



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 başvurdıkları, 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 bildirinin sunulduğu 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 bildirinin 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 vereceği karara bağlı 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, diğer 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.

İnsanoğlunun uyuşmazlıklarını kavga, mücadele ve diğerini 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 durmayacağız¹.

1 Arabuluculukla ilgili genel bilgi için bkz. Özekes **M.**, Pekcanitez Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 2802 vd. ve orada anılan literatür. Ayrıca bkz **Ekmekçi Ö./Özekes 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 yanılgısı ortaya çıkmıştır. Zorunlu arabuluculuk, aslında arabuluculuğun özüne, amacına ve ilkelerine aykırıdır. Çünkü, arabuluculuğun özü iradeye, anlaşmaya, uzlaşmaya, müzakereye dayanmaktadır; zorlama ise yargısal faaliyetin gereğidir². 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 yapılmış³, 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 olmuştur⁴. 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 bildirinin sunulduğu toplantının ardından) bu sefer 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'daki⁵ 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 gerekmektedir⁶.

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 bildiriminin 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 konuyla ilgili yol gösterecek kararları bakımından da aşağıdaki kararlarına değinebiliriz. Bu kararlardan en yenisi bu bildirinin 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 kararıdır⁷. 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 sorunu 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 yakınlığıdır⁸.
- 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 aslî, 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 hakkındadır⁹. 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 karardır¹⁰. 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 aykırıdır¹¹.

- 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 çıkmanın 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 çıkarsa 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 mümkündür¹²:

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

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 oluşmaktadır¹³. 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 anlaşılabacaktır.

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 gelebilecektir¹⁴. Birkaç örnek¹⁵:

- 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 bırakılmıştır¹⁶.

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 çözmenin güvencelerinden 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 inisiyatifiyle 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 ücretiyle 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 şaşırmamak 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 eleştiri 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, diğ er yandan da arabuluculuk yoluyla yeni bir masraf kaleminin oluşması çelişkisini de ortaya çıkarmaktadır. Ceza yargılamasında zorunlu m dafilikte bu konuda ortaya çıkan sorunlar, farklı şekillerde burada da ortaya çıkabilecektir. Arabuluculuk masraf artıran değıl, masraf azaltan bir yöntemdir.
11. Bir süre sonra zorunlu arabuluculuğ un, arabuluculuğ un özündeki ilkelerden uzaklaşıp karmaşık hale gelmesi ve bu zorunluluğ un doğ urduğu sorunlar sebebiyle hukuk sistemini sıkıntıya sokması, ayrıca Devlete mal i, sosyal ve siyas i yüke dönüşme tehlikesi bulunmaktadır.

D. ARABULUCULUK DEĞ İL, ZORUNLU VE     NDEN UZAKLAŞAN ARABULUCULUK SAKINCALIDIR

Arabuluculuk konusunda, özellikle zorunlu arabuluculuğ un ortaya çıkmasından sonra yaptığımız eleştiriler karşısında arabuluculuğ a karşı olduğumuz düşünülmemelidir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ve özellikle de arabuluculuğ a ihtiyarî olduğu, doğru uygulandığı, amacına uygun yararlanıldığı, ilkeleri dışına çıkılmadığı sürece karşı değıliz, 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  zen gösterilmesi ve sabırlı olunması gereken bir kurumdur. Kurumun salt uyuşmazlık çözümü ve yargısal yönü değıl, 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, arabuluculuğ u, sadece sonuçlarından biri olan (ve zaman isteyen) yargının iş yükünü azaltma yönünün asıl amaç haline getirilmesi, zorunluluk gibi arabuluculuğ un 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 toplantıda¹⁷ 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 çözmenin 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 çözmede 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 ciddî ve önemli olduğunu belirtmek isteriz.

17 Özekes M., Yanılgılar ve Önyargılara Arasında Arabuluculuk, Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk-Uluslararası Sempozyum, Adalet Bakanlığı-İngiltere Ankara Büyükelçiliği-Conflict Managment 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 sıtmaya 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”*.