



## **HAK ARAMA HÜRRİYETİ PERSPEKTİFİNDEN ARABULUCULUK**



**NARIYE TUĞÇE BAHADIR**

**MAYIS 2021**

**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**HAK ARAMA HÜRRIYETİ PERSPEKTİFİNDEN ARABULUCULUK**

**NARİYE TUĞÇE BAHADIR**

**MAYIS 2021**

## ÖZET

### HAK ARAMA HÜRRIYETİ PERSPEKTİFİNDEN ARABULUCULUK

Nariye Tuğçe BAHADIR

Yüksek Lisans Tezi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Tez Yöneticisi: Doç. Dr. Nesibe Kurt Konca

Mayıs 2021, 192 sayfa

Bu çalışmada, hak arama hürriyetinin temel hak ve hürriyetler arasındaki yeri ve önemine değinilerek, hak arama hürriyetinin kapsam ve sınırları ortaya konulmuştur. Bu sınırlardan yola çıkılarak alternatif çözüm yollarından biri olan arabuluculuk müessesinin ve kanunlarda yapılan değişiklikler neticesinde arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlenmesinin hak arama hürriyetine etkileri ve hak arama hürriyetine aykırı olup olmadığı değerlendirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** İnsan Hak ve Hürriyetleri, Hak Arama Hürriyeti, Adalete Erişim, Arabuluculuk, Zorunlu Arabuluculuk.

## **ABSTRACT**

### **MEDIATION FROM THE PERSPECTIVE OF RIGHT TO LEGAL REMEDIES**

Nariye Tuğçe BAHADIR

Master Thesis

Institute of Social Sciences, Department of Civil Law

Thesis Manager: Doç. Dr. Nesibe Kurt Konca

May 2021, 192 pages

In this study, the place and importance of the freedom to claim remedies among fundamental rights and freedoms are emphasized. The scope and limits of freedom to claim remedies are revealed. Based on these limits, the effects of the mediation is examined which is one of the alternative solutions. The regulation of mediation and condition of litigation are a result of the amendments made in the laws. Mediation for the freedom to claim rights are evaluated whether mediation has bounded the freedom to claim remedies or not.

**Keywords:** Human Rights and Freedoms, Right to Legal Remedies, Access to Justice, Mediation, Mandatory Mediation.

## TEŞEKKÜR

Tez alıőmam sűresince; benden desteklerini ve yardımlarını esirgemeyen, deęerli bilgi ve birikimleri ile çalıőmamda yol gűsteren saygıdeęer danıőman hocam, Doç. Dr. Nesibe Kurt Konca'ya teőekkűr ederim. Zor zamanlarımda yoluma ıőık tutan, hayatım boyunca maddi ve manevi destekleri ile yanımda olan sevgili aileme sonsuz teőekkűrlerimi sunarım.



## İÇİNDEKİLER

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
TEŞEKKÜR .....	vi
İÇİNDEKİLER .....	vii
KISALTMALAR CETVELİ .....	xii
GİRİŞ .....	1
<b>BÖLÜM I</b>	
<b>HAK ARAMA HÜRRİYETİNİN TEMELLERİ.....</b>	<b>3</b>
<b>1.1 İNSAN HAKLARI İÇİNDE HAK ARAMA HÜRRİYETİNİN YERİ</b>	
<b>VE ÖNEMİ .....</b>	<b>3</b>
<b>1.2 HAK ARAMA HÜRRİYETİ .....</b>	<b>5</b>
1.2.1 Tanımı ve Amacı .....	5
1.2.2 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları	
Mahkemesi'ne Göre Hak Arama Hürriyeti.....	8
1.2.3 Anayasal Çerçeve ve Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı Açısından	
HakArama Hürriyeti.....	11
<b>1.3 HAK ARAMA HÜRRİYETİNİN GEREKTİRDİĞİ KOŞULLAR .....</b>	<b>13</b>
1.3.1 Hukuk Devleti İlkesi.....	13
1.3.2 Yargı Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı.....	15
1.3.3 Yargı Denetimi .....	18
<b>1.4 HAK ARAMA HÜRRİYETİNİN ÖZELLİKLERİ .....</b>	<b>20</b>
1.4.1 Koruyuculuk .....	20
1.4.2 Kapsayıcılık .....	20
1.4.3 Etkililik .....	21
<b>1.5 HAK ARAMA HÜRRİYETİNİN UNSURLARI .....</b>	<b>22</b>
1.5.1 Davacı Olma .....	22
1.5.2 Davalı Olma.....	23
1.5.3 Meşru Vasıta ve Yollardan Faydalanma.....	23

1.5.4 İddia ve Savunmada Bulunma .....	25
1.5.5 Yargı Mercileri Önüne Çıkma .....	27
<b>1.6 HAK ARAMA HÜRRİYETİNİN BAĞLANTILI OLDUĞU</b>	
<b>HAKLAR .....</b>	<b>28</b>
1.6.1 Etkili Başvuru Hakkı ve Hak Arama Hürriyeti Arasındaki İlişki.....	28
1.6.2 Mahkemeye Erişim Hakkı ve Hak Arama Hürriyeti Arasındaki İlişki .....	30
1.6.3 Adil Yargılanma Hakkı ve Hak Arama Hürriyeti Arasındaki İlişki.....	33
1.6.4 Hükümün Denetlenmesini Talep Etme Hakkı.....	36
<b>1.7 HAK ARAMA HÜRRİYETİNİN SINIRLARI.....</b>	<b>39</b>
1.7.1 Anayasadan Kaynaklanan Nesnel Sınır Bağlamında Meşru Vasıta ve Yollar.....	39
1.7.2 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Göre Sınır ve Sınırlamalar .....	42
<b>1.8 HAK ARAMA HÜRRİYETİ AÇISINDAN ALTERNATİF</b>	
<b>UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI .....</b>	<b>43</b>
<b>BÖLÜM II</b>	
<b>ARABULUCULUK KAVRAMI VE ARABULUCULUK TÜRLERİ .....</b>	<b>48</b>
<b>2.1 ARABULUCULUK KAVRAMI, GELİŞİMİ, TÜRLERİ VE</b>	
<b>YABANCI ÜLKE UYGULAMALARI.....</b>	<b>48</b>
2.1.1 Arabuluculuk Kavramı .....	48
2.1.2 Arabuluculuğun Amacı.....	51
2.1.3 Arabuluculuğun Gelişimi.....	53
2.1.4 Arabuluculuğun Türleri .....	56
2.1.4.1 Uygulanacak Kanun Hükümlerine Göre Arabuluculuk Türleri.....	56
2.1.4.2 Arabuluculuk Faaliyetine Göre Arabuluculuk Türleri.....	58
2.1.5 Yabancı Ülkelerde Arabuluculuk Uygulamaları .....	59
2.1.5.1 Anglo-Sakson Ülkeleri.....	59
2.1.5.2 Kara-Avrupa'sı Ülkeleri .....	63
2.1.5.3 Asya - Pasifik Ülkeleri .....	66
<b>2.2 HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK .....</b>	<b>67</b>
2.2.1 Türk Hukukunda Arabuluculuk Uygulamaları .....	67
2.2.1.1 İhtiyari Arabuluculuk .....	69
2.2.1.1.1 Arabuluculuğa Elverişli Hukuki Uyuşmazlıklar .....	70
2.2.1.1.2 Arabuluculuğa Elverişli Olmayan Hukuki Uyuşmazlıklar.....	72

2.2.1.2 Dava Şartı Arabuluculuk.....	73
2.2.1.2.1 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde Dava Şartı Arabuluculuk.....	75
2.2.1.2.1.1 İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk .....	77
2.2.1.2.1.1.1 İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuğun Kapsamı.....	79
2.2.1.2.1.1.2 Arabuluculuk Kapsamında Olmayan İş Uyuşmazlıkları .....	80
2.2.1.2.1.2 Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk.....	81
2.2.1.2.1.3 Tüketici Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk.....	84
2.2.1.2.1.3.1 Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında Olan Tüketici Uyuşmazlıkları .....	86
2.2.1.2.1.3.2 Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında Olmayan Tüketici Uyuşmazlıkları.....	87

### **BÖLÜM III**

<b>ARABULUCULUĞUN HAK ARAMA HÜRRİYETİ PERSPEKTİFİNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ VE DAVALARA ETKİSİ.....</b>	<b>89</b>
---	-----------

<b>3.1 ARABULUCULUK VE HAK ARAMA HÜRRİYETİ ARASINDAKİ İLİŞKİ.....</b>	<b>89</b>
---	-----------

<b>3.2 İHTİYARİ ARABULUCULUĞUN HAK ARAMA HÜRRİYETİ KARŞISINDAKİ DURUMU.....</b>	<b>91</b>
---	-----------

3.2.1 Arabuluculuk Müessesinin Amaç ve Kapsamına Yönelik Düzenlemelerinin Anayasa'ya Aykırı Olduğuna Dair İtirazlar Bakımından İnceleme.....	95
3.2.2 Arabuluculuk Faaliyetinin Gizlilik İlkesine Tabi Olmasına Yönelik İncelemelerin Hak Arama Hürriyetine Etkisinin Değerlendirilmesi.....	98
3.2.3 Arabuluculuk Mesleğinin Hakimlik Mesleği ile Özdeşliğine Dair İtirazların Hak Arama Hürriyetine Etkisinin Değerlendirilmesi.....	101
3.2.4 Yargılaması Devam Eden Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Yoluna Başvuru Hakkı Tanıyan Düzenlemelerin Hak Arama Hürriyetine Etkisi.....	102
3.2.5 İhtiyari Arabuluculuğa İlişkin Düzenlemelerin Hak Arama Hürriyetinin Özüne Etkisi Açısından Değerlendirilmesi .....	105



3.2.6 İhtiyari Arabuluculuğa İlişkin Düzenlemelerin Ölçülülük İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi .....	106
3.2.6.1 Meşru Amaç Bakımından Değerlendirme .....	107
3.2.6.2 Elverişlilik Bakımından Değerlendirme .....	108
3.2.6.3 Gereklilik Bakımından Değerlendirme .....	109
3.2.6.4 Orantılılık Bakımından Değerlendirme .....	110
<b>3.3 DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞUN HAK ARAMA HÜRRİYETİ KARŞISINDAKİ DURUMU.....</b>	<b>112</b>
3.3.1 Mahkemeye Erişim Hakkını Sınırlandıran Dava Şartı Arabuluculuğun Tabii Hakim İlkesine Aykırılık Probleminin Hak Arama Hürriyeti Bakımından Değerlendirilmesi .....	115
3.3.2 Sosyal ve Ekonomik Olarak Eşit Olmayan Uyuşmazlık Taraflarına Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamalarının Hak Arama Hürriyeti Bakımından Değerlendirilmesi .....	118
3.3.3 Kamu Yararı Bakımından Dava Şartı Arabuluculuğun Hak Arama Hürriyeti Karşısındaki Durumu.....	121
3.3.4 Dava Şartı Arabuluculuğun Hukuki Dinlenme Hakkı Bakımından İncelenmesi.....	123
3.3.5 Dava Şartı Arabuluculuğa İlişkin Düzenlemelerin Hak Arama Hürriyetinin Özüne Etkisi Açısından Değerlendirilmesi .....	126
3.3.6 Dava Şartı Arabuluculuğa İlişkin Düzenlemelerin Ölçülülük İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi .....	128
3.3.6.1 Meşru Amaç Bakımından Değerlendirme .....	129
3.3.6.2 Elverişlilik Bakımından Değerlendirme .....	130
3.3.6.3 Gereklilik Bakımından Değerlendirme .....	132
3.3.6.4 Orantılılık Bakımından Değerlendirme .....	134
<b>3.4 ARABULUCULUK BAŞVURUSUNUN ZAMANAŞIMI VE HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRELERE ETKİSİ.....</b>	<b>137</b>
3.4.1 İhtiyari Arabuluculuğun Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Sürelere Etkisi.....	139
3.4.2 Dava Şartı Arabuluculuğun Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Sürelere Etkisi.....	140

<b>3.5 ARABULUCULUK SON TUTANAĞININ HAK ARAMA HÜRRİYETİ KARŞISINDAKİ DURUMU.....</b>	<b>143</b>
<b>3.6 ARABULUCULUK FAALİYETİ SONUCUNDA ANLAŞILAN HUSUSLARDA DAVA AÇMA YASAĞI VE HAK ARAMA HÜRRİYETİNE ETKİSİ .....</b>	<b>146</b>
3.6.1 Dava Açılmadan Önce Arabuluculuk Faaliyetine Başvurulması Durumunda Dava Açma Yasağının Değerlendirilmesi.....	147
3.6.2 Derdest Davada Tarafların Arabuluculukta Anlaşması Halinde Dava Açma Yasağının Değerlendirilmesi .....	151
3.6.3 Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağının Değerlendirilmesi.....	153
<b>3.7 ARABULUCULUK GİDERLERİNİN VE YARGILAMA GİDERLERİNİN HAK ARAMA HÜRRİYETİNE ETKİSİ.....</b>	<b>155</b>
3.7.1 Arabuluculuk Giderleri Bakımdan Değerlendirme.....	156
3.7.2 Yargılama Giderleri Bakımdan Değerlendirme.....	160
<b>SONUÇ.....</b>	<b>165</b>
<b>KAYNAKÇA .....</b>	<b>170</b>
<b>ÖZGEÇMİŞ.....</b>	<b>192</b>

## KISALTMALAR CETVELİ

A.B.D.	: Amerika Birleşik Devletleri
a.e.	: Aynı eser
a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
a.g.t.	: Adı geçen tez
AB	: Avrupa Birliği
ADR	: Alternative Dispute Resolution (Alternatif Çözüm Yolları)
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B. No	: Başvuru Numarası
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CPR	: Civil Procedure Rules
Çev.	: Çeviren
D.	: Daire
DEÜHFY	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
E.	: Esas Sayısı
EBYÜHFD	: Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Ed.	: Editör
ERÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

ETÜSBED	: Erzincan Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
İMK	: İş Kanunu
İÜHFMD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar Sayısı
KT.	: Karar Tarihi
LİSGHD	: Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenli Hukuku Dergisi
M/Md/m	: Madde
MİHBİR	: Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Birliği
MİHDER	: Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi
MİT	: Milli İstihbarat Teşkilatı
MÜHFD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
No	: Numara
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SDÜHFD	: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
ss.	: Sayfa Sayıları
T	: Tarih
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
t.y.	: Tarih Yok
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun
TMK	: Türk Medeni Kanunu

TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
y.y.	: basım yeri yok
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu



## GİRİŞ

Hak arama hürriyeti, kişi hak ve hürriyetlerini koruyan ancak diğer hak ve hürriyetleri tamamlamaktan ziyade kişilerin başlı başına sahip olduğu bir haktır. Ortaya çıkan uyuşmazlıklarda veya hak ihlallerinde bu ihlalin son bulması, önlenmesi veyahut mevcut durumun eski hale getirilmesi kişiler tarafından hak arama hürriyeti ile devletten talep edilmektedir. Devlet bir yandan hukuk düzeninde yer alan anayasa ve yasalar ile insan hak ve hürriyetlerinin korunması için gerekli tedbirlerin alınmasını sağlayarak ihlal ihtimallerin en aza indirgenmesini amaçlamalıdır. Diğer yandan doğan hak ihlallerine karşı kişilerin etkin bir şekilde hak arama hürriyetini kullanabilecekleri etkin başvuru yolları ile adalete erişimi kolaylaştırabilecek bir hukuk düzeni oluşturmayı hedeflemelidir. Zira hak arama hürriyeti, diğer hak ve hürriyetleri kapsayan ve koruyan bir hak olarak etkili yollarla donatıldığı ve korunduğu sürece bir anlam ifade etmektedir. Bunun içindir ki, hukuk düzenlerinde dereceli yargılama sistemi yaratılarak kişilerin ihlal edilen menfaat ve haklarının korunması için verilen kararların üst mahkemeler tarafından da denetlenmesi amaçlanmakta etkin bir hukuki denetim ile hak arama hürriyeti korunmaya çalışılmaktadır. Aksi takdirde kişiler adaletli olmadığı kanısına vardığı bir mahkeme kararına karşı başkaca bir merciye başvuru imkanı bulamayacak ve mahkeme kararları da üst mahkeme denetimine tabi olmadıklarından mahkemelerin bağımsızlığı ya da tarafsızlığı çok daha kolay kaybedilebilecektir. Hemen belirtmek gerekir ki; hak arama hürriyeti yalnızca yargıya başvuru yoluyla kullanılan bir hak değildir. Yargı yoluna başvurmadan kişilerin hak arama hürriyetlerini cebri icra yoluna başvuru, hakeme başvuru gibi yollar ile de kullandığını görmekteyiz. Öyleyse hak arama hürriyeti sadece yargı makamları önünde ileri sürülen bir hak değil devletin kişilere etkin başvuru yolları sağlayarak adalete erişmek için hukuk düzeninin koruduğu tüm başvuru yollarını ifade etmektedir.

Günümüzde yargılama makamlarının iş yükünün sürekli artması, davaların geç sonuçlanmasına sebebiyet vermekte bu ise adil yargılanma hakkını ve adalete erişim hakkını sınırlandırmaktadır. Basit bir uyuşmazlığın bile yıllar sürmesi kişilerin adalete olan inancını sarsmakta, yıllar sonra gelen adaletin adalet olarak görülmesini

imkansızlaştırmaktadır. Yargı yollarına yapılan başvuruların makul bir sürede sonuçlandırılması ve kişilerin adalete geç olmadan erişebilmesi amaçlanarak kimi uyuşmazlıklar hakkında alternatif çözüm yolları yargıya başvurunun ön şartı haline getirilmektedir. Böylece sulh, arabuluculuk, uzlaştırma gibi alternatif çözüm yollarına kişiler teşvik edilmekte hem de yargının iş yükünün azaltılması hedeflenmektedir.

Özelikle son yıllarda ülkemizde kimi uyuşmazlıklar için doğrudan mahkemeye başvuru yapılmadan önce yerine getirilmesi gereken ön koşullardan bir tanesi de alternatif çözüm yollarından olan arabuluculuk müessesine başvuru olmuştur. Doğrudan dava açma hakkını kısıtlayan dava şartı arabuluculuk müessesine katılım ile tarafların dava açmadan önce uzlaşabilmelerine imkan yaratılarak mahkemelerin iş yükünün azaltılması amaçlanmaktadır. Aynı zamanda tarafların uyuşmazlıkların çözümlenmesinde uzun süren yargılama süreçlerinin akıbetini beklemek yerine alternatif çözüm yolları ile de tarafların menfaat dengelerinin sağlanması ve haklarına ulaşmaları hedeflenmektedir. Tez çalışmasında mahkemelerin iş yükünün artmasıyla birlikte alternatif çözüm yollarından biri olan arabuluculuk müessesinin ihtiyari bir yol olarak uygulanmaya başlanması ve akabinde kimi uyuşmazlıklarda arabuluculuk müessesinin dava şartı olarak kanunlarda düzenlenmesinin hak arama hürriyetini sınırlandırıp sınırlandırmadığı konusu ele alınacaktır.

Tezin ilk bölümünde; hak arama hürriyetinin insan hak ve hürriyetleri içerisindeki yeri ve önemi, hak arama hürriyetinin kapsam ve sınırları ile hak arama hürriyetinin bağlantılı olduğu haklar incelenecektir.

Tezin ikinci bölümünde, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, bu yollardan biri olan arabuluculuk ve türleri açıklanarak, arabuluculuk faaliyetinin günümüze kadar nasıl geliştiği ele alınacak, kanunla düzenlenen ve dava şartı olan arabuluculuk müessesinin hangi uyuşmazlıklar için uygulandığı açıklanmaya çalışılacaktır.

Tezin üçüncü bölümde, ihtiyari arabuluculuk ile dava şartı olan arabuluculuğun hak arama hürriyetine ve açılmış davalara etkisi incelenerek ve bu konudaki tartışmalar ile Anayasa Mahkemesi'nin kararları değerlendirilecektir.

## BÖLÜM I

### HAK ARAMA HÜRRİYETİNİN TEMELLERİ

#### 1.1 İNSAN HAKLARI İÇİNDE HAK ARAMA HÜRRİYETİNİN YERİ VE ÖNEMİ

İnsan hakları, hukukça tanınmış ve güvence sağlanmış beşeri ayrıcalıklardır. Hakları tanımak, hukuku hürriyetin hizmetine sokmaktır<sup>1</sup>. Tüm insanların hiçbir ayrıma tabi tutulmaksızın yalnızca insan oldukları için eşit, özgür ve haysiyetli bir şekilde yaşama hakkına sahip olması ve bu hakların kullanımında dil, din, ırk, cinsiyet, ekonomik durum gözetilmeksizin yasalar önünde eşit olması<sup>2</sup> gerekliliği insan haklarının olması gereken evrensel değerlerini göstermektedir. Hak<sup>3</sup> ve hürriyet<sup>4</sup>

<sup>1</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku 1 İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*, Yenilenmiş 7. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2013, s. 13., Z. Gönül Balkır, *Türk Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması*, Kocaeli Üniversitesi Yayınları No: 335, Kocaeli, 2009, s. 84.

<sup>2</sup> İHEB'nin 2. maddesi "Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer herhangi bir akide, milli veya içtimai menşe, servet, doğuş veya herhangi diğer bir fark gözetilmeksizin işbu Beynamede ilan olunan tekmil haklardan ve bütün hürriyetlerden istifade edebilir. Bundan başka, bağımsız memleket uyuşu olsun, vesayet altında bulunan, gayri muhtar veya sair bir egemenlik kayıtlamasına tabi ülke uyuşu olsun, bir şahıs hakkında, uyuşu bulunduğu memleket veya ülkenin siyasi, hukuki veya milletlerarası statüsü bakımından hiçbir ayrılık gözetilmeyecektir." ilgili düzenleme ile tüm insanların hak ve hürriyetlerden eşit olarak yararlanmasını hedeflemektedir. İHEB, insan haklarına ve temel hürriyetlere karşı saygıyı sağlamak için bu yolda atılan ilk adımdır. Bkz. Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 7. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 65.

<sup>3</sup> Hak insana sahibi olduğu menfaati koruyabilmesi için tanınan iradedir. Bkz. Süleyman Yılmaz ve Şebnem Öcal Akipek, *Uygulamalı Hukuka Giriş*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 154., Hak kavramı üzerinde ileri sürülen teoriler için bkz. Nazime Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, 2008., M. Emin Emni, *Hak Kavramı*, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S: 12, Y: 2014., Selman Özdemir, *Hak Üzerine Bir Değerlendirme*, *Adalet Dergisi*, S: 56, Y: 2016., Hak kavramının anlam ifade edebilmesi için hakkın ileri sürülebilmesi yani hakkın aranabilmesi gerekmektedir. Çoğu insan hakkı insanın en temel gerçekliği olan özgürlükten türemekte ve birçok hak, sahibini özgürlüğe yetkili kılmaktadır. Bkz. Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Orion Kitabevi, 5. baskı, Ankara, 2016, s. 33.

<sup>4</sup> Hürriyet, insanın doğası gereği sahip olduğu bir serbestidir, kişinin hayatını kendi tercihlerine göre kurma çabasının özellikle siyasi otorite tarafından keyfi olarak engellenmemesi demektir. Hürriyetlerin kullanılması pozitif hukuk tarafından düzenlenerek somutlaşmakta ve böylece hürriyetlerin kullanımına olanak sağlayan subjektif talep yetkisini içerir birer hak haline gelmektedir. Bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rıfat Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, 2011, s. 35., Aydın Turhan, *İnsan Hakkı Kuşakları Arasındaki Tamamlayıcılık İlişkisi*, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 4, S: 2, Y: 2013, s. 363., Montesquieu hürriyeti "kanunların müsaade ettiği her şeyi yapmak hakkıdır, bir vatandaş kanunların yasak ettiği şeyi yapabiliyeydi özgür sayılmazdı o zaman; çünkü, öteki vatandaşların da aynı yetkiyi kullanmaya hakları olurdu" şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine* (Çeviren: Fehmi Baldaş), İstanbul, Hiperlink Yayınları, (t.y.), s. 169.



arasında bulunan sıkı ilişki, her hürriyetin ihlalinde bir hakkın doğmasına sebep olur<sup>5</sup>. İşte bu durumda hürriyete yönelen saldırı ya da sınırlamayı kaldırma aracı olarak hak arama hürriyeti devreye girer<sup>6</sup>, diğer bir ifadeyle hak arama hürriyeti pozitif hukuk tarafından tanımlanan hakların usuli güvencesini sağlayarak<sup>7</sup> kişilere adalete erişim imkanı sağlayan insan hakkını ortaya çıkarır.

İnsan hak ve hürriyetlerinin, insan olmaya bağlı ve insanın doğuştan getirdiği hakların dokunulmaz, bölünmez ve vazgeçilmez<sup>8</sup> olmak gibi temel nitelikleri bulunmaktadır. İnsan hakları bireye devletin, toplumun ve üçüncü kişilerin dokunamayacağı özel, bağımsız bir hareket alanı sağlamakta<sup>9</sup> ve bu alanın ihlali halinde ise hak arama hürriyeti kullanılarak ihlalin kaldırılmasını talep etme hakkını sağlamaktadır. Dolayısıyla insan hakları olarak tanımladığımız haklar için bulunan tüm unsurlar hak arama hürriyeti için de geçerli olmaktadır<sup>10</sup>.

Kişiler hak ve hürriyetleri ihlal edildiğinde ilk olarak iç hukukun düzenlediği yasal yollara başvuruda bulunur. Bununla birlikte, kişiler kanunlar tarafından düzenlenmiş hakkını kullanırken herhangi bir yasak veya engelle karşılaşması durumunda, anayasal ve yasal haklarının gerçekleştirilmesini talep edecektir. Her ne kadar hak arama hürriyeti ihlal edilen hakların telafisinin gerçekleştirilmesi için başvurulması gereken başvuru yollarını kapsamakta ise de bu durum hak arama hürriyetini ikincil (tali) bir konuma düşürmez. Aksi bir durumun kabulü hak arama hürriyetini, yargı yollarına başvurmak için gerekli dava şartlarından biri konumuna indirgemek olacaktır<sup>11</sup>. Hak arama hürriyeti iç hukuk düzeninde ne kadar etkili ve gelişmiş bir seviyede ise insan haklarının da o kadar etkili korunduğunu söylenebilir.

<sup>5</sup> Her hak, hürriyet içermekle birlikte özel veya tüzel kişilerden bir takım somut iş ve eylemleri, yapmalarını ya da yapmamalarını talep edebilme yetkisini de kapsamaktadır. Geniş açıdan bakıldığında her hak hemen hemen bir hürriyete denk düşer. Bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, *Kollektif Özgürlükler*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 8, Dicle Üniversitesi Basım Evi, 1989, s. 15., Ahmet Mumcu, ve Elif Küzeci, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri (Kavramlar, Evrensel ve Ulusal Gelişimleri, Bugünkü Durumları)*, Yenilenmiş 5. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2011, s. 16., Hak ve hürriyet arasında olan ilişki için ayrıca bkz. Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Öğretisine Giriş, Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C: 11, Y: 1993, s. 26 vd.

<sup>6</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu 2013, a.g.e., s. 14.

<sup>7</sup> Ayvaz Cebre, *Hak Arama Yolları ve Adil Yargılanma Hakkı*, *TAAD*, Yıl: 2, C: 1, S: 5, Y: Nisan 2011, s. 374.

<sup>8</sup> Anayasa'nın 12. Maddesi "*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.*" hükmünü içermektedir.

<sup>9</sup> İdris Şahin, *Demokrasi ve İnsan Hakları Eğitimi*, *e-Journal of New World Sciences Academy*, Volume: 4, Number: 4, Y: 2009, s. 1343.

<sup>10</sup> Onur Çetin, *Hak Arama Hürriyeti*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2007, s. 32.

<sup>11</sup> İsmail Köküsarı, *Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri*, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: XV, S: 1, Y: 2011, s. 168.

Hak arama yolları genellikle bir hakkın veya menfaatin ihlal edilmesinden sonra ortaya çıkabileceği gibi, kimi zaman ise hak arama yoluna başvurulduktan sonra yeni hak arama yolları öncekini takip etmektedir<sup>12</sup>. Örneğin; ücretsiz olarak bir işte çalıştırılan kişi çalışma hakkı ihlal edildiği için dava yoluna başvurursa, hak arama hürriyeti, ihlal edilen bir hakkı takip eden, bir diğer hak olarak ortaya çıkar. Yapılan yargılamadaki mahkeme hükmüne yönelik bu kimse bir üst kanun yoluna başvurması halindeyse yeni bir hak arama yolu daha kullanmış olur ki; bu halde hak arama hürriyeti birden çok hak arama yoluyla ihlalin telafisi şeklinde tamamlanmaktadır<sup>13</sup>. Bazense herhangi bir ihlal henüz gerçekleşmeden hak arama hürriyeti kullanılır ve ihlalin gerçekleşmesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Genellikle bunlar idarenin işlemlerine karşı idari başvuru yolları olarak cereyan etmektedir. Öyleyse hak arama hürriyetinin insan hakları ile iç içe geçmiş olduğunu belirtebiliriz.

İnsan haklarını korumak devletin yükümlülüğünde olduğundan devlet; hem kendi organlarına karşı hem de başkalarından gelecek olan saldırılara karşı kişinin hak ve hürriyetlerini korumak için hakları ihlal edilen kişilerin başvuracakları denetim mekanizmaları oluşturması gerekmektedir<sup>14</sup>. İşte kişilere sağlanan bu başvuru mekanizmaları ile hak arama hürriyetinin kullanılması ve insan haklarının korunması sağlanır.

## 1.2 HAK ARAMA HÜRRİYETİ

### 1.2.1 Tanımı ve Amacı

Kavramsal olarak hak arama hürriyeti, kişilerin herhangi bir hak arama yoluna başvurup başvurmamasında özgür olmasını ve bir hakkı ihlal edildiğindeyse bu ihlalin telafi edilmesi için başvurulabilecek yolları ifade eder<sup>15</sup>. Hak arama hürriyetinin gereği, kişilerin hak aramalarını güçleştiren her türlü hukuki ve fiili engellerin bertaraf edilerek, insan haklarının korunmasına elverişli bir yargı örgütü oluşumunda yargıya serbest müracaat hakkıdır<sup>16</sup>. Zira kişilerin hak sahibi olmasının anlamlı bir hale gelebilmesi, devletin koruyucu mekanizmalarına ulaşabilmesine ve harekete

<sup>12</sup> a.g.m., s. 168.

<sup>13</sup> a.g.m., s. 168.

<sup>14</sup> Şükrü Karatepe, *Türk Anayasa Hukuku*, Savaş Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2018, s. 184., Devlet, kişi hak ve hürriyetlerini zedeleyici işlem ve eylemlere yönelik zorunlu önlem alma yükümlülüğündedir. Bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu 2013, a.g.e., s. 15.

<sup>15</sup> İsmail Köküsarı 2011, a.g.m., s. 163., Cengiz Gül ve Fatih Birtek, Hak Arama Özgürlüğü ve Türk Pozitif Hukukunda Yargı Yolu Kapalı İşlemler, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: II, S: 1-2, Y: 2007, s. 6.

<sup>16</sup> Esra Atalay, Yargısal Temel Haklar, *Prof. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 81, İzmir, 1997, s. 449.

geçirebilmesine bağlıdır<sup>17</sup>.

Devlet, gerçekleştirdiği eylem ve işlemlerle bilerek veya bilmeyerek kişilerin hakkını ihlal etmiş olabileceği gibi hak ihlaline yol açan bir özel hukuk kişisi de olabilmektedir. Anayasa'nın 36. maddesinde “Hak arama hürriyeti” başlığı altında, kişilerin, davacı veya davalı olarak yargı mercileri önünde adil yargılanma hakkına sahip oldukları, meşru vasıta ve yollar kullanmak suretiyle iddialarda bulunabilecekleri ve savunma yapabilecekleri hüküm altına alınmıştır<sup>18</sup>. Ancak, hak arama hürriyeti sadece yargı makamları nezdinde kullanılan bir hak olmayıp, idari ve hatta siyasi başvurular (yasama meclisine yapılan başvurular) ile icra takibine yönelik başvuru yolları da hak arama hürriyetinin bir diğer kullanım şeklini oluşturmaktadır<sup>19</sup>. Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan hak arama hürriyeti; medeni yargılama hukukunda dava hakkı, icra takibi hakkı, hakeme başvuru hakkı gibi yollarla başvuru yapabilmesini ifade ederken, kamu hukuku bakımından ise dilekçe ile başvuru hakkı, bilgi edinme hakkı, şikayet hakkı, ihbar hakkı aynı zamanda savunma hakkının dayanağını oluşturmaktadır<sup>20</sup>.

Devletin idari işlem ve eylemleri ile veyahut özel hukuk kişileri tarafından hak ihlaline uğrayan kişilerin haklarını arayabilmeleri için başvurulması gereken hukuki yol, ilgili merciler belirtilmeli ve başvuru yapılması için gereken süre göstermelidir. Aksi halde kişiler, gerçekleştirilen işlemler karşısında hak ihlallerine maruz kaldıklarında haklarını nerede ve nasıl arayacaklarını bilemediklerinden hak ihlallerinin telafisinde gecikmeler yaşanabilir. Anayasa da 40. maddesi ile “Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması” başlığı altında temel hak ve hürriyetlerin korunması adına düzenleme yapmış ve 40. maddenin 2. fıkrasının gerekçesinde, bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık sağlanarak imkan yaratılması amaçlanmıştır. Yine ilgili maddenin gerekçesinde

---

<sup>17</sup> Cengiz Gül ve Fatih Birtok 2007, a.g.m., s. 6., Hakların korunması, esas itibariyle, devlet kuvvetiyle ve bir dava yoluyla sağlanır. Bkz. Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*, 30. Bası, Ankara, 2012, s. 275.

<sup>18</sup> Anayasa 36. maddesi “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.*” şeklindedir.

<sup>19</sup> Burak Nedim ve Pınar Meriç, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Yargı Harçlarına Bakışı: Yiğit ve Ülger Davaları Işığında Hak Arama Özgürlüğü ve Yargı Harçları İlişkisi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 84, Y: 2009, s. 196., İsmail Köküarı 2011, a.g.m., s. 166.

<sup>20</sup> İzzet Özgenç ve Cumhur Şahin, İddia ve Savunma Hakkı, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: V, S: 1-2, Y: 2001, s. 3., Esra Atalay 1997, a.g.m., s. 449., Burak Nedim ve Pınar Meriç 2009, a.g.m., s. 196., Emre Akbulut, İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 81, Y: Mart 2009, s. 11., Sait Güran, Hak Arama Özgürlüğünün İki Boyutu, *Anayasa Yargısı*, AYM Yayını, S: 9, Y: 1992, s. 25.

kişilerin son derece dağınık mevzuat karşısında hak ve hürriyetlerinin korunması açısından başvuru yapılması gereken kanun yolu, ilgili merci ve başvuru sürelerinin belirtilmesinin hak arama açısından zorunluluk haline geldiği belirtilmiş<sup>21</sup> ve devlet, kişiler bakımından bu hakların kullanılmasını sağlamak için pozitif bir yükümlülük altına sokulmuştur<sup>22</sup>. Genellikle kişi bir hak veya hürriyetinin ihlal edildiği iddiasıyla kanunun gösterdiği ilgili mercie, kanunda belirtilen süre içerisinde bu ihlalin sonlandırılması için başvurmakta, ilgili merci tarafından ise yapılan başvuru incelenerek akıbeti ilgisine bildirilmektedir. Kimi zaman kişi ilgili merci tarafından verilen kararı ya da yapılan inceleme neticesinde kendisine verilen bilgilendirmeyi yeterli bulmamaktadır. Bu halde kişilerin hak arama hürriyeti, ilgili merci tarafından verilen kararları incelemeye ve denetlemeye yetkili bir üst mercie başvuru yolunun kişilere tanınması olarak sağlanmaktadır. Hak arama hürriyetinin temel bir unsuru olan hukuki belirlilik<sup>23</sup>, bir mercinin verdiği karara karşı, hangi süre içerisinde hangi mercide başvuru yapılabileceğinin ilgisine verilen kararda belirtilmesidir. Ancak uygulamada yargılama merci tarafından verilen kararlarda veyahut idari başvurularda bir sonraki başvuru yolu veya süresinin hatalı gösterilmesi ya da hiç gösterilmemesi gibi durumlarla karşılaşmakta ve kişinin görevsiz yargı yerinde dava açma, başvuru süresini kaçırma gibi hak arama hürriyetinin ihlaline sebep olabilecek durumlar yaşanmaktadır. Örneğin; idarenin doğru bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle kişi görevsiz bir yargı yerinde dava açarsa görevsiz yargı yerinde dava açma tarihi görevli yargı yerinde dava açma tarihi olarak kabul edilir ve hak arama hürriyetinin ihlali bertaraf edilir<sup>24</sup>.

Anayasa'nın "Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı" başlıklı 74. maddesinde ise "*Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla*

---

<sup>21</sup> Anayasanın 40. maddesi "*Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. (Ek fıkra: 3/10/2001-4709/16 md.) Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır. Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.*" şeklindedir.

<sup>22</sup> Mustafa Oğuzhan Bölükbaşı, Devlet İşlemlerinde Kanun Yolları, Merciler ve Başvuru Sürelerini Gösterme Yükümlülüğü (Anayasa'nın 40/2. Maddesi), *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl: 8, S: 15, Y: Haziran 2020, s. 100.

<sup>23</sup> Anayasa Mahkemesi hukuki belirlilik ilkesinin, hukuk devletinin asli unsurları arasında yer aldığını ve hukuki durumlarda belirli bir istikrarı temin ederek kamunun mahkemelere güvenine katkıda bulunduğunu ifade etmektedir. Bkz. AYM, *Ahmet Saygılı ve Şefika Saygılı*, B. No: 2013/135, 21.01.2015, paragraf 44.

<sup>24</sup> Danıştay, başvuru mercinin yanlış gösterilmesinin anayasaya uygun bir tebliğ olmadığı ve bu nedenle dava açma süresinin başlamayacağı görüşündedir. Bkz. Danıştay 13. Dairesi, T. 09.02.2018, E. 2015/50 ve K. 2018/357, (çevrimiçi) <https://www.legalbank.net>, 29.05.2021.

*Türkiye’de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir. Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu, gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir... Bu maddede sayılan hakların kullanılma biçimi, Kamu Denetçiliği Kurumunun kuruluşu, görevi, çalışması, inceleme sonucunda yapacağı işlemler ile Kamu Başdenetçisi ve kamu denetçilerinin nitelikleri, seçimi ve özlük haklarına ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”* kuralına yer verilmiştir. Aslında tüm bu Anayasa hükümlerine bakıldığında; kanun koyucu, kişilere hak ve hürriyetlerin ihlallerine karşın etkin başvuru yollarına müracaat edilebilmesi konusunda devlete pozitif bir yükümlülük yüklemiştir; ilgililer için hak olan bu hususların, devlet ve idari makamlar bakımından ise bir yükümlülük haline getirmiştir<sup>25</sup>.

Anlattıklarımızdan yola çıkarak özetle diyebiliriz ki, hak arama hürriyeti; anayasal bir sistemle koruma altına alınarak, kişilerin gerek devlet otoritesi altında ezilmesini engellemek gerek toplumda yaşayan diğer kişilere karşı aralarında meydana gelen uyuşmazlık konularında her türlü hak ile menfaat ihlallerinin karşısında durabilmesini sağlayan, etkin başvuru imkanlarıyla donatılan sistemde hukuk ilkeleriyle kişilere savaşıma imkanı tanıyan ve hukuk sisteminin amacına hizmet ederek, gelişmesini tetikleyen bir haktır.

### **1.2.2 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Göre Hak Arama Hürriyeti**

Avrupa Konseyi, 1945 yılında sona eren II. Dünya Savaşı'nı izleyen yılların bir ürünü olarak ortaya çıkmış ve 1949 yılında insan haklarının korunması, bu örgütün başta gelen amaçları arasında belirtilmiştir. Bu doğrultuda 4 Kasım 1950 yılında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, içlerinde Türkiye'nin de bulunduğu on beş devlet tarafından<sup>26</sup> Roma'da imzalanmış ve zaman içinde, insan haklarının yargı yoluyla güvence altına alınması hususunda dünyanın en etkin mekanizmasının kurulmasını sağlamıştır<sup>27</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, Avrupa İnsan Hakları

<sup>25</sup> Emre Akbulut 2009, a.g.m, s. 3., Emin Koç, Türk Hukuku'nda Devlet İşlemlerine Karşı Başvuru Yollarını Gösterme Yükümlülüğü, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 145, Y: 2019, s. 304.

<sup>26</sup> Şükrü Karatepe 2018, a.g.e., s. 188., AIHS'ne taraf devlet sayısı bugün 47'ye ulaşmış bulunmaktadır.

<sup>27</sup> Rona Aybay, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14. Protokol, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 88, Y: 2010, s. 237., Gülnihal Pezük, *Hak Arama Hürriyeti Bağlamında Türk İdari Yargısında Dava Açma Süreleri*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2020, s. 8.

Sözleşmesine taraf olan devletlerin sözleşmeyle yüklenilen taahhütlere uyulmasını sağlamak için kurulan mahkemedir<sup>28</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hak arama hürriyetini, 13. maddesinde yer alan “etkili başvuru hakkı” başlığı altında düzenlemiştir. Bu maddeye göre; sözleşme tarafından korunan hakları ihlal edilen herkes, ihlali yapan devlet veya resmi kurumlar dahi olsa ulusal bir makam nezdinde etkili şekilde başvuru yapabilme hakkına sahiptir<sup>29</sup>. Bu bağlamda sözleşmeye taraf devletler, iç hukuklarında kişilere etkili başvuru yapabilmelerine imkan sağlayan mekanizma ve yollar yaratma hususunda genel bir yükümlülük altına girmekte ve yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumu 13. maddenin ihlali anlamına gelmektedir<sup>30</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde ise adil yargılanma hakkı düzenlenerek, kişilere hem medeni haklar hem de ceza yargılaması olmak üzere ikili bir koruma sağlanmıştır. Aynı zamanda yargılama sürecine ilişkin korumalar getirmiştir<sup>31</sup>. Adil yargılanma hakkı yargılama sürecinin tamamını kapsayan, içerdiği güvencelerle ilk derece yargılamasından, istinaf ve temyiz aşamaları da dahil olmak üzere adil karar verilebilmesi için gerekli koşulların sağlanması bakımından önem kazanır<sup>32</sup>. Bu sebeple sözleşmenin 6. maddesinin 13. maddesine göre daha özel bir kapsamının olduğu ve adil yargılanma hakkını güvence altına alarak, kişilere haklarını aramalarını sağlayan etkili bir başvuru yolu öngörmektedir<sup>33</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine göre; herkes yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede davasının görülmesini talep etme hakkına sahiptir. Hukuk uyuşmazlıkları ile ceza davaları bakımından koruma sağlayan bu madde aynı zamanda kişilere yargılamanın makul bir süre içinde

---

<sup>28</sup> Bkz. AİHS'nin 9. maddesi.

<sup>29</sup> AİHS'nin 13. maddesi “*Bu Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir.*” şeklindedir.

<sup>30</sup> Mustafa Erdoğan 2016, a.g.e, s. 236,237., Gülnihal Pezük 2020, a.g.t., s. 8., Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, AİHS 13. madde kapsamında ülkemiz hakkında incelediği kararlarında kamu görevlilerinin yer değiştirilmelerine ilişkin işlemlerde itiraz edilebilecek etkili bir hukuk yolu bulunmadığı, AİHS 6. maddesinde yer alan adil yargılanma bağlamında davaların makul sürede görülmediği; bu sebeple de etkin bir iç hukuk yolu oluşturulması gerektiği belirtilmiştir. Bu konu hakkında bkz. Hasan Tahsin Fendoğlu, *İnsan Hakları Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2. baskı, Ankara, 2020, s. 171.

<sup>31</sup> Bkz. AİHS'nin 6. maddesi.

<sup>32</sup> Sibel Inceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 4, MRK Baskı, Ankara 2014, s. 1., (çevrimiçi) [https://www.anayasa.gov.tr/media/3547/04\\_adil\\_yargilanma\\_hakki\\_son.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/3547/04_adil_yargilanma_hakki_son.pdf), 01.04.2021.

<sup>33</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesine İlişkin Rehber, Adil Yargılanma Hakkı (Medeni Hukuk Yönü), 2019, s. 22., (çevrimiçi) [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf), 01.04.2021.

sonuçlandırılmasını isteme hakkına sahip kılmaktadır<sup>34</sup>. Ayrıca kural olarak yargılamanın aleni olması benimsenmişken aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği özel bir durumun ortaya çıkması halinde mahkeme gerekli ölçüde yargılamayı kamuya kapalı şekilde gerçekleştirebilir<sup>35</sup>. Benimsenen tüm bu ilkeler hakkı ihlal edilen ya da durdurulan hak sahiplerine etkin bir biçimde hak arama hürriyetini kullanmalarını ve bu hakkı kullandıktan sonra da adil bir sonuca ulaşabilmeleri için gerekli imkanların yaratılması bakımından son derece önemlidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarına bakıldığında hak arama hürriyetinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan etkin başvuru yolları ve adil yargılanma hakkı ile birlikte değerlendirildiği görülmektedir<sup>36</sup>. Örneğin; adil yargılanma ilkesi içerisinde belirtilen kişilerin makul sürede yargılanma hakkının devletler tarafından yerine getirilmemesi etkin başvuru yollarının ihlalini doğurmaktadır. Bu nokta da makul sürenin de yargıya taşınan somut uyuşmazlıklara göre farklılık taşıyacağı ve her uyuşmazlığın kendi içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmek gerekir<sup>37</sup>.

Hak arama hürriyeti bağlamında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile korunan adil yargılanma hakkının ön koşulu; bir uyuşmazlığın çözümlenmesi için yargı yoluna başvurulmasını ve gerçekleştirilen başvuru akabinde yargılamanın başlamasını sağlamaktır. Zira 6. madde kapsamındaki ilke ve esasların denetimi ancak bu şekilde meydana gelebilir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Eşim/Türkiye* kararında ifade ettiği üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde koruma altına alınan adil yargılanma hakkını, medeni hakların talep edilmesini sağlayacak etkin bir yargıya başvuru yolunun varlığını gerekli kılan hukukun üstünlüğü ilkesi doğrultusunda yorumlanması gereken bir maddedir<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1 maddesine göre herkes davasının... makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.

<sup>35</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde duruşmaların aleni yapılmasına ilişkin kuralı istisnalarına yer verilmiştir. Bunlar; kamu düzeni, küçüklerin menfaati, ulusal güvenlik, özel yaşamın korunması gerekliliği şeklinde belirtilebilir. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Sibel İnceoğlu 2014, a.g.e., s. 245 vd., Anayasa'nın 141. maddesine göre, duruşmalar herkese açıktır. Ancak mahkeme, genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin bir biçimde gerekli kılması halinde duruşmaların kısmen veya tamamen kapalı yapılmasına karar verebilir.

<sup>36</sup> AİHM, *Kudla/Poland*, B. No: 30210/96, 26.10.2000, paragraf 148,149.

<sup>37</sup> Sibel İnceoğlu 2014, a.g.e., s. 265,266.

<sup>38</sup> AİHM, *Eşim/Türkiye*, B. No: 59601/09, 17.09.2013, paragraf 18., AİHM üye devletlerin mahkemelere etkili erişim hakkını garanti etmesi gerektiğini belirttiği bir başka karar için bkz. AİHM, *Airey/İrlanda*, B. No: 6289/73, 09.10.1979, paragraf 24., AİHM de tanınan hakların teorik ve görüntüde değil pratik ve etkili bir biçimde güvence altına alınması gerektiğine yönelik bkz. AİHM, *Lawyer Partners A.S./Slovakya*, B. No: 54252/07, 16.06.2009, paragraf 52.

Netice itibariyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf devletlerin, hakların korunması için yargılama hukuku güvenceleri içeren, etkin başvuru yolları sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Kişilerin hak arama hürriyetinden mahrum bırakılmaması adına hak arama hürriyetine; ulus-üstü bir değer tanınmıştır.

### **1.2.3 Anayasal Çerçeve ve Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı Açısından Hak Arama Hürriyeti**

İnsan haklarının korunması ve geliştirilmesinin evrensel bir nitelik taşıması, hem uluslararası bir sorun olarak hem de iç hukukta kendini göstermektedir<sup>39</sup>. Türkiye'de taraf olduğu sözleşmeler ile yerine getirmeyi taahhüt ettiği şartları belli ölçülerde gerçekleştirerek, insan haklarını korumak adına iç hukukunda sistemler geliştirmiştir<sup>40</sup>. Hak arama hürriyeti, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan insan haklarına saygılı ve sosyal bir hukuk devleti tasvirine uygun bir şekilde korunmaktadır. Anayasa'da yer alan temel hak ve hürriyetler ile bunları koruma zihniyetinde Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyumlu hale gelme çabası da görülmektedir<sup>41</sup>. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerini, belirgin ölçüde Anayasa'ya uygunluk denetiminde ölçü norm olarak kullanma eğilimindedir<sup>42</sup>.

Anayasa'nın 36. maddesi, hak arama hürriyetinin genel çerçevesini çizmekte ve bu hakkı sadece yargı yolları ile belirtmekte iken; 40. madde ise kişilere daha geniş bir kapsam sunarak yetkili makamlara başvuru hakkını getirmektedir<sup>43</sup>. Bununla birlikte ilgili yasalarda istinaf, temyiz, yeniden yargılanma, karar düzeltme talebiyle hak arama yolları düzenlenmektedir. Anayasa Mahkemesi kararında, kanun yoluna başvurma hakkını hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı kapsamında olduğunu belirtmektedir<sup>44</sup>. Mahkeme anılan kararında iddia ve savunma hakkının korunmasının

<sup>39</sup> Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 19. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2019, s. 216., Şükrü Karatepe 2018, a.g.e., s. 184.

<sup>40</sup> Örneğin, başkanlık bünyesinde kurulan İnsan Hakları Başkanlığı, TBMM bünyesinde oluşturulan Kamu Denetçiliği, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının tanınması insan hakları bakımından atılan önemli adımlardandır. Bkz. Şükrü Karatepe 2018, a.g.e., s. 185., Türkiye'nin taraf olduğu ve çekince koyduğu ulus-üstü sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynep Elibol, "Türkiye'nin Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerine Koyduğu Çekinceler", İnsan Hakları Ortak Platformu, (çevrimiçi) <http://www.ihop.org.tr/>, 11.04.2021.

<sup>41</sup> Ergün Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş 19. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 109.

<sup>42</sup> Örnek açıklama ve kararlar hakkında bkz. Ergün Özbudun 2019, a.g.e., s. 109., Anayasa Mahkemesi'nin, sözleşmeleri destek ölçü norm olarak kullandığına ilişkin bir görüş için bkz. Hasan Tahsin Fendoğlu 2020, a.g.e., s. 146,147.

<sup>43</sup> Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu 2019, a.g.e., s. 217.

<sup>44</sup> AYM, T. 14.06.2017, E. 2017/49, K. 2017/113, paragraf 11, RG. 11.08.2017, S. 30151.



gerekliliğine ve bu hakkın kısıtlanmasına yönelik tüm müdahalelerin gayrimeşru olduğunu belirterek, bu duruma elverişli yasaların da Anayasa'ya aykırı olacağı vurgulamaktadır.

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında mahkemeye erişim hakkını adil yargılanma hakkının güvenceleri kapsamında değerlendirmiş, dava değerinin temyiz sınırı altında kalması sebebine dayanarak davanın incelenmeksizin reddedilmesini Anayasa ile güvence altına alınan hak arama hürriyeti ve mahkemeye erişim hakkının ihlali olduğuna karar vermiştir<sup>45</sup>. Anayasa mahkemesi, aynı zamanda başvurucu tarafından olaylar hakkında yapılan hukuki vasıflandırma ile bağlı olmadığı gibi olay ve olguların hukuki tasnifine kendisi karar vermektedir<sup>46</sup>.

Bir diğer dikkat çeken husus ise Anayasa ile korunan hak arama hürriyetinin sınırlandırılmasına ilişkin özel düzenleme yer almamasıdır. Bu durum hak arama hürriyetinin korunması bakımından önem arz etmekte ve böylece Anayasa'nın 13. maddesine uygun olmayan tüm sınırlandırma imkanları bertaraf edilmektedir<sup>47</sup>. Anayasa Mahkemesi "*Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olan hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, Anayasanın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir. Bu noktada Anayasanın 13. Maddesinde yer alan güvence ölçütleri işlevsel niteliği haizdir.*" ifadelerine yer vererek yerleşik içtihatında<sup>48</sup> hak arama hürriyetinin ancak Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ilkelere göre sınırlandırılabilceğini belirtmektedir.

Hak ve hürriyetlerin korunmasında ilk basamak yargısal başvuru yollarının tanınması ve kişilerin hak arama hürriyetini etkin bir şekilde kullanabilmeleri; ikinci basamak ise yargısal başvuru yolları ile başlayan yargısal faaliyetler sürecine güvenceler getirilmesidir<sup>49</sup>. Her kimse hak arama hürriyeti kullanılırken esasen, ihlal

<sup>45</sup> AYM, *Bülent Özer*, B. No: 2018/36896, 25.02.2021, paragraf 34.

<sup>46</sup> AYM, *Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18.09.2013, paragraf 16.

<sup>47</sup> İsmail Köküarı 2011, a.g.m., s. 171,172., Ergün Özbudun 2019, a.g.e., s. 113 vd., Karşıt görüş, Gözler'e göre, 2001 Anayasa değişikliği ile genel sınırlama sebepleri Anayasa'dan çıkarılarak bazı haklar sınırsız hala gelmiştir ve bu haklardan biri de hak arama hürriyetidir. Eğer hak arama hürriyeti Anayasa'nın 13. maddesine göre sınırlanırsa bu durum Anayasa'ya aykırılık teşkil eder. Bkz. Kemal Gözler, "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13'üncü Maddenin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)", Türk Anayasa Hukuku Sitesi, 2004, (çevrimiçi) <https://www.anayasa.gen.tr/madde13.htm>, 12.04.2021.

<sup>48</sup> Bkz. AYM, T. 01.11.2012, E. 2010/83, K. 2012/169, RG. 22.02.2013, S. 28567., Ayrıca bkz. AYM, *Neşe Aslanbay Akbıyık*, B. No: 2014/5836, 16.04.2015, paragraf 32., AYM, *Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19.12.2013, paragraf 33.

<sup>49</sup> Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu 2019, a.g.e., s. 220., Kaboğlu'na göre, hukuk devleti; kişiliğin

edilen bir başka hakkını aramakta ve korunmasını istemektedir. Bu sebeple adil yargılanma hakkı (AY m. 36/1), mahkemelerin görev ve yetkileri içerisindeki davalara bakmaktan kaçınmaması (AY m. 36/2), tabii hakim ilkesi (AY m. 37), mahkeme kararlarının bağlayıcılığı (AY m. 138), duruşmaların aleni ve kararların gerekçeli olması (AY m. 141) gibi yargı yerleriyle ve yargılama ile ilgili güvenceler getirilerek hak arama hürriyetinin etkin bir şekilde kullanılmasına güvenceler getirilmektedir.

### 1.3 HAK ARAMA HÜRRİYETİNİN GEREKTİRDİĞİ KOŞULLAR

#### 1.3.1 Hukuk Devleti İlkesi

Anayasa'nın 1. maddesinde Türkiye Devleti yönetim şeklinin cumhuriyet olduğu hüküm altına alınmış ve 2. maddesinde cumhuriyetin gerekleri belirtilerek hukuk devleti niteliği ifade edilmiştir. Anayasa, her ne kadar hukuk devletinin tanımına içerisinde yer vermemiş olsa da doktrinde ve içtihatlarla hukuk devleti kavramının birçok tanımı yapılmış ve üzerinde görüş bildirilmiştir. Doktrinde bir görüş; hukuk devletinin “hukuk devleti kuruluş ve işleyişi hukukla düzenlenen ve vatandaşlara hukuk güvencesi sağlayan devlettir.” şeklinde ifade etmiştir<sup>50</sup>. Bir diğer görüşe göre; hukuk devleti anlayışı, idare edilenlere hukuk güvenini sağlayan, adaletli bir devlet düzenini ifade eder<sup>51</sup>. Anayasa Mahkemesi bir kararında hukuk devletini şöyle tanımlamıştır; “Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir”<sup>52</sup> Doktrinde başka bir görüş; hukuka bağlılık ve temel haklara ilişkin düzenleme hukuk devletinin temel taşlarını oluşturacağını ifade etmektedir<sup>53</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki; hukuk devletini kanun devleti olarak görmemek gerekir, hukuk devleti kanun devleti anlayışının üstünde ve ilerisinde yer almaktadır<sup>54</sup>.

---

özünü korumaya yönelerek, hukuki güvenliği sağlamanın ve özgürlüğü güvence altına almanın en ileri eşiğidir. Bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu 2013, a.g.e., s. 19.

<sup>50</sup> Şükrü Karatepe 2018, a.g.e., s. 52., Özbudun'a göre, hukuk devleti en kısa tanımıyla; vatandaşların hukuki güven içinde bulunmalarını, devletin eylem ve işlemlerinde hukuk kurallarına bağlı olmasını anlatır. Bkz. Ergün Özbudun 2019, a.g.e., s. 124., Hukuk devletinin genel ve özel şartları için ayrıca bkz. Hasan Tahsin Fendoğlu 2020, a.g.e., s. 285,287.

<sup>51</sup> Necip Bilge 2012, a.g.e., s. 132., Uslu'ya göre, hukuk devleti; kişi hak ve hürriyetlerinin güvence altına alındığı ve çağdaş uygarlığın yarattığı ileri bir düzeydir. Bkz. Ferhat Uslu, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 27.

<sup>52</sup> AYM, T. 02.05.2013, E. 2013/44, K. 2013/59, RG. 10.12.2013, S. 28847.

<sup>53</sup> M. Kamil Yıldırım, *Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf*, İstanbul, 2000, s. 20.

<sup>54</sup> Mutlak monarşi ve diktatör yöntemlerinde de kanun vardır ancak bu yönetimlere hukuk devleti

O halde genel olarak hukuk devleti kavramı; yönetilenlere (toplum, halk, vatandaş) hukuki güvenlik sağlayan, adaletli bir hukuk sistemine sahip olan, devlet yetkilerinin keyfi kullanımını en aza indirmeye çalışan, kişisel hak ve hürriyetleri korumaya çalışan, faaliyetlerinde de hukuk kurallarına bağlı olan devlet demektir<sup>55</sup>. Hukuk devletinde ki en önemli unsur, idarenin hukuka bağlılığı ilkesinin gerçekleştirilmesi için kamusal işlem ve eylemlerin hukuka uygun bir biçimde yürütülmesidir<sup>56</sup>. Zira yürütme organının içerisinde yer alan idare tarafından gerçekleştirilen işlem ve eylemlerin muhatabı olan vatandaşlar bu işlem ve eylemlerden doğrudan etkilenirler; etkilenme hak kaybı veya menfaat ihlali biçiminde olması halinde yargısal denetim yoluna başvurulur ve önleyici, telafi edici, giderici, eski hale getirici olan yargının işlevi başlar<sup>57</sup>. Hukuk devletlerinde yargı denetimi son derece önemli bir yer tutmaktadır<sup>58</sup>. Yöneten ve yönetilenlerin yeknesak bir hukuk kuralına bağlı olmaksızın, yargının denetimine tabi tutulmaması halinde yönetilenlerin kaderi yönetenlerin keyfiyetine ve ilk medeniyetlerde görülen kaos haline dönülmesi muhtemeldir.

Diğer bakımdan hukuk devleti olmanın gereği; devletin bütün işlemlerinin hukukla bağlı olması ve hukuk devleti olarak kabul görebilmesi için bünyesinde bulundurması gereken unsurlar vardır. Bunlar; temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması, yönetimin yargısal denetimi, yargı bağımsızlığı, kuvvetler ayrılığı, tabii hakim güvencesi, anayasa yargısı, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, kazanılmış haklara saygı, devlete ve yasaya güven ilkesi, zararın devletçe karşılanması ilkesidir<sup>59</sup>. Bu ilkeleri çoğaltmak mümkündür. Ancak genel bir ifadeyle devletin gücünü kullanırken sınırlandıran, hukuk dışı uygulamalardan kişileri koruyan ve hukuki güvenlik sağlama gayesine hizmet eden bütün ilkeleri hukuk devletinin unsurları olarak kabul edebiliriz<sup>60</sup>.

---

yöntemi denemez. Bkz. Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu 2019, a.g.e., s. 116.

<sup>55</sup> Hasan Tahsin Fendoğlu 2020, a.g.e., s. 285., Şeref İba, *Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar*, 2. Baskı, Turhan Kitapevi Yayınları, Ankara, 2008, s. 74., Mustafa Erdoğan 2016, a.g.e., s. 19.

<sup>56</sup> Nuri Alan, (Demokratik) Hukuk Devleti ve Anayasa, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi*, C: 58, S: 1, Y: 2003, s. 1.

<sup>57</sup> a.g.m., s. 1,2.

<sup>58</sup> Aragon (İspanya) Kralı Ferdinand “Kral olmasına Kralım, bunda kuşku yok ama her aklıma eseni de yapmam ya...” derken, bir bakıma kendisinin ve kendisinin dışındaki kişilerin uymakla yükümlü olduğu hukuk kurallarının uygulandığı bir rejimin var olması gerektiğini ileri sürüyordu. Bkz. İl Han Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 27.

<sup>59</sup> İlker Hasan Duman, *Güncel ve Somut Sorunlarda Hukuk Devleti*, 2. Baskı, İstanbul, 2003, s. 21 vd., İbrahim Kaplan, *Demokrasi-Hukuk-Otorite*, *AÜSBFD*, C: 49, S: 1, Y: 1994, s. 269.

<sup>60</sup> Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu 2019, a.g.e., s. 117,118.

Hukuk devletinin en önemli kıstası, bir devlet rejiminde belirlenen hukuk kurallarına hem yönetenlerin hem de yönetilenlerin (toplum, halk, vatandaş) uyması, kısacası hukuk kurallarının herkes için geçerli olmasıdır<sup>61</sup>. Zira devletin hukuk kuralları ile bağlı sayılmadığı devlet rejimi polis devleti olarak anılmaktadır<sup>62</sup>. Polis devletinde, idarenin bağlı olduğu bir hukuk kuralından bahsedilmediğinden idarenin işlem ve eylemleri yargı denetimine tabi olmayıp sınırsız güç ve kudrete sahiptir. Çünkü önemli olan yapılan işlemlerde idarenin menfaatinin sağlanmasıdır ve bu sebeple de idari işlemler geçerli bir sebep gösterilmeden yapılabilmektedir<sup>63</sup>. Şüphesiz devletin bu tarz bir örgütlenmesinde insan hak ve hürriyetlerinin korunduğundan söz etmek mümkün olmadığı gibi hukuk devletinin başlıca şartları devletin hukuk kuralları ile bağlı olmasıdır. Bu sebeple bütün demokratik ülkelerde idarenin yargısal denetimi yerleşik bir kuraldır.

### 1.3.2 Yargı Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı

Anayasa tarafından ifade edildiği üzere, yargılama yetkisi devletin adalet gücünün kapsamında bulunur ( AY m. 9) ve yargılama organı doğal olarak mahkeme ve hakimler tarafından icra edilir. Bir bütün olarak yargı organı ele alındığında adaletin yerine gelmesi için bir takım nitelikler taşıyan ve gayelere sahip olan bir müessese olarak karşımıza çıkar<sup>64</sup>. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesine göre; herkes yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde dinlenme hakkına sahiptir. Bu hak, hak arama hürriyetinin düzenlendiği Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının zımni bir unsurudur<sup>65</sup>. Ayrıca Anayasa'nın 37. maddesinde tabii hakim güvencesi düzenlenmekle birlikte, Anayasa'nın 138. maddesinde "mahkemelerin bağımsızlığı", 139. maddesinde "hakimlik ve savcılık teminatı", 140. maddesinde de "hakimlik ve savcılık mesleği"ne ilişkin özel düzenlemeler ile bu hakkı destekleyen hükümler yer almaktadır.

Mahkemenin bağımsızlığı, başka kurum ve organlardan talimat almamak, yasama ve yürütme organının, dış etkilerin, dava taraflarının baskısı altında kalmamak,

<sup>61</sup> Hayrettin Yıldız, Hukuk Devleti'nin Gelişim Sürecinde Mülk Devleti ve Polis Devletinin Yeri, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 15, S: 2, Y: 2013, (Basım Yılı: 2014), s. 223.

<sup>62</sup> Ergün Özbudun 2019, a.g.e., s. 124., Polis devletinde yöneticilerin gerçekleştirdiği tasarruflar yargı denetiminin dışında tutulurken, yönetilenlere ise bu tasarruflar aleyhine herhangi bir hukuki güvence veya yargıya başvuru ihlal edilen haklarını talep etme imkanları tanımamaktadır. Bkz. Hayrettin Yıldız 2013, a.g.m., s. 218.

<sup>63</sup> Murat Doğan, *Hak Arama Hürriyeti ve İdari Kararlarında Gerekçe*, Gazi Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014, s. 3.

<sup>64</sup> Abdullah Dinçkol, *Hukuka Giriş Hukukun Temel Kavramları*, Der Yayınları, İstanbul, 2018, s. 224.

<sup>65</sup> Sibel İnceoğlu 2014, a.g.e., s. 69.

diğer bir ifadeyle yargıyı etkileyecek iç ve dış faktörlerin bulunmaması ve özgür olmak demektir<sup>66</sup>. Tarafsızlık ise hakimin yargılama yaparken taraf tutmaması, önyargılı olmaması taraflara karşı nesnel olabilmesidir. Mahkemelerin bağımsızlığını sağlayabilmek için hakimlerin bağımsızlığını sağlamak gerekir; bu gereklilik hakimlik teminatı olarak karşımıza çıkar.

Anayasa Mahkemesi hakimlik teminatını ve bu ilkenin amacını bir kararında şu şekilde açıklamıştır: “*Hâkimlik teminatı, hâkimlerin bağımsızlığını sağlamaya yönelik kurumların en önemlisidir. Hâkimlerin bağımsızlığı, hâkimlerin objektif bağımsızlığı olduğu halde, hâkimlik teminatı hâkimlerin kişisel bağımsızlığıdır. Hâkimlik teminatı, hâkimlere tanınan bir ayrıcalık değil, toplum için kabul edilen ve hâkimlerin görevlerini tam bir güven ve tarafsızlık içinde yapabilmelerini sağlayan bir kurumdur. Burada söz konusu olan, hâkimin kişisel yararı olmayıp, kamunun yararındır. Hâkimlik teminatının amacı, hâkimlerin kişisel nüfuz ve itibarlarının yükseltilmesi ve huzurlarının sağlanmasından çok, hâkimlerin özgür ve tarafsız karar verebilmelerini sağlamak, dolayısıyla topluma, adaletin her türlü baskı ve etkiden uzak olarak dağıtıldığı hususunda güven vermektir*”<sup>67</sup>.

Bu noktada hukuk devletinin bir gereği olan yargının bağımsızlığı ve hakimlik teminatının, hak arama hürriyeti bağlamında önemini tarihi bir örnekle açıklamak yerinde olacaktır. Eski Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nde (SSCB) önemli siyasi davalarda hakimler, uygulamaları gereken kanun hükümlerini uygulamak yerine siyasal iktidarın emirlerine göre karar vermektedirler. Hakimlerin mesleğini sürdürebilmeleri, mesleklerinde başarı elde etmeleri siyasal iktidarın yani Komünist Parti yöneticilerinin emirlerine sadık olmasına bağlıydı. Bu bağlamda, Sovyet vatandaşları için mahkemeler hak aramak için başvuru bir çare kapısı olmaktan daha ziyade, siyasal iktidarın kararlarının hukuki kılıfa sokulduğu bir resmi dairelerdi<sup>68</sup>. Yargının bağımsız ve tarafsızlığını korumak için hukuki zeminde teminatların bulunmadığı bir devlet düşünün ki; orada yaşayan kişiler adil yargılanabilsin, etkin başvuru yolları kullanarak davacı veya davalı sıfatıyla yargıya güvenip, haklarını elde edebilsin. Bu bağlamda yargının ayrıca yasama ve yürütme

<sup>66</sup> Sibel İnceoğlu 2014, a.g.e., s. 80., Yargıyı etkilememesi gereken iç ve dış faktörler hakkında kapsamlı bilgi için bkz. Levent Gönenç, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, *Tepav Anayasa Çalışma Metinleri* 3, 2011, s. 2 vd., Kurtuluş Tayanç Çalışır, *Teoride ve Pratikte Yargı Bağımsızlığı*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 319,321.

<sup>67</sup> AYM, T. 29.04.1993, E. 1992/39, K. 1993/19, RG. 17.10.1995, S. 22436., AYM, T. 07.06.1995, E. 1995/19, K. 1995/64, RG. 29.07.1997, S. 23064.

<sup>68</sup> Levent Gönenç 2011, a.g.m., s. 6.

erkinden gerçek anlamda ayrı ve bağımsız olması gerektiği, çağdaş demokrasilerde kuvvetler ayrılığı ilkesi ile anlatılmaktadır.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi; devletin üç erki olan yasama, yürütme, yargı erklerinin tek bir elde toplanarak devletin gücünü kendi çıkarlarına göre kullanmasını engellenmek amacıyla düşünülmüştür<sup>69</sup>. Bu ilkenin babası olarak “Yasaların Ruhı” adlı eseri ile Montesquieu'nun olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Montesquieu, yargı erkinin, yasama ve yürütme erkinden ayrı değilse özgürlüğün var olmayacağını, devletin üç erki olduğunu; bu erklerin yasama, yürütme ve yargıdan oluştuğunu belirtmekte ve devlet yönetiminin devam edebilmesi ile hürriyetlerin korunmasını ancak devletin sınırlandırılıp, çeşitli erkleri birbirinden ayrı tutarak sağlanacağını savunmaktadır<sup>70</sup>. Yargının, yasama ve yürütmenin hukukun tanıdığı sınırları aşıp aşmadığını denetleyebilmesi ve bu denetim sonucunda hukuki sınırlar aşıldığının tespit edilmesi halinde öngörülen müeyyideleri uygulayabilmeleri için yasama ve yürütmeden bağımsız olması gerekir<sup>71</sup>.

Yargının bağımsız olması özellikle devletin taraf olduğu uyuşmazlıklar bakımından ayrı bir önem taşımaktadır. Bağımsız olmayan yargı erkinde devletin baskısı daima yargının ensesinde hissedilen bir nefes olarak duracak ve kendi menfaatine aykırı kararlar verildiğinde kolaylıkla yargıya müdahale de bulunabilecek, otoritesini bozmayacak kuralların uygulanmasını sağlayabilecektir. Yargının bağımsız olmadığı bir devlette hukukun tam olarak uygulandığı söylenemez ve bu durum hak arama hürriyeti ihlal eder. Yargı organı devlet otoritesinden ayrı, hakimler ise bağımsız ve güvenceli olmalıdırlar ki, önlerine gelen uyuşmazlıklar hakkında yargılama yaparken baskı altında kalmadan hukukun emrettiği şekilde karar verebilsinler; aksi halde baskı altında kalan bir yargı ile uygulanan hukuk kuralları adil olamayacaktır. Halbuki herkes, adil yargılanma hakkına sahiptir ve bu hak, davanın iki tarafını da ayırmaksızın, eşitlik temeline dayalı bir biçimde yargılamaya aktif bir şekilde katılma, karşılıklı olarak iddia ve savunmalarda bulunma ve alınacak kararda etkili olabilme olanağının tanınmasını içerir<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> Celal Büyük, Yasama Yürütme Yargı: Platon'dan Montesquieu'ya Devletin Fonksiyonlarına Genel Bir Bakış, *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, C: 10, S: 1, Y: 2010, s. 166.

<sup>70</sup> Mehmet Emin Akgül, Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı, *Ankara Barosu Dergisi*, S: 4, Y: 2010, s. 83,84., Celal Büyük 2010, a.g.m., s. 166.

<sup>71</sup> Levent Gönenç 2011, a.g.m., s. 7., Ergün Özbudun 2019, a.g.e., s. 191,193.

<sup>72</sup> Süha Tanrıver, Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 53, Y: 2004, s. 192.

### 1.3.3 Yargı Denetimi

İdari<sup>73</sup>, adli<sup>74</sup> ve anayasal yargı<sup>75</sup>, hak ve hürriyetlerin korunması için kişilere hak arama hürriyeti bağlamında tanınan başlıca hak arama yerleridir. Bu minvalde yargısal denetim, idarenin hukuka uygunluğunu sağlanmasının en etkili yolu olduğu kadar aynı zamanda idari işlem ve eylemlerden doğan, idare ile kişiler arasında doğan uyuşmazlıkların çözümlenebilmesinin ayrıcalıklı bir aracıdır<sup>76</sup>. Zira insan hak ve hürriyetleri daha çok yürütme organına bağlı idare tarafından ihlal edilir. Anayasa'nın 125. maddesine göre "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." ve bu doğrultuda idarenin işlem ve eylemlerinden menfaatleri ihlal edilen veya zarar gören kişiler, yargı yoluna başvurarak ihlalin kaldırılmasını veya zararın giderilmesini isteyebilirler<sup>77</sup>. İdarenin özel hukuk işlemlerinden doğan zararlara karşı adli yargı yoluna, kamusal nitelikte kararları veya düzenleyici işlemlerine karşı ise idari yargı yoluna başvurularak kişiler hak arama hürriyetini kullanabilir. Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca, idari işlem ve eylemlerden hakları ihlal edilen kişilere, olağan kanun yollarını tükettikten sonra Anayasa Mahkemesine başvuru hakkı tanınmaktadır. Tüm bu düzenlemelere bakıldığında, hukuk devletinin gereğini yerine getirmek adına hakları ihlal edilen kişilere etkin başvuru yolları sağlanarak, adalete erişmelerinin kolaylaştırılması amaçlanmaktadır. İdarenin gerçekleştirdiği işlem ve eylemlere karşı dava açılmasının engellenmesi hak arama hürriyetine aykırılık taşıyacağı gibi kamu hizmetini yerine getiren kişi ve makamlara dava açılmasını sınırlayan dokunulmazlık veya bağışıklıklar da mahkemeye erişim hakkının ihlaline neden olabilir<sup>78</sup>.

Mahkemeye erişim hakkının ve bu doğrultuda hak arama hürriyetinin ihlalini konu alan uyuşmazlıkların önemli bir kısmı, mahkeme kararlarının idare tarafından

---

<sup>73</sup> İdari yargı da idare hakimi, kamu makamları ile kişiler arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümünde kanunların çizdiği yasallık ilkesinin bekçisi olarak görev yapar. İdare hakimi hak ve hürriyetleri, tam yargı davası, iptal davası ve yürütmenin durdurulması kararları çerçevesinde korumaktadır. Bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu 2013, a.g.e., s. 130,131., Ayrıca bkz. Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu 2019, a.g.e., s. 455.

<sup>74</sup> Hak özneleri arasındaki hürriyet ihlallerinde kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargı organları görev ve yetkilidir. Bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu 2013, a.g.e., s. 133., Adli yargı en sık başvuru ve yaygın yöntemdir. Bkz. Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu 2019, a.g.e., s. 218.

<sup>75</sup> Anayasa Yargısının işlevi özgürlüklerin korunmasıyla sınırlı olmayıp yasaların anayasallığını denetleme kurumudur. Ayrıca Anayasa şikayeti yoluyla diğer organlara karşı kişileri koruma görevine haizdir. Bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu 2013, a.g.e., s. 134. Temel hak ihlallerinde iç yollar tüketildikten sonra kullanılır. Bkz. Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu 2019, a.g.e., s. 218.

<sup>76</sup> Burak Öztürk, *Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz*, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 11.

<sup>77</sup> Şükrü Karatepe 2018, a.g.e., s. 186., Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu 2019, a.g.e., s. 455.

<sup>78</sup> Örneğin, yasama sorumsuzluğu, diplomatik dokunulmazlık veya hakim ve savcılara yönelik bağışıklıklar nedeniyle mahkeme hakkının sınırlanması meşru görülebilmektedir. Bkz. Sibel İnceoğlu 2014, a.g.e., s. 32.

yerine getirilmemesi ya da geç getirilmesinden kaynaklandığını da belirtmek gerekir<sup>79</sup>. İdarenin tarafı olduğu davalarda hakkında verilen nihai yargı kararlarına uyması, davanın tarafı olan kişilerin etkin bir şekilde korunması ve hukuka uygunluğun sağlanmasını için gerekir. Buna karşın, idarenin, yargı kararını uygulamaktan kaçınması, ertelemesi, ihmal etmesi veya uygulamayı geciktirmesi, davada taraf olan kişilerin yargılama süresince yararlandığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde öngörülen teminatların varlık nedenini kaybettirir<sup>80</sup>.

Diğer bakımdan her ne kadar kişiler, idarenin faaliyetleri karşısında etkili bir yaptırım mekanizması ile yargısal denetimle korunsun da Anayasa ayrıca idari makamlara başvuru (AY m. 40), kamu denetçiliği (AY m. 74) sistemlerini düzenleyerek hak arama hürriyetine çok yönlü bir koruma sağlamaktadır. Bu nokta da kısaca belirtilmesi gereken bir hususta, idarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetimi, hukuk devletinin bir gereği olmakla birlikte tek başına hukukun üstünlüğünü sağlamaya yeterli olmamasıdır. Çünkü bu denetim idari işlemlerin kanunlara uygunluğunu denetlemekte ancak kanunların bizatihinin Anayasa'ya aykırı olması halinde, kişi hak ve hürriyetlerinin ihlal edilmesinin önüne geçilmesinde yeterli bulunmayacaktır<sup>81</sup>. Bu sebeple kanunların denetlenmesi içinde genellikle iki yol görünür; bunlar siyasal ve yargısal denetimdir. Özellikle yargısal denetim ile kanunların Anayasa'ya uygunluğu bakımından yargı organınca denetlenmesi imkanı temel hak ve hürriyetlerin korunmasında önemli bir yer almaktadır.

Sonuç olarak, Anayasa'da yer alan düzenlemeler adaleti temin talebi aracılığıyla kişilere "hukuki korunma"<sup>82</sup> isteme hakkı tanımaktadır. Kişilerin karşılaştığı hak ihlalleri karşısında hak arama hürriyetinin kullanılması ve yargısal denetime başvurulması halinde tüm denetim mekanizmaları devreye girerek bozulan hukuk düzeni korunacaktır.

---

<sup>79</sup> *Kamu Hukuku Tebliğleri Tam Metin Kitabı*, Editörler: Süleyman Üstün, Ayşegül Çoban Atik, Tuğba Bayraktar, Selçuk Hukuk Kongresi 2020, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 17,1. Baskı, Aralık, 2020, s. 269.

<sup>80</sup> AYM, *Ferda Yeşiltepe*, B. No: 2014/7621, 25.07.2017, paragraf 27., AYM, *Halil Afşin ve Diğerleri*, B. No: 2013/4824, 25.2.2015 paragraf 48.

<sup>81</sup> Ergün Özbudun 2019, a.g.e., s. 133.

<sup>82</sup> 1945 yılından sonra Anayasa'da adaleti temin talebi vasıtasıyla kişilere hukuki korunma rönesansı yaşandığına dair bkz. M. Kamil Yıldırım, *İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku*, 6. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2011, s. 87., Mahkemeden hukuki koruma istenilmesi hakkında genel bilgi için ayrıca bkz. Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 209.



## 1.4 HAK ARAMA HÜRRİYETİNİN ÖZELLİKLERİ

### 1.4.1 Koruyuculuk

Hak arama hürriyeti ve etkin başvuru yollarının kişilere tanınmaması, bu haklardan mahrum kalınması, diğer hak ve hürriyetlerin sadece teoride kalmasına sebep olur. Bu bakımdan hak arama hürriyeti diğer hak ve hürriyetleri koruyucu bir nitelik taşır<sup>83</sup>. Hak arama hürriyeti Anayasa'da ve kanunlarda düzenlenerek, ihlal edilen hak ve hürriyetlerin korunması için kişilere yol gösteren bir niteliği bulunmaktadır. Kişilerin hak sahibi olmasının anlam ifade edebilmesi için devletin korucuyu mekanizmalarına ulaşabilmesine ve harekete geçirebilmesine bağlıdır. Bu bakımdan hak arama hürriyeti, pozitif hukukun tanıdığı diğer hakların ön şartı ve usuli güvencesidir<sup>84</sup>. Koruyuculuk niteliği de hak arama hürriyetinin bu yönüne aittir.

Diğer bakımdan bazı yazarlar, hakların sınıflandırılmasını yaparken hak arama hürriyetini koruyucu haklar statüsüne dahil etmişlerdir<sup>85</sup>. Bu statüde yer alan haklar, diğer hak ve hürriyetlerin topluma ve devlete karşı korunmasını sağlayan haklar olarak ifade edilmektedir<sup>86</sup>. Hak arama hürriyetinin devlete pozitif edimlerde bulunma yetkisi vermesi ve kişilere devletten bu edimlerde bulunmasını talep etme imkanı tanıması, onu bağımsız ve öncül bir hak haline getirmektedir<sup>87</sup>. Hak arama hürriyetinin bağımsız, öncül ve diğer hakların usuli güvencesini sağlayan bu nitelikleri şüphesiz onun diğer hakları koruyan yapısını göstermektedir.

### 1.4.2 Kapsayıcılık

Hak arama hürriyetinin bağımsız ve öncül niteliği, Anayasa'da ve yasalarda düzenlenen diğer bütün hakları korumayı amaçlayan yapısı<sup>88</sup> bu hakkın kapsayıcılığını göstermektedir. Hak ve hürriyetlerden bazıları birbiriyle ilişki içinde değilken, bazıları ise birbiriyle etkileşim içerisindedir. Örneğin; ifade ve düşünce hürriyeti ile basın hürriyeti arasında ilişki vardır. Ancak sağlık hakkıyla iki hak arasında bir ilişki bulunmamaktadır. Bu duruma hak arama hürriyeti açısından bakarsak bu hakkın diğer tüm hak ve hürriyetlerle ilişkili olduğunu görürüz<sup>89</sup>. Zira bu hakların birisi ihlal edilirse

<sup>83</sup> İsmail Köküsarı 2011, a.g.m., s. 179.

<sup>84</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu 2013, a.g.e., s. 144., Cengiz Gül ve Fatih Birtek 2007, s. 6.

<sup>85</sup> Hasan Tahsin Fendoğlu 2020, a.g.e., s. 33., Mesut Aydın, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü, *AÜSBFD*, C: 61, S: 3, Y: 2006, s. 4.

<sup>86</sup> Hasan Tahsin Fendoğlu 2020, a.g.e., s. 33.

<sup>87</sup> Cengiz Gül ve Fatih Birtek 2007, a.g.m., s. 7., İsmail Köküsarı 2011, a.g.m., s. 179.

<sup>88</sup> Onur Çetin 2007, a.g.t., s. 42,43., Kaboğlu, hak arama hürriyeti, hakların korunmasında özel olarak öngörülen usulleri kapsamına alır. Bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu 2013, a.g.e., s. 144.

<sup>89</sup> İsmail Köküsarı 2011, a.g.m., s. 180.

veya ihlalden önce çeşitli hak arama yollarıyla korunmak istenirse, her halde hak arama hürriyeti ile karşı karşıya kalınacaktır. Hangi hakkı ele alırsak alalım örneğin; yaşam hakkı, çevre hakkı, konut dokunulmazlığı hakkı, seçme ve seçilme hakkı, çalışma hakkı gibi, ihlal edilir veya ihlal tehlikesine maruz kalırsa ihlallerin sonlandırılması veya önlenmesi için kişiler hak arama yollarına başvuracaktır<sup>90</sup>. Öyleyse hak arama hürriyeti, tüm haklar bakımından koruyucu olduğu kadar kapsayacağı niteliğini de ortaya koymaktadır.

### 1.4.3 Etkililik

Hak arama hürriyeti Anayasa'nın "Kişi Hakları ve Ödevleri" başlığı altında vatandaşların devlete karşı hakları olarak düzenlenmiştir. Ancak bu durumun devletin müdahale etmemesi gereken ve kaçınma hakkı tanıdığı anlamına gelmemektedir. Hak arama hürriyetinin, etkili hak arama yollarıyla donatılması ve uygulamaya yansıtılması bağlamında devlet pozitif bir yükümlülük altına girmektedir<sup>91</sup>. Hak arama hürriyetinin netice alınamayan hak arama yolları ile kişilere usulen tanınması halinde hak arama hürriyetinin diğer hakları koruyan niteliği teoriden ibaret kalacaktır.

Hak arama hürriyetinin etkililik olarak ifade edilebileceği bu niteliği kişilere hak arama yollarını sunduğu kadar hak arama yollarına başvuru neticesinden sonuç alabilmeyi ifade etmektedir. Çünkü hakların ihlali halinde ortaya bir hukuka aykırılık veya zarar çıkacaktır<sup>92</sup>. Ancak bu durumu hak arama yollarına yapılan başvurunun daima lehe sonuçlanacağı anlamına getirilmemelidir. Önemli olan kişilere adil bir yargılanma ve etkili başvuru yollarının kullanıma sunulmuş olmasıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, davaların ivedilikle ve etkili görülmesini sağlamanın ulusal mahkemelerin görevi olduğunu<sup>93</sup>, yargılamanın uzun sürmesi halinde kişilerin itiraz edebilecekleri etkili iç hukuk yolu bulunmamasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesinin ihlali olacağını belirtmiştir<sup>94</sup>. Bu kararlardan; başlı başına yargı yollarına başvuru imkanı sunulmasının bile etkili olmadığı hallerin bulunduğu, hak arama hürriyetini etkili bir şekilde kullanılması sonucuna

<sup>90</sup> a.g.m., s. 180.

<sup>91</sup> Cengiz Gül ve Fatih Birtek 2007, a.g.m. s. 7., İsmail Köküsarı 2011, a.g.m., s. 180.

<sup>92</sup> İsmail Köküsarı 2011, a.g.m., s. 180,181.

<sup>93</sup> AHİM, *Sebahattin Evcimen/Türkiye*, B. No: 31792/06, 23.2.2010, paragraf 32., AHİM, *Zöhre Akyol/Türkiye*, B. No: 28668/03, 04.11.2008, paragraf 33,35., AHİM, *Mustafa Türkoğlu/Türkiye*, B. No: 58922/00, 08.08.2006, paragraf 40., AHİM, *Ebru ve Tayfun Engin Çolak/Türkiye*, B. No: 60176/00, 30.05.2006, s. 7,8.

<sup>94</sup> *Evcimen/Türkiye*, B. No: 31792/0637, paragraf 38., AHİM, *Daneshpayeh/Türkiye*, B. No: 21086/04, 16.07.2009, paragraf 37,38.

ulaştırmadığı anlaşılmaktadır.

Hak arama hürriyeti sadece hak arama yollarının sunulması ile değil aynı zamanda bu yolların etkili olması ile diğer hak ve hürriyetlere yönelik ihlallerin telafisini mümkün kılabilir. Hak arama hürriyetinin tüm hakları koruması ve kapsamı; bu hakkın koruyuculuk ve kapsayıcılık niteliğini ortaya çıkarmaktadır. Ancak bu niteliklerin teoride kalmaması için hak arama hürriyetinin etkililik niteliği bakımından devletlerin pozitif edimlerini büyük bir hassasiyetle yerine getirmesi gerekmektedir.

## **1.5 HAK ARAMA HÜRRİYETİNİN UNSURLARI**

### **1.5.1 Davacı Olma**

Hak arama hürriyetinin kullanılabilmesi için öncelikle hakkı ihlal edilen kişilerin bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde dava açabilme ve açtıkları davaları takip edebilme haklarının mevcut olması gerekir<sup>95</sup>. Davacı, subjektif hakkı ihlal edilen veya tehlikeye sokulan ve bu ihlalin sonlandırılmasını mahkemeden talep kişidir<sup>96</sup>. Kişilerin hak arama hürriyeti bağlamında mahkemeye erişmeleri ise doğrudan adil yargılanma hakkı ile ilişkilidir. Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi; adil yargılanma hakkının kullanım alanı olarak “medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıklar” ve “cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar” hakkında uygulanacağını öngörmektedir. Bu maddeden her ne kadar idari uyuşmazlıklardan kaynaklanan ihtilafların adil yargılanma esasına tabi olmadığına dair bir anlatım çıksa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile idari yargı alanına giren uyuşmazlıklarında adil yargılanma hakkı kapsamında olduğunu göstermektedir<sup>97</sup>.

Anayasa'nın 36. maddesiyle dava hakkı güvence altına alınmıştır. Anılan maddeye göre, herkes, yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunmalarda bulunma ile adil yargılanma hakkına sahiptirler. Öyleyse özel hukuk uyuşmazlıkları, idarenin işlem ve eylemleri nedeniyle ortaya çıkan iddialar ile ceza davalarına ilişkin kişilerin davacı sıfatıyla mahkemeye erişme hakkı bulunmaktadır.

<sup>95</sup> Mesut Aydın 2006, a.g.m., s. 11.

<sup>96</sup> Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz 2012, a.g.e., s. 209., Necip Bilge 2012, a.g.e., s. 279.

<sup>97</sup> Medeni hak ve yükümlülük kavramının devletlerin iç hukukunda verilen anlamdan farklı ve bağımsız olduğu; özel nitelikte hak ve yükümlülükler açısından belirleyici her türlü prosedürün medeni hak ve yükümlülükler kapsamında olduğuna dair içtihat için bkz. AHİM, *Ringeisen/Avusturya*, B. No: 2614/65, 16.07.1971, paragraf 94., Ayrıca bkz. Burak Öztürk 2015, a.g.e., s. 79,80., Sibel İnceoğlu 2014, a.g.e., s. 24,25.

Lakin belirtmek gerekir ki, dava hakkı sınırsız bir hak olmayıp, bu hakka ilişkin de bir takım sınırların ve sınırlandırılmaların olması mümkündür<sup>98</sup>.

### 1.5.2 Davalı Olma

Mahkeme önündeki uyuşmazlıklarda hüküm; çekişmesiz yargı işleri hariç olmak üzere<sup>99</sup>, davacı yani iddia makamı, davalı diğer ifadeyle savunma makamı ve yapılan yargılama sonucunda verilir<sup>100</sup>. Aleyhine dava açılan kimseye davalı denmektedir. Ceza yargısında davalı (şüpheli/sanık) hakkında suç işlediği isnat edilen kişi, idari yargıda davalı taraf ise, idari işlem ya da eylemi yapan kamu kurumlarıdır. Adli yargıda davalı taraf, bir kimsenin hakkını ihlal eden kişidir. Hangi yargı koluna ait uyuşmazlık olursa olsun, Anayasa'nın 36. maddesi gereği, yargı mercileri önünde “davalı olarak bulunma” herkese tanınmış bir haktır. Haklarında dava açılan kişilerin, masum olduğunu kanıtlamaları için yargı mercileri önünde yargılanmaları ve mahkemeye erişerek hak arama hürriyetini kullanmaları gerekmektedir. Zira davalının muhakkak haksız olması gerekmez, ileri sürülen iddiaları reddetmesini haklı gösteren sebepleri olabilir. Yargılamanın amacı gerçeğin tespit edilmesi suretiyle somut hakkın sağlanması olduğu düşünüldüğünde<sup>101</sup>, aleyhinde bir hakkı ihlal ettiği iddia edilen kişinin, kendini savunmaktan mahrum bırakılması hak arama hürriyetine aykırı düşecektir. Bu bağlamda aleyhinde dava açılan herkesin davalı olarak kendini anlatma ve iddia konusu hakkında mahkemeye izahta bulunma hakkı Anayasa ile korunan ve herkese tanınan bir haktır.

### 1.5.3 Meşru Vasıta ve Yollardan Faydalanma

Hak arama hürriyetinin kullanılması için belirleyici ölçüt; meşru vasıta ve yollardan yararlanmaktır<sup>102</sup>. Diğer bir ifadeyle davacı (iddia makamı) ve davalı (savunma makamı), hak arama hürriyeti hakkını ancak meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle gerçekleştirebilir.

Anayasa Mahkemesi kararında; iddia ve savunma hakkının kullanılmasının ancak meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle olacağını belirtirken meşru

<sup>98</sup> Bkz. 1.7. Hak Arama Hürriyetinin Sınırları başlığı.

<sup>99</sup> Çekişmesiz yargı işlerinde davacının karşısında bir hasım bulunmamakta diğer bir ifadeyle taraflar arasında bir ihtilaf yoktur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382. maddesinde çekişmesiz yargı işleri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

<sup>100</sup> Abdullah Dinçkol 2018, a.g.e., s. 174,175., Mesut Aydın 2006, a.g.m., s. 12., Necip Bilge 2012, a.g.e., s. 279.

<sup>101</sup> M. Kamil Yıldırım 2011, a.g.e., s. 93.

<sup>102</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu 2013, a.g.e., s. 144,146., Mesut Aydın 2006, a.g.m., s. 14.

sözcüğünün, kanunda gösterilen yöntemler deyiminden daha geniş bir anlamı ifade etmek amacıyla metne konulduğunu ifade etmektedir<sup>103</sup>. O halde meşru sözcüğünü en geniş anlamıyla ele alınması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi anılan kararında "meşru" sözcüğünü şu şekilde ifade etmektedir: *“Gerçekten iddia ve savunma hakkının her türlü etkiden uzak kullanılması asıldır. Bu ilke gereği ceza davalarında da tarafların, yargı yerlerinde, iddia ve savunmalarını kaygıya kapılmadan, serbestçe yapmaları gerekir. Serbestliğin, davanın aydınlığa kavuşmasına, başka bir deyişle hakkın ve adaletin gerçekleşmesine yol açma amacına yönelik bir serbestliği içerdiği kuşkusuzdur. Anayasanın öngördüğü meşru vasıta ve yollara ancak böylelikle başvurulmuş olur. Yargı yerlerinde iddia ve savunmada bulunan kişileri kaygılandıran, duraksamaya düşüren ve bu yüzden de onları açıklama yapmaktan alıkoyan bir durumu iddia ve savunma dokunulmazlığı ile bağdaştırmaya olanak yoktur”*. Bu minvalde davacı veya davalı sıfatıyla kişiler hak arama hürriyetini kullanırken hukuken meşru olan her türlü vasıtayı kullanarak bir hakkın ihlal edildiğine yönelik iddia veya o hakkın ihlal edilmediğine dair savunma da bulunabilir.

Meşru olan vasıta ve yolların karşısında ise; kişinin iddia ettiği hakkını yargı yoluna başvurmadan bizzat kendisinin hakkı elde etmeye çalışması ve bunun için tehdit, zor veya kuvvet kullanması belirtilebilir<sup>104</sup>. Zira bir eylemin meşru olabilmesi için hukukun izin verdiği yöntemlerle bu hakkın aranması gerekmektedir<sup>105</sup>.

Diğer bakımdan meşru vasıta ve yolların mutlaka yargı yoluna başvuru şeklinde değerlendirilmemesi gerekir. Kişiler, dilekçe, itiraz ve şikayetlerini idari makamlara bildirebilir (AY m. 74/1). Kişilerin dilekçe hakkını kullanarak bir başka başvuruda bulunabilecekleri makam ise Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonudur<sup>106</sup>. Özellikle yargı yollarına başvurmasına rağmen hakkını alamayan hak sahipleri için dilekçe hakkı, önemli bir başvuru yoludur. Çünkü kanun ve nizamlar ne kadar mükemmel olsa da bunu uygulayan memurların adalet gözünden kaçabilir ve bu halde hakları ihlal edilen kişiler hakkını idareye karşı başvurarak<sup>107</sup> hak arama hürriyetini meşru bir şekilde kullanabilir.

<sup>103</sup> AYM, T. 29.01.1980, E. 1979/38, K. 1980/11, RG. 15.05.1980, S. 16989.

<sup>104</sup> İsmail Köküarı 2011, a.g.m., s. 165., Hukuk dilinde “bizzat ihkakı hak” adı verilen bu yasak, modern toplumlarda hakkın korunmasını devletin üzerine almasından kaynaklanmakta ve bir takım istisnaları bulunmaktadır. Bkz. Necip Bilge 2012, a.g.e., s. 278.

<sup>105</sup> Ayvaz Cebre 2011, a.g.m., s. 379., Ayrıca bkz. 2.7.1. Anayasadan Kaynaklanan Nesnel Sınır Bağlamında Meşru Vasıta ve Yollar başlığı.

<sup>106</sup> Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu 2019, a.g.e., s. 217.

<sup>107</sup> Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil’in konuşmasından aktaran, Ayvaz Cebre 2011, a.g.m., s. 379.

Netice itibariyle hukuk ilkeleriyle ve hukuk düzeniyle bağdaşan tüm yollar meşrudur. Zira meşru bir hakkın meşru olan usuller ile korunması hukuk devletinin gereğidir. Haklı bir talebin usulsüz yöntemlerle aranılması hak arama hürriyetiyle ve hukuk düzeniyle bağdaşması mümkün değildir.

#### 1.5.4 İddia ve Savunmada Bulunma

Hak arama hürriyetinin en önemli iki ögesini oluşturan “iddia” ve “savunma” haklarını kısıtlayacak, bu hakların eksiksiz bir şekilde kullanılmasını engelleyecek kanun hükümleri Anayasa'nın “hak arama hürriyetini” düzenleyen hükmüne açıkça aykırı olur<sup>108</sup>. İddia da bulunan taraf kural olarak, hukuken korunan kişisel bir menfaat veya hakkın ihlal edilmesi sebebiyle mahkemeden hukuki koruma talep eder ve uyuşmazlık konusuna göre davalar sınıflandırılır<sup>109</sup>. Savunma; ileri sürülen iddianın reddi veya ileri sürülen iddianın gerçekleşmediği konusunda ileri sürülen karşı tezdır<sup>110</sup>. Bazen ise karşı tez; yeni bir iddianın ortaya atılması şeklinde olabilir. İddia da bulunan tarafın meşru vasıta ve yollarla haklılığını ispat etme hakkı hakkaniyete uygun yargılama için yeterli değildir. Aynı zamanda savunma hakkının tam ve yeterince kullanılması ve devletinde bunun için gerekli önlemleri alması gerekir<sup>111</sup>.

İddia ve savunma hakkı, adil yargılanma hakkının somut görünümünden olan silahların eşitliği ilkesi ile bağlantılıdır. Silahların eşitliği ilkesine göre, dava tarafları iddia ve savunmaları ile bunları destekleyecek her türlü meşru delillerinin mahkeme tarafından incelenmesi ve haklarında hüküm verilirken değerlendirilmesi hakkına sahiptir<sup>112</sup>. Eğer davanın taraflarından birinin iddiası karşısında bu iddialarla karşılaşan davanın karşı tarafına savunma yapma veya savunmasının temel dayanağı olan delillerini sunma imkanı tanınmıyorsa silahların eşitliği açısından ihlal doğabilmektedir<sup>113</sup>. Hakkaniyetli bir yargılama için, taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir konuma düşürmeksizin iddia ve savunmalar da bulunmaları ve makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirebilme fırsatına sahip olması gerekir<sup>114</sup>.

<sup>108</sup> AYM, T. 29.01.1980, E. 1979/38, K. 1980/11, RG. 15.05.1980, S. 16989.

<sup>109</sup> Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz 2012, a.g.e., s. 275,279.

<sup>110</sup> Abdullah Dinçkol 2018, a.g.e., s. 176., Necip Bilge 2012, a.g.e., s. 279.

<sup>111</sup> Ayvaz Cebre 2011, a.g.m., s. 386., Sibel İnceoğlu 2014, a.g.e., s. 111.

<sup>112</sup> Ayvaz Cebre 2011, a.g.m., Sibel İnceoğlu 2014, a.g.e., s. 116., s. 387,388., Harun Yılmaz, İdari Yargıya İlişkin Bireysel Başvuru Kararlarında Silahların Eşitliği İlkesi, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, S: 19, Y: 2020, s. 28,29.

<sup>113</sup> AHİM, *De Haes and Gijssels/Belçika*, B. No: 19983/92, 24.02.1997, paragraf 58., AYM, *Ataseven Enerji Üretim A.Ş.*, B. No: 2018/27502, 10.03.2021, paragraf 55.

<sup>114</sup> AYM, *Ataseven Enerji Üretim A.Ş.*, B. No: 2018/27502, 10.03.2021, paragraf 46., AYM, *Yaşasın Arslan*, B. No: 2013/1134, 16.05.2013, paragraf 32.

Bu bağlamda devlete düşen bir görev de davanın taraflarından birinin daha yüksek maddi olanaklara sahip olması halinde hasmı karşısında taraflara etkili biçimde savunma imkanı tanınması adına adli yardım imkanı sağlanması gerekliliğidir<sup>115</sup>. Aksi takdirde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkına ve bu hakla doğrudan bağlantılı olan hak arama hürriyetine aykırılık doğabilir. Bununla birlikte bir hakkı ihlal ettiği konusunda itham edilen kişinin bu iddialara cevap verebilmesi diğer ifadeyle savunma yapabilmesi için makul bir süre verilmesi ve gerekli kolaylıkların sağlanması gerekir. Bu gereklilik Anayasa Mahkemesine göre yukarıda değindiğimiz Anayasa'nın 36. maddesinde belirtilen “meşru vasıta ve yollardan yararlanmak” kavramının kapsamındadır<sup>116</sup>. Örneğin *Erol Aydeğer* başvurusunda, Anayasa Mahkemesi sanığa ve avukatına savunma için gerekli hazırlıkları yapabilecekleri zamanın verilmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>117</sup>. Ayrıca suçun hukuki nitelendirmesinin değişmesi durumunda savunmanın yeniden hazırlanması için gerekli zaman ve kolaylıklar sağlanmalı, sanığa veya müdafisine talep edilmesi halinde ek savunmasını hazırlamak için süre verilmesinin bir zorunluluk olduğu ifade edilmektedir<sup>118</sup>.

Yargı mercileri önünde iddia ve savunma hakkı tarafların adalete erişebilmesinin önemli bir unsurudur. Çünkü yargılama sonunda verilecek hüküm tarafların dayandığı iddia ve savunmaları ile buna mukabil sunulan delillerin değerlendirilmesi ve tasnifi ile verilebilir. Bu sebeple, dava taraflarının kendilerini ilgilendiren yargılamalara katılıp kendilerini savunabilmeleri için haberdar olmalarını sağlama konusunda yetkili makamların gerekli özeni göstermeleri hususunda sorumlulukları bulunmaktadır<sup>119</sup>. Hak arama hürriyeti imkanının sağlanması için; hakkı ihlal edilen bir kişinin mahkemeden talep ettiği hukuki korumanın ve iddialarının ispatı ile bu ihlali yarattığı iddia edilen karşı tarafın savunma hakkının eşit<sup>120</sup> bir şekilde sağlanması ve tarafların adil yargılanma hakkının korunması gerekir. Uyuşmazlığın çözülmesi, hakkın ortaya çıkarılması<sup>121</sup> ile mümkün olduğundan iddia

<sup>115</sup> AHİM, *Steel ve Morris/Birleşik Krallık*, B. No: 68416/01, 15.02.2005, paragraf 72. Ayrıca bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 6. Madde Rehberi, paragraf 126 vd.

<sup>116</sup> Sibel İnceoğlu 2014, s. 328., AYM, T. 16.06.1992, E.1992/8, K. 1992/39 sayılı kararı, bu kararın kaynağı için bkz. *Erol Aydeğer*, B. No: 2013/4784, 07.03.2014, paragraf 38.

<sup>117</sup> *Erol Aydeğer* başvurusu, paragraf 38.

<sup>118</sup> İlgili başvuruda savunma yapıldığı ve ek savunma için süre istenmediği belirtilerek başvuru reddedilmiştir. Bkz. *Erol Aydeğer* başvurusu, paragraf 39 ve 46.

<sup>119</sup> *Schmidt/Letonya*, B. No: 22493/05, 27.04.2017, paragraf 90.

<sup>120</sup> Silahların eşitliği ilkesi için bkz. ikinci paragraf.

<sup>121</sup> M. Kamil Yıldırım 2011, a.g.e., s. 80.

veya savunma haklarından bir tanesinin yok sayılması, hakkın ortaya çıkarılmasına imkan tanımayarak yargılamanın hukuki değerini yok edecektir.

### 1.5.5 Yargı Mercileri Önüne Çıkma

Anayasa'nın 36. maddesinde hak arama hürriyetinin kullanılacağı yer olarak yargı mercileri ifadesine yer verilmiştir. Halbuki 1924 Anayasası'nda konuya ilişkin düzenlemede başvuru yerleri "mahkeme" olarak ifade edilmiştir<sup>122</sup>. 1924 Anayasası'ndan ayrılarak 1961<sup>123</sup> ve 1982 Anayasalarında "mahkeme" yerine "yargı mercileri" kavramının kullanılmasının nedeni bu ibarenin daha kapsayıcı olmasından kaynaklandığı ifade edilebilir. Yargı mercileri ifadesi tüm yargı yollarını bünyesinde toplamakta ve bu deyim ilk derece mahkemeleri dışında diğer kanun yolu mercileri ile bu alanda oluşturulmuş uluslararası kurumları göstermektedir<sup>124</sup>. Bu bağlamda yargı mercileri deyiminin kullanılması hak arama hürriyetinin etkin bir şekilde kullanılması açısından isabetli bir düzenlemedir.

Anayasa'nın 37. maddesine göre "*Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.*" hükmü yer almaktadır. Anayasa'nın 36. maddesinin 2. fıkrası uyarınca; hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davadan bakmaktan kaçınmaz. Eğer hakim önüne gelen davaya bakmaktan kaçınırsa bir diğer ifadeyle ihkak-ı haktan istinkaf ederse bu halde kişilerin devlet aleyhine tazminat davası açma imkanı bulunmaktadır<sup>125</sup>. Anayasa'da yer alan bu maddeler yargı mercilerinin önüne çıkmak kadar yargısal korumayla ilgili özel güvencelerin bulunduğunu göstermektedir. Esasen bu güvenceler temel hak ve hürriyetlerin ve bunlardan bir tanesi olan hak arama hürriyeti bakımından bir gerekliliktir. Çünkü hak arama yolları kadar hak arama yollarına başvurulduktan sonra sunulan güvenceler de hak ve hürriyetlerin korunması için önemli bir unsurdur.

<sup>122</sup> 1924 Anayasası, 59. maddesi "Herkes, mahkeme huzurunda hukukunu müdafaa için lüzum gördüğü meşru vesaiti istimalde serbesttir.", Türkçeleştirilmiş metni ise "Herkes mahkeme önünde haklarını korumak için gerekli gördüğü yasal araçları kullanmakta serbesttir." şeklindedir.

<sup>123</sup> 1961 Anayasası, 31. maddesi "Herkes, meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak, iddia ve savunma hakkına sahiptir." şeklindedir.

<sup>124</sup> Onur Çetin 2007, a.g.t., s. 122.

<sup>125</sup> İhkak-ı haktan istinkaf yasağı, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 573/7 maddesiyle düzenlenmiştir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile bu madde her ne kadar mülga olmuşsa da; kanun gerekçesinde açıkça hakim görevini yapmakta ihmal ve terahi göstermesi halinde görevini yapmaktan kaçınması kapsamında değerlendirileceği belirtilmiştir. Bkz. 6100 sayılı kanun gerekçesi 46. madde.



Kişilerin, davacı veya davalı sıfatıyla yargı mercilerinin önüne çıkma imkanı ile bağlantılı olarak, haklarında hüküm tesis edecek olan mahkemeleri de önceden bilme hakkına sahiptir. Diğer bir ifadeyle, bağımsız ve tarafsız mahkemelerin önceden yasayla kurulması yani kişi ve olaya göre mahkemelerin kurulması yolu kapanarak hak arama hürriyetinin korunması gerekir. Uyuşmazlık konusu ile herhangi bir ilgisi bulunmayan, yargılamadan önce kurulmuş ve herkes için değişmeyen mahkemelerin hakimi tabii hakim; bunu öngören ilkeye ise tabii hakim ilkesi denmektedir<sup>126</sup>. Anayasa'nın 37. maddesi ile korunan tabii hakim ilkesi ile amaçlanan önceden oluşturulan genel kuralların yine önceden kurulan mahkemeler nezdinde herkese eşit bir şekilde uygulanmasını sağlayabilmek ve kişilere özgü kuralların oluşmasının önüne geçilerek hakimlerin yansızlığını koruyabilmesini sağlamaktır. Ayrıca kişilerin kendisine karşı ileri sürülen iddialarla hangi mahkeme önünde yargılanacağına o tarihte bilinebilir olması sağlanır ki tüm bu güvenceler adil yargılanma hakkının birer köşe taşı oluşturmaktadır. Bu bağlamda herkesin davacı veya davalı sıfatıyla bağımsız ve tarafsız yargı mercilerinin önüne çıkma hakkı Anayasa ile korunan bir haktır.

## **1.6 HAK ARAMA HÜRRİYETİNİN BAĞLANTILI OLDUĞU HAKLAR**

### **1.6.1 Etkili Başvuru Hakkı ve Hak Arama Hürriyeti Arasındaki İlişki**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 13. maddesine göre, bu sözleşmede yer alan hak ve hürriyetleri ihlale uğrayan herkesin “ulusal bir makam” önünde etkili bir yola başvurma hakkı bulunmaktadır. Sözleşme ile “yargısal bir makama” başvuru yerine “ulusal bir makama” başvurudan söz edilmekte olduğundan etkili başvuru yolunun sadece yargı makamları olması şart değildir. Zira her devletin hak ihlallerini inceleme ve yargılama yetkisine sahip yargı organlarından ayrı ve çeşitli bağımsız idari otoritelerin kurulmuş olması sebebiyle sözleşmeye taraf olan devletlerin 13. madde kapsamında yükümlülüklerini yerine getirme yöntemi konusunda karar verme yetkisi bakımından bir takdir yetkisi tanınmaktadır<sup>127</sup>. Söz konusu düzenlemeye ilişkin paralel bir hüküm olarak Anayasa'nın 40. maddesi ile hak ve hürriyetleri ihlal edilen

<sup>126</sup> Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu 2019, a.g.e., s. 220., Kurtuluş Tayanç Çalışır 2016, a.g.e., s. 297., Süha Tanrıver, Tabii Hakim İlkesi ve Medeni Yargı, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 104, Y: 2013, s. 12.

<sup>127</sup> Hüseyin Turan, Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki Yeri ve Önemi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 84, Y: 2009, s. 224., AHİS uyarınca devletlerin takdir yetkisi olmakla birlikte savunulabilir bir şikayetin esasını araştırarak, etkili bir şekilde süreci yönetecek ve uygun bir çözüm sağlayabilecek bir iç hukuksal başvuru yolunun açıkça öngörülmesini gerekir. Bkz. AHİM, *Kaya/Türkiye*, B. No: 158/1996/777/978, 19.02.1998, paragraf 107.

herkesin başvurabileceği yer olarak ifade edilen “yetkili makam” ibaresi görülmektedir. Böylece etkili başvuru hakkı iç hukukumuzda sadece yargı organlarına başvuruyu değil tüm devlet organlarını ve özellikle idari makamları kapsayan bir yapıya sahiptir<sup>128</sup>. Öyleyse etkili başvuru hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa ile tanınmış olan hakların ihlali halinde bu hakların korunması için yapılan başvuruları kapsamaktadır.

Bir başvurunun etkili olduğunun söylenebilmesi için kişilerin, haklarına müdahale teşkil eden bir işleme itiraz etmek üzere açık ve somut bir fırsata sahip olmaları gerekmektedir<sup>129</sup>. Bununla birlikte, etkili başvuru hakkı sadece hakların ihlali iddiasıyla yetkili makamlara başvuru yapılmasını değil aynı zamanda başvurunun makul sürede sonuçlanmasını ve ihlalin tespit edilmesi halinde ilgisine uygun bir tazminat ödenmesini sağlamalıdır<sup>130</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre uzun süren yargılamalar etkili başvuru hakkının ihlaline sebep olmaktadır. Bu bağlamda sözleşmeye taraf olan devletlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesi çerçevesinde, hem hukuk hem de ceza davaları bakımından, uzun süren yargılamaları hızlandırmayı sağlayacak etkili başvuru yolları oluşturmak bakımından pozitif bir yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>131</sup>.

Anayasa'nın 141. maddesinin son fıkrasına göre, davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevleri arasındadır. Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurulardan *Güher Ergun ve diğerleri* davasında, Anayasa Mahkemesi makul sürede yargılanma hakkının adil yargılanma hakkının somut bir görünümü olduğunu ifade etmiştir<sup>132</sup>. Anayasa'nın 141. maddesine göre davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması gerekliliği yargının görevi olduğundan ve Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, makul sürede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerekmektedir.<sup>133</sup>. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru denetimi yaptığı bu kararında; makul sürenin

<sup>128</sup> Burak Öztürk 2015, a.g.e., s. 140,141.

<sup>129</sup> AHİM, Bellet/Fransa B. No: 23805/94, 04.12.1995, paragraf 36.

<sup>130</sup> AHİM (BD), *M.S.S./Belçika ve Yunanistan*, B. No: 30696/09, 21.01.2011, paragraf 288., AYM, *Abdullah Koç*, B. No: 2018/4912, 10.03.2021, paragraf 31.

<sup>131</sup> Sibel İnceoğlu 2014, a.g.e., s. 266., AHİM (BD), *Kudla/Polonya*, davasında 9 yıl süren ceza yargılama süresini makul bulmayarak hem AHİS m. 6 kapsamında hem de AHİS m.13 bağlamında incelemiştir. AHİM bu karar ile adil yargılanma hakkının daha kapsayıcı olduğundan hareketle madde 6'dan ihlal tespit ettiği için aynı olaylar için ayrıca madde 13'ten inceleme yapmaya gerek olmadığı yönündeki ilkesel kararını makul süre başvuruları bakımından değiştirmiştir. Bkz. *Kudla/Polonya*, B. No: 30210/96, 26.10.2000, paragraf 147,149.

<sup>132</sup> AYM, *Güher Ergun ve diğerleri*, B. No: 2012/13, 2.7.2013, paragraf 36,40.

<sup>133</sup> *Güher Ergun ve diğerleri*, paragraf 36,40.

ise her davanın kriterlerine, uyuşmazlığın karmaşıklığına ve yargılamanın kaç dereceli olduğuna göre belirleneceğini ifade etmiştir.

Diğer bakımdan kişilerin etkili bir şekilde hak arama hürriyetini kullanmaları için yargı yoluna başvurmayı engelleyici bir maliyetinin bulunmaması gerekir. Aksi halde hak arama yolları sadece ekonomik durumu iyi kişilerin başvurabilecekleri bir sistem haline gelir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yargı yoluna başvurulmadan önce ödenmesi zorunlu tutulan mahkeme giderlerini ele alarak, yargılama giderlerini ödeyemeyen kişiler için bu durumun mahkemeye erişim hakkına bir engel teşkil ettiği kanaatine varmıştır<sup>134</sup>. Bununla birlikte, yargılama sonunda ortaya çıkan yüksek mahkeme giderlerinin de mahkemeye erişim hakkına karşı bir kısıtlama teşkil edebileceğine karar vermiştir<sup>135</sup>. O halde hakları ihlal edilen kişilere etkili bir hak arama yolu sunulduğundan bahsedebilmek için; kişilerin adalete makul bir sürede ulaşabilmesi, başvuru giderlerinin makul olmayan ekonomik külfetiyle karşılaşmaması ve ihlal tespitinin varlığı halinde ilgisine uygun bir tazminatın ödenmesi sonucunu doğurması gerekir.

### **1.6.2 Mahkemeye Erişim Hakkı ve Hak Arama Hürriyeti Arasındaki İlişki**

Mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanma hakkının ve bu hakkı içeren hak arama hürriyetinin vazgeçilmez bir unsurudur<sup>136</sup>. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi adil yargılanma hakkı ve adil yargılanma hakkına bağlı ilke ve güvencelerini düzenlemekte ancak mahkemeye erişim hakkı açıkça düzenlenmemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Golder* davasında adil yargılanma hakkının mahkemeye erişim hakkını da kapsadığı sonucuna ulaşmakta ve 1975 yılından bu yana bu kararını koruyarak yerleşik içtihadı haline getirmiş bulunmaktadır<sup>137</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu kararına göre, adil yargılanma hakkı sadece görülmekte olan bir dava bakımından kabul edilirse, sözleşmeye taraf devletlerin, mahkemelerin yetki alanlarını kaldırarak hükümete bağlı

<sup>134</sup> AHİM, *Weissman ve Diğerleri/Romanya*, B. No: 63945/00, 24.05.2006, paragraf 42., AHİM, *Georgel ve Georgeta Stoicescu/Romanya*, B. No: 9718/03, 26.10.2011, paragraf 69,70.

<sup>135</sup> AHİM, *Stankov/Bulgaristan*, B. No: 68490/01, 12.07.2007, paragraf 59.

<sup>136</sup> Burak Öztürk 2015, a.g.e., s. 75.

<sup>137</sup> *Golder* kararında; cezaevinde kalmakta olan *Sidney Elmer Golder* cezaevi görevlisi hakkında hukuk davası açmak istediği için avukatla görüşme talebinde bulunmuş ancak bu talebi İçişleri Bakanlığı tarafından reddedilmiştir. Bunun üzerine başvurucunun mahkemeye erişememesi, adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmiştir. AHİM, *Golder/Birleşik Krallık*, B. No: 4451/70, 21.02.1975., Mahkemeye erişim hakkının adil yargılanma kapsamında olduğuna ilişkin benzer kararlar için bkz. AHİM, *Pudas/İsveç*, B. No: 10426/83, 27.10.1987, paragraf 38., AHİM (BD), *Osman/ Birleşik Krallık*, B. No: 23452/94, 28.10.1998, paragraf 138.

organlara tevdi edebilir ve bu halde devletler adil yargılanma hakkını ihlal etmeden davada uygulanacak güvencelerden kaçınabilir. Ayrıca adil yargılanma hakkı, görülmekte olan bir davada olması gereken usuli güvenceleri öngörürken bu güvencelerden yararlanmayı mümkün hale getirecek olan mahkemeye erişim hakkını öngörmediğini söylemek mümkün değildir<sup>138</sup>. Zira dava açılmadığı, mahkemeye erişilemediği takdirde adil yargılanma hakkının ve güvencelerin hiçbir anlamı olmayacaktır.

Türk Hukukuna bakıldığında ise Anayasa'nın 36. maddesi ile herkesin yargı mercileri önünde davacı veya davalı sıfatıyla, iddia ve savunmada bulunabilme ve adil yargılanma hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmaktadır. Anayasa Mahkemesi mahkemeye erişim hakkının adil yargılanma hakkının temel unsuru olduğunu belirtmektedir<sup>139</sup>. Anayasanın 36. maddesi ile adil yargılanma hakkının değil genel olarak hak arama hürriyetinin düzenlemesi, kişilere açılan davalar açısından değil henüz dava açılmamışken de hakkın yerine getirilmesi adına tüm yollardan yararlanma imkanı tanımaktadır. Bu husus Anayasa Mahkemesinin kararında şu şekilde ifade edilmektedir: *“İnsan varlığını soyut ve somut değerleriyle koruyup geliştirmek amacıyla hukuksal olanakları kapsamlı biçimde sağlama, bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğü, hukuk devletinin başlıca ölçütlerinden, demokrasinin en çağdaş gereklerinden, vazgeçilmez koşullarından biridir”*<sup>140</sup>.

Mahkemeye erişim hakkı özünde hukuki korunma talebiyle, bir hak ihlalinin iddiası ve bu ihlalin sonlandırılması veya telafi edilmesi amacıyla yargı makamlarının önüne çıkabilmeyi kapsadığından dava açma sürelerinin katı bir şekilde yorumlanmaması gerekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mahkemeye erişim hakkına yönelik usule ilişkin ulusal mevzuatlarda düzenlemelerin aşırı şekilci bir şekilde yorumlanmasını etkili hukuki korumanın özüne ve mahkemeye erişim hakkına zarar verebileceğini belirtmektedir<sup>141</sup>. Mahkemeye erişim hakkı uyuşmazlığın esasına girilerek çözülmesi hakkını da kapsamaktadır. Aksi takdirde başvuru mahkemenin uyuşmazlığın esasına girmesini engelleyen koşullar ve bunları öngören yasalar ile mahkemeye erişim hakkı tümüyle içeriğinden yoksun bir hale

<sup>138</sup> Golder/Birleşik Krallık, paragraf 34,35.

<sup>139</sup> AYM, T. 11.04.2012, E. 2011/33, K. 2012/54, RG. 13.10.2012, S. 28440.

<sup>140</sup> AYM, T. 19.09.1991, E. 1991/2, K. 1991/30, RG. 16.09.1991, S. 21347.

<sup>141</sup> AHİM, *Miragall Escolano ve Diğerleri/İspanya*, B. No: 38366/97, 38688/97, 40777/98, 40843/98, 41015/98, 41400/98, 41446/98, 41484/98, 41487/98 ve 41509/98, 25.04.2020, paragraf 36-38.

getirilebilir<sup>142</sup>. Anayasa Mahkemesi de dava açma hakkı tanıyan düzenlemelerin hak arama hürriyetinin bir gereği olarak görmekle birlikte yeterli bulmamaktadır<sup>143</sup>. Mahkemenin anılan kararında; kişilerin mahkemeye erişim hakkını önemli ölçüde zorlaştıran ve engelleyen düzenlemelerin hak arama hürriyetine aykırı olacağı belirtilmektedir.

Diğer bakımdan Anayasa'nın 125. maddesi ile idarenin her türlü işlem ve eylemlerine yönelik mahkemeye erişim hakkı tanınarak Anayasal bir güvence sağlanmıştır. Anayasa'nın 148. maddesi ise kişilere, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve hürriyetlerden birinin ihlali veya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki haklarının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurma imkanı tanımaktadır. Hak ve hürriyetlerin ihlali iddiasıyla mahkemeye erişim hakkı Anayasa ile koruma altına alınmakla birlikte, etkili başvuru hakkı ile aralarındaki ortak bağın varlığını da göstermektedir. Her iki hakkın; hak ve hürriyetlerin ihlali iddiasıyla mahkemeye erişim hakkını kapsamasından dolayı, yargıya başvurulması ile her iki hak da aynı anda kullanılmış olmaktadır<sup>144</sup>. Bu sebeple iki haktan birinin ihlali, hem diğerinin ihlaline hem de bu iki hakla bağlantılı olan hak arama hürriyetinin kullanılmasına aykırılık teşkil edebilir.

Netice itibariyle, mahkemeye erişim hakkı ile adil yargılanma hakkının ön koşulu yerine getirilmekte aynı zaman da hak arama hürriyetinin yansıması olarak Anayasa'da korunmaktadır. Hak arama hürriyetiyle doğrudan bağlantılı olan mahkemeye erişim hakkı mutlak bir hak olmayıp sınırlandırılması kabul edilse bile bu hakkın kullanımını imkansız kılan ve özüne hanel getirecek derecede kısıtlayan düzenlemeler Anayasa'ya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılık teşkil edebilir<sup>145</sup>.

---

<sup>142</sup> AHİS'nin 6. maddesinde "...esası hakkında karar verecek olan ..." şeklinde yer alan ibarenin mahkemeye erişim hakkı bağlamında uyuşmazlığın esası hakkında karar alma olanağı tanıdığı şeklinde yorumlanabilir. Bkz. Manique Bandrac, "L'action en justice, droit fondamental", in Mélanges R. Perrot, Dalloz, 1996, s. 12'den aktaran Milano, Le droit a un tribunal, s. 56'dan aktaran; Burak Öztürk 2015, a.g.e., s. 89 ve dip not 61.

<sup>143</sup> AYM, T. 28.11.2013, E. 2013/40, K. 2013/139, RG. 09.05.2009, S. 28995.

<sup>144</sup> Etkili başvuru hakkı, idari makamlara başvuru imkanını da içerdiğinden mahkemeye erişim hakkı dışında da uygulama alanı bulmaktadır. Bkz. Burak Öztürk 2015, a.g.e., s. 141., AHİM, etkili başvuru hakkını AHİS'de ve ek protokollerde düzenlenen esasa dair hakların tamamlayıcısı olduğunu belirtmektedir. Bkz. AHİM, *Zavoloka/Litvanya*, B. No: 58447/00, 07.07.2009, paragraf 35.

<sup>145</sup> Mahkemelere erişim hakkının mutlak olmayıp bir takım sınırlamalara tabi olabileceği yönünde bkz. AHİM, *Golder/Birleşik Krallık*, paragraf 38., Mahkemeye erişim hakkını sınırlayan uygulamaların hakkın özüne hanel getirmesi halinde AHİS'nin 6. maddesiyle uyumlu olmayacağına yönelik bkz. AHİM, *Ashingdane/Birleşik Krallık*, B. No: 8225/78, 28.05.1985, paragraf 57.

### 1.6.3 Adil Yargılanma Hakkı ve Hak Arama Hürriyeti Arasındaki İlişki

Adil yargılanma hakkı demokratik toplumların sahip olduğu temel ilkelerden<sup>146</sup> olmakla birlikte, yargılama sürecine ilişkin birçok usul gereğini beraberinde getirmektedir<sup>147</sup>. Bu bağlamda adil yargılanma hakkı, yargılama süreci ile bu süreçte olması gereken ilkeleri, yargılama sürecinin sonunda verilen hükmün adil olup olması için uygun gereksinimlerin sağlanması bakımından önem arz eder. Zira adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi halinde yargılama makamı tarafından verilen hükmün Anayasa'ya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılığı doğabilir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hak arama hürriyetinin yargısal yöntemine dayanak olan 6. maddesiyle adil yargılanma hakkını düzenlemektedirken, Anayasamızda hak arama hürriyetinin düzenlendiği 36. maddesi<sup>148</sup> adil yargılanma hakkına açıkça atıf yapmaktadır. Bu durum ise hak arama hürriyeti ile adil yargılanma hakkı arasındaki sıkı ilişkiyi ortaya koymaktadır<sup>149</sup>. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi adil yargılama hakkının tanımını yapmamakla birlikte, yargılama sürecine ilişkin güvenceler getirmiştir. Bu güvenceler, hakimin görevi gereği haklıyı söyleme misyonu, hakimin bağımsızlığı, hakimin önceden belirlenmiş usullere göre yargılama faaliyetini sürdürmesidir<sup>150</sup>. Bu usuller ise; duruşmanın ve kararların aleniyeti, yargılama taraflarının delillerini sunma imkanı, savunma hakkına saygı duyulması ve yargılama faaliyeti sonunda verilen kararları gerekçelendirme yükümlülüğü getiren ilkeler bütünüdür<sup>151</sup>. Ayrıca bu usullerin yerine getirilmeksizin verilen kararlara karşı başvuru yolu ile olası hataların giderilmesi amaçlanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, yalnızca davacının tezleri doğrultusunda karar verilmesi, davalının, dilekçe içeriği ve toplanan deliller hakkında bilgi edinmesine, bunlara karşı çıkmasına ve delil sunmasına izin verilmemesi diğer tarafı yargılamada

<sup>146</sup> AHİM, *Airey/İrlanda*, B. No: 6289/73, 09.01.1979 paragraf 24., AHİM (BD), *Stanev/Bulgaristan*, B. No: 36760/06, 17.01.2012, paragraf 231, ayrıca bkz. Adil Yargılanma (medeni hukuk yönü) kitapçığı, paragraf 366.

<sup>147</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu 2013, a.g.e., s. 129.

<sup>148</sup> Anayasa'nın 36. maddesinin ilk fıkrasına 03.10.2001 tarihinde 4709 sayılı kanunun 14. maddesi ile savunma hakkı sözcüğünden sonra gelmek üzere adil yargılanma hakkı eklenmiş ve böylece adil yargılanma hakkı anayasal düzlemde tanınarak AHİS ile arasında karşılıklı sağlanmıştır.

<sup>149</sup> Ayvaz Cebre 2011, a.g.m., s. 380., Köküsarı'ya göre; adil yargılanma hakkı hak arama hürriyetinin kullanılmasından sonra ortaya çıkan bir başka haktır ve Anayasa'da ayrı madde ile düzenlenmelidir. Bkz. İsmail Köküsarı 2011, a.g.m., s. 165.

<sup>150</sup> Hüseyin Turan 2009, a.g.m., s. 214., İbrahim Ö. Kaboğlu 2013, a.g.e., s. 128,129., M. Serhat Kaşıkara, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Çerçevesinde Makul Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 84, Y: 2009, s. 242.

<sup>151</sup> Hüseyin Turan 2009, a.g.m., 214., İbrahim Ö. Kaboğlu 2013, a.g.e., s. 129., M. Serhat Kaşıkara 2009, a.g.m., s. 242.

üstün bir konuma getirerek silahların eşitliği ve çelişmeli yargı ilkesine aykırılık teşkil etmektedir<sup>152</sup>. Silahların eşitliği kapsamında yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığının değerlendirilmesi ve hakkaniyete uygun bir yargılamanın yürütülebilmesi için taraflara bilirkişi görüşüne başvurma ve tanık dinletme delili de dahil olmak üzere delillerini sunma ve gerekli incelemeleri gerçekleştirilmeleri için uygun imkanların yaratılması gerekir<sup>153</sup>. Tarafların yargılama sürecine eşit olarak katılma imkanı tanımayan uygulamalar Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkını ihlal etmekte, Anayasa Mahkemesi de çelişmeli yargı ve silahların eşitliği ilkesini adil yargılanma hakkının somut görünümü olarak kabul etmektedir<sup>154</sup>.

Anayasa Mahkemesi yargılamanın sonucuna ilişkin hükmün gerekçeli olmasını adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirmektedir. Örneğin *Hasan Rahmi Özgen* başvurusunda, süresinden sonra ileri sürülen iddiaların öncelikle iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı kapsamında değerlendirilmesi ve ancak bu değerlendirmeden sonra esas yönünden kabul edilebilirliğinin irdelenmesi gerektiği halde mahkemenin hakkaniyete uygun yargılama hakkı kapsamında gerekçeli kararında bu hususlarda herhangi bir tartışma yapılmamasını adil yargılanma hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır<sup>155</sup>. Mahkemelerin kararlarını gerekçeli verme yükümlülüğü ile adaletin dağıtılması hem toplum tarafından denetlenebilir hale gelmekte hem de taraflara yargılama esnasında dinlendikleri gösterilmektedir<sup>156</sup>.

Adil yargılanma hakkının zımni bir görünümü ise yargılamanın aleni olması bir diğer ifadeyle duruşmaların açık olmasıdır<sup>157</sup>. Anayasa'nın 141. maddesine göre mahkemelerde duruşmaların herkese açık olacağı hüküm altına alınmıştır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 141. maddesinde düzenlenen yargılamanın açık ve duruşmalı yapılması ilkesini adil yargılanma hakkının temel unsurlarından birisi olduğunu ifade etmektedir<sup>158</sup>. Ayrıca Anayasa Mahkemesi anılan kararında,

---

<sup>152</sup> AYM, *Medeni Alpkaya*, B. No: 2013/3078, 21.01.2016, paragraf 54,56., AYM, *Ataseven Enerji Üretim A.Ş.*, B. No: 2018/27502, 10.03.2021, paragraf 44.

<sup>153</sup> *Ataseven Enerji Üretim A.Ş.*, paragraf 45,46., AYM, *Yüksel Hançer*, B. No: 2013/2116, 23.01.2014, paragraf 18,19., AYM, *Emine Yıldız*, B. No: 2014/12324, 01.02.2017, paragraf 32.

<sup>154</sup> AYM, *Emine Yıldız*, paragraf 32.

<sup>155</sup> AYM, *Hasan Rahmi Özgenç*, B. No: 2013/2418, 16.12.2015, paragraf 64,66.

<sup>156</sup> Ayvaz Cebre 2011, a.g.m., s. 387., Sibel İnçoğlu 2014, a.g.e., s. 192., İdari işlemlerin gerekçesiz olması, Danıştay'a göre işlemin sonucu üzerinde etkili olmayan tali bir şekil aykırılığıdır. Özellikle idarenin hareketsiz kalarak gerekçe ilkesini ihlal etmesi halinde sorumluluk mekanizmalarının etkin bir şekilde çalıştırılması ile idarenin gerekçe gösterme lüksünden yararlanmak için zımni ret kurumuna başvurmaları önenebilecektir. Bkz. Burak Öztürk 2015, a.g.e., s. 167,168.

<sup>157</sup> Sibel İnçoğlu 2014, a.g.e., s. 251., Devletin yargı faaliyetini gerçekleştirirken dahi adaleti gerçekleştirmesinde aleniyet önemli bir unsurdur. Bkz. M. Kamil Yıldırım 2000, a.g.e., s. 10.

<sup>158</sup> AYM, *Nevruz Bozkurt*, B. No: 2013/664, 17.09.2013, paragraf 32.

duruşmaların açıklığı ilkesinin amacını; adli mekanizmanın işleyişini kamu denetimine açarak yargılama faaliyetinin saydamlığını güvence altına almak ve yargılamada keyfiliği önlemek olduğunu belirtmekle birlikte hukuk devletini gerçekleştirmenin araçlarından birisi olduğunu vurgulamaktadır. Özellikle ceza davalarının duruşmalı ve aleni yapılması silahların eşitliği ilkesinin ve savunma haklarının güvencesini oluşturmaktadır<sup>159</sup>.

Diğer bakımdan Anayasa'nın 36. maddesi dışında da adil yargılanma hakkının düzenlediği görülmektedir. Anayasa'nın 38. maddesinde adil yargılanma hakkı bağlamında doğrudan bir takım düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlar; cezaların şahsiliği, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilmemesi, kimsenin kendini suçlayan beyan veya delil sunmaya zorlanamayacağı, masumiyet karinesi, bir kimsenin işlendiği zaman yürürlükte bulunan ve kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı ve o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği şeklinde özetleyebiliriz<sup>160</sup>. Bununla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7 Numaralı Protokol'ün 2. maddesi ve 4. maddesi, adil yargılanma hakkı bakımından ceza yargılama hukuku alanında önemli bir takım ilkeler getirmektedir. Bu protokolün 2. maddesi, bir kimsenin suçluluğu veya mahkumiyeti hakkındaki kararı, bir üst mahkeme önünde incelemek hakkına sahip olduğunu belirtmekte, bir diğer ifadeyle bir kimse üst mahkeme yolu ile verilen hükmün denetlenmesini isteme hakkına sahiptir<sup>161</sup>. 7 Numaralı Protokol'ün 4. maddesi ise bir kimsenin aynı suçtan ikinci defa yargılanmaması ve cezalandırılmaması güvencesini getirmiştir. 7 Numaralı Protokol her ne kadar ceza yargılaması için öngörülmüşse de

<sup>159</sup> Nevruz Bozkurt, paragraf 32.

<sup>160</sup> Anayasanın 138. maddesi şu şekildedir: “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Suç ve ceza zamanasını ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur. Suçluluğu hükmün sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz. Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. (Ek fıkra: 3/10/2001-4709/15 md.) Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez. Ceza sorumluluğu şahsidir. (Ek fıkra: 3/10/2001-4709/15 md.) Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz. (Ek fıkra: 3/10/2001-4709/15 md.; Mülga fıkra: 7/5/2004-5170/5 md.) (Değişik onuncu fıkra: 7/5/2004-5170/5 md.) Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez. İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir. (Değişik son fıkra: 7/5/2004-5170/5 md.) Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez.”

<sup>161</sup> Hüseyin Turan 2009, a.g.m., s. 217., M. Kamil Yıldırım 2000, a.g.e., s. 13., Gölcüklü'ye göre, AHİS, 6. madde hükümleri taraf devletlere iki dereceli yargılama mecburiyeti getirmemekte devletler yalnız ceza davaları için böyle bir yükümlülük altına girmiş bulunmaktadır. Bkz. Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılama, AÜSBFD, C: 29, S: 1-4, Y: 1994, s. 232.



ilgili güvenceler medeni hak yargılamasında da uygulama bulacağından, kişilere yeni bir takım haklar tanınarak “adil yargılanma hakkı” kapsamının daha da genişletilmesi sağlanmıştır<sup>162</sup>.

Adil yargılanma hakkının ve yargılama sürecinde taraflara sağladığı güvencelerin ihlal edilmesi halinde hak arama hürriyetinin ihlali doğabilir. Bir kimsenin hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiği veya ihlal tehlikesi bulunduğu iddiasıyla başlayan yargılama sürecinde hakikatin bulunarak hakka ulaşılması ancak adil yargılanma ilkeleri ile mümkün olabilir. Adil yargılanma hakkı, yargılama sürecinde kişilere sağladığı güvenceler ile hak arama hürriyetinin etkili bir şekilde sağlanmasının önemli bir unsuru hatta ayrılmaz parçası olup Anayasa ile korunan ve herkese tanınan bir haktır.

#### **1.6.4 Hükümün Denetlenmesini Talep Etme Hakkı**

Kanun yollarının amacı, öncelikle iptali istenen kararın, usulün maddi adaleti gerçekleştirme amacına uygun olup olmadığını incelemek, gerçeğin bulunması için hakkı tespit edebilmektedir<sup>163</sup>. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7 numaralı protokolü ceza yargılamasında hakkında mahkumiyet kararı verilen kişiye üst derece mahkemesinden ilgili kararı incelemesini talep hakkı tanıdığını belirtmiştik. Bununla birlikte, 1995 tarihli Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Hukuki ve Ticari Davalarda Temyiz Sistemleri ile Usullerinin İşleyişinin Geliştirilmesi Hakkında Üye Devletlere Yönelik 5 sayılı Tavsiye Kararının 1/a maddesi ile bir alt mahkemece (ilk derece mahkemesi) verilen her kararın bir yüksek mahkeme (ikinci derece mahkeme) tarafından denetiminin mümkün olması gerekliliği belirtilmiştir<sup>164</sup>. Böylece hükümün denetlenmesini talep imkanı sadece ceza davaları için değil, hukuki ve ticari davalar için de var olması gerekliliği hususunda mutabakata varılmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin kararına göre; kanun yoluna başvurulması olanağı ile toplum ve taraflar için güvence sağlanması görevi yerine getirilmiş olmaktadır. Böylece bireylerin ve toplumun adalet duyguları daha büyük ölçüde tatmin edilecektir. O halde, denebilir ki, kanun yollarına başvurulması olanağı, kişi haklarına ve topluma güvence sağlaması bakımından Anayasa'ya tüm olarak uygun düşmektedir<sup>165</sup>.

<sup>162</sup> Hüseyin Turan 2009, a.g.m., s. 217., Feyyaz Gölcüklü 1994, a.g.m., s. 201.

<sup>163</sup> Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. M. Kamil Yıldırım 2000, a.g.e., s. 5 vd.

<sup>164</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Konseyi Hukuki ve Ticari Davalarda Temyiz Sistemleri ile Usullerinin İşleyişinin Geliştirilmesi Hakkında Üye Devletlere Yönelik R(95) 5 Sayılı Tavsiye Kararı, (Çevrimiçi) <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/c8e6462d-7bf0-4e8a-9daa-cd7ed6817b42.pdf>, 11.04.2021.

<sup>165</sup> AYM, T. 18.02.1971, E. 1970/31, K.1971/21, RG. 09.07.1971, S. 13890.

Anayasa Mahkemesi'nin 2018 tarihli bir başka kararına göre, hükmün denetlenmesini talep etme hakkı, hak arama hürriyetinin kapsamındadır. Bu husus Anayasa Mahkemesinin ilgili kararında “*Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti kapsamındaki hükmün denetlenmesini talep etme hakkı, kişinin aleyhine verilen bir hükmün başka bir yargı merci tarafından gözden geçirilmesini ve denetlenmesini isteyebilmesini teminat altına almaktadır.*” ifadeleri ile açıklanmaktadır<sup>166</sup>. Anılan karara göre; hükmün denetlenmesi, ilk derece mahkemesinin verdiği kararda hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığına yönelik bir denetim şeklinde gerçekleştirilecektir. Zira adil yargılanma hakkının güvencelerine riayet edilmiş olsa bile hakimin gerek maddi vakıaların değerlendirilmesinde gerekse hukuk kurallarını uygulanmasında yanılığa düşmesi ve buna bağlı olarak hukuka aykırı hüküm vermesi söz konusu olabilmektedir. Bununla birlikte hükmün denetlenmesini talep etme hakkının mutlak bir hak olmadığı ve kanun koyucu tarafından belli sınırlandırılmalara tabi tutulabileceği kabul edilmektedir<sup>167</sup>. Ancak bu sınırlandırmanın Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olmaması gerekmektedir.

Diğer bakımdan hükmün denetlenmesini talep etme hakkı, ceza hukuku alanındaki kapsam ve sınırları ile diğer alanlardaki kapsam ve sınırları aynı olmayabilir. Zira ceza hukuku alanında kişinin temel hak ve hürriyetlerine daha ağır müdahaleler söz konusudur. Bu bağlamda ceza hukuku alanında hükmün denetlenmesini talep etme hakkı daha geniş bir uygulama alanı bulurken, ceza hukuku dışında kalan alanlarda daha esnek şekillerde uygulanabilir<sup>168</sup>.

Anayasa Mahkemesi, 4708 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca verilen idari para cezalarının iptali taleplerine ilişkin idare mahkemesi kararlarına karşı kanun yolunun kapalı tutulması suretiyle hükmün denetlenmesini talep etme hakkına getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesi ve 36. maddesine uygunluğunu incelemiştir<sup>169</sup>. Bu minvalde kişilere ekonomik etki itibarıyla ağır külfet yüklemeyen ve düşük olarak nitelendirilebilecek miktarlardaki idari para cezalarına ilişkin hükümlerin kesin olması, yargılamanın makul sürede sonuçlanması ve usul ekonomisi ilkeleri ile bağdaşabilir ve hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik orantılı bir sınırlama getirebilir. Lakin yüksek meblağlara ulaşabilen idari para cezaları kişinin

<sup>166</sup> AYM, T. 27.12.2018, E.2018/71, K.2018/118, paragraf 12, RG. 15.02.2019, S. 30687.

<sup>167</sup> AYM, T. 27.12.2018, E. 2018/71, K. 2018/118, paragraf 16,17.

<sup>168</sup> AYM, T. 27.12.2018, E. 2018/71, K. 2018/118, paragraf 18.

<sup>169</sup> AYM, T. 01.10.2020, E. 2020/21, K. 2020/53, RG. 17.11.2020, S. 31307.

mali durumu üzerinde yarattığı ağır ve ciddi etki sebebiyle ceza niteliği taşımaktadır. Hükmün denetlenmesini talep etme imkanı ile bireye sağlanan menfaat, usul ekonomisi ve yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması için feda edilemeyeceğinden bu düzenlemeyi getiren kural Anayasa'nın 13. maddesi ve Anayasa'nın 36. maddesine aykırı bulunmuştur.

Öyleyse hükmün denetlenmesini talep etme hakkı, hak arama hürriyeti kapsamında görülmekle birlikte hakkın özüne hanel gelmediği ve orantılı olduğu sürece bir sınırlandırmaya tabi tutulabilir. Esasen hükmün denetlenmesini talep etme hakkı her ülkede belirli sınırlamalarla, örneğin belirli değerlerin altındaki uyuşmazlıklara kanun yolunun kapalı olması gibi, kabul edilmektedir<sup>170</sup>. Çünkü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi uyarınca herkes davasını makul bir sürede görülmesini talep etmek hakkına sahiptir. Hükmün denetlenmesini talep etme hakkının yargılamayı uzatma tehlikesi barındırması ve bu hakkın kötü niyetle kullanılarak adalete gölge düşürmesine mahal vermemek adına Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 5 numaralı Tavsiye Kararı devletlere bazı sınırlamalar yapmasını tavsiye etmektedir<sup>171</sup>. Bu tavsiyelerden bazıları; belirli dava türleri, örneğin ufak müddeabihler hariç tutulabilir, hükmün denetlenmesi talep edilirken hakkın kötüye kullanılmaması için taraflardan gerekçeli nedenlerin gösterilmesi talep edilebilir, bu hakkın kullanımına belli bir süre sınırlaması getirilebilir. Öte yandan devletlerin, hükmün denetlenmesini talep etme hakkını sağlayacak bir üst derece mahkemesi tesis etmesi halinde bu mahkemelere başvuran kişilerin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi içerisinde yer alan temel güvencelerden yararlanmasını temin etmesi gerekmektedir<sup>172</sup>.

Nitekim hükmün denetlenmesini talep etme hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7 Numaralı Protokolü ve Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti kapsamında ortak koruma alanında bulunmaktadır<sup>173</sup>. Ayrıca Anayasa'nın 154. ve 155. maddeleri ile mahkeme kararlarının kural olarak denetlenebileceği anlaşılmaktadır. Hukuk devletin bir gereği olarak kişilerin yargı yoluna başvurarak devletten hukuki himaye talep etme hakları bulunmaktadır. Bu

<sup>170</sup> M. Kamil Yıldırım 2000, a.g.e., s. 14.

<sup>171</sup> Bkz. yukarıda anılan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 5 numaralı tavsiye kararı.

<sup>172</sup> AHİM, Platakou/Yunanistan, B. No: 38460/97, 05.09.2001, paragraf 38., AHİM (BD), Zubac/Hırvatistan, B. No: 40160/12, 05.04.2019, paragraf 80., Ayrıca bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesine İlişkin Rehber Medeni Hukuk Yönü, paragraf 146.

<sup>173</sup> AYM, *Mahir Şahap Bostan*, B. No: 2017/19906, 02.06.2020, paragraf 25.

haktan kişilerin mahrum bırakılması devletin himayeden istinkaf ettiği anlamına gelir<sup>174</sup> ki bu durum hukuk devleti gereklerine aykırı düşer. Hükmün denetlenmesini talep etme hakkı ile olası hatalı kararların tespit edilerek adaletin yerine getirilmesi ve hak arama hürriyetinin daha etkili şekilde kullanılması garanti altına alınmaktadır.

## 1.7 HAK ARAMA HÜRRİYETİNİN SINIRLARI

### 1.7.1 Anayasadan Kaynaklanan Nesnel Sınır Bağlamında Meşru Vasıta ve Yollar

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı sorunundan bağımsız olarak hak ve hürriyetler bazen Anayasa'nın kendisi ile sınırlanmaktadır. Örneğin, Anayasada yer alan, toplantı ve gösteri yürüyüşleri hakkı kişilere silahsız ve saldırısız tanınmaktadır<sup>175</sup> (AY m. 34). Hak arama hürriyeti açısından ise, Anayasa'nın 36. maddesine göre, bu hakkın meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle kullanılabilmesi düzenlenmekte ve Anayasal sınırlılık söz konusu olmaktadır<sup>176</sup>.

Hak arama hürriyetinin meşru vasıta ve yollara başvurarak kullanılabilmesine ilişkin düzenleme, kendiliğinden hak almanın meşru olmadığını belirtmektedir<sup>177</sup>. Esasen burada nesnel sınır yaklaşımının kabul edilebilir bir uygulaması bulunmakta bir diğer ifadeyle hak arama hürriyetinin norm alanı meşru vasıta ve yollarla sınırlanmaktadır<sup>178</sup>. Eğer kişi meşru olmayan bir vasıta ve yola başvurarak hak sağlama yoluna giderse bu durumda hak arama hürriyetinin norm alanı ile nesnel bir bağlantı kurulmadığı için temel hakkın sağladığı koruma sağlanmayacaktır. Anayasa Mahkemesi, meşru vasıta ve yolları; “hukuk devletinde saygıyla karşılanan, yurttaşların en doğal hakları içinde yer alan, hukuksal nitelikleri tartışmasız yasal yollar ve yöntemler” şeklinde ifade etmektedir<sup>179</sup>. Kendiliğinden hak alma da hukuk düzeni tarafından korunmadığı için meşru sayılmamakta ve Anayasa'nın 36. maddesinin norm alanının dışında kalmaktadır<sup>180</sup>.

<sup>174</sup> M. Kamil Yıldırım 2000, a.g.e., s. 43.

<sup>175</sup> Bu konu hakkında daha fazla örnek ve açıklama için bkz. Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu 2019, a.g.e., s. 146 vd., Mehmet Sağlam, Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenledikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu, *Anayasa Yargısı*, C: 18, S: 1, Y: 2002, s. 5.

<sup>176</sup> Bu tür yasaklamalar için Anayasada hüküm bulunmasına dahi gerek yoktur. Zira hakkın doğasına aykırıdır ve hukukun gereği bastırılmaları için doğasından kaynaklanır. Bkz. Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu 2019, a.g.e., s. 147.

<sup>177</sup> İsmail Köküsarı 2011, a.g.m., s. 165., Mesut Aydın 2006, a.g.m., s. 4., Ayrıca bkz. 1.5.3. Meşru Vasıta ve Yollardan Faydalanma başlığı.

<sup>178</sup> Burak Öztürk 2015, a.g.e., s. 104.

<sup>179</sup> AYM, T. 02.06.1989, E. 1988/36, K. 1989/24, RG. 28.09.1989, S. 20296.

<sup>180</sup> Burak Öztürk 2015, a.g.e., s. 104.

Hak arama hürriyetinin anayasal sınırlılığı bağlamında meşru vasıta ve yolların ifade ettiklerini anlamak açısından Türk anayasal tarihinin incelenmesi yerinde olacaktır. Hak arama hürriyetinin meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle kullanılabilmesi ilk kez 1924 Anayasası'nın 59. maddesinde "Herkes mahkeme önünde haklarını korumak için gerekli gördüğü yasal araçları kullanmakta serbesttir." şeklinde düzenlenmiştir<sup>181</sup>. İlgili madde kişilerin haklarını savunmaları için kullanacakları araçları içermekte ve bu araçların yasal olması gerekliliği izah edilmektedir. Yasal araç kavramı günümüzde de hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin iddia ve savunmada kullanılamayacağı gibi, bu araçların hukukun cevaz verdiği yollardan elde edilmemesi sebebiyle "meşru" olmadığı noktasından hareketle Anayasa'nın 36. maddesine uygun olduğu savunulmaktadır<sup>182</sup>.

1961 Anayasası'nın yapım sürecinde Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu tarafından hazırlanan ve Temsilciler Meclisine sunulan Tasarı'da hak arama hürriyetinin düzenlendiği 31. maddesinde "meşru" ibaresinin yer alıp almaması tartışılmıştır. Anayasa'nın Türkçeleştirilme çabası da ifade edilerek hak arama hürriyetinin "bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle" kullanılabilmesi öngörülmüştür. Ancak bu görüşmelerde yapılan değerlendirmeler neticesinde "meşru" kelimesinin daha geniş mana ihtiva etmesinden kaynaklı madde metnine eklenmesine karar verilmiştir<sup>183</sup>. 1961 Anayasası'nın yürürlükte olduğu tarihte Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararında da "meşru" kelimesinin kanunda gösterilen yöntemler deyiminden daha geniş bir anlamı ifade etmek için metne konulduğunun anlaşıldığını belirtmektedir<sup>184</sup>. Bu tespit meşruluk kavramının bir yol veya vasıta olarak kanunda öngörülmesinden daha farklı olduğunu göstermesi yönüyle önemlidir<sup>185</sup>.

1982 Anayasası'nın yapım sürecinde Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu tarafından hazırlanan Tasarı'da ise 35. madde ile hak arama hürriyetinin meşru vasıta

<sup>181</sup> 1924 Anayasası'nın 59. maddesinin Türkçeleştirilmemiş hali "Herkes, mahkeme huzurunda hukukunu müdafaa için lüzum gördüğü meşru vesaiti istimalde serbesttir." şeklindedir.

<sup>182</sup> "İddia ve savunma hakkının kullanımında, kendisine müracaat edilecek olan ispat araçlarının, anayasal deyişle "meşru vasıta" niteliği kazanabilmesi için, hukukun cevaz verdiği yollardan elde edilmiş bulunmaları şarttır. Aksi takdirde, anılan hüküm çerçevesinde de, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillere bir davada ispat gücü tanınması mümkün olmayacaktır". Bkz. Süha Tanrıver, Türk Medenî Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 65, Y: 2006, s. 373.

<sup>183</sup> 1961 Anayasası'nda yer alan teklif ve görüşler için bkz. Temsilciler Meclisi, 14.04.1961, 45. Birleşim, 2. Oturum, *Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi*, C: 8, s. 246 vd. (TBMM Kütüphane ve Arşiv Hizmetleri, Tutanak Erişim Sistemi).

<sup>184</sup> AYM, T. 29.01.1980, E. 1979/38, K. 1980/11, RG. 15.05.1980, S. 16989.

<sup>185</sup> Burak Öztürk 2015, a.g.e., s. 106.

ve yollardan faydalanmak suretiyle kullanılacağı açıkça öngörülmüştür<sup>186</sup>. Bu görüşmelere sırasında Danışma Meclisi, “meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle” ibaresinin maddeden çıkarılmasını önermiş, lakin teklif reddedilmiştir. Söz konusu teklifin açıklamasında meşru olmayan yollarla hak aramanın kabul edilmediği belirtilmekle birlikte esasen bu düşünce; hakkın doğasından kaynaklanan nesnel sınır yaklaşımının uzantısı olarak görülebilir<sup>187</sup>. Zira hak arama hürriyetinin meşru olmayan yollarla kullanılması ve anlaşılması mümkün olmadığından Anayasa’da ayrıca düzenlemesine gerek bulunmamaktadır. Bu öneriye ilişkin söz alan Anayasa Komisyonu Başkanvekili açıklamalarında; “meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle” ibaresinin sürekli kullanılan ve alışılmış bir formül olduğunu ifade etmekte ve formülün içeriğini kanunla belirleme eğiliminde olduğu görülmektedir<sup>188</sup>. Ancak bu durumda hak arama hürriyetine kanunla getirilen bir sınırlanmanın Anayasa’ya uygunluğu denetlenirken kısır bir döngüye girme ihtimali kuvvetle muhtemeldir<sup>189</sup>.

Hak arama hürriyetinin meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle kullanılacağına ilişkin anayasal düzenlemeler incelediğinde tam olarak meşru kelimesinin anlaşılması bakımından yeterli bir açıklığa kavuşturmak mümkün olmamıştır<sup>190</sup>. Bu bağlamda sözü edilen meşruiyetin anlam ve içeriğini belirlemek ve genel çerçevesini çizecek olan hukukun kendisidir<sup>191</sup>. Dolayısıyla, hak arama hürriyeti kullanılırken, kişilerin kullandığı araçların “meşru vasıta” niteliği kazanabilmesi ve bunlara ispat gücü tanınması ancak hukukun cevaz verdiği yöntemlerle mümkün olabilecektir. Bununla birlikte, hak arama hürriyetinin bizzat doğasından kaynaklanan bir sınırlılığının kabulü halinde, “meşru” ibaresinin anayasal düzlemde yer almaması ve kanunlarda yapılan düzenlemeler ile hak arama hürriyetinin norm alanının genişletilmesi veya daraltılması imkanı güçleşebilir<sup>192</sup>.

<sup>186</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu (1/463), Danışma Meclisi (S. Sayısı: 166’ya 1. Ek), s. 108., (TBMM Kütüphane ve Arşiv Hizmetleri, Tutanak Erişim Sistemi).

<sup>187</sup> Necdet Geboglu, “meşru olmayan bir faydalanma suretini kabul etmediğimiz için, bu cümlenin tüm olarak metinden çıkartılmasını arzu ettiklerini” belirtmektedir. Bkz. Danışma Meclisi, 23.08.1923, 133. Birleşim, 1. Oturum, *Danışma Meclisi Tutanak Dergisi*, C: 8, s. 356., Öztürk, bu düşüncenin nesnel sınır yaklaşımının bir uzantısı olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Burak Öztürk 2015, a.g.e., s. 106.

<sup>188</sup> Anayasa Komisyon Başkanvekili Feyyaz Gölcüklü öneriye ilişkin açıklamaları “*Meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle devamlı kullanılan ve yerleşmiş bulunan bir formüldür. Herhangi bir sebeple değil, kanunun tayin ettiği yollardan geçmek suretiyle müracaat yahut araçları, yolları 'kullanmak suretiyle bu makamlara müracaatı ifade etmektedir. Onun için biz, bu ibarelerin çıkarılmasına katılmıyoruz. Alışılmış bir formüldür.*” şeklindedir. Bkz. *Danışma Meclisi Tutanak Dergisi*, C: 8, s. 357.

<sup>189</sup> Burak Öztürk 2015, a.g.e., s. 107.

<sup>190</sup> a.g.e., s. 107.

<sup>191</sup> Süha Tanrıver 2006a, a.g.m., s. 373,

<sup>192</sup> Burak Öztürk 2015, a.g.e., s. 107.

## 1.7.2 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Göre Sınır ve Sınırlamalar

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesinde, bu Sözleşmede yer alan hak ve hürriyetlerin yok edilmesi veya sözleşmede öngörülen ölçüden daha geniş sınırlandırılmasına imkan tanıyacak şekilde yorumlanamayacağı hükmüne bağlanmaktadır<sup>193</sup>. Sözleşme yakından incelendiği bazı haklar yönünde açıkça sınırlama nedenleri öngörülürken<sup>194</sup>, adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. maddede, aleni yargılama ilkesine ilişkin olanlar hariç olmak üzere sınırlama nedenine yer verilmemektedir<sup>195</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi mahkemeye erişim hakkının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. madde kapsamında güvence altında olduğunu belirtmekle birlikte, bu hakkın mutlak olmadığını ve her hakkın muhtevası gereği belirli sınırlamalara tabi olabileceğini öngörmektedir<sup>196</sup>. Mahkemeye erişim hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine göre “medeni hak ve yükümlülük” ile “cezai alanda yöneltilen isnat” kavramları ile öngörüldüğünden; bu hakkın muhtevası gereği sahip olduğu sınırlanmanın, adil yargılanma hakkının uygulama alanını belirleyen alanlarla sınırlı olduğunu düşünmek mümkündür<sup>197</sup>.

Diğer bakımında mahkemeye erişim hakkını düzenlemek ve sözleşmenin gereğini yerine getirmek devletlerin yükümlülüğünde bulunduğu için devletlere tanınan takdir yetkisi, bu hakka getirilen zımni sınırların bulunduğunu göstermektedir. Bir diğer ifadeyle devletler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan 6. maddeye uygun bir şekilde takdir yetkilerini kullanmak kaydıyla mahkemeye erişim hakkını

---

<sup>193</sup> AHİS'nin 17. maddesi “*Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmiş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.*” şeklindedir.

<sup>194</sup> Özel sınırlama nedeni öngörülen maddeler; Özel ve aile hayatına saygı hakkı (m. 8), Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (m. 9), İfade özgürlüğü (m. 10), Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (m. 9), Toplantı ve dernek kurma özgürlüğüdür (m. 11). Ancak hak ve özgürlüklere bu Sözleşme hükümleri ile izin verilen kısıtlamalar öngörüldükleri amaç dışında uygulanamaz (m. 18).

<sup>195</sup> AHİS 6. maddesi ilgili sınırlamayı şu şekilde belirtmektedir: “*Karar aleni olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılanmaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir*”. Bununla birlikte AHİS 15. madde ile üye devletler olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma hakkına sahiptirler.

<sup>196</sup> AHİM, *Golder*, paragraf 38., Burak Öztürk 2015, a.g.e., s. 108.

<sup>197</sup> Laure Milano, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2006, s. 192., aktaran; Burak Öztürk 2015, a.g.e., s. 108,109.

düzenleyebilir, hak arama hürriyetini sınırlandırabilir<sup>198</sup>. Bu noktada takdir yetkisinin kullanımının değerlendirilmesinde, meşru amacın varlığı, hakkın özüne dokunulmaması ve orantılı olma ilkesi bir nevi sınırlamaların denetiminde dikkat edilen referans noktası olarak kabul edilmektedir<sup>199</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile adil yargılanma hakkının bir bileşeni olan mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasına yönelik açık bir sınırlama nedeni yer almamaktadır. Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları doğrultusunda devletlere zımni bir sınırlama imkanı tanınması ile bir anlamda Sözleşme'nin 17. maddesinin sınırlarının aşıldığı söylenebilir. Ancak mahkemeye erişim hakkının da içtihatlarla genişletilmesi ve tanınması bir bakıma bu getirinin bedeli olarak görülebilir<sup>200</sup>.

## **1.8 HAK ARAMA HÜRRİYETİ AÇISINDAN ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI**

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları genel olarak; bağımsız, tarafsız ve objektif konumda bulunan bir üçüncü kişinin, aralarında uyuşmazlık bulunan tarafları bir araya getirerek, ortaklaşa bir çözüm bulmaları konusunda iletişim kurmalarını sağladığı ve aralarındaki uyuşmazlığı kendi kendilerine çözmeleri için onlara yardımcı olduğu bir yöntem şeklinde tanımlanabilir<sup>201</sup>. Devlet mahkemelerinde cereyan eden yargılamaya göre seçimlik bir yol olarak uygulama alanı bulmakta ve iradilik esası üzerine inşa edilmiş uyuşmazlık çözüm yolları bütünüdür. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, mahkeme dışı çözümler öneren bir başka deyişle, dava sürecine alternatif olarak geliştirilen ve kişilerin bu yöntemlerle de adalete erişebilmesine imkan tanımayı amaçlamaktadır<sup>202</sup>.

<sup>198</sup> AHİM (BD), *Nait-Liman/İsviçre*, B. No: 51357/07, 15.03.2018, paragraf 113,115., AHİM, *Ashingdane/Birleşik Krallık*, B. No: 8225/78, 28.05.1985, paragraf 57.

<sup>199</sup> Eğer sınırlama meşru bir amaç taşımıyorsa ve gözetilen amaç ile kullanılan yöntem arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmuyorsa AHİM'nin 6. maddesi ile uyumlu olmayacaktır. Bkz. AHİM (BD), *Nait-Liman/İsviçre*, paragraf 113,115., Ayrıca bkz. Adil Yargılanma (medeni hukuk yönü) kitapçığı, paragraf 87., Sibel İnceoğlu 2014, a.g.e., s. 23,24.

<sup>200</sup> Milano, *Le droit à un tribunal*, s. 195., aktaran; Burak Öztürk 2015, a.g.e., s. 110.

<sup>201</sup> Süha Tanrıver, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, 2006, içinde; *Makalelerim II*, Ankara, Adalet Yayınları, 2011, s. 67., Alper Bulur, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi, 2008, s. 1, (Çevrimiçi) <http://www.arabulucu.com/arabuluculuk-hakkinda/alternatif-uyusmazlik-cozum-yollari-ve-arabuluculuk-yontemi>, 26.04.2021.

<sup>202</sup> Gülgün Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü*, 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2003, s. 55., İbrahim Özbay, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: X, S: 3-4, Y: 2006, s. 459,460., Adalete erişim hakkı dayanağını hak arama hürriyetinden alan ve hak arama hürriyetinden çok daha geniş bir kavramdır. Bkz. Mustafa Özbek, Anayasal Hak ve Hürriyetler İle Yargılamaya Hakim Olan İlkeler Işığında



Gerek Türk hukukunda gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde, hak arama hürriyeti teminat altına alınmakla birlikte<sup>203</sup>, bu hakkın kullanıma uygun sistemlerin hayata geçirilmesi bakımından devletin pozitif bir yükümlülüğü bulunmaktadır. Sosyal hukuk devletin bir gereği olarak devlet; hukuk ilkeleri ile bağdaşmayacak ve kişinin temel hak ve hürriyetlerinin kullanımını sınırlayan veya kısıtlayan sosyal, ekonomik ve siyasal engelleri kaldırmalıdır<sup>204</sup>. Bu sebeple hak arama hürriyetinin önünde bulunan hukuk ilkeleri ile bağdaşmayan ve kişilerin adalete erişmesini sınırlayan engellerin kaldırılması, adaletin kalitesi düşürülmeden hak arayana en kısa sürede, en az masrafla ve en kolay biçimde hakkına kavuşma yolunun sağlanması gerekir<sup>205</sup>.

Hak arama hürriyetinin bir unsuru olan; adil yargılanma ve etkili başvuru hakkının ihlal edilmemesi için yargılama sürecinin makul bir süre içerisinde tamamlanması gerekmektedir<sup>206</sup>. Makul süre her somut olaya göre değişmekte ve tespitini yapmak kolay olmamakla birlikte, bugün devlet yargısında birçok davanın makul sürede sonuçlanmaması sosyal hukuk devletinin bir gereği olarak, devletleri yargı dışında çözüm üretmeye yöneltmiştir<sup>207</sup>. İşte bu noktada alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile taraflara, geciken adaletin tecellisi için bir alternatif sunulmaktadır. Taraflar, devlet yargısına alternatif bir yolla uyuşmazlık konusunu çözümlenemeyi denemekte, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri ile uyuşmazlığın çözümlenmesi halinde uyuşmazlıkların devlet yargısına götürülmesine gerek kalmamaktadır. Tarafların alternatif yollarla uyuşmazlık konusunu çözümlenememesi halinde uyuşmazlığın devlet yargısına intikal etmesi ile birlikte, pek çok ihtilaf konusu uygulanan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri ile çözüme ulaştığından,

---

Arabuluculuk, Medenî Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 15-17 Ekim 2010, s. 131 vd.

<sup>203</sup> Anayasa'nın 36.maddesi ve Anayasa'nın 40.maddesi hak arama hürriyetinin teminat altına alındığı gösteren iki ana hükümdür. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ise 6. madde ve 13. madde ile hak arama hürriyeti korunmaktadır.

<sup>204</sup> Anayasa'nın 5. maddesi ile devletin görevleri belirtilmiş, Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Sosyal devlet olgusu XX. yüzyıla ait bir olgudur. Genel bir ifadeyle, sosyal devletin gereği; fertlere özgürleştirme güvencesi, sosyal ve ekonomik eşitlik sağlamak, şeklinde belirtebiliriz. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu 2019, a.g.e., s. 112,115., Ferhat Uslu 2016, a.g.e., s. 26.

<sup>205</sup> Meral Sungurtekin Özkan, Anayasal Şikayet ve Adalete Erişim, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 16, Özel Sayı, Y: 2014, (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s. 399,401.

<sup>206</sup> Bkz. 1.6.1. Etkili Başvuru Hakkı ve Hak Arama Hürriyeti Arasındaki İlişki başlığı.

<sup>207</sup> Gülgün Ildır 2003, a.g.e., s. 52., Mustafa Özbek, Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 68, Y: 2007, s. 269.

mahkemelerde yargılama süresi kısalabilmektedir<sup>208</sup>. Bu bakımdan alternatif çözüm yolları yargının makul sürede tamamlanmasına hizmet etmekte olan alternatif yöntemler olduğunu ortaya koymaktadır.

Bir diğer husus, yargı yetkisi devletin tekelinde bulunmaktadır ve Anayasamıza göre bu yetki Türk milleti adına, bağımsız mahkemeler tarafından kullanılır (AY m. 9). Alternatif uyuşmazlık çözümünü uygulayan kişi, heyet, merci veya makamlar Anayasa ile belirtilen yargılama mercilerinden değildir ve bu kişi, merci veya makamlarca yargılama faaliyeti yürütülmemektedir<sup>209</sup>. Bu sebeple taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın alternatif çözüm yollarıyla çözümleneceği üzerinde anlaşmış olsalar bile, taraflardan biri uyuşmazlığın çözümü için devlet yargısına başvurmuşsa, diğer taraf uyuşmazlığın alternatif yöntemlerle çözümleneceği itirazında bulunamaz<sup>210</sup>. Ayrıca kamu düzenini ilgilendiren hususlarda maddi hukuk taraflara alternatif çözüm yolları ile uyuşmazlığı sonlandırma yetkisi vermediğinden, tarafların alternatif uyuşmazlık çözümüne ilişkin yaptığı sözleşmeler geçeriz olacaktır<sup>211</sup>. O halde uyuşmazlığın çözümü için alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kararlaştırılmış olması, yargının genel yetkisini bertaraf etmeyecek ve alternatif uyuşmazlık çözümleri, hak arama hürriyetinin önünde bir engel teşkil etmeyecektir<sup>212</sup>.

Hukuk devletinin bir gereği olan adil yargılanma hakkı; hak arama hürriyeti kapsamında kişilerin adalete ulaşmasında birçok güvence sağlamaktadır. Yukarıda belirtilen yargılamanın makul sürede tamamlanmasını talep etme hakkı da bunlardan biridir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının niteliklerinin ve değerinin anlaşılması için adil yargılanma hakkının diğer unsurları bakımından da alternatif çözüm yollarının incelenmesi gereklidir. Bu bağlamda adil yargılanma hakkının güvencelerinden bir diğeri, kişilerin kanunen tabi olduğu mahkemeler dışında başka merciler önüne çıkarılamaması ve kanunla önceden belirlenmiş bağımsız ve tarafsız

---

<sup>208</sup> Gülgün Ildır 2003, a.g.e., s. 52., Alternatif çözüm yolları; vakıaların saptanması, kısa duruşma, tarafsız ön değerlendirme, kısa jüri uygulaması, arabuluculuk ve tahkim olarak belirtilmekle birlikte tahkimin alternatif bir çözüm yolu olup olmadığı hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları hakkında daha fazla bilgi için bkz. Elif Kısmet Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 18,22., Ömer Ekmekçi, Muhammet Özeker ve Murat Atalı, *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*, On İki Levha Yayıncılık, 2018, İstanbul, s. 9,14. <sup>209</sup> Süha Tanrıver 2006c, a.g.m., s. 68.

<sup>210</sup> Süha Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y: 2006, S: 64, içinde; *Makalelerim II*, Adalet Yayınları, Ankara, 2011, s. 6.

<sup>211</sup> Gülgün Ildır 2003, a.g.e., s. 41.

<sup>212</sup> Süha Tanrıver 2006b, a.g.m., s. 7 vd.

mahkemeler önünde yargılanmasıdır<sup>213</sup>. Tabii hakim ilkesi Anayasa'nın 37. maddesinde düzenlenmiştir ve bu ilke devlet yargısına ilişkin bir ilkedir. Uyuşmazlıkların, alternatif yollarla çözümlenmesinde bir yargılama faaliyeti söz konusu olmadığı gibi, bu yollara başvurunun zorunlu olduğu durumlarda dahi tarafların, yargıya başvuru imkanını ortadan kaldırmadığından adil yargılanma kavramı bu alanda geçerli değildir<sup>214</sup>. Bununla birlikte, adil bir yargılanmanın gerçekleşmesi için hakimin tarafsız olması gerekliliği, yargılama sonucunda ulaşılan hükümle bağlantılıdır. Oysa alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında söz konusu “yargılama” olmadığından “hükme” ulaşmak amaçlanmamaktadır<sup>215</sup>. O halde adil yargılanmanın bir gereği olan hükmün gerekçeli olma ilkesi de alternatif uyuşmazlık çözümlerinde uygulama bulmayacaktır. Zira taraflar alternatif yollarla bir çözüme ulaşırsa ortada taraf iradelerini gösteren bir sözleşmenin varlığından söz etmek daha doğru olacaktır<sup>216</sup>.

Adil yargılanma hakkının bir diğer unsuru kural olarak, duruşmaların açık ve aleni yapılmasıdır. Aleniyet devlet yargısına duyulan güvenin artmasını sağlamaktadır<sup>217</sup>. Alternatif çözüm yollarında ise gizlilik esastır. Örneğin, tanınmış markanın ticari itibarını korumak adına uyuşmazlık konularında alternatif yollar tercih edebilmektedir<sup>218</sup>. Ayrıca gizliliğin, tarafların mahkemede aleyhlerine kullanılacağını düşünerek açıklamaktan çekindikleri hususları daha rahat bir şekilde ifade etmeleri ve çözüme ulaşacaklarına yardımcı olacağı ifade edilmektedir. Nitekim gerekli olması halinde duruşmaların kapalı yapılmasının da mümkün olduğu<sup>219</sup> düşünüldüğünde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarındaki oturumların gizli olması hususunda taraflar anlaşabilmelidir. O halde adil yargılanma hakkı alternatif uyuşmazlık çözümünün geçerliliğine etki etmez; çünkü bunlar tarafların özgür iradelerine tabidir<sup>220</sup>.

<sup>213</sup> Bkz. 1.5.5.Yargı Mercileri Önüne Çıkma başlığı.

<sup>214</sup> Gülgün Ildır 2003, a.g.e., s. 45.

<sup>215</sup> a.g.e., s. 50.

<sup>216</sup> a.g.e., s. 53.

<sup>217</sup> Bkz. 1.6.3. Adil Yargılanma Hakkı ve Hak Arama Hürriyeti Arasındaki İlişki başlığı.

<sup>218</sup> Gülgün Ildır 2003, a.g.e., s. 49., Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes ve Murat Atalı 2018, a.g.e., s. 19.

<sup>219</sup> Anayasa 141. madde uyarınca; genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde duruşmaların kapalı olmasına karar verilebilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde de paralel bir düzenleme bulunmaktadır.

<sup>220</sup> Bu ifade tahkim yargısına ilişkin bir şekilde Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Doğru Yargılanma*, Ankara, 1994, s. 19'dan alındığı belirtilerek aktarılmıştır. Bkz. Gülgün Ildır 2003, a.g.e., s. 45 ve dip not 104., Kadriye Bakırcı, “Alternatif” Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu (Arabuluculuk) Aracılığıyla “Alternatif” İş Hukukuna Doğru, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C: 31, S: 140, Y: Ocak 2019, s. 384.

Bu minvalde, alternatif çözüm yolları yargının yerine ikame edilen bir kurum olmayıp; aksine yargının mutlak yetkisine zarar vermeksizin yargının yanında yer alan, kişilere adalete ulaşmaları için daha hızlı ve ekonomik bir yol sunarak anayasal kuralların tam anlamıyla işlerlik kazanmasına hizmet ettiğini ortaya koymaktadır<sup>221</sup>. Alternatif çözüm yolları ile anlaşma sağlanamaması veya bu yolların tercih etmek istenmemesi halinde herkes yargıya başvurabilir ve hak arama hürriyetini tüm mekanizmalarıyla birlikte, uyuşmazlık çözümü bağlamında devreye girmesini sağlayabilir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, hak arama hürriyetinin önünde bir engel değildir ve hak arama hürriyetini sınırlamak yahut bertaraf etmek gibi herhangi bir amacı ve işlevi de bulunmamaktadır<sup>222</sup>.

Sonuç olarak yapılan bu tespitlerden alternatif çözüm yollarının, hak arama hürriyeti ve ilişkili olduğu adil yargılanma hakkı ile mahkemeye erişim hakkını ihlal etmediği buna mukabil, uyuşmazlıkların çözümde ve adalete ulaşmada etkili bir alternatif başvuru yolu olmayı hedeflediği belirtilebilir. Özellikle alternatif çözüm yollarından arabuluculuk kurumunun birçok ülkede mahkemeye başvurmadan önce tamamlanması gereken bir usuli şart haline gelmesi hak arama hürriyetinin sınırlandırıldığına ilişkin endişelerin doğmasına sebep olmuştur. Hak arama hürriyetinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasamıza göre mutlak bir hak olmadığı ancak sınırlandırılırken uyulması gereken ilkelerin (meşru amacın bulunması, hakkın özüne dokunmama ve ölçülülük ilkesi) olduğunu belirtmiştik. Bu doğrultuda çalışmamızın devamında, öncelikle alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan arabuluculuk kurumu izah edilip akabinde arabuluculuk kurumunun hak arama hürriyetini sınırlandıran bir yapısının olup olmadığı ve sınırlamanın tespiti halinde uyulması gereken ilkelerin ihlal edilip edilmediği değerlendirilecektir.

---

<sup>221</sup> Anayasa Mahkemesi bir kararında “..Anayasa’nın 141. maddesiyle de davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması görevi yargıya verilmiştir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir...” demiştir. İlgili karar için bkz. AYM, T. 03.03.2004, E. 2003/98, K. 2004/31, RG. 10.07.2004, S. 25518.

<sup>222</sup> Süha Tanrıver 2006b, a.g.m., s. 5., Gülgün Ildır 2003, a.g.e., s. 48.

## BÖLÜM II

### ARABULUCULUK KAVRAMI VE ARABULUCULUK TÜRLERİ

#### 2.1 ARABULUCULUK KAVRAMI, GELİŞİMİ, TÜRLERİ VE YABANCI ÜLKE UYGULAMALARI

##### 2.1.1 Arabuluculuk Kavramı

Arabuluculuk, Türk Dil Kurumu tarafından sözlük anlamıyla bir anlaşmazlığın çözümünün üçüncü bir tarafsız kişi veya kuruma bırakılması olarak tanımlanmıştır<sup>223</sup>. Arabuluculuk kavramına etimolojik açıdan bakıldığında kavramın kökeni İngilizce/Latine “*mediation*” sözcüğünden gelmektedir<sup>224</sup>. İngilizce “*demediate*” sözcüğü ortalama, arayı bulma anlamına<sup>225</sup> gelirken Latince “*demediare*” ise ortadan ikiye bölme, yarılama anlamında kullanılmakta olup<sup>226</sup> İngilizce “*mediation*” kavramı bu sözcüklerden türetilerek uyuşmazlığın iki tarafının menfaatlerinin arasının bulunarak çözümlenmesi anlamı kazandırılmıştır.

Arabuluculuk kavramı, Türkçede uzlaştırma ile eş anlamlı kullanılmaktadır. Ancak, her iki kavram hukuksal anlamda farklılıklar taşımaktadır. Uzlaştırma sözcüğü İngilizce karşılığı olarak “*conciliation*” kelimesi, Latince “*conciliare*” kelimesinden türemiş ve tarafları barıştırma, yatıştırma, uzlaştırma anlamında kullanılmaktadır<sup>227</sup>. Uzlaştırma sözcüğünün anlamsal yapısında barıştırma, tarafları yatıştırma bulunurken, arabuluculukta her iki tarafın menfaatleri gözetilerek uyuşmazlığın sona erdirilmesi vardır. Alternatif çözüm yollarından biri olan uzlaştırma yöntemi; tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin, tarafların aralarında bulunan uyuşmazlık konusu hakkında somut olayın özelliklerine göre çeşitli çözüm önerileri sunarak tarafların bu çözüm önerilerini müzakere etmesini ve sunulan çözüm önerilerinden bir tanesi üzerinde mutabakata

<sup>223</sup> (çevrimiçi) [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr), 10.11.2020.

<sup>224</sup> Orhan Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2017, s. 9., Melis Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde)*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 30., Zeki Okur, *Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk*, Karahan Kitabevi, Adana, 2019, s. 12.

<sup>225</sup> (çevrimiçi) [www.zargan.com](http://www.zargan.com), 10.11.2020.

<sup>226</sup> (çevrimiçi) [www.ellonline.com](http://www.ellonline.com), 10.11.2020.

<sup>227</sup> Gülgün İldır 2003, a.g.e., s. 78, İbrahim Özbay 2006, a.g.m., s. 464., Orhan Dür 2017, a.g.t., s. 7.

varmalarını hedefleyen bir yoldur<sup>228</sup>. Uzlaştırma yolunda uzlaştırıcı taraflara çözüm önerisi sunabilirken arabuluculuk yolunda arabulucu taraflara çözüm önerisinde bulunmaz, tarafların kendi çözümlerini bulmaları için tarafların bir araya gelmelerini, iletişim kurmalarını ve müzakerelerde bulunabilmelerini hedefleyen bir işlev yerine getirir<sup>229</sup>.

Arabuluculuk, kendi adını taşıyan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2. maddesinde “...Sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini...” şeklinde tanımlanmıştır<sup>230</sup>.

Arabuluculuk kavramını anlamak için doktrindeki tanımlara da bakmak gerekmektedir. Arabuluculuğu geniş anlamda ele aldığımızda yasal olarak zorunlu arabuluculuk öngören durumlar istisna olmak üzere, uyuşmazlık taraflarının kendi istekleri ile tarafsız üçüncü bir kişinin yardımını kabul ederek aralarındaki uyuşmazlığa çözüm bulma çabası, istendiği anda süreci sonlandırma serbestisinin olması denilebilir<sup>231</sup>. Doktrindeki bir görüşe göre arabuluculuk, uyuşmazlıkların tarafsız bir üçüncü kişi yardımıyla gönüllü olarak çözülmesi usulüdür<sup>232</sup>. Başka bir görüşe göre ise arabuluculuk, uyuşmazlık taraflarını, müzakere edilmesi amacıyla bir araya getirmek ve böylece tarafların birbirlerini anlamalarını, kendi çözümlerini kendilerinin bulmalarını sağlamak gayesiyle aralarındaki iletişimi kolaylaştıran bağımsız ve objektif konumda bulunan üçüncü kişinin katılımıyla yürütülen gönüllü

<sup>228</sup> Süha Tanrıver 2006b, a.g.m., s. 3,4., İbrahim Özbay 2006, a.g.m., s. 464,465.

<sup>229</sup> Süha Tanrıver 2006b, a.g.m., s. 18 vd., “Arabuluculuk uzlaştırma safhasını da kapsarken uzlaştırma arabuluculuk safhasına girmez. Her iki faaliyet de tarafları sunulan çözümleri benimseme yükümlülüğü altında bırakmaması nedeniyle ortaktır.” bkz. Gülgün Ildır 2003, a.g.e., s. 141., M. Serhat Sarısözen, *Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Işığında Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, Konya 2010, s. 58,59.

<sup>230</sup> (çevrimiçi) [www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr), 10.11.2020.

<sup>231</sup> Süha Tanrıver, "Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Ankara, 2010, içinde; *Makalelerim II*, Adalet Yayınları, Ankara, 2011, s. 243,245., Çiğdem Yazıcı Tıktık, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s. 8.

<sup>232</sup> M. Serhat Sarısözen, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Getirdikleri, İcra Edilebilirlik Belgesi ve Arabuluculuğun Avukatın Tekel Hakkına Aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: XV, S: 1-2, Y: 2011, s. 256., İbrahim Özbay 2006, a.g.m., s. 465.

bir usuldür<sup>233</sup>.

Karşılaştırmalı hukukta arabuluculuk yolunun uygulandığı ülkelerde yasal düzenlemelere bakıldığında arabuluculuk tanımlarının birbiriyle örtüştüğü görülmektedir. Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi'nde<sup>234</sup> “*arabuluculuk adlandırılma ve başvuru şekline bakılmaksızın, uyuşmazlığın tarafı iki veya daha fazla kişinin gönüllü bir temelde uyuşmazlıklarını çözmek için bir arabulucunun yardımı ile bizzat çaba gösterdikleri yapılandırılmış bir süreç...*” şeklinde tanımlanmıştır<sup>235</sup>.

Avusturya Hukukunda; Avusturya Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu<sup>236</sup> madde 1/1 ile arabuluculuğun tanımını “ *taraflar açısından gönüllülük ilkesi merkezli bir faaliyet olmakla, konusunda uzman, eğitimini almış tarafsız bir arabulucu (aracı) vasıtası ile taraflar arasındaki uyuşmazlığın, iletişim sağlanarak herkes tarafından kabul gören sistem ve metotlar vasıtası ile tüm sorumluluğun taraflarda olması koşuluyla hedefe, çözüme kavuşturulmasıdır.*” şeklinde getirmiştir<sup>237</sup>.

Alman Hukukunda ise Arabuluculuk ve Diğer Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Teşvik Edilmesine Dair Alman Kanunu<sup>238</sup> madde 1/1'de düzenlemenin 1/1 maddesinde “*arabuluculuk, güvene dayalı, bir veya birden fazla arabulucu tarafından yürütülen ve tarafların uyuşmazlıklarını çözmeye yarayan bir yoldur*” ifadesiyle; madde 1/2'de ise, “*arabulucu tarafsız ve bağımsızdır. Arabulucunun uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisi bulunmamaktadır.*” şeklinde bir tanımlama getirmektedir<sup>239</sup>.

Bahsedilen tanımlamalar değerlendirildiğinde, arabuluculuğa ilişkin getirilen tanımların temelde birbirinden farklı olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu çerçevede genel olarak arabuluculuk yolu için “*... taraflar arasındaki ihtilafın objektif, tarafsız, bağımsız uzman üçüncü kişi yönetiminde çeşitli müzakere yöntemlerinin*

<sup>233</sup> Süha Tanrıver 2006c, a.g.m., s. 69., Yavuz Kaplan, Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış, *MHBD*, Yıl: 28, S: 1- 2, Y: 2008, s. 121,122.

<sup>234</sup> Richtlinie 2008/52/EC des Europaeischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation im Zivil-und Handelssachen (çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2008/52/oj>, 18.03.2021.

<sup>235</sup> Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 13., Elif Kısmet Kekeç 2016, a.g.e., s. 24., Ferhat Yıldırım, Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk, *International Journal of Social Sciences and Education Research*, C: 2 (3), Y: 2016, s.749.

<sup>236</sup> Zivilrecht-Mediation-Ge-setz, ZivMediatG.

<sup>237</sup> Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 13., Ferhat Yıldırım 2016, a.g.m., s. 749.

<sup>238</sup> Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der aussergerichtlichen Konfliktbeilegung.

<sup>239</sup> Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 13., Ferhat Yıldırım 2016, a.g.m., s. 749.

*kullanılması vasıtası ile taraflarca çözüme ulaştırıldığı tamamen iradi olan bir süreç”* şeklinde tanımlamak yerinde olabilecektir<sup>240</sup>.

### **2.1.2 Arabuluculuğun Amacı**

Arabuluculuk müessesesinin düzenlenmesinin amacı; tarafların uyuşmazlığın çözülmesi sürecinde daha etkin hale getirilmeleri, yargının iş yükünün azaltılması, tarafların kendilerinin belirleyebilecekleri tarafsız ve güvenilen arabulucu/lar önünde uyuşmazlığı müzakere etmelerinin sağlanmasıdır. Bir diğer bakımdan arabuluculuk sürecinin amacı; iradilik ve gizlilik esas alınarak tarafların kendi hayatlarını etkileyecek konular hakkındaki kararlarının sorumluluğunu yargıya bırakmadan ancak yargının mutlak egemenliğine de zarar vermeden uyuşmazlığın daha kolay, barışçıl ve kendi iradeleri ile çözümlenmeleri olarak değerlendirilmiştir<sup>241</sup>.

Arabuluculuk bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ise taraflar arasındaki uyuşmazlığın kısa bir sürede duruşma yapmaksızın, tarafsız ön değerlendirme, uzlaşma, sulh, tahkim gibi çeşitleri olan yargısal süreçlere alternatif yöntemlerle dava açılmaksızın, daha az masraflı bir şekilde, tarafların çıkarlarının sağlanması amacıyla dayalı çözüme kavuşturma yollarının adıdır<sup>242</sup>. Türkiye’de arabuluculuk, 22.06.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile bir “alternatif uyuşmazlık çözümü” yolu olarak uygulanmaya başlamıştır. Buradan elde edilen tecrübeler ile önce 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile iş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk esasına ilişkin düzenlemeler getirilerek 01.01.2018’de uygulanmaya başlanacağı kararlaştırılmıştır. Akabinde 7155 sayılı Kanun’la Türk Ticaret Kanunu’na yapılan dava şartı arabuluculuk düzenlenmesi ile ticari uyuşmazlıklarda 01.01.2019 tarihinde uygulanmaya başlanmıştır. Yakın tarihte ise 28.07.2020 tarihli resmi gazete ile resmi gazetede yayımlanan 7251 sayılı Hukuk

<sup>240</sup> Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 14., Ferhat Yıldırım 2016, a.g.m., s. 930., Ferhat Yıldırım, Arabuluculuk Faaliyetinde Sorumluluk Sigortasının Önemi, *Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 3, S: 2, Y: 2014, s. 343,344.

<sup>241</sup> Elif Kısmet Kekeç 2016, a.g.e., s. 25,26., Ersin Erdoğan ve Nurbanu Erzurumlu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye’nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı, *SETA Raporu*, İstanbul, 2016, s. 12, (Çevrimiçi) <https://setav.org/assets/uploads/2016/12/Turkiyenin-Arabuluculuk-Tecrubesi-PDF.pdf>, 29.11.2019., Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 21. Gülgün İldir 2003, a.g.e., s. 88., Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 10.

<sup>242</sup> Gülgün İldir 2003, a.g.e., s. 116., Kurtuluş Tayanç Çalışır, *Arabuluculuk*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 8., Mustafa Özbek 2010, Tebliğ, s. 127., Alper Bulur, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ve Uzlaştırma, s. 3., (çevrimiçi) <http://www.arbulucu.com>, 14.01.2020., Gizem Yaşın Erdoğan, Alternatif Uyuşmazlık Çözümlerinin Hukuki Temelleri, Hak Arama Özgürlüğü İle İlişkisi, Olumlu ve Olumsuz Yönler, *Hukuk Gündemi Dergisi*, Y: 2009/2, s. 27.



Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a getirilen düzenlemelerle tüketici uyuşmazlıklarında arabuluculuk yoluna başvurmak dava şartı haline getirilmiştir.

Diğer bakımdan aile hukukundan doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuğa ilişkin özel bir kanun düzenlenmesi veya Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunu'na özel hükümler getirilmesi gerektiği Adalet Bakanlığı'nın çalışmaları içerisinde olduğu bilinmektedir<sup>243</sup>. Aile hukukundan doğan uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk modelinin olumlu ve olumsuz yönleri doktrinde tartışılara konu olmuştur<sup>244</sup>. Ancak henüz aile hukukundan doğan uyuşmazlıklara ilişkin dava şartı arabuluculuk uygulamaları yürürlüğe girmediğinden bu konudaki çalışmaların varlığına değinmekle yetinilmektedir.

<sup>243</sup> Levent Börü, *Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler*, II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 381, C: 2, Y: 2019, s. 1052., T.C Adalet Bakanlığı, "Türkiye'de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi Projesi", Üçüncü Aile Arabuluculuğu Çalıştay Raporu, 15-16 Mayıs 2017, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu Kitabı, 06-07 Aralık 2018, (çevrimiçi) <https://aybu.edu.tr/hukuk/contents/files/ARABULUCULUK%20SEMPOZYUM%20KI%CC%87TA%20BI.pdf>, 19.03.2021.

<sup>244</sup> Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi) 48. maddesinin 1. fıkrasıyla kadına karşı şiddete ilişkin uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk uygulamaları yasaklanmıştır. (Türkiye'nin de taraf olduğu bu sözleşme; Türkiye Cumhuriyeti adına 11.05.2011 tarihinde imzalanan ve 10.02.2012 tarihli ve 2012/2816 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanan Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin Türkiye Cumhuriyeti bakımından feshedilmesine, 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 3'üncü maddesi gereğince karar verilmiş ve 31429 sayılı ve 20 Mart 2021 tarihli resmi gazetede yayınlanmıştır. İlgili kararnamenin yasama organının yetkisini gasp ettiğine dair Danıştay'a dava açılmıştır.) Ayrıca Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesiyle aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığını açıkça hükme bağlamıştır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Aile Arabuluculuğu Hakkındaki R(98) 1 Sayılı Tavsiye Kararı'nın Aile Arabuluculuğunun İlkeleri Başlıklı II, a bendinde " Arabuluculuğa başvurulması kural olarak zorunlu olmamalıdır" ifadesi yer almakta ve bu tavsiye kararı ile arabuluculukta ihtiyariliğin esas alınması belirtilmiştir. Bu konu hakkında bkz. Börü, *Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler*, s. 1054,0155., Levent Börü, Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna Karşı Bazı Değerlendirmeler, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Özel Sayı, Y: 2017, s. 173 vd., Doktrinde; Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesi kapsamında aile arabuluculuğuna elverişli uyuşmazlıklarda örneğin; boşanmanın kesinleşmesinden sonraki feriler bakımından arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir. Bu konu hakkında bkz. Seda Özmumcu, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bakış, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C: LXXIV, S: 2, Y: 2016, s. 809 vd., Tolga Akkaya, Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakim Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci, Aile Danışmanlığı, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 72, S: 4, Y: 2014, s. 27 vd., Cem Özcan, Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl: 5, S: 9, Y: 2017, s. 390.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuğun gelişmesinde hukuki uyuşmazlıkların çözümünde yargılama faaliyetlerinin uzun sürmesi, hakkın kazanımının gecikmesi, yargılama harç ve gider maliyetlerinin kişilere külfet yaratmasının etkileri bulunmaktadır. Kişiler günümüzde artık hakkına bir an önce kavuşmak isterken, uzun süren bir yargılama sürecini beklemek istememektedir.

Adalet Bakanlığı'nın hukuk mahkemelerinde uyuşmazlıkların süratle çözüme kavuşması için hayata geçirdiği alternatif çözüm yöntemlerinden biri olan arabuluculuk hakkında yayınlanan istatistiksel verilere göre<sup>245</sup>, arabuluculuk uygulamasının yürürlüğe girdiği tarihten bugüne kadar müzakeresi tamamlanan 1 milyon 709 bin 976 dosyadan 1 milyon 169 bin 949'u anlaşma ile sonuçlanarak başarı oranı %68 olarak gerçekleşti. Aynı verilere göre dava şartı olan iş uyuşmazlıklarında uygulamanın başladığı 1 Ocak 2018'den bugüne müzakeresi tamamlanan 1 milyon 14 bin 132 dosyadan 614 bin 981 dosyada başarı sağlanarak üç yılın toplam başarı ortalamasıysa %61 olarak gerçekleşirken ticari arabuluculukta Ocak 2019'dan bugüne ise 263 bin 542 dosyanın 141 bin 130'unda anlaşma sağlandı ve başarı oranı %54 olarak gerçekleşti. Tüketici uyuşmazlıklarında uygulamanın başladığı 28 Temmuz 2020'den bugüne kadar 23 bin 72 dosya arabulucuya gitti ve bu dosyalardan 13 bin 639'u çözüme kavuştu. Başarı oranı ise %59 oldu. İstatistik verilerine bakıldığında tarafların çoğunlukla anlaşmışları, bu şekilde hem yargının yükünün azaldığı hem de uzlaşma kültürünün geliştiği, arabuluculukla amaçlanan hedefe ulaşma yolunda önemli bir yol alındığı anlaşılmaktadır.

### **2.1.3 Arabuluculuğun Gelişimi**

Arabuluculuk günümüzde tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri uyuşmazlık konularında, menfaat dengesini sağlayarak tarafların iradesi ile uyuşmazlıkların barışçıl şekilde hem hızlı hem de kalıcı bir çözüme ulaşması için gelişmekte ve geliştirilmesi hedeflenmektedir. Özellikle arabuluculuk müessesenin gelişmesi ve hızla kanunlarla entegre bir şekilde ilerlemeye başlamasının sebebi yargı sisteminin uyuşmazlıkları çözümlemede ağır kalması, yargı masraflarının taraflara yük olması, geç gelen adaletin tarafları tatmin etmemesinden kaynaklanmıştır. Kişilere adalete erişim hakkını sağlamakla görevli olan sosyal devlet anlayışı bu noktada tarafların menfaatlerini korurken aynı zamanda uyuşmazlıkları çözümleyebilmelerine

---

<sup>245</sup> Daha fazla bilgi için bkz. (çevrimiçi) <https://basin.adalet.gov.tr/arabuluculukta-basari-2020-de-devam-etti>, 14.01.2020.

imkan tanıyan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını etkinleştirerek ve bu yolların seçimini de cazip hale getirmesi gerekmiştir. Esasen arabuluculuk eski çağlardan beri olan bir sistem olup günümüzde bu sistemlerin yaygınlaştırılma çabası ve taraflara cazip hale getirilmesinin sebebi tarafların uyuşmazlıklarını çözümlendirmeleri için kişilere birden çok çözüm yolu sunarak adalete erişimi kolaylaştırmaktır.

Arbuluculuğun toplumsal bir çözüm aracı olarak kullanıldığı eski çağda Mısır, Babil, Sümerler ve Asur'da geleneksel arabuluculuk örneklerine rastlamak mümkündür<sup>246</sup>. Arabuluculuk, her ne kadar bizim için çok yeni bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olsa da, arabuluculuğun tarihçesi 4000 yıl kadar önceye dayanmaktadır<sup>247</sup>. Arabuluculuğun ilk tohumları bizim bugün üzerinde yaşadığımız bu coğrafyada, yani Mezopotamya'da ve Sümer Uygarlığında atılmıştır<sup>248</sup>. Arabuluculuk, ilk çağlardaki bu gelişiminin ardından günümüze kadar ulaşan medeniyetlerin kökeni olan Antik Yunan, Roma ve Çin medeniyetlerinde de uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan metotlardan birisi olmuştur<sup>249</sup>.

Arbuluculuk devletler tarafından XX. ve XIX. yüzyıllarda kabul görerek kanunla düzenlenmeden önce; profesyonel anlamda arabuluculuk müessesinin ortaya çıkması 1900'lü yılların başında medeni ve ticari uyuşmazlıklar alanında ilk olarak Amerika da gerçekleşmiş, 1980'li yıllarda ise arabuluculuk faaliyeti yasal bir zemine oturtulmuştur<sup>250</sup>. İngiltere de ise 1800'lü yıllarda arabuluculuk uygulamalarına dair sisteminin izleri görülmesine rağmen 1900'lü yıllara kadar arabuluculuğa olan ilgi düşük seviyede kalmıştır<sup>251</sup>.

Halen pek çok ülke hukuk sisteminde yer alan arabuluculuğun günümüzdeki şekilde uygulanmasına 1960'lı yıllarda Amerika Birleşik Devletleri'nde başlanmıştır<sup>252</sup>. 1976 yılında gerçekleştirilen *Roscoe Pound Konferansında* devlet yargısında karşılaşılan olumsuzluklar dava krizi "*litigation crisis*" olarak ifade edilmiş ve devlet yargılaması dışında alternatif çözüm yöntemlerine başvurulması gerektiği

---

<sup>246</sup> Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 32.

<sup>247</sup> Vedat Ahsen Coşar, *Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Yayın No:216, Ankara, 2011, s. 7.

<sup>248</sup> Çağatay Akça, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarından Arabuluculuk ve Uzlaştırma, *Hukuk Gündemi Dergisi*, Y: 2009/1, s. 30.

<sup>249</sup> Elif Kısmet Kekeç 2016, a.g.e., dip not 106., Hüseyin Güngör Şahin, *Arbuluculuk*, 1.baskı, Mentis Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 11.

<sup>250</sup> Elif Kısmet Kekeç 2016, a.g.e., s. 31.

<sup>251</sup> Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 32,33., Elif Kısmet Kekeç 2016, a.g.e., s. 31,32.,

<sup>252</sup> Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 32., Demet Yılmaz, *Türk İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020, s. 3.

belirtmiştir<sup>253</sup>. Amerika Birleşik Devletleri'nde mahkemelerde yargılama usullerinin dışında arabuluculuk gibi alternatif yöntemlerinde uyuşmazlıkların çözümünde kabul edilmesiyle birlikte bu tür uygulamalar İngiltere gibi Anglo-Sakson Hukukun, Fransa gibi Kara Avrupa'sı Hukukunun temsilcisi konumundaki ülkelerin hukuk sistemlerinde de uygulanmaya başlanmıştır<sup>254</sup>.

Öte yandan yargının iş yükünün artması ve toplumsal uzlaşma ile birlikte uyuşmazlıkta taraflarında uzlaşmalarının sağlanabilmesi amacıyla 21 Mayıs 2008 tarihinde Avrupa Birliği de arabuluculuk konusunu gündeme almış ve 2002 yılında “yeşil kitap” oluşturarak ilkeleri belirlemiştir<sup>255</sup>. Yeşil Kitap oluşturulduktan sonra üye ülkeler için bağlayıcı nitelikte olan direktif oluşturulmuştur. Bu kapsamda “*Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine ilişkin 21 Mayıs 2008 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi*”ni kabul ederek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri (*alternative dispute resolution: ADR*) standartlarını oluşturmuştur. Direktifin amacı, arabuluculuğun desteklenmesi ve böylelikle mahkemelerle işbirliği yapılarak barışçıl çözüm yollarının yaygınlaşmasını sağlamaktır. Direktife göre Avrupa Birliği'ne katılmak isteyen devletler için arabuluculuk uygulaması bir önkoşul, Avrupa Birliği üye devletlerine ise iç hukuklarını üç yıl içerisinde uyarlaması gereken bir düzenleme olarak belirlenmiştir<sup>256</sup>.

Avrupa Birliğine üyelik çabalarının bir sonucu olarak Türkiye de ise 7 Haziran 2012 tarihinde 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kabul edilmiş ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri bu şekilde ilk defa yasal bir dayanak kazanmış<sup>257</sup> ve 7036 sayılı kanunla iş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk 01.01.2018'de uygulanmaya başlanarak, akabinde 7155 sayılı kanunla yapılan dava şartı arabuluculuk düzenlenmesi ile ticari uyuşmazlıklarda 01.01.2019

---

<sup>253</sup> Konferansın en önemli hususu Profesör *Frank Sanders*'in mahkemelerin sadece bir mahkeme binası olarak kalmaması ve uyuşmazlıklara uygun çözüm merkezi hale getirilmesiyle uyuşmazlıkların daha maliyetsiz ve hızlı bir şekilde çözüme fırsatı tanıyan alternatif çözüm yolları fikrinin benimsenmesi olmuştur. Bkz. Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 33., Elif Kısmet Kekeç 2016, a.g.e., s. 31., Frank Sanders hakkında daha fazla bilgi için ayrıca bkz. (çevrimiçi) <http://franksander.com/leading-the-alternative-dispute-resolution-field/>, 20.03.2020.

<sup>254</sup> Mine Demirezen, *Arabuluculuk Temel Kitabı*, Aristo yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2019, s. 37., Demet Yılmaz 2020, a.g.t., s. 4., Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 34,35.

<sup>255</sup> 6325 sayılı HUKAK Genel Gerekçesi, Ersin Erdoğan ve Nurbanu Erzurumlu 2016, a.g.m., s. 41., Elif Kısmet Kekeç 2016, a.g.e., s. 33., Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 41.

<sup>256</sup> Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 44., Taciser Ülkü Levent ve Gülfem Baştuğ Filizoğlu, İş Dünyasında Arabuluculuğun Önemi, *Arabuluculuk Gönülleri Derneği*, (Çevrimiçi) <https://arabuluculukgonulluleri.org.tr/is-dunyasinda-arabuluculugun-onemi/>, 29.11.2019.

<sup>257</sup> Demet Yılmaz 2020, a.g.t., s. 5.

tarihinde uygulanmaya başlanmıştır. 28.07.2020 tarihli resmi gazete ile resmi gazetede yayımlanan 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a getirilen düzenlemeler ile tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk düzenlemesi getirilmiştir. Böylece Türk hukukunda birçok uyuşmazlık için mahkemeye başvuru öncesi arabuluculuk yoluna başvurmak zorunlu bir hal almıştır.

Diğer dünya ülkelerinde arabuluculuk uygulamalarına bakıldığında yine birçok ülkenin dava alışkanlığını<sup>258</sup> değiştirmek ve uyuşmazlıkların yargı yoluna taşınmadan çözümlenmesi için tarafları arabuluculuk yoluna teşvik ettiği, kimi uyuşmazlıklar için ise arabuluculuk yoluna başvuruyu zorunlu bir hale getirdiği görülmektedir. İtalya, Avustralya ve Amerika Birleşik Devletlerinin bazı eyaletlerinde mahkemeye başvurmadan önce kimi uyuşmazlıklar için mahkeme yoluna başvurmadan önce arabulucuya başvurmak bir zorunluluk haline getirilmiş ve zorunlu arabuluculuk uygulamaları benimsenmişken İngiltere'de arabuluculuk uygulaması mahkemenin taraflara bu yolu teşvik etmesinden oluşmakta, arabuluculuk ihtiyari bir özellik taşımaktadır<sup>259</sup>.

Görüldüğü gibi arabuluculuk, yeni ortaya çıkan ve kullanılmaya başlanan bir uyuşmazlık çözüm yolu değildir. Burada yeni olan ülkelerin sistemli bir şekilde arabuluculuğun ayrı bir kurum ve usul olarak gelişmesi için çaba harcaması, bu yöntemin bir meslek haline getirilmesidir<sup>260</sup>.

## **2.1.4 Arabuluculuğun Türleri**

### **2.1.4.1 Uygulanacak Kanun Hükümlerine Göre Arabuluculuk Türleri**

Arabuluculuğu değişik açılardan sınıflandırmak mümkünse de çalışmamızda; uygulanacak kanun hükümlerine göre arabuluculuk (geleneksel ve nitelikli arabuluculuk) ve arabuluculuk faaliyetine göre (kolaylaştırıcı, değerlendirici ve dönüştürücü arabuluculuk) olmak üzere iki ana başlık altında incelenmiştir.

<sup>258</sup> Dava alışkanlığı; dava açmaya aşırı düşkünlüğü ifade etmekte olup XVII. yüzyıldan beri kullanılan bir kavramdır. Bkz. Mustafa Özbek 2010, Tebliğ, s. 118.

<sup>259</sup> Seda Özmumcu 2016, a.g.e., s. 812,820.

<sup>260</sup> Elif Kısmet Kekeç 2016, a.g.e., s. 38., Mustafa Özbek 2007a, a.g.m., s. 267,268., Mustafa Özbek, Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 51, S: 2, Y: 2002, s. 135., Muhammet Özekes, Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi "Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım", Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, 6-7 Aralık 2018, Ankara, s. 114., Kürşat Karacabey, Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, *Ankara Barosu Dergisi*, S: 1, Y: 2016, s. 460.

Uygulanacak kanun hükümlerine göre arabuluculuk, adi arabuluculuk ve nitelikli arabuluculuk olarak ikiye ayrılabilir. Adi arabuluculukta, tarafların seçtiği herhangi bir kişi arabulucu olabilmekte ve yasal yükümlülüklere tabi olmaksızın yapılan arabuluculuk süreci gerçekleştirilmektedir<sup>261</sup>. Günümüz hukukunda adi arabuluculuk olarak algılanan husus, hukuk yargılamasında sulh sözleşmesi olarak da bilinmektedir. Mahkeme dışında, belli kurallara tabi olmadan, tarafların kendi iradeleriyle bir araya gelerek belirli bir hukuki uyuşmazlık üzerindeki belirsizlikleri karşılıklı fedakarlıklar yaparak ortadan kaldırdıkları sözleşme, sulh sözleşmesi olarak ortaya çıkmaktadır<sup>262</sup>. Sulh sözleşmesi yapıldıktan sonra taraflar arasında yapılacak sulh anlaşmasına uyulmaması hâlinde icra takibi, genel hükümlere göre yapılmaktadır<sup>263</sup>. Adi arabuluculuk faaliyeti geleneksel yöntemlerle de yapılabilir.

Geleneksel yöntemler uygulanarak yapılan arabuluculuk, genellikle birbirine sıkı sıkıya bağlı toplumlarda görülür ve çoğunlukla toplum içinde saygı duyulan, nüfuzlu bir kimse tarafından uyuşmazlığın tarafları bir araya getirilerek ve yerel örf ve adet uygulanarak yapılan arabuluculuk faaliyeti olarak ortaya çıkmaktadır<sup>264</sup>.

Adi arabuluculuk; kanuna tabi olmaksızın yapılan, tarafların seçtiği herhangi bir kimsenin arabulucu olarak bu faaliyeti yürütebildiği yöntemdir. Adi arabulucu olmak için özel bir eğitim şartı aranmamakta, tarafların üzerinde uzlaştığı herkes adi arabulucu olarak arabuluculuk faaliyeti yürütebilmektedir<sup>265</sup>. Diğer yandan nitelikli arabuluculuk ise; iç hukukta düzenlenmiş kanunun ön gördüğü şartları taşıyan kişilerin arabulucu sıfatı ile yürütebildiği uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Nitelikli arabuluculuk, tarafların arabuluculuk uygulamasına gitmesinin ihtiyari veya zorunlu olup olmamasına göre ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrım arabuluculuğa hâkim olan ilkelere iradilik ilkesine dayanmaktadır<sup>266</sup>. Bu kapsamda tarafların arabuluculuğa başvurmakta özgür oldukları, iradelerinin yansıması olarak başvurdukları durumda ihtiyari arabuluculuk söz konusudur. Türk hukukunda iş, ticari ve tüketici uyuşmazlıkları dışındaki özel hukuk uyuşmazlıklarında taraflar mahkemece sulhe,

<sup>261</sup> Cennet Engin Demir vd., *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, Arcs Matbaacılık, Editör; Ali Yeşilirmak, Elif Kısmet Kekeç, Monopol Yayınları 2019, s. 36.

<sup>262</sup> Fatma Hızır Asrav, *Sulh Sözleşmeleri*, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2019, s. 17.

<sup>263</sup> a.g.e., s. 34.

<sup>264</sup> Cennet Engin Demir vd. 2019, a.g.e., s. 36. Akrabalık bağları, dini değerleri ve geleneklerine bağlı ve güçlü olduğu Avustralya, Yeni Zelanda, Asya ülkeleri, Amerika ülkeleri, Afrika ülkeleri ve hatta Türkiye gibi ülkelerde geleneksel arabuluculuk uygulamalarını görmek mümkündür. Bu konuda bkz. Elif Kısmet Kekeç 2016, a.g.e., s. 242,243., İbrahim Özbay 2006, a.g.m., s. 467, Orhan Dür 2017, a.g.t., s. 107.,

<sup>265</sup> Cennet Demir vd. 2019, a.g.e., s. 35.

<sup>266</sup> Orhan Dür 2017, a.g.t., s. 122.

arabuluculuğa teşvik edilir ancak taraflar başvurmak zorunda değildir.

Bununla birlikte kanunla düzenlenen kimi uyuşmazlıklarda ise arabuluculuk başvurusu, dava açmadan önce bir şart olarak öngörülmüştür<sup>267</sup>. Yasal olarak zorunlu olması öngörülen dava şartı arabuluculukta dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunludur. Başvuru sonucunda taraflar uzlaşmadığı takdirde yargı yoluna başvurmakta serbesttirler.

Hem ihtiyari hem de dava şartı arabuluculukta tarafların arabuluculuk kapsamında anlaşmaları halinde ise arabulucu tarafından anlaşma tutanağı düzenlenir. Tarafların uyuşmazlık konusunda bir çözüme ulaştığı ve anlaşıldığını gösteren bu belge ilam niteliğinde kabul edilir, ilamların icrasına konu olabilir<sup>268</sup>.

#### **2.1.4.2 Arabuluculuk Faaliyetine Göre Arabuluculuk Türleri**

Arabuluculuk, arabulucunun gösterdiği faaliyetin niteliğine göre; kolaylaştırıcı arabuluculuk, değerlendirici arabuluculuk ve dönüştürücü arabuluculuk olmak üzere üç şekilde karşımıza çıkmaktadır<sup>269</sup>. Kolaylaştırıcı arabuluculuk; arabulucunun pasif bir rol üstlenerek, tarafların tartışmalarına oldukça az müdahalelerde bulunarak, uyuşmazlık taraflarının kendi içerisinde müzakereler yapmasını, uyuşmazlığın çözümünde tarafların aktif bir rol üstlenerek, menfaatlerini koruyacak ortak bir çözüm yolu bulmasını sağlamak üzerine yapılandırılmış bir arabuluculuk türüdür<sup>270</sup>. Arabulucu, bu tür arabuluculuk yönteminde daha çok iletişim teknikleri ile tarafların uyuşmasını sağlamaya çalışmakta olup uyuşmazlık konusunda uzman olması zorunlu değildir<sup>271</sup>. Arabulucu, kendi çözüm yolu bularak taraflara dayatamaz, bu yüzden tarafların bizzat taraf katılımı bu arabuluculuk türünde son derece önemlidir<sup>272</sup>.

Değerlendirici arabulucu ise; tarafların arasındaki uyuşmazlık konusunda daha aktif bir rol alır. Taraflara dosyanın güçlü ve zayıf yanlarından bahseder, uyuşmazlığın

<sup>267</sup> Süha Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara, 2009, içinde; *Makalelerin II*, Adalet Yayınları, Ankara, 2011, s. 186,187.

<sup>268</sup> Demet Yılmaz 2020, a.g.t., s. 53.

<sup>269</sup> Cennet Engin Demir vd. 2019, a.g.e., s. 36., Orhan Dür 2017, a.g.t., s. 109.

<sup>270</sup> Seda Özmumcu, Arabulucunun Rolü, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk, *İÜHF Dergisi*, C: LXXI, S: 1, Y: 2013, s. 1372 vd., Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 18., Cennet Engin Demir vd. 2019, a.g.e., s. 36., Hakan Albayrak, Eşitlik ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu, *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C: 17, Etik Özel Sayı, Y: 2018, s. 15.

<sup>271</sup> Cennet Engin Demir vd. 2019, a.g.e., s. 35,36., Kürşat Karacabey 2016, a.g.m., s. 459., Seda Özmumcu 2013, a.g.m., s. 1372.,

<sup>272</sup> Muammer Erol, *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*, İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Hukuk Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s. 23., Cennet Engin Demir vd. 2019, a.g.e., s. 37.

çözümlemesinde taraflara yardımcı olur, fikir verir. Arabulucunun amacı tarafların görmediği hususları görmesini sağlamak, müzakere etmelerine yardımcı olmak, uyuşmazlığın çözümlenmesinde taraflara yol göstermektir<sup>273</sup>. Amerika Birleşik Devletleri'nde hakimin taraflarla yaptığı sulh konferansından esinlenmek yoluyla ortaya çıkan değerlendirici arabuluculuk, “formüle edici arabuluculuk” veya “çözüm bulucu arabuluculuk” isimleriyle de anılmaktadır<sup>274</sup>.

Dönüştürücü arabuluculuk, tarafların her birinin güçlendirilmesi; ihtiyaç, menfaat, değer ve görüşlerinin tanınması; bu şekilde onların geliştirilmesi fikrine dayanmaktadır. Bu arabuluculuk türünde önemli olan çözülmesi gereken problem değil tarafların birbirini anlaması, empati yapabilmesi ve akranlar arası iletişimde kullanılarak insanın gelişimi için sunduğu fırsattır<sup>275</sup>. Taraflara kendinden farklı durumda olanlara saygı duymayı sağlamayı ve daha iyi bireylere dönüştürmeyi amaçlar<sup>276</sup>.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2. maddesinin (b) bendine baktığımızda, ülkemizde arabuluculuk uygulamaları kolaylaştırıcı arabuluculuk modelinden değerlendirici arabuluculuk modeline yaklaşan bir niteliğe sahip olmuştur<sup>277</sup>.

## 2.1.5 Yabancı Ülkelerde Arabuluculuk Uygulamaları

### 2.1.5.1 Anglo-Sakson Ülkeleri

Anglo-Sakson hukuk sistemi; İngiltere’de doğmuş, yazılı hukuk kurallarından daha çok yazılı olmayan, örf ve adet hukuku kurallarının yaygın olarak uygulandığı hukuk sistemidir<sup>278</sup>. Anglo-Sakson hukuk sistemi günümüzde halen Amerika Birleşik

<sup>273</sup> Cennet Engin Demir vd. 2019, a.g.e., s. 37., Hakan Albayrak 2018, a.g.m., s. 15., Muammer Erol 2018, a.g.t., s. 24., Seda Özmumcu 2013, a.g.m., s. 1375,1376., Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 18.

<sup>274</sup> Cennet Engin Demir vd. 2019, a.g.e., s. 37., Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 18.

<sup>275</sup> Orhan Dür 2017, a.g.t., s. 113,115., Seda Özmumcu, Amerika Birleşik Devletleri’nde Uyuşmazlık Çözümünde Dönüştürücü Arabuluculuk Modeli, *ÜHFM*, C: LXXIII, Y: 2015, s. 326., Zena Zumeta, "Styles of Mediation: Facilitative, Evaluative, and Transformative Mediation", (çevrimiçi) <https://www.mediate.com/articles/zumeta.cfm#bio>, 14.01.2021., Cennet Engin Demir vd. 2019, a.g.e., s. 37.

<sup>276</sup> Cennet Engin Demir vd. 2019, a.g.e., s. 37., Metin Polat, "Arabuluculuğun Türleri Nelerdir?", 2018, (Çevrimiçi) <https://metinpolat.av.tr/arabuluculugun-turleri-nelerdir.html>, 01/12/2019., Serdar Taş, *Hukuk ve Siyaset: Türkiye’de Arabuluculuk Tartışmaları ve Düzenlemeleri*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 55.

<sup>277</sup> Fahrettin Korkmaz ve Emre Kıyak, 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 4, S: 1, Y: Haziran 2018, s. 36., Hakan Albayrak 2018, a.g.m., s. 15,16., Özmumcu, Türk hukuk sisteminde arabuluculukta öngörülen sistemin baskın olarak kolaylaştırıcı arabuluculuk modeli olduğunu belirtmektedir. Bkz. Seda Özmumcu 2013, a.g.m., s. 1389.

<sup>278</sup> Mustafa Göksu, *Tarafların Sulhe Teşvik Edilmesinde Etkili Bir Örnek: İngiliz Hukuk*



Devletleri, Kanada, İngiltere ve eski İngiliz sömürgesi devletleri olmak üzere birçok ülkede uygulanmaktadır<sup>279</sup>. Söz konusu hukuk sisteminin temelinde uyuşmazlıkların yargıdan önce çözümlenmesi ve mümkün olduğunca tarafların uzlaşmaya teşvik edildikleri uygulamalar bulunmaktadır<sup>280</sup>. Bu kapsamda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları (özellikle Arabuluculuk), Anglo-Sakson menşeli bir yapıya sahip olduklarından ötürü ilk olarak Amerikan ve İngiliz hukuk sistemlerinde benimsenerek işlerlik kazanmaya başlamıştır<sup>281</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri'nde, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ilk uygulanan ve günümüzde en sık başvurulan yöntem, arabuluculuktur<sup>282</sup>. Günümüzde Amerika Birleşik Devletleri dahilinde pek çok mahkeme arabuluculuğu tavsiye etmekte ve uyuşmazlık taraflarının bu yola başvurmalarını istemektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde arabuluculuk genellikle tarafların uyuşmazlık konusunda bir sonuca varamadıkları, çıkmaza girdikleri dönemde uyuşmazlığın taraflarının anlaşması ile bir arabulucu seçilir böylece arabulucu süreci başlatılır<sup>283</sup>. Bunun yanı sıra arabuluculuğun zorunlu tutulduğu *New Hampshire, Delaware* gibi eyaletler de bulunmaktadır<sup>284</sup>. Davaya bakan hakimin, uyuşmazlığın taraflarına arabuluculuk teklifinde bulunması ve sadece tarafların mutabakatı ile uyuşmazlığı, münasip bulduğu arabuluculuk programına yönlendirmesi durumunda ihtiyari arabuluculuk söz konusudur. Buna karşılık hakimin, tarafların rızasını almaksızın uyuşmazlığın arabuluculuğa havale edilmesi kararı verebildiği hallerde zorunlu arabuluculuk mevcuttur<sup>285</sup>. Amerika Birleşik Devletlerinde yargılama öncesi ve esnasında arabuluculuk yoluna başvurmak mümkünken yargılama sonunda ilk derece mahkemesinin verdiği kararlara ilişkinde tarafların arabuluculuk yoluna başvurması imkanı tanınmaktadır. Bu kapsamda, günümüzde Amerika Birleşik Devletleri'nin yargılama sisteminde ilk derece mahkemelerinin verdiği kararı üst derece

---

Yargılama Resmî Sulh Önerileri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:115, Y:2014, s. 275.

<sup>279</sup> Hazel Genn, Shiva Riahi and Katherine Pleming, "Regulation of Dispute Resolution in England and Wales: A Sceptical Analysis of Government and Judicial Promotion of Private Mediation" Steffek/Unberath/Genn/Greger/Menkel-Meadow (eds), *Regulating Dispute Resolution, ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Oregon 2013, s. 153.

<sup>280</sup> Orhan Dür 2017, a.g.t., s.165., Seda Özmumcu 2016, a.g.m., s. 815.

<sup>281</sup> Mustafa Göksu 2014, a.g.m., s. 277.

<sup>282</sup> Menkel-Meadow 2013, a.g.e., s. 417., Hubert Rottleuthner, (Çeviren; Deniz Dursun), Arabuluculuk ve Hukuk Devleti İlkesi, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 2, S: 1, Y: Haziran 2012, s. 47.

<sup>283</sup> İbrahim Özbay 2006, a.g.m., s. 466.

<sup>284</sup> Menkel-Meadow 2013, a.g.e., s. 420.

<sup>285</sup> Hikmet Bilgin, Anglo Sakson Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk, *Hukuk Gündemi Dergisi*, Y: 2009/2, s. 19.

mahkemesine götürmeden önce taraflara hukuki uyuşmazlığı çözüme konusunda yardımcı olabilmek amacıyla bazı alternatif çözüm yolları sunulmaktadır<sup>286</sup>.

İngiltere’de ise arabuluculuk, Amerika Birleşik Devletleri’ne nazaran daha geç gelişme göstermişse de işleyiş bakımından, Amerika Birleşik Devletleri’ndeki arabuluculuktan pek farkı bulunmamaktadır. İngiltere’de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının teşvikini içeren genel hukuk yargılamasına etki edecek bir şekilde usul kanununda yer verildiği görülmektedir. İngiltere’de *Civil Procedure Rules* 1998 (CPR), mahkemelerin duruşmaları yönetirken “tarafları bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi kullanmaya teşvik etmek” ile sorumlu kılmaktadır<sup>287</sup>. İngiliz Usul Kanunu’nda, tarafların sulhe teşvik edilmelerini sağlamak amacıyla, yargılama giderleri konusu esas alınarak bazı hükümler getirilmiştir<sup>288</sup>. Bu hükümlere göre davalı veya davacı tarafından yapılan teklifin reddedilmesi ve neticede elde edilen hükmün daha aleyhe olması halinde yargılama giderleri ve bu giderlerin faizi diğer tarafa yüklenecektir<sup>289</sup>. Bununla birlikte, davacı tarafından yapılan teklif davalı tarafından reddedilir ve davalının daha aleyhine bir hüküm ortaya çıkarsa bu durumda davalı bakımından daha ağır bir yaptırım uygulanır. Zira davalı, normal bir durumda davayı kaybetmesi halinde zaten yargılama giderini ödemekle yükümlü olacaktır. Bu sebeple davacının teklifini reddeden ve bu teklife göre davalı hakkında verilen hükmün daha aleyhe olması durumunda hükmedilen miktara göre belli oranlarda,75.000 Sterlini geçmemek üzere belli miktarda bir para ödemeye de mahkum edilecektir<sup>290</sup>. Böylece tarafların dava öncesi arabuluculuk sürecindeki davranış biçimi ve arabuluculuğu düşünme ödevi, yargılama giderlerinin ödenmesi şeklinde bir yaptırıma bağlanarak arabuluculuğun gelişmesi hedeflenmiştir<sup>291</sup>.

---

<sup>286</sup> Mustafa Özbek 2012, a.g.m., s. 146.

<sup>287</sup> Resul Kurt, İş Yargısında Arabuluculuk, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:135, Y: 2018, s. 419., Semih Sırrı Özdemir, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı: İngiltere’deki Düzenlemeler İle Karşılaştırmalı Bir İnceleme, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 2, S: 1, Y: 2012, s. 60.

<sup>288</sup> Semih Sırrı Özdemir 2012, a.g.m., s. 60., Civil Procedure Rules, Part 36, 36. 17 (1), (3), (4), (çevrimiçi) <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part36#36.17>, 25.01.2021.

<sup>289</sup> CPR, Part 36, 36. 17 vd.

<sup>290</sup> CPR, Part 36, 36. 17 (4).

<sup>291</sup> Sibel Özel, Zorunlu Arabuluculuğun Adalet Erişim Hakkı Çerçevesinde İrdelenmesi, *Public and Private International Law Bulletin*, Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan, C: 40, S: 2, Y: 2020, s. 879,880., İngiliz hukukunda zorunlu arabuluculuk yerine taraflara arabuluculuğu düşünme ödevi getirildiğine dair bkz. Ersin Erdoğan ve Nurbanu Erzurumlu 2016, a.g.m., s. 40., Ersin Erdoğan, 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C: 14, S: 55, Y: 2017, s. 1225.

İngiltere Temyiz Mahkemesi, *Halsey* kararında, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmayı reddeden ancak davayı kazanan tarafa yargılama giderlerinin yüklenebilmesi için, davayı kaybeden tarafın kural olarak bu giderleri davayı kazanan taraf üzerine yüklenmesi gerektiğini ispatlaması gerektiğini belirtmektedir<sup>292</sup>. Bunun için kazanan tarafın alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını reddetmekle makul olmayan bir şekilde hareket ettiğinin gösterilmesi zorunludur.

Öte yandan, taraflar aralarında uyuşmazlık çıkmadan önce arabuluculuğa başvurulacağına ilişkin anlaşma yapabilirler. Bu tarz bir anlaşma durumunda arabuluculuk süreciyle ilgili ana kuralları belirleyebilmektedirler. Taraflar arasında uyuşmazlığın arabulucu usulü ile çözülmesi kararlaştırıldıktan sonra uyuşmazlığı ana hatlarıyla belirten özet bir belge taraflarca hazırlanarak arabulucuya sunulur ve arabulucu tarafları toplantıya davet eder<sup>293</sup>. Arabuluculuk sürecinde ilişkin temel kurallar ortaya konur, tarafların beyanları alınır, birkaç toplantı sonunda ise taraflar anlaşmaya varırsa arabuluculuk anlaşması düzenlenerek, imza altına alınır. Bu sürecin en önemli özelliği tarafların yazılı anlaşmaya varana kadar bağlayıcı bir etkisinin olmaması ve istedikleri zaman süreci sonlandırma imkanının olmasıdır<sup>294</sup>.

Sonuç olarak, devletler, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yaygınlaşması için ulusal mevzuatlarında düzenlemeler yaparak, tarafları anlaşmak zorunda bırakmayan ancak bu yolların işlerlik kazanması adına teşvik edici bir takım önlemler almaktadır. Esasen bu durum uyuşmazlık yaşayan tarafların karşı karşıya kaldıkları adalete erişim sorununa bir çözüm bulma gerekliliğinden doğmuştur. Böylece devletler hak arama hürriyetinin kullanım alanını genişleten ve yargının yanında işlerlik kazanan alternatif çözüm yollarını kişilerin hizmetine sunmaktadır. Özellikle hak arayışının mahkemeler önünde olacağına yönelik kişilerin yerleşik inancı ve dava alışkanlığının alternatif çözüm yollarının bulunmamasından kaynaklı olduğu belirtilmekte<sup>295</sup>, devlet yargılamasında olumsuzlukların “dava krizinin”<sup>296</sup> ortadan kaldırılması için alternatif çözüm yollarına başvurularak adalete erişim hakkının kolaylaştırılması hedeflenmektedir.

<sup>292</sup> Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust (2004) EWCA Civ. 576, 11.05.2004, paragraf 13.

<sup>293</sup> Kemal Karahoda, "Arabuluculuk Kurumunda İngiliz Deneyimi", 2008, s. 4., (çevrimiçi) Arabulucu.com, 20.04.2021.

<sup>294</sup> Hikmet Bilgin 2009a, a.g.m., s. 21., Kemal Karahoda 2008, a.g.m., s. 5., M. Yusuf Eren, *Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk Yöntemi*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2014, s. 58., M. Serhat Sarısözen 2010, a.g.t., s. 26,27.

<sup>295</sup> Mustafa Özbek 2010, Tebliğ, s. 121., Seda Özmumcu 2016, a.g.m., s. 816.

<sup>296</sup> Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 33.

### 2.1.5.2 Kara-Avrupa'sı Ülkeleri

Kara Avrupa'sı kavramından İngiltere haricindeki diğer Avrupa ülkeleri anlaşılır. Roma Hukuku kaynaklı Kara Avrupa'sı hukuk sistemi (*Civil Law*), Almanya başta olmak üzere, Fransa, İsviçre, İtalya, İspanya ve Türkiye'de yürürlükte olan sistemdir.

Amerikan ve İngiliz hukuk sistemlerinde benimsenmiş ve uygulamaya konulmuş olan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, daha sonraları küreselleşmenin ve serbest piyasaya dayalı rekabetçi ekonomi modellerinin etkisiyle Kara Avrupa'sı hukuk sistemlerinde de görülmeye başlanmış ve zaman içerisinde Avrupa Birliği düzenlemelerinde de kendisine yer bulmuştur<sup>297</sup>.

Avrupa Birliği ülkeleri içerisinde arabuluculuk yönteminin uygulanmaya başlanması, öncelikle Avrupa Komisyonu tarafından alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin olarak yayınlanan Yeşil Kitap<sup>298</sup> (*Green Paper On Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law*) aracılığıyla olmuştur. Yeşil Kitap adı verilen bu belge ile arabuluculuk müessesesiyle ilgili tespitlerde bulunarak, genel ilkeler düzenlenmiştir. Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan bu kitapta, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları hakkında yer alan bazı tespitler şunlardır; mahkeme sürecinin uzun, masraflı olması mevzuatlarınsa karışık ve belirsizliği adalete erişimi engelleyebilir. Ancak alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, adalete ulaşımı kolaylaştırma politikalarının tamamlayıcı bir parçasını oluşturmaktadır, taraflar uyuşmazlık çözüm yolunu kendileri seçer ve böylece süreçte aktif bir rol oynayarak, kendilerine en uygun çözümü bulmaya çalışırlar<sup>299</sup>.

Bu gelişmelerden sonra 2004 yılında Arabuluculara İlişkin Davranış Kuralları Kanunu (*European Code Of Conduct For Mediators*) kabul edilmiştir. 21.05.2008 tarihinde Medeni ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Yönergesi (*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*) kabul edilmiştir.

<sup>297</sup> Hikmet Bilgin, Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk, *Hukuk Gündemi Dergisi*, Y: 2009/2, s. 11., Elif Kısmet Kekeç 2016, a.g.e., s. 33.

<sup>298</sup> (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52002DC0196>, 02.12.2019., 2002 yılında Avrupa Komisyonu'nun alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile ilgili olarak, "Medeni Hukuk ve Ticaret Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Hakkında" hazırlamış olduğu adli çalışma, detaylı bilgi için bkz., Evrim Erişir ve Ceren Tekin, Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Üzerine Yeşil Kitap, *MIHDER*, S: 9, Y: 2008/1, s. 131,165., Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 41,43.

<sup>299</sup> Kaan Muharrem Yağcıoğlu, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculuğun İş Yargılamasına Etkileri, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 20, S: 2, Y: 2018, s. 463., Seda Özümücü 2016, a.g.m., s. 810., Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 41,43.

04.12.2018 de arabuluculara ilişkin davranış kılavuzu yenilenerek bugün ki mevcut hale getirilmiştir<sup>300</sup>. Avrupa Birliği'ne üye devletlerinin bu Direktif hükümlerini, öngörülen 3 yıl içerisinde iç mevzuatlarına dahil etmesi ve iç hukuklarına uyarlaması gerekmektedir. Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu (CEPEJ) yetkisi altında, Arabuluculuk Çalışma Grubuna (CEPEJ-GT-MED), Bakanlar Komitesi'nin arabuluculuğa ilişkin tavsiyelerinin daha iyi uygulanmasını sağlama talimatı vermiş<sup>301</sup> ve 2006 - 2007 yılları arası ile 2017 - 2019 yılları arasında Avrupa'da arabuluculuk uygulamalarını güçlendirmek için çalışmıştır. Bu bakımdan arabuluculukta eğitim ve yeterlilik, arabuluculuğa erişim, yargı bilincinin artırılması gibi somut ve farklı araçlarla destekleyebilmek için bir "araç takımı" geliştirmiştir. Genel olarak, Avrupa Konseyi arabuluculuk önerileri ve CEPEJ yönergelerinin alternatif uyuşmazlık çözümü konusundaki çalışmaları üye devletleri teşvik ederek 47 üye devletin çoğunda önemli değişiklikler getirmiştir<sup>302</sup>. Avrupa Birliği'nin arabuluculuğa olan desteğinin açık kanıtı olan bu Direktif yabancı unsurlu arabuluculuk antlaşmalarının Avrupa Birliği çapında tanınma ve tenfizi ile arabuluculuğun gizlilik ilkesini garanti altına alması, zamanaşımı sürelerinin işlememesi gibi konularda büyük öneme sahiptir. Direktifin sınır ötesi uyuşmazlıkların yanı sıra yerel uyuşmazlıklarda da etkin ve yaygın bir biçimde kullanılması beklenilmektedir<sup>303</sup>.

Bu gelişmeler neticesinde Kıta Avrupa'sı sistemi işleyiş bakımından diğer hukuk sistemlerindeki arabuluculuk yöntemlerinden farklılık arz etmemektedir. Avusturya, Belçika, Fransa, Hollanda, Macaristan, Slovakya gibi ülkeler iç hukuklarında arabuluculuk yöntemiyle ilgili olarak kanunlar çıkarmış ve bu yöntem sayesinde yargı yüklerini hafifletmişlerdir<sup>304</sup>. Günümüzde bireylerin adalete erişimi ve bu erişimin makul sürelerde gerçekleştirilmesi son derece önemli olduğu, hukukun günden güne gelişmesi ve bireylerin hukuk sistemine dahil edilmesi çabasıyla

<sup>300</sup> (çevrimiçi) <https://rm.coe.int/cepej-2018-24-en-mediation-development-toolkit-european-code-of-conduc/1680901dc6>, 14.01.2021.

<sup>301</sup> (çevrimiçi) <https://rm.coe.int/european-commission-for-the-efficiency-of-justice-cepej-terms-of-refer/168077c97f>, 16.01.2021.

<sup>302</sup> Daha fazla bilgi için bkz. 16 Mayıs 2018 tarihli CEPEJ Yönergelerinin medeni hukuk, aile, ceza ve idari arabuluculuk üzerindeki etkisine ilişkin rapor, (çevrimiçi) <https://rm.coe.int/report-on-the-impact-of-cepej-guidelines-on-civil-family-penal-nd-admi/16808c400e>, 16.01.2021.

<sup>303</sup> Cennet Engin Demir vd., 2019, a.g.e., s. 27., Hikmet Bilgin 2009b, a.g.m., s. 11., M. Yusuf Eren 2014, a.g.t., s. 59., Taha Polat Geçmez, *Bireysel İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, Altınbaş Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası Ticaret Hukuku Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 43., Mustafa Özbek, Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönerge Teklifi Hakkında Siyasî Anlaşma, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 77, Y: 2008, s. 384,385.

<sup>304</sup> M. Yusuf Eren 2014, a.g.t., s. 59.

görülmektedir. Mahkemelerde iş yükünün fazlalığı, kanunları anlamak ve uygulamanın ayrı bir ihtisas gerektirmesi vatandaşların adalete erişimini ister istemez zorlaştırmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle uyuşmazlıkların mahkeme huzuruna taşınmadan sona erdirilmesi imkanı hem adaletin hem de menfaatlerin hızla elde edilmesini sağlamakta bu sebeple teşviki son derece önem arz etmektedir. Arabuluculuk yöntemi başından sonuna az kural içermesi taraflara esnek olma imkanı sağlaması taraflara vakit, süre ve maliyet olmak üzere avantaj yaratması sebebiyle dünya genelinde, uluslararası yatırım anlaşmaları, inşaat, ortaklık ve şirket, işyeri ve istihdam, bedensel zararların tazmini gibi başta olmak üzere çeşitli uyuşmazlıkların çözümünde kullanılması için teşviki ve zorunlu düzenlemeleri beraberinde getirmiştir<sup>305</sup>.

Arabuluculuk yolunun gelişmesi ve yaygınlaşması bu yolu gelecekte neler beklediği merakını da uyandırmaktadır. 2019 yılında başlayan covid-19 salgını ile tüm dünya da ilan edilen pandemi sürecinde kişilerin evlerinden çıkmadan elektronik ortamlar aracılığıyla; işlerini çözümlediği, eğitimlerine katılım sağladığı ve teknolojinin hızla geliştiği bir döneme girildi. Bu süreçte yapay zekalar aracılığıyla tüm sektörlerin algoritmalara tabi tutulması ve insan iş gücüne ihtiyaç kalmadan sistemlerin yürütülmesi fikri gelişerek sistem sahiplerine maliyetsiz bir çözüm oluşturmaya başladı<sup>306</sup>. Amerika da *Ross*<sup>307</sup> isimli üretilen yapay zekalı robot avukat bir saniye de bir milyar sayfa okuyabilmekte ve Estonya'da yapay zekaya sahip üretilen robot hakim basit suçları çözümlenmektedir<sup>308</sup>. Yapay zekaların hızlı bir şekilde bilgilere erişme, analiz yapma ve çözümlenme gibi özellikleri sayesinde insanların yerine geçeceği öngörülmektedir. Ancak yapay zekaların empati ve duygu

---

<sup>305</sup> Ali Yeşilirmak, *Arabuluculuğun geleceği sempozyumu: bildiri özeti kitabı*, editörler; Ali Yeşilirmak, Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Ömer Faruk Kafalı, Gülnihal Ahter Yakacak, Ahmet Dülger, 1. Baskı, İstanbul, İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, 2020, s. 90, s. 115.

<sup>306</sup> Daha fazla bilgi için bkz. Yapay Zeka Çağında Mesleklerin ve Arabuluculuğun Geleceği, Konuşmacı; Ömer M. Wilson, (çevrimiçi) <https://www.rotaarabuluculuk.com/etkinlikler/yapay-zeka-caginda-mesleklerin-ve-arabuluculugun-gelecegi>, 15.01.2021.

<sup>307</sup> *Ross*, merkezi Armonk, New York, Amerika Birleşik Devletlerinde olan ve dünyanın en büyük bilişim teknolojisi şirketi IBM tarafından geliştirilmiştir. İlk yapay zekalı avukat olarak tarihe geçen *Ross* ile "<https://blog.rossintelligence.com>" üzerinden sohbet etme imkanı bulunmaktadır. Amerika'nın ve dünyanın en büyük hukuk firmalarından olan Baker-Hostetler, *Ross*'u iflas davalarında kullanmaktadır. Bu konu hakkında bkz. (çevrimiçi) <http://www.ilsaederji.com/robot-hakim-ve-bazi-yapay-zekali-hukukcular/>, 23.03.2021.

<sup>308</sup> Bkz. Ömer M. Wilson, (çevrimiçi) <https://www.rotaarabuluculuk.com/etkinlikler/yapay-zeka-caginda-mesleklerin-ve-arabuluculugun-gelecegi>, 15.01.2021. İngiltere' de yazılan bir hakim algoritması ile robot hakime Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 584 davası gösterildi. Gösterilen davalarda verdiği kararlar, %79 oranla mahkeme hakimlerinin kararlarıyla uyuydu, bir diğer ifadeyle robot hakim neredeyse verdiği her beş karardan dördü ile doğru tahminde bulundu. Bu konuda bkz. (çevrimiçi) <http://www.ilsaederji.com/robot-hakim-ve-bazi-yapay-zekali-hukukcular/>, 23.03.2021.

sahibi olmamasından ötürü özellikle uyuşmazlık yaşandığı zaman taraf menfaatlerine tarafsız yaklaşım sağlayabilen arabulucular yerine geçmesi mümkün görülmemektedir. Arabuluculuk müessesinde insani duygu ve yönler çok fazladır. Bu bakımdan yapay zekaların salt bilgiliye erişme, okuma, analiz yapma gibi hızlı işlevsellikleri olup belki de bu işleri insandan devralabilecek olsa da insan bilincindeki duygulara henüz sahip olamadıklarından hukuk sistemin de en son arabuluculuk müessesinin değişikliğe uğrayacağı düşünülmektedir<sup>309</sup>.

### 2.1.5.3 Asya - Pasifik Ülkeleri

Geleneksel anlamda arabuluculuk yöntemine Uzak Doğu'da çok sık rastlanmaktadır. Özellikle Çin ve Japonya, uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk yöntemini alternatif değil, temel uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabul etmiş oldukları görülür<sup>310</sup>. Uzakdoğu'da köklü bir geçmişe sahip olan uzlaşma anlayışının kaynağını Konfüçyüs felsefesinden almaktadır. Bu felsefi görüş içerisinde önem arz eden uyum (harmoni) yaklaşımı, gerek Çin'de gerekse Kore'de arabuluculuğun çıkış noktası olarak kabul edilmekte ve dava yoluna başvurma halinde uyum mekanizmasının bozulduğu yönünde Çin'de bir inanış hâkimdir<sup>311</sup>. Çin'de iki tür arabuluculuk uygulaması yapılmaktadır. Bunlar; geleneksel arabuluculuk ve yargısal arabuluculuktur. 1949 yılında Çin Halk Cumhuriyeti'nin kurulmasıyla 18 Usul Kanunu önce yeni bir Anayasa ve Medeni Usul Kanunu yapılarak 1982 yılında değişikliğe uğramış akabinde 09.04.1991 yılında yürürlüğe giren Çin Medeni Usul Kanunu ile değişiklik yapılmıştır. Bu kanun ile aynı zamanda halk arabuluculuk komitelerinin oluşumunu, ilkelerini ve görevlerini belirleyen 1954 Yılında yürürlüğe giren kanun değiştirilerek, halk arabuluculuk komiteleri yeniden düzenlenmiştir<sup>312</sup>. Çin'de uyuşmazlıklar hem yargı aracılığıyla çözülmeye çalışılmakta hem de geleneksel arabuluculuk yöntemi ile arabuluculuk görevini bir komite yürüterek ve küçük boyutta sorunları çözmekle görevlendirilmektedir.

<sup>309</sup> Bkz. Ömer M. Wilson, (çevrimiçi) <https://www.rotaarabuluculuk.com/etkinlikler/yapay-zeka-caginda-mesleklerin-ve-arabuluculugun-gelecegi>, 15.01.2021.

<sup>310</sup> Vedat Ahsen Coşar 2011, Tebliğ, s. 12., Seda Özmumcu, *Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış*, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2012, s. 9.

<sup>311</sup> Ferhat Yıldırım, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*, İstanbul Okan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı, İstanbul, 2019, s. 28.

<sup>312</sup> Muammer Erol 2018, a.g.t., s.51., Ayrıca bkz. (çevrimiçi) <http://www.china.org.cn/english/government/207343.htm>, 14.01.2021., (çevrimiçi) <https://core.ac.uk/download/pdf/216911474.pdf>, 14.01.2021.

Bir diğ er Uzakdoğ u ÷lkesi olan Japonya'da ise, uzlaş ı k÷lt÷r÷ne olan yaklaş ım Çin'deki uygulamadan farklı değildir. Japonya k÷lt÷r÷ de tarih boyunca toplumsal uyum ve barış a önem vermiştir. Budizm ve Konfüçyüsç÷lük felsefelerini benimseyen Japonya'da, kişileraras ı uyuşmazlıkların ortadan kaldırılması, uyum ilkesi temel amaç niteliği taşımaktadır<sup>313</sup>. Bu anlayış çerçevesinde uyuşmazlıkların yargı önünde görülmesi için dava yoluna başvurulması, erdem olarak kabul gören uyum ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Uyum ilkesinin yanında Japonya'da yargısal yola başvurma konusunda tarafları bir kez daha düşünmeye sevk eden bir diğ er anlayışın ise ayıp k÷ltür÷ olduğu gör÷lmektedir<sup>314</sup>. Batı'daki uyuşmazlık çözümlerinin giderilmesinde kullanılan yargı yolu tercihi aksine Japonya'da uyuşmazlıkların uzlaş ı ve barış yolu ile çözüldüğü gör÷lmektedir<sup>315</sup>. Özellikle aile hukuku ve kira hukuku kaynaklı ihtilaflar Japonya'da zorunlu olarak arabuluculuğ a götür÷len uyuşmazlıklar arasında yer almaktadır. Japonya'da 2004 yılında kabul edilen ve 2007 yılı itibariyle yürürlüğe giren Alternatif Uyuşmazlık Çözümünün Teşviki Hakkında Kanun (*Law Concerning Promotion of Alternative Dispute Resolution*)<sup>316</sup>, arabuluculuğ un desteklenmesi ve yaygınlaştırılmasına yönelik hükümler içermektedir.

## **2.2 HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK**

### **2.2.1 Türk Hukukunda Arabuluculuk Uygulamaları**

Türk Hukukunda özel hukuktan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkların alternatif çözümlerinden biri olan arabuluculuk yolu ile çözümlenmesine ilişkin Hukuk Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Kanunu 07.06.2012 tarihinde kabul edilmiş ve 22.06.2012 tarihinde resmi gazete yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu kanunun uygulanmasına yönelik Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğ i 23.06.2013 tarihinde yürürlüğe sokulmuştur. 25.10.2017 tarihinde İş Mahkemeleri Kanununda bireysel iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk yoluna başvuruyu dava şartı olarak kabul eden düzenlemeye bağlı olarak, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda 12.10.2017 tarihinde değişiklikler yapılmış, bu değişikliklere paralel olarak Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yönetmeliğ i tekrar düzenlenerek 02.06.2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Diğ er taraftan

<sup>313</sup> M. Yusuf Eren 2014, a.g.t., s. 55., Ferhat Yıldırım 2019, a.g.t., s. 29., Seda Özmumcu 2012, a.g.e., s. 64.

<sup>314</sup> Seda Özmumcu 2012, a.g.e., s. 70.

<sup>315</sup> Dava yoluna başvurunun Japonya'da 1986 ile 2001 yılları arasında %29 oranında artış gösterdiğine dair açıklamalar ve bu artışa neden olan faktörler için bkz. Seda Özmumcu 2012, a.g.e., s. 82,85.

<sup>316</sup> (Çevrimiçi) <http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/AOP.pdf>, 08.12.2019.



19.12.2018 tarihinde yürürlüğe konulan 7155 sayılı Kanunun 22. maddesi ile 6325 sayılı Kanuna eklenen 18/A maddesi ile dava şartı arabuluculuk genel olarak düzenlenerek kanunda yer almıştır<sup>317</sup>.

Hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk yoluna ilişkin temel düzenlenmeler 6325 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile yapılmıştır. İlgili düzenlenmelerin amacı ise, alternatif çözüm yollarının yargı yolu ile yarışmak, rekabet etmek veya devlet yargısını ortadan kaldırmak olmadığı tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hukuk uyuşmazlıklarının, yabancı unsurlarda dahil olmak üzere daha basit, hızlı ve etkin bir şekilde çözümlenmesidir<sup>318</sup>. Arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi için yine ilgili kanunun üçüncü kısmında arabuluculara ilişkin hak ve yükümlülükler düzenlenmiş ve yükümlülüklerini ihlal eden arabulucular için cezai müeyyide öngörülmüştür<sup>319</sup>. İlgili hak ve yükümlülükler uyarınca; arabulucu yoluna başvuru ile uyuşmazlık içerisine düşen tarafların uyuşmazlığı çözümlenmeye çalışması halinde arabulucu, tarafların eşitliğini gözetmekle, tarafların süreç içerisinde iradi bir şekilde kendi kararını verme hakkını ihlal etmemekle, taraflara önyargısız ve eşit yaklaşımını korumakla mesul tutulmuştur<sup>320</sup>. Buna mukabil taraflarla menfaat ilişkisi veya çatışması bulunmamasına, sürecin başından sonuna kadar görevini özenle yerine getirilmekle, taraflarla olan görüşmelerde edindiği her türlü bilgi ve belgeleri gizli tutmakla ayrıca arabulucular arasında arabuluculuk uygulamasının gelişmesini hedefleyerek, toplumsal farkındalığın oluşturulması, arttırılması ve kurumun tanıtılmasından sorumludur<sup>321</sup>.

<sup>317</sup> Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 63.

<sup>318</sup> Daha fazla bilgi için bkz. 26.5.2008 tarihinde kararlaştırılan “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı” ile gerekçesi (çevrimiçi) <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf>, 15.01.2021.

<sup>319</sup> HUAK'nun 33. maddesi "(1) Bu Kanunun 4 üncü maddesindeki yükümlülüğe aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır." şeklinde olup yine Arabuluculuk Kurulu, etik kurallarının ihlali ve bu durumun öğrenilmesi halinde kanunun 21'inci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında ilgili arabulucunun sicilden silinmesi de dahil olmak üzere arabuluculuk mevzuatında öngörülen diğer yaptırımları uygulayabilmektedir. HUAK'nun 21. maddesi "(1) Daire Başkanlığı, arabuluculuk için aranan koşulları taşımadığı hâlde sicile kaydedilen veya daha sonra bu koşulları kaybeden arabulucunun kaydını siler. (2) Daire Başkanlığı, bu Kanunun öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmediğini tespit ettiği arabulucuyu yazılı olarak uyarır; bu uyarıya uyulmaması hâlinde arabulucunun savunmasını aldıktan sonra, gerekirse adının sicilden silinmesini Kuruldan talep eder. (3) Arabulucu, arabulucular sicilinden kaydının silinmesini her zaman isteyebilir." şeklindedir. Arabulucunun yükümlülükleri ve hakları için ayrıca bkz. Emel Badur, Arabulucu Sözleşmesi, *Terazi Hukuk Dergisi*, C: 15, S: 162, Y: Şubat 2020, s. 255 vd.

<sup>320</sup> Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Bilgi Bankası, Türkiye Arabulucular Etik Kuralları, (çevrimiçi) <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1512021075717T%C3%BCrkiye%20%20Arabulucular%20%20Etik%20Kurallar%C4%B1.pdf>, 15.01.2021.

<sup>321</sup> Recep Tayfun ve Aylin Erdem Türk, Arabuluculuk Uygulamalarına İlişkin Bir Alan Araştırması

Türk Hukukunda alternatif çözüm yollarından olan arabuluculuk ilk olarak ihtiyari arabuluculuk olarak uygulanmaya başlanmış ve gerçekleştirilen kanun düzenlemeleri ile kimi uyuşmazlıklar için arabuluculuk ihtiyari bir yol olmaktan çıkarak mahkemeye başvuru öncesinde tüketilmesi gereken bir yol, dava şartı olarak uygulanmaya başlanmıştır. Ülkemizde arabuluculuk yolu bakımından ikili bir ayırım bulunmaktadır. İş uyuşmazlıkları, ticari uyuşmazlıklar ve tüketici uyuşmazlıklarından kimileri için taraflar uyuşmazlık içerisine düştüğünde dava açmadan önce arabulucu yoluna başvurma hususunda zorunlu tutulmaktadır. Arabulucu yoluna başvurunun zorunlu tutulduğu hallerde taraflar uyuşmazlığı çözümlenemeyen ya da çözümlenemeyen hususunda serbest tutulmaktadır. Arabuluculuk yoluna başvurunun zorunlu olmadığı uyuşmazlıklar için ise arabulucuya başvuru tamamen ihtiyari olup, tarafların bu yola başvurmak ya da başvurmamak tercihi kendilerine bırakılmıştır. Ayrıca kamu düzenini ilgilendiren uyuşmazlıklarda; tarafların hak ve menfaatlerini, genel ahlak ve düzeni korumak amacıyla tarafların arabuluculuk yoluna başvurusu ve uyuşmazlığı çözümlenmesi mümkün değildir.

### 2.2.1.1 İhtiyari Arabuluculuk

Uyuşmazlıkların çözülmesinde alternatif bir çözüm yolu olan arabuluculuk, kimi uyuşmazlıklarda dava şartı olmasına rağmen, kimi uyuşmazlıklar için sadece tarafların istemeleri halinde işlerlik kazanan, seçimlik bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. İhtiyari arabuluculukta taraflar, uyuşmazlığın konusu açısından yasal bir zorunluluk olmamasına rağmen yargıya başvurmadan önce arabuluculuğa başvurabileceği gibi uyuşmazlık yargıya taşındıktan sonrada arabuluculuğa başvurmayı tercih edebilirler<sup>322</sup>.

Arabuluculuk süreç içinde gelişen ve gelişmeye dayalı dinamik yapılı, iletişime dayanan, sosyal bir yönü olan alternatif çözüm yolu olduğundan, emredici hükümlere aykırılık bulunmadığı sürece taraflar, uyuşmazlığın türü uygun olduğu müddetçe arabuluculuk usulünü serbestçe belirleyebilirler<sup>323</sup>. Ancak tarafların arabuluculuk usulüne yönelik karar vermemiş olmaları halinde, arabulucunun devreye girerek

---

(Ankara Örneği), *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 122, Y: 2016, s. 420,421., Türkiye Arabulucular Etik Kuralları, (çevrimiçi) <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1512021075717T%C3%BCrkiye%20%20Arabulucular%20%20Etik%20Kurallar%C4%B1.pdf>, 15.01.2021.

<sup>322</sup> Emel Badur 2020, a.g.m., s. 249.

<sup>323</sup> HUAK madde 15/2 “Taraflar, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabilirler.” şeklindedir. Ayrıca bkz. Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes ve Murat Atalı 2018, a.g.e., s. 68.

tarafların isteklerini dikkate alan bir şekilde ve uyuşmazlığın hızlı çözülmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütmesi gerekir<sup>324</sup>. Alternatif çözüm yolları, bilhassa arabuluculuk, uzun süren yargılama süreçlerinde bireylerin hakkı elde etmesinin güçleşmesi ve gecikmesinden dolayı düzenlendiği için arabuluculuk faaliyetinin de buna uygun geliştirilmesi gerekmektedir. Zira arabuluculuk süreci eğer hızlı bir şekilde sonuçlandırılmazsa o halde adalete erişimin hızlandığı söylenemeyeceği gibi üstelik bu sürecin akabinde başlatılan dava süreciyle beraber bireylerin adalete erişimi daha fazla gecikebilir.

Tarafların dava şartı olarak öngörülemeyen uyuşmazlıklarda kendi talepleri doğrultusunda arabulucuya başvurmaları halinde başlayan bu süreçte, arabulucunun kimler olabileceği yine yasal zeminde düzenlenmiştir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu 2. maddenin 1. fıkrasının (a) bendine göre; arabulucu “Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişiyi” ifade eder. O halde Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu 13. maddesi uyarınca<sup>325</sup>; taraflar dava açmadan önce veya dava aşamasında, dava şartı olmayan uyuşmazlıklar (dava şartı olması halinde zaten başvuru zorunludur) ve arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar kapsamında olan tüm uyuşmazlıklar için kendi iradeleri ile isteyerek arabuluculuk faaliyetine başvurabilir, uyuşmazlık konusunu arabuluculuk yoluyla çözümlenmek isteyebilirler.

Bu bağlamda arabuluculuk faaliyetini yürütecek olan arabuluculara da çok iş düşmektedir. Öncelikle tarafların iletişimini düzgün bir şekilde yürütülmesini sağlamalı, tarafsız kalmayı başarmalı, duygusal tepkilerden sıyrılarak geçmişteki menfaatler yerine, tarafların gelecekteki menfaatleri görmelerini sağlayıcı bir tutum içerisinde bulunmalı, ancak bu tutumu sağlarken taraflar üzerinde baskı ve dayatıcı bir güç olmamalı, arabuluculuk ilkelerine uygun ve sadık davranmalıdır<sup>326</sup>.

### **2.2.1.1.1 Arabuluculuğa Elverişli Hukuki Uyuşmazlıklar**

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri her özel hukuk uyuşmazlığı için arabuluculuğa gidilebilmektedir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk

<sup>324</sup> HUAK madde 15/3 “Taraflarca kararlaştırılmamışsa arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözülmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür.” şeklindedir.

<sup>325</sup> HUAK 13. madde ile paralel bir düzenleme de 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda 137/1. maddesiyle “... Mahkeme ön incelemede; .... tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir.” şeklindedir.

<sup>326</sup> Ömer Ekmekçi, Muhammet Özekes ve Murat Atalı 2018, a.g.e., s. 68,69., Muktedir Lale, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 141.

Kanunu'nun 1. maddesinde bu konu açıkça ifade edilmiştir. Buna göre, arabuluculuğun “yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir”. Kanun metnine baktığımızda arabuluculuğa başvurulabilecek alanlar tek tek sayılmamış, genel bir ifade ile izah edilmiştir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu bağlamında yabancılık unsuru taşıyanlarda dahil olmak üzere, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işler çerçevesinde arabuluculuğun uygulanma alanı değerlendirilir<sup>327</sup>.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun<sup>328</sup> 308/2 hükmünde yer alan (kabul) ve 313/2 hükmünde düzenlenen (sulh) ile ifade edilen “tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işler” ile 408/1 hükmünde yer alan (tahkim) ile ifade edilen “iki tarafın iradelerine tâbi olmayan işler” birbirlerinden farklı kavramlardır. “İki tarafın iradelerine tâbi olmayan işler” ile anlatılmak istenen bir işlemin geçerliliği için, kanunen iki tarafın irade açıklamalarının yeterli görülmediği hallerdir. Söz konusu iki kavramın farklı kavramlar oldukları, “Yemine konu olamayacak vakıaları” düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 226/1 hükmünün (a) ve (b) bentlerinde kanun koyucunun bu iki kavrama ayrı ayrı yer vermesinden de anlaşılmaktadır<sup>329</sup>. Örnek vermek gerekirse, taşınırın devri ve tesliminde taşınırın mülkiyeti teslim ile geçtiği için hem tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir iş hem de iki tarafında iradelerine tabi olan bir iştir. Taşınmazın devri ve tescilinde ise taşınmazın mülkiyeti ancak tapu siciline tescil ile geçtiği için tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir iştir; ancak iki tarafın iradelerine tabi olmayan bir iştir. Bu bağlamda taşınmazın devri ve tescili Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde tahkime elverişli değildir; ancak, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu çerçevesinde arabuluculuğa elverişlidir<sup>330</sup>.

Arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar, özel hukukun neredeyse tamamında görülmektedir. Bunlar içinde en önemlileri şöyledir; ticari davalar, işçi-işveren uyuşmazlıkları, kira uyuşmazlıkları, ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları, tüketici

<sup>327</sup> Süha Tanrıver 2009, a.g.m., s. 185,186, Nesibe Kurt Konca, Arabuluculuğa Elverişli Alanlar, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Güncel Gelişmeler Paneli Tebliğ Metinleri, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 2, S: 1, Y: Nisan 2017, s. 235.

<sup>328</sup> RG.04.02.2011, S. 27836.

<sup>329</sup> İlker Koçyiğit ve Alper Bulur, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Birinci Baskı, 2019, s. 74.

<sup>330</sup> a.g.e., s. 75.

uyuşmazlıkları ve aile uyuşmazlıklarıdır.

### 2.2.1.1.2 Arabuluculuğa Elverişli Olmayan Hukuki Uyuşmazlıklar

Günümüzde arabuluculuk düzenlenmeleri tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri uyuşmazlıklar bakımından düzenlenmekte ve dava şartı haline getirilmektedir. Ancak kimi uyuşmazlıklar vardır ki, bunlar tarafların üzerinde tasarruf yetkisinde bulunamayacakları, kamu düzenini ilgilendiren yargı işleridir. Bu yargı işleri, alternatif çözüm yollarından olan arabuluculuğa elverişli olmayan hukuki uyuşmazlıklar olduğundan arabuluculuk uygulanması mümkün olmayacaktır.

Çekişmesiz yargı işlerinin birçoğunda tarafların üzerinde tasarruf yetkileri bulunmamaktadır. Uygulama açısından kural olarak, çekişmesiz yargı işlerinde uyuşmazlığın iki tarafı olmadığı için arabuluculuğa uygun görünmemektedir<sup>331</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382. maddesine göre; çekişmesiz yargı, hukukun, mahkemelerce, üç ölçütten birine veya birkaçına göre bu yargıya giren işlere uygulanmasıdır. Çekişmesiz yargı, ilgililer arasında uyuşmazlık olmayan haller, ilgililerin, ileri sürülebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı haller ve hakimin resen harekete geçtiği hallerdir.

Bunun yanı sıra, aile içi şiddet olaylarında tarafların kendilerini güvende hissedemeyecekleri ve eşitlik prensibinin hayata geçemeyeceğinden arabuluculuğa elverişli değildir. Aynı şekilde evlat edinme davaları, velayet davaları, tapuda tekin, tescil, tashih<sup>332</sup> gibi dava türleri de arabuluculuğa elverişli olmayan davalara örnek gösterilebilir. Gelecekteki haklara ilişkin uyuşmazlıklar henüz bir dava konusu olamayacakları için arabuluculuk konusu olamayacaktır. Sosyal Güvenlik Mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklarda ise örneğin; hizmet tespit davaları<sup>333</sup>, eksik ödenen primlere ilişkin davalar, sigortalının hatalı bildirimine ilişkin davalar,

<sup>331</sup> Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 122., Nesibe Kurt Konca 2017, a.g.m, s. 237., Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 88.

<sup>332</sup> Elif Kısmet Kekeç ve Çiğdem Yazıcı Tıktık, *Hukuk*, Editör Ali Yeşilırmak, s. 15., (Çevrimiçi) [https://www.academia.edu/25677216/HUKUK\\_K%C4%B1s%C4%B1m\\_Edit%C3%B6r%C3%BC\\_Yrd\\_Do%C3%A7\\_Dr\\_%C3%87i%C4%9Fdem\\_YAZICI\\_TIKTIK](https://www.academia.edu/25677216/HUKUK_K%C4%B1s%C4%B1m_Edit%C3%B6r%C3%BC_Yrd_Do%C3%A7_Dr_%C3%87i%C4%9Fdem_YAZICI_TIKTIK), 15.01.2021.

<sup>333</sup> 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile birçok uyuşmazlıkta arabuluculuk dava şartı olarak düzenlenmiştir. Arabuluculuk, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işlemler bakımından elverişli olduğundan kişilerin sigortalı ve genel sağlık sigortalısı olmalarının zorunluluğu karşısında ve bunun kamu düzenini ilgilendiren bir düzenleme olmasından kaynaklı, 5510 sayılı Kanunun 92/5. maddesi gereğince, sigorta hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak, vazgeçmek veya başkasına devretmek mümkün olmadığından sigortalılığın tespit edildiği davalarda arabuluculuk kabul edilmemektedir. Daha fazla bilgi için bkz. Aslıhan Kayık Aydınalp ve Baki Oğuz Mülâyim, Hizmet Tespiti Davalarında İş Sözleşmesi İle Adi Ortaklık Sözleşmesinin Tespitine İlişkin Ölçütler, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 27, S: 3, Y: 2019, s. 818.

aylık bağlanmasına ilişkin davalar da arabuluculuğa başvurulamayacaktır<sup>334</sup>.

Bazı hallerde ise arabuluculuk özel kanunlarda yer alan düzenlemeler ile net bir şekilde yasaklanmıştır. Bunlardan; 145 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunu'nun 10. maddesi ile 1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 30. maddesine eklenen fıkraya göre; “MİT'in tarafı olduğu hukuk uyuşmazlıklarında, dava şartı olarak öngörülen arabuluculuk dahil, arabuluculuk usulü uygulanmaz”. Bu özel düzenlemeyle uyuşmazlığın arabulucu önünde çözümlenmesi kesin olarak engellenmiştir<sup>335</sup>.

### **2.2.1.2 Dava Şartı Arabuluculuk**

Türk Hukukunda arabuluculuğun ihtiyari ve dava şartı olmak üzere ikiye ayrıldığını, ihtiyari arabuluculukta uyuşmazlığın tarafları dava açma ve arabuluculuğa başvurma konusunda seçim hakkına sahipken, dava şartı arabuluculukta, taraflar uyuşmazlığı doğrudan mahkemeye taşıyamayıp öncelikle arabuluculuğa başvurmaları yargısal bir zorunluluk teşkil ettiğini belirtmiştik<sup>336</sup>. Dava şartı arabuluculukta, dava açmak isteyen taraf arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması halinde mahkemece davacıya son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması halinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir<sup>337</sup>.

Dava şartı arabuluculuk uygulamasında devlet mahkemelerinin iş yükünü azaltma amacı güdülmesi ve arabuluculuğun devlet yargısına bir alternatif olarak görülmesi yargıya güven bakımından soru işaretlerine yol açmakta ve dava şartı arabuluculuk düzenlemelerinin arabuluculuğun iradilik prensibine aykırı olduğu

<sup>334</sup> Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes ve Murat Atalı 2018, a.g.e. s. 122,123., Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 83,84.

<sup>335</sup> Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes ve Murat Atalı 2018, a.g.e. s. 122,123., Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 83,84.

<sup>336</sup> Bkz. 2.2.1.1. İhtiyari Arabuluculuk başlığı.

<sup>337</sup> HUAKE 18/A(2).

gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>338</sup>. İradilik ilkesine göre taraflar arabuluculuğa başvurmakta, arabuluculuk sürecine devam ettirmekte ve bu yöntem ile uyuşmazlığı çözme sürecini sonlandırmakta serbesttir. Lakin devletlerin, korumacı yapısını yavaş yavaş devretme arzusu ve amacıyla yargının iş yükünü azaltmak gerekçesine sığınarak bütün hukuk sistemlerinde arabuluculuk yöntemini dava şartı olarak genişletmeye eğilimi olduğu da yadsınamaz bir gerçektir<sup>339</sup>.

Dava şartı arabuluculuk, sadece dava sürecini başlatmak konusunda tarafların irade serbestisini kaldırmakta ve dava şartı arabuluculukta uyuşmazlığın çözüme kavuşmaması halinde taraflar genel mahkemeler nezdinde dava açabilmektedir. Dava şartı arabuluculuğa ilişkin “yargının iş yükü” retoriği, temelde adalete erişim savına dayalı karşıt görüş karşısında güç kazanmakta ve yargıda özelleşmeye gidildiği ifade edilmektedir<sup>340</sup>. Öte yandan arabuluculuk yolunun dava şartı haline gelmesinin Anayasa ile güvence altına alınan hak arama hürriyetini engellediğine dair iddialar Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmiş ve hak arama hürriyetinin anayasal sınırlar dahilinde sınırlandırıldığı zira arabuluculukta tarafların iradilik ilkesi gereğince istediği zaman arabuluculuk görüşmelerini sonlandırmakta serbest oldukları, anlaşmaya zorunlu olmadıkları ve tarafların arabuluculuk yolunu tükettikten sonra mahkemeye erişim haklarının bulunduğu belirtilmiştir<sup>341</sup>. Esasen hak arama hürriyeti Anayasa'nın

<sup>338</sup> Nesibe Konca Kurt, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, *SETA*, S: 225, Y: Aralık 2018, s. 3., Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 22.

<sup>339</sup> M. Tarık Gülerüz, Barış Ülker, “Zorunlu Arabuluculuk: Adalete Erişimi Zorlaştıran Bir Engel mi?”, (çevrimiçi) <https://blog.lexpera.com.tr/zorunlu-arabuluculuk-adalete-erisimi-zorlastiran-bir-engel-mi/#:~:text=Zorunlu%20arabuluculuk%20bu%20bak%C4%B1mdan%20bir,t%C3%BCketilmesi%20 gereken%20bir%20yola%20d%C3%B6n%C3%BCn%C5%9Fmektedir.&text=Zorunlu%20arabuluculuk%20C3%B6z%20indeki%20sorun%20ise,sebeple%20adalete%20eri%C5%9Fim%20hakk%C4%B1n%C4%B1n%20k%C4%B1s%C4%B1tlanmas%C4%B1d%C4%B1r.,> 04.12.2020.

<sup>340</sup> M. Tarık Gülerüz, Barış Ülker, a.g.m., (çevrimiçi).

<sup>341</sup> AYM, T. 11.07.2018, E. 2017/178, K.2018/82, RG. 11.12.2018, S. 30622. İlgili kararda “... Arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun, kişilerin hak aramalarını imkânsız hâle getiren veya aşırı derecede zorlaştıran etkisiz ve sonuçsuz bir sürece neden olmadıkça hak arama hürriyetinin özüne dokunduğu söylenemez. Dava şartının bir sonucu olarak arabuluculuğa başvuru bir zorunluluk arz etmekte ise de bu zorunluluk yalnızca arabuluculuğa başvuru ile sınırlı olup arabuluculuk sürecinin işleyişi ve sonucu üzerinde taraf iradelerinin egemen olduğu açıktır. Taraflar istedikleri zaman süreci sonlandırabilecekleri gibi, süreç sonunda anlaşmaya varıp varmamak konusunda da tercih hakkına sahiptirler. Anlaşmaya varılamaması hâlinde ise uyuşmazlığın çözümü için yargı yoluna başvurulması mümkündür. Bu bakımdan Kanun'un arabuluculuk süreci ve sonucu yönünden taraf iradelerini esas aldığı görülmektedir. Arabulucuya başvurulmamış olması sebebiyle dava şartı yokluğundan usulden reddedilen bir davanın dava şartına ilişkin eksikliğin tamamlanmasından sonra tekrar açılması da mümkündür. Bu yönüyle dava şartının yerine getirilmemesi sebebiyle davanın bir kere usulden reddedilmiş olması uyuşmazlığın yargı önüne taşınmasını engellemektedir.... Bu itibarla itiraz konusu kuralın hakkın özünü zedeleyen bir yönünün bulunmadığı ve kural ile getirilen sınırlamanın ulaşılmak istenen amaç için elverişli ve gerekli olduğu anlaşılmalıdır. Kanun'da sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı şekilde kullanılmasını sağlayacak yasal güvencelere yer verildiği ve amaç ile araç arasında makul bir dengenin gözetildiği görüldüğünden kuralda ölçülülük ilkesine de aykırılık bulunmamaktadır.” şeklinde ifade edilmiştir. Söz konusu kararın detaylı incelemesi üçüncü

13. maddesine uygun olmak koşuluyla sınırlandırılabilir. İncelenmesi gereken bu sınırlandırmanın meşru bir amaç doğrultusunda mahkemeye erişim hakkını imkansız hale getirmeden ölçülü bir sınırlandırma getirmesi gerekliliğinin ihlal edilmemesidir<sup>342</sup>. Arabuluculuğun dava şartı haline getirildiği uyuşmazlıklarda taraflar arabuluculuk yoluna başvurmakta zorunlu tutulmakla birlikte; arabuluculuk görüşmelerine katılmak, süreci devam ettirmek ya da ettirmemek gibi bu süreçte anlaşıp, anlaşmama hususunda serbesttirler. Taraflar arabuluculuk görüşmesini istedikleri zaman sonlandırıp mahkemeye erişebilirler. Lakin arabuluculuk görüşmesinin ilk toplantısına haklı bir mazereti olmaksızın katılmayan taraf mahkemede haklı çıkmasına rağmen lehine vekalet ücreti hükmedilmemekte ve yargılama masrafları üzerine bırakılmaktadır<sup>343</sup>. Bu yönüyle dava şartı arabuluculuk, tarafların arabuluculuk görüşmesine katılım gerçekleştirmesi için bir yaptırım düzenlemekte ve arabuluculuk yolunun işlerlik kazanması hedeflenmektedir.

Öte yandan dava şartı arabuluculukta, arabuluculuk görüşmelerinin sona ermesi gereken nihai süreler bulunmaktadır. Kanunen öngörülen bu süreler ile tarafların uyuşmazlığı sürüncemede bırakmasının önlenmesi hedeflenerek, hak arama hürriyeti bakımından olumlu bir düzenleme getirilmiştir. Böylece mahkemeye erişim hakkı ancak öngörülen süreler kadar ertelenebilecektir. Çalışmamızın üçüncü bölümünde detaylı bir şekilde inceleneceği üzere Anayasa Mahkemesi önce ihtiyari arabuluculuk düzenlemelerine yönelik yapılan Anayasa'ya aykırılık iddialarını daha sonra ise dava şartı arabuluculuk düzenlemelerine yönelik yapılan Anayasa'ya aykırılık iddiaları ile iptali talebini inceleyerek Anayasa'ya aykırı bir düzenleme tespit etmemiştir.

### **2.2.1.2.1 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde Dava Şartı Arabuluculuk**

Taraflar, aralarında uyuşmazlık ortaya çıkması halinde 2018 yılına kadar doğrudan karşı tarafa dava açabilmekte ve zorunlu arabuluculuk sistemi bulunmamaktaydı. 01.01.2018 tarihinden itibaren ise mevzuatta getirilmiş olan

---

bölümde yapılmıştır. Bkz. 3.3. Dava Şartı Arabuluculuğunun Hak Arama Hürriyeti Karşısındaki Durumu başlığı.

<sup>342</sup> Hak arama hürriyetine getirilen sınırlandırmanın hakkın özüne dokunması, meşru bir amaç taşımaması ve gözetilen amaç ile kullanılan yöntem arasında makul bir orantılılık ilişkisinin bulunmaması Anayasa'ya aykırılık taşıyacağı gibi aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi ile de uyumlu olmayacaktır. Bkz. 2.7.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Göre Sınır ve Sınırlamalar başlığı.

<sup>343</sup> HUKAK 18/A,11.



düzenlemeler çerçevesinde bazı davaları açmadan önce arabuluculuk yoluna başvurmak dava şartı olarak düzenlenmiştir. Böylece taraflar dava açmadan önce arabuluculuğa başvurması gereken bir alanda uyuşmazlık yaşaması halinde, taraflar arabuluculuk ve arabulucu konusunda mutabık kalmamışlarsa, yetkili arabuluculuk bürosuna başvurarak bir arabulucunun görevlendirmesini talep etmekte ve böylece süreç başlamaktadır<sup>344</sup>.

Arabulucu tarafından bu görüşmelere dair tutulacak olan son tutanak ile ancak süreç olumsuz olarak tamamlandıktan sonra başvuru taraf davasını açabilecektir. 01.01.2018 tarihinden itibaren İş Kanununa; 01.01.2019'dan itibaren de Ticaret Kanununa getirilmiş olan düzenlemelerle, *“işçi alacakları ve tazminatları ile işe iade davalarında”* ve *“Türk Ticaret kanununun 4.maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilmiş olan ve konusu bir miktar paranın ödenmesini gerektiren tüm davalar”* arabuluculuk yoluna başvurulması zorunlu olan davalar haline getirilmiştir. 28.07.2020 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a dava şartı olarak arabuluculuk düzenlemeleri getirilerek (TKHK m. 73/A) tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda arabuluculuk yoluna başvuru zorunlu hale getirilmiştir. Böylece dava açmak isteyen tarafın öncelikle arabuluculuk yoluna başvurarak dava şartını yerine getirme zorunluluğu doğmuştur<sup>345</sup>. Davacı tarafın açacağı dava, dava şartı arabuluculuk kapsamında ise, arabuluculuk başvurusu, uyuşmazlığın konusuna göre yetkili mahkemenin bulunduğu yer arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılır<sup>346</sup>. Burada başvurusu için ticaret sicile kayıtlı bağımsız bir arabulucu atanır ve kendisine bildirilir. Arabulucu kendisine atanmış olan uyuşmazlık dosyasını kabul etmesinin akabinde tarafları arayıp konuyu öğrenecek ve ilk oturum gününü ve yerini belirleyip tarafları davet edecektir. Taraflardan birinin, görevlendirme yapan arabuluculuk bürosunun yetkili olmadığı hususunda itiraz etmesi halinde ki arabulucunun yetkiye ilişkin hususu resen dikkate almaz, dosyayı derhal sulh hukuk mahkemesine yetki itirazının incelenmesi için

<sup>344</sup> Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes ve Murat Atalı 2018, a.g.e., s. 74., Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 72,73.

<sup>345</sup> Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes ve Murat Atalı 2018,, a.g.e., s. 151., Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 73.

<sup>346</sup> HUAK'nun 18/A (Ek:6/12/2018-7155/23 md.) 4 fıkrası., Levent Akın, İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk, *Çimento İşveren*, C: 32, S: 1, Y: Ocak 2018, s. 8,13.

gönderir. Sulh Hukuk Mahkemesinin yetkiye ilişkin verdiği karar kesindir<sup>347</sup>.

Arabulucunun görevi tarafların görüşmesini sağlamak, uyuşmazlık konusunu belirlemek, tarafların menfaatlerini ortaya çıkartmaya ve kendi çözümlerini ortaya koymalarını sağlamaya çalışmak, gerekirse tarafların çözüm üretemediklerini gördüğü noktada da kendi çözüm önerisini getirebilmektir<sup>348</sup>. Arabulucu sadece tarafların tüm taleplerini ve varsa anlaşma noktalarını içeren tutanağı tutacaktır. Davacı taraf dava şartı arabuluculuk yoluna gitmiş yani başvuruyu büroya yapmış ancak buna dair son tutanağı dava açarken dosyaya eklememişse hakim bir haftalık kesin süre verecektir. Bu süre sonunda tutanak hala eklenmemiş olursa davası usulden reddedilecektir. Ancak taraf, hiç arabuluculuk yoluna başvurmamışsa hakim bu sefer davayı doğrudan doğruya usulden reddedecek olup dava açılmamış sayılacaktır.

#### **2.2.1.2.1.1 İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk**

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununda yapılan değişiklikle birlikte belirli iş uyuşmazlıklarında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olunması dava şartı haline getirilmiştir. İlgili kanunun gerekçesine bakıldığında amacın dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin madde ile diğer düzenlemelerde iş yargısının temeli olan çabukluk, basitlik, emredicilik, zayıfın korunması ve ucuzluk ilkelerinin sağlanmasıdır<sup>349</sup>. İş Mahkemeleri Kanununda zorunlu arabuluculuk şartını getiren 7036 sayılı Kanunun 3. maddesinde; “(1) Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. (2) Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu

<sup>347</sup> HUAk'nun 18/A- (Ek:6.12.2018-7155/23 md.) 8. fıkrası "(8) Arabulucu, görevlendirmeyi yapan büronun yetkili olup olmadığını kendiliğinden dikkate alamaz. Karşı taraf en geç ilk toplantıda, yetkiye ilişkin belgeleri sunmak suretiyle arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz edebilir. Bu durumda arabulucu, dosyayı derhâl ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere büroya teslim eder. Mahkeme, harç alınmaksızın dosya üzerinden yapacağı inceleme sonunda en geç bir hafta içinde yetkili büroyu kesin olarak karara bağlar ve dosyayı büroya iade eder. Mahkeme kararı büro tarafından 11.2.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümleri uyarınca taraflara tebliğ edilir. Yetki itirazının reddi durumunda aynı arabulucu yeniden görevlendirilir ve dokuzuncu fıkrafta belirtilen süreler yeni görevlendirme tarihinden başlar. Yetki itirazının kabulü durumunda ise kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde yetkili büroya başvurulabilir. Bu takdirde yetkisiz büroya başvurma tarihi yetkili büroya başvurma tarihi olarak kabul edilir. Yetkili büro, beşinci fıkra uyarınca arabulucu görevlendirir." şeklindedir.

<sup>348</sup> HUAk'nun 15. maddesinin 7. fıkrası “Tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde arabulucu bir çözüm önerisinde bulunabilir.” şeklindedir.

<sup>349</sup> İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı (1/850) ve Adalet Komisyonu Raporu., Ayrıca bkz. Muhammed Alparslan Budak, İş Hukukunda Arabuluculuk, *İstanbul Barosu Dergisi*, C: 94, S: 4, Y: Temmuz 2020, s. 253., Resul Kurt 2018, a.g.m., s.355,356., Özlem Özkes, İşe İade Taleplerinde Dava Şartı Olan (Zorunlu) Arabuluculuk, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C: 31, S: 138, Y: Eylül 2018, s. 311.

*tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemeye davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir. (3) İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.” hükmüne yer verilmiştir. İlgili hükme bakıldığında kanunun arabulucuya başvurunun dava şartı olarak öngördüğünü, aksi halde davanın usul eksikliği barındırmasından ötürü usulden reddine karar vereceği açıktır.*

İşçi işveren arasından doğan uyuşmazlıklarda ülkemizde dava yoluna gidilmesi çok sık rastlanan bir durumdur. Mahkemelerin iş yükünün her gün artması ve davaların sonuçlanmasının uzun yıllar alması talep edilen hakka ulaşmayı engellemektedir. Tarafların devlet yargısı dışında alternatif çözüm yolları ile hak arama hürriyetini kullanması demokratik anlayışın getirilerindedir. Arabuluculuk çözüm yolunun iş uyuşmazlıklarının çoğunluğunda dava şartı olarak öngörülmesi ile hem dava yükünün azaltılması hem de işçi-işveren ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların hızlıca çözülmesi amaçlanmaktadır. Bununla birlikte; dava şartı arabuluculuk, ihtiyari arabuluculuktan ayrılarak taraflara mahkemeye erişmeden önce başvurusu gereken zorunlu bir unsur olarak ortaya çıktığından her ne kadar arabuluculuk sürecini sona erdirmeye ve devam ettirmeye süreci tarafların inisiyatifinde bırakılsa da arabuluculuk ihtiyari bir yol olmaktan çıkmaktadır<sup>350</sup>.

Anayasa Mahkemesine göre, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları yargının alternatifini olan ve dolayısıyla yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan veya onunla rekabet içinde bulunan bir süreçler bütünü değildir. Aksine taraflara uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen yöntemlere yönelik ilave edilmiş tamamlayıcı yöntemler topluluğudur<sup>351</sup>.

<sup>350</sup> Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes ve Murat Atalı 2018, a.g.e., s. 116., Muhammed Alparslan Budak 2020, a.g.m., s. 253.

<sup>351</sup> AYM, T. 10.07.2013, E. 2012/94, K. 2013/89, RG. 25.01.2014, S. 28893.

### 2.2.1.2.1.1.1 İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuğun Kapsamı

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları, dava şartı olarak getirilen arabuluculuğun kapsamı hakkında bilgi vermektedir. Buna göre kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklar tarafların üzerinde tasarruf edebileceği özel hukuk uyuşmazlıkları olması gerektiğini belirtmiştik. O halde bu uyuşmazlıklar hem iş mahkemelerinin görev alanına girmeli hem de İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan davalara ilişkin olmalıdır<sup>352</sup>. İş Mahkemeleri Kanunu'nun da dava şartı olarak arabuluculuğa başvurmak zorunda olan kişiler işçi ve işveren olarak belirtilmemiş, bunun yerine işçi alacağı, işveren alacağı ve işe iade olarak nitelendirme yapılmıştır. Bu sebeple önemli olan dava şartı olarak arabuluculuğa başvuranların iş uyuşmazlığının tarafları olmalarıdır<sup>353</sup>.

İşçinin ücret, fazla çalışma ücreti, izin, kıdem tazminatı, feshin geçersizliği ve işe iade gibi taleplerle çıkarmış olduğu uyuşmazlıklar ile işverenin, sözleşmeyle kararlaştırılan rekabet yasağına aykırılık, ihbar tazminatı veya işyerini zarara uğrattığı gerekçesiyle çıkaracağı uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişlidir<sup>354</sup>. İşçi veya işveren tarafından açılacak kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı, ayrımcılık tazminatı, sendikal tazminat, ücret, ücretin ekleri, fazla mesai ücreti, yıllık izin ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, avansın iadesi, eğitim gideri gibi ile cezai şart gibi zorunlu arabuluculuğa tabi talepleri için dava açılmaksızın icra takibi yapılabilir<sup>355</sup>. İcra takibi başlatıldıktan sonra ödeme yapılırsa arabuluculuk ve dava safhaları gerekmezsiniz anlaşmazlık neticelendirilmiş olmaktadır. Ancak borçlu borca itiraz ettiği takdirde itirazın iptali davası veya kesinleşmiş icra takibine karşı menfi

<sup>352</sup> Kanun gerekçesinde de bu husus; “Maddenin birinci fıkrası ile kanuna veya bireysel yahut toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması bir dava şartı olarak kabul edilmektedir. Düzenleme uyarınca, arabulucuya başvurma zorunluluğu için kanuna veya bireysel yahut toplu iş sözleşmesine dayanan alacak veya tazminat talebinin iş ilişkisinden kaynaklanması gerekmektedir. Ayrıca bu talebe ilişkin olarak tarafların işçi ve işveren olması ve taleplerin birbirlerine karşı ileri sürülmüş olması şarttır” şeklinde ifade edilmiştir.

<sup>353</sup> Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 84.

<sup>354</sup> Talat Canbolat, 6356 Sayılı Kanunda Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk, *Çalışma ve Toplum: Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, C: 2013, S: 39, Y: 2013, s. 251., İş uyuşmazlıklarından kaynaklı dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklar için ayrıca bkz. Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes ve Murat Atalı 2018, a.g.e., s. 117,119.

<sup>355</sup> Şahin Çil, *İş Mahkemeleri Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler ve Arabuluculuk*, İntes Yayınları, Ankara 2017, s. 38, (Çevrimiçi) <https://intes.org.tr/wp-content/uploads/2018/04/ic-baski.pdf>, 21.02.2019.

tespit davası açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması zorunluysen, işçi ve işverenin arabulucuda anlaşamaması üzerine işçinin ilamsız takip yoluna başvurusu üzerine itirazın iptali ile takibin devamı ve icra inkar tazminatı için arabulucuya başvurusu gerekmez<sup>356</sup>. Doktrinde bir görüş, İcra ve İflas Kanunu'nun 72. maddesi çerçevesinde açılan menfi tespit davalarının, 69/2 hükmü çerçevesinde açılan borçtan kurutulma davasının ve 89/3 hükmü çerçevesinde açılan menfi tespit davasının, arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kaldığı ileri sürülmektedir<sup>357</sup>. Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre, menfi tespit davasının konusu, alacak ve tazminat talebi veya bunların ödenmesine ilişkin olmadığından hem takipten önce hem de takipten sonra açılacak menfi tespit davaları arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında değildir<sup>358</sup>.

5953 sayılı Basın İş Kanunu kapsamında gazeteciler ile 854 sayılı Deniz İş Kanunu kapsamında gemi adamları da zorunlu arabuluculuk kapsamında olup dava şartı olarak öncelikle arabulucuya gitmeleri gerekmektedir. Yine 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile beraber 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa tabi iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların asliye hukuk mahkemelerinde görülmesine son verilerek, Türk Borçlar Kanununa tabi işçiler ve işverenleri bakımından da arabuluculuk yoluna başvuru dava şartı haline gelmiştir<sup>359</sup>.

#### **2.2.1.2.1.1.2 Arabuluculuk Kapsamında Olmayan İş Uyuşmazlıkları**

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları, dava şartı olarak getirilen arabuluculuğun kapsamı hakkında bilgi vermektedir. Buna göre kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı iken; iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat

<sup>356</sup> Menekşe Gamze Gürsu, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019, s. 57., Şahin Çil 2017, a.g.e. s. 38.

<sup>357</sup> İlker Koçyiğit ve Alper Bulur 2019, a.g.e., s. 67,68.

<sup>358</sup> İbrahim Ermenek ve Betül Azaklı Arslan, İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A), *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 148, Y: 2020, s. 163,165., Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, Ankara 2018, s. 772,773., Doktrinde bu görüşü savunanlar, söz konusu yaklaşımın icra ve iflas hukukunun taraflar arasında kurduğu menfaat dengesine aykırı olduğu gibi hakkaniyete de uygun bulunmadığı ifade etmekte ayrıca Anayasa madde 36'da yer alan hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkına da aykırı olduğu belirtilmektedir.

<sup>359</sup> Resul Kurt 2018, a.g.m., s. 429., Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 85., Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes ve Murat Atalı 2018, a.g.e., s. 118.

ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davalarında bu şart yoktur<sup>360</sup>.

İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi veya manevi tazminat davaları ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları arabuluculuğun kapsamı dışında tutulmasının temel nedeni maddi ve manevi tazminat davaları ile ilgili tespit, itiraz ve rücu davalarının belirli standartlara dayanması ve nitelikli uzman yoluyla çözüme kavuşturulabilmesidir<sup>361</sup>. Ancak işçi veya işverenin ölümü halinde dava açacak tarafın mirasçılarının dava da talep edecekleri alacakların iş ilişkisinden kaynaklanan bir alacak olması sebebiyle dava şartı olarak arabuluculuk hükümlerine tabi olacaktır<sup>362</sup>.

Sosyal Güvenlik Kurumu'nun taraf olduğu davalarda(işveren olarak taraf olduğu davalar hariç), arabulucuya başvurma zorunluluğu söz konusu değildir. Ancak hizmet tespit davası haricindeki davalarda Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurma zorunluluğu bulunmaktadır<sup>363</sup>. O halde tasarrufa elverişli olmadığından ihtiyari arabuluculuk dahi mümkün değildir.

Sendikanın aidat alacağı için 6356 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Kanunu uyarınca işveren aleyhine açtığı dava da işçi alacağı olmadığından, dava şartı olarak arabuluculuğa başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır. İş ilişkisinin kurulması sırasında veyahut henüz ilişki kurulmadan ortaya çıkan alacaklar da işçi-işveren alacağı olarak nitelendirilemeyeceğinden arabuluculuk şartı aranmayacaktır<sup>364</sup>.

İş uyuşmazlıkları kapsamında talep edilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz gibi geçici korumalar ile ilgili arabuluculuğa başvuru söz konusu olmayacak, zira söz konusu talepler ne ihtiyari ne de dava şartı arabuluculuğun kapsamına girmemektedir<sup>365</sup>.

#### **2.2.1.2.1.2 Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk**

Bir ticari uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığını anlamak için, öncelikle uyuşmazlığın konusunun, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 4. maddesinde sayılan ticari davaların konusuna girip girmediğine bakılması gerekir. Eğer, uyuşmazlık Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddenin kapsamında kalıyor veyahut

<sup>360</sup> Kaan Muharrem Yağcıoğlu 2018, a.g.m., s. 460.

<sup>361</sup> Resul Kurt 2018, a.g.m., s. 430.

<sup>362</sup> Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes ve Murat Atalı 2018, a.g.e., s. 120., Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 85.

<sup>363</sup> 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4. maddesi.

<sup>364</sup> Menekşe Gamze Gürsu 2019, a.g.t., s. 58.

<sup>365</sup> Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 89.

diğer kanunlarda belirtilen ticari dava kapsamındaysa ve uyuşmazlık konusu bir miktar paranın ödenmesine ilişkin alacak veya tazminat taleplerine ilişkinse dava açmadan önce arabulucuya başvurmak gerekmektedir. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18/A maddesinin 2. fıkrası, Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesi ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesine göre davacı taraf, dava dilekçesi ile birlikte arabuluculuk son tutanağının aslını veyahut arabulucu tarafından onaylanmış bir suretini dava dilekçesine eklemesi gerekir<sup>366</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nun “Dava şartı olarak arabuluculuk” başlıklı 5/A maddesinin Ek:6.12.2018-7155/20 maddesi “(1) Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. (2) Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir.” şeklindedir. O halde ticari uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluna başvurudan sonra en geç sekiz hafta içerisinde bir sonuca ulaştırılması gerekmektedir. Kanun koyucu iş uyuşmazlıklarında ve tüketici uyuşmazlıklarında<sup>367</sup> taraflara arabuluculuk görüşmelerini sonuçlandırması için en fazla dört hafta süre tanıdığı, ticari uyuşmazlıklarda bu süre en fazla sekiz hafta olarak düzenlenmiştir. O halde tarafların mahkemeye erişim hakkı, iş ve tüketici uyuşmazlıklarında en fazla dört hafta, ticari uyuşmazlıklarda ise sekiz haftalık bir ertelenmeye tabi tutulmaktadır. Uyuşmazlığın sürüncemede kalmaması ve anlaşamayan tarafların adalete erişimde süre kaybetmemesi adına düzenlenen sürelerin oldukça kısa tutulması hak arama hürriyeti bakımından olumlu bir düzenlemedir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesine göre; 4. maddede yer alan davalar için dava açmadan önce arabuluculuğa başvurulmaması halinde dava şartı eksikliği olacağından taraflardan birinin itirazı veya hakimin resen tespit etmesi halinde dava usulden reddedilecektir. TTK 4. maddeye göre “(1) Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile

---

<sup>366</sup> Ali Turan Hür, Ticari Davalarda Arabuluculuk, *İstanbul Barosu Dergisi*, C: 93, S: 1, Y: 2019, s.283, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olan Arabuluculukta Taraf Vekilliği El Kitabı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Şen Matbaa, 2019, s. 9., HUAK 18/A; (18) “Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz.” şeklindedir.

<sup>367</sup> Tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk uygulamaları bir alt başlıkta incelenmiştir. Bkz. 3.2.1.2.1.3 Tüketici Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk başlığı.

tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın; a) Bu Kanunda, b) Türk Medeni Kanununun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ilâ 969 uncu maddelerinde, c) 11.1.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ilâ 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ilâ 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ilâ 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörülmüş bulunan 547 ilâ 554, havale hakkındaki 555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ilâ 580 inci maddelerinde, d) Fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta, e) Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde, f) Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemeler, öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları, tarafların tacir olup olmadığına ve işin bir ticari işletmeyi ilgilendirip ilgilendirmediğine bakılmaksızın ticari dava sayılmaktadır.” O halde ilgili kanun metniyle sayılan tüm bu uyuşmazlıklar, mutlak ticari davalar<sup>368</sup>, dava şartı arabuluculuk kapsamındadır. Buna karşılık, herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davaların istisna olduğu ve ticari dava olarak kabul edilmeyeceği Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Ancak bu davalar herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendiriyorsa ticari dava ve dolayısıyla dava şartı arabuluculuk yine söz konusu olacaktır.

“Nispi Ticari Davalar<sup>369</sup>” olarak adlandırılan her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları da ticari dava olarak kabul edilmektedir. Nispi ticari davadan söz edebilmek için “her iki tarafında tacir olması” ve uyuşmazlığın “her iki

<sup>368</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin T. 22.01.2010, E. 2009/12093 ve K. 2010/640 sayılı kararı "... Mutlak ticari davalar herhangi bir unsurun, bağlama noktasının veya sebebin davanın ticari niteliğini değiştirmedeği, mahkemenin kanaatinin rol oynamadığı davalar.." şeklinde açıklamıştır. İlgili karar için bkz. (Çevrimiçi) <http://www.ticaretkanunu.net/konu/mutlak-ticari-dava/>, 08.12.2019.

<sup>369</sup> Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin T. 29.11.2016, E. 2016/5904 ve K. 2016/9858 sayılı kararı "... Nispi ticari davalar, her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olması halinde ticari nitelikte sayılan davalardır. 6102 sayılı TTK'nun 4/1. maddesine göre, her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan ve iki tarafı da tacir olan hukuk davaları ticari dava sayılır. Bu hükme göre bir davanın ticari dava sayılabilmesi için, hem iki tarafın ticari işletmesini ilgilendirmesi, hem de iki tarafın tacir olması gereklidir. Bu şartlar birlikte bulunmadıkça, uyuşmazlık konusunun ticari iş niteliğinde olması veya ticari iş karinesi sebebiyle diğer taraf için de ticari iş sayılması davanın ticari dava olması için yeterli değildir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 19/2. maddesi uyarınca, taraflardan biri için ticari iş sayılan bir işin diğeri için de ticari iş sayılması, davanın niteliğini ticari hale getirmeyecektir. Zira; Türk Ticaret Kanunu, kanun gereği ticari dava sayılan davalar haricinde, ticari davayı ticari iş esasına göre değil, ticari işletme esasına göre belirlemiştir. Hal böyle olunca, işin ticari nitelikte olması davayı ticari dava haline getirmez." şeklinde açıklamıştır. İlgili karar için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.emsal.co/ucuncu-grup-ticari-davalar-nispi-ticari-dava-asliye-ticaret-mahkemeleri-gorev/>, 08.12.2019.



tarafın ticari işletmesiyle ilgili olması” şarttır. Bu şartların mevcut olması halinde, yukarıda sayılan mutlak ticari davalardan olmasa bile, uyuşmazlık ticari dava konusunu oluşturacak ve dava şartı arabuluculuk kapsamına girecektir.

İş Mahkemeleri Kanunu ile yapılan düzenlemeler ve akabinde Türk Ticaret Kanun'unda yapılan düzenlemeler ile arabuluculuk yolu tarafların dava açmadan önce tüketmesi gereken bir dava şartı haline gelmiştir. Yapılan düzenlemeler hak arama hürriyeti bağlamında kişilerin doğrudan mahkemeye erişimini erteleyen bir etki yaratmakla birlikte, yargının mutlak yetkisini ortadan kaldırmamaktadır. Böylece taraflar arabuluculuk yoluna başvuru şartını yerine getirdikten sonra uyuşmazlıklarını arabuluculuk yolu ile çözümlenememeleri ya da çözümlenememeleri halinde yargı yoluna başvurabilirler.

### **2.2.1.2.1.3 Tüketici Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk**

Uyuşmazlıklarda alternatif çözüm yollarından birisi olan arabuluculuk aynı amaçlarla bu kez de 22.07.2020 tarihinde kabul edilen 7251 sayılı Kanunun<sup>370</sup> 59. maddesi ile 6502 Sayılı Tüketicilerin Korunması Hakkındaki Kanunu'nun (TKHK)<sup>371</sup> 73. maddesinden sonra gelmek üzere 73/A maddesi olarak eklenen düzenlemeyle tüketici hukukundan doğan bir kısım uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk kurumu kabul edilmiştir.

Tüketicilerin Korunması Hakkındaki Kanunu'nun “*Dava şartı olarak arabuluculuk*” başlığı altında 73/A maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

*“(1) Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Şu kadar ki, aşağıda belirtilen hususlarda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz:*

*a) Tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar*

*b) Tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar*

*c) 73 üncü maddenin altıncı fıkrasında belirtilen davalar*

*ç) 74 üncü maddede belirtilen davalar*

*d) Tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklar*

*(2) 7.6.2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18/A maddesinin on birinci fıkrası tüketici aleyhine uygulanmaz.*

*(3) Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya tarafların anlaşmaları ya da anlaşamamaları hâlinde*

<sup>370</sup> RG. 28.07.2020, S. 31199.

<sup>371</sup> RG. 28.11.2013, S. 28835.

*tüketicinin ödemesi gereken arabuluculuk ücreti, Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır. Ancak belirtilen hâllerde arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin Birinci Kısımına göre iki saatlik ücret tutarını geçemez.*

*(4) Arabuluculuk faaliyeti sonunda açılan davanın tüketici lehine sonuçlanması hâlinde arabuluculuk ücreti, 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre davalıdan tahsil olunarak bütçeye gelir kaydedilir.”*

Söz konusu düzenleme uyarınca tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar, tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar, tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklar hariç olmak üzere tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda tarafların arabuluculuk yoluna başvurması dava şartı haline gelmiştir. Belirtilen uyuşmazlıklar bakımından tüketici mahkemelerinde dava açmadan evvel arabulucuya başvurmak dava şartı haline geldiğinden tüketici uyuşmazlıklarının çözümünde üçlü bir sisteme geçilmiştir<sup>372</sup>.

Arabuluculuk yoluna başvuru her ne kadar dava şartı haline getirilmişse de taraflar, arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlık konusunu çözmek istemedikleri takdirde süreci her zaman sonlandırma ve uyuşmazlık konusunu yargı yoluna taşıma konusunda serbesttirler. Bu sebeple arabuluculuğa başvuruyu zorunlu hale getirmek suretiyle hak arama hürriyetinin sınırlandırılması, hak arama hürriyetinin ihlali olarak görülmektedir<sup>373</sup>. Doktrinde zorunlu arabuluculuk uygulaması, tüketiciler nezdinde bir külfet, zaman kaybı veya hakkını tam olarak elde edememesine rağmen, tüketicinin avukatı olmaksızın süreci yönetmekte zorlanacak olması, biran önce hakkına ulaşmak için hak kaybı yaşaması ve mevcut duruma katlanmak zorunda kalması şekillerinde kendi göstereceği endişesiyle eleştirilmektedir<sup>374</sup>.

Bununla birlikte Tüketicilerin Korunması Hakkındaki Kanunu'nun 73/A maddesinin 2. fıkrasıyla, arabuluculuk ilk toplantısına katılmamanın sonuçları genel arabuluculuk uygulamasına ilişkin hükümlere göre farklılık arz etmektedir. Öyle ki; arabuluculuğun ilk toplantısına katılmayan tarafın dava sonunda haklı çıkarsa bile

<sup>372</sup> Nesibe Kurt Konca, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkime İlişkin Düzenlemeler, Güven Veren ve Erişilebilir Adalet Vizyonunda Üçüncü Yargı Paketi, *Seta Yayınları*, 1. Baskı, 2020, s. 59.

<sup>373</sup> “Arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun, kişilerin hak aramalarını imkansız hale getiren veya aşırı derecede zorlaştıran etkisiz ve sonuçsuz bir sürece neden olmadıkça hak arama hürriyetinin özüne dokunduğu söylenemez”. Bkz. AYM, T. 11.7.2018, E. 2017/178, K. 2018/82, paragraf 27., Nesibe Kurt Konca 2020, a.g.m., s. 61.

<sup>374</sup> Hakan Pekantez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi”, 2020, (çevrimiçi) <https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020-degerlendirilmesi/>, 16.01.2021.

yargılama giderlerinden sorumlu olacağı ve lehine vekalet ücreti ödenmeyeceğine ilişkin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin 11. fıkrasıyla öngörülen yaptırımlar, Tüketicilerin Korunması Hakkındaki Kanunu'nun 73/A maddesinin 2. fıkrasına göre tüketici aleyhine uygulanmayacağı kabul edilerek genel arabuluculuk hükümlerinden ayrılmıştır.

Bir diğer bakımdan Tüketicilerin Korunması Hakkındaki Kanunu'nun 73/A maddesinin 3. fıkrasıyla, arabuluculuk ücreti sınırlandırılarak söz konusu ücretin Adalet Bakanlığınca karşılanacağı düzenlenmek suretiyle genel arabuluculuk uygulamasına ilişkin hükümlerden de ayrılmaktadır.

Tüketicilerin Korunması Hakkındaki Kanunu'nun 73/A maddesinin 4. fıkrasına göre, arabuluculuk faaliyeti sonunda açılan dava eğer tüketici lehine sonuçlanırsa arabuluculuk ücreti, davalıdan tahsil olunarak bütçeye gelir kaydedilecektir. Söz konusu düzenlemeye göre tüketici mahkemesinde tüketicinin davacı olduğu bir yargılamada aleyhine sonuçlanması durumunda arabuluculuk ücreti davacı olan tüketiciden talep edilemeyecektir. Tüm bu düzenlemelerle Tüketicilerin Korunması Hakkındaki Kanun'un genel amacına uygun olarak güçsüz durumdaki tüketicinin korunması hedeflenerek hak arama hürriyetinden mahrum kalmamaları sağlanmıştır.

#### **2.2.1.2.1.3.1 Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında Olan Tüketici Uyuşmazlıkları**

Tüketicilerin Korunması Hakkındaki Kanunu'nun "*Dava şartı olarak arabuluculuk*" başlığı altında 73/A maddesindeki düzenlemenin ilk fıkrasına göre "*Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.*" şeklindeki ifade ile tüketici uyuşmazlıklarının yargı yoluna başvurulmadan önce arabuluculuk yolu ile çözümlenmesi öngörülmüştür. Ancak düzenlemenin ikinci cümlesinde "*Şu kadar ki, aşağıda belirtilen hususlarda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz*" şeklindeki ifade ile arabuluculuk kapsamında olmayan tüketici uyuşmazlıkları beş bent halinde sayılmıştır. Söz konusu düzenleme ile dava şartı arabuluculuk kapsamında olan tüketici uyuşmazlıkları, bu kapsama girmeyen uyuşmazlıklar tek tek sayma yolu ile belirtilerek bunların dışında kalan tüm tüketici uyuşmazlıkları bakımından arabuluculuğa başvuru dava şartı olarak kabul edilmiştir. Böyle dava şartı arabuluculuk kapsamında olan tüketici uyuşmazlıklarının sınırı bu

kapsamda olmayanlar dışarıda tutulmak sureti ile açık tutulmuştur.

#### **2.2.1.2.1.3.2 Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında Olmayan Tüketici Uyuşmazlıkları**

Tüketicilerin Korunması Hakkındaki Kanunu'nun 73/A maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde arabuluculuk kapsamında olmayan tüketici uyuşmazlıkları beş bent halinde sayılmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre;

Tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar (TKHK m. 73/A,1/a.) hakkında arabuluculuğa başvurulmadığı benzer şekilde Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin 18. fıkrasında “*Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz.*” hükmü gereği aynı zamanda alternatif bir çözüm yolu olan hakem heyetinin görev kapsamında kalan tüketici uyuşmazlıklarında arabuluculuğa başvurulamayacaktır.

Tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar (TKHK m. 73/A,1/b.) tüketici hakem heyetinin vermiş olduğu kararlar tüketici mahkemesi nezdinde itiraza tabidir (TKHK m. 70/3). Tüketici veya satıcı tarafından yapılacak itirazlar hakkında arabuluculuk yoluna başvurulamayacağı ve arabuluculuk hükümlerinin uygulanmayacağı kanunda düzenlenmiştir.

Tüketicilerin Korunması Hakkındaki Kanunu'nun 73. maddesinin 6. fıkrasında belirtilen davalar (m. 73/A,1/c.) söz konusu düzenleme olan Tüketicilerin Korunması Hakkındaki Kanunu'nun 73. maddesinin 6. fıkrasına göre tüketici örgütleri, ilgili kamu kurumu ve kuruluşlar ile Bakanlık tarafından bu maddeye göre açılacak davalara ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuk kapsamına girmemektedir.

Tüketicilerin Korunması Hakkındaki Kanunu'nun 74. maddeyle belirtilen davalar (m. 73/A,1/ç.) arabuluculuk kapsamına girmemektedir. Tüketicilerin Korunması Hakkındaki Kanun'un 74. maddesi “*Üretimin veya satışın durdurulması ve malın toplatılması*” başlığı altında düzenlen uyuşmazlıklarda doğrudan yargı yoluna başvurulabilmektedir.

Tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklar (TKHK m. 73/A,1/d.) dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir. Dolayısı ile bu tür uyuşmazlıklarda tüketiciler doğrudan yargı yoluna başvurabilmektedirler. Taşınmazın aynından kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili açılacak davalarda arabulucuya

başvurunun dava şartı kapsamı dışında bırakılması bu hususta yapılacak arabuluculuk anlaşmalarının icraya elverişli olmaması sebebiyle yerinde bir düzenlemedir<sup>375</sup>.



---

<sup>375</sup> Nesibe Kurt Konca 2020, a.g.m., dipnot 63.

## BÖLÜM III

### ARABULUCULUĞUN HAK ARAMA HÜRRİYETİ PERSPEKTİFİNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ VE DAVALARA ETKİSİ

#### 3.1 ARABULUCULUK VE HAK ARAMA HÜRRİYETİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Uyuşmazlıkların alternatif ve barışçıl yollar ile çözümü bağlamında, arabuluculuk müessesesi XXI. yüzyılın modern araçlarından bir tanesidir. Günümüzde daha da karmaşık hale gelen uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk usulü, toplumsal farkındalığın sağlanması ve artırılması bakımından önemli bir unsurdur<sup>376</sup>. Ülkemizde arabuluculuk uygulamalarına bakıldığında ihtiyari arabuluculuk ve zorunlu arabuluculuk olmak üzere iki farklı tür benimsendiği görülmekte ve kimi uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk yoluna başvuru tarafların yargıya başvurmadan önce tüketmesi gereken bir ön şart haline getirilmektedir. Her ne kadar arabuluculukta iradilik esası benimsenmiş olsa da arabuluculuk uygulamalarının yargıya başvurunun bir ön şartı haline getirilmesiyle birlikte arabuluculuk görüşmelerinde tarafların anlaşmaya zorlanması, hak arama hürriyetine engel olması gibi endişelerin doğmasına sebep olmaktadır.

Anayasa'nın 36.maddesi gereğince, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.” hükmü ile kişinin yargı yoluna başvurma hakkı Anayasa ile güvence altına alınmış bir haktır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içinde yer alan arabuluculuk usulü ise yargıya başvuru yolları yerine geçen bir yöntem olmayıp uyuşmazlığı çözmede yargı yollarının yanında onun tamamlayıcısı durumunda olan alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir<sup>377</sup>. Arabuluculuk yolunda devlete ait bir yargılama yetkisi kullanılmamakta taraflar arasında çıkan uyuşmazlık bir arabulucu marifetiyle menfaat temelli müzakereler yolu ile çözülmeye

<sup>376</sup> Seda Özmumcu 2016, a.g.m., s. 837.

<sup>377</sup> Elif Kısmet Kekeç 2016, a.g.e., s. 94., Seda Özmumcu 2016, a.g.m. s. 838.

çalışılmaktadır<sup>378</sup>. Dolayısıyla yargı sistemine rakip bir sistem olarak nitelendirmek mümkün değildir. Bu husus Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun genel gerekçesinde “*Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, aslında yargı sistemi ile rekabet içinde olmadığı gibi, amaç yargısal yollara başvuru imkânını ortadan kaldırmak da değildir. Devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümü amaçlanmaktadır.*” şeklinde ifade edilmiştir<sup>379</sup>. Aynı Kanun'un 15. maddesinin 4.fıkrasında ise “*Niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz.*” şeklindeki düzenleme ile arabuluculuk kurumunun bir yargısal faaliyet olmadığı hususuna dikkat çekilmiştir.

Öte yandan arabuluculuk türlerinin hak arama hürriyetine etkilerinin de farklı şekillerde tezahür ettiği görülmektedir. İhtiyari arabuluculuk yolunda taraflar süreci başlatmak, devam ettirmek ya da sonlandırmak konularında serbest oldukları gibi bu süreci hiç başlatmadan yargı yoluna başvurmayı da tercih edebilirler. Zorunlu arabuluculuk uygulamalarında ise uyuşmazlık yaşayan taraflar eğer yargıya başvurmak isterse öncelikle arabuluculuk yoluna başvurması gerekmekte ve bu gereklilik bir dava şartı niteliği taşımaktadır. Diğer bir ifadeyle, doğrudan mahkemeye erişme hakkı, arabuluculuk yoluna başvurulmadığı sürece engellenmektedir. Ancak arabuluculuk yoluna başvuruda zorunluluk sadece dava açmak isteyen taraf için bu yola yapılacak olan başvuruyu kapsamaktadır. Arabuluculuk yoluna başvuru gerçekleştirildikten sonra taraflar, sürecin devam etmesi, bu süreçte anlaşmak, anlaşmamak ya da sürecin sonlandırılması konusunda serbesttir.

İhtiyari arabuluculuk uygulamalarında tarafların doğrudan mahkemeye erişimleri hususunda bir engelleri yokken; dava şartı arabuluculuk da doğrudan mahkemeye erişim hakkı sınırlanmakta, en azından arabuluculuk yoluna başvuru şartı yerine getirilene kadar ertelenmektedir<sup>380</sup>. Çalışmamızın bu bölümünde arabuluculuk türlerine ilişkin düzenlemelerinin Anayasa'ya uygunluğu ve hak arama hürriyetine

---

<sup>378</sup> Arabuluculuk yolu uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları iletişim kurmaları ve müzakerelerde bulunmaları amacıyla bir araya getirmeyi amaçlamakta ve tarafların her ikisinin de menfaatlerinin en iyi şekilde dengelenmesini hedefleyerek bir anlaşma zemininde uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasına katkı sağlamaktadır. Bu konu hakkında bkz. Süha Tanrıver 2006b, a.g.m., s. 18 vd., benzer tanımlar için bkz. Gülgün Ildır 2003, a.g.e., s. 88., İbrahim Özbay 2006, a.g.m., s. 460.

<sup>379</sup> 6325 sayılı HUAK Genel Gereçesi için bkz. (çevrimiçi) <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2012Yılı/Kanmetni/6325ss.pdf>, 29.01.2021.

<sup>380</sup> Belirli uyuşmazlıklar için, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurunun dava şartı sayılarak zorunlu hale getirilmesi, kalıcı değil geçici bir çözümdür. Bireylerin hak arama hürriyeti çerçevesinde Anayasa ile korunan adalete erişim haklarını engellemese bile erteleyecektir. Bkz. Seda Özmumcu 2016, a.g.m., s. 838.

nasıl bir etki bıraktığı incelenecektir.

### 3.2 İHTİYARİ ARABULUCULUĞUN HAK ARAMA HÜRRİYETİ KARŞISINDAKİ DURUMU

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 3. maddesinin gerekçesiyle arabuluculukta temel ilke iradi olma ve eşitlik ilkesi olarak belirtilmiş ve arabuluculuk uygulamasında başarılı sonuçlar alınmasını ancak tarafların bu süreçte iradi olarak katılım sağlamasıyla mümkün olacağı vurgulanmıştır<sup>381</sup>. Diğer bakımdan tarafların iradi olarak katılmadığı ve mahkeme dışında uyuşmazlıkların çözümlenmesine mecbur bırakılan bir süreç, Anayasa 36. madde de düzenlenen meşru yollar ile hak arama hürriyetine müdahale olarak algılanabilir<sup>382</sup>.

Sosyal devlet anlayışı gereği, devlet; alternatif yollar üreterek adalete erişimi kolaylaştıran tedbirleri ve sistemleri hayata geçirmeli ve hak arama hürriyeti sadece mahkemeler aracılığıyla kullanılan bir hak olmamalıdır. Özellikle dava alışkanlığı yüksek olan toplumlarda yargı sistemindeki sürekli artış dolayısıyla davaların sonuçlanması gecikmekte ve adalete erişim güçleşmektedir<sup>383</sup>. Bu bakımdan ihtiyari arabuluculuk uygulamalarının hayata geçirilmesi uyuşmazlık içine düşen taraflar için hem zaman hem de mali tasarruf sağlayarak hak arama hürriyetini destekleyen ve uzlaşma kültürünün yaygınlaşmasına olanak sağlayan bir çözüm olabilir.

Dava alışkanlığı yüksek olan toplumlarda, sosyal hayatın bir çok alanında mevzuat ve hakim kararlarıyla hukuki sorumluluğun kapsamı genişlemektedir. Hukuki sorumluluğun kapsamı genişledikçe toplumun talepleri artarak dava kültürü yayılmaktadır<sup>384</sup>. Örneğin Japonya da dava alışkanlığı %9 iken, Almanya'da % 123, İsveç'te % 111 ve Avustralya'da % 96'dır. Dava alışkanlığına ilişkin ülkeler arasındaki bu farkın; toplumsal alışkanlıklar, uzlaşma kültürünün hakimiyeti ve hukuki yapı farklılıklardan kaynaklandığı düşünülmektedir<sup>385</sup>. Türkiye'de ise Adli Sicil ve

<sup>381</sup> HUAK ilgili madde gerekçesi için bkz. (çevrimiçi) <https://kgm.adalet.gov.tr/TasariSamaLari/KanunLasaN/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf>, 29.01.2021.

<sup>382</sup> Arabuluculuğa başvuruda ve sürecin devamında tarafları zorlamanın mümkün olamayacağı, zaten zorlamanın arabuluculuğun niteliğine aykırı olacağı bu konuda özendirici tedbirler alınabileceği ve aksi düzenlemelerin hak arama hürriyetine aykırılık teşkil edeceğine yönelik bkz. Süha Tanrıver 2009, a.g.m., s. 187., Bir sürecin ihtiyari olması; ona devam edip etmeme özgürlüğünü temsil ettiği kadar, alternatif olarak tanımlanan o yola başvurup başvurumama özgürlüğünü de kapsamaktadır. Bkz. Kürşat Karacabey, 2016, a.g.m., s. 466,467.

<sup>383</sup> Mustafa Özbek 2010, Tebliğ, s. 142.

<sup>384</sup> Mustafa Özbek 2010, Tebliğ, s. 140.

<sup>385</sup> Koen Van Aeken, Steven Gibens ve Gerrit Franssen, *Civil Litigiousness (Encyclopedia of Law and Society: American and Global Perspectives*, Los Angeles 2007, s. 964. (çevrimiçi) [https://study.sagepub.com/system/files/Litigiousness%2C\\_Civil.pdf](https://study.sagepub.com/system/files/Litigiousness%2C_Civil.pdf), 01.02.2021, Özbek, Tebliğ, s.



İstatistik Genel Müdürlüğü'nün verilerine bakıldığında; hukuk mahkemelerinde genel nüfusta her 100.000 kişiye düşen, yıl içinde açılan ve bozularak gelen dosya sayıları yıllar itibarıyla farklılıklar göstermektedir<sup>386</sup>. 2019 yılından bir önceki yıla göre toplam gelen dosyalarda %2,3 artış olduğu görülmüştür. Bir sonraki yıla devreden dosyalarda ise %0,7 oranında artış olduğu görülmüştür. 2019 yılı hukuk mahkemeleri genelinde asliye ticaret mahkemelerine gelen dosyalarda %7,8 oranında azalış olduğu gözlenmiştir. Yine 2019 yılında 2.026.507 adet dava açıldığı ve geçen yılın devreden sayısı ile birlikte toplam 3.787.161 olduğu görülmektedir<sup>387</sup>. Bu oranlar ülkemizde ki dava alışkanlığını göstermektedir. Ülkemizde son yıllarda dava sayısı yüksek bir artış oranı göstermemekte, ticari uyuşmazlıklar bakımından ise bu alışkanlığın azaldığı görülmektedir.

Alternatif çözüm yollarının işlerlik kazanması ve uzlaşma kültürünün yaygınlaşması ile dava alışkanlığını azalması sağlanabilir. Bu minvalde sosyal barışın sağlanarak mahkemelerin iş yükünün azalması ve yargı sisteminin daha etkin ve verimli çalışmasına katkı sağlanabilir. Hak arama hürriyeti salt mahkemeye erişim hakkı olmayıp yargılamanın makul sürede sonuçlanmasını, bu sonuçların uygulanmasını, mevcut düzenin korunmasını yani tarafların hakkına kavuşmasını sağlayan sistemin tamamını ifade eder. Özellikle yargı yoluna başvuru ile uyuşmazlıkların sonuçlanması uzun süreler almakta, taraflar için masraflı olmakta ve uzun süren yargılamanın yıpratıcı etkisiyle geç gelen adalet tarafları tatmin etmemektedir. Alternatif çözüm yollarından biri olan ihtiyari arabuluculuk yolunun daha maliyetsiz, hızlı ve işlevsel olduğu düşünüldüğünde; bu yollar mahkemeye erişim hakkını kaldırmadığı, zorlaştırmadığı, yargıyla yarışmadığı sürece hak arama hürriyetini destekleyerek bozulan mevcut düzenin hızlı bir şekilde tekrar sağlanmasına yönelik taraflara uyuşmazlıklarını çözümleyebilecekleri farklı yollar sunacaktır.

---

121.

<sup>386</sup> İlgili verilerde dikkat çeken husus özellikle fikri ve sinai haklardan kaynaklanan davaların yüksek bir artış oranı gösterdiğidir. Daha fazla bilgi için bkz. Adli İstatistikler 2019 (çevrimiçi) <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-bask%C4%B1-%C4%B0SA.pdf>, 01.02.2021., s. 139,142.

<sup>387</sup> (çevrimiçi) <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-bask%C4%B1-%C4%B0SA.pdf>, 01.02.2021. s. 139,142.

Hak arama hürriyeti<sup>388</sup>, Anayasa'nın 36. maddesinde “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.*” şeklinde düzenleme bulurken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde<sup>389</sup> ise, herkes medeni hak ve yükümlülükleri bakımından tarafsız ve bağımsız mahkemeler önünde adil yargılanmayı talep etme hakkına sahip olduğu şeklinde düzenlenmiştir. Hak arama hürriyetinin etkin kullanma olanağının sağlanması hukuk devleti olmanın bir gereği olup<sup>390</sup>, bununla birlikte, hak arama hürriyeti mutlak bir hak değildir ve hukuki sınırlar içerisinde sınırlandırılabilir. Zira menfaatleri birbiri ile çatışan tarafların olduğu bir yargılama faaliyetini de içinde barındıran hak arama hürriyetinin güvence altına alınması, ancak kullanma koşullarının ve sınırlarının belirlenmesi ile mümkündür<sup>391</sup>.

Arabuluculuğun temelinde iradilik ilkesi bulunması nedeni ile ihtiyari arabuluculukta gerek arabuluculuğa başvurmak ve gerekse süreci devam ettirip sonlandırmak tarafların iradelerine bağlıdır. Taraflar arabuluculuk sürecinin sonunda anlaşmak zorunda olmadığı gibi her zaman süreci sonlandırma yetkisine sahiptir. Arabuluculuk yoluna başvurmak, tarafların dava yoluna başvurmalarını engellememektedir<sup>392</sup>. Bununla birlikte, arabuluculuk süreci sonunda tarafların bir anlaşmaya varmalarına rağmen bu anlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi sözleşmeye aykırılık oluşturur<sup>393</sup>. Bu yönüyle ihtiyari arabuluculuk uygulamaları dava yolunu kapatmamakta ve hak arama hürriyetini düzenleyen Anayasa'nın 36.

<sup>388</sup> Anayasa Mahkemesi'nin T. 19.09.1991, E.1991/2 ve K. 1991/30 sayılı kararında hak arama hürriyetinin önem ve değeri şu şekilde ifade edilmiştir: “... insanlık yaşamında yadsınmaz bir yeri olan hak arama özgürlüğü, toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri olmakla birlikte bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme uğraşının uygar yöntemidir. Uluslararası hukuk kaynaklarında özgün yeri bulunan, hak arama özgürlüğü, değişik alanlardaki özellikleriyle insan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 6.-12. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu özgürlük de, öbür hak ve özgürlükler gibi, ancak demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun biçimde yasa ile ve geçici olarak sınırlanabilir. Anayasa'ya aykırı olarak, açık ya da üstü kapalı sınırlamalar, hangi yolla yapılırsa yapılsın uygun karşılanamaz... hak arama özgürlüğü, hukuk devletinin başlıca ölçütlerinden, demokrasinin en çağdaş gereklerinden, vazgeçilmez koşullarından biridir. Kullanılmasını yöntem, süre ve gerekler yönünden koşullara bağlayarak düzenleme dışında kısıtlama, engelleme ve olumsuz yönde etkileme hoşgörüyle karşılanamaz ve bu doğrultudaki düzenlemeler Anayasa'yla bağdaşamaz...”. RG. 16.09.1992, S. 21347.

<sup>389</sup> (çevrimiçi) [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_tur.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf), 18.01.2021.

<sup>390</sup> Hakan Pekcantez 2017, a.g.e., s. 14., Süha Tanrıver, *Medeni Usûl Hukuku*, C. I, Ankara, 2018, s. 80,81.

<sup>391</sup> Ersin Erdoğan 2017, a.g.m., s. 1231., Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Özü*, Ankara, 1982, s. 47.

<sup>392</sup> Mustafa Özbek 2010, Tebliğ, s. 138.

<sup>393</sup> Gülgün Ildır 2004, a.g.e., s. 397.

maddesine aykırılık taşımamaktadır<sup>394</sup>. Nitekim Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Arabuluculuk Direktifi<sup>395</sup>, arabuluculuk başvurusuna ilişkin madde 5.2.'de “*Bu Yönerge, dava açılmasından önce veya sonra, arabuluculuğa başvurulmasını zorunlu kılan veya teşvik eden ya da yaptırıma bağlayan millî mevzuatı, bu mevzuatın, tarafların yargı sistemine erişim hakkını kullanmasını engellememesi şartıyla etkilemez.*” şeklindeki ifadeyle arabuluculuk kurumunun hak arama hürriyetine engel olmadığını açıkça düzenlemiştir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2. maddesinin gerekçesinde iradilik ilkesinin gereği olarak arabulucu, taraflar arasında iletişimin ve diyalog sürecinin işlerlik kazanmasını, taraflara rahat ve özgür bir müzakere ortamı yaratmak suretiyle, sorumlulukları kendilerine ait olmak üzere kendilerinin çözüm bulmasına yardımcı olur. Taraflara çözüm önerisi getirerek bu çözümleri empoze edemez veya uyuşmazlıkların çözümünde tarafları anlaşmaya zorlayamaz<sup>396</sup>. Aksi takdirde iradilik esasına dayanan arabuluculuk uygulamaları tarafların zorunlu kaldığı ve tatmin olmadan anlaştığı süreçler bütününe dönüşerek hak arama hürriyetini sınırlandırılabilir.

Öte yandan ihtiyari arabuluculuk yolu ile uyuşmazlık çözümünde bir yargılama faaliyeti yapılmadığı gibi alternatif bir çözüm yolu olan arabuluculuk yolunu uygulayan kişi, heyet veya merci Anayasa'nın 36. maddesinde belirtilen mercilerden değildir<sup>397</sup>. Taraflardan bir tanesi uyuşmazlığı çözmek için yargı yoluna başvurmayı

<sup>394</sup> Mustafa Özbek 2010, Tebliğ, s. 137,140.

<sup>395</sup> (çevrimiçi) <http://www.ikonion.net/index.php/15-arbuluculuk/mevzuat/24-avrupa-parlamentosu-ve-avrupa-birligi-konseyi-arbuluculuk-direktifi>, 17.01.2021.

<sup>396</sup> Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sırasında Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun m. 2/b'deki arabuluculuk tanımında ve maddenin gerekçesinde “...Diğer bir anlatımla arabulucu, uyuşmazlığı bir karar vermek suretiyle çözmeyi değil; ikna ve telkin ile tarafların yeniden müzakerelere girişmelerine ve bir anlaşma sağlamalarına imkân veren bir ortamı oluşturmayı hedefler; o haklıyı veya haksızı bulmaya yahut belirlemeye yönelik olarak değil; tarafların her ikisinin de menfaatlerinin en uygun bir şekilde dengelenmesini öngören bir anlaşma zemininin bulunmasına çaba sarf ederek uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını gerçekleştirmeye çalışır. Arabulucu, tarafların üzerinde anlaşabilecekleri noktaları, ortak paydaları tespit eder ve bu zemin üzerinde mutabakata varmalarına yönelik olarak faaliyet gösterir; taraflara çözüm önerisi geliştirip bunu onlara empoze edemez ve geliştirilen çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için onları zorlayamaz. Arabuluculuk görüşmelerinde tarafların birbirleri ile iletişim kurmaları ve bunun pekiştirilmesi ile birbirlerine ait menfaatleri ve ortak yönleri daha iyi anlamaları ve somut duruma göre işlerlik kazanabilecek değişik çözüm seçeneklerini genel bir çerçevede üretip, değerlendirmeleri temin edilir. Arabuluculuk sürecinin işleyişinde ve sonucun elde edilmesinde tümüyle taraflar egemendir...” şeklinde yer alan düzenleme çerçevesinde hareket eder. Ayrıca arabulucunun uyuşmazlık yaşayan taraflara çözüm empoze edemeyeceği ve zorlayamayacağına dair bkz. Süha Tanrıver 2006b, a.g.m., s. 19., Süha Tanrıver 2009, a.g.m., s. 184., Erkan Küçükgüngör, Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim ve Alternatif Çözüm Yöntemleri, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C: 22, S: 4, Y: 2004, s. 51., Ferhat Yıldırım 2016, a.g.m., s. 755.

<sup>397</sup> Gülgün Ildır 2003, a.g.e., s. 47., Ayrıca bkz. 2.8. Hak Arama Hürriyeti Açısından Alternatif

tercih ederse diğerk taraf uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile çözümleneceği itirazında bulunamaz. Diğerk bir ifade ile alternatif çözüml yöntemleri kararlaştırılmış olsa dahi yargının yetkisi bertaraf edilmez<sup>398</sup>. Uyuşmazlıklarda alternatif çözüml yollarından birisi olan arabuluculuk ile amaçlanan yargı yoluna gitmeden tarafların anlaşarak aralarındaki uyuşmazlığı çözüml kavuşturmalarıdır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşmaları ile aralarındaki uyuşmazlık sona ereceğinden aynı zamanda toplumsal barışa da katkı sağlanmış olur<sup>399</sup>.

Bu bağlamda alternatif çözüml yolları ve bunlardan bir tanesi olan arabuluculuk yolu hak arama hürriyetini zedelemey, aksine alternatif uyuşmazlık çözüml yollarının işlerlik kazanması halinde kişilere barışçıl şekillerde yargı yoluna göre daha hızlı ve maliyetsiz şekillerde uyuşmazlıkların çözümlmesine yönelik imkan tanıyarak hak arama hürriyetine hizmet edebilir.

### **3.2.1 Arabuluculuk Müessesinin Amaç ve Kapsamına Yönelik Düzenlemelerinin Anayasa'ya Aykırı Olduğuna Dair İtirazlar Bakımından İnceleme**

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun "amaç ve kapsam" başlıklı 1. maddesiyle kanunun amacı, hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde uygulanacak usul ve esasları düzenlemektir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar da dahil olmak üzere, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde arabuluculuk yoluna başvuru mümkündür. Ancak aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir (HUAK m. 1/2).

İlgili düzenleme de arabuluculuğa elverişli olan uyuşmazlıklarda aranan tek kriterin “tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıkları” olarak belirlendiği, bu belirlemenin yeterince açık olmadığı, hangi konuların arabuluculuğa elverişli olduğunun tahdidi olarak sayılması gerektiği, bu haliyle belirsiz olan düzenlemenin Anayasa'ya aykırılık taşıdığı iddiası ile itiraza konu olmuştur<sup>400</sup>. Bununla birlikte, irade fesadı hallerine yönelik bir düzenleme

Uyuşmazlık Çözüml Yolları başlığı.

<sup>398</sup> Gülgün İldir 2003, a.g.e., s. 47,48., Süha Tanrıver 2006b, a.g.m., s. 6.

<sup>399</sup> Elif Kısmet Kekeç 2016, a.g.e., s. 26 vd., Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 21.

<sup>400</sup> Bkz. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun'una ilişkin iptal talebi ile Anayasa Mahkemesine başvuruya yönelik sunulan dava dilekçesi ve AYM, T. 10.07.2013, E. 2012/94, K. 2013/89 sayılı kararı, (çevrimiçi) <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/01/20140125-16.htm>, 28.01.2021.

yapılmaması ve kamu düzenini ilgilendiren aile hukuku ve iş hukuku alanındaki uyuşmazlıklara bu maddenin uygulanması durumunda kamu yararının zedeleneceği, gücünün zayıfı ezerek ciddi hak kayıplarının yaşanmasına sebep olacağı iddia edilmiştir. Ayrıca maddede yer alan “yabancılik unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere” ibaresiyle yabancıların kendi hukuklarını yaratmasına imkan tanıyarak devlet açısından tehlikeli durumların ortaya çıkmasına neden olabileceği belirtilmiştir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesi ele alındığında, arabuluculuk yolunun öncelikle özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanması esas olmaktadır. Kanun koyucu özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yolu ile çözülmesine imkan tanırken, tüm özel hukuk uyuşmazlıklarını kanun kapsamına almamıştır<sup>401</sup>. İlgili madde ile aile içi şiddet iddiasına dayalı uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluna başvurmak için elverişli olmadığı kurala bağlanmıştır. Aynı maddenin gerekçesine bakıldığında ise her türlü hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk yoluna başvurulamayacağı “sulh olmak suretiyle sona erdirebilecek hukuk uyuşmazlıkları” yönünden arabuluculuk yolunun uygulama alanı bulacağı vurgulanmıştır<sup>402</sup>.

Anayasa Mahkemesi gerçekleştirdiği incelemeyle, öncelikle kanun maddesinde hangi tür uyuşmazlıklarda arabulucuya başvurulacağına ilişkin tahdidi bir yöntem seçilmemesinin sebebini, tahdidi yöntemin tercih edildiği durumlarda daima bazı hususların eksik kalma olasılığını doğuracak olması şeklinde belirtmektedir. Özellikle, özel hukuk sürekli gelişen ve değişen bir alan olduğundan bütün uyuşmazlık türlerinin tespit edilmesi ve kanunda sayılması mümkün değildir<sup>403</sup>. Öte yandan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesinin metninde yer verilmemiş olursa da ilgili maddenin gerekçesinde “*kamu düzenine ilişkin olan ve dolayısıyla tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmalarına olanak vermeyen hukukî ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında, arabuluculuk kurumuna müracaat edilemeyecektir.*” denilmek suretiyle, kamu düzenine ilişkin olan konularda arabulucuya başvurulamayacağı ifade edilmiştir<sup>404</sup>. Anayasa Mahkemesi bu

<sup>401</sup> Ferhat Yıldırım 2016, a.g.m., s. 751.

<sup>402</sup> HUAK ilgili madde gerekçesi için bkz. (çevrimiçi)

<https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlaşan/2012Yılı/Kanmetni/6325ss.pdf>, 26.01.2021.

<sup>403</sup> AYM, T. 10.07.2013, E. 2012/94, K. 2013/89., Tanrıver, tahdidi yöntemin tercih edilmesi durumunda daima bazı hususların eksik kalmasının muhtemel olduğunu, diğer yanda tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri işler ve kamu düzenine ilişkin kavramların mevzuatımıza yabancı olmadığını ifade ederek, böyle bir kategorik ayırmanın statik değil dinamik bir nitelik taşıyacağını ifade etmektedir. Bu konu hakkında bkz. Süha Tanrıver 2009, a.g.m., s. 186.

<sup>404</sup> Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile

düzenlemeler çerçevesinde kuralın, belirsiz olduğundan söz edilemeyeceğini ifade etmektedir.

Diğer bakımdan tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecekleri alanlar dışında arabuluculuğa başvurduğunun tespit edilmesi durumunda arabuluculuk faaliyeti son bulur (HUAK m. 17/1). Arabuluculuk faaliyeti sonucunda düzenlenen anlaşma belgesinin icra edilebilirliği için söz konusu belgeye hakim tarafından icra edilebilirlik şerhi<sup>405</sup> verilmesi gerektiğinden hakim bu şerhi verirken uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olup olmadığını inceler (HUAK m. 18). Böylece taraflar ihtiyari arabuluculuk yolu ile uyuşmazlıkları çözümlenmeleri halinde tarafların anlaşmaya vardığına dair tutanak yargısal bir denetime de tabi tutulacaktır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15. Maddesinin 4. fıkrasında yer alan "*Niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz.*" biçimindeki hükümden arabulucunun yaptığı faaliyetin yargısal bir faaliyet olmadığı açıkça anlaşılmaktadır. Aynı Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasında da tarafların, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbest oldukları da açıkça ifade edilmektedir. Bir başka ifadeyle, taraflar arasında arabuluculuk yöntemine başvurulmuş olması, devletin yargı yetkisini bertaraf edemez. Arabuluculukta iradilik ilkesi gereğince, taraflar arabuluculuk görüşmelerini istedikleri zaman sonlandırarak yargı yoluna başvurabilir, yargı yolu taraflara her zaman açık bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda anılan kararına göre, davaların en az giderle ve uyuşmazlıkların mümkün olan en hızlı şekilde çözümlenmesi yargının görevidir. Bununla birlikte, yargının iş yükünün azaltılması, adalete erişimin kolaylaştırılması ve usul ekonomisi ilkelerince yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması için gerekli olması halinde alternatif çözüm yöntemlerinin yaşama geçirilmesi yasama organının takdir yetkisi içindedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru zorunluluğu, bu yollar sırf kişilerin hak aramalarını imkansız hale getirmek amacıyla oluşturulmuş etkisiz ve sonuçsuz yöntemler olmadığı sürece hak arama hürriyetine aykırı kabul edilemez. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi arabuluculuğun amaç ve kapsamına yönelik Anayasa'ya aykırılık iddiası ile iptali

---

Adalet Komisyonu Raporları (1/486).

<sup>405</sup> İcra edilebilirlik şerhinin alınmasının önemi, İcra İflas Kanunu'nun 38. maddesi bağlamında ilam niteliğinde bir belge sayılması ve icra takibine konu olması bakımından göstermektedir.

talebin reddine karar vermiştir<sup>406</sup>.

Kanun koyucu özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yolu ile çözümlenmesine imkan tanırken kamu düzenine ilişkin hususların özel hukuk alanına girse dahi arabuluculuk kapsamı dışında tutulmasına yönelik sınırlama getirerek iptali istenen maddenin belirsiz olmasının önüne geçmektedir. Bu bağlamda Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun amacı ve kapsamı Anayasa'ya aykırı olmadığı gibi hak arama hürriyetini de sınırlandırmamaktadır. Zira ihtiyari arabuluculuk yolunda tarafların mahkemeye erişmesini engelleyen bir unsur bulunmadığı gibi, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri alanlarda özgür iradeleriyle yargı yoluna başvurmak yerine alternatif yollarla uyuşmazlıkları sonlandırmayı tercih etmeleri kişileri hak arama hürriyetinden mahrum bırakmaz. Önemli olan uyuşmazlık içine düşen tarafların tatmin edici bir şekilde menfaatlerini sağlamasıdır. Taraflar üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri uyuşmazlık konularında menfaatlerini sağlamış ve tatmin olarak süreci sonlandırmışlarsa hak arama hürriyeti alternatif bir yolla kullanılmış, daha hızlı ve daha ekonomik bir şekilde adalete erişilmiştir.

### **3.2.2 Arabuluculuk Faaliyetinin Gizlilik İlkesine Tabi Olmasına Yönelik İncelemelerin Hak Arama Hürriyetine Etkisinin Değerlendirilmesi**

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 4. maddesi ile düzenlenen gizlilik kuralı gereği, arabuluculuk görüşmeleri sırasında kullanılan bilgi ve belgeler ile diğer kayıtlar yargılama aşamasında kullanılamaz. Beyan ve belgelerin kullanılmamasına yönelik sınır ise Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun'un 5. maddesinde yer almaktadır. İlgili düzenlemelerin, gizlilik kisvesi altında hukuka aykırı uygulamalara meşruiyet kazandırarak, alternatif kadı sistemini ortaya çıkaracağı<sup>407</sup>, mahkemelerdeki yargılamanın aleni olması ilkesine aykırılık taşıdığı bu sebeple hak arama hürriyetine de aykırılık teşkil edeceği ileri sürülmüştür<sup>408</sup>.

Arabuluculuk yoluna başvuran tarafların uzlaşmalarını durumunda aynı uyuşmazlığa ilişkin bir yargı yoluna başvurulduğunda arabuluculuk görüşmeleri sırasında ileri sürülen beyan, bilgi ve belgeler aynı zamanda arabuluculuk kurumunun

<sup>406</sup> AYM, T. 10.7.2013, E. 2012/94, K. 2013/89 sayılı kararı.

<sup>407</sup> Bkz. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na ilişkin iptali talebi ile Anayasa Mahkemesine sunulan dava dilekçesi ve AYM, T. 10.07.2013, E. 2012/94, K. 2013/89 sayılı kararı.

<sup>408</sup> Baki Kuru, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler, *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, C: 16, S: 2, Y: 2010, s. 240,241.

da bir parçası haline gelmekte ve söz konusu bilgi, belge ve beyanların gizli kalması gerekmektedir<sup>409</sup>. Burada değinilmesi gereken husus; gizlilik ilkesi kapsamına ilişkin düzenleme ve bilgi, beyan ve belgelerin kullanılmamasına yönelik sınır ile tarafların uyuşmazlık sebebiyle sahip oldukları delil olarak kullanılacak tüm belgelerin değil, sadece arabuluculuk dolayısıyla hazırladıkları belgelerin yasak kapsamında tutulduğudur. Aksi durumun kabulü halinde, arabuluculuk faaliyeti sonuçsuz kalıp, yargıya başvurulduğunda delil kullanmak ve yargılamayı sonuçlandırmak mümkün olmayacaktır<sup>410</sup>. Bununla birlikte arabuluculuk görüşmelerine yönelik getirilen bu düzenlemeler ile tarafların arabuluculuk sürecinin devlet yargılaması sürecinde aleyhlerine sonuç doğurmayacağına yönelik tereddütleri giderilerek, tarafların özgür ve samimi bir ortamda menfaatlerini tartışmalarını sağlamaya yönelik güvence getirilmiştir<sup>411</sup>. Aksi takdirde taraflar arabuluculuk görüşmelerinde tam olarak istediklerini talep edemeyecek ya da ileri sürdükleri bilgi, belge ve beyanların dava sırasında karşılıklarına çıkması muhtemel bir engel olarak nitelendirilerek özgür bir ortamda tartışamayacaktır<sup>412</sup>.

Arbuluculuk görüşmeleri bir yargılama faaliyeti olmadığından tarafların görüşmelerde açıklama yapmak üzere belge sunmaları halinde bu görüşmeler bakımından sunulan belgeler delil olarak nitelendirilemez, ancak sonraki bir yargılamada delil niteliği taşıyabilir<sup>413</sup>. Bununla birlikte, tarafların arabuluculuk görüşmeleri sırasında sırf arabuluculuk görüşmelerinde kullanılmış olması nedeniyle belge ve bilgilerin yargılamada delil olarak kullanılmayacağı da mutlak bir kural değildir. Kural olarak, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 5. maddesinin 5. fıkrasıyla bir hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez. Bu hüküm şu şekilde yorumlanmalıdır: Taraflar arabuluculuğa başvurmasaydı, o delili elde edebiliyor veya elinde bulundurabiliyor ve aynı zamanda bu delili mahkemede

<sup>409</sup> Mustafa Özbek 2010, Tebliğ, s.142., İrfan Atış, Arabuluculuk Uygulamasında Gizlilik İlkesinin Uygulanması ve Önemi, *Sakarya İktisat Dergisi*, C: 8, S: 1, Y: 2019, s. 79.

<sup>410</sup> HUAK 5. madde gerekçesi için bkz. (çevrimiçi) <https://kgm.adalet.gov.tr/>, 26.03.2021., Ayrıca bkz. Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 139.

<sup>411</sup> Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 138., Yavuz Kaplan 2008, a.g.m., s. 137.

<sup>412</sup> Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 134,135., Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 29., Emre Kıyak, Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği, *TAAD*, Yıl: 6, S: 21, Y: Nisan 2015, dip not 39.

<sup>413</sup> Emre Kıyak, Tarafları Bağlayıcı Arabuluculuk Anlaşmalarının Hukuki Niteliği ve Dava Açma Yasağı Etkisi Üzerine Düşünceler, 2019, (çevrimiçi) <https://blog.lexpera.com.tr/taraflari-baglayici-arbuluculuk-anlasmalarinin-hukuki-niteliği-ve-dava-acma-yasagi-etkisi-uzerine-dusunceler/>, 29.01.2021., Özlem Özkes 2018, a.g.e., s. 306,308.



hukuka uygun bir delil olarak kullanabiliyorsa, sırf daha önce arabuluculukta kullanılması delilin geçerliliğini etkilemez<sup>414</sup>. Dolayısı ile arabuluculukta gizlilik (HUAK m. 4) ve kullanılan belge, bilgi ve beyanların(HUAK m. 5) yargılamada kullanılmayacağına ilişkin düzenleme hak arama hürriyetini kısıtlamamaktadır<sup>415</sup>. Ek olarak, taraflar ve görüşmelere katılan kişiler, aralarında gizlilik ilkesini kaldırmak için anlaşma yapma serbestliğine de sahiptirler(HUAK m. 4/2).

Bir diğer bakımdan arabulucu, görüşmelerde tarafların ileri sürdüğü belge ve beyanlar üzerinde bir değerlendirme ve yargılama yapan kişi değil, tarafların arasındaki görüşmeleri kolaylaştıran ve yürüten kişi olarak tarafsız bir konumu bulunmaktadır. Arabuluculuk sürecinde haklı ve haksız arayışı olmadığından, delil ikamesi ve değerlendirilmesi faaliyeti yapılmaz. Bu bağlamda arabuluculuk sürecinde, kural olarak delil ibrazı söz konusu olmaz<sup>416</sup>.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, gizlilik ilkesine yönelik yapılan iptal talebi hakkında gerçekleştirmiş olduğu inceleme ile “... arabulucuya başvurma konusundaki tereddütlerini gidermek ve güvence sağlamak olduğunu, aksi takdirde yargılamada aleyhlerine sonuç doğuracağı düşüncesi ile istenilen güven ortamının oluşmayacağını,...tarafların uyuşmazlık sebebiyle sahip oldukları ve delil olarak kullanılacak tüm belgeler için değil, sadece arabuluculuk dolayısıyla hazırladıkları belgeler için söz konusu olduğunu... hukuk davasında veya tahkimde ileri sürülen caiz delillerin, sırf arabuluculukta kullanılmış olmaları sebebiyle, kullanılmayacak hâle gelmeyeceği... arabuluculuk sürecinin yargılamada aleyhlerine sonuç doğurmayacağına süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabileceği...” ifadelerine yer vererek söz konusu düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmamıştır<sup>417</sup>.

Arabuluculuk faaliyetinde benimsenen gizlilik ilkesi arabuluculuk görüşmelerinin başarılı olması için gerekli bir ilkedir. Böylece arabuluculuk yoluna başvurmak isteyen taraflar gizliliğin korunacağına yönelik güvenleri sağlanarak bu yola başvurmaya daha fazla teşvik edilecektir<sup>418</sup>. Diğer yönüyle arabuluculuk yolu bir

<sup>414</sup> HUAK 5. madde gerekçesi için bkz. (çevrimiçi) <https://kgm.adalet.gov.tr/>, 26.03.2021., Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 141., Mustafa Özbek 2010, Tebliğ, s. 143., Elif Kısmet Kekeç 2016, a.g.e., s. 82., Süha Tanrıver 2009, a.g.m., s. 189.

<sup>415</sup> Mustafa Özbek 2010, Tebliğ, s. 143., Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 141.

<sup>416</sup> Mustafa Özbek 2010, Tebliğ, s. 143.

<sup>417</sup> AYM, T. 10.7.2013, E. 2012/94, K. 2013/89 sayılı kararı.

<sup>418</sup> Elif Kısmet Kekeç 2016, a.g.e., s. 83, Yavuz Kaplan 2008, a.g.m., s. 137., Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 141.

yargılama faaliyeti olmadığından arabuluculuk görüşmelerinin kendine özgü bir yapısının bulunması gerekmektedir. Gizlilik ilkesi ile arabuluculuk yoluna başvuran tarafların özgürce menfaatlerini tartışabilecekleri bir ortamının yaratılması amaçlanmaktadır. Eğer arabuluculuk yöntemine gerekli güven sağlanamaz ve müzakereler aşamasında ileri sürülen bilgilerin ileride aleyhlerine kullanılma ihtimali olursa taraflar gereği kadar açık olamayacaktır<sup>419</sup>. Ayrıca taraflara istemeleri halinde arabuluculuk görüşmelerinde benimsenen gizlilik ilkesinin kaldırılmasına yönelik anlaşma hakkı da tanınmakta ve taraflara dayatılan zorunlu bir ilke haline bürünmemektedir. Bu bağlamda ilgili düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olduğunu ve hak arama hürriyetini ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir.

### **3.2.3 Arabuluculuk Mesleğinin Hakimlik Mesleği ile Özdeşliğine Dair İtirazların Hak Arama Hürriyetine Etkisinin Değerlendirilmesi**

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 9. maddesinin 1. fıkrası arabulucunun görevini; özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getireceği şeklinde düzenlemiştir. İlgili düzenleme arabulucunun, hakimlik mesleği ile adeta özdeşleştirildiği, ayrıca arabulucunun bu madde ile yükümlülüğü altına girdiği görevini gereği gibi yerine getirmemesi, görevi sırasında ya da görevi nedeniyle suç işlemesi, taraflara baskı yapması ve görevini savsaklaması gibi durumlarda nasıl bir cezalandırma yöntemine başvurulacağı ve bunun yaptırımın ne olacağı yönünde hiç bir düzenleme yer almadığı bu bakımından ilgili düzenlemenin hak arama hürriyetine ve Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür<sup>420</sup>.

Anayasa Mahkemesi gerçekleştirdiği incelemeyle, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı olamayacağını ifade etmiştir. Ayrıca bu kuralların Anayasa'ya ve ceza hukukunda bulunan temel ilkelere aykırı olmamak kaydıyla ülkenin sosyal, ekonomik ve ahlaki değerleri göz önünde bulundurularak ceza politikasının saptanacağı belirtilmiştir. Kanun koyucunun hangi eylemlerin suç sayılacağı veyahut suç sayılan fiillerin hangi tür ölçüde cezalandırılacağını, cezaları hafifleten sebepler veya ağırlaştırıcı sebepleri kabul edebilmek hususunda takdir yetkisi bulunmaktadır. Arabulucuların görevleri nedeniyle gerçekleştirdikleri hangi eylemlerin suç olup

---

<sup>419</sup> Gizlilik ilkesi ile hukuki olarak bilgisiz olan taraf, yalnızca bilgi sızdırmak için bu yolu seçen tarafa karşı korunabilir. Bkz. Elif Kısmet Kekeç 2016, a.g.e., s. 83,84.

<sup>420</sup> Bkz. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na ilişkin iptali talebi ile Anayasa Mahkemesine sunulan dava dilekçesi ve AYM, T. 10.07.2013, E. 2012/94, K. 2013/89 sayılı kararı.

olmayacağı ve bu alanda düzenleme yapma yetkisi kanun koyucunun takdirinde olup, kanun koyucunun bazı eylemleri suç olarak nitelendirmemesi hususu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu şeklinde nitelendirilemez<sup>421</sup>.

Anayasa Mahkemesi yukarıda bahsedilen açıklamalar doğrultusunda itiraza konu hükümlerle hak arama hürriyetini düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesi arasında bir ilgi görmemiştir. Arabuluculuk yolunda arabulucunun tarafsız ve bağımsız olmasına yönelik düzenlemeyle esasen arabulucunun, taraflardan birinin menfaatini gözetirken diğer tarafın menfaatini ihlal etmesini engellemek ve taraf menfaatlerine ön yargıyla yaklaşmasının önüne geçilmek istenmektedir. Ayrıca arabuluculuk yolu, yargı yolu ile yarışan, yargının yerine geçerek tarafların haklı veya haksız olduğuna ilişkin inceleme yaparak karar verme yetkisine haiz olmadığından yargı mercilerinde bulunan hakimlerle yarışması veya özdeşleşmesi mümkün değildir.

Öte yandan arabulucuların görevlerini ihmal etmesi ve etik kurallara uymaması halinde disiplin cezası ve arabuluculuk sicilinden silinme gibi yaptırımlar söz konusu olacağı düzenlenmiştir (HUAK m. 21). Arabuluculuk faaliyetinin gereği gibi yürütülmemesi ve arabulucunun gereği gibi görevini yapmaması durumunda arabulucunun idari sorumluluğu yanında ayrıca hukuki ve cezai sorumluluğu da doğacaktır<sup>422</sup>. Bu bağlamda arabulucunun görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getireceğine ilişkin düzenleme (HUAK m. 9) hak arama hürriyetine ve Anayasa'ya aykırılık taşımamaktadır.

### **3.2.4 Yargılaması Devam Eden Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Yoluna Başvuru Hakkı Taniyan Düzenlemelerin Hak Arama Hürriyetine Etkisi**

Uyuşmazlık içine düşen taraflar, yargı yoluna başvurmadan önce uyuşmazlığı çözümlmek için alternatif çözüm yolu olan ihtiyari arabuluculuğa başvurabileceği gibi uyuşmazlık yargı yoluna intikal ettirildikten sonra da ihtiyari arabuluculuk yoluna başvurabilmektedir. Aynı zamanda yargıya intikal eden uyuşmazlıklarda mahkeme ön inceleme aşamasında tarafları sulhe ve arabulucuya başvurma konusunda teşvik eder (HUAK m. 13; HMK m. 140/2). Bu yönüyle ihtiyari arabuluculuk yoluna başvuru ile uyuşmazlığı çözüme iradesi tamamen tarafların seçimine bırakılmışsa da mahkeme

<sup>421</sup> AYM, T. 10.07.2013, E. 2012/94, K. 2013/89 tarihli kararı, bkz. IV/D bölümü, paragraf 3,4.

<sup>422</sup> Özlem Özkes 2018, a.g.m., s. 317., Emel Badur 2020, a.g.m., s. 258., Arabulucunun gizlilik ilkesini zedelemesi doğrultusunda cezai müeyyide ile karşılaşacağına yönelik hüküm bkz. HUAK 33. maddesinde, "arbulucunun aynı kanununda yer alan 4. maddeye aykırı davranması halinde bir kişinin hukukten korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı" şeklindedir.

aşamasına geçen uyuşmazlıklarda arabuluculuğun öngörülmesi, yargısal faaliyetlerin kesintiye uğramasına, adaletin gecikmesine ve ertelenmesine sebep olabileceği endişesi yaratmıştır. Ayrıca bağımsız yargı organlarının zedelenmesine ve bu durumda güçlünün zayıfı ezeceği, hak arama hürriyetinin engelleneceği huzursuz bir toplumun doğarak kişilerin yasa dışı yollarla hak aramaya girişeceği düşüncesiyle mahkeme aşamasında olan uyuşmazlıklarda arabulucuya gidilebilmesini düzenleyen Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 13.maddesinin Anayasa'ya aykırı ileri sürülmüştür<sup>423</sup>.

Mahkemeye intikal eden uyuşmazlıklarda tarafların arabulucuya başvurma hususunda anlaşabilecekleri, mahkemenin de teşvik edebileceğine ilişkin düzenleme (HUAK m. 13), Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ön inceleme aşamasında mahkemenin tarafları sulhe davette bulunabileceğini düzenleyen 137/1 hükmüne ve sulhun hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabileceğini öngören Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 314/1 hükmüne paralel bir düzenlemedir. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi, mahkemenin arabulucuya başvurulması hususunda taraflara davette bulunulmasına yönelik düzenlemelerin<sup>424</sup> hukuka aykırılık barındırmadığını belirtmektedir.

Diğer taraftan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinin 2. fıkrasında arabuluculuk sürecinin iki tarafça ortak bir şekilde başlatılmamış olma ihtimali düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre tarafların ortak iradeleriyle arabulucuya başvurmamaları halinde arabuluculuk teklifi kendisine ulaşan tarafın cevap vermek için otuz günlük süresi bulunmaktadır. İlgili taraf otuz gün içinde arabulucuya başvuru teklifine olumlu cevap vermezse, teklifi reddetmiş sayılır (HUAK m. 13/2). Eğer taraflardan biri otuz günlük süre içerisinde arabuluculuk teklifine henüz cevap vermemiş ancak bu süre içerisinde cevabın gelmesini beklemeksizin dava açmışsa, bu halde teklif reddedilmiş sayılarak, yargılama süreci başlayacaktır. Bununla birlikte arabulucuya başvurma teklifini kabul etmek veya

<sup>423</sup> Bkz. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun'una ilişkin iptali talebi ile Anayasa Mahkemesine sunulan dava dilekçesi ve AYM, T. 10.7.2013, E. 2012/94, K. 2013/89 sayılı kararı.

<sup>424</sup> HMK'nun 137/1. maddesi "*Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede; dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir.*" şeklinde olup, 22/7/2020 tarihli ve 7251 sayılı Kanun'un 14.maddesiyle, bu fıkra yer alan "*sulhe veya arabuluculuğa*" ibaresi "*sulh ve arabuluculuğun esasları, süreci ve hukuki sonuçları hakkında aydınlatarak sulhe veya arabuluculuğa*" şeklinde değiştirilmiştir.

etmemekte taraflar serbest oldukları gibi taraflardan birisi diğer tarafın ya da hakimin arabuluculuk yoluna başvurulması teklifi karşısında, bunun yargılamayı sürüncemede bırakacağı kanaatini taşıması halinde, teklifi derhal reddetme imkanına sahiptir.

Arabuluculuk faaliyeti nedeniyle yargılamanın sürüncemede kalmasını önlemek adına Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanun'unda ek tedbirler düzenlenmiştir. Tarafların birlikte arabulucuya başvurmak istediklerini beyan etmeleri halinde, hakimin davayı üç ayı geçmemek üzere erteleyebileceği, bu sürenin yine tarafların birlikte başvurusu üzerine en fazla üç ay daha uzatılabileceği, diğer bir ifadeyle arabuluculuk süreci nedeniyle davanın en fazla altı ay süreyle ertelenebileceği kurala bağlanmıştır (HUAK m. 15/5). Ayrıca taraflar bu sürenin kısaltılmasını öngörebileceği gibi hakim uyuşmazlığın sürüncemede bırakıldığı yönünde kanaat taşıması halinde resen süreyi kısaltabilmektedir.

Nitekim yukarıda açıklanan nedenlerle Anayasa Mahkemesi uyuşmazlığın mahkeme önüne gelmesinden sonra tarafların arabulucuya başvurma imkanı tanınmasını; hak kaybı, adalete erişimin ihlali, hak arama hürriyetinin sınırlandırılması olarak görmemiş ve Anayasa'ya aykırılık iddiasına ilişkin iptali istemini reddetmiştir<sup>425</sup>.

Bu incelemeler ışığında mahkemeye tarafları sulhe davet etme imkanı tanıyan düzenlemeler ile arabuluculuğa davet etme imkanı tanıyan düzenlemelerin paralel nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca arabuluculuk yoluna davet, tarafların iradesini zorlayan veya hakkın elde edilmesini güçleştiren bir durum yaratmamaktadır. Taraflar, arabuluculuk teklifini reddetme veya kabul etme veyahut kabul etmelerine rağmen anlaşıp anlaşmama hususlarında özgür oldukları gibi tarafların davayı sürüncemede bırakma ihtimalinin önüne geçmek için arabuluculuk faaliyeti en fazla altı ay içinde sonuçlandırılmak zorunda bırakılmıştır. Kuşkusuz, bu süreler azami süreler olup taraflar daha kısa bir süre için davanın ertelenmesini talep edebileceği gibi hakim de daha kısa sürelerle erteleme kararı verebilir. Bu yönüyle azami süreler bakımından da iradilik ilkesi uygulanabilecek olduğundan düzenlemenin hak arama hürriyetini Anayasa aykırı bir şekilde sınırlandığını ve kişilerin hak arama hürriyetinden mahrum bırakıldığını söylemek mümkün değildir.

---

<sup>425</sup> AYM, T. 10.07.2013, E. 2012/94, K. 2013/89 sayılı kararı.

### 3.2.5 İhtiyari Arabuluculuğa İlişkin Düzenlemelerin Hak Arama Hürriyetinin Özüne Etkisi Açısından Değerlendirilmesi

“Hakkın özü” kavramı hak ve hürriyetlerin güvencesi olarak kabul edilmektedir<sup>426</sup>. Bu minvalde, hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların hukukiliği veya meşruluğu denetlenirken ilk önce sınırlamanın hakkın özüne dokunup dokunmadığına bakılması gerekir. Zira hakkın özüne dokunan sınırlamalar, “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “ölçülülük” ilkelerine evleviyetle aykırı olacaktır<sup>427</sup>. Bu yönüyle ihtiyari arabuluculuk uygulamalarının öncelikle hak arama hürriyetini sınırlandırıp sınırlandırmadığının tayini ve sınırlama varsa bu sınırlamanın hak arama hürriyeti hakkının özüne dokunup dokunmadığının tespiti gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin ihtiyari arabuluculuk yoluna ilişkin kararında; arabuluculuğun amacı ve kapsamı, arabuluculuk ilkeleri, ihtiyari arabuluculuğa ilişkin düzenlemelerin anayasal olarak taraflara tanınan hak ve hürriyetlere aykırı olup olmadığı, devlet yargısı ile ilişkisi üzerinde durarak tartışmış ve bir sonuca varmıştır<sup>428</sup>. Bu sonuca göre; arabuluculuğun iradilik esasına dayanan ve tarafların istemeleri halinde işlerlik kazanan devlet yargısının alternatifi olmayan, yargıyla yarışmayan bir yoldur. Arabuluculuk faaliyeti sonucunda yargıya başvurmayı engellen bir hüküm düzenlenmediği gibi hak arama hürriyetini aşırı derecede zorlaştıran ya da ortadan kaldıran, dolayısıyla hakkın özüne dokunan bir sınırlama da bulunmamaktadır.

Gerçekten de aralarında uyuşmazlık çıkan taraflar, bu uyuşmazlığı, mutlaka yargısal yollara başvuru suretiyle çözüme kavuşturmak zorunda değildirler. Uyuşmazlık tarafları alternatif yollarla ve bu yollardan bir tanesi olan arabuluculuk yoluyla da uyuşmazlığı çözümlenmeyi deneyebilirler<sup>429</sup>. Bu bakımdan ihtiyari arabuluculuk yolu, hak arama hürriyeti bağlamında tarafların dostane bir anlaşma ortamında menfaatlerini sağlayarak çözüme ulaştırması ve süreçten tatmin olarak ayrılma imkanı tanınmasıyla etkin bir çözüm önerisi sunmaktadır. Eğer arabuluculuk süreci başarısızlıkla sonuçlanırsa taraflar büyük olasılıkla uyuşmazlığın çözümlenmesi

<sup>426</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu 2013, Özgürlükler Hukuku, s. 153.

<sup>427</sup> Yüksel Metin, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?, *SDÜHFD*, C: 7, S: 1, Y: 2017, s. 5., Yücel Oğurlu, AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak “Ölçülülük İlkesi”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, *DEÜHFD*, İzmir, 2001, s. 492,493.

<sup>428</sup> AYM, T. 10.07.2013, E. 2012/94 ve K. 2013/89 sayılı kararı., Ayrıca bkz. Muhammet Özkes 2010, Tebliğ, s.121., Alternatif çözüm yollarının yargı sistemi yerine ikame edilen ve onla yarışan bir yol olmadığına dair bkz. Süha Tanrıver 2006b, a.g.m., s. 5,6., Gülgün Ildır 2003, a.g.e., s. 48., Erkan Küçükgüngör 2004, a.g.m., s. 51., Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 10.

<sup>429</sup> Süha Tanrıver 2006b, a.g.m., s. 5.

için yargı yoluna başvuracak ve hak arama hürriyeti tüm mekanizmalarıyla birlikte, uyuşmazlık çözümü bağlamında devreye girecektir<sup>430</sup>.

Nitekim hak arama hürriyeti, salt mahkemeye erişim hakkı olmayıp, etkin başvuru yollarının kazandırılarak kişilere tanınmasını ifade etmektedir. Uyuşmazlık içine düşen taraflar alternatif bir yol olan ihtiyari arabuluculuk uygulamalarına katılmak ya da anlaşmak zorunda olmadıkları gibi ihtiyari arabuluculuk görüşmelerine katılım sağlanmasına rağmen menfaatlerini koruyamadıklarını düşündüklerinde bu süreci sonlandırma ve yargı yoluna başvurma hakkına sahiptirler<sup>431</sup>. Bu minvalde tarafları anlaşmak zorunda bırakmayan, alternatif yolların özüne uygun getirilen düzenleme ve ilkelerin, hak arama hürriyeti ile doğrudan ilişkili olan mahkemeye erişim hakkını sınırlandırmamakta, hak arama hürriyetinin özüne dokunmamaktadır.

### **3.2.6 İhtiyari Arabuluculuğa İlişkin Düzenlemelerin Ölçülülük İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi**

Ölçülülük ilkesinin temelinde hukuki ilişkilerin adaletli, dengeli ve ölçülü bir şekilde düzenlenmesi amacı bulunmaktadır<sup>432</sup>. Ölçülülük ilkesi, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında “sınırlamanın sınırı”nı teşkil etmektedir. Ölçülülük denetimi, amaç ve araç ilişkisini yani bir diğer ifadeyle, ulaşılmak istenen amaca gidilen yolda bu amaca ulaşmak için seçilen aracın denetlenmesini ifade etmektedir<sup>433</sup>.

Ülkemizde ihtiyari arabuluculuk uygulamalarının yürürlüğe konulmasındaki amaç, alternatif yollardan biri olan arabuluculuk yolu ile tarafların menfaatlerini koruyarak uyuşmazlıklarını dostane bir şekilde çözümlene imkanı tanınmasıdır<sup>434</sup>. Bununla birlikte, sürekli gelişen ve değişen dünyada kişilerin adalete erişim hakkını destekleyen uygulamaların hayata geçirilmesi sosyal hukuk devletinin gereklerindedir. Bu amaçlara hizmet eden araç ise ihtiyari arabuluculuk uygulamalarının düzenlenmesidir.

Hak arama hürriyetine engel olan, ona ulaşmayı zorlaştıran ve karmaşık düzenlemelerle kişileri adeta hak aramaktan yıldırmak anlamına gelen düzenlemeler

<sup>430</sup> Süha Tanrıver 2006b, a.g.m., s. 5.

<sup>431</sup> Bkz. 3.2.4. Yargılaması Devam Eden Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Yoluna Başvuru Hakkı Taniyan Düzenlemelerin Hak Arama Hürriyetine Etkisi Başlığı.

<sup>432</sup> Yüksel Metin 2017, a.g.m., s. 5., Yücel Oğurlu 2001, a.g.m., s. 517.

<sup>433</sup> Mehmet Değirmenci, Türkiye’de Temel Hak ve Hürriyetlerin Durdurulmasının Anayasal Çerçevesi, *ETÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S: 10, Y: Nisan 2020, s. 60., Z. Gönül Balkır 2009, a.g.e., s. 69,70.

<sup>434</sup> Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 11.

hakkın özüne dokunmakta ve ölçülülük ilkesini ihlal etmektedir<sup>435</sup>. Ölçülülük ilkesine uygun bir sınırlandırmanın yapıp yapılmadığını anlamak için öncelikle meşru bir amacın izlenip izlenmediğine bakılmalı, daha sonra ise sırasıyla elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerine uyulup uyulmadığı incelenmelidir<sup>436</sup>. O halde öncelikle ihtiyari arabuluculuk uygulamalarının meşru amacına bakılması akabinde ölçülülük ilkesinin alt kategorileri incelenerek ihtiyari arabuluculuk uygulamalarının ölçülülük ilkesine uygunluğu tayin edilmelidir.

### 3.2.6.1 Meşru Amaç Bakımından Değerlendirme

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına yönelik getirilen tedbirin veya sınırlamanın ölçülü olup olmadığının kontrol noktasını, alınan tedbirle ulaşılmak istenen meşru amaç oluşturur<sup>437</sup>. Başka bir ifadeyle sınırlamaların yasal ve zorunlu olması gerekse dahi tedbirlerin ulaşılmak istenen meşru amaç ile orantılı olması gerekmektedir<sup>438</sup>.

Anayasa Mahkemesi itiraza konu olan ihtiyari arabuluculuk düzenlemelerine ilişkin yaptığı incelemesiyle; Anayasa'da yargı yetkisinin bağımsız Türk mahkemelerince yerine getirileceği (m. 9), herkesin meşru vasıta ve yollarla hak arama hürriyetine sahip olduğu (m. 36), yine davaların en az giderle usul ekonomisine uygun olarak sonuçlandırılmasının yargının bir görevi olduğu (m. 41) düzenlemelerine dikkat çekmiştir<sup>439</sup>. Devletin görevinin ise, Anayasa'da sağlanan hak ve hürriyetlerin korunması ve kullanılmasının önündeki engelleri aşmak ve bu konuda gerekli olan tedbirleri almanın olduğunu vurgulamıştır. Ayrıca Anayasa'da düzenlenmiş olan yargısal kuralların ve hakların kullanımı ile etkinliğinin sağlanmasına yönelik tedbirler kapsamında uyuşmazlıklarda alternatif çözüm yollarının hayata geçirilmesi yasama organının takdir yetkisinde olduğu ifade edilmiştir. Öyleyse uyuşmazlıklarda alternatif çözüm yolunun yasama organınca kabul edilerek bu yollara ilişkin düzenlemeler yapılması, uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak önerilmesi veya zorunlu tutulması hak arama hürriyetinin kullanılmasını imkansız hale getirmediği, etkisiz bırakmadığı sürece getirilen sınırlandırmaların hak arama hürriyetine aykırı olduğu kabul

<sup>435</sup> Muhammet Özkes 2018, a.g.m., s. 126.

<sup>436</sup> Yüksel Metin 2017, a.g.m., s. 7., Mehmet Değirmenci 2020, a.g.m., s. 60., İbrahim Ö. Kaboğlu 2013, a.g.e., s. 108.

<sup>437</sup> Yüksel Metin 2017, a.g.m., s. 7.

<sup>438</sup> Onur Uçar ve Ahmet Burçin Yereli, Hukuka Uygunluk Kriteri Olarak "Ölçülülük" İlkesinin Yüksek Yargı Organlarının Vergi Suçlarına İlişkin Kararları Bağlamında Değerlendirilmesi, *Maliye Dergisi*, C: 27, S: 42, Y: Ocak-Haziran 2019, s. 216., İbrahim Ö. Kaboğlu 2013, a.g.e., s. 158.

<sup>439</sup> AYM, T. 10.07.2013, E. 2012/94, K. 2013/89 sayılı kararı.



edilemeyecektir.

Bu bakımdan ihtiyari arabuluculuğun meşru amacı; Anayasa'da düzenlenen hak ve hürriyetlerin önündeki engelleri aşmak, kişilere uyuşmazlık konularını çözebilecekleri yargı yollarına başvuru dışında alternatif çözüm yolları sunarak toplumda bozulan düzenin hızlı bir şekilde sağlanmasına yardım etmektir<sup>440</sup>. Ayrıca yargının ağır iş yükü ve usul ekonomisi ilkeleri gereğince; kişilerin uzun süren yargılamaları beklemek yerine alternatif yollarla menfaatlerine daha hızlı ve ekonomik şekillerde ulaşmasını sağlamak ve uzlaşma kültürünü yaygınlaştırmak olduğu söylenebilir<sup>441</sup>. Bu bağlamda belirtilen meşru amaçlara ulaşmak için oluşturulan tedbir yani ihtiyari arabuluculuk uygulamalarının hak arama hürriyetini sınırlandıran bir yapısı bulunmamaktadır.

### 3.2.6.2 Elverişlilik Bakımından Değerlendirme

Elverişlilik ilkesi, alınan tedbirle istenilen neticeye ulaşılmasını ifade etmektedir. Eğer alınan bir tedbirin katkısıyla istenilen sonuca yaklaşıyorsa kullanılan araç elverişli olarak kabul edilirken, buna karşılık kullanılan araç hedeflenen amaca ulaşmayı zorlaştırıyor veyahut istenilen amaca erişme bakımından hiçbir etki göstermiyorsa, o araç elverişsiz kabul edilecektir<sup>442</sup>.

Arbuluculuk Daire Başkanlığı'nın ihtiyari arabuluculuk uygulamalarına yönelik verdiği istatistiksel verilere göre, Türkiye genelinde 2013 yılından 31.12.2019 yılına kadar ihtiyari arabuluculuk uygulamasında karara bağlanan 249.063 dosyanın %97'sinin yani 231.013 arabuluculuk görüşmesinin anlaşma ile sonuçlandığını sadece %3'ünün anlaşamama ile sonuçlandığı belirtilmiştir<sup>443</sup>.

Sürekli gelişen ve değişen bir dünya düzeninde kişilerin hak arama hürriyetini salt dava yolu olarak görmemesi gerekir. Alternatif çözüm yolları ve bunlardan biri

<sup>440</sup> Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 21., Uyuşmazlıkların çözümünde alternatif yolların tercih edilmesi sadece yargının iş yükü ve yargılamanın makul sürede gerçekleştirilememesi değil, aynı zamanda iyi ilişkilerin sürdürülmesi ve barışçıl çözüm isteğidir. Bu konuda bkz. Gülgün Ildır 2003, a.g.e., s. 17.

<sup>441</sup> Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 11., Cennet Engin Demir vd. 2019, a.g.e., s. 35., Ömer Ekmekçi, Muhammet Özekes ve Murat Atalı 2018, a.g.e., s. 19., Gülgün Ildır 2003, a.g.e., s. 124., Arabuluculuk yönteminin etkin bir şekilde uygulanması özellikle uzama potansiyeli arz eden davalarda, her iki tarafı da memnun ederek yargının iş yükünü bir hayli hafifletecektir. Bu konu hakkında bkz. Kürşat Karacabey 2016, a.g.m., s. 486., Amerika Birleşik Devletleri'nde Nevada eyaletinde, Nevada Yüksek Mahkemesi'nin yığılan davaların iş yükünü azaltmaya yardım etmesi için zorunlu arabuluculuk uygulamaları başlamıştır. Bu konu hakkında bkz. Seda Özmumcu 2016, a.g.m., s. 822.

<sup>442</sup> Yüksel Metin 2017, a.g.m., s. 8., Z. Gönül Balkır 2009, a.g.e., s. 69., İbrahim Ö. Kaboğlu 2013, a.g.e., s. 108.

<sup>443</sup> (çevrimiçi) <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/712021154456%C4%B0HT%C4%B0YAR%C4%B0.pdf>, 28.01.2021.

olan ihtiyari arabuluculuk uygulamaları, bu anlayışın kırılması ve değişmesine katkı sağlayabilir, dava sürecinde harcanan masraf ve zamanı önemli ölçüde azaltabilir<sup>444</sup>. Keza istatistiksel veriler de ihtiyari arabuluculuk uygulamalarıyla ulaşmak istenen meşru amaca erişmek adına faydalı bir etki göstererek hak arama hürriyeti bakımından elverişli bir araç olduğunu göstermektedir.

### 3.2.6.3 Gereklilik Bakımından Değerlendirme

Ölçülülük ilkesini oluşturan unsurlardan bir diğeri ise, gereklilik unsurudur. Gereklilik ilkesi, ulaşılmak istenen amaca erişmek için seçilen elverişli olan aracın aynı zamanda gerekli olmasını, en yumuşak aracın seçilmesini ifade etmektedir<sup>445</sup>. Diğer bir ifade ile birden fazla elverişli araç arasından hangisi az sınırlayıcı bir müdahalede bulunuyor ise o aracın seçilmesi gerekir. Eğer daha az sınırlayıcı bir müdahalede bulunarak aynı veya daha iyi bir sonuç elde edilebilecekse, bu halde kullanılan araç gereksizdir ve olmaması gerekir<sup>446</sup>.

Türk hukukunda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla ilgili olarak vergi hukukunda, avukatlık hukukunda hatta ceza hukuku alanında hukuki düzenlemeler bulunmaktadır. Ülkemizde alternatif bir çözüm yolu olan tahkim, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiş, 12.01.2012 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile son halini almış ve halen günümüzde tercih edilen alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından bir tanesidir<sup>447</sup>. Ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun da belirlenen suçlar bakımından bir diğer alternatif çözüm yolu olan uzlaştırma müessesesi yer almaktadır. Uzlaştırma, özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından öngörülen arabuluculuk kurumunun ceza yargılamasındaki karşılığıdır<sup>448</sup>. Uzlaştırma müessesinde; mağdur ile şüpheli veya sanık arasında meydana gelen çekişmede tarafların yüzleşmeleri ve süreçte aktif bir şekilde rol alarak zararının giderilmesi gibi yöntemlerle mağdurun tatmin edilmesi ve nihai olarak kamu davası

<sup>444</sup> Mustafa Özbek 2010, Tebliğ, s. 122., Elif Kısmet Kekeç 2016, a.g.e., s. 87,90.

<sup>445</sup> Jülide Gül Erdem, Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisindeki Kullanımındaki Yeri, *AÜHFĐ*, C: 62, S: 4, Y: 2013, s.987., Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 108.

<sup>446</sup> Yüksel Metin 2017, a.g.m., s. 11., Onur Uçar ve Ahmet Burçin Yereli 2019, a.g.m., s. 580,581.

<sup>447</sup> Tahkim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 407-444 maddeleri arasında yer almaktadır. Tahkim, devlet yargısına nazaran taraflara daha çabuk bir çözüm garantisi sunmakta ve hakem tarafından verilen kararlar kesin hüküm teşkil etmektedir. Tahkimin bu yönü gelişen ilişkilerin hızına daha uygun bir çözüm sunmakta iken uyuşmazlık taraflarına kendi çözümlerini üreterek tahkim yargısına katılmasına izin verilmemesi tahkimin olumsuz bir yönü olarak ifade edilebilir. Tahkim yoluna ilişkin daha fazla bilgi için bkz. Gülgün Ildır 2003, a.g.e., s. 59 vd.

<sup>448</sup> Meral Ekici Şahin ve Kürşat Yemenici, 6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, *ERÜHFĐ*, C: XIII, S: 1, Y: 2018, s. 449.

sayısının azaltılarak yargının iş yükünün hafifletilmesi amaçlanır<sup>449</sup>. Arabuluculuk yolu da tarafların arasında doğan ve üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümüne aktif bir şekilde katılmalarına ve kendi çözümlerini üretebilmelerine imkan tanıyan alternatif çözüm yollarından sadece biridir. Bununla birlikte taraflar uyuşmazlık konusunda kendi çözümlerini bulmaları halinde yargı mekanizmalarının verdiği kararlara göre daha fazla tatmin duyacaklardır<sup>450</sup>.

Alternatif çözüm yolları, mahkemeye erişim hakkını ortadan kaldırmadığı ve aşırı zorlaştırmadığı sürece uygulamaya geçirilmesi gereklidir. Zira uyuşmazlık içine düşen taraflara yargıya başvuru dışında yargı yollarını tamamlayan bir işlev taşıyan alternatif başvuru yollarının tanınmamasıyla bu seferde hak arama hürriyeti sadece yargıya başvuru hakkı olarak kullanılabilen bir hak haline gelerek kişilere etkin başvuru yolları tanınmamış olur. Bu durum ise Anayasa ile korunan hak arama hürriyetinin sınırlanmasına sebep olabilir. Öyleyse ihtiyari arabuluculuk uygulamalarının hayata geçirilmesiyle uzlaşma kültürünün yaygınlaşması, uyuşmazlıkların çözümünde hızlı ve ekonomik bir imkan tanınması, taraf menfaat dengelerinin dostane şekillerde sağlanması bakımından fayda sağlayacak elverişli bir araç olduğu kadar gerekli de bir araçtır.

#### **3.2.6.4 Orantılılık Bakımından Değerlendirme**

Orantılılık ilkesi, araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında ölçülü bir orantının bulunmasını ifade eder. Belirli bir aracın kullanılması, öngörülen amaca erişme karşısında orantısız olmamalı ve kullanılan araç, ilgililere ölçüsüz yükümlülükler getirmemelidir<sup>451</sup>. Araç, ilgililer bakımından katlanılabilir nitelikte olmalıdır. Orantılılık ilkesi gereğince, amaca ulaşmak için seçilen aracın bireylere yüklediği külfetlerin ağırlığı ile sınırlamanın toplumun geneli için sağlayacağı faydalar arasında makul, kabul edilebilir bir ilişki olmalıdır<sup>452</sup>.

Esasen diğer ilkeler bakımından yukarıda yapılan açıklamalar orantılılık ilkesi için de geçerlidir. Dünyada demokratikleşme ve sivilleşme eğilimlerine paralel olarak, alternatif çözüm yolların hayata geçirilmesi, tarafların mahkemeler dışında

<sup>449</sup> Meral Ekici Şahin ve Kürşat Yemenici 2018, a.g.m., s. 452,453., Soner H. Çetin, Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaşma (CMK. 253, 254, 255), *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 82, Y: 2009, s. 1.

<sup>450</sup> Gülgün İldır 2003, a.g.e., s. 63.

<sup>451</sup> Mehmet Değirmenci 2020, a.g.m., s. 60., İbrahim Ö. Kaboğlu 2013, a.g.e., s. 108., Yüksel Metin 2017, a.g.m., s. 13.

<sup>452</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu 2013, a.g.e., s. 158., Jülide Gül Erdem 2013, a.g.m., s. 988.

uyuşmazlıklarını çözümlenebilme imkanının tanınması, özellikle davaların uzun süren yıpratıcı etkisinin yanında büyük bir önem taşımaktadır<sup>453</sup>. Arabuluculukta benimsenen iradilik ilkesi gereğince ihtiyari arabuluculuk sürecine başlamak, sürdürmek yada sonlandırmak tamamen tarafların isteğine bağlıdır (HUAK m. 3). Böylece arabuluculuk süreci ve sonucu tarafların kontrolünde olduğundan uyuşmazlığın sonucu öngörülebilir ve tarafların her ikisinde kazanacağı (kazan-kazan) çözüm alternatifleri sağlanabilir<sup>454</sup>. Diğer bakımdan ihtiyari arabuluculuk uygulamaları tarafların, mahkemeye erişim hakkını ortadan kaldıran bir düzenleme içermediği gibi taraflara ölçsüz yükümlülükler getirmemektedir. Aksine taraflara yargılama harç ve giderleri veya karşı tarafın avukatla temsil edilmesi durumundave davada haksız çıkılması halinde karşı vekalet ücreti gibi bir gider barındırmadığından yargısal yollara göre daha ekonomik bir avantaj sunmaktadır<sup>455</sup>. İhtiyari arabuluculuk uygulamasıyla amaçlanan tarafların dostane bir şekilde ve uzlaşma içerisinde uyuşmazlıklarını daha ekonomik ve süratli şekillerde çözümlenebilmesi olup bu imkanları sunduğu düşünülduğünde toplumun geneli açısından da makul bir fayda taşımakta ve hak arama hürriyeti açısından destekleyici bir çözüm önerisi getirmektedir.

Netice itibariyle, ihtiyari arabuluculuk uygulamaları, hak arama hürriyetinin özüne dokunan bir sınırlandırma getirmemektedir. Zira kişilerin mahkemeye erişim hakkı kısıtlanmamakta veya sınırlandırılmamaktadır. Diğer yandan ihtiyari arabuluculuk uygulamaları; toplumsal barışın sağlanması, uzlaşma kültürünün yaygınlaşması, uyuşmazlıkların çözümünde kişilere zaman ve mali tasarruflar sağlamayı hedeflemektedir. Bu şartlar altında ihtiyari arabuluculuk uygulamalarının meşru bir amacı olduğu, elverişli, gerekli ve orantılı bir araç olarak ölçülülük ilkesinin bütün kriterlerine haiz, hak arama hürriyetini destekleyen alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olduğunu ortaya koymaktadır.

---

<sup>453</sup> İbrahim Özbay 2006, a.g.m., s. 475., Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes ve Murat Atalı 2018, a.g.e., s. 19.

<sup>454</sup> Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes ve Murat Atalı 2018, a.g.e., s. 4,19.

<sup>455</sup> Arabuluculuk yolunun sağladığı faydalar için bkz. Süha Tanrıver 2006b, a.g.m., s. 10,11., Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes ve Murat Atalı 2018, a.g.e., s. 19.

### 3.3 DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞUN HAK ARAMA HÜRRİYETİ KARŞISINDAKİ DURUMU

Arabuluculuk kurumuna hakim olan temel ilkelerden birisi olan iradilik ilkesi “*iradi olma ve eşitlik*” başlığı altında Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasında; “*Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler.*” şeklinde düzenlendiğini belirtmiştik. İlgili maddenin ikinci cümlesinde arabuluculuğun dava şartı olarak getirilmesiyle arabuluculukta benimsenen iradilik ilkesine kısmi bir istisna getirildiği söylenebilir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesine göre; “*Şu kadar ki dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin 18/A maddesi hükmü saklıdır.*” düzenlemesiyle Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesine yollama yapmıştır. Dava şartı olarak arabuluculuk başlığı altında Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinde düzenlenen zorunlu arabuluculuk hükümlerinde ilgili kanunlarda arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olarak öngörülmesi halinde izlenecek metot yer almaktadır.

Esasen başlangıçta Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun tasarısına ilişkin çalışmalarda dava şartı arabuluculuk düzenlemesinin yer alması tartışılmış ancak alternatif çözüm yolu olan arabuluculukta iradilik esası kabul edilmiştir<sup>456</sup>. İradilik esasının hakim olduğu alternatif çözüm yollarından birisi olan arabuluculuğa başvurunun bir dava şartı(zorunlu) olarak kabul edilmesiyle birlikte arabuluculuğa başvuru bakımından iradilik ilkesi belirli dava türleri yönünden

---

<sup>456</sup> Hatta tarafların arabuluculuk yoluna başvuruyu engellemeleri ya da uzlaşmayarak mahkemeye başvurup haksız çıkmaları durumunda bazı cezalara veya tazminatlara mahkum edilmelerini düşünülmüştür. Bu konu hakkında bkz. Hakan Pekcanitez, “HUAK Tasarısının Tanıtımı, TBB Medeni Usul ve İcra iflas Hukukçuları Toplantısı IV”, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir, s. 249,250 ve s. 254,255, (çevrimiçi) [tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/Medeni\\_Usul\\_6.pdf](http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/Medeni_Usul_6.pdf), 05.11.2020., Hakan Pekcanitez, TBB Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı Konuşması, 11 Mart 2011, Ankara, s. 116,117., (çevrimiçi) [tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/436-d.pdf](http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/436-d.pdf), 05.11.2020., 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun genel gerekçesinde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında iradilik ilkesinin geçerli olduğu, bu yolun devletin, yargı yetkisi dışında taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümü bakımından sunuluna bir olanak olduğu ifade edilmiştir. Diğer taraftan iradilik ilkesinin düzenlendiği 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 3/1. maddesinin gerekçesinde alternatif çözüm yolu olan arabuluculuğa taraflar için cazip hale gelmesi ve tarafların bu yola başvurmaya özendirilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasının mümkün olduğu ancak tarafları bu yola başvurmaya zorlamanın mümkün olmadığı açıkça ifade edilerek bu durumun aynı zamanda hak arama özgürlüğünün ihlali anlamına geleceği ve Anayasa'ya aykırılık sorununun neden olacağı bahsedilmiştir. Bkz. HUAK m. 3/1 gerekçesi (çevrimiçi) <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2012Yılı/Kanmetni/6325ss.pdf>, 05.11.2020.

vazgeçilmiştir<sup>457</sup>. Taraflar dava şartı arabuluculuk kapsamında doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuk müzakerelerini devam ettirmek, anlaşmak, anlaşmamak veya sonlandırmak bakımından serbest olmakla birlikte arabuluculuk yoluna başvurmakta zorunlu tutulmaktadır. Bu zorunluluğun ise kişilerin çözüm bulma yolunda anlaşmak zorunda bırakılarak hak arama hürriyetinden mahrum kalacağına yönelik endişelerin doğmasına sebep olmaktadır.

Zorunlu arabuluculuk kurumu hakkında iki yaklaşım bulunmaktadır. Zorunlu arabuluculuk kurumuna olumlu yaklaşanlara göre, taraflar ihtiyari arabuluculuğa başvurmaya çekinebilirler veya başvuranların anlaşmak istemiş olmalarına karşı tarafta bir zayıflık göstergesi olarak değerlendirilmesine yol açabilir<sup>458</sup>. Zorunlu arabuluculuk kurumu arabuluculuk yoluna başvurmak isteyenlerin bu çekincelerini ortadan kaldırarak anlaşma sürecini hızlandırmaktadır. Zorunlu arabuluculukta tarafların anlaşmaya zorlanması gibi bir durumun söz konusu olmadığı gibi yargı yoluna alternatif oluşturmadığı da kabul edilmektedir<sup>459</sup>. Diğer taraftan bu görüşe göre, zorunlu arabuluculuğun yargının yükünü azaltacağı, usul ekonomisine katkıda bulunacağı ve daha az masrafla uyuşmazlıkların çözülebileceği ifade edilmektedir<sup>460</sup>. Doktrinde, yer verilen görüşlere göre, usul ekonomisini sağlamak devletin bir görevi olduğundan bunu sağlamak için ek tedbirler almak, mahkemelerin iş yükünü azaltmak amacıyla zorunlu düzenlemeler getirmek hak arama hürriyetini sınırlandırmamaktadır<sup>461</sup>.

Zorunlu arabuluculuk kurumuna olumsuz yaklaşanlara göre, arabuluculuğun iradilik esasına dayanması nedeniyle zorunlu arabuluculuk iradilik ilkesine ve arabuluculuğun ruhuna aykırılık oluşturmaktadır<sup>462</sup>. Taraflar aralarında uyuşmazlık

<sup>457</sup> Ersin Erdoğan 2017, a.g.m., s. 1222.

<sup>458</sup> Seda Özmumcu 2016, a.g.m. s. 825.

<sup>459</sup> David Winston, "Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: You Can Lead A Horse to Water...", *Ohio Journal On Dispute Resolution*, Volume: 11/1, 1996, s. 190., s. 206., (çevrimiçi) [kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/79729/OSJDR\\_V11N1\\_187.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/79729/OSJDR_V11N1_187.pdf?sequence=1&isAllowed=y), 15.11.2020., Baki Kuru 2010, a.g.m., s. 239., Çiğdem Yazıcı Tıktık, *Arbuluculukta Gizliliğin Korunması*, İstanbul, 2013, s. 36,37, Resul Kurt 2018, a.g.m., s. 429., Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 207,208.

<sup>460</sup> Serkan Odaman ve Eda Karaçöp, *İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağında Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi*, *Sicil Dergisi*, S: 35, Y: 2016, s. 64.

<sup>461</sup> Baki Kuru 2010, a.g.m., s. 239., Özçelik'e göre; usul ekonomisi ilkesini gerçekleştirmek devletin görevidir. Bu sebeple, mahkemelerin iş yükünü azaltmak amacıyla arabuluculuk düzenlemeleri getirmek ve usul ekonomisi sağlamak hak arama hürriyetini sınırlandırmamaktadır. Bkz. Volkan Özçelik, *Dava Şartı Olarak Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (Usul Ekonomisi İlkesi ve Hak Arama Hürriyeti Bakımından Değerlendirme)*, *Kesit Akademik Dergisi*, Yıl: 4, S:14, Y: Haziran 2018, s.349.

<sup>462</sup> Seda Özmumcu 2016, a.g.m., s. 826., s. 835., Mert Namlı, *İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı*, 14 Mayıs 2016, İstanbul, s. 156., Ömer Ekmekçi, Hocayla İş Yargısı Üzerine Sohbet, *İstanbul Üniversitesi Hukuk*

çıkacağına göre daha önce kendi aralarındaki tüm görüşmelere ve diyaloglara rağmen anlaşamadıkları ve uzlaşamadıkları bir gerçektir. Bu nedenle kişileri yeniden uzlaşmaya ve anlaşmaya zorlamak zorunlu arabuluculuk kurumunun çelişkisi olarak tanımlanmaktadır<sup>463</sup>. Doktrinde zorunlu arabuluculuğun hak arama hürriyetini sınırlandırdığına dair ileri sürülen görüşlere göre, mahkemelerin iş yükü sebebiyle bireylerin mahkemeye erişiminin sınırlandırılmasının hak arama hürriyetine aykırı olacağı gibi aynı zamanda yargılamaların da uzamasına neden olabileceği belirtilmektedir<sup>464</sup>.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesine göre ilgili kanunlarda yargı yoluna gitmeden önce arabuluculuğa başvurmanın bir dava şartı olarak öngörülmesi durumunda öncelikle uyuşmazlığın çözümü için mutlaka tarafların arabuluculuk yoluna başvurmaları zorunlu kılınmıştır. Aksi halde dava şartı olan zorunlu arabuluculuk yolu tüketilmeden başvurulmuş yargı yolunda davanın esasına girilmeden dava şartı yokluğu nedeni ile reddi gerekecektir. Bir davada varlığı veya yokluğu davanın esasına girilip karar verilmesine engel olan hususlar dava şartı olarak görülmektedir<sup>465</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda genel olarak dava şartları (HMK

---

*Fakültesi Mecmuası*, C: 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı, 2016, s. 375., Kürşat Karacabey 2016, a.g.m., s. 460 vd., Ali Güzel, *İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!...*, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S: 50, Y: 2016/3, s. 1137., Kadriye Bakırcı 2019, a.g.m., s. 374., Ömer Ekmekçi, Muhammet Özeken, Murat Atalı ve Vural Seven 2019, a.g.e., s. 140., s. 150,151., Özgür Oğuz, a.g.e., s. 138,139., Kübra Doğan Yenisey, "İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı*, 14 Mayıs 2016, İstanbul, s. 184., Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e. s. 127.

<sup>463</sup> Kübra Doğan Yenisey 2016, a.g.m., s. 183., Kürşat Karacabey 2016, a.g.m., s. 460 vd., Manon Schoneville, TBB Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı Konuşması, 2011, Ankara, s. 96., Seda Özmumcu 2016, a.g.m., s. 828.

<sup>464</sup> Hakan Pekcanitez 2007, a.g.m., s. 254., Süha Tanrıver 2009, a.g.m., s. 186,187., M. Kamil Yıldırım, *İhtilâfların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında*, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul, 2007, s. 355.

<sup>465</sup> Hakan Pekcanitez, *Medenî Usûl Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 927 vd., Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2013/385 E., 2014/100 K. ve 12.02.2014 tarihli kararında dava şartı şu şekilde açıklanmıştır. "6100 sayılı HMK'nun 114. maddesinde ise dava şartları açıkça sayılmış ve anılan maddenin h bendinde ise davacının, dava açmakta hukuki yararının bulunması gerektiği belirtilmiştir. Bir hususun dava şartı olup olmadığı onun niteliğinden anlaşılır. Bir hususun varlığı veya yokluğu, mahkemenin davayı esastan inceleyip karara bağlamasına engel oluyor ve hakim o hususu kendiliğinden gözetmekle yükümlü ise, o husus bir dava şartıdır. Dava şartları, medeni usul hukukuna ait bir kurumdur. Bunun amacı, bir davanın esas hakkında incelemeye geçilebilmesi için gerekli bütün şartları ve bunların incelenmesi usulünü tespit etmek, böylece davaların daha çabuk, basit ve ekonomik bir şekilde sonuçlanmasına yardımcı olmaktır. Mahkemenin, davanın esas hakkında yargılama yapabilmesi (davayı esastan inceleyebilmesi) için varlığı veya yokluğu gerekli olan haller, dava (yargılama) şartıdır. Davanın esas hakkında inceleme yapılabilmesi için varlığı gerekli hallerde, olumlu dava şartları (mesela, görev, hukuki yarar gibi); yokluğu gerekli hallerde ise olumsuz dava şartları (mesela, kesin hüküm gibi). Dava şartları, dava açılabilmesi için değil, mahkemenin davanın esas hakkında inceleme yapabilmesi (davanın esasına girebilmesi) için gerekli olan şartlardır. Buna davanın dinlenebilmesi şartları da denir. Dava şartlarından biri olmadan açılan dava da açılmış (var) sayılır, yani derdesttir. Ancak mahkeme, dava şartlarından birinin bulunmadığını tespit edince, davanın esas hakkında inceleme yapamaz; davayı dava şartı yokluğundan (usulden) reddetmekle

m. 114/1) düzenlenmiş, özel kanunlarda düzenlenen dava şartları hükümleri ise saklı tutulmuştur (HMK m. 114/2). Dava şartının yokluğu hususunda mahkeme yargılamanın her aşamasında resen inceleme yapmak zorundadır. Taraflarda dava şartının yokluğunu her zaman ileri sürebilme hakkına sahiptirler (HMK m. 115).

Dava şartı arabuluculuk uygulamasına tabi olan uyuşmazlıklarda, taraflar yargı yoluna başvurmak istiyorlarsa; önce arabuluculuk yoluna başvurmalı, daha sonra ise arabuluculuk yolunun denendiğini ve anlaşma sağlanamadığını gösterir arabuluculuk anlaşamama son tutanağını mahkemeye sunmalıdır ki, davanın esasına girilerek uyuşmazlık çözümlenebilsin. Bu yönüyle dava şartı arabuluculuğun hak arama hürriyetini ve doğrudan mahkemeye erişim hakkını sınırlandıran bir yapısı olduğu şüphesizdir. Tayin edilmesi gereken, bu sınırlandırmanın Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen ilkelere uygun olup olmadığıdır. Çalışmamızın bu bölümünde dava şartı arabuluculuk uygulamalarının Anayasa'ya aykırılık iddiaları ile hak arama hürriyetine yönelik getirdiği sınırlandırmaların Anayasa'ya uygunluğu incelenecektir.

### **3.3.1 Mahkemeye Erişim Hakkını Sınırlandıran Dava Şartı Arabuluculuğun Tabii Hakim İlkesine Aykırılık Probleminin Hak Arama Hürriyeti Bakımından Değerlendirilmesi**

Tabii hakim ilkesi hukuk devletinin temel unsurlarından bir tanesi olup; mahkemelerin görev ve yetkilerinin kanunla önceden belirlenmiş olmasını, başka bir ifadeyle belirli bir uyuşmazlığı yargılamak için o olaydan sonra mahkeme kurulamamasını, herkes için değişmeyen mahkemelerin hakimi olarak ifade edilebilir<sup>466</sup>. Hukuk devletinde vazgeçilmesi kabil olmayan ilkelerinden biri olan tabii hakim ilkesi, “Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.” şeklindeki kuralla Anayasa'nın 37. maddesinde korunmaktadır<sup>467</sup>. Dava şartı arabuluculuk düzenlemelerinin ise Anayasa ile korunan bu ilkeyi ihlal ettiği iddiası ileri sürülmüştür<sup>468</sup>.

---

*yükümlüdür. Dava şartlarının bulunup bulunmadığı davada hakim tarafından kendiliğinden (re'sen) gözetilir; taraflar bir dava şartının noksan olduğu davanın görülmesine (esastan karara bağlanmasına) muvafakat etseler bile, hakim davayı usulden reddetmekle yükümlüdür.”, (çevrimiçi) www.sinetjimevzuat.com, 16.11.2020.*

<sup>466</sup> Bkz. 2.3.1. Hukuk Devleti İlkesi başlığı.

<sup>467</sup> Süha Tanrıver 2013, a.g.m., s. 16.

<sup>468</sup> 12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun iptaline yönelik dava dilekçesinde tabii hakim ilkesine aykırılık taşındığına ilişkin itirazlar için; (çevrimiçi)



Dava şartı arabuluculuğun ilk düzenlenme alanı olan 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesi henüz tasarı aşamasındayken doktrinde bir kısım yazarlar, Anayasa'ya aykırı olduğu konusunda görüşler ileri sürmüşlerdir<sup>469</sup>. Dava şartı arabuluculuğun Anayasa'ya aykırı olduğu görüşünde olanlar, işveren karşısında güçsüz olan işçinin anlaşmaya zorlanabileceği, hak arama hürriyeti ve doğrudan mahkemeye erişim hakkına müdahale edildiği, kişilerin özgür irade ile davranmasının önüne geçildiği gibi tabii hakim ilkesine de aykırılık taşıdığı gerekçesi ve Anayasa'nın 9. 36. ve 37. maddeleri ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesindeki düzenlemelere dayanmaktadırlar<sup>470</sup>. Bu görüşü savunanlara göre, bir alternatif çözüm yolu olan arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edilmesi ile temel bir hak olan tabii hakim ilkesi gereği, daha önceden belirlenmiş olan mahkemeye doğrudan başvurabilme hakkı engellenmektedir. Böylece tabii hakim ilkesine aykırı olarak taraflara bu konuda bir seçim hakkı tanınmamakta ve uyuşmazlığın çözülmesi için başka bir yol olan arabuluculuğa başvurmaya zorlanmaktadır. Taraflara aralarındaki uyuşmazlıklarının çözümü için devlet yargısı ile arabuluculuk arasında bir seçim hakkı tanımadan<sup>471</sup> yalnızca arabuluculuğa başvuru koşulu getirilmesi, hak arama hürriyetinin bir parçası olan tarafsız ve bağımsız mahkemelere doğrudan doğruya erişim hakkının engellenmesi olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla Anayasa'nın 9. 36. ve 37. maddelerinde düzenlenen hükümlerine aykırı olarak tarafların hak arama

---

[https://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Dava\\_Dilekcesi/2018-82.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Dava_Dilekcesi/2018-82.pdf), 29.01.2021 ve AYM, T. 11.07.2018, E. 2017/178, K. 2018/82 sayılı kararı.

<sup>469</sup> Ali Güzel 2016, a.g.m., s. 1135,1137., Mert Namli 2016, a.g.e., s. 156,158., Kübra Doğan Yenisey 2016, a.g.m., s. 183., Kürşat Karacabey 2016, a.g.m., s. 464,470., Seda Özmumcu 2016, a.g.m., s. 834,838., Ömer Ekmekçi 2016, a.g.m., s. 375,380., Ayrıca bkz. 12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun iptaline yönelik dava dilekçesinde tabii hakim ilkesine aykırılık taşıdığına ilişkin itirazlar için; (çevrimiçi)

[https://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Dava\\_Dilekcesi/2018-82.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Dava_Dilekcesi/2018-82.pdf), 29.01.2021 ve AYM, T. 11.07.2018, E. 2017/178, K. 2018/82 sayılı kararı.

<sup>470</sup> Mustafa Göksu, Mandatory Mediation In Labor Disputes, *Press Academia Procedia*, Vol: 3, Y: 2017, s. 382., Mert Namli, Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Mahkemeye Erişim Hakkı İle İlişkisi, *LİSGHD*, C: 15, S: 60, Y: 2018, s. 1309 vd., Ömer Ekmekçi, Muhammet Özekes, Murat Atalı ve Vural Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 2. Baskı, İstanbul, 2019, s. 146,150., Özgür Oğuz, *Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk*, 1. Baskı, İstanbul, 2019, s. 142., Kadriye Bakırcı 2019, a.g.m., s. 372,374., Faruk Barış Mutlay, *İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk*, *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III*, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferansı Serisi, No.7, İstanbul, s. 51,71., Süha Tanrıver, a.g.m., s. 154., Gülgün Ildır 2003, a.g.e., s. 48., Ayşe Köme Akpulat, *İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri*, 1. Baskı, İstanbul, 2018, s. 412,415., Mustafa Kılıçoğlu, *İş Hukuku Esasları, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Uygulaması ve İş Hukuku Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk*, 2. Baskı, Ankara, 2019, s.686.

<sup>471</sup> Mert Namli 2016, a.g.e., s. 158., Kürşat Karacabey 2016, a.g.m., s. 465,470., Özgür Oğuz 2019, a.g.e., s. 142.

hürriyetinin kısıtlanmış olduğu savunulmaktadır<sup>472</sup>.

Buna karşın doktrinde bir başka görüşe göre ise, söz konusu düzenlemelerin Anayasaya aykırı olmadığıdır. Bu görüşü savunanlara göre dava şartı arabuluculuğu, yargı yolunu mutlak olarak kapatmamaktadır. Dava şartı arabuluculuk sürecinin sonunda tarafların anlaşamaması durumunda yargı yoluna başvurma hakları bulunduğundan dava yolu kullanmaları engellenmemektedir<sup>473</sup>. Zira başlangıçta alternatif çözüm yolu olan dava şartı arabuluculuk yolunun tüketilmesi koşulu getirilmek sureti ile tarafların doğrudan yargı yoluna başvurma hakkı kısıtlanmış ise de bu hakkın kullanılması esasen belirli bir usule tabi tutulmuştur. Bu usul ise, yargı yoluna başvurmadan önce tarafların arabuluculuk yolunu tüketmeleri ki burada taraflar anlaşmak zorunda değildirler. Dava şartı arabuluculuk da taraflar anlaşamadıkları takdirde yargı yoluna başvurabileceklerdir.

Bir diğer bakımdan Anayasa Mahkemesi'ne “...arabulucuya başvurulması dava şartıdır...” düzenlemesinin hak arama hürriyetini ve mahkemeye erişim hakkını sınırlandırdığı, tabii hakim ilkesine aykırı olduğu iddia edilerek düzenlenmenin iptali talebinde bulunulmuştur<sup>474</sup>. Anayasa Mahkemesi, arabuluculuk kurumunun yargının yerine geçebilecek veya mahkemelerin uyuşmazlıkları çözmek için kullandığı yöntemleri kullanabilecek şekilde yetkisinin olmadığını belirtmiştir. Anayasa'nın 9. maddesi uyarınca yargı yetkisi sadece bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır. Yargı yolunda, uyuşmazlığı çözmekle görevli olan bağımsız mahkemeler (AY m. 9), kendilerine tanınan yargı yetkisini Türk Milleti adına kullanır ve bu doğrultuda yargı yetkisinin temeli toplumsal anlaşmaya “*contrat sociale*” dayanır<sup>475</sup>. Arabuluculuk yolu ise, taraflara dostane bir çözüm önerisi sunan, yargı yetkisine müdahale etmeyen, kendine özgü bir alternatif çözüm yoludur. Arabulucu sıfatıyla müzakereleri kolaylaştıran tarafsız üçüncü kişiye; yetkisini millettten değil, aralarında uyuşmazlık çıkan taraflardan alır<sup>476</sup>. Arabuluculuk yolunda arabulucu, niteliği gereği taraflardan

<sup>472</sup> Kürşat Karacabey 2016, a.g.m., s. 467,473.

<sup>473</sup> B. Nezihe Tulukçu, *İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi ve İşe İade*, Ankara, 2017, s. 280., Ersin Erdoğan 2017, a.g.m., s. 1230,1236., Ersin Erdoğan ve Nurbanu Erzurumlu 2016, a.g.m., s. 41., Eda Manav Özdemir, *İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri*, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, C: 47, S: 4, Y: 2015, s. 207., Resul Kurt 2018, a.g.m. s. 428., Orhan Dür 2017, a.g.t., s. 245 vd., Özgür Oğuz, *Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, 1. Baskı, İstanbul, 2016, s. 86., Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 204,207., Zeynep Şişli 2012, Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm, *Ankara Barosu Dergisi*, S:2, Y: 2012, s. 48., M. Aymelek Erdemir, *Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk ve İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı*, *Terazi Hukuk Dergisi*, C: 12, S: 132, Y: 2017, s. 76,80.

<sup>474</sup> AYM, T. 11.07.2018, E. 2017/178, K. 2018/82, paragraf 48.

<sup>475</sup> Mustafa Özbek 2010, Tebliğ, s. 129.

<sup>476</sup> Mustafa Özbek 2010, Tebliğ, s. 129., HUAk'nun 9. maddesi ile arabulucunun görevini tarafsız bir

bağımsız olsa da, milletten bir yargı yetkisi almaz. Devletin tekelinde olan yargı sisteminin mutlak egemenliğine hiçbir şey alternatif olamaz<sup>477</sup>.

Anayasa Mahkemesi gerçekleştirdiği incelemeyle, yargıyla rekabet etmeyen ve yargılama yetkisi olmayan arabuluculuk kurumunun Anayasa'nın 9. maddesine aykırılık taşımadığını belirtmekle birlikte, Anayasa'nın 37. maddesi ile korunan tabii hakim ilkesiyle dava şartına ilişkin düzenleme arasında bir ilgi bulunmadığını ifade etmiştir.

Kanunlarla getirilen kurallar, dava açmadan önce tarafları arabuluculuğa başvurmaya mecbur tutabilirse de taraflar, bir çözüm anlaşmasını kabul etmeye zorlanamazlar<sup>478</sup>. Dava şartı olmanın bir sonucu olarak arabuluculuk yoluna başvurmak her ne kadar bir zorunluluk arz etse de bu durum sadece başvuru ile sınırlı olup, süreci devam ettirip ettirmemekte taraflar serbesttir. Ayrıca dava şartı yerine getirilmeksizin dava açılması halinde mahkeme tarafından verilen usulden ret kararından sonra dava şartı eksikliği tamamlanarak tekrar dava açılmasında bir engel de bulunmamaktadır<sup>479</sup>. Her ne kadar dava şartı arabuluculuğa başvuru yerine getirilene kadar kişilerin mahkemeye erişim hakkı ertelenerek hak arama hürriyeti sınırlandırılrsa da kişilerin hak arama hürriyetini ortadan kaldıran, kişileri arabuluculuk yolunda anlaşmak zorunda bırakan Anayasa aykırı bir düzenleme bulunmamaktadır.

### **3.3.2 Sosyal ve Ekonomik Olarak Eşit Olmayan Uyuşmazlık Taraflarına Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamalarının Hak Arama Hürriyeti Bakımından Değerlendirilmesi**

Dava şartı arabuluculuğun düzenlendiği 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrası ile “...arabulucuya başvurulması dava şartıdır...” ibaresi ve 4857 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 20. maddesinin 1. Fıkrasında “...arabulucuya başvurmak zorundadır ...” yer alan ibarenin, özellikle işçinin işveren karşısındaki konumu nedeniyle güçsüz olması ve işverenin görüşmelerde hakimiyeti kazanarak işçinin ezilmesine sebep olacağı, işçinin anlaşmaya zorlanabileceği, işçinin doğrudan yargıya başvuru hakkını sınırlandıran düzenlemeler olduğu iddiasıyla iptali

---

biçimde şahsen yerine getireceğine ilişkin düzenlemenin Anayasa'ya aykırılık sorunu ve bu yönde ileri sürülen iddialara yönelik inceleme için bkz. 3.2.3. Arabuluculuk Mesleğinin Hakimlik Mesleği ile Özdeşliğine Dair İtirazların Hak Arama Hürriyetine Etkisinin Değerlendirilmesi başlığı.

<sup>477</sup> Mustafa Özbek 2010, Tebliğ, s. 129., Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 129.

<sup>478</sup> Seda Özmumcu 2016, a.g.m., s. 838.

<sup>479</sup> AYM, T. 11.07.2018, E. 2017/178, K. 2018/82.

talep edilmiştir<sup>480</sup>.

İşçinin korunması ilkesi, iş hukukunun ana kuralı olarak kabul edilmekte ve işverene karşı ekonomik ve hukuki olarak bağımlı olan işçinin işveren karşısında korunmasını amaçlamaktadır<sup>481</sup>. Özellikle uygulamada işverenlerin iş sözleşmelerini haksız yere feshettiği veya işçilerin yine işveren tarafından istifaya zorlanarak hak edilen işçilik haklarını ödememek adına dürüstlük ve iyi niyet kurallarına aykırı davrandığı görülmektedir<sup>482</sup>. Uygulamada yaşanan bu problemler, işverenin arabuluculuk görüşmelerinde işçinin haklarını ödememek için tabiri caizse pazarlık usulü ayak direyeceği, işçiyi anlaşmaya zorlayacağı bu bakımında iş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk uygulamalarının işçinin haklarına ulaşmasını engelleyen bir düzen yaratacağı endişesini yaratmıştır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 3. maddesine göre, taraflar hem arabuluculuğa başvururken hem de tüm süreç boyunca eşit olacağı kurala bağlanmıştır. Yine Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 9. maddesinin 3. fıkrasına göre, arabulucu tarafların eşitliğini gözetmekle yükümlü tutulmuştur. Ayrıca arabulucu görevini özenle yerine getirmek ve tarafsızlığını korumak (HUAK m. 9/1), tarafsızlığını şüpheye düşüren bir hal varsa da bu durumu taraflara bildirmekle yükümlü tutulmuştur (HUAK m. 9/2). Taraflar arabulucunun tarafsızlığını şüpheye düşüren halin açıklanması ile bu durumun varlığına rağmen

<sup>480</sup> AYM, T. 11.07.2018, E. 2017/178, K. 2018/82 sayılı kararına ilişkin bkz. dava dilekçesi.

<sup>481</sup> Bektaş Kar, İş Yargılamasına Hakim Olan İlkeler, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 15, Özel Sayı, Y: 2013, (Basım Yılı: 2014), s. 879.

<sup>482</sup> Uygulamada işveren tarafından işçilik haklarının ödenmesinden kaçınmak adına işçinin istifaya zorlanmasına dair bkz. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin T. 22.11.2012, E. 2012/6485, K. 2012/26126 sayılı kararı "... Davacının serbest bir istifa iradesinin bulunduğu söylenmez. Bu durumda davacının işyerinden bu dilekçeyi vererek ayrılması hali işçinin işten çıkarılma tehdidi ve baskısı altında tutulması karşısında eylemli olarak işçinin haklı feshi olarak değerlendirilerek kıdem tazminatından yararlandırılması gerekirken yanılığılı değerlendirme ile davanın reddine karar verilmesi hatalıdır." şeklindedir. (çevrimiçi) [www.ismahkemesi.com](http://www.ismahkemesi.com), 01.06.2021., Aynı yönde bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin E. 2008/28671 K. 2010/15992 ve 03.06.2010 tarihli kararı "... Davacı servis şoförü olarak işyerinde çalışmaktayken işveren davaya cevabında da kabul ettiği gibi bir başka şoförü eğitmesinin istenmesi üzerine karşı çıkınca işverence mutfakta tutularak işyerini terk etmeye zorlanmıştır. Başka bir deyişle baskı feshine işçinin yönlendirilmesi söz konusudur. Davacının işyerini terk etmesi, işverenin iş şartlarını değiştirmeye yönelik eylemleri sonucu oluşmuştur. Bu durumda sözleşmenin işçi tarafından işyerinin terk edilmesi şeklindeki fesih haklı fesih niteliğindedir. Kıdem tazminatı isteğinin kabulü gerekirken yazılı şekilde reddedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." ifadelerine yer vermiştir. (çevrimiçi) [www.ismahkemesi.com](http://www.ismahkemesi.com), 29.05.2021., Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin E. 2010/40044 K. 2010/37251 ve 10.12.2010 tarihli kararı "İşyerinde ki sendikal örgütlenme süreci, üye işçilerin iş sözleşmelerinin fesih edilmesi, davacının görev yerinin değiştirilmesi gibi gelişmeler dikkate alındığında şirket kaşesini içeren belgenin sendika üyesi davacıya baskı ile imzalatılmak istendiği anlaşılmaktadır. İş şartlarında esaslı değişikliğe gidilmesi işçiyi baskı feshi sonucu iş sözleşmesini sona erdirmeye yönelen bir davranıştır. İhbar tazminatından kurtulmak amacı da görülmektedir. Bu durum hukuk tarafından korunmaz. İhbar tazminatının kabulü gerekirken reddi hatalıdır." şeklindedir. (çevrimiçi) [www.ismahkemesi.com](http://www.ismahkemesi.com), 01.06.2021.

görüşmelere devam etmek isterse ancak o halde arabulucu görevini yerine getirmeye devam edebilir (HUAK m. 9/2). İlgili düzenlemeler ile özellikle sosyal ve ekonomik konumları eşit olmayan uyuşmazlık taraflarının menfaatlerinin zedelenmemesi hedeflenmektedir.

Bu yönüyle iptali talep edilen düzenlemeye ilişkin Anayasa Mahkemesi gerçekleştirdiği incelemeyle; arabulucunun eşit davranmak ile yükümlü olduğu ve arabuluculuk yolunda tarafların eşit olacağına ilişkin düzenlemeler yer aldığını ifade etmiştir. İşçinin her ne kadar işveren karşısında güçsüz konumda olduğu genel olarak kabul edilse de bu düzenlemelerle eşitliğin ön planda tutulduğu bir ortam yaratılacağından işçinin işveren karşısında baskı altında kalacağını söylemek mümkün değildir. Ayrıca dava şartı arabuluculuk yolunda zorunluluk sadece arabulucuya başvuru yapılması bakımından öngörülmüş olup, taraflar istedikleri zaman süreci sonlandırıp yargıya başvurma imkanına sahiptir. Tüm bu değerlendirmeler göz önünde bulundurulduğunda iptali talep edilen kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı ifade edilerek iptali istemin reddine karar verilmiştir<sup>483</sup>.

Doktrinde *Özekes'e* göre; gerçek manada eşit olmayanların ve kendi iradeleri ile başvurmadıkları bir yöntemde hakim güvencesinin de olmadığı göz önünde bulundurulduğunda tarafları eşit saymanın mümkün olmadığı, bu eşitliğin kağıt üzerinde kalan bir eşitlik olacağı ileri sürülmektedir<sup>484</sup>. *Karacabey'e* göre; arabuluculuk uygulamasında taraflar eşit muameleye tabi tutulsa da taraflar uzlaşma pazarlığında eşit güce ve deyim yerindeyse silaha sahip değildir<sup>485</sup>. *Ekmekçi, Özekes, Atalı'ya* göre; yargılamadaki eşitlik ilkesi ile arabuluculukta benimsenen eşitlik ilkesi aynı değildir. Yargılamadaki eşitlik, adil yargılanmanın gereği olarak usuli eşitlik ve silahların eşitliğini sağlayarak adil bir karar verilmesi şeklinde kendini gösterirken; arabuluculuk yolunda eşitlik, sürecin dengeli ve sağlıklı yürütülmesidir. Bu noktada arabulucunun rolü büyük bir önem taşımaktadır. Arabulucu bilgi ve tecrübesiyle tarafların tüm süreç boyunca eşit olduklarını hissetmelerini sağlamalı, tarafsız ve hakkaniyetli davranmalıdır<sup>486</sup>. Böylece uyuşmazlık tarafları müzakere ortamında eşit

<sup>483</sup> AYM, T. 11.07.2018, E. 2017/178, K. 2018/82.

<sup>484</sup> Muhammet Özekes 2018, a.g.m., s. 124.

<sup>485</sup> Kürşat Karacabey 2016, a.g.m., s. 479,480.

<sup>486</sup> Arabuluculuk sürecinde taraflardan birinin dışlandığı, süreçten dışlandığını hissetmesi halinde artık bu sürecin yürütülmesi mümkün değildir. Taraflara tüm bu süreç boyunca eşit imkanlar tanınmalıdır. Örneğin; taraflardan biri uyuşmazlığı diğer tarafa göre daha uzun bir süre de anlatabilir ve bu durumda sözünün kesilmesi veya durdurulması onu olumsuz etkileyebilir. Bu konu hakkında bkz. Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 133., Yavuz Kaplan 2008, a.g.m., s. 136., Ömer Ekmekçi, Muhammet Özekes ve Murat Atalı 2018, a.g.e., s. 29.

olduklarını hissederek daha sağlıklı bir anlaşma ortamında olumlu sonuca varabilirler<sup>487</sup>.

Arabuluculuk yolunda benimsenen; iradilik ilkesi ile taraflara diledikleri zaman arabuluculuk sürecini sonlandırma imkanı tanınırken, eşitlik ilkesi ile sosyal ve ekonomik durumları eşit olmayan tarafların bu süreçte karşılaşacakları eşitsiz uygulamaların önüne geçilmesi istenmektedir. Arabulucuya tarafsız olma yükümlülüğü öngören düzenlemeyle (HUAK m. 9/3) taraflara arabuluculuk sürecinde eşit uygulamalarla karşılaşması ve eşit hissetmeleri desteklenmektedir. Bununla birlikte, arabuluculuk görüşmelerinde arabulucunun yükümlülüklerine aykırı davranması, taraflardan birinin iradesinin sakatlanarak anlaşmanın sağlanması, kamu düzenine aykırı hallerin bulunması gibi durumlarda taraflar anlaşmanın geçersizliğini ve/veya iptalini daima genel mahkemelerde ileri sürebilir ve dava açabilir<sup>488</sup>.

Bu bağlamda arabuluculuk uygulamalarında benimsenen ilkelere uygun bir şekilde gerçekleştirilen arabuluculuk görüşmeleri sosyal ve ekonomik şartları eşit olmayan taraflar açısından hak arama hürriyetini sınırlandırmaz. Zira eşitlikten anlaşılması gereken mutlak eşitlik değil, sürecin eşit yürütüldüğünün hissettirilmesidir<sup>489</sup>. Taraflar arabuluculuk görüşmelerinde eşit olmayan bir ortamın varlığına yönelik kanaat getirmeleri halinde veya bir sebebe dahi dayanmaksızın arabuluculuk görüşmelerini sonlandırabilir ve yargı yoluna başvurabilir. Eğer dava şartı arabuluculukta zorunluluk sadece yapılacak olan başvuruyu kapsamayıp tarafları bu görüşmeler sonucunda anlaşmaya zorunlu bıraksaydı veya sürecin sağlıklı işlemesine yönelik taraf menfaatlerini koruyan ilkeler benimsenmeydi o halde kişilerin Anayasa ile güvence altına alınan hak arama hürriyetinden yoksun bırakıldığı söylenebilirdi.

### **3.3.3 Kamu Yararı Bakımından Dava Şartı Arabuluculuğunun Hak Arama Hürriyeti Karşısındaki Durumu**

Kamu yararı, kişiye ilişkin menfaatleri korumayı değil, kişilerin bir araya gelerek yaşadıkları toplumun varlığını sürdürmesine ilişkin çıkarları korumayı hedeflemektedir<sup>490</sup>. Kamu yararı kavramı hem devlet organlarının işlem ve

<sup>487</sup> Ömer Ekmekçi, Muhammet Özekes ve Murat Atalı 2018, a.g.e., s. 28.

<sup>488</sup> Bkz. 3.5. Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılacak Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Hak Arama Hürriyetine Etkisi başlığı.

<sup>489</sup> Ömer Ekmekçi, Muhammet Özekes ve Murat Atalı 2018, a.g.e., s. 28.

<sup>490</sup> Barçın Kurucu, 3194 Sayılı İmar Kanunu İle Planlama ve İmar Kanunu Tasarısı Taslağı'nın Kamu Yararı Kavramı Açısından Değerlendirilmesi, *Ekonomik Sorunlar Dergisi*, S: 30, Y: 2008, s. 2,

eylemlerindeki genel nitelikteki amacı hem de çoğunluğun faydasının en üste çıkarılması için çeşitli hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına yönelik bir nitelik taşımaktadır<sup>491</sup>.

Anayasa Mahkemesi kararlarında, hukuk devleti olmanın bir gereği olarak yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek için yapılmasının zorunlu olduğunu vurgulamaktadır<sup>492</sup>. Ayrıca bu kararlarda; hukuk devletinin bir gereği olarak, yasaların kamu yararı amacına yönelik olmasının yanında kamu düzeninin kurulması ve korunması amacını karşılamasıyla genel, objektif, adil kurallar içermesi, hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi gerekliliğine değinmektedir.

Bu bakımdan dava şartı arabuluculuk düzenlemelerinin yargıya erişmeden önce bir zorunluluk taşıması, ekonomik olarak zayıf konumda olanlara külfet getireceği ve düzenlemenin kamu yararını gözetmediği iddiası ile Anayasa'ya aykırı olan düzenlemenin iptali talep edilmiştir. Anayasa Mahkemesi yaptığı değerlendirmede; kanun koyucunun kendisine tanınan takdir yetkisini kullanırken ve hukuki düzenlemelerde bulunurken adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerine dikkat etmesi gerekliliğini belirtmiştir<sup>493</sup>. Öte yandan kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığına yönelik inceleme yapılamayacağını, incelemenin sadece getirilen düzenlemenin kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı ile sınırlı olduğunu vurgulamıştır.

Yasama organının arabuluculuk yoluna ilişkin düzenleme yapma yetkisi olduğu tartışmasızdır. Kamu yararı, kanun koyucunun bir düzenleme yaparken dikkat etmesi gereken sınırları çizmekte ve bireysel menfaatler yerine kamu menfaatleri dikkate almasını sağlamaktadır. Dava şartı arabuluculuk yolu ile uyuşmazlığın daha kısa sürede, daha az masrafla ve her iki tarafında tatmin olduğu süreçler sonunda taraf menfaatlerinin ortak bir noktada buluşmasını sağlayarak uyuşmazlığın yargıya taşınmadan çözümlenmesi amaçlanmaktadır<sup>494</sup>. Uyuşmazlık yaşayan taraflar yargı yoluna başvuru ile başlayan uyuşmazlığın çözümlenme sürecini uzun yıllar beklemekte, hatta yargılama harç ve giderlerini ödemekten kaçınmak için kimi zaman

---

(çevrimiçi)<http://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/yayinlar/EkonomikSorunlarDergisi/sayi30/sehirplamlama.pdf>, 29.01.2021.

<sup>491</sup> Barçın Kurucu 2008, a.g.m., s. 2., Nermin Tombaloğlu, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramı, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 5, S: 1, Y: 2014, s. 369.

<sup>492</sup> AYM, T. 28.06.1995, E. 1994/77, K. 1995/24, RG. 15.05.1996, S. 22637., Aynı yönde, AYM, T. 26.11.2002, E. 2001/79, K. 2002/194, RG. 12.04.2003, S. 25077.

<sup>493</sup> AYM, T. 11.07.2018, E. 2017/178, K. 2018/82 sayılı kararı.

<sup>494</sup> AYM, T. 11.07.2018, E. 2017/178, K. 2018/82 sayılı kararı., Ayrıca arabuluculuğun amacı hakkında bkz. 2.1.2. Arabuluculuğun Amacı başlığı.

yargı yoluna başvurmadan kaçınmakta ve bu durum hak arama hürriyetini zedelemektedir<sup>495</sup>. Arabuluculuk yolunun işlerlik kazanmasıyla tarafların uzun süren yargılama süreçleri ile yıpranması engellenebilir ve uzlaşma kültürü yaygınlaşabilir. Toplumda uzlaşma kültürünün yaygınlaşmasıyla birçok uyuşmazlık konusu yargı önüne getirilmeden çözümlenebilir, dolayısıyla yargının iş yükü hafifler ve yargı teşkilatı daha etkin ve verimli çalışabilir<sup>496</sup>.

Bir diğer bakımdan işçi ve işveren arasındaki ilişkinin korunması ve devamlılığının sağlanabilmesi için uyuşmazlıkların makul olan en kısa sürede sonuçlanarak toplumsal barışın sağlanması gerekmektedir. Arabuluculuk yoluna başvuruyu zorunlu kılan düzenleme mahkemeye erişim hakkını her ne kadar sınırlandırırsa kanun koyucunun genel nitelikteki amacı kamu yararını gözetmektedir. Bu minvalde Anayasa Mahkemesi, dava şartı arabuluculuk düzenlemeleri ile kamu yararının gözetilmediği iddiasıyla iptali isteminin reddine karar vermiştir.

Dava şartı arabuluculuk uygulamalarıyla hedeflenen menfaatler; toplumsal barışa katkı sağlaması, uzlaşma kültürü yaygınlaşması, taraflara hızlı, ekonomik ve dostane bir çözüm sunması, yargının iş yükünü hafifleterek yargının daha verimli çalışmasına yardımcı olması şeklinde ifade edilebilir. Hedeflenen menfaatler dikkate alındığında hak arama hürriyetiyle doğrudan bağlantılı olan mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlandırmada kamu yararı ilkesi gözetilmektedir.

### **3.3.4 Dava Şartı Arabuluculuğun Hukuki Dinlenilme Hakkı Bakımından İncelenmesi**

Hukuki dinlenilme hakkı, yargılama başladıktan sonra, yargılamaya katılan tarafların dinlenilmesini, yargılamada eşit şekilde muamele görmelerini, iddia ve savunmada bulunma olanağının verilmesini hedefler<sup>497</sup>. Hukuki dinlenilme hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurunu oluşturmakta ve teminat altına alınmaktadır<sup>498</sup>. Adil yargılanma hakkı, hukuki dinlenilme hakkını da bünyesinde bulunduran, kapsam itibarıyla ondan daha geniş bir içeriğe sahip ve

<sup>495</sup> Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 130,131.

<sup>496</sup> AYM, T. 11.07.2018, E. 2017/178, K. 2018/82.

<sup>497</sup> Süha Tanrıver 2004, a.g.m., s. 192., Nagehan Okumuş, Türk Tahkim Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkına Riayet Edilmemesi Sebebiyle Hakem Kararlarının İptali (HMK m.439/ 2, F), *EBYÜHFD*, C: XXII, S: 1-2, Y: 2018, s. 195.

<sup>498</sup> Hakan Pekcanitez, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 754, (çevrimiçi) <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/Pekcanitez.pdf>, 19.01.2021., Süha Tanrıver 2004, a.g.m., s.191.



içeriğinde kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde, aleni olarak, makul bir sürede yargılanmayı da içermektedir<sup>499</sup>. Hukuki dinlenilme hakkı (HMK m. 27), Anayasa'nın 36. maddesiyle ifade edilen iddia ve savunma hakkının medeni usul hukukundaki görünümünü ifade ettiğinden Anayasa'da teminat altına alınan bir temel hak<sup>500</sup>. Aynı zamanda hak arama hürriyetinin kullanılması için varlığı gerekli yargılama hukuku ilkelerindedir. Bu sebeple hukuki dinlenilme hakkına aykırı hükümler aynı zamanda Anayasa'ya da aykırılık teşkil edecektir.

Dava şartı arabuluculuğa başvurunun zorunlu olduğu uyuşmazlıklarda dava şartı, genel hükümlerde düzenlenen dava şartından (HMK m. 114/1) farklı özellikler taşımakta tarafların arabuluculuk yoluna başvurduğunu ancak anlamadıklarını gösterir tutanağını mahkemeye sunmaması halinde mahkeme ön inceleme duruşması açmaksızın ve karşı tarafa tebligat çıkarmaksızın davayı usulden reddetmektedir. Hukuki dinlenilme hakkı (HMK m. 27/2,a) ile aynı zamanda kişinin aleyhine açılan bir dava hakkında bilgi sahibi olmasını da kapsamaktadır. Kural olarak dava şartı, davanın açılmasından taraflar arasında dilekçeler aşamasının tamamlanmasından sonra geçilen ön inceleme aşamasında göz önünde bulundurulur. Ön inceleme aşamasında dava şartlarında noksanlık tespit edilmesi durumunda mahkeme bu noksanlığın tamamlanması mümkün ise tarafa kesin süre vererek tamamlamasını ister (HMK m. 115/2). Buna karşın dava şartının ön inceleme aşamasında fark edilmemesi durumunda yargılamanın ilerleyen aşamalarında dava şartı noksanlığı tamamlanabilmiş ise yine dava usulden reddedilmez (HMK m. 115/3).

Dava şartı arabuluculuk yoluna ilişkin yapılan düzenleme de(HUAK m. 18/A,2) ise, bu yola başvurulduğuna ilişkin tutanağın davacı tarafa bir haftalık verilen kesin süre ile tamamlanması beklenmektedir. Dava şartı arabuluculuğa başvurunun zorunlu olduğu uyuşmazlıklarda tarafların anlamadığını gösterir son tutanağının sunulmaması halinde ise uyuşmazlığın karşı tarafına dava dilekçesi tebliğ edilmeyeceğinden ilerde kendisinden muhtemel talep edilecek haklara karşı hazırlanma olanağına sahip olamayacaktır. Aynı zamanda dava dilekçesine cevap verme hakkı bulunmadığından uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığının görülme ihtimali de ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle arabuluculuğa başvurunun zorunlu olduğu bir davada arabuluculuğa başvurulmaksızın davanın

<sup>499</sup> Süha Tanrıver 2004, a.g.m., s. 192., Adil yargılanma hakkının bağlantılı olduğu diğer haklar için ayrıca bkz. 2.6.3. Adil Yargılanma Hakkı ve Hak Arama Hürriyeti Arasındaki İlişki başlığı.

<sup>500</sup> Nagehan Okumuş 2018, a.g.m., s. 195.

açılması halinde dava dilekçesinin karşı tarafa tebliğ edilmeden usulden reddine karar verilmesi Hukuk Muhakemeleri Kanununun da dava şartlarının incelenmesine ilişkin genel hükümlere (m. 115/2) aykırılık teşkil ettiği gibi aynı zamanda hak arama hürriyetinin kullanılması için varlığı gerekli yargılama hukuku ilkelerinden hukuki dinlenilme hakkının da ihlali olarak görülebilir<sup>501</sup>.

Doktrinde arabuluculuğa başvurmadan dava açılması halinde davacıya arabuluculuk tutanağını mahkemeye sunması için verilen bir haftalık kesin süre yerine dava açıldıktan sonra tarafların arabuluculuğa gitmesi hususunda bir ön şartın getirilmesinin usul ekonomisi ilkesi gereğince daha uygun bir çözüm olacağı belirtilmiştir<sup>502</sup>.

Kanımca da yerinde olan bu tavsiyeye ek olarak, uyuşmazlığın karşı tarafına dava dilekçesinin tebliğinin sağlanması da hukuki dinlenilme hakkı yönünden yerinde bir uygulama olacaktır. Böylece hem uyuşmazlık tarafları kendilerinden talep edilebilecek muhtemel haklar konusunda bilgi sahibi olabilir hem de uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk uygulamasına tabi olup olmadığı açıklığa kavuşturulur. Ayrıca tarafların anlayamadığını gösterir tutanağın mahkemeye sunulması için bir haftalık kesin süre yerine dava şartı arabuluculuk uygulamalarına tabi olan uyuşmazlıklara özgü süreler belirlenebilir. Örneğin, iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk görüşmeleri en fazla dört hafta içerisinde sonlandırılmak zorundadır. Arabuluculuk yoluna başvurmadan açılan davalarda davacıya tutanağın sunulması için kırk gün süre verilerek eksikliğin giderilmesi talep edilebilir. Böylece dava dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilerek hem uyuşmazlık konusunda mahkeme sürecinin başlayacağı ve uyuşmazlık hakkında arabuluculuk yoluna başvurulacağı bilgisi verilmiş hem de kendisinden talep edilecek haklar yönünden cevap hakkı tanınmış olur. Taraflar dava şartı eksikliği sebebiyle usulden ret kararıyla tekrar dava açmak yerine başvuruya ilişkin eksikliği giderebilir, usul ekonomisine de daha uygun bir çözüm yaratılmış olabilir. Diğer yandan karşı taraf kendisine gelen mahkeme tebligatı ile uyuşmazlık konusunda ciddi bir ihtilaf olduğunu, yargı sürecinin uzun ve yıpratıcı etkisini göz önünde bulundurarak uyuşmazlığın yargıya intikal etmemesi için arabuluculuk

---

<sup>501</sup> Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes ve Murat Atalı 2018, a.g.e., s. 152,153., Melis Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 18, S: 1, Y:2019, s. 337.

<sup>502</sup> Seda Özmuncu 2016, a.g.m., s. 825., İş Mahkemeleri Tasarısı Taslağına yönelik değerlendirme yapılırken bir görüş, mahkemenin eksikliği gidermesi için davacıya süre vermesi gerektiği yönündedir. Bu konu hakkında bkz. Serkan Odaman ve Eda Karaçöp 2016, a.g.m., s. 61.

görüşmelerine daha ılımlı bir halde katılabilir ve uyuşmazlığı çözümlenmeyi daha etkin bir şekilde deneyebilir.

### **3.3.5 Dava Şartı Arabuluculuğa İlişkin Düzenlemelerin Hak Arama Hürriyetinin Özüne Etkisi Açısından Değerlendirilmesi**

Arabuluculuğa başvuru yolunda iradilik ilkesi benimsenmişken, dava şartı olarak düzenlenen arabuluculuk yolunda arabuluculuk sürecinin başlatılması açısından bu iradilik prensibinden kısmi olarak vazgeçilmektedir. Bu durum ise, tarafların doğrudan mahkemeye başvuru hakkını engellemekte ve arabuluculuk yoluna başvuruyu tüketilmesi gereken bir dava şartı olarak karşımıza çıkarmaktadır. Dava şartı haline gelen arabuluculuk yolu mahkemeye başvuru hakkını sınırlandırırken, bu sınırlandırmaların Anayasa'ya ve hak arama hürriyetine yansımaları tahlil edilmelidir. Zira her hak bir sınırlandırmaya tabi olabilir ancak bu sınırlandırma Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olamaz.

Hak arama hürriyetini düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesinde bu hakkın nasıl sınırlandırılabilirliğine yönelik bir sınırlandırma sebebi yer almadığından sınırlandırılabilirlik ölçüsü olarak Anayasanın 13. maddesine göre irdelemek gerekmektedir<sup>503</sup>. İlgili madde ile sınırlamanın ölçütü; hakkın özüne dokunulmaması, ölçülülük ilkesinin bertaraf edilmemesi, demokratik toplum düzeni ile Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmaması şeklinde çizilmiş ve bu sınırlamanın ancak kanunla yapılabileceği belirtilmiştir. Kanunla sınırlandırma özellikle hak ve hürriyetlerin keyfi sınırlandırmalarına yönelik en önemli güvencelerden bir tanesini oluşturmaktadır<sup>504</sup>. Dava şartı arabuluculuk kanunla düzenlendiğinden öncelikle bu düzenlemenin hak arama hürriyeti hakkının özüne dokunup dokunmadığı bakımından değerlendirmek gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi, hakkın özünü, dokunulduğunda hakkın kullanımını anlamsız kılan çekirdek alan olarak ifade etmektedir<sup>505</sup>. O halde bir hak sınırlandırılırken, hakkın özüne dokunulamaz ve bu sınırlandırma, o hakkı anlamsız kılacak dereceye varamaz<sup>506</sup>. Dava şartı arabuluculuk düzenlemeleri kişilerin

<sup>503</sup> Mustafa Demirkol, Kişi Hak ve Hürriyetlerinin Korunması Karşısında Anayasa Madde. 13, Bu Hükme Aykırı Yasal Düzenleme ve Faaliyetlerin Anayasa Madde. 11 Açısından Değerlendirilmesi, *Balkan Sosyal Bilimler Dergisi*, Özel Sayı, ICOMEP 2017, s. 22., İsmail Köküarı 2011, a.g.m., s. 171,172., Zühtü Arslan, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler, *Anayasa Yargısı* (2002), C: 19, S: 1, s. 141.

<sup>504</sup> Mustafa Demirkol 2017, a.g.m., s. 19.

<sup>505</sup> AYM, T. 11.07.2018, E. 2017/178, K. 2018/82, paragraf 13.

<sup>506</sup> Esin Örucü, 1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine Göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet

mahkemeye erişim hakkını geçici olarak sınırlandırmakla birlikte, mahkemeye erişim hakkını ortadan kaldıran düzenlemeler içermemekte, bir diğer ifadeyle kişilerin yargı yoluna başvuru hakkı korunmaktadır. Uyuşmazlık tarafları arabuluculuk yoluna başvurmaya zorunlu tutulsa da taraflara hiçbir biçimde uzlaşma zorunluluğu getirmemektedir<sup>507</sup>. Dava şartı arabuluculuk yolunda tarafların arabuluculuk görüşmelerinin ilk toplantısına katılım sağlaması, arabuluculuk yolunun işlerliği için gerekli görülmektedir<sup>508</sup>. Bu sebeple ilk toplantıya geçerli bir mazereti olmaksızın katılmayan tarafa yargılama giderlerinin yüklenmesine yönelik bir yaptırım düzenlenmiştir (HUAK m. 18A/11). Tarafların arabuluculuk görüşmelerine katılımı, özellikle yargılama giderlerinin külfetine katlanmak istemeyen taraf açısından zorlayıcı bir unsur oluştursa da taraflar süreci istediği zaman sonlandırabileceği için görüşmeye katılım sağlanarak, anlaşmak istenilmediğinin söylenmesi görüşmelerin son bulması için yeterlidir<sup>509</sup>.

Bir diğer bakımdan taraflar arabuluculuk görüşmelerine katılıp anlaşmak istememeleri halinde arabulucu taraflara çözüm önerisi getirerek uyuşmazlığı çözümlenmeye zorlayamayacak (HUAK Yön. m. 17/6) ve görüşme anlaşamama yönünde son tutanak düzenlenerek son bulacaktır. Ayrıca taraflar arabuluculuk görüşmelerine katılması halinde bu süreci azami olarak belirlenen sürelerde sonuçlandırmaları gerekmektedir<sup>510</sup>. Eğer bu süreler içerisinde uyuşmazlık çözümlenmezse arabulucu tarafından resen anlaşamama yönünde tutanak düzenlenecektir (HUAK m. 18A/10, HUAK Yön. m. 25/5). Tarafların arabuluculuk sürecini uzatarak mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmemesi adına hem kanuni süreler öngörülerek hem de arabulucunun resen tutanak tutmasına imkan tanınarak mahkemeye erişimin önündeki engelin suistimale uğramaması sağlanmıştır.

---

Hakkının Özü, *Hukuk Fakültesi Mecmuası - F:10*, C: 41, S: 3-4, Y: 1975, s. 145., Hasan Tahsin Fendoğlu 2020, a.g.e., s. 164., İsmail Köküsarı 2011, a.g.m., s. 173.

<sup>507</sup> Sibel Özel 2020, a.g.m., s. 873.

<sup>508</sup> AYM, T. 11.07.2018, E. 2017/178, K. 2018/82, paragraf 33.

<sup>509</sup> Ersin Erdoğan 2017, a.g.m., s. 1236.

<sup>510</sup> İş Mahkemeleri Kanunu ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun bakımından dava şartı arabuluculuk yoluna başvurulması gereken uyuşmazlıklarda arabulucu süreci kural olarak üç hafta içerisinde tamamlanması gerekirken, zorunlu hallerde bu süre arabulucu tarafından bir hafta daha uzatılabilmekte ve dört hafta içerisinde sürecin sonlandırılması gerekmektedir (HUAK m.18A/9). Ticari uyuşmazlıklar da ise bu süre kural olarak altı hafta olup zorunlu hallerde bu süre arabulucu tarafından en fazla iki hafta daha uzatılabileceği hüküm altına alınarak sekiz haftalık bir süre belirlenmiştir (TTK m. 5/A,2). Bu süre zarfında anlaşma sağlanmazsa, arabulucu anlaşamama yönünde resen son tutanağı düzenleyecek (HUAK m.18A,10, HUAK Yönetmeliği m.25/5) ve taraflar dava açabilecektir. Bkz. 5.2. Arabuluculuk Son Tutanağının Hak Arama Hürriyeti Karşısındaki Durumu başlığı.

Arabuluculuk yoluna başvurulana kadar taraflar her ne kadar mahkemeye erişmekte bir engelle karşılaşırsa da alınan bu tedbirlerle mahkemeye erişim hakkı korunmaktadır.

Bu bağlamda dava şartı arabuluculuk yoluna başvuru bir zorunluluk olsa da hak arama hürriyetinin sınırlarına olabildiğince az müdahale de bulunduğunu belirtilebilir. Tarafların mahkemeye erişim hakkını ertelen bir etki yaratan dava şartı arabuluculuk uygulamalarında hak arama hürriyeti her ne kadar sınırlandırılrsa da mahkemeye erişim hakkını imkansız hale getiren veya aşırı zorlaştıran bir düzenleme bulunmamakta ve hak arama hürriyeti hakkının kullanımını imkansız hale getirmeyerek özüne dokunmamaktadır.

### **3.3.6 Dava Şartı Arabuluculuğa İlişkin Düzenlemelerin Ölçülülük İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi**

Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesini, temel hak ve hürriyetleri sınırlayan amaç ile sınırlandıran aracın arasındaki bağ olarak belirtmektedir<sup>511</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, aynı amaca ulaşılabilmesi başka bir yöntem ile mümkünse ve bu yöntem ile o hak daha az sınırlandırılacaksa, başvuru yöntem orantısız kabul edilmektedir<sup>512</sup>. Öyleyse, ölçülülük ilkesinin ihlaline yönelik tespit için hedeflenen amaca ulaşmak adına yapılan sınırlamanın öncelikle meşru amacının tespitini akabinde bu sınırlamanın elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığına bakmak gerekmektedir<sup>513</sup>. Dava şartı arabuluculuğun mahkemeye erişimi sınırlandıran yapısı taraflar için adalete erişimi katlanılmaz derecede zorlaştırmamalı, mahkemeye erişimi engelleyen dava şartı arabuluculuk görüşmelerinin sonuçlandırılması gereken azami süreler orantılı olmalıdır<sup>514</sup>. Araç olarak seçilen dava şartı arabuluculuk uygulamalarının meşru bir amaca ulaştırması, bu amaca ulaştırmaya çalışırken de etkisiz olmaması gerekmektedir. Bu unsurları diğer bir ifadeyle ölçülülük ilkesinin alt

<sup>511</sup> AYM, T. 11.07.2018, E. 2017/178 ve K. 2018/82, paragraf 57.

<sup>512</sup> Ersin Erdoğan 2017, a.g.m., s. 1235., Hasan Tahsin Fendoğlu 2020, a.g.e., s. 164., Kemal Gözler 2004, a.g.m., (Çevrimiçi) <https://www.anayasa.gen.tr/madde13.htm>, 19.01.2021., Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, sınırlandırma zorunluluğu inandırıcı olmalıdır. Bu konu hakkında bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu 2013, a.g.e., s. 79.

<sup>513</sup> Bkz. 3.2.6. İhtiyari Arabuluculuğa İlişkin Düzenlemelerin Ölçülülük İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi başlığı.

<sup>514</sup> Tarafların uzlaşmaya inanmamaları halinde zorunlu arabuluculuk taraflar için sadece arabuluculukta zaman geçirmeleri, davaların sonuçlandırılma sürelerinin uzamasına neden olmuştur. Bu konu hakkında bkz. Piera Loi, "İtalyan İş Hukukunda Arabuluculuk ve Uzlaşma", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 14 Mayıs 2016, İstanbul, s. 128., Uzun yargılama süreleri ise kişilerin adalete olan güvenini sarsar. Arabuluculuk görüşmelerinin tamamlanması gereken nihai sürelerle uyumsuzlukların çözüme kavuşturulma sürelerinin kontrol altına alınması ve sürecin uzayarak tarafların görüşmeler esnasında yıpranmasının önüne geçilmek istenmektedir. Bu konu hakkında bkz. Resul Kurt 2018, a.g.m., s. 434.

unsurlarını taşımayan bir sınırlandırmanın tespiti halinde dava şartı arabuluculuk uygulamalarının Anayasa'ya aykırı olma ihtimali doğabilir. Ancak ölçülülük ilkesine uygun bir sınırlandırmanın tespiti için öncelikle ölçülülük ilkesinin unsurlarının incelemek gerekmektedir.

### 3.3.6.1 Meşru Amaç Bakımından Değerlendirme

Arabuluculuk yolunun ihtiyari olarak uygulanmaya başladığı ülkemizde Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun düzenleniş amacı; tarafların uyuşmazlık sürecine dahil olarak kendi iradeleriyle uzlaşarak uyuşmazlığa son vermeleri ve hızlı, basit şekillerde uyuşmazlığın çözülerek sosyal barışın sağlanmasıdır<sup>515</sup>. Arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesinde de yine bu yolun işlerlik kazanması, uzlaşma kültürünün yaygınlaşması, kişilere daha hızlı ve ekonomik şekillerde çözüm yollarının sunulması hedeflenmektedir. Karşılaştırmalı hukuk bakımından incelendiğinde ise<sup>516</sup> kişilerin arabuluculuk yoluna teşviki amaçlı zorunlu arabuluculuk uygulamalarına ilişkin düzenlemelerin her ülkenin kültürel yapısı ve yargı yükünü azaltma gayretine göre değişkenlik gösterdiği ve dostane çözümlerin işlerlik kazanmasıyla toplumsal alışkanlıkların değiştirilmesinin amaçlandığı görülmektedir<sup>517</sup>.

Ülkemizde taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklarda genellikle ilk başvuru olan yol yargı mercileridir. Özellikle hızla artan dava sayısının azaltılmasının iki temel yolu bulunmaktadır. Bu yollardan ilki dava açma eğiliminin değişmesi için alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının zorunlu hale getirilerek geliştirilmesi, ikinci gerekçe ise toplumsal farkındalığın artırılmasıdır<sup>518</sup>. Ancak alternatif yollarla uyuşmazlıkların çözülmesi sadece tarafların iradesine bırakıldığında, beklenen faydalar elde edilememektedir<sup>519</sup>. Örneğin, 2010 yılında İtalya'da ihtiyari arabuluculuk uygulamasına başvuru 18.525 iken arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesi ile bu sayı

<sup>515</sup> (çevrimiçi) <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2012Yılı/Kanmetni/6325ss.pdf>, 29.01.2021.

<sup>516</sup> Bkz. 2.1.5. Yabancı Ülkelerde Arabuluculuk Uygulamaları başlığı.

<sup>517</sup> Ersin Erdoğan 2017, a.g.m., s. 1232., Sedat Kaya, 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, *EBYÜHFD*, C: XXII, S: 1–2, Y: 2018, s. 229., Sibel Özel 2020, a.g.m., s. 74., Örneğin İngiltere ve Avustralya aynı hukuk siteminde bulunmalarına rağmen zorunlu arabuluculuğa bakış açıları farklıdır. Bu konuda bkz. Melissa Hanks, Perspectives on Mandatory Mediation, *UNSW Law Journal*, Vol: 35 (3), Y: 2012, s. 929,939 ve s. 944.

<sup>518</sup> Ersin Erdoğan 2017, a.g.m., s. 1232., Mustafa Özbek 2010, Tebliğ, s. 117,122.

<sup>519</sup> İtalya'da arabuluculuğun uygulanabilir olması ancak zorunlu olması ile mümkün olduğundan bu noktada İtalya örnek verilmektedir. Bkz. Melissa Hanks 2012, a.g.m., s. 951., William A. Herbert, Giuseppe de Palo, Ava V. Baker vd., International Commercial Mediation, *The International Lawyer*, Vol: 45 (1), Y: 2011, s. 112,113., Sibel Özel 2020, a.g.m., s. 873,874.

2012 yılında 154.879 olmuştur. Zorunlu arabuluculuk uygulamaları 2013 yılında Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edildiğinde ise İtalya'da arabuluculuğa başvuru sayısı 41.604'e düşmüştür<sup>520</sup>. Lakin 2010 yılındaki ihtiyari arabuluculuk uygulaması 18.525 iken 2013 yılında tekrar ihtiyari arabuluculuk uygulamasına geçilmesine rağmen bu sayı 41.604'e çıkmıştır<sup>521</sup>. Bu durum zorunlu arabuluculuk uygulamalarının kişilere arabuluculuk yoluna başvuru açısından alışkanlık kazandırarak çekincelerin kırıldığını ve arabuluculuk uygulamalarının tekrar ihtiyari bir yol olarak sunulduğunda kişilerin bu yolu daha çok benimsediğini göstermektedir.

Özetle, ihtiyari arabuluculuğun toplumsal alışkanlıkları değiştirmede yetersiz kalması, kişilerin bu yolu kendiliğinden tercih etmemesi zorunlu arabuluculuk düzenlemelerini getirmiş ve bu zorunluluğun toplumsal alışkanlıkların değişmesinde etkin bir rol alarak uzlaşma kültürünün sağlanması, yargının iş yükünü azaltarak daha etkin çalışması hedeflenmiştir. Hedeflenen bu amaçların gerçekleşmesi için alınan tedbir yani dava şartı arabuluculuk uygulamaları, kişilerin hak arama hürriyetiyle doğrudan bağlantılı olan mahkemeye erişim hakkını sınırlandırmakta lakin bu sınırlandırmaların meşru bir amacı bulunmaktadır. Üstelik arabuluculukta benimsenen iradilik ilkesi gereği, taraflar arabuluculuk sürecinde anlaşmak zorunda bırakılmamakta meşru amacın gerçekleşmesi için yargıya başvuru yolu kapatılmayarak ölçüsüz yükümlülükler<sup>522</sup> getirilmemekte ve kişiler hak arama hürriyetinden mahrum bırakılmamaktadır.

### 3.3.6.2 Elverişlilik Bakımından Değerlendirme

Dava şartı arabuluculuk uygulamalarının elverişli bir araç olarak kabul edilebilmesi için hedeflenen amaca<sup>523</sup> yaklaştırması, istenilen sonuca ulaşmayı

<sup>520</sup> Daha fazla bilgi için bkz. Ersin Erdoğan 2017, a.g.m., s.1233., 2010 yılında yapılan bir araştırmanın ortaya çıkardığı sonuca göre, arabuluculuğa sevk edilen ve anlaşma ile sonuçlanan davalar %80 olmasına rağmen, mahkemedeki derdest davaların % 1'inden daha azı taraflarca ihtiyari (isteğe bağlı) arabuluculuğa götürülmüştür. Bu konu hakkında bkz. Melissa Hanks 2012, a.g.m., s. 937., Seda Özmumcu 2016, a.g.m., s. 813., Ayrıca ilgili veriler için bkz. Rachele Gabellini, "The Italian Mediation Law Reform", Vol: 12, Number: 3, Article: 4, Y: 2010, ADR Bulletin, (çevrimiçi), [https://mfsd.it/sys\\_dati\\_open.php?open\\_UID=PDF\\_D00C059DB03AD4B0&open\\_source=module\\_upload\\_contents\\_files](https://mfsd.it/sys_dati_open.php?open_UID=PDF_D00C059DB03AD4B0&open_source=module_upload_contents_files), 01.04.2021.

<sup>521</sup> Ersin Erdoğan 2017, a.g.m., s. 1233.

<sup>522</sup> Meşru amaç ilkesi, ölçülülük ilkesine uygun sınırlandırmanın tespiti için bakılan kriterlerden olup kişilere ölçüsüz yükümlülükler getiren ancak meşru amacı olan sınırlandırmaların anayasaya aykırılığı doğabilecektir. Bkz. 3.3.6. Dava Şartı Arabuluculuğa İlişkin Düzenlemelerin Ölçülülük İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi başlığı., Meşru amaç çerçevesinde gerçekleştirilen müdahaleler zorunlu olsa da ölçülü kalmalıdır. Bu konu hakkında ayrıca bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu 2013, a.g.e., s. 79.

<sup>523</sup> Arabuluculuk yolunun işlerlik kazanması, toplumsal alışkanlıkların değişerek uzlaşma kültürünün yaygınlaşması bu bağlamda yargının iş yükünün hafifleyerek daha etkin ve verimli çalışmasıdır. Bkz. 3.3.6.1. Meşru Amaç Bakımından Değerlendirme başlığı.

kolaylaştırması gerekir. Zira istenilen amaca ulaşmayı zorlaştıran veya amaca erişmek için etki göstermeyen araç elverişsizdir<sup>524</sup>. Bu noktada tespit edilmesi gereken dava şartı arabuluculuk düzenlemelerinin katkısıyla hedeflenen amaca yaklaşılmakta olup olunmadığıdır.

Öncelikle mahkemelerin iş yükü sebebiyle davaların uzun sürmesi, mevzuatın miktarı ve teknik yapısı çoğu zaman tarafların bir türlü haklarına erişemediği karmaşık bir yapıya dönüşerek adalete erişimi güçleştirmektedir<sup>525</sup>. Bununla birlikte dava alışkanlığı olan toplumların alternatif çözüm yollarına kendiliğinden başvurması, bu yolları deneme olasılığı pek yüksek bulunmamaktadır<sup>526</sup>. Bu bağlamda dava şartı arabuluculuk uygulamaları bir araç olarak kullanılıp kişilerin mahkemeye erişim hakkını sınırlandırılırken<sup>527</sup> aynı zamanda topluma uzlaşma kültürünü kazandırması, uyuşmazlıkları daha hızlı ve ekonomik çözebilme imkanı tanınması ve bu süreci yürütmek istemeyen kişilerin yargıya başvuru hakkını bertaraf etmeyerek elverişli bir araç olmayı hedeflemektedir.

Diğer bakımdan hak arama hürriyetini sınırlandıran dava şartı arabuluculuk uygulamaları ile dava şartı olan iş uyuşmazlıklarında uygulamanın başladığı 1 Ocak 2018'den bugüne kadar geçen üç yılın toplam başarı ortalaması ise % 61 olarak gerçekleşmiştir<sup>528</sup>. Ticari arabuluculukta ise 1 Ocak 2019'dan bugüne kadar başarı oranı % 54 olmuştur. Tüketici uyuşmazlıklarında uygulamanın başladığı 28 Temmuz 2020'den bugüne kadar başarı oranı ise % 59 olarak tamamlanmıştır. İstatistik verilere bakıldığında dava şartı arabuluculuk uygulamalarının hedeflenen amaca götürmekte etkisiz bir araç olduğunu söylemek pek mümkün değildir. Bu bağlamda dava şartı arabuluculukla amaçlanan hedefe ulaşma yolunda önemli bir yol alındığı ve hak arama

<sup>524</sup> Elverişlilik ilkesinin tanımı için bkz. 3.2.6.2. Elverişlilik Bakımından Değerlendirme başlığı., Mehmet Değirmenci 2020, a.g.m., s. 60., Yüksel Metin 2017, a.g.m., s. 8.

<sup>525</sup> Resul Kurt, 2018, a.g.m., s. 418., Kaan Muharrem Yağcıoğlu 2018, a.g.m., s. 463., Mustafa Özbek, Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi, *AÜHFD*, C: 56, S: 1, Y: 2007, s. 198., Avrupa Birliği'nin arabuluculuk ilkeleri bağlamında tespiti için bkz. Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, (çevrimiçi) <http://eur-lex.europa.eu/>, 02.04.2021., Ayrıca bkz. 2.1.3 Arabuluculuğun Gelişimi başlığı.

<sup>526</sup> Mustafa Özbek 2010, Tebliğ, s. 139., İtalya bunun tipik örneğini oluşturmaktadır. Kişiler gönüllü olarak bu süreci başlatmadıklarından çok geniş bir alanda zorunlu arabuluculuk öngörülmüştür. Bkz. Willam A. Herbert, de Palo, V. Baker vd. 2011, a.g.m., s. 112,113, Melissa Hanks 2012, a.g.m., s. 951., Sibel Özel 2020, a.g.m., s. 873,874, Seda Özmumcu 2016, a.g.m., s. 813.

<sup>527</sup> Medeni ve Ticari Meselelerde Arabuluculuk ile ilgili 2008/52 Avrupa Birliği Yönergesi'nin 5.2. maddesi; kişilerin yargıya başvuru hakkı engellenmediği sürece, kanunların zorunlu arabuluculuk uygulaması veya teşvik ya da müeyyideler getirebileceği belirtilmektedir. Bkz. (çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0052>, 02.04.2021.

<sup>528</sup> Bkz. 2.1.2. Arabuluculuğun Amacı başlığı, ayrıca (çevrimiçi) <https://basin.adalet.gov.tr/arabuluculukta-basari-2020-de-de-devam-etti>, 01.02.2020.



hürriyetinin elverişli bir araçla sınırlandırıldığı ifade edilebilir.

### 3.3.6.3 Gereklilik Bakımından Değerlendirme

Dava şartı arabuluculuk uygulamalarının, toplumsal barış ve uzlaşma kültürüne hizmet etmesi, taraf menfaatlerini basit, hızlı ve ekonomik şekiller sonuçlandırmayı hedeflemesi hak arama hürriyetini sınırlandırırken bu yolun meşru amacını ortaya çıkarmıştır<sup>529</sup>. Aynı zamanda dava şartı arabuluculuk uygulamaları, uyuşmazlıkların çözüme ulaşması ve başarılı sonuçlar elde edilmesiyle hedeflenen amaca götüren elverişli bir araç olduğunu göstermiştir<sup>530</sup>. Ancak meşru amaç taşıyan ve elverişli olan aracın aynı zamanda gerekli olması da gerekir.

Anayasa'nın 12. maddesine göre "herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir". Ancak hak ve hürriyetler kullanılmak istenildiğinde kişiler bir takım sosyal, ekonomik ve siyasi engellerle karşılaşabilir<sup>531</sup>. Sosyal hukuk devletinin görevi de bu engellerin kaldırılmasıdır. Anayasa'nın 5. maddesine göre; devletin temel amaç ve görevlerinin bir kısmı; toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak aynı zamanda kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaktır<sup>532</sup>. Ayrıca medeni usul hukuku bağlamında benimsenen temel ilkelere biri, usul ekonomisi ilkesidir. Bu ilke Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 30. maddesinde hakları zedelenen kişilerin en az giderle, en az zorlukla ve en kısa sürede haklarına kavuşmasını, davaların boş yere açılmasını önlemeye yönelik düzenlenmiştir<sup>533</sup>. Bununla birlikte Anayasa'nın 141. maddesinin son fıkrasına göre; davaların en az giderle ve mümkün olan süratle

<sup>529</sup> Bkz. 3.3.6.1. Meşru Amaç Bakımından Değerlendirme başlığı.

<sup>530</sup> Bkz. 3.3.6.2. Elverişlilik Bakımından Değerlendirme başlığı.

<sup>531</sup> Gülgün Ildır 2003, a.g.e., s. 46., Z. Gönül Balkır, 2009, a.g.e., s. 47,49, Ferhat Uslu 2016, a.g.e., s. 26.

<sup>532</sup> Anayasa'nın 5. maddesi "*Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.*" şeklindedir.

<sup>533</sup> HMK'nun 30. maddesi "*Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür.*" şeklindedir., Anayasa'nın 141. maddesinin son cümlesi "*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.*" hükmünü içermektedir., Ayrıca bkz. Gülgün Ildır 2003, a.g.e., s. 48., Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 130., Yılmaz'a göre; uyuşmazlığı çözümlendiren kararın adaletli olması için maddi gerçeği yansıtmayı ve yargılamanın basit, hızlı ve ucuz bir yargılama olması gerekir. Bu konu hakkında bkz. Ejder Yılmaz, Usul Ekonomisi, *AÜHFED*, C: 57, S: 1, Y: 2008, s. 248., Özbek, usul ekonomisi ilkesi, arabuluculuğu destekleyen diğer bir yargılama hukuku ilkesi olarak zikredilebilir. Bu konu hakkında bkz. Mustafa Özbek 2010, Tebliğ, s. 149,150.

sonuçlandırılması, yargının görevidir. Bu bağlamda sosyal devletin gereği olarak devlet; usul ekonomisi ilkesi gereğince kişilere haklarına kavuşmayı sağlamakla ve hak arama hürriyetini sınırlayan hukuk ve adalet ilkeleriyle örtüşmeyen engellerin kaldırılmasıyla yükümlüdür<sup>534</sup>.

Bir diğer yönden kişilerin uyuşmazlık yaşamaları halinde geciken ve pahalı bir yargılama sistemiyle karşılaşmaları kimi zaman mahkemeye başvurmadan kaçınmalarına ve bu durum hak arama hürriyetini zedelemekle birlikte adalete erişimi geciktirmektedir<sup>535</sup>. Ülkemizde Yargı Reformu kapsamında yargının kapasitesi arttırılmaya çalışılmakta, teknik alt yapı güçlendirilmekte ve yeni adliye binaları inşa edilmektedir<sup>536</sup>. Ancak alternatif yollar uygulamaya geçirilip, işlevselliği sağlanmadıkça yeni adliye binalarının, yargının iş yükünü azaltmaya yeterli olmadığı gerçeği de göz ardı edilmemelidir. Zira büyük adliye binaları, dava alışkanlığının yaygınlaşmasına sebep olmakta ve kişiler ufak problemleri bile toplumsal alışkanlıkları doğrultusunda dostane bir şekilde çözmeyi tercih etmemektedir. Yargının verimli ve etkin çalışabilmesi ancak alternatif çözüm yollarının hayata geçirilerek kişilerin dava alışkanlıklarının azaltılması ve uzlaşi kültürünün yaygınlaşması ile mümkün olabilir<sup>537</sup>.

Nitekim tüm bu hususlar dikkate alındığında dava şartı arabuluculuk düzenlemelerinin gerekli bir uygulama olduğu için hak arama hürriyetini sınırlandırdığı söylenebilir. Alternatif çözüm yollarının etkinliğini ve işlerliğini sağlamak için getirilen zorunlu uygulamalar, kişilerin yargıya başvuru yolunu kapatmadığı veya yargıya erişim hakkının önüne aşılamayacak engeller getirmediği sürece hak arama hürriyetine aykırı kabul edilmesi mümkün değildir<sup>538</sup>.

<sup>534</sup> Gülğün Ildır 2003, a.g.e., s. 46., Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 130.

<sup>535</sup> Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 131., Özbek, adalete erişim krizi, sanayileşmiş devletlerde küçümsenemeyecek bir sorundur. Bu krizin aşılması amacıyla geliştirilen adalete erişim akımı (access to justice movement), üç temel dalgadan oluşmaktadır. Bkz. Mustafa Özbek 2010, Tebliğ, s. 133 vd., Örneğin İtalya da yargılama sürecinde ortaya çıkan ertelemeler nedeniyle bir kişi davası bakımından kanun yoluna başvurmak istediği takdirde, nihai karar için yaklaşık on yıl beklemektedir. Bu suretle İtalya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesini ihlal ettiğinden bahisle, talepte bulunan bireylere 600 milyon Euro ödemek zorunda kalmıştır. Bu konu hakkında bkz. Seda Özmumcu 2016, a.g.m., s. 812.

<sup>536</sup> Adalet Bakanlığı, 2020 Yılı Bakanlık Faaliyet Raporu, Şubat 2021, yeni inşa edilen adliye binaları için bkz. s. 67., Teknik alt yapı hizmetleri için bkz. s. 70,72., Adli Yargı İlk Derece Mahkeme Teşkilatındaki Gelişmeler ve Mahkeme Sayıları için bkz. s. 76,78., (çevrimiçi) <https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1032021104609ADALET%20BAKANLI%C4%9EI%202020%20YILI%20FAAL%C4%B0YET%20RAPORU%20.pdf>, 03.04.2021.

<sup>537</sup> Mustafa Özbek 2010, Tebliğ, s. 123.

<sup>538</sup> AYM, T. 10.07.2013, E. 2012/94, K. 2013/89., Karşılaştırmalı hukuk bakımında da incelendiğinde kişilere yargı yolu kapatılmadığı sürece zorunlu arabuluculuk uygulamalarına mevzuatlarda yer verilebileceği belirtilmektedir. Bkz. Medeni ve Ticari Meselelerde Arabuluculuk ile ilgili 2008/52

### 3.3.6.4 Orantılılık Bakımından Değerlendirme

Temel hak ve hürriyetlerden bir tanesi olan hak arama hürriyetinin Anayasa'ya uygun sınırlandırılması için dava şartı arabuluculuk uygulamalarının hedeflenen amaca giderken kişilere ölçüsüz yükümlülükler getirmemesi gerekmektedir<sup>539</sup>. Bu sebeple dava şartı arabuluculuk uygulamalarının kişilere getirdiği yükümlülükler ile bu yükümlülüklerin adaletli ve dengeli olup olmadığı tahlil edilmelidir.

Dava şartı arabuluculukta her ne kadar bu yola başvurmak zorunlu olsa da mahkemeye erişim hakkı ortadan kalkmamakta taraflar arabuluculuğun ilk görüşmesine katılım sağlaması adına zorlanmaktadır. Arabuluculuk yolunda benimsenen iradilik ilkesi bakımından tarafların bu sürece katılım sağlaması halinde menfaatlerini ortaya koymadıkları ya da bu görüşmelerde anlaşmak istemedikleri her noktada arabuluculuk sürecini sonlandırma ve yargı yoluna başvurma imkanına sahiptir<sup>540</sup>.

Bir diğer irdelenmesi gereken husus, dava şartı arabuluculuk uygulamalarının mahkemeye erişim hakkını ne kadar süreyle ertelediği ve bu doğrultuda hak arama hürriyetinin orantılı bir sınırlandırmaya tabi tutup tutmadığıdır. Dava şartı arabuluculuk uygulamalarına tabi iş uyuşmazlıkları ve tüketici uyuşmazlıklarında arabuluculuk faaliyeti arabulucu, görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırılmak zorundadır ve bu süre zorunlu hallerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilir<sup>541</sup>. Ticari uyuşmazlıklarda ise arabuluculuk faaliyeti altı hafta içerisinde sonuçlandırılmak zorundadır. Arabulucu zorunlu hallerde bu süreyi iki hafta uzatabilmekte, bu bakımdan mahkemeye erişim hakkı en fazla sekiz hafta ertelenmektedir<sup>542</sup>. O halde dava şartı arabuluculukta sürecin başarısız olması halinde yargılama iş uyuşmazlıkları ile tüketici uyuşmazlıklarında en fazla dört hafta, ticari uyuşmazlıklarda ise en fazla sekiz haftalık bir erteleme yaratmaktadır. Buna keza kişilerin hak kayıpları yaşamaması adına arabuluculuk sürecinde hak düşürücü süreler durmakta ve zamanaşımı işlememektedir<sup>543</sup>. Kanun koyucu özellikle sosyal ve ekonomik olarak karşısındakine göre güçsüz olan işçi ve tüketicinin taraf olduğu

---

Avrupa Birliği Yönergesi'nin 5.2. maddesi.

<sup>539</sup> Ölçülülük ilkesi sınırlandırmanın sınırı olarak belirtilmektedir. Bkz. 3.2.6. İhtiyari Arabuluculuğa İlişkin Düzenlemelerin Ölçülülük İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi başlığı.

<sup>540</sup> Ersin Erdoğan 2017, a.g.m., s. 1235,1236.

<sup>541</sup> HUAK'nun 18/A maddesinin 9. fıkrası.

<sup>542</sup> TTK'nun 5/A maddesinin 2. fıkrası.

<sup>543</sup> Detaylı bilgi için bkz. 3.4. Arabuluculuk Başvurusunun Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Sürelere Etkisi Başlığı vd.

uyuşmazlık konularının sürüncemede bırakılmaması adına, ticari uyuşmazlıklara göre arabuluculuk görüşmelerinin daha kısa sürede sonlandırılmasını öngörmüş ve sosyal devletin bir gereği yerine getirilmiştir<sup>544</sup>. Bu bağlamda dava şartı arabuluculuk ile kişiler hak arama hürriyetinden ve mahkemeye erişim hakkından mahrum bırakılmamakta ve mahkemeye erişim hakkı orantılı bir ertelemeye tabi tutulmaktadır<sup>545</sup>.

Burada incelenmesi gereken bir hususta, dava şartı arabuluculuk yolunda arabuluculuğun ilk toplantısına mazeretsiz olarak katılmayan taraflar için bir takım yükümlülükler getirilmesidir. Zira bu yükümlülüklerin hak arama hürriyetini orantısız sınırlandırmış olma ihtimali akıllara gelmektedir. Dava şartı arabuluculuk uygulamalarına tabi olan ticari uyuşmazlıklar ile dava şartı arabuluculuk uygulamalarına tabi iş uyuşmazlıkları bakımından, taraflar arabuluculuk görüşmelerinin ilk toplantısına haklı bir sebep olmaksızın katılmaması halinde toplantıya katılmayan tarafa, dava da haklı çıkmasına rağmen lehine vekalet ücreti hükmedilmemekte ve yargılama giderlerine katılma zorunluluğu yüklemektedir<sup>546</sup>. Eğer her iki taraf da ilk toplantıya katılmadığı için arabuluculuk sona ermişse tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır. Dava şartı arabuluculuk uygulamalarına tabi olan tüketici uyuşmazlıklarında ise bu müeyyide uygulanmamaktadır<sup>547</sup>.

Karşılaştırmalı hukuk bakımında incelendiğinde; kişilerin mahkemeye erişim hakkı engellenmediği sürece arabuluculuk yolunun işlerlik kazanması için zorunlu uygulamalar ve yaptırımların düzenlenebilmektedir<sup>548</sup>. Örneğin İngiliz Hukukunda zorunlu arabuluculuk uygulamaları bulunmamakta ancak tarafların arabuluculuğa teşviki açısından yargılama giderlerine ilişkin bazı düzenlemeler bulunmaktadır<sup>549</sup>. Ülkemizde de arabuluculuğun teşviki ve işlerliği bakımından zorunlu arabuluculuk

---

<sup>544</sup> "...sosyal hukuk devleti, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir." bkz. AYM, T.23.05.1972, E. 1972/2,K. 1972/38, RG. 21.11.1972, S. 14368., Aynı yönde bkz. AYM, T. 26.10.1988, E. 1988/19, K. 1988/33, RG. 11.12.1988, S. 20016.

<sup>545</sup> Ersin Erdoğan 2017, a.g.m., s. 1235., Sibel Özel 2020, a.g.m., s. 887.

<sup>546</sup> HUAK'nun 18/A maddesinin 11. fıkrası.

<sup>547</sup> TKHK'nun 72/A maddesinin 2. fıkrasına göre; tüketicinin ilk toplantıya katılmaması nedeniyle arabuluculuk faaliyeti sona erdiğinde, tüketici yargılama giderlerinden sorumlu olmayacaktır.

<sup>548</sup> 2008/52 / EC sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin 5.2. maddesi., Ayrıca bkz. Ersin Erdoğan 2017, a.g.m., s. 1224., Seda Özmumcu 2016, a.g.m., s. 811

<sup>549</sup> Davalı veya davacı tarafından yapılan arabuluculuk teklifinin diğer tarafça geçerli bir mazeret gösterilmeksizin reddedilmesi ve tekliften daha aleyhe karar verilmesi halinde yargılama giderleri ve faizi karşı yana yüklenir. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Ersin Erdoğan 2017, a.g.m., s. 1225., Ayrıca bkz. 2.1.5.1. Anglo-Sakson Ülkeleri başlığı.

uygulamaları ve arabuluculuk toplantısına mazeretsiz olarak katılmayan tarafa bir takım yükümlülükler öngörülmüştür. Yargılama giderlerine ilişkin bu düzenleme doktrinde eleştiriye açık bulunarak tartışılmıştır. Doktrinde *Ekmekçi, Özkes, Atalı*'ya göre; arabuluculuk faaliyetine haklı olduğunu düşündüğü için katılmayan ve davada haklı çıkan tarafa yargılama giderlerinin yüklenmesi ölçülülük ilkesine ve hak arama hürriyetine aykırılık taşımaktadır<sup>550</sup>. *Okur*'a göre; arabuluculuk müzakerelerine katılmayan tarafa yönelik düzenlenen bu yaptırım Anayasa'ya aykırı ve ölçsüz bir yaptırımdır<sup>551</sup>. *Canbolat*'a göre; nihayetinde haklı çıkan tarafın eğer alacağı verilseydi o halde zaten arabulucuya da mahkemeye de gitmesine gerek kalmayacaktı. Bu sebeple yargılama sonunda haklı çıkan tarafın tüm masraflara katlanması mülkiyet hakkının ihlali olduğu gibi hakkaniyete de uygun bulunmamaktadır<sup>552</sup>.

Arabuluculuk görüşmelerinin ilk toplantısına mazeretsiz olarak katılmayan tarafa dava da haklı çıkmasına rağmen yargılama giderlerinin üzerine yükleneceğine ilişkin düzenleme, her ne kadar görüşmeye katılmada haklı bir mazereti bulunduğunu ispat eden tarafa, hakim takdir yetkisi kullanarak yargılama giderlerine mahkum etmeme imkanına sahip bulursa da uygulama da bunun ispatı mümkün olmayabilir, bu halde dava da haklı çıkan tarafın yargılama giderlerinden sorumlu olması hakkaniyete aykırılık taşıyabilir<sup>553</sup>. Zira mazeretten ne anlaşılması gerektiği, hangi hususların mazeret sayılacağı da belirtilmediğinden uyguma da hak arama hürriyetinin ihlaline sebep olabilecektir. Bu nokta da kısa bir örnek vermek yararlı olacaktır. Örneğin; işçi, işveren ilişkisinden doğan ve dava şartı kapsamında olan bir uyuşmazlık konusunda işçinin alacağı olduğu iddiasıyla yargı yoluna başvurabilmesi için öncelikle arabuluculuk yoluna başvurması gerekmektedir. Bu bağlamda işçinin arabuluculuk yoluna başvurduğunu ancak yanında çalıştığı işvereni hatalı gösterdiğini varsayalım. İşveren arabuluculuk toplantısına davet aldığı anda ilgili biriminden böyle bir çalışanın olup olmadığını teyit ettirecek ve kendi çalışmanı olmadığını tespiti halinde işveren kendisiyle ilgili bir ihtilaf olmadığını veya hatalı belge geldiği düşünerek arabuluculuk görüşmelerine yüksek ihtimalle katılmayacaktır. İşçi ise arabuluculuk görüşmelerinin

<sup>550</sup> Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes ve Murat Atalı 2018, a.g.e., s. 180.

<sup>551</sup> Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 224.

<sup>552</sup> Talat Canbolat, İş Hukuku Bakımından Arabuluculuk, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, İkinci Oturumu, 6-7 Aralık 2018, s. 104., (çevrimiçi) <https://aybu.edu.tr/hukuk/contents/files/ARABULUCULUK%20SEMPOZYUM%20KI%CC%87TA%20BI.pdf>, 01.04.2021., Yargılama giderlerine ilişkin daha fazla doktrinsel tartışma ve bilgi için bkz. 3.7. Arabuluculuk Giderlerinin ve Yargılama Giderlerinin Hak Arama Hürriyetine Etkisi başlığı.

<sup>553</sup> Talat Canbolat 2018, Tebliğ, s. 103.

anlaşamama ile sonuçlandığından bahisle dava açacaktır. Lakin dava konusuyla ilgisi olmayan işveren arabuluculuk görüşmelerine mazeretsiz olarak katılmadığından davayı kazansa bile yargılama giderlerini yükleneyeceği gibi lehine vekalet ücreti de hükmedilmeyecektir. Böyle bir durumun varlığı tarafa orantısız bir yükümlülük getirdiği gibi Anayasa ile güvence altına alınan hak arama hürriyetini de ihlal eder.

Anayasa Mahkemesi, geçerli mazeret göstermeksizin arabuluculuk görüşmesine katılmayan tarafın yargılama giderlerine mahkum edilmesinin hak arama hürriyetine aykırı olduğu iddiasını kabul etmemiştir<sup>554</sup>. Anayasa Mahkemesi yaptığı inceleme ile iyi niyet ve dürüstlük kurallarına aykırı davranan kişilerin bazı yükümlülükler katlanabileceği ve buna yönelik düzenlemelerin yapılabileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte geçerli mazeret nedeniyle ilk toplantıya katılmama durumu kapsam dışı tutularak, keyfi bir şekilde arabuluculuk sürecini sekteye uğratabilecek davranışların engellenmesinin hedeflendiği ifade edilmiştir. Arabuluculuk yolunun işlerlik kazanması, tarafların uzun bir yargılama sürecine girmeksizin alternatif yollara teşvik edilmesi gerektiği ve diğer yandan arabuluculuk görüşmelerine katılmak istemeyen tarafın dava açmasına bir engel taşımayan bu düzenlemenin orantılı, elverişli ve hak arama hürriyetine engel olmadığına karar vermiştir<sup>555</sup>.

### **3.4 ARABULUCULUK BAŞVURUSUNUN ZAMANAŞIMI VE HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRELERE ETKİSİ**

Arabuluculuk sürecinin başlamasından itibaren tarafların talep ettikleri haklarla ilgili dava açma haklarının kaybolmaması ve hak kaybı yaşamaması için uyuşmazlık konusunu oluşturan hak ve alacaklara ilişkin sürelerin durması gerekir<sup>556</sup>. Bu nedenle birçok ülkede arabuluculuk sürecinin zamanaşımı ve hak düşürücü süreler etkisi düzenlenmiştir<sup>557</sup>. Arabuluculuk başvurusunun süreler etkisi Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiş, ihtiyari

<sup>554</sup> AYM, T. 11.07.2018, E. 2017/178, K. 2018/82.

<sup>555</sup> AYM, T. 11.07.2018, E. 2017/178, K. 2018/82.

<sup>556</sup> Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 173., Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 118.

<sup>557</sup> Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Federal Kanunu "Sürelerin Durması" başlıklı 22. maddesi "(1) Kayıtlı bir arabulucu tarafından icra edilen ve başlamış bulunan yahut devam eden arabuluculuk faaliyeti zamanaşımı ile arabuluculuk faaliyeti ile ilgili hakların ve taleplerin ileri sürülmesine dair diğer süreleri durdurur. (2) Taraflar durma etkisinin aralarındaki arabuluculuk faaliyetiyle ilgili olmayan diğer talepler için de geçerli olmasını yazılı olarak kararlaştırabilirler. Taraflar aksini kararlaştırmamışlar ve arabuluculuk faaliyeti, aile hukukundan kaynaklanan haklar ve taleplere ilişkin ise, durma etkisi, yazılı anlaşma olmaksızın da aile hukukuna ilişkin tüm karşılıklı ya da taraflarca birbirine karşı kullanılabilen haklar ve talepleri de kapsar". Bkz. çeviren Cenk Akil, Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Federal Kanunu, *İÜHF*, C: LXX, S: 2, Y: 2012, s. 293.

arabuluculuk ve dava şartı arabuluculuk ayırımına göre açıklığa kavuşturulmuştur<sup>558</sup>.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15. maddesine göre; arabulucu, seçildikten sonra tarafları en kısa sürede ilk toplantıya davet eder. İlgili düzenlemede ilk toplantıya davet süresinin belirsiz olduğu, davet usulünün ise muğlak bırakıldığı arabuluculuk faaliyetinin başlamasında ve mahkeme sürecinde kötü niyetli kişilerin bu süreci uzatabilmesine imkan tanıyarak bu durumun bağımsız mahkemelerin görevlerini yerine getiremez konuma düşüreceği iddiası ile Anayasa'nın 2. 9. ve 141. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür<sup>559</sup>.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 16. maddesine bakıldığında arabuluculuk sürecinin zamanaşımına ve hak düşürücü sürelerle etkisi incelenmiştir. İlgili maddenin birinci fıkrasına göre, arabuluculuk süreci dava açılmadan önce başlamışsa, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Aynı maddenin ikinci cümlesinde ise dava açılmasından sonra arabulucuya başvuru halinde bu sürecin, mahkemenin arabulucuya başvurma davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Ayrıca yine 16. maddenin ikinci fıkrası uyarınca, arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır.

Anayasa Mahkemesi, itiraza konu olan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15. maddesinde yer alan "arabulucu, seçildikten sonra tarafları en kısa sürede ilk toplantıya davet eder" ibaresinin, Anayasa'ya aykırı olmadığını zira ortada henüz açılan bir dava bulunmaması halinde yargıyı sürüncemede bırakan bir durumun yaratılmayacağını ifade etmektedir. Aynı Kanun'un 16. maddesinde yer alan arabuluculuk sürecinin başlaması ve sürelerle etkisi başlıklı düzenlemelerle açılmış olan davalar yönüyle de hak kaybının önüne geçildiğini belirtmiştir. Ayrıca arabulucu en kısa sürede tarafları toplantıya çağırmasız ve görevini ihmal ederse tek taraflı olarak ya da anlaşarak arabuluculuk faaliyetini tarafların sonlandırabileceklerine ilişkin hüküm düzenlenmiştir (HAUK m. 17).

<sup>558</sup> Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s.174., Zeki Okur 2019, a.g.e., s.119.

<sup>559</sup> AYM, T. 10.07.2013, E. 2012/94, K. 2013/89.

Anayasa Mahkemesi gerçekleştirdiği inceleme ile tüm bu düzenlemeleri göz önünde bulundurarak Anayasa'nın 2. 9. ve 141. maddelerine aykırılık bulunmadığını ve iptal isteminin reddine karar vermiştir<sup>560</sup>.

Arabuluculuk görüşmelerinde ilk toplantıya davet ve son tutanak, arabulucu tarafından tutulan tutanaklarla kayıt altına alındığı için süreçte belirsizlik bulunmamakta, tarafların hak kaybı yaşamaması adına zamanaşımı ve hak düşürücü süreler durdurularak korunmaktadır. Ülkemizde arabuluculuk yolu ihtiyari arabuluculuk ve dava şartı arabuluculuk olarak iki farklı şekilde düzenlenmiş olduğundan zamanaşımı ve hak düşürücü süreler, her iki başvuru yolu açısından ayrı başlıklar altında incelenecektir.

### **3.4.1 İhtiyari Arabuluculuğun Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Sürelere Etkisi**

Taraflar aralarındaki uyuşmazlığı, arabuluculuk yöntemine başvurarak çözümlenmek istedikleri hususunda anlaşmaları ve ihtiyari arabuluculuk yolunu seçmeleri halinde arabuluculuk sürecinin başlamasından sona erdiği süre boyunca zamanaşımı durur ve hak düşürücü süreler işlemez (HUAK m. 16/2; Yönetmelik m. 19/2). İlgili düzenlemeler sebebiyle taraflar, yargı organlarına başvururken sahip oldukları hakları kaybetme kaygısı olmadan rahatlıkla arabuluculuk faaliyetini yürütebileceklerdir<sup>561</sup>. Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetiyle uyumlu halde olan bu düzenleme ile tarafların kaygıları giderilerek bir bakıma tarafların arabuluculuk yolunu denemeleri açısından teşvik edici bir rol oynamaktadır<sup>562</sup>. Aksi bir düzenlemenin yapılmış olması halinde, dava konusu hak veya alacağa ilişkin hak düşürücü ve zamanaşımı süreleri durmayacağından hak arama hürriyeti zarar görebilirdi<sup>563</sup>.

İhtiyari arabuluculukta arabuluculuk süreci, dava açılmadan önce tarafların aralarında anlaşarak seçtikleri bir arabulucuya başvurmaları ve tarafların arabulucu tarafından ilk toplantıya davet edilerek, uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile çözümlenmesi için arabuluculuk sürecinin devam ettirilmesi konusunda vardıkları mutabakata ilişkin tutanak tutulması ile birlikte başlar. Taraflar dava açılmasından sonra, duruşma dışında doğrudan kendilerinin anlaştıklarını yazılı olarak beyan

<sup>560</sup> AYM, T. 10.7.2013, E. 2012/94, K. 2013/89.

<sup>561</sup> Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes ve Murat Atalı 2018, a.g.e., s. 82.

<sup>562</sup> Elif Kısmet Kekeç 2016, a.g.e., s. 171., Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes ve Murat Atalı 2018, a.g.e., s. 82,

<sup>563</sup> Mustafa Özbek 2007a, a.g.m., s. 298., Elif Kısmet Kekeç 2016, a.g.e., s. 171.



ettikleri veya mahkemenin teşviki ile anlaşma daveti sonucunda birlikte anlaşarak arabuluculuğa başvuracaklarını beyan etmeleri hallerinde ise bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren arabuluculuk süreci başlamış olacaktır (HUAK m. 16/1; Yönetmelik m. 19/1). Bu tarihten itibaren zamanaşımı durmakta ve hak düşürücü süreler işlememektedir.

Öte yandan arabuluculuk sürecinde tarafsız bir üçüncü kişi yardımı ile gerçekleştirilen müzakere bir şekilde sona erecektir<sup>564</sup>. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu arabuluculuk sürecinin ne şekilde sonuçlanacağı ayrıca ve özel olarak düzenlemiştir (HUAK m. 17/1, HUAK Yön. m. 20). Bu hükümlere göre, arabuluculuk müzakereleri; tarafların uyuşmazlık konusunda anlaşmaları, arabuluculuk görüşmeleri sırasında tarafların görüşü de alınarak taraflar arasında bir anlaşmaya varmalarının mümkün olmadığı ve yapılan görüşmelerini boş çaba niteliğinde olduğunun tespit edilmesi hallerinde arabuluculuk süreci sona erer. Yine taraflardan birinin arabuluculuk görüşmelerinden çekilmesi, tarafların anlaşarak arabuluculuk görüşmelerini sonlandırması veya uyuşmazlığın arabuluculuk kapsamında olmayan bir uyuşmazlık türü olduğunun saptanması durumunda arabuluculuk süreci son bulur. Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda ise duran zamanaşımı ve hak düşürücü süreler yeniden işlemeye başlar<sup>565</sup>.

Nitekim arabuluculuk yolundan beklenen faydaların elde edilebilmesi için tarafların endişe duyduğu konuların giderilmesi bağlamında Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda gereken hassasiyet gösterilerek hak arama hürriyetiyle uyumlu bir düzenleme yapılmıştır<sup>566</sup>. Tarafların ihtiyari arabuluculuk yoluna başvurması halinde hak düşürücü süreler ve zamanaşımı durduğundan taraf hak ve menfaatleri ile hak arama hürriyeti korunmaktadır.

### **3.4.2 Dava Şartı Arabuluculuğun Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Sürelere Etkisi**

Dava şartı olarak öngörülen zorunlu arabuluculuk kapsamındaki bir uyuşmazlığı çözmek isteyen tarafın arabuluculuk bürosuna başvurduğu tarihten itibaren zamanaşımı durur ve hak düşürücü süreler işlemez. Duran zamanaşımı ve hak

<sup>564</sup> Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes ve Murat Atalı 2018, a.g.e., s. 89.

<sup>565</sup> Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, 31. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2018, s. 77., Şahin Çil, Zorunlu Arabuluculuk Görüşmelerinde Son Tutanak, *İnşaat Sanayi Dergisi*, S: 165, Y: 2018, s. 27., Özgür Oğuz, a.g.e., s. 130., Betül Azaklı Arslan, *Medenî Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018. s.160., Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 120.

<sup>566</sup> Elif Kısmet Kekeç 2016, a.g.e., s. 171., Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes ve Murat Atalı 2018, a.g.e., s. 82.

düşürücü süreler, dava şartı arabuluculuk faaliyetinin bitmesine ilişkin son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren yeniden işlemeye başlar<sup>567</sup> (HUAK m. 18/A,15; Yönetmelik m. 27). Kanun koyucu, arabuluculuk sürecinde olan uyuşmazlıkların zamanaşımı veya hak düşürücü sürelerin dolmak üzere olması hallerinde dava hakkının kullanımını zorlaştıran veya tamamen ortadan kaldıran bir durumun doğmaması ve hak arama hürriyetinin engellenmemesi adına arabuluculuk bürosuna başvurulmasından, son tutanağın düzenlenmesine kadar geçen sürede hak düşürücü sürenin ve zamanaşımının işlemeyeceğini düzenlemiştir<sup>568</sup>. İlgili düzenlemelerle hak arama hürriyetini korumakta, dava hakkının kullanılmasının olumsuz etkileri ve hakkın özüne ulaşan sınırlandırmalar bertaraf edilmektedir.

Arbuluculuk yoluna başvurunun önemli sonuçlarından bir tanesi; maddi hukuktaki sürelere etkisidir. Bu bakımdan ihtiyari arabuluculuk ile dava şartı arabuluculuk arasında arabuluculuk sürecinin başlaması yönünden de farklılık bulunduğu görülmektedir<sup>569</sup>. Dava açılmadan önce başvuru ile arabuluculukta süreç, tarafların arabulucu tarafından ilk toplantıya davet edilerek, uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile çözümlenmesi için sürecinin devam ettirilmesi konusunda varılan mutabakata ilişkin tutanak tutulması ile başlar (HUAK m. 16/1). Dava şartı arabuluculukta ise arabuluculuk sürecinin başlamasında arabuluculuk bürosuna başvurulması esas alınmaktadır. Bu durum Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin 15. fıkrasında "Arabuluculuk bürosuna başvurulmasından" ifadesinden çıkartılabilir. İhtiyari arabuluculuk ve dava şartı arabuluculuk süreçlerinin başlangıcı açısından benimsenen bu fark dava şartı arabuluculukta, arabuluculuk sürecinin zorunlu olması ve arabuluculuk bürosu gibi resmi bir organa başvuru gerektirmesi sebebiyledir<sup>570</sup>.

Diğer bakımdan arabuluculuk yoluna başvurunun zorunlu olduğu uyuşmazlıklarda mahkemeye erişebilmek için arabuluculuk yoluna başvurmak

---

<sup>567</sup> Çil, Zorunlu Arabuluculuk Görüşmelerinde Son Tutanak, s. 27., Oğuz, a.g.e., s. 130., Azaklı Arslan, a.g.e., s. 160.

<sup>568</sup> Dava şartı arabuluculuk sürecinde hak düşürücü ve zamanaşımı süreleri dolmak üzere olan uyuşmazlıklar yönünden dava hakkının kullanılmasının engelleneceğine yönelik Anayasa'ya aykırılık iddiası "... arabuluculuk bürosuna başvurulmasından, son tutanağın düzenlenmesine kadar geçen sürelerin işlemeyeceği düzenlemiştir. ... dava hakkının olumsuz etkileyeceği ileri sürülemez." ifadelerine dayanılarak kabul görmemiştir. Bkz. AYM, T. 11.07.2018, E. 2017/178, K. 2018/82, paragraf 27.

<sup>569</sup> Ömer Ekmekçi, Muhammet Özekes ve Murat Atalı, a.g.e., s. 89.

<sup>570</sup> Ek olarak ihtiyari arabuluculuk ve dava şartı arabuluculuk süreçlerinin başlangıcı açısından benimsenen bu farkın, doğru bir düzenleme olduğu belirtilmiştir. Bkz. Ekmekçi, Özekes, Atalı, a.g.e., s. 162.

zorunlu olduğundan hak düşürücü sürelerin arabuluculuk bürosuna başvurulması ile durmasına yönelik düzenleme hak arama hürriyeti korumaktadır. Zira dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklarda arabuluculuk sürecini devam ettirme konusunda tarafların mutabakata varmaları beklenirse bu süreç tamamlana kadar hak düşürücü süreler işlemeye devam edeceğinden tarafların mahkemeye erişim hakkı kısıtlanabilir<sup>571</sup>. Özellikle işe iade davaları gibi hak düşürücü süresi kısa olan uyuşmazlıklarda hakkın elde edinimi imkansız hale gelebilir. Kanun koyucuda bu hususu göz önünde bulundurmuş ve işe iade davalarında özel bir takım düzenlemeler getirmiştir.

İş Kanunu'nun 20. maddesi gereğince, iş akdi geçersiz sebeple feshedilen işçinin, bu feshin geçersizliğini ileri sürmek ve işe iade davası açmak için bir aylık süresi bulunmaktadır. İşçi, arabuluculuk yoluna başvurmadan, doğrudan işe iade davası açarsa, mahkeme, işçiye arabuluculuk yoluna başvurulduğunu ve başarısızlıkla sonuçlandığına ilişkin anlaşamama tutanağın ibrazı için bir haftalık süre verir. Bu süre içinde ilgili tutanak mahkemeye sunulmazsa, dava, dava şartı yokluğundan usulden reddedilir (İş Mahkemeleri Kanunu m. 3/1, m. 3/2). Mahkeme tarafından verilen usulden ret kararı taraflara resen tebliğ edilir. Kesinleşen ret kararının tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir (İş Kanunu m. 20/1). Süresinde arabulucuya başvurmaması halinde işçi, artık işe iade davası açma hakkını kaybeder; işverenin yaptığı fesih geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur<sup>572</sup>. Kanun koyucu dava şartı arabuluculuk yoluna başvurulmaksızın dava açılması durumlarında tekrar arabulucuya başvuru için taraflara bir süre öngörmemişken, işe iade davasının niteliğinden dolayı burada usulden ret kararının resen tebliğe çıkartılacağı ve kesinleşen karardan sonra da arabulucuya başvuru için tarafa kesin bir süre verileceği öngörülmüştür<sup>573</sup>. İşçi işveren ilişkilerinin korunması, bu ilişkilerin zarar görmemesi ve devamlılığının sağlanabilmesi açısından açılacak davaların en kısa şekilde sonuçlandırılması amaçlanarak hak arama hürriyetinin sınırlandırılmaması için diğer

<sup>571</sup> Mustafa Özbek 2007a, a.g.m., s. 300.

<sup>572</sup> İhsan Cem Cebeci, *İş Güvencesinin Hukuki Sonuçları ve Zorunlu Arabuluculuk*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s. 117., Özlem Özkes 2018, a.g.m., s.293,295., İşe iade talebiyle ilgili dava şartı arabuluculukta öngörülen bir başka özel durumsa; asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığında ortaya çıkmaktadır. İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 15. fıkrası uyarınca asıl işveren-alt işveren ilişkisi mevcutsa ve işe iade talebiyle arabulucuya başvurulmuşsa, anlaşmanın gerçekleştirilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranmaktadır. Bu konu hakkında bkz. Serkan Odaman ve Eda Karaçöp 2016, a.g.m., s. 51.

<sup>573</sup> Özlem Özkes 2018, a.g.m., s. 309., Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes ve Murat Atalı 2018, a.g.e., s. 164.

uyuşmazlıklara nazaran farklı düzenlemeler gerçekleştirilmiş, yaşanması muhtemel hak kayıplarının önüne geçilmiştir.

Arabuluculuk yoluna başvuru ile zamanaşımının duracağı ve hak düşürücü sürelerin işlemeyeceğine yönelik kural yalnızca başvuruda yer verilen talepler bakımından söz konusudur. Bu talepler dışında kalan hususlarda zamanaşımı durmayacak ve hak düşürücü süreler işlemeye devam edecektir<sup>574</sup>. Diğer bakımdan, arabuluculuk başvurusunda taleple bağıllık kuralı işlemeyeceğinden, zira bu başvuru niteliği itibariyle bir dava dilekçesi değildir, arabuluculuk başvurusunda belirtilmeyen taleplerin arabuluculuk müzakerelerine eklenmesi ve tutanak altına alınması mümkün olabilir<sup>575</sup>. Bu halde, sonradan talep konusu edilen tazminat ve alacaklar hakkında zamanaşımı süresi kesilir. Ancak başvuru esnasında belirlenen talep konuları dışında ileri sürülen taleplerin tutanak altına alınabilmesi için karşı tarafın müzakere etmek istemesine ve bu konuda onay vermesine bağıllıdır<sup>576</sup>.

Sonuç olarak, dava şartı arabuluculuk yoluna ilişkin zamanaşımının duracağı ve hak düşürücü sürelerin işlemeyeceğine yönelik düzenlemeler ile tarafların maddi hukuktan kaynaklanan hakları korunmaktadır. Bu düzenlemeler dava hakkını kısıtlayan veya ortadan kaldıran bir durum yaratmamaktadır. Bu bağlamda ilgili düzenlemeler hak arama hürriyetine aykırılık taşımamaktadır.

### **3.5 ARABULUCULUK SON TUTANAĞININ HAK ARAMA HÜRRİYETİ KARŞISINDAKİ DURUMU**

Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu, iş uyuşmazlıkları, ticari uyuşmazlıklar ile tüketici uyuşmazlıklarını düzenleyen kanunlarda yapılan değişiklikler ile yine Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan düzenlemeler neticesinde dava şartı arabuluculuk yoluna tabi uyuşmazlıklarda davacı taraf, dava dilekçesine arabuluculuk yoluna başvurduğunu ancak arabuluculuk görüşmelerinin sonuçsuz kaldığını ve bu yönde düzenlenen anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemesi gerekmektedir (HUAK m. 18/A,2).

<sup>574</sup> Bektaş Kar, *İş Yargılaması Usulü*, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2018, s. 398., Şahin Çil, *İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 Sayılı İ.M.K. Uygulaması Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar İş Güvencesi*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 28., İhsan Cem Cebeci 2018, a.g.t., s. 113.

<sup>575</sup> Mert Akyıldız, *İş Yargılamasında Arabuluculuk Sistemi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 73,74., Ömer Ekmekçi, Muhammet Özekes ve Murat Atalı 2018, a.g.e., s. 167.

<sup>576</sup> Şahin Çil 2018, a.g.e., s. 29., Mert Akyıldız 2019, a.g.t., s. 74.

Arabuluculuk yoluna başvurunun zorunlu olduğu uyuşmazlıklarda arabuluculuk sürecinin tamamlanması gereken sürelerde uyuşmazlıklara göre farklılık arz etmektedir. İş Mahkemeleri Kanunu ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun bakımından dava şartı arabuluculuk yoluna başvurulması gereken uyuşmazlıklarda arabulucu süreci kural olarak üç hafta içerisinde tamamlanması gerekirken, zorunlu haller de bu süre arabulucu tarafından bir hafta daha uzatılabilmekte ve dört hafta içerisinde sürecin sonlandırılması gerekmektedir (HUAK m. 18/A,9). Ticari uyuşmazlıklar da ise bu süre kural olarak altı hafta olup zorunlu hallerde bu süre arabulucu tarafından en fazla iki hafta daha uzatılabileceği hüküm altına alınarak en fazla sekiz haftalık bir süre içerisinde arabuluculuk görüşmelerinin sonlandırılması gerekir (TTK m. 5/A,2). Bu süre zarfında taraflar arasında anlaşma sağlanmazsa, arabulucu anlaşamama yönünde resen son tutanağı düzenler (HUAK m. 18A,10, HUAK Yönetmeliği m. 25/5) ve taraflar dava dilekçesine bu tutanağı ekleyerek dava açabilir.

Davacı tarafın bu zorunluluğu yerine getirmediği takdirde mahkeme tarafından davacıya tebligat gönderilerek arabuluculuk faaliyetinde anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dosyaya ibraz etmesi için bir haftalık kesin süre verir (HUAK m. 18/A,2). Mahkeme gönderilen tebligatta davacıya bir haftalık süre içerisinde bu belgenin ibraz edilmemesi halinde davanın usulden reddine karar verileceğini de ihtar eder (HUAK m. 18/A,2). Davanın dava şartı noksanlığı nedeni ile usulden reddine karar verilebilmesi için bu ihtarın mutlaka davetiyede açıkça yazılması gerekir. Aksi takdirde davanın usulden reddine karar verilemez. Mahkeme tarafından gönderilen ihtarlı davetiyeye rağmen davacı taraf bu belgeyi süresinde dosyaya ibraz etmediği takdirde davalıya dava dilekçesi tebliğ edilmeksizin dava usulden reddedilir (HUAK m. 18/A,2). Arabulucuya başvurulmadan davanın açıldığının anlaşılması halinde ise herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir ve açılan dava derdest olarak bekletilmez. Ancak hakimin bu durumu nasıl tespit edeceği belli değildir. Normal şartlar da, dava şartları hakkında inceleme, ön inceleme aşamasında yapılmaktadır (HMK m. 137). Ancak dava şartı arabuluculuk yoluna tabi olan uyuşmazlıklarda duruşma günü verilmeden ve dava dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilmeden hakimin durumu tespit etmesi gerekmektedir. Halbuki arabuluculuk tutanağı olmasına rağmen tutanak eklenmemiş veya hiç başvurulmamış olabilir ki, her

iki ihtimalde dava usulden reddedilecektir<sup>577</sup>.

Bu konuda doktrinde bir görüşe göre, dava şartı arabuluculuk uyuşmazlıklarında dava şartı noksanlığını tespit eden mahkemenin davayı usulden reddetmesi ve noksanlığı gidermesi için davacıya süre vermesi gerektiğine değinmektedir<sup>578</sup>. Ancak mahkemenin dava şartı eksikliği halinde usule ilişkin bir hükümle davayı reddetmesi gerekmekte ise de davacıya süre vermesi mümkün olmayacaktır<sup>579</sup>.

Bu bağlamda arabuluculuğa başvuru yapılmaksızın dava açılması halinde hakim tarafından herhangi bir süre verilmeden davanın, dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesi doktrinde eleştirilerek, bunun yerine hakim tarafından verilecek süre ile dava şartının sonradan tamamlanabilir bir niteliğe kavuşturulmasının daha isabetli olacağı belirtilmiştir. Doktrindeki bu görüşe göre, arabuluculuğa başvurmadan dava açılması halinde davanın usulden reddedilecek olmasının başta arabuluculuk olmak üzere alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden beklenen zamandan ve masraflardan tasarruf edilmesi esasıyla bağdaşmadığıdır<sup>580</sup>. Bu bakımdan, dava şartı yerine dava açıldıktan sonra tarafların arabuluculuğa gitmesi konusunda bir ön şartın getirilmesinin daha yerinde ve kanunun amacına yönelik bir çözüm olacağı ifade edilmektedir. İlgili görüşe katılmakla birlikte ek olarak, taraflara arabulucuya başvurmaları bakımından uygun bir süre verilmesi veya bir ön koşul getirilmesi yargılama giderlerinin yanmaması, hak düşürücü sürelerin korunması bakımından da yerinde olacaktır. Zira uygulamada mahkemelerin iş yoğunluğu sebebiyle yeni duruşma günü çoğu zaman üç aya kadar ertelenmekte taraflar zaten uzun bir süre boyunca adaletin tecelli etmesini beklemektedir. Arabuluculuk görüşmelerinin bitirilmesi gereken süreler ise oldukça kısa tutularak, iş ve tüketici

---

<sup>577</sup> Erdoğan'a göre her iki tarafında hazır olduğu ön inceleme duruşmasında arabuluculuk şartının yerine getirilip getirilmediği, en azından taraflardan birine sorarak yada verdiği cevap dilekçesi ile hakimin doğru tespiti yapabileceğini ve mevcut düzenlemeyi bu yönüyle arabuluculuğun gerçek mana da denemesine imkan vermediğine dikkat çekmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. Ersin Erdoğan 2017, a.g.m., s. 1217,1218.

<sup>578</sup> Serkan Odaman ve Eda Karaçöp 2016, a.g.m., s. 61.

<sup>579</sup> Özümucu bu görüşünü; İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağının sadece HMK md.115/2, c.1 hükmüne atıfta yaptığını ve HMK. md. 115/2, c.2 hükmüne herhangi bir atıf bulunmadığına dayandırmaktadır. Bkz. Seda Özümucu 2016, a.g.m., s. 834., İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. madde gerekçesi ile dava şartı noksanlığının giderilmesi (arabulucuya başvurulması) için mahkemece davacıya süre verilmeyeceği açıkça belirtilmektedir.

<sup>580</sup> Seda Özümucu 2016, a.g.m., s. 834.,Yardım'a göre, toplamda harcanan süre, emek ve yargılama giderleri dikkate alındığında doğrudan davanın usulden reddine karar verilmesine ilişkin hükmün yerinde olmadığını ifade etmiştir. Bu konu hakkında bkz. M. Ertan Yardım, Genel Hatlarıyla Bireysel İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, *Toprak İşveren Dergisi*, S: 117, Y: 2018, s. 12.

uyuşmazlıkların da en fazla dört hafta, ticari uyuşmazlıklar için ise en fazla sekiz haftadır. Dava şartı arabuluculuk başvurusunu gerçekleştirmeyen taraflara arabulucu sürecini başlatması ve bu eksikliği gidermesi bağlamında arabuluculuk görüşmelerinin tamamlanması gereken süreler ile paralel bir süre verilmesi halinde<sup>581</sup> dava harç ve giderlerinin yanmasının önüne geçebilir, taraflara yeni bir maliyet doğması engellenerek hak arama hürriyetini destekleyen faydalı bir çözüm üretilebilir.

### **3.6 ARABULUCULUK FAALİYETİ SONUCUNDA ANLAŞILAN HUSUSLARDA DAVA AÇMA YASAĞI VE HAK ARAMA HÜRRİYETİNE ETKİSİ**

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinin 5. fıkrasında “*Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz.*” şeklinde düzenlenen dava açma yasağının temelinde esasen “*dava açılmaz*” şeklinde düzenlenen kesin nitelik taşıyan ifadeyle arabuluculuk gibi bir yargı dışı alternatif çözüm yolunda verilen karara etkinlik sağlaması amaçlanmaktadır. Böylece mahkemelerin iş yükünü azaltmak, uyuşmazlıkları daha kısa ve az masrafla çözerek usul ekonomisine katkı sağlamak, arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulan konuların yeniden yargı yolu ile ele alınıp başka uyuşmazlıkların doğması engellenerek uyuşmazlıkların bir noktada sonlandırılarak toplumsal barışa katkı sağlanacaktır<sup>582</sup>.

Dava açma yasağı ilkesinin kabul edilmesinin birinci gerekçesi, taraf iradeleri ile sonlandırılan uyuşmazlığın sosyal barışa katkı sağlaması ve tekrar mahkeme önüne taşınarak farklı uyuşmazlıkların doğmasının engellenmesi iken ikinci gerekçesi, tarafların irade fesadı ya da anlaşma yapılan belgenin sahtelik iddiaları haricindeki hallerde Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinde belirtilen şartlar dahilinde ilam niteliğinde belgeye sahip olacaklarından artık dava açma da hukuki yararının kalmaması olarak belirtilebilir<sup>583</sup>.

---

<sup>581</sup> Örneğin, dava şartı arabuluculuk uygulamalarına tabi olan tüketici uyuşmazlığında taraflara yaklaşık kırk gün süre verilmesi halinde taraflar arabuluculuk şartına yönelik eksikliği yerine getirebilir. Bu halde hem tekrar dava açmasına hem de tekrar yargılama harç ve gideri ödemesine gerek kalmayacaktır. Bu sürede arabuluculuk şartı yerine getirilmemesi halinde ise mahkeme davayı dava şartı eksikliğinden usulden reddedecektir.

<sup>582</sup> Mine Akkan, Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşıl原因 Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 20, S: 2, Y: 2018, s. 9.

<sup>583</sup> Emre Kıyak 2019, a.g.m., (çevrimiçi) <https://blog.lexpera.com.tr>, 29.01.2021., Mine Akkan 2018, a.g.m., s. 5,6.

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlık konularında kendi iradeleri ile alternatif çözüm yollarından biri olan arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığı sonlandırması ve anlaşılan hususlarda dava açılmaması hak arama hürriyetini sınırlandırmamaktadır. Zira taraflar eğer menfaatlerini sağlamış, kendi iradelerini ortaya koymuş ve arabuluculuk süreci sonunda tatmin olmuşlarsa bu hususta tekrar dava açılmasında artık bir hukuki yararı kalmayacaktır.

### **3.6.1 Dava Açılmadan Önce Arabuluculuk Faaliyetine Başvurulması Durumunda Dava Açma Yasağının Değerlendirilmesi**

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu 18. maddesinin 5. fıkrasında “*Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz.*” şeklinde dava açma yasağı düzenlenmiştir<sup>584</sup>. Öncelikle dava açma yasağını değerlendirebilmek için arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşmaları konulara yönelik düzenlenen tutanağın hukuki niteliğinin tespit edilmesinde yarar bulunmaktadır. Doktrinde, dava açılmadan önce tarafların aralarındaki uyuşmazlık konusunu anlaşarak arabulucuya götürmeleri ve arabuluculuk görüşmeleri sonucunda anlaşmaya varmaları durumunda düzenledikleri anlaşma tutanağının mahkeme dışı yapılan sulh niteliğinde olduğu<sup>585</sup>, dava açıldıktan sonra başvuru arabuluculuk süreci sonucunda anlaşmaya varılması halinde ve bu anlaşmanın hükme geçirilmesi talep edilerek mahkeme içi sulhe dönüştürülmesi

<sup>584</sup> Kanun koyucu dava açma yasağının gerekçesini şu şekilde ifade etmiştir: “6325 sayılı Kanununun 18 inci maddesine eklenen beşinci fıkra ile, arabulucu huzurunda anlaşılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağı hüküm altına alınmaktadır. Anlaşılan hususların bilahare dava edilemeyeceği dikkate alındığında arabulucu tarafından düzenlenecek ve taraflar ve varsa temsilcileri veya avukatları tarafından imzalanacak anlaşma tutanağında “anlaşılan hususların” net bir şekilde ortaya konulmasında zorunluluk bulunmaktadır. Örneğin işçi ve işveren tarafı kıdem ve ihbar tazminatı ile fazla mesai ücreti konusunda anlaşmışlarında arabulucunun bu kalemleri ayrıca ve açıkça tutanağa bağlamasında fayda görülmektedir. Anlaşma tutanağının içeriğinden “anlaşılan hususlar” net bir şekilde görülebilmeli ve bilahare dava açma yasağına tabi olan bu hususlar tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça tespit edilebilmelidir.”, Hükümet Gerekçesi için bkz. (m. 24) İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı (1/850) ve Adalet Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı: 491.

<sup>585</sup> Emre Kıyak 2015, a.g.m., s. 538,539., Emre Kıyak 2019, a.g.m., (çevrimiçi) <https://blog.lexpera.com.tr>, 29.01.2021., Baki Kuru 2010, a.g.m., s. 243., Cengiz Topel Çelikoğlu, “6325 Sayılı HUAK’a Göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleri İle İlişkisi”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C: 1, Ankara, 2014, s. 707., Elif Kısmet Kekeç 2016, a.g.e., s. 24., Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 190., İbrahim Özbay, Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlâm Niteliği, *AÜEHFD*, C: VIII, S: 3-4, Y: 2004, s. 395,396., Serhat Sarısözen, *Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Işığında Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma*, Ankara, 2011, s. 104., İldir, alternatif uyuşmazlık çözümünde karşılıklı fedakarlıklarda bulunulması halinde bunun mahkeme dışı sulh niteliğinde olduğunu kabul etmektedir., Bkz. Gülgün İldir 2003, a.g.e., s. 166., Akkan, mahkeme içi sulh veya mahkeme dışı sulh niteliğinde olduğunu kabul eden görüşlere katılmamakta, arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın, mahkeme dışı sulh ve mahkeme içi sulh ile şartları ve sonuçları bakımından farklı olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Mine Akkan 2018, a.g.m., s. 40.



halinde kesin hüküm sonucunu doğuracağı<sup>586</sup> kabul edilmektedir. Öyleyse arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflar sözleşme özgürlüğü gereği bir anlaşmaya varırlarsa, bir anlaşma belgesi düzenleyebilir ve uyuşmazlığı sonlandırabilir. Ancak anlaşma belgesinde yer alan hususların usul hukuku açısından bir takım etkileri bulunmaktadır. Anlaşma yapıldığını gösterir belgenin en önemli etkisi, anlaşılan hususlarda dava açılmaması, arabuluculuk sürecinde anlaşmaya varılmasından önce dava açılmış ise bu sözleşmenin dava şartı yokluğu sebebiyle davayı sona erdirmeye etkisidir<sup>587</sup>.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinin 5. fıkrası ile düzenlenen arabuluculuk görüşmeleri sonunda anlaşılan konularda dava açma yasağıyla kişilerin artık anlaşılan hususlarda dava açmalarında bir hukuki yararlarının bulunmayacağı, hukuki yararında bir dava şartı olduğu, dolayısı ile dava açma yasağının dava şartının özel bir türü olarak kabul edilmesi gerekir<sup>588</sup>. Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen anlaşma belgesi, sadece kendine özgü<sup>589</sup> bir borçlar hukuku sözleşmesi<sup>590</sup> niteliği taşımamakta, aynı zamanda uyuşmazlığı sonlandıran bir etkiye de sahip bulunmaktadır. Bu bağlamda tarafların uyuşmazlıklarını çözümlendiği ve anlaşma tutanağına geçirdiği hususlarda dava açılmasında bir hukuki yarar bulunmayacak, dava açılabilir bile mahkeme davanın esasına girmeksizin dava şartı yokluğu nedeni ile davanın usulden reddine karar verecektir (HMK m. 115/2).

Tarafların arabuluculuk yoluna gitmeden kendi aralarında anlaşmalarına dair tutanak, arabuluculuk görüşmeleri sonunda imzalanan anlaşma tutanağı ile aynı hüküm ve sonuçları elbette doğurmayacak, dava açma yasağı kapsamında değerlendirilemeyecektir<sup>591</sup>. Ancak Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk

---

<sup>586</sup> Gülğün Ildır 2003, a.g.e., s. 166., Mine Akkan 2018, a.g.m., s. 14,15., Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 190., M. Serhat Sarısözen 2010, a.g.t., s. 75., İbrahim Özbay 2004, a.g.m., s. 396.

<sup>587</sup> Mine Akkan 2018, a.g.m., s. 16., Emre Kıyak 2015, a.g.m., s. 545.

<sup>588</sup> Mustafa Çiçek, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara, 2018, s. 128., Ali Cem Budak, Vural Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, 2018, s. 158., Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, Ankara, 2018, s. 774,775., Mine Akkan 2018, a.g.m., s.15.

<sup>589</sup> Kıyak'a göre, anlaşma belgesi kendine özgü bir hukukî niteliğe sahiptir, zira belirli bir sözleşme kalıbında değerlendirilmesi zordur. Bkz. Emre Kıyak 2015, a.g.m., s. 545.

<sup>590</sup> Özbek'e göre, arabuluculuk sonunda düzenlenen anlaşma belgesi, borçlar hukukunun genel hükümlerine tabidir. Bkz. Mustafa Özbek, "Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması", Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 465., Taşpolat Tuğsavul, anlaşmanın hukuki niteliği hakkında kesin bir değerlendirme yapmanın mümkün olmadığını, tarafların serbestisine göre anlaşma metninin hukuki niteliğini kendilerinin belirleyeceklerini kabul etmektedir. Bkz. Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 190., Akkan, arabulucu önünde tarafların anlaşması, özellikle aynı uyuşmazlığın mahkemeye yansıtılması durumunda, karma etki doğuran bir sözleşme olarak nitelendirmektedir. Bkz. Mine Akkan 2018, a.g.m., s. 17.

<sup>591</sup> Emre Kıyak 2015, a.g.m., s. 530., Mine Akkan 2018, a.g.m., s. 17.

Kanunu'nun 18. maddesine uygun bir şekilde uyuşmazlık tarafları anlaşır, anlaşılan hususlar arabulucu ve taraflarca imzalanmak sureti ile bir tutanağa geçirilmesi halinde dava açma yasağının uygulanacağını kabul etmek gerekir<sup>592</sup>. Zira taraflar irade serbestisi ilkesi uyarınca, aralarındaki uyuşmazlık konularını sonlandırmak isteyebilir. Bu halde tarafların dava açma yasağına tabi olmaları kişilerin hak arama hürriyeti sınırlandırmayacaktır.

İhtiyari arabuluculuk yolunda tarafların arabulucuya başvurup aralarındaki uyuşmazlığa ilişkin yapılan görüşmelerin anlaşma ile sonuçlandığı ve sonunda arabulucunun imzasının da bulunduğu anlaşma tutanağının varlığını taraflar dışında hakimin bilmesi mümkün olmadığından, anlaşma ile sonuçlanan hususlara ilişkin tutanak davalı tarafından yargılamanın her aşamasında mahkemeye ibraz edilebilir<sup>593</sup>. Davalı dava konusu olaya ilişkin dava açma yasağının olduğunu, davacının dava açmakta hukuki yararının bulunmadığı, dolayısı ile dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verilmesi gerektiğini talep edebilir.

Dava şartı arabuluculukta ise; arabuluculuk yoluna başvuru bir dava şartı olduğundan hakim arabuluculuğa başvurulmuş olup olmadığını resen kontrol eder, arabulucuya başvurulup tarafların anlaşmadığına dair tutanağın eklenmesinden sonra davayı görmeye devam eder. Eğer arabulucu önünde tarafların anlaştığı hususlar bulunmaktaysa, bu halde anlaşılan hususlarda dava açılmayacağından, hakim dava şartı yokluğundan resen davanın usulden reddine karar verir<sup>594</sup>.

Diğer taraftan arabuluculuk görüşmeleri kısmen de olsa anlaşma ile sonuçlanmış ise, dava dilekçesine eklenen anlaşma tutanağında anlaşılan hususları, davacının dava konusu yapıp yapmadığı, bu hususlar hakkında yeniden dava açıp açmadığı mahkemenin resen incelenmesi gerekir. Arabuluculuk görüşmelerinin sonunda, anlaşma olmayan hususların yanında anlaşılan hususlarında eklenmek sureti ile dava açılması durumunda mahkeme yalnızca anlaşma olmayan konular yönünden yargılama yapacaktır<sup>595</sup>. Anlaşılan hususlar yönünden ise hakim, ya dosyayı tefrik edip

<sup>592</sup> Mine Akkan 2018, a.g.m., s. 17., Ayrıca, arabulucunun imzasını taşımayan bir belge, uyuşmazlığın çözümüne yönelik mutabakatı ihtiva etse dahi, HUAK m. 18/1 anlamında anlaşma belgesi olarak nitelendirilemeyeceği, icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebine HUAK m. 18/2'ye konu edilemeyeceğine yönelik ve anlaşma belgesinin hukuki niteliği bakımından ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Emre Kıyak 2015, a.g.m., s. 530.

<sup>593</sup> Mine Akkan 2018, a.g.m., s. 18.

<sup>594</sup> Mine Akkan 2018, a.g.m., s. 18., Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 163.

<sup>595</sup> Mine Akkan 2018, a.g.m., s. 19., Bu konudaki tartışmalar için bkz. Emre Kıyak 2019, a.g.m., (çevrimiçi) <https://blog.lexpera.com.tr>, 29.01.2021., Tanrıver, anlaşma belgesi eğer ilam niteliğinde belge kimliği kazanmışsa tarafların dava açmasında hukuki yarar bulunmadığından dava açılması halinde dava şartı yokluğundan usulden reddedilecektir. Bkz. Süha Tanrıver, Dava Şartı Arabuluculuk

bu hususlarda hukuki yarar bulunmadığın dolayı dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verir veya yargılama sonunda esasla birlikte anlaşılacak konulara ilişkin hukuki yarar bulunmadığın dolayı dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verir, anlaşılacak hususlar yönünden ise esastan kabul veya ret kararı verebilir<sup>596</sup>.

Arabuluculuk görüşmeleri sonunda imzalanan anlaşma belgesinde tarafların anlaşmalarını hususların şüpheye yer bırakmayacak netlikte ve açıklıkta olması gerekir. Aksi takdirde anlaşma belgesinin icra edilebilirliği olmayacaktır. Bununla birlikte, arabuluculuk anlaşma belgesinde icra edilebilirlik şerhi verilemediği için icra kabiliyetinden yoksun ise bu konuda açılan davada davacının dava açmada hukuki yararının olduğu kabul edilerek davanın esastan çözülmesi gerekir<sup>597</sup>. İcra edilebilirlik şerhi verilmiş bir anlaşma belgesi, ilamlı icranın konusunu oluşturabildiğine göre ve böyle bir takipte karşı tarafın savunma imkanı oldukça sınırlı olduğuna göre, bu durumda belgenin taraflar için bağlayıcı olmadığını ileri sürmek oldukça güçtür<sup>598</sup>. Ancak taraflar düzenlenen anlaşma belgesinin sahte olduğunu veya irade fesadı hallerinin bulunduğunu ileri sürerek anlaşma belgesinin geçersizliğini ve/veya iptalini talep ederek genel mahkemelerde dava açabilir<sup>599</sup>.

---

Üzerine Bazı Düşünceler, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 147, Y: 2020, s. 314.

<sup>596</sup> Mine Akkan 2018, a.g.m., s. 19.

<sup>597</sup> a.g.m., s. 18,19.

<sup>598</sup> Emre Kıyak 2015, a.g.m., s. 537., İcra edilebilirlik şerhi bulunan anlaşma belgesi ilam niteliğinde olacağı öngörülmektedir. Bkz. Ersin Erdoğan ve Büşra Cömert, Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler, *Terazi Hukuk Dergisi*, C: 13, S: 138, Y: 2018, s. 27,28.

<sup>599</sup> Büşra Kazmaz Tepe, Arabuluculuk Anlaşma Belgesine İlişkin İcra Edilebilirlik Şerhi Taleplerinde Yargılama Usûlü, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, C: 5, S: 1, Y: 2018, s. 141,142., Mine Akkan 2018, a.g.m., s. 21,22., Elif Kısmet Kekeç 2016, a.g.e., s. 202,203., Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 181., Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin T. 11/06/2019, E. 2019/3694 ve K. 2019/13040 sayılı kararı ile "Davacı vekili, arabuluculuk tutanağının geçersizliği sebebiyle kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağının tahsiline karar verilmesini talep etmiştir... Davalı şirketin kayden avukatının arabuluculuğunda gerçekleştiği, arabulucunun davacı tarafı diğer tarafın avukatı olduğu konusunda bilgilendirdiğinin tespit edilemediği, emsal dosyalarda dinlenen tanık anlatımlarına göre, arabuluculuk görüşmelerinin hiç yapılmadığı, hatta arabulucunun da işçilerin imzaladığı aşamada işyerinde olmadığını beyan edilmesi karşısında; usulüne uygun bir arabuluculuk başvurusunun ve görüşmesinin yapılmadığı gibi mevzuat hükümleri çerçevesinde arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlenmediği sonucuna varılmaktadır... tüm bu tespitler karşısında; dava tarihi itibarıyla taraflar arasında 6325 sayılı Kanun hükümleri dikkate alındığında, yapılan işlemler geçerli ihtiyari arabuluculuk faaliyeti olarak nitelendirilemez. Kanun hükümlerine göre usulüne uygun bir başvuru olmadığı, arabuluculuk görüşmelerinin hiç yapılmadığı ve mevzuat hükümleri çerçevesinde usulüne uygun, geçerli bir tutanak düzenlenmediği ve dava tarihi itibarı ile zorunlu arabuluculuk şartının henüz yürürlüğe girmediği de dikkate alınarak, davaya konu ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin ücreti yönünden işin esasına girilerek sonuca gidilmesi gerekirken, hukukten geçerli bir anlaşmanın varlığı kabul edilerek "arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılan konularda dava açılmayacağı yönündeki gerekçeyle davanın usulden reddi hatalı olup, bu yönde ilk derece mahkemesi ile Bölge Adliye Mahkemesi kararlarının BOZULMASINA karar vermek gerekmiştir." şeklinde karar vermiştir. (çevrimiçi) <https://www.legalbank.net>, 29.05.2021.

Nitekim dava açma yasağı tarafların arabuluculuk sürecinde anlaştıkları hususlarda dava açmalarına imkan vermese de arabuluculuk anlaşma belgesinin geçersizliğinin tespiti için dava açılabilir ve bu tespitin varlığı halinde taraflar anlaşılan hususlarda dava açılabilmektedir<sup>600</sup>. Bu minvalde, arabuluculuk yolu ile tarafların gerçek iradelerini yansıtan, menfaatlerine uygun bir şekilde yürütülen ve kanunun aradığı şartlara uygun olarak gerçekleştirilen arabuluculuk görüşmeleri sonucunda taraflar menfaatlerine kavuşmuş ve bu hususta anlaşmışsa, maddi hukuk yönünden hakkını dava yolu ile talep etmesinin mümkün olmaması hak arama hürriyetini sınırlandırmayacaktır. Zira taraflar bu süreç sonunda menfaatlerine kavuştuğundan aynı konuya ilişkin dava açılmasında artık bir hukuki yarar bulunmamaktadır.

### **3.6.2 Derdest Davada Tarafların Arabuluculukta Anlaşması Halinde Dava Açma Yasağının Değerlendirilmesi**

Arabuluculuk yoluna başvurunun zorunlu olduğu uyuşmazlıklar hariç olmak üzere, dava açıldıktan sonra da tarafların arabulucuya başvurması mümkündür. Tarafların dava yoluna başvurduktan sonra arabulucuya başvurması ve arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşılması üzerine, dava açma yasağının ne anlama geldiğini de incelemek gerekmektedir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15. maddesinin 5. fıkrasına göre, dava görülmekteyken tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri halinde yargılama, mahkemece üç ayı geçmemek üzere ertelenir. Bu süre, tarafların birlikte başvurusu üzerine üç aya kadar uzatılabilir (HUAK m. 15/5). Taraflar, dava açıldıktan sonra başvurdukları arabuluculuk görüşmeleri sonunda anlaşmaları halinde mahkeme tarafından taraflara sorularak düzenlenen anlaşma belgesinde yer alan ve anlaşıldığı belirtilen hususlar tespit edilir ve yargılamaya devam edilerek anlaşılan konularda davayı dava şartı yokluğundan reddetmelidir<sup>601</sup>. Bu noktada doktrinde farklı görüşler yer almaktadır. Doktrinde, arabuluculuk görüşmeleri sonunda taraflar uyuşmazlık konusunda anlaşmış iseler, arabulucu ve tarafların imzasının yer aldığı anlaşma tutanağının dava dosyasına ibraz edilmesi halinde dava açma yasağını dava şartının özel bir türü olduğu ve bu nedenle davanın usulden

<sup>600</sup> Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 163.

<sup>601</sup> Taraflar arabuluculuk görüşmelerinde anlaşmış olmalarına mahkeme önünde bu anlaşma belgesinden bahsetmemiş ise hakimin bu durumu tespit etmesi pek mümkün olmayacak ve anlaşılan hususlar ile mahkeme ilamı arasında çelişkiler bulunabilecektir. Bu halde anlaşma belgesi ile çelişen kesin hükmün ortadan kaldırılması için yargılamanın yenilenmesi gibi bir yol mümkün olmayıp, kesin hüküm geçerliliğini koruyacaktır. Daha fazla bilgi için bkz. Mine Akkan 2018, a.g.m., s. 27.

reddine karar verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>602</sup>.

Doktrinde diğer görüş ise, arabuluculuk görüşmeleri sonunda taraflar uyuşmazlık konusunda anlaşmış iseler, arabulucu ve tarafların imzasının bulunduğu anlaşma tutanağının dava dosyasına ibraz edilmesi halinde dava konusuz kalacağından dava sona erdirilir. Mahkemece davanın sona erdirilmesine ilişkin kararın hüküm fıkrasında, anlaşma tutanağına atıf yapmak sureti ile arabuluculuk faaliyeti sonucu anlaşma gerçekleştiğinden davada karar verilmesine yer olmadığına karar vermesi gerekir (HMK m. 315). Burada artık hukuki yarar bulunmadığından dolayı davanın usulden reddi kararı verilmemesi gerekir. Zira dava şartı noksanlığı bulunmaksızın açılmış bir dava söz konusu olup yargılama sırasında dava konusu uyuşmazlık hakkında taraflar ihtiyari arabuluculuk yoluna başvurarak uyuşmazlık hakkında anlaşarak davayı konusuz bırakmışlardır<sup>603</sup>. Tarafların dava açılmasında sonra arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmış olmaları ve düzenlemiş oldukları anlaşma belgeleri Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 313. maddesinde düzenlenen “sulh” kurumu ile benzerlik gösterse de<sup>604</sup> “sulh” kurumundan ayrı kendine özgü davayı sona erdiren bir neden olarak kabul edilmesi gerekir.

Nitekim dava açıldıktan sonra arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşma halinde düzenlenen belgenin icra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin talep davanın görüldüğü mahkemeden istenebileceği düzenlenerek (HUAK m. 18/2) anlaşma konusuna ilişkin belgenin icra edilebilirliği<sup>605</sup> bakımından mahkeme içi sulh hükümlerine tabi olmadığı, dolayısı ile arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmanın Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenen sulh kurumundan farklı, arabuluculuk kurumuna özgü ayrı, özel bir davayı sona erdiren neden olarak kabul edilmesi gerekir. Diğer taraftan taraflar arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşma halinde düzenlenen belgeyi mahkemeye ibraz etmedikleri, anlaştıkları için davayı da takip etmedikleri veya davayı geri almadıkları (HMK m. 123) takdirde dava dosyası mahkemece tarafların arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaştıklarını bilemeyeceğinden dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine de karar veremeyecek, yalnızca dava dosyasının işlemden kaldırılmasına karar verecektir (HMK m. 150).

<sup>602</sup> Mine Akkan 2018, a.g.m., s. 20.

<sup>603</sup> Ersin Erdoğan ve Büşra Cömert 2018, a.g.m., s. 35., Emre Kıyak 2019, a.g.m., (çevrimiçi) <https://blog.lexpera.com.tr>, 29.01.2021.

<sup>604</sup> Elif Kısmet Kekeç 2016, a.g.e, s. 24., Melis Taşpolat Tuğsavul 2012, a.g.e., s. 190.

<sup>605</sup> Kıyak'a göre, arabulucunun, anlaşma belgesinin cebri icraya elverişli olup olmadığı konusunda kontrol yükümlülüğü olmadığı, ancak en azından tarafları bu konuda bilgilendirmesi gerektiği yönündedir. Bkz. Emre Kıyak 2015, a.g.m., s. 532.

Sonuç olarak, arabulucuya başvurulması zorunlu uyuşmazlıklar hariç olmak üzere Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile uyuşmazlık taraflarına dava açıldıktan sonra da uyuşmazlık konuları hakkında arabuluculuk yoluna başvurma ve çözümüleme imkanı tanınmıştır. Dava açıldıktan sonra tarafların anlaşmaları halinde, bu durum ister dava açma yasağının özel bir hali olarak ister dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi gerekliliği olarak nitelendirilsin, bu durum hak arama hürriyetini ihlal etmemektedir. Zira tarafların istemeleri halinde etkinlik kazanan arabuluculuk yolu ile taraflar uzun süren davalardan yıpratıcı etkisini azaltabilir, dostane bir şekilde uyuşmazlığı çözümlerler. Bu bağlamda dava açıldıktan sonra taraflar özgür iradeleriyle uyuşmazlığı sona erdirerek yargılamaya devam etmedikleri için hak arama hürriyeti ihlal edilmemekte, aksine arabuluculuk yolundan beklenen faydalara ve sosyal barışa katkı sağlanmaktadır.

### **3.6.3 Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağının Değerlendirilmesi**

Hakim önüne gelen uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile çözüme kavuşturulan bir konu olup olmadığını değerlendirmeli, arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulan uyuşmazlık hakkında arabulucu ve tarafların imzalarının bulunduğu bir anlaşma belgesinin dosyaya ibraz edilmesi veya bu konuda taraflardan birinin uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile çözüme kavuşturulduğunu ileri sürmesi yada hakimin, tarafların bir iddiası olmasa da dosya içerisinde tarafların anlaşmış olduğunu tespit etmesi halinde hakim dava açma yasağı çerçevesinde karar vermelidir. Eğer dava açıldıktan sonra arabulucuya başvurulup taraflar anlaşmaya varmışsa, hakim esas hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı vermeli ve fakat, dava açılmadan önce taraflarca arabuluculuğa başvurulmuşsa hakim dava şartı yokluğundan davanın usulden reddi kararı verilmelidir (HMK m. 114/1, h; HMK m. 115).

Arabuluculuk görüşmeleri bir yargılama faaliyeti olmadığından kural olarak tarafların anlaşması haklılık üzerine olmayıp menfaatlerin uyuşması üzerinde şekillenmektedir. Yargı yolu ile çözüme kavuşan uyuşmazlıklar ile arasındaki fark tam da bu noktada ortaya çıkmaktadır<sup>606</sup>. Burada söz konusu olan hakkın sağlanması değil taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözülmesi esasına dayanır. Bu bağlamda arabuluculuk görüşmeleri sonunda tarafların anlaşmış oldukları hususlara ilişkin düzenlenen belgenin icra edilebilirliği bakımından Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk

<sup>606</sup> Mine Akkan 2018, a.g.m., s.10.

Kanunu'nun 18. maddesinde düzenlenen hükümler, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 313. maddesinde düzenlenen mahkeme içi sulh hükümlerinin uygulanmasına gerek bırakmayacak niteliktedir<sup>607</sup>. Şöyle ki; arabuluculuk görüşmeleri sonunda düzenlenen anlaşma belgesi gerekli koşulları taşıdığından ilam niteliğinde belge olarak kabul edildiğinden yeniden yargı yoluna başvuruyla yeni bir ilam hükmü alınması anlamsız olacaktır. Bu nedenle tarafların anlaşılan konularda yeniden dava yoluna başvurması ve uyuşmazlığa çözüm aramasında hukuki bir yararları bulunmamaktadır<sup>608</sup>. Tarafların arabuluculuk yoluna başvuru ile anlaştıkları uyuşmazlık konularına ilişkin tekrar dava açılması hem usul ekonomisi ilkesine aykırıdır; hem de hukuki belirlilik ilkesine aykırıdır.

Dava açma yasağı, dava açma hakkı ve hak arama hürriyetini birlikte değerlendirdiğimizde, tarafların etik kurallar ve kanuna uygun yürütülen arabuluculuk görüşmeleri sonunda düzenlenen anlaşma belgesi tarafların özgür iradesini yansıtıyor ise maddi hukuka göre hakkını artık dava yolu ile ilerisi sürmesi söz konusu olmayacaktır. Zira kişi tasarruf edebileceği bir maddi hukuktaki hakkı üzerinde menfaatine uygun şekilde tasarrufta bulunmuştur. Bu nedenle artık kişinin maddi hukuktan kaynaklanan bir hakkının varlığından ve bu hakkın bir parçası olan dava hakkının bulunduğu bahsedilemez<sup>609</sup>. Bu neden taraflarca anlaşılan konularda dava açması yasağı hak arama hürriyetini sınırlandırmamaktadır.

Diğer bakımdan yukarıda da belirtildiği üzere, dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra arabuluculuk görüşmeleri ile varılan anlaşma sonucunda düzenlenen belgede yer alan hususların bir davada dava konusu uyuşmazlık ile aynı olup olmadığını hakimin resen değerlendirmesi gerekir (HMK m. 138). Özellikle arabuluculuk görüşmelerine konu uyuşmazlıkta anlaşma kısmen gerçekleşmiş veya uyuşmazlık konusunun karmaşık ve iç içe geçen nitelikte olması durumunda anlaşma konusu dışında kalan hususlarda dava açılması halinde dava açma yasağı daha fazla önem arz etmektedir. Bu durumda açılan davada arabuluculuk görüşmeleri sonunda anlaşılan veya anlaşılmayan hususlarda düzenlenen belge ile açılan dava dilekçesinde

---

<sup>607</sup> Baki Kuru, *Dava Şartları*, *Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan*, Ankara, 1964, s. 139., Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, C. II, 6. Baskı, İstanbul, 2001, s. 1372., Saim Üstündağ, *Medenî Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul, 2000, s. 278., Süha Tanrıver 2018, a.g.e., s. 471,472., Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz ve Sema Taşpınar Ayvaz, *Medenî Usûl Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, 2017, s. 287.

<sup>608</sup> Ali Cem Budak ve Vural Karaaslan, 2018, a.g.e. s. 158., Mustafa Çiçek 2018, a.g.e., s. 128., Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan 2018, a.g.e., s. 774,775.

<sup>609</sup> Mine Akkan 2018, a.g.m, s. 12.

talep sonuçları ve tarafları, dayandıkları hukuki ilişkiler ayrı ayrı karşılaştırılmak sureti ile dava açma yasağı kapsamında kalan hususlar ayıklanabilir<sup>610</sup>. Arabuluculuk görüşmeleri sonucunda anlaşılan hususların dava konusu edildiğinin bu şekilde anlaşılması halinde hakim resen hukuki yarar yokluğundan davanın reddine karar verir (HMK m. 114/1,h).

Öte yandan dava açma yasağının mutlak olmayıp bazı hallerde dava açılabilir. Arabuluculuk tutanağında anlaşılan konuların net olmaması ve yoruma muhtaç olması halinde dava açılabilir gibi anlaşılan hususlarda aşırı ifa güçlüğü doğması halinde taraflar hakimden anlaşılan konuları yeni duruma göre uyarlanması talep edilebilir veya arabuluculuk tutanağının sahteliği iddiasına yönelik tespit davası açılabilir<sup>611</sup>. Buna keza taraflar kamu düzenine aykırılık, kişilik haklarına aykırılık, ehliyetsizlik veya irade fesadı halleri bulunduğu yönelik iddialar ile genel mahkemelerde dava açarak tutanağın iptalini ve/veya geçersizliğini talep edebilir<sup>612</sup>.

Dava açma yasağı, tarafların arabuluculuk görüşmelerinde gerçek iradelerini yansıtan ve anlaşılan bununla birlikte kanuna aykırılık oluşturmayan konuları kapsamaktadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflar anlaşmış olsalar dahi, kanuna aykırı bir halin varlığı, karşı tarafın iradesinin sakatlanması veya kamu düzenine aykırılık gibi sebeplerle arabuluculuk sürecindeki anlaşmanın geçersiz olduğuna yönelik genel hükümlere göre dava açılabilir. O halde tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği, maddi hukuktaki bir hakkı üzerinde menfaatine uygun şekilde tasarrufta bulunarak uyuşmazlığı çözümlemesi ve aynı konuda dava açılmaması hak arama hürriyetini sınırlandırmamaktadır.

### **3.7 ARABULUCULUK GİDERLERİNİN VE YARGILAMA GİDERLERİNİN HAK ARAMA HÜRRİYETİNE ETKİSİ**

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin 11. fıkrasında yer alan ve dava şartı arabuluculuk uygulamalarında dikkat çeken bir düzenleme mevcuttur. Bu düzelemeye göre, taraflardan birinin geçerli mazeret göstermeden ilk toplantıya katılmaması nedeniyle arabuluculuk faaliyeti sona ererse, toplantıya katılmayan taraf tutanakla belirtilir, sonradan açılacak davada kısmen veya

<sup>610</sup> Mine Akkan 2018, a.g.m, s. 12., Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 164,165.

<sup>611</sup> Mine Akkan 2018, a.g.m., s. 22., Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 183.

<sup>612</sup> Genel hükümlere göre irade sakatlığı vb. hususların ortaya çıkması halinde de anlaşmanın geçersizliği ve iptali için dava açılması mümkündür. bkz. Özlem Özkes 2018, a.g.m., s. 306,307., Mine Akkan 2018, a.g.m., s. 22., Süha Tanrıver 2020, a.g.m., s. 135., Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 181.



tamamen haklı çıksa bile tüm yargılama giderlerine mahkum edilir ve lehine vekalet ücreti hükmedilmez. Eğer iki tarafta ilk toplantıya katılmaz ve bu sebeple arabuluculuk faaliyeti sona ererse bu halde açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır.

Kanun koyucu, dava şartı arabuluculuk yolunda tarafların arabuluculuk ilk toplantısına katılım sağlayarak uyuşmazlıkların çözümüne katkı sağlamaları ve arabuluculuktan kaçınarak sürecin başarısız olmasının önüne geçmek için geçerli bir mazereti olmaksızın katılmama durumunu yargılama giderleri ile ilişkilendirerek bir yaptırıma bağlanmıştır<sup>613</sup>. Doktrinde, bu düzenlemenin izlenen amaç ile ölçülü olmayacak kadar ağır bir yaptırım olduğu ve hak arama hürriyetini sınırlandırdığı ileri sürülmüş, ayrıca Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla düzenlemenin iptali talep edilmiştir. Yukarıda bu hususlara kısmen değinilmiş olmakla birlikte, eleştiriye açık bu düzenlemenin anlaşılması bakımından arabuluculuk giderleri ve yargılama giderlerinin nelerden oluştuğunun ayrı başlıklar altında açıklanması hak arama hürriyetine etkilerini anlamak adına faydalı olacaktır.

### **3.7.1 Arabuluculuk Giderleri Bakımdan Değerlendirme**

Arabuluculuk faaliyetinde ortaya çıkan giderler temelde arabulucunun ücreti ve bu süreçte yapılan masraflardan oluşmaktadır<sup>614</sup>. Arabulucu, arabuluculuk ücretini ve masrafları taraflardan isteyebileceği gibi avansla talep edebilme hakkına sahiptir (HUAK m. 7/1, HUAK Yön. m. 9/2). Taraflar arabuluculuk faaliyetine katıldıklarında arabulucunun ücreti konusunda arabulucu ile anlaşabilirler. Tarafların bu konuda anlaşma yapmaması halinde ise arabulucunun ücreti Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesine (AAÜT)<sup>615</sup> göre belirlenecektir (HUAK m. 7/2, HUAK Yön. m. 9/3). Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi, Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından yıllık

<sup>613</sup> Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes ve Murat Atalı 2018, a.g.e., s. 178., Emre Akyıldız 2019, a.g.t., s. 80., Sibel Özel 2020, a.g.m., s. 878.

<sup>614</sup> Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes ve Murat Atalı 2018, a.g.e., s. 102., Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 40.

<sup>615</sup> Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi, Genel Hükümler ve Arabuluculuk Ücret Tarifesi olmak üzere iki bölümden oluşmaktadır. Arabuluculuk Ücret Tarifesi ise iki kısım içermektedir. Ücret Tarifesinin Birinci kısmı, Konusu Para Olmayan veya Para ile Değerlendirilemeyen Hukuki Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yoluyla Çözümüne Kavuşturulmasının Sağlanmasında Arabulucuya Ödenecek Ücreti düzenlemiştir. İkinci Kısım ise; Konusu Para Olan veya Para ile Değerlendirilebilen Hukuki Uyuşmazlıkların Dava Açılmadan Önce veya Açıldıktan Sonra Arabuluculuk Yoluyla Çözümüne Kavuşturulmasının Sağlanmasında Arabulucuya Ödenecek Ücreti üzerinde anlaşılacak miktarın yüzdesi üzerinden belirlemiştir. Bkz. 31 Aralık 2020 tarihli 31351 sayılı Resmi Gazete ile yayımlanan 2021 Yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi., Bu çalışmada 2021 Yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi, Tarife olarak ifade edilecektir.

olarak hazırlanmakta ve Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde bulunmaktadır. Tarife, arabuluculuk hizmetlerine ilişkin olarak Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun'unda belirtilen görevleri yerine getirmek üzere, Adalet Bakanlığı bünyesinde oluşturulan Arabuluculuk Kurulu tarafından onaylanır. Arabuluculuk Kurulu, Arabulucu Asgari Ücret Tarifesi yayınlanmadan önce gerekir ise Tarifede değişiklik yapabilir (HUAK m. 28/2; m. 30/1,I; m. 32/1,g).

Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi yakından incelendiğinde, büyük ölçüde avukatlık asgari ücret tarifesi dikkate alınarak düzenleme yapıldığı görülmektedir<sup>616</sup>. Ancak 2021 yılına ilişkin Tarife ile önceki yıllarda yayınlanan Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifeleri<sup>617</sup> karşılaştırıldığında Tarife'de yeni bir düzenlemenin bulunduğu görülmektedir. İlk kez 2021 yılına ait Tarife'nin 9. maddesinde yer alan bu düzenlemeye göre; arabuluculuk sürecinin anlaşamama ile sonlandırılması ve son tutanağın düzenlenmesinden sonra arabulucu, taraflara uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile çözülmesi halinde sosyal, ekonomik ve psikolojik açıdan faydalarının olabileceğini hatırlatır ve arabuluculuk yoluna devam etmeleri konusunda teşvik edebilir. Tarafların bu teşvik üzerine uyuşmazlığın çözümünde arabuluculuk kurallarını uygulamayı kabul etmeleri halinde arabulucuya ilgili tahkim merkezi tarafından bilgilendirme ücreti ödenir<sup>618</sup>.

Burada vurgulanması gereken husus, taraflar uyuşmazlık konusunu arabuluculuk yolu ile çözümlenmek istemiyor ya da çözümlenemiyor olabilirler ki iradilik ilkesi gereğince çözümlenmek zorunda değildirler. Arabuluculuk süreci

<sup>616</sup> Mustafa Serdar Özbek, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, C: 20, S: 1, Y: 2014, s. 1123.

<sup>617</sup> 2013Yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi için bkz. 03.05.2013 tarih 28636 sayılı Resmi Gazete., 2014 Yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi için bkz. 28.12.2013 tarih 28865 sayılı Resmi Gazete., 2015 Yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi için bkz. 26.12.2014 tarih 29217 sayılı Resmi Gazete., 2016 Yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi için bkz. 31.12.2015 tarih 29579 sayılı Resmi Gazete., 2017 Yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi için bkz. 27.12.2016 tarih 29931 sayılı Resmi Gazete ve 2017 Yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tarife için bkz. 21.03.2017 tarihli 30014 sayılı Resmi Gazete., 2018 Yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi için bkz. 30.12.2017 tarih 30286 sayılı Resmi Gazete., 2019 Yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi için bkz. 31.12.2018 tarih 30642 sayılı Resmi Gazete., 2020 Yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi için bkz. 31.12.2019 tarih 30995 sayılı Resmi Gazete.

<sup>618</sup> İlgili düzenleme Tarifinin 9. maddesinde “Arabuluculuk sürecinin sonunda anlaşma sağlanamaması halinde, anlaşamama son tutanağının düzenlenmesinden sonra, arabulucu, tarafları arabuluculuk-tahkim yoluna devam etmeleri konusunda; arabuluculuk-tahkimin esasları, süreci ve hukuki sonuçları hakkında aydınlatıp, arabuluculuk-tahkim yoluyla uyuşmazlığın çözülmesinin sosyal, ekonomik ve psikolojik açıdan faydalarının olabileceğini hatırlatarak teşvik edebilir. Bu teşvik üzerine tarafların, arabuluculuk-tahkim yoluna devam etmeyi ve bir tahkim merkezinin arabuluculuk-tahkim kurallarını veya tahkim kurallarını uygulamayı kabul etmeleri halinde, ilgili tahkim merkezi tarafından arabulucuya, bilgilendirme ücreti ödenir.” şeklinde yer almaktadır.

sonlanıp anlaşamama yönünde tutanak düzenlendikten sonra arabulucunun, taraflara uyuşmazlıklarını arabuluculuk yolu ile çözümlenmeleri konusundaki teşvikinin tarafların süreci sonlandırma iradelerine yönelik baskıya dönüşmemesi gerekliliğidir<sup>619</sup>. Çünkü tarafların gerçek iradelerinin baskılanarak, anlaşmak zorunda bırakan bir ortam hak arama hürriyetinin ihlal edilmesine sebep olabilir. Diğer bakımdan dikkat edilmesi gereken husus ise tarafların arabuluculuk yolunda anlaşamayarak süreci sonlandırmaları halinde nasıl bir teşvik ile uyuşmazlığı arabuluculuk yolu ile çözümlenmeye yönelik karar değişikliğine gidebildiğidir<sup>620</sup>. Örneğin, tarafların zaten arabuluculuk yolu ile uyuşmazlığı sonlandırmak istemelerine rağmen bilgilendirme ücretinin alınması adına Tarife'de yer alan şekilde bir tutum sergilenebilir. Zira tarafların karar değiştirmesi ile Tarife'ye göre arabulucu bilgilendirme ücreti alacaktır. Özellikle arabulucu ve taraflar arasında muvazaalı işlemlerin doğmaması ve hak arama hürriyetinin ihlal edilmemesi için Tarife'de yer alan düzenlemeye ihtimamla yaklaşmak gerekebilir.

Arabuluculuk giderlerinden olan arabulucunun ücreti dışında ayrıca arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi sırasında ortaya çıkan bir takım giderler olabilir. Bu giderler, toplantı yeri veya toplantı sırasındaki zorunlu ihtiyaçlar gibi masraflardan oluşabilir<sup>621</sup>. Kanun koyucu ücret ve masrafların taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece eşit olarak karşılanacağını kabul etmiştir<sup>622</sup> (HUAK m. 7/2). Eğer taraflar bunun aksini kararlaştırarak ücretin bir kısmını veya tamamını taraflardan birisinin üsteleneceğine dair anlaşılırsa Arabuluculuk Etik Kuralları 9/5 hükmü uyarınca

<sup>619</sup> Arabulucunun uyuşmazlığı doğrudan doğruya çözümlenme ve karara bağlama yetkisi bulunmamaktadır. Arabulucunun tarafları zorlama yetkisi olmayıp, taraflara sadece tavsiyelerde bulunabilir. Arabulucunun tavsiyelerini dikkate alıp almamak ve uyuşmazlığı çözüme bağlamak sadece tarafların yetkisindedir. Bkz. Talat Canbolat 2013, a.g.m., s. 253., Arabulucuya başvurunun zorunlu olduğu hallerde dahi taraflar diledikleri zaman süreci sonlandırabilirler. Zira tarafların özgür iradesinin korunduğu, güç dengesizliğinin bulunmadığı bir ortamda açıklanan irade korunmakta ve buna bir sonuç bağlanmaktadır. Bkz. İbrahim Ermenek, *Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 44,45.

<sup>620</sup> Örneğin, taraflardan sürecin arabuluculuk yolu ile çözümlenmesine istekli olan tarafın süreç olumsuz sonuçlandıktan sonra arabulucu ile anlaşarak uyuşmazlığın karşı tarafı baskılanarak Tarife'de yer alan bilgilendirme ücreti alınmak için anlaşmaya zorlanabilir. Böylece taraflardan birinin hak arama hürriyeti ihlal edilebilir.

<sup>621</sup> Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkekes ve Murat Atalı 2018, a.g.e., s. 104., Mustafa Serdar Özbek 2014, a.g.m., s. 1123.

<sup>622</sup> Özbek, tarafların arabulucuya karşı arabuluculuk ücretinden dolayı müteselsil sorumlu olması gerektiğini ileri sürmekte ve bu düşüncesine dayanak olarak Avukatlık Kanunu'nun 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 165. maddesini göstermiştir. Bkz. Mustafa Serdar Özbek 2014, a.g.m., s. 1137., Dest'a göre, özel hukukta müteselsil sorumluluk, kanundan veya sözleşmeden doğan istisnai bir durumdur. Ayrıca arabuluculuk yargısal bir faaliyet olmadığından ve kanunda da bulunmadığına göre taraflar öngörmediği sürece müteselsil sorumluluğun kabulü mümkün değildir. Bkz. Süleyman Dest, *Arabuluculuk Ücret ve Masrafları Hakkında Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 115, Y: 2014, s. 459.

“Arabulucu, tarafların kendi aralarında eşit olmayan miktarda ücret ödemesini kabul ettiği hâllerde; tarafsızlığından ödün vermemeli, fazla ücret vereni diğerine göre üstün tutacak tutum ve davranışlarda bulunmamalıdır.” düzenlenen tavsiye niteliğinde olan bu kurala aykırı davranmamalıdır<sup>623</sup>. Arabulucunun tarafsızlığı arabuluculuk sürecinin sonunda adil sonuçlar ortaya çıkmasının temelini oluşturmaktadır. Arabulucunun tarafsızlığını koruyamaması halinde taraflar açısından uygun ve adil sonuçlar elde edilemeyebilir<sup>624</sup>, bu bağlamda hak arama hürriyeti zedelenebilir.

Öte yandan, ihtiyari arabuluculuktan farklı, dava şartı arabuluculuğun niteliği gereği, arabuluculuk bürosu tarafından yapılacak giderler bulunmaktadır. Arabulucunun ücreti ve arabuluculuk bürosu tarafından yapılan giderler, arabuluculuk faaliyetinin anlaşmayla sonuçlanmaması durumunda nasıl karşılanacağı yönünde farklı ihtimaller doğmaktadır. Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşamaz ve dava açılırsa, arabuluculuk faaliyetinin yansımaları ile birlikte dikkate alınması gereken yargılama giderleri karşımıza çıkacaktır<sup>625</sup>. Taraflar eğer zorunlu arabuluculuk görüşmeleri sonunda anlaşmazsa anlaşmada belirtilen şekilde bu giderler ödenecektir. Eğer taraflar anlaşamazsa açılacak dava da haksız çıkan taraftan tahsil edilmek üzere Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanacaktır. Taraflar zorunlu arabuluculuk faaliyetinde anlaşmamalarına rağmen dava açmaz ise bu durumda giderlerin nasıl ödeneceğine ilişkin bir düzenleme henüz bulunmadığından, söz konusu giderler Adalet Bakanlığı'nın üzerinde kalacaktır<sup>626</sup>.

Tarafların arabuluculuk görüşmelerinde anlaşmamaları halinde iki saatten az süren görüşmeler Adalet Bakanlığı Bütçesinden ödenecek olup iki saati aşan ve anlaşılamayan görüşmelerde ise taraflar iki saati aşan kısım yönünden aksi kararlaştırılmadıkça eşit olarak sorumlu olacaklardır. Ayrıca Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenen ve taraflarca karşılanan arabuluculuk ücreti, yargılama gideri olarak kabul edilecektir (HUAK m. 18/A,13). Eğer taraflardan biri, arabuluculuk ücretini karşılayamayacak durumda ise, sulh hukuk mahkemesine başvurarak adli

<sup>623</sup> Dost'a göre; tavsiye niteliğinde olan bu kurala aykırı davranılması halinde özel hukuk ilkeleri açısından, borca aykırı davranış teşkil edebilecektir. Bkz. Süleyman Dost 2014, a.g.m., s. 459., Mustafa Serdar Özbek 2014, a.g.m., s. 1125., Türkiye Arabulucular Etik Kuralları, (çevrimiçi) <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1512021075717T%C3%BCrkiye%20%20Arabulucular%20%20Etik%20Kurallar%C4%B1.pdf>, 31.01.2021.

<sup>624</sup> Seda Özmumcu, Arabuluculukta Tarafsızlık İlkesinin Görünümü ve Etik Kurallar Çerçevesinde Değerlendirilmesi, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 10, S: 1, Y: 2019, s. 266.

<sup>625</sup> Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes ve Murat Atalı 2018, a.g.e., s. 180., Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 42.

<sup>626</sup> Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes ve Murat Atalı 2018, a.g.e., s. 107., Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 42.

yardımdan yararlanma imkanına sahip olacaktır (HUAK m. 13/3, HUAK Yön. m. 15/3). Bu düzenleme esasen Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu'nun ilk halinde yer almamaktaydı. Ancak, ekonomik yetersizlikler sebebiyle tarafların arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan gider ve masrafları karşılayamayacak olmaları halinde hukuk devleti ve sosyal devlet olmanın bir gereği yerine getirilememiş olacağından ilgili düzenleme ile ödeme gücü bulunmayanlara adli yardım imkanı sağlanarak hak arama hürriyetinin kullanılması güvence altına alınmıştır<sup>627</sup>.

Sonuç olarak, ihtiyari arabuluculuk yolunda tarafların arabuluculuk giderleri, arabulucu ücreti ve arabuluculuk faaliyeti sırasında çıkan giderlerden oluşmaktadır. Aksi kararlaştırılmadığı sürece belirtilen bu giderler, taraflarca eşit olarak karşılanır. Dava şartı arabuluculukta ise, arabuluculuk bürosu tarafından yapılan giderler, arabuluculuk sürecini yürüten arabulucunun ücreti ve arabuluculuk faaliyeti anlaşmayla sonuçlanmaz, dava açılır ise bu giderler dava sonunda yargılama giderleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Arabuluculuk ilk toplantısına mazeret bildirmeksizin katılmayan tarafa dava da haklı çıksa dahi tüm bu giderler, yargılama gideri olarak yüklenmektedir. Arabuluculuk yolu ile hedeflen amaçların gerçekleşmesi adına taraflara yüklenen bu yaptırımın hak arama hürriyetini ölçüsüz olarak sınırlandırdığına dair görüşler de bu noktada ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda yargılama giderlerinin neler olduğuna alt başlıkta değinerek bu konudaki görüşleri ve hak arama hürriyetine etkisine değinilecektir.

### **3.7.2 Yargılama Giderleri Bakımdan Değerlendirme**

Yargılama giderleri Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenmiş olup, görülmekte olan dava hakkında yapılan harç, masraf, vekalet ücreti ve giderlerin tamamını kapsamaktadır (HMK m. 323). Dava sonunda mahkeme tarafından hükmolunacak yargılama giderleri, davada haksız çıkacak taraftan alınır, eğer iki taraftan her biri kısmen haklı çıkarsa yargılama giderleri tarafların haklılık oranına göre paylaşılır (HMK m.326). Dava şartı arabuluculuk uygulamalarında ise

---

<sup>627</sup> *Kurt Konca*; tarafların ekonomik yetersizlikler dolayısıyla arabuluculuk sürecinin gider ve masraflarına karşılamayacak taraflar bakımından arabuluculuk sürecinde etkin bir adli yardım mekanizmasının oluşturulması gerektiğini ve bunun hukuk devleti ve sosyal devlet olmanın bir gereği olarak belirterek, ödeme gücü bulunmayanlara da hak arama özgürlüğünün kullanılmasını güvence altına alınması gerekliliğine değinmektedir. Bkz. Nesibe Kurt Konca, Arabuluculuk Sürecinde Adli Yardım Taleplerinde Görevli Merciyeye İlişkin Bir Değerlendirme, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 142, Y: 2019, s. 233., Tanrıver, arabuluculuk ücretiyle ilgili giderlerin adli yardım ve hukuki himaye sigortası kapsamında mütalaa edilmesi halinde arabuluculuk kurumunun etkinlik kazanmasında önemli bir fonksiyonun yerine getirileceğini ifade etmektedir. Bkz. Süha Tanrıver 2009, a.g.m., s. 196.

tarafların arabuluculuk yolunda anlaşamaması ve yargı yoluna başvurulması ile klasik anlamda yargılama giderlerine ek olarak arabuluculuk giderleri de yargılama gideri sayılarak dava da haksız çıkan tarafa yüklenmektedir. Ancak burada tarafların arabuluculuk görüşmelerine katılması ya da katılmamasına göre farklı ihtimaller doğmaktadır.

Dava şartı arabuluculuk düzenlemelerine göre uyuşmazlığın taraflarına ulaşılamaması, ulaşılmakla birlikte tarafların arabuluculuk görüşmelerine katılmaması nedeni ile arabuluculuk görüşmelerinin yapılamaması veya iki saati geçmeyen görüşmeler sonunda anlaşma olmaması halinde Adalet Bakanlığının ödeyeceği arabuluculuk ücreti yargılama giderinden sayılacağından hak aramaya ilave bir yük getirmiş olacaktır. Bu durum ise taraflar açısından hak arama hürriyetini zorlaştırmaktadır<sup>628</sup>.

Diğer yandan mazeretsiz olarak arabuluculuk görüşmesinin ilk toplantısına katılmayan taraf yargılama sırasında haklı çıksa bile yargılama giderlerinden sorumlu olacak, kendisini vekille temsil ettirmesi durumunda ise lehine vekalet ücreti hükmedilmeyecektir. Eğer iki tarafta arabuluculuk ilk toplantısına katılmazsa bu durumda açılacak davada tarafların yaptıkları yargılama giderleri üzerinde bırakılacaktır (HUAKE m. 18/A,11). O halde arabulucu tarafından taraflara ulaşılamaması veya taraflara ulaşıp da arabuluculuk görüşmelerinin yapılması ve görüşmeler sonunda anlaşmaya varılması ya da varılamaması hallerinde bu yaptırım uygulama alanı bulamayacaktır<sup>629</sup>. Arabuluculuk ilk toplantısına geçerli bir mazeret sunmadan katılmayan uyuşmazlık tarafına ise kanun koyucu tarafından öngörülen yaptırımın uygulanması mümkün olacaktır.

Doktrinde bu düzenlemenin; hak arama hürriyetini sınırlandırdığı, ölçülü olmayacak kadar ağır bir yaptırım olduğu ve geçerli mazeret kavramının nasıl yorumlanacağı hususunda açıklık bulunmadığı belirtilmiştir<sup>630</sup>. Buna karşın

<sup>628</sup> Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes, Murat Atalı ve Vural Seven 2019, a.g.e., s. 149,184., Okur'a göre, en azından tarafların arabuluculuk görüşmelerine katılması ve anlaşamamaları ya da taraflara ulaşılamaması sebebiyle sona eren arabuluculuk görüşmelerine ilişkin ücretin devlet tarafından üstlenilmesi ve taraflara ödetilmemesi gerekir. Bkz. Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 206.

<sup>629</sup> Gülen İkizoğlu Akın, 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Arabuluculuk ve İş Hukukundaki Değişikliklere Genel Bakış, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 5, S: 10, Y: Aralık 2017, s. 135., İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı (1/850) ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 10., Emre Akyıldız 2019, a.g.t., s. 85.

<sup>630</sup> Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes ve Murat Atalı 2018, a.g.e., s. 24., Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 207., Talat Canbolat 2018, Tebliğ, s. 103,105., Mert Namlı, Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Mahkemeye Erişim Hakkı ile İlişkisi, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C: 15, S: 60, Y: 2018, s. 1313,1314. Hak arama hürriyetine aykırılık teşkil etmediğine ilişkin bkz. Ersin Erdoğan 2017, a.g.m.,

düzenlemenin Anayasa Mahkemesi tarafından incelenerek iptali talep edilmiş, Anayasa Mahkemesi yaptığı inceleme neticesinde bu ilave masrafların aşırı ve katlanılmaz olmadığı, meşru bir amaca hizmet ettiği gibi sübjektif bir gerekçeye dayanarak Anayasa'ya aykırılık iddiasının reddine karar verilmiştir<sup>631</sup>.

İlgili kararda Anayasa Mahkemesi, davada haksız çıkan tarafa yargılama giderlerinin yüklenmesinin haklı çıkmanın doğal bir sonucu olduğu ancak dürüstlük kuralına aykırı davranan tarafa davada haklı çıkmasına rağmen yargılama giderlerinin yüklenmesine yönelik ana kuralın<sup>632</sup> bir istinasının yaratıldığı vurgulamaktadır. Öte yandan yaptırım mahiyetinde bu düzenlemenin amacını, zorunlu arabuluculuk görüşmesine katılmayan tarafların dürüstlük ilkesine aykırı davranmasını engellemek, tarafların bir araya gelerek uyuşmazlıkları müzakere edebileceği gerekli ortamı yaratmak amacına hizmet eden bir düzenleme olduğu belirtilmektedir (HUAK Yön. m. 25/9). Tarafların, arabuluculuk görüşmesine mazeretsiz katılmasa bile yargı yoluna başvuru hakkının korunduğunu ve arabuluculuk yolunun işlerlik kazanmasına yönelik yapılan düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Doktrinde *Okur'a* göre; mazeret bildirilmeksizin arabuluculuk toplantısına katılmayan tarafa yüklenen yargılama gideri Anayasada düzenlenen ölçülülük ilkesindeki orantılılık alt ilkesine aykırılık taşımaktadır<sup>633</sup>. Doktrinde *Ekmekçi, Özkes, Atalı'ya göre*; davada haklı olduğunu düşünen tarafın arabuluculuk görüşmesine katılmaması ve davada haklı çıkmasına rağmen yargılama giderlerine mahkum edilmesinin makul bulunmayacağını, hak arama hürriyetine ve ölçülülük ilkesine aykırı olacağı ileri sürülmüştür<sup>634</sup>. Doktrinde *Karacabey'e* göre; mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlama ile aynı zamanda bağımsız ve tarafsız yargıya ulaşmada gecikmelere neden olunmakta ve taraflara ilave bir yargılama maliyeti getirerek hak arama hürriyeti sınırlandırılmaktadır<sup>635</sup>. Doktrinde *Namlı'ya göre*; yalnızca ilk görüşmeye katılmayan taraf bakımından bu yaptırım ön görülmüş ve sonraki görüşmelere mazeretsiz olarak katılmama herhangi bir yaptırımı

---

s. 1222 vd.

<sup>631</sup> AYM, T. 11.07.2018, E.2017/178, K. 2018/82, paragraf 44.

<sup>632</sup> Kural olarak, yargılama giderlerinde sorumluluk davada haksız çıkan taraf üzerine bırakılmaktadır (HMK m. 326). Ancak, tarafların dürüstlük kurallarına aykırı davranması halinde davada lehine karar verilmiş olsa bile, karar ve ilam harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir (HMK m. 327).

<sup>633</sup> Zeki Okur 2019, a.g.e., s. 178.

<sup>634</sup> Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes ve Murat Atalı 2018, a.g.e., s. 180., Ayrıca mülkiyet hakkının ihlali olduğu yönünde bkz. Talat Canbolat 2018, Tebliğ, s. 104.

<sup>635</sup> Kürşat Karacabey 2016, a.g.m., s. 468, s.473., aynı yönde; Kübra Doğan Yenisey 2016, a.g.m., s. 183.

bağlanmadığından ölçülü bir düzenleme olduğu ifade edilmiştir<sup>636</sup>. Doktrinde *Erdoğan*'a göre; hakkını mutlaka yargıya başvuru yoluyla elde etmek isteyen tarafın toplantıya katılarak anlaşmak istemediğini belirtmesi yeterlidir. Mahkeme tarafından haklı olduğu tespit edilen tarafın verilen hükümden sonra yargılama giderlerinden sorumlu olacağı ve lehine vekalet ücreti hükmedilmemesine dair hüküm mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasını sonucunu doğurmamaktadır<sup>637</sup>.

Bununla birlikte; dava şartı arabuluculuk kurumunda tarafların ilk toplantıya katılmamaları sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin son bulması ve son tutanakla ile katılmadığı belirtilen tarafın yargılama giderinden sorumlu tutulmasına yönelik kural (HUAK m. 18/A,11), İş Mahkemeleri Kanunu ve Türk Ticaret Kanununda uygulama alanı bulurken; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununda uygulama alanı bulmamaktadır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 73/A maddesinin ikinci cümlesinde istisnalar getirilmek sureti ile tüketici mahkemelerinde de görülen uyuşmazlıklarda arabulucuya başvurulması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Kural olarak, tarafların arabuluculuk yoluyla anlaşmaya varması halinde, üzerinde anlaşmaya varılan miktar üzerinden belirlenen arabuluculuk ücreti taraflarca eşit bir şekilde ödenecekken, tüketicinin korunması amacıyla görüşmeye katılım sağlanıp tarafların uzlaşması halinde tüketicinin ödeyeceği ücret Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanacaktır. Bu ise, iki saatlik ücretten fazla olamayacaktır (TKHK m. 73/A,3). Yine tüketicinin korunması amacıyla geçerli bir mazeret göstermeksizin arabuluculuk görüşmelerine katılmayan tarafın son tutanakta belirtileceği ve bu tarafın, davada lehine karar verilmiş olsa bile, yargılama giderini ödemeye mahkum edileceğine ilişkin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin 11. fıkrasının tüketici aleyhine uygulanmayacağı düzenlenerek, İş Mahkemeleri Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu düzenlemelerinden ayrılmış, tüketicinin korunması görevinin yerine getirilmesi hedeflenmiştir.

Anayasa'nın 172. maddesi uyarınca, tüketicileri korumak ve aydınlatıcı tedbirler almak devletin vazifesidir. Tüketiciyi korumaya ilişkin görevi bakımından, tüketici uyuşmazlıklarına ilişkin dava şartı arabuluculukta, yargılama giderleri ve arabuluculuk ücreti bakımından kanun koyucu özel bir düzenleme getirerek tüketiciye ek mali külfet doğmaması için Anayasa'nın devlete yüklediği tüketiciyi koruma ödevi

<sup>636</sup> Mert Namlı 2018, a.g.m., s. 1312.

<sup>637</sup> Ersin Erdoğan 2017, a.g.m., s. 1237.



yerine getirilmiştir<sup>638</sup>. Bu bakımından tüketicinin hak arama hürriyeti yargılama giderleri bakımından ölçülülük ilkesine uygun olarak sınırlandırılmış, yerinde bir düzenleme yapılarak tüketicilerin anayasal hakları korunmuştur.

Özetle, dava şartı arabuluculuk düzenlemeleri mahkemeye erişim hakkını ortadan kaldırmamakta, makul bir süre boyunca kişilerin mahkemeye erişim hakkını ertelemektedir. Bu bakımından dava şartı arabuluculuk, hak arama hürriyetine aykırılık teşkil etmez. Öte yandan, arabuluculuğun işlerliği ve toplumun yeni bir yöntem olan arabuluculuğa adaptasyonun sağlanması, tarafların arabuluculuk yoluna olan ön yargıların kırılması adına yargılama gideri yaptırımı ile tarafların bu yola katılım sağlaması hedeflenmektedir. Ancak arabuluculuk görüşmesinin ilk toplantısına mazeretsiz olarak katılmayan tarafın davada haklı çıkmasına rağmen sadece arabuluculuk giderlerinden değil, yargılama giderlerinin tamamından sorumlu tutulmasına ve lehine vekalet ücreti hükmedilmemesine yönelik yaptırımın hak arama hürriyetine ve ölçülülük ilkesine aykırı olduğuna yönelik görüşlere katılmaktayım. Zira yaptırım mahiyetinde bu düzenlemeye bakıldığında sadece arabuluculuk yoluna katılmayan taraflara yükümlülük getirmekle kalmamakta, vekaleten iş gören avukatı ilam vekalet ücretinden de yoksun bırakmaktadır<sup>639</sup>. Halbuki avukat görevi gereği geçimini vekalet ücretine bağlamıştır ve bu imkandan mahrum edilmesi hakkaniyete aykırılık teşkil eder<sup>640</sup>. Dava şartı arabuluculuk yolunun işlerlik kazanması adına mazeretsiz olarak ilk toplantıya katılmayan tarafa bir yükümlülük getirilmelidir. Ancak bu yaptırım mazeretsiz olarak arabuluculuk görüşmelerine katılmayan tarafa dava da haklı çıkması halinde sadece arabuluculuk giderlerinden sorumlu tutulması şeklinde bir düzenleme getirilmesi, hak arama hürriyetine ve ölçülülük ilkesine kanımca daha uygun olacaktır.

---

<sup>638</sup> Kurt Konca 2020, a.g.m., s. 62.

<sup>639</sup> 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesine göre, dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. Avukatlık ücretinin aidiyeti yönünde bir inceleme için bkz. Mehmet Şimşek, Yargı Organları Hükmedilen Vekâlet Ücretinin Aidiyeti Sorunu, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S: 6, Y: 2015, s. 535 vd.

<sup>640</sup> Avukatlık Kanun Tasarısı 1/313, Millet Meclisi S. Sayısı, 374, Dönem: 2, Toplantı: 2, 23.01.1997, s. 16.

## SONUÇ

“Hak arama hürriyeti perspektifinden arabuluculuk” isimli çalışmamız da hak arama hürriyetinin sınırları ve kapsamı açıklanarak aynı zamanda bu temel hak ve hürriyetin niteliği ile taşıdığı hassasiyete değinilmiştir. Temel hak ve hürriyetlerinin savunucusu aynı zamanda başlı başına bir hak olan hak arama hürriyeti, insanlığın yaşadığı geçmiş acı tecrübelerinin bir mirası aynı zamanda armağanıdır. Devlet ve üçüncü kişilerin müdahale etmemesi gereken alanlara müdahale etmesi halinde o alanda bir hak veya menfaat ihlali doğabilir. Bu durumda ortaya çıkan ihlalin veya ihlal tehlikesinin; önlenmesi, telafi edilmesi, durdurulması hak arama hürriyeti kullanılarak talep edilir. Bu hakkın önemi özellikle kişilerin yaşadığı haksızlar karşısında ortaya çıkar. Zira hakkı ihlal edilen bir bireyin hakkına kavuşamaması hukuk devletinin varlığından ve adaletten şüphe ettirir. Diğer bakımdan ise bireylerin hakkına kavuşması ile devlete ve hukuk sistemine güveni artar.

Hak arama hürriyeti denildiğinde akıllara yargı yoluna başvuru imkanı gelmekle birlikte esasen bu hak çok daha kapsamlı bir haktır ve yargıya başvuru yolu sadece bunlardan bir tanesidir. Örneğin, dilekçe hakkı, cebri icra yoluna başvuru hakkı, yargı makamının verdiği hükmün denetlenmesi hakkı, şikayet hakkı, ihbar hakkı gibi bir çok yol ile hak arama hürriyetini kullanılır. Diğer bir yönüyle ise hak arama hürriyetinin anlam ifade edebilmesi için yargı sonunda verilen hükmün yerine getirilmesi gerekir, aksi halde kullanılan hak arama hürriyeti kişileri adalete ulaştırmayacağı için hukuk devletinin gereği yerine getirilmemiş olur.

Öte yandan özellikle yargının iş yükü, yargılamanın uzun sürmesi ve dava giderleri yüzünden bireylerin hak aramayı bir külfet olarak gördüğü ve hak arama hürriyetini kullanmaktan kaçındığı durumlar söz konusu olabilmektedir. Buna keza yargılamaların uzun sürmesi tarafların dava süreci ve sonunda tatmin olmasını engellemektedir. Gerek karşılaştırmalı hukukta ve gerek Türk hukukunda yargının iş yükünü azaltarak yargının daha etkin çalışmasına imkan sağlamak adına sosyal barışın ve uzlaşma kültürünün yaygınlaşması hedeflenmiştir. Bu hedefin gerçekleşmesi için yargının alternatifi olmayan ancak onu tamamlayan alternatif çözüm yolları hayata geçirilmiştir.

Ülkemizde alternatif çözüm yollarından bir tanesi olan arabuluculuk müessesisi ilk olarak ihtiyari arabuluculuk şeklinde düzenlenmiş akabinde dava şartı arabuluculuk müessesinin ilk düzenlenme alanı iş uyuşmazlıklarında gerçekleşmiştir. Her iki düzenleme alanı da birçok itiraza konu olmuş ve Anayasa ile korunan hak arama hürriyetine aykırılık iddiası ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi ise yapılan itirazları değerlendirerek; ihtiyari arabuluculuk uygulamaları bakımından, kişilerin dava açma hakkının ve hak arama hürriyetinin sınırlandırılmadığına karar vermiştir. Dava şartı arabuluculuk uygulamaları yönünden ise; dava açma hakkının sınırlandırıldığını kabul etmekle birlikte, Anayasa'nın 13. maddesine uygun bir şekilde sınırlandırma olduğunu ve bu sebeple dava şartı arabuluculuk uygulamalarının Anayasa'ya aykırı olmadığı yönünde karar vermiştir.

Alternatif çözüm yollarından arabuluculuğun teşviki ve yaygınlaşması, toplumsal alışkanlıkların değişmesi adına diğer uyuşmazlıklar içinde yasal düzenlemeler gerçekleştirilerek kanunla belirtilen ticari uyuşmazlıklar (TTK m. 5/A) ve tüketicilerin taraf olduğu uyuşmazlıklarda (TKHK m. 73/A) arabuluculuk yoluna başvuru dava şartı haline getirilmiştir.

Hak arama hürriyeti ancak etkili başvuru yolları ile kişilere tanındığında diğer hak ve hürriyetlerin koruyucusu olabilirler. Başlı başına bir hak ve diğer hakları tamamlayan onları güvence altına alan Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti bakımından özel bir sınırlandırma sebebi öngörülmediğinden ancak Anayasanın 13. maddesi ile düzenlenen ilkeler dahilinde sınırlandırılabilir. Karşılaştırmalı hukuk bakımından da dikkate alındığında bu ilkeler, hakkın özüne dokunulmaması gerekliliği, getirilen sınırlandırmanın ölçülü olması ve meşru bir amacın olmasıdır. Bu ilkeleri taşımayan bir sınırlandırma hakkın elde edimini güçleştiren, hak arama hürriyetini ihlal eden ve Anayasa'ya aykırı bir sınırlandırmanın doğmasına sebep olabilir.

Hak arama hürriyeti hakkının önünde bulunan esaslı engellerden bir tanesi mahkemelerde davaların yığılması, sistemin uyuşmazlıkları çözmede ağır kalmasıdır. Şüphesiz, hak arama hürriyeti sadece mahkemeye erişim hakkı olarak kullanılan yolları ve imkanları kapsamaz aynı zamanda makul sürede uyuşmazlığı çözümlenmesini sağlayan etkin başvuru yollarına ait sistemin kişilere sağlanarak adalete erişme imkanını da kapsar. Sosyal devlet anlayışının bir gereği bakımından devlet; özellikle yargı sisteminde yığılan davalar, adli sistemin yavaş işlemesi, sosyal barışın basit ve hızlı bir şekilde sağlanması, hakkın ediniminin taraflar için yıllarca

beklenen bir süreç haline getirilmesinin önüne geçmek amacıyla uyuşmazlıkların çözümünde alternatif yollara yönelmeye ve dava alışkanlığını değiştirmeyi hedefleyerek görevini yerine getirmeyi amaçlamaktadır.

Alternatif çözüm yollarından arabuluculuk ile uyuşmazlık konusunun dava yoluna başvurulmaksızın, üçüncü tarafsız bir kişi ile taraf menfaatlerinin sağlanarak çözümlenmesi amaçlanır. Uyuşmazlığın çözümünde tarafların kendi iradeleri ile yargı yoluna başvurmaksızın uzlaşmaları sosyal barışa hizmet edeceği gibi kişiler basit ve hızlı bir şekilde adalete erişme imkanı da sağlayabilir.

Türk hukukunda ilk olarak düzenleme alanı bulan ihtiyari arabuluculuk uygulamalarında tarafların mahkemeye erişmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Uyuşmazlık tarafları mahkemeye başvurmadan önce veyahut dava açıldıktan sonra arabuluculuk yolunu deneyebilirler. Her iki halde de taraflar arabuluculuk sürecinde uyuşmazlık konusu hakkında anlaşip anlaşmama hususunda serbest oldukları gibi bu süre zarfında zamanaşımı ve hak düşürücü süreler işlemeyerek hak arama hürriyetinden mahrum kalınması engellenmektedir. Ayrıca uyuşmazlığın sürüncemede kalmaması adına arabuluculuk süreçleri azami sürelerle tabi olup, bu sürelerde de iradilik ilkesi geçerli olduğundan hak arama hürriyeti korunmaktadır. İradi olarak başlatılan, sürdürülen ve bitirilen ihtiyari arabuluculuk yoluna ilişkin düzenlemeler sosyal barışın sağlanması, uzlaşma kültürünün yaygınlaşması, etkin başvuru yollarının hayata geçirilmesi gibi meşru amaçları içerisinde barındırmaktadır. İhtiyari arabuluculuk yolunda kişilerin mahkemeye erişmesi için bir engel bulunmadığı gibi mahkemeye erişim hakkını engelleyen veya hak arama hürriyetinin kullanımını imkansız hale getiren düzenlemeler de içermemektedir. Nitekim kişilerin mahkemeye erişim hakkını engellemeyen ihtiyari arabuluculuk uygulamaları; ölçülü, elverişli ve hakkın özüne dokunmadığı gibi yargının yanında yer alan ve onu tamamlayan bir niteliği bulunmaktadır. Bu bağlamda mahkemeye erişim hakkını ve hak arama hürriyetini sınırlandırmamaktadır.

Dava şartı arabuluculuk uygulamalarında ise kişilerin mahkemeye doğrudan başvuru hakkı arabuluculuk yoluna başvurana kadar sınırlandırılmaktadır. Dava şartı arabuluculuk yoluna başvuru konusunda taraflar her ne kadar dava açmadan önce başvuruda bulunmaya zorunlu tutulsalar da arabuluculuk görüşmeleri neticesinde tarafların anlaşmak gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Taraflardan birinin anlaşma yoluna gitmemesi halinde taraflar dava açma yoluna başvurabilecektir. Tarafları arabuluculuk sürecinde anlaşmak zorunda bırakan bir düzenleme

bulunmadığı gibi dava şartı arabuluculuk uygulamalarında arabuluculuk sürecinin tamamlanması gereken azami süreler öngörülmüştür. İlgili süreler oldukça ölçülü ve mahkemeye erişim hakkını kısa bir süre boyunca erteleyici etki göstermektedir. Ayrıca arabuluculuk yoluna başvuruyla birlikte hak düşürücü ve zamanaşımı süreleri durarak hak arama hürriyeti korunmaktadır. Bir diğer bakımdan Adalet Bakanlığı ve Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından yayınlanan istatistiksel verilere göre arabuluculuk yolu ile uyuşmazlıklar mahkeme önüne getirilmeden uzlaşarak çözülmüş ve taraflara adalete erişimi hızlandıran bir çözüm sağlamıştır. Bu yönüyle dava şartı arabuluculuk uygulamalarının, kişilerin hak aramalarını imkansız hale getirmek amacıyla oluşturulmuş etkisiz yöntemler olmadığı görülmektedir.

Alternatif çözüm yollarına ilişkin düzenlemelerin yargı sistemi ile yarışması veya yerini alması mümkün değildir. Zira alternatif çözüm yolları hak temelli olmayıp, taraf menfaatlerine ulaşarak uyuşmazlıkları çözmeyi amaçlamaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurunun zorunlu olduğu durumlar dahi devletin yargılama yetkisini ortadan kaldırmamakta, taraflardan birinin anlaşmak istememesi halinde iradilik ilkesi gereğince, sürecin son bulması ve yargıya başvuru imkanı her zaman açık bulunmaktadır. Dava şartı arabuluculuk uygulamaları, kişilerin mahkemeye erişim hakkını arabuluculuk yoluna başvuru şartı yerine getirilene kadar ertelemekte ve hak arama hürriyetini eski uygulamalara göre sınırlandırmaktadır. Lakin bu düzenlemeler mahkemeye erişimi ortadan kaldıran veya aşırı güçleştiren bir etki yaratmadığından hak arama hürriyetinin özüne dokunmamaktadır. Aynı zamanda sosyal barışın hızla sağlanması, ekonomik ve hızlı bir çözüm sunması, uzlaşma kültürünün yaygınlaşması dava şartı arabuluculuk uygulamalarının meşru bir amacı olduğunu da göstermektedir. Geçerli mazeret olmadan arabuluculuk görüşmelerine katılmayan tarafın açılan dava da haklı çıksa bile yargılama giderlerinin tamamına mahkum olacağına ilişkin düzenleme tarafların dava açmasının önünde bir engel bulunmaması sebebiyle adalete erişime aykırılık olarak görülmemiştir. Lakin bu noktada yargılama giderlerine yönelik yaptırım yönünden dava şartı arabuluculuğun hak arama hürriyetini ölçülülük ilkesine uygun sınırlandırmadığına yönelik görüşler kanımca haklı bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda zikredilen kararında bu düzenlemenin katlanılabilir bir yükümlülük olduğu ve ölçülü olduğu ifade edilmekte, Anayasa'ya aykırı bulunmamaktadır. Öyleyse, yargılama giderleri yönünden düzenlenen yaptırımın ölçülülük ilkesine aykırılığı ayrı tutulmak üzere, dava şartı arabuluculuk düzenlemeleri hak arama hürriyetinin önünde bir engel

olmadığı gibi Anayasa'ya da aykırı değildir ve Anayasa'nın 13. maddesine uygun bir sınırlandırma yapılmıştır.



## KAYNAKÇA

- Aeken Koen Van, Gibens, Steven ve Franssen Gerrit (2007), *Civil Litigiousness, Encyclopedia of Law and Society: American and Global Perspectives*, Los Angeles, ss. 962-966.
- Akbulut Emre (2009), İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 81, ss. 1-21.
- Akça Çağatay (2009), Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarından Arabuluculuk ve Uzlaştırma, *Hukuk Gündemi Dergisi*, S: 1, ss. 25-36.
- Akgül Emin Mehmet (2010), Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlam, *Ankara Barosu Dergisi*, C: 68, S: 4, ss. 79-101.
- Akın Levent (2018), İş uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk, *Çimento İşveren Dergisi*, C:32, S:1, ss. 8-13.
- Akil Cenk (2012), Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Federal Kanunu, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C: LXX, S: 2, ss. 287-296,
- Akkan Mine (2018), Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 20, S: 2, ss. 1-31.
- Akkaya Tolga (2014), Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci, Aile Danışmanlığı, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 72, S: 4, ss. 23-63.
- Akyıldız Emre (2019), *İş Yargılamasında Arabuluculuk Sistemi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- Alan Nuri (2003), (Demokratik) Hukuk Devleti ve Anayasa, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi*, C: 58, S: 1, ss. 1-8.

- Albayrak Hakan (2018), Eşitlik Ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu, *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C: 17, Etik Özel Sayı, ss. 12-24.
- Arslan Ramazan, Yılmaz Ejder ve Taşpınar Ayvaz Sema (2017), *Medenî Usûl Hukuku*, 3. Baskı, Ankara.
- Arslan Zühtü (2002), Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler, *Anayasa Yargısı*, C: 19, S: 1, ss. 139-155.
- Arslan Azaklı Betül (2018), *Medenî Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Asrav Hızır Fatma (2019), *Sulh Sözleşmeleri*, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2019.
- Atalay Esra (1997), Yargısal Temel Haklar, *Prof. Şükri Postacıoğlu'na Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 81, İzmir, ss. 437-454.
- Atalı Murat, Ermenek İbrahim ve Erdoğan Ersin (2018), *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, Ankara.
- Atar Yavuz (2017), *Türk Anayasa Hukuku*, , Seçkin Yayın, 11. Baskı, Ankara.
- Atış İrfan (2019), Arabuluculuk Uygulamasında Gizlilik İlkesinin Uygulanması ve Önemi, *Sakarya İktisat Dergisi*, C: 8, S: 1, ss. 74-84.
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesine İlişkin Rehber, Adil Yargılanma Hakkı (Medeni Hukuk Yönü), 2019, (çevrimiçi)  
[https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf), 01.04.2021.
- Avrupa Konseyi Bakanlar Konseyi Hukuki ve Ticari Davalarda Temyiz Sistemleri ile Usullerinin İşleyişinin Geliştirilmesi Hakkında Üye Devletlere Yönelik R(95) 5 Sayılı Tavsiye Kararı, (Çevrimiçi) <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/c8e6462d-7bf0-4e8a-9daa-cd7ed6817b42.pdf>, 11.04.2021.
- Aybay Rona (2010), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14. Protokol, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 88, ss. 225-230.
- Aydın Mesut (2006), Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C: 61, S: 3, ss. 1-37.
- Badur Emel (2020), Arabulucu Sözleşmesi, *Terazi Hukuk Dergisi*, C: 15, S: 162, ss. 248-265.
- Bakırcı Kadriye (2019), “Alternatif” Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu (Arabuluculuk) Aracılığıyla “Alternatif” İş Hukukuna Doğru, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C: 31, S: 140, ss. 355-392.



- Balkır Z. Gönül (2009), *Türk Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması*, Kocaeli Üniversitesi Yayınları No: 335, Kocaeli.
- Beysan Nazime (2008), *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul.
- Bilge Necip (2012), *Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*, 30. Bası, Ankara.
- Bilgin Hikmet (2009a), AngloSakson Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk, *Hukuk Gündemi Dergisi*, S: 1, ss. 1-24.
- Bilgin Hikmet (2009b), Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk, *Hukuk Gündemi Dergisi*, S: 2, ss. 9-20.
- Bölükbaşı Mustafa Oğuzhan (2020), Devlet İşlemlerinde Kanun Yolları, Merciler ve Başvuru Sürelerini Gösterme Yükümlülüğü (Anayasa'nın 40/2. Maddesi), *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl: 8, S: 15, ss. 97-122.
- Börü Levent (2017), Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna Karşı Bazı Değerlendirmeler, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Özel Sayı, ss. 173-198.
- Börü Levent (2019), *Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler*, II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 381, C: 2, ss. 1043-1061.
- Budak Ali Cem ve Karaaslan Vural (2018), *Medenî Usul Hukuku*, 2. Baskı, Ankara.
- Budak Muhammed Alparslan (2020), İş Hukukunda Arabuluculuk, *İstanbul Barosu Dergisi*, C: 94, S: 4, ss. 251-256.
- Bulur Alper (2007), Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi, *Ankara Barosu Dergisi*, S:4, ss. 30-46.
- Bulur Alper (2008), Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi, ss. 1-9. (çevrimiçi) Arabulucu.com, 26.11.2020.
- Bulur Alper (2011), TBB Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı Konuşması, 11 Mart 2011, Ankara, ss. 69-78. (çevrimiçi) [tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/436-d.pdf](http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/436-d.pdf), 15.11.2020.
- Bulur Alper, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ve Uzlaştırma, ss. 1-15, (çevrimiçi) <http://web.e-aro.web.tr/uploads/81/FTHGNYDN/UZLASMA.pdf>, 21.11.2020.
- Büyük Celal (2010), Yasama Yürütme Yargı: Platon'dan Montesquieu'ya Devletin Fonksiyonlarına Genel Bir Bakış, *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*,

C:10, S: 1, ss. 159-170.

Canbolat Talat (2013), 6356 Sayılı Kanunda Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk, *Çalışma ve Toplum: Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, S: 4, ss. 247-274.

Canbolat Talat (2018), İş Hukuku Bakımından Arabuluculuk, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Ankara, ss. 95-110. (çevirimiçi) aybu.edu.tr/hukuk/contents/files/ARABULUCULUK%20SEMPOZYUM%20OKI%CC%87TABI.pdf, 02.03.2020, (Tebliğ).

Caniklioğlu Dikmen Meltem (2001), “Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız”, İçinde: Mahmut Tefvik Birsal’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir, ss. 461-494.

Cebeci İhsan Cem (2018), *İş Güvencesinin Hukuki Sonuçları ve Zorunlu Arabuluculuk*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.

Cebre Ayvaz (2011), Hak Arama Yolları ve Adil Yargılanma Hakkı, *TAAD*, Yıl: 2, C: 1, S: 5, ss. 373-396.

Coşar Vedat Ahsen (2011), *Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Yayın No:216, Ankara, ss. 5-14, (Tebliğ).

Çalışır Kurtuluş Tayanç (2015), *Arabuluculuk*, Adalet Yayınevi, Ankara.

Çalışır Kurtuluş Tayanç (2016), *Teoride ve Pratikte Yargı Bağımsızlığı*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.

Çelik Nuri, Caniklioğlu Nurşen ve Canbolat Talat (2018), *İş Hukuku Dersleri*, 31. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul.

Çelikoğlu Cengiz Topel (2014), “6325 Sayılı HUAK’a Göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usûlleri İle İlişkisi”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C: 1, Ankara, ss. 669-723.

Çetin H. Soner (2009), Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaşma (CMK. 253, 254, 255), *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 82, ss. 1-33.

Çetin Onur (2007), *Hak Arama Hürriyeti*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir.

Çiçek Mustafa (2018), *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara.

Çil Şahin (2018), Zorunlu Arabuluculuk Görüşmelerinde Son Tutanak, *İnşaat Sanayii Dergisi*, S: 165, ss. 26-35, (Son Tutanak).

Çil Şahin (2017), *İş Mahkemeleri Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler ve Arabuluculuk*, Ankara, İntes Yayınları, ss. 35-48, (Çevrimiçi),

- <https://intes.org.tr/wp-content/uploads/2020/07/ic-baski.pdf>, 21.02.2019.
- Çil Şahin (2018), *İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 Sayılı İ.M.K. Uygulaması Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar İş Güvencesi*, Yetkin Yayınevi, Ankara.
- Değirmenci Mehmet (2020), Türkiye’de Temel Hak ve Hürriyetlerin Durdurulmasının Anayasal Çerçevesi, *Erzincan Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S:10, ss. 45-72.
- Demir Cennet Engin vd. (2019), *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, Arcs Matbaacılık, Editör; Ali Yeşilirmak, Elif Kısmet Kekeç, Monopol Yayınları.
- Demirezen Mine (2019), *Arabuluculuk Temel Kitabı*, Aristo yayıncılık, 1.baskı, İstanbul.
- Demirkol Mustafa (2017), Kişi Hak ve Hürriyetlerinin Korunması Karşısında Anayasa Madde.13, Bu Hükme Aykırı Yasal Düzenleme ve Faaliyetlerin Anayasa Madde.11 Açısından Değerlendirilmesi, *Balkan Sosyal Bilimler Dergisi*, Özel Sayı, ss. 17-27.
- Dinçkol Abdullah (2018), *Hukuka Giriş Hukukun Temel Kavramları*, Der Yayınları, İstanbul.
- Doğan Yenisey Kübra (2016), İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 167-193. (çevrimiçi) [tisk.org.tr/wp-content/uploads/2016/11/is-hukuku-mahkemeleri-kanunutasarisi.pdf](https://tisk.org.tr/wp-content/uploads/2016/11/is-hukuku-mahkemeleri-kanunutasarisi.pdf), 15.11.2020.
- Doğan Murat (2014), *Hak Arama Hürriyeti ve İdari Kararlarında Gerekçe*, Gazi Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- Dost Süleyman (2014), Arabuluculuk Ücret ve Masrafları Hakkında Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 115, ss. 449-476.
- Duman Hasan İlker (2003), *Güncel ve Somut Sorunlarda Hukuk Devleti*, 2 Baskı, Şeker Matbaa Yayıncılık, Kartal.
- Dür Orhan (2017), *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya.
- Ekmekçi Ömer (2016), Hocayla İş Yargısı Üzerine Sohbet, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C: 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan Sayısı, ss. 371-380.
- Ekmekçi Ömer, Özekes Muhammet ve Atalı Murat (2018), *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.

- Ekmekçi Ömer, Özekes Muhammet, Atalı Murat ve Seven Vural (2019), *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 2. Baskı, İstanbul.
- Elibol Zeynep, “Türkiye’nin Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerine Koyduğu Çekinceler”, İnsan Hakları Ortak Platformu, (çevrimiçi) [http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2015/10/ZeynepElibol\\_CekincelerRaporu.pdf](http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2015/10/ZeynepElibol_CekincelerRaporu.pdf), 11.04.2021.
- Emini M. Emin (2014), Hak Kavramı, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S: 12, ss. 204-216.
- Erdem Jülide Gül (2013), Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisindeki Kullanımındaki Yeri, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 62, S: 4, ss. 971-1005.
- Erdemir M. Aymelek (2017), Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk ve İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı, *Terazi Hukuk Dergisi*, C: 12, S: 132, ss. 70-81.
- Erdoğan Ersin (2017), 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C: 14, S: 55, ss. 1211-1242.
- Erdoğan Ersin ve Erzurumlu Nurbanu (2016), Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye’nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı, SETA Raporu, İstanbul, (Çevrimiçi) <https://setav.org/assets/uploads/2016/12/Turkiyenin-Arabuluculuk-Tecrubesi-PDF.pdf>, 29.11.2019.
- Erdoğan Ersin ve Cömert Büşra (2018), Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler, *Terazi Hukuk Dergisi*, C: 13, S: 138, ss. 27-47.
- Erdoğan Gizem Yaşın (2009), Alternatif Uyuşmazlık Çözümlerinin Hukuki Temelleri, Hak Arama Özgürlüğü İle İlişkisi, Olumlu ve Olumsuz Yönler, *Hukuk Gündemi Dergisi*, S: 2, ss. 21-36.
- Erdoğan Mustafa (1993), İnsan Hakları Öğretisine Giriş, *Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C: 11, ss. 23-40.
- Erdoğan Mustafa (2016), *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Orion Kitabevi, 5. baskı, Ankara.
- Eren M. Yusuf (2014), *Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk Yöntemi*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Konya.

- Erişir Evrim ve Tekin Ceren (2008), Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Üzerine Yeşil Kitap, *MİHDER*, S: 9, ss. 131-165.
- Ermenek İbrahim ve Azaklı Arslan Betül (2020), İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m.5/A), *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 148, ss. 135-196.
- Ermenek İbrahim (2021), *Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Erol Muammer (2018), *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*, İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Hukuk Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- Fendoğlu Hasan Tahsin (2020), *İnsan Hakları Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2. baskı, Ankara.
- Gabellini Rachele (2010), The Italian Mediation Law Reform, Vol: 12, Number: 3, Article: 4, *ADR Bulletin*, (çevrimiçi) [https://mfsd.it/sys\\_dati\\_open.php?open\\_UID=PDF\\_D00C059DB03AD4B0&open\\_source=module\\_upload\\_contents\\_files](https://mfsd.it/sys_dati_open.php?open_UID=PDF_D00C059DB03AD4B0&open_source=module_upload_contents_files), 01.04.2021.
- Geçmez Taha Polat (2019), *Bireysel İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, Altınbaş Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası Ticaret Hukuku Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- Göksu Mustafa (2014), Tarafların Sulhe Teşvik Edilmesinde Etkili Bir Örnek: İngiliz Hukuk Yargılamasında Resmi Sulh Önerileri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 11, ss. 277-314.
- Göksu Mustafa (2017), Mandatory Mediation In Labor Disputes, *PressAcademia Procedia*, Volume: 3, Issue: 1, ss. 378-384.
- Gölcüklü Feyyaz (1994), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılama, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C: 29, S: 1-4, ss. 199-234.
- Gönenç Levent (2011), Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, *Tepav Anayasa Çalışma Metinleri 3*, ss. 1-31.
- Gözler Kemal (2004), “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak Ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13’üncü Maddenin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)”, Türk Anayasa Hukuku Sitesi, (çevrimiçi) <https://www.anayasa.gen.tr/madde13.htm>, 12.04.2021.

- Gül Cengiz ve Birtek Fatih (2007), Hak Arama Özgürlüğü ve Türk Pozitif Hukukunda Yargı Yolu Kapalı İşlemler, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: II, S: 1-2, ss. 3-41.
- Güleryüz M. Tarık ve Ülker Barış, “Zorunlu Arabuluculuk: Adalete Erişimi Zorlaştıran Bir Engel mi?”, (çevrimiçi) <https://blog.lexpera.com.tr/zorunlu-arabuluculuk-adalete-erisimi-zorlastiran-bir-engel-mi/#:~:text=Zorunlu%20arabuluculuk%20bu%20bak%C4%B1mdan%20bir,t%C3%BCketilmesi%20gereken%20bir%20yola%20d%C3%B6n%C5%9Fmektedir.&text=Zorunlu%20arabuluculuk%20%C3%B6znelindeki%20osun%20ise,sebeple%20adalete%20eri%C5%9Fim%20hakk%C4%B1n%C4%B1n%20k%C4%B1s%C4%B1tlanmas%C4%B1d%C4%B1r,04.12.2020>.
- Güran Sait (1992), Hak Arama Özgürlüğünün İki Boyutu, *Anayasa Yargısı*, AYM Yayını, S: 9, ss. 23-41.
- Gürsu Menekşe Gamze (2019), *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- Güzel Ali (2016), İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!..., *Çalışma ve Toplum: Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, S: 50, ss. 1131-1146.
- Hanks Melissa (2012), Perspectives on Mandatory Mediation, *UNSW Law Journal*, Volume: 35 (3), ss. 929-952
- Herbert A. William, De Palo Giuseppe, Baker, Ava V., Anthimos, Apostolos, Tereshchenko Natalia and Judin Michael (2011), International Commercial Mediation, *The International Lawyer*, Volume: 45 (1), ss. 111-123.
- Hür Ali Turan (2019), Ticari Davalarda Arabuluculuk, *İstanbul Barosu Dergisi*, C: 93, S: 1, ss. 280-284.
- Ildır Gülgün (2003), *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara.
- İba Şeref (2008), *Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar*, 2. Baskı, Turhan Kitapevi Yayınları, Ankara.
- İkizoğlu Akın Gülen (2017), 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Arabuluculuk ve İş Hukukundaki Değişikliklere Genel Bakış, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 5, S: 10, ss. 133-145.

- İnceoğlu Sibel (2014), *Adil Yargılanma Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 4, MRK Baskı, Ankara, (çevrimiçi) [https://www.anayasa.gov.tr/media/3547/04\\_adil\\_yargilanma\\_hakki\\_son.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/3547/04_adil_yargilanma_hakki_son.pdf), 01.04.2021.
- Kaboğlu Ö. İbrahim (1989), *Kollektif Özgürlükler*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 8, Dicle Üniversitesi Basım Evi, 1989.
- Kaboğlu Ö. İbrahim (2013), *Özgürlükler Hukuku 1 İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*, Yenilenmiş 7. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara.
- Kamu Hukuku Tebliğleri Tam Metin Kitabı* (2020), Editörler: Süleyman Üstün, Ayşegül Çoban Atik, Tuğba Bayraktar, Selçuk Hukuk Kongresi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 17, 1. Baskı, Aralık 2020.
- Kapani Münci (1993), *Kamu Hürriyetleri*, 7. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Kaplan İbrahim (1994), Demokrasi-Hukuk-Otorite, *AÜSBFD*, C: 49, S: 1, ss. 267-271.
- Kaplan Yavuz (2008), Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirilen Bir Bakış, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C: 28, S: 1-2, ss. 115-146.
- Kar Bektaş (2013), İş Yargılamasına Hakim Olan İlkeler, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 15, Özel Sayı, ss. 869-882 (Basım Yılı: 2014).
- Kar Bektaş (2018), *İş Yargılaması Usulü*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2018 (Usul).
- Karacabey Kürşat (2016), Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, *Ankara Barosu Dergisi*, S: 1, ss. 457-489.
- Karahoda Kemal (2008), Arabuluculuk Kurumunda İngiliz Deneyimi, ss. 1-12. (çevrimiçi) Arabulucu.com, 20.04.2021.
- Karatepe Şükrü (2018), *Türk Anayasa Hukuku*, Savaş Yayınevi, 2. Baskı, Ankara.
- Kaşıkar M. Serhat (2009), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Çerçevesinde Makul Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 84, ss. 231-259.
- Kaya Sedat (2018), 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: XXII, S: 1-2, ss. 209-261
- Kayık Aydınalp Aslıhan ve Mülayim, Baki Oğuz (2019), Hizmet Tespiti Davalarında İş Sözleşmesi ile Adi Ortaklık Sözleşmesinin Tespitine İlişkin Ölçütler, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 27, S: 3, ss. 809-843.

- Kazmaz Tepe Büşra (2018), Arabuluculuk Anlaşma Belgesine İlişkin İcra Edilebilirlik Şerhi Taleplerinde Yargılama Usûlü, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, C: 5, S: 1, ss. 125-150.
- Kekeç Kısmet Elif ve Yazıcı Tıktık Çiğdem, Hukuk, Editör Ali Yeşilirmak, ss.1-61, (Çevrimiçi) <http://balikesirbarosu.org.tr/wp-content/uploads/2016/05/2.pdf>, 08.12.2019.
- Kekeç Kısmet Elif (2016), *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Kılıçoğlu Mustafa (2019), İş Hukuku Esasları, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Uygulaması ve İş Hukuku Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, 2. Baskı, Ankara.
- Kıyak Emre (2015), Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukukî Niteliği, *TAAD*, Yıl: 6, S: 21, ss. 523-548.
- Kıyak Emre (2019), “Tarafları Bağlayıcı Arabuluculuk Anlaşmalarının Hukuki Niteliği ve Dava Açma Yasağı Etkisi Üzerine Düşünceler”, 2019, (çevrimiçi) <https://blog.lexpera.com.tr/taraflari-baglayici-arabuluculuk-anlasmalarinin-hukuki-niteliği-ve-dava-acma-yasagi-etkisi-uzerine-dusunceler/>, 29.01.2021.
- Koç Emin (2019), Türk Hukuku’nda Devlet İşlemlerine Karşı Başvuru Yollarını Gösterme Yükümlülüğü, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:145, ss. 302-347.
- Koçyiğit İlker ve Bulur, Alper (2019), *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Birinci Baskı.
- Korkmaz Fahrettin ve Kıyak Emre (2018), 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 4, S: 1, ss. 31-56.
- Köküsarı İsmail (2011), Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: XV, S: 1, ss. 163-208.
- Köme Akpulat Ayşe (2018), *İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri*, 1. Baskı, İstanbul.
- Kurt Konca Nesibe (2019), Arabuluculuk Sürecinde Adli Yardım Taleplerinde Görevli Merciyeye İlişkin Bir Değerlendirme, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:142, ss. 231-248.



- Kurt Konca Nesibe (2020), Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkime İlişkin Düzenlemeler, Güven Veren ve Erişilebilir Adalet Vizyonunda Üçüncü Yargı Paketi, *SETA Yayınları*, 1. Baskı, ss. 59-62.
- Kurt Konca Nesibe (2017), Arabuluculuğa Elverişli Alanlar, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Güncel Gelişmeler Paneli Tebliğ Metinleri, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 2, S: 1, ss. 234-240.
- Kurt Konca Nesibe (2018), Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, *SETA Perspektif*, S: 225, (çevrimiçi) <https://setav.org/assets/uploads/2019/01/225.pdf>, 27.11.2020.
- Kurt Resul (2018), İş Yargısında Arabuluculuk, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:135, ss. 406-444.
- Kuru Baki (1964), Dava Şartları, *Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan*, Ankara, ss. 109-147.
- Kuru Baki (2001), *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, C. II, 6. Baskı, İstanbul.
- Kuru Baki (2010), Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler, *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, C: 16, S: 2, ss. 237-246.
- Kuru Baki, Arslan Ramazan ve Yılmaz Ejder (2012), *Medeni Usul Hukuku*, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Kurucu Barçın (2008), 3194 Sayılı İmar Kanunu İle Planlama ve İmar Kanunu Tasarısı Taslağı'nın Kamu Yararı Kavramı Açısından Değerlendirilmesi, *Ekonomik Sorunlar Dergisi*, S: 30, ss. 1-8.
- Küçükgüngör Erkan (2004), Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim ve Alternatif Çözüm Yöntemleri, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C: 22, S: 4, ss. 47-76.
- Loi Piera (2016), İtalyan İş Hukukunda Arabuluculuk ve Uzlaşma, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İstanbul, ss.121-147, (çevrimiçi) [tisk.org.tr/wp-content/uploads/2016/11/is-hukuku-mahkemeleri-kanunutasarisi.pdf](http://tisk.org.tr/wp-content/uploads/2016/11/is-hukuku-mahkemeleri-kanunutasarisi.pdf), 15.11.2020.
- Manav Özdemir Eda (2015), İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S: 47, ss. 185-222.
- Metin Yüksel (2017), Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 7, S: 1, ss. 1-74.

- Montesque, *Kanunların Ruhu Üzerine* (De L'Esprit de Lois) Çeviren Baldaş Fehmi, Hiperlink Yayınları, (t.y.) , İstanbul.
- Muktedir Lale (2016), *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Mumcu Ahmet ve Küzeci Elif (2011), *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri (Kavramlar, Evrensel ve Ulusal Gelişimleri, Bugünkü Durumları)*, Yenilenmiş 5. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara.
- Mutlay Faruk Barış (2018), *İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III*, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferansı Serisi, No.7, İstanbul.
- Namlı Mert (2016), İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İstanbul, ss. 151-165., (çevrimiçi) [tisk.org.tr/wp-content/uploads/2016/11/is-hukuku-mahkemeleri-kanunutasarisi.pdf](http://tisk.org.tr/wp-content/uploads/2016/11/is-hukuku-mahkemeleri-kanunutasarisi.pdf), 11.11.2020.
- Namlı Mert (2018), Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Mahkemeye Erişim Hakkı ile İlişkisi, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C: 15, S: 60, ss. 1295-1327.
- Nedim Burak ve Meriç Pınar (2009), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yargı Harçlarına Bakışı: Yiğit ve Ülger Davaları Işığında Hak Arama Özgürlüğü ve Yargı Harçları İlişkisi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 84, ss. 188-212.
- Odaman Serkan ve Karaçöp Eda (2016), İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağında Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi, *Sicil Der.*, S: 35, ss. 51-66.
- Oğurlu Yücel (2001), AIHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak "Ölçülülük İlkesi", Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir, ss. 485-521.
- Oğuz Özgür (2016), *Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, 1. Baskı, İstanbul, (Alternatif).
- Oğuz Özgür (2019), *Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk*, 1. Baskı, İstanbul.
- Okumuş Nagehan (2018), Türk Tahkim Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkına Riayet Edilmemesi Sebebiyle Hakem Kararlarının İptali (HMK M. 439/ 2, F),

- Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: XXII, S: 1–2, ss. 191-208.
- Okur Zeki (2019), *Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, Karahan Kitabevi, Adana.
- Örücü Esin (1975), 1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine Göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özü, *Hukuk Fakültesi Mecmuası - F:10*, ss. 145-161.
- Özay İl Han (2004), *Günışığında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- Özbay İbrahim (2004), Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlâm Niteliği, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: VIII, S. 3-4, ss. 387-418.
- Özbay İbrahim (2006), Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: X, S: 3-4, ss. 460-475.
- Özbek Mustafa (2007a), Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C: 19, S: 68, ss. 265-320.
- Özbek Mustafa (2007b) Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi, *AÜHFD*, C: 56, S: 1, ss. 183-231.
- Özbek Mustafa (2008), Hukukî ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönerge Teklifi Hakkında Siyasî Anlaşma, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 77, ss. 384-400.
- Özbek Mustafa (2010), Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 15-17 Ekim 2010, ss. 107-154, (Tebliğ).
- Özbek Mustafa (2012), Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 51, S: 2, ss. 121-162.
- Özbek Mustafa Serdar (2006), Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması, *Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan*, Ankara, ss. 441-502.
- Özbek Mustafa Serdar (2014), Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesinin Tahlili, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, C: 20, S: 1, ss. 1119-1156.
- Özbudun Ergün (2019), *Türk Anayasa Hukuku*, 2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş 19. basım, Yetkin Yayınları, Ankara.

- Özcan Cem (2017), Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl: 5, S: 9, ss. 383-396.
- Özçelik Volkan (2018), Dava Şartı Olarak Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (Usûl Ekonomisi İlkesi ve Hak Arama Hürriyeti Bakımından Değerlendirme), *Kesit Akademi Dergisi*, Yıl: 4, S:14, ss. 344-352.
- Özdemir Selman (2016), Hak Üzerine Bir Değerlendirme, *Adalet Dergisi*, S: 56, ss. 101-134.
- Özdemir Semih Sırrı (2012), Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı: İngiltere'deki Düzenlemeler ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 2, S: 1, ss. 55-66.
- Özekes Muhammet (2018), Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi “Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Ankara, ss. 111-136, (çevrimiçi) <http://ozekesseven.com/>, 28.01.2021.
- Özekes Özlem (2018), İşe İade Taleplerinde Dava Şartı Olan (Zorunlu) Arabuluculuk, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C: 31, S: 138, ss. 273-316.
- Özel Sibel (2020), Zorunlu Arabuluculuğun Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde İrdelenmesi, *Public and Private International Law Bulletin*, Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan, C: 40, S: 2, ss. 867-892.
- Özgenç İzzet ve Şahin Cumhur (2001), İddia ve Savunma Hakkı, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: V, S: 1-2, ss. 1-27.
- Özkan Sungurtekin Meral (2014), Anayasal Şikayet ve Adalete Erişim, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 16, Özel Sayı, ss. 399-410 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, ss. 399-410.
- Özmumcu Seda (2012), *Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış*, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul.
- Özmumcu Seda (2013), Arabulucunun Rolü, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C: LXXI, S: 1, ss. 1369-1389.
- Özmumcu Seda (2015), Amerika Birleşik Devletleri'nde Uyuşmazlık Çözümünde Dönüştürücü Arabuluculuk Modeli, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C: LXXIII, ss. 325-356.

- Özmumcu Seda (2016), Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C: LXXIV, S: 2, ss. 807-842.
- Özmumcu Seda (2019), Arabuluculukta Tarafsızlık İlkesinin Görünümü ve Etik Kurallar Çerçevesinde Değerlendirilmesi, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 10(1), ss. 262-276.
- Öztürk Burak (2015), *Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Pekcanitez Hakan (2007), HUAK Tasarısının Tanıtımı, TBB Medeni Usul ve İcra iflas Hukukçuları Toplantısı IV, Medeni Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir, ss. 247-264. (çevrimiçi) [tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/Medeni\\_Usul\\_6.pdf](http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/Medeni_Usul_6.pdf), 05.11.2020, (Tebliğ).
- Pekcanitez Hakan (2011), TBB Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı Konuşması, Ankara, ss. 114-127. (çevrimiçi) [tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/436-d.pdf](http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/436-d.pdf), 15.11.2017.
- Pekcanitez Hakan (2017), *Medenî Usûl Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 15. Bası, İstanbul.
- Pekcanitez Hakan, Atalay Oğuz ve Özkes Muhammet (2020), “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi”, (çevrimiçi), <https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020-degerlendirilmesi/>, 16.01.2021.
- Pekcanitez Hakan, “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, ss. 753-791, (çevrimiçi), <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/Pekcanitez.pdf>, 19.01.2021.
- Pezük Gülnihal (2020), *Hak Arama Hürriyeti Bağlamında Türk İdari Yargısında Dava Açma Süreleri*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- Polat Metin (2018), Arabuluculuğun Türleri Nelerdir?, (Çevrimiçi), <https://metinpolat.av.tr/arabuluculugun-turleri-nelerdir.html>, 01.12.2019.
- Rottleuthner Hubert, çeviren Deniz Dursun (2012), Arabuluculuk ve Hukuk Devleti İlkesi, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 2, S: 1, ss. 47-55.
- Sağlam Fazıl (1982), *Temel Hakların Özü*, Ankara.

- Sağlam Mehmet (2002), Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu, *Anayasa Yargısı*, C: 18, S: 1, ss. 1-32.
- Sarisözen M. Serhat (2011), Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Getirdikleri, İcra Edilebilirlik Belgesi ve Arabuluculuğun Avukatın Tekel Hakkına Aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: XV, S: 1-2, Y: 2011, ss. 256-271.
- Sarisözen M. Serhat (2010), *Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Işığında Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, Konya 2010.
- Schoneville Manon (2011), TBB Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı Konuşması, Ankara, ss. 94-105. (çevrimiçi) [tbbayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/436-d.pdf](http://tbbayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/436-d.pdf), 15.11.2020.
- Şahin, Hüseyin Güngör (2008), *Arabuluculuk*, 1. Baskı, Mentis Yayıncılık, İstanbul.
- Şahin Meral Ekici ve Yemenici Kürşat (2018), 6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: XIII, S: 1, ss. 445-507.
- Şimşek Mehmet (2015), Yargı Organlarınca Hükmedilen Vekâlet Ücretinin Aidiyeti Sorunu, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S: 6, Y: 2015, ss. 535-561.
- Şişli Zeynep (2012), Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm, *Ankara Barosu Dergisi*, S: 2, ss. 45-67.
- Taciser Ülkü Levent ve Gülfem Baştuğ Filizoğlu, İş Dünyasında Arabuluculuğun Önemi, *Arabuluculuk Gönülleri Derneği*, (Çevrimiçi) <https://arabuluculukgonulluleri.org.tr/is-dunyasinda-arabuluculugun-onemi/>, 29.11.2019.
- Tanör Bülent ve Yüzbaşıoğlu Necmi (2019), *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 19. Bası, Bata Basım, İstanbul.
- Tanrıver Süha (2004), Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 53, ss. 191-215.
- Tanrıver Süha (2006a), Türk Medenî Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 65, ss. 368,377.

- Tanrıver Süha (2006b), Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 64, içinde; *Makalelerim II*, Adalet Yayınları, Ankara, 2011, ss. 3-31.
- Tanrıver Süha (2006c), Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, içinde; *Makalelerim II*, Ankara, Adalet Yayınları, ss. 67-94.
- Tanrıver Süha (2009), Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara, içinde; *Makalelerin II*, Adalet Yayınları, Ankara, 2011, ss. 183-211.
- Tanrıver Süha (2010), Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Ankara, içinde; *Makalelerin II*, Adalet Yayınları, Ankara, ss. 243-257.
- Tanrıver Süha (2013), Tabii Hakim İlkesi ve Medeni Yargı, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 104, ss. 12-15.
- Tanrıver Süha (2018), Medenî Usûl Hukuku, C. I, Ankara, (Usul).
- Tanrıver Süha (2020), Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 147, ss. 111-142.
- Tanrıver Süha (2020), *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Taş Serdar (2019), *Hukuk ve Siyaset: Türkiye'de Arabuluculuk Tartışmaları ve Düzenlemeleri*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- Taşpolat Tuğsavul Melis (2019), Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 18, S: 1, ss. 333-379.
- Taşpolat Tuğsavul Melis (2012), *Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde)*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Tayfun Recep ve Erdem Türk Aylin (2016), Arabuluculuk Uygulamalarına İlişkin Bir Alan Araştırması (Ankara Örneği), *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 122, ss. 417-438.

- Tezcan Durmuş, Erdem Ruhan Mustafa, Sancakdar Oğuz ve Önok Murat Rıfat (2011), *İnsan Hakları El Kitabı*, 4.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olan Arabuluculukta Taraf Vekilliği El Kitabı (2009), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Şen Matbaa, Ankara.
- Tombaloğlu Nermin (2014), Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramı, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 5, S: 1, ss. 353-388.
- Tulukçu B. Nezihe (2017), *İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi ve İşe İade*, Ankara.
- Turan Hüseyin (2009), Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki Yeri ve Önemi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 84, ss. 213-230.
- Turhan Aydın (2013), İnsan Hakkı Kuşakları Arasındaki Tamamlayıcılık İlişkisi, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 4, S: 2, ss. 357-378.
- Uçar Onur ve Yereli Ahmet Burçin (2019), Hukuka Uygunluk Kriteri Olarak “Ölçülülük” İlkesinin Yüksek Yargı Organlarının Vergi Suçlarına İlişkin Kararları Bağlamında Değerlendirilmesi, *Maliye Dergisi*, S: 176, ss. 575-598.
- Uslu Ferhat (2016), *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Üstündağ Saim (2000), *Medenî Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul.
- Winston David (1996), Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: You Can Lead A Horse to Water..., *Ohio Journal On Dispute Resolution*, Volume: 11/1, ss. 187-206. (çevrimiçi) [kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/79729/OSJDR\\_V11N1\\_187.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/79729/OSJDR_V11N1_187.pdf?sequence=1&isAllowed=y), 15.11.2020.
- Wilson M. Ömer, Yapay Zeka Çağında Mesleklerin ve Arabuluculuğun Geleceği, (çevrimiçi) <https://www.rotaarabuluculuk.com/etkinlikler/yapay-zeka-caginda-mesleklerin-ve-arabuluculugun-gelecegi>, 15.01.2021.
- Yağcıoğlu Kaan Muharrem (2018), Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculuğun İş Yargılamasına Etkileri, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 20, S: 2, ss. 457-486.
- Yardım M. Ertan (2018), Genel Hatlarıyla Bireysel İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, *Toprak İşveren Dergisi*, S: 117, ss. 1-17.
- Yazıcı Tıktık Çiğdem (2013), *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, 12 Levha Yayınları, İstanbul.



- Yeşilirmak Ali (2020), *Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu: Bildiri Özeti Kitabı*, editörler; Ali Yeşilirmak, Yeliz Bozkurt Gümrukçuoğlu, Ömer Faruk Kafalı, Gülnihal Ahter Yakacak, Ahmet Dülger, 1. Baskı, İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- Yıldırım Ferhat (2014), Arabuluculuk Faaliyetinde Sorumluluk Sigortasının Önemi, *Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 3, S: 2, ss. 167-187.
- Yıldırım Ferhat (2016), Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk, *International Journal of Social Sciences and Education Research*, C: 2 (3), ss. 748-762.
- Yıldırım Ferhat (2019), *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*, İstanbul Okan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı, İstanbul, 2019.
- Yıldırım M. Kamil (2000), *Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf*, İstanbul.
- Yıldırım M. Kamil (2011), *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, 6. Baskı, Beta Basım, İstanbul.
- Yıldırım M. Kamil (2007), *İhtilâfların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında*, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul.
- Yıldız Hayrettin (2013), Hukuk Devleti'nin Gelişim Sürecinde Mülk Devleti ve Polis Devletinin Yeri, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 15, S: 2, (Basım Yılı: 2014), ss. 211-230.
- Yılmaz Demet (2020), *Türk İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Yılmaz Ejder (2008), Usul Ekonomisi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 57, S: 1, ss. 243-274.
- Yılmaz Harun (2020), İdari Yargıya İlişkin Bireysel Başvuru Kararlarında Silahların Eşitliği İlkesi, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, S: 19, ss. 27-46.
- Yılmaz Süleyman ve Akipek, Şebnem Öcal (2013), *Uygulamalı Hukuka Giriş*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013.
- Zumeta Zena, "Styles of Mediation: Facilitative, Evaluative, and Transformative Mediation", (çevrimiçi), <https://www.mediate.com/articles/zumeta.cfm#bio>, 14.01.2021.

### **Yararlanılan Yargı Kararları:**

- AHİM (BD), *Kudla/Polonya*, B. No: 30210/96, 26.10.2000.
- AHİM (BD), *M.S.S./Belçika ve Yunanistan*, B. No: 30696/09, 21.01.2011.
- AHİM (BD), *Nait-Liman/İsviçre*, B. No: 51357/07, 15.03.2018.
- AHİM (BD), *Osman/ Birleşik Krallık*, B. No: 23452/94, 28.10.1998.
- AHİM (BD), *Stanev/Bulgaristan*, B. No: 36760/06, 17.01.2012.
- AHİM (BD), *Zubac/Hrvatistan*, B. No: 40160/12, 05.04.2019.
- AHİM, *Airey/İrlanda*, B. No: 6289/73, 09.01.1979.
- AHİM, *Ashingdane/Birleşik Krallık*, B. No: 8225/78, 28.05.1985.
- AHİM, *Bellet/Fransa*, B. No: 23805/94, 04.12.1995.
- AHİM, *Daneshpayeh/Türkiye*, B. No: 21086/04, 16.07.2009.
- AHİM, *De Haes and Gijssels/Belçika*, B. No: 19983/92, 24.02.1997.
- AHİM, *Ebru ve Tayfun Engin Çolak/Türkiye*, B. No: 60176/00, 30.05.2006.
- AHİM, *Georgel ve Georgeta Stoicescu/Romanya*, B. No: 9718/03, 26.10.2011.
- AHİM, *Golder/Birleşik Krallık*, B. No: 4451/70, 21.02.1975.
- AHİM, *Kaya/Türkiye*, B. No: 158/1996/777/978, 19.02.1998.
- AHİM, *Miragall Escolano ve Diğerleri/İspanya*, B. No: 38366/97, 38688/97, 40777/98, 40843/98, 41015/98, 41400/98, 41446/98, 41484/98, 41487/98 ve 41509/98, 25.04.2020.
- AHİM, *Mustafa Türkoğlu/Türkiye*, B. No: 58922/00, 08.08.2006.
- AHİM, *Platakou/Yunanistan*, B. No: 38460/97, 05.09.2001.
- AHİM, *Pudas/İsveç*, B. No: 10426/83, 27.10.1987.
- AHİM, *Ringeisen/Avusturya*, B. No: 2614/65, 16.07.1971.
- AHİM, *Schmidt/Letonya*, B. No: 22493/05, 27.04.2017.
- AHİM, *Sebahattin Evcimen/Türkiye*, B. No: 31792/06, 23.2.2010.
- AHİM, *Stankov/Bulgaristan*, B. No: 68490/01, 12.07.2007.
- AHİM, *Steel ve Morris/Birleşik Krallık*, B. No: 68416/01, 15.02.2005.
- AHİM, *Weissman ve Diğerleri/Romanya*, B. No: 63945/00, 24.05.2006.
- AHİM, *Zavoloka/Litvanya*, B. No: 58447/00, 7.7.2009.
- AHİM, *Zöhre Akyol/Türkiye*, B. No: 28668/03, 04.11.2008.
- AİHM, *Eşim/Türkiye*, B. No: 59601/09, 17.09.2013,
- AİHM, *Lawyer Partners A.S./Slovakya*, B. No: 54252/07.
- AYM, *Abdullah Koç*, B. No: 2018/4912, 10.03.2021.
- AYM, *Ahmet Saygılı ve Şefika Saygılı*, B. No: 2013/135, 21.01.2015.

AYM, *Ataseven Enerji Üretim A.Ş.*, B. No: 2018/27502, 10/3/2021.  
AYM, *Bülent Özer*, B. No: 2018/36896, 25.02.2021.  
AYM, *Emine Yıldız*, B. No: 2014/12324, 01.02.2017.  
AYM, *Erol Aydeğer*, B. No: 2013/4784, 07.03.2014.  
AYM, *Ferda Yeşiltepe*, B. No: 2014/7621, 25.07.2017.  
AYM, *Güher Ergun ve diğerleri*, B. No: 2012/13, 2.07.2013.  
AYM, *Halil Afşin ve Diğerleri*, B.No: 2013/4824, 25.02.2015.  
AYM, *Hasan Rahmi Özgenç*, B. No: 2013/2418, 16.12.2015.  
AYM, *Mahir Şahap Bostan*, B. No: 2017/19906, 02.06.2020.  
AYM, *Medeni Alpkaya*, B. No: 2013/3078, 21.01.2016.  
AYM, *Neşe Aslanbay Akbıyık*, B. No: 2014/5836, 16.04.2015.  
AYM, *Nevruz Bozkurt*, B. No: 2013/664, 17.09.2013.  
AYM, *Sevim Akat Eşki*, B.No: 2013/2187, 19.12.2013.  
AYM, T. 01.10.2020, E. 2020/21, K. 2020/53, RG. 17.11.2020, S. 31307.  
AYM, T. 02.05.2013, E. 2013/44, K. 2013/59, RG. 10.12.2013, S. 28847.  
AYM, T. 02.06.1989, E. 1988/36, K. 1989/24, RG. 28.09.1989, S. 20296.  
AYM, T. 03.03.2004, E. 2003/98, K. 2004/31, RG. 10.07.2004, S. 25518.  
AYM, T. 07.06.1995, E. 1995/19, K. 1995/64, RG. 29.07.1997, S. 23064.  
AYM, T. 01.11.2012, E.2010/83, K.2012/169, RG. 22.2.2013, S. 28567.  
AYM, T. 10.07.2013, E. 2012/94, K. 2013/89, RG. 25.01.2014, S. 28893.  
AYM, T. 11.07.2018, E. 2017/178, K.2018/82, RG. 11.12.2018, S. 30622.  
AYM, T. 11.4.2012, E. 2011/33, K. 2012/54, RG. 13.10.2012, S. 28440.  
AYM, T. 14.06.2017, E. 2017/49, K. 2017/113, RG. 11.08.2017, S. 30151.  
AYM, T. 18.02.1971, E. 1970/31, K.1971/21, RG. 09.07.1971, S. 13890.  
AYM, T. 19.09.1991, E. 1991/2, K. 1991/30, RG. 16.09.1991, S. 21347.  
AYM, T. 23.05.1972, E. 1972/2 - K. 1972/38, RG. 21.11.1972, S. 14368.  
AYM, T. 26.10.1988, E. 1988/19, K.1988/33, RG. 11.12.1988, S. 20016.  
AYM, T.26.11.2002, E. 2001/79, K.2002/194, RG. 12.04.2003, S. 25077.  
AYM, T. 27.12.2018, E.2018/71, K.2018/118, RG. 15.2.2019, S. 30687.  
AYM, T. 28.06.1995, E.1994/77, K.1995/24, RG. 15.05.1996, S. 22637.  
AYM, T. 28.11.2013, E. 2013/40, 2013/139, RG. 09.05.2009, S. 28995.  
AYM, T. 29.01.1980, E. 1979/38, K. 1980/11, RG. 15.05.1980, S. 16989.  
AYM, T. 29.04.1993, E. 1992/39, K. 1993/19, RG. 17.10.1995, S. 22436.  
AYM, *Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18.09.2013.

AYM, *Yaşasın Aslan*, B. No: 2013/1134, 16.05.2013.

AYM, *Yüksel Hançer*, B. No: 2013/2116, 23.1.2014.

Danıştay 13. Dairesi, T. 09.02.2018, E. 2015/50, K. 2018/357.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 22.01.2010, E.2009/12093, K.2010/640.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, T. 22.11.2012, E.2012/6485, K.2012/26126.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 10.12.2010, E.2010/40044, K.2010/37251.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 03.06.2010, E.2008/28671, K.2010/15992.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 11.06.2019, E. 2019/3694, K. 2019/13040.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 12.02.2014, E.2013/385, K.2014/100.

Yargıtay14. Hukuk Dairesi, T. 29.11.2016, E.2016/5904, K. 2016/9858.

