup> ("HUAK") ve 2017'de 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda<sup>6</sup> yer alan arabuluculuk hükümleri ile de arabuluculuk konusundaki kültür filizlenmeye başlamıştır. 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un<sup>7</sup> m.20-23 gereği ticarî davalara ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuğa gitme zorunluluğu da yani ticarî uyuşmazlıklarda dava şartı olarak arabuluculukta kanunlaşmış ve uygulanmaya başlamıştır.

Arabuluculuk ve tahkimin birlikte kullanılması<sup>8</sup> (yani "mediation" ve "arbitration" ın kısaltması olarak "med-arb") giderek tartışılan bir konu hâline gelmiştir. Zira, her iki uyuşmazlık çözüm yolunun birlikte kullanılması uyuşmazlık çözümünü daha etkin hale getirmektedir. Gerçekten de, özellikle Uzakdoğu'da med-arb sık bir şekilde kullanılmaktadır. Örneğin Çin'de

1 Tahkim konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. örneğin Hakan Pekcanitez / Ali Yeşilirmak, "Tahkim" in Hakan Pekcanitez / Muhammet Özeker / Mine Akkan / Hülya Taş Korkmaz (editörler), Pekcanitez Usul – Medeni Usul Hukuku, 15. Baskı, Cilt III, İstanbul 2017, s. 2579 vd.; Turgut Kalpsüz, Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Ankara 2010; Cemal Şanlı, Uluslararası ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözümü, 6. Baskı, İstanbul 2016; Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, 4. Baskı, Ankara 2016.

2 Bkz. örneğin Mustafa Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 4. Baskı Ankara 2016; Elif Kismet Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara 2016, 3. Baskı.

3 Resmi Gazete: 5.7.2001/24453.

4 Resmi Gazete: 4.2.2011/27836.

5 Resmi Gazete: 22.6.2012/28331.

6 Resmi Gazete: 25.10.2017/30221.

7 Resmi Gazete: 19.12.2018/30630.

8 Bu konuda genel olarak bkz. örneğin Michael E. Schneider, "Combining Arbitration with Mediation" ICCA Congress Serisi No. 8, Kluwer 1996, s. 57 vd.; Emilia Onyema, "The Use of Med-Arb in International Commercial Dispute Resolution" in American Review of International Arbitration, Cilt XII, 2001, s. 411 vd.; Toshio Sawada, "Hybrid Arb-Med: Will West and East Never Meet?" ICC International Court of Arbitration Bulletin, Cilt IV, Sayı 2, 2003, s. 29 vd.

Chinese International Economic and Trade Arbitration Center, yani CIETAC Tahkim Merkezi'nin 2016 yılındaki 2183 davasının %20-30'luk (450-650) kısmı med-arb ile sonuçlanmıştır<sup>9</sup>.

Med-arb uyuşmazlık çözümüne etkinlik ve esneklik kazandırmaktadır. Zira arabuluculuk yoluyla çözülemeyen, yani dostane bir uyuşmazlık yolu ile çözülemeyen uyuşmazlıklar için bağlayıcı ve kesin bir başka yol daha kullanılmaktadır. Bu şekilde, uyuşmazlığın kesin olarak çözümü sağlanmış olmaktadır. Med-arb, tarafların anlaşması yoluyla kullanılabilir. Bu anlaşma, genellikle taraf sözleşmesinde med-arb'a yer verilmesi şeklinde olmaktadır.

Aşağıda med-arb'ın olumlu ve olumsuz yönleri, kullanım şekli, arabuluculuğun tüketilmesinin zorunlu olup olmadığı, med-arb kullanımının kim tarafından önerileceği ve Türk hukukunda med-arb kullanımı ele alınmaktadır.

## 2. MED-ARB'IN OLUMLU VE OLUMSUZ YÖNLERİ

Özellikle uyuşmazlık çözüm sürecinde arabuluculuğun kullanılmasına atfedilen olumlu yönler aşağıda belirtilmiştir. Bu yönlerin uygulamada ne kadar etkili olduğuna ilişkin bir alan araştırması ("Araştırma") yapılmıştır<sup>10</sup>. Aşağıda bu araştırma sonuçlarına da yeri geldikçe yer verilmiştir.

Taraflar arasındaki ( ticarî ) ilişkinin korunması: Uyuşmazlığın taraflarının arabuluculuğu seçmesindeki en önemli unsur, taraflar arasındaki ilişkinin korunmasıdır. Bu ilişki, ticarî olabileceği sosyal ve benzeri başka tür de olabilir. Bilindiği gibi, uyuşmazlığın hak temelli yollarla çözülmesi taraflar arasındaki çatışmayı ve gerilimi artırmaktadır. Bu sebeple, yargılama sürecinin sonunda taraflar arasındaki ilişki ya kopmakta ya da bu ilişkinin korunmasında güçlükler yaşanmaktadır. Araştırma'ya göre katılımcıların % 72,7'si için med-arb'ın seçimi aralarındaki ilişkinin korunmasını amaçlamaktadır.

Etkinlik: Tahkimin tek başına kullanılmasına göre med-arb uyuşmazlığın daha etkin şekilde çözülmesine yardımcı olacaktır. Zira, uyuşmazlığın erken bir aşamada arabuluculuk yoluyla çözümü veya her iki tarafı tatmin edecek şekilde çözümü ihtimalinin açık olması uyuşmazlık çözüm sürecinde bu yollardan birinin kullanımına göre daha etkili ve tatmin edici olacaktır.

9 Uzak Doğu'da med-arb kullanımına ilişkin bkz. örneğin Christine Kang, "Oriental Experience of Combining Arbitration with Conciliation: New Development of CIETAC and Chinese Judicial Practice", in Fordham International Law Journal, Cilt XL, Sayı 3, 2017, s. 919 vd.

10 Dilyara Nigmatullina, "The Combined Use of Mediation and Arbitration in Commercial Dispute Resolution: Results from an International Study" in Journal of International Arbitration, Cilt XXXIII, Sayı 1, 2016, s. 37 vd.

Masraftan tasarruf: Uyuşmazlığın med-arb ile çözümü özellikle arabuluculuk aşamasında uyuşmazlığın çözümü hâlinde masraftan önemli ölçüde tasarruf sağlamış olacaktır. Araştırma'ya göre katılımcıların % 63,6'si med-arb'ı seçerken etkinlik unsurunu dikkate almıştır.

Hızlı çözüm: Med-arb sürecinde taraflar sulh olduklarında, uyuşmazlığın hızlı çözümü sağlanmış olmaktadır. Ayrıca, sulh anlaşması olmasa bile med-arb yolunda daha önce arabulucu olan kimse hakem atandığında<sup>11</sup> uyuşmazlık konusunda bilgi sahibi olacağı için davanın daha hızlı bir şekilde çözümü sağlanacaktır. Araştırma'ya göre katılımcıların % 67,5'si med-arb'in seçiminde hızlı çözüm unsurunu dikkate almıştır.

Anlaşma belgesinin hakem kararına tahvili: Med-arb sonucu anlaşma belgesi sulh şeklinde hakem kararına tahvil edilebilmektedir. Ülkemizde özellikle HUAK'nin uygulanmayacağı, icra kabiliyeti olmayan anlaşma belgeleri açısından anılan husus önem arz etmektedir. Anlaşma belgesine icra kabiliyeti verilmesi yeni bir yaklaşımdır ve bir çok ülkede henüz kabul görmemiştir. Anlaşma belgesinin hakem kararına tahvil ile (Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Andlaşması<sup>12</sup> sebebiyle) uluslararası anlamda icra edilebilir hale gelmektedir. HUAK'nin uygulanacağı hâllerde anlaşma belgesi ilam niteliğinde belge sayıldığından anlaşma belgesinin hakem kararına tahvili önemli bir unsur olmayacaktır. Araştırma'ya göre med-arb'te uyuşmazlıkların %66'sı anlaşma belgesi ile sonuçlanmakta; % 44'ü ise sulh şeklinde hakem kararı ile sonuçlanmaktadır.

### **Med-arb'in olumsuz yönleri:**

Arbulucu ile hakemin aynı kişi olması sorunu: Med-arb sürecinde hem değerlendirici hem de kolaylaştırıcı arabuluculuk uygulanacak ise bu durum, tarafın arabulucu ile pozisyonunun zayıf noktalarını tartışmada veya pozisyonlardan menfaatlere inilmesinde taraf ile arabulucunun özel görüşmelerdeki iletişimde tereddüde sebebiyet verir. Zira taraf, özellikle değerlendirici arabuluculuk açısından pozisyonunun zayıf noktalarını arabulucu ile paylaşmaktan çekinecektir. Zira, arabulucu daha sonra hakem olarak dava hakkında yargılama yapıp karar verecektir. Ayrıca, med-arb'te arabulucu ile hakemin aynı kişi olması tarafın pozisyonunun söylendiği ka-

11 Arabulucunun daha sonraki yargılama sürecinde hakem atanması genel kabul gören bir yaklaşım değildir. Genelde Anglo-Amerikan hukukunu benimseyen ülkeler arabulucunun daha sonra hakem atanmasını kabul ederken; Kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen ülkeler, bu yaklaşımı kabul etmemektedir.

12 Resmi Gazete: 21.5.1991/20877.

dar güçlü olmadığını öğrenen arabulucunun daha sonra hakemlik yaparken tarafsız kalması hususu da zorluk teşkil edecektir. Kolaylaştırıcı arabuluculukta tamamen menfaatlara odaklanılırsa yukarıda bahsedilen olumsuz yönün etkisi olmayacaktır.

Ayrıca, med-arb'te hakemin tarafsız olmadığı ve bu sebeple hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmiş olduğu gerekçesi ile daha sonra verilecek hakem kararının kamu düzenine aykırılığı ileri sürülebilir (New York Sözleşmesi m. V/I/d).

Tereddütler sebebi ile, Araştırma'ya göre, med-arb'te arabulucunun hakemlik yapma oranı med-arb'e giden davaların sadece %16'sı olarak gerçekleştiği tespit edilmiştir.

International Chamber of Commerce<sup>13</sup> (ICC), The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce<sup>14</sup> (SCC), İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi<sup>15</sup> (İTOTAM) ve İstanbul Tahkim Merkezi<sup>16</sup> (İSTAC) gibi kurumlar, yukarıda açıklanan tereddütler sebebiyle uyuşmazlık çözümünde arabuluculuk ve tahkim yollarını ayrı ayrı yürütmektedirler.

### 3. HANGİ KOMBİNASYON?

Med-arb birçok şekilde kullanılabilir. Doktrinde otuzun üstünde kombinasyonun olacağı hesap edilmiştir<sup>17</sup>. Araştırmaya göre yaygın olarak iki tür kullanım mevcuttur:

1) Ardışık kullanım: Bu tür kullanım, önce arabuluculuk sonra tahkimin kullanımıdır. Ardışık kullanımda, arabuluculuk tahkim süreci başlandıktan önce kullanılmaktadır. Tahkimde dilekçe teatisi bitimine kadar ve esasa ilişkin duruşmadan önce arabuluculuğun kullanımı da yaygın olarak görülmektedir.

2) Paralel kullanım: Bu tür kullanım, uyuşmazlık çözümünde arabuluculuk ve tahkimin birbirine paralel olarak kullanımıdır. Bir yanda menfa-

13 Bkz. <[www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org)>.

14 Bkz. <[www.sccinstitute.com](http://www.sccinstitute.com)>.

15 Bkz. <[www.itotam.com](http://www.itotam.com)>.

16 Bkz. <[istac.org.tr](http://istac.org.tr)>.

17 Bkz. örneğin Edna Sussman, "Combinations and Permutations of Arbitration and Mediation: Issues and Solutions" in Arnold Ingen-House (editör), Business: Practice and Issues across Countries and Cultures, Cilt II, Kluwer 2011, s. 381 vd.; Jeromy Lack, "Appropriate Dispute Resolution (ADR): The Spectrum of hbyrid Techniques Available to the Parties" in Ingen-House, s. 357 vd.

at temelli uyuşmazlık çözümü kullanılırken diğer yanda hak temelli çözüm yolu da kullanılabilir.

Diğer tür kullanımlar: Yukarıdaki iki kombinasyon dışında uyuşmazlık çözüm yolu dışında birçok başka kombinasyon da kullanılabilir. Önce arabuluculuk sonra tahkim, önce tahkim sonra arabuluculuk, önce arabuluculuk, sonra tahkim ardından tekrar arabuluculuk vb. kombinasyonlar kullanılabilir.

#### **4. MED-ARB KOMBİNASYONUNDA (ARDIŞIK KULLANIM) ARABULUCULUĞUN TÜKETİLMESİ ZORUNLU MUDUR?**

Belirlenen iş ve ticarî uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvuru konusunda arabuluculuğa başvuru zorunluluğu mevcuttur. Anılan iki tür uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvuru zorunluluğu kanundan kaynaklanmaktadır. Acaba bu belirlenen uyuşmazlıklar dışında arabuluculuğa elverişli konularda tahkime başvurmadan önce arabuluculuğa başvuru zorunluluğu var mıdır? İkili bir ayrıma gitmek gerekir:

Arabuluculuk şartında arabulucuya başvuru ihtiyari ise: Bu durumda arabuluculuğa başvuru yapılmasının ihtiyari olması konusunda görüş birliği mevcuttur. Yani taraflar arabuluculuğa başvuru yapmadan doğrudan tahkime başvurabilirler.

Arabuluculuk şartında arabulucuya başvuru zorunlu tutulmuş ise bu durumda doktrinde iki farklı görüş mevcuttur<sup>18</sup>:

Arabuluculuk yolunu tüketmek zorunludur: Bu görüşe göre arabuluculuk sözleşmesi Borçlar Hukukuna göre yorumlanmalı ve bu sebeple taraf anlaşmasına uyulması gerekir. Yani arabuluculuğun tüketilmesi tahkim yoluna başvurmanın ön şartıdır.

Arabuluculuk yolunu tüketmek zorunlu değildir. Bu görüşe göre arabuluculuk sözleşmesi usuli bir sözleşmedir; Usul Hukuku alanında etki doğurmaktadır. Bu sebeple, Usul Hukukuna göre yorumlanmalıdır.

Tahkim sözleşmesinde olduğu gibi, med-arb'ın sözleşmesel olarak kabulü halinde de arabuluculuk yolunun tüketilmesi zorunluğunun kanunla getirilmesi gereklidir. Nitekim iş ve ticarî uyuşmazlıklarda arabuluculuk yolunun dava açmadan önce tüketilmesi kanun ile getirilmiştir.

18 Bu konudaki tartışmalar için bkz. Hakan Pekcanitez / Ali Yeşilirmak, "Tahkim" in Hakan Pekcanitez / Muhammet Özekes / Hülya Taş Korkmaz / Mine Akkan, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukukul, Cilt III, İstanbul 2017, Bölüm V/D.

## 5. MED-ARB'IN KULLANIM SIKLIĞI

Uluslararası alana bakıldığında, Araştırma'ya göre, med-arb çok sıklıkla kullanılmamaktadır. Araştırmacılardan yaklaşık % 65'i (81 kişiden 53'ü) med-arb'ı geçtiğimiz beş yılda kullanmadıklarını belirtmiştir. Med-arb'ı kullandığını belirten uzmanlar da bu iki yolu ardışık olarak kullandıklarını belirtmiştir.

Ulusal alanda da med-arb'ın kullanıldığına ilişkin bir bilgi bulunmamaktadır.

## 6. MED-ARB KULLANIMINI KİM ÖNERECEKTİR?

Ağırlıklı olarak vekilden bu yönde bir öneri gelmesi gerekir. Bu sebeple avukatların med-arb kullanımını öğrenmeleri ve bu yönde teşvik edilmeleri yararlı olacaktır.

Tahkim kurumları med-arb'ı önermekle birlikte, kullanımı artıracak tedbirleri henüz almamıştır. Örneğin acil durum hakemliğinde olduğu gibi tahkim şartı kabul edildiğinde açıkça belirtilmedikçe arabuluculuğa başvurma zorunluluğu henüz birkaç istisna dışında (Singapur ve Japon Tahkim Dernekleri) tahkim kurumları tarafından kabul edilmemiştir.

## 7. TİCARİ UYUŞMAZLIKLARA İLİŞKİN KANUN VE MED-ARB

ticarî uyuşmazlıklara ilişkin olarak arabuluculuğun dava şartı olarak getirilmesinin bir istisnası tahkimdir. 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un m. 23/18'e göre tahkim sözleşmesinin bulunduğu hallerde arabuluculuk dava şartı olmayacaktır. Bu hüküm, ihtiyari arabuluculuk için elbette uygulanmaz. Yani, taraflar sözleşmelerinde arabuluculuk şartı koymuş iseler ve arabuluculuk yoluna başvurulur ise anılan Kanun arabuluculuk yoluna başvuruya engel olmayacaktır.

ticarî uyuşmazlıklarda arabuluculuk dava şartı olarak kabul edildiğinde şartın yerine getirilmesi için sadece arabuluculuk bürosu üzerinden görevlendirilme yapılmasının kabulünün bazı sakıncaları vardır. Zira bu yaklaşım, tarafların ihtiyari olarak arabuluculuk yoluna başvurmalarının önünü tıkamaktadır. Ayrıca bu yaklaşım, uyuşmazlıkların gerçekten alanında uzman ve tercih edilen arabulucular eliyle görülmesini de engellemektedir. Tarafların seçecekleri bir kurum üzerinden arabuluculuk siciline kayıtlı bir

arabulucu vasıtasıyla bu yolu tüketmiş olduklarının tespitinin de yeterli olması gerektiği fikrindeyim. Bu yaklaşım arabuluculuk kurumunun önünü daha da açacaktır.

## 8. SONUÇ

Med-arb, uyuşmazlık çözüm kurumlarının önerdiği yollardan biri olmalıdır. Daha da önemlisi; kurumlar tarafından med-arb olarak tahkim yoluna başvurulduğunda, taraflar aksini kararlaştırmadı ise arabuluculuğa başvuru yolunun öncelikle tüketilmesi kabul edilmelidir.

Ülkemizdeki bilinen tahkim kurumları (İTOTAM, İSTAC) med-arb'e ilişkin düzenlemeler yapmalı ve tahkim ve arabuluculuk yanında bu iki kurumun birlikte işlemlerini teşvik etmelidir.



Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN

## MİLLETLERARASI ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGELERİNİN İÇ-RASINA İLİŞKİN BM SÖZLEŞMESİNİN (SİNGAPUR SÖZLEŞMESİ) DEĞERLENDİRİLMESİ/EVALUATION OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON INTERNATIONAL SETTLEMENT AGREEMENTS RESULTING FROM THE MEDIATION (SINGAPORE CONVENTION)\*

### GİRİŞ

Arabuluculuk Hakkında Singapur Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından hazırlanan yeni bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile birlikte, arabuluculuk anlaşma belgelerinin tanınması ve tenfizi açısından, tıpkı 1958 New York Sözleşmesi'nin hakem kararları açısından sağladığına benzer şekilde yeknesak ve etkili bir çerçeve sunulmaktadır.

Sözleşme metni UNCITRAL tarafından 25 Haziran 2018 tarihinde nihai şekline kavuşturulmuştur. Sözleşmenin 2019 yılı Ağustos ayı içerisinde Singapur'da imzalanması planlanmaktadır.

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

## SÖZLEŞMENİN AMACI

Singapur Sözleşmesi'nin temel amacı, yabancılık unsuru taşıyan sınır-ötesi ticarî uyuşmazlıkların çözümü konusunda arabuluculuğun yaygınlaştırılmasını sağlamaktır. Sözleşme görüşmeleri sırasında mesele incelenirken, arabuluculuğun ticarî uyuşmazlıkların çözümü konusunda yalnızca hızlı ve daha ekonomik değil, aynı zamanda tarafların arasındaki ilişkinin de korunmasına hizmet ettiği belirtilmiştir. Arabuluculuk anlaşma belgelerine yabancı ülkelerde hukukî etki tanınması konusunda herhangi bir mekanizmanın bulunmayışı, pek çok ticarî aktör açısından arabuluculuğun tercih edilmesi ve kullanılmasının önünde bir engel teşkil etmektedir. Zira anlaşmanın yapılması için önemli ölçüde zaman ve emek harcanmasından sonra, karşı tarafın anlaşmaya sadık kalmaması halinde, bu defa tarafın bir kez de dava veya tahkim yoluyla hüküm elde etmesi ve bunun için de zaman ve emek harcaması gerekmektedir. Özellikle sözleşmeye aykırılık sebebiyle ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın arabuluculuk anlaşma belgesi ile çözümlenmesi ve bunun yabancı bir ülkede sadece bir "sözleşme" gücünü haiz olması, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda tarafları arabuluculuğu tercih etmemeye yönlendirmektedir. Şirketler, hakem kararları açısından 1958 yılından beri sağlanan milletlerarası geçerlilik gücüne arabuluculuk anlaşma belgelerinin sahip olmaması sebebiyle, arabuluculuk görüşmelerine katılmak istememektedir. Bu yüzden, Sözleşme'nin hazırlanması ile umulan, 1958 yılından sonra tahkim yargılaması ve hakem kararlarında yaşanan gelişimin arabuluculuk açısından da gerçekleşmesidir.

Şirketler, özellikle arabuluculuk anlaşma belgesinin gereğinin yerine getirilmemesi halinde, arabuluculuğun hiç gerçekleştirilmediği duruma göre daha kötü bir duruma düşecekleri algısına sahiptir. Zira anlaşma için zaman ve emek harcanmış olmasına rağmen tekrar yargılama yoluna gidilmesi gerekeceği için, gereksiz yere zaman ve emek harcanmış olacaktır.

Sözleşme, milletlerarası arabuluculuk anlaşma belgelerinin doğrudan tenfizini değil, tanınması ve tenfizi için sözleşmeye ilişkin yargılamadan daha etkin olacak bir çerçeveyi sağlamaktadır. Sözleşme'nin zikredilen sonucu sağlaması için yapılan müzakereler üç yıl sürmüş, 85 ülke ve 35 hükümet-dışı organizasyon müzakerelere katılmıştır.

## SÖZLEŞMENİN KAPSAMI

Sözleşmenin kapsamı içerisinde değerlendirilebilmesi için, arabuluculuk anlaşma belgesinin çeşitli kriterleri taşıması gerekmektedir. Anlaşma belgesi, ticarî ve milletlerarası bir uyuşmazlığa ilişkin gerçekleştirilen bir arabuluculuk görüşmesi sonucunda ortaya çıkmalı ve aksi bir özel hükme/düzenlemeye yer verilmemelidir.

### A. Arabuluculuk Görüşmesi Sonunda Ortaya Çıkması

Sözleşme'nin 2'nci maddesinin üçüncü fıkrasında, Milletlerarası Ticarî Uzlaştırma Hakkında Model Kanun'da yer alan tanım çerçevesinde arabuluculuğun tanımı yapılmıştır: taraflara çözüm dayatma yetkisine sahip olmayan üçüncü kişi veya kişilerin yardımı ile uyuşmazlığın taraflarının dostane yöntemlerle anlaşmaya çalışması süreci (a process, irrespective of the expression used or the basis upon which the process is carried out, whereby parties attempt to reach an amicable settlement of their dispute with the assistance of a third person or persons ("the mediator") lacking the authority to impose a solution upon the parties to the dispute..). Bu noktada vurgulanması gereken husus, tarafların gerçekleştirdikleri yöntemi nasıl isimlendirdiklerinin bir önemi yoktur. Örneğin, farklı hukuk sistemlerindeki farklılıklar sebebiyle taraflar bunu arabuluculuk, uzlaştırma yahut bir başka isimle zikretmiş olabilir .

Sözleşme hazırlık aşaması sırasında, bazı taraflar, Sözleşme'nin yalnızca belli ve kapsamlı bir sürecin sonunda (structured) ortaya çıkan anlaşma belgelerini kapsamı gerektiğini ifade etmiş olsa da, kapsamlı sürece ilişkin ikna edici bir tanım yapılamaması sebebiyle, bu yönde bir ifadeye yer verilmemiştir . Keza arabuluculuk sürecinin zorunlu veya ihtiyarî olması, tarafların mahkeme yahut hakem tarafından yönlendirilmiş olması önem taşımaz.

Sözleşme, arabuluculuk tanımı yaparken, yardımından istifade edilecek üçüncü kişinin herhangi bir sonuç dayatma gücü olmamasını da aramıştır. Buna göre, arabulucu olarak tâyin edilen kimsenin, daha sonra ayrıca hakem olarak belirlenmesi sorun teşkil etmez. Ancak mahkeme içi arabuluculukta, hâkimin arabulucu olarak hareket etmesi sonucu gerçekleştirilen anlaşma belgelerinin, hakimin ayrıca uyuşmazlık hakkında bağlayıcı karar verebilme yetkisi sebebiyle tarafları anlaşmaya zorlamış olabileceği düşünülerek bu durumun Sözleşme kapsamına girmediği belirtilmektedir.

Sözleşme, anlaşma belgesinin arabuluculuk sürecinin sonucunda ortaya çıkmasını aramaktadır. Bu çerçevede, arabulucunun sürece hangi oranda katkı sağladığının önemli olup olmadığı sorunu ortaya çıkar. Görüşmeler sırasında genel kabul, arabulucunun sürecin yalnızca bir aşamasında olmasının yeterli olduğu yönündedir. Örneğin, arabulucu uyuşmazlığın yalnızca bir noktasında katkı sağlamış ve kalan hususlarda taraflar kendileri anlaşmış olabilir. Böyle bir durumda ortaya çıkan anlaşma belgesi de bütünüyle Sözleşme kapsamına yer alır.

Şu hâlde, herhangi bir sonuç dayatma gücüne sahip olmayan üçüncü kişinin yardımıyla tarafların gerçekleştirdikleri her türlü anlaşma belgesi, sözleşme kapsamında değerlendirilir.

### **B. Anlaşma Belgesinin Milletlerarası Nitelik Taşınması**

Anlaşma belgesinin Sözleşme kapsamında değerlendirilebilmesi için, arabuluculuk görüşmeleri sonucundan ortaya çıkması yeterli değildir. Ayrıca anlaşma belgesinin milletlerarası (international) nitelik taşınması gerekir.

Anlaşma belgesinin, yapıldığı tarihte milletlerarası nitelik taşınması yeterlidir. Sürecin başladığı anda veya süreç içerisindeki durum önem taşımaz.

Anlaşma belgesinin milletlerarası nitelik taşıyıp taşımadığı, uyuşmazlığın taraflarına bağlı olarak belirlenmiştir. Sözleşme'nin 1'inci maddesinin birinci fıkrasına göre, uyuşmazlığın her iki tarafının idare merkezleri farklı ülkede ise, anlaşma belgesi milletlerarası nitelik taşır. Keza, her iki tarafın idare merkezi aynı ülkede olsa bile, anlaşma belgesindeki esas edimin ifa edileceği yer, tarafların idare merkezlerinin bulunduğu ülkeden farklı bir ülkede veya anlaşma belgesi konusu itibarıyla başka bir ülke ile daha sıkı ilişki içerisinde ise, anlaşma belgesi yine milletlerarası nitelik taşır.

Bu noktada vurgulanması gereken bir husus ise tahkime ilişkin New York Sözleşmesi'nden farklı olarak bir "arabuluculuk yeri" kavramı üzerinden arabuluculuk anlaşma belgesine milliyet atfedilmesi yoluna gidilmemesidir. Sınır-aşan bir arabuluculuk sürecinde pek çok hukuk sistemi devreye girebilir. Tarafların hukuki idare merkezleri iki ayrı ülkede iken fiilen iki farklı ülkede iş yapmış olabilirler ve beşinci bir ülkeden arabulucu tâyin edilmiş olabilir. Çalışma grubunda, "arabuluculuk yeri" gibi bir kavramın tercih edilmemesinin sebebi, özellikle daha önce kullanılan "tahkim yeri" kavramının yapay olması ve uygulanacak hukuk açısından çıkardığı sonuçlardan kaçınılmak istenmesi şeklinde ifade edilmiştir. Bu tür bir kabulün çeşitli sonuçları vardır:

1. Bir anlaşma belgesinin Sözleşme kapsamında değerlendirilebilmesi için herhangi bir milli hukuka (örneğin sicile kayıtlı bir arabulucu olması, belirli arabuluculuk kurallarına uyulması gibi) uygun olarak hazırlanmış olması şart olmadığı gibi, herhangi bir devletin, anlaşma belgesini ilgili diğer hukuk sistemlerinde de sonuç doğuracak şekilde iptal etmiş olması önemli değildir.

2. Taraflar ve arabulucu her hâlükârda belli bir ülke hukuk sistemini dikkate alarak süreci yürütür ve o ülke kurallarına aykırılığın yaptırımlarına katlanır. Ancak bu tür ihlaller, anlaşma belgesinin başka bir ülkede tanınması ve tenfiz edilmesine engel teşkil etmez. Bu çerçevede, Sözleşme kapsamında anlaşma belgelerinin vatansız (stateless) olduğu kabul edilmelidir.

### **C. Anlaşma Belgesinin Ticarî Uyuşmazlıklara İlişkin Olması**

Sözleşme kapsamında bir anlaşma belgesinin tanınıp tenfiz edilebilmesi için, uyuşmazlığın ticarî nitelik taşıması gerekir. New York Sözleşmesi'nde olduğu gibi, burada da ticarî uyuşmazlığa tanım verilmemekle beraber, bu kavram ticarî uyuşmazlığın Çalışma Grubu'nda tıpkı New York Sözleşmesi'nde olduğu gibi geniş yorumlanması gerektiği belirtilmiştir .

Sözleşme açıkça tüketici uyuşmazlıklarını kapsam dışında bırakmıştır. Sözleşme'nin 1'inci maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendine göre, tüketicinin kişisel, ailevi veya ev ihtiyaçları için (tüketici) yapmış olduğu işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin anlaşma belgeleri (Concluded to resolve a dispute arising from transactions engaged in by one of the parties (a consumer) for personal, family or household purposes) kapsam dışındadır. Sözleşme'de yer alan tanım dikkate alındığında, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşme (CISG)'nin 2'nci maddesinden esinlendiği anlaşılmaktadır. Ancak tereddütleri gidermek adına, madde metninde fakat parantez içerisinde "tüketici" ifadesine yer verilmiştir.

Benzer şekilde, aile hukuku, iş hukuku ve miras hukukuna ilişkin uyuşmazlıklara dair yapılan anlaşma belgeleri de kapsam dışında bırakılmıştır (m.2/II-b).

### **Ç. Kapsam Dışında Bırakılan Anlaşma Belgeleri**

Sözleşme'nin 1'inci maddesinin üçüncü fıkrasında, bazı anlaşma maddeleri kapsam dışında bırakılmıştır.

Birincisi, mahkeme tarafından onaylanan veya şerh verilen yahut mahkeme önünde gerçekleştirilen yargılama sonucunda ortaya çıkan anlaşma belgeleri, söz konusu ülke hukukuna göre mahkeme kararı gibi icra edilebilir nitelikte ise, Sözleşme'nin kapsamı dışındadır (m.1/III-a-i-ii).

Bu çerçevede, ilgili hükümTürk hukuku açısından değerlendirilecek olursa, tarafların vekilleri olmaksızın yapmış oldukları arabuluculuk anlaşma belgesine mahkemece icra edilebilirlik şerhi verilmesinden sonra, söz konusu anlaşma belgesi ticarî uyuşmazlıklara ilişkin olsa bile ilgili hüküm Sözleşme kapsamında tanınıp tenfiz edilmesi mümkün olmaz. Ayrıca, tarafların mahkeme önünde sülh olmaları ve bunu mahkeme kararına geçirmemeleeri halinde ortaya çıkan anlaşma belgesi (karş. HMK m.315/l) Sözleşme'nin kapsamı dışında bırakılmıştır.

Çalışma grubu notları dikkate alındığında, söz konusu iki istisnanın özellikle Avrupa Birliği delegasyonunun talebi ile eklendiği anlaşılmaktadır. Buna göre, bir mahkeme tarafından onaylandığı veya yargılama süreci içerisinde hâkim önünde gerçekleştirildiği için mahkeme kararı gibi icra edilebilen anlaşma belgeleri kapsam dışındadır. Hâkimin herhangi bir şekilde süreçte yer almış olması, tek başına kapsam dışında tutulma için yeterli değildir. Örneğin, hâkim tarafları arabuluculuğa yönlendirmiş olabilir.

Görüldüğü üzere, zikredilen istisna, bazı anlaşma belgelerinin yapıldığı ülkede mahkeme kararı gibi icra edilebilmesine rağmen, diğer ülkelerde aynı etkiyi sahip olmaması riskini taşımaktadır. Her ne kadar Sözleşme görüşmeleri sırasında bu riskin bertaraf edilmesi gerektiği bazı ülkelere belirtilse de , Avrupa Birliği, özellikle 2005 seneli Yetkiye İlişkin Lahey Sözleşmesi ve aynı proje kapsamında taslağı hazırlanan ve 2019 yılında diplomatik temsilcilerin tartışacağı bir hale getirilmesi umulan Kararlara İlişkin Sözleşme Taslağı ile mükerrer düzenleme yapılmaması (böylece bir koyundan iki post çıkarılmaması) için mahkeme kararı gibi icra edilen anlaşma belgelerinin kapsam dışında bırakılmasını savunmuştur . Kanaatimizce getirilen bu çekince, daha en başta Singapur Sözleşmesi'nin amacıyla örtüşmemektedir. Arabuluculuğun yaygınlaştırılması istenmekte ise, arabuluculuk sonucunda ortaya çıkan anlaşma belgesinin, velev ki yapıldığı ülkede mahkemece onaylandığı veya onun huzurunda yapıldığı için ilâm gibi icra edilebilir olsun, daha kuvvetli olması sebebiyle Sözleşme'nin kapsamında olması beklenirdi. Henüz hazırlanamayan ama hazırlanması umulan Lahey Sözleşmeleri ile mükerrerlik yaratılması çekincesine da katılamamaktayız.

Arabuluculuk anlaşma belgelerinin milletlerarası alanda tedavülünü kolaylaştıran iki sözleşme olması, bilakis arabuluculuğun yaygınlaşmasına daha fazla katkı sağladı.

Burada vurgulanması gereken diğer bir husus ise anlaşma belgelerine ilişkin getirilen bu istisnanın, anlaşma belgesinin Singapur Sözleşmesi kapsamında tanınıp tenfiz edilmesi için bir ülke mahkemesine ibraz edilmiş olması durumunu kapsamamasıdır. Başka bir anlatımla, yapıldığı ülkede mahkeme kararı gibi icra edilebilir olmayan bir anlaşma belgesi, Sözleşme kapsamında bir ülke mahkemesine ibraz edilerek bu gücü kazanmış olsa bile, bu belgenin bir tarafça diğer ülkelerde de yine Sözleşme gereği tanınıp tenfiz edilmesi istenebilir.

Türkiye açısından değerlendirilecek olursa, her iki tarafın vekili ile birlikte katıldığı bir arabuluculuk görüşmesi sonucunda hazırlanan anlaşma belgesi kanun gereği başkaca bir işleme gerek kalmaksızın ilâm niteliğinde kabul edildiği için, yine Sözleşme'nin kapsamı içerisindedir. Keza, icra edilebilirlik şerhine ihtiyaç duyan anlaşma belgeleri, başka bir anlatımla her iki tarafın da vekili ile katılmadığı arabuluculuk anlaşma belgeleri, Sözleşme'ye taraf ülkelerde tanınabilecektir.

İkincisi, Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin (b) bendine göre, arabuluculuk anlaşma belgesi, eğer bir hakem kararına geçirilmiş ve hakem kararı olarak icra edilebilir nitelikte ise, bu anlaşma belgelerinin de Sözleşme kapsamında tanınıp tenfiz edilmesi mümkün değildir. Bu istisna da New York Sözleşmesi ile bir mükerrerlik yaratılmaması amacıyla getirilmiştir. Ancak burada mahkeme kararı olarak icra edilebilen anlaşma belgelerinden farklı olarak, hakem kararı olarak icra edilebilirlik açısından tahkim yeri hukuku değil, tanıma ve tenfiz talebinin yapıldığı ülke hukuku dikkate alınır.

#### **D. Anlaşma Belgesine İlişkin Şekli Koşullar**

Sözleşme kapsamında tanınıp tenfiz edilebilirlik için, ilk olarak anlaşma belgesinin "yazılı" olması gerekir (m.1). Hiç şüphesiz bu temel koşul, daha sonra anlaşma belgesinin mevcudiyetinin ispatı ve tarafların anlaşmaları hususlardaki tereddütleri gidermeyi amaçlamaktadır. Ancak burada "yazılı" olma ifadesi geniş tanımlanmaktadır. Daha sonra ulaşılabilecek elektronik veriler dahil herhangi bir şekilde kaydedilmiş her anlaşma belgesi yazılı şekil koşulunu yerine getirmiş sayılır (m.2/II). Örneğin taraflar arasındaki e-posta teatisi dahi bu çerçevede kullanılabilir.

Anlaşma belgesinin mutlaka tek bir belgede yazılı olması da şart değildir. Sözleşme görüşmeleri sırasında bu husus tartışılarak, örneğin tarafın 45 tane e-postaya dayanarak anlaşmayı ortaya koymak istemesi halinde yetkili makamların bunun tespitinde zorlanacağı belirtilerek tek belge aranması gerektiği ifade edilse de , bu sınırlamanın Sözleşme'ye alınmamış olduğu görülmektedir.

Anlaşma belgesinin taraflar veya vekillerince imzalanmış olması da gerekmektedir (m.4/I-a). Ancak elektronik belgeler açısından Sözleşme'nin 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasında bazı kolaylıklar getirilmiştir. Buna göre, anlaşma belgesi olarak dayanan elektronik belgeler açısından, tarafların ve arabulucunun kimliklerinin ve iradelerinin bu yönde olduğunun anlaşılacağı bir yöntem kullanılmışsa, imzalanma koşulu gerçekleşmiş kabul edilir. Örneğin, tarafa ait olduğu bilinen bir e-posta adresi üzerinden yapılan anlaşma açısından bu koşul sağlanmış olur.

Üçüncüsü, tanınıp tenfiz edilebilirlik talep eden tarafın, ayrıca anlaşma belgesinin arabuluculuk görüşmesi sonucunda ortaya çıktığını da ispatlaması gerekir (m.4/I-b).

Anlaşma belgesinin bir arabuluculuk süreci sonunda ortaya çıktığının ispatı açısından ilk imkân, bunun arabulucunun imzasını içermesidir. Bu husus ilk bakışta çok basit gibi görünse de, müzakere görüşmeleri dinlenildiğinde bazı ülke kültürleri açısından durumun bu şekilde olmadığı anlaşılmaktadır. Kanada'da, arabulucuların anlaşma belgelerini imzalamaması gerektiği öğretilmekte; bunun hem anlaşmanın taraflara ait olduğunun görülmesine hizmet edeceği hem de arabulucuyu taraf benzeri bir konumdan kurtaracağı savunulmaktadır . Bu nedenle, ikinci imkân anlaşma belgesinin arabuluculuk süreci sonunda ortaya çıktığının ispatı açısından, tarafların ayrıca somut uyuşmazlık hakkında arabuluculuğun yürütüldüğüne ilişkin arabulucudan bir belge alabileceklerinin belirtilmesidir (m.4/I-b-ii). Üçüncü sü ise arabuluculuğun bir kurum bünyesinde gerçekleştirilmesi halinde ilgili tarafın buna ilişkin kurumdan aldığı bir belgeyi de ibraz edebilmesidir. (m.4/I-b-iii). Örneğin, bu arada arabulucu ölmüş ise ondan tekrar imza alınması mümkün olmayacağı için tarafların bu yola gidebilmesi mümkündür. Sözleşme'de ayrıca talepte bulunulan ülkedeki yetkili makamın kabul edebileceği başkaca belgelerin de kullanılmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir (m.4/I-b-iv). Örneğin, arabulucuya bunun için bir ücret ödendiğini gösteren belgenin kabul edilmesi düşünülebilir.

Yukarıda zikrettiğimiz üç koşul dışında (yazılılık, imza, ve arabuluculuk sonucunda olma), yetkili makamların başkaca bir şekli koşul arayabilmesi mümkün değildir. Sözleşme’de taraf devletlere bu yönde çekince getirebilme imkânı da tanınmamıştır.

## TARAF DEVLETLERİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Arabuluculuk anlaşma belgesinin tarafı, yukarıdaki şartları taşıyan bir anlaşma belgesini Sözleşme’ye taraf bir ülke mahkemesine ibraz ederse, Sözleşme’nin 5’inci maddesindeki ret sebepleri saklı kalmak kaydıyla, mahkemece anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizine karar verilmelidir.

Sözleşme görüşmeleri sırasında “tanıma” kavramına karşı çıkılarak, kesin hüküm etkisinin mahkeme kararları (ve şartları varsa hakem kararları için) söz konusu olduğu, arabuluculuk anlaşma belgesinin ise yalnızca bir “sözleşme” niteliğinde bulunduğu (özellikle kesin hükmün menfi etkisinin tanınması gerektiği) ileri sürülmüş olsa da, çoğunluk tarafından bu eleştiriler kabul görmemiş ve tenfizin tanımayı da içerdiği ifade edilmiştir. Yukarıda belirtildiği üzere arabuluculuk anlaşma belgelerine herhangi bir milliyet atfedilmediği için, buradaki tanıma başka bir ülke mahkemesinin ülke içersine etkisinin taşınması anlamında kullanılmamaktadır. Yalnızca Sözleşme kapsamında yapılan bir anlaşma belgesinin tanınması ifade edilmektedir.

Sözleşmede açıkça tanıma (Recognition) kavramına yer verilmemiştir. Sözleşme’nin 3’üncü maddesinin birinci fıkrasında, Sözleşme’ye taraf devletlerin, kendi usûl hukuku kuralları çerçevesinde ve Sözleşme’de öngörülen koşullara bağlı olarak arabuluculuk anlaşma belgelerinin tenfizine karar vereceği belirtilmiştir.

Sözleşme tenfizin nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin açık bir kurala yer vermemekte, taraf ülke usûl hukuku kurallarına atıf yapmaktadır. Bu çerçevede New York Sözleşme’ndeki yaklaşımın kabul edildiği belirtilebilir. Örneğin bir ülkede yalnızca idarî bir görevli vasıtasıyla icra edilebilmesine karar verilebilirken, bir başka ülkede hâkim tarafından kapsamlı bir denetime tabi kılınması aranabilir.

Sözleşme’nin 3’üncü maddesinin ikinci fıkrasında açıkça “tanıma” kavramı kullanılmaksızın onun işlevi zikredilmiştir. Buna göre, arabuluculuk anlaşma belgesi ile çözümlenmiş bir uyuşmazlık hakkında, diğer taraf yeniden bir âkit ülke mahkemesinde dava açacak olursa, diğer tarafın, söz

konusu uyuşmazlığın arabuluculuk anlaşma belgesi ile çözüldüğünü ileri sürülmesi mümkündür. İleri sürülme şekli de yine âkit ülkenin kendi usûl hukuku kurallarına (Sözleşme’de tanınan haklara hâlel getirmemek kaydıyla) göre belirlenir. Şayet anlaşma belgesi Sözleşme’nin 1’inci maddesine göre kapsama girmekte, 4’üncü maddesinde aranan şekli şartları taşımakta ve belgede, sözleşmenin 5’inci maddesinde düzenlenen ret sebepleri bulunmamakta ise, âkit ülke mahkemesi, söz konusu anlaşma belgesine bağlanan konuda tekrar yargılama yapamaz.

### **TANIMA VE TENFİZ TALEBİNİN RET GEREKÇELERİ**

Sözleşme’nin 5’inci maddesinde tanıma ve tenfiz talebinin âkit ülke mahkemesince reddedilebilme sebepleri düzenlenmiştir. Genel olarak sebepler incelendiğinde, Sözleşme’de ret sebeplerinin olabildiğince sade ve New York Sözleşmesi’nde hakem kararları için öngörülen sebeplerle paralel olduğu anlaşılmaktadır. Yine sebeplerin önemli bir kısmının karşı tarafça ileri sürülmesi gerekirken, ikinci fıkrasında mahkemece re’sen gözetilecek sebepler de öngörülmüştür.

Sözleşmenin 5’inci maddesinde düzenlenen bütün ret sebepleri ihtiyaridir. Başka bir anlatımla, söz konusu ret sebebine rağmen mahkemenin tanıma ve tenfiz kararı verebilmesi mümkündür. Ayrıca söz konusu ret sebepleri tahdididir. Âkit devletler ilave bir ret sebebi düzenleyemez.

### **Ehliyetsizlik**

Sözleşme’nin 5’inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre mahkeme, arabuluculuk anlaşma belgesini imzalayan taraflardan birisinin ehliyeti yoksa (küçük veya kısıtlı yahut tam ehliyetsiz olabilir), tanıma talebini reddedebilir. Sözleşme kapsamındaki anlaşma belgeleri dikkate alındığında, özellikle tarafların hemen hemen her uyuşmazlıkta avukatla kendilerini temsil ettirecek olmaları karşısında, zikredilen bu ret sebebi ile karşılaşılma ihtimalinin bir hayli düşük olduğu görülecektir.

### **Geçersizlik**

Sözleşme’nin 5’inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre, arabuluculuk anlaşma belgesi hükümsüz, tesirsiz veya belgenin uygulanması imkânsız ise, mahkemece anlaşma belgesinin tanınması ve tenfize

ilişkin talep reddedilir. Dikkat edilecek olursa, bu noktada da New York Sözleşmesi'nin tahkim anlaşmasının geçerliliği için öngördüğü hüküm aynen kullanılmıştır. Aynı ifade Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 413'üncü maddesinde tahkim itirazı üzerine mahkemece yapılacak incelemenin kapsamı için de zikredilmiştir.

Anlaşma belgesinin geçerliliği konusunda, Sözleşme'de düzenlenen konular dışında, anlaşma belgesine uygulanacak hukuk dikkate alınır ki bu noktada tarafların yapmış olduğu seçim (eğer varsa) geçerli olacaktır. Bunun dışında Sözleşme ile düzenlenen şekli konularda, anlaşma belgesinin, ilgili ülkede aranan diğer koşulları taşımadığı gerekçesi geçersizlik için ayrıca ileri sürülemez. Örneğin, arabulucunun sicile kayıtlı olması, anlaşma belgesinin noter vasıtası ile yapılması gibi sebepler ileri sürülemez.

### **Hükümler İtibariyle Kesin veya Bağlayıcı Olmaması**

Sözleşme'nin 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin ikinci paragrafına göre eğer anlaşma belgesinin hükümleri kesin veya bağlayıcı değilse, tanıma ve tenfiz talebi reddedilebilir. Söz konusu ret sebebinin uygulanması için tarafların anlaşma belgesinde, bu anlaşma belgesinin kesin veya bağlayıcı olmadığını açıkça belirtmeleri gerekir.

Madde metninde açıkça "sözleşmenin kendi hükümlerine göre" (according to its terms) ifadesine yer verilmesi sebebiyle, anlaşma belgesi dışındaki bir başka metinle onun kesin veya bağlayıcı olmadığını ispatlanabilmesi mümkün değildir.

### **Sözleşmenin Daha Sonra Değiştirilmiş Olması**

Sözleşme'nin 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin üçüncü paragrafına göre, anlaşma belgesi daha sonra değiştirilmiş ise, önceki hali ile tanınıp tenfizi istenemez. Esasen yukarıda zikredilen iki numaralı paragraf var iken, bu sebebin gereksiz olduğu belirtilmelidir. Şayet anlaşma belgesinde değişiklik yapılmışsa, tanıma-tenfiz talebiyle mahkemeye ibraz edilen anlaşma belgesinin de söz konusu değişiklikleri içeren metin olması gerekir. Değişiklikleri içeren metnin mahkemeye ibraz edilmesi halinde, mahkemenin anlaşma belgesinin değiştirildiği gerekçesiyle tanıma-tenfiz talebini reddedebilmesi mümkün değildir.

### **Anlaşma Belgesindeki Yükümlülüklerin Yerine Getirilmiş Olması**

Sözleşme'nin 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin birinci paragrafına göre eğer taraf, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğünü zaten yerine getirmişse, tenfiz talebinde bulunamaz.

### **Anlaşma Belgesindeki Yükümlülüklerin Açık Olmaması**

Sözleşme'nin 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin ikinci paragrafına göre anlaşma belgesi belirsiz veya çelişkili edimler içermekte ise, tanıma-tenfiz talebi reddedilebilir. Özellikle neticede tenfiz edilecek edimin ne olduğunun anlaşılmadığı hallerde mahkeme bu talebi reddedebilir.

### **Anlaşma Belgesi ile Çelişme**

Sözleşme'nin 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendine göre, tanıma ve tenfiz talebi anlaşma belgesine aykırı olursa, mahkeme bu talebi reddedebilir. Zikredilen hüküm, taraf iradesine verilen önemi göstermektedir. Taraflar anlaşma belgesinin başka bir ülkede tanınıp tenfiz edilmesine yönelik bir talepte bulunulamayacağını (kısmen veya tamamen) kararlaştırabilir. Bu hüküm tarafların Sözleşme'nin uygulanmasından tamamen vazgeçebilmelerine de (opt out) imkân (Örneğin, CISG'nin 6'ncı maddesi de benzer bir hüküm içermektedir) tanımaktadır.

### **Arabulucudan Kaynaklanan Sebeplerle Ret**

Sözleşme'nin 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendine göre, anlaşma belgesi arabulucuya veya arabuluculuğa ilişkin temel ilkelerin ihlâl edilmiş olması sebebiyle ortaya çıkmışsa, mahkeme tanıma-tenfiz talebini reddedebilir. Örneğin, bağımsızlık, tarafsızlık, gizlilik, hakkaniyete uygun muamele gibi ilkelerin ihlâl edilmesi sebebiyle anlaşma belgesi ortaya çıkmışsa, bunun Sözleşme hükümlerine göre tanınması ve tenfizi istenemez. Ayrıca, temel ilkelerin ihlâl edilmiş olması, tanıma-tenfiz talebinin reddedilebilmesi için tek başına yeterli değildir. Karşı tarafın bu ihlâl gerçekleşmemiş olsaydı böyle bir anlaşma yapmayacağını da ortaya koyması gerekir. Başka bir anlatımla tarafın anlaşma ile ihlâl arasındaki nedensellik bağıını ispatlaması gerekir.

Sözleşme'nin 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi ise arabulucunun tarafsızlığı veya bağımsızlığına ilişkin mevcut önemli bir sebebi bildirmemiş olması ve bu yüzden ilgili tarafın gerçekte yapmayacak olduğu bir anlaşma belgesini imzalamış olmasını bir ret sebebi olarak düzenlenmiştir.

## Kamu Düzenine Aykırılık ve Arabuluculuğa Elverişli Olmamak

Sözleşme'nin 5'inci maddesinin ikinci fıkrasında mahkemenin re'sen gözetebileceği iki ret sebebi öngörülmüştür. Söz konusu sebeplerin de New York Sözleşmesi'nin 5'inci maddesinin ikinci fıkrasından hareketle kaleme alındığı anlaşılmaktadır.

Sözleşme'nin 5'inci maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendine göre, tanıma-tenfiz talebi, ilgili ülke mahkemesince kamu düzeni gerekçesiyle reddedilebilir. Kamu düzeni sebebiyle reddin, tıpkı New York Sözleşmesi'nde olduğu gibi olabildiğince dar ve sınırlayıcı olarak algılanması ve istisnai olarak uygulanması beklenmektedir. Kamu düzenine dayalı olarak ret sebebi ileri sürülürken Sözleşme hükümleri ile çelişilmemesi gerekir. Örneğin, arabulucunun lisanslı olmadığı ve bunun kamu düzenine ilişkin olduğu gerekçesiyle ret kararı verilemez.

Anlaşma belgesinin konusunun, tanıma-tenfiz talep edilen ülke hukukuna göre arabuluculuğa elverişli olmaması de (b) bendinde ret sebebi olarak düzenlenmiştir. Örneğin, imar mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin bir arabuluculuk anlaşma belgesinin Türk mahkemeleri önünde tanınıp tenfiz edilmesi istenemez. İş ve aile uyuşmazlıklarının da zaten Sözleşme'nin kapsamı dışında tutulduğunu vurgulamakta fayda vardır. Dolayısıyla, Sözleşme'nin kapsamı düşünüldüğünde, bu ret sebebinin de çok istisnai hallerde ortaya çıkacağı belirtilebilir.

## DEKLERASYON İMKÂNI

Sözleşme'nin 8'inci maddesi, âkit devletlere Sözleşme'den doğan yükümlülüklerine ilişkin iki tür deklarasyonda bulunma imkânı getirmektedir.

Birincisi, âkit devletler, anlaşma belgesinin bir tarafının devlet olduğu veya devlet adına hareket eden kurum veya kişiler olduğu durumlarda ortaya çıkan anlaşma belgelerinin Sözleşme'nin kapsamı dışında olduğunu belirtebilir. Bu çerçevede müteakibliyet ilkesi de gündeme gelebilir. Eğer bir devlet kendisinin veya organlarının tarafı olduğu anlaşma belgelerini kapsam dışında bırakmışsa, bu devlet veya organlarına diğer âkit devlet mahkemelerinin tanıma-tenfiz kararı verme yükümlülükleri de yoktur.

İkincisi, âkit devletler, Sözleşme'nin yalnızca tarafların açıkça bu Sözleşme'ye gönderme yapmaları durumunda uygulanacağını kararlaştırabilir. Yukarıda ret sebepleri kısmında incelendiği üzere, esasen Sözleşme taraflara opt-out imkânı tanımakta iken, ayrıca üye devletlerin bu sistemi de

tirerek opt-in'e çevrilebilmesini de öngörmektedir. Ancak burada şu husus vurgulanmalıdır: Taraflar anlaşma belgesinde doğrudan Singapur Sözleşmesi'ne atıf yapabilecekleri gibi anlaşma belgesine uygulanacak hukuk olarak Singapur Sözleşmesi'nin kendiliğinden uygulandığı bir ülke hukuk sisteminde de atıf yaparak opt-in koşulunu gerçekleştirmiş olabilir. Keza anlaşma belgesinde açıkça ifade edilmese bile taraflar arabuluculuk sözleşmesinde Singapur Sözleşmesi'nin uygulanmasını kararlaştırmış olabilir. Özellikle aile ve iş uyuşmazlıkları ile tüketici uyuşmazlıklarının kapsam dışında bırakılması sebebiyle, bu hüküm çerçevesinde deklerasyonda bulunulmasına ihtiyaç olmadığı düşünülebilir. Bu deklerasyon yalnızca bu beyanda bulunan ülke açısından sonuç doğuracağı için mütekabiliyet ilkesinin uygulanması da gündeme gelmez.

## SONUÇ

Singapur Sözleşmesi ve hükümleri dikkate alındığında, UNCITRAL tarafından alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine verilen önemin derecesi anlaşılmaktadır. Özellikle yeterli sayıda ülkenin taraf olmasının sağlanması halinde, milletlerarası uyuşmazlıkların çözümlenmesi açısından New York Sözleşmesi'nin yarattığı etkiyi yaratması muhtemeldir.

Singapur Sözleşmesi sayesinde sınır-ötesi uyuşmazlıklarda arabuluculuk yönteminin geniş ölçüde yaygınlaşması beklenmektedir. Hiç şüphesiz bu sonucun sağlanması çok sayıda ülkenin Sözleşme'ye taraf olmasına ve ülkelerdeki hukukçuların, arabulucuların ve diğer menfaat gruplarının Singapur Sözleşmesi'nin önemini açıklamasına bağlıdır.



Adem ALBAYRAK

## TÜRK HUKUKUNDA TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK/MEDIATION IN COMMERCIAL DISPUTES IN TURKISH LAW

Yargıtay üyesi sıfatıyla Arabuluculuk Kurulu eski üyesiyim. Arabuluculukla ilgili her ilk bana nasip oldu. Bugün de ilk. Nasıl oluyor? Ticarî uyuşmazlıklarda arabuluculuk zorunlu olduktan sonra, bu konuyu anlatan ilk kişi- şu anda İstanbul'da başka biri anlatmıyorsa- herhâlde benimdir.

Gerçekten ilkim. Arabuluculuk Kanun Komisyonu'nda üyeydim. Sayın Ali Hocamla birlikte çalıştık. Kurul kuruldu, kurulun ilk üyesi olduk. Yazılı sınav yapılacak dendi, yazılı sınav sorularını iki kişi hazırladık. Bir komisyon hazırladı dedik, ama itiraf ediyorum, iki kişi hazırladık. Hakan Öztatar ile, hem de bir gecede hazırladık. Arabuluculuk mülakat sorularını hazırladık, mülakat heyetinde de yer almak ilk bana nasip oldu. Bugün de bana nasip oldu. Yani, arabuluculukla ilgili her ilk bana nasip oluyor. Güzel bir şey diye düşünüyorum.

Arabuluculuk olmalı mı olmamalı mı, yararlı mı zararlı mı? Bunları biz 2012'de kürsüden anlatıyorduk. Arabuluculuğun faydalarını anlatıyorduk. Türk insanının çok özel bir durumu var: Bazı şeyleri bitiremiyoruz. Şu anda da istinaf anlatıyorum. İstinaf da faydalı mı zararlı mı tartışıyoruz. Artık hukukçunun bunları tartışma şansı kalmamıştır. Hukukçu henüz kanun çıkmadan yararlı mı zararlı mı diye tartışır. Kanun çıktıktan sonra kanuna uymak

zorundadır. Arabuluculuk dava şartı olmuş. Biz hala zorunlu arabuluculuk olur mu olmaz mı, faydalı mı değil mi tartışıyoruz. Hukukçuya düşen tek bir görev vardır. O kanunu beğenmezse de çıkan kanunu uygulamakla yükümlüdür. Başka yolu, formülü yok.

Arabuluculuk neden zorunlu tartışmasına girmeyeceğim, kısa birkaç cümleyle söyleyeceğim. Arabuluculuğu yargıdaki iş yükünün azaltılması amacına endeklerseniz, tek amaç budur dersiniz arabuluculuğa acayip haksızlık etmiş olursunuz. Neden? Çünkü arabuluculuk ile sadece iş yükünün azaltılması faydası söz konusu değildir. Bu bir sonuçtur. Asıl olan, arabuluculuktaki başka faydalardır: Toplumda uzlaşma kültürünün yaygınlaşması, insanların barış içinde yaşaması, refahın artması, mutlu insanların olması, stresli ve gergin insanların dışında mutlu yüzlerin olması arabuluculuğun mantığıdır, amacıdır. Sonuçta, dava azalabilir mi? Azalır. Görüyorsunuz, dava azalması istatistiklerine ilişkin birkaç konuyu da paylaşacağım.

Taraflar bir uyuşmazlığa düştüğünde ilk akla gelen, hemen dava açmaktır. Dava açmak kolaydır. Avrupa Birliği ülkelerinin aksine, ülkemizde harçlar çok yüksek değil. Sorununuz varsa adil yargılanma talep eder, dava açarsınız. Bu yoldan önce denenmesi gereken başka yol var mıdır diye sorduğumuzda aklınıza arabuluculuğun gelmesi gerekir.

Bir de benim üzerinde en çok durduğum nokta şu: Arabuluculuğa gittiğimizde ne kaybediyoruz? Hiçbir şey kaybetmiyoruz. Kaybettiğimiz süre yargıda kaybettiğimiz sürenin bir duruşmalık dönemidir. En azından şunu kazanıyoruz: "Ben bu işte konuyu kendim çözmeye, kendi çözümümü kendim bulmaya çalıştım, barışçıl çözümü denedim. Ama olmadı, yargıya gidebilirim." deme fırsatını tanımak lazım.

Arabuluculuğa başvurmak önemlidir. Çünkü, uyuşmazlıkların bir kısmı bakış açısı sorunudur. Bakış açısı sorununu çözmek istiyorsanız, her iki bakış açısını ortaya getirirseniz belki de sorun kendiliğinden çözülür, buna hizmet etmek lazım. Slaytta bir didişme, çatışma, sonra oturup düşünme, düşünüp karar verme ve sonra birlikte mutlu olma resmedilmiştir.

Arabuluculukta adalete erişim çok önemlidir. Adalete erişim hukukçunun görevidir. Anayasa m.36/1 , Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6/1 adalete erişim önemlidir der. Biz elbette adalete erişim sağlamak için adaletin önünü açacak bir formül bulmalıyız.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri diyoruz. Çok değerli hocamız Süha Hoca'nın bir önerisi var: "Alternatif deyince insanları bu işten çıkarıyorsunuz, dostane çözüm yöntemleri deyin." diyor. Gerçekten öyle, ama bizim dilimizde alternatif diye başlamış, hep böyle gidiyor. Dostane çözüm yöntemi dediğimizde rekabet yaratmamış oluyoruz. Sanki yargının rakibi arabuluculuk ya da alternatif çözüm yöntemleri. Yok böyle bir şey. Alternatif değil. Aslında, yargının yanında yargıya faydalı bir kurum olarak ortaya çıkıyor.

Arabuluculuk Kanun Komisyonu'nda çalışırken üç madde hükmü içime sinmemişti, Ali Hocam belki hatırlayacaktır: Birincisi ihtiyarî bir prosedür. Ben bulunduğum komisyonlarda kolay kolay susan biri değilim, sürekli konuşurum. Dedim ki, ihtiyarî olmasın, zorunlu olsun, belli bir kısmı zorunlu olsun. Zorunlu derken dava şartı anlamında diyorum. Hiç değilse bir kısmı zorunlu olsun dedim. Komisyonunda bir hocamız, "Sen davanın kabulüne, reddine, kısmen kabulüne, kısmen reddine alışmışsın. Bize kısmen kabulü getiriyorsun. Ülkenin uygulamaları ya zorunludur ya ihtiyarîdir. Biz ihtiyarîyi seçtik. Yarısında zorunlu, yarısında ihtiyarî olmaz." dedi.

Bunu çok yerde kullanıyorum, Hakan bilir: Türk zoru sever dedim. Zora düşmezse yapmaz, ucundan kayısından zorunluluk getirin dedim. "Nasıl getireceğiz?" dedi. Hiç değilse belli miktarda uyuşmazlıklara getirin dedim. "Yok, sen yine kısmen kabul arıyorsun." dedi. Yok hocam, kısmen kabul aramıyorum, arabuluculuğu temsil ediyorum dedim, ama anlatamadım. Ama tarih beni haklı çıkardı, bugün daha da haklı çıkardı. Kanun koyucu önce iş uyuşmazlıklarında dava şartı olarak arabuluculuğu getirdi, sonra bir tek imza kaldı bugün ticarî uyuşmazlıklarda da.

"Arabuluculukta nasıl iş bulacağız?" diyorlardı. Alın size iş. Ben kanunu akşam çalıştım, sağ olsun Artunç kardeşim bana o konuda yardımcı oldu. 7155 sayılı Kanun'un m.20 (bu kanun fırından yeni çıktı) ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na m.5/A eklendi. 5/A maddesinde o kadar net diyor ki: Türk Ticaret Kanunu m.4'te sayılan ticarî davalar ile başka kanunlarda yer alan ticarî davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açmadan önce arabuluculuğa gideceksin, dava şartı arabuluculuk diyor. İşte size büyük bir iş alanı. İş alanı yaratmaktan da önemlisi, ticarî uyuşmazlıklarda insanlar mutlu olacak. Bunu sağlamaya çalışıyor kanun koyucu. Şimdi neden arabuluculuk sorusunu cevapladığımı düşünüyorum.

Gelelim, zorunlu arabuluculuk Anayasa'ya aykırı mıdır? Benim tüm toplantılarda söylediğim çok önemli bir şey var: Arabuluculukla ilgili belge okumak istiyor musunuz? Uzun uzun kitaplar, uzun uzun makaleler var. Bende her konuda yazılmış arabuluculuk kitabı var, bir çanta dolusu: Yabancı, yerli (Türkçeye çevrilmiş hâlini söylüyorum). Ama ben bunların hepsini okumak yerine Anayasa Mahkemesi T. 10.7.2013, E. 2012/94, K. 2013/89 sayılı kararını okuyun derim. Bu kararda arabuluculuğun bütün unsurlarını söylüyor. Bu karar, ihtiyarî arabuluculuğun Anayasa'ya aykırılığı başvurusunun reddi kararı. Ama Allah o kadar büyük ki, Anayasa Mahkemesi'ni şaşırtmış, kararın içinde hiç konu değilken zorunlu arabuluculuk bile Anayasa'ya aykırı değildir diyor. Bu cümleyi yazan ilahi bir kuvvet var, Türk insanını aşmak için, arabuluculuğun önünü açmak için. Bunu bilerek yazmadılar. Ben bu kararı okumanızı özellikle öneriyorum, kendim üç beş kere okudum, çok hoşuma gitti. Hâlâ zorunlu arabuluculuk tartışması var, Anayasa Mahkemesi bile bunun denetimini yapmış. Anayasa'ya aykırı olan nedir, ki ben de karşıyım: Bu uyuşmazlığı arabuluculukla çözmek zorundasın denmesi. Böyle dediğinizde Anayasa'ya aykırı olur, kabul ediyorum. Arabuluculuk sürecine başvurmak zorunlu olup her aşamada yargı yoluna gitmeyi saklı tutmuşsanız Anayasa'ya aykırılık yoktur.

Arabuluculuk hangi konularda uygulanır? Ticarî uyuşmazlıkların hangisi elverişli, hangisi değildir: Bu konu tabloda var, çok önemli. 6325 sayılı Kanun m.1, kapsamı belirlemiş: yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil, tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanır. Buradakine benzer ölçülerimiz başka kanunlarda da var. 6100 sayılı Kanun m.355 istinaf mahkemelerindeki kamu düzeni kavramı ve aynı Kanun m.408 tahkimde tarafların kendi isteğine tâbi olan uyuşmazlıklar diyor.

Buradaki dava türlerine baktığımızda: Çek ve bonodan kaynaklanan alacak davaları, rekabet hukukundan kaynaklanan davalar, sigortanın emredici hükümleri hariç sigortadan kaynaklanan davalar, fikrî mülkiyet davaları, komisyon sözleşmeleri, yayım sözleşmeleri, banka ve finans kuruluşları ile düşülen her türlü uyuşmazlığı ve taşıma sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda usulüne uygun bir arabuluculuk işlemi yapılabilir. Zaman kaybetmeme adına yapılamayacak davalar listesini okumuyorum. Ölçü şu: 6325 sayılı Kanun m.1'i yorumlarken, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesinin emredici düzenlemelere aykırı olmaması ve o davayla ilgili

mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaması hâlinde, o konuda arabuluculuğun mümkün olabileceğini söylüyoruz.

Arabuluculukta serbestî ilkesi (6325 sayılı Kanun m.3/I) var. Bu serbestî ilkesi aslında arabuluculuğu cazip kılan bir yapı. Yani, taraflar bir arabuluculuğa başvurduğunda orada anlaşmak zorunda değiller, her iki menfaat birbirine uyuyorsa anlaşma sağlanır. Aksi hâlde, arabuluculuğu sonlandırmak, yargı yoluna gitmek mümkündür.

Arabuluculukta tam bir eşitlik ilkesi vardır, tarafların tam bir eşitliği söz konusudur (6325 sayılı Kanun m.3/II): Sürece başvururken de süreç boyunca da.

Ticarî uyuşmazlıkları anlatırken aslında üzerinde durulması gereken en önemli konu: Gizlilik (6325 sayılı Kanun m.4). Hepimiz biliyoruz ki hukuk yargılamasında Anayasa m.141 ve 6100 sayılı Kanun m.148 gereğince kamu düzeni ve genel ahlâkın gerekliliği hâlleri dışında alenilik esastır. Arabuluculukta tam tersidir. Arabuluculuğun gizli olması ticarî uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuğun tercih sebebidir. Neden? Bir davada ticarî şirketlerin defterlerinin ortaya dökülmesi, malî müşavirler tarafından bu defterlerin götürülmesi, yargılamanın devam etmesi, avukatların gelmesi gibi olaylarda şirketlerin bütün kayıtlarının ortaya dökülmesi mi şirketler tarafından tercih edilir, yoksa iki tarafın gizli ortamda gizli şekilde konuştukları ve ticarî sırlarını ortaya dökmedikleri bir süreç mi? Bazen çok istisnâî hâllerde özellikle bir tarafın ticarî sırlarının ortaya dökülmesi için bir taraf dava açmış olabilir. O davada her şey tartışılır, her şey ortaya dökülür.

Arabuluculuk uygulamasında arabuluculuğa başvurmak isteyen kişi ileride yargılama isterse bundan zarar görmemelidir. Bir belgeyi sunmuşsa o belgeyi yargılama sırasında sunma hakkını kaybetmemelidir (6235 sayılı Kanun m.5).

Ticarî davalar açısından arabuluculuğun yararlarına baktığımızda, yargılama giderinin yüksekliği, arabuluculuk masraflarının daha az olmasıdır. Ama, hiç kimsenin bilmediği ve daha da önemlisi, arabuluculuk sürecinin zaman ve efor kaybına engel olmasıdır. Bir dava açıldığında taraf şirketler ciddi bir efor kaybeder, hazırlık yapar. Bu hazırlıkları başka yerlere kanalize ettiğinizde ticarî hayatta belki daha ileriye gitme şansları vardır. Dolayısıyla, tasarruf sadece maddî tasarruf olarak algılanmamalıdır. Arabuluculuk süreci zamandan kazandırdığı gibi ticarî işletmenin personelinin işe

odaklanmasını da sağlar. Çünkü uzun bir yargılama yerine kısa bir zamanda arabuluculuk süreciyle işi bitirirseniz, ticarî şirketin personelinin kendi işine odaklanması daha hızlı olacaktır. Çünkü, daha az emek harcanacaktır. Daha da önemlisi arabuluculuk süresi başlatıldığında, dava sürecinden farklı olarak, tarafların ticarî ilişkileri devam eder. İki şirket arasında bir dava olduğunda ticarî ilişkileri devam etmez. Dava açıldığı anda insanlar arasında gerginlik başlar, karşılıklı gerilmeden dolayı ticarî ilişkiler sona erer. Belki ticarî ilişkileri devam etseydi kazanacakları parayı dava açarak bir anda kaybederler. Ama arabuluculuk sürecinde olurlarsa ilişki zarar görmez ve ilişkinin devam etmesini sağlarlar.

Yargılamanın hasımlı yapısı elbette kişiyi gerer. Uzun süre kürsü hâkimliği yaptım. Hiç mutlu yüzle gelen avukat arkadaş yoktu. Davayı kabul ettiğimde dahi avukatın yüzü çok gülmez, en azından geciktiği için mutsuz olurdu. Kısmen kabulde zaten iki taraf da mutsuz oluyor. Kabulde de mutlu olan bir taraf yok. Bazen davayı kazanmak insana mutluluk vermiyor, haksızken kazansa dahi. Çünkü bilinçaltı haksız olduğunu bilir, hak yeme psikolojisinden kendini kurtaramaz.

Yargılama sürecinin tersine arabuluculuk süreci yeni uyuşmazlıklar doğurmaz. Bir dava açıldığında, birleşen dava, karşı davalar gelir arkasından. Sen bunu istiyorsan ben de bunu istiyorum. Her davanın içinde ikinci bir dava. Bir hukuk davası başka bir ceza davası doğurur: Koridorda hakaretler, koridorda vurmalar, hatta daha ileri adliye kurumunun dışında öldürmeler. İşte arabuluculuk bunları ortadan kaldırır. Yani, yargılamanın yarattığı onarılmaz ilişkileri arabuluculuk sürecinde göremezsiniz, arabuluculuk sürecinde her şey daha yumuşak, daha esnek gider.

Bir de uyuşmazlığın çözümü meselesi var. Yargı sürecinde verilecek kararlar bellidir, yasal olarak kabul, red, kısmen kabul kısmen red. Usule ilişkin kararlar bunlardır. Bir taraftan al öbürüne ver. Arabuluculukta başka kararlar verilmesi de mümkündür. Arabuluculukta bir Antalya örneği var. Otelde zarar gören müşteri: Otel para vermek istemiyor, otel bundan sonra beş yıl kendi seçmek kaydıyla on gün üç kişiyi misafir edeceğiz diyor. Böyle bir kararı mahkeme veremez. Arabuluculukta her iki taraf anlaşınca sorun yok, böyle bir karar verilebilir.

Komisyonunda çalışırken içime sinmeyen ikinci konu, arabuluculuğun pasif bir pozisyonda bulunmasıydı. Yani, değerlendirici arabuluculuk ve

kolaylaştırıcı arabuluculuk ilkelerinden taraflara çözüm önerilmemesi, tarafların kendi çözümlerini kendilerinin bulmasına yardımcı olmasıydı. Ben dedim ki gelin Türk işi yapalım: Biri böyle biri şöyle diyor. Ben arabulucu olsam şöyle de yapabilirsiniz diyebilmeliyim, bunun da esnetilmesi gerek dedim. 7036 sayılı Kanun m.21 ile buna ulaştık (6325 sayılı Kanun m.15/VII): “Tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde arabulucu bir çözüm önerisinde bulunabilir.”

Üçüncü olarak Komisyonda ısrarla dedim ki: Mahkeme dışı arabuluculukta icra emri ile mahkeme şerhini kim verecek dediğimizde dava açılmış olsaydı uyuşmazlığın görüleceği mahkeme. Oysa, biz hâlâ kararları görev ve yetkiden bozuyoruz. Hangi dava tüketici, hangisi ticarî ona karar veremedik. Bir de arabuluculuk gibi bir uyuşmazlıkta hangi davanın hangi uyuşmazlık olduğunu çözmek, hele birden fazla uyuşmazlık olduğunda hangi mahkemeye gidileceğini bilmek mümkün değil. Gelin bunu bir mahkemeye verelim dedim. Kime istiyorsak ona verelim, ama bir mahkemeye verelim. Mesela icra mahkemesi, sulh mahkemesi. Komisyonda ısrarla olmaz denmişti. Sonuçta değişti, sulh hukuk mahkemesi oldu (6325 sayılı Kanun m.18/II). Bu değişim doğrudur. Neden? Çünkü, bir mahkemenin görevli olmasıyla uzmanlık sağlanacak ve uyuşmazlık ticarî mi değil mi problemi ortadan kalkacak. Bana hâlâ telefonla en çok sorulan soru: Tüketici mi asliye hukuk mu görevli?

Arabulucukla ilgili ilişkilerin devam etmesinin çok önemli olduğunu söyledim. Bir de ticarî uyuşmazlıklarda aslında ilişkiler kırılındır. Neden kırılındır? Çünkü ticarî uyuşmazlıklarda insanlar birbirini sevdiği için ticarî iş yapmaz, her ikisinin de menfaati olduğu için yapar. Ticarî ilişki menfaat odaklıdır. Her ikisinin menfaati birleştiği anda ticarî ilişkiye girerler. Onun için ilişkiler kırılındır. Bir şirket ile diğer bir şirket uyuşmazlığa düştüğü anda ipler hemen atılır. Ama, arabuluculuk menfaat odaklı olduğu için ve menfaat odaklı olmaya devam ettiği için ilişkilerini devam ettirirler. Bu da kırılan olan uyuşmazlıkların bünyesine arabuluculuğun daha uygun düştüğünü, etkili, faydalı olduğunu gösterir.

Arabuluculuk da toz pembe değil elbet, iş uyuşmazlıklarında yaşanan sorunlar oldu. Ama şunu beklememeliyiz: Bir kurumu getirin hukuk sisteminin içine tıkr tıkr işlesin. Olmaz, böyle bir şey. Sorunlar olacak. Sorunları hemen giderme yollarını tercih edeceğiz. Zaten öyle oluyor. 7036 sayılı Kanun

çıkıldığında 6325 sayılı Kanun'un üç beş maddesi değişti. İhtiyaç olduğunda 6325 sayılı Kanun'a m.18/A eklendi. Kanun koyucu kanunu değiştirecektir, bu doğaldır. İstinaf için de bunu söylüyorum, tıkır tıkır yürümez, alışkanlıklar var. Bu alışkanlıkların doğurduğu yanlışlıklar var. Şimdi belki aramızda vardır. Sabah kalkıyor, eşinin arabasına biniyor. Bir önceki gün kendi arabasından daha zor sürmüştür arabayı. Günlük hayatta da böyle değil midir? Her gün kullandığın arabayı gözün kapalı kullanırsın ama arabayı değiştirdiğinde hangi pedala basacağını şaşırırsın. Buna karşıyım doğrusu, kaldırın demek yerine, sorun olan alanlara çözüm üretmek, doğrusu budur demektir.

Yargılama sonucunda bir taraf mutlu gibi olur. Arabuluculuk süreci sonunda ise her iki taraf dişleri gözükecek kadar mutlu olur. Ülkemiz açısından arabuluculuğun faydalı olduğuna çok inandığım için arabuluculuğu savunuyorum. Herkese bol arabuluculuklu, mutlu, güzel gülen yüzler ve gözler olmasını temenni ediyorum, hepinizi saygıyla selamlıyorum. Sürç-i lisan ettiyse affola.

**2. GÜN/DAY 2**  
**07.12.208**  
**CUMA/FRIDAY**

---

**SORU – CEVAP**



**MEHMET BÜLENT SELÇUK (OTURUM BAŞKANI):** Değerli izleyiciler, kıymetli katılımcılar. Bu güzel sunumundan dolayı değerli dostum Yargıtay Üyesi Adem Albayrak beye teşekkür ediyorum. Kıymetli katılımcılar, 1402 yılında Ankara'nın Çubuk ovasında iki Türk hakanının arasında talihsiz bir savaş olmuştur. Bu savaş bir Türk hakanı kaybetmiş ve önce siyasi kariyerini ve sonradan da hayatını kaybetmiştir. Anadolumuzun birliği bozulmuştur. Bu hakanımızın adı Yıldırım Beyazıt'tır. Şimdi Ankara'nın Çubuk ovasında müthiş bir kampüs yapılıyor. Ve şu anda çatısı altında bulunduğumuz Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi bu kıymetli hakanımızın makus talihini tersine çevirecek ve gösterdiği ve göstereceği başarılarla bu masum sultanın hatırasını yad ettirecektir. Bu güzel çatı altında olduğum için ben de Yıldırım Beyazıt hanımızın ruhunu mutlu etmek adına bu hususu belirtmek istedim. Şimdi kıymetli arkadaşlar, ben de bir cümle eklemek istiyorum. 38 yıllık bir hâkim olarak arabuluculuğa taraftarım, ama Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesi üzerinde çalışılması gerektiğini düşünüyorum. Bunları da burada bulunan uygulamacılar ve akademisyen hocaların not alması amacıyla söylüyorum. Birincisi, arabuluculuk gizli olduğu için arabuluculuk metninin tarafların arzusuna göre yazılmış olması nedeniyle, arabuluculukla sonuçlanmış bir ihtilafın sonradan taraflardan birisi tarafından genel mahkemede dava konusu yapılması durumunda, diğer tarafın kesin hüküm benzeri bir itirazı nasıl yapacağı ve arabuluculuk belgesinin kapalı ve müptel olması durumunda bu ihtilafın nasıl çözüleceğidir. İkincisi, ilâmların icrasına göre arabuluculuk belgelerinin icrasında birtakım sıkıntılar doğacaktır. Kötüye kullanma durumlarında, borçlu olan kişi arabuluculuk belgesini icra emri geldiğinde öğrenebilecektir. Diğer taraftan arabuluculuğun önündeki en büyük engellerden biri de, Avukatlık Kanunu'nun 165. maddesidir. Avukatlık Kanunu'nun 165. maddesi özetle şöyledir: taraflar bir şekilde anlaşılırsa, siz anlaştığınız hasmınızın avukatının hasmınızdan olan alacağını ödemekle müteselsilen sorumlusunuz der. Geçen gün Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunda, bu hükmün kapsamı konusunda tartışmalar oldu ve kapsam biraz daraltıldı. Ancak arabuluculuğu destekleyen herkesin, Avukatlık Kanunu'nun 165. maddesinin arabuluculukta uygulanmayacağına dair kanuna ek bir düzenleme getirilmesi konusunda çaba sarf etmesi gerektiğini düşünüyorum. Beni dinlediğiniz için teşekkür ederim. Şimdi sizlerin soru ve cevaplarını almak istiyoruz. Bilmiyorum seyyar mikrofon var mı? Görevliler soru sormak isteyene verebilecekler mi? Evet, kim istiyor? Buyurun hocam.

**DİNLEYİCİ:** Hocam, sunumlarınız için teşekkür ederim değerli akademisyenlere. Salim Küçük Yargıtay 4. Hukuk Dairesi üyesi. Ben sadece bir hususu hatırlatmak istiyorum. Kayıtlara geçeceğini öğrendim o nedenle mikrofonu aldım. Zorunlu arabuluculuğun Anayasa'ya aykırı olduğuna ilişkin eski kararlarda cımbızla kelime aramaya gerek kalmadı. Anayasa Mahkemesi, dün de usulcü hocalarımızın anayasaya aykırı buldukları, daha doğrusu Anayasa Mahkemesi'nin yanlış yaptığını söyledikleri o karar 11 Temmuz'da çıktı. Fakat gerekçesi yazılmadan açıklanamadığı için henüz açıklanmadı. Burada Anayasa Mahkemesi, Arabuluculuk Kanunu'nun özellikle zorunlu arabuluculuğun dava şartı haline getirilmesi ve yargılama giderlerinde arabuluculuğa başvurmayan kişinin sorumlu tutulmasıyla ilgili olmak üzere, yani özellikle bu konulara yönelik olarak Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine 9. maddesindeki yargı yetkisinin devredilmezliği ilkesine Anayasa'nın 36. ve 40. maddelerindeki adil yargılanma hakkı ve bunun alt başlıklarından olan mahkemeye erişim hakkına ve hak arama özgürlüğüne ilişkin bir aykırılık olmadığına karar verdi. Burada Anayasa'nın 13. maddesindeki sınırlamalarla birlikte Anayasanın 36. maddesindeki hak arama özgürlüğünü mahkemeye erişim hakkıyla birlikte değerlendirerek ve ölçülülük ilkesine aykırı bulmayarak Anayasa'ya aykırılık iddialarını reddetti. Bunu özellikle vurgulamak istiyorum. Burada üzerinde durmamız gereken husus şudur: Arabuluculukta yargı yoluna alternatif bir husus yoktur. Uyuşmazlığın alternatif çözümü vardır. Bu ise ilk defa arabuluculukta kullanılmamaktadır. Dolayısıyla Anayasa'nın 9. maddesindeki yargı yetkisinin bağımsız mahkemelere verilmesini düzenleyen kuralla, arabuluculuğun zorunlu arabuluculuğa başvurmayı düzenleyen hükmünün bu anlamda 9. maddeye aykırı olarak değerlendirilmesi kanımca da mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararının doğru olduğunu düşünüyorum. Bir sorum var İtalyan meslektaşımıza: yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağına ilişkin ilke muhtemelen İtalyan Anayasa'sında da vardır. Bu husus tartışılmış mıdır? Anayasaya aykırılık iddiası orada da değerlendirilmiş midir? İkincisi de, ticarî davalarda da arabuluculuk geldikten sonra güç odağının belli merkezlere kayacağına dair avukatların itirazları vardı. Bu itirazlar gelinen süreçte hangi noktadadır? O avukatların itirazları veyahut hukukçuların itirazlarından bahsedildi. Son durum nedir? Orada gerçekten hukuka aykırı bir şeye sebebiyet verildi mi? Teşekkür ederim.

**MEHMET BÜLENT SELÇUK (OTURUM BAŞKANI):** Cevap verirseniz hocam.

**ALESSANDRO BRUNİ:** We have certainly equal (anlaşlamadı) system in our country. So, there was a debate if mediation is or not inconstitu-

tional. We solved this debate you saw in my presentation ....(anlaşılamadı) and why? because mediation in itself is not an alternative ... (anlaşılamadı) there is virtual rights in a treaty number before a court. In fact, the judge, the new legislator, sorry, the new legislator said that the you know obligation is only to participate to the first preliminary meeting. And the first preliminary meeting is not just a mediation meeting. So, it is then just quite few free, four euros. So, you need to pay four euros and that's all. So, If you agree mutually with the other party to starting mediation you will pay and you will try to find a solution. So, the mandatory moment, it was moved, you know, before the starting of mediation. So, you are not obliged to find a solution. This is constitutional. You are obliged to try to find it. This was the real and concrete column in favor of mediation and against the constitutionality of mediation. We've the second point, yes... we had, me as trainer and other colleagues as trainer as well, we had training this year, handwrit and handwrit of mediators, of lawyers, accountants, engineers, (anlaşılamadı) And so on... medicians, psychologists, formerly judges and so on... and so now the culture ... (anlaşılamadı) and special mediation in Italy has well known as I said before. So we ... (anlaşılamadı) in favor of mediation. They earn much money. They participate to the meetings with the parties. And they used to mediate cases even if we have a new instrument called a system negotiation. There is you know certain sort of competitor of mediation in Italy. But prevailed, mediation prevailed. Now the situation, I will have to cross my finger, naturally that is in favor of mediation especially in the, you know, judicial ... (anlaşılamadı)

**MEHMET BÜLENT SELÇUK (OTURUM BAŞKANI):** Evet teşekkür ediyoruz. Thank you very much. Buyrun.

**DİNLEYİCİ:** Çok teşekkür ediyorum sayın başkan. Levent Akın, Ankara üniversitesi hukuk fakültesi. Ben iki soru soracağım değerli konuşmacılara. Birisi Ali hocama. Bu tahkimle arabuluculuk meselesi iş hukukunda şöyle bir soruna yol açabilir mi merak ettiğimden soruyorum, bir tespitim yok da. Bizde tahkim koşulu var iş güvencesinde, iş yargı davalarında anlaşılırsa örneği çok çok az, ama eğer öyle bir şey olduğunda iş yargı davalarında da şüphesiz arabuluculuk söz konusu olacağı için dava şartı, bu durumda tahkim ve arabuluculuk beraber orada yürür mü? Değerlendirmeniz varsa çok memnun olurum.

Bir de Sayın Bruni'ye sormak istiyorum. Çok etkilendim konuşmasından, teşekkür ediyorum kendisine. İş uyuşmazlıklarıyla ilgili küçük bir bilgi verirse oradaki tecrübelerinden, çok yararlı olacağını düşünüyorum. Çok teşekkür ediyorum.

**MEHMET BÜLENT SELÇUK (OTURUM BAŞKANI):** Evet Ali hocam önce siz buyrun.

**PROF. DR. ALİ YEŞİLİRMAK:** Hocam sorunuza cevap vermek zor. Ne olacağını bilmek zor. Çünkü tahkime gittiğinde dava şartı olmayacak ama mahkemeye giderseniz dava şartı olacak. Dolayısıyla bir uyumsuzluk söz konusu. Ya bu ticarî uyuşmazlıklara ilişkin kanunda getirilen çözümü yine bir cümleyle koymak lazım ya da benim az önce tavsiye ettiğim, bunu tamamen çıkarmak lazım. Arabuluculuk büroları üzerinden değil de, ihtiyari arabuluculuğa imkân verirse aslında bu sorun çözülmüş oluyor. Bakalım Adalet Bakanlığı nasıl bir yol izleyecek.

**ALESSANDRO BRUNİ:** Thank you for your question. Mediation is one of the commercial disputes right now in Italy especially for medium size enterprises. So, this is you know the focal point. Especially for...

**DİNLEYİCİ:** *Bir yanlış anlama var. İş uyuşmazlıklarını sordum ben. İşçi işveren uyuşmazlıklarını. ticarî değil Business Law diye çeviriyorlar zannediyorum. İşçi işveren uyuşmazlıklarını. Labor Law diye çevirin isterseniz.*

**ALESSANDRO BRUNİ:** OK. Good. In employment disputes we have a national commission. We have a national commission, we have a mandatory system in Italy for labor law disputes. They are all professional mediators. They are all accredited by the Italian Ministry of Justice. They are all officers of this public office. So, they only sign an agreement that they had previously agreed may be in a chamber of commerce or in a private center. So, numbers are higher and higher every year.

**MEHMET BÜLENT SELÇUK (OTURUM BAŞKANI):** Thank you. Teşekkür ederim. Arkadaşlar genç akademisyenlerden, Yargıtay tetkik hâkimlerinden veya öğrencilerden varsa onlara da fırsat verelim, gençlere. Soru sormak isteyen var mı efendim? Buyurun arkadaşımıza verelim.

**DİNLEYİCİ:** *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi dördüncü sınıf öğrencisi Selin Yeşildal. Sorum Sayın Adem Albayrak beye olacak. Öncelikle sunumunuz için çok teşekkür ederiz. Sunumunuzda arabuluculuğun avantajlarından, benim not aldıklarımın dört beş tane özellik saydınız. Bunlardan birisi tam bir eşitlik olması taraflar arasında. Fakat tam bir eşitliğin sağlanmasını mahkemelerde bağımsız ve tarafsız hâkimler tarafından yargılamadan kaynaklanan bir özellik olarak ele alabiliriz. Ancak ticarî uyuşmazlıklarda arabuluculuk bakımından düşünüldüğünde, uyuşmazlık büyük bir miktar olacaktır. Bu durumda arabulucuların tarafsız ve bağımsız kalarak taraflar arasında tam bir eşitliği sağlaması mümkün müdür? Bunun yanında, yargılamanın kısa sürede sonuca*

ulaşmasından bahsettiniz. Tarafların uyuşmazlıklarını arabuluculukta çözememeleri ve yargıya taşımaları durumunda, yargı süreci uzamış olmuyor mu? Bir diğer husus ise, görev ve yetki bakımından bozma kararlarının fazlalığından söz edildi. Dava şartı arabuluculukla mı önlenecek görev ve yetki bakımından bozma kararları?

**MEHMET BÜLENT SELÇUK (OTURUM BAŞKANI):** Buyrun hocam.

**ADEM ALBAYRAK:** Eşitlik sağlanması konusunda, detaya girilemedi, ancak arabulucu da bağımsız ve tarafsız bir kişi. Mevzuatta arabulucunun da tarafsız ve bağımsızlığını sağlayacak pek çok hüküm var. Burada en önemli husus, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 17. maddesi gereğince, arabulucunun, taraflardan birini bu süreci dâhil edememesi, bir tarafın diğer tarafın gölgesinde kalması ve tüm çabalara rağmen bu işin bir sonuca bağlanamayacağını anlaması hâlinde arabuluculuğu sona erdirmeye hakkı var. Dolayısıyla arabulucunun taraflar arasındaki eşitliği bu hüküm çerçevesinde sağlayabilmesi mümkündür. Sorunuzun cevabı bence budur.

**MEHMET BÜLENT SELÇUK (OTURUM BAŞKANI):** Teşekkür ediyorum. Başka soru...

**DİNLEYİCİ:** Ayşenur Aksoy, 4. sınıf öğrencisiyim. Sorum Adem Beye olacak. Zorunlu arabuluculuğun eleştirilmesiyle ilgili olarak şunu söylediniz: Hukukçunun görevi, kanun çıktıktan sonra kanunu veya hukuku uygulamaktır. Bu oldukça pozitivist bir yaklaşımdır, öncelikle bunu ifade etmek istiyorum. Arabuluculuğun uygulanması çok önemli bir şey, ama bana kalırsa hukuk bir yandan sorgulama faaliyetidir. Ve hukukçunun sorgulaması sürekli devam etmelidir. Pozitivist bir yaklaşımın yoğun olmasının pek çok açıdan zarar verdiğini görmekteyiz. Uç bir örnek olacak, bu Nazi Almanyası'na kadar gitti. Dava şartı arabuluculuğun sonuçlarının uzun vadede olumsuz olması hâlinde, bu sonuçlar nasıl bertaraf edilebilir veya öncesinde nasıl engellenebilir? Teşekkür ediyorum.

**ADEM ALBAYRAK:** Teşekkür ediyorum. Bunun pozitivist bir yaklaşım olduğunu biliyorum ve bilinçli olarak da söyledim. Bu benim de yapımaya uygun, ki ben de pozitivist bir insanımdır. Elbette yasa hükmü varsa, bunu uygulayacağız. Ben onu özellikle vurgulamaya çalıştım. Zorunlu arabuluculuk, dava şartı arabuluculuk dediğimiz şey kötü bir yola girerse, kanun koyucu müdahale edecektir zaten. Bu noktada hiç kaygılanmayın, böyle bir durum olursa yine en çok eleştirecek kişi de ben olacağım merak etmeyin.

**MEHMET BÜLENT SELÇUK (OTURUM BAŞKANI):** Ali hocam bir açıklama yapmak istiyor.

**PROF. DR. ALİ YEŞİLİRMAK:** Sayın başkanım, değerli dostum Adem Bey çok iyi bir hâkim. Söylediği de aslında bir hâkim açısından çok uygun. Zaten dün de kanunu eleştiren kıymetli dostlarım, akademisyendi. Nitekim akademisyenlerin de bu anlamda görevi kanunu uygulamak değil, aksine onlar bir hata gördükleri takdirde kanunu eleştirmekle yükümlüdürler. Çünkü arkadaşlarımız da kanunda hata gördüklerini söylediler. Biz de bugün arabuluculuğa başvurulmasını zorunlu kılan bu düzenlemelerin doğru olduğunu, başta Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu çıkarken de ana fikrin daha sonra arabuluculuğa zorunlu olarak başvurmaya dair düzenleme getirilmesi olduğunu da belirtmek gerekir. Dolayısıyla bu anlamda bakılırsa, pozitivizme aykırı bir durum yoktur.

**MEHMET BÜLENT SELÇUK (OTURUM BAŞKANI):** Evet buyrun.

**DİNLEYİCİ:** Erdem Şimsek, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi üyesiyim. Konuşmacılara, bu güzel sunumlarından dolayı ayrı ayrı teşekkür ediyorum. Bize hukuk fakültesinde şunu söylediler: insanlar arasındaki ilişkiler dinamik, kanunlar ise durağandır, statiktir. Dolayısıyla kanunların değiştirilmemesi düşüncesine katılmıyorum. Ancak şuna katılıyorum: biz hukukçuyuz, mesleğimizi yerine getirirken ise, kanunu eleştirmemize rağmen uygulamakla yükümlüüz. Kanunu uygulamıyorum dediğimiz zaman, yasama görevini gasp etmiş veya onun yerine geçmiş oluruz. Ama bu tür toplantılarda, kitap veya makale yazarak kanunu her zaman eleştirebiliriz. Bunun dışında kanun sözüyle ve ruhuyla bellidir ve biz onu uygularız. Sorum ise şu: Adem Albayrak konuşmasında arabuluculuk konusunda ilklerin adamı olduğunu söyledi. O yüzden ona sormak istiyorum. Aile arabuluculuğu konusunda ne düşünülmektedir? Kanun da çıkmadığı için şu anda fikirlerini söylemesi çok daha değerli. Kanun çıkarsa, arabuluculuk zorunlu mu olmalıdır? Teşekkür ediyorum.

**ADEM ALBAYRAK:** Aslında Erdem bey, bu konuda görüşümü biliyor ama yayınlansın diye soruyor aslında. Türk toplumunun bugün itibariyle aile arabuluculuğunun ailenin bütününü ilgilendiren yönleri bakımından arabuluculuğa hazır olmadığını düşünmekteyim. Ancak meselenin aile boyutunu değil de maddî boyutunu ilgilendiren kısımları bakımından zaten sorun yoktur. Arabuluculuğun parasal olmayan aile hukukuna ilişkin kısımları bakımından zorunlu olarak öngörülmesine karşı olduğumu ifade etmek isterim.

**MEHMET BÜLENT SELÇUK (OTURUM BAŞKANI):** Avukat arkadaşlardan da soru alalım.

**DİNLEYİCİ:** *Yeni düzenlemede, ticarî arabuluculuk düzenlemesinde tahkim şartı konuldu. Bu şartın öngörülmesi, arabuluculuğun geliştirilmesi yönünden engel değil midir? Birtakım uygulayıcıların tahkim şartını sözleşmeye koyarak arabuluculuğu bertaraf etmeleri mümkün değil midir?*

**PROF. DR. ALİ YEŞİLIRMAK:** Burada sorun olduğunu daha önce ifade etmeye çalıştım. Kanun koyucu tahkim şartı öngörülmesi durumunda arabuluculuğun olmamasını öngörmüştür. Hâlbuki tahkim şartı öngörülmesine rağmen ihtiyari arabuluculuğa veya kurumlar vasıtasıyla arabuluculuğa imkân verilebilirdi. Başka bir ifadeyle tahkim şartı olmasına rağmen, daha sonra arabuluculuğa gidilebilir, medarbı yani tahkim ve arabuluculuğu kanun koyucu kabul edebilirdi. Ancak burada kanun koyucunun seçimi, arabuluculuk ve tahkimin birlikte olmaması yönünde olmuştur.

**MEHMET BÜLENT SELÇUK (OTURUM BAŞKANI):** Avukat hanım buyrun.

**DİNLEYİCİ:** *Benim sorum Sayın Bruni'ye. İtalyan hukuku bakımından ticarî uyuşmazlıklarda arabuluculuk süreciyle çözümlenen konu başlıklarında, ki Bakanlık sayfasında olduğunu söylediniz, ilk sırada %28 oran ile banka sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar yer almaktadır. Bankalar müşterileriyle yaptıkları sözleşmelerinde, bu konuda öncelikle bir madde düzenlemesi yapıyorlar mı? Eğer yapıyorlarsa, sadece arabuluculuk düzenlemesi mi öngörüyorlar? Konu veya miktara ilişkin tahkim belirlemesi yapıyorlar mı? Bankaların oluşturduğu birliğin, ki ismi bizde birlik olarak geçiyor, bu anlamda bir belirleme yapması söz konusu oluyor mu? Teşekkürler.*

**ALESSANDRO BRUNİ:** To translator: is commercial or Labor law this time? OK. In special banking, because before (anlaşılamadı) there was a mistake. We have two way in banking disputes. You can choo... Mediation is mandatory. You cannot go before an arbitrator or a judge before you can prove you have commenced, or you have tried an attempt of mediation. So, in banks related disputes you have two roots: the first is to go to an arbitrator (anlaşılamadı) provider... private or public. The second is to go to the comsicore de bankario et de financiaie (anlaşılamadı) there is, you know, financial authority created by the union of the Italian banks. So, you can choose these two ways of solutions but mediation, an attempt of mediation is mandatory as well. OK. The choice is on the ends of declines but the results his that you need to have attempt of (anlaşılamadı) mediation, you know, prove, you need to prove to have attempt of, mediation attempt as well.

**MEHMET BÜLENT SELÇUK (OTURUM BAŞKANI):** Buyrun efendim.

**PROF. DR. TALAT CANBOLAT:** Konuya ilişkin bir hususu eklemek istiyorum. Yeni düzenlemeye göre ticarî uyuşmazlıklarda tahkim şartı varsa, arabuluculuğun uygulanmayacağına ilişkin hususu zorunlu arabuluculuk olarak anlamak gerekir. Başka bir ifadeyle, ticarî uyuşmazlıklarda tahkim şartının olması hâlinde zorunlu arabuluculuk uygulanmaz şeklinde anlamaktayım. O hükmü düzenleyen irade her zaman yetiştirme yetkisine zaten sahiptir. Genel hükümlere göre, her iki taraf ihtiyari arabuluculuğa gitmeye karar vermişlerse, arabuluculuğa başvurmak konusunda sorun yoktur. Zira sözleşme hükmünü bu şekilde değiştirmiş olurlar.

**MEHMET BÜLENT SELÇUK (OTURUM BAŞKANI):** Kıymetli katılımcılar, söz veremediğim dinleyiciler ve öğrencilerimin hoşgörüsünü diliyorum. Yargıtay'ın kuruluşunun 150. yıl dönümü itibarıyla yapılan bu etkinlikten, dinleyiciler olmasaydı bunun bir anlamı olmayacağından, öncelikle buraya gelerek bizi onurlandıran herkese teşekkür ediyorum. Değerli sunumları yapan akademisyen ve uygulamacılar olmasaydı zaten burada olmamızın bir anlamı olmayacaktı, bu sebeple onlara da çok teşekkür ediyorum. Son olarak, bize ev sahipliği yapan Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesine Hukuk Fakültesi'ne ve dekanına şükranlarımı ve teşekkürlerimi arz ediyorum.

