

## Eşitlik Ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu

### The Necessity To Re-Evaluate The Principles of Equality and Impartiality in The Context of Compulsory Mediation

Hakan ALBAYRAK\*

#### Öz

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yönetmeliğinde temel ilkeler düzenlenmiştir. Bu temel ilkelerin bir kısmı aslında arabulucunun uyması gereken etik ilkeleri de içermektedir. Dolayısıyla doğrudan etik ilkeler ayrı bir başlık altında düzenlenmemiştir. Bu konudaki eksiklik Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından hazırlanan ve Arabuluculuk Kurulu tarafından gözden geçirilen etik ilkelerin kabulü ile tamamlanmaya çalışılmıştır. Bu etik ilkeler tamamen ihtiyari arabuluculuk süreci bakımından hazırlanmıştır. Ancak bilindiği üzere 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile birlikte dava şartı olan arabuluculuk uygulamaya girmiştir. Dava şartı olan arabuluculuk sürecinin temel ve etik ilkeleri ile ihtiyari arabuluculuk sürecinin temel ve etik ilkeleri arasında sürecin kendisinden kaynaklanan bazı farklılıklar olmalıdır. Zaten bu nedenle de 12/10/2017 tarihli 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile Arabuluculuk Kanunu'nda bazı değişikliklere gidilmiştir. Bu değişiklikler ile birlikte aslında arabulucunun rolü de değişikliğe uğramıştır. İşte biz burada dava şartı olan arabuluculuk sürecinin kendi özellikleri nedeniyle arabuluculukta bulunan eşitlik ve tarafsızlık ilkelerinin yeniden yorumlanması gerekliliğinden ve bunların sebeplerinden bahsetmeye çalışacağız.

**Anahtar Kelimeler:** Arabuluculuk, Uzlaştırma, Etik ilkeler, Zorunlu arabuluculuk, Usul hukuku.

#### Abstract

Basic principles were laid down in the mediation law and the mediation directive. Some of these basic principles also contain ethical principles that the mediator must obey. Therefore, direct ethical principles are not organized under a separate heading. For this reason, the Mediation Department has established some ethical principles. These ethical principles are fully prepared for the arbitrary mediation process. As it is known, however, with the Law No. 7036 on Work Procedures, mediation has been put into practice. There should be some differences between the basic and ethical principles of the mediation process, which is the trial condition, and the basic and ethical principles of the discretionary mediation process. As a matter of fact, some changes have been made to the Law on Mediation by Law no. 7036 dated 12/10/2017. With these changes, the role of the mediator has also changed. Here we will try to examine the necessity of re-evaluation of some of the basic and ethical principles of mediation.

**Keywords:** Mediation, Conciliation, Ethical principles, Mandatory mediation, Procedural law.

#### Genel Olarak

Taraflar arasında bir uyuşmazlık yaşandığında başvurulacak ilk ve asıl yol, mahkemeler eliyle yargısal süreçler izlenerek sorunun çözüme kavuşturulmaya çalışılmasıdır. Buna yargısal veya geleneksel usul denilmektedir<sup>1</sup>Devletin asli görevlerinden biri adalet dağıtmaktır. Bu nedenle devlet, önceden belirlenmiş yargılama hukuku kurallarına göre uyuşmazlıkları çözmekle görevli mekanizmaları kurmakla mükelleftir. Ancak mevcut mahkeme odaklı çözüm önerilerinin günümüzde yetersiz kalması nedeniyle, dünyada alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine olan ilgi son derece artmıştır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, geleneksel dava yoluna göre daha ucuz, daha süratli, tarafların çözüm sürecine aktif bir biçimde katılımını sağlayan, hasımlığın önüne geçen, dolayısıyla taraflar arasında sosyal ve ekonomik ilişkilerin sürdürülmesine olanak tanıyan, uyuşmazlığın her iki tarafının da menfaatini gözettiğinden daha etkili bir çözüm sağlayan yöntemlerdir<sup>2</sup>. Arabuluculuk ise alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerisinde en sık başvurulan çözüm yöntemidir<sup>3</sup>. Dünyadaki bu genel eğilime paralel olarak ülkemizde de 6325 sayılı Kanun ile arabuluculuk, hukuk sistemimize girmiştir. Ancak ihtiyari arabuluculuk beklenen ilgiyi görmemiştir. Ancak 7036

\* Dr. Öğr. Üyesi, Hakan Albayrak, Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, [hknalbayrak@hotmail.com](mailto:hknalbayrak@hotmail.com).

<sup>1</sup> (Konuralp, 2011, s. 5), (Kurt, 2018, s. 407).

<sup>2</sup> (Konuralp, 2011, s. 6).

<sup>3</sup> (Tuğsavul, 2012, s. 21).

sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile iş uyuşmazlıklarında dava şartı olan arabuluculuk yürürlüğe girmiştir. Kanunun genel gerekçesinde de iş mahkemelerinin artan iş yükü ve iş yükünün ve işin yapılma şeklinde meydana gelen değişikliklerin, ayrıca nüfus artışı ve teknolojiye yaşanan değişikliklerin artık alternatif uyuşmazlık yöntemlerine olan gereksinimi zorunlu kıldığından bahsedilmiştir.

Dava şartı olan arabuluculuğun yürürlüğe girmesi ile birlikte Arabuluculuk Kanunu<sup>4</sup> ve Arabuluculuk Yönetmeliği'nde<sup>5</sup> buna ilişkin değişikliklere gidilmiştir. Ayrıca kanunda temel ilkeler düzenlenmiştir. Bu temel ilkelerin bir kısmı aslında arabulucunun uyması gereken etik ilkeleri de içermektedir. Ancak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği'nde temel ilkeler ve etik ilkeler yönetmelikte birbirinden ayrılmıştır. Ceza Muhakemesi Uzlaştırma Yönetmeliği'nde doğrudan etik ilkeler ayrı bir başlık altında düzenlenmiştir. Bu şekilde ceza hukukundaki uzlaştırma sürecinde yargı makamlarının ve uzlaştırmacının uyması gereken temel ilkeler ile sadece uzlaştırmacının uyması gereken etik ilkeler arasındaki fark daha belirgin hale getirilmiştir. Etik ilkelere ilişkin olarak Arabuluculuk Kanunu ve Yönetmeliğinde eksik olan düzenlemeler Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından hazırlanan ve Arabuluculuk Kurulu tarafından gözden geçirilen etik ilkelerin kabulü ile etik ilkeler tamamlanmaya çalışılmıştır. Buradaki sıkıntı bu etik ilkelerin tamamen ihtiyari arabuluculuk süreci bakımından hazırlanmış olmasıdır. Özellikle tarafların iradi olarak sürece katıldığı ve tarafların eşit olduğu varsayımına dayalı olarak hazırlanmış temel ve etik ilke kurallarının zorunlu arabuluculuk (dava şartı olan arabuluculuk) süreci bakımından doğrudan uygulanabilirliği bir sorun olabilir. Bilindiği üzere 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasına göre *“bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.”* Dava şartı olan arabuluculuk sürecinin temel ve etik ilkeleri ile ihtiyari arabuluculuk sürecinin temel ve etik ilkeleri arasında sürecin kendisinden kaynaklanan bazı farklılıklar olmalıdır. Zaten bu nedenle de 12/10/2017 tarihli 7036 sayılı Kanun ile Arabuluculuk Kanunu'nda bazı değişikliklere gidilmiştir. Bu değişiklikler ile birlikte aslında arabulucunun rolü de değişikliğe uğramıştır. Daha önce çözüm önerisi sunamayan arabulucu, artık değişen 2. madde ile birlikte tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilecektir. Ayrıca değişen Arabuluculuk Kanunu'na uygun olarak Adalet Bakanlığı 2 Haziran 2018 tarihinde yeni bir yönetmelik yayınlamıştır. Bu yönetmelikte bazı değişikliklere de gidilmiştir. İşte biz bu çalışmamızda dava şartı olan arabuluculuk sürecinin kendi özellikleri nedeniyle arabuluculuk temel ve etik ilkelerinden olan eşitlik ve tarafsızlık ilkesinin yeniden değerlendirilmesi gerektiğini izah etmeye çalışacağız.

## **Eşitlik ve Tarafsızlık İlkelerinin Dava Şartı Olan Arabuluculuk Bakımından Yeniden Değerlendirilmesi Gerekliği**

### **Genel olarak eşitlik ve tarafsızlık ilkesinin arabuluculuk kanunu'nda düzenleniş biçimi**

Arabuluculuk Kanunu'nun 3. maddesinin ikinci fıkrası eşitlik ilkesini düzenlemiştir. Buna göre; *“(2) Taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler.”* Bu temel ilke aynı zamanda arabuluculuk süreci bakımından etik bir ilke olarak da kabul edilmiştir. Kanunun 3. maddesinin ikinci fıkraya ilişkin gerekçe kısmında bu ilkeye yönelik açıklamalar mevcuttur. Gerekçeye göre;

<sup>4</sup> 6325 say. Kanun, Resmi Gazete; 22.6.2012, S. 28331. Makalede sadece “Kanun” ifadesinin geçtiği yerler ile kastedilen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'dur.

<sup>5</sup> 2 Haziran 2018 tarihinde iş uyuşmazlıklarında dava şartı olan arabuluculuğun getirilmesiyle birlikte değişen Kanun'a uygun olarak yeni Yönetmelik yayınlanmıştır. Resmi Gazete sayısı, 30439.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, arabuluculuk sürecinde tarafların eşitliği vurgulanmıştır. Taraflar, bu uyuşmazlık çözüm yoluna başvururken ve süreç boyunca eşit haklara sahiptir. Eşitlik, hemen her konuda, özellikle de uyuşmazlığın çözümünde öncelikle göz önünde tutulması gereken Anayasal bir ilkedir. Eşitlik hem yargılama yapılarak varılan çözüm yöntemlerinde hem de yargılama yapılmadan varılan çözüm yöntemlerinde ortak bir ilkedir. Ancak, her iki çözüm yönteminde uygulanması ve alanı belirli farklılıklar taşımaktadır. Bu farklılıklar, uyuşmazlık çözüm yönteminin niteliği ve tarafların bu yöntem içindeki konumlarından kaynaklanmaktadır Kendisini diğer tarafla tam olarak eşit hissetmeyen veya kanunen böyle muamele görmeyen bir tarafın, uzlaşmasından değil, mecburen bir sonuca katlanmasından söz edilebilir. Kanun önünde eşit olma ve uyuşmazlık çözüm sürecinde eşit haklara sahip olma, bir uyuşmazlık hangi yolla çözülsün gözetilmesi gereken bir ilkedir. Bu ilke, yargı organları önünde de uyuşmazlıklar çözüldükçe, adil yargılanma ve hukukî dinlenilme hakkının bir gereğidir. Aynı şekilde, silahların eşitliği ilkesi olarak da ifade edilen, yargılamada tarafların eşit hak ve imkânlarla sahip olması, her zaman göz önünde tutulmalıdır. Benzer bir durum arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığın çözümünde de söz konusudur. Taraflardan birini dışlayarak veya ona daha az söz hakkı vererek varılan sonuçta, gerçek bir uzlaşmadan ya da anlaşmadan söz edilemez. Devlet yargısı önünde eşit olan tarafların, iradî olarak başlatıp yürüttükleri arabuluculuk sürecinde de eşit olmamaları düşünülemez. Fıkra da bu durum çok açık ve tüm süreci kapsayacak şekilde vurgulanmıştır.

Görüldüğü üzere eşitlik Kanununun gerekçesinde de güzel bir şekilde izah edilmiştir.

Arbuluculuk Kanunu'nun "Görevin özenle ve tarafsız biçimde yerine getirilmesi" başlıklı dokuzuncu maddesi ise tarafsızlık ilkesini düzenlemektedir. Maddenin birinci fıkrası arabulucunun görevini tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getireceğini düzenlemektedir. Maddenin ikinci fıkrası ise, arabulucu olarak görevlendirilen kimsenin, tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hâl ve şartların varlığı hâlinde, bu hususta tarafları bilgilendirmekle yükümlü olduğunu, yapılan bu açıklamaya rağmen taraflar, arabulucudan birlikte talep etmeleri halinde, arabulucunun bu görevi üstlenebileceğini yahut üstlenmiş olduğu görevi sürdürebileceğini düzenlemektedir. Bu şekilde kanunkoyucu arabulucuya bir yükümlülük yüklemiştir. Tarafsızlık ilkesinin tarafları koruma düşüncesi ile konulması nedeniyle tarafların rızası halinde arabulucunun faaliyetini sürdürmesinde de bir sakınca görülmemiştir. Kanunun üçüncü fıkrasında ise arabulucunun taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Eşitlik ilkesi burada bir kez daha vurgulanmıştır. Maddenin son fıkrası ise arabulucunun tarafsızlığını korumak adına, arabulucunun görev yaptığı uyuşmazlıkla ilgili olarak açılan davada daha sonra tarafların avukatlığını üstlenemeyeceğinden bahsetmiştir.

### **Kolaylaştırıcı ve değerlendirici arabuluculuk modeli**

Arbuluculuk Kanunu'nda düzenlenen bu eşitlik ve tarafsızlık ilkelerinin iş yargılamasının kendine özgü ilkeleri gereği, dava şartı olan zorunlu arabuluculuk sürecinde nasıl uygulanması ve anlaşılması gerektiği bir sorun teşkil etmektedir. Bu soruna değinmeden önce öncelikle iki temel arabuluculuk modeli olan kolaylaştırıcı arabuluculuk ve değerlendirici arabuluculuk modelinden bahsetmek gerekir.

İhtiyari arabuluculuk modelinde Kanun daha çok kolaylaştırıcı arabuluculuk modelini (Facilitative Mediation) benimsemekteydi. Aslında bu model arabuluculuğun temel modellerinden birisi olup arabuluculuğun tarihi seyrinde ilk uygulanmaya başlanan modeldir<sup>6</sup>. Bu modelde arabulucu sadece yöntemi yürütmekle görevlidir, uyuşmazlık konusunda uzman olmasına gerek yoktur<sup>7</sup>. Zira arabulucu, uyuşmazlık konusundaki uzmanlıklarından ziyade, yöntem, iletişim becerileri ve taraflarla arasında bir bağlantı olmaması nedeniyle seçilmektedir<sup>8</sup>. Arabulucunun öncelikli görevi, taraflara müzakerelerinde yardımcı olmak ve aralarındaki iletişimi sağlamak, taraflar arasında müzakereleri kolaylaştırmaktır<sup>9</sup>. Dolayısıyla

<sup>6</sup> (Özmumcu, 2013, s. 1370).

<sup>7</sup> (Kekeç, 2011, s. 218).

<sup>8</sup> (Kekeç, 2011, s. 218).

<sup>9</sup> (Özbek, 2004, s. 211), (Eren, 2016, s. 103).

bu modelde arabulucunun üstlenmiş olduğu fonksiyon pasiftir<sup>10</sup>. Bu modelde arabulucunun tarafsız olması son derece önemlidir. Arabulucu, sadece taraflarca göz önüne alınan bağımsız çözüm seçenekleri hakkında eleştirel sorular sorulmasında etik bir sorumluluğa sahiptir<sup>11</sup>. Kural olarak, kolaylaştırıcı arabuluculuk modelinde, arabulucular taraflara uyumsuzluğa neden olan sorun hakkında ne bir tavsiyede bulunmaya ne de hukuki bir bilgi sağlamaya yetkilidirler<sup>12</sup>. Zaten kolaylaştırıcı arabuluculukta önemli olan haklardan ziyade tarafların iradeleridir. Bu nedenle tarafların katılımı çok önemlidir. Müzakerelerin avukatların katılımından çok tarafların katılımı ile gerçekleştirilmesi amaçlanır. Çünkü avukatlar, tarafların çıkarlarına değil haklarına yoğunlaşmaktadırlar<sup>13</sup>. Bu yöntemde arabulucu, taraflara hukuki bilgiler sunmaz ve tavsiyelerde bulunmaz, tarafların kendi çıkarlarına göre karar vermesine yardımcı olmaya çalışır<sup>14</sup>. O nedenle somut uyumsuzluk bakımından uzman olmaları gerekmemektedir<sup>15</sup>.

Değerlendirici arabuluculuk (Evaluative Mediation) ise bundan daha farklıdır. Değerlendirici arabuluculukta, arabulucular tarafların teknik bir sorunun halli için kendilerine geldiklerini düşünürler. Olası bir mahkemenin tahmin edilen sonucu, arabuluculuk sürecine yön verir<sup>16</sup>. Bu model, tarafların hakları üzerine kurulu bir arabuluculuk modelidir. Bu modelde arabulucular öneride bulunur, dosyanın zayıf ve güçlü yanlarından bahseder ve dosyanın içeriğini değerlendirerek teknik veya hukuki bilgi sağlar<sup>17</sup>. Hatta bu modelde arabulucu, taraflara tavsiyelerde de bulunabilmekte, değerlendirme yapmakta, dava açılması halinde dava masrafları ve dava sürecinin zamanı hakkında bilgi vererek tarafları etkileyebilmekte, somut olaya ilişkin olarak hâkimin nasıl bir karar verebileceği hakkında görüşünü dahi ifade edebilmektedir.<sup>18</sup> O nedenle bu modelde hukuki alt yapısı olan arabulucular tercih edilir. Burada tarafların amacı, karmaşık ve teknik konularda tarafsız bir üçüncü kişiden dosyanın esası hakkında teknik ve hukuki bilgi alabilmektir<sup>19</sup>. Değerlendirici arabuluculuk modelinde arabulucu daha aktif bir rol üstlenen, taraflara öneriler getirebilen, somut durum hakkında taraflara uygulanabilir bir çözüm sunan uyumsuzluğun zayıf ve güçlü taraflarına vurgu yapabilen, aktif bir değerlendirme gücü olan kişi olarak tanımlanır<sup>20</sup>. Özellikle değerlendirici arabulucu modelinde arabulucuya, tarafların kendi durumlarını daha gerçekçi bir şekilde yeniden değerlendirmelerine ve buna göre bir sonuca ulaşmalarına yardım etmek için gerçeğin temsilcisi “agent of reality” olma sıfatıyla bir ödev yüklenmektedir<sup>21</sup>.

Bu yapmış olduğumuz açıklamalar ışığında söyleyebiliriz ki; kanunkoyucu, daha önce ihtiyari arabuluculukta kolaylaştırıcı arabuluculuk modelini tercih etmiş ve ona göre kanunu hazırlamıştır. Bu husus Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından hazırlanan arabuluculuk eğitim kitabında özellikle belirtilmiştir<sup>22</sup>. İş hukuku bakımından dava şartı olan arabuluculuğun kabul edilmesiyle birlikte değerlendirici arabuluculuk modeline doğru bir geçiş yapılması zorunlu olmuştur. Bu nedenle Arabuluculuk Kanunu’nda bahsetmiş olduğumuz değişikliklerin yapılması gerekmiştir. Hatta değerlendirici arabuluculuk için gerekli olan teknik ve hukuki

<sup>10</sup> (Özmumcu, 2013, s. 1372).

<sup>11</sup> (Özbek, 2004, s. 208).

<sup>12</sup> (Özmumcu, 2013, s. 1372).

<sup>13</sup> (Kekeç, 2011, s. 219).

<sup>14</sup> (Kekeç, 2011, s. 219), (Özmumcu, 2013, s. 1372).

<sup>15</sup> (Özmumcu, 2013, s. 1372).

<sup>16</sup> (Kekeç, 2011, s. 220).

<sup>17</sup> (Kekeç, 2011, s. 220).

<sup>18</sup> (Özmumcu, 2013, s. 1375).

<sup>19</sup> (Kekeç, 2011, s. 220).

<sup>20</sup> (Özmumcu, 2013, s. 1376).

<sup>21</sup> (Özmumcu, 2013, s. 1376).

<sup>22</sup> (Yeşilirmak, 2017, s. 86, 87). Ancak bu eğitim kitabının yazımından hemen sonra dava şartı arabuluculuk yürürlüğe girmiş ve kanun değişikliğe uğramıştır. Yeni kanuna göre hazırlanan eğitim kitabı henüz yayınlanmamıştır.

bilginin sağlanabilmesi adına, iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda dava şartı olan zorunlu arabuluculuk için uzman arabuluculuk eğitiminin tamamlanması da zorunlu kılınmıştır. Bu açıdan bakıldığında artık kanunkoyucunun değerlendirci arabuluculuğu kabul ettiği kolaylıkla düşünülebilir. Ancak şu hususu özellikle vurgulamak isteriz; teorik olarak yazılan bu arabuluculuk modelleri, yabancı ülkelerde mevcut olan uyuşmazlık çözüm yöntemlerine göre şekillenen arabuluculuk modelleridir. Bu modeller söz konusu ülkelerde arabulucuların yapmış olduğu faaliyetlerin incelenmesi neticesinde arabulucuların izlemiş olduğu usullere bakılarak düzenlenmiştir ve pratik uygulamaların sonradan teorik olarak temellendirilmesine dayanmaktadır. Bu nedenle yabancı ülkelerde söz konusu ihtilafın tarafları, kendi ihtilaflarına hangi arabuluculuk modelinin uygun olduğunu tercih edebilirler. Yapılan bu tercihe göre de arabulucunun seçimi yapılabilir. O nedenle taraflar kendileri için uygun olduklarını düşündükleri kolaylaştırıcı bir arabuluculuk modelini tercih edebilirler. Ancak bazen taraflar teknik bir konu hakkında bilgi sahibi olan, süreçte daha aktif bir rol üstlenebilecek ve kendilerine yön gösterecek bir arabulucu modelini de tercih edebilirler. Bu tamamen tarafların ihtiyaçlarına göre belirlenebilecek bir şeydir. Bu ihtiyacı da arabulucu, tarafları dinlediğinde tespit edebilmeli ve tarafları işin başında ona göre yönlendirebilmelidir. İşte burada özellikle belirtmek istediğimiz şey şudur ki; mevcut arabuluculuk modelleri tam olarak ülkemiz uygulamasıyla birebir örtüşmeyebilir. Bu arabuluculuk modellerinin özelliği bahsetmiş olduğumuz gibi yabancı ülkelerde meydana gelen ihtilafların o ülke şartlarına, o ülke mevzuatına ve o ülke sosyolojisine göre şekillenmiş olmasıdır. Dolayısıyla ihtilafın biçimi, uygulandığı ülke, sosyolojik gerçekler, uygulandığı alan, ülke mevzuatı vb. birçok ayrıntı aslında uygulanacak olan modeli de şekillendirmektedir. Bu nedenle birebir olarak daha önce kolaylaştırıcı arabuluculuk modeli uygulanmaktayken şu anda artık değerlendirci arabuluculuk modelinin geçerli olduğu savı, gerçeğin tamamını anlatmaya yetmez. Çünkü yabancı ülkelerde uygulanan modeller o ülkelerin kendi şartlarına göre şekillenen modellerdir. Bu nedenle, ülkemizde uygulanan dava şartı olan arabuluculukta birçok farklı ayrıntı vardır. Farklılıklardan ve bu ayrıntılardan bahsetmek gerekirse; dava şartı arabuluculuğun iş hukuku uyuşmazlıklarında olması, uzlaşılan hususlarda bir dava açılmamasına ilişkin düzenlemenin oluşu, iş hukukuna ilişkin Anglo-Sakson uygulamasından farklı birçok düzenlemelerin oluşu, ülkemizde oturmuş yargı kararlarının içerikleri, sosyal güvenlik uygulamalarının farklı oluşu, dava süreçlerinin -arbuluculuk modellerinin teorik temellerinin ortaya çıktığı ülkelere farklı olarak- çok uzun zaman alması, ülkemizde bulunan sosyolojik gerçeklikler (eğitim durumu, gelir farklılığı, sanayileşme, iş sağlığı ve güvenliği uygulamaları, sigortasız çalıştırmanın yaygın oluşu vb. ) , gibi birçok ayrıntı yabancı ülkelerde teorik olarak şekillenen bir arabuluculuk modelinin ülkemizde doğrudan uygulama alanı bulmasını ve tanımlanmasını zorlaştırmaktadır. Çünkü anlatılan arabuluculuk modellerinin hangisinin uygulanacağını veya şartlara hangisinin uygun olduğunun ülkemizde bahsetmiş olduğumuz bu ayrıntılar göz önüne alınmadan tanımlanması imkânsızdır. İşte bütün bu anlatımlar doğrultusunda, ülkemizde ihtiyari arabuluculuk modeli için tasarlanan kolaylaştırıcı arabuluculuk modelinden, özellikle zorunlu arabuluculuk açısından (iş uyuşmazlıklarında ihtiyari olarak da gidilebilen arabuluculukta da) dönüştürücü arabuluculuk modelinin benimsendiği aşıkârdır. Bütün açıklamalarımızın sebebi, bu dönüştürücü arabuluculuk modelinin dahi mevcut kanuni düzenlemelerle ve uygulandığı alan itibarıyla tam olarak örtüşmediğidir. Dönüştürücü arabuluculuk modelini de aşan ve arabulucunun oldukça aktif olmasını gerektiren bir modelin ülkemizde uygulanması arzulanmaktadır. Çünkü yabancı ülke uygulamalarından farklı olarak iş hukukunun kendine özgü ilkeleri ve pek tabii ki zorunlu arabuluculuk nedeniyle işçilerin zarar görmesinin engellenmesi, işçiyi koruma düşüncesi, dava şartı olması, uzlaşılan konularda dava açılmaması, çözüm önerisi getirilebilmesi gibi durumlar, dönüştürücü arabuluculuk modeline de farklı bir bakış açısı ile bakılmasını gerektirmektedir. Bu nedenle artık eşitlik ilkesi ve bu

ilke ile birlikte değerlendirilmesi gereken arabulucunun tarafsızlığı ilkesinin yeniden anlamlandırılması gereklidir.

### **Eşitlik ve tarafsızlık ilkelerinin yeniden yorumlanması ihtiyacı**

Yapmış olduğumuz bütün bu açıklamalar ışığında, kanaatimize göre, yeni sistemde dava şartı olan arabuluculuğun yeniden yorumlanması ihtiyacı üç ana sebepten kaynaklanmaktadır. Birincisi kanunda sayılan durumlarda arabuluculuğun zorunlu olması, diğeri zorunlu arabuluculukta anlaşmaya varılan hususlarda bir daha dava açılmayacak olması ve sonuncusu ise iş hukukunun kendi ilkelerinden kaynaklanan sebeplerdir. Bu üç ana sebep dönüştürücü arabuluculuk modelini de aşan bir şekilde arabulucuya çeşitli yükümlülükler yüklemekte ve eşitlik, tarafsızlık ilkelerinin yeniden yorumlanması ihtiyacı hissettirmektedir.

### **Belirli Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Zorunlu Olması ve Bu Zorunluluğun Arabuluculuk Modelinde Gerçekleştirdiği Etki**

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun temel ilkeler başlıklı ikinci bölümünün 3. maddesinde iradi olma ve eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; *“(1) Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler. (2) Taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler.”* Bu madde arabuluculuğun en önemli temel ilkelerinden birisidir. Kanunda da açıkça belirtildiği üzere, taraflar arabuluculuk sürecine istedikleri zaman katılabildikleri gibi istedikleri zaman bu süreci de sonlandırabilirler. Hatta Kanun'un gerekçesinde tarafların bu sürece mecbur bırakılmalarının süreci en baştan başarısız kılacağı ve Anayasa'da bulunan hak arama özgürlüğüne açıkça aykırılık teşkil edeceği de belirtilmiştir. Kanun'un gerekçesi özellikle dava şartı olan arabuluculuğun kabulünden sonra gerçekten çok ilginç bir hal almıştır<sup>23</sup>.

Arabuluculuk yöntemine başvuru konusunda iradi olma ilkesi bazen mahkemelerin iş yükünün azaltılması bazen de yöntemin uygulamada benimsenmesi amacıyla bazı ülkelerde göz ardı edilmiştir<sup>24</sup>. Arabuluculuk sürecinin başlangıcı açısından temel olarak iki model söz konusudur. Birincisi bahsetmiş olduğumuz gibi tamamen tarafların iradesi ile başlayan bir süreçtir. Aslında Arabuluculuk Kanunu da bu ihtiyari arabuluculuk üzerine kuruludur. Diğeri

<sup>23</sup> Birinci fıkrada, arabuluculuk yolunun iradî olması ortaya konulmuştur. Taraflar, öncelikle uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla sonuçlandırma konusunda anlaşmalıdırlar. Tarafların her ikisini veya birini, zorla bu sürecin içine dâhil etmek mümkün değildir. Uyuşmazlığın devlet yargısına taşınmadan çözülmesi için, hem kanunî düzenlemelerle hem de uygulamada taraflar teşvik edilebilir, bunu cazip kılacak bazı tedbirler alınabilir. Nitekim bu düzenleme içinde de bu yönde bazı hükümlere yer verilmiştir. Ancak, tarafları buna mutlak anlamda zorlamak, bu yolun niteliğine tamamen aykırıdır. Bu yönde teşvik etmekle zorlamak arasındaki sınırın iyi çizilmesi gerekir. Şüphesiz bir uyuşmazlığı inatla sürdürmek veya çözümü zora sokmak için çaba gösteren tarafı engellemekte, tarafların dışında, kamunun da yararı vardır. Nitekim mahkeme önünde yapılan yargılamalarda da kötü niyetle dava açan ya da dürüstlük kuralına aykırı davranan taraflar için bir takım yaptırımlar öngörülmüştür. Ancak, bu yaptırımın uygulanması tarafları mahkeme dışında çözüme zorlamak sonucu doğuramaz; aksi halde herkesin meşru vasıta ve yollardan hak arama özgürlüğüne sahip olduğu konusundaki Anayasa hükmüne aykırılık meydana gelir. Gönülsüz ve isteksiz, sırf mecbur olduğu için başlayan böyle bir süreçten başarılı sonuç da elde edilemez. Tarafı zorla masaya getirmek mümkün olsa da zorla masada tutmak ve müzakere zemini yakalamak mümkün değildir. Ayrıca, gönülsüz yapılan bir anlaşma da kalıcı olmayacak, en azından uygulama aşamasında birçok sorun çıkacaktır. Taraflar, sürecin iradî olması çerçevesinde, arabuluculuk faaliyetinin başlangıcında da sürecin hangi kapsamda ve nasıl yürütülebileceğini belirleyebilirler. Arabuluculuk faaliyetinin iradî olmasının gereği olarak, tarafların başladıkları bu süreci devam ettirip ettirmemekte konusunda da serbestileri söz konusudur. Taraflar istedikleri zaman bu süreçten çekilebilirler, onların artık bu yolla uyuşmazlığı çözmek istememelerini de kabul etmek gerekir. Bu sürecin nasıl sonuçlandırılacağı da taraflara bağlıdır. Uyuşmazlığı tamamen çözen bir anlaşmaya varılabileceği gibi, kısmen çözüme varılabilir veya farklı bir çözümlerle de arabuluculuk faaliyeti sonuçlandırılabilir. Yani, süreç her zaman uzlaşma ve anlaşmayla sonuçlandırılmak zorunda değildir. Bu, arabuluculuğun esnek yapısının da bir gereğidir.

<sup>24</sup> (Tıktık, 2013, s. 36).

ise, dava şartı olarak kabul edilen sistemdir. Burada hukuk politikasına göre tercih edilen bazı uyuşmazlıklar için dava açmadan önce taraflar öncelikle arabuluculuk sürecine başvurmak zorundadır. Dava şartı olan arabuluculuk uygulamalarına çeşitli ülkeler mevzuatlarında yer vermiştir. Örneğin Bavyera ve Baden Württemberg Eyaletlerinde sulh hukuk mahkemelerinin görev alanına giren ve konusu para veya parasal değer olup toplamı 750 Euroyu aşmayan taleplere ilişkin uyuşmazlıklarda, belirli komşuluk hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda, basın ve yayın yolu ile olmamak üzere, kişinin şerefine ve haysiyetine yönelik saldırılardan doğan uyuşmazlıklarda mahkemeye başvurmadan önce arabuluculuğa başvuru zorunludur<sup>25</sup>. Yine Japonya’da aile hukukundan doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuğa gitmek zorunludur<sup>26</sup>. Amerika Birleşik Devletleri’nde de bazı eyaletlerde bazı uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk, dava yoluna başvurmadan önce gidilmesi gereken zorunlu bir yöntemdir. Örneğin Kaliforniya’da velayet ve bu kapsamda ziyaret hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar ile ilgili olarak mahkemeye başvurmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunludur. Bunun gibi Connecticut’da, aile hukukuna ve düşük miktarda kira alacağı uyuşmazlıklarında arabulucuya başvuru zorunludur. Hatta burada arabuluculuk, mahkeme binası çatısı altında gerçekleştirilmektedir<sup>27</sup>.

Ülkemizde de 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile birlikte dava şartı olan arabuluculuk uygulamaya girmiştir. Kanununun 3. maddesinin 1. fıkrasına göre “*bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.*”. Zorunlu arabuluculuğun ilk olarak iş hukukunda düzenlenmesinin sebebi ise iş hukukunda artan iş yüküdür. İş mahkemelerine gelen davaların 2006-2016 yılları arasında %97 oranında arttığı, iş mahkemelerinden çıkan davaların ise 2006-2016 yılları arasında %83 oranında arttığı görülmektedir<sup>28</sup>. 2010-2017 yılları itibariyle iş mahkemelerine gelen ve çıkan davaların 2010 yılına göre değişim oranlarına bakıldığında ise, 2017 yılında gelen davaların 2010 yılına göre %71 lik artışla 557.986, çıkan davaların ise %58 lik artışla 206.469 olduğu anlaşılmaktadır. Türkiye genelinde 2017 yılında iş mahkemelere açılan davalar incelendiğinde ilk sırayı 155.667 dava (%63,2) ile alacak, ikinci sırayı ise 48.837 dava (%20,2) ile tespit davaları oluşturmaktadır<sup>29</sup>. Görüldüğü üzere iş uyuşmazlıklarında en çok dava tipi 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun dava şartı olarak öngördüğü iş uyuşmazlıklarını kapsamaktadır. Zaten çözülmek istenen de bu olağanüstü dava sayısının azaltılmasıdır. Bu olağanüstü rakamlar sağlıklı bir karar verme olanağını imkânsız kılmakta, dava sürelerinin uzamasına neden olmaktadır.

Dava şartı olarak düzenlenen arabuluculuğun olumlu ve olumsuz yanları mevcuttur. Olumsuz yanları olarak, tarafların isteksiz şekilde katılması ve arabuluculuğun başarı ile sonuçlanma olasılığının az olması, ekonomik açıdan zayıf olanların bazı haklardan vazgeçme sonucunu doğurması, ayrıca iradi olma prensibi ile arabuluculuk sürecinin örtüşmeyeceği gibi görüşler ileri sürülmüştür<sup>30</sup>. Zorunlu arabuluculuğun olumsuz yanlarının yanında bazı avantajları da mevcuttur. Bunlar; arabuluculuğa olan başvuru sayısının artması, avukatların ve diğer meslek sahiplerinin bilgilerinin artması, başvuruda çekingen olan tarafların çekingenliğinin atılması, gibi olumlu yanları da vardır.

<sup>25</sup> (Tuğsavul, 2012, s. 125).

<sup>26</sup> (Tıktık, 2013, s. 37).

<sup>27</sup> (Tıktık, 2013, s. 38).

<sup>28</sup> Adli istatistikler 2016, T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü (<http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/AdliIstFlip/2016/>).

<sup>29</sup> Adli istatistikler 2017, ([http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik\\_2017/istatistik2017.pdf](http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2017/istatistik2017.pdf)).

<sup>30</sup> (Tıktık, 2013, s. 38).

Ülkemiz açısından değerlendirdiğimizde öncelikle dava şartı olan arabuluculuğun çok başarılı olduğu söylenebilir. Bu açıdan dava şartı arabuluculuk için söylenen sürecin başarı şansını azaltması endişesinin yersiz olduğu beş aylık uygulama verilerinden anlaşılmaktadır. Arabuluculuk Daire Başkanlığı sitesinden alınan 02.01- 27.05.2018 tarihleri arasındaki istatistikler şu şekildedir<sup>31</sup>.

**Tablo 1:** Dava şartı arabuluculuk istatistikleri (02.01.-27.05.2018)

Ölçüm Değerleri	Dosya sayısı	Oran
Arabulucu Görevlendirilmesi Yapılan Dosya Sayısı	127.845	%100
Arabuluculuk Görüşmeleri Sonunda Anlaşma	38.667	65%
Arabuluculuk Görüşmeleri Sonunda Anlaşmama	20.510	35%

Tablo 1’de görüldüğü üzere dava şartı olan arabuluculuk görüşmeleri neticesinde anlaşmaya varılan ihtilaf sayısı %65 gibi çok yüksek bir orandır. Zorunlu arabuluculuk sürecinden önce 2017 yılında ihtiyari arabuluculuğa gelen toplam hukuki uyuşmazlıkların %86,2’sinde anlaşma sağlandığı, %13,8’inde anlaşma sağlanamadığı görülmektedir. Bu oranın ihtiyari arabuluculuk sürecinde daha yüksek olması elbette daha doğaldır. Çünkü ihtiyari arabuluculuğa taraflar tamamen ihtiyari olarak katılmaları nedeniyle anlaşma oranları da yüksek olmaktadır.

İş mahkemesine götürülen anlaşmazlıkların, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri bakımından Almanya (2007), Yunanistan (2008) ve Birleşik Krallık’taki (2008) başarı yüzdesine bakıldığında; Almanya’da yüzde 51’inin uzlaşma ile sonuçlandığı, yüzde 31’inin davadan vazgeçtiği, yüzde 18’inin de İş mahkemesine götürüldüğü; Yunanistan’da yüzde 48’inin uzlaşma ile sonuçlandığı, yüzde 23’ünün davadan vazgeçtiği, yüzde 29’unun İş mahkemesine götürüldüğü; Birleşik Krallık’ta ise yüzde 43’ünün uzlaşma ile sonuçlandığı, yüzde 31’inin davadan vazgeçtiği, yüzde 27’inin de iş mahkemesine götürüldüğü görülmektedir<sup>32</sup>. Ancak unutmamak gerekir ki bu sayılan ülkelerde verilen bu istatistiki veriler ihtiyari arabuluculuk süreçleri bakımındandır. Bizde ihtiyari arabuluculuk sürecinde bu oranlara hiçbir zaman ulaşılammıştır. Ancak dava şartı olan arabuluculuk sürecinin uygulamaya girmesiyle birlikte yüksek bir oranda başarı imkânı sağlanabilmiştir.

İhtiyari arabuluculuk sürecinde de ilk sırada işçi-işveren arasındaki uyuşmazlıklar yer almaktadır. 2017 yılı için 20.055 işçi-işveren uyuşmazlıkları birinci sırada yer almaktadır. Ayrıca 2017 yılı içinde anlaşma sağlanan uyuşmazlıkların içerisinde en fazla %96,2 oranı ile işçi-işveren uyuşmazlıkları yer almaktadır<sup>33</sup>. Zaten bu istatistikler nedeniyle zorunlu arabuluculuk süreci iş uyuşmazlıklarında ilk olarak düşünülmüştür.

Ülkemiz açısından oluşan bu istatistik, dava şartı arabuluculuk kurumunun ne kadar başarılı sonuçlar verdiğinin de bir kanıtı olarak kabul edilebilir. Ayrıca ihtiyari arabuluculuk sürecinin yaygınlaşması ve bilinirliği son derece hızlı bir şekilde artmıştır. Bu açıdan hem avukatlar tarafından, hem de işçi ve işverenler tarafından çok bilinen bir uygulama olmuştur. İlgili kişiler mecburen süreç hakkında bilgilendirme ihtiyacı hissetmişlerdir. Ancak süreç henüz yenidir. İlerleyen dönemlerde daha sağlıklı veriler geldikçe daha doğru yorumlar yapılabilir.

Dava şartı olan arabuluculuğun iradilik ilkesine zarar verip vermediği tartışılabilir. Doktrinde dava şartı olan arabuluculuğun iradilik ilkesine aykırı olduğu yolunda görüşler de mevcuttur. Bu görüşlerin temel iki çıkış noktası vardır. Birinci çıkış noktası, bu sürecin hukukun ve demokrasinin temel ilkelerine aykırı olduğu görüşüdür<sup>34</sup>. Karşı çıkanların diğer çıkış noktası ise, uzlaşma kültürünün olmadığı ülkemizde bunun davaların gecikmesine yol

<sup>31</sup> <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/davasarti.pdf> .

<sup>32</sup> (Kurt, 2018, s. 421).

<sup>33</sup> Adli istatistikler 2017, ([http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik\\_2017/istatistik2017.pdf](http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2017/istatistik2017.pdf)).

<sup>34</sup> (Karcabey, 2016, s. 461 vd. ).



açabileceği görüşüdür<sup>35</sup>. Öncelikle Kanun metninin lafzına baktığımızda, Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasında geçen iradilik ilkesinin tanımının kısmen zedelendiği söylenebilir. Çünkü maddenin lafzına göre iradilik hem sürecin başlatılması hem devamı hem de sona erdirilmesini kapsamaktadır. Özellikle maddenin gerekçesine baktığımızda, sürecin başlatılmasının tarafların iradesinde olmasının sürecin başarılı olması için çok önemli olduğu, bunu dava şartı haline getirmenin Anayasa ile korunan hak arama hürriyetine engel olduğu söylendiği gözetildiğinde Kanun'un ilk halinin amacının kesinlikle arabuluculuk sürecini dava şartı haline getirmemek olduğu söylenecektir. Ancak Kanun'un ilk halinin ve gerekçesinin bu şekilde olmasının sebebi Kanun'un ilk çıkış sürecinde çıkabilecek karşı itirazları bertaraf etmek olduğu söylenebilir. Çünkü Arabuluculuk Kanunu çıktığında bu sürece inananmayan, özellikle bunun hak arama hürriyetine engel teşkil ettiğini düşünen pek çok görüş mevcuttu. Özellikle baroların birçoğu bu sürece karşı çıkmaktaydı. İşte bu gibi nedenler ve kanun tasarısını hazırlayan akademik heyetin de belki bu görüşte olması yahut bu görüşlere gerekçede cevap verme ihtiyacı hissetmeleri gibi pratik nedenlerle Kanun gerekçesinin bu şekilde kaleme alınması muhtemeldir. Ancak kanaatimize göre iradilik ilkesi ile asıl kastedilenin özellikle süreçte anlaşıp anlaşmamanın tamamen tarafların iradesine bağlı olması ve süreci tarafların diledikleri an sona erdirebilmesidir. Bu nedenle dava şartı olan arabuluculuğun, arabuluculuk sürecinin temel ilkesi olan iradilik ilkesi ile çok çelişmediği söylenebilir<sup>36</sup>. Çünkü zorunlu arabuluculuk, sadece tarafları bir araya getirme ve ilk iletişimin zorunlu olarak sağlanmasına yardım etmekte ancak sürecin devamına karışmamaktadır. İlk iletişimin bu şekilde zoraki de olsa sağlanması taraflar arasındaki iletişim kopukluğunun önüne geçmektedir. Netice olarak tarafların ilk oturumdan sonra sürece devam etmek istemediklerini belirterek süreçten vazgeçmeleri de pekâlâ mümkündür. Böylece süreçten olumsuz olarak etkilenmelerinin önüne geçilebilecektir. Ayrıca sürecin iletişim sağlanması açısından bazı pratik faydaları da olmuştur. Şöyle ki, işçi işveren ile bir ihtilaf yaşadığında öncelikle avukata gitmekte ve avukatı aracılığı ile dava açma hakkını kullanmaktaydı. Mevcut Avukatlık Kanunu'nda yer alan avukatlık ücretlerine ilişkin düzenlemeler nedeniyle uyuşmazlıkta artık avukat bir taraf haline gelmekteydi. Avukat, çoğu kez işçiden herhangi bir dava masrafı almadığından, ücreti alması tamamen davanın başarılı olmasına bağlı olduğu için ihtilafın bir parçası haline geldiğinden, artık kendi ücreti ödenmeden işçi ile işveren arasında sulh olunmasını istemiyor; hatta sulh olup işçinin davadan feragat etmesi halinde doğal olarak kendi vekâlet ücreti için işçi ve işverene karşı dava açabiliyordu. Bu ise dava içinde başka davalara sebep veriyordu. Yani mevcut Avukatlık Kanunu'ndaki avukatlık ücretine ilişkin düzenlemeler ve pratik avukatlık ücreti uygulamaları işçi ve işveren arasındaki iletişimin sağlanamamasının de temel sebeplerinden birisiydi. İşte dava şartı olan arabuluculuk sürecinde, işçi avukatla bile temsil edilse avukat çok kısa sürede daha az bir miktarda olsa bile vekâlet ücretine kavuşabileceğinden avukatlar da bu sürecin başarılı olmasını arzulamakta ve işçi ile işveren arasında en azından dava açmadan önce zorunlu bir iletişim süreci başlamaktadır. Bu açılarından da pratik faydaları olmuştur. Ayrıca mevcut zorunlu arabuluculuk düzenlememiz bu yöntemi masrafsız olarak başvurma esasına dayandırdığından ve anlaşmama halinde ilk saatlik ücretin devlet tarafından karşılanması nedeniyle de hak arama hürriyetinin önünde bir engel olduğu söylenemez. Bunun yanında sürecin çok kısa tutulması da tarafların zaman kaybına neden olmamaktadır. Özellikle ülkemizdeki yargılama süreçlerinin çok uzun olduğu düşünüldüğünde, iki duruşma arasındaki sürenin en az üç ay olduğu varsayıldığında yaklaşık olarak Kanun tarafından öngörülen üç haftalık bir süreç, makul bir gecikme olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla zorunlu arabuluculuğun (dava şartı olan arabuluculuk) iradilik ilkesine ve hak arama hürriyetine engel teşkil etmediği kanaatindeyiz. Kaldı ki tablo 1'de vermiş olduğumuz istatistiğe göre de

<sup>35</sup> (Tanrıver, 2006, s. 169 vd. ).

<sup>36</sup> Aynı görüşte; (Tuğsavul, 2012, s. 126), (Tıktık, 2013, s. 42, 43).

tarafların %65 gibi bir oranla anlaşmaya varmaları da sürecin ne kadar başarılı olduğunun bir göstergesidir.

Sonuç olarak eşitlik ve tarafsızlık ilkesinin değerlendirilmesinde artık belirli nitelikteki uyuşmazlıklarda zorunlu bir arabuluculuk sürecinin başlaması gerektiği unutulmamalıdır. İşte bu husus kanaatimize göre arabulucunun da olaya yaklaşımını etkileyecek nitelikte olacaktır. Zorunlu arabuluculuk sürecinde arabulucu kendini daha fazla sorumlu hissedebilecektir. Ayrıca taraflara olan yaklaşımı da farklılık arz edecektir. Doğal olarak, bu şekilde iş uyuşmazlıklarında olan zorunlu arabuluculuk modelinde tamamen kolaylaştırıcı bir arabuluculuk modelinin değil dönüştürücü bir arabuluculuk modelinin hatta onu da aşan şekilde daha aktif bir rol üstlenen bir arabulucu modeli ortaya çıkacaktır.

### **Arabuluculuk Neticesinde Anlaşmaya Varılan Hususlarda Bir Daha Dava Açılmayacak Olması**

Kanun'un 18. maddesinin 5. fıkrasında "*Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz*" hükmü getirilmiştir. Bu durum usul hukukunun temel ilkelerine tamamen aykırıdır. Hakkında bir mahkeme hükmü olmayan (yani bir kesin hüküm olmayan) hususta kesin hüküm etkisi doğuracak şekilde konunun dava şartı haline getirilmesi usul hukukuna tamamen yabancı ve suni olarak getirilmiş bir kuraldır. Amaç, arabuluculuğun işlevsel hale getirilmesi ve yeni uyuşmazlıklara sebebiyet vermemektir. Ancak netice olarak maddi karakterli olarak kabul edilen bir arabuluculuk anlaşmasının usul hukuku karakterli bir dava şartı kavramı ile korunmaya çalışılması, önce hukukunun sonra ise usul hukukunun temel ilkelerine aykırıdır. Çünkü maddi karakterli bir anlaşma ancak yine maddi karakterli hükümlerle korunabilir. Zaten Borçlar Kanunu'nda bu koruma, irade bozukluklarına ilişkin yaptırımlarla sağlanabilmektedir. Bunun haricinde maddi karakterli bir anlaşmaya usul hukuku karakterli bir engel konulması hem maddi hukuk kurallarına hem de usul hukuku kurallarına aykırıdır. Böyle bir düzenlemenin olmaması gerekirdi.

Kanuna bu şekilde bir hükmün getirilmesi arabulucunun ve arabuluculuğun karakterini değiştirici bir rol üstlenmesine neden olacaktır. Arabulucunun değerlendirici arabulucudan bile daha aktif bir rol alması beklenmektedir. Her şeyden önce belirli nitelikteki iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk bir dava şartıdır. Bahsettiğimiz gibi bu zorunluluk her ne kadar sadece başvuru aşaması açısından zorunlu olsa da yine de uyuşmazlığı değerlendirirken arabulucunun bu hususu göz ardı etmemesi gerekir. Zorunlu olan bu süreçte arabulucunun işçi olan tarafın bilgisizliği yüzünden hak kaybına uğramasına sebebiyet vermemesi beklenmektedir. İhtilafın arabulucunun önüne dava şartı olarak gelmesi nedeniyle arabulucunun değerlendirici arabuluculuktan bile daha aktif rol almasını gerektiren durumlar söz konusudur. Bu aktif rolün nedeni, öncelikle uyuşmazlığın arabulucunun önüne zorunlu olarak gelmesi ve daha sonra uzlaşılan hususlarda bir daha dava açılmamasıdır. Çünkü süreç anlaşma ile sona ererse aynı konuda bir daha dava açılmaması gibi bir hüküm nedeniyle süreç sonunda ciddi hak kayıplarına uğrama ihtimali mevcuttur. Bu ihtimal nedeniyle hangi konularda uzlaşıldığı konusunun tespiti bile başlı başına ayrı bir uzmanlık gerektirir. Dolayısıyla arabulucunun tarafları gerçekten doğru bir şekilde bilgilendirmesi gerekir. Ayrıca arabulucunun kendisinin de iş hukuku ile ilgili bilgi sahibi olması gerekir. Aksi halde kendisinden beklenen faydayı sağlaması son derece zor olur. Bu nedenle bilgi eksikliğinin tamamlanması ihtiyacı vardır. Bütün bu gerekçelerle eşitlik ve tarafsızlık ilkesinin dava şartı olan arabuluculuk sürecinde daha farklı algılanması gerekir.

## İş Hukukundan Kaynaklanan Nedenlerden Ötürü Eşitlik ve Tarafsızlık İlkesinin Yeniden Değerlendirilmesi İhtiyacı

Bilindiği üzere iş yargılamasının bazı ilkeleri mevcuttur. Bu ilkeler HMK'da hukuk yargılamasında yazılı olduğu gibi 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda yazılı değildir. HMK'da düzenlenen yargılama hukukuna ilişkin ilkeler iş yargılamasında da elbette geçerlidir. Ancak uluslararası hukuk uygulamasında iş yargılamasına ilişkin bazı özel ilkeler kabul edilmiştir. Bunlar, a. Kolaylık b. Çabukluk, c. Ucuzluk, d. Emredicilik (kendiliğinden araştırma)<sup>37</sup>, e. Zayıfın (işçinin Korunması) şeklinde doktrinde özetlenmiştir<sup>38</sup>. Şimdi burada asıl sorun iş yargılamasında hâkim olan bu ilkelerin arabuluculuk sürecinde de uygulama alanı bulup bulmayacağı sorunudur. Bu sorunun cevabına göre aslında arabuluculuk sürecine ilişkin eşitlik ilkesinin nasıl uygulanması ve anlaşılması gerektiği sorusu da yanıt bulabilir. Bu ilkeleri tek tek izah etmeyeceğiz. Zaten kanaatimize göre, gerek usul hukuku hükümleri gerekse iş uyuşmazlıklarında belirtmiş olduğumuz özel ilkeleri kural olarak arabuluculuk sürecinde uygulama alanı bulmaz. Çünkü arabuluculuk süreci her şeyden önce yargılama değildir. Yargılamanın olmadığı yerde de yargılama hukukuna ilişkin ilke ve kuralların uygulanması ve uygulanmaya çalışılması yanlıştır. Her şeyden önce ortada karar verici bir hâkim veya hakem mevcut değildir. Yargılama hukuku, aslında tarafların iddialarını nasıl ileri süreceklerini, iddialarını nasıl ispat edeceklerini ve davanın yönetiminin nasıl olacağını düzenleyen kurallar bütünüdür. Oysa arabuluculuk sürecinde taraflar uyuşmazlıklarını dostane bir şekilde çözmeye çalışırlar. Ortada iddiaların ispat edilmeye çalışıldığı bir süreç yoktur. O nedenle buna ilişkin kuralları da düzenlemenin bir anlamı yoktur. Hatta Arabuluculuk Kanunu'nun beşinci maddesi gereğince, arabuluculuk süreci içerisinde tarafların herhangi bir olayı kabulü bile daha sonra aleyhlerine delil olarak kullanılamayacaktır. Böylece tarafların serbest bir şekilde uzlaşma sağlayabilmelerinin ve doğruları konuşabilmelerinin önü açılmak istenmiştir. Bu nedenlerle yargılama hukukuna ilişkin ilkelerin arabuluculuk sürecinde uygulanması mümkün değildir. Sadece birtakım evrensel temel ve etik ilkeler geçerli olabilir. Eşitlik, nezaket, saygı, tarafların dinlenilmesi, uygun ve sakin bir ortamın mevcudiyeti vb. evrensel ahlaki ilkeler geçerlidir. Tabii yeri gelmişken belirtmek gerekir ki aslında iş yargılamasındaki kolaylık, çabukluk, ucuzluk ilkelerinin zorunlu arabuluculuk sürecinde de çok iyi bir şekilde gerçekleştiğinin de altı çizilebilir. Gerçekten de iş uyuşmazlıklarında dava şartı olan arabuluculuk sürecindeki kısa uygulama çok başarılı olmuş ve uyuşmazlıkların çok büyük oranı bir günden daha kısa süre içerisinde çözümlenmiştir. Ayrıca normal bir yargılamaya göre kolay ve ucuz olduğu da açık bir gerçektir. Her ne kadar yargılamanın ve özelde de iş yargılamasının ilke ve kuralları doğrudan uygulama alanı bulmaz demiş olsak bile sürecin doğası gereği özellikle iş yargılamasının belirtmiş olduğumuz bazı ilkeleri aslında bu süreçte en güzel şekilde gerçekleştirme imkânına sahip olmuştur.

Burada özellikle belirtmek istediğimiz husus iş yargılamasında mevcut olan zayıf koruma düşüncesi nedeniyle getirilmiş olan işçiyi koruyucu hükümler ve işçi lehine yorum, ilkelerinin uygulama alanı bulup bulmayacağıdır. Çünkü bu hususlar iş yargılama hukuku ilkeleri yanında aslında iş hukukunun temel ilkeleridir. Yani sadece bir yargılama ilkesi değil genel olarak zayıf koruma düşüncesi ile getirilmiş ilkelere dir. Bu husus Yargıtay'ın 1958 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında çok güzel ifadesini bulmuştur. İçtihadı birleştirme kararı şu şekildedir;

Kanun koyucuya İş Kanunlarını kabul ettiren tarihi sebepler ve bunlar arasında iktisadi durumca zayıf olan işçiyi iktisadi durumu daha kuvvetli olan işverene karşı özel şekilde koruyacak içtimai muvazenedi ve cemiyetin sükûnunu sağlama hedefi ve hukuk hükümlerinin tefsirinde lafzın gayenin ışığı altında

<sup>37</sup> İş yargılamasında kendiliğinden araştırma ilkesinin kamu düzenini ilgilendiren istisnai davalarda uygulandığını bunun dışında iş yargılamasında da taraflarca getirilme ilkesinin mevcut olduğunu hemen belirtmekte fayda var.

<sup>38</sup> (Kar, 2013, s. 869, 870).

manalandırılmasının gerektiği gözönünde tutulunca, iş hukukuna ait hükümlerin tefsirinde tereddüt halinde işçinin lehine olan hal şeklinin kabul edilmesi, iş hukukunun ana kaidelerinden olduğu neticesine varılır<sup>39</sup>.

İş hukukundaki dava şartı olan arabuluculuk açısından bu genel ilkenin nasıl anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Bir görüşe göre iş hukukundaki zorunlu arabuluculuk sürecine geçilmesi hukukun temel ilkelerine tamamen aykırıdır<sup>40</sup>. Kanaatimize göre, arabuluculuk açısından eşitlik ilkesi ve bu bağlamda etik bir ilke olan arabulucunun tarafsızlığı ilkesi iş hukuku bakımından dikkatli değerlendirilmesi ve farklı anlamlandırılması gerekir. Özellikle iş hukukunda işçiyi koruyucu hükümler düşünüldüğünde ve iş hukukunun amacı olan işçiyi koruma düşüncesi ile birlikte değerlendirildiğinde dava şartı olan arabuluculukta arabulucunun, ihtiyari arabulucudan daha farklı bir rolü olmalıdır. Nitekim kanunkoyucu da bu düşüncenin bir sonucu olarak Arabuluculuk Kanunu'nda bazı değişikliklere girme ihtiyacı hissetmiştir. Bunlardan en önemlisi, Kanun'un 2. maddesinde gerçekleşmiştir. Buna göre daha önce ihtiyari arabuluculukta arabulucunun çözüm önerisi getirememesi ilkesi değiştirilmiş ve arabulucunun tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi getirebilmesine imkân sağlanmıştır. Bunun yanında 8. maddenin ikinci cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır. Buna göre, daha önce arabulucunun taraflarla ayrı ayrı görüşmesi esnasında tarafların vekilleri de bu ayrı ayrı görüşmede bulunabilirlerdi. Ancak yeni düzenlemede arabulucunun taraflarla ayrı ayrı görüşmesi esnasında taraf vekillerinin bulunabilmesi imkânı ortadan kaldırılmıştır. Bunun anlamı arabulucunun taraflarla vekil olmadan da ayrı ayrı görüşebilmesidir. Tabi ki taraf arabulucu ile vekili olmadan görüşmek istemeyebilir. Bu durumda da görüşme gerçekleşmez. Ancak bu ayrı yapılan görüşmedeki amaç arabulucunun tarafın gerçek niyetini anlama arzusudur. Yine Kanun'un 15. maddenin 6. fıkrasında yapılan değişiklikle çözüm önerisi getirebileceği yeniden vurgulanmıştır. Bunun yanında anlaşmaya varılan hususlar ile ilgili dava açılmaması gibi değişiklikler bir arada düşünüldüğünde zorunlu arabuluculuk modeli için Arabuluculuk Kanunu'nda bazı değişikliklere gidilmesi gerektirmiştir. Bu husus aslında arabuluculuk modelinin de kökten değişmesi demektir.

Sonuç olarak iş hukukunun doğasından kaynaklanan nedenler arabulucunun daha aktif bir rol almasını gerektirmektedir. Çünkü zorunlu arabuluculuğun iş uyuşmazlıkları gibi işçiyi koruyucu emredici hükümlerin yer aldığı bir alanda başlaması dünyada uygulanan arabuluculuk modelleri açısından gerçekten çok yeni bir uygulamadır. Bu alanın kendine has özellikleri nedeniyle arabulucu, normal bir değerlendirici arabulucudan bile fazla daha aktif rol üstlenmelidir. Örneğin dava şartı olan arabuluculuk çoğu zorunlu arabuluculuğun olduğu ülkelerde olduğu gibi, belirli miktarı geçmeyen ticari uyuşmazlıklarda veya tüketici uyuşmazlıklarında olsaydı belki arabulucunun rolü bahsetmiş olduğumuz kadar aktif olmayabilirdi. Ancak iş hukuku uyuşmazlıklarında gündeme gelmesi nedeniyle arabulucunun daha aktif bir rol oynaması iş hukukunun temel ilke ve prensiplerinin daha dikkatle değerlendirilmesi bakımından gereklidir. Geleneksel bir kabul olan yüzyıllardır iş hukuku kitaplarında anlatılan işçinin zayıf taraf olarak kabulü ve işçinin bilgi düzeyinin yeteri düzeyde olmama ihtimali arabulucunun uyuşmazlığa dikkatli yaklaşmasını gerektirmektedir. Zaten bu ihtiyaç nedeniyle de ancak gerekli eğitimin alınmasından sonra dava şartı olan arabuluculukta arabuluculuk yapılabilir. Bu eğitimin alınması şartı bile kanunkoyucunun artık farklı bir arabuluculuk modelini benimsediğini hatta değerlendirici arabuluculuk modelinin dahi bir adım ilerisinde olunmasını arzuladığı söylenebilir.

<sup>39</sup> 27.05.1958 gün 1957/15 E, 1958/5 K.

<sup>40</sup> (Karcabey, 2016, s. 461 vd.).

## Sonuç

Sonuç olarak iş uyuşmazlıklarında dava şartı olan arabuluculuk bağlamında eşitlik ve tarafsızlık ilkeleri bakımından farklı bir yaklaşımın benimsenmesi gerekmektedir. Kanun'un hükümlerinin bu yeni anlayışa göre yorumlanması doğrudur. Makalemizde aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır.

- a. Dava şartı olan arabuluculuk iradilik ilkesini zedelememektedir.
- b. Dava şartı olarak arabuluculuk, hak arama hürriyetine engel değil bilakis hak arama hürriyetini sağlayan bir rol üstlenmiştir. Özellikle ülkemiz açısından dava masrafları ve yargılama giderleri düşünüldüğünde, masrafsız, hızlı ve kolay bir yol olan arabuluculuk süreci oldukça başarılı sonuçlar doğurmuştur.
- c. Eşitlik ve tarafsızlık ilkesinin dava şartı olan arabuluculuk açısından farklı değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirmenin nedeni temel olarak üç nedene dayanabilir, belirli uyuşmazlıklarda başvuru zorunluluğu, anlaşmaya varılan hususlarda bir daha dava açılmaması son olarak da iş hukukunun kendine has özellikle bu yeniden değerlendirmenin gerekçelerini oluşturmaktadır.
- d. Kanunun yeni sistematığının kolaylaştırıcı arabuluculuk modelinden değerlendirici arabuluculuk modeline doğru bir dönüşüm yaşadığına dikkat etmek gerekir. Hatta değerlendirici arabuluculuk modelini de aşan şekilde daha aktif rol üstlenilmesini haklı kılan sebepler mevcuttur.

## Kaynakça

- Eren, Y. (2016). *Teori ve uygulamada uluslararası arabuluculuk*. Ankara: Adalet .
- Kar, B. (2013). İş yargılamasına hakim olan ilkeler. *Dokuz Eylül üniversitesi hukuk fakültesi Dergisi*, 15(Özel Sayı), s. 869-882.
- Karcabey, K. (2016, 1). Zorunlu arabuluculuğun hukukun temel ilkelerine aykırılığı ve uygulanabilirliğine dair sorunlar. *Ankara barosu dergisi 1*, s. 457-489.
- Kekeç, K. E. (2011). *Arbuluculuk yoluyla uyuşmazlık çözümünde temel aşamalar ve taktikler*. Ankara: Adalet.
- Konuralp, C. S. (2011). *Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları: Tahkim*. (Yayınlanmamış doktora tezi). İstanbul: İstanbul üniversitesi sosyal bilimler enstitüsü
- Kurt, R. (2018, Mart-Nisan). İş yargısında "arbuluculuk". *Türkiye barolar birliği dergisi*, 135, 405-444.
- Ozbek, M. (2004). *Alternatif uyuşmazlık çözümü*. Ankara: Yaklaşım.
- Ozmumcu, S. (2013). Arabulucunun rolü kolaylaştırıcı ve değerlendirici arabuluculuk. *İstanbul üniversitesi hukuk fakültesi mecmuası*, 71(1), 1369-1389.
- Tıktık, Y. Ç. (2013). *Arbuluculukta gizliliğin korunması*. İstanbul: XII Levha.
- Tanrıver, S. (2006). Hukuk uyuşmazlıkları bağlamında alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve özellikle arabuluculuk. *Türkiye barolar birliği dergisi*, 4, s. 151 vd.
- Tuğsavul, T. M. (2012). *Türk hukukunda arabuluculuk*. Ankara: Yetkin.
- Yeşilirmak, A. (2017). Arabuluculuk nedir? bölüm 2 / modül 2. A. D. başkanlığı içinde, *temel arabuluculuk eğitimi - eğitici kitabı* ss. 75-94, Ankara: Arabuluculuk daire başkanlığı.