

# ZORUNLU ARABULUCULUĞUN HUKUKUN TEMEL İLKELERİNE AYKIRILIĞI VE UYGULANABİLİRLİĞİNE DAİR SORUNLAR

Kürşat KARACABEY\*

## GİRİŞ

Makalemizin asıl konusunu; kamuoyunda “zorunlu arabuluculuk” olarak adlandırılan, belli bazı hukuk uyuşmazlıklarında dava açmazdan önce arabulucuya müracaat etme zorunluluğu getirilmesine dair önerinin değerlendirilmesi oluşturacaktır.

Bunun için öncelikle, zorunluluk unsuru dışında genel olarak arabuluculuğun ve Türkiye’deki arabuluculuk uygulamasının kısaca bir değerlendirmesini yapmakta yarar görmekteyiz.

Son bölümde ise Türkiye özelinde, uygulanabilir ve denetlenebilir bir arabuluculuk kurumunun nasıl oluşturulabileceğine yönelik değerlendirme ve önermeler yer alacaktır.

## 1. GENEL OLARAK ARABULUCULUK

Öğretide arabuluculuğun çeşitli tanımları bulunmaktadır. Bu çerçevede Richard Birke’nin tanımı; “Arabuluculuk (uzlaştırma), bir uyuşmazlığın çözüm şekli hakkında menfaati ve uyuşmazlığın sonucuyla ilgili dikte etme yetkisi bulunmayan tarafsız bir üçüncü kişinin, ihtilaflı taraflar arasındaki müzakereyi kolaylaştırdığı uyuşmazlık çözüm yoludur” şeklindedir.<sup>1</sup>

\* Avukat, TBB Yönetim Kurulu Üyesi, Arabuluculuk Kurulu Üyesi

<sup>1</sup> Mustafa Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin yayınları, 2013 Ankara, s.555

Arabuluculuğun öğretilde kabul gören diğer bir tanımını ise Marriott Brown yapmıştır:

“Arabuluculuk (veya uzlaştırma), uyuşmazlığa düşmüş tarafları, (olası) bir anlaşmanın koşullarını müzakere edebilmeleri amacıyla bir araya getirmeye çalışan, tarafların uzlaşmalarını veya birbirlerini anlamalarını sağlamak için taraflar arasındaki iletişimi kolaylaştıran, tarafsız bir üçüncü kişinin (arabulucunun) katılımıyla yürütülen **gönüllü bir usuldür**”.<sup>2</sup>

6325 sayılı “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK)” ise m. 2/b’de arabuluculuğu şöyle tanımlamaktadır:

Arabuluculuk: “Sistematik teknikler uygulayarak görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini” ifade eder.

Arabuluculuğun Türk Hukuku’ndaki bir diğer tanımı ise şöyle yapılmıştır:

“Arabuluculuk, uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları, konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, birbirlerini anlamalarını ve bu suretle kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak için aralarındaki iletişimi kolaylaştıran, tümüyle bağımsız, tarafsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin katkısı yahut katılımıyla yürütülen gönüllü bir usuldür.”<sup>3</sup>

Arabuluculuk uygulamasında değişik hukuk sistemlerinde farklı yöntemler (kolaylaştırıcı veya değerlendirici arabuluculuk gibi) benimsenmiştir. Kuşkusuz bu yöntemlere göre arabuluculuğun tanımı da farklılık arz edecektir. Ancak, bizim hukukumuzda benimsenen

<sup>2</sup> Mustafa Serdar Özbek, a.g.e. s.555

<sup>3</sup> Süha Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıklarında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBB Dergisi, Sayı 64 2006 s.165

sistem itibariyle hukuk uyuşmazlıklarındaki arabuluculuğu, şu şekilde tanımlamamız mümkündür:

“Arabuluculuk; yargılamaya konu oluşturabilecek nitelikteki kişiler arası bir hukuk uyuşmazlığında, uyuşmazlığın yanlarında ortaklaşa atanacak tarafsız ve ehil bir kişinin, arabulucu sıfatıyla devreye girmesi suretiyle tarafların, gönüllülük esasına dayalı olarak uzlaşmaları için uygun ortamı sağladığı ve esasa ilişkin telkin ve tavsiyeden kaçınmak kaydıyla, anlaşmanın sağlanmasına yönelik olarak kolaylaştırıcılık sağlamayı üstlendiği bir alternatif çözüm yoludur” .

Esasen arabuluculuk, toplumsal ilişkilerde öteden beri uygulanan geleneksel bir usuldür. Özellikle birbirlerini tanıyan insan kümelerinde (bir köy veya kasaba halkı veya bir mesleğin mensupları gibi) üyeler arası bir uyuşmazlık çıktığında, konunun yargıya taşınmasının taraflar için ilişkileri zedeleyici ve tarafları zararlandırıcı bir takım sonuçlar doğurabileceği değerlendirilmesiyle, alternatif çözüm arayışı kapsamında başvuru bir çözüm yöntemidir. Bu yolda başvuru yöntemlerinden en çok uygulama alanı bulanı da üçüncü bir kişinin arabuluculuğuna müracaat edilmesidir. Benzer durum, devletler arası uyuşmazlıkların çözümünde de söz konusu olmaktadır. Bu tür geleneksel uygulamalarda, arabulucunun konu hakkında ehliyetli olması yanında, tarafsızlığına ve adaletli oluşuna duyulan güvenin güçlü olması, başarı şansını artıran en önemli etmen olarak karşımıza çıkar.

Elbette ki dava açılmazdan önce arabulucu yardımıyla uyuşmazlığın çözülebilmesi potansiyeli, dava açıldıktan sonra da mümkündür.

## 2. TÜRKİYE’DEKİ ARABULUCULUK UYGULAMASI

Geleneksel toplumsal hayatta arabulucular marifetiyle uyuşmazlık çözümünün kökleri, yazılı tarihin başlangıcına kadar gider. Genel olarak, aralarında hukuksal uyuşmazlık baş gösteren kişiler, çoğu kez kendilerinin, kimilerin de üçüncü kişilerin girişimleri sonucunda tarafsız ve güvenilir bilinen bir diğer kişinin hakemliğine ya da arabuluculuğuna müracaat ederler.

Aynı anlayış, arabuluculuk mevzuatı ihdas edilmeden önce de pozitif hukukumuza bir parça olsun yansıtılmıştır. Tarafların mahkeme dışında uzlaşıp anlaşmaları için, "Türk Hukuku'nda da, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle ilgili çeşitli yasal düzenlemeler mevcuttur. Sözü edilen uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile ilgili olarak vergi hukukunda, toplu iş hukukunda (TSGLK m. 22, 23 ve 34, I), avukatlık hukukunda (Av. K. m. 35/A) hatta kamu düzenin korunması düşüncesinin ve kamu yararının en ağır bastığı alan olan ceza hukuku alanında (CMK m. 253, 256) dahi hukuki düzenlemeler bulunmaktadır. Yine, tüketici hukuku (TKHK m. 22) ve aile hukuku alanlarında (4787 sayılı Kanun m. 7), alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak nitelendirilebilecek yahut bu bağlamda irdelenebilecek uyuşmazlık çözme yöntemlerini içeren düzenlemeler öngören hukuk kuralları yer almaktadır".<sup>4</sup>

Bu itibarla geleneksel toplumsal yaşamda ve pozitif hukukta arabulucu marifetiyle hukuksal uyuşmazlık çözümü zaten vardır. Bu yöntemin özel bir kanuna bağlanması, bu bakımdan yeni bir yöntem icadı değildir. Ancak arabuluculuğun özel bir hukuksal düzenlemeye tabi tutulması ile arabuluculuk çözüm yönteminin sistemleştirilmesi, bu konuda toplumda farkındalık yaratılması ve arabuluculuk faaliyetlerinin düzenli işleyişinin denetlenmesi ve arabulucuların eğitilerek niteliklerinin artırılması gibi organizasyonlarla, yöntemin uygulanabilirliğinin kolaylaştırılıp yaygınlaştırılması amaçlanmıştır.

Bir uyuşmazlığın arabulucu desteği ile çözülmesi halinde, tarafların özgür iradeleri tahtında ulaşılan sonuca razı olmaları, adalet felsefesi bakımından ideal bir düzeye işaret etmektedir. Uyuşmazlığın tarafı olan her bir kişinin kendisini yeterince ifade etme olanağı bulacağı bir ortamda, adalet duygusunun büyük ölçüde tatmin olacağı bu sonuç, bir çok zaman hiçbir tarafın tam tatmin olmadığı mahkeme kararları ile kıyaslanamayacak derecede insani, vicdani ve ahlaki üstünlüğe sahiptir. Keza bu yöntem, uyuşmazlığın çözüm sürecini kısaltması, gizliliğe riayet edilmesi, taraflar ve kamusal erk bakımından maliyeti düşürmesiyle de tercih üstünlüğünü haizdir.

<sup>4</sup> Süha Tanrıver, a.g.e. s.155

Bütün bunlara ek olarak, tarafların üstlenecekleri edimler ve sağlayacakları kazanımlar anlamında arabuluculuk, adeta sınırsız çözüm seçeneği üretme zenginliğine sahip bir yöntem olarak da yargı kararlarına nazaran üstün konumdadır.

Uyuşmazlık sürecini kesin ve kalıcı şekilde sonlandırıp, süreç sonucunda tarafların el sıkışarak ayrılmalarını ve barış içinde kalmalarını sağlama potansiyelinin yüksekliği de arabuluculuk yönteminin bir diğer erdemli özelliğidir.

Ülkemizde, arabuluculuğun yasal ve kurumsal bir yapıya kavuşturulması amacıyla, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, 22.06.2012 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Hemen akabinde Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde Arabuluculuk Daire Başkanlığı kurulmuş ve uygulamaya yönelik olarak yoğun bir çalışma sürecine geçilmiştir.

Ne var ki iki yılı aşan bir süreçte, arabulucuya başvuru anlamında arzu edilen sonucu elde edemediğini değerlendiren Adalet Bakanlığı, kolaycı bir yaklaşımın yansıması olarak, belirli bazı hukuk uyuşmazlıklarında, dava açmazdan önce arabulucuya başvurma zorunluluğunu getirmek istemektedir.

Aşağıda böyle bir uygulama girişiminin, arabuluculuk kurumunun olması gereken yapısına, demokratik değerlere ve mevcut hukuk sistemine ne ölçüde uyarlı olduğu tartışılıp değerlendirilecektir.

### **3. ARABULUCULUK UYGULAMASININ BELLİ BAZI DAVALAR İÇİN ZORUNLU HALE GETİRİLMESİNİN HUKUK VE DEMOKRASİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Bugün itibariyle Dünya genelinde pek çok ülkede, hukuksal uyuşmazlıklarda alternatif çözüm yolu olarak “arabuluculuk uygulaması” yürürlükte bulunmaktadır. Bu ülkeler içinde sadece İtalya’da, belirli bazı uyuşmazlıklarda dava açılmazdan önce, “arabulucuya başvuru zorunluluğu” getirilmiştir. Ancak alınan bu radikal kararın tutarlılığından duyulan kuşkudan kaynaklansa gerek, olağan dışı bir refleksle,

yasanın yürürlük süresi dört yıla sınırlı tutulmuştur. Şöyle ki İtalya'da zorunlu arabuluculuk, 2013 yılında, -dört yıl sonrasında (2017 yılında) uygulamanın sonuçları değerlendirilerek, zorunluluğun devam edip etmeyeceğinin yeniden kararlaştırılması öngörülmek- kaydıyla yürürlüğe konulmuştur.

İtalya'daki bu istisnai uygulamanın örneksenmesi suretiyle ve de aceleci bir hevesle, son dönemde Türkiye'de de, belirli bazı hukuk uyuşmazlıklarında, dava açılmadan önce arabulucuya müracaat etme zorunluluğunun getirileceği; devlet katmanında en yetkili kişilerce dile getirilmekte ve Adalet Bakanlığı'na bağlı Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nca da bu yönde yasa değişikliği tasarıları hazırlanmaktadır. Üstelik Türkiye için öngörülen zorunluluk uygulamasının, İtalya'dakinden katbekat daha fazla hukuksal uyuşmazlığı kapsayacağı da öngörülmektedir. İtalya'da tarafların uyuşmazlığın çözümü sonrasında da iyi ilişkiler içinde olmak durumunda olacakları dava türleri (kat mülkiyetinden, komşuluk hukukundan kaynaklanan vb.) esas alınarak, sadece belirli dava türleriyle sınırlı olmak üzere zorunluluk getirilmiştir. Buna karşın Türkiye'de, konusu para veya para ile ölçülebilen değerlerden oluşan hukuksal uyuşmazlıklarda, dava değeri esas alınarak -bir kısım istisnalar dışında- hukuk uyuşmazlıklarının tamamı için zorunlu arabuluculuk öngörülmektedir. Bu durum karşısında, isabetliliği zaten tartışmalı olan İtalya'daki zorunluluk örneği, tasarlanan şekil itibariyle bizde doğru örnek olmaktan tümünden çıkmakta, deyim yerindeyse Dünya'da bir ilk denenmektedir.

Bu durum karşısında arabuluculuğun, değere bakılmaksızın bir kısım hukuk uyuşmazlıklarının tamamı ve konusu parasal değerle temsil edilebilen bütün hukuk uyuşmazlık türleri için zorunlu başvuru mercii haline getirilmesinin, Ülkemiz bakımından yararlarını, sakıncalarını ve uygulanabilirlik şansını irdelemek kaçınılmaz gözükmektedir.

İşte bu bakış açısı ve anlayış çerçevesinde konuya bakacak olursak aşağıdaki değerlendirmeleri yapmamız kaçınılmaz gözükmektedir:

### **a. Hukuk uyuşmazlıklarında bir “alternatif çözüm yolu” olarak zorunlu arabuluculuk**

Doktrinde genel kabul gören anlayış uyarınca arabuluculuk, hukuk uyuşmazlıklarında alternatif çözüm yollarından birisi olarak benimsenmektedir. Hatta o kadar ki Kimberlee K. Kovach’a göre “arabuluculuk; alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin esas modeli olup, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının tüm özelliklerini barındırır.”<sup>5</sup>

Nitekim Henry Campbell Black de alternatif çözüm yöntemini şöyle tanımlamaktadır: “Alternatif uyuşmazlık çözümü terimi, uyuşmazlıkların çözümü için kullanılan, dava yolu dışında kalan diğer usulleri kasteder; örneğin, tahkim, arabuluculuk, kısa yargılama bu usullerdendir.”<sup>6</sup>

Lott/Fletcher’e göre de “uyuşmazlıkların çözüm yöntemlerinden en yaygını arabuluculuktur.”<sup>7</sup>

Öğretide, “uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemlerinin adli yargıyı sadece tamamlayabileceği fakat onun yerini alamayacağı, dava öncesinde tarafları, zorunlu uzlaşma usulüne başvurmaya davet etmenin bireyi kanun koyucu tarafından zor kullanarak uzlaşmak zorunda bırakmak anlamına geleceği, adli yargının yerini almasının söz konusu olmayacağı” da savunulmuştur.”<sup>8</sup>

“Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, yargının alternatifi olan ve dolayısıyla yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan yahut onunla rekabet içinde bulunan bir süreçler bütünü değildir. Sözü edilen yolların asıl hedefi, küçük çaplı ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıkların, adli bir soruna dönüşmeden çözümünü gerçekleştirme.”<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Melis Tuğsavul Taşpolat, Türk Hukukunda Arabuluculuk Yetkin Yayınları, 2012 Ankara, s. 21

<sup>6</sup> Mustafa Serdar Özbek, a.g.e. s.167

<sup>7</sup> Melis Tuğsavul Taşpolat, a.g.e. s. 78

<sup>8</sup> Kamil Yıldırım, İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözümü Hakkında, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 358

<sup>9</sup> Hakan Pekcanitez, H, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri,” Hukuki Perspektifler Dergisi, 2005/5, s.12-16

“Uyuşmazlıkları çözüme kavuşturma işlevi, esasında devletin işidir ve devlet bu işlevini, yargı erkini kullanmak suretiyle yerine getirir. Alternatif uyuşmazlık çözümleri ise uyuşmazlıkların çözümünde, yargısal yolların yanında yer alan ve ilgililerin istemleri halinde işlerlik kazanan, esas itibariyle, ilişkilerin koparılmadan sürdürülmesini ve adil bir karardan ziyade, her iki tarafı da tatmin edici bir çözüme ulaşılmasını hedefleyen yöntemler bütünü konumdadır. Bir başka ifadeyle, alternatif uyuşmazlık çözümleri, devlete ait yargı yetkisinin mutlak egemenliğine hanel getirilmeden işlerlik kazanan ve uygulama alanı bulan ek yöntemler bütünü olarak nitelendirilebilir.”<sup>10</sup>

Yukarıya alıntılanan tanım ve yaklaşımların ötesinde, konuyu değerlendiren bilumum akademik yorumların tümünün, arabuluculuğı “hukuksal uyuşmazlıklarda alternatif çözüm yöntemi” olarak tanımladığını rahatlıkla söyleyebiliriz. Nitekim tarafımızca, incelenen onlarca yorum içinde aksi bir tanımlamaya rastlanılmadığını belirtmek isteriz.

Bu noktada, genel olarak “alternatif” kavramının ve özelde “alternatif uyuşmazlık çözüm yolu”nun ne anlama geldiğini irdelememiz kaçınılmazdır.

Konuya Türkçe dilbilimi açısından baktığımızda “alternatif” kavramı neyi ifade etmektedir? Türk Dil Kurumu Sözlüğü’ne baktığımızda, Türkçeye Fransızcadan giren “alternatif” sözcüğünün karşılığını “seçenek” olarak görmekteyiz. Aynı sözlükte “seçenek” kavramı ise “birinin yerine seçilebilecek bir başka yol, yöntem, tutum, alternatif, opsiyon” şeklinde tanımlanmaktadır.

Hukuk doktrininde de alternatif kavramı tartışılmış ve şu tespitlere ulaşılmıştır: Alternatif; “İki şey arasında seçim yapmaya izin verilmesi (Fowler/Fowler ve Black’a göre); mevcut iki şey içinden biri seçilerek diğeri reddedilecekse, bu iki durum arasında tercih sunan bir durum veya bir teklif ya da iki veya daha çok şey arasında bir se-

<sup>10</sup> L. Rosenberg- K. Shawb - P. Gotwald, Zivilprozessrecht, 16. Neubearbeitete Auflage, München 2004, s. ; Pekcanitez, s. 15 - Alıntı; Süha Tanrıver Süha, age. s. 152.



çim yapma imkânının sunulması (*Kovach, Kimberlee'ye göre*) olarak tanımlanabilir.”<sup>11</sup>

Buna göre alternatif bir yol ya da yöntemden bahsedebilmek için, kişinin birisini seçmekte iradesinin belirleyici olacağı ve özgür kılınacağı en az iki seçeneğin söz konusu olması gerekliliği kaçınılmazdır.

Hukuk doktrinindeki ve sözlükteki anlamı itibariyle de alternatif yol; var olan diğer yollar karşısında –özgür irade tahtında- tercih edilebilecek bir diğer yol yani seçenektir.

İşte arabuluculuk da bu yola başvuru anlamında, tarafların özgür iradesine ve seçme hakkına dayandığı taktirde, gerçekten doktrinsel ve dilbilimsel tanımlamaya uygun şekilde alternatif bir yol, yani seçenek olacaktır. Ve fakat, belli bazı davalarda, hukuk uyumsuzluklarında yargı yoluna başvurmadan önce, arabulucuya müracaat etme ve orada tanımlanan prosedürü tamamlama gereği bir şart olarak dayatılırsa, bu taktirde arabuluculuk, alternatif bir yol ve seçenek olmaktan çıkar; usul hukukuna dair yeni bir kuruma, bir dava şartına dönüşür.

Bu bakımdan öncelikle şunu tespit etmemiz kaçınılmazdır: Belli bazı davalar için de olsa, hukuksal bir uyumsuzluğuna dair dava açma hazırlığındaki bir kişiye, öncelikle ve mutlak surette arabulucuya başvurma ve bu doğrultuda öngörülen prosedürü tamamlama gereği bir şart olarak dayatılırsa, bu anlamdaki arabuluculuk; hukuk usulü teorisinde kabul gören alternatif bir çözüm yolu ve/veya yüzyıllardır uygulana gelen geleneksel arabuluculuk uygulaması olmaktan çıkar; hukuk yargılamaları usulünde varlığı söz konusu olmayan yepyeni bir “dava şartı” olarak getirilip getirilmemesi tartışmasına dönüşür.

O halde, konuyu yanlış zeminde tartışma riskini bertaraf etme adına, ilk tespit etmemiz gereken olgu şudur: Dünya hukuk literatürü ve evrensel kabuller uyarınca, arabuluculuk en fazla ve ancak, mahkemelere doğrudan erişim yöntemi karşısında, iradiliğe dayalı bir seçenek olarak var olduğu taktirde arabuluculuk olarak tanımlanabilir,

<sup>11</sup> Mustafa Serdar Özbek, a.g.e. s.167

tartışılabilir. Aksi taktirde bu yöntemi “arabuluculuk” olarak tanımlamak mümkün olamaz.

### **b. Arabuluculuğun Doğasında Gönüllülük ve İsteğe Bağlılık Esastır**

Yüz yıllardır süre gelen geleneksel arabuluculuk uygulamasında, tarafların rızalarının; bir arabulucuya başvurma ve başvurulacak arabulucunun kim olacağı konularında uyuşmasının öncelikli şart olduğu bilinmektedir.

Hukuksal bir uyuşmazlığın, “müzakere ve sulh” yöntemiyle çözümlenebilmesinin, ancak ve sadece tarafların gönüllülüğü esasına dayalı olarak ve özgür istemleri uyarınca gerçekleştirilebileceği kurumun doğası gereğidir. Taraflardan bir ya da bir kaçının baskı ve zorlama ile onayladığı anlaşma sonucuna “sulh” diyebilmek olanaksızdır.

Nitekim –İtalya’nın sıra dışı ve geçici uygulamasını ayırık tutarsak– ülkesel ölçekteki Dünya uygulamalarında, hukuksal uyuşmazlıklarda alternatif bir çözüm yolu olarak arabuluculuk; gönüllülük ve isteğe bağlılığın (iradiliğin) kurucu unsur olması temelinde kabul görmüş, benimsenmiş ve tanımlanmıştır.

Hukuk öğretisi, bu konuda tam anlamıyla bir uyum halindedir:

Brown/Marriot’a göre “Alternatif uyuşmazlık çözümü, uyuşmazlıkların çözümü amacıyla görev yapan devlet mahkemelerinde görülen dava yolunun yanında **seçimlik bir yol** olarak işleyen, genellikle tarafsız bir üçüncü kişinin, mevcut bir uyuşmazlığın çözümü konusunda taraflara yardımcı olmak ve katkıda bulunmak amacıyla katıldığı bir grup “uyuşmazlık çözüm yöntemleri topluluğu” olarak tanımlanabilir.<sup>12</sup> Unsurları itibariyle bu tanımda, alternatif uyuşmazlık yolları içinde özellikle “arabuluculuğa” vurgu yapılmış olduğuna dikkat çekmek isteriz.

Hukuk mevzuatımızı yeniden yapılandırma sürecinde, öngörü ve uygulamalarını referans aldığımız Avrupa Parlamentosu ve Konseyi

<sup>12</sup> Mustafa Serdar Özbek, a.g.e. s.174

de arabuluculuğa başvuru ve sürecin devamına ilişkin olarak; "... adlandırılma ve başvurulma şekline bakılmaksızın, uyuşmazlığın tarafı iki veya daha fazla kişinin, **gönüllü bir temelde** uyuşmazlıklarını çözmek için bir arabulucunun yardımı ile bizzat çaba gösterdikleri yapılandırılmış bir süreçtir" demek suretiyle, tarafların gönüllülüğünün varlığını aramaktadır.<sup>13</sup>

"ABD'de yayımlanan Arabuluculuk Standartları Kılavuzu'nda, arabuluculuğun temel prensibinin irade özgürlüğü olduğu belirtilmiştir. Bu durum, tarafların gönüllü ve baskı olmadan bir anlaşmaya ulaşabilmelerini gerektirir.<sup>14</sup> Arabuluculuğun başarılı olabilmesi, tarafların gönüllü olarak ve istekle bu işi yapmalarına bağlıdır; aksi halde bir verim beklemek zordur."<sup>15</sup>

"Yargısal yahut mahkeme dışı çözüm yollarına müracaat konusunda, aralarında uyuşmazlık bulunanlar, tam bir serbestiye sahiptirler. Uyuşmazlığın çözümü için alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kararlaştırılmış olması, yargının genel yetkisini bertaraf etmez ve böyle bir kaydın varlığına rağmen yargıya başvurulmuş olması, diğer tarafa herhangi bir itirazda bulunma hakkı bahşetmez."<sup>16</sup>

Ülkemizde halen yürürlükte bulunan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda da arabuluculuğun gönüllü ve isteğe bağlı olacağı esası ilkesel ölçekte benimsenmiştir.

Kanun öncelikle, arabuluculuğun tanımını yaptığı 2/b maddesinde ""arabuluculuğun

ihthiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi" olduğunu açıkça vurgulamaktadır. Keza 17. maddesinin "b" bendinde "taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi" ve "c" bendinde de "taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabu-

<sup>13</sup> Council Of The European Union, Directive 2008/52/EC, s.6

<sup>14</sup> Elif Kısmet Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yay. Ank. 2014 2. Baskı s.70 Kekeç alıntısı; "Model Standarts of Conduct for Mediators (September 2005), Standart 1" den yapmıştır.

<sup>15</sup> Elif Kısmet Kekeç , a.g.e. s.70 (Kekeç alıntısı; Ware, s.230'dan yapmıştır.)

<sup>16</sup> İldır, G., Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003, s.30

luculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi” hallerinde arabuluculuk sürecinin son bulacağı belirtilmektedir.

Kanunun arabuluculuğu tanımlayan hükmünde yer alan; “...ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında” uygulanabileceğine dair hükmü de, arabuluculuğun sadece iradiliğe elverişli konular itibariyle söz konusu olacağına yönelik bir saptamadır.

Kanunun arabuluculuk sürecinin başlatılması ve sürdürülmesiyle ilgili hükümleri hep birlikte değerlendirildiğinde; arabuluculuğun gerek başlatılmasının gerekse sürdürülmesinin tarafların isteğine bağlı olduğu çok açıkça anlaşılmaktadır.

Esasen HUAK’ın kanunlaşması sürecinde de “tarafların, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbest oldukları düzenlenerek arabuluculuğa başvuru konusundaki iradilik açıklığa kavuşturulmuştur. Tasarının madde gerekçesinde, tarafların öncelikle aralarındaki uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturma konusunda anlaşmaya varmaları gerektiği, **arabuluculuğa başvuruda** ve sürecin devamında **zorlamanın mümkün olamayacağı, zaten zorlamanın arabuluculuğun niteliğine aykırı olacağı**, bu konuda ancak özendirici tedbirlerin alınabileceği, aksi durumun Anayasa ile güvence altına alınan hak arama hürriyetine (AY m. 36,1) aykırılık teşkil edeceği ifade edilmiştir.”<sup>17</sup>

Zaten bir sürecin ihtiyari olması; ona devam edip etmeme özgürlüğünü temsil ettiği kadar, alternatif olarak tanımlanan o yola başvurup başvurmama özgürlüğünü de kapsamı gereken bir hak ve yetki kullanımı olarak anlaşılmalıdır.

Konunun öğretilde tanımlanması da aynı doğrultudadır: “Gönüllülük iki şekilde karşımıza çıkar. Bunlardan birisi arabuluculuğa katılma konusunda gönüllü olunması, diğeri ise anlaşmanın yapılması konusunda gönüllü olunmasıdır.”<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Şamil Demir, Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi Adalet Yay. Ankara 2011 s. 33 (Demir, alıntıyı; Tanrıver - Arabuluculuk Tasarısının Getirdikleri s.637’den yapmıştır.)

<sup>18</sup> Elif Kısmet Kekeç a.g.e. s.70

Dolayısıyla dava açmadan önce, tarafların arabulucuya başvuru zorunluluğu; genel olarak “sulh” kurumunun ve onun sistemleştirilmiş yöntemlerinden birisini anlatan “arabuluculuğun” doğasına, ruhuna ve özüne esaslı şekilde aykırı olacaktır. O kadar ki başvurunun zorunlu kılındığı bir arabuluculuk, artık hiçbir şekilde arabuluculuk olarak değerlendirilemeyecektir.

### **c. Kişinin bir haksızlık algısı karşısında doğrudan bağımsız/ tarafsız yargıya başvurabilmesinin demokrasiyle bağlantısı**

Çağdaş ve evrensel hukuk ve demokrasi anlayışı uyarınca, toplumsal örgütlenme

modelinin en üst aygıtını temsil eden “devlet”in; mali kaygılar ve pratik mülahazalarla ve/veya kolaycılığı tercih anlayışı içinde, yargısal alandaki konumunun daraltılmaya çalışılması asla bir çözüm yöntemi olarak düşünülememelidir. Çünkü, yargısal gücü temsil edip, bu konuda tüm bireylere adaletin tahakkukunu garanti edecek bir mekanizmayı oluşturup sunmak, “devlet”in en temel işlevlerinden birisidir. Bu işlevi yadsıyan bir devlet anlayışının meşruiyetinin sorgulanması gerekir. Buna göre yargısal alanın, devlet yapılanmasından dışlanması (bir anlamda özelleştirilmesi) suretiyle yargısal yükü hafifletmeye yönelik çözüm arayışı, yaratacağı daha büyük sistem/rejim sorunları itibarıyla uygulanabilir bir yöntem olarak benimsenemez.

Kişilerin, dava açmadan önce ve zorunlu olarak arabulucuya müracaat etmek durumunda bırakılmasını; devletin asli fonksiyonlarından birisini temsil eden bağımsız ve tarafsız mahkemelere doğrudan erişim hakkının önüne, mutlak surette aşılması gereken bir engel bir set olarak değerlendirmek gerekir. Bu durum aynı zamanda, demokrasinin kurucu üç unsurundan birisi olan ve yurttaşların hukuksal güvenlik duygusu için en önemli dayanağı oluşturan bağımsız ve tarafsız “yargı” erkine, yepyeni bir anlam ve içerik kazandırma anlamına gelir.

Şöyle ki; Aristo’nun ilk tasarımcısı, Montesquieu’nun geliştiricisi olduğu kuramsal demokrasi tanımlamasında, “kuvvetler ayrılığı” olmazsa olmaz bir şart, “bağımsızlık özelliği” ancak kuvvetler ayrılığı içinde anlam bulan “yargı” erki ise bu denge içinde asli belirleyici-

liğı haiz bir unsurdur. Zira, yasamanın veya yürütmenin toplumsal mukaveleye veya evrensel ölçekte kabul görmüş genel hukuk kurallarına aykırı olan herhangi bir davranışı/tutumu karşısında, -en zayıf konumundakiler dahil- bireylerin, adalet talebiyle başvurabileceğı bir organ mutlaka olmak gereklidir. Bu başvuru hakkı, gerektiğinde yasa- ma ve yürütmenin hukuka aykırı eylemlerine karşı da söz konusu olabilmelidir. Ve aynı zamanda bu organın yürütme ve yasamanın olası tehdit ve şantajlarından masun olması da demokrasinin meşruiyeti bakımından kaçınılmaz bir gerekliliktir.

Kimi hukukçular, arabulucuya başvurmanın zorunlu hale getirilmesi halinde dahi tarafların süreci tamamlamak zorunda olmadıklarını, belirli bir prosedürü tamamladıktan sonra dönüp dava açabileceklerini; dolayısıyla mahkemeye erişim hakkının ortadan kaldırılmadığını ileri sürmektedirler. Bu noktada öncelikle şunu belirtmek isteriz: Evet, mahkemeye erişimin tümüyle ortadan kaldırılmadığı doğru, ancak mahkemeye doğrudan erişimin ortadan kaldırıldığı; bağımsız ve tarafsız yargıya ulaşabilmenin geciktirildiğı ve bir takım maliyetlere bağlandığı da aynı ölçüde doğrudur.

Unutulmamalıdır ki adalete ulaşmanın geciktirilmesi ve zorlaştırılması, adaleti talep ve tahakkuk ettirme hakkının özüne dokunan ve onu zedeleyen bir durumdur. Bu olgusal gerçekliğı, tarihsel süreç içinde toplumsal vicdanda karşılık bulmuş bir atasözümüz, kısaca **“gecikmiş adalet adalet değildir”** şeklinde tanımlamıştır.

Buna göre demokrasilerde yurttaşlar için temel bir hak olarak tanımlanmış bulunan, adaletin tahakkuku talebiyle doğrudan mahkemeye erişme hakkının önüne bir takım bariyerler konulması, kuvvetler ayrılığı ilkesine dayalı demokratik anlayış ile bağdaştırılabilecek bir sonuç değildir.

Bundan başka Türkiye’deki mevzuat uyarınca, arabulucuların sicillerini tutma ve denetimlerini yapmak gibi önemli görev ve yetkileri haiz Arabuluculuk Daire Başkanlığı’nın, yürütmenin bir organı olan Adalet Bakanlığı bünyesinde oluşturulması ve Arabuluculuk Kurulu Başkanlığı’nın Adalet Bakanlığı temsilcisine verilmesi de kuvvetler ayrılığı ilkesine açık aykırılık oluşturmaktadır.

Zira hukuk uyuşmazlıklarında bir alternatif çözüm yöntemi ola-



sahip olduğu yükümlülüğün ortadan kaldırılmasına yol açacak bir alternatif düşünceye izin verilmesi imkansızdır. Bununla birlikte, yargı organlarının yargılama hakkı ve yetkisi üzerindeki mutlak egemenliklerine zarar vermeden, yargı organına ilave ya da tali nitelikte olan uzlaştırmacı usullerin tatbikata yerleştirilmesi mümkündür.”<sup>21</sup>

Bu görüşlere katılmamak mümkün değildir. Tarafların özgür iradeleri ve gönüllülüğü çerçevesinde gerçekleşecek anlaşmanın ideal bir sonuç ve yöntem olduğu, yazının en başında zaten vurgulanmıştı. Ancak çalışmaları yürütülen yasa değişikliği uyarınca, belirli bazı uyuşmazlıklarda kişilerin dava açmadan önce arabulucuya müracaat etmesinin zorunluluğa dönüştürülmesi, kuşkusuz ki arabuluculuğun özünü oluşturan gönüllülüğü de iradiliği de açık bir şekilde ortadan kaldıracaktır. Bundan başka kişilerin mahkemeye doğrudan erişimi önünde bir büyük engel olarak belirecektir.

Peki, böyle bir uygulama mevcut Anayasamızla ne kadar uyum arz edecektir? Bu soruyu yanıtlayabilmek için, öncelikle mevcut T.C. Anayasası'nın konu ile ilgili hükümlerinin gözden geçirilmesi gerekmektedir.

Arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesinin Anayasa'ya aykırılığını doğru bir şekilde değerlendirebilmek için de, Anayasa'nın sistemli bir bütün olduğu gerçeğinden hareketle, konuyu dolaylı hükümleri de gözetererek tartışmak uygun yöntem olacaktır.

Anayasa'nın 6. maddesi hükmü; “Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir. Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır.

Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz” demektedir.

Buna göre “egemenlik” hakkı, birinci olarak **“Anayasanın koyduğu esaslara göre”** ikinci olarak da **“yetkili organlar eliyle”** kullanılacaktır. Anayasa, bu açık tanımlamayla da yetinmeyip, egemenlik yetkisinin kullanılmasındaki son derece koruyucu ve kısıkaç duyarlı-

<sup>21</sup> M. Serdar Özbek; Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2013 s.176



lığını, hiçbir tereddüt ve yanlış anlamaya yer bırakmamak üzere, **“hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz”** demiştir.

Peki, Türk Milleti adına kullanılacak olan “egemenlik yetkileri” nelerden ibaret; bu hakkı kullanacak “yetkili organlar” hangileridir?

Anayasa, takip eden üç maddede (7,8 ve 9. maddelerde) egemenlik yetkilerini “yasama,” “yürütme” ve “yargı” yetkisi olarak sınırlamakta ve bu yetkilerin, ancak ve sadece kimler tarafından kullanılabileceğini tek tek açıklamaktadır.

Bu çerçevede **“Yargı yetkisi” başlıklı 9. maddesinde; “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır”** demektedir.

Anayasa’nın 11. maddesi hükmü ise “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz” demek suretiyle, Anayasanın alıntılanan hükümleri var olduğu sürece, yasamanın dahi egemenlik yetkisini kısmen veya tamamen yetkili organlar dışında hiçbir kişi ya da oluşuma devredemeyeceğini, güvence altına almaktadır.

Anayasa, temel hak ve hürriyetlerin kutsallığı algısıyla ve dokunulmazlıklarının anayasal güvencesini kuvvetlendirme adına, 14/2 maddesinde, bu hak ve hürriyetlerin yorumlanma şeklini de şu suretle ölçülendirip bir anlamda sınırlandırmıştır:

**“Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz”.**

Anayasa, “Kişilerin Hak ve Ödevleri” başlığı altında “temel hak ve hürriyetleri” sayıp açıkladığı 2. Bölümünün 36. maddesinde (Değişik: 3/10/2001-4709/14 md.) ise **“Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz”** hükmünü getirmiştir.

Anayasa, yukarıya alıntılanan hükümleri ile genel olarak egemenlik yetkilerinin, özellikle de yargı yetkisinin, bağımsız mahkemelere aidiyetinin devredilemezliğini ve sınırlandırılmazlığını yeter açıklıkta hükümlerle güvenceye bağlamıştır. Ancak bununla da yetinmeyip, tanımladığı ölçüğü aşabilecek yanlış yorumların önüne geçme mülahazasıyla, bir de “Kanuni hakim güvencesi” başlığı altında, **37. madde** hükmünü vazetmiştir.

Buna göre; **“Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.”**

Hükmün 1.fıkrasında ifade olunan “başka bir mercii” kavramının üzerinde, özellikle durulması gerektiği kanısındayız. Burada kurumsal yapının ille de yargısal bir kuruluş olması şart koşulmamış, genişletici ve genellemeci bir yaklaşım içinde “mercii” ifadesiyle, bağımsız mahkemelerin yerine ikame olunacak her tür mekanizma kastedilmiştir.

Anayasaya göre her bir kimsenin kanunen tabi olduğu bir mahkeme vardır. Bu mahkemeye doğrudan başvurabilmek, herkes için anayasal güvenceye bağlanmış bir temel haktır. Her ne suretle olursa olsun kişi, bu haktan yoksun bırakılamaz; kişi bu hakkın tanımladığı, kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir mercii önüne çıkarılamaz, çıkmaya zorlanamaz. Velez ki bu mercii, yargılama yapmakla görevlendirilmiş bir mercii olmasın.

Konu, Anayasa’nın 90. maddesi hükmü uyarınca, tarafı olmakla iç hukukumuz açısından bağlayıcılık kazanmış bulunan Uluslararası sözleşmelerce de değerlendirilip hükme bağlanmıştır. Bu cümleden olmak üzere İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 8. maddesi hükmü; *“Her insanın, kendisine yasalarla tanınan temel haklara aykırı uygulamalar karşısında, hak ve hukukunun fiilen korunması için, bu işle görevli ulusal mahkemelere başvurma hakkı vardır”* demektedir.

Benzer şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin *“Adil yargılanma hakkı”* başlıklı 6. maddesi hükmü; *“Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız*

*ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir”* şeklindedir.

Kuşkusuz ki, Anayasanın ve tarafı bulunduğumuz uluslararası sözleşmelerin ortaya koyduğu bu hassasiyet anlamsız bir çaba değildir. Haksızlığa maruz kaldığını değerlendirip, hakkını aramak isteyen kişilere, adalet duygularını tatmin edecek bir adres olarak; devlet veya devlet organları dahil hiç bir güç tarafından etkilenmeyecek şekilde güvencelerle donatılmış olarak bağımsız mahkemeler adres olarak gösterilmiştir. Uygulamaya tam anlamıyla yansıtılabilmiş olmasa da Anayasa'nın amaçladığı sonuca göre bağımsız mahkemeler; yasamanın, yürütmenin ve herhangi bir kişinin etkilemesine, baskısına ve yönlendirmesine tabi tutulamayacak şekilde, hukuksal güvencelerle donatılmıştır. Zaten bu özelliği nedeniyle ki “bağımsız mahkemeler”den söz edebiliyoruz.

Ve işte bunun içindir ki adaletin tecelli etmesi umuduyla kişilerin, son müracaat mercii olarak “bağımsız mahkemelere” doğrudan ve engellemesiz bir şekilde başvurabilme hakkı, Anayasamız tarafından “temel haklar ve hürriyetler” kapsamında değerlendirilerek koruma altına alınmıştır.

Açıklanan olgular nedeniyle,” dava açmadan önce arabulucuya başvurma zorunluluğu,” Anayasanın belirtilen hükümlerine ve genel olarak ruhuna aykırı bir tutum olacaktır. Sorunu kestirmeden ve kolaylıkla çözme kaygısına dayalı hiçbir pratik mülahaza, Anayasal ilkeleri görmezden gelmenin veya onlardan ödün vermenin mazereti olamaz. Aksi halin kabulü, en başta bizi, hukuk devleti anlayışından vazgeçilmesi gibi vahim bir sonucu kabule zorlayacaktır.

Anayasa Mahkemesi hukuk devleti tanımı ve gereğine ilişkin olarak şu tespiti yapmıştır:

“Hukuk Devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan Devlettir. Böyle bir düzenin kurulması, yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin, Anayasal güvenceye bağlanmasıyla

olanaklıdır”<sup>22</sup>

Şunu da belirtmek gerekir ki Anayasa’nın 36. madde hükmünün bölüm başlığı **“Hakların korunması ile ilgili hükümler”**, başlığı ise **“Hak arama hürriyeti”** şeklinde ifade edilmiştir. Burada mahkemeye erişim hakkının, “temel hak” olması yanında aynı zamanda bir “temel özgürlük” olarak korunmaya alındığı kuşkusuzdur. Bu itibarla konu ile ilgili bilumum hükümlerin yorumunda, özgürlüğün kullanımını kısıtlayacak, sınırlayacak veya engelleyecek bir şekilde genişletici veya daraltıcı yorum yönteminin izlenmesi mümkün değildir. Hükümler “özgürlüğün kullanımı” lehine yorumlanmalıdır. Bu bakış, evrensel hukuk anlayışının bir gereği olarak değerlendirilmelidir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında, yorum yönteminin özgürlük lehine tercih edilmesi gereğine ışık tutmuştur:

**“Mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir. Kişinin mahkemeye başvurusunu engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hale getiren, bir başka ifadeyle mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir”**.<sup>23</sup>

O halde kişileri dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmaya zorunlu kılacak bir uygulamanın, Anayasa’nın 36. ve 37. maddeleri hükmüne açıkça ve esaslı biçimde aykırılık oluşturacağı tereddüte yer bırakmayacak açıklıkta bir sonuçtur. Üstelik Anayasa’nın 3. ve 6. maddeleri var olduğu sürece, 36. ve 37. madde hükümlerinin zorunlu arabuluculuğa yol verecek şekilde değiştirilmesi de kanımızca mümkün değildir. Anayasanın 3. ve 6. maddelerinin değiştirilmeye kalkışılması ise rejimin değiştirilmesine yol açacak bir çaba olacaktır. Bütün bu nedenlerle dava açma hakkının önüne, maliyet ve zaman kaybı gibi yaptırımlar içeren öncelikle arabulucuya başvurma zorunluluğunun getirilmesi, her halükarda Anayasaya aykırı bir girişim olacaktır.

#### 4. ZORUNLU ARABULUCULUĞUN UYGULAMA SORUNLARI

<sup>22</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 1 Temmuz 1998 tarih ve K.1998/45 sayılı Kararı.

<sup>23</sup> Anayasa Mahkemesi Birinci Bölümü’nün 21.01.2015 gün ve 2014/4683 E. Sayılı Kararı.

Yukarıda belirtilen sakıncalara ve hukuka açık aykırılıklara rağmen, dava açmadan önce arabulucuya başvurma zorunluluğunun getirilmek istenmesi, bir anlamda işin kolayına kaçmaktır. Böyle bir zorlama, arabuluculuğu; uyuşmazlıkların adalet ekseninde çözümünü yolundan ayırmak ve deyim yerindeyse onu araç olmaktan çıkarıp amaç mevkiine taşıma gayretinden başka bir anlam taşımayacaktır. Özgür irade oluşumuna ve rizai uzlaşmacılığa karşı, hukukun temel ve evrensel ilkelerine aykırılıkla mâlul bir kanun gücüyle dayatılacak “zorunluluk” unsuru; arabuluculuğun özünü oluşturan “sulh” kurumunun yeniden tanımlamasını “zorunlu” kılacak bir zorlamayı çağırıştırılmaktadır. Üstelik böyle bir zorlamanın uygulanabilirliği ciddi zorluklara muhatap olduktan başka, bu yöntemle hedeflenen pratik beklentilerin gerçekleşme ihtimali de varit gözükmemektedir.

Türk Hukuku'na kazandırılması planlanan zorunlu arabuluculuğun uygulama sorunlarını, aşağıdaki başlıklar altında değerlendirmekte yarar görmekteyiz:

**a. Belli bazı davalarda öncelikle arabulucuya başvurunun zorunlu hale getirilmesi yargının yükünü hafifletecek bir çözüm müdür?**

Ülkemizde; belirli tür davaların tamamı ve -istisnalar hariç- dava konusu doğrudan parasal değer veya parasal değerle ölçülebilir nitelikte olan davalardan belli bir miktar altında kalanların tümü için, mahkemelerde dava açmadan önce, konunun arabuluculuğa taşınmasının zorunlu hale getirilmesinin planlandığı ve bu doğrultuda Adalet Bakanlığı'nca bir kanun değişikliği taslağı oluşturulduğu bilinmektedir.

Konu ile ilgili olarak her düzeyde ilgili ve yetkilinin yaptığı açıklamada, bu planlamanın birincil ve asıl nedeni olarak yargının yükünün hafifletilmesinin hedeflendiği iddiasına tanık olmaktayız.

Ne var ki ülkemizin öznel koşulları çerçevesinde yaşanılmakta olan uygulama deneyimleri uyarınca, bu öngörünün gerçekçi ve tutarlı olmadığını değerlendirmekteyiz.

Bu noktada, taraf vicdanlarının tatmin düzeyinin yüksek gerçekleşmesi anlamında, iradiliğe (gönüllülüğe) dayalı arabulucu marifetiy-

le sulh olgusunun, işlevselliğıne ve erdemliliğıne bir kez daha vurgu yapmayı gerekli görmekteyiz. Ancak ısrarla belirtmek isteriz ki bu olumlu sonuç, sadece ama sadece gönüllü arabuluculuk için geçerlidir. Çünkü, bir uyuşmazlığın tarafları, özgür iradeleri tahtında, arabuluculuk yöntemini benimseme konusunda ve belli bir arabulucunun kimliğı üzerinde anlaşmaya varmışlarsa, o sürecin sonucunda, verilen ödünler/sağlanan yararlar çerçevesinde bir anlaşmaya varılması, neredeyse kaçınılmazdır.

Ancak, aralarındaki husumet duygusunun yoğunluğundan ötürü uyuşmazlığa düşen taraflardan birisinin (davacının); konuyu arabulucu marifetiyle çözüm önerisi, en başta hasım tarafından önerilmiş bulunulmakla, davalı tarafça soğuk (güvenilmez) algılanacaktır.

Hele bir de davacı, tarafsız adres olarak arabuluculuk yapacak bir kişi ya da kurumun ismine işaret etmişse, davalı o ana kadar o kişi ya da kuruma güven duymakta olsa bile o andan itibaren bir takım kuşkulardan beslenen güvensizliğini teyakkuza geçirecektir. Hasmının, işaret ettiği kurum ya da kişiyi “niçin seçtiğı” noktasında kafasında soru işaretleri uçuşacaktır.

Bir de konuya Türkiye’deki yargılama pratiğı açısından yaklaşacak olursak, şu tespitleri yapmak zorundayız:

Öncelikle, üçüncü kişinin tarafsızlığına güven duyulması bakımından, onlarca yıldır var olan bir uygulamanın sonuçlarına -kıyas yaklaşımı içinde- göz atmakta yarar görmekteyiz:

Mevcut HMK sistemimiz itibariyle hukuk davalarında, şayet mahkeme bilirkişi incelemesine gerek duyarsa, taraflara üzerinde anlaştıkları bir bilirkişi bulunup bulunmadığını sorar. Bu yöntemin öncelenmiş olmasına karşın, uygulamada tarafların üzerinde uzlaşarak belirledikleri bilirkişi seçimine gidilebildiğı dava sayısı yok denecek kadar azdır.<sup>24</sup> Davanın bir tarafının ilk olarak önerdiği bilirkişi adayına, diğer taraf da güven duyuyor olsa bile sırf karşı tarafın teklif etmesi nedeniyle, öneriye kuşkuyla bakma eğiliminde olmaktadır.

<sup>24</sup> Bu konuda bir veri sonucu olarak belirtmek gerekirse; makale yazarı, avukat sıfatıyla 28 yıllık uygulayıcılık deneyiminin verdiği gözlem birikimiyle, bilirkişi ataması yapılan -takip ettiği- bine yakın hukuk davasında, tarafların bilirkişi seçiminde anlaşmaya varabildikleri bir tek davaya tanık olabilmış değildir.

Ülkemiz gerçekliğinde, -toplumsal güven bunalımının yoğun yaşandığı sosyo psikolojik zemin esas alındığında- aynı durumun “arabulucu” seçiminde de yaşanacağını tahmin etmek zor olmasa gerektir... Şöyle ki davacının dava açmazdan önce davalıya önereceği arabulucu ismine veya arabuluculuk kurumuna karşı, davalı –salt bu tek yanlı önermeden kaynaklı olarak- kuşkuyla yaklaşacaktır. Ve arabulucu seçimi konusunda anlaşma ihtimali son derece zayıf gerçekleşecektir.

Bu durum, davalının dava sonucunu geciktirmeye yönelik genel ve geleneksel yaklaşımı ile birlikte değerlendirildiğinde; öncelikle arabulucuya başvuru zorunluğu, davalının davanın açılmasını geciktirmesi için kullanılacağı formel bir mekanizma olarak kullanılacaktır. Bu çerçevede davalı, kimi zaman teklifin kabulü için öngörülen süreyi yanıtsız geçirecek; kimi zaman da bir araya gelip görüşmelere katılacak ve fakat sürecin sonucunda anlaşmazlık tutanağı düzenlenmesini sağlayacaktır. Her iki halde de davanın olması gereken süreçten daha geç bir tarihte açılması; dolayısıyla uyuşmazlığın çözümü sürecinin daha uzun sürmesi gibi bir sonuca yol açacaktır. Takdir olunacağı üzere bu hal ise yargılama sürecinin kısalmasına değil fakat, daha da uzamasına yol açacak; dolayısıyla arabulucuya başvurma zorunluluğunun dava şartına dönüştürülmesi ile sağlanacağı varsayılan yargının yükünün hafifletilmesi amacı da gerçekleşmeyecektir.

Diğer bir ahlatımla; “Ağır iş yükü altında bulunması sebebiyle, yargının yavaş işlediği bizim ülkemiz gibi ülkelerde, zorunlu arabuluculuğa başvuru mekanizması, yargıdaki gecikme sebebiyle, lehine daha avantajlı bir durum doğan tarafın, uyuşmazlık çözüm sürecini daha da uzatmasına prim verir; bu da arabuluculuk kurumundan beklenen yararın tümüyle gerçekleşmesini önler. Bu nedenle, arabuluculuk sürecinin işleyişi, tümüyle tarafların ihtiyarına bırakılmalıdır. Yine, kişilere, arabuluculuk sürecini işletmek suretiyle uyuşmazlıkları çözüme kavuşturma alışkanlığının kazandırılabilmesi için, arabuluculuk yapacak olanların, bağımsızlık, tarafsızlık, gizliliğe riayet, mesleki uzmanlık ve sair nitelikler açısından, hakimler gibi güven telkin edici bir konuma getirilmesine gayret edilmeli; bunu temin çerçevesinde de varlığı gereken standartlar, güvenceler ve mekanizmalar

oluşturulmalıdır.”<sup>25</sup>

### **b. İş Hukukundan kaynaklanan davalarda zorunlu arabuluculuk uygulaması mümkün müdür?**

İş uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolları Alt Komisyonu'nun Ankara Hakimevi'nde yaptığı 02.06.2015 tarihli toplantısında şekillendirilen “İş Mahkemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı” aynen şu hükümlere yer verilmiştir:

- İş uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuk kurumuna başvurulması zorunludur ve dava şartı olarak kabul edilir.
- Zorunlu arabuluculuk, kanuna, bireysel ve toplu iş sözleşmesine dayanan işçi alacakları ile işe iade davalarına münhasırdır.
- Miktarla bakılmaksızın tüm işçi alacakları arabuluculuk kapsamındadır.
- Arabuluculuk ücreti konusunda “Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi” uygulanır.

Anılan taslağın öngörüldüğü şekilde kanunlaşması halinde; herhangi bir miktar sınırlaması olmaksızın, gerek bireysel gerekse toplu iş sözleşmelerine dayalı iş akitlerinden kaynaklı işçi alacakları ve işe iade davalarının tamamı zorunlu arabuluculuk kapsamında yer alacaktır.

Peki böyle bir uygulama, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na ve 4857 sayılı İş Kanunu'na egemen olan temel ilkelere ne kadar uyumlu olacaktır?

Konuya önce 4857 sayılı İş Kanunu'na egemen olan temel ilkeler yönünden bakalım:

Yürürlükte bulunan İş Hukukumuzda egemen olan ilk iki ilke; emredicilik ve işçinin korunmasına dair ilke ve özelliklerden oluşmaktadır. Nitekim Yargıtay, bir kararında bu ilkelerin varlığına ve bağlayıcılığına şu suretle vurgu yapmıştır:

“İş hukukunun **emredicilik** yönü ve işçinin korunması ilkesi uya-

<sup>25</sup> Süha Tanrıver, age. s. 170



rınca yabancılık unsuru taşıyan bu tür uyumsuzluklarda açıklandığı gibi Türk vatandaşı olan işçinin kamu düzeni de dikkate alınarak yurt dışına gönderilmesinde gönderen kişi ya da şirketin yurt dışındaki yabancı şirket ile organik bağı delillendirildiğinde Türk İş Hukuku uygulanmakta ve organik bağ içinde olan Türkiye’de kişi veya kişiler işçinin işvereni kabul edilerek sorumlu tutulmaktadır.”<sup>26</sup>

Emredicilik yönü ve işçinin korunması ilkesine ek olarak, Türk İş Hukukunun bir diğer önemli özelliği de düzenlediği alanların bir çoğunun “kamu düzeni” ile ilgili oluşudur. Bu yöne değinen bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı, taraflar tahkime gitme konusunda anlaşmış olsalar bile anılan ilkeler uyarınca, bu yetki anlaşmasının geçersiz olacağını hüküm altına almıştır.

“Davacı işçi, fazla çalışma parasıyla sözleşmenin altıncı maddesinde öngörülen 180 günlük iş süresinden 15 gündelik karşılığının davalı işverenden alınmasını istemiş, davalı sözleşme gereğince hakeme başvurması gerektiğini savunmuş, mahkeme sözleşme ile tahkim yolu kabul edildiğinden davanın görev yönünden reddine karar vermiş, özel daire toplu iş sözleşmesindeki tahkim şartlarının davacı işçi bakımından geçerli sayılması yolsuz olduğu gerekçesiyle hükmü bozmuş, mahkeme eski hükümde direnmiştir. (...)

İş Kanunu, büyük bir kısmı itibariyle kamu düzeni hükümlerini kapsamaktadır. İşçiye tahkim şartlarının kabul ettirilmesiyle hakemlerin verecekleri kararların Yargıtay’ca murakabesi imkanı daraltılmış ve dolayısıyla İş Kanununun kamu düzeni bakımından birinci derecede önemli olan emredici hükümleri ve bu arada işçi hakları halele uğratılmış bulunacaktır. O halde, bir iş sözleşmesinde tahkim şartı, İş Mahkemeleri Kanunu’na ve İş Hukukunun ana gayesine aykırı olduğu için muteber sayılmamak gerekir.”<sup>27</sup>

Yukarıya alıntılanan Yargıtay kararları, Türk İş Hukukuna; **kamu düzeni ilkesinin, emredicilik özelliğinin ve işçinin korunması anlayışının egemen olduğunu net bir şekilde tespit etmektedir.** En son alıntılanan ve işçi alacağına ilişkin bulunan YHGK kararı ise belirtilen

<sup>26</sup> Yargıtay 7. Hukuk Dairesi E. 2013/10105 K. 2013/17312 T. 24.10.2013

<sup>27</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 1964/9-634 K. 1965/405 T. 10.11.1965

ilkeler uyarınca, önceden kararlaştırılmış olsa bile -bu kararlaştırmanın işçiyi bağlamayacağı anlayışından hareketle- zorunlu olarak tahkime dahi gidilemeyeceğini hüküm altına almıştır.

Bahsi geçen ilkeler uyarınca, öncelikle tahkime gitme anlaşması bile işçi yönünden bağlayıcı sayılmazken, işçi alacakları yönünden öncelikle arabulucuya başvurma zorunluluğunun getirilmesi, bu ilkelere yok sayılması anlamına gelmeyecek midir? Bu sorunun cevabı için bir de 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na bakmak gerekiyor.

6325 sayılı Kanunun "Amaç ve kapsam" başlıklı 1. maddesi hükmü aynen şöyledir:

"Bu Kanunun amacı, hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde uygulanacak usul ve esasları düzenlemektir.

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".

Görüldüğü üzere alıntılanan Kanun hükmü son derece açıktır. Arabuluculuğun ancak ve sadece "tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde" uygulanabileceğini öngörmektedir.

Evrensel hukuk anlayışına ve kökleşmiş Yargıtay içtihatlarına göre, **bir hususun "tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlem" sayılabilmesi için, bu alanın; kamu düzenine ve hukukun emredici kurallarına aykırı olmaması mutlak bir gerekliliktir.** Yukarıda ifade olunan açıklama ve hukuksal dayanaklar yok sayılmadığı taktirde, işçi alacakları ve işe iade davalarının, emredici hukuk kurallarına tabi ve kamu düzenine ilişkin bulunduğu ve dolayısıyla, "tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemler" kapsamında yer alamayacağı çok açıktır.

Buna göre, Türk İş Hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların, zorunlu arabuluculuğa -hatta gönüllü arabuluculuğa- uygun olmadığı açıktır. Buna aykırı bir yasal düzenleme girişiminin, Anayasanın "değiştiri-

lemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez” hükümleri kapsamında bulunan, “Türkiye Cumhuriyeti’nin bir sosyal hukuk devleti olduğu” hükmü ile bağdaştırılamazlığı ortadadır.

Bu nedenle arabuluculuğun -hele de zorunlu arabuluculuğun-Türk Hukuk Sistemi içinde uygulamaya konulabilmesi, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü anlayışı ile tevil edilebilecek bir yaklaşım değildir. Diğer bir anlatımla iş hukukuna ilişkin bireysel uyumsuzlukları arabuluculuk -hele de zorunlu arabuluculuk- kapsamına almak, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun ruhuna ve “arabuluculuk” tanımlamasına aykırıdır. Üstelik bu hukuka aykırılığın, değiştirilmesi mümkün olmayan “Türkiye Cumhuriyeti”nin bir sosyal hukuk devleti olduğu’na dair Anayasa hükmü var olduğu sürece hiçbir şekilde giderilemeyeceği açıktır. O halde yürürlükteki hukuk düzeni itibariyle bırakınız zorunlu arabuluculuğu, gönüllü arabuluculuğun dahi bireysel iş hukuku uyumsuzluklarında hiçbir şekilde uygulanamazlığı çok açıktır.

Peki ama, bu hukuksal gerçekliğe karşın, zorunlu arabuluculuk uygulamasının, öncelikle ve özellikle -üstelik parasal değer sınırlaması getirilmeksizin- iş hukuku uyumsuzluklarında uygulanması girişiminin temel saiki nedir?

Bu sorunun, hukuksal değil fakat hukuksal kaygılardan uzaklaşmış pratik mülahazadan kaynaklanan yanıtı şudur:

Bilindiği ve yukarıda kısmen değinildiği üzere iş hukuku mevzuatımız, Anayasada tanımlanan sosyal devlet anlayışının bir gereği olarak, belirli bazı konularda işçinin haklarını işverene karşı koruma altına almıştır. Bu anlayış nedeniyle işverenler, mahkemelerde görülen davalarda işçiye karşı dezavantajlı olduklarına dair genel bir algıya sahiptir.

Arabuluculuk uygulamasında ise her iki taraf (işçi ve işveren), herhangi bir koruma, gözetme yaklaşımına muhatap kılınmaksızın eşit muameleye tabi tutulmaktadır. İşçi ve işveren, aynı kurallara tabi olarak uzlaşma pazarlığına oturmaktadır. Ne var ki iki taraf, içinde buldukları koşulların, hakkından daha aza razı olmayı baskılaması/dayatması anlamında, eşit güce ve deyim yerindeyse silaha sahip değildir.

Bir genelleme yaparsak, büyük ölçüde işçi işverene karşı zayıf konumda, içinde bulunduğu şartların baskısına maruz durumdadır. Hakkına bir an önce kavuşma saiki ile ondan ciddi ödünler vermeye yatkın ve hazırdır. Konuyu somut örneğe yansıtacak olursak şunu söyleyebiliriz: Yüz birim hakkının doğduğunu bilen bir işçi; bu hakkının yargılamaya konu olması halinde, uzun süreçte ve bir takım ekstra giderler karşılığında tahakkuk edeceğini bildiği ve daha önemlisi hakkına kavuşmaya yönelik acelesi olduğu için, elli birimi hemen teslim almayı yeğleyebilecek durumdadır. Örneği esas alırsak böyle bir uygulama sonucunda süreçten işçi kayıpla ayrılacak; işveren ise işçi aleyhine yarı yarıya kar sağlamış olacaktır.

Nitekim sırf bu nedenledir ki Türkiye arabuluculuk uygulamasında, şu ana kadar arslan payını işçi-işveren uyuşmazlıkları oluşturmuştur. Şöyle ki; 2013 yılı Aralık ayında başlayan arabuluculuk uygulaması sonucunda 16.01.2016 tarihi itibariyle (2 yılı aşkın bir süreçte) arabuluculuğa taşınan toplam 1.663 uyuşmazlık sayısının 1.181'ini, yani %71'ini işçi-işveren uyuşmazlıkları oluşturmuştur.<sup>28</sup> Onlarca dava türünden işçi işveren arasındaki uyuşmazlıkların oranının bu denli yüksek olması, elbette ki boşuna değildir. İşverenin, bağımsız ve tarafsız mahkemelerin işçinin zayıf konumunu gözeterek "sosyal devlet" anlayışıyla değerlendirme yapan yargısından kaçınıp, çok farklı güç ve avantajlı konumları temsil etmeye karşın, aynı kurullarla mücadele etme arzusundan kaynaklanan bir sonuçtur. Diğer bir anlatımla işverenin, işçinin kendisi karşısındaki zayıf konumunu, kendisi lehine önemli bir pazarlık gücüne dönüştürme bilincinden ve arzusundan beslenen bir seçimdir. Kuşku yok ki bu hal; insanlığın zorlu mücadele tarihlerinden geçerek ulaştığı sosyal yönetim anlayışını, gerisin geriye taşıma ve kuralsız (vahşi) kapitalizmin ilkel güç yarışırma anlayışını -hem de yargısal alanda- yeniden egemen kıılma girişimi olarak adlandırılabilinecek bir gayretin ifadesidir.

Esasen böylesi bir seçime, -yukarıya alıntılanan kural ve ilkeler uyarınca- mevcut Anayasamızın ve iş hukuku mevzuatımızın izin vermediği/vermeyeceği de aşıkardır.

<sup>28</sup> Alıntılanan veriler, T.C. Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın [www.adb.adalet.gov.tr/](http://www.adb.adalet.gov.tr/) sitesinden aktarılmıştır.

Hal böyle iken, hukukun üstünlüğünü, çağdaş/evrensel demokrasi anlayışını ve temel anayasal ilkeleri yok sayan bir bakış açısıyla; hak arayışındaki bir işçi için, bağımsız ve tarafsız yargıdan önce, yürütme organının dizaynına tabi arabulucuya başvurma zorunluluğunun getirilmeye çalışılmasını anlayabilmek ve anlamlandırabilmek mümkün değildir.

Bu tercih, olsa olsa, bugüne kadar verilen kan ve gözyaşı ile sulanmış insanlık mücadelelerini yok sayıp, insanlığı “güçlünün haklı” kabul edildiği ilkel dönemlere taşıma anlayışı ile tevtil olunabilir...

## 5. ARABULUCULUĞUN GÖNÜLLÜLÜK TEMELİNDE VE ÜLKE GERÇEKLERİNİ GÖZETİR ŞEKİLDE UYGULANABİLİR OLMASINA YÖNELİK ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

### a. Temel öncelik mahkemelerin ihtiyacı karşılar yeterliliğe kavuşturulması olmalıdır.

Zorunlu arabuluculuğun getirilme amacı olarak ifade olunan, yargının yoğun yükünün azaltılması adına tanımlanabilecek en doğru çözüm; devletin nitelik ve nicelik olarak ihtiyaca cevap verebilecek yeterlilikte yeni mahkemeler kurması ve hakim ve savcılarını istihdam etmesidir.

Konuyu Türkiye özelinde değerlendirecek olursak, böyle bir politika uygulanamaz veya zor da değildir. Yaklaşık on beş bin civarında olan hakim-savcı sayısının otuz bine çıkarılması, devletin mali dengelerini sarsacak bir uygulama olmayacaktır. Buna bir de hukuk eğitimi için zorunluluk olarak öngörülecek kalite standardı getirilmesi ve hakim-savcılarının -hakim savcı yardımcılığı gibi kurumların ihdası suretiyle- iyi ve yeterli derecede staj eğitimine tabi tutulmaları gibi yan önlemlerin eklenmesi halinde, yargının yoğun yükünün hafifletilmesi anlamında, zorunlu arabuluculuk gibi zorlamalara gerek kalmayacağı aşikardır.

Belirtilen türden asli ve olması gereken önlemlere ek olarak, erdemlerine en başta değinilen isteğe bağlı arabuluculuğun, etkin şekilde uygulanabilmesi koşullarının geliştirilmesinde de hiçbir sakınca yoktur; tam tersine sayısız yarar vardır.

**b. Arabuluculuk zorunlu hale getirilirken yargının üç temel ögesinden savunmayı temsil eden avukatların hukukunun gözetilmesi gereği**

Yurttaşların, kendilerini hukuk güvenliği içinde hissetmeleri ve bu duygunun karşılığını görebilmeleri anlamında, yargı erkinin üç ayağından en önemlisini oluşturan savunmanın temsilcisi olan avukatlar; öncelikle ve özellikle yukarıda tanımlanan ilkesel nedenlerle arabuluculuğa yönelik zorunluluk dayatmasını kabul etmeyeceklerdir. Buna ek olarak avukatlar, yargısal erk içindeki savunma örgütünü zayıf düşürmeye yönelik olarak, peş peşe uygulamaya konulan politikaların en belirleyicisi ve sonuca en çok etkilisi olduğu kavrayışının tetikleyeceği subjektif bakış açısıyla, zorunlu arabuluculuğa karşı koyacaklardır. Çünkü avukatlar; hükümetin yanlış ve ölçüt tanımayan politikaları sonucunda, sayılarının kontrolsüzce arttığını ve buna karşılık potansiyel iş alanlarının giderek daraltılmasının sıkıntısını, zaten yoğun bir şekilde yaşamaktadır. Zaten böylesi bir duyumsamayı güncel gerçeklik olarak yaşamakta olan avukatlar, konu ile ilgili olarak şöyle bir değerlendirmeyi de yapmaya kendilerini zorunlu hissedeceklerdir:

**c. Arabuluculuk ancak avukatlar ve baroların etkin işbirliği ile kurumsallaşabilir.**

Bilindiği üzere hukuksal bir uyuşmazlık içine düşen kişilerin, sorunun çözümü için öncelikle bir avukatın temsiline veya en azından yönlendirmesine başvurmaları olgusu, sosyal bir gerçekliktir. Bu gerçekliğin bir sonucu da avukatların önerecekleri yolu, öncelikle kendilerinin benimsemesi ve doğru görmeleri gerekliliğidir...

Konuya gerçekçi bir gözle ve belirtilen çerçevede baktığımız takdirde, avukatların; hem yukarıda değinilen ilkesel nedenlerle hem de arabuluculuğun, kendi varlık nedenlerini önemsemeyen bir yaklaşımla alternatif yol olarak sunulması karşısında, bu yolu benimsemeyecekleri ve dahası müvekkillerine tavsiye ve telkin etmeyecekleri ortadadır. Bu yargının özet anlatımı şudur: Avukatların hukuk anlayışını, vicdanını hesaba katıp, bu doğrultuda gerçekleşecek katılım ve katkısını sağlamadan -gönüllü- arabuluculuk kurumunu işlevsel ve

uygulanabilir kılmak mümkün değildir. Aynı sorun, arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesi halinde de sağlıklı ve sonuç alıcı işleyişin gerçekleşmemesi bakımından söz konusu olabilecektir.

Peki, arabuluculuğun, hukuk uyuşmazlıklarında alternatif (seçimlik) bir yol olarak uygulanabilirliğini sağlama anlamında ne yapılabilir?

Madem ki arabulucu marifetiyle çözümlenmek istenen –kamu düzenini ilgilendiren hususlar dışındaki- hukuk uyuşmazlıklarının, alternatif bir çözüm yöntemine kavuşturulması isteniliyor, o taktirde yapılması gereken şu olmak gerekir:

Öncelikle arabuluculuğu, yürütme organının bir temsilcisi olan Adalet Bakanlığının –büyük ölçüde tek yetkili şekilde- organize etmesi yerine, kurumun yargı erki içinde yapılandırılması tercihine hak verilmelidir. Zira hukuk uyuşmazlıklarının nihai çözümünü öngören arabuluculuk mekanizması, dar anlamda değil fakat, geniş anlamda yargısal bir süreçtir. Bu durum, yazının ilk bölümlerinde de değinilen kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gerektirmesidir. Bu doğrultuda yapılması gereken; arabuluculuk kurulu ve bürokrasisinin yargı erkinin üç unsurunun (hakimler, savcılar ve avukatlar) eşit katılımı ile özerk bir yapının meydana getirilmesidir.

Türkiye'nin sosyo-kültürel altyapı gerçekleri gözetildiğinde, arabuluculuk uygulamasının hızlı ve etkili olarak kurumsallaşabilmesi için ikinci önerimiz de şu olacaktır:

Her bir yargı çevresi için oluşturulacak “arabuluculuk merkezleri,” ilgili il barolarının bünyelerinde ayrı ve kısmen özerk bir yönetsel yapı olarak kurulmalıdır. Büyük illerde ihtiyaca göre birden fazla merkez kurulması veya merkeze bağlı şubeler açılması da mümkündür. Her bir merkez yönetiminin seçimi ve işleyişi, merkeze kayıtlı arabulucuların iradeleriyle şekillenmeli; bu suretle baro yönetimi değişikliklerinden etkilenmelerinin engellenmesi sağlanmalıdır. Her bir arabuluculuk merkezi kayıtlı arabulucular üzerinde performans ve disiplin işlemleri bakımından iç denetim yapmalıdır. Arabuluculuk ile ilgili politikaların tespiti, ülkesel ölçekteki koordinasyonun sağlanması ve merkezlerin üst denetimi ile merkez kararlarına karşı itiraz mercii de yargı erki bünyesindeki üst yapıya ait olmalıdır.

Böyle bir tercih; merkezlerin kolay oluşturulması, kurumsallaşması, iç denetlenebilirliği ve etkili işleyişinin sağlanması bakımlarından en uygulanabilir yöntemdir.

Avrupa Birliği Konseyi'nin arabuluculukla ilgili "direktif kararları" uyarınca, Avrupa Birliği'ne "Aday Ülke" statümüzden kaynaklı olarak, yakın bir gelecekte "arabulucu olabilmek için asgari hukuk fakültesi mezunu olma şartı"nın kaldırılması girişimlerinin söz konusu olacağını tahmin etmekteyiz. Nitekim arabulucu olmak için hukukçu olma şartını öngören -Türkiye dışında- yegane ülke konumundaki Yunanistan'ın, Avrupa Birliği'nin baskıları sonucunda bu şartı kaldırmak durumunda kaldığı bilinmektedir. Ancak buna rağmen biz, arabulucuların hukukçulardan oluşması şartının -özellikle de Türkiye bakımından- mutlak bir gereklilik olduğu düşüncesindeyiz.

Yürürlüğe giren mevzuatta arabulucu olabilmek için hukuk fakültesi mezunu olma şartı, isabetli bir takdir ve seçim olarak benimsenmiştir. Çünkü arabulucu, her ne kadar taraflara telkin ve tavsiyelerde bulunmak veya uyuşmazlığın esasına yönelik çözüm önerileri getirmekten yasaklı bir konumda ise de usul hukukunu her halükarda bilmek durumundadır. Zira, uygulama sırasında çoğu zaman taraf müzakerelerinin alacağı boyut öngörülenin dışına çıkabileceği gibi, kimi zaman taraflar arabulucudan yasal işlevinin sınırlarını aşan müdahale taleplerinde ve/veya beklentisi içinde bulunabilirler. İşte bu gibi durumlarda, doğru ile yanlış tutum arasındaki ince dengeyi koruyabilmek için hukuk usulü bilgisine sahip olmak, vazgeçilemez bir gerekliliktir. Bundan başka uyuşmazlık taraflarının, bir hukukçuya karşı, hukukçu olmayanlara nazaran daha yüksek oranda bir başarı şansı tanıyıp, güven duygusu taşıyacakları da kuşkusuzdur.

Bütün bu nedenlerle arabulucu olmak için hukuk fakültesi mezunu olma şartının kararlılıkla sürdürülmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Mahkemedeki yargılama sürecinde tarafların adalete erişebilme anlamında güven duygularını temsil eden asıl öge, gelişmelerin hakim huzurunda ve kontrolü altında cereyan etmesidir. Arabuluculukta ise bir hakim ya da hakem bulunmayacaktır. Bu noktada arabulucunun hukukçu kimliği ve tarafların, avukatlarının temsili çerçevesinde görüşmeye katılmaları, söz konusu güven açığını kapatacak ve bir ta-



kım olası istismarları önleyecektir. Aynı zamanda yargısal erk temsilcilerinin sürece katılmaları, arabuluculuk faaliyetinin geniş anlamda da olsa yargısal bir mekanizma oluşu ile uyum arz edecektir. Daha da önemlisi tarafların avukatla temsili, meramların anlatılması ve anlaşılmasını kolaylaştıracak, uzlaşılabilirliğin önünü açacaktır. Bundan başka tarafların uzlaştıkları hususların; doğru, amaca uygun ve yeni bir uyuşmazlığa yol açmayacak netlik ve yeterlilikte metne bağlanması da sağlanabilecektir. Arabuluculuk görüşmeleri sırasında tarafların kendilerini avukatla temsil ettirmeleri, kanımızca mahkemedeki temsil olgusundan daha işlevseldir. Bütün bu nedenlerle, arabuluculuk görüşmelerinde tarafların kendilerini avukatla temsil ettirmelerinin zorunlu hale getirilmesinin, sistemin sağlıklı ve verimli işleyişi için şart olduğunu değerlendirmekteyiz.

#### **d. Arabuluculuğun geliştirilmesine yönelik olarak alınabilecek diğer önlemler**

Bugünkü mevzuatımıza göre arabulucu seçiminde geçerli olan sistem, uyuşmazlık taraflarının belli bir arabulucu kişinin adı üzerinde anlaşmaları şeklindedir. Potansiyel olarak birbirine karşı güvensizlik duygusunun asıl olduğu uyuşmazlığa düşmüş kişilerin, belli bir kişi ismi üzerinde anlaşmaya varabilmelerinin çetinliğini fark etmek ise zor olmayacaktır. Bu nedenle mevcut sistemden vazgeçilmeli; uyuşmazlığa düşen tarafların, barolar bünyesinde oluşturulacak arabuluculuk merkezlerine müracaat etmeleri öngörülmelidir. Arabulucu seçiminin merkezler esas alınarak gerçekleştirilmesi, sözleşme yapılırken -kamu düzenini ilgilendiren konular hariç- uyuşmazlık halinde hangi merkezin seçildiğine dair görev/yetki anlaşmasına da kolayca yansıtılabilecektir. Sözleşme yapılması aşamasında tarafların bir isimi yetkilendirmesinin kolay kolay mümkün olamayacağı gözetildiğinde, böyle bir uygulamanın gönüllü arabuluculuğa yönelecek uyuşmazlık sayısını bir hayli artıracığı açıktır.

Taraf müracaatını alan merkezin, uyuşmazlığın türüne bakıp o alanda bilgi ve deneyim sahibi bir hukukçu arabulucuyu görevlendirmesi, arabuluculukta dal uzmanlığı gereksinimini de çözen pratik bir yaklaşım olacaktır. Esasen arabulucunun görev kapsamının niteliği gözetildiğinde, arabulucunun uyuşmazlık konusuna ilişkin teknik

bilgisinden öte, o tür uyuşmazlıkların çözümünde rol almış olmağından kaynaklı genel bilgisi daha belirleyici olacaktır.

Konuyu şöyle bir örnekle açıklamak kanımızca daha yararlı olacaktır: Bina yapımına ilişkin bir uyuşmazlıkta, -arabulucunun uyuşmazlığın teknik ayrıntılarına, imalatın hesaplanmasına bizatihi girişemeyeceğı de gözetildiğinde- ayrıntılı teknik bilgi sahibi inşaat mühendisi yerine, bu tür uyuşmazlıkların çözümünde bilgi ve deneyim sahibi bir hukukçunun, arabulucu sıfatıyla sağlayacağı katkı çok daha fazla ve sonuca etkili olacaktır.

“Öte yandan, alternatif uyuşmazlık çözümleri konusunda kamuoyu bilinçlendirilir ve bu yolların, yargının yerine ikame edilmek istenen yollar olmadığı sürekli bir biçimde altı çizilir, yararları da açıkça ortaya konulmak suretiyle, bu yollara başvurulmasının özendirmesine ve teşvik edilmesine uygun bir ortam yaratılırsa, alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının özüne de uygun olarak, taraflar kendiliğinden bu mekanizmaları işletmek için istekli hale gelecek ve bu suretle birçok sorun yargı önüne getirilmeden çözüme kavuşturulacak, dolayısıyla yargının iş yükü de önemli ölçüde azalacağı için, onun daha etkin ve daha verimli çalışması da sağlanmış olacaktır”.<sup>29</sup>

Arabuluculuk uygulamasının, amacına ve doğasına uygun bir şekilde geliştirilmesinin bir önemli yolu da derdest davaların, yargılama aşaması gözetilmeksizin arabulucuya sevkini sağlanabilmesidir. Davanın açılması akabinde özellikle taraf beyanları ve deliller toplandıktan sonra hakim, uyuşmazlığın arabulucu marifetiyle çözülme şansını gerçekçi bir şekilde tartma şansına sahip olacaktır. Kimi zaman da yargılamanın ileri aşamasında böyle bir şansın güçlendiğini fark etmek mümkün olur. İşte bu gibi durumlarda hakimin, gerekirse asıl tarafları da davet edeceği bir duruşmada, tarafların arabulucuya müracaat etmelerini kolaylıkla tavsiye ve telkin edebilmesi için gerekli mevzuat değişiklikleri yapılmalıdır. Hukuk teorisyenleri ve uygulayıcılarının katılımı ile gerçekleştirilecek ayrıntılı bir mevzuat çalışması sonucunda, bu sevk mekanizmasının kolaylaştırılarak kurumsallaştırılması mümkündür.

<sup>29</sup> SühaTanrıver, age. s. 154

Hakimlere, arabulucuya sevk ettikleri ve bu yolla çözülen dava sayısı ile orantılı olarak olumlu not değerlendirmesi yapılması da işleyişe katkı sunacak bir etmen olarak düşünülmelidir. Avukatların da destekleyeceği bu yöntemin etkin uygulanması, özellikle çok uzama potansiyeli arz eden davalarda, her iki tarafı da memnun edecek ve yargının iş yükünü bir hayli hafifletecektir.

Konu ile ilgili olarak, “Amerikan Hukuk Enstitüsü ve Özel Hukukun Bütünleştirilmesine İlişkin Milletlerarası Enstitü’nün hazırlamış olduğu Uluslar- Ötesi Hukuk Usulü Prensiplerine İlişkin Model Kanun’da da, uzlaşmayla ilgili özel bir düzenleme bulunmaktadır. Bu Model Kanun’un 24. maddesi aynen şu şekildedir: “Mahkeme, tarafların yargılamaya devam etme fırsatına saygı gösterirken aynı zamanda mümkün olan hallerde makul bir biçimde, tarafları uzlaşmaya teşvik eder. Mahkeme, yargılamanın herhangi bir aşamasında tarafların uyuşmazlığın alternatif yollarla çözümü sürecine katılımını kolaylaştırmalıdır. Taraflar, yargılamanın hem başlamasından önce hem de sonra makul uzlaşma çabaları konusunda iş birliği yapmalıdır. Mahkeme, masraflara ilişkin kararını, iş birliği yapmadaki makul olmayan başarısızlığı veya uzlaşma çabalarına kötü niyetle katılımı yansıtacak bir şekilde ayarlayabilir”.<sup>30</sup>

Taşınmazın aynına ilişkin bir çok uyuşmazlık türü (özellikle taşınmazdaki ortaklığın taksim veya satış yöntemiyle giderilmesi ile ilgili olanlar), esas itibariyle arabuluculuk yöntemiyle çözüme son derece elverişlidir. Bu tür uyuşmazlıklar ile aile hukukundan kaynaklanan bir kısım davalar, arabulucu marifetiyle çözüm kapsamına alınmalı; “kamu düzeni” ile ilgili olma problemi de şu suretle giderilmelidir: Bu tür davalarda asıl taraflar, taraf vekilleri ve arabulucunun imzalayacağı anlaşma tutanağı, mahkemece onaylanmadıkça bağlayıcılık arz etmemelidir. Mahkeme de, anlaşmanın onayı için mutlaka duruşma açmalı, taraf ve vekillerini dinlemeli; konuyu ve anlaşılan hususları bütün boyutlarıyla irdelemeli ve kamu düzenine, genel ahlaka aykırı bir durum görmezse anlaşma sonucunu onaylamalıdır. Bu suretle onaylanan belge artık ilam hükmünde olmalı; tapu idarelerince işleme esas alınabilmelidir.

<sup>30</sup> Süha Tanrıver, age. s. 156

Arabulucunun, görüşmeler sürecinde uyuşmazlığın esasına yönelik etkin müdahil konumunda olmamasına; temel işlevi uzlaşma kolaylaştırıcılığı çerçevesi ile sınırlı bulunmasına karşın, o'nun taraf-sızlığına ve yeterliliğine yöneltilecek güven duygusu, sürecin başlamasında olduğu kadar, olumlu sonuçlandırılmasında da başat rolü hazirdir. Bu nedenle arabulucu olabilmek için verilen eğitimin çok daha kapsamlı ve uygulama ağırlık olmasında büyük yarar bulunmaktadır. Sistemin sağlıklı işleyişi için arabulucuların sayısal çokluğundan öte, nitelik ve ehliyet olarak kendilerini göstermeleri çok daha yararlı olacaktır.

“Son derece kaliteli, profesyonel, objektif bir kimliğe sahip arabulucuların uyuşmazlık çözümünde görev alabilmesini temin ve sürecin işleyişinde daha işin başında bir hayal kırıklığı yahut fiyasko ile karşılaşılması için, resmi sıfatı bulunan üst bir hukuki yapılanma çerçevesinde, arabuluculuğun koordinasyonu, işleyişi ve denetimi gerçekleştirilmelidir.

Yine, arabulucuya başvuruyu teşvik bağlamında, ilgililerin nitelikli arabuluculara kolay ve şeffaf bir biçimde ulaşabilmesine imkan veren bir mekanizma oluşturulmalı; arabuluculuk faaliyetinde bulunacak olanlara, salt bu faaliyetlerinden kaynaklanan zararların tazmini bağlamında işlev görmek üzere sorumluluk sigortası yaptırma ve bunu faaliyette bulunduğu sürece ayakta tutma zorunluluğu getirilmeli ve ayrıca bunların yanı sıra, arabuluculuk giderlerinin, adli yardım ile hukuki himaye sigortasının kapsamında mütalaa edilmesine olanak sağlayan yasal düzenlemeler gerçekleştirilmelidir.”<sup>31</sup>

## SONUÇ

İnsanlığın ahlaki temelde süre gelen demokrasi arayışlarının, binlerce yılda kat ederek ulaştığı mesafeyi tanımlayan kuvvetler ayrılığı ilkesi; bu yolda erişilmiş en yüksek ve en erdemli düzeyi temsil etmektedir.

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin üç temel ögesinden, en belirleyici ve kararlayıcı olanını ise kuşkusuz “yargı erki” oluşturmaktadır. Çünkü;

<sup>31</sup> Süha Tanrıver, age. s. 170

her dönemde değişik formatlarla zuhur etmiş bulunan ve yasama, yürütme gücünü her halükarda uhdesinde toplayabilen yozlaşmış zorba güce karşı; her bir yurttaşın, hukuk güvenliğinin, özgürlüğünün ve adaletin tahakkuku istemli hak taleplerinin yegane teminatını temsil eden erk, “yargı”dır”.

Bu anlayış doğrultusunda ve uygarlaşma tarihi sürecinde oluşup, olgunlaşıp yetkinleşen yargı erki; aynı zamanda “devlet” olgusunun başlıca varlık nedenlerinden birisini, belki en önemlisini temsil etmektedir. Ve her bir devletin, yurttaşlarının adalet talebini karşılayacak yeterlilikte/ölçekte yargı erkini örgütleme sorumluluğu, o devletin en temel meşruiyet ölçütü olarak kabul edilmektedir. Nitekim bu bakış açısıyladır ki gerçek demokrasilerde, “hâkimlik güvencesi,” “doğal hâkim ilkesi” gibi ilkeler hayata geçirilmiş; bu suretle yurttaşların hükümet edenlere, hatta devlete karşı şikayette bulunma ve haklarını elde etme hakkı güvence altına alınmıştır.

Geldiğimiz aşama itibariyle Ülke olarak demokrasimizi geliştirip, bu doğrultuda yargısal yapımızı ihtiyaca cevap verecek ölçekte donanımlı kılmayı yeğleyecek yerde; -devletin sair alanlardaki olağanüstü savurganlıklarını görmezden gelen bir anlayışla- tasarruf tedbirleri adına, yargı erkini aşamalı olarak yargısal alandan ayıklamaya çalışmaktayız... İnsanlığın bilinen tarihinden beri var olagelen -iradilik temelindeki- arabuluculuğun sistemleştirilmesi girişimleri, elbette ki böyle bir gayretin ürünü değildir. Ve fakat, şimdilik belli bazı davalar için öngörülüyor olsa da yargı organından önce arabulucuya başvurma zorunluluğunun getirilmek istenilmesi, tam da bu amaca hizmet eden bir uğraşı tanımlamaktadır... Diğer bir anlatımla bu yaklaşım; kapitalist emperyalizmin küreselleşmesi süreciyle doğru orantılı olarak gelişen neoliberal anlayışın, “demokratik devlet” aygıtını küçülterek etkisizleştirmesini hedeflemektedir...

Nitekim gelişmeyi bu düzlem ve doğrultuda değerlendiren Türkiye Barolar Birliği, aldığı ilkesel bir kararla “belli bazı davalarda arabulucuya başvurmanın zorunlu hale getirilmesine” karşı olduğunu tespit ve ilan etmiştir.<sup>32</sup>

<sup>32</sup> TBB Yönetim Kurulu, ilk olarak ..... tarih, ..... sayılı; ikinci olarak da 04.12.2015 tarih ve 2015/1873 sayılı kararlar uyarınca, belli bazı uyuşmazlıklar için dava aç-

Zorunlu arabuluculuğun getirilmesine yönelik başlıca gerekçe olarak ifade edilen, yargı yükünün hafifletilmesinin çözüm yöntemi; bizce, devletin yargı erkini ihmal ederek küçültmesi olmak yerine, ihya ederek yeterli güç ve donanımına ulaştırması olmak gerekir. Üstelik bu gereklilik; yukarıda ayrıntılı şekilde tanımlandığı üzere anayasal ilkelerin öngördüğü bir zorunluluktur. Bu tutum yerine, yurttaşların bağımsız ve tarafsız mahkemelere doğrudan erişim hakkının önüne, esaslı bir bariyer yerleştirme anlamına gelen zorunlu arabuluculuk; anılan temel hakkın özüne dokunan bir müdahale olarak, aynı Anayasa'ya açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

Diğer bir yönüyle zorunlu arabuluculuk projesi, hükümetlerin kayıtsız tutumları nedeniyle zaten zor günler yaşamakta olan savunma örgütünün, daha da zor şartlarla yüz yüze bırakılmasına, giderek çökertilmesine neden olacak girişimlerin miladına işaret eden bir uygulamadır.

Bütün bu nedenlerle; tarafların özgür iradelerinin kurucu unsur olduğu sulh kurumunun sistemleştirilmiş yöntemlerinden birisini temsil eden gönüllü arabuluculuğun benimsenip desteklenmesi, doğru bir yaklaşımdır. Ve fakat, bu kurumun ruhuna ve doğasına aykırı düşen bir yaklaşımla, arabulucu marifetiyle sulh olgusunun zorunluluk temelinde dayatılması; geniş kabul görmüş evrensel ölçekteki demokratik ve hukuksal ilkeler uyarınca, asla ama asla kabul edilebilir bir sonuç değildir.

---

madan önce, arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilmesine yönelik girişimlere karşı olduğunu kararlaştırmıştır.