

## Zorunlu Arabuluculuk: Adalete Erişimi Zorlaştıran Bir Engel Mi?

**Yazarlar:** Av. M. Tarık Gülerüz // Av. Barış Ülker

Arabuluculuk, özünde bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olup, geleneksel olarak hemen tüm toplumlarda karşılığı olan ve tarihi insanlık tarihine eşitlenebilen bir kurumdur. İhtilaf yaşayan insan kümeleri, örneğin bir köy/kasaba halkı ya da meslek mensupları, bu kuruma başvurmak suretiyle ihtilaf konusu olan hususları yargıya taşımaktansa üçüncü bir kişinin arabuluculuğu marifeti ile çözüme kavuşturmaktadır. Bu yönü ile tamamen irade özerkliğine dayalı bu -geleneksel- sistemde, arabuluculuk devletin zorlayıcı gücünden yoksun bir “alternatif” çözüm yöntemi olarak görünürlük kazanmaktadır. Benzer durum, devletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde de söz konusu olmaktadır.

Arabuluculuk bir kavram olarak ise çok sayıda tanıma konu olmuştur. “Bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişinin katkı veya katılımıyla, uyuşmazlığa düşmüş tarafları bir araya getirerek birbirlerini anlamalarını ve bu sayede oluşacak olası bir anlaşmanın şartlarını müzakere etmelerini sağlayan ve olası bir davayı önlemeyi amaçlayan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi” sıklıkla yapılan bir tarihtir. Bu bakımdan geleneksel arabuluculuk gerek hukuk öğretisi gerekse de sözlükteki anlamı ile ihtilaf yaşayan insan kümelerinin tercih edebileceği bir yol, yani alternatif/seçenektir. Örneğin Osmanlı’da “müslihun” kurumu altında müslih denen kişiler; tarafları kadıların huzuruna gitmelerine gerek kalmadan uzlaştırma yetkisine sahip bir çeşit ihtiyari arabulucu görevi görmüştür.

Oysa, kamuoyunda “zorunlu arabuluculuk” olarak adlandırılan, kapsamı sürekli olarak genişleyen ve bazı hukuk uyuşmazlıklarında dava açmadan önce arabulucuya müracaat etme zorunluluğu getiren yasal düzenlemeler, birçok yönü ile geleneksel arabuluculuktan ayrılmaktadır. Başındaki “zorunlu” ibaresi ise “arabuluculuk” kavramının taşıdığı irade özgürlüğüne dayalı yapıyı ortadan kaldırmakta ve birçok hukukçuya göre geleneksel arabuluculuk kurumundan ayrılarak bir dava şartına dönüşmektedir. Zorunlu arabuluculuk bu bakımdan bir alternatif değil, tüketilmesi gereken bir yola dönüşmektedir. Kişilerin mahkemeye başvurmadan önce tüketmesi gereken bir yol olarak tasarlanan zorunlu arabuluculuk kurumu, “kamu alanının küçülmesine yönelik” liberal geleneğin “yargı alanındaki” görünümü olarak kabul edilmektedir. Locke, Hume ve Smith’in “gece bekçisi devlet (night-watchman state/minarchy)” anlayışı, güvenlik ve yargı dışındaki alanlarda devletin miminal düzeyde varlık göstermesini savunur. Zorunlu arabuluculuk özelindeki sorun ise, devletin egemenliğinden doğan geleneksel yargı yetkisinin devredilmesi ve bu sebeple adalete erişim hakkının kısıtlanmasıdır.

## Zorunlu Arabuluculuk ve Türk Hukukundaki Görünümü

Zorunlu arabuluculuk uygulaması Türk hukukunda ilk olarak 1 Ocak 2018 tarihi itibarıyla iş kazası ve meslek hastalıklarından kaynaklananlar dışında kalan iş uyuşmazlıkları bakımından uygulanmaya başlanmıştır. İzleyen dönemde ise önce 1 Ocak 2019’dan itibaren para alacaklarına ve tazminat taleplerine ilişkin ticari davalar, 22 Temmuz 2020 itibarıyla ise tüketici mahkemelerinde görülecek belirli bir tutar üzerinde kalan uyuşmazlıklar ile yine bu mahkemelerde görülecek olan ve konusu para ile belirlenemeyen uyuşmazlıklar bakımından zorunlu arabuluculuk uygulaması yürürlüğe konmuştur. Belirtilen tür davalarda arabuluculuğun “zorunlu” sıfatını haiz olması, zorunlu arabuluculuğun artık Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca bir dava şartı olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır.

Buna göre, zorunlu arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklar açısından, bireyler dava açmadan önce zorunlu arabuluculuk kurumuna başvurmak zorundadır. Uyuşmazlığın taraflarından birinin arabulucuya başvurmadan doğrudan mahkemede dava açması mahkemece davanın esasını incelemeksizin, davanın usulden reddedilmesi sonucunu doğurur. Daha basit bir anlatımla, zorunlu arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklarda, zorunlu arabuluculuk tüketilmesi gereken bir yasal prosedüre dönüşmektedir. Aksi takdirde mahkemeye erişim hakkı ortadan kalkmaktadır.

Arabuluculuk sürecinin -olumlu veya olumsuz- sonuçlandırılması ise her tür dava bakımından farklı sürelerle tabidir. Bununla birlikte, arabuluculuk süreci boyunca zamanaşımı ve hak düşürücü süreler işlemeyecektir. Dolayısıyla arabuluculuğa süresinde başvurulmuş olması halinde, arabuluculuk sonlanana kadar kanunî süreler durmuş olacak, arabuluculuk nezdinde tarafların sulh olamaması halinde kaldığı yerden işlemeye başlayan süre içerisinde dava yoluna başvurulabilecektir.

Birkaç yıla yayılan uygulaması ile zorunlu arabuluculuğun esasen isteğe bağlı arabuluculuğu teşvik ettiği ifade edilmektedir. İhtilaf halinde, ilk seçenek olarak akla gelen “dava açma” refleksine alternatif yaratma düşüncesi, zorunlu arabuluculuk

düzenlemesinin temel amacını ortaya koyar. Bu yönüyle zorunlu arabuluculuğun, geçici bir yöntem olarak arabuluculuk sistemine karşı önyargıları kırmak açısından yararlı olabileceği ifade edilmektedir. Nitekim İtalya’da zorunlu arabuluculuğa geçilmeden önce 2010 yılında ihtiyari arabuluculuğa başvuru sayısı 18.525 iken, zorunlu hale gelmesiyle birlikte bu sayı 2013 yılında 41.604’e yükselmiştir.

### **Zorunlu Arabuluculuğun Dünyadaki Örnekleri**

Zorunlu arabuluculuk ülkemize mahsus değildir. Özellikle Avrupa’da arabuluculuk konusunda, 2004 yılında “Arabulucular için Etik Davranış Kuralları” (European Code of Conduct for Mediators) yayımlanmıştır. 2008/52/EC sayılı “Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine” ilişkin Avrupa Konseyi’nin 21 Mayıs 2008 tarihli Yönergesi de Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilmiş ve zorunlu arabuluculuk uygulaması üye devlet tasarrufuna bırakılmıştır.

İtalya 2013 yılında çıkarttığı bir Kanun ile emlakçılık, sigorta, bankacılık, finans, mal paylaşımı, miras, aile hukuku, kira hukuku, sağlık çalışanlarına yöneltilen ihmal iddiaları ve basın yoluyla karalama konularından doğan uyuşmazlıkları zorunlu arabuluculuğa tabi tutmuştur.

Avustralya’nın muhtelif eyaletlerinde de zorunlu arabuluculuk benimsenmiştir. Örneğin New South Wales eyaletinde tarım işlerinden doğan alacakları, işyeri kiralaları ve eyalete özgü kat mülkiyeti sistemini (Strata Scheme) ilgilendiren uyuşmazlıklar zorunlu arabuluculuğa tabidir. Öte yandan Avusturalya’da mahkemelerin, önlerine gelen diğer uyuşmazlıkları zorunlu arabuluculuğa yönlendirme konusunda takdir yetkileri de bulunmaktadır. Bu kapsamda mahkeme tarafların rızası aranmaksızın uyuşmazlığı bir arabulucuya yönlendirebilmekte, bu hallerde tarafların arabuluculuk toplantılarına katılmaları da zorunlu tutulmaktadır.

İngiltere’de ise zorunlu arabuluculuk denemeleri hayal kırıklığı ile sonuçlanmıştır. Yine de bazı uyuşmazlıklarda mahkeme kararıyla uyuşmazlık arabuluculuğa yönlendirilebilmekte, bu yönlendirmenin ardından taraflardan birisi arabuluculuğa başvurmayı makul bir sebep olmaksızın reddederse yargılama giderleri mahkeme tarafından lehine hüküm kurulsa dahi bu tarafın üzerine bırakılabilmektedir. Mahkemenin uyuşmazlığı arabulucuya yönlendirme yetkisinin sınırları kanunla çizilmemiş olmakla beraber, İngiltere’de alternatif uyuşmazlık çözüm yolları açısından en önemli belgelerden birisi olan Jackson Raporu’na göre sigorta uyuşmazlıkları, yaralanmalardan doğan maddi ve manevi tazminat talepleri ile sağlık çalışanlarına yöneltilen ihmal iddiaları arabuluculuğa yönlendirilmesi uygun olabilecek başlıca uyuşmazlık türlerini oluşturmaktadır.

### **Liberalizm Kısacasında Arabuluculuk ve Adalet Erişim Sorunu**

İsteğe bağlı ve devletin zorlayıcı gücünden yoksun, geleneksel arabuluculuğu saymaz isek, hukukumuzda yeni olan esasen arabuluculuğun kurumsallaşması ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak yargı sistemine -kimi durumlarda zorunlu olarak- dâhil edilmesidir. Bu trendin, -tabiri caizse- “yargının özelleşmesi serüveninin” liberalizmin temel ilkelerinden özelleştirmeye yakından ilgisi olduğu bir gerçektir. Hapishane işletmelerinin bile birçok eyalette özel sektöre devredildiği Amerika Birleşik Devletleri ise bu trendin bayrak taşıyıcısıdır.

Devletlerin müdahaleci ve korumacı rolünü peyderpey devretme arzusunun yargı alanındaki görünümü açısından zorunlu arabuluculuk -anayasaya aykırılık iddialarına karşın- muazzam bir örnektir. Devletler ve siyasal iktidarlar, yargının malum ve meşhur iş yükünü azaltma gerekçesiyle tüm gelişmiş hukuk sistemlerinde zorunlu arabuluculuk uygulamasını genişletme eğilimindedirler. Ancak son bir asırda meydana gelen global krizler devlet kavramının değişmesine, bu anlamda neo-liberal görüşlerin ve “gece bekçisi devlet” ve “bırakınız yapsınlar” kavramlarının güçlenmesine sebebiyet vermiştir.

Zorunlu arabuluculuğa ilişkin “yargının iş yükü” retoriği, temelde adalet erişim argümanına dayalı karşıt görüş karşısında güç kazanmakta ve zorunlu arabuluculuk uygulaması kapsam açısından genişlemektedir. Kuşkusuz, Covid-19 pandemisinin yarattığı ekonomik tahribat ve buna bağlı ekonomik dönüşüm yargının iş yükünü daha da arttıracaktır. Bu ise, zorunlu arabuluculuk uygulamasının daha da genişlemesi için oldukça önemli bir argüman olacaktır. Ülkemizde halen, aile hukuku ve benzeri hukuk uyuşmazlıklarında da zorunlu arabuluculuk uygulamasının getirilmesi tartışılmaktadır. Zorunlu arabuluculuğu savunan görüşlerin güç kazanması, ileride birçok hukuk alanının da bu kapsama alınması anlamına gelecektir.

i Yrd. Doç. Dr. Ahmet Kılınç, “Osmanlı Devleti’nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Müslihun: Osmanlı Arabuluculuğu” *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi* (İstanbul: 2016) 15-83.

ii 11-13 Mayıs tarihleri arasında gerçekleştirilen Arabuluculuk Mevzuat Çalıştay’ında Leonardo D’Urso tarafından gerçekleştirilen sunumda söz konusu verilere yer verilmiştir. Bkz. “Türkiye’de Arabuluculuk Mevzuatında Yapılması Planlanan Değişikliklere İlişkin Uluslararası Çalıştay ve Çalışma Grubu Toplantıları”.

- iii Doç. Dr. Seda Özmumcu, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış" *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* C. LXXIV, S. 2 (2016): 812-815.
- iv Melissa Hanks, "Perspectives on Mandatory Mediation", *UNSW Law Journal*, 35, no. 3, (2012): 945.
- v Lord Jackson, *Review of Civil Litigation and Costs: Final Report* (İngiltere Adalet Bakanlığı, 2009), 355-361.
- vi Coşkun Can Aktan, "Değişim Trendleri ve Devletin Yeniden Tanımlanması", *Ekonomi Bilimleri Dergisi* 7, no.2 (2015): 75-98.
- vii ABD, İngiltere, Avustralya, Kanada gibi gelişmiş ülkeler, hızla artan cezaevi nüfusu ve mevcut cezaevi kapasitelerinin yetersizliğine bir çözüm olarak ceza adaleti alanında özel sektöre yer vermeye başlamıştır. Özel sektör, devletin asli fonksiyonlarından sayılan adalet hizmetlerinde çeşitli şekillerde yer almaktadır. Cezaevlerinin inşası, yönetimi ile gözetimle ilgili olmayan yemek, eğitim, sağlık gibi hizmet alanlarında özel sektör faaliyet göstermektedir. Bkz: Hilal Görkem, "T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Kamu Hizmetlerinin Özelleştirilmesi Kapsamında Cezaevi Hizmetlerinin Özelleştirilmesi Ve Türkiye'de Uygulanabilirliği", 1990, s. 2.

Bu içerik yalnızca bilgi verme amaçlı olup hiçbir surette hukuki tavsiye niteliği taşımamaktadır.

Fikri mülkiyet hakları Güleriyüz & Partners Avukatlık Bürosu'na ait olan bu içeriğin yazılı izin alınmaksızın çoğaltılması, kopyalanması ve kullanılması yasaktır.

This content is solely produced for informative reasons and do not constitute legal opinion or advice under any circumstances. Güleriyüz & Partners Attorneys at Law is the sole owner of the intellectual property rights of this content and shall not be reproduced, copied, or used without written consent of Güleriyüz & Partners Attorneys at Law.