İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Public and Private International Law Bulletin, 40(2): 877–902

DOI: 10.26650/ppil.2020.40.2.0051
http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/_

Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 01.09.2020
Kabul: 08.09.2020
Online Yayın: 03.12.2020

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Zorunlu Arabuluculuğun Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde İrdelenmesi

The Review of Mandatory Mediation in Terms of the Right of Access to Justice

Sibel Özel*

Öz

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi (ADR) olan arabuluculuk tarafların üçüncü bir kişinin yardımıyla uyuşmazlıklarını çözümlemeye çalıştıkları bir süreç anlamına gelmektedir. Bu itibarla zorunlu arabuluculuk kavramı arabuluculukla bağdaşmaz görünmektedir; zira tarafların prosedüre katılımlarının gönüllü olması zorunludur. Ancak sürece başlamak ile süreçte kalmak arasında fark olduğu ileri sürülmüştür. Buna göre tarafları arabuluculuğa zorlamak onları sulh olmaya zorlamak anlamına gelmemektedir.

Zorunlu arabuluculuk mahkemede dava açmak için gerekli bir şart olarak yani dava şartı arabuluculuk olarak gerçekleşebilir. İkinci görünüm şekli, mahkemenin yönlendirmesiyle gerçekleşen zorunlu arabuluculuktur. Burada hâkime tarafların rızasına bakmadan onları arabuluculuğa gönderme yetkisi verilmiştir. Üçüncü olarak zorunlu-benzeri olarak ifade edilebilecek bir yöntemle arabuluculuğa zorlama sağlanabilir; zira bu yöntemde mahkeme öncesinde arabuluculuğa gitmeyen taraf yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilir.

Bu makalede Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Sözleşmesi m. 6 ve 13'de anlamını bulan yargısal koruma prensibini bünyesinde barındıran adalete erişim hakkı çerçevesinde zorunlu arabuluculuk irdelenmektedir.

Anahtar Kelimeler

ADR, arabuluculuk, Zorunlu arabuluculuk, Adalete erişim, Yargısal koruma

Abstract

Mediation as a method of ADR (alternative dispute resolutions) is a process whereby parties attempt to solve their disputes with the assistant of a third person. Therefore, it seems strange to call something "mandatory mediation" because it requires for parties' voluntary participation during the process. However, it is argued that there is a distinction between voluntariness into and within the process. Thus, that coercing parties to attempt mediation is not necessarily tantamount to enforcing settlement.

Mandatory mediation may appear as a condition for the admissibility of an action before courts. The second type of mandatory mediation appears as court-referred mediation that gives judges power to refer parties' mediation regardless of their consent. The third is described as quasi-compulsory because it is indirectly compelled through adverse cost orders if not undertaken prior to commercing proceeding.

This paper reviews mandatory mediation in terms of access to justice which is constituted by the principle of judicial protection enshrined in Art 6 and 13 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Keywords

ADR, Mediation, Mandatory mediation, Access to justice, Judicial protection

* **Sorumlu Yazar:** Sibel Özel (Prof. Dr.), Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: sibelozel@marmara.edu.tr ORCID: 0000-0003-4027-6258

Atıf: Ozel S, "Zorunlu Arabuluculuğun Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde İrdelenmesi" (2020) 40(2) PPIL 877.
https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0051

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

Extended Summary

Mandatory mediation seems to be stranged at first sight since mediation as a method of alternative dispute resolution covers a process whereby parties try to solve their conflicts with the assistant of a third person. In this respect the voluntary participation of the parties is essential for the process. However, it has been seen that voluntary mediation was not preferred as an ADR in many countries, including Italy. Therefore, mandatory mediation has been adopted by law in countries so as to reduce the burden of courts.

Mandatory mediation draws attention to the distinction between the starting of the process and the conclusion of the process by settlement. Hence, it is acceptable to force parties to undertake a mediation process, provided that they are not compelled to stay in the process and solve their dispute. One of the main objectives of mandatory mediation that is adopted by law is to reduce the burden of courts and the cost of litigation. However, it achieves its goal only if the parties reach a settlement at the end of the process. Otherwise, it would be waste of time and money. On the other hand, had the parties reached the settlement through out of court proceedings, it would be an open question whether the outcome of the process serves justice because a settlement is confidential and produces no precedent. Consequently, the settlement has no effect on the community at large, and it will be of out of public discussion regarding if justice is served because the settlement itself will be considered as justice between parties even though it is not. Besides, as far as cases in which parties are not interested in a mediated settlement but simply want a judicial determination of their rights are concerned, mediation -voluntary or mandatory- would not be a correct solution. Accordingly, in terms of all sorts of disputes in general, mediation cannot be an alternative to court litigation as well as arbitration whereby parties are tried and forced by a judgment unless they voluntarily enter and participate in order to reach the settlement during the process.

It is adopted that mandatory mediation should not conflict with the principle of judicial protection enshrined in Art 6 and 13 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as well as Art 36 of the Turkish Constitution. In this respect the Court of Justice of the European Union and the Turkish Constitutional Court made their judgment that mandatory mediation that is a necessary condition for the admissibility of actions before courts will not incompatible with the right of effective judicial protection provided that such a requirement does not prevent parties from exercising their right to access to the judicial system. In conclusion, mandatory mediation can be preferred by law as long as the outcome of the process is not binding on parties who have control over the whole process; it does not cause a substantial delay for bringing legal proceedings; it suspends the period of the time-barring of claims.

I argue that mandatory mediation can be adopted for some disputes but not all commercial matters, let alone international ones. Turkish Mediation Act nr. 6325 does not provide in which disputes the parties shall start the necessary mediation process before filing a case in a Turkish court; instead it explains the procedure for mandatory mediation in Art 18/A and allows other laws to provide mandatory mediation. In this respect Turkish Labor Law, the Commercial Code, and the Consumer Protection Act have adopted mandatory mediation for the cases they involve. As a principle, it should be for the Turkish Mediation Act to decide which disputes will be subject to mandatory mediation before filing a case in the courts rather than other relevant laws in terms of legal predictability and certainty.

In my opinion, an International Mediation Act should be enacted based on UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting From Mediation, and this Act should be considered as an implementing legislation for the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting From Mediation (Singapore Convention), which Turkey acceded. This Act can also provide a mandatory mediation for certain international disputes which are not complex and less than a certain amount of money. Again, court-referred mediation can be preferred.

I don't think mandatory mediation for all international commercial disputes would promote ADR and reduce the burden of Turkish courts, but it only delays access to the judicial process by wasting time because the current Turkish Mediation Act does not satisfy the requirements of international mediation needs. Likewise, the Commercial Code adopts mandatory mediation for all commercial cases defined as large.

On the other hand, under the current Mediation Act only accredited Turkish citizens can be a mediator, and no other person, including foreigners, would be able to be chosen as a mediator in an international commercial mediation process conducted in Turkey. This condition may be considered as an obstacle for ad hoc mediation processes, including the mediation conducted by an institution in Turkey. Therefore, a new international mediation act based on UNCITRAL Model Law should be enacted and provided with the international mediation needs, just like the International Arbitration Act.

Zorunlu Arabuluculuğun Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde İrdelenmesi

I. Giriş

Hukuki uyuşmazlıkların, devlet mahkemeleri veya tahkim kurulu önünde karara bağlanması yanında alternatif uyuşmazlık çözüm yolları (ADR-Alternative Dispute Resolution) başlığı altında yer alan yöntemler[1] aracılığıyla çözümü her geçen gün hız kazanmakta ve teşvik edilmenin ötesinde yasal olarak da benimsenmektedir.

Avrupa Birliği bünyesinde 2002 yılında kabul edilen Medeni Hukuk ve Ticaret Hukukunda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle ilgili Green Paper-Yeşil Kitap[2] alternatif uyuşmazlık çözüm sistemlerini tarafsız üçüncü bir kişi tarafından yönetilen mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm prosedürü olarak tanımlamıştır[3]. Mahkeme dışı olmasına rağmen tahkim, yargılama prosedürü benzeri bir yapıda olduğu için alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kategorisinde yer almamaktadır[4].

Milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümünde üst sırada yer alan tahkim, bu konumunu 1958 New York Konvansiyonu çerçevesinde, hakem kararlarının tüm dünyada kolayca gerçekleşen tenfizine borçludur[5]. Tahkime de alternatif olarak savunulan arabuluculuk için tarafların yaptığı sulh anlaşmasının milletlerarası icrasını mümkün kılacak 2019 Singapur Konvansiyonu[6] ile arabuluculuk sonucu varılan sulh anlaşmalarının özel hukuk sözleşmesinin ötesine geçerek icra kabiliyeti kazanması hedeflenmektedir. Böylelikle arabuluculuğun milletlerarası nitelikli hukuki ve ticari uyuşmazlıklarda bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak işlevinin artması sağlanacaktır.

Arabuluculuk nasıl adlandırılırsa adlandırılsın, tarafların uyuşmazlıklarını onlara çözüm dayatma yetkisi olmayan 3. kişi ya da kişilerin (arabulucu) yardımıyla, dostane

1 Bkz Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019) 557 vd.

2 Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law COM (2002) 196 final, 19.04.2002. <eur.lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A5200> Erişim Tarihi 28 July 2020. Ayrıntılı bilgi için bkz. Antonio Maria Marzocco and Michele Nino, 'The EU Directive on Mediation in Civil and Commercial Matters and the Principle of Effective Judicial Protection' (2012) 19 (2) LexET Scientia Int'l.J.105, 109 vd.

3 ibid 6, pr 2.

4 ibid; Marzocco and Nino (n 2) 109.

5 Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10 Haziran 1958 tarihinde New York'ta Yapılan Sözleşme, Onay Kanun Numarası: 3731, Kabul Tarihi: 08.05.1991, RG. 25.09.1991/21002.

6 United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting From Mediation (2018) bkz. <http://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/EN/texts/UNCITRAL/Arbitration/mediation_convention_v1900316_eng.pdf> Erişim Tarihi 28 July 2020. Konvansiyonla ilgili bilgi için bkz. Mustafa Erkan, *Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi,* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2020) 77 vd; Sibel Özel, 'Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Konvansiyonu' (2019) 25 (2) M.Ü.H.F Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı) 1190, 1191 vd; Talat Kaya, 'Singapur Sözleşmesi ve Uluslararası Ticari Arabuluculuk Sonucunda Ortaya Çıkan Sulh Anlaşmalarının Tanınması ve İcrası Meselesi' (2019) 25 (2) M.Ü.H.F Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı) 979, 983 vd.

çözüme ulaştırmak için çaba gösterdikleri süreç anlamına gelmektedir[7]. Dolayısıyla üçüncü kişi, taraflara çözüme ulaşma konusunda yardımcı olmakta ve hatta çözüm önerisi getirebilmektedir. Ancak önemli nokta arabulucunun tarafları bağlayıcı bir karar verme yetkisinin olmaması ve getirdiği çözüm önerisinin de taraflarca kabul zorunluluğunun bulunmamasıdır.

Bu itibarla prosedür alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri başlığı altında yer alsa da arabuluculuğun teknik anlamda devlet mahkemelerine alternatif getirdiğini söylemek doğru olmayacaktır. Zira arabuluculuk yargılama işlevi görmemekte, daha ziyade yargı sisteminin bir parçası olarak kabul edilmektedir[8]. Türk Anayasa Mahkemesi de arabuluculuk kurumunun mahkemelerin yerine geçecek bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak düzenlenmediğini; mahkemelere ait olan uyuşmazlıkları çözme yetkisinden farklı olduğunu; bu yönüyle arabuluculuğun bir yargı faaliyeti veya yargıyla rekabet içinde bulunan bir yöntem olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir[9]. Yine Anayasa Mahkemesi başka bir kararında alternatif uyuşmazlık çözümü kavramında geçen "alternatif" teriminin, mahkemelere alternatif olarak kullanılamayacağını; arabuluculuğun bir yargılama faaliyeti olmadığını; tarafların sorunlarını kendilerinin çözmelerini amaçlayan, gönüllülük esasına dayanan bir dostane çözüm yolu ve esas itibariyle adil bir karardan ziyade her iki tarafı da tatmin eden bir çözüme ulaşılmasını hedefleyen yöntemler bütünü olduğunu vurgulamıştır. Dolayısıyla arabuluculuk yargısal sistem yerine ikame edilmeyen tam tersine bu sisteme ilave edilmiş tamamlayıcı yöntemler topluluğudur [10].

Arabuluculuk taraflara hızlı, ucuz, kolay bir şekilde, pek çok hususun gizli kalmasını sağlayarak[11], bir çözüme ulaşma imkânı vermektedir. Bu noktada taraflar

7 Singapur Konvansiyonu m 2(3)'de yer alan bu tanım UNCITRAL Model Kanun m 1(3)'de de aynen yer almaktadır. UNCITRAL Model Kanun 2002 versiyonunda conciliation-uzlaştırıcılık terimi kullanılmış iken 2018 versiyonunda mediation-arabuluculuk terimi tercih edilmiştir. Model Kanun her iki terimin de aynı içerikte kullanıldığına vurgu yapmıştır. Bkz. UNCITRAL Model Law on International Mediation and International Settlement Agreements Resulting From Mediation, 2018 (amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation 2002) <http://www.uncitral.org/pdf/english/commissionsession/51st-session/AnnexII.pdf> Erişim Tarihi 28 July 2020. Başlangıçta conciliation-uzlaştırıcılık tarafsız bir uzlaştırıcının taraflara çözüm önerisi getirdiği bir yöntem (bkz. Edna Sussman, 'The Singapore Convention the Enforcement and Recognition of International Mediated Settlement Agreements' (2018) (3) ICC Dispute Resolution Bulletin 42, 49-50); buna karşılık mediation-arabuluculuk, arabulucunun taraflara dostane çözüme ulaşmaları için yardım ettiği bir prosedür olarak (bkz. Vidur Dhawan, 'Commercial Mediation in the AUAE and the Laws Concerning Mediation' (2019) 6 Uncourt 38, 38) tanımlandığı halde, UNCITRAL Model Kanun ve Singapur Konvansiyonunda vurgulandığı üzere arabuluculuk-uzlaştırıcılık ayrımı ortadan kalkmış ve arabuluculuk terimi daha geniş anlamıyla hem taraflara yardımcı olan hem de çözüm önerisi getiren 3. Kişileri kapsar şekilde kullanılmaya başlanmıştır. 2012 tarihli Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) da (Kanun Numarası: 6325, Kabul Tarihi: 07.06.2012, RG. 22.06.2012/28331) başlangıçta arabulucuya çözüm önerisi getirme yetkisi vermez iken; 2017 değişikliği ile bu yetkiyi tanımıştır.

8 Stella Vettori, 'Mandatory Mediation: An Obstacle to Access to Justice?' (2015) 15 (2) Afr. Hum.Rts. L.J. 355, 362; Maria A Failinger, 'Parallel Justice: Creating Causes of Action for Mandatory Mediation' (2015) Revista Forumul Judecatoritor 60, 74.

9 Anayasa Mahkemesi E. 2017/178, K. 2018/82, 11.07.2018 T, pr 21. (RG. 11.12.2018-30622).

10 Anayasa Mahkemesi E. 2012/94, K. 2013/89, 10.07.2013 T, s. 22. (RG. 25.01.2014-28893).

11 Tobi Dress, 'International Commercial Mediation and Conciliation'(1988) 10 (3) Loy. L.A. Int'l&Comp.L.J. 569, 574,581; Vettori (n 8) 362; Claudia Florinel Augustin Ignat, 'Mediation Clause in Commercial Contracts (The Advantages of Mediation Clauses in Commercial Contracts)' (2013) 2 (1) Persp. Bus.L.J 113, 114. Ayrıca bkz. Failinger (n 8) 91 vd; İlker Koçyiğit and Alper Bulur, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk (1st edn,* Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını 2019) 12 vd.

tamamıyla serbesttir ve hukuk kurallarının getirdiği çözümlerle sınırlı olmaksızın kendi çözümlerini yaratabilmektedir[12]. Arabuluculuğun bu avantajları olumlu sonuçlanan süreçler için geçerlidir. Eğer arabuluculuk sürecinde taraflar uyuşmazlığı çözüme kavuşturma yolunda anlaşamamışsa, mecburen tahkime ya da devlet yargısına başvuracaklardır. Bu durumda da arabuluculuk boşuna zaman ve para kaybı anlamına gelmektedir. Bu itibarla arabuluculuğun her türlü uyuşmazlık için doğru bir yöntem olmadığı ve özellikle taraflar arasındaki güç dengesinin eşit olmadığı hallerde güçlü tarafın arabuluculuk prosedürünü manipüle edebileceği ve karşı tarafı anlaşmaya zorlamak amacıyla baskı kurabileceği ileri sürülmektedir[13].

Arabuluculuk ile ilgili en önemli eleştiri tarafların yaptıkları sulhun gizli olmasının bir sonucu olarak emsal teşkil etmemesi ve bu nedenle de toplumsal fayda sağlamamasıdır. Bir başka ifadeyle sulh anlaşmasıyla sağlanan adalet sadece tarafları ilgilendirmekte ve toplum için adalet temin etmemektedir[14].

Aslında adalet kavramı arabuluculuk ile birlikte değerlendirildiğinde ilk soru arabuluculuğun adalet dağıtıp dağıtmadığı ve eğer dağıtıyorsa bu adaletin usulden mi yoksa esastan mı (ya da her ikisi) olduğu noktasında belirginleşmektedir. NOONE/AMON-OJELABI'nin Avustralya'daki arabuluculuk paydaşları arasında yaptığı bir araştırmaya göre arabuluculuğun usulî adaleti sağlaması gerektiği ileri sürülmüştür. Esastan adaletle ilgili hususlar tarafların kendi adalet standartlarına bırakılmıştır[15]. Arabuluculuğun adaleti sağlaması gerekli mi sorusunda genel olarak bütün katılımcılar arabuluculuğun adaletle ilgilenmesi gerektiğini söylerken; hukuk geçmişi olan ve deneyimli üç arabulucu, adaletin güzellik gibi ona bakan gözde olduğunu; farklı kişilere farklı anlam ifade edeceğini, tarafların bakış açısıyla değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir[16].

Arabuluculuğun usulî adaleti gerçekleştirmesi yönünde fikir birliği oluşmuştur. Buna göre prosedür adil ve hakkaniyet uygun olmalıdır[17]. Esastan adalet ise arabuluculuk sonucunun adil olmasını ifade etmektedir ki bu husus tartışmaları beraberinde getirmektedir. Zira arabulucu sonucun kalitesi konusunda bir rol üstlenmemektedir. Taraflar uzlaşıp uyuşmazlığı geride bırakmaya karar verdiğinde önemli bir şey başarmış olmaktadır[18]. Bununla birlikte, arabulucuların taraflara öneri getiremediği arabuluculukta bile, sonuç adaletsiz olacaksa arabulucuların tarafları

12 Vettori (n 8) 363.

13 ibid 363.

14 ibid 364. Aslında arabuluculuktaki asıl hedef adalet değil, uyuşmazlığın çözümüdür. Gizlilik içinde yürütülen prosedür sonucu toplumsal adalet ve ekonomik refağın bağlı olduğu hukuki belirlilik de sağlanamayacaktır. ibid 360.

15 Mary Anne Noone and Lola Akin-Ojelabi, 'Ensuring Access to Justice in Mediation within the Civil Justice System' (2014) 40 (2) Monash U.L Rev. 528, 535-536.

16 ibid 536. Burada paydaşların adaleti sübjektif bir değere indirgediklerine ve arabuluculukta tarafların sulh olması halinde başka bir değerlendirme yapmanın gereksizliğine dikkat çekilmelidir.

17 ibid 537.

18 ibid 538-539.

haksız anlaşma yapmaktan vazgeçirebileceği ya da onları daha adil bir sonucun gerçekleşebileceği bir arabuluculuk prosedürüne yönlendirebileceği savunulmuştur[19]. Dolayısıyla arabuluculuk paydaşları arabuluculuğun adaleti sağlaması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. Usulî veya esastan adalet açısından ise farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Kimi usulî adaleti yeterli görürken; bir kısmı da arabuluculuğun da adalet sisteminden kaynaklanması nedeniyle esastan adaletle de ilgilenilmesi gerektiğini savunmuştur[20].

Sonuç itibariyle arabuluculuk adaleti sağlama açısından da yargı sisteminin bir parçası olarak ön plana çıksa da asıl işlevini devlet yargısının üzerindeki ağır iş yükünü azaltma noktasında göstermektedir[21]. Bu durum arabuluculuğun teşviki yanında zorunlu arabuluculuğu da beraberinde getirmiştir. Zira gönüllü arabuluculuk taraflar üzerinde beklenen teşviki göstermediğinde, zorunlu arabuluculuk kabul edilmektedir[22].

Zorunlu arabuluculuk her şeyden önce gönüllülük esasına dayanan arabuluculuk kavramıyla tezat teşkil etmektedir. Ancak bu tezatlık arabuluculuğa başlama zorunluluğu ile arabuluculuk sonucu sulh olma zorunluluğunun ayırt edilmesiyle aşılmıştır. Dolayısıyla zorunlu arabuluculuk prosedüre başlama zorunluluğunu ifade etmekte ve hiçbir biçimde taraflara uzlaşma zorunluluğu getirmemektedir. Bu çalışmada çeşitli biçimlerde gerçekleşen zorunlu arabuluculuk ele alınacak ve zorunlu arabuluculuğun adalete erişim hakkını ihlal edip etmediği irdelenecektir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi[23] m. 6, Adil Yargılanma Hakkı başlığı altında herkesin davasının yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkı olduğunu öngörmektedir. Aynı şekilde Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 36 hak arama hürriyetini düzenlemiş ve herkesin yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğunu hükme bağlamıştır. Dolayısıyla arabuluculuğun zorunlu olması durumunda AİHS m. 6 ve AY m. 36'ın ihlal edilip edilmediğinin de irdelenmesi gerekmektedir. Makale meseleyi hem Avrupa Birliği hem de Türk hukuku açısından ele almayı hedeflemektedir.

19 ibid 539.

20 ibid 540. Usulî adaletin sağlanması aşamaları için bkz. Id. s. 546 vd; esastan adaletin nasıl sağlanacağı konusunda bkz. Id. s. 552 vd. FAILINGER Amerikan Common Law sisteminin adaleti sağlayamadığı durumlarda mahkeme bağlantılı zorunlu arabuluculuğun özellikle haksız fiillere ilişkin davalarda adaleti gerçekleştireceğini savunmaktadır. Bkz. Failinger (n 8) 61 vd.

21 10.07.2013 T, E. 2012/94, K. 2013/89 nolu Anayasa Mahkemesi kararı (n 10) s. 22. "Yargı görevinin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlandıkça 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". 11.07.2018 T, E. 2017/178, K. 2018/82 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı (n 9) pr 16.

22 İtalya bunun tipik örneğidir. Gönüllü arabuluculuk beklenen sonucu gerçekleştirmediği için çok geniş bir alanda zorunlu arabuluculuk kabul edilmiştir. William Herbert, Giuseppe de Palo, Ava V. Baker and Apostolos Anthimos, 'International Commercial Mediation' (2011) 45 (1) Int'l Law. 111, 113.

23 İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi, Onay Kanun Numarası: 6366, Kabul Tarihi: 10.03.1954, RG. 19.03.1954/8662.

II. Zorunlu Arabuluculuk

A. Genel Olarak

Arabuluculuk, üçüncü bir kişinin yardımıyla tarafların uyuşmazlıklarını çözümleme süreci olarak tanımlandığında, bu sürecin her aşamasının taraf iradesiyle gerçekleştiği hususu çok açıktır. Ancak tümüyle taraf iradesine bırakıldığında tarafların tercih etmediği bu uyuşmazlık çözüm yöntemi, hâkimlerin tavsiyesi ile teşvik edildiği gibi bazı hallerde kanun koyucu tarafından zorunlu hale getirilmektedir. Bu durumda devlet yargısına başvurulmadan önce tüketilmesi gereken bir aşama olarak düzenlenmektedir. Zorunluluk örtülü olarak da kendini gösterebilir. Arabuluculuğa gitmeyen taraf devlet yargısında haklı çıktığında dava masraflarını ödemeye mahkûm edilecekse artık arabuluculuğun ihtiyari olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır; zira getirilen müeyyide ile arabuluculuk zorunlu hale gelmiş sayılır.

Dolayısıyla zorunlu arabuluculuk, arabuluculuğa başlama ile arabuluculuk sonucu sulh olma arasındaki farklılıktan doğarak, arabuluculuğa başvuruyu zorunlu hale getiren ancak tarafları sulh olma mecburiyetine tâbi tutmayan bir süreç olarak karşımıza çıkmaktadır[24]. Zorunlu arabuluculuğun hangi tür uyuşmazlıklar için ve hangi şekilde kabul edileceği ülkeden ülkeye değişmektedir. Her ülkenin kendi kültürel yapısı ve yargı yükünü azaltma gayreti bu tercihte rol oynamaktadır[25]. Zira zorunlu arabuluculuğun taraf iradesi ve gönüllülük esasına tezat oluşturmasına rağmen, uygulamanın genişletilmesine önemli katkısı olduğu ileri sürülmektedir[26].

Bu bağlamda AB düzenlemesi özel bir önem arz etmektedir. Hukuki ve Ticari Meselelerde Arabuluculuk ile ilgili 2008/52 AB Yönergesi[27] sınır-ötesi uyuşmazlıklar için arabuluculuk düzenlemesi yapmış ve bu Yönerge AB üyesi ülkelerin iç hukuklarına kendi tercihleri uyarınca dahil olmuştur.

Yönerge m. 5(2) "Bu Yönerge, ulusal kanunların, bu kanun tarafları yargı sistemine erişim hakkından mahrum bırakmadığı sürece, yargı prosedürüne başlamadan önce veya sonra, ulusal kanunların zorunlu arabuluculuk uygulaması veya teşvik ya da müeyyideler getirmesine engel olmaz" hükmünü getirmiştir. Dolayısıyla her AB üyesi kendi tercihine göre Yönergeyi iç hukukuna dahil ederken hukuki ve ticari meselelerde

24 Vettori (n 8) 358; Daniele Cutolo and Mark Alexander Shalaby, 'Mandatory Mediation and the Right to Court Proceedings' (2010) 4 (1) Disp. Resol. Int'l. 131, 143.

25 Aynı hukuk sisteminde olmasına rağmen İngiltere ve Avustralya'nın zorunlu arabuluculuğa farklı bakış açıları için bkz. Melissa Hanks, 'Perspectives on Mandatory Mediation' (2012) 35 (3) U.N.S.W.L.J. 929, 939 vd.

26 Bu noktada İtalya örneği verilmektedir. Zira arabuluculuğun İtalya'da uygulanması ancak zorunlu olmasıyla mümkün hale gelmiştir. Bkz. Hanks (n 25) 951; Herbert, de Palo, V. Baker and Anthimos (n 22) 113.

27 Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters [2008] OJ L 136/3. Yönerge ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Marzocco and Nino (n 2) 106 vd; Christina Lenz, 'A Comparison of the Implementation of the EU-Mediation Directive (2008/52/EC) in the Member States and Switzerland' (2013) 3 Y.B. on Int'l. Arb. 347, 351 vd; Herbert, de Palo, V. Baker and Anthimos (n 22) 111 vd; Hanks (n 25) 932 vd. Yönergenin uygulanmasına ilişkin olarak bkz. Report on the Implementation of Directive 2008/52/EC of the Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters (the Mediation Directive) (2016/2066 (INI)) 27.06.2017 A8-0238/2017.

zorunlu arabuluculuğu kabul edip etmemekte serbest bırakılmıştır. Buradaki tek sınır tarafların yargıya başvuru hakkının korunmasıdır.

Yönergedeki bu imkân en bariz şekilde İtalya tarafından hayata geçirilmiştir. Bunun en önemli nedeni İtalyan yargı sisteminin yavaşlığı ve bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde AİHS m. 6'in ihlal edilmesinden dolayı maruz kaldığı tazminat davalarıdır[28]. 2009 yılında çıkan bir kanunla arabuluculuğa gitmeyi reddeden tarafın mahkemede davayı kazanması halinde mahkeme masraflarını ödeme yükümlülüğü getirilmiştir. 2010 yılında çıkarılan Yönergenin uyum kanunu olan 28 nolu Kanun Hükmünde Kararneme ile kategorik olarak aynî haklar; sigorta; bankacılık ve finans anlaşmaları; kazanç paylaşımları; miras, aile hukuku; kira hukuku; komşuluk uyuşmazlıkları; haksız ödünçler; araba ve tekne kazalarından kaynaklanan tazminat talepleri; tıbbi ihmal davaları; basın ve medyada kişilik hakkı ihlalleri zorunlu arabuluculuğa tâbi tutulmuştur. Diğer hukuki ve ticari meselelerde ise ihtiyari arabuluculuk söz konusudur. 20 Mart 2011 tarihinde yürürlüğe giren bu mevzuat özellikle avukatlar arasında çok büyük bir tepkiyle karşılaşmıştır[29].

28 nolu Kanun Hükmünde Kararname İtalyan Anayasa Mahkemesi tarafından kısmen anayasaya aykırı bulunmuş ve bu karar uyarınca 2013 yılında 69 nolu Kararname yürürlüğe girmiştir. Buna göre 28 nolu kararnamede belirtilen konularda dava şartı arabuluculuk devam etmektedir. Bunun dışındaki hukuki ve ticari meseleler ihtiyari arabuluculuğa tâbidir. Devredilmez ve bölünemez haklar (örneğin vücut bütünlüğü, din özgürlüğü, ifade özgürlüğü vb) ile ilgili uyuşmazlıklar ihtiyari arabuluculuk ile çözümlenebilir[30].

Geniş bir alanda İtalya'nın kabul ettiği zorunlu arabuluculuk kavramı, diğer AB üyesi ülkelerde aynı şekilde kabul görmemiştir. Örneğin Slovenya ihtiyari arabuluculuğu esas almış ve hukuki meselelerde zorunlu arabuluculuğu kabul etmemiştir. Yönergenin uyum kanunu mahkemelerin arabuluculuk ile ilgili farkındalığı artıracak programlar ve çalışmalar yapılmasını ve taraflara uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi imkânının verilmesini öngörmüştür. 15 Haziran 2010 tarihli kanun, arabuluculuğun faydalı olacağına inandığı takdirde mahkemelerin tarafları arabuluculuğa yönlendirebileceğini ancak tarafların buna katılım mecburiyetinin olmadığını kabul etmiştir. Diğer yandan arabuluculuk zorunlu olmamasına rağmen, hâkim tarafların arabuluculuk ile ilgili bilgilendirilmesini isterse, tarafların bu bilgilendirme oturumuna katılmaları zorunludur[31]. Dolayısıyla İtalya'da arabuluculuk bir dava şartı iken, Slovenya'da hâkimler tarafları bu konuda bilgilendirmekle yetinmektedir[32].

28 Ayrıntılı bilgi için bkz. Hanks (n 25) 936-937.

29 ibid 937-938.

30 Roberta Altavilla, 'Relazione Mediazione'. İstanbul Barosu'nun 29.03.2019 tarihli Mukayeseli Hukukta Dava Şartı Arabuluculuk başlıklı Panelinde sunulan bildiri. Müellif arabuluculuğun sorunları çözmediğini, dava sayısının azalmadığını, arabuluculuk kullanımının zorunlu dahi olsa alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak algılanmadığını belirtmiştir.

31 Herbert, de Palo, V. Baker and Anthimos (n 22) 114.

32 ibid 115.

Avusturya'da arabuluculuk ihtiyari olarak görüldüğü için tarafların rızaları ihtilafına arabuluculuğa başvurmaları kabul edilmemiştir. Avusturya Yüksek Mahkemesi bu hususu belirlemiştir[33]. İhtiyarîliğin bir sonucu olarak arabuluculukta yer almayan taraf için müeyyide veya olumsuz sonuçlar da kabul edilmemiştir[34]. 2004 tarihli Medeni Kanunu değiştiren Kanun m. 3 ile komşuluk hukukundan kaynaklanan, günışığından veya havadan mahrumiyet ile ilgili uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabuluculuk veya diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvuru kabul edilmiştir. Dolayısıyla komşuluk hukukunda da zorunlu arabuluculuk kabul edilmemiştir; taraflar dava açmadan önce diğer ADS yöntemlerine başvurabilirler[35]. Avusturya'da zorunlu arabuluculuk sadece eğiticinin stajyerinin sözleşmesini olağanüstü feshetmek istemesi halinde kabul edilmektedir[36].

Almanya'da da hukuki ve ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk yoktur[37].

İsviçre Medeni Usul Kanunu m. 214'e göre mahkeme yargı prosedürü devam ederken her zaman taraflara arabuluculuğu tavsiye edebilir. Taraflar ayrıca mahkemeye birlikte başvurarak da arabuluculuğa gidebilirler. Arabuluculuk sonuçlanana veya talep geri çekilinceye kadar yargılama prosedürü durdurulur[38].

Avrupa Birliği çıkardığı özel bir yönerge[39] ile tüketici uyuşmazlıkları için zorunlu arabuluculuk öngörmüştür. Bu 2013/11 nolu Yönergede tüketici uyuşmazlıkları için, prosedür sonucu bağlayıcı olmamak ve ADR prosedürü süresince zamanaşımı sürelerinin dolması neticesi yargı yoluna müracaat hakkını engellememek kaydıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri (ADR) getirilmesi kabul edilmiştir (m. 12). Dolayısıyla tüketici uyuşmazlıklarında arabuluculuk veya diğer ADR yöntemleri daha sonra devlet yargısına başvuru hakkı engellenmemek şartıyla zorunlu olarak tesis edilebilir[40].

Türk hukukunda da zorunlu arabuluculuk kabul edilmiştir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK)[41] 2018 değişikliği ile m. 18/A uyarınca ilgili kanunlarda arabuluculuğa başvurulması dava şartı olarak kabul edilmiş ise sürece uygulanacak hükümleri düzenlemiştir. Dolayısıyla HUAK hangi uyuşmazlıklarda

33 Avusturya Yüksek Mahkemesi, 15 Temmuz 1997 kararı, 1 Ob161/97a; 14 Aralık 2011 kararı, 3 Ob196/11m. Nakleden Marianne Roth and Marienne Stegner, 'Mediation in Avustria' (2013) 3 Y.B. ON. INT'L. ARB. 367, 369.

34 ibid 369.

35 ibid 369-370.

36 ibid 370.

37 Anlam Altay, 'Alman Hukukunda Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk'. İstanbul Barosu'nun 29.03.2019 tarihli Mukayeseli Hukukta Dava Şartı Arabuluculuk başlıklı Panelinde sunulan bildiri.

38 Lenz (n 27) 364.

39 Directive 2013/11/EU of the European Parliament and the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on Consumer ADR) OJ. 18.06.2013 L 165/63.

40 Konuya ilişkin AB düzenlemeleri ve üye ülkelerdeki durum ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Cutolo and Shalaby (n 24) 134 vd.

41 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Kanun Numarası: 6325, Kabul Tarihi: 07.06.2012, RG. 22.06.2012/28331.

arabuluculuğun dava şartı olarak zorunlu olduğunu belirtmemiş ve bu hususu ilgili kanunlara bırakmıştır. Buna göre İş Mahkemeleri Kanunu[42] m. 3'e göre bireysel ve toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Türk Ticaret Kanunu[43] m. 5/A'ya göre ticari davalar, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinde dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun[44] m. 37/A'ya göre tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

Zorunlu arabuluculuk tarafların sulh olmasıyla sonuçlanırsa beklenen faydayı gerçekleştirecek, mahkemelerin iş yükünü azaltacak ve taraflara çabuk, hızlı ve kendilerince adil sonucu garantileyecektir. Ancak uzlaşma yoluna gitmek istemeyen taraflar açısından devlet yargısına gitmenin önkoşulu olarak getirilen dava şartı arabuluculuk sadece para ve zaman kaybı olacak ve beklenen faydayı sağlamayacaktır[45]. Diğer yandan çok taraflı ticari uyuşmazlıkların arabuluculuk için uygun olmadığı, iki taraflı prosedüre nazaran daha fazla zorluk içerdiği düşünüldüğünde; milletlerarası ticari uyuşmazlıklarda iradi arabuluculuğun dahi ucuz, kolay ve çabuk bir çözüm yolu garantilemediği ortaya çıkmaktadır [46]. Bu itibarla ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk özellikle çok taraflı kompleks uyuşmazlıklarda esaslı bir çözüm yöntemi olarak uygulanamayacaktır.

B. Zorunlu Arabuluculuğun Görünümleri

1. Dava Şartı Arabuluculuk

Zorunlu arabuluculuğun ilk görünümü arabuluculuğun bir dava şartı olarak kabulüdür. Devlet mahkemesinde dava açabilmek için öncelikle arabuluculuk prosedürünün başlatılması gerekli ise arabuluculuk bir dava şartı olarak tarafların iradesine bağlı olmadan zorunlu hale gelmiş olmaktadır[47].

AB arabuluculuk yönergeleri AB üyesi ülkelerin arabuluculuğu dava şartı olarak zorunlu tutmalarına engel bir düzenleme getirmemiştir[48]. Bu nedenle İtalya dava şartı arabuluculuğu çok geniş bir alanda uygulamayı tercih etmiştir[49].

42 İş Mahkemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 7036, Kabul Tarihi: 12.10.2017, RG. 25.10.2017/30221.

43 Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG. 14.02.2011/27846.

44 Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6502, Kabul Tarihi: 07.11.2013, RG. 28.11.2013/28835.

45 Vettori (n 8) 364.

46 Bkz. S.I Strong, 'Beyond International Commercial Arbitration? The Promise of International Commercial Mediation' (2014) 45 WASH UJ&Pol'y. 11, 21 vd.

47 Hanks (n 25) 930; Marzocco and Nino (n 2) 115.

48 Marzocco and Nino (n 2) 116.

49 Hanks (n 25) 936 vd. İtalya yargılamaların uzun sürmesi nedeniyle AİHM'de 2000 yılına kadar 600 milyon Avro tazminat ödemeye mahkûm olmuştur (ibid 936). 2002-2006 arası bu miktar 41 milyon Avrodur. (Cutolo and Shalaby (n 24) 133). Zorunlu arabuluculuktan sonra bu yöndeki hak ihlali nedeniyle AİHM'de mahkûmiyet kararları azalmıştır. Ancak bu sayıların gerçek bir analiz sunmadığı, sadece umut verici bir başlangıç teşkil ettiği de not edilmektedir. Hanks (n 25) 939.

Dava şartı arabuluculukta devlet yargısında uyuşmazlığın görülebilmesi arabuluculuk prosedürünün başlaması ve sulh olunmaması şartına bağlı olduğu için hâkim davalı itiraz etmese bile bu hususu re'sen nazara alarak davayı reddedecektir. HUAK arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edildiği durumlarda uygulanacak hükümleri m. 18/A'da açıklamaktadır. Buna göre davacı, dava şartı arabuluculuğun zorunlu olduğu bir davayı açtığında, arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış örneğini dava dilekçesine eklemelidir. Bunun sunulmamış olması davanın usulden reddini gerektirir. Bu amaçla davacıya bir haftalık kesin süre içinde söz konusu belgeyi mahkemeye sunması aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtar edilir. Arabuluculuğa başlamadan davanın açılması halinde başka bir işlem yapılmaksızın dava, dava şartı yokluğundan usulden reddedilir (HUAK m. 18/A(2)).

HUAK m. 3 arabuluculuğun temel özelliği olan iradîliği, arabuluculuğa başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbestlik olarak tanımladıktan sonra dava şartı olan arabuluculuğa ilişkin m. 18/A hükmünü saklı tutmuştur[50]. Dolayısıyla dava şartı arabuluculuk, prosedüre başlama konusunda tarafların iradesine önem vermemekte, devlet yargısına gidebilmenin ön koşulu olarak prosedüre başlamayı zorunlu kılmaktadır. Bununla birlikte prosedüre devam etmek ve sulh olma zorunluluğu yoktur. Taraflar bu prosedürü devam ettirmeyebilir, her an vazgeçebilirler. HUAK m. 18/A(11) prosedürün başlangıcına katılmayan taraf için bir müeyyide öngörmüştür. Buna göre taraflardan biri geçerli bir mazeret göstermeden ilk toplantıya katılmaması nedeniyle arabuluculuk faaliyeti sona ererse, toplantıya katılmayan taraf son tutanakla belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderlerinin tamamından sorumlu olur ve taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez [51]. Eğer her iki taraf da ilk toplantıya katılmadığı için arabuluculuk sona ermişse tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır. Dolayısıyla Türk hukuku dava şartı arabuluculuğun kabul edildiği davalarda ilk toplantıya katılmayan tarafı haklı çıksa bile yargılama giderlerinden sorumlu tutarak, arabuluculuğu işler hale getirmeyi hedeflemektedir.

2. Mahkeme Kararıyla Arabuluculuk

Zorunlu arabuluculuğun bir diğer görünümü tarafların hâkim kararıyla arabuluculuğa gitmesidir. Burada hâkim tarafların isteyip istemediğine bakmaksızın onları arabuluculuğa gönderme yetkisine sahiptir ve re'sen uygun gördüğü davalarda bu yetkisini kullanmaktadır[52]. Hâkim tarafları arabuluculuğa gönderme kararı verdiğinde

50 Ayrıntılı bilgi için bkz. Koçyiğit and Bulur (n 11) 48 vd.

51 Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar için dava şartı arabuluculuk getirilmesine rağmen Tüketicinin Korunması Kanunu m 73(A)(2) açıkça HUAK m 18/A(11)'in tüketici aleyhine uygulanamayacağına hükmetmiştir. Buna göre tüketicinin ilk toplantıya katılmaması nedeniyle arabuluculuk faaliyeti sona erdiğinde, tüketici yargılama giderlerinden sorumlu olmayacaktır.

52 Hanks (n 25) 931.

davayı askıya almakta ve bir tarih belirleyerek tarafların arabuluculuk prosedürüne başlamasını öngörmektedir. Bu zaman içinde taraflar arabuluculuğa gitmezse dava kaldığı yerden devam etmektedir[53].

Mahkeme kararıyla arabuluculuk Avustralya'da yaygın bir uygulama alanına sahiptir[54]. 1980li yıllarda belirli uyuşmazlıklar için ihtiyari arabuluculuk uygulamasının başladığı Avustralya'da, 2000'den itibaren federal seviyede zorunlu arabuluculuk uygulamaları gelişmiştir. Buna göre Avustralya mahkemeleri tarafların rızası olmaksızın arabuluculuğa gitme emri vermeye yetkili kılınmıştır. Arabuluculuk mahkemeyle bağlantılı bir şekilde yani mahkeme görevlisi hatta bazı davalarda hâkim tarafından gerçekleştirilmektedir. 2010 yılında eski bir Yüksek Mahkeme hâkiminin saptamasına göre taraflar davalarında zayıflık olabileceğini kabul etmek istemedikleri için arabuluculuğa gitmeyi teklif etmemektedir. Ancak buna mecbur bırakıldığında en gönülsüz olanların en aktif katılımcı oldukları deneyimlenmiştir[55]. Mahkeme kararıyla arabuluculuk mahkemelerin dava yükünü azaltmış ve taraf memnuniyetini artırmıştır. Böylelikle mahkemeler komplike davaların çözümünde rol almakta, hukuki yorumlarda bulunmakta ve emsal kararlar oluşturmakta; buna karşılık daha az karmaşık davalarda taraflar arabuluculuğa zorlanarak masraflar azaltılmakta ve taraflar arasındaki ilişkilerin sürdürülmesine ve daha geniş çapta çözümlerin kabulüne olanak sağlanmaktadır[56].

3. Arabuluculuğa Başvurmayan Tarafın Davayı Kazansa Bile Yargılama Giderlerinden Sorumlu Tutulması

Tarafları arabuluculuğa zorlamak için prosedüre başlamayan ya da katılmayan tarafın bunun olumsuz sonuçlarına katlanması da bir çeşit zorunlu arabuluculuk görünümü olarak kabul edilmektedir. Burada daha ziyade zorunlu benzeri bir arabuluculuk vardır[57].

İngiliz Usul Kanunu (CPR) kural 44(3)(5) ile dava masrafları belirlenirken mahkemenin tarafların davranışları dahil tüm unsurları dikkate alacağı belirlenmiştir. Bu unsurlardan biri dava öncesi süreçte tarafların davranışıdır. İngiltere'de arabuluculuk tümüyle iradi nitelikte görüldüğü için mahkemelerin isteksiz tarafları arabuluculuğa zorlayamayacağı ve re'sen onları arabuluculuğa gönderemeyeceği kabul edilmiştir[58]. Dolayısıyla dava öncesi arabuluculuk sürecindeki davranış biçimi yargılama giderlerinin ödenmesi şeklinde bir sonuca bağlanarak arabuluculuğun gelişimi hedeflenmiştir[59].

53 Marzocco and Nino (n 2) 117.

54 Hanks (n 25) 931.

55 ibid 945-946. Kararlar için bkz. ibid, 946 dn. 128 vd.

56 ibid 947.

57 ibid 939.

58 ibid 939.

59 2010 yılında İngiltere yüksek mahkemelerindeki dava sayısı % 80, bölge mahkemelerindeki dava sayısı ise % 25 azalmıştır. ibid 940.

Halsey kararıyla[60] arabuluculuğu reddeden tarafın daha sonra davayı kazanmasına rağmen mahkeme masraflarını ödemesine hükmedilmiştir. Bu kararda mahkeme tarafların iradeleri hilafına onları arabuluculuğa gönderme yetkisi olup olmadığını irdelemiş ve tarafları arabuluculuğa teşvik etmek ile onlara arabuluculuğa gitme emri vermenin birbirinden farklı hususlar olduğuna vurgu yapmıştır. Mahkemeye göre isteksiz tarafları arabuluculuğu yönlendirmek mahkemeye erişim hakkının ihlalidir[61].

Temyiz mahkemesi isteksiz tarafları arabuluculuğa zorlamanın zaman ve para kaybı olduğunu kabul etmiş ve mahkemenin rolünün zorlama değil, teşvik olması gerektiğini belirtmiştir[62]. Temyiz mahkemesine göre alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmayı reddeden kazanan tarafa dava masraflarının yüklenebilmesi için, kaybeden tarafın masrafların kazanan taraf üzerine yüklenmesi gerektiğini ispatlaması gerekmektedir. Bunun için kazanan tarafın ADR'yi reddetmekle mantıksız, anlamsız hareket ettiğinin gösterilmesi zorunludur[63].

Temyiz mahkemesi arabuluculuğun başarıyla sonuçlanma ihtimali olmadığını ispatlama yükümlülüğünün arabuluculuğa gitmeyi reddeden tarafa ait olmadığına vurgu yapmıştır. Dolayısıyla davayı kaybeden taraf arabuluculuğun başarılı sonuçlanacağını ispatlarsa, dava masraflarına kazanan tarafın katlanması kabul edilmiştir[64].

Halsey kararı mahkemenin tarafları arabuluculuğa gönderme yetkisi olmadığını belirtmesine rağmen AB Yönergesi ve aşağıda inceleyeceğimiz Allasini kararı sonrası İngiltere'de de 2012 yılında değeri 100000 pounda kadar olan sözleşmesel ve haksız fiil davalarında hâkim açıkça muaf tutmadıkça davaların otomatik olarak arabuluculuğa gitmesi kabul edilmiştir[65]. AB Yönergesinin sınır-ötesi uyuşmazlıklarda uygulanmasını temin eden uyum kanunu 2011'de kabul edilmiştir. Bu kanun yönergenin hükümlerinin ötesine geçmemiş ve İtalya gibi zorunlu arabuluculuğu kabul etmemiştir. Dava masraflarının arabuluculuğu haksız yere reddeden kazanan tarafa yüklenmesi üzerinden zorunlu benzeri bir yöntem tercih edilmiştir[66].

III. Zorunlu Arabuluculuğun Adalete Erişime Etkileri

A. AB Hukuku

AB Hukuku çerçevesinde ele alınan "etkili hukuki koruma" prensibi üye ülkelerin anayasal geleneklerinden ve özellikle AİHS m. 6 ve 13 ile Avrupa Birliği Temel

60 Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust (2004) EWCA Civ. 576 (11 May 2004).

61 ibid pr 9. Kararın eleştirileri için bkz. Hanks (n 25) 942.

62 Halsey kararı (n 60) pr 11.

63 ibid pr 13.

64 ibid pr 28.

65 Hanks (n 25) 944.

66 ibid 944. Wright v. Wright kararında ((2013) EWCA Civ 243) Helsey kararında işaret edilen kuralın yeniden değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yapılmış ve tarafları arabuluculuğa yönlendirmenin onlar için mahkemeye erişim hakkının "kabul edilemez engeli" olup olmadığının cesur bir yargıç tarafından sorgulanması gerektiği belirtilmiştir (Wright kararı pr 3).

Haklar Bildirgesi[67] m. 47 hükümlerinden türeyen genel bir prensipten oluşmaktadır. Dolayısıyla bireyler AB hukuk sisteminden kaynaklanan hakların etkili hukuki korumasından yararlanmaktadır[68].

AİHS m. 6 adil yargılanma hakkı başlığı altında herkesin yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde yargılanma hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. AİHS m. 13 ise etkili başvuru hakkı başlığı ile hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvuru hakkını garanti altına almıştır. Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi m. 47'de de etkili bir hukuki yola başvurma ve adil yargılanma hakkı başlığı ile AİHS m. 6 ve 13 tekrarlanmıştır.

Bu itibarla etkili hukuki korunma prensibi çerçevesinde değerlendirilen adalete erişim hakkının zorunlu arabuluculuk ile ihlal edilip edilmediğinin irdelenmesi gerekmektedir. Zira arabuluculuğun zorunlu tutulması, tarafları AİHS kapsamında tarafsız ve bağımsız mahkemede yargılanma ve etkili hukuki yola başvurma hakkından en azından bir süre mahrum etmektedir. Zorunlu arabuluculuğu kabul eden AB üyesi ülkelerin ulusal mevzuatlarının AB hukukuna aykırılık teşkil edip etmediği meselesi ABAD kararlarıyla açıklığa kavuşturulmuştur.

Bu bağlamda en önemli karar 2010 yılında verilen Alassini kararıdır[69]. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) önüne gelen uyuşmazlıkta 2002/22 AB Yönergesinin (Universal Service Directive)[70] İtalyan iç hukukuna geçirildiği 2003 tarihli kanun hükmünde kararnamenin AB hukukuna aykırı olup olmadığı bir ön sorun olarak sorulmuştur. Söz konusu kararname telekomünikasyon operatörleri ile nihai kullanıcılar arasındaki uyuşmazlıklar için zorunlu arabuluculuk şartı getirmiştir[71]. AB düzenlemesi olan Universal Service Yönergesi m. 34 ile üye devletlerin tüketiciler ile ilgili uyuşmazlıklarda şeffaf, basit ve ucuz mahkeme dışı çözüm yollarını temin etmeleri kabul edilmiştir. Bu itibarla Yönergeyi etkin bir şekilde uygulayacak olan üye devletlerin bu tür kuralların niteliğini belirleme yani uyuşmazlık çözüm yolları için getirilecek prosedürün zorunlu olmasına karar verme hakkı olduğu kabul edilmiştir[72]. Mahkeme öncesi uyuşmazlık çözüm prosedürünün zorunlu olması Universal Service Yönergesinin etkisi güçlendirecektir[73].

67 Charter of Fundamental Rights of the European Union Bkz. <https://www.europarl.europa.eu> Erişim Tarihi 10 July 2020; Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi Türkçe metin için bkz. <https://www.avrupa.info.tr> Erişim Tarihi 10 July 2020.

68 Marzocco and Nino (n 2) 118-119.

69 Alassini and others, T. 18.03.2010, C-317/08, C-318/08, C-319/08, C-320/08 (2010) ECR I-2213. Kararlar için bkz. Marzocco and Nino (n 2) 121 vd.

70 Directive 2002/22/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on Universal Services and user's rights relating to electronic communications networks and services (Universal Service Directive) OJ. 2002 L. 108 p. 51.

71 Alassini and others kararı (n 69) pr 16.

72 ibid pr 44.

73 ibid pr 45.

Zorunlu arabuluculuk prosedürünün etkili hukuki korunma hakkıyla bağdaşıp bağdaşmayacağı meselesi ABAD tarafından incelenmiş ve zorunlu arabuluculuk prosedürünün pratikte bireyleri Yönergeden kaynaklanan haklarını kullanmaktan alıkoymadığı veya aşırı zorlaştırmadığı sonucuna varılmıştır[74]. Zira (i) arabuluculuk prosedürünün sonucu taraflar için bağlayıcı değildir ve bu nedenle mahkemeye başvuru hakkı engellenmemektedir[75]; (ii) arabuluculuk prosedürü mahkemede dava açma açısından esaslı bir gecikmeye yol açmamaktadır. Zira prosedürün azami 30 gün içinde sonuçlandırılması şartı vardır ve bu sürenin ardından taraflar arabuluculuk sürecini tamamlamasalar bile dava açma hakkına sahiptir[76]; (iii) arabuluculuk prosedürü süresince dava zamanaşımı süresi işlememektedir[77]; (iv) Co.re.com önündeki arabuluculuk prosedüründe ücret alınmamaktadır. Diğer organlar önündeki arabuluculukta da önemli bir masraf çıkarılmamaktadır[78].

Diğer yandan ABAD, arabuluculuk prosedürünün sadece elektronik ortamda gerçekleşmesi zorunlu olsaydı, internete erişim imkânı olmayan bireyler açısından Yönergedeki hakların kullanımının imkânsız veya çok zor olacağına vurgu yapmıştır[79]. Aynı şekilde ihtiyati tedbirlerin gerekli olduğu durumlarda, arabuluculuk prosedürünün mahkemelerden tedbir alınmasına engel olmadığı da belirlenmiştir[80]. Dolayısıyla ulusal hukukun, arabuluculuk prosedürünün sadece elektronik ortamda yapılmasını şart koşmayarak ve istisnai hallerde mahkemeden ihtiyati tedbir alınmasına izin vererek etkili hukuki koruma prensibine uygun olduğu sonucuna varılmıştır[81].

Netice itibariyle Mahkeme, Universal Service Yönergesinin zorunlu arabuluculuğu engellemediği ve arabuluculuk sonucu verilen kararlar taraflar için bağlayıcı olmadığı; tarafların mahkemede dava açmasını esaslı bir şekilde geciktirmediği; dava zamanaşımı süresini durdurduğu; masrafa yol açmadığı-veya çok az masraflı olduğu- ve arabuluculuk prosedürünün sadece elektronik ortamda yapılması şart koşulmadığı ve acil durumlarda mahkemeden ihtiyati tedbir alımına izin verildiği hallerde etkili hukuki korunma prensibinin ihlal edilmediği kanaatine varmıştır[82].

ABAD yine tüketici uyuşmazlıklarının mahkeme öncesi zorunlu arabuluculuğa götürülmesine ilişkin ulusal hukukun AB hukukuna ve özellikle de adalete erişim hakkına aykırı olup olmadığını 14 Haziran 2017 tarihli C-75/17 kararıyla[83] irdelemiştir.

74 ibid pr 53.

75 ibid pr 54.

76 ibid pr 55.

77 ibid pr 56.

78 ibid pr 57.

79 ibid pr 58.

80 ibid pr 59.

81 ibid pr 60-61.

82 ibid pr 67.

83 Menini/Rampanelli v. Banco Popolare Societa Cooperativa 14.07.2017, Case 7-75/16.

İtalyan 28/2010 nolu kanun hükmünde kararnamenin 5. Maddesine göre sigorta, bankacılık ya da finans sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar avukat eşliğinde mahkeme öncesi zorunlu arabuluculuğa tâbidir[84]. İtalyan mahkemesi bu kanun hükmünde kararnamenin 2013/11 AB Yönergesine[85] aykırı olduğuna ilişkin görüş bildirerek, meseleyi ABAD'a iletmiştir. İtalyan mahkemesine göre Yönerge, üye ülkeler arasında Yönergenin hedeflediği amaçların gerçekleşmesi için tek, münhasır ve uyumlu bir sistem yaratmayı temin etmektedir[86]; ancak ulusal hukukla getirilen zorunlu arabuluculuk tüketiciyi ihtiyari olan arabuluculuğa kıyasla daha elverişsiz pozisyona düşürmektedir[87].

ABAD, 2013/11 Yönergesinin 1. Maddesinde belirtildiği üzere tüketicilerin gönüllülük esasına göre ticari işletmelere karşı şikâyetlerini ADR prosedürlerini kullanarak yapabileceklerini belirtmiştir[88].

2013/11 Yönergesinin dava konusu ADR prosedürüne uygulanabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir[89]:

(i) Prosedürü ticari işletme değil, tüketici başlatmalıdır.

(ii) 2013/11 Yönergesine göre arabuluculuğun bir ADR kurumu önünde gerçekleşmesi gerekmektedir. Ön sorun talebinde İtalyan kanununun öngördüğü arabuluculuk prosedürünün bir ADR kurumu önünde yapılıp yapılmayacağı belirtilmemiştir.

ABAD 2013/11 Yönergesinin 1. Maddesinin ilk cümlesinde gönüllülük esasına vurgu yapılmasına rağmen, ikinci cümlede açıkça Yönergenin üye devletleri zorunlu arabuluculuğa ilişkin düzenleme yapmaktan men etmediğini hükme bağlamıştır. Buradaki tek şart tarafların yargı sistemine başvurma hakkından mahrum edilmemiş olmasıdır[90]. Bu yorum arabuluculuğu tanımlayan 2008/52 Yönergesi[91] ile de desteklenmektedir. Zira bu Yönergenin 5(2) maddesi ulusal hukukların zorunlu arabuluculuk getirmesine, söz konusu mevzuatın tarafları yargı sistemine başvurma hakkından men etmediği sürece izin vermiştir[92].

Dolayısıyla ABAD'a göre en önemli mesele arabuluculuk sisteminin zorunlu veya ihtiyari olması değil, tarafların yargı sistemine başvuru hakkının korunmasıdır[93]. Bu itibarla ön sorun olarak ABAD önüne getirilen meselede zorunlu arabuluculuğu

84 ibid pr 16.

85 Bkz (n 39).

86 Case 7-75/16 (n 83) pr 23.

87 ibid pr 24.

88 ibid pr 39.

89 ibid pr 41.

90 ibid pr 48.

91 Bkz. (n 27).

92 Case 7-75/16 (n 83) pr 49.

93 ibid pr 51.

kabul eden ulusal hukuk, 2013/11 Yönergesinin amaçlarının yerine getirilmesini engellememektedir[94]. Ancak (i) ADR prosedürünün sonucu taraflar için bağlayıcı olmamalı, (ii) bu prosedür süresince zamanaşımı süreleri geçmemelidir[95]. Dolayısıyla üye devlet hukukunun 2013/11 Yönergesine aykırı olmaması için bu iki hususu bünyesinde barındırması gerekmektedir. Mahkeme ADR prosedürünün sonucunun bağlayıcılığı ile ilgili açıklama yaparak, 2013/11 Yönergesinin 9(2)(a) maddesinin getirdiği zorunluluğu vurgulamıştır. Üye devletler Yönergenin bu maddesi uyarınca tarafların, tatmin olmadıkları takdirde prosedürün her aşamasında çekilme imkânını sağlamak zorundadır. Bu itibarla m. 9(2)(b)'ye göre ADR prosedürünün sonunda taraflara sadece çözüm önerisi getirilebilir ve taraflar bu öneriyi kabul edip etmemekte veya bu öneriye uyup uymamakta serbesttir[96].

Zamanaşımı ile ilgili olarak da Yönerge m. 12 hükmüne atıf yapılarak ADR prosedürüne başvuran tarafların daha sonra zamanaşımı geçtiği için devlet yargısına başvurma hakkından mahrum edilmemelerinin zorunlu olduğu belirtilmiştir[97].

Sonuç itibariyle ABAD söz konusu ulusal mevzuatın yargı sistemine erişim hakkını engellemediğine karar vermiştir[98]. Diğer yandan Mahkeme ulusal mevzuatı 2013/11 Yönergesinin 8(b) maddesi açısından da değerlendirmeye almıştır. Buna göre taraflar bir avukat ya da hukuk danışmanı tutma zorunluluğu olmadan arabuluculuk prosedürüne başlayacaktır; ancak prosedür tarafları bağımsız hukuk tavsiyesi veya yardım almaktan da mahrum etmeyecektir[99]. Bu itibarla ulusal hukukun arabuluculuk prosedürüne katılan tüketiciyi avukat tutmak zorunda bırakmaması gerekir[100].

İtalyan kanunu geçerli bir sebep olmadan arabuluculuk prosedürüne katılmayan tarafın daha sonra mahkeme yargılamasında para cezasına çarptırılmasını öngörmektedir. Bu durum ABAD tarafından 2013/11 Yönergesinin 9(2) maddesine aykırı görülmüştür. Zira tüketicinin her aşamada vazgeçme hakkı korunmalıdır[101].

Görüldüğü üzere zorunlu arabuluculuk getiren ulusal mevzuatı yargı sistemine erişim hakkının ihlali olarak görmeyen ABAD[102], tüketicilerin arabuluculuk prosedüründe avukat tutma zorunluluğunu ve sadece geçerli bir sebep olması halinde çekilme imkânını Yönergeye aykırı bulmuştur[103]. Bu itibarla dava şartı olan zorunlu arabuluculuk tek başına AİHS m. 6 ve 13 anlamında adil yargılanma ve etkili başvurma hakkını kapsayan

94 ibid pr 52. ABAD Alissi kararlarına özellikle atıf yapmıştır. ibid pr 52, 61.

95 ibid pr 56.

96 ibid pr 57.

97 ibid pr 59.

98 ibid pr 62.

99 ibid pr 64.

100 ibid pr 65. Oysa İtalyan mevzuatı avukat tutma mecburiyeti getirmektedir. ibid pr 16.

101 ibid pr 70.

102 ibid pr 71.

103 ibid.

adalete erişim hakkına aykırı değildir. Ancak bunun için zorunlu arabuluculuğun bazı şartları yerine getirmesi gerekmektedir: ihtiyari arabuluculuğun en önemli özelliği olan karara varma zorunluluğunun bulunmaması burada da kendisini göstermektedir. Arabuluculuğa başvuru zorunluluğu karara varma zorunluluğundan farklıdır. Dolayısıyla taraflar sulh olmadığında mahkemeye başvuru hakları devam etmelidir. Arabuluculuğa başvuru zorunluluğu devlet yargısına başvuru hakkına engel olmamalıdır. Bunun için arabuluculuk süresince zamanaşımı sürelerinin durması gerekmektedir. Diğer yandan arabuluculuk prosedürünün bir süre ile sınırlanması da yargıya erişim hakkının esaslı bir gecikmeye yol açmaması açısından önemlidir. Arabuluculuk prosedürünün elektronik ortamda yapılması zorunluluğu, internete erişim imkânı olmayan kişiler açısından adalete erişimi zorlaştırdığı için kabul edilmemektedir. Aynı şekilde arabuluculuk prosedürü acil durumlarda mahkemelerden ihtiyari tedbir talep etmeye de engel olmamalıdır.

Diğer yandan arabuluculuk prosedürünün parasız ya da ucuz olması da adalete erişim hakkının korunduğuna işaret etmektedir. ABAD, AB hukukunun tüketiciyi korumak için getirdiği düzenlemelerde tüketicinin arabuluculuk prosedüründen istediği an vazgeçebilmesinin önemine vurgu yapmış ve geçerli bir neden göstermeden vazgeçen tarafın daha sonra mahkemede para cezasına çarptırılmasını da AB hukukuna aykırı görmüştür. Aynı şekilde tüketicilerin zorunlu arabuluculukta avukat tutma zorunluluğu da AB Yönergesinin ihlali olarak kabul edilmiştir.

B. Türk Hukuku

Türk Anayasası m. 36 hak arama hürriyeti başlığı altında herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğunu hükme bağlamıştır.

6325 sayılı HUAK'ın çeşitli maddelerinin anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde açılan davada, Mahkeme 10.07.2013 tarihli kararıyla[104] kanunun anayasaya aykırılığını irdelemiştir.

Anayasa Mahkemesi "… yargının iş yükünün azaltılması, adalete erişimin kolaylaştırılması ve usul ekonomisi gibi nedenlerle yargıya ilişkin anayasal kuralların etkinliğinin sağlanması bakımından gerekli görülmesi durumunda uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi yasama organının takdir yetkisi içindedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru zorunluluğu[105], bu yollar sırf kişilerin hak aramalarını imkânsız hale getirmek amacıyla oluşturulmuş etkisiz ve sonuçsuz yöntemler olmadığı sürece hak arama özgürlüğüne aykırı kabul edilemez"[106] diyerek Anayasanın 2,9 ve 36. Maddelerine aykırılık görmemiştir.

104 Anayasa Mahkemesi Kararı, 10.07.2013 T, E. 2012/94, K. 2013/89 (n 10)

105 Anayasa Mahkemesinin kararının verildiği tarihte HUAK'ta zorunlu arabuluculuk yoktu. Mahkeme arabuluculuğun zorunlu olmasının da hak arama özgürlüğünün ihlali olmadığına vurgu yapmıştır.

106 Anayasa Mahkemesi Kararı, 10.07.2013 T, E. 2012/94, K. 2013/89 (n 10) 22.

Mahkemeye göre alternatif uyuşmazlık çözüm yolları yargısal sistemin yerine geçmemektedir; tam tersine ilave ve tamamlayıcı yöntemler topluluğudur[107]. Taraflar arabuluculuğa başvurma, süreci devam ettirme, sonuçlandırma ve süreçten vazgeçme konusunda serbest olduğu için devletin yargılama yetkisi bertaraf edilemez ve yargıya başvuru yolu her zaman açıktır[108].

Arabuluculuğun gizli yapılması da AY m. 141'e aykırı görülmemiştir. Zira aleniyet ilkesi mahkemelerde yapılan duruşmalı yargılamalar için söz konusudur ve arabuluculukta duruşma yapılmamaktadır[109].

HUAK m. 5(1)'de öngörülen bazı beyan ve belgelerin hukuk davası veya tahkimde delil olarak ileri sürülemeyeceğine ilişkin hüküm de hak arama özgürlüğüne aykırı olarak değerlendirilmemiştir. Zira bu kurallar, arabuluculuk faaliyeti sonucu yargıya başvurmayı engelleyici bir hüküm içermemektedir. HUAK'da düzenlenen kurallar hak arama hürriyetini aşırı derece zorlaştıran ya da ortadan kaldıran bir başka ifadeyle hakkın özüne dokunan sınırlamalar değildir[110].

Anayasa Mahkemesi HUAK'da arabulucuya yargısal işlemler yapma yetkisinin tanınmadığını, aksine arabulucunun yargısal işlemler yapamayacağı hususunun hüküm altına alındığını belirtmiştir[111].

HUAK 2018 değişikliği ile ilgili kanunlarda arabuluculuğa başvurulması dava şartı kabul edilmiş ise, zorunlu arabuluculuğun uygulanacağını belirtilmiştir. Yukarıda açıklanan 10.07.2013 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı ihtiyari arabuluculukla ilgili HUAK hükümlerinin Anayasaya aykırı olmadığını, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının adalete erişim hakkını ihlal etmediğini vurgulamıştır. Dava şartı arabuluculuğun anayasaya aykırılığı iddiası ise 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununda kabul edilen değişiklik üzerine yapılmıştır.[112]

Anayasa Mahkemesi, 11.07.2018 tarihli karar[113] ile iş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuğun AY m. 2,9,13 ve 36'ya aykırı olmadığına karar vermiştir[114].

Mahkemeye göre yargı görevinin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, yargının iş yükünün azaltılması, adalete erişimin kolaylaştırılması ve usul ekonomisi gibi nedenlerle uyuşmazlıkların çözümü için arabuluculuk gibi yöntemlere

107 ibid 22.

108 ibid.

109 ibid 23.

110 ibid 24.

111 ibid 26.

112 İş Mahkemeleri K. m 3'te yapılan değişiklikle dava şartı arabuluculuk kabul edilmiştir.

113 Anayasa Mahkemesi kararı, 11.07.2018 T, E. 2017/178, K. 2018/82. (dn 9)

114 ibid pr 29.

başvurulabilmektedir[115]. Uyuşmazlığın daha kısa sürede, daha az masrafla ve her iki tarafın tatmini sağlanarak yargılamaya taşınmadan çözümlenmesi, tarafların yıpranmasını engelleyebileceği gibi, mahkemelerin iş yükünü azaltarak yargı teşkilatının daha etkin ve verimli çalışmasına da hizmet edecektir[116].

Anayasa Mahkemesi arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun kişilerin hak aramalarını imkânsız hale getiren veya aşırı derecede zorlaştıran etkisiz ve sonuçsuz bir sürece neden olmadıkça, hak arama hürriyetinin özüne dokunmadığını; arabuluculuk sürecinin işleyişinde ve sonucu üzerinde taraf iradelerinin egemen olduğunu; tarafların istedikleri zaman süreci sonlandırabileceğini ve süreç sonunda anlaşmaya varıp varmamak konusunda tercih hakkına sahip olduğunu vurgulamıştır[117].

Mahkemeye göre arabuluculuk sürecinin zorunlu haller dahil en fazla dört hafta içinde bitirileceği dikkate alındığında, işçinin hak ve alacağını elde etmesi önemli ölçüde zorlaştırılmamaktadır[118].

Geçerli mazeret göstermeksizin arabuluculuk görüşmesine katılmayan tarafın tüm yargılama giderlerine mahkûm edilmesinin hak arama özgürlüğünün özüne dokunduğu ve AY m. 13 ve 36'ya aykırı olduğu iddiaları da kabul edilmemiştir[119]. Mahkemeye göre kural, mazeret nedeniyle ilk toplantıya katılmama durumunu kapsam dışı tutmuş, sadece keyfi bir şekilde arabuluculuk sürecini sekteye uğratacak davranışları engellemeyi hedeflemiştir[120]. Diğer yandan ilk toplantıya mazeretsiz katılmayan tarafın yargı yoluna başvurmasına engel bir durum olmadığı[121] ve bu hüküm ile dava şartı arabuluculuk kurumunun işlerliğinin sağlanması amaçlandığı için, hak arama hürriyetinin özüne dokunulmadığı ve ölçüsüz bir sınırlama olmadığı hususu vurgulanmıştır[122].

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının adalete erişimi engellemediğini; tarafların arabuluculuğa başvurma, süreci devam ettirme ve vazgeçme konusunda serbest olduğunu, bu nedenle de devletin yargılama yetkisinin bertaraf edilmediğini hükme bağlamıştır. Dava şartı arabuluculukta ise hak arama imkânsız veya aşırı derecede zor olmadığı sürece, zorunlu arabuluculuğun hak arama hürriyetinin özüne dokunmadığı belirlenmiştir. Zira tarafların arabuluculuk sürecinin

115 ibid pr 16.

116 ibid pr 19.

117 ibid pr 24.

118 ibid pr 26.

119 ibid pr 36. Karşı oy yazısında ekonomik açıdan zayıf olan işçinin bu hükümle temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırıldığı ve hak arama hürriyetinin engellendiği belirtilmiştir.

120 ibid pr 33.

121 ibid pr 34.

122 ibid pr 35. Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar için dava şartı arabuluculuk getiren kanun değişikliği tüketiciyi koruma amacıyla HUAK m 18/A(11) hükmünün tüketici aleyhine uygulanamayacağını belirtmiştir. Bu nedenle tüketici ilk arabuluculuk toplantısına katılmadığı için arabuluculuk prosedürü sona erse bile, mahkemede yargılama giderlerinden sorumlu tutulmayacaktır. Böylelikle kanun koyucu tüketiciyi işçiden daha fazla korumuş olmaktadır.

işleyişi ve sonucu üzerinde kontrolü bulunmaktadır ve istedikleri zaman bu süreci sonlandırabilirler. Zorunlu arabuluculuğun en fazla dört hafta içinde bitirilmesi gereği de adalete erişimin zorlaştırılmadığının bir göstergesi olarak kabul edilmiştir.

Geçerli mazeret olmadan arabuluculuk görüşmelerine katılmayan tarafın daha sonra mahkemede tüm yargılama giderlerine mahkûm olması da hak arama hürriyetinin ihlali olarak yorumlanmamıştır. Geçerli mazeret kabulü ve dava açma önünde bir engel bulunmaması nedeniyle adalete erişime aykırılık görülmemiştir.

Devlet mahkemelerinin aşırı iş yükünün azaltılması işlevi, zorunlu arabuluculuğun en önemli tercih nedeni olarak görülmektedir. İlk oturuma katılmak koşuluyla taraflar arabuluculuğu sürdürmeden dava açma ve bu davada yargılama giderlerine mahkûm olma tehdidi olmadan iddia ve savunmalarını ortaya koyma imkânına sahip oldukları için, zorunlu arabuluculuk adalete erişim hakkına engel olmamaktadır.

IV. Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 1(2) "yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere" diyerek, içinde yabancılık unsuru bulunan arabuluculuk faaliyetlerini de kapsama alanına almıştır. Dolayısıyla Türkiye'de, milli ve milletlerarası arabuluculuk ayrımı olmaksızın tüm arabuluculuk faaliyetleri aynı kanuna tâbidir. Bu durum iç tahkim ile yabancılık unsuru taşıyan milletlerarası tahkim arasındaki ayrımı temel alan ve bu nedenle iki ayrı düzenlemeyi kabul eden ülkemiz açısından incelenmesi gereken bir ayrıntıyı işaret etmektedir. Milletlerarası ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğun bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak gelişmesi ve milletlerarası tahkime de alternatif olarak Türkiye'de milletlerarası arabuluculuk hizmetlerinin verilmesi ve kurumsal merkezlerin oluşması hedefleniyorsa, ayrı ve kapsamlı bir milletlerarası arabuluculuk kanununun düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Halihazırda HUAK yabancılık unsuru taşıyan bütün arabuluculuk faaliyetlerine uygulanacağı için dava şartı arabuluculuk ile ilgili hükümler Türk mahkemelerinde açılan ya da açılacak olan bütün davalarda işlerlik kazanacaktır.

HUAK hangi uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğun kabul edildiğini belirlememiş, bu durumu ilgili kanunlara bırakmıştır. İlgili kanunlarda dava şartı arabuluculuğun öngörüldüğü durumlarda ise HUAK m. 18/A ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği[123] uygulanacaktır.

Türk Ticaret Kanunu m. 5/A, TTK m. 4'te ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasını dava şartı olarak belirlemiştir. Buna göre çok geniş bir alandaki davalar için Türkiye'de bir mahkemede

123 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği, RG 02.06.2018/30439.

dava açılabilmesi ve yargılama yapılabilmesi için öncelikle bir arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmaktadır. Bu zorunluluk Türk mahkemesinin bir yetki sözleşmesi ile yetkilendirilmesi halinde de geçerlidir.

TTK m. 4(1)'e göre her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ile tarafların tacir olup olmadığına bakmaksızın

a) TTK'da düzenlenen konulardan[124]

b) TMK'nın rehin karşılığı ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki m. 962-969'da düzenlenen hususlardan

c) 6098 sayılı Borçlar Kanununun malvarlığına veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki m. 202 ve 203, rekabete ilişkin m. 444-447, yayın sözleşmesine dair m. 487-501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen m. 515-519, komisyon sözleşmesine ilişkin m. 532-545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörülmüş bulunan m. 547-554, havale hakkındaki m. 555-560, saklama sözleşmelerini düzenleyen m. 561-580'deki hususlardan

d) Fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuattaki hususlardan

e) Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerdeki hususlardan

f) Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finans kurumlarına ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde öngörülen hususlardan

Doğan hukuk davaları ticari dava sayılmıştır[125].

TTK dışında diğer özel kanunlarda belirtilen davalar da ticari davadır. Örneğin 1163 sayılı Kooperatifler K. m. 99'a göre bu kanunda düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları ticari davadır. Aynı şekilde İİK m. 154/4'te iflas davası, İİK m. 182, 254 iflasın kaldırılması ve iflasın kapanması, İİK m. 235/1 iflasta sıra cetveline itiraz ticari davadır[126].

Görüldüğü üzere çok geniş bir alanda tanımlanan ticari davalarda, dava şartı olarak zorunlu arabuluculuk kabul edilmiştir. Bir tarafın tüketici olduğu ve bankaya karşı açılan davalar dahi ticari dava tanımına girdiği için zorunlu arabuluculuğa tâbi

124 TTK'da düzenlenen hususlara ilişkin uyuşmazlıklar ticari işletme ile ilgili olup olmadığına bakılmaksızın ticari davadır. Buna göre acentelik, şirketler, menkul kıymetler, kambiyo senetleri, eşya taşıma, yolcu taşıma ile ilgili davalar ticari davadır.

125 Ticari davaları tanımlayan Yargıtay kararları için bkz. Koçyiğit and Bulur (n 11) 90 vd. Dava şartı arabuluculuğa tâbi örnekler için bkz. ibid 103 vd.

126 Bkz. Koçyiğit and Bulur (n 11) 101.

tutulmuştur[127]. Ticari davalarda arabuluculuğun bu derece geniş bir alanda zorunlu tutulması iç hukuk kapsamında dahi eleştirilere açıktır. Aynı kıstasların yabancılık unsuru taşıyan davalar için de geçerli olması, kanaatimizce daha fazla eleştiriyi hak etmektedir.

Zorunlu arabuluculuk Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere mahkemelerin iş yükünü azaltma amacı gütmektedir. Arabuluculuk Daire Başkanlığı verilerine[128] göre: 2013-19.12.2019 arası dönemde ihtiyari arabuluculukta arabulucu görevlendirmesi yapılan dosya sayısı: 239.927. Anlaşma: 217.859 (%97), anlaşamama: 7.837 (%3). İş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk istatistikleri (02.02.2018-19.12.2019): Arabulucu görevlendirmesi yapılan dosya sayısı: 739.255. Anlaşma: 460.090 (%65), anlaşamama: 246.797 (%35). Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk istatistikleri (02.02.2018-19.12.2019): Arabulucu görevlendirmesi yapılan dosya sayısı: 146.413. Anlaşma: 73.046 (%57), anlaşamama: 55.773 (%43).

Bu verilere göre ihtiyari arabuluculukta tarafların anlaşma oranı %97 gibi yüksek bir orandır. Buna karşılık dava şartı arabuluculukta iş uyuşmazlıklarında anlaşma oranı %65, ticari uyuşmazlıklarda ise %57'dir. Ticari uyuşmazlıklarda anlaşma oranı düşüktür. Bu arada bu dosyaların hangi tip davalar olduğu; yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığı da belirtilmemiştir. Arabuluculuk başarısını salt sayısal olarak anlaşmaya bağlayan görüşü esas aldığımızda bile ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğun anlaşma ile sonuçlandığı durumların %57'de kaldığını görmekteyiz. Ticari davaların çok geniş tutulduğu ve tüketicilerin açtığı davaların dahi bu kapsamda ele alındığı dikkate alındığında anlaşma yapılan dosyaların karmaşık ticari davalar olmadığı anlaşılır. Dolayısıyla daha basit nitelikli ticari davalarda davacıların alacaklarının bir kısmından vazgeçmesi ile anlaşma sonuçlanmış olmaktadır. Ancak karmaşık, çok taraflı ve özellikle milletlerarası nitelikli ticari uyuşmazlıkların zorunlu arabuluculuk ile sonuçlandırıldığına ilişkin istatistiki veriler yoktur. Kanaatimizce bu nitelikteki davaların HUAK kapsamında zorunlu arabuluculuk ile çözümlenmesi oldukça zordur. Zira Yönetmelik m. 24'e göre arabulucu, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu başkanlıklarına bildirilecek listeden adliye arabuluculuk bürosu tarafından puanlama yöntemiyle belirlenir. Ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmalarına izin verilmektedir.

Dolayısıyla ticari davalarda dava şartı arabuluculuk HUAK ve Yönetmelik hükümlerine göre gerçekleşecek ve arabulucu ancak Adalet Bakanlığınca oluşturulacak arabulucular siciline kaydedilmiş gerçek kişi olacaktır[129]. Bu sicile kaydedilebilmek

127 Bankacılık işlemleri da ticari dava olarak kabul edildiği için tüketicilerin bankaya karşı tüketici mahkemelerinde açtığı davalar da dava şartı arabuluculuk nedeniyle reddedilmiştir. 13. Tüketici Mahkemesi'nin E. 2019/323, K. 2019/84, 30.01.2019 tarihli kararı.

128 Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı İstatiksel Veriler <adb.adalet.gov.tr/sayfalar/istatistikler/index.html> Erişim Tarihi 22 August 2020.

129 HUAK m 2(a); Yönetmelik m 4(b).

için Türk vatandaşı olmak, mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak, arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı sınavda başarılı olmak gerekmektedir[130]. Görüldüğü üzere Türk mahkemelerinde dava açmadan önce arabulucuya gitmek zorunda olan taraflar, yabancılık unsuru taşıyan ticari uyuşmazlıklarda Türk vatandaşı olan ve Türkiye'de arabuluculuk eğitimi alarak yazılı sınavda başarılı olan arabuluculardan birini seçmek zorundadır. Bu durum arabuluculuğun şansını baştan azaltmaktadır. Diğer yandan bu şekilde arabuluculuğun tahkim ile yarışması da beklenemez. Zira milletlerarası tahkim kanunumuz hakem seçimini kısıtlamamış, yabancıların hakem olmasına izin vermiştir.

Kanaatimizce milletlerarası ticari uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözümlenmesinin gelişimi HUAK kapsamında dava şartı arabuluculuk ile mümkün değildir. Ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk ihtiyaridir; zorunlu olacaksa da ancak belirli ticari uyuşmazlıklarda olması, diğer davalarda hâkime tarafları arabulucuya yönlendirme ya da bilgilendirme yetkisi verilmesi uygun olacaktır. Ancak her şeyden önce milletlerarası ticari uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözümünün ayrı bir kanunla düzenlenmesi önemlidir. Bu çerçevede UNCITRAL Model Kanun[131] baz alınarak milletlerarası nitelikli ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk ve arabuluculuk sonucu varılan sulh anlaşmalarının icrası birlikte düzenlenmelidir. Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesini (Singapur Konvansiyonu)[132] kabul eden Türkiye'nin, bu Sözleşmenin iç hukukuna dahlini öngören uyum kanununu çıkarırken[133], milletlerarası ticari uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümünü de aynı kanunda düzenlemesi yerinde olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.
Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.
Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.
Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliograph

Altavilla R, 'Relazione Mediazione' İstanbul Barosu'nun 29.03.2019 tarihli Mukayeseli Hukukta Dava Şartı Arabuluculuk başlıklı Panelinde sunulan bildiri.

Altay A, 'Alman Hukukunda Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk' İstanbul Barosu'nun 29.03.2019 tarihli Mukayeseli Hukukta Dava Şartı Arabuluculuk başlıklı Panelinde sunulan bildiri.

130 HUAK m 20; Yönetmelik m 30.

131 UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting From Mediation, 2018 (amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation 2002) <http://www.uncitral.org/pdf/english/commissionsession/51st-session/Annex_II.pdf > Erişim Tarihi 09 August 2020.

132 Bkz. (n 6).

133 Özel (n 6) 1208.

Cutolo D and Shalaby MA, 'Mandatory Mediation and the Right to Court Proceedings' (2010) 5 Disp. Resol. Int'l. 131.

Dhawan V, 'Commercial Mediation in the AUAE and the Laws Concerning Mediation' (2019) (6) Uncourt 38.

Dress T, 'International Commercial Mediation and Conciliation'(1988) 10 (3) Loy. L.A. Int'l&Comp.L.J. 569.

Erkan M, *Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi,* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2020).

Failinger MA, 'Parallel Justice: Creating Causes of Action for Mandatory Mediation' (2015) Revista Forumul Judecatoritor 60.

Hanks M, 'Perspectives on Mandatory Mediation' (2012) 35 (3) U.N.S.W.L.J. 929.

Herbert W, de Palo G, Baker AV and Anthimos A, 'International Commercial Mediation' (2011) 45 (1) Int'l Law. 111.

Ignat CFA, 'Mediation Clause in Commercial Contracts (The Advantages of Mediation Clauses in Commercial Contracts)' (2013) 2 (1) Persp. Bus.L.J 113.

Kaya K, 'Singapur Sözleşmesi ve Uluslararası Ticari Arabuluculuk Sonucunda Ortaya Çıkan Sulh Anlaşmalarının Tanınması ve İcrası Meselesi' (2019) 25 (2) M.Ü.H.F Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı) 979-1008.

Koçyiğit İ and Bulur A, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk* (1st edn, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını 2019).

Lenz C, 'A Comparison of the Implementation of the EU-Mediation Directive (2008/52/EC) in the Member States and Switzerland' (2013) 3 Y.B. on Int'l. Arb. 347.

Marzocco AM and Nino M, 'The EU Directive on Mediation in Civil and Commercial Matters and the Principle of Effective Judicial Protection' (2012) 19 (2) LexET Scientia Int'l.J.105.

Özel S, 'Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Konvansiyonu' (2019) 25 (2) M.Ü.H.F Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı) 1190-1210.

Report on the Implementation of Directive 2008/52/EC of the Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters (the Mediation Directive) (2016/2066 (INI)) 27.06.2017 A8-0238/2017.

Roth M and Stegner M, 'Mediation in Avustria' (2013) 3 Y.B. ON. INT'L. ARB. 367.

Strong SI, 'Beyond International Commercial Arbitration? The Promise of International Commercial Mediation' (2014) 45 WASH UJ&Pol'y. 11.

Sussman E, 'The Singapore Convention the Enforcement and Recognition of International Mediated Settlement Agreements' (2018) (3) ICC Dispute Resolution Bulletin 42.

Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019).

Vettori S, 'Mandatory Mediation: An Obstacle to Access to Justice?' (2015) 15 (2) Afr. Hum.Rts. L.J. 355.