



ARABULUCULUĞUN GELECEĞİ SEMPOZYUMU

BİLDİRİ ÖZETİ KİTABI

14 Kasım 2020

EDİTÖRLER

Prof. Dr. Ali Yeşilirmak

Doç. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu

Arş. Gör. Ömer Faruk Kafalı

Arş. Gör. Gülnihal Ahter Yakacak

Arş. Gör. Ahmet Dölger



ARABULUCULUĞUN GELECEĞİ SEMPOZYUMU

Bildiri Özeti Kitabı

14 Kasım 2020

EDİTÖRLER:

Prof. Dr. Ali Yeşilırmak

Doç. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu

Arş. Gör. Ömer Faruk Kafalı

Arş. Gör. Gülnihal Ahter Yakacak

Arş. Gör. Ahmet Dülger



İBN HALDUN
UNİVERSİTESİ YAYINLARI

Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu

Bildiri Özeti Kitabı 14 Kasım 2020

Prof. Dr. Ali Yeşilırmak

Doç. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu

Arş. Gör. Ömer Faruk Kafalı

Arş. Gör. Gülnihal Ahter Yakacak

Arş. Gör. Ahmet Dülger

ISBN 978-625-7249-10-2

1. Baskı 2020 / İstanbul

**Genel
Yayın Yönetmeni** Savaş Cihangir Tali

Mizanpaj IHU Yayınları

Kapak IHU Yayınları

**İbn Haldun Üniversitesi
Yayınları** Ordu Cd. No:3,
34480 Başakşehir / İSTANBUL

Tel 0 (212) 692 0212

İbn Haldun Üniversitesi Yayınları
bir İbn Haldun Üniversitesi
departmanıdır.

Yeşilırmak, Ali

Arabuluculuğun geleceği sempozyumu : bildiri özeti kitabı 14 Kasım 2020 / Ali Yeşilırmak, Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Ömer Faruk Kafalı, Gülnihal Ahter Yakacak, Ahmet Dülger. -- 1. bs. -- İstanbul : İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, 2020.

304 s. ; 21 sm.

ISBN 978-625-7249-10-2

1.Türkiye'de tahkim. 2. Tahkim, arabuluculuk, uzlaşma (Hukuk) 3.Tahkim ve hüküm. 4. Uyuşmazlık çözümü (Hukuk)_Türkiye.

5. Anlaşmazlık çözümü (Hukuk)_Türkiye.

KKX 1829

347.561

© Bu eserin tüm yayın hakları, yayınevi ile anlaşmalı olarak yazarına aittir. Eleştirel makale ve dergilerde yapılacak kısa alıntılar dışında, bu kitabın tamamı veya bir kısmı, yayıncının izni olmadan yayınlanamaz.

Sempozyum Düzenleme Kurulu

Prof. Dr. Ali Yeşilırmak

Doç. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu

Arş. Gör. Ömer Faruk Kafalı

Arş. Gör. Gülnihal Ahter Yakacak

Arş. Gör. Ahmet Dülger

Sempozyum Bilim Kurulu

Hakan Öztatar (Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürü)

Umut İlhan Durmuşoğlu (Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanı)

Dr. Seracettin Göktaş (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı)

Prof. Dr. Atilla Altop (İstanbul Kültür Üniversitesi)

Prof. Dr. Oğuz Atalay (Dokuz Eylül Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi)

Prof. Dr. Murat Atalı (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Sema Taşpınar Ayvaz (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Ali Cem Budak (İstanbul Ticaret Üniversitesi)

Prof. Dr. Talat Canbolat (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Nurşen Caniklioğlu (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Yusuf Çalışkan (İbn Haldun Üniversitesi)

Prof. Dr. Ömer Ekmekçi (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Güray Erdönmez (Galatasaray Üniversitesi)

Prof. Dr. Emre Esen (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar (Bilkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Serdar Kale (İstanbul Medipol Üniversitesi)

Prof. Dr. Tekin Memiş (Beykent Üniversitesi)

Prof. Dr. Saim Ocak (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Turgut Öz (İstanbul Kültür Üniversitesi)

Prof. Dr. İbrahim Özbay (Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi)

Prof. Dr. Mustafa Serdar Özbek (Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi)

Prof. Dr. Muhammet Özekes (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez (Galatasaray Üniversitesi)

Prof. Dr. Vural Seven (Türk Alman Üniversitesi)

Prof. Dr. İbrahim Subaşı (İstanbul Medeniyet Üniversitesi)

Prof. Dr. Süha Tanrıver (Çankaya Üniversitesi)

Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu (Bilkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Müjgan Tunç Yücel (İstanbul Medipol Üniversitesi)

Prof. Dr. Ali Yeşilırmak (İbn Haldun Üniversitesi)

Prof. Dr. Şükrü Yıldız (İbn Haldun Üniversitesi)

Doç. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu (İbn Haldun Üniversitesi)

Doç. Dr. Ömer Çınar (İbn Haldun Üniversitesi)

Doç. Dr. Mustafa Erkan (Marmara Üniversitesi)

Doç. Dr. Fatma Burcu Savaş Kutsal (Bahçeşehir Üniversitesi)

Doç. Dr. Hülya Taş Korkmaz (İstanbul Kültür Üniversitesi)

Doç. Dr. Nedim Meriç (Akdeniz Üniversitesi)

Doç. Dr. Bilgehan Yeşilova (Yaşar Üniversitesi)

Av. Dr. İsmail Esin (İstanbul Barosu)

İÇİNDEKİLER

| | |
|--|------------|
| 14 Kasım 2020 Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu | 13 |
| Sempozyum Açılış Konuşmaları | 15 |
| I. Oturum | 27 |
| İş Mahkemeleri Kanununda Yer Alan Dava Şartı Arabuluculuğun Temel İlkeleri Doç. Dr. A. Eda MANAV ÖZDEMİR | 29 |
| Arabuluculukta Uzmanlık -Özellikle İş Hukukunda Uzmanlık Üzerine Düşünceler- Dr. Öğr. Üyesi Canan ÜNAL ADINIR | 39 |
| İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Anlaşma Tutanaklarının İrade Fesadı Bağlamında Değerlendirilmesi Dr. Öğr. Üyesi Hasan KAYIRGAN | 49 |
| İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamasının Sosyal Güvenlik İşlemlerine Etkisi ve Yaşanan Sorunlar Dr. Öğr. Üyesi Mehmet BULUT | 59 |
| Türkiye ve İngiltere'deki İş Hukuku Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları'nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Md 6(1) Bağlamında Değerlendirilmesi Av. Mustafa NALBANT | 67 |
| II. Oturum | 79 |
| İstac Med-Arb Kuralları'nın Getirdiği Yenilikler Dr. Öğr. Üyesi Ural AKÜZÜM / Doç. Dr. Berk DEMİRKOL | 81 |
| Deniz Ticareti Hukuku Perspektifinden Arabuluculuk Doç. Dr. Hacı KARA | 89 |
| Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğun Uygulamasına İlişkin Güncel Sorunlar ve Tespitler Dr. Öğr. Üyesi Muhammed SULU | 101 |
| Arabuluculuk Merkezlerinin Şirketleşmesi, Vergi ve Fatura Düzeni Av. Arb. Salih ÜNAL | 107 |
| Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk Arş. Gör. Süleyman Yasir ZORLU | 113 |

| | |
|--|------------|
| III. Oturum | 123 |
| Arabuluculuk Sözleşmesinde Genel İşlem Koşullarına İlişkin Hükümlerin Uygulanması Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ | 125 |
| Benimle Boşanır Mısın?!: Boşanmanın Hukuki Sonuçları Bakımından Arabuluculuğun Uygulanabilirliği Dr. Öğr. Üyesi Özlem ACAR ÜNAL | 129 |
| Sorumluluk Hukuku (Sözleşmeye ve Haksız Fiile Dayalı Sorumluluk) Açısından Sır Saklama Yükümlülüğü ve Arabuluculuk Sürecindeki Görünümü Dr. Öğr. Üyesi Cüneyt BELLİCAN | 139 |
| Paket Tur Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk ve Kütahya Çizelgesinin Kullanılması Av. Arb. Rabia ÜÇTEPE KARAKÖSE | 153 |
| Tüketici Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Kapsamının Belirlenmesindeki Güçlüklerin Ortaya Çıkardığı Bazı Meseleler Dr. Öğr. Üyesi Evrim ERİŞİR | 161 |
| IV. Oturum | 173 |
| Birden Fazla Talebin Yer Aldığı Dava Çeşitlerinde Arabuluculuk Dava Şartının İncelenmesi Dr. Öğr. Üyesi Uğur BULUT | 175 |
| İcra Takiplerinde Zorunlu Arabuluculuk Uygulaması Dr. Öğr. Üyesi Cemil SİMİL | 183 |
| Arabuluculuk Sistemi ve Kanunu Üzerine Düşünceler ve Tahliller Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ | 197 |
| Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabulucunun Değişen Rolü Üzerine Düşünceler Öğretim Görevlisi Dr. Gül BÜYÜKKILIÇ | 201 |
| İdarenin Taraf Olduğu Arabuluculuk Süreçlerine Dair Özel Kurallar ve Uygulama Sorunlarının Değerlendirilmesi Arb. Dr. Pınar ÇİFTÇİ | 209 |

| | |
|---|------------|
| Eş Zamanlı I. Oturum | 219 |
| E-Arbuluculuğa Genel Bakış ve Türkiye Açısından Öneriler Dr. Öğr. Üyesi Çiğdem YAZICI | 221 |
| Türk ve Mukayeseli Hukuk Düzenlemelerinde Arabulucu Olabilme Şartları ve Arabulucular Siciline Kayıt Öğr. Gör. Ferhat YILDIRIM | 235 |
| Arabuluculuk Süreçlerinde Toplumsal Cinsiyet Eşitsizlikleri, Güç Dengesizlikleri ve Farklılıkların Yönetilmesi Av. Arb. Dilek YUMRUTAŞ | 243 |
| Arabuluculuk Anlaşma Belgesinde “Ceza Koşulu” Kararlaştırılabilmesinin Şartları Dr. Öğr. Üyesi Yıldırım KESER | 253 |
| Eş Zamanlı II. Oturum | 263 |
| Tıbbi Uygulama Hatası İddiaları Dosyalarında Arabuluculuk Uygulamaları Prof. Dr. Nevzat ALKAN | 265 |
| İnşaat Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kullanılmasının Önemi Dr. Öğr. Üyesi Yaprak ARICI ÜSTÜNER | 271 |
| Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Arabulucunun Yükümlülük ve Sorumluluğu Dr. Öğr. Üyesi Nilüfer BORAN GÜNEYSU | 279 |
| Arabuluculuk Ücretine İlişkin Güncel Durumun Değerlendirilmesi Arb. Arş. Gör. Abdülhamit YILMAZ | 287 |

Sempozyum Kuralları

“Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu” aşıağıda metnine yer verilen, İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakóltesi web sitesinde yayımlanmış “Bildiri Çağrısı” ve “Yayın Kuralları” esas alınarak 14 Kasım 2020 tarihinde online olarak gerçekleştirilmiştir.

Bildiri Çağrısı

“Arabuluculuk Daire Başkanlığı”, “İbn Haldun Üniversitesi Uyuşmazlık Çözümü Uygulama ve Araştırma Merkezi” ve “İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakóltesi” tarafından 14 Kasım 2020 tarihinde “Arabuluculuğun Geleceği” başlıklı bir sempozyum düzenlenecektir.

Önemli Tarihler

Son Başvuru Tarihi: 15 Ekim 2020

Sonuçların Açıklanması: 4 Kasım 2020

Sempozyum Tarihi: 14 Kasım 2020

Arabuluculuk hukukuna ilişkin tüm alanlarda bildiri sunulabilecek olan bu sempozyumda, özellikle alana ilişkin güncel gelişmelerin değerlendirilmesi amaçlanmakta olup, disiplinler arası konularda da başvuru yapılabilir. Başvurular; seçilen konunun önemi, güncelliği ve benzer başlıklarla yapılan diğer başvurularla karşılaştırılarak alanında uzman kişilerden oluşan bir bilim kurulu tarafından değerlendirilecektir. Tebliğ sunum süresi 20 dakikayı geçmeyecek şekilde planlanmalıdır. Birden fazla kişi tarafından yapılacak sunumlar açısından sunumu gerçekleştirilen kişi sayısının ve kişilerin kimliklerinin de belirtilmesi gerekmektedir. Yapılan sunumlar video kayıt yöntemi ile kaydedilebilecek ve gerekli görüldüğü takdirde Sempozyum kurulu tarafından uygun görölen mecralarda yayımlanabilecektir. Gönderilen bildirilerin daha önce hiçbir yerde sunulmamış veya yayımlanmamış olup, özgün çalışmalar olması gerekmektedir. Kabul edilen bildirilerin belirlenmesinin ardından kesinleşen program 4 Kasım 2020 ilgililere e-posta yoluyla bildirilecek ve ilan edilecektir.

Sempozyumda öncelikle değerlendirilmesi planlanan konu başlıkları aşağıdaki gibidir:

- Hangi uyuşmazlıklar arabuluculuk yoluyla çözümlensin?
- Arabuluculuk faaliyeti nerede yapılsın? (Arabuluculuk merkezleri, merkezlerin akreditasyonu)
- Arabuluculuk ilkelerine ilişkin sorunlar ve çözüm önerileri
- Arabulucunun hak ve yükümlülükleri; konuya ilişkin sorunlar ve çözüm önerileri
- Arabulucuya başvurma, ihtiyari ve dava şartı arabuluculuk ve itiraz
- Arabuluculuk sözleşmesi ve arabulucu sözleşmesi (tanım, ispat)
- Arabulucunun seçimi ve arabuluculuk faaliyetini yürütmesi
- Kolaylaştırıcı ve değerlendirici arabuluculuğun birlikte kullanımı
- Arabuluculukta uzmanlık (iş, ticaret, tüketici vs.)
- Arabuluculuk faaliyetinde düzenlenen belgeler ve uyulması gereken usul ve ilkeler
- Anlaşma belgesinin saklanması ve icrası ile iptal davası
- Dava şartı arabuluculuk, dava şartı arabuluculuğa başvurulması
- Arabuluculuk sicili
- Arabuluculuk eğitimi
- Arabuluculukta denetim ve disiplin
- Singapur Sözleşmesi

Sempozyum Dili

Sempozyuma Türkçe veya İngilizce dillerinde gerçekleştirilecek sunumlar ile katılım mümkündür.

Bildiri Özeti Gönderimi ve Sempozyum Katılımı

Başvuru için bildiri özetlerinin 500-1000 sözcük arasında ve 5 anahtar kelime belirlenerek (Türkçe sunulacak tebliğlerde ayrıca özet metninin İngilizce çevirisi ile birlikte) hazırlanması ve kaynakça ile tebliğ sahibinin kısa özgeçmiş, kurum ve iletişim bilgisi eklenerek 15 Ekim 2020 tarihine kadar ucam@ihu.edu.tr e-posta adresine gönderilmesi gerekmektedir. Bildiri özetleri hakem heyeti tarafından kör hakemlik usulü ile bilimsel ön inceleme tabi tutulacak ve kabul edilen bildirimler sempozyumda sunulacaktır. Tebliğleri kabul edilen tebliğ sahiplerine 4 Kasım 2020 tarihinde e-posta üzerinden bilgilendirme yapılacak ve tebliğ kabulüne ilişkin yazı iletilecektir.

Yayın

Sempozyumda sunulacak olan tüm bildirimlerin özetleri, ISBN'li e-kitap formatında yayınlanacaktır. Bildiri özeti gönderen tebliğ sahiplerinin bildiri özetinin kabulü halinde yayınlanmasına onay verdikleri kabul edilir. Bildiri özeti kitapçığı ve tam metin bildiri yayımı için yazarlara telif ücreti ödenmeyecektir.

Sempozyuma kabul edilen bildirimler 15 Aralık 2020 tarihine kadar tam metin olarak belirtilen e-posta adresine iletilmek kaydıyla, Fakültemizde derleme bir kitapta yahut dergide yayımlanacaktır.

14 KASIM 2020
ARABULUCULUĞUN
GELECEĞI SEMPOZYUMU

SEMPOZYUM AÇILIŞ KONUŞMALARI

I. Prof. Dr. Recep Şentürk
İbn Haldun Üniversitesi Rektörü

II. Prof. Dr. Ali Yeşilirmak
İbn Haldun Üniversitesi Rektör Yardımcısı

III. Hakan Öztatar
Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürü

Prof. Dr. Recep Şentürk

İbn Haldun Üniversitesi Rektörü

Sayın Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürü, Sayın Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanı, kıymetli katılımcılar, dinleyiciler ve online canlı yayılımımız aracılığı youtube üzerinden şu anda bizi izleyenler, hepinize hayırlı sabahlar diliyorum, günaydın diyorum ve en kalbi selamlarımı sunuyorum.

Özellikle böylesine güzel ve önemli bir toplantıyı, hem de son derece güncel bir konuda organize eden İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültemize, Uyuşmazlık Çözümü Uygulama ve Araştırma Merkezine, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü ve Arabuluculuk Daire Başkanlığına, Hukuk İşleri Genel Müdürü Sayın Hakan Öztatar Beyefendiye, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanı Sayın Umut İlhan Durmuoğlu'na, Prof. Dr. Ali Yeşilirmak Hocamıza, Doç. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu Hocamıza ve katkı sağlayan diğer bütün hocalarımız ile asistanlarımıza, başta Kurumsal İletişim Daire Başkanlığı olmak üzere, organizasyona katkı sağlayan idari personelimize çok teşekkür ediyorum. Hepinize hayırlı sabahlar, hayırlı günler ile verimli ve bereketli bir toplantı diliyorum.

Bu Sempozyum şu anda çok güncel bir konuyu ele alıyor. Belki planlanırken böyle düşünülüyordu ama Cumhurbaşkanımızın, bakanlarımızın yaptığı güncel açıklamalardan hukuk ve ekonomi alanında bir takım ciddi reformlar düşünüldüğü anlaşılmakta olup, bu toplantının da belirtilen gündemle örtüşmesi, gerçekten yapılan toplantının önemini daha da artırmış oldu. İnşallah burada konuşulan hususlar gerçekleştirilmesi düşünülen reformlara katkı sağlayacaktır.

Bu toplantıda çok önemli konular ele alınacak, çok güncel sorunlar üzerinde durulacak; özellikle iş dünyasında, ticaret alanında ortaya çıkan anlaşmazlıkların yargı yolu ile değil de arabuluculuk yoluyla çözülmesi ve barışçıl neticelere kavuşturulması, sonunda herkesin helalleşerek masadan ayrılması, bir tarafın kaybedip öbür tarafın kazandığı değil de

herkesin memnun olduğu bir şekilde sulh yoluyla, barış yoluyla çözümlenmesi gerçekten toplumumuzun ihtiyaç duyduğu önemli bir katkı olacaktır. Bir taraftan toplumumuzda diyalog kültürünün gelişmesine, diğer taraftan da kendi sorunlarını çözebilecek iş dünyası kültürünün gelişmesine katkı sağlanmış olacaktır. Bu açıdan ben bu toplantıyı, güncel tartışmalara katkı sağlayacağı için son derece önemli buluyorum. İnşallah bu toplantının sonuçlarının yapılacak reformlara yön göstereceğini, rehberlik yapacağını ümit ediyorum. Diğer taraftan da hem iş dünyası, hem de hukuk camiasına yararlı olacağını umuyorum.

Bu yüzden Sempozyumu organize eden, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü ile Arabuluculuk Daire Başkanlığını, Sayın Hakan Öztatar Bey'i, Sayın Umut İlhan Durmuoğlu Beyi, Ali Yeşilirmak Hocamızı, Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu Hocamızı, Yusuf Çalışkan Hocamızı tebrik ediyorum, dinleyicilerimize tekrar selamlarımı sunuyorum.

Ayrıca COVID sürecinde ümitsizliğe kapılmadan, dinamizmini kaybetmeden çalışan, Hukuk Fakültemizi tebrik ediyorum. Birkaç ay içerisinde düzenlemiş oldukları ikinci büyük toplantı oluyor bu Sempozyum. İlk toplantının kitabını da çok hızlı bir şekilde yayımlayarak gerekli yerlere ulaştırdılar. İnşallah bu Sempozyumun neticelerini de en kısa zamanda ortaya çıkartıp kamuoyu ile paylaşacaklarını ümit ediyorum.

Ben tekrar hepinizi saygıyla ve muhabbetle selamlıyorum, hayırlı, bereketli ve verimli bir toplantı diliyorum.

Prof. Dr. Ali Yeşilirmak

İbn Haldun Üniversitesi Rektör Yardımcısı

Uyuşmazlık Çözümü Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdürü

Sayın konuşmacılar, oturum başkanları ve youtube üzerinden bizleri izleyen sayın katılımcılarımızı saygıyla selamlıyorum,

Arabulucular ve Arabuluculuk gününüzü tebrik ediyorum!

HUAK 2011’de hazırlandı ve 2012’de yürürlüğe girdi. Kanun koyucu başlangıçta tamamen ihtiyari arabuluculuğu tercih etmişken; o tarihte de planlandığı gibi bir süre sonra dava şartı arabuluculuk yani arabuluculuğa gitme zorunluluğu da kabul edildi. HUAK’ın kabulünden bugüne kadar geçen 8 senede arabuluculuk konusunda önemli aşamalar kat ettik ve başarılar sağladık. Aslında mevzuatımıza girişinden itibaren 10 yıl geçmemiş olsa bile arabuluculukla ilgili önemli konuları tartışma ihtiyacı hissediyoruz. Birkaç örnek vermek gerekirse:

- Acaba artık HUAK yerine sadece Arabuluculuk Kanunu mu demeliyiz?
- Kolaylaştırıcı arabuluculuk yanında değerlendirici arabuluculuğu da kabul etmeli miyiz?
- Arabulucuların kalitesini nasıl artırabiliriz?

Değerli konuşmacılarımız daha pek çok soru ve cevap konusundaki görüşlerini bugün sizlerle paylaşacaklar. Çok teşekkürler üdip sözü Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürü Sayın Öztatar’a bırakmak isterim.

Hakan Öztatar

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürü

Sayın Rektörüm, Sayın Rektör Yardımcım, çok değerli katılımcılar, ben de herkese sağlıklı, hayırlı bir gün diliyorum. Bugün 14 Kasım 2020 Ali Yeşilirmak Hocamla bu programı planlarken, özellikle bugünü seçtiğimizi öncelikle ifade edeyim. 14 Kasım gününü seçtik çünkü 14 Kasım 2013 tarihi arabulucular için önemli bir gündü. Hatta bugünü çoğu arabulucumuz Arabulucular ve Arabuluculuk Günü olarak kutlamaktadır. Çünkü Türkiye’de arabuluculuk sistemi 14 Kasım 2013 tarihinde ilk arabulucumuzun, 1 Sicil numarası ile sicile kaydolmasıyla başladı. Biz milat olarak bu tarihi alıyoruz. Onun için de Ali Hocamdan rica etmiştim, 14 Kasım günü bu organizasyonu yapalım demiştim sağolsun beni kırmadı ve gerçekten bugün 14 Kasım gününde bu programı yapmaktan dolayı çok mutlu olduğumu ifade ediyor ve bütün Arabulucu arkadaşlarımızın, arabulucu meslektaşlarımızın Arabuluculuk ve Arabulucular Günü’nü kutluyorum. Tabii hocam da biraz önce bahsetti 14 Kasım 2013 tarihinde 1 Sicil numaralı arabulucumuzla birlikte bir yola çıkmıştık. Ama ne arabuluculuk biliniyordu ne de arabuluculuğa ilişkin kamuoyunda bilgi vardı. Gelinen süreçte şu anda 7. yılımızı doldurduk. Gerçekten 1 sicil numaralı arabulucumuzdan şu anda 16 bin 800 civarında arabulucumuza ulaşmış durumdayız. Yine 2013 yılında sadece ve sadece 4 arabuluculuk görüşmesi yapılmışken, şu anda 1 milyon 630 bin arabuluculuk görüşmesi yapılmış durumda. Yıllık bazda baktığımızda yılda 750 bin arabuluculuk görüşmesi yapılmakta ve dava şartı arabuluculukla birlikte bu ivme kazanıldı. Bunun yanında haftalık 5 bine yakın ihtiyari arabuluculuk da yapılmakta. Bu da yılda yaklaşık 250 bin civarında işi, dava şartlarına gitmeden ihtiyari arabuluculuk sürecinde gerçekleştirdiğimizi gösteriyor. Ayrıca şunu gösteriyor, yavaş yavaş istediğimizin gerçekleştiğini, toplumun arabuluculuk sistemini tanıdığını, hatta dava şartına gitmeden bile tarafların bir arabulucuya giderek ihtiyari olarak da bu süreci başlattığını gösteriyor. Süreç içerisinde aynı zamanda tabii bir meslek olarak da süreç başladı ve bunun bir ücret kısmı da var. Şu anda arabuluculuk ücretleriyle ilgili yaklaşık 10 milyar TL’ye yakın bir bütçe de oluşmuş durumda. Biliyorsunuz yüzde 99 oranında avukat arkadaşlarımız arabuluculuk yapmakta. Tabii istiyoruz ki bu 10 Milyar TL’lik arabuluculuk bütçesini 100 milyar TL’ye çıkarmak. İnşallah

gelecek sene 14 Kasım 2021 tarihinde bunu da başaracağımıza ve daha kaliteli arabuluculuk yapacağımıza inanıyorum. Bunun da yolu çok basit esasında, sadece birkaç husus kaldı. Hocam da biraz önce değindi. Bir şey istiyoruz arabuluculardan, kaliteli arabuluculuk istiyoruz esasında. Çok bir şey istemiyoruz. Kaliteli şekilde bu mesleğin yapılmasını istiyoruz. İşte Hocam da bahsetti, 6325 sayılı Kanunumuz artık eskidi ve yeni bir kanun taslağı metni hazırladık. Zaten sağolsun Ali Yeşilirmak Hocamız da bu Komisyonun başkanlığını yaptı ve yapmaya da devam ediyor. Hocamızın başkanlığında hazırladığımız çok güzel bir kanun taslağı var. İnşallah yakın zamanda kanun taslağı da meclisten geçecek, bunu ocak ayı, şubat ayı gibi bekliyorum. Meclisimizden geçerek yasallaşmasıyla birlikte arabuluculuk çok daha farklı bir iklime, çok daha farklı bir ortama doğru evrilecek. Burada özellikle iki hususa değinmek istiyorum. Arabuluculukta artık uzmanlaşma ve kurumsallaşma bizim için hayati önemde, bu hafta sonu itibariyle uzmanlık eğitimlerini de başlatmış bulunuyoruz ve bunun da sevinci içindeyim. Enerji hukukunda, sağlık hukukunda, spor hukukunda, inşaat hukukunda, sigorta hukukunda artık uzman arabulucularımız olacak. Yani bir inşaatla ilgili bir sorun yaşayan müteahhit işverenimiz geldiğinde karşısında onun kadar piyasayı bilen, onun kadar buna hâkim, onun kadar ekonomiyi bu anlamda inşaat hukuku ekonomisini takip eden bir arabulucu ile karşılaşacak. Bu hem ona ve taraflara güven verecektir hem de uyumsuzluğun daha rahat bir şekilde çözümlenmesi sağlanacaktır. Biz bu anlamda uzmanlaşma ve en sonda kurumsallaşmanın olmasını istiyoruz yani şu anda arabuluculuğun geldiği nokta bu. Bunda da en önemli şey arabuluculuk merkezleri. Şu anda Türkiye’de 235 arabuluculuk merkezimiz var. Bu 235 merkezimizde yaklaşık 1500’den fazla arabulucumuz var şu anda bu merkezlerimiz şirket şeklinde kurulmuş durumda. Ancak şu anda her ilimizde bir arabuluculuk merkezi şeklinde bir kampanya başlattık 52 ilimizde arabuluculuk merkezimiz var. Diğer kalan illerimizde de görüşmelerimiz devam ediyor. İnşallah Ocak ayına kadar bütün illerimizde arabuluculuk merkezlerimiz olacak ve bu mesleğin daha kaliteli bir şekilde kurumsal bir şekilde uzman arabulucularla birlikte kaliteli verilmesi noktasında çabalarımız devam edecek. Ben son olarak şunu söyleyerek kapatacağım. 14 Kasım 2013 tarihinden esasında 14 Kasım 2020 tarihine kadar arabuluculuk olmadan önce konuşulmayan ama arabuluculuk geldikten sonra konuşulan kavramlara kısa kısa sadece değinerek geçeceğim. Belki

bunlar bugün sunum yapacak olan değerli akademisyenlerimiz, hocalarımız ve başkanlarımızın da bir anlamda dikkatlerini çekecektir. Yani 14 Kasım 2013'ten önce neler konuşulmuyordu? Arabuluculuk geldikten sonra esasında hukuk dünyamızda avukatlar arasında, hakimler arasında, diğer meslektaşlarımız arasında neler konuşuldu? Bir kere şu konuşulmaya başladı: Birinci olarak tek kapılı adliye sisteminden ziyade çok kapılı adliye sistemini artık konuşmaya başladık. Yani 14 Kasım 2013'ten önce sadece mahkeme kapısı varken diğer kapılar bilinmezken bugün arabulucu kapısı, tahkim kapısı, sulh kapısı gibi artık diğer kapılar da olduğunu, adliyenin sadece mahkeme hizmeti vermemesi gerektiğini, arabuluculuk gibi diğer hizmetlerin de verilmesi gerektiğini, yani kavramsal olarak tek kapılı adliye sisteminden farklı olarak çok kapılı adliye sistemi arabuluculukla birlikte konuşulmaya başlandı. En son çarenin dava olduğu hususu, biz bunu sloganlaştırdık. Öncelikli olanın insanların uyuşmazlıklarını kendilerinin beraberce çözmesi, dostane çözmesi olduğu konuşuldu. Arabuluculuk merkezleri kavramı hukuk dünyamıza girdi, med-arb arabuluculuk-tahkim kavramı dünyamıza girdi. Bugünkü tebliğlerde de var ama ben yakın zamanda özellikle hukuk fakültelerinden arabuluculuk-tahkim konusunda yüksek lisans ve doktora çalışmalarını bekliyorum. Çünkü dünyada ilk defa Türkiye İstanbul Tahkim Merkezi ile birlikte arabuluculuk-tahkim kurallarını ilan etti. Biz yakın zamanda bir projeye birlikte arabuluculuk-tahkimin dünyadaki öncüsü olmak istiyoruz. Arabuluculukla birlikte Dava şartı arabuluculuk kavramıyla tanıştık. Çok önemli bir kavram olarak hayatımıza girdi. Arabuluculukta her iki tarafın da kazanacağı, kazan-kazan kavramı, kazan kaybet, kaybet kaybet kavramları hayatımıza girdi. İlk defa avukat arkadaşlarımız, hukukçu meslektaşlarımız, psikoloji eğitimleriyle karşılaştı. İlk defa öfke kontrolü, beden dili, empati, sempati gibi kavramlarla arabuluculuk sayesinde karşılaştı. Singapur Sözleşmesi'ni konuşmaya başladık. New York Konvansiyonu'nun karşısında Singapur Sözleşmesi imzalandı, Dışişleri Komisyonu'ndan geçti ve yakın zamanda Meclisimiz Genel Kuruluna gelecek. Tabii uzman arabuluculuktan bahsetmeye başladık işin uzmanı insanlarla birlikte. İlk defa belki de arabuluculukta şirketleşmeler oldu. Anonim şirketler kuruldu. 70 80 arkadaşımız, avukat arkadaşımız bile bir araya gelip kimsenin olmaz dedikleri bir şirketleşmeyi üç yıldır bir ortaklıkla sürdürmeye başladılar ki şu anda 235'e yakın şirketimiz var ve bunun daha iyi olabileceği kavramı ile

karşılaştık. 2015 yılında video-konferans daha bu Covid'ler olmadan önce biz telekonferansla sorun çözmeyi, online arabuluculuk ve e-arabuluculuk gibi kavramlarla hukuk dünyasını tanıştırmış olduk. SMS'le veya whatsappla önemli olanın taraflara ulaşmak olduğunu, telefonla da olsa insanlara ulaşabilmenin tebliğ anlamında bildirim olduğu ile yine arabuluculuk sayesinde karşılaşmış olduk, bir başka deyişle bu müesseseyle birlikte. İlk defa risk analizleri konuşulmaya başladı Türkiye'de. Bir avukat arkadaşımızın dava açmadan önce o uyumsuzluk ile ilgili risk analizi yapması gerektiğini, bu davayı kazanıp kaybetme olasılığını, diğer alternatif çözüm yöntemlerini düşünmesi gerektiğini o anlamda konuştuk. İlk defa davadan başka bir çarenin de olduğunu, farklı olarak dostane bir şekilde sorunların çözülebileceğini artık konuşmaya başladık. Yine ilk defa İstanbul Tahkim Merkezi ile 235 arabuluculuk merkezi arasında bir iş birliği anlaşması yapıldı. Gerçekten şu anda bu da çok önemli bir şekilde devam ediyor. Arabuluculukta taraf vekilliğini konuşmaya başladık. Değerlendirici arabuluculuk, kolaylaştırıcı arabuluculuğu konuşmaya başladık. En önemlisi de biraz önce sayın Rektörümüzün de ifade ettiği gibi tarafların vereceği ve iki tarafın da memnun olacağı bir anlamda uyumsuzluğu bilen tarafların en iyi kararı veren taraf da olacağını konuşmaya başladık. Yine bana ait değil ama Turan Özer arabulucumuza ait bir kavram olan "otoritesiz anlaşma" kavramı çok hoşuma gitti, otoritesiz anlaşma kavramı, ben de buna eşitler arası anlaşma diyorum. Eşitler arası anlaşma. Kendi aralarındaki bir anlaşma. Bunları konuşmaya başladık. Yani kısaca, aklıma gelenleri dün yazmaya çalıştım. Dedim ki acaba 2013'ten önce arabuluculuk olmadan önce bu kanun çıkmadan önce neler konuşulmuyordu? Arabuluculuk geldikten sonra, yedi yıllık bu süreçten sonra neler konuşuldu neler konuşulmaya devam ediyor diye düşündüğümde çok ciddi şeyleri hukuk dünyasına kazandırdığımızı, çok ciddi şeyleri tartıştırdığımızı ve tartışmaya devam ettiğimizi görüyoruz. Bu da esasında arabuluculuk sürecinin çok aktif bir süreç olduğunu, arabuluculuğun çok dinamik bir süreç olduğunu, arabulucunun hukuk dünyamızda çok ciddi etkiler yaptığını da göstermekte. Bu durum da bizi mutlu ediyor. Ama tabii en önemlisi bugün burada gerek oturum başkanlarımızın gerekse çok değerli akademisyenlerimizin, hocalarımızın sunacakları tebliğler. Bu tebliğleri Ali Hocamla da görüştük. İnşallah yakın zamanda bir kitap haline getirerek bütün arabulucularımızın istifadesine sunmak istiyoruz. Bu anlamdaki çalışmalar için İbn

Haldun Üniversitesi Rektörümüze, Ali Yeşilirmak Hocama, emeği geçen herkese çok teşekkür ediyorum. Bugün sunumları yapacak olan oturum başkanlarımıza, sunum yapacak olan tebliğcilerimizin tamamına çok teşekkür ederiz katkıları için. Çünkü 2013'ten önce gerçekten arabuluculukla ilgili bir kitap bile yoktu. Biz ancak 2 yıl sonra bir tane iyide olmayan bir şey hazırlamıştık, ders notu hazırlamıştık ve çok sevmiştik. Ama bugün tebliğler yapılıyor. Yüksek lisans, doktora çalışmaları yapılıyor ve bir kitap evine gittiğimde hukuk kitapları arasında bir bölümün arabuluculuğa ayrıldığını, bayağı bir mevzuatın oluştuğunu, kitapların oluştuğunu sevinerek ifade etmek istiyorum. Katkı sağlayacağı düşüncesiyle bu alandaki çalışmalar arasında arabuluculuk ve tahkim konusunda ve med-arb konusunda yüksek lisans ve doktora çalışmaları olması yönündeki beklentimi ifade etmek istiyorum. Çünkü dünyanın gidişatı arabuluculuk-tahkim müessesesine doğru gitmekte. Biz bu ikisini birleştirdik. Arabuluculuk ve tahkimi, böylece önce arabuluculuk, olmazsa bir hakem aracılığı ile sorunların tamamen yargıya gitmeden çözümlenmesi hususundaki projemiz devam ediyor. Bu projemiz ile ilgili bugün Hürriyet'te de benim röportajım vardı, yabancı yatırımcı için çok önemli. Çünkü bu projeye birlikte ülkemize gelen yabancı yatırımcı bir hukuki uyumsuzluk çıktığında hiç mahkemeye gitmeden, en fazla 5 ay 6 ay gibi bir süreçte sorununu çözmüş olacak. Bu anlamda Türkiye'de hukuk anlamında Sayın Cumhurbaşkanımız da biliyorsunuz ifade etti, Sayın Bakanımız da 2 gündür ifade ediyor. Hukuk ekonomi ilişkisine, arabuluculuk, tahkim bunlar hukuk ve ekonomi ilişkisi içerisinde önemli argümanlarımız. Yabancı yatırımcı için en önemli argümanlarımız. Artık şunu rahatlıkla söyleyebiliriz ki, Türkiye, bölgesinde ve dünyada arabuluculuk ve tahkim konusunda öne çıkan bir ülke olmuştur. Şu anda arabuluculuğun geldiği başarı gerek Avrupa'da gerek dünyada hayranlıkla izlenmektedir. Bu hepimizin başarısı. Ben burada emeği geçen herkese çok teşekkür ediyorum ve ilk oturum başkanımız ve çok sevdiğimiz değerli Yargıtay 9. Hukuk Başkanımız Seracettin Başkanımıza sözü vererek hepinizi Bakanlığımız adına saygıyla selamlıyorum.

I. OTURUM

Oturum Başkanı: Dr. Seracettin Göktaş – Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı

Saat: 10:20-11:50

| | | |
|----------------|-------------------|---|
| Doç. Dr. | Eda Manav Özdemir | İş Mahkemeleri Kanununda Yer Alan Dava Şartı Arabuluculuğu Temel İlkeleri |
| Dr. Öğr. Üyesi | Canan Ünal Adınır | Arabuluculukta Uzmanlık -Özellikle İş Hukukunda Uzmanlık Üzerine Düşünceler- |
| Dr. Öğr. Üyesi | Hasan Kayırgan | İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Anlaşma Tutanaklarının İrade Fesadı Bağlamında Değerlendirilmesi |
| Dr. Öğr. Üyesi | Mehmet Bulut | İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamasının Sosyal Güvenlik İşlemlerine Etkisi ve Yaşanan Sorunlar |
| Avukat | Mustafa Nalbant | Türkiye ve İngiltere'deki İş Hukuku Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları'nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Md 6 (1) Bağlamında Değerlendirilmesi |

İŞ MAHKEMELERİ KANUNUNDA YER ALAN DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞUN TEMEL İLKELERİ

Doç. Dr. A. Eda MANAV ÖZDEMİR*

Hukukun temeli sulh esasına dayanmaktadır. Ekonomik ve sosyal gelişmeler, artan nüfus, teknolojik gelişmeler uyuşmazlık sayısını artırmış ve bu durum da geleneksel yargılama yöntemleri dışında yeni yöntem arayışlarını beraberinde getirmiştir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi, uyuşmazlığın mahkeme önüne getirilmeden ya da yargılama sırasında tarafların uzlaşısıyla daha az masrafla ve daha kısa sürede çözüme kavuşturulmasını öngören bir çözüm yoludur. Anayasa Mahkemesinin 2013 tarihli kararında (AYM. 10/07/2013, E. 2012/94, K.2013/89) da belirtildiği gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, yargının alternatifi olan ve dolayısıyla yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmayıp, uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen yöntemlere ilave tamamlayıcı bir yöntemdir. Arabuluculuk da alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biridir.

Türk iş hukukunda arabuluculuk ilk olarak toplu iş uyuşmazlıklarının çözümünde uygulanmıştır ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununda düzenlenmiştir. 2012 yılında yürürlüğe giren 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda da arabuluculuk düzenlemesi yer almıştır. 22 Haziran 2012 tarihinde 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Resmi Gazetede yayımlanmış ve 22 Haziran 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Kanunda arabuluculuk, *“sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü*

* T.C. Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Daire Başkanı, ORCID: 0000-0003-3183-0325.

kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi” olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda arabuluculuğun temelinde müzakere ve iletişim süreci vardır ve arabuluculuğun temel işlevi tarafların sağlıklı iletişim kurmalarını sağlamaktır. Arabulucu tarafların çözüm üretmediklerinin anlaşılması halinde bağlayıcı olmayacak şekilde çözüm önerebilir.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun yürürlüğe girdiği 1950 yılından 2017 yılına kadar geçen 67 yılda, iş hayatı çok hızlı bir değişim ve gelişim göstermiş, nüfus artmış, çalışma alanları ve iş yapma şekli değişmiş, teknoloji gelişmiş ve işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlık çeşit ve sayısı ciddi oranda artış göstermiş ve yeni bir kanun ihtiyacı doğmuştur. 25 Ekim 2017 tarihinde de 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Resmi Gazetede yayımlanmış ve 1 Ocak 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Kanunda bazı uyuşmazlıkların çözümünde dava açmadan önce arabuluculuğa gidilmesi dava şartı olarak öngörülmüştür. Bu bağlamda Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Kanunun gerekçesine göre iş mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıkların yapısı, tarafların konuyu müzakere ederek anlaşmaları suretiyle sonuçlandırılmasına uygundur. Bu çerçevede arabulucuya başvurma zorunluluğunun, iş uyuşmazlıklarının kısa süre içinde ve daha az masrafla çözülmesine yardımcı olacağı düşünülmekte ve böylece adil yargılanma hakkının bir unsuru olan makul sürede yargılanma ilkesine riayet edilebileceği değerlendirilmektedir. İş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk uygulamasında 2019 yılında arabulucu görevlendirilen dosya sayısı 739.255 olmuştur. Bunların % 65’i anlaşma ile sonuçlanmıştır.

Arabuluculuğun temel ilkeleri iradilik, eşitlik, tarafsızlık, gizlilik, tarafların bilgilendirilmiş olmasıdır. 6325 sayılı Kanunun üçüncü maddesine göre, taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler. Taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerek tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler. Kanunun dördüncü maddesinde de gizlilik düzenlenmiş olup, buna göre taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler

ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar. Tarafsızlık ilkesini düzenleyen dokuzuncu maddeye göre arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirir.

İş Mahkemeleri Kanununun gerekçesine göre, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin maddede de iş yargısının temeli olan çabukluk, basitlik, emredicilik, zayıfın korunması ve ucuzluk ilkeleri dikkate alınmıştır. 6325 sayılı Kanun çerçevesinde arabuluculuğun temel niteliği olan iradilik ilkesinin dava şartı arabuluculuk bakımından ne anlama geldiği öğretide oldukça tartışılmıştır. Buna göre taraflar istedikleri zaman bu süreçten çekilebilirler, sürecin nasıl sonuçlandırılacağı da yine kendilerine bağlıdır. Arabuluculuk süreci tarafların uyuşmazlığı tamamıyla çözen anlaşmasıyla sonuçlanabileceği gibi, uyuşmazlığın kısmen veya farklı bir çözümle de sonuçlanması mümkündür. Bu ilke bağlamında zorunlu arabuluculuk öğretinin bir bölümü tarafından eleştirilmekle birlikte, dava açmadan önce arabulucuya başvurulması zorunlu olup tarafların serbest iradeleriyle yürütülen arabuluculuk görüşmelerinde anlaşma zorunluluğu yoktur. Arabuluculuk sürecinde anlaşma sağlanamaması halinde mahkemeye başvuru hakkı vardır.

İş yargısında arabuluculuğun dava şartı olarak getirilmesi öğretide taraf iradesi bağlamında olduğu gibi eşitlik ve emredicilik ilkeleri ve hak arama özgürlüğü bağlamında da eleştirilmiştir. Kanunda düzenlenen iradilik ilkesi çerçevesinde gerek tarafların arabuluculuk sürecinin sonunda anlaşmak zorunda olmaması ve mahkemeye başvuru hakkının ortadan kalkmaması, gerek tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri uyuşmazlıklarda arabuluculuğa zorunlu başvurunun söz konusu olmaması sebebiyle arabuluculuğun hak arama özgürlüğünü zedeler nitelikte olmadığı değerlendirilmektedir. İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında dava şartı arabuluculuk hükmü uygulanmamaktadır.

İş uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla daha ekonomik ve yargılamaya oranla daha kısa sürede çözümlenebilmesi, her iki tarafın da kabul edebilecekleri ortak bir çözüme kavuşturulması usul ekonomisi

anlamında daha ucuz, daha basit ve daha hızlı bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. 6325 sayılı Kanun çerçevesinde arabuluculuğun temel ilkelerinden olan gizlilik ilkesine dava şartı arabuluculuk bakımından baktığımızda; tarafların uyuşmazlığın çözümünde yargılama aşamasında açıklayamayacakları, sunmak istemedikleri bilgi ve belgelerin gizli tutulması, uyuşmazlığın çözümünde yargılamalara nazaran daha etkili sonuçlar elde edilmesini sağlamaktadır.

Bu çalışmada, dava şartı arabuluculuğun temel ilkeleri incelenmiş olup, bu ilkeler iş hukukunun temel ilkeleri bağlamında değerlendirilmiştir. İş hukukunun temel amacı işçiyi korumak olup, çalışmada bu bağlamda dava şartı arabuluculuğa ilişkin düzenlemenin getirdiği avantajlar ve ortaya çıkan sorunlar açıklanmıştır. Geline aşamada tarafların çözüm üretmedikleri noktada arabulucunun çözüm getirme yetkisinin oldukça önemli olduğu, iş hukukunun kendine has özellikleri dikkate alındığında arabulucunun aktif rol almasının zayıfın korunması ilkesi bağlamında sürece katkı sağlayacağı, istatistiklere ve iş mahkemelerindeki dava yüküne bakıldığında dava şartı arabuluculuğun yürürlüğe girdiği 2018 yılından bu yana arabuluculuğun başarılı sonuçlar doğurduğu değerlendirilmiştir.

Anahtar kelimeler: Arabuluculuk, dava şartı arabuluculuk, zorunlu arabuluculuk, ihtiyari arabuluculuk, iş yargısında arabuluculuk.

BASIC PRINCIPLES OF MEDIATION AS A CAUSE OF ACTION IN LAW OF LABOUR COURTS

The basis of law is based on the principal of peace. Economic and social developments, growing population and technological developments have increased the number of disputes and this has led to the search for new methods apart from the traditional procedures. Alternative dispute resolution method is a remedy which envisages the resolution of the dispute without bringing it to the court or with the mediation of the parties during the proceedings with lower costs and in a shorter period of time. As stipulated in the Constitutional Court's Resolution dated 2013 (AYM. 10/07/2013, E. 2012/94, K.2013/89), alternative dispute resolution methods are not dispute resolution methods which are alternative to the judiciary and thereby they do not replace the courts, but they are complementary methods to those envisaged for the resolution of disputes. Mediation is one of the alternative dispute resolution methods.

Mediation was firstly implemented in the collective labour disputes in Turkish labour law and which was regulated by Act no. 2822 on Collective Agreements, Strikes and Lock-Outs. Mediation is also regulated by Act no.6356 on Trade Unions and Collective Agreements entered into force in 2012. Law no. 6325 on Mediation in Civil Disputes was published in Official Gazette on 22 June 2012 and entered into force on 22 June 2013. In this law, mediation is defined as “*a dispute resolution method carried out voluntarily, by employing systematic techniques, with the participation of an impartial and independent third person who brings the parties together to discuss and negotiate, who establishes a communication process between the parties in order to ensure that they understand each other and find their own solutions by this means, and who is specially trained*”. In this context, negotiation and communication process form the basis of the mediation and the main function of the mediation is to ensure proper communication between the parties. Mediator can suggest a non-binding solution in case that it is understood that the parties cannot come up with a solution.

Within 67 years from 1950 when Labour Courts Law no. 5521 entered into force to 2017, business life has shown a rapid change and development, population has grown, fields of work and the way of work have changed, technology has developed, the types and number of disputes between employees and employers have significantly increased, and the need for a new law has appeared. Labour Courts Law no. 7036 was published in the Official Gazette on 25 October, 2017 and entered into force on 1 January, 2018. In this Law, the resolution of particular disputes by mediation was deemed as a cause of action before filing a lawsuit. In this regard, in cases of compensation claims raised by employees or employers based on individual or collective labour agreements and for reinstatement lawsuits, it is mandatory for the parties to submit their case to a mediator before filing a lawsuit. According to the Law's preamble, the nature of disputes within the jurisdiction of the labour courts are suitable for negotiation and the application of mandatory mediation will help to resolve disputes in a short period of time and with lower costs and thereby it is considered that the right to trial within reasonable time, which is a component of the right to fair trial, will be observed. In 2019, the number of files in which mediators were assigned for mandatory implementation of mediation in labour disputes was 739.255. 65% of them was concluded with an agreement.

The main principles of mediation are voluntariness, equality, impartiality, confidentiality and informing the parties. According to Article 3 of Law no. 6325, the parties shall be free to resort to a mediator, to continue or finalize the process, or to renounce such process. The parties shall enjoy equal rights, both in resort to the mediator and throughout the whole process. Confidentiality is regulated in the Article 4 of the law, and according to this article, unless agreed otherwise by the parties, the mediator shall be liable to keep the confidentiality of the information and documents which are submitted to him/her within the framework of the mediation activity or which he/she obtains otherwise, and other records. Unless agreed otherwise, the parties shall also be obliged to abide by the principle of confidentiality on this matter. According to Article 9 regulating the principle of impartiality, the mediator shall perform his/her duty carefully, impartially and personally.

With respect to the preamble of the Labour Courts Law, principles of speediness, simplicity, imperative, protection of vulnerable and inexpensiveness which are the fundamentals of labour law are taken into consideration in the article concerning the mediation as a cause of action. It has been greatly discussed in the doctrine what the principle of voluntariness shall mean in terms of mediation as a cause of action, which is the main feature of the mediation within the framework of the Law no. 6325. Accordingly, the parties shall renounce the process any time and how the process will be finalized shall also depend on the parties. It is probable that the mediation process is finalized with an agreement which completely solves the dispute between the parties as well as with a partial or different solution. Within the context of this principle, mandatory mediation is criticized by one part of the doctrine; however, it is not mandatory for the parties to reach an agreement in the mediation process, which is compulsory to apply before filing a lawsuit and carried out with the free will of the parties. The right to apply to court prevails in case that the parties do not reach an agreement.

Introducing mediation as a cause of action in the labour law is also criticized in the doctrine within the context of the principles of equality and imperative and the right to legal remedies as in the case of will of the parties. Within the framework of the principle of voluntariness regulated in the Law, due to the fact that the parties are not obliged to reach an agreement as a result of the mediation process and they hold the right to apply to court, and it is not compulsory to apply to the mediation in disputes where the parties cannot dispose freely, it is considered that mediation does not harm the right to legal remedies. Mandatory mediation does not apply to the pecuniary and non-pecuniary damages that may arise from occupational illnesses and work-related accidents and declaratory actions, actions of objection and recourse actions concerning these.

The fact that labour disputes can be resolved with mediation more cost-effectively and swiftly, reaching a joint solution which can be accepted by both parties is also a cheaper, simpler and faster method in terms of procedural economy. Considering the principle of confidentiality which is one of the main principles of the mediation within the framework of the Law

no. 6325 in terms of mandatory mediation, keeping information and documents that the parties cannot reveal and do not desire to share during the proceedings ensures that more effective results are achieved compared to the proceedings in the resolution of disputes.

In this study, the main principles of the mediation as a cause of action are examined and these principles are reviewed in the context of the main principles of the labour law. The main aim of the labour law is to protect workers; therefore, the advantages and problems arising from the regulation concerning mediation as a cause of action are explained in this study. At this stage, it is concluded that it is highly important that mediators are entitled to deliver a solution when the parties cannot come up with a solution, and that active role of the mediators will contribute to the process in terms of the principle of the protection of vulnerable considering the basic principles of the labour law, and that since 2018 when mediation was entered into force as a cause of action, the mediation has produced successful results considering the statistics and the case load of the labour courts.

Key words: Mediation, mediation as a cause of action, mandatory mediation, voluntary mediation, mediation in labour court proceedings

KAYNAKÇA

- Albayrak Hakan, Eşitlik ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/606045>
- Alpagut Gülsevil, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 2016, <https://www.tisk.org.tr/yayin/2016-is-hukuku-mahkemeleri-kanunu-tasarisi.pdf>
- Atalı Murat, Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, 6-7 Aralık 2018, <https://www.aybu.edu.tr/hukuk/contents/files/ARABULUCULUK%20SEMPOZYUM%20KI%CC%87TABI.pdf>
- Canbolat Talat, İş Hukuku Bakımından Arabuluculuk, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, 6-7 Aralık 2018, <https://www.aybu.edu.tr/hukuk/contents/files/ARABULUCULUK%20SEMPOZYUM%20KI%CC%87TABI.pdf>
- Çil Şahin, İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 2018
- Ekmekçi Ömer/Özekes Muhammet/Atalı Murat/Seven Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul 2019
- Eminoğlu Cafer/ Erdoğan Ersin, Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Ankara 2020
- Kar Bektaş, İş Yargılamasına Hakim Olan İlkeler, <https://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz-15-ozel/1-ishukuku/30-bektaskar.pdf>
- Kılıç Cansu, Bireysel İş Hukukunda Emredicilik İlkesi ve Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020
- Özekes Muhammet, Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi “Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, 6-7 Aralık 2018, <https://www.aybu.edu.tr/hukuk/contents/files/ARABULUCULUK%20SEMPOZYUM%20KI%CC%87TABI.pdf>
- Tanrıver Süha, Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler, <http://tbddergisi.barobirlik.org.tr/m2020-147-1905>
- Yargı Reformu Stratejisi, <https://sgb.adalet.gov.tr>
- Yenisey Kübra Doğan, İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 2016, <https://www.tisk.org.tr/yayin/2016-is-hukuku-mahkemeleri-kanunu-tasarisi.pdf>
- <https://adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/davasarti.pdf>
- <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss491.pdf>

ARABULUCULUKTA UZMANLIK -ÖZELLİKLE İŞ HUKUKUNDA UZMANLIK ÜZERİNE DÜŞÜNCELER-

Dr. Öğr. Üyesi Canan ÜNAL ADINIR*

Özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk ile 2012 yılında 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun¹ (HUAK) yürürlüğe girmesiyle birlikte tanışmamıza rağmen arabuluculuğun ülkemizdeki miladı, 1 Ocak 2018 olarak düşünülebilir. Zira, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun² (İMK) iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğu dava şartı haline getiren hükümleri bu tarihte yürürlüğe girmiş ve iş uyuşmazlıklarının büyük bölümünde mahkemeye başvuru öncesinde arabulucuya müracaat zorunluluğu gelmiştir. Bunun sonucunda da, Türk hukukçu, “yeni mesleği” arabuluculuğu iş uyuşmazlıkları ile öğrenmiştir.

HUAK'de arabuluculuk tanımlanırken “uzmanlık eğitimi almış olma” unsuruna yer verilmiştir (m. 2/1, b). 12 Ekim 2017 tarih ve 7036 sayılı İMK ile HUAK'ye eklenen m. 6/3 hükmü uyarınca Arabuluculuk Daire Başkanlığına, arabulucuların uzmanlık alanlarını ve uzmanlığa ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi verilmiştir. Kanun değişikliğinden bir ay sonra -2017 yılının Kasım ayında- Arabuluculuk Daire Başkanlığının resmi internet sayfasında “İş Hukukunda Uzman Arabuluculuğa İlişkin Usul ve Esaslar” kamuoyuna duyurulmuştur³.

Bu duyurunun ardından, Türk hukukçunun 2012 yılında tanıştığı, 2018 yılında iş uyuşmazlıkları ile yakından tanıdığı arabuluculukta artık uzmanlaşma başlamıştır. Önceleri 24 saat (8 saat teori+16 saat uygulama)

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0003-3783-5637.

1 RG 22.06.2012, 28331.

2 RG 25.10.2017, 30221.

3 Konuya ilişkin kamuoyu duyurusu bulunmakla birlikte duyurunun içeriğine erişim sağlanamamaktadır, <https://adb.adalet.gov.tr/duyurular/2017/kasim/ishukuku/siteuzmanlik.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2020).

olan ardından 15 Ocak 2020 tarihli duyuru⁴ ile 36 saate (18 saat teori+18 saat uygulama) çıkarılan İş Hukukunda uzmanlık eğitimi, ciddi talep görmüş ve bugün itibariyle İş Hukukunda uzman olmayan arabulucu neredeyse kalmamıştır. UYAP Arabuluculuk Portal'ından 15.10.2020 tarihinde edinilen verilere göre, örneğin İstanbul Anadolu Arabuluculuk Bürosuna kayıtlı arabulucu sayısı ihtiyari arabuluculuk için 1010, ticari arabuluculuk için 1123, dava şartı olan iş hukuku arabuluculuğu için 936'dır⁵.

Günümüzde İş Hukuku “uzmanı” olmayan arabulucu neredeyse kalmamıştır. Herkesin İş Hukuku “uzmanı” olduğu bir tabloda ise, uzmanlığın İş Hukuku bakımından gerçekten ayırt edici olduğunu söylemek güçleşmektedir⁶. Nitekim, eğitimlerin içeriği ve yöntemi de gereken uzmanlaşmayı sağlamaya imkân vermemiştir. İş Hukukunda uzmanlık eğitimleri, arabulucuların önceki mesleki tecrübeleri ve akademik çalışmaları dikkate alınmadan tek tip olarak planlanmış ve verilmiştir. Örneğin, İş Hukuku alanında profesör ile 5 yıllık mesleki kıdemini yeni tamamlamış ancak iş hukukunda tecrübesi bulunmayan bir avukatın aynı uzmanlık eğitimi alması mecbur kılınmıştır. Profesör, eğitim almadan uzman olarak değerlendirilmezken tecrübesiz avukat, sadece 36 saat (hatta önceleri 24 saat) eğitim ile uzman olarak kabul edilmektedir. Bunun isabetli olduğunu savunmak mümkün değildir.

Hukukumuzda sadece iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk dava şartı değildir. 1 Ocak 2019 tarihi⁷ itibariyle ticari uyuşmazlıklar ve 28 Temmuz 2020 tarihi⁸ itibariyle tüketici uyuşmazlıklarında arabuluculuk dava şartı haline gelmiştir. Dolayısıyla, başka hukuk alanlarında da arabuluculuk uygulaması yaygınlaşmıştır. Nitekim, 19.12.2019 tarihine kadar dava şartı arabuluculuk kapsamında ticari uyuşmazlıklarda 146.413 arabulucu görevlendirmesi yapılmıştır⁹.

4 Konuya ilişkin kamuoyu duyurusu bulunmakla birlikte duyurunun içeriğine erişim sağlanamamaktadır, <https://adb.adalet.gov.tr/link/ishukuku.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2020).

5 Arabuluculuk portalına kişisel hesabımdan girilerek erişilmiştir, <https://arabulucu.uyap.gov.tr/> (Erişim tarihi: 15.10.2020).

6 Akın, Levent: “İkinci Yılında Dava Şartı Arabuluculuk Alanında Gelişmeler ve Öneriler”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, 2020, C. 10, S. 1, 6.

7 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 5/A hükmü, geçici m. 12.

8 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 73/A hükmü, geçici m. 2.

9 Bkz. <https://adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/ticari-davasarti.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2020).

UYAP Arabuluculuk Portalı'ndan edinilen verilerden de anlaşıldığı üzere, ticari uyuşmazlıklarda (ve de tüketici uyuşmazlıklarında) arabuluculuk yapabilenlerin sayısı, iş uyuşmazlıklarındaki arabuluculara nazaran çok daha fazladır. Bunun sebebi, ticari uyuşmazlık ve tüketici uyuşmazlıklarında daha fazla uzman arabulucunun olması değil, aksine bu alanlarda uzmanlık eğitimlerinin başlamamış olması yüzünden sicile kayıtlı arabulucuların tamamının bu alanlarda arabuluculuk yapabilmelerine imkân verilmesidir. Ancak arabuluculuk için “uzmanlık eğitimi alma” koşulunun zorunlu bir kanuni unsur olduğu dikkate alındığında, ticari uyuşmazlık ve tüketici uyuşmazlıklarda uzmanlaşmanın, çok hızlı bir şekilde gerçekleştirilmesi zaruridir.

Ticari uyuşmazlıklar ve tüketici uyuşmazlıkları yanında UYAP Arabuluculuk Portalı incelendiğinde, “uzmanlık eğitimi alma” koşulunun ihtiyari arabuluculukta da aranmadığı tespit edilmiştir. Gerçekten de sisteme kayıtlı arabulucular, hiçbir uzmanlık eğitimleri olmasa dahi ihtiyari arabulucu olarak görev yapabilmektedirler. Bu serbestinin iş uyuşmazlıklarında dahi var olması, kanuna aykırıdır. Her ne kadar, HUAK'de sicile kayıtlı arabuluculardan dava şartı olarak arabuluculuğu düzenleyen m. 18/A hükmü uyarınca arabuluculuk yapmak isteyenlerin uzmanlık alanlarının da belirlenerek Daire Başkanlığınca listeleneceği belirtilmiş olsa da, HUAK'nin 2. maddesinde arabuluculuk tanımlanırken ihtiyari ya da dava şartı olan arabuluculuk bakımından bir ayrım gözetilmeksizin “uzmanlık eğitimi alma” unsuruna yer verilmiştir. Yine HUAK'nin 6. maddesinde Daire Başkanlığına uzmanlık alanlarını ve uzmanlığa ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi tanınırken bu yetki dava şartı olan arabuluculuk ile sınırlandırılmamıştır. Daire Başkanlığınca usul ve esaslar belirlenirken ihtiyari ve dava şartı olan arabuluculuk bakımından bir fark gözetilmediği; sadece eğitim konuları arasında dava şartı olan arabuluculuğa özel olarak yer verildiğini de belirtmek gerekir. Dolayısıyla, UYAP Arabulucu Portalı'nda ihtiyari arabuluculuk bakımından uzmanlık eğitimi koşulunun aranmaması kanuna, Daire Başkanlığınca belirlenen usul ve esaslara aykırıdır; en kısa sürede düzeltilmesi gerekir.

Daire Başkanlığının resmi sayfasında 28 Eylül 2020 tarihinde İş Hukuku dışında uzmanlık eğitimlerine ilişkin bir duyuru yayımlamıştır. Bu duyuruda iş uyuşmazlıkları dışındaki alanlar bakımından arabulucuların

eğitim ve tecrübelerine göre farklılaşan uzmanlık eğitimleri planladığını ortaya konmuştur. Söz edilen duyuruya göre, Ticaret Hukuku, Tüketici Hukuku yanında Banka ve Finans Hukuku, Sigorta Hukuku gibi özel uzmanlık alanlarında eğitim kısa ve uzun süreli olarak ikiye ayrılarak verilecektir. Aynı duyurudan İş Hukuku bakımından ise böyle bir zamansal farklılaşma anlaşılammakta ve bu durum anlamlandırılmamaktadır. Belirtelim ki, ülkemizde arabuluculuk pratiğinin İş Hukuku ile kazanılması, eğitimler bakımından farklılaşma öngörülmemesini haklı kılamaz. Zira, eğitimler mevcut uzman arabulucular için değil, uzmanlık kazanmak isteyen arabulucular içindir. Dolayısıyla, 28 Eylül 2020 tarihli duyurunun revize edilmesi ve İş Hukuku bakımından da arabulucuların eğitim ve tecrübelerine göre uzmanlık eğitimi çeşitlendirilmelidir. Yine iş hukuku genel uzmanlık alanı yanında iş hukukunda arabuluculuk hizmetinde uzmanlığın katkı sağlayacağı özel alanlar da belirlenmelidir¹⁰.

Anahtar kelimeler: Uzmanlık, uzmanlık eğitimi, iş uyuşmazlığı, ticari uyuşmazlık, tüketici uyuşmazlığı, ihtiyari arabuluculuk, dava şartı arabuluculuk

10 Benzer yönde, Akın, İkinci Yılında, 6.

EXPERTISE IN MEDIATION - ESPECIALLY THOUGHTS ON EXPERTISE IN LABOUR LAW-

Although in the private law disputes, we met mediation in 2012 with the enactment of the Law about Mediation in Legal Disputes no. 6325¹, the turning point is for the practice of mediation can be considered as January 1, 2018. Since the provisions of the Labour Courts Law no. 7036² regulating mediation as a cause of action for most of the labour disputes entered into force on this date. As a result, the Turkish jurist learned the “new profession” mediation through labour disputes.

While defining mediation in the Law no. 6325, the element of “having received specialist training” is included (Art. 2/1, b).

In accordance with the Article 6/3 added to the law through Law no. 7036 and dated October 12, 2017, the Mediation Department is entitled to determine the areas of expertise of the mediators and the procedures and principles regarding the expertise. Just one month later, the “Procedures and Principles on Expert Mediation in Labour Law” was announced to the public on the official website of the Mediation Department³.

Following this announcement, the Turkish jurist started to specialize in mediation. Specialization training in Labour Law was previously 24 hours (8 hours of theory + 16 hours of practice) and then increased to 36 hours (18 hours of theory + 18 hours of practice) with the announcement dated January 15, 2020. Demand for specialization training in Labour Law has been intense as of today. As a result, there are almost no mediators who are not experts in Labour Law. According to the data obtained from UYAP Mediation Portal on October 15, 2020, the number of mediators registered with the Istanbul Anatolian Mediation Office is 1010 for voluntary mediation and 1123 for commercial mediation and 936 for the mediation in labour law⁴.

1 Official Gazette 22.06.2012, 28331.

2 OG 25.10.2017, 30221.

3 <https://adb.adalet.gov.tr/duyurular/2017/kasim/ishukuku/siteuzmanlik.pdf> (Access date: 15.10.2020).

4 Accessed through my personal account, <https://arabulucu.uyap.gov.tr/> (Access date: 15.10.2020).

Nowadays, there are almost no mediators who are not “experts” in Labour Law. In case that everybody is an “expert” on Labour Law, it is hard to say that expertise is really distinctive⁵.

Also, the content and method of the training are not suitable for the specialization required. Specialization training in Labour Law has been planned in a uniform manner, without taking into account the prior professional experiences and academic studies of the mediators. For example, a lawyer who has just completed 5 years of professional seniority but has no experience in labour law and a professor in the field of Labour Law are obliged to receive the same specialized training. While a professor is not considered an expert without such training, an inexperienced lawyer will be accepted as a specialist with only 36 hours (previously 24 hours) training.

In the Turkish law, mediation is not a cause of action for only labour disputes. As of January 1, 2020, for the commercial disputes⁶ and as of July 28, 2020 for the consumer disputes⁷ mediation became a cause of action. Therefore, the practice of mediation has become widespread in other areas of law. For example, there are 146.413⁸ mediation folders about commercial disputes reported until 19 December 2019.

As per the data obtained from UYAP Mediation Portal, the number of people who can mediate in commercial disputes (and also in consumer disputes) is much higher than the mediators in labour disputes. The reason is not that there are more specialist mediators in commercial disputes and consumer disputes. Since the specialist training in these areas has not started, all registered mediators are allowed to mediate in these areas. However, considering that the requirement of “receiving specialist training” for mediation is a mandatory legal element, it is essential to specialize in commercial and consumer disputes very quickly.

5 Akın, Levent: “İkinci Yılında Dava Şartı Arabuluculuk Alanında Gelişmeler ve Öneriler”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, 2020, C. 10, S. 1, 6.

6 By Law no. 7155 added to Turkish Commercial Law no. OG 19.12.2018, 30630.

7 By Law no. 7251 added to the Law no. 6502, OG 28.07.2020, 31199.

8 <https://adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/ticaridavasarti.pdf> (Access date: 15.10.2020).

It is also determined that the requirement of “receiving specialist training” was not sought in voluntary mediation. It contradicts the law, because such requirement is included without any discrimination in terms of mediation, which is an optional or legal requirement in Article 2 of the Law no. 6325.

An announcement has been published on the official page of the Mediation Department on September 28, 2020 regarding specialization trainings other than Labour Law. In this announcement, it was revealed that in terms of areas other than labour disputes, the mediators plan specialty trainings that differ according to their training and experience. According to the aforementioned announcement, the training will be divided into short and long-term courses in Commercial Law, Consumer Law, and some special areas of expertise such as Banking and Finance Law and Insurance Law. However, for the Labour Law training, such a temporal differentiation is not announced. This is not consistent. Thus, the announcement should be revised.

Keywords: Expertise, specialization training, labour dispute, commercial dispute, consumer dispute, voluntary mediation, mediation a cause of action

KAYNAKÇA

- Akın**, Levent: “Dava Şartı Arabuluculuk Sistemine İlişkin Güncel Değerlendirme ve Öneriler”, *Çimento İşveren Dergisi*, 2019, C. 33, S. 5, 8-15.
- Akın**, Levent: “İkinci Yılında Dava Şartı Arabuluculuk Alanında Gelişmeler ve Öneriler”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, 2020, C. 10, S. 1, 1-18.
- Alpagut**: Gülsevil: “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi”, *İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı (ed. Kübra Doğan Yenisey), İstanbul: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 2016.
- Astarlı**, Muhittin: “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 4857 Sayılı İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2017, S. 38, 40-53.
- Aşçı**, Mehmet Saim: “Zorunlu Arabuluculuk Uygulamasının Olumlu ve Olumsuz Yönleri”, *Uluslararası Hukuk ve Sosyal Bilim Araştırmaları Dergisi*, 1 (2), 2019, 80-91.
- Bakırcı**, Kadriye: “Alternatif Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu (Arabuluculuk) Aracılığıyla “Alternatif” İş Hukukuna Doğru”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 140, 2019, 355-392.
- Canbolat**, Talat: “İş Hukuku Bakımından Arabuluculuk”, *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu* (ed. Ersin Erdoğan), 6-7 Aralık 2018, Ankara: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2019, 95-109.
- Çiçek**, Mustafa: *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara: Seçkin, 2019.
- Çil**, Şahin: *İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, Ankara: Yetkin, 2018.
- Ekmekçi**, Ömer: “Hocayla İş Yargısı Üzerine Sohbet”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, 2016, C. LXXIV, Özel Sayı, 371-380.
- Ekmekçi**, Ömer/Özekes, Muhammet/**Atalı**, Murat/**Seven**, Vural: *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Güzel**, Ali: “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!...”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2016, S. 3, 1131-1146.
- Kaplan**, Yavuz: “Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2008, C. 28, S. 1-2, 115-146.
- Kar**, Bektaş: *İş Yargılaması Usulü*, Ankara: Yetkin, 2019.
- Köme Akpulat**, Ayşe: *İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri*, İstanbul: On İki Levha, 2018.
- Mutlay**, Faruk Barış: “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk”, *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III* (ed. Tankut Centel), İstanbul: On İki Levha, 2018, 23-174.
- Odaman**, Serkan/**Karaçöp**, Eda: “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2018, S. 39, 44-61.
- Odaman**, Serkan/**Karaçöp**, Eda: “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağında Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2016, S. 35, 51-65.
- Özmumcu**, Seda: “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2016, C. LXXIV, S. 2, 807-842.

- Özveri**, Murat: “İş Mahkemeleri Kanunu ve Zorunlu Arabuluculuk Uygulamaları”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2020, S. 65, 917-938.
- Soyer**, Polat: “Yeni İş Mahkemeleri Kanunu ile Getirilen Bazı Düzenlemeler Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, *Legal İSGHD*, C. 15, S. 57, 2018, 21-46.
- Tanriver**, Süha: “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2020, S. 147, 112-142.
- Yağcıoğlu**, Kaan Muharrem: “Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculuğun İş Yargılamasına Etkileri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20 (2), 2018, 457-486.
- Yıldırım**, Ferhat: “Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk”, *International Journal of Social Sciences and Education Research*, 2 (3), 2016, 748-762.

İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK ANLAŞMA TUTANAKLARININ İRADE FESADI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Hasan KAYIRGAN*

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu uyarınca Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Bu kapsamda arabuluculuk zorunlu bir aşama olarak öngörüldüğünden dava açmadan önce taraflar dava edilecek uyuşmazlığı öncelikle tartışma imkânı bulmaktadır. Alternatif bir çözüm yolu olan arabuluculuk faaliyetinin anlaşma ile sonuçlanması halinde de taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır. Ancak arabuluculuk uygulamasının iş hukuku uyuşmazlıklarında da etkin bir çözüm olup olmadığı da değerlendirilmesi gereken bir konudur.

İş Hukukunun temel prensibi, işçi ile işveren arasındaki güçler ayrılığını bertaraf etmek amacıyla işçinin işveren karşısında etkin bir şekilde korunmasının sağlanmasıdır. Bundan hareketle taraflar arasında dengenin sağlanması amaçlanmış ve işçiyi koruyan hükümler getirilmiştir. Hassas denge de (kamu düzeni) gözetilerek emredici hükümler ile işçiler lehine uygulamalar geliştirilmiştir. Bu konuda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile düzenlenen ibraname uygulamasındaki işçi lehine iyileştirici hükümler oldukça belirleyicidir. Zira 6098 sayılı TBK'nda ibra sözleşmesi genel olarak 132. madde ile düzenlenmiş ve borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekilde bağlı tutulmuş olsa bile borcun tarafların şekilde bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak m. 420 uyarınca işçiler için ibra hükümleri ayrıca değerlendirilmiş ve ibranamenin geçerlilik koşulu olarak işçi alacaklarının banka aracılığıyla tam olarak ödenmesinin ardından

* Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0003-2227-745X.

düzenlenmiş olması aranmıştır. Buna göre de işçinin alacağıının tam olarak ödenmediği halde, ibraname makbuz niteliği taşır. Bu durumda işçi hak kazanılan gerçek tutarı işverenden isteme hakkına sahip olur. Söz konusu halde de belgenin makbuz niteliği taşıyabilmesi ödemenin banka aracılığıyla yapılması koşuluna bağlı tutulmuştur. Görüldüğü üzere 6098 sayılı TBK. ile ibraname işçilik alacakları yönünden tam ifa halini almıştır.

Uygulamada hak ve alacakların tam ve noksansız yapılması gereğinin işveren tarafında zorluklar yarattığı bilinmektedir. İbranameye ilişkin hükümler ile işçilik alacaklarına büyük ölçüde ulaşılması amaçlanmıştır. Durum böyle olmakla birlikte arabuluculuk anlaşma tutanakları ile ibraname hükümlerinin işlevini yitirmesi ihtimal dahilindedir. İşçiler arabuluculuk aşamalarında yaptıkları anlaşmalar ile uzun yargılama safhalarından kurtulmakta ve alacaklarına hızlı bir şekilde kavuşmaktadır. Ancak diğer taraftan bu yöntemin uygulanması ile işçilik haklarının özüne zarar verilmesine de fırsat tanınmamalıdır. Nitekim sırf mevcut borçlarını ödeyebilmek maksadıyla arabuluculuk aşamasında işçilerin alacaklarının büyük bir kısmından vazgeçtikleri görülmektedir. Hatta işçiler talep edebileceği alacak miktarını tam olarak bilmediğinden sözü geçen aşamada yapılan anlaşmalarla bir takım mağduriyetler de yaşamaktadır. İşte arabuluculuk faaliyetlerinin etkin bir şekilde yürütülmesinden bahsedebilmek için bu tür hak kayıplarının da önüne geçmek gerekir. Bunun için de irade fesadı hükümlerinin ele alınması şarttır.

Öğretide Anayasa Mahkemesinin 10.07.2013 tarihli kararında belirttiği üzere arabuluculuk tutanaklarına karşı aşırı yararlanma olgusunun ileri sürülebileceği de belirtilmiştir. Bu kapsamda 6098 sayılı TBK.'da m. 28 uyarınca gabin –aşırı yararlanma- hükümlerinin de incelenmesi önem taşımaktadır. Bahsi geçen maddede “Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.” hükmü öngörülmüştür. Burada da anlaşma

tutanaklarında karşılaştırılan tutarların açık oransızlık oluşturup oluşturmadığı titizlikle incelenmelidir.

Açık oransızlıktan bahsedebilmek için bu miktarın nasıl belirlenmesi gerektiği konusunda somut bir tespit yapmanın güçlüğü ortadadır. Bu konuda Yargıtay'ın hakkaniyet indirimi konusundaki % 50 oranının hakkın özüne zarar verdiği yönelik kararları yol göstericidir. Buna göre işçinin hakkının yarısından daha fazla bir oranda vazgeçtiği tutarların gabin hükümleri uyarınca denetlenmesi mümkün olabilir.

Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan yargı reformu stratejisinde de arabuluculuğu etkin bir şekilde yürütülmesi amaçlanmıştır. Bu doğrultuda arabuluculukta uzmanlaşmanın sağlanacağı ifade edilmiştir. Yine arabuluculuğun etkin bir şekilde yürütülmesi amacıyla adli yardım hizmetlerinin de güçlendirileceği vurgulanmıştır. Yargı reformunda belirtilen ilkeler nazara alındığında özellikle arabuluculukta adli yardım hizmetinin daha etkin hale getirilmesi bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanında arabuluculukta uzmanlığın sağlanması için özellikle özerk bir arabuluculuk kurumunun hayata geçirilmesi de bu tür çekincelerin ortadan kalkmasına hizmet eder mahiyettedir.

Anahtar kelimeler: İş Uyuşmazlıkları, Arabuluculuk, Aşırı Yararlanma, İbraname, Geçersizlik.

AN EVALUATION OF MEDIATION AGREEMENT IN REGARDS TO WILL MISCHIEF IN EMPLOYMENT DISPUTES

Employment Court Act No. 7036 regulates access to court as a pre-condition to action where parties seek employment receivables and compensation arising from either employment contracts or collective bargaining agreements. Because mediation is a pre-condition to action, parties have a chance to negotiate their claim before litigation. At the end of the proceeding, the agreement signed by the parties and their lawyers is as powerful as a court decision. However, whether mediation is an effective resolution mechanism need to be evaluated further.

The main principle of employment law is to provide protection for the weaker parties by eliminating power imbalance between parties of employment relations. Therefore, employment law involves several principles which are in favour of employees to protect weaker parties and imperative provision to keep the balance. Release agreements regulated the Turkish code of obligation No.6098 are useful determiners. The section 132 of the Act 6098 says that even if the transaction that causes the debt is bound to a certain form by law or by the parties, it is stipulated that the debt can be removed completely or partially by the release agreement to be made by the parties. Nevertheless, the situation is different for employees. That is, as a validity condition for the release, it is sought that the employee receivables have been issued after the full payment through the bank. Where employee receivables are not fully paid, the release is accepted as a receipt. In this case, the employee has the right to demand the real amount earned from the employer. Hence, the release has become a full performance in terms of employment claims with Act No 6098.

In practice, it is known that the satisfying full conditions, rights, and receivables creates difficulties for employers. With these provisions, it is aimed that employees can effectively seek their receivables. Having said that mediation agreements lead to losing the function of release-related provisions. Although employees are saved from long-lasting employment

litigation proceedings, this situation involves the risk of losing the essence of employment rights. It is seen that most of the receivables are abandoned by employees just to pay the existing debts. Furthermore, just because an employee does not know how much s(he) will be paid, s(he) also experiences grievances with the mediation agreements. For effective execution of mediation activities, such loss of rights should also be prevented. In this context, it is necessary to deal with the provisions of will mischief.

It is stated in the doctrine that the case of excessive utilization can be claimed in line with the justification of the Constitutional Court's decision about mediation agreement and dated 10.07.2013. The section 28 of the Act No.6098 that are related to excessive utilization states that "if there is a clear disproportion between the mutual acts in a contract, if this disproportion is realized by taking advantage of the hardship of the injured person or his thoughtlessness or inexperience, the injured person must notify the other party that he is not bound by the contract, depending on the nature of the situation or may request the elimination of the disproportion between the acts by sticking to the contract." This provision requires to carefully investigate whether there is an apparent disproportion in the agreement.

It is obvious that it is difficult to make a concrete determination on how this amount should be determined in order to speak of clear disproportion. In this regard, the decisions of the Supreme Court regarding the equity reduction of 50% are indicative of damaging the essence of the right. Accordingly, it should be possible to inspect the amount that the worker gives up more than half of his right in accordance with the provisions of the excessive utilization.

In the judicial reform strategy prepared by the Ministry of Justice, it is aimed to carry out mediation effectively. Accordingly, it was stated that specialization in mediation would be achieved. It was also emphasized that legal aid services would be strengthened in order to carry out mediation effectively. Considering the principles stated in the judicial reform, it is a necessity to make the legal aid service effective, especially in mediation. In addition, the establishment of an autonomous mediation institution in order to ensure expertise in mediation also serves to eliminate such concerns.

Keywords: employment disputes, mediation, undue influence, release agreements, invalidity.

KAYNAKÇA

- Akkan**, Mine. "Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları," DEÜHFD., C.20. S.2 (2018): 1-31.
- Akyiğit**, Ercan. İş Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Antalya**, Gökhan. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,3. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Ayan**, Mehmet. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Çelik**, Nuri, **Caniklioğlu** Nurşen ve **Canbolat** Talat. İş Hukuku Dersleri, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019.
- Çiçek**, Mustafa. İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Çil**, Şahin. İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Daubler**, Wolfgang. Arbeitsrecht, Hrsg.: Wolfgang Daubler/Jens Peter Hjort/Michael Schubert/Martin Wolmerath. Baden: Nomos Verlag, 2017.
- Dendorfer-Ditges**, Renate und **Ponschab**, Reiner. § 82 Mediation und Konfliktmanagement in der Arbeitswelt, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, Hrsg.: Wilhelm Moll. München: C.H.BECK Verlag, 2017.
- Ekmekçi**, Ömer, Özekes Muhammet, **Atalı** Murat ve **Seven** Vural. Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2019
- Ekmekçi**, **Ömer** ve **Yiğit** Esra. Bireysel İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2020.
- Ekonomi**, Münir. İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1976.
- Eren**, Fikret. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012
- Eyrenci**, Öner, **Taşkent**, Savaş ve **Ulucan**, Devrim. Bireysel İş Hukuku. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019.
- Güven**, Ercan ve **Aydın**, Ufuk. Bireysel İş Hukuku. Eskişehir-İstanbul: Nisan Kitabevi, 2020
- Güzel**, Ali. "İş Yargılamasında Yeni Bir Sistem: "Zorunlu" Arabuluculuk (Eleştirel Yaklaşım - I)," Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2018.
- Güzel**, Ali. "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!," Çalışma ve Toplum Dergisi 3, (2016), (1131-1146).
- Koch**, Ulrich. § 54 Güteverfahren, Erfurter Kommentar im Arbeitsrecht, Hrsg.: Rudi Müller-Gloge, Ulrich Preis und Ingridt Schmidt. München: C.H.BECK Verlag, 2020.
- Korkmaz**, Fahrettin ve **Alp** Nihat Seyhun. Bireysel İş Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Köme Akpulat**, Ayşe. İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2018.
- Kalem**, Seda, "Bir Yargısal Alan Kurgusu Türkiye'de Arabuluculuk Kurumunun Ortaya Çıkışı ve Gelişmeleri," VI. Ulusal Sosyoloji Kongresi, Ekim 2009.
- Karacabey**, Kürşat, "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar," TBB Dergisi 1, (2016): 457- 490.
- Kurt**, Resul. "İş Yargısında Arabuluculuk," TBB. Dergisi 135, (2018): 405-444.
- Lokmanoğlu**, Saim Yusuf. "İş Mahkemeleri Kanunu Işığında Arabuluculuk," Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 33, (Ekim 2018): 863-885.
- Mollamahmutoğlu** Hamdi, **Astarlı** Muhittin ve **Baysal** Ulaş. İş Hukuku Ders Kitabı, C. I, Ankara 2020.

- Odaman, Serkan ve Karaçöp** Eda. “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme,” *Sicil İş Hukuku Dergisi* 35, (2016): 44-61.
- Odaman, Serkan ve Karaçöp** Eda. “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağında Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi,” *Sicil İş Hukuku Dergisi* 35, (2016): 51-65.
- Oğuz, Özgür.** *Türk İş Hukuku’nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2019.
- Oğuzman, Kemal ve Öz** Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I*, İstanbul 2012.
- Okur, Zeki.** *Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk*. Adana: Karahan Kitabevi, 2019.
- Özbay, İbrahim,** “Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği,” *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: VIII, 3-4*, (2004).
- Özbek, Mustafa,** “Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü,” *TBBD, S. 68*, 2007, (265- 320).
- Özbek, Mustafa Serdar,** *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin Yayıncılık, Ankara* 2013.
- Özdemir, Eda Manav,** “İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri,” *Çalışma ve Toplum, 2015/4*, (185-222).
- Özdemir, Olgu.** *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S. 74* (Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan Özel Sayısı), İstanbul 2016, (601- 616).
- Özmumcu, Seda.** “Arabulucunun Rolü,” *İÜHFİM, C. LXXI, S. 1, Y. 2013*, (1369- 1390),
- Palandt, Otto.** *Bürgerliches Gesetzbuch. München: C.H.BECK Verlag, 2017.*
- Pilartz, Annegret.** “Mediation im Arbeitsrecht – Fallbeispiele,” *ArbRAktuell* 2013: 347-350.
- Prütting, Hanns.** *ArbGG § 54 a, Mediation, Arbeitsgerichtsgesetz, Hrsg.: Claas-Hinrich Germelmann/Hanns Prütting/Hans-Cristoph Matthes. München: C.H.BECK Verlag, 2017.*
- Saymen, Ferit Hakkı.** *Türk İş Hukuku. İstanbul: 1954.*
- Soyer, Polat.** “Yeni İş Mahkemeleri Kanunu ile Getirilen Bazı Düzenlemeler Hakkında Genel Bir Değerlendirme,” *LİSGHD., 57* (2018): 21-46.
- Strahl, Christian.** 17. *Mediationsvereinbarung, Beck’sches Prozessformularbuch, Hrsg.: Peter Mes. München: C.H.BECK Verlag, 2019.*
- Subaşı, İbrahim.** “Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk,” *Ünal Tekinalp’e Armağan, C.II.* İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2001.
- Sümer, Haluk Hadi.** *İş Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.*
- Sümer, Haluk Hadi.** *İş Hukuku Uygulamaları. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.*
- Süzek, Sarper.** *İş Hukuku. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.*
- Şakar, Müjdat.** *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2020.*
- Şişli, Zeynep.** “Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm,” *Ankara Barosu Dergisi, C.2,* (2012): <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2012-2/02.pdf>,
- Tandoğan, Haluk.** *Türk Mesuliyet Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.*
- Tanriver, Süha,** “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk,” *TBBD* 64, (2006): 151-176.

- Tanriver**, Süha, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Getirdikleri ve Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Taşpolat Tuğsavul**, Melis. Türk Hukukunda Arabuluculuk. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2012.
- Tunçomağ**, Kenan ve **Centel Tankut**. **İş Hukukunun Esasları. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018.**
- Uşan**, Fatih ve **Erdoğan**, Canan. *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku* Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Yenisey**, Kübra Doğan. “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi”. <http://tisk.org.tr/wp-content/uploads/2016/11/ishukuku-mahkemeleri-kanunu-tasarisi.pdf> (E.T.: 15.10.2020).
- Ziegler**, Ole. 1. *Informationsblatt über Mediation, Beck’sches Prozessformularbuch, Hrsg.: Peter Mes.* München: C.H.BECK Verlag, 2019.

İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK UYGULAMASININ SOSYAL GÜVENLİK İŞLEMLERİNE ETKİSİ VE YAŞANAN SORUNLAR

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet BULUT*

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile 2018 tarihinde yürürlüğe girmek üzere 4857 sayılı İş Kanunu gereğince bireysel veya toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan işçi ve işveren alacak ve tazminatı ile işe iade taleplerinde dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartı olarak getirilmiştir. Arabuluculuğun en önemli araçlarından birisi ise anlaşma belgeleridir. Nitekim işçi ve işveren arasında yaşanan uyuşmazlıklar sonucunda yürütülen arabuluculuk faaliyeti neticesinde düzenlenen anlaşma belgeleri önemli sonuçlar doğurmaktadır. Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılmaktadır.

Arabuluculuk faaliyeti neticesinde düzenlenen anlaşma belgesinin niteliği sosyal güvenlik işlemleri açısından da ayrı bir öneme sahiptir. Nitekim arabuluculuk sayesinde işe iade edilme durumunda sigortalıya geçmişe dönük ödemeler yapılabilmekte ve bu ödemeler neticesinde geçmişe dönük prim belgelerinin düzenlenmesi ve prim tahakkuklarının yapılması gerekebilmektedir. Bunun yanı sıra geçmişe dönük verilecek prim belgeleri nedeniyle sigorta prim teşviklerinden yasaklanma olup olmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

SGK, arabuluculuk anlaşma belgeleri ile ilgili ilk resmi görüşünü bir genel yazıyla ortaya koymuştur. SGK tarafından yayınlanan 58882267 sayılı ve 21/11/2017 tarihli Genel Yazıda, imzalanan arabuluculuk anlaşma belgesinin mahkeme kararı niteliğinde sayıldığı ve yapılacak

* Bayburt Üniversitesi İİBF Maliye Bölümü Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0003-0157-4906.

işlemlerde mahkeme ilamı vasfında kabul edilerek işlem yapılması gerektiği belirtilmiştir. Aynı görüş SGK'nın 2020/20 sayılı İşveren İşlemleri Genelgesi'nde tekrarlanmıştır. 2020/20 sayılı Genelge'de ayrıca, anlaşma belgesi uyarınca sigortalı için verilmesi gereken asıl veya ek nitelikteki aylık prim ve hizmet belgelerinin arabuluculuk anlaşma belgesinin ilam niteliğini kazandığı tarihi takip eden ayın 23'üne kadar, Kuruma, e-sigorta kanalıyla gönderilmesi veya kağıt ortamında verilmesi halinde yasal süreci içinde verilmiş kabul edileceği belirtilmiştir.

İş uyuşmazlıkları nedeniyle yürütülen arabuluculuk faaliyeti sonucunda düzenlenen anlaşma belgeleri bazı sosyal güvenlik işlemleri için dayanak teşkil etmektedir. Bu noktada da karşımıza uygulamaya yönelik bazı sorunlar çıkmaktadır. Bu sorunlar ise; anlaşma belgelerinde yer alan ücret ve ücret niteliğindeki ödemelerin prime esas kazançta nasıl dahil edileceği, **ücret** ve ücret niteliğindeki ödemelerin hangi ayın kazancına tabi tutulacağı ve anlaşma belgesinin istihdam teşvik ve desteklerine etkisinin nasıl olacağı ile ilgilidir.

Genellikle anlaşma belgelerinde, belirlenen ve işçiye geçmişe dönük ödenmesi öngörülen ödemelerin tümü toplanmakta ve tek kalem halinde yazılmaktadır. Bu durum da yapılan ödemelerin ne kadarının prime tabi tutulup tutulmayacağı sorununu beraberinde getirmektedir. 2020/20 sayılı Genelge'de arabuluculuk anlaşma belgelerinde yapılan ödemelere toplam olarak yer verilmesi halinde ne şekilde prime tabi tutulacağı hususunda bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak emsal bir uygulama olması açısından, ikale sözleşmelerinde belirtilen ödemelerde olduğu gibi, anlaşma belgelerinde yer alan tutarlar için de toplu olarak yazılan ödemelerin tümünün sigorta primine tabi tutulması yerinde olacaktır.

2020/20 sayılı Genelge'de, arabuluculuk anlaşma belgelerinde yer alan ve prime esas kazançta tabi tutulması gereken ödemelerin hangi ayın kazancına dahil edileceğine ilişkin bir açıklama da bulunmamaktadır. Burada ise işçi alacaklarına ilişkin düzenlenen denetim elemanı raporları ve mahkeme kararlarında olduğu gibi hareket etmek yerinde olacaktır. Dolayısıyla yapılan ödemelerin hangi dönemlere ait olduğu anlaşma belgesinde

belirtilmişse o dönemlere ait kazanca; belirtilmemişse akdin fesh edildiği ayın kazancına dahil edilmesi gerekmektedir.

Arabuluculuk anlaşma belgelerinin en önemli etkilerinden birisi ise sigorta prim teşvikleri ile ilgilidir. Anlaşma belgelerinin mahkeme kararları gibi nitelendirilmesi ve prim belgesinin takip eden ayın 26'sından sonra işverence verilmesi halinde işverenlerin sigorta prim teşviklerinden yasaklanmaları ve hatta geçmişte yararlandıkları teşvikleri faiziyle geri ödemeleri söz konusu olabilecektir. Ancak gerek yasal düzenlemelerde gerekse de Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından çıkartılan genelgelerde bu konuya ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Buna karşın bir genel yazıda ve Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü'nün bir görüş yazısında ise bu durumlarda yasaklama işleminin yapılması ve geçmişte yararlanılan teşviklerin faiziyle iadesi öngörülmüştür.

Kanaatimizce ilam niteliğinde sayılma hususu işçinin arabuluculuk faaliyeti neticesinde ortaya çıkan alacaklarının tahsil edilmesi açısından getirilmiş bir düzenlemedir. Bunun dışındaki bir yorum kanun metni lafzının geniş yorumlanmasına ve arabuluculuk faaliyetinin amacı dışında istenmeyen sonuçlara sebebiyet vermesine neden olacaktır. Nitekim sigorta prim teşviklerinden yasaklanma halleri dikkatlice incelendiğinde görülecektir ki hepsinde işverenin isteği dışında Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından tespit edilme veya haberdar olma durumları söz konusudur. Bu itibarla arabuluculuk faaliyeti ve belgesini bu şekilde nitelendirmek doğru olmayacaktır. Arabuluculukta, ortada verilen bir yargı kararı veya düzenlenmiş bir rapor yokken işveren ve işçi anlaşmakta ve bu anlaşma neticesinde işveren kendiliğinden prim belgelerini Sosyal Güvenlik Kurumu'na vermektedir. Bu sebeple sigorta prim teşvikinden yasaklanma da doğru değildir. Ayrıca uygulamanın bu şekilde yürütülmesi halinde, bazı işverenlerin bu yaptırımla muhatap olmamak adına anlaşma belgesini imzalamaya yanaşmaması muhtemeldir. Öyle ki işverenin anlaşmaya yanaşmadığı durumlarda işçi iş mahkemesine başvurursa bile, mahkeme kararının kesinleşmesinden önce muhtasar ve prim hizmet beyannameleri işveren tarafından verilmesi durumunda, kendiliğinden verilmiş kabul edilmekte ve teşvikten/destekten yasaklanma söz konusu olmayacaktır. Bu sebeplerle Sosyal Güvenlik Kurumu

tarafından Arabuluculuk Daire Başkanlığı ile koordineli bir şekilde konunun yeniden ele alınması ve konuyu aydınlatıcı en azından Genelge niteliğinde bir düzenleme yapması yerinde olacaktır.

Anahtar kelimeler: Arabuluculuk, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Sigorta Prim Teşvikleri, Anlaşma Belgesi, Mahkeme Kararı

MEDIATION IN LABOR DISPUTES AND ITS EFFECT ON SOCIAL SECURITY PROCEDURES

As of 2018, with the Labor Courts Law No.7036, it has been brought as a condition of lawsuit to apply to a mediator before filing a lawsuit for money claims, compensation and reemployment claims between the employee and the employer arising from employment contracts. One of the most important tools of mediation is agreement documents. As a matter of fact, the agreement documents issued as a result of the mediation activities carried out as a result of the disputes between the employee and the employer have important results. The agreement document signed by the parties and their attorneys and the mediator is considered as a court decision without seeking enforceability.

The nature of the agreement document issued as a result of mediation activity is of particular importance in terms of social security procedures. As a matter of fact, retrospective payments can be made to the insured due to reinstatement through mediation. In addition, retrospective premium documents may need to be issued and premium accruals due to these payments. In addition, the problem of prohibition from insurance premium incentives arises due to the premium documents to be given retrospectively.

The SSI presented its first official opinion on mediation agreement documents in a general letter. In the General Letter numbered 58882267 and dated 21/11/2017 published by the SSI, it was stated that the signed mediation agreement document was considered as a court decision and that the proceedings should be accepted as a court order. The same opinion was repeated in the SSI's Employer Transactions Circular No. 2020/20. In addition, in the Circular No. 2020/20, it is stated that if the premium documents required to be given to the insured in accordance with the agreement document are issued until the 23rd of the month following the date when the mediation agreement document becomes a verdict, it will be deemed to be given within the legal period.

Agreement documents issued as a result of mediation activities constitute a basis for some social security transactions. At this point, some practical problems arise. These problems are as follows: (1) How will the payments in the form of wages and fees included in the agreement documents be included in the earning based on the premium? (2) Payments in the form of wages and fees will be subject to the earnings of which month? (3) How will the agreement document affect employment incentives and supports?

Generally, all payments agreed to be paid retrospectively to the worker are collected and written in a single item in the agreement documents. This situation brings with it the problem of whether the payments made will be subject to premium or not. In the Circular numbered 2020/20, there is no explanation as to how the payments made in the mediation agreement documents are included in total. However, in order to be a precedent practice, it would be appropriate to subject all payments written collectively to insurance premium for the amounts included in the agreement documents, as in the payments specified in the termination agreements.

In the Circular numbered 2020/20, there is no explanation as to which month's earnings will include the payments in the mediation agreement documents. Here, it would be appropriate to act as in the inspector reports and court decisions regarding the employee claims. Therefore, if the periods of the payments are specified in the agreement document, the earnings of those periods; If not specified, it must be included in the income of the month in which the contract was terminated.

One of the most important effects of agreement documents is related to insurance premium incentives. If the agreement documents are qualified as court decisions, employers may be banned from insurance premium incentives and even repay the incentives they used in the past with interest. However, neither in the legal regulations nor in the circulars issued by the Social Security Institution, there is no explanation on this issue. On the other hand, in a general letter and in an opinion letter of the General Directorate of Insurance Premiums, it is stipulated that in these cases the prohibition procedure will be made and the return of the incentives used in the past with interest.

In our opinion, the issue of being deemed as a judgment is a regulation introduced in terms of collecting the receivables of the worker as a result of the mediation activity. Any interpretation other than this will cause the text of the law to be interpreted widely and the mediation activity to cause undesirable consequences. As a matter of fact, when the cases of prohibition from insurance premium incentives are examined carefully, it will be seen that all of them are detected or informed by the Social Security Institution against the request of the employer. In this respect, it would not be correct to characterize the mediation activity and document in this way. In mediation, when there is no judicial decision or issued report, the employer and the employee agree and as a result of this agreement, the employer automatically gives the premium documents to the Social Security Institution. For this reason, it is not right to be banned from insurance premium incentives. In addition, if the implementation is carried out in this way, it is likely that some employers will not be willing to sign the agreement document in order not to be subject to this sanction. So much so that even if the employee applies to the labor court in cases where the employer does not agree, if the premium document is given by the employer before the court decision is finalized, it is considered to be given automatically and there will be no ban from incentives. For these reasons, it would be appropriate for the Social Security Institution to reconsider the issue and make a regulation that enlightens the issue, at least as a Circular.

Keywords: Mediation, Alternative Dispute Resolution, Insurance Premium Incentives, Agreement Document, Court Order

KAYNAKÇA

- Akın, Levent. (2020). İkinci Yılında Dava Şartı Arabuluculuk Alanında Gelişmeler ve Öneriler. *SGD-Sosyal Güvenlik Dergisi*. 10 (1), 1-18.
- Albayrak, Hakan. (2018). Eşitlik Ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu. *Gaziantep University Journal of Social Sciences*. 17 Etik Özel Sayı, 12-24.
- Akkan, Mine. (2018). Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı Ve Sonuçları. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 20 (2), 1-28.
- Aşçı, Mehmet Saim. (2019). Zorunlu Arabuluculuk Uygulamasının Olumlu ve Olumsuz Yönleri. *Uluslararası Hukuk ve Sosyal Bilim Araştırmaları Dergisi*. 1 (2), 80-91.
- Bakırcı, Kadriye. (2019). Alternatif Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu (Arabuluculuk) Aracılığıyla "Alternatif" İş Hukukuna Doğru. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 2019 (140), 355-392.
- Ekmekçi, Ömer, Özkes, Muhammet, Atalı, Murat. (2018), Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk (6325 sayılı HUAK/7036 sayılı İş MK. ve Diğer Mevzuat Kapsamında), İstanbul, On İki Levha Yayınları.
- Korkmaz, Fahrettin, Kıyak, Emre. (2018). 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi. *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 4 (1), 31-56.
- Lokmanoğlu, Salim Yunus. (2018). İş Mahkemeleri Kanunu Işığında Arabuluculuk Kavramı. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. (33), 863-885.
- Şahin Emir, Asiye; Kaymaz Tepe, Büşra. (2018). İş Uyuşmazlıklarına İlişkin İbra Hükümü İçeren Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi. *Çalışma ve Toplum*. 2018/3, 1481-1508.
- Yağcıoğlu, Kaan Muharrem. (2018). Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculuğun İş Yargılamasına Etkileri. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 20 (2), 457-486.
- Yavuz, Mustafa. (2019). Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk. *Gümrük ve Ticaret Dergisi*. 5 (15), 52-61.
- Yıldırım, Ferhat. (2016). Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk. *International Journal of Social Sciences and Education Research*. 2 (3), 748-762.

TÜRKİYE VE İNGİLTERE'DEKİ İŞ HUKUKU ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI'NIN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ MD 6 (1) BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Av. Mustafa NALBANT*

Frank Sander' in 1976 yılında Amerika'daki Pound Konferansı'nda yaptığı konuşma AUÇY nin başlangıcı kabul edilmektedir. 1990'lara gelindiğinde ise AUÇY hukukun birçok alanında kullanılmaya başlanmıştır ve iş davaları da yaygın kullanım alanlarından biri olmuştur. İngiltere ise bu dönemde bu trendin daima bir parçası olmuştur. Bu bağlamda 2002 yılında is davalarını mahkeme dışında çözüme kavuşturmak için zorunlu bir AUÇY mekanizması benimsemiş fakat bu mekanizma istenilen faydayı vermemiştir. 2010'lu yıllara gelindiğinde İngiltere artık gönüllü bir arabuluculuk sistemi benimsemektedir ve birçok kez yargısal olan ve yargısal olmayan AUÇY yollarını tarafların istifadesine sunmaktadır. Türkiye ise 2012 yılında Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile bireysel iş hukukunda AUÇY dünyasına adım atmış ve is hukuku özelinde elde edilen pozitif sonuçlar neticesinde zorunlu arabuluculuğa (mediation) geçiş yapmıştır.

İki ülke de mahkemelerin is yüklerinin artması nedeniyle tarafları AUÇY'ye yönlendiren ve içerisinde zorunluluk unsurları barındıran sistemler benimsemiştir. Ama bir ülkedeki zorunluluğun yoğunluğu diğer bir ülkedeki 'zorunluluk' kavramı aynı anlamı ifade etmeyebilir. Diğer bir deyişle, bir sistem ne tamamen gönüllü ne de tamamıyla zorunludur; yasaların içerisindeki bazı unsurlar sistemi daha gönüllü veya daha zorunlu hale getirebilir. Bu konuda bu yasal sistemlerin içerisindeki zorunluluğun yoğunluğunu belirlemek için Quek' in 'Continuum of Mandatoriness (Zorunluluğun Sürekliliği)' adını verdiği bir ölçek ortaya sürmüştür. Bu bildiri de öncelikli olarak bu ölçek tanıtılacak daha sonra Türkiye'nin ve İngiltere'nin bu ölçek üzerindeki yeri belirlenmeye çalışılacaktır.

* Nottingham Üniversitesi, Doktora Öğrencisi, ORCID: 0000-0001-7710-3188.

Quek'in ölçęęi farklı derece zorunluluk örnekleri içeren 5 farklı tipi öngörmüştür. Birinci seviye tarafların süreci başlatmada bitirmede tamamen serbest oldukları; ikinci seviye, tarafların AUÇY nin ne ölçüde uygun bir sistem olduğunu düşünmeye yönlendiren ama reddetme durumunda herhangi bir müeyyide öngörmeyen; üçüncü seviye, yine tarafları sistemin uygunluğunu düşünmeye yönlendiren ama sebepsiz reddetme durumunda müeyyide öngören, dördüncü seviye; AUÇY'yi mahkemeye gidebilmenin bir koşulu olarak düzenleyen ancak belirli türden davalara istisnalar tanıyan; besinci seviye, istisnasız bir şekilde AUCY'yi mahkemeye gidebilmenin bir koşulu olarak düzenleyen ve aynı zamanda sebepsiz yere katılmayı reddetme durumunda müeyyideler içeren sisteme referans etmektedir. Burada vurgulanması gereken diğer bir nokta ise zorunluluk derecesi artttıkça, mahkemeye erişim hakkını garanti altına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesini ihlal etme riskinin de artmış olmasıdır.

İngiltere iş davalarının çözümü için 2 farklı yargı yolu benimsemiştir; 25.000£ altındaki talepler için taraflar İş Mahkemelerine (Employment Tribunal) a gidebilirken 25.000£ üstündeki talepler için Genel Hukuk Mahkemelere (Civil Court) başvurmaları gerekmektedir. Bu iki mahkeme ayrı usul kuralları ve ayrı AUCY mekanizmaları içermektedir. İş mahkemelerindeki sisteme bakıldığında, dava açmadan önce tarafları early conciliation certificate (erken uzlaşma sertifikası) adı verilen bir dokümanı almayı zorlamaktadır ve bu dokümansız yapılan başvurular reddedilmektedir. Bu sertifikayı alabilmek için taraflar ACAS ismi verilen bir AUCY Kurumu ile irtibata geçmek zorundadır ancak uzlaşma görüşmelerine katılmak zorunda değildirler. Yani taraflar sadece uzlaşma (conciliation) görüşmesine katılmak istemediklerini belirterek bu sertifikayı alabilmek mümkündür. Genel mahkemelerdeki sistem ise hâkim veya davanın diğer tarafı arabuluculuğa gitme teklifinde bulunursa ve bu kişi sebepsiz yere bu teklifi reddederse mahkemenin reddeden tarafı yargılama masraflılarıyla cezalandırabilme yetkisi vardır. Türkiye ise arabuluculuğu dava şartı olarak düzenlemiş ve arabuluculuk görüşmesine katılmayı sebepsiz reddeden tarafları davayı kazansa da mahkeme maliyetleri ile cezalandırmaktadır; ancak, iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat zorunluluğa istisna olarak öngörülmüştür.

İngiltere' nin tarafları sertifika almaya zorlaması fakat AUÇY nin ne ölçüde uyuşmazlığa uygun olduğunu düşünme görevi yüklenmediğinden dolayı ölçek içindeki yeri birinci ila ikinci seviye arasında olmalıdır. Genel mahkemelerindeki AUÇY ise sebepsiz arabuluculuk görüşmesine katılmayan kimselere müeyyide öngördüğünden üçüncü seviyeye yerleştirilmelidir. Is mahkemeleri kanunumuz ise bazı istisnalar barındırmasına rağmen sebepsiz yere arabuluculuk görüşmelerine katılmayan tarafı cezalandırıldığından zorunlu arabuluculuk sistemimiz dördüncü ila beşinci seviye arasında olmalıdır.

AİHS'nin garanti altına aldığı mahkemelere erişim hakkı kesin değildir ve bazı sınırlandırmalara tabi tutulması mümkündür ancak bu sınırlamaların hakkın özünü ihlal etmemelidir. Ancak burada önemli olan AUÇY nin mahkemeye ulaşımın zorunlu koşulu olması AİHS nin 6. maddesini ihlal edip etmediğidir. Bu tür düzenlemelere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) orantılılık (proportionality) testi uygulamaktadır ve bu yasanın *gerekli olup olmadığını ve uygun bir düzenleme olduğunu incelemektedir.*

İngiltere'deki (400.000) ve Türkiye'deki (569.000) dava sayılarına baktığımızda, en azından gereksiz bir düzenleme diyemiyoruz. AİHM bir kararında üye devletler arasında trend düzenlemenin *gerekli* olması için yeterli görmüştür. AB' nin 2008 mediation direktifleri zorunlu arabuluculuğu üye devletlerin takdir yetkisine bırakmıştır ve sonuçta Polonya, Slovakya gibi ülkeler direktif kurallarını bireysel is davalarını çözmek için kullanmaktadır. Avrupa Adalet Mahkemesi ise bir kararında eğer mahkeme sürecinde aşırı gecikmeye sebep olmuyorsa, zamanaşımı nedeniyle hak kaybına neden olmuyorsa ve aşırı derecede pahalı değilse dava şartı olarak arabuluculuğun düzenlenebileceğine karar vermiştir.

Yukarıdaki bilgiler ışığında dava şartı arabuluculuk AİHS ye ve AİHM içtihatlarına uygun olduğunu düşünmekteyim. Ancak iki husus; sebepsiz yere arabuluculuk görüşmesine katılmayı reddeden tarafı devamındaki mahkeme sürecinde cezalandırması (bu durum İngiltere deki genel mahkemeleri giden iş davaları için de geçerlidir) ve AUÇY sonunda imzalanan tutanakların niteliği md 6'yi ihlal etme potansiyeli söz konusudur.

Öncelikli olarak sebebin geçerli sebep olmaksızın katılmama ifadesi sübjektiftir. Mahkemede kesin kazanacağına inanmak, ya da arabuluculuğun basarisiz olacağına inanmak geçerli bir sebep olup olmadığı muammadır. Bu belirsizlik ayrıca herhangi bir nedenle arabuluculuk duruşmasına katılmayan tarafı muhtemel mahkeme masraflarıyla karşılaşmak korkusuyla dava açmasını engelleyebilecek bir faktördür. Ayrıca 'restorative justice' anlayışı uyuşmazlık hiç yaşanmamış gibi olmasını ve mağduriyetin giderilmesini hedeflemektedir ancak burada taraflar haklı olduğu bir davada cezalandırılabilme ihtimalini ihtiva etmektedir. İngiltere genel mahkemelerdeki iş davaları bakımından ise, bu sübjektifliğin tarafları müeyyide korkusuyla anlaşmaya zorlayabileceğinden dolayı potansiyel 6. maddenin ihlali olabileceği ifade edilmiştir.

Diğer bir husus ise, İngiltere'de ve Türkiye'de arabuluculuk tutanakları bağlayıcı sözleşmelerdir (kesin hüküm) ve bunlarla alakalı uyuşmazlıklar için is yargılamasına devam edilebilme ihtimali söz konusu değildir. Ve hata hile tehdit gibi iradeyi sakatlayıcı durumlar da bile kişi is yargılamasından uzak tutulmaktadır. Mahkemeye erişim hakkı sadece arabuluculuk veya uzlaşma sürecinde uyuşmazlıklarını çözemeyen kişiler için değil bir uyuşmazlığa dâhil olan herkesin hakkıdır. Bu durum iki ülke için geçerlidir ve madde 6 yi ihlal edebileceği ihtimalinden dolayı eleştirilere açıktır.

Sonuç olarak, dava şartı zorunlu arabuluculuk sisteminin önemli bir gecikmeye sebep olma ihtimali olmadığından ve basarisiz olma durumunda ücretsiz olması nedeniyle ve mahkeme yolu kapanmadığından AIHS 6(1) ihlaline sebep olmayacaktır. Nitekim AYM de bu doğrultuda karar vermiştir. Ancak usul kurallarındaki belirsizlikler ve sübjektiflikler ve AUÇY sonundaki imzalanan tutanakların is ilişkisinin taraflarını bu kişilere özgülenmiş olan is yargılamasına gitmesini engelleyebilecek bir faktör olabileceğinden AIHS 6(1) aykırılık oluşturabilecektir.

Anahtar kelimeler: AUÇY, Arabuluculuk, Zorunlu, Mahkemeye Erişim Hakkı, İş Hukuku

AN EVALUATION OF ADR SYSTEMS IN EMPLOYMENT DISPUTES IN THE UK AND TURKEY IN LIGHT OF ART 6(1) OF THE ECHR

Frank Sander's speech at the Pound Conference in the United States in 1976 is considered as the beginning of the ADR. When it comes to 1990s, ADR started to be used in many areas of the law, and employment dispute became one of the common areas of use. England has always been a part of this trend during this period. In this context, a compulsory ADR mechanism was adopted in 2002 to resolve employment disputes to resolve them the outside of the court, but this mechanism did not give the desired benefit. Since 2008, the UK has been adopting a voluntary mediation system and it offers judicial and non-judicial LRM to the benefit of the parties. In contrast, Turkish Mediation Law in Turkey in 2012 has taken a step into the world of individual employment disputes and then, after receiving positive results, compulsory mediation has been introduced to resolve employment disputes.

Due to the increase in the caseload in litigation, both countries have adopted systems that direct the parties to the ADR mechanism and that include compulsion elements. But the intensity of the compulsion elements in one country may not mean the same as the concept of 'compulsory' in another country. In other words, a system is neither completely voluntary nor completely compulsory; some elements within the laws may make the system more voluntary or more compulsory. In order to determine the intensity of the mandatoriness within these legal systems in, a scale called "Continuum of Mandatoriness" by Quek has been introduced. In this paper, it will initially be introduced this scale, and then Turkey's and the England's position on this scale will be determined.

Quek's scale has stipulated 5 different types containing the different degrees of compulsion. The *first* level refers to totally discretionary ADR system meaning that parties are entirely free to commence and to bring an ADR proceeding to an end; the *second* level refers to a system that parties

are pre-required to assess whether ADR is an appropriate alternative to resolve the dispute but without sanctions; the *third* level stipulates a system pre-requesting disputants to consider the appropriateness of ADR system but with a sanction; the *fourth* level refers to a mandatory ADR system with provisions involving an opt-out system or exemptions; the *fifth* level means mandatory ADR system with no exemptions and cost sanctions for refusing to participate in ADR meetings. On this basis, the higher-level compulsion, the higher the Art 6 hurdle.

England has adopted two different judicial methods for the settlement of employment disputes; for claims less than £25,000, the parties can go to the Employment Tribunal, while claims over £25,000 must apply to the Civil Court. These two courts contain separate procedural rules and separate ADR mechanisms. Looking at the system in employment tribunals, it forces the parties to obtain a document called an 'early conciliation certificate' before filing a lawsuit, and applications made without this document are rejected. In order to obtain this certificate, parties must contact an ADR Institution called ACAS, but they do not have to participate in settlement negotiations. In other words, it is possible to get this certificate by just stating that the parties do not want to participate in the conciliation meeting. In the civil court system, if the judge or the other party of the case proposes to go to mediation and this person rejects this offer without any reason, the court has the authority to punish the rejecting party with the costs of a trial. Turkey regulated mediation as a pre-condition to action and the system punishes a party, who does not attend mediation meetings without any reason, in following court proceedings with the costs of litigation, even if the party wins the case. The Turkish system has a few exemptions to mandatory mediation, namely; the claim of compensation for pecuniary and non-pecuniary damages arising from occupational accidents or diseases.

Since English system forces the parties to receive certification, but it is not tasked with the suitability of the conflict to ADR methods, its place in the scale should be between the first and the second level. The ADR in the general courts, on the other hand, should be placed at the third level, as it sanctions the persons who do not participate in the mediation meetings

without a legitimate reason. Our compulsory mediation system should be between the fourth and fifth level, though our Employment Courts Law includes some exceptions, the party that does not participate in mediation meetings without reason is punished with the cost of litigation.

The right of access to courts guaranteed by Art 6(1) ECHR is not certain and may be subject to some restrictions, but these restrictions should not violate the essence of the right. However, what is important here is whether ADR is a compulsory condition for access to court violates Art 6 of the ECHR. The European Court of Human Rights (AIHM) applies a proportionality test to such regulations and examines whether this law is *necessary* and an *appropriate* regulation.

The caseload in England (400,000) and Turkey (569 000) is taken into consideration, at least it can be said that they are unnecessary regulations. In this context, in one of ECtHR judgments, it has been found that trend regulation between member states might be sufficient to be regarded as *necessary*. The 2008 mediation directives of the EU left mandatory mediation to the discretion of member states, and as a result, countries such as Poland and Slovakia use the directive rules to resolve individual labour cases. On the other hand, the European Court of Justice has decided that mediation can be regulated as a pre-condition to action if it does not cause excessive delay in the court process, does not cause loss of rights due to the statute of limitations and is not extremely expensive.

In light of the information above, I think that mandatory mediation is in line with the ECHR and the ECtHR case law. However, two issues; there is a potential to punish the party who refuses to participate in the mediation meeting for no reason to be punished in the subsequent court process (this is also valid for the employment cases outgoing to the general courts in England) and the quality of the ADR agreement signed at the end of the ADR proceedings, there is a potential to violate Article 6.

Primarily, ‘unreasonably refusing’ is a subjective term. It is a mystery whether it is a valid reason to believe that he will definitely win in court, or

that mediation will fail. This uncertainty is also a factor that can prevent a party that does not attend a mediation hearing for any reason from suing for fear of possible court costs. In addition, the understanding of “restorative justice” aims to make the conflict as if it never happened and to eliminate the damages suffered, but here the parties contain the possibility of being punished in a case where they are justified. In terms of employment cases in England general courts, it was stated that this subjectivity could force the parties to agree to a mediation agreement with the fear of sanction, which could potentially be a violation of Article 6.

Another issue is that mediation agreement are binding contracts in Turkey and England (*res judicata*) and it is not possible to continue employment litigation for these mediation agreements even in situations such as mistakes, cheat, and undue influence. Nevertheless, the right of access to court is the right of everyone involved in a dispute, not just those who cannot resolve their dispute during the mediation or settlement process. This is the case for the two countries and is open to criticism as it may violate article 6.

As a result, mandatory mediation will not cause a violation of the AIHS 6 (1) since the compulsory mediation system is unlikely to cause a significant delay and since it is free of charge in case of failure and the court way is not closed. As a matter of fact, the Turkish Constitutional Court has also decided in this direction. However, since the uncertainties and subjectivity in the procedural rules and since the mediation agreements signed at the end of the ADR proceedings may be a factor that may prevent the parties of the employment relationship from going to the employment litigation specific to these persons. This situation may create a violation of Convention 6 (1).

Keywords: ADR, Mediation, mandatory, right to a fair trial, employment law

KAYNAKÇA

- Blake**, Susan, **Browne**, Julie and **Sime**, Stuart. A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution: Oxford University Press 2018.
- Brown** Henry and **Marriott** Arthur. ADR: Principles and Practice: London: Sweet & Maxwell 2011.
- Çelik**, Nuri, **Caniklioğlu** Nurşen ve **Canbolat** Talat. İş Hukuku Dersleri, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019.
- Çiçek**, Mustafa. İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Çil**, Şahin. İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Ebisui** Minawa, **Cooney** Sean and **Fenwick** Colin. “Resolving Individual Labour Disputes: A General Introduction” in Resolving Individual Labour Disputes: A Comparative Overview” ed. Ebisui, Minawa, Sean Cooney and Colin Fenwick. International Labour Organisation: 2016.
- Ekmekçi**, **Ömer ve Yiğit**, Esra. Bireysel İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2020.
- Ekmekçi**, **Ömer**, **Özekes** Muhammet, **Atalı** Murat ve **Seven** Vural. Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2019
- Fiss**, Owen. ‘Against Settlement’ (1984) 93(6) Yale Law Journal 1073, 1076.
- Gibbons**, Marion. Better Dispute Resolution: A Review of Employment Dispute Resolution in Great Britain. Department of Trade and Industry: 2007.
- Güzel**, Ali. İş “Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!,” Çalışma ve Toplum, 2016/3, (1131-1146).
- Güzel**, Ali. İş Yargılamasında Yeni Bir Sistem: “Zorunlu” Arabuluculuk (Eleştirel Yaklaşım – I)”, Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2018.
- Kalem**, Seda, “Bir Yargısal Alan Kurgusu Türkiye’de Arabuluculuk Kurumunun Ortaya Çıkışı ve Gelişmeleri”, VI. Ulusal Sosyoloji Kongresi, Ekim 2009.
- Karacabey**, Kürşat, Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, TBB Dergisi 490 -457 : (2016) ,1.
- Köme**, **Akputat**, Ayşe. İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2018.
- Kurt**, Resul. “İş Yargısında Arabuluculuk,” TBB. Dergisi 135, (2018): 405-444.
- Lokmanoğlu**, Saim Yusuf. “İş Mahkemeleri Kanunu Işığında Arabuluculuk,” Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 33, (Ekim 2018): 863-885.
- Phillips**, Matravers, “Alternative Dispute Resolution: An English Viewpoint2 (2008) 74 Arbitration 406.
- Mollamahmutoğlu**, Hamdi, **Astarlı**, Muhittin ve **Baysal**, Ulaş. İş Hukuku Ders Kitabı, C. I, Ankara 2020.
- Nelle**, Andreas. “Making Mediation Mandatory: A Proposed Framework” (1991) 7 Ohio State Journal on Dispute Resolution 287.
- Odaman**, Serkan ve **Karaçöp**, Eda. “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme,” Sicil İş Hukuku Dergisi 35 (2016): 44-61.
- Özbek**, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2013.

- Özdemir**, Eda Manav, İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri, Çalışma ve Toplum, 2015/4, (185-222),
- Özdemir**, Olgu. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S. 74 (Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Özel Sayısı), İstanbul 2016, (s.601- 616),
- Quek**, Dorcas. "Mandatory Mediation: An Oxymoron - Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program" Cardozo Journal of Conflict Resolution 11. 2010.
- Şakar**, Müjdat. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2020.
- Sander**, Frank. "Another View of Mandatory Mediation" (2007) 13 Dispute Resolution Magazine 16, 16.
- Sander**, Frank. "Varieties of Dispute Processing" The National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice. Minnesota: April 1976).
- Shipman**, Shirley. 'Alternative Dispute Resolution, the Threat of Adverse Costs, and the Right of Access to Court' in Déirdre Dwyer, The Civil Procedure Rules Ten Years On. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Shipman**, Shirley. "Compulsory Mediation: The Elephant in the Room" Civil Justice Quarterly 30 No.2 (2011).
- Şişli**, Zeynep. Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm, Ankara Barosu Dergisi, C.2, (2012): <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2012-2/02.pdf>,
- Smith**, Ian. **Baker** Aaron and **Warnock** Owen, Employment Law (13 th edn Oxford University Press 2017)
- Süzek**, Sarper. İş Hukuku. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.
- Waller**, Helen. "Towards Mandatory Mediation in England?" (3 March 2013) https://sites.google.com/site/349924e64e68f035/issue-5/towards-mandatory-mediation-in-england#_ftn45.
- Winston**, David S. "Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: You Can Lead a Horse to Water"(1996) 11 Ohio State Journal on Dispute Resolution 187.
- Yenisey**, Kübra Doğan, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, <http://tisk.org.tr/wp-content/uploads/2016/11/ishukuku-mahkemeleri-kanunu-tasarisi.pdf> (E.T.: 15.10.2020).
- Adalet Bakanlığı, Adli İstatistikler (2019) <http://www.adliscil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-bask%C4%B1-%C4%B0SA.pdf>
- Council of Europe, 'Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights (Civil Limb)' (31 August 2019) 34. < https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_eng.pdf> accessed 11 September 2020.
- Minister of Justice, "Tribunal Statistics Quarterly January to March 2019 (Provisional)" (13 June 2019).
- European Commission, "Study for an Evaluation and Implementation of Directive 2008/52/EC – the 'Mediation Directive' Final Report" (2016); 47. < <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/bba3871d-223b-11e6-86d0-01aa75ed71a1>>

II. OTURUM

Oturum Başkanı: Umut İlhan Durmuşoğlu
Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanı

Saat: 13:00-14:30

| | | |
|----------------|----------------------|---|
| Doç. Dr. | Berk Demirkol | ISTAC Med-Arb Kuralları'nın Getirdiği Yenilikler |
| Dr. Öğr. Üyesi | Ural Aküzüm | ISTAC Med-Arb Kuralları'nın Getirdiği Yenilikler |
| Doç. Dr. | Hacı Kara | Deniz Ticaret Hukuku Perspektifinden Arabuluculuk |
| Dr. Öğr. Üyesi | Muhammed Sulu | Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğun Uygulamasına İlişkin Güncel Sorunlar Ve Tespitler |
| Av. Arb. | Salih Ünal | Arabuluculuk Merkezlerinin Şirketleşmesi, Vergi Ve Fatura Düzeni |
| Arş. Gör. | Süleyman Yasir ZORLU | Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk |

ISTAC MED-ARB KURALLARI'NIN GETİRDİĞİ YENİLİKLER

Dr. Öğr. Üyesi Ural AKÜZÜM* /
Doç. Dr. Berk DEMİRKOL**

ISTAC, Türkiye'nin arabuluculukla ilgili yakaladığı dünya çapındaki başarıyı ve tahkim konusunda yaşanan gelişmeleri, bu iki uyumsuzluk çözümü yolunu birleştiren bir mekanizmanın dünyada ilk defa kurumsal olarak kurallarını koyarak taçlandırmıştır. Elbette arabuluculuk-tahkim (*med-arb*) uygulaması gerek yurtdışında, gerekse de Türkiye'de, ISTAC'ın sunduğu kurallardan daha önce de var olan bir uygulamadır. Ancak med-arb uygulaması, arabuluculuğun ve tahkimin çeşitli noktalardaki yaklaşımlarının bir-biri ile uyumsuz olmasından dolayı, içinde çözülmesi gereken çeşitli hususlar barındırmaktadır.

Örneğin, arabuluculuk yöntemi, tarafların olabildiğince şeffaf bir şekilde menfaatlerinin hangi noktada olduğunu, hedeflerini, sıkıntılarını, çekincelerini arabulucu ile paylaştıkları bir süreçtir. Oysa, tahkim yargılamasında, taraflar yargılama sonucunda en çok kazancı sağlamak amacıyla aleyhlerinde olan hiçbir durumu kabul etmez, kendi görüşlerini en sert şekilde ve taleplerini de en yüksek seviyede dile getirirler. Bu nedenle, arabuluculuk sürecinde yapılan kabul beyanlarını, ileri sürülen ve kabul edilen teklifleri ve ortaya çıkan bazı belgeleri tahkim yargılamasının dışında tutmak gerekmektedir. Bunun için de somut kurallara ihtiyaç vardır.

Benzer bir şekilde, arabulucunun, başarısızlıkla sonuçlanan arabuluculuk sonucu tek hakem, baş hakem veya taraf hakemi olarak görev yapıp yapamayacağı sorusu da ayrıca cevaplanmalıdır. Bu konuda karşılaştırmalı hukukta çeşitli yaklaşımlar benimsenebilmektedir. Elbette taraflar dilerlerse, anlaşarak, arabulucunun tahkim yargılamasında hakem olarak

* İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0001-5484-037X.

** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0001-9758-8450.

görev yapmasını kararlaştırabilmelidirler. Fakat, arabuluculuk sürecinde az önce belirtilen bilgi ve belgeleri gören, tarafların pozisyonları ile ilgili fikir beyan eden kişinin hakem olarak görev yapmasında çeşitli sakıncalar olacaktır. İşte buna rağmen, bir tarafın hakem seçmekte özgür olduğu bir ortamda, arabuluculuk sürecinde kendisine hak verdiğini düşündüğü arabulucuyu kendi hakemi olarak atamasında güncel tahkim kurallarında—hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı yükümlülüğü haricinde—genellikle bir engel bulunmamaktadır. İşte bu konudaki çekincenin kesin bir biçimde ortaya konması adına, bu konuda somut bir düzenlemeyle yasaklayıcı bir hüküm getirilmesi gerekmektedir. Elbette tarafların aksi yönde anlaşmaları durumunda, arabulucu olarak görev yapan kişinin hakem atanmasında kural olarak bir sakınca olmayacaktır.

Med-arb süreci ile ilgili sorunlu olan ve klasikleşmiş bir diğer konu, taraflardan birinin arabuluculuk sürecine başvurmadan tahkim davası açmak istemesi durumudur. Arabuluculuğa başvurulmadan tahkimde dava açılması durumunda, bu hususun yaptırımı ne olacaktır? Herhangi bir kuralın yokluğunda, her hakem heyeti somut olayın şartlarına ve tarafların tutumuna göre bu konuda farklı bir karar verebilecektir. Bir kısım hakem heyeti, davalının arabuluculuk mekanizmasının tüketilmemiş olduğuna ilişkin itirazını dikkate almayacak (bu itirazın yargılamanın gecikmesi için yapıldığına veya sonucu değiştirmeyeceğine karar verecek), bir kısım hakem heyeti, bu konuyu bekletici sorun yapıp tahkim yargılamasını durdurup tarafları bir süre arabuluculuğa yönlendirecek, bir kısım hakem heyeti ise, davayı bu sebeple reddedebilecektir. Ancak hakem heyeti bu konuda nasıl bir karar verirse versin, bu sorun iptal ve tenfiz davalarında yeniden tartışmaya açık olacaktır. Bu durumun, doğrudan hakem heyetinin yetkisini kullanmasıyla ilgili olmasından dolayı, tahkim veya tenfiz yeri mahkemesinin bu konuda hakem heyetinden farklı düşüncede olması, kararın iptal edilmesine veya tenfiz edilmemesine sebep olabilecektir. İşte bu nedenle de, bu konunun da somut ve açık olarak düzenlenmesi çok önemlidir.

Med-arb sürecinin sebep olduğu bir diğer sorun ise, tarafların tahkim yargılaması başlatmadan önce başvurdukları arabuluculuk sürecinde geçici koruma tedbirlerine başvurup başvuramayacaklarıdır. Buna ilişkin

bir düzenleme HUAK'ta bulunmaktadır. Fakat, tarafların geçici koruma tedbirini acil durum hakeminden almaları gereken veya bunu tercih ettikleri durumlarda, mevcut acil durum hakemi kurallarından hiçbir tarafların arabuluculuk süreci başlarken bu mekanizmaya başvurmasına izin vermemektedir. Gerçi tarafların arabuluculuk başlarken acil durum hakemine başvurmalarının önünde teorik bir engel bulunmadığı ifade edilebilir. Fakat acil durum hakemini düzenleyen kurallar, bu mekanizmaya başvurulmasından kısa bir süre sonra tahkim davası açılmasını şart koşmakta; aksi hâlde acil durum hakeminin görevinin sona ereceği ve bu arada verilmiş bir kararın geçersiz kılınacağını düzenlemektedir. Oysa, arabuluculuk süreci bu kadar kısa bir süre içinde sona ermeyecektir. İşte tam da bu sebeple, med-arb süreciyle ilgili olarak bu spesifik konuya ilişkin de bir düzenleme getirilmesi gerekmektedir.

ISTAC Med-Arb Kuralları, med-arb usûlünde sorunlu olarak kalan ve ancak açık bir düzenlemeyle çözülebilecek bazı konulara ilişkin somut düzenlemeler getirmektedir. Bu Kurallar ile uluslararası düzeyde ilk kez bir tahkim kurumu veya başka bir enstitü med-arb sürecine ilişkin düzenleyici normlar ihlas etmiş olmaktadır. Daha önce kısmen hakemlere bırakılan, ama çoğunlukla da bir kuralın yokluğunda sorun yaratmakta olan yukarıdaki hususlar, ISTAC Med-Arb Kuralları'nın getirdiği açık düzenlemelerle çözülmüş olmaktadır. Üstelik, ISTAC Med-Arb Kuralları'nın bu konuda getirdiği çözümlerin, arabuluculuk ve tahkim mekanizmalarının mantığına ve hakkaniyete uygun, çağdaş ihtiyaçları yakalamış kurallar olduğu söylenebilecektir.

Sempozyum'da sunulmak istenen bu tebliğde de, ISTAC Med-Arb Kuralları'nın getirdiği bu çözüm önerileri üzerinde durulacak ve bu önerilerin tatminkar olup olmadığı incelenecektir.

Anahtar kelimeler: Arabuluculuk, tahkim, arabuluculuk-tahkim, ISTAC, ticarî uyuşmazlıklar

INNOVATIONS INTRODUCED BY THE ISTAC MED-ARB RULES

ISTAC, Turkey's worldwide success in the mediation regarding catch and developments in arbitration, has crowned a mechanism that connects the two dispute resolution putting the world's first corporate rules. Of course, mediation-arbitration (med-arb) should apply abroad, as well as in Turkey, which is an application of the rules that had previously offered İstaç. However, due to the incompatible approaches of mediation and arbitration at various points, the med-arb application contains various issues that need to be resolved.

For example, the mediation method is a process where the parties share their interests, goals, troubles and reservations with the mediator as transparently as possible. However, in the arbitration proceedings, the parties do not accept any situation that is against them in order to gain the most profit as a result of the trial, and they express their opinions in the harshest manner and their demands at the highest level. For this reason, it is necessary to exclude the acceptance statements made during the mediation process, the proposals put forward and accepted, and some documents emerging from the arbitration proceedings. For this, concrete rules are needed.

Similarly, the question of whether the mediator can act as sole arbitrator, chief arbitrator, or party arbitrator as a result of unsuccessful mediation should also be answered. Various approaches can be adopted in comparative law on this subject. Of course, if the parties so wish, they should be able to agree to agree to the arbitrator to act as an arbitrator in the arbitration proceedings. However, during the mediation process, there will be various drawbacks for the person who sees the information and documents just mentioned and expresses his opinion about the positions of the parties. However, in an environment where a party is free to choose an arbitrator, there is usually no obstacle in the current arbitration rules — other than the obligation of the arbitrator's impartiality and

independence — to appoint a mediator that he thinks he has given him the right to be his arbitrator in the mediation process. Here, in order to put forward the reservation on this issue, a prohibitive provision should be introduced with a concrete regulation. Of course, if the parties agree otherwise, as a rule, the person acting as the mediator will not be objectionable to appoint an arbitrator.

Another problematic and classic issue regarding the med-arb process is the case when one of the parties wishes to file an arbitration case without resorting to the mediation process. If a lawsuit is filed in arbitration without resorting to mediation, what will be the sanction of this issue? In the absence of any rule, each arbitral tribunal may make a different decision according to the circumstances of the concrete case and the attitudes of the parties. Some of the arbitral tribunals will not take into account the defendant's objection that the mediation mechanism has not been exhausted (it will decide that this objection is made for the delay of the trial or will not change the result), some arbitral tribunals will make this issue a pending problem and stop the arbitration proceedings and direct the parties to mediation for a while, some arbitrators the delegation will be able to reject the case for this reason. However, no matter how the arbitral tribunal decides on this issue, this issue will be open to discussion again in annulment and enforcement cases. Since this situation is directly related to the arbitral tribunal's exercise of its authority, the arbitration or enforcement court's opinion different from the arbitral tribunal may cause the decision to be annulled or not enforced. For this reason, it is very important to organize this issue concretely and clearly.

Another problem caused by the med-arb process is that the parties cannot apply for temporary protection measures during the mediation process they applied before starting an arbitration trial. There is a regulation regarding this in HUAK. However, in cases where the parties need or prefer the temporary protection measure from the emergency arbitrator, none of the existing emergency arbitrator rules allows the parties to apply to this mechanism at the beginning of the mediation process. However, it can be stated that there is no theoretical obstacle for the parties to apply to the

emergency arbitrator when mediation begins. However, the rules governing the emergency arbitrator stipulate that an arbitration action can be filed shortly after resorting to this mechanism; otherwise, the task of the emergency arbitrator would end and a decision made in the meantime would be invalidated. However, the mediation process will not end in such a short time. It is precisely for this reason that a regulation should be made regarding this specific issue regarding the med-arb process.

The ISTAC Med-Arb Rules set out concrete regulations on some issues that remain problematic in the med-arb method and can only be resolved with a clear regulation. With these Rules, it is the first time that an arbitration institution or other institution at the international level has established regulatory norms regarding the med-arb process. The above issues, which were previously partially left to the referees, but mostly caused problems in the absence of a rule, are resolved with the explicit regulations introduced by the ISTAC Med-Arb Rules. Moreover, it can be said that the solutions brought by the ISTAC Med-Arb Rules on this issue are rules that are in line with the logic and fairness of the mediation and arbitration mechanisms, and have caught modern needs.

In this paper, which is intended to be presented in the symposium, these solution suggestions brought by the ISTAC Med-Arb Rules will be emphasized and whether these suggestions are satisfactory or not will be examined.

KAYNAKÇA

- Demir Gökyayla, Cemile: 'Arbuluculuk ve Tahkimi Bir Arada İçeren Uyuşmazlık Çözüm Yolu' (2019) 77(2) İHFM 575
- Demirkol, Berk / Aküzüm, Ural: *Türkiye'de Med-Arb (Arbuluculuk-Tahkim): Yapısı, Mevzuatı & Uygulaması* (2020, On İki Levha)
- Erkan, Mustafa: *Arbuluculuk ve Singapur Sözleşmesi (Arbuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmalarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi)* (On İki Levha, 2020)
- Koçyiğit, İlker / Bulur, Alper: *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arbuluculuk* (Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arbuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, 2019)
- Özel, Sibel: 'Arbuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Konvansiyonu' (2)25 (2019) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 1190
- Özsunay, Ergun: 'Uluslararası Ticari Uzlaştırma Hakkında UNCITRAL Model Kanunu 2002'yi Revize Ederak Onun Yerine Geçen "Uluslararası Ticari Arbuluculuk ve Arbuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında UNCITRAL Model Kanunu, 2018" (Türk Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme' (6)93 (2019) İBD 15
- Schnabel, Timothy: 'The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements' (2019) 19(1) *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 1
- Shearman & Sterling, 'Validity of Mandatory Pre-Arbitration Negotiations Clauses' (16 Mayıs 2002) *International Law Office Newsletter* (<https://www.internationalawoffice.com/Newsletters/Arbitration-ADR/Germany/Shearman-Sterling-/Validity-of-Mandatory-Pre-Arbitration-Negotiation-Clauses?redir=1>) (erişim tarihi: 25 Haziran 2020)
- Tan Dehmen, Mine: 'Tahkim Öncesi Müzakere ya da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi', (2005-2006) 25-26 *MHB* 451

DENİZ TİCARETİ HUKUKU

PERSPEKTİFİNDEN ARABULUCULUK

Doç. Dr. Hacı KARA*

Dünya genelinde uyuşmazlık çözümü için en fazla mahkemeler tercih edilmektedir. Mahkemelerde yapılan yargılamalarda, hâkimler uyuşmazlığın tarafları hakkında hukuka, evrensel hukuk kurallarına ve hukuk felsefesine göre bir karar vermektedirler. Ancak dünya genelinde mahkemelerde açılan davalar çoğunlukla kaynak ve başka kısıtlamalar nedeniyle gecikmekte ve mahkemeler çok sayıda dava ile dolup, taşmaktadır.

Dünyanın birçok bölgesinde resmi mahkeme sürecine erişemeyen kişiler için, kaynağını toplumsal kurallarda bulan, karşılıklı ve ortak bir çözüm yöntemi uygulanmaktadır. Özellikle, aile ve toplum ile ilgili sorunların, bu şekilde çözümü gerek dini inançlardan gerekse toplumsal ve kültürel değerlerden kaynaklanmaktadır. Bu tür ihtilafların çözümünde genellikle, yaşlılar ve toplumun saygı duyulan bireyleri görevlendirilmektedirler. Bu kişiler görevlerini, taraflar arasında uzlaştırıcı diyalog sağlamak suretiyle yerine getirmişlerdir. Bu şekilde tarihi bir geçmişi bulunuyor olması sayesinde, konunun uzmanları, arabuluculuğun gelişimi için de, yerel kültürler içinde benimsenmiş olan, çözüm yöntemlerine yeniden odaklanmış ve bu kuralları güncelleştirmişlerdir. Bu sayede resmi uyuşmazlık çözümlerinin alternatifleri dünya genelinde yayılmıştır.

Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (AUÇ), (Alternative Dispute Resolution, ADR) kavramı, uyuşmazlık çözümü için kullanılan faaliyetlerin tümünü adlandırmak için kullanılmaktadır. Arabuluculuk da çok sayıda uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden sadece biridir. Uzlaşma birçok yerel yetki alanında bir hukuk normu haline dönüşmüştür. Günümüzde modern arabuluculuk, hukuk muhakeme usulü kuralları, statüleri, diğer maddi kanunlar, genel ve uluslararası hukuk kuralları göz önünde

* İstanbul Medeniyet Üniversitesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0002-8255-6277.

bulundurulduğunda dünya genelinde bilinen sürecin tarihi örneklerinden pek de farklı değildir. Arabuluculuğun asli özellikleri şunlardır: Taraflar bu sürece gönüllü olarak girer. Süreç esnek; gizli bir şekilde yürütülür; arabulucu, yansız bir kişidir; arabulucu, uyuşmazlıklarının müzakere edilmiş bir çözümüne ulaşmaları için uyuşmazlık taraflarına aktif bir şekilde yardım eder ve taraflar, uzlaşıp uzlaşmamaya ve uzlaşma şartlarına karar verir ve arabuluculuk bağlayıcı değildir.

Başlangıçta, hâkim ve avukatların AUÇ'a direnç göstereceği düşünülmüştür. Buna karşın, geleneksel yargılama usulü hukuk sistemini uygulayan bu kişiler, AUÇ'un gelişiminde çok önemli bir rol oynamışlardır. Hemen hemen tüm yargı sistemlerinde davaya bakan mahkemeler uyuşmazlığın sülhen çözümünü teşvik etmektedirler. Dolayısıyla arabuluculuğun gelişiminde medeni usul hukukunun bu kurallarının önemli etkisi olmuştur.

Tahkim gibi bazı çözüm süreçlerinde seçilen veya atanan yansız bir hakem ya da hakem kurulu tarafından, uyuşmazlık tarafları hakkında sonuçta bir karar yani bir hüküm verilmektedir. Bu niteliği, tahkim alternatifinin de yargılama kapsamında yer almasını sağlar. Arabuluculuk ise yansız bir kişi, tarafların kendi aralarında sonuca veya uzlaşmaya varmasına yardım etmeyi amaçlar ve bu niteliği dolayısıyla arabuluculuk yargılayıcı bir faaliyet değildir.

Arabuluculuğun çeşitli faydalarından, uygulama esnekliği onu farklı bir konuma koyar. Bu esneklik özellikle, uyuşmazlığın kısa zamanda çözülmesi, maliyetin daha az olması, daha iyi bir uzlaşma etkinliğinin sağlanması, tarafların ve her uyuşmazlığın niteliğine göre güncel ve etkin yaklaşımlar geliştirilmesinde görülür.

Arabuluculuk dünya genelinde, inşaat, ortaklık ve şirket, işyeri ve istihdam, bedensel zararların tazmini, tıbbi malpraktis başta olmak üzere çeşitli uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmaktadır. Medeni hukuk ve ticaret hukuku alanındaki arabuluculuk, ilk olarak, yirminci yüzyılda ABD'de ortaya çıkmıştır. Bu tercihte, tarafların mahkemelerde açılan davaların maliyetinden ve harcanan zamandan kurtulma düşünce ve ihtiyacı önemli bir

etken olmuştur. İngiltere, Avustralya ve Kanada başta olmak üzere birçok ülke de aynı yolu izlemiştir. Böylece arabuluculuk dünya genelinde kabul görmüş ve çok sayıda ülkede dava açmanın bir alternatifi haline gelmiştir. Avrupa Birliği 2008/52/EC sayılı belirli medeni ve ticari uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Direktifi, 21 Mayıs 2008 tarihinde kabul edilmiştir. Yirmi birinci yüzyılda, Avrupa Birliği'ne katılmak isteyen devletler için bir önkoşul olan, zaman zaman mahkeme gözetiminde arabuluculuktur. Lübnan, Mısır, Fas, Pakistan, Bangladeş ve Hindistan gibi ülkelerin bulunduğu Orta Doğu ve Kuzey Afrika (*Middle East and North Africa, MENA*) bölgesinde de arabuluculuk yaygınlaşmaktadır.

Türk Hukukunda ise arabuluculuk ilk kez 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile düzenlenmiştir. Kanunun hazırlanmasında, UNCITRAL Model Kanun ve Avrupa Birliği Direktifi, Özel Hukukta Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Hakkında Yeşil Kitap, Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanunu, Almanya'nın 1999 yılında yürürlüğe giren Baden-Württemberg Uzlaşma Kanunu ile Bavyera'nın 2000 yılında kabul edilen Özel Hukukta Zorunlu Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanunu, Macaristan Arabuluculuk Kanunu, Bulgaristan ve Slovakya Arabuluculuk Kanunları (son yıllarda kabul edilmeleri nedeniyle) dikkate alınmıştır. Bunlardan başka, Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21 Mayıs 2008 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi (2008/52/EC), Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu (CEPEJ) Aile ve Hukuk Arabuluculuğuna İlişkin Tavsiye Kararlarının Daha İyi Uygulanmasına Yönelik Rehber İlkeler CEPEJ (2007)14, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin Kadın, Sulh ve Güvenlik hakkındaki 1325 sayılı kararı ve Avrupa Konseyi'nin 1639 sayılı Aile Arabuluculuğu ve Cinsiyetler Arası Eşitlik Konusundaki Tavsiye Kararı esas alınmıştır.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda yapılan değişikliklerle iş hukuku uyuşmazlıklarının çözümünde dava öncesi zorunlu arabuluculuk uygulaması öngörülmüştür. Kanun'a göre arabuluculuk iş uyuşmazlıklarının çözümünde bir dava şartı olarak düzenlenmiş olup, taraflar arabulucuya başvurmaksızın dava yolunu tercih edemezler.

7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un 20. maddesi ile Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nin 5 inci maddesinden sonra gelmek üzere 5/A maddesi eklenmiştir. TTK 5/A/1 maddesine göre *"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."*

Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" 59 uncu maddesi ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)'a 73/A maddesi eklenmiştir. Bu yeni madde ile tüketici davaları açısından zorunlu dava şartı olarak arabuluculuk getirilmiştir. TKHK 73/A maddesine göre *"Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır"*.

Bu durumda bir tüketici işlemi olarak kabul edilen işlemlerden kaynaklanan davalar için TKHK m. 73/1 *"Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir"* hükmü gereğince tüketici mahkemeleri görevli olacaktır. Bu tür davalar bakımından da TKHK'na eklenen 73/A maddesinde tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır hükmü getirildiğinden, bu hüküm uyarınca dava açmadan önce arabuluculuğa başvurulacaktır.

Deniz ticareti hukuku ile ilgili davalar TTK Beşinci Kitap ile düzenlenmiştir. Bu davalar TTK 4 üncü madde uyarınca ticari davalardır. Dolayısıyla konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılması halinde dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş gerekmektedir. Bu çalışmada Türk Hukukuna göre deniz ticareti hukukuna dair hangi davalardan önce arabulucuya başvurmanın zorunlu olduğu incelenecek, yabancı hukuklarda bu tür ihtilafların nasıl düzenlendiği araştırılacak ve son olarak olması gereken hukuk bakımından deniz ticareti davaları için dava şartı zorunlu arabuluculuğun olması gereken hukuk bakımından değerlendirilmesi yapılacaktır.

Anahtar kelimeler: Deniz ticareti hukukunda arabuluculuk, zorunlu arabuluculuğa tabi deniz ticaret hukuku davaları, dava şartı olarak arabuluculuk, deniz ticaret hukukunda arabuluculuk zorunlu olmalı mı, karşılaştırılmalı hukukta arabuluculuk

MEDIATION FROM THE PERSPECTIVE OF MARITIME LAW

Worldwide courts are the most preferred for dispute resolution. In court proceedings, judges make a decision about the parties against to the dispute according to the law, universal rules of law and legal philosophy. However, lawsuits filed in courts around the world are often delayed due to resource and other constraints and courts are overflowing with a large number of cases.

In many parts of the world, a mutual and common solution method, which finds its source in social rules, is applied for those who cannot access the official court process. Especially, the solution of family and society related problems in this way stems from both religious beliefs and social and cultural values. The elderly and respected members of the community are often assigned to resolve such disputes. These persons fulfilled their duties by establishing a conciliatory dialogue between the parties. Thanks to its historical background in this way, the experts on the subject refocused on the solution methods adopted within local cultures and updated these rules for the development of mediation. Thus, alternatives to formal dispute resolution have spread around the world.

The concept of Alternative Dispute Resolution (ADR) is used to name all activities used for dispute resolution. Mediation is just one of many dispute resolution methods. Compromise has become a norm of law in many local jurisdictions. Today, modern mediation is not much different from the historical examples of the process known around the world, when considering the rules of legal procedure, statutes, other substantive laws, general and international law rules. The essential features of mediation are as follows: The parties enter this process voluntarily. The process is flexible; it is executed in secret; the mediator is a neutral person; the mediator actively assists the dispute parties to reach a negotiated resolution of their dispute, and the parties decide whether to reconcile and the terms of conciliation, and mediation is non-binding.

Initially, it was thought that judges and lawyers would resist the ADR. On the other hand, these people, who implemented the traditional legal system, played a very important role in the development of the ADR. In almost all jurisdictions, the courts dealing with the case encourage the peaceful resolution of the dispute. Therefore, these rules of civil procedure law had an important effect on the development of mediation.

In some resolution processes such as arbitration, a decision is ultimately made about the parties to the dispute by an impartial arbitrator or arbitral tribunal selected or appointed. This feature ensures, that the arbitration alternative is also included in the judgment process. Mediation, on the other hand, is a neutral person, aiming to help the parties reach a conclusion or reconciliation among themselves, and therefore mediation is not a judgmental activity.

Due to the various benefits of mediation, its flexibility of implementation puts it in a different position. This flexibility is especially seen in the resolution of the dispute in a short time, the cost is lower, a better settlement efficiency, and the development of current and effective approaches according to the parties and each nature of the dispute.

Around the world, mediation is used in the solution of various disputes, including construction, partnership, and company, workplace, and employment, compensation for bodily damages, medical malpractice. Mediation in the field of civil and commercial law first emerged in the USA in the twentieth century. The thought and need of the parties to get rid of the cost and time spent in court cases has been an important factor in this choice. Many countries, especially England, Australia, and Canada, have followed the same path. Thus, mediation has been accepted worldwide and has become an alternative to litigation in many countries. European Union Mediation Directive 2008/52/EC in certain civil and commercial disputes was adopted on 21 May 2008. In the twenty-first century, it is occasional court-supervised mediation, a prerequisite for states wishing to join the European Union. Mediation is also widespread in the Middle East and North Africa (MENA) region, where countries such as Lebanon, Egypt, Morocco, Pakistan, Bangladesh, and India are located.

In Turkish Law, mediation was regulated for the first time in Law No. 6325 on Mediation in Legal Disputes. In the preparation of the law, the UNCITRAL Model Law and the European Union Directive, Green Book on Alternative Procedures for Dispute Resolution in Private Law, the Austrian Federal Law on Mediation in Legal Disputes, Germany's Baden-Württemberg Settlement Law, which entered into force in 1999, and Bavaria's The Law on Compulsory Alternative Dispute Resolution in Private Law, the Hungarian Mediation Law, the Bulgarian and Slovakian Mediation Laws (due to their adoption in recent years) have been taken into account. Furthermore, the Directive of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 (2008/52 / EC) on Specific Aspects of Mediation in Legal and Commercial Disputes (2008/52 / EC), Guidelines for the Better Application of the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) Recommendations on Family and Legal Mediation CEPEJ (2007) 14, based on United Nations Security Council Resolution 1325 on Women, Peace and Security and Council of Europe Recommendation 1639 on Family Mediation and Equality Between Genders.

With the amendments made in the Labor Courts Law numbered 7036, mandatory mediation practice before the trial was envisaged in the settlement of labor law disputes. According to the Law, mediation is regulated as a condition for the settlement of labor disputes, and the parties cannot initiate a lawsuit without applying to the mediator.

Article 20 of the Law No. 7155 on the "Procedure for the Initiation of the Follow-up of Money Receivables Arising from the Subscription Agreement" and Article 5/A have been added, which to come after the 5th article of the Turkish Commercial Code (TCC). According to Article 5/A/1 of the TCC, It is compulsory the mediator has been applied to before filed commercial lawsuits, which is specified in Article 4 of this Law and other laws. The subject of claims and compensation should be about the payment of some amount of money.

Article 73 / A has been added to the Consumer Protection Law (CPL) with Article 59 of the Law on Amendment of the Civil Procedure Law and Some Laws. With this new article, mediation has been introduced as a

mandatory litigation condition in terms of consumer cases. According to the article 73/A of the CPL, “In the disputes in the consumer courts, it is necessary to apply to the mediator before the lawsuit is filed.

In this case, CPL for lawsuits arising from transactions considered a consumer transaction. 73/1 “Consumer courts are responsible for lawsuits regarding disputes that may arise from consumer transactions and consumer applications.” According to the provision, consumer courts will be in charge. In terms of such cases, as the article 73/A added to the CPL, in the disputes in consumer courts, it is stipulated that the case must be applied to the mediator before the lawsuit is filed, and in accordance with this provision, mediation will be applied before filing a lawsuit.

Lawsuits related to maritime law are regulated in the Fifth Book of the TCC. These cases are commercial cases in accordance with Article 4 of the TCC. Therefore, if a lawsuit is filed about the claims and compensation, the subject of which is the payment of a certain amount of money, it must be applied to the mediator before the lawsuit is filed. In this study, it will be examined which lawsuits related to maritime law are obligatory according to Turkish Law, investigate how such disputes are regulated in foreign law, and finally, it will be evaluated in terms of the law, which is mandatory for maritime trade cases.

Keywords: Mediation in maritime law, maritime law cases subject to compulsory mediation, mediation as a condition of law suit, should mediation be obligatory in maritime law, mediation in comparative law

KAYNAKÇA

- ALEXANDER, Nadja**, *German Law Paves the Way For Mandatory Mediation*, ADR Bulletin: The Monthly Newsletter on Dispute Resolution 2000, Vol. 2, Issue 9, pp. 87-88, <https://core.ac.uk/download/pdf/111760975.pdf>, Erişim tarihi: 09.10.2020.
- ASLANPINAR, Burak**, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olan Arabuluculukta Taraf Vekilliği*, TBB Yayınları, 1. B., Ankara 2019, s. 21, <https://d.barobirlik.org.tr/2019/ticari-uyusmazliklardaarabuluculukkitabi/20/>, Erişim tarihi: 10.8.2020.
- BOND Greg**, *The German Mediation Act Five Years On: the Perspective of Two Judge Mediators*, University of Wildau 2017, file:///G:/Deniz%20Ticaret%20Perspektifi_Arabuluculuk_TEBLIG/The%20German%20Mediation%20Act%20Five%20Years%20On_%20the%20Perspective%20of%20Two%20Judge%20Mediators%20-%20Kluwer%20Mediation%20Blog.html, Erişim tarihi: 10.10.2020.
- BRUNI, Alessandro**, *Mediation in Italy*, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d0faf894-e442-46f9-9fee-dfb1f78ddd4a>, Erişim tarihi: 10.10.2020.
- BÖRÜ, Levent/KOÇYİĞİT, İlker**, *Ticari Dava*, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- CONTE, Giuseppe**, *The Italian Way of Mediation*, Arbitration Law Review 2014, Vol. 6 Yearbook on Arbitration and Mediation, <https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1059&context=arbitrationlawreview>, Erişim tarihi: 10.10.2020.
- CORTES, Pablo**, *The Promotion of Civil and Commercial Mediation in the UK*, University of Leicester School of Law Research Paper No. 15-23, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2633215, Erişim tarihi: 10.10.2020.
- DENDORFER-DİTGES, Renate**, *Mediation In Germany*, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=cce08f79-a8c8-43a3-9da0-f0dc861fc2bb>, Erişim tarihi: 10.10.2020.
- D'URSO, Leonardo**, *Italy's Mediation Law: An Overview*, <https://imimediation.org/2017/06/22/italys-mediation-law-an-overview/>, Erişim tarihi: 10.10.2020.
- FOLBERG, Jay**, *Development of Mediation Practice in the United States*, Year 16, Vol. 17, 2015, pp. 35-39, https://www.researchgate.net/publication/321894850_Desarrollo_de_la_practica_de_la_mediacion_en_los_Estados_Unidos/fulltext/5a386d56a6fdccdd41fdf270/Desarrollo-de-la-practica-de-la-mediacion-en-los-Estados-Unidos.pdf, Erişim tarihi, 08.10.2020.
- HENRY, Marinka Schillings Maureen**, *Mediation*, <https://amstelseine.com/en/news/mediation/>, Erişim tarihi: 09.10.2020.
- KOÇYİĞİT, İlker/BULUR, Alper**, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, 1. B., Ankara 2019, <https://adb.adalet.gov.tr/link/ticariuyusmazliklardadavasartiarabuluculuk.pdf>, Erişim tarihi:15.8.2020.
- LAMBERT, Donald/FINLAYSON, Nicole**, *Mediation in United Kingdom*, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=02ee5416-79ba-484b-bd62-eb26318d330b>, Erişim tarihi: 10.10.2020.
- LEWIS, Rodney L.**, *Mediation in USA*, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1afc5951-1db6-4f91-8e3b-500022484dbd>, Erişim tarihi: 10.10.2020.
- NOLAN-HALEY, Jacqueline M.**, *Judicial Review of Mediated Settlement Agreements: Improving Mediation with Consent*, *Arbitration Law Review*, Vol. 5 Yearbook on Arbitration and Mediation Article 9, 2013, pp. 151-161, <https://elibrary.law.psu.edu/arbitrationlawreview/vol5/iss1/9/>, Erişim tarihi: 09.10.2020.

RAJI, Barakat A./RAJI, Shittu A./TANIMU, Idris A., *Role of Mediation in Resolving Construction Disputes: A Study of Mediation Centre in Kwara State*, IUMJ 2020, Vol. 7, Issue 2, pp. 80-88, <https://www.iuiu.ac.ug/journaladmin/iujm/ArticleFiles/96635.pdf>, Erişim tarihi: 10.10.2020.

Bird & Bird LLP, *Mediation In France*, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=80559d1c-3455-4fd6-aa1f-4e879092bb6d>, Erişim tarihi: 09.10.2020.
www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 10.10.2020.

Temel Arabuluculuk Eğitimi, Eğitici Kitabı, Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı 2020, <https://adb.adalet.gov.tr/arabuluculukkatilimcielkitabi.pdf>, Erişim tarihi: 09.10.2020.

WHITEHOUSE, Mike, *Regulating civil mediation in England and Wales: towards a 'win-win' outcome*, Mediation theory and practice, 2017, Vol. 2 Issue 1, Erişim tarihi: <https://journal.equinoxpub.com/MTP/article/view/444>.

FARIS, John Andrew, *An Analysis Of The Theory And Principles Of Alternative Dispute Resolution*, Unpublished Doctorate Thesis, University Of South Africa 1995, <https://core.ac.uk/download/pdf/43175988.pdf>, Erişim tarihi, 9.10.2020.

TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA ZORUNLU ARABULUCULUĞUN UYGULAMASINA İLİŞKİN GÜNCEL SORUNLAR VE TESPİTLER

Dr. Öğr. Üyesi Muhammed SULU*

Ticaret hayatının gerektirdiği hızlılık, kolaylık ve güvenlik gerekçelerinden dolayı ticari uyuşmazlıklar kendilerine özgü usuller ile uzman mahkemeler vasıtası ile çözüme kavuşturulurlar. Asliye ticaret mahkemelerinde görülen ticari uyuşmazlıkların yanında, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği meselelerde alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının her geçen gün daha da önem kazandığı görülmektedir. Uzun yıllardır ticari uyuşmazlıkların çözümünde kişilerce tercih edilen tahkim uygulamasının yanında 06.12.2018 tarihli ve 7155 sayılı kanunla Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesine gelen değişiklikle *ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı* haline gelmiştir. Ticari uyuşmazlıklardan hangilerinin zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğunu tespit edebilmek için öncelikle ticari davaların neler olduğunu belirlenmesi gerekir. Bu itibarla, sempozyum tebliğinde öncelikle ticari davalar, akabinde ise arabuluculuğa elverişli olan ticari davalar, örnekler ile birlikte açıklanacaktır. Bu açıklamalar, bellibaşlı ticari dava türlerinin arabuluculuğa elverişlilik bağlamında incelenmesi ile yapılacaktır.

Zorunlu arabuluculuğa tâbi olan ticari uyuşmazlıkların belirlenmesinde son iki yılda Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay tarafından verilen kararlar da ticari arabuluculuğa ilişkin önemli veriler içerdiğinden dolayı tebliğde incelenecektir. Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk süreçlerinin taraflar arasındaki uyuşmazlığı kazan-kazan anlayışı ile dostane bir şekilde çözümlenme amacının son iki senede ne ölçüde amacına ulaştığı, uygulamadan örnekler ve ticari uyuşmazlıkların doğal yapısı bağlamında detaylı bir şekilde tebliğde irdelenecektir.

* İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0001-9634-2272.

Yüzyıllardır bu topraklardaki lonca teşkilatlarında “helalleşme” gibi yollarla dostane bir şekilde çözümlenen ticari uyuşmazlıkları canlandırma gayretinin önemli bir sonucu olan ticari dava şartı arabuluculuk uygulamasının pozitif hukukumuzda ve uygulamanın ihtiyaçlarına ne ölçüde uygun olduğu ticaret hukukunun genel prensiplerinin de incelenmesini elzem kılar. Günümüzdeki ticari uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk kapsamına ne ölçüde uygun olduğunu belirlemek için, kamu düzeni olgusu ile tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği hususlardan doğan uyuşmazlıkların tespiti de önem arz eder. Dolayısıyla tebliğde tüm bu hususlar detaylı bir şekilde irdelenecektir.

Sunulacak tebliğde, ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğun ticaret hayatındaki toplumsal uzlaşma kültürüne ne ölçüde katkıda bulunabileceği sorusuna bilimsel bir cevap aranırken, hukukumuzdaki diğer zorunlu arabuluculuk türleri olan iş ve tüketici uyuşmazlıklarındaki güncel durumun tespiti de mukayeseli olarak yapılacaktır. Ticari uyuşmazlıkta dava şartı arabuluculuğun hukukumuzda yeni olması hasebi ile yargı kararlarının ve doktrindeki eserlerin azlığı, konunun teorik temellerinin oluşturulması bağlamında uygulamadan verilecek örnekleri daha da önemli kılmaktadır.

Anahtar kelimeler: Ticari Uyuşmazlık, Uzman Arabuluculuk, Dostane Çözüm, Ticari Dava, Mahkeme

CURRENT PROBLEMS AND DETERMINATIONS RELATED TO THE IMPLEMENTATION OF COMPULSORY MEDIATION IN COMMERCIAL DISPUTES

Due to the speed, convenience and security reasons required by commercial life, commercial disputes are resolved through specialized courts with their own procedures. In addition to the commercial disputes seen in the commercial courts of first instance, it is seen that alternative dispute resolution mechanisms gain more importance day by day in matters on which the parties can freely decide. In addition to the arbitration practice preferred by individuals in the settlement of commercial disputes for many years, the amendment to the article 5/A of the Turkish Commercial Code with the law dated 06.12.2018 and numbered 7155, the subject of which is the payment of a certain amount of money, were applied with the mediator before the lawsuit was filed, it has become a case requirement. In order to determine which commercial disputes are subject to compulsory mediation, first of all, it is necessary to determine what the commercial cases are. In this respect, in the symposium notice, firstly the commercial cases and then the commercial cases that are eligible for mediation will be explained together with examples. These disclosures will be made by examining the main types of commercial cases in the context of eligibility for mediation.

The decisions made by the Regional Courts of Justice and the Court of Cassation in the last two years in determining commercial disputes subject to mandatory mediation will also be examined in the notice, as they contain important data on commercial mediation. In the notice, the extent to which the purpose of resolving the dispute between the parties amicably with a win-win approach in commercial disputes has reached its purpose in the last two years, will be discussed in detail with examples from the implementation and the nature of commercial disputes.

Commercial litigation clause, which is an important result of the efforts to revive commercial disputes that have been resolved amicably by means of “helalleşme” in the guild organizations in these lands for centuries,

makes it necessary to examine the general principles of commercial law to what extent the practice of mediation is suitable for our positive law and the needs of the practice. It is also important to examine the public order phenomenon and the disputes arising from the issues that the parties can decide freely, in order to determine to what extent the current commercial disputes are suitable for the scope of the case clause mediation. Therefore, all these issues will be examined in detail in the notice.

In the notice, a scientific answer is sought to the question of how much mediation can contribute to the culture of social consensus in commercial life, and the current situation in business and consumer disputes, which are other mandatory mediation types in our law, will be determined comparatively. The fact that mediation is new in our law and the scarcity of judicial decisions and works in the doctrine make the examples to be given in practice in the context of forming the theoretical basis of the issue more important.

Keywords: Commercial Dispute, Expert Mediator, Amicable Resolution, Commercial Litigation, Court

KAYNAKÇA

- Abdullah Berat Memiş, **Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk Usulü**, Ankara 2020.
- Cafer Eminoluğ/Ersin Erdoğan, **Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk**, Ankara 2020.
- Filiz Berberoğu Yenipınar, **Ticari Davalarda Arabuluculuk Rehberi**, İstanbul 2019.
- H. Pekcanitez/M. Özekes/M. Akkan/ H. Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usul-Medeni Usul Hukuku**, İstanbul 2017.
- İhsan Berkhan, **Dava şartı Arabuluculuk**, İstanbul 2019.
- Muhammet Özekes/Murat Atalı/Ömer Ekmekçi/Vural Seven, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**, İstanbul 2019.
- Süha Tanrıver, **Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk**, Ankara 2020.
- Tobias Böhmelt, **The Impact of Trade on International Mediation**, *The Journal of Conflict Resolution*, Vol. 54, No. 4 (August 2010), s. 566-592
- Ümit Erdem, **Yargı Kararlarında Arabuluculuk**, İstanbul 2019.

ARABULUCULUK MERKEZLERİNİN ŞİRKETLEŞMESİ, VERGİ VE FATURA DÜZENİ

Av. Arb. Salih ÜNAL*

Hukuk sistemimize arabuluculuk 2012 yılında dahil olmuştur; ancak iş uyuşmazlıklarında¹ arabuluculuğun dava şartı olduğuna ilişkin hükümlerin 1 Ocak 2018 tarihinde yürürlüğe girmesi ile ve ardından da arabuluculuğun dava şartı olduğu uyuşmazlıkların kapsamına 1 Ocak 2020 tarihinden itibaren ticari uyuşmazlıklar² ve 28 Temmuz 2020 tarihinden itibaren tüketici uyuşmazlıklarının³ alınması ile yaygın bir uygulamaya kavuşmuştur. Gerçekten, 2 Ocak 2018 ila 19 Aralık 2019 döneminde dava şartı arabuluculuk kapsamında iş uyuşmazlıklarında 739.255⁴; ticari uyuşmazlıklarda 146.413⁵ arabulucu görevlendirmesi yapılan dosya olduğu tespit edilmiştir. 2013 yılından 19 Aralık 2019 tarihine kadar ihtiyari arabuluculuk kapsamında 239.927 arabulucu görevlendirmesi yapılan dosya olmuştur⁶.

Günümüzde yaygın bir uygulaması olduğunu açıklıkla söyleyebileceğimiz arabuluculuğun nasıl yapılacağı ise bu süre zarfında gerek arabulucuların gerekse de arabuluculuk hizmetlerinin düzenli ve verimli olarak yürütülmesini sağlamakla görevli (m. 30/1, a) Arabuluculuk Daire Başkanlığının gündemini oluşturmuştur. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında

* Konya Barosu, ORCID: 0000-0002-7262-343X.

1 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, RG 25.10.2017, 30221.

2 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na eklenen m. 5/A hükmü, RG 19.12.2018, 30630.

3 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a eklenen m. 73/A hükmü, RG 28.07.2020, 31199.

4 <https://adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/davasarti.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2020).

5 <https://adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/ticaridavasarti.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2020).

6 <https://adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/ihtiyari.pdf> (Erişim tarihi: 15.10.2020).

Arabuluculuk Kanunu⁷ arabuluculuğun sadece hukuk fakültesi mezunları tarafından icra edilmesine izin vermektedir (m. 20/2, b). Bununla birlikte, Daire Başkanlığınca arabuluculuğun tek başına değil, birlikte ve elbirliği ile yapılmasının teşvik edildiği, şirketleşmenin önerildiği de bir gerçekliktir.

Gerçekten de, arabuluculuğun icra edilmesinde arabulucunun yetkin olması yanında hizmet kalitesi de önem taşımaktadır. “Arabuluculuk merkezi” adı altında sunulan arabuluculuk hizmetlerinde uygun müzakere salonları ile arabuluculuk faaliyeti kolaylaştırırken tarafların da daha konforlu ortamlarda müzakere imkânına sahip olması sağlanmaktadır⁸. Ancak mevzuatımızda arabuluculuk merkezlerine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu da, arabuluculuğu arabuluculuk merkezleri bünyesinde yerine getirmek ve aslında böyle bir merkez kurmak isteyen arabulucular bakımından birçok bilinmezi beraberinde getirmiştir.

Bu çalışma ile, öncelikle arabuluculuk merkezlerinin anonim şirket olarak kurulup kurulamayacağı değerlendirilecektir. Kişisel kanaatimiz gereği, anonim şirket olarak kuruluşun mümkün olduğu yasal dayanakları ile birlikte ortaya konduktan sonra anonim şirket bünyesinde sunulan arabuluculuk hizmetinin vergisel boyutu incelenecektir. Söz konusu hizmet karşılığı serbest meslek makbuzu mu fatura mı kesilmesi gerektiği açıklanacaktır. Anonim şirket bünyesinde sunulan arabuluculuk hizmetleri bakımından yanıtlanması gereken diğer önemli soru ise gelir vergisi stopajı yapılıp yapılmayacağı olup gerekçeleri ile birlikte yanıtlanacaktır.

Anahtar kelimeler: arabuluculuk merkezi, anonim şirket, fatura, serbest meslek makbuzu, gelir vergisi stopajı

7 RG 22.06.2012, 28331.

8 Akın, Levent: “İkinci Yılında Dava Şartı Arabuluculuk Alanında Gelişmeler ve Öneriler”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, 2020, C. 10, S. 1, 8.

MEDIATION CENTERS ESTABLISHING AS COMPANY AND THEIR TAX AND INVOICE ORDER

Mediation became a part of Turkish legal system in 2012. However, it became widespread after that the provisions regulating mediation as a cause of action for certain disputes. Such provisions about the labour disputes¹ entered into force on January 1, 2018, while the provisions about the commercial disputes² on January 1, 2020 and about the consumer disputes³ on July 28, 2020 entered into force. It is determined that between 2 January 2018 and 19 December 2019 there are 739.255⁴ mediation folders about labour disputes, 146.413⁵ folders about commercial disputes. From 2013 to 19 December 2019, the number of voluntary mediation file is 239.927⁶.

Today mediation has a common practice. By the mediators and the Mediation Head of Department, it has been argued how the mediation service is provided. The Law about Mediation in Legal Disputes no. 6325⁷ allows only the law school graduates to exercise mediation (Art. 20/2, b). The Mediation Head of Department encourages that mediation exercised not alone, but together, in cooperation and corporatization.

Indeed, in the execution of the mediation, service quality is also important as well as competence of the mediator. In the mediation services provided under the name of “mediation center, mediation activities are

-
- 1 Labour Courts Law no. 7036, Official Gazette 25.10.2017, 30221.
 - 2 By Law no. 7155 added to Turkish Commercial Law no. OG 19.12.2018, 30630.
 - 3 By Law no. 7251 added to the Law no. 6502, OG 28.07.2020, 31199.
 - 4 <https://adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/davasarti.pdf> (Access date: 15.10.2020).
 - 5 <https://adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/ticaridavasarti.pdf> (Access date: 15.10.2020).
 - 6 <https://adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/ihiyari.pdf> (Access date: 15.10.2020).
 - 7 OG 22.06.2012, 28331.

facilitated in the suitable negotiation halls. So, the parties are able to negotiate in more comfortable environments⁸. However, there is no clear regulation about the mediation centers. As a consequence, there are many questions for the mediations who prefer to perform mediation within mediation centers and actually want to establish such a center.

With this study, first of all, it will be evaluated whether mediation centers can be established as joint stock companies. We agree that they is no obstacle. Secondly, tax aspect of the mediation service offered within a joint stock company will be examined. Within this scope, it will be explained whether a self-employment receipt or an invoice should be issued for the said service. Another important question to be answered in terms of the mediation services provided within the joint stock company is whether there will be income tax withholding. Finally, this question will be answered.

Keywords: mediation center, joint stock company, invoice, self-employment receipt, income tax withholding

8 Akın, Levent: "İkinci Yılında Dava Şartı Arabuluculuk Alanında Gelişmeler ve Öneriler", *Sosyal Güvenlik Dergisi*, 2020, Vol. 10, N. 1, 8.

KAYNAKÇA

- Akın**, Levent: “İkinci Yılında Dava Şartı Arabuluculuk Alanında Gelişmeler ve Öneriler”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, 2020, C. 10, S. 1.
- Bozkurt**, Tamer: *Şirketler Hukuku*, Legem, 2020.
- Ekmekçi**, Ömer/Özkes, Muhammet/**Atalı**, Murat/**Seven**, Vural: *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, İstanbul: On İki Levha, 2019. ^[1]_{SEF}
- Erol**, Muammer: *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması* (yüksek lisans tezi), İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- Pulaşlı**, Hasan: *Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet*, 2020.
- Uzun**, Alper: *Türk Hukukunda İş Ortaklıkları ve Vergilendirilmesi*, İstanbul: On İki Levha, 2020.

ULUSLARARASI YATIRIM UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNDE ARABULUCULUK

Arş. Gör. Süleyman Yasir ZORLU*

Yabancı yatırımcı ile devlet arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü konusunda en çok başvurulan yöntem olan “tahkim”, son yıllarda çeşitli nedenlerden dolayı eleştirilerin hedefi olmuştur. Bu eleştiriler neticesinde tarafların, yatırım uyuşmazlıklarının çözüm yöntemlerini çeşitlendirmek ve tahkimin yerine geçebilecek veya birlikte kullanılacak yöntemler üzerindeki çalışmalarını hızlandırmıştır. Bu bağlamda alternatif uyuşmazlık yöntemi olarak uluslararası ticari uyuşmazlıklarda sıkça başvurulan “arabuluculuk”, uluslararası yatırım hukukunda da gündeme gelmiştir. Bu tebliğde de uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında ihtilaf çözüm yöntemi olarak arabuluculuk meselesi öncelikle uluslararası yatırım hukukundaki en önemli kurum olan Yatırım Uyuşmazlıkların Çözümü için Uluslararası Merkezi'nin (International Centre for Settlement of Investment Disputes kısaca ICSID) arabuluculuk konusundaki çalışmaları çerçevesinde incelenecektir. ICSID'in yanı sıra yatırım hukukunda arabuluculuk meselesine ilişkin diğer kurumlarca yapılan çalışmalar ele alınacaktır. Yatırım hukukunun en önemli kaynağı olan uluslararası yatırım anlaşmalarında arabuluculuk kurumunun yeri konusunda da çeşitli örnekler üzerinden açıklamalar yapılacaktır. Son olarak arabuluculuk kurumunun yatırım hukuku bağlamında değerlendirilmesi sonucunda bu kurum uluslararası yatırım uyuşmazlıkları için bir ihtilaf çözüm yöntemi olarak tercih edilip edilmeyeceğine dair görüşler ortaya konacaktır.

Uluslararası yatırım hukukunda, kurumsal dostane çözüm yöntemi olarak şu ana kadar sadece uzlaştırma (conciliation) kullanılmıştır. Uzlaştırma yöntemi, ICSID tarafından 1966 yılından beri taraflara sunulmuş olmasına rağmen ilk uzlaştırma 1985 yılında tamamlanmış¹ ve bu zama-

* Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, ORCID: 0000-0001-6561-7691.

1 İlk uzlaştırma olayı için bkz, Lester Nurick and Stephen J Schnably, “The First ICSID Conciliation: Tesoro Petroleum Corporation v. Trinidad and Tobago” (1986) 1 ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 340.

na kadar toplamda 13 tane uzlaştırma ICSID tarafından yürütülmüş olup bazıları halen devam etmektedir.² Bu rakamlar dikkate alındığında devlet ile yabancı yatırımcının aralarında çıkan ihtilafın çözümü için dostane yöntemleri tercih etmediği açıkça görülmektedir. Fakat son zamanlarda tahkim yönteminin eleştirilerin odağı olmasından dolayı ICSID, dostane ihtilaf çözme konusunu tekrardan gündemine almış ve özellikle yatırımcı-devlet arabuluculuk (investor-state mediation) yöntemi üzerinde çalışmalarını hızlandırmıştır.

Arbuluculuk yöntemi, tamamen taraf iradelerine bağlı olarak gerçekleşen bir yöntem olduğu için usül kuralları da öncelikli olarak taraflarca belirlenmektedir. Fakat tahkimde ve uzlaştırma yönteminde olduğu gibi kurumlar, arabuluculuk yöntemine de yol gösterici olması amacıyla çeşitli kurallar yayınlamıştır. Bu sebeple, kurumsal bağlamda ilk olarak Uluslararası Barolar Birliği (International Bar Association kısaca IBA), 2012 yılında ilk düzenlemeyi yapmış ve “Yatırımcı-Devlet Arabuluculuk Kuralları”nı ilgililerin hizmetine sunmuştur. Şu ana kadar genel olarak uluslararası ticari tahkim alanında kural ve rehberler yayınlayan IBA’nın yatırımcı-devlet arabuluculuk konusunda bir metin hazırlaması bu husustaki ilgisini açıkça göstermektedir.³

Bunun yanı sıra uluslararası enerji hukukunda önemli bir yere sahip olan Enerji Şartı Anlaşması’nın idari kurumu olan Enerji Şartı Sekreteryası da arabuluculuk konusundaki çalışmalara dahil olmuştur. Bu kapsamda 2016 yılındaki Konferansta “Yatırım Arabuluculuğuna dair Rehber” yayınlanmıştır.⁴ Bu rehber bünyesinde tarafların arabulucuğu seçmesi halinde sürecin başından sonuna kadar taraflara arabuluculuğa dair her türlü

2 2020 yılı itibariyle ICSID veritabanından elde edilen rakamlar: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database> (son erişim tarihi, 14.10.20).

3 IBA’nın şu zamana kadar hazırladığı ve uygulamada sıkça başvurulmuş kural ve rehberler için bkz. https://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Default.aspx (son erişim tarihi 14.10.20). Ayrıca, IBA Arabuluculuk Kurallarının geliştirilmesine dair öneriler için bkz, J Lack, M Leathes and WJ von Kumberg, ‘Enabling Early Settlement in Investor-State Arbitration - The Time to Introduce Mediation Has Come’ (2014) 29 ICSID Review 133.

4 Rehber için bkz, <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2016/CCDEC201612.pdf> (son erişim tarihi 14.10.20)

yol gösterici bilgi yer almaktadır. Ayrıca tarafların dostane çözüm yöntemi olarak arbuluculuğu seçmeleri teşvik edilmiştir. Bir de arbuluculuk sonucunda imzalanan anlaşma metninin tenfizi konusunda da tarafların kolaylaştırıcı adımlar atmaları tavsiye edilmiştir.

Arbuluculuğun ICSID nezdinde geliştirilmesi için birtakım fikirler ortaya konmuştur. Arbuluculuk sonucunda tarafların vardığı anlaşma metninin tarafları bağlayıcı özelliğinin olmamasından dolayı ICSID, taraflara bu konuda bir çözüm önerisinde bulunmaktadır. Bu bağlamda tarafların istemeleri halinde ilgili anlaşma metni, ICSID Tahkim Kuralları Madde 43(2) uyarınca, tahkim kararına dahil edilerek ICSID'in sağladığı tenfiz gücüne haiz olacaktır. Böylece arbuluculuk neticesinde ulaşılan uzlaşma metni uluslararası tenfiz kabiliyetine sahip olacak ve arbuluculuğun bu konudaki eksikliği giderilecektir.

Uluslararası yatırım anlaşmalarında da arbuluculuk, son zamanlarda tahkim öncesi basamak olarak yer almaya başlamıştır. Bu anlaşmalardan birisi olan Avrupa Birliği ile Kanada arasında imzalanan Serbest Ticaret Anlaşması'nın 8.20. maddesinde tarafların her an arbuluculuk yöntemine başvurabilecekleri açıkça düzenlenmiştir.⁵ Bu anlaşma dahilinde, arbuluculuk gönüllü ve ad hoc olarak öngörülmüştür. Ayrıca Avrupa Birliği şu sıralar müzakere ve imza aşamasında olduğu diğer serbest ticaret anlaşmalarına da arbuluculuk yöntemini bu şekilde dahil etmeye çalışmaktadır.⁶

Arbuluculuğun tercih edilme nedenleri incelendiği vakit, süre ve maliyet olmak üzere, arbuluculuk yöntemi başından sonuna kadar tahkime nazaran daha az kural içerip taraflara daha esnek olma imkanı sağlamaktadır. Bu nedenle tahkime nazaran arbuluculuk sürecinin düzenlenmesine dair kural ve rehberlerin sınırlı olması, arbuluculuk sürecinin tarafların rıza ve anlaşmalarına bağlı olarak yürütülmesi sonucunu doğurmaktadır.

5 İlgili anlaşmanın maddelerinin detayı için bkz, <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/> (son erişim tarihi, 14.10.20).

6 Şu an müzakere aşamasında olan AB-Çin Serbest Ticaret Anlaşması'nda yer alması muhtemel olan yatırımcı-devlet arbuluculuk sistemi için bkz, Chunlei Zhao, 'Investor-State Mediation in a China-EU Bilateral Investment Treaty: Talking About Being in the Right Place at the Right Time' (2018) 17 Chinese Journal of International Law 111.

Bu durum, taraf iradelerinin sürece doğrudan yansımaları sağlamaktadır. Fakat sürecin sonunda ortaya çıkan anlaşma da tahkim kararına nazaran içerik ve tenfiz konusunda farklılıklar içermektedir. Özellikle tenfiz konusunda ticari meselelerden doğan ihtilafların arabuluculuk yoluyla çözülmesi halinde tarafların anlaştığı metnin tenfizi için önemli katkıları olan “Singapur Konvansiyonu”, yatırım uyuşmazlıklarını kapsamamaktadır.

Sonuç olarak, uluslararası ticari uyuşmazlıklarda yıllardan beri kullanılan arabuluculuk, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında da son zamanlarda çeşitli kurumlarca devletler ve yabancı yatırımcılar için gündeme getirilmiştir. Bu kapsamda ilgili kuruluşlar, kurumsal arabuluculuk için kurallar ve standartlar üzerinde çalışmaya başlamışlardır. Bu düzenlemeler paydaşların beğenisine sunulmuştur ve gelen yorumlar çerçevesinde iyileştirilmeye çalışılmaktadır. Neticesinde arabuluculuk yönteminin tahkim yöntemine alternatif ya da tahkimin yanı sıra dostane bir çözüm metodu olarak devlet ve yabancı yatırımcı tarafından tercih edilmesi için çalışmalar hız kazanmıştır. Özellikle yatırım tahkimine son zamanlarda yöneltilen eleştirilerden dolayı arabuluculuk uluslararası yatırım hukukunda kendisine yer bulabilir ve tahkime alternatif olarak değerlendirilebilir.

Anahtar kelimeler: Arabuluculuk, ICSID, IBA, Yatırım Anlaşmaları, dostane çözüm

MEDIATION FOR THE SETTLEMENT OF INTERNATIONAL INVESTMENT DISPUTES

“Arbitration”, which is the most used method for the settlement of disputes between foreign investors and the state, has been the target of criticism for various reasons in recent years. As a result of these criticisms, the parties’ efforts to diversify the resolution methods of investment disputes and on methods that can replace or be used together with arbitration have accelerated. In this context, “mediation”, which is frequently used in international commercial disputes as an alternative dispute method, has also come to the fore in international investment law. In this paper, mediation as a dispute resolution method in international investment disputes will primarily be examined by the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID), which is the most important institution in international investment law. In addition to ICSID, studies conducted by other institutions on the issue of mediation in investment law will be discussed. Explanations will be made with various examples regarding the place of the mediation in international investment agreements, which is the most important source of investment law. Finally, as a result of the evaluation of the mediation concept in the context of investment law, opinions will be put forward whether this institution will be preferred as a dispute resolution method for international investment disputes.

In international investment law, only conciliation has been used as a institutional amicable solution method until now. Although the conciliation method has been presented to the parties by ICSID since 1966, the first conciliation was completed in 1985 and a total of 13 conciliations have been carried out by ICSID so far, some of which are still ongoing. Considering these figures, it is clearly seen that the state and foreign investors do not prefer friendly methods to resolve the dispute between them. However, due to the fact that the arbitration method has been the focus of criticism recently, ICSID has put the issue of friendly dispute resolution on its agenda again and accelerated its studies especially on the investor-state mediation method.

Since the mediation is a method that depends entirely on the will of the parties, the rules of procedure are primarily determined by the parties. However, as in arbitration and mediation method, institutions have published various rules to guide the mediation. For this reason, in an institutional context, the International Bar Association (IBA for short) made the first arrangement in 2012 and introduced the “Investor-State Mediation Rules” to the service of the relevant parties. The preparation of a text on investor-state mediation by IBA, which has generally published rules and guidelines in the field of international commercial arbitration until now, clearly shows its interest in this issue.

In addition, the Energy Charter Secretariat, which is the administrative body of the Energy Charter Agreement, which has an important place in international energy law, has also been involved in the work on mediation. In this context, “Guide on Investment Mediation” was published in the 2016 Conference. This guide contains all kinds of guiding information about mediation from the beginning to the end of the process in case the parties choose to mediate. In addition, the parties are encouraged to choose mediation as a method of amicable settlement. It was also recommended that the parties take facilitative steps in the enforcement of the agreement text signed as a result of mediation.

A number of ideas have been put forward to improve mediation with ICSID. ICSID offers a solution to the parties, especially since the text of the agreement reached as a result of mediation is not binding on the parties. In this context, if the parties so request, the relevant text of the agreement will be included in the arbitration decision in accordance with Article 43 (2) of the ICSID Arbitration Rules, and will have the enforcement power provided by ICSID. Thus, the reconciliation text reached as a result of mediation will have the capability of international enforcement and the lack of mediation on this issue will be eliminated.

Mediation has recently started to take place as a pre-arbitration step in international investment agreements. Article 8.20 of the Free Trade Agreement signed between the European Union and Canada, one of these

agreements. It is clearly stated in the article that the parties can apply for mediation at any time. Under this agreement, mediation is foreseen as voluntary and ad hoc. In addition, the European Union is trying to include the mediation method in other free trade agreements that it is currently in the negotiation and signature phase.

The mediation method includes fewer rules than arbitration from the beginning to the end, and allows the parties to be more flexible, including the time, duration and cost of the reasons for choosing mediation. Therefore, the limited rules and guidelines regarding the regulation of the mediation process compared to arbitration results in the mediation process being carried out depending on the consent and agreements of the parties. This situation ensures the direct reflection of the will of the parties to the process. However, the agreement that emerged at the end of the process also contains differences in content and enforcement compared to the arbitration award. The “Singapore Convention”, which makes important contributions to the enforcement of the text agreed by the parties in the mediation, especially in the event that disputes arising from commercial issues, does not cover investment disputes.

As a result, mediation, which has been used for years in international commercial disputes, has recently been brought to the agenda by various institutions for states and foreign investors in international investment disputes. In this context, relevant organizations have started to work on rules and standards for institutional mediation. These regulations are presented to the stakeholders and are tried to be improved within the framework of the comments received. As a result, efforts to make the mediation method preferred by the state and foreign investors as an alternative to the arbitration method or as a friendly settlement method besides arbitration have gained momentum. Mediation can find a place for itself in international investment law and can be considered as an alternative to arbitration, especially due to the recent criticism of investment arbitration.

Keywords: Mediation, ICSID, IBA, Investment Treaties, amicable settlement

KAYNAKÇA

- J Lack, M Leathes and WJ von Kumberg, “Enabling Early Settlement in Investor-State Arbitration - The Time to Introduce Mediation Has Come” (2014) 29 ICSID Review 133.
- Chunlei Zhao, “Investor-State Mediation in a China-EU Bilateral Investment Treaty: Talking About Being in the Right Place at the Right Time” (2018) 17 Chinese Journal of International Law 111.
- Lester Nurick and Stephen J Schnably, “The First ICSID Conciliation: Tesoro Petroleum Corporation v. Trinidad and Tobago” (1986) 1 ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 340.
- Anna Joubin-Bret and Barton Legum, “A Set of Rules Dedicated to Investor-State Mediation: The IBA Investor-State Mediation Rules” ICSID Review, Vol. 29, No. 1 (2014).
- Nancy A. Welsh and Andrea K. Schneider, “Becoming “Investor-State Mediation”, 1 Penn. St. J.L. & Int’l Aff. 86 (2012).
- Roberto Echandi and Priyanka Kher “Can International Investor-State Disputes be Prevented? Empirical Evidence from Settlements in ICSID Arbitration, ICSID Review, Vol. 29, No. 1 (2014).
- Gizem Ersen Perçin, ‘Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri’ (2011) 31 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 177
- Mustafa Erkan, Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi, Nisan 2020, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- F Nitschke, ‘The IBA’s Investor-State Mediation Rules and the ICSID Dispute Settlement Framework’ (2014) 29 ICSID Review 112.
- J Lack, M Leathes and WJ von Kumberg, ‘Enabling Early Settlement in Investor-State Arbitration - The Time to Introduce Mediation Has Come’ (2014) 29 ICSID Review 133.
- SD Franck, ‘Using Investor-State Mediation Rules to Promote Conflict Management: An Introductory Guide’ (2014) 29 ICSID Review 66.
- S Constain, ‘Mediation in Investor-State Dispute Settlement: Government Policy and the Changing Landscape’ (2014) 29 ICSID Review 25.

III. OTURUM

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Talat Canbolat

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Saat: 14:45-16:15

Doç. Dr. Selin Sert Sütçü

Arabuluculuk Sözleşmesinde Genel İşlem Koşullarına İlişkin Hükümlerin Uygulanması

Dr. Öğr. Üyesi Özlem Acar Ünal

Benimle Boşanır Mısın?!: Boşanmanın Hukuki Sonuçları Bakımından Arabuluculuğun Uygulanabilirliği

Dr. Öğr. Üyesi Cüneyt Bellican

Sorumluluk Hukuku (Sözleşmeye ve Haksız Fiile Dayalı Sorumluluk) Açısından Sır Saklama Yükümlülüğü ve Arabuluculuk Sürecindeki Görünümü

Av. Arb. Rabia Üçtepe Karaköse

Paket Tur Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Ve Kütahya Çizelgesinin Kullanılması

Dr. Öğr. Üyesi Evrim Erişir

Tüketici Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Kapsamının Belirlenmesindeki Güçlüklerin Ortaya Çıkardığı Bazı Meseleler

ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNDE GENEL İŞLEM KOŞULLARINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN UYGULANMASI

Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ*

6235 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile uyuşmazlık içerisinde olan tarafların uyuşmazlığı arabulucu aracılığıyla kanunda düzenlenen hususlarda zorunlu, kanunda arabuluculuğa başvurunun zorunlu olarak düzenlenmediği hususlarda ise ihtiyari olarak çözümlenmesine imkân tanınmıştır. Tarafların uyuşmazlığı arabulucu ile çözmeye karar vermesi halinde ise arabulucunun uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bir arabuluculuk sözleşmesi hazırlaması, taraflar arasındaki bilgilerin kaybolmaması ve belirli bir tutanak altına tutulması bakımından önemlidir. Arabulucu tarafından hazırlanacak olan bu sözleşmede tarafların kimlik bilgileri, uyuşmazlık konusu, tarafların uyuşmazlık konusu ile ilgili iddia ve düşünceleri, bu iddia ve düşüncelerin ispatlanmasını sağlayacak deliller, uyuşmazlık konusuna ilişkin çözüm önerileri ile arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan sonuç ve bu sonuca taraflarca iyi niyet ve dürüstlük kuralları gereğince riayet edileceği hususunun belirtilmesi gibi konulardır. Arabuluculuk faaliyeti ile bir şeyin yapılması edimi üstlenilmiş ise bu edimin ifa edilmesi de gerekmektedir.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 20 vd hükümlerinde sözleşmelerin standart sözleşmeler haline gelmesi durumunda, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla önceden tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümlerinin olabileceğini ve bu hükümlere genel işlem koşulları denilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Arabuluculuk sözleşmesinde de arabulucu, aynı veya benzer uyuşmazlıklarda kullanılmak üzere bu şekilde genel işlem koşullarını içeren bir sözleşme metni hazırlar ise uyuşmazlığın çözümlenmesi amacıyla başvuruda bulunan tarafların bu koşulları değiştirip değiştiremeyeceği meselesi çalışmamızın temel konusudur.

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
ORCID: 0000-0001-7483-6394.

Arabulucunun arabuluculuk sözleşmesinin tarafı olmaması sebebiyle arabuluculuk sözleşmesinde tarafların adı, soyadı gibi kimlik bilgilerine yer vermesi, uyuşmazlık konusunun belirlenmesi amacıyla uyuşmazlık konusu şeklinde bir başlığa yer vermesi mümkün iken her uyuşmazlık kendi içerisinde farklı sorunlar ve farklı çözüm önerileri ile sonuçlanacak olması sebebiyle sözleşmesinin tamamının genel işlem koşullarına tabi olmayacağını kabul etmemiz gerekecektir.

Çalışmamız da arabuluculuk sözleşmesinde genel işlem koşulları ile düzenlenebilecek hususlar ve düzenlemeyecek hususlar ile genel işlem koşulu ile düzenlenen hususlarda tarafların kullanabilecekleri hukuki yollar inceleme konusu yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: arabulucu, arabuluculuk sözleşmesi, genel işlem koşulları, genel işlem koşullarının özellikleri, elverişlilik.

IN THE MEDIATION AGREEMENT APPLICATION OF THE PROVISIONS REGARDING GENERAL OPERATING CONDITIONS

With the Law on Mediation in Legal Disputes numbered 6235, parties in dispute were allowed to resolve the dispute through the mediator as mandatory in matters regulated by law, and voluntarily in matters where the application for mediation is not regulated by law. If the parties decide to resolve the dispute with the mediator, it is important for the mediator to draw up a mediation agreement for the settlement of the dispute, in order not to lose the information between the parties and to keep them under a certain report. In this contract to be prepared by the mediator, the identity information of the parties, the subject of the dispute, the claims and opinions of the parties regarding the subject of the dispute, the evidence to prove these claims and thoughts, the solution proposals regarding the dispute, the conclusion reached as a result of the mediation activity and the good faith and honesty rules of the parties. These are issues such as stating that it will be duly respected. If the act of doing something has been undertaken with the mediation activity, this act must also be performed.

Turkish Code of Obligations No. 6098 m. In the provisions of 20 et seq., It is stated that in the event that the contracts become standard contracts, when making a contract, there may be contract provisions prepared individually and presented to the other party in order to use in many similar contracts in the future and these provisions should be called general transaction conditions. In the mediation agreement, if the mediator prepares a contract text that includes the general transaction conditions to be used in the same or similar disputes, the issue of whether the parties applying for the settlement of the dispute can change these conditions is the main subject of our study.

Since the mediator is not a party to the mediation contract, it is possible to include the identity information such as the name and surname

of the parties in the mediation contract, to include a title in the form of the subject of the dispute in order to determine the subject of the dispute, while each dispute will result in different problems and different solution proposals. We will have to accept that it will not be subject.

In our study, the issues that can be regulated with the general transaction conditions in the mediation agreement and the matters that will not be regulated and the legal ways that the parties can use in the matters regulated with the general transaction condition will be examined.

Keywords: mediator, mediation agreement, general transaction conditions, properties of general transaction conditions, availability.

KAYNAKÇA

- BORA, Özlem: Arabuluculuk Sözleşmesi, Ankara 2020.
- EKMEKÇİ, Ö., ÖZEKES, M., ATALI, M., SEVEN, V., Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, İstanbul 2019.
- ERDEM, Ümit: Ticaret Mahkemeleri Kararlarında Dava Şartı Zorunlu Arabuluculuk, İstanbul 2020.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2020.
- ERKAN, Mustafa: Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi, İstanbul 2020.
- ERTÜRK, Mustafa: Arabuluculuk Sözleşmesi, Ankara 2020.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Arabuluculuk Sözleşmeleri, Ankara 2020.
- İLHAN, Onur: Arabuluculuk Sözleşmesi, Ankara 2020.

BENİMLE BOŞANIR MİSİN?!: BOŞANMANIN HUKUKİ SONUÇLARI BAKIMINDAN ARABULUCULUĞUN UYGULANABİLİRLİĞİ

Dr. Öğr. Üyesi Özlem ACAR ÜNAL*

Çok eski zamanlarda dahi uygulama alanı bulan arabuluculuk kurumuna ilişkin ülkemizdeki ilk yasal düzenleme, 07.06.2012 tarihinde kabul edilen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'dur (HUAK). HUAK md. 1/f.2 gereğince Kanun'un uygulama alanına, özel hukuk uyuşmazlıkları girdiğinden aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların da arabuluculuk kurumu vasıtasıyla çözümlenebilmesi mümkündür. Bu çerçevede değerlendirildiğinde bir aile hukuku uyuşmazlığı olan boşanma davalarında da arabuluculuğa gitmeye bir engel yoktur. Ancak kanun koyucu her özel hukuk uyuşmazlığında arabulucuya başvurmayı kabul etmemiş ve yalnızca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuğa gidilebileceğini belirterek bir sınırlamaya gitmiştir. Çalışmamızın konusu boşanma davalarına ilişkin hangi anlaşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenebileceğinin tespiti olarak belirlenmiş olup, aşağıda yer verilen hukuki problemlerin arabuluculuk yolu ile çözümüne ilişkin tespit ve değerlendirmelerde bulunulmaya çalışılacaktır.

Tebliğimizde öncelikle Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 170. maddesi çerçevesinde arabulucu tarafından boşanma kararı verilip verilemeyeceği üzerinde durulacaktır.

Boşanmaya ilişkin uyuşmazlıklar açısından dikkat çekici olan bir diğer husus ise HUAK md. 1/f.2 son cümlede yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözümlenmesi mümkün değildir. Bu çerçevede öncelikle aile içindeki şiddetten ne anlaşılması gerektiği ele alınarak şiddetin hangi türünün bu düzenlemenin kapsamında olduğunu belirlenmeye çalışılacaktır.

* İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0001-8112-0001.

Tebliğimizde aile içi şiddet, Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi) ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Kanunu esas alınarak değerlendirilecek olup, ayrıca düzenlemenin arabuluculuk uygulamasına etkilerine ilişkin tespitlerde bulunulmaya çalışılacaktır.

TMK md. 169 hükmü gereğince boşanma davasının açılmasıyla birlikte eş ve çocukların dava sürecinden zarar görmemesi adına bir takım geçici önlemlerin alınması gerekmektedir. Bu önlemlerden eşlere yönelik olanlar, eşlerin barınması, geçimi ve mallarının yönetimine ilişkindir. Çocuklar açısından ise bakım ve korunmaya yönelik önlemler alınmalıdır. Belirtilen önlemlerin alınması ya da değiştirilmesinin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir husus olup olmadığı ve bu kapsamda arabuluculuk yöntemiyle çözüme uygun olup olmadığının tespiti de önem arz eden bir diğer konudur.

Boşanma kararının hem eşler hem de çocuklar bakımından bir takım hukuki sonuçları söz konusudur. Bu sonuçlar biri, boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte eşlerin yeniden evlenebilmeleridir. Ancak TMK md. 132 hükmü gereği kadının yeniden evlenebilmesi için üç yüz günlük bir bekleme süresi bulunmaktadır. Bu konuda ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlığın arabuluculuk yönetimiyle çözümlenip çözümlenemeyeceği çalışmamızda ele alınacak problemlerden biridir.

Boşanma kararıyla birlikte ortaya çıkabilecek bir diğer sonuç kadının evlenmeden önceki soyadını almasıdır. Bilindiği üzere, TMK md. 173/f.2 hükmüne göre kadının boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunması ve bu durumun kocasına zarar vermemesi halinde hâkimden kocasının soyadını taşımasına izin vermesini talep edebilmektedir. Tarafların, soyadı konusunda ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlık için arabulucuya başvurup başvuramayacağı ayrıca incelenecektir.

Boşanma kararının bir diğer sonucu, eşlerin artık birbirlerine mirasçı olamamalarıdır. TMK md. 181 hükmündeki düzenlemede boşanan eşlerin mirasçılık sıfatının ortadan kalktığı ve boşanmadan önce yapılan ölüme bağlı

tasarruflarla sağlanan hakların aksi tasarruftan anlaşılmadıkça ortadan kalkacağı yer almaktadır. Bu hüküm çerçevesinde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilme yetkisi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği de çalışmamızda ele alınacaktır.

Türk Borçlar Kanunu md. 153/b.3 hükmüne göre boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte eşlerin birbirlerinden olan alacakları için duran zamanasını durduğu yerden tekrar işlemeye başlar. Bu durum da boşanma kararının ortaya çıkardığı sonuçlardan birisidir. Bu konuda ortaya çıkan uyuşmazlık bakımından arabulucuya başvurulabilir mi sorusuna kısaca değinilmeye çalışılacaktır.

Türk Medeni Kanunu md. 174/f.1 hükmü çerçevesinde mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma sebebiyle zedelenen tarafın maddi tazminat talep etme hakkı bulunmaktadır. Ancak bunun için maddi tazminat talep eden tarafın kusursuz ya da daha az kusurlu olması gerekmektedir. Aynı hükmün ikinci fıkrasında ise boşanmaya sebep olan olaylar sonucu kişilik hakkı saldırıya uğrayan tarafın kusurlu olan taraftan manevi tazminat talep edebileceği düzenlenmiştir. Çalışmamızda eşlerin maddi ve manevi tazminat taleplerinin arabuluculuk yoluyla çözüme uygun olup olmadığını incelenecektir.

Boşanmanın mali sonuçlarından bir diğeri, yoksulluk nafakası talep edebilmektir. TMK md. 175 hükmü gereğince boşanma sebebiyle yoksulluğa düşecek olan taraf, belli koşulların varlığı halinde yoksulluk nafakası isteyebilmektedir. Yoksulluk nafakasına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olup olmadığı çalışmamızda ayrıca ele alınacaktır.

Boşanmanın bir başka sonucu ise mal rejiminin tasfiyesidir. Mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuğun uygulanabilirliğine ilişkin değerlendirmeler ise önem arz eden bir husustur.

Boşanmanın çocuklara ilişkin hukuki sonuçları ise velayet, çocukla kişisel ilişki kurulması ve iştirak nafakasının belirlenmesi olarak sıralanabilir. Bu hususlarda çıkabilecek uyuşmazlıkların arabuluculuğa uygun olup olmadığına ilişkin tespitlerimize çalışmamızda ayrıca yer verilecektir.

Sonuç olarak tebliğimizde boşanmanın hukuki sonuçları bakımından ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözümünün mümkün olup olmadığı incelenecek olup, uygulamada ortaya çıkabilecek birtakım sorunlara doktrindeki görüşler ve ilgili mevzuat ışığında çözüm aranacaktır.

Anahtar kelimeler: Arabuluculuk, boşanma, aile içi şiddet, boşanma sebepleri, boşanmanın hukuki sonuçları

WILL YOU DIVORCE WITH ME?!: THE APPLICABILITY OF MEDIATION WITH RESPECT TO LEGAL CONSEQUENCES OF DIVORCE

Mediation, having practicality even in ancient times, was first introduced to Turkish Law, with the code of Mediation in Legal Disputes, No:6325, that was adopted on June 7th, 2012. (ALD). Since the context of the code covers Private Law in accordance with Clause 1/f.2 of ALD, the legal disputes arising from Family Law (Law of Domestic Relations) can also be resolved through Mediation institution. When assessed within this context, being a legal dispute of Family Law, in divorce suits there is no obstacle to apply for Mediation. However, the legislator has refused the applicability of Mediation in every Private Law disputes, and has made restrictions by stating that Mediation can be applicable only for disputes on which parties might freely dispose of. The topic of our study is to determine which kinds of disputes regarding divorce suits are rable, and it will be attempted to determine and evaluate the following legal problems through Mediation.

In our citation, it will primarily be elobareted on whether the divorce decision might be taken by the mediator within the context of Turkish Civil Law, provision of Art. 170

Another remarkable issue with regard to disputes arising from divorce is defined in the last sentence of ALD, Art. 1/f.2. According to the afformentioned regulation, it is impossible to resolve the disputes involving alleged domestic violence through Mediation. With respect to this, we will primarily focus on determining what type of violence is within the scope of this regulation by considering what should be understood from demostic violence. In our citation, Council of Europe Convention on Prevention and Combating Violence Aganis Women and Domestic Violence, so called İstanbul Contract, and Code of Protection of Family and Prevention of Domestice Violence, No:6284 will be assessed and taken as a basis, additionally we will try to determine the effects of the regulation on Mediation applications.

According to Turkish Civil Code, provision of Art. 169, some temporary measures should be taken in order to prevent the children and the spouse from being harmed by the litigation process of the divorce suit, once it has been initiated. Those measures for the spouse is related to having a shelter, earn a living and management of the properties. For the children measures to be taken are related to care and protection. Whether taking the determined temporary measures or redefining them is a dispute on which the parties may freely dispose of or not, and to determine in this context whether it is available to be resolved by Mediation or not is another important issue.

The decision of divorce has some legal consequences regarding both the children and the spouse. One of these consequences is the capability of remarriage of both parties with the decree of divorce. However, according to Turkish Civil Code provision of Art.132, there is a waiting period of three hundred days for the woman to remarry. The problem whether any dispute resulting from this might be resolved by Mediation or not, is also in the context of this citation.

One of the consequences arising with the decree of divorce is that the woman takes her surname before the marriage. As know to all, according to Turkish Civil Code provision of Art. 173/f.2, the woman may demand to continue to use her husband's surname under the condition that the woman has interest in using her husband's surname and it is no harm for the husband that she uses his surname. It will be studied further that any disputes arising from the surname usage might be resolved by Mediation or not.

Another consequences of the decree of divorce is that the spouses can no longer inherit each other. In Turkish Civil Code provision of Art. 181, it is stated that the inheritance status of divorced spouses disappears and the rights provided by the death-related savings before the divorce will disappear, unless otherwise understood from savings. In our citation, it will also be discussed whether disputes arising under this context will be regarded as disputes on which the parties may freely dispose of or not.

According to Turkish Code of Obligations, provision of Art. 153/b.3, the paused prescription for the receivables of the spouses from each other will

be resumed with the decree of divorce. This situation is also one of the consequences of decree of divorce. It will be touched briefly in this citation whether Mediation is applicable related to these disputes arising from this issue.

According to Turkish Civil Code provision of Art. 174/f.1, the party whose current or expected interest is damaged due to divorce, has the right to claim financial compensation. However, for this, the party who claims financial compensation must be flawless or less flawed. In the second paragraph of the same provision, it is stated that as a result of the events causing the divorce, the party whose personal right has been attacked has the right to claim immaterial compensation. In our citation, it will be discussed that the material and immaterial compensation claims of the spouses are resolvable by Mediation or not.

One of the financial consequences of divorce is the possibility for demanding alimony. Pursuant to Turkish Civil Code, provision of Art. 175, the party that will fall into poverty as a result of divorce, may demand alimony under the existence of certain conditions. It will be distinguishively discussed whether disputes regarding alimony are applicable to be resolved by Mediation.

Another legal consequence of divorce is the division of matrimonial property. The discussion related to the applicability of Mediation for Disputes arising from the division of matrimonial property is a nontrivial issue.

The consequences of divorce regarding the children are guardianship, establishing personal relations with children and determination of child support. Our determinations as to whether the disputes that may arise in these matters are suitable for Mediation will also be included in our citation.

Conclusively, our citation will discuss whether it is possible to resolve the disputes that may arise in terms of the legal consequences of divorce through Mediation, and some problems that may arise in practice will be solved in the light of the views in the doctrine and the relevant legislation.

Keywords: Mediation, divorce, domestic violence, causes of divorce, legal consequences of divorce

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut/Ateş, Leyla, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, 22. Bası, İstanbul 2020.
- Akkaya, Tolga, Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakimın Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2014, s. 23-61.
- Bakırcı, Kadriye, İstanbul Sözleşmesi, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2015, s. 133-204.
- Beyer, Elizabeth F., A Pragmatic Look At Mediation and Collaborative Law As Alternatives to Family law Litigation, St. Mary's Law Journal, Vol. 40, Issue 1 (2008), pp. 303-342.
- Casals, Martin Miquel, Divorce Mediation In Europe: An Introductory Outline, Electronic Journal of Comparative Law, vol. 9.2 (July 2005), <http://www.ejcl.org/>. E.T. 10.10.2020.
- Castillejo y Peetsch, Isabel Fernandez de, Familien-Mediation in Deutschland und die Besonderheiten grenzüberschreitender Fälle, Özyeğin Üniversitesi Uluslararası Arabuluculuk Sempozyumu, Editör Ferhat Yıldırım, Ankara 2018, s. 13-22.
- Castillejo y Peetsch, Isabel Fernandez de, Almanya'da Aile Arabuluculuğu ve Sınır Aşan Davalara İlişkin Özellikler, Çev. Cenk Akil, Özyeğin Üniversitesi Uluslararası Arabuluculuk Sempozyumu, Editör Ferhat Yıldırım, Ankara 2018, s. 23-33.
- Ceylan, Ebru, Türk Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, Legal Hukuk Dergisi, C. 16, S. 190, 2018, s. 4561-4588.
- Demir, Şamil, Arabuluculuk ile Aile İçi Şiddet ve Uzlaşmaya Tabi Suçların İlişkisi, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2014, s. 211-228.
- Demircioğlu, Huriye Reyhan, Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanabilirliği, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 23, 2015, s. 45-84.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2018.
- Ekmekçi, Ömer/Özkes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Murat, Arabuluculuk, 2. Bası, İstanbul 2019.
- Erb-klünemann, Rlin Martina, Einbindung von Mediation in Verfahren in Deutschland nach dem Haager Kindesentführungsübereinkommen-die richterliche Sicht, Özyeğin Üniversitesi Uluslararası Arabuluculuk Sempozyumu, Editör Ferhat Yıldırım, Ankara 2018, s. 35-48.
- Hatemi, Hüseyin, Aile Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2020.
- Helvacı, Serap/Erlüle, Fulya, Medeni Hukuk, 6. Bası, İstanbul 2020.
- Kaplan Güler, Beyhan, Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, 1. Bası, İstanbul 2014.
- Kılıçoğlu, Ahmet M, Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara 2019.
- Özbek, Mustafa, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Aile Arabuluculuğu" Konulu Tavsiye Kararı, DEÜHFD, S. 2, C. 7, 2005, s. 71-102.
- Özcan, Cem, Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 9, Haziran 2017, s. 383-396.
- Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015.

- Şıpka, Şükran, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 6, S. 12, 2007, s. 163-175.
- Tanrıver, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 64, 2006, s. 151-169.
- Uyumaz, Alper/Erdoğan, Kemal, Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 1, 2015, s. 119-169.
- Yazıcı Tıktık, Çiğdem, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, 1. Bası, İstanbul 2013.
- Yıldırım, Ferhat, Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Federal Kanunu (Ziv-MediaG) nun Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Işığında İncelenmesi, Özyeğin Üniversitesi Uluslararası Arabuluculuk Sempozyumu, Editör Ferhat Yıldırım, Ankara 2018, s. 63-88.

SORUMLULUK HUKUKU (SÖZLEŞMEYE VE HAKSIZ FİİLE DAYALI SORUMLULUK) AÇISINDAN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE ARABULUCULUK SÜRECİNDEKİ GÖRÜNÜMÜ

Dr. Öğr. Üyesi Cüneyt BELLİCAN*

Sır saklama yükümlülüğü, hukukun her alanında karşılaşılabilen bir yükümlülüktür. Sır saklama yükümlülüğü kanundan doğan bir yükümlülük olarak düzenlendiğinde, bu yükümlülüğe aykırı davranmak, haksız fiil sorumluluğunu doğurur. Bu bağlamda, kişinin rızası olmadan sırrının açıklanması başka bir hukuka uygunluk nedeni de yoksa haksız fiil sorumluluğunu gündeme getirir.

Sır saklama, sözleşmeye dayalı bir yükümlülük olarak da düzenlenebilir. Bu durumda, sırrın açıklanması, sözleşmeden doğan borca aykırılık anlamına gelir. Sırrın açıklanması, hem bir haksız fiil hem de sözleşmeye aykırılık oluşturduğunda, taleplerin yarışması söz konusu olur. Sırrı açıklanan –mağdur taraf- ister haksız fiil sorumluluğuna ister borca aykırılık hükümlerine başvurabilir.

Sır saklama yükümlülüğü, sözleşme sürecinin her aşamasında karşılaşılabilen bir yükümlülüktür. Sır saklama yükümlülüğü, sözleşme görüşmeleri esnasında, sözleşme sırasında ve sözleşme sonrasında ortaya çıkar. Sözleşme öncesi aşamada, yükümlülüğün ihlali, culpa in contrahendo sorumluluğunun doğumuna neden olur. Sözleşme kurulduktan sonraki aşamada, yükümlülüğün ihlal edilmesi borca aykırılık hükümlerinin (TBK md.112, md.113/2) uygulanmasına neden olur. Sözleşmenin sona ermesinden sonraki aşamada ise, yükümlülüğün ihlali, sözleşme sonrası kusur sorumluluğunun (culpa post pactum perfectum) doğumuna yol açar.

* İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0002-0195-5381.

“Arabulucu” ve “Arabuluculuk” kavramları sözleşmeler hukukunda karşımıza, “Arabulucu Sözleşmesi” ve “Arabuluculuk Sözleşmesi” olarak çıkar. Arabuluculuk sözleşmesi, tipik/atipik (isimsiz) sözleşmeler ayrımı çerçevesinde, isimsiz sözleşmelerden biri olarak değerlendirilebilir. Sır saklama yükümlülüğü, sadece, arabuluculuk görüşmeleriyle sınırlı değildir. Arabulucu Sözleşmesi de sır saklama yükümlülüğü bakımından anlam taşır. Arabulucu sözleşmesi kurulmasa dahi, bu sözleşmenin görüşmeleri aşamasında arabulucuyla paylaşılan bilgiler sır niteliğini haiz ise, arabulucunun sır saklama yükümlülüğünün varlığından söz edilebilir.

6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde 4, gizlilik konusunu düzenlemiştir. Sadece arabulucu değil, arabuluculuk sürecine katılan taraflar ve üçüncü kişiler de gizlilik yükümlülüğüne uymalıdır. Bununla birlikte, sır saklama yükümlülüğünün aksi kararlaştırılabilir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği madde 6’da da gizlilik konusu düzenlenmiştir. Yönetmeliğe göre, taraflar, kanuni temsilcileri, avukatları ve görüşmelere katılan diğer kişiler gizliliğe uymak zorundadır. Ayrıca, arabulucunun yanında çalışan kişiler, denetim ve gözetimi altında ilgili mevzuat çerçevesinde staj yapanlar, Bakanlık ve Kurul görevlileri de bu yükümlülüğe uymalıdır. Bu noktada durumun özelliğine göre, TBK md.66 ve TBK md.116 hükümlerinin ne şekilde uygulama alanı bulacağına da değerlendirilmesi gerekir.

Sır saklama yükümlülüğü, hem zorunlu arabuluculukta hem de ihtiyari arabuluculukta var olan bir yükümlülüktür. Arabuluculuğa konu uyuşmazlıkların giderek artması, arabuluculuğun önemini artırmaktadır. Arabuluculuk sürecine konu olan uyuşmazlıkların çokluğu, arabuluculuk sürecinde “gizlilik” ilkesinin önemini de artırmış bulunmaktadır.

Sır saklama yükümlülüğü ile çıkabilecek uyuşmazlıklarda en önemli hususlardan biri de ihlal edilen menfaatin dolayısıyla sır kavramının içeriği olacaktır. Hangi olguların, bilgilerin, verilerin gizli kalması gerektiğinin belirlenmesi gerekir. Bu noktada sır kavramının tanımı, hem maddi hukuk

hem de usul hukuku açısından önem arz eden bir konu olmaktadır. Ticari sırdan know how'a, özel hayata ilişkin bilgilerden üretim sırrına kadar geniş bir alanı kapsayan sırlar ve sır türleri, uyumsuzluk konusunun özelliğine göre, arabuluculuk sürecinde de kendini gösterir.

Arabulucu(luk), güven esasına dayalı bir kurumdur. Bu doğrultuda, uyumsuzluk tarafları, süreçte paylaşılan ve gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin üçüncü kişilerle paylaşılmayacağı konusunda güven duyarlar. Bununla birlikte, uyumsuzluk tarafları, bu süreçte paylaşılan bilgi ve belgelerin, kanundaki sınırlamalar çerçevesinde, sonradan dava sürecinde kullanılmayacağını da bilirler. Bu konuya ilişkin olarak, bilgilerin ve belgelerin kullanılmayacağına ilişkin Kanunun 5. maddesi ele alınacaktır.

Sır saklama yükümlülüğü sözleşmeye dayalı bir yükümlülük haline de getirilebilir. Bu yükümlülük için bir cezai şart da öngörülebilir. Arabulucuyla yapılan anlaşmada, arabulucunun gizlilik yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda cezai şart ödeyeceği kararlaştırılabilir.

Arabuluculuk tutanağına geçmemiş ama arabuluculuk sürecinde edinilmiş birçok bilgi ve veri olabilir. Bu bilgi ve veriler, sadece arabuluculuk sürecine taraf olanların bilgisi ve verisi olmayabilir. Üçüncü kişilere ait bilgi ve veriler olabilir. Bu durumda arabulucunun sır saklama yükümlülüğü, bu bilgilerin de korunmasını ve açıklanmamasını kapsar.

Arabulucu, elde ettiği bilgilerin açıklanmaması; başka kişilerin eline geçmemesi konusunda “özen” yükümlülüğü çerçevesinde hareket etmelidir. Özen yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi gerekir. Bu kapsamda, hukukumuzda, özen borcunu konu alan sözleşme türlerine ilişkin yorum ve açıklamalardan ne ölçüde yararlanılabilecektir? Örneğin, arabulucunun özen yükümlülüğünün sınırlarının belirlenmesinde, vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulup bulmayacağı ele alınacaktır. Bu bağlamda “basiretli vekil”in göstereceği özenle (TBK md.506 f.3), arabulucunun göstereceği özen karşılaştırılacaktır.

Sır saklama yükümlülüğü/gizlilik kapsamında bir başka mesele daha gündeme gelir: Kişisel Verilerin Korunması. Arabulucunun, elde ettiği

bilgiler arasında kişisel veriler de yer alacağından arabulucu, kişisel verilerin korunmasına ilişkin kurallara uygun davranmak yükümlülüğü altındadır. Çalışmamızda konunun gerektirdiği ölçüde, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu bağlamında da açıklamalar yapılacaktır.

Arabulucu sır saklama yükümlülüğünü ihlal ederse, hukuki sorumluluğu doğar. Bu kapsamda, tazminat ödemek durumunda kalır. Arabulucunun, kanundan kaynaklanan yükümlülüğüne aykırı davranması haksız fiil olarak değerlendirilir. Bu doğrultuda arabulucuya karşı, maddi tazminat ve manevi tazminat talebinde bulunulabilir. Diğer yandan, sırrın açıklanmasıyla bir kazanç elde edilmişse, elde edilen kazancın iadesi talebi sözkonusu olur. Bu taleplere sadece arabulucu değil, sır saklama yükümlüsü diğer kişiler de muhatap olur. Sır saklama yükümlülüğünü ihlal eden, bir kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de olabilir. Bu bağlamda, müteselsil/birlikte sorumluluk gündeme gelir.

Arabulucunun, arabuluculuk sürecindeki tek yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğü değildir. Arabulucunun görevini özenle ve tarafsız bir biçimde yerine getirmesi, tarafları süreç hakkında aydınlatması şeklinde sıralanabilecek yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bu doğrultuda, arabulucunun sır saklama yükümlülüğü ile bu sayılan yükümlülükleri arasındaki bağlantı da çalışmamızda ele alınacaktır.

Sır saklama yükümlülüğünün ortadan kalktığı durumlar olarak, “tarafların rızası” ve “arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması” konuları da ele alınacaktır. Tarafların rızasına ilişkin olarak, bu rızanın şekil şartına tabi olup olmadığı, irade sakatlıkları gibi durumlar hakkında da değerlendirme yapılacaktır.

Arabuluculuk sözleşmesi, arabulucu sözleşmesi, arabuluculuk görüşmeleri, görüşmelerin olumlu veya olumsuz bir şekilde sonuçlanması şeklinde ortaya çıkan süreçte, sır saklama yükümlülüğü bu sürece eşlik eder. Çalışmamızda, bu süreçte, sır saklama yükümlülüğünün kapsamı, kimlerin bu yükümlülüğe tabi olduğu, yükümlülüğünün ihlalinin hukuki sonuçları gibi konular üzerinde durulacaktır.

Anahtar kelimeler: Sır Saklama Yüklümlülüğü, Haksız Fiil Sorumluluğu, Sözleşmeye Dayalı Sorumluluk, Sözleşme Öncesi Kusur Sorumluluğu, Borca Aykırılık, Kişisel Veriler, Ticari Sır, Arabulucu Sözleşmesi, Arabuluculuk Sözleşmesi, Arabuluculuk Kanunu

THE DUTY OF CONFIDENTIALITY IN TERMS OF LEGAL (TORT AND CONTRACTUAL) LIABILITY AND ITS APPLICATION IN MEDIATION PROCESS

The duty of confidentiality can be seen in almost any area of law. Where the duty of confidentiality is conferred under the law, breach of this duty creates tort liability. In this context, disclosure of the secret without the consent of the interested person or any other valid legal reason would create tort liability.

The duty of confidentiality may arise as a contractual obligation. In that case, disclosure of the secret creates contractual liability. Where disclosure of the secret creates both tort and contractual liability, the party whose secret has been disclosed – the injured party- may rely on either of them.

The duty of confidentiality may arise in all phases (during negotiation, during the term or after the termination) of the contract. Violation of this duty during the negotiation phase creates liability based on *culpa in contrahendo*. Violation of this duty during the term of the contract requires the application of provisions regarding breach of duty (Articles 112 and 113/2 of the Turkish Code of Obligations). Violation of this duty after the termination of the contract creates liability based on *culpa post pactum perfectum*.

The terms of “mediator” and “mediation” appear in contract law as “mediator agreement” and “mediation agreement”. Mediation agreement may be classified as an innominate contract. The duty of confidentiality is not limited to the mediation negotiations. Mediator agreement is also important with respect to the duty of confidentiality. Even if the mediator agreement is not concluded, the information shared with the mediator during the contract negotiations would create a duty of confidentiality for the mediator to the extent that the shared information is considered as secret.

Article 4 of the Code on Mediation in Civil Disputes numbered 6325 regulates the subject of confidentiality. Not only the mediator but also the parties involved in the mediation process and third parties should comply with the duty of confidentiality. Nevertheless, the parties may agree on the contrary.

Article 6 of the Regulation Concerning The Code on Mediation in Civil Disputes also regulates the subject of confidentiality. The parties, their legal representatives, attorneys and other persons involved in the negotiations have an obligation of confidentiality under the Regulation. In addition, employees of the mediator, interns under the supervision of the mediator, officers of the Ministry and the Board are also under this obligation. At this point, the applicability of Articles 66 and 116 of the Turkish Code of Obligations, as the case may be, should also be considered.

The duty of confidentiality exists both in mandatory and voluntary mediation. The importance of the mediation increases as the scope of disputes subject to mediation expands. The large quantity of disputes subject to mediation increases the importance of the principle of “confidentiality” in the mediation process.

One of the major issues in disputes arising from the duty of confidentiality is the content of the violated interest i.e. the “secret”. The events, information and data which must stay confidential need to be determined. Defining the term “secret” is an important matter with regard to both substantive and procedural law. Different types of secret, including trade secret, know how, personal information about private life, production secret, may appear in the mediation process depending on the subject matter of the dispute.

Mediation can be seen as an institution based on trust. Parties to a dispute have confidence in that the classified information and documents shared during the process will not be shared with third parties. In addition, parties know that the information and documents shared during the process will not be used in a future lawsuit, to the extent permitted by law. In this context, Article 5 of the Code which prevents the usage of information and documents will be examined.

The duty of confidentiality may arise as a contractual obligation. A penalty clause may also be inserted into the contract for the breach of that duty. The parties to a mediator agreement may agree on a penalty clause in the event that the mediator breaches the duty of confidentiality.

There may be some information and data collected during the mediation process which have not been recorded in the minutes. Those information and data may belong to third parties who are not involved in the mediation process. In this case, the duty of confidentiality of the mediator extends to those information.

Mediator should act in accordance with “duty of care” to prevent the disclosure of the confidential information. The scope of duty of care should be defined. In this context, to what extent can we benefit from the comments and explanations made regarding contract types which deal with duty of care? For example, we will examine whether the legal rules regulating agency agreement are applicable to the scope of mediator’s duty of care. In this context, the care to be taken by a “prudent agent” (see Article 506/3 of the Turkish Code of Obligations) and a mediator will be compared.

Another issue which emerges in conjunction with the duty of confidentiality/secretcy is the protection of personal data. Since the information acquired by the mediator involves personal data, the mediator is obliged to comply with the legal rules regarding protection of personal data. In this study, explanations will be made with regard to the Code on Protection of Personal Data numbered 6698 to the extent that the topic requires.

Violation of the duty of confidentiality imposes legal responsibility on the mediator. In that regard the mediator would have to pay damages. Mediator’s violation of the duty conferred under the law constitutes tort. Pecuniary and non-pecuniary damages can be claimed from the mediator. On the other hand, restitution of any proceeds gained by the disclosure of the secret can also be claimed. These claims can be made against not only the mediator but also other persons who have the duty of confidentiality. The duty of confidentiality may be violated by one person or multiple persons. In this context, joint and several liability arises.

The mediator's duty in the mediation process is not limited to the duty of confidentiality. There are also other duties of the mediator such as, to act with due diligence and be impartial, to inform the parties about the process. Accordingly, the connection between mediator's duty of confidentiality and other duties will be examined.

The "consent of the parties" and "execution of the agreement resulted from the mediation process" will also be assessed as grounds which remove the duty of confidentiality. With respect to the consent of the parties, the issues of formal validity of the consent and the factors which impair the genuineness of assent will also be discussed.

The process consisting the mediation agreement, mediator agreement, mediation negotiations and the positive or negative conclusion of the mediation negotiations is accompanied by the duty of confidentiality. Matters such as the scope of the duty of confidentiality in the mediation process, the persons who have this duty, and legal consequences of violation of this duty will be examined in this study.

Keywords: Duty of confidentiality, tort liability, contractual liability, culpa in contrahendo liability, breach of duty, personal data, trade secret, mediator agreement, mediation agreement, Mediation Act

KAYNAKÇA

- Aksoy, Hüseyin Can, Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010.**
- Antalya, Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Borçların İfası, Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları, Cilt: V/1,3, Seçkin, Ankara 2019.**
- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.**
- Atalay, Oğuz, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, C. II - C. III, 15. Bası, İstanbul 2017.**
- Atalı, Murat, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, C. III, 15. Bası, İstanbul 2017.**
- Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.**
- Bağrıaçık, Safiye Nur, Üretim ve İş Sırlarının Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017**
- Başpınar, Veysel, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2004.**
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz, “İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunmasına İlişkin Sorunlar ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Editör Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey, Araş. Gör Seda Ergüneş Emrağ, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010, s.19-101.**
- Bucher, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988.**
- Demir, Şamil, Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I (Yayına Hazırlayan: Yasemin Işıktaç), Sümer Kitabevi, İstanbul 2014, s. 115- 145.**
- Deren-Yıldırım, Nevhis, Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Düşünceler, (Arabuluculuk Yasa Tasarısı 8.12.2007 tarihli toplantı) İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s. 81 vd.**
- Dülger, Volkan, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2020.**
- Dür, Orhan, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri, Ankara 2018.**
- Ehlers, Andreas, Blaming the Unblameable? On the Liability of Mediators, Nordic Journal of Commercial Law, Issue 2014/1, s. 1- 33.**
- Ekmekçi Ömer/Özkes Muhammet/Atalı Murat/Seven Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Bası, İstanbul 2019.**
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.**
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.**
- Greger, Reinhard/Unberath, Hannes/Steffek, Felix, Recht der alternativen Konfliktlösung Mediationsgesetz Verbraucherstreitbeilegungsgesetz Kommentar, 2. Auflage 2016.**
- Gezder, Ümit, Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in contrahendo Sorumluluğu, İstanbul 2009.**
- Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012..**
- Gümüş, Mustafa Alper, Türk İsviçre Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001.**
- Gürpınar, Damla, Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, Güncel Yayınevi, İzmir 2006.**

- Gürzumar**, Osman Berat, Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukukten Korunması, Beta Yayınevi, İstanbul 1995.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M., Arabuluculuk Sözleşmeleri, Ankara 2020.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı Turhan Kitabevi, Ankara, 2019 .
- Kırca**, Çiğdem, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2004.
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip : Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Basıdan Tıpkı 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- Köhler**, Helmut/**Bornkamm**, Jochim/**Feddersen** Jörn, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) Kommentar, München, 2020.
- Middendorf**, Patrick, Nachwirkende Vertragspflichten, Schultess Verlag, Freiburg 2002.
- Morek**, Rafal, “*Nihil silentio utilius: confidentiality in mediation and its legal safeguards in the EU Member States*” ERA Forum (2013) 14:421–435.
- Nomer**, Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş Onbeşinci Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Nomer Ertan**, Fusun; Haksız Rekabet Hukuku, İstanbul 2016.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Barlas**, Nami, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 25. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019.
- Oğuzman**, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 17. Baskı, Vedat Kitapçılık İstanbul, 2019.
- Öğüz**, Tufan, Know-How Sözleşmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- Özbek**, Mustafa Serdar, Türkiye’de Tahkim ve ADR (Uluslararası Uyumazlık Çözümünde Usul, Uygulamalar ve Güncel Sorunlar, Sempozyum, Ankara 9-10 Ocak 2009), Türkiye Barolar Birliği 2009, Yayın No: 164, s. 186-193.
- Oktaç**, Saibe, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 55, Sayı 1-2, Yıl 1996, s.263-296.
- Kocağa**, Köksal, Türk Özel Hukukunda Cezaî Şart, Ankara 2003.
- Klowait**, Jürgen, *Gläßer, Ulla, Mediationgesetz Handkommentar, 2 Auflage 2018.*
- Kuntalp**, Erden : Karışık Muhtevalı Akit, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2. Bası, Ankara 2013.
- Kuru**, Baki : Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler, MİHDER, 2010/2, C. 6, Sayı 16, s. 237-246.
- Özekes** Muhammet, **Pekcanitez** Usûl-Medeni Usûl Hukuku, C. III, 15. Bası, İstanbul 2017.
- Özekes** Muhammet, “Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi-Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım”, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtay’ın 150. Kuruluş Yıl Dönümü Etkinliği, Yargıtay ve AYBÜ Hukuk Fakültesi, Ankara/6-7 Aralık 2018, (Toplantı Kitabı: Edt. Ersin Erdoğan, Ankara 2019, s. 111-136.
- Özmumcu** Seda, Uzakdoğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, İstanbul 2012.
- Pekcanitez** Hakan, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri” Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 5, Aralık 2005, s. 12-16.
- Pekcanitez** Hakan, Pekcanitez Usûl-Medeni Usûl Hukuku, C. II, 15. Bası, İstanbul 2017.

- Pekcanitez**, Hakan, Medeni Usûl Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. I, Ankara 2009.
- Serozan**, Rona/**Baysal**, Başak/**Sanlı**, Kerem Cem, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Serozan**, Rona, Medeni Hukuk: Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.
- Serozan**, Rona, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016
- Tandoğan**, Hâluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- Tandoğan**, Hâlık, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, 5. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- Tanrıver**, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Makalelerim II, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- Taştan**, Furkan Güven, Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altıp** Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- Tercier**, Pierre/**Pichonnaz**, Pascal/**Develioğlu**, Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Sulu**, Muhammed, Ticari Sırların Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Ulusan**, İlhan, "Culpa in Contrahendo Üzerine", Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul, 1982, s.275-319.
- Uşan**, Fatih, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması, Ankara 2003.
- Ülgen Hüseyin/**Helvacı** Mehmet/**Kendigelen** Abuzer/**Kaya** Arslan/**Nomer Ertan** Füsün, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015.
- Yavuz**, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta, İstanbul 2014.
- Yazıcı Tıktık**, Çiğdem, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Yeşilirmak** Ali, Kurumsal Arabuluculuk Kurallarının Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı IX Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 15-16 Ekim 2010, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2012, s.155-181.
- Zevkliler**, Aydın/**Gökyayla**, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2015.

PAKET TUR SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK VE KÜTAHYA ÇİZELGESİNİN KULLANILMASI

Av. Arb. Rabia ÜÇTEPE KARAKÖSE*

İnsanlık tarihi boyunca var olan merak duygusu ve öğrenme isteği, gelişen iletişim araçları ile birlikte, yeni yerler görme ve keşfetme konusunda insanları daha da teşvik etmiştir. Yaşadıkları yerler dışında, ilgi çekici yerler, değişik kültürler, tarihi ve doğal güzellikler olabileceğini keşfetmişlerdir. Tarihi ve coğrafi açıdan dünyanın en güzel konumlarından birinde yer alan ülkemizde, taşıdığı bu özellikler ile turizm için büyük bir potansiyele sahiptir.

Günümüzde sadece gezmek ve dinlenmek için değil spor, inanç, eğitim, sağlık gibi amaçlarla hareket eden tüketiciler için çeşitli seyahat seçenekleri bulunmaktadır. Paket turlar, birkaç hizmeti aynı anda, organize bir şekilde ve tek bir fiyat altında, ekonomik olarak sundukları için tüketiciler tarafından çokça tercih edilmektedir. Ancak, tüketici beklentilerinin karşılanmaması, paket tur sözleşmesinde yer alan hizmetlerin hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi sebebiyle, tazminat veya bedel iadesi talepleri söz konusu olabilmektedir.

Paket tur sözleşmesi, ilk defa 06.03.2003 tarihinde, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda yapılan değişiklikle, 6/c maddesi olarak kanunda düzenlenmiştir. Daha sonra bu kanuna dayanılarak hazırlanan, 13.06.2003 tarihli Paket Tur Sözleşmeleri Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik yayımlanmıştır. Bu tarihten çok sonra, 7.11.2013 tarihli 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiş, Paket tur sözleşmeleri ile ilgili 2003 tarihli yönetmelikte yürürlükten kaldırılarak, 14.01.2015 tarihli Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği yürürlüğe girmiştir.

* İstanbul Barosu, ORCID: 0000-0001-5279-5392.

Paket Tur Sözleşmeleri Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, 2003 yılında yürürlüğe girmiş olmasına rağmen, bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yönetmelik yetersiz kalmıştır. 1999 yılında TÜRSAB (Türkiye Seyahat Acentaları Birliği) tarafından hazırlanan, Turizm Tüketici Taleplerini Değerlendirme Çizelgesi (Kütahya Çizelgesi), TÜRSAB Tahkim Kurulunda, TÜRSAB Tüketici – Otel – Acenta – Rehber İlişkileri Komisyonunda, Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinde ve Tüketici Mahkemesi kararlarında kaynak olarak kullanılmaya devam etmiştir.

Gecikmeli de olsa, Turizm Hukuku alanında bazı yasal düzenlemeler yapılmış olmakla birlikte, hukuk sistemimize yeni girmiş ve uyuşmazlıkların çözümünde dostane bir yol olan arabuluculuk kurumu ile bir adım daha atılmıştır. 6502 sayılı TKHK da yapılan değişiklikle, Tüketici Mahkemelelerinde görülen uyuşmazlıklar dava şartı kapsamına alınmıştır. Bundan böyle, 6502 sayılı TKHK'da yer alan sözleşme türlerinden biri olan Paket Tur Sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar da, dava açılmadan önce arabuluculuk yoluyla çözülmeye çalışılacaktır.

Kanaatimce, TÜRSAB Turizm Tüketici Taleplerini Değerlendirme Çizelgesi (Kütahya Çizelgesi) arabuluculuk sürecinde gerek arabulucunun gerekse tarafların başvurabileceği bir kaynak niteliğindedir. Bu çizelgenin, arabulucu için taleplerin değerlendirmesinde, taraflar için taleplerin belirlenmesinde faydalı olacağı ve sürece katkı sunacağı düşünülmektedir. Yargıtay kararlarında, yerel mahkeme kararlarında, TÜRSAB Tahkim Kurulu kararlarında, bilirkişi raporlarında, kaynak ve kriter olarak yer alan bu çizelge, paket tur sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculuk yolu ile çözülmesinde de kolaylıkla kullanılabilir.

Bu çizelgenin, gerek dava şartı arabuluculuk kapsamında gerekse ihtiyari olarak yürütülen arabuluculuk görüşmelerinde, hem arabulucu için, hem taraf vekilleri için, hem de başvuru için güvenilir ve objektif bir kaynak olma özelliği bulunmaktadır. Bu alandaki hukuki düzenlemelere ve teknik bilgilere sahip olan arabulucu, uyuşmazlığın müzakere aşamasında veya sonuç aşamasında daha rahat değerlendirme yapabilecek, çözüm önerisinde bulunabilecek ve taraflar arasında ortak bir anlaşma zemini oluşturabilecektir.

Bu çalışmada, öncelikli olarak turizm hukuku alanında tüketicileri ilgilendiren yasal düzenlemeler ile paket tur sözleşmeleri ve bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuk sürecinden bahsedilecektir. Bununla birlikte, arabuluculuk sürecinde yararlanılacak önemli bir kaynak olarak grlen ve eski adı Kütahya izelgesi, yeni adı TÜRSAB Turizm Tüketicisi Taleplerini Değerlendirme çizelgesinden ayrıntılı olarak söz edilecektir. Ayrıca, Avrupa lkelerinde kullanılan bu çizelgeye benzer bir uygulamaya da değerinecektir. Son olarak da, arabuluculukta uzmanlık alanlarından biri olması gerektiğini düşündüğümüz Turizm Hukuku hakkında görüş ve öneriler sunulacaktır.

Anahtar kelimeler: Arabuluculuk, Tüketicisi Hakları, Turizm Hukuku, Paket Tur, Kütahya izelgesi

THE USE OF MEDIATION AND KUTAHYA CHART IN DISPUTES ARISING FROM PACKAGE TOUR CONTRACTS

The feeling of curiosity and the desire to learn, together with the developing communication tools, has further encouraged people to see and explore new places throughout human history. Apart from where they lived, they discovered that there could be places of interest, different cultures, historical and natural beauties to experience. Having incorporated these features, our country, which is located in one of the most beautiful locations in the world, has a great potential for tourism in terms of its rich history and geography.

Today, there are various travel options for consumers who are driven not only for traveling and resting, but also for sports, belief, education and health purposes. Package tours are highly preferred by consumers because they offer several services in an organized manner and they are offered in a single price, all of which are seen as an economical option by the consumers. However, there may be requests for compensation or reimbursement due to the fact that consumer expectations are not met and that the services included in the package tour contract are not fulfilled as required at all.

The package tour contract was regulated for the first time on 06.03.2003 as part of Article 6 / c with the amendment made in the Law No. 4077 in regards to the Consumer Protection. The Regulation on the Application Procedures and Principles of Package Tour Agreements dated 13.06.2003, which is prepared on the basis of this law, was later issued. Much after this date, the Law on Consumer Protection dated 7.11.2013 and numbered 6502 came into force, the Package Tour Contracts which was issued in 2003 was repealed and the Package Tour Regulations dated 14.01.2015 came into force.

Although the Regulation on Application Procedures and Principles of Package Tour Agreements entered into force in 2003, the regulation

remained inadequate in disputes arising from these contracts. In 1999, the Tourism Consumer Demands Assessment Schedule (Kütahya Chart), prepared by TÜRSAB (Association of Turkish Travel Agencies) has continued to be used as the source in the TÜRSAB Arbitration Board, the TÜRSAB Consumer – Hotel –Agency – Guide Relations Commission, as well as in the decisions of Consumer Issues of the Arbitral Tribunal and Consumer Court.

Although delayed, some legal arrangements have been made in the field of the Tourism Law in Turkey and the mediation institution, which is a friendly way to resolve disputes has just entered our legal system. With the amendment made in the TKHK numbered 6502, the disputes in the Consumer Courts were included within the scope of the case. From now on, disputes arising from Package Tour Agreements, one of the types of contracts included in the TKHK numbered 6502, will be resolved through mediation before filing a lawsuit.

In my opinion, TÜRSAB Tourism Consumer Demands Assessment Chart (Kütahya Chart) is a resource that both the mediator and the parties in conflict can refer to during the mediation process. It is believed that this chart will be useful in evaluating the demands for the mediator, determining the demands for the parties and will overall contribute to the process. This chart, which is included in Supreme Court decisions, local court decisions, TÜRSAB Arbitration Board decisions, expert reports as a source and criterion can easily be used in the mediation of disputes arising from package tour agreements.

The Kütahya Chart has the feature of being a reliable and objective source for the mediator, the counsels of the parties, and the applicant, both within the context of litigation mediation and voluntary mediation negotiations. Having the legal regulations and technical knowledge in this field, the mediator will be able to evaluate the dispute more easily at the negotiation stage or at the conclusion stage, proposing a solution as well as facilitating a common ground for an agreement between the parties.

In this study, first of all, the legal regulations concerning consumers in the field of tourism law, package tour agreements and the mediation process in disputes arising from these agreements will be discussed. In addition, the new name of the former Kütahya Chart, TÜRSAB Tourism Consumer Demands Assessment Chart, which is seen as an important resource to be used in the mediation process will be mentioned in detail. Additionally, an implementation similar to this chart that is used in the European countries will be mentioned. Finally, opinions and suggestions about the Tourism Law, which we think should be one of the areas of expertise in mediation, will be presented.

Keywords: Mediation, Consumers' Rights, Tourism Law, Package Tour, Kutahya Chart

KAYNAKÇA

- Can, Hilal, “*Seyahat Acentalarında Paket Tur Satışları ve Sonrasında Tüketici Şikâyetlerine Yönelik Bir Araştırma*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Turizm İşletmeciliği ve Otelcilik Anabilim Dalı, Balıkesir 2006.
- Demir, Bahadır. *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Paket Tur Sözleşmeleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015
- Mirhanoğulları, Yusuf Erdem, “*6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Paket Tur Sözleşmesinde Tüketicinin Korunması*”(Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Eylül 2019
- Pekmez, Kadir Erk. *Tüketici Hukuku Çerçevesinde Paket Tur Sözleşmeleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015
- Savaş, Süleyman, “*Paket Tur Sözleşmeleri*,” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Erzurum 2019.
- Sayın, Feyza Eren. *Paket Tur Sözleşmesi*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2017

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

- <https://www.tursab.org.tr/e-dergi?pdf=/assets/assets/uploads/ilkeler/tursab-turizm-tuketici-taleplerini-degerlendirme-cizelgesi.docx>
- <https://www.tursab.org.tr/e-dergi?pdf=/assets/assets/uploads/kanun/1618-20-4-2020.pdf>
- <https://www.tursab.org.tr/e-dergi?pdf=/assets/assets/uploads/web-pdf/seyahatacentalaribirligiyonetmeligi08022019.pdf>
- https://www.tursab.org.tr/e-dergi?pdf=apps/OldFiles//dosya/7233/seyahat-acentalari-yonetmeligi_7233_4836936.pdf
- https://www.tursab.org.tr/e-dergi?pdf=apps/OldFiles//dosya/7234/turizm-isletmelerinin-bakanlikla-birbirleriyle-ve-musterileriyle-iliskileri-hakkinda-yonetmelik_7234_4928179.pdf
- https://www.tursab.org.tr/e-dergi?pdf=apps/OldFiles//dosya/7239/tuketici-sozlesmelerindeki-haksiz-sartlar-hakkinda-yonetmelik_7239_4880419.pdf

TÜKETİCİ UYUŞMAZLIKLARINDA ZORUNLU ARABULUCULUĞUN KAPSAMININ BELİRLENMESİNDEKİ GÜÇLÜKLERİN ORTAYA ÇIKARDIĞI BAZI MESELELER

Dr. Öğr. Üyesi Evrim ERİŞİR*

7251 sayılı Kanunla ihdas edilen tüketici uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğun kapsamının belirlenmesi iki açıdan güçlük arz etmektedir. Öncelikle, avukatlık sözleşmesi örneğinde olduğu gibi doktrin ve yargı kararlarında hangi hukuki işlemlerin tüketici işlemi olarak nitelendirilebileceğinde ittifak bulunmamaktadır. Sonra, işlemin tüketici işlemi olduğunda tereddüt edilmese bile, TKHK m. 73/a f. 1-a'da zorunlu arabuluculuğun kapsamına alınmayan tüketici hakem heyetince karara bağlanabilecek uyuşmazlıklar parasal sınır esasıyla (TKHK m. 68/1) sınırlandırılmışsa da parasal sınırın aşılmış ve aşılmadığının ne şekilde belirleneceğine ilişkin boşluk bulunması sorunlara neden olmaktadır. Faiz gibi fer'i taleplerin de dikkate alınıp alınmayacağı bu sorunların başında gelmektedir. Bunun yanında alacağın bir kısmının hüküm altına alınması için alacağın tamamına bakılarak tüketici mahkemesinde mi dava açılacağı yoksa talep sonucu parasal sınırın altında kaldığı için hakem heyetine mi başvurulacağı; keza, alacağın miktar veya değeri tam ve kesin olarak belirlenemiyorsa, geçici talep sonucu parasal sınırın altında olsa dahi tüketici mahkemesinde mi dava açılacağı yoksa hakem heyetine mi başvurulacağı konusunda farklı görüş ve yargı kararları bulunmaktadır. Bu son meselenin temelinde hakem heyetlerinde uyuşmazlık çözüm usulünün düzenlenmesinin yönetmeliğe bırakılması (TKHK m. 72), konuyu düzenleyen Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 6/3 ve 22/1'nin kaleme alınmasında ciddi aksaklıklar bulunması yatmaktadır. Parasal sınırın altında kaldığında tereddüt edilmese bile itirazın iptali, manevi tazminat gibi bazı davaların münhasıran mahkemelerce karara bağlanmasının gerekip gerekmediğine ilişkin farklı bilimsel görüş ve yargı kararları da hak arayan bakımından diğer bir belirsizlik olarak karşımıza çıkmaktadır.

* Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0001-8988-0996.

Görev gibi uyuşmazlık çözüm merciine başvuru kurallarının hak arayan için basit ve açık olması adil yargılanma hakkının (AY m. 36), etkin hukuki korumanın ve usul ekonomisi ilkesinin (AY m. 141/4; HMK m. 30) bir gereği olmasına karşın tüketici uyuşmazlık çözümünün kapsamı ile uyuşmazlık çözüm mercilerinin faaliyet/görev alanındaki belirsizliğin zorunlu arabuluculuğa da sirayet etmesi muhtemeldir. Gerçekten parasal sınırın üzerindeki bir talep için tüketici mahkemesine mi yoksa diğer mahkemelere mi; parasal sınır aşılmasa dahi işin niteliği gereği mahkemeye başvurulması gereken bir dava söz konusu ise hakem heyetine mi yoksa tüketici mahkemesine mi başvurulacağına tereddüt eden hak arayan, bundan sonra bir de zorunlu arabuluculuğa tabi olup olmadığına duraksayacaktır.

Zorunlu arabuluculuğun sınırlarının tayinindeki güçlük, hak arayana tereddüde sevk etmekle kalmayacak, aynı zamanda açtığı davanın usulden reddi tehlikesi ile de karşı karşıya bırakabilecektir. Bir işlemin tüketici işlemi olup olmadığına yanılğı, zorunlu arabuluculuk öncesinde görevsizlik kararı verilmesine sebep olabiliyor, fakat talep üzerine davaya görevli mahkemede devam edilebiliyordu (HMK m. 20). Bundan sonra ise tüketici işlemi olup olmadığına tereddüt edilen bir hukuki işlemde doğan uyuşmazlık için tüketici mahkemesinden başka bir mahkemede dava açılır ve mahkemece uyuşmazlığın tüketici mahkemesinin görevine girdiği tespit edilirse, görevsizlik kararı verilemeyecek, zorunlu arabuluculuğa başvurulmadığı için dava, dava şartı yokluğundan usulden reddedilecektir (HUAK m. 18/a f. 2). Uyuşmazlık konusu işlem tüketici işlemi niteliğini haiz olmakla birlikte parasal sınırın aşılmadığında tereddüt ediliyorsa, gereksiz zaman ve masraf kaybına uğrama rizikosuna ile karşı karşıya kalınacaktır. Özellikle zorunlu arabuluculuk, mal teslimi dahil olmak üzere her türlü talebi kapsadığı için hakkın değerinin tespitinin parasal sınırın aşılmadığı noktasında sorun arz edeceğinin altı çizilmelidir. Talebin miktar veya değerinin parasal sınırın üzerinde olduğundan hareketle arabuluculuk yoluna başvurulmuş, tarafların anlaşamaması üzerine tüketici mahkemesinde dava açılmış, fakat mahkemece talebin parasal sınırın altında olduğu tespit edilmişse, tüketici mahkemeleri ile tüketici hakem heyetleri arasında gönderme prosedürü öngörülmediğinden dava usulden reddedilecek, tüketici hakem heyetine yeni bir başvuruda bulunulması

gerekecektir. Keza talebin miktar veya değerinin parasal sınırın altında olduğundan hareketle tüketici hakem heyetine başvurulmuş, fakat hakem heyetince talebin parasal sınırın üzerinde olduğu sonucuna varılmışsa, Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 6/5 uyarınca başvurunun iadesine karar verilecektir. Bu karar üzerine derhal arabuluculuk yoluna başvurulacağı düşünülebilirse de müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanmasının ardından dava açıldığında tüketici mahkemesi, hakem heyetinin itiraz yoluna başvurulmadığı için kesinleşerek taraflar bakımından bağlayıcı hale gelen kararının (TKHK m. 70/1) kendisi bakımından bağlayıcı olmadığı sonucuna varabilir. Bunun sonucunda mahkemenin talebin miktar veya değerinin parasal sınırın altında kaldığından bahisle davayı usulden reddedebilecek olması ihtimaline binaen tüketici hakem heyetinin kararına karşı tüketici mahkemesinde itiraz yoluna (TKHK m. 70/3) başvurulması, süreçteki belirsizliği aşmak bakımından tercih edilecektir. Şu halde tüketici hakem heyetleri ile tüketici mahkemeleri arasındaki ilişkinin doğru bir temele oturtulamayışının ortaya çıkardığı sorunlar, zorunlu arabuluculuğun işlerliğini de olumsuz yönde etkileyebilecektir.

Yalnız mahkemeye veya tüketici hakem heyetine değil, arabuluculuk yoluna başvurulduğunda da talebin zorunlu arabuluculuğun kapsamı içerisinde kalıp kalmadığı sorun yaratmaya elverişlidir. Talebin miktar veya değerinin parasal sınırın üzerinde olduğundan hareketle arabuluculuğa başvurulduğunda, karşı taraf işlemin tüketici işlemi olmadığını veya talebin miktar veya değerini parasal sınırın altında kaldığını ileri sürerek arabuluculuk sürecinin yürütülmesine karşı koyabilir yahut arabulucu bu durumu dosyayı incelerken kendisi tespit edebilir. Bu ihtimalde arabulucunun uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığına benzer şekilde (HUAK m. 17/1-d) işlemin zorunlu arabuluculuk kapsamında yer alıp almadığını inceleyip karara mı bağlayacağı yoksa başvuru sahibinin nitelendirmesi ile bağlı olarak süreci uyuşmazlığın arabuluculuğa tâbi olduğunu varsayarak mı yürüteceği tartışmaya değerdir. Arabulucunun böyle bir inceleme yapamayacağı kanaatine varılırsa, tarafların müzakereler sonucunda anlaşmaları durumunda ortada bir tüketici işleminin olmadığı veya tüketici işlemi olmakla birlikte talebin parasal sınırın altında kaldığı gerekçesiyle sulh hukuk mahkemesince icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebinin reddedilip

reddedilemeyeceği sorunu da ortaya çıkacaktır. Bu meseleyle doğrudan bağlantılı olup yanıtı aranması gereken diğer bir soru da eldeki uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuğun kapsamı içinde değilse, kural olarak iradeleri uyuşmamışken arabuluculuğa mecbur tutulan taraflarla sürece ihtiyari arabuluculuk olarak devam edilip edilemeyeceğidir.

Şüphesiz karşı taraf uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığını gerekçe göstererek arabuluculuk faaliyetinden çekilebilir. Arabuluculuk faaliyetinden sebep dahi göstermeden çekilme, arabuluculuğun sona ermesine yol açan hallerden birisi olup (HUAK m. 17/1-c) dava şartı engelini ortadan kaldırarak mahkemede dava açma yolunu açar. Fakat çekilmenin uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında olmamasına dayandırılması, tüketici mahkemesinde dava açıldığında dava şartının tekemmül edip etmediği konusunda tereddüt uyandırabilir.

Anahtar kelimeler: Uyuşmazlık Çözümü, Zorunlu Arabuluculuk, Tüketici, Tüketici Mahkemesi, Tüketici Hakem Heyeti

SOME ISSUES ARISING FROM DIFFICULTIES IN DETERMINING THE SCOPE OF MANDATORY MEDIATION IN CONSUMER DISPUTES

Determining the scope of mandatory mediation in consumer disputes established by Law numbered 7251 is difficult in two aspects. First of all, as in the case of the attorney agreement, there is no consensus on which legal transactions can be qualified as consumer transactions in both doctrine and judicial decisions. Then, even if there is no hesitation about whether the transaction is a consumer transaction or not, the legal gap in CPC art. 73/a-1-a on how to determine whether the monetary limit has been exceeded or not causes problems. One of these problems is how to calculate the monetary limit if there is a secondary claim like interest. In addition, it is also unclear whether a lawsuit will be filed in the consumer court or consumer arbitration committee when the claim is a partial claim and the partial claim does not exceed the monetary limit even if the entire claim above the monetary limit. Also if the quantity or the exact value of the claim is undeterminable and the temporary claim is under the monetary limit, it is controversial in doctrine and judicial decisions whether the lawsuit can be filed in the consumer court. It is also controversial in doctrine and judicial decisions whether some of the lawsuits like annulment of objection or lawsuits for non-pecuniary damages must be filed at consumer courts or not. And this also creates an uncertain situation for the person who seeks rights. It is highly likely that hesitations on the scope of consumer dispute resolution and the uncertainty in the jurisdiction of the dispute resolution authorities will also spread to mandatory mediation.

Although the application rules for dispute resolution authority, such as jurisdiction, must be simple and clear for the people who seek rights. Because this a requirement of the right to a fair trial, effective legal protection, and procedural economy. So today the person who seeks rights also faces another problem whether the dispute is subject to mandatory mediation or not.

The people who want to seek rights will hesitate to file a lawsuit in consumer courts because of the difficulties to determine the scope of the mandatory mediation. Because, if the dispute is subject to mandatory mediation, the court will dismiss the lawsuit on procedural ground. Before the provisions on mandatory mediation came into force, if a dispute arising from consumer transaction was filed in a court other than the consumer court, the case could have been heard in the competent court after lack of jurisdiction decision. But now, although the transaction is a consumer transaction, if a lawsuit is filed in a court other than the consumer court, the court can not rule lack of jurisdiction. In this case, the case must be dismissed on the procedural ground. Although the disputed transaction is qualified as a consumer transaction, if there is hesitation whether the monetary limit is exceeded, there will be a risk of unnecessary time and expense loss. It should be underlined that especially since mandatory mediation covers all kinds of claims, including the transfer of goods, the determination of the value of the claim will cause a problem. Based on the fact that the value of the claim is above the monetary limit, a lawsuit has been filed in the consumer court after failed mediation process, if the court has determined that the claim is below the monetary limit, the case will be dismissed on procedural grounds by the court. Since the consumer courts shall not dispatch the file to consumer arbitration committees, a new application must be made to consumer arbitration committees. Likewise, the consumer applied to the consumer arbitration committee based on the presumption that the value of the claim is below the monetary limit, but the consumer arbitration committee may conclude that the claim is above the monetary limit. In this case, the application will be dismissed pursuant to the regulation of Consumer Arbitration Committees art. 6/5. Although it may be thought that mediation will be applied immediately upon this decision, when a lawsuit is filed following the failure of the negotiations, the consumer court may conclude that the decision of the Consumer Arbitration Committee, which is final and binding for just the parties, not for the court itself. As a result, appealing to the consumer court against the decision of the consumer arbitration committee will be preferred to overcome the uncertainty in the process. It can be said that the problems between consumer courts and consumer arbitration committees will affect mandatory mediation negatively.

Whether the claim remains within the scope of mandatory mediation or not is convenient to create a problem not only in mandatory mediation but also in court or the consumer arbitration committee. When plaintiff applied for the mandatory mediation based on the presumption that the value of the claim is above the monetary limit, the other party may oppose the mediation process by claiming that the transaction is not a consumer transaction or value of the claim is below the monetary limit. These objections can be taken into account by the mediator while examining the file. In this case, it is worth discussing the procedure that will be followed by the mediator. The mediator can choose one of the two different paths. First, the mediator can examine and decide whether the transaction is within the scope of mandatory mediation.

Second, the process can be carried out by assuming that the dispute is subject to mediation depending on the qualification of the applicant. If it is conducted that the mediator can not examine and decide whether the transaction is within the scope of mandatory mediation, the problem will arise whether the application for the enforceability statement can be rejected by the court of peace on the grounds that there is no consumer transaction although there is a consumer transaction, or the claim is below the monetary limit. Another question that is directly related to this issue and whose answer should be sought is that if the dispute is not within the scope of mandatory mediation, whether the process can be continued as voluntary mediation or not.

Undoubtedly, the other party can withdraw from the mediation by justifying that the dispute is not within the scope of mandatory mediation. Withdrawing from the mediation without any reason is one of the reasons that lead to end the mediation process. And this opens the way to file at consumer courts by removing the barrier that is called mandatory mediation. However, a withdrawal which is based on the fact that the dispute is not within the scope of mandatory mediation may raise doubts like whether prerequisites are met to file a lawsuit in the consumer court or not.

Keywords: Dispute resolution, Mandatory mediation, consumer, consumer court, consumer arbitration committee, dispute resolution.

KAYNAKÇA

- Akipek Öcal, Şebnem:** Milli Şerh – 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul 2016.
- Akkan, Mine:** Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. I, 15. Baskı, İstanbul 2017.
- Akkan, Mine:** Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları, DÜHFD C. 20 S. 2 2018, s. 1-31.
- Albayrak, Adem:** Türk Hukukunda Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtay'ın 150. Kuruluş Yıl Dönümü Etkinliği, Ankara 2019, s. 203-210.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel:** Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2020.
- Aslan, İ. Yılmaz:** Tüketici Hukuku Dersleri, 13. Baskı, Bursa 2019.
- Aslan, İ. Yılmaz:** Tüketici Hukuku, 5. Baskı, Bursa 2015.
- Atalı, Murat:** Yargılama İlkeleri Çerçevesinde Tüketici Hakem Heyetleri, Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, Ankara 2018, s. 69-87.
- Atalı, Murat:** Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtay'ın 150. Kuruluş Yıl Dönümü Etkinliği, Ankara 2019, s. 137-154.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin:** Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Aydoğdu, Murat:** Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015.
- Budak, Ali Cem:** 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Hakem Heyetleri, DÜHFD C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, İzmir 2015, s. 77-103.
- Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol:** Medeni Usul Hukuku, 4. Bası, Ankara 2020.
- Çabri, Sezer:** 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2016.
- Çelikoğlu, Cengiz Topel:** 6532 Sayılı HUAK'a Göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleri ile İlişkisi, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. I, Ankara 2014, s. 724-669.
- Çiçek, Mustafa:** İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018.
- Doğan Yenisey, Kübra:** İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İstanbul 2016, s. 167-193.
- Ekmekçi, Ömer/Özkes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Vural:** Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul 2019.
- Eminoğlu, Cafer/Erdoğan, Ersin:** Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, Ankara 2020.
- Erdoğan, Ersin:** 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi, İSGHD C. 14 S. 55 2017, s. 1211-1242.
- Erişir, Evrim:** Tüketici İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü Usulü, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, İstanbul 2015, s. 43-122.

- Ermeneek, İbrahim:** Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri, GÜHFD C. XVII 2013, s. 563-630.
- Görgün, L. Şanal/Börü, Levent/Toraman, Barış/Kodakoğlu, Mehmet:** Medenî Usûl Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2019.
- İldır, Gülgün:** Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medenî Yargıya Alternatif Yöntemler), Ankara 2003.
- İnal, H. Tamer:** Tüketici Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2014
- Kara, İlhan:** Tüketici Hukuku, İstanbul 2015.
- Karacebey, Kürşat:** Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, ABD 2016/1, s. 457-489.
- Karakocalı, Ahmet/Kurşun, Ali Suphi:** Tüketici Hukuku (6502 Sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre), İstanbul, 2015.
- Karşlı, Abdurrahim:** Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2014.
- Kazmaz Tepe, Büşra:** Arabuluculuk Anlaşma Belgesine İlişkin İcra Edilebilirlik Şerhi Taleplerinde Yargılama Usûlü, TNNBD, 2018-1, Y. 5, S. 1, s. 125-150.
- Kısmet Kekeç, Elif:** Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Kıyak, Emre:** Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukukî Niteliği, TAAD, Yıl: 6, S. 21 Nisan 2015, s. 523-548.
- Koçyiğit, İlker/Bulur, Alper:** Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Ankara, 2019.
- Kuru, Baki:** Medenî Usul Hukuku El Kitabı, C. I-II, Ankara 2020.
- Kuru, Baki:** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara 2019.
- Kuru, Baki:** Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler, MİHDER 2/2010, s. 246-237.
- Namlı, Mert:** İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medenî Usûl Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İstanbul 2016, s. 151-165.
- Odaman, Serkan:** Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, DEÜHFD C. 19 Özel Sayı, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, İzmir 2017, s. 1753-1766.
- Özbek, Mustafa:** Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 4. Baskı, Ankara 2016.
- Özekes, Muhammet:** Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. Baskı, İstanbul 2017.
- Özekes, Muhammet:** Arabuluculuk Mahkemelerine Doğru Tehlikeli Gidiş, Kayseri Barosu Dergisi-Duruşma Arası 2019/1, s. 52-63.
- Özekes, Muhammet:** Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi-Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirile Bir Yaklaşım, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtay'ın 150. Kuruluş Yılı Dönümü Etkinliği, Ankara 2019, s. 136-111.
- Özekes, Muhammet/Atalı, Murat:** 7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı, İstanbul 2018, s. 41-122.

- Özel, Çağlar:** Tüketicinin Korunması Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2020.
- Özmumcu, Seda:** 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış, DÜHFD C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, İzmir 2015, s. 831-871.
- Özmumcu, Seda:** Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış, İÜHFM C. LXXIV, S. 2, 2016, s. 807-842.
- Özsöker, Gökberk:** Tüketici Hakem Heyetleri, Ankara 2019.
- Pekcanitez, Hakan:** Tüketici Sorunları Hakem Heyeti, İz. BD Temmuz 1996, s. 40-58.
- Pekcanitez, Hakan:** Tüketici Mahkemeleri, İBD 1996/4-5-6, s. 141-161.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet:** Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı, 8. Baskı, İstanbul 2020.
- Pekcanitez, Hakan/Yeşilirmak, Ali:** Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, C. III, 15. Baskı, İstanbul 2017.
- Süral Efeçinar, Ceyda/Yardım, Mehmet Ertan:** Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, Ankara 2019.
- Tanriver, Süha:** Medeni Usûl Hukuku, C. I, 2. Baskı, Ankara 2018.
- Tanriver, Süha:** Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 821-842.
- Tanriver, Süha:** Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBB D. 64 Mayıs-Haziran 2006, s. 177-151.
- Taşpınar Ayyavaz, Sema:** Tüketici Hakem Heyetlerinin Hukuki Niteliği, Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, Ankara 2018, s. 43-53.
- Taşpolat Tuğsavul, Melis:** Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012.
- Topuz, Gökçen:** Tüketici Mahkemeleri, Ankara 2018.
- Tutumlu, Mehmet Akif:** Türk Hukuk Sisteminde Tüketici Hakem Heyetleri, 3. Baskı, Ankara 2019.
- Tutumlu, Mehmet Akif:** Tüketici Yargılaması Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Ulukapı, Ömer:** Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, SÜHFD, C. 5, S. 2-1, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, Konya 1996, s. 101-77.
- Umar, Bilge:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Uyumaz, Alper:** Tüketici Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, SÜHFD, C. 20, S. 1 2012, s. 103-132.
- Yağbasan, Hicabi:** Medeni Usul Hukuku Kuralları Çerçevesinde Tüketici Hakem Heyetlerinde Ortaya Çıkan Bazı Usuli Sorunlar, Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, C. 2, S. 1, 2019, s. 73-125.
- Yazıcı Tıktık, Çiğdem:** Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013.
- Yeşilirmak, Ali:** Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim, İstanbul 2011.
- Yeşilirmak, Ali:** Uyuşmazlıkların Arabuluculuk ve Tahkim Yollarının Kullanılarak Çözümü (MED-ARB), Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtay'ın 150. Kuruluş Yılı Dönümü Etkinliği, Ankara 2019, s. 181-188.

Yeşilova, Bilgehan: 6502 Sayılı (Yeni) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketiciler Uyuşmazlıklarının Çözümü Usulü ve Yargılama Kuralları, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, Özel Sayı, Kasım 2014, s. 107-143.

Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara 2017.

Yılmaz, Ejder/Yardım, Mehmet Ertan: Milli Şerh – 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul 1620

IV. OTURUM

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Ali Yeşilırmak – İbn Haldun Üniversitesi Rektör Yardımcısı

Saat: 16:30 – 18:00

| | | |
|-----------------------|----------------------|--|
| Dr. Öğr. Üyesi | Uğur Bulut | Birden Fazla Talebin Yer Aldığı Dava Çeşitlerinde Arabuluculuk Dava Şartının İncelenmesi |
| Dr. Öğr. Üyesi | Cemil Simil | İcra Takiplerinde Zorunlu Arabuluculuk Uygulaması |
| Dr. Hakim | Ahmet Cahit İyilikli | Arabuluculuk Sistemi ve Kanunu Üzerine Düşünceler ve Tahliller |
| Öğretim Görevlisi Dr. | Gül Büyükkılıç | Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabulucunun Değişen Rolü Üzerine Düşünceler |
| Arb. Dr. | Pınar Çiftçi | İdarenin Taraf Olduğu Arabuluculuk Süreçlerine Dair Özel Kurallar ve Uygulama Sorunlarının Değerlendirilmesi |

BİRDEN FAZLA TALEBİN YER ALDIĞI DAVA ÇEŞİTLERİNDE ARABULUCULUK DAVA ŞARTININ İNCELENMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Uğur BULUT*

Arabulucuk iradî bir süreç olmasına rağmen (HUAk m. 3), belirli uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması mecburî kabul edilmiş ve bu durum kanunen *dava şartı arabuluculuk* olarak düzenlenmiştir. Arabulucuya başvurulmasının dava şartı olduğu hâllerde davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usûlden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğ çıkarılmaksızın davanın usûlden reddine karar verilir. Hatta, arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde, böyle bir ihtar dahi gerek olmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usûlden reddine karar verilir.

Dava şartı arabuluculuk, dava konusu edilen talep esas alınarak düzenlenmiş ve özellikle Türk Ticaret Kanunu ile İş Mahkemeleri Kanunu'nda talep vurgulanmıştır. Buna göre, "*ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında*" ve "*bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle*" açılan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır (TTK m. 5/A, İşMK m. 3/1). Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ise, genel olarak istisnai olarak sayılan uyuşmazlıklar haricinde tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak düzenlenmiştir (TKHK m. 73/A). Bu durumda, dava konusunun talep esas alınarak belirlendiği Türk hukukunda, dava şartı olarak arabulucuya (zorunlu arabuluculuğa) başvurulmasının da talebe göre belirlenmesi gerektiği kabul edilmelidir.

* Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul Hukuku ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0002-4347-1799.

Arabuluculuk dava şartının dava konusu edilen talebe göre belirleneceği açık olmakla beraber, birden fazla talebin ileri sürüldüğü uyuşmazlıklarda arabuluculuk dava şartının nasıl inceleneceği tartışmaya açıktır. Bu hususa ne birden fazla talebin yer aldığı dava türlerine ilişkin düzenlemelerde ne de dava şartı arabulucuğun kabul edildiği düzenlemelerde yer verilmiştir. Bu durumda, birden fazla talebin ileri sürüldüğü her bir dava çeşidinin kendi özellikleri dikkate alınarak sonuca gidilmelidir. Davaların yığılması, terditli dava ve seçimlik dava gibi dava türlerinin tamamında birden fazla talep yer alsa dahi bu taleplerin ileri sürülüş biçimleri birbirinden farklıdır. Bunun sonucu olarak, ilgili dava türlerinde taleplerin incelenme şekilleri de tamamen farklıdır. Bu nedenle, dava şartı arabuluculuk bakımından da belirtilen dava türlerinden biri için uygun görünen çözüm tarzı diğer bir dava türü için (yine birden fazla talep ileri sürülüyor olsa dahi) uygun olmayabilir.

Davaların yığılmasında (objektif dava birleşmesi), birden fazla talep tamamen birbirinden bağımsız ve aslî niteliktedir (HMK m. 110). Bu davada, esasen talep sayısı kadar dava vardır ve bu nedenle, her bir talep için dava şartlarının da ayrı ayrı sağlanması gerektiği konusunda bir tereddüt yoktur. O hâlde, arabuluculuk da gerçek anlamda bir dava şartı ise, davaların yığılması olarak her bir talebe ayrı ayrı hükmedilmesinin talep edildiği davalarda yine her bir talep için ayrı ayrı dava şartı arabuluculuk incelenmelidir. Bu durumda, davada ileri sürülen taleplerden münferit olarak arabuluculuk dava şartını tâbi olanların her biri için arabulucuya başvurulmuş olmalı; aksi hâlde, sadece ilgili talebin usûlden reddi ve diğer talepler (arabuluculuk dava şartına tâbi olmayan ve tâbi olmasına rağmen arabulucuya başvurulmuş olan) bakımından davanın esastan incelenmesi gerekmektedir. Genel anlamda arabuluculuk dava şartına yöneltilen eleştiriler nedeniyle bu çözüm tarzı da eleştirilebilir olsa dahi, bu sonuç davaların yığılmasının bir gereğidir. Arabuluculuk dava şartının olumsuz yönleri, belirli ve bilinen bir dava türünün şartları esnetilerek giderilemez. Bu nedenlerle, davaların yığılmasında arabuluculuk dava şartına tâbi olan taleplerin tamamının arabuluculuk başvurusuna konu edilmiş olması gerekir. Özellikle, arabuluculuk dava şartına tâbi bir talebin bu şarta tâbi olmayan başka bir taleple birlikte ileri sürülmesi hâlinde, diğer talep için de arabuluculuk dava şartının aranmayacağı yönündeki kararları tartışmaya açık olmaktan öte

tehlikeli bulduğumuzu da ifade etmek isteriz. Zira, bu durumda, arabuculuğa başvurmak istemeyen taraf talebinin yanına göstermelik olarak arabuculuk dava şartına tâbi olmayan bir talep ekleyerek arabuluculuk dava şartını bertaraf edebilecektir.

Birden fazla talebin yer aldığı diğer bir dava türü olan terditli davada, talepler arasında aslîlik-ferîlik ilişkisi kurulmaktadır. Buna göre davacı, öncelikle aslî talebinin kabul edilmesini istemekte; ancak, bu talebin kabul edilmemesi hâlinde fer'î talebi ileri sürmektedir. Bu nedenle, mahkemece aslî talep reddedilmeden fer'î talep hakkında inceleme yapılarak hüküm kurulamaz (HMK m. 111). Kanaatimizce, bu dava türünde arabuluculuk dava şartı sadece aslî talebe göre belirlenmeli ve sadece aslî talep bakımından arabuluculuğa başvurulmuş olması yeterli görülmelidir. Zira, fer'î talep davacı için ikincil nitelikte olduğundan bu talebini arabuculuk yoluyla ileri sürerek kabul etmesi terditli davanın amacına aykırı olacaktır. Bu nedenle, fer'î talep arabuluculuk dava şartına tâbi olsa dahi bu talep için arabulucuya başvurulmaksızın aslî talep esas alınarak dava açılabilir. Eğer aslî talep arabuluculuk dava şartına tâbi değilse doğrudan ferî taleple birlikte terditli dava açılabilir; aslî talep arabuluculuk dava şartına tâbi ise, sadece aslî talep için arabuluculuğa başvuru olarak son tutanağın düzenlenmiş olması yeterli görülmelidir.

Seçimlik borçlarda söz konusu olabilen seçimlik dava, seçim hakkı kendisine ait olan borçlu veya üçüncü kişinin bu hakkı kullanmaktan kaçınması hâlinde gündeme gelmektedir. Davacı, seçimlik borcun konusunu oluşturan her iki talebi de ileri sürmekle beraber esasen sadece birini talep edebilmekte; ancak, seçim hakkı kullanılmadığı için seçimlik mahkûmiyet hükmü kurulmaktadır (HMK m. 112). Bu nedenle, esasen borç ifa edilmeye kadar edim tam olarak bilinmemektedir. O hâlde, seçimlik borcun konusunu oluşturan edimlerden sadece biri dahi arabuluculuk dava şartına tâbi taleplerden ise dava açılmadan önce arabuluculuk yoluna başvurulması gerekir. Bu durumun sadece seçim hakkının borçluda olduğu durumlarda söz konusu olduğu, seçim hakkı üçüncü bir kişide ise o kişiye karşı arabuluculuk yoluna başvurulamayacağı ifade edilmektedir.

Anahtar kelimeler: Arabuluculuk, zorunlu, talep, dava şartı, dava çeşitleri

MEDIATION AS PROCEDURAL REQUIREMENT AT THE LAWSUITS INCLUDING MORE THAN ONE CLAIM

Although mediation is a voluntary process, it is accepted mandatory at certain cases and this is named as *mediation as procedural requirement*. At those cases, plaintiff must attach the original or approved copy of the final report, which indicates that no agreement has been made at the end of compulsory mediation process, to its petition. Otherwise, a formal notification is given to the plaintiff in order to submit the final report in two weeks time frame failing that the case will be dismissed without prejudice. If the requirements of the notifications are not fulfilled, the case is dismissed without prejudice. Moreover, when it is seen that the suit is filed without applying to the mandatory mediation, the case is dismissed without prejudice because of the lack of a procedural requirement without need to notify.

Mediation as procedural requirement is regulated based on the claim sued for and the term claim is emphasized especially in Turkish Commercial Code and The Code of Labour Courts. Hence, it is a procedural requirement to apply mandatory mediation before filing the suit about “*at the commercial cases, **claims** of credit and compensation including the demand to pay some amount of money*” and “***claims** of employee or employer credit and compensation or reemployment based on individual or collective labour agreement*”. Also, it is regulated generally as procedural requirement to apply mandatory mediation except some limited disputes and claims at the Code of Consumer Protection. Therefore, it can be concluded that because the subject of dispute is specified based on the claim in Turkish law, the mediation as procedural requirement (mandatory mediation) should be accepted also based on the claim.

Although it is clear that mediation as procedural requirement is specified according to claim, it can be discussed how to determine mediation as procedural requirement at the cases including more than one claim. This situation is not clearly determined neither in the regulations of the lawsuits

including more than one claim nor in the regulations about the mandatory mediation. Therefore, it should be interpreted according to individual characteristics of lawsuits including more than one claim. Although there are more than one claim in the all cases such as cumulative, alternative and possible accumulation of claims, the ways they are presented are different from each other. Hence, the solution about the mandatory mediation which seems to be appropriate for a specific type of action mentioned above may not be applicable for any other type of action (despite that it also contains more than one claim).

Each one of the claims is completely independent and primary from each other at the cumulative accumulation of cases (objektive joinder of cases). There are indeed cases as many as claims in this type of action. Therefore, it is undisputed that all procedural requirements must be met for all and each one of the claims. Consequently, if mandatory mediation is in fact a procedural requirement, in accumulation of cases, which is demanded a judgement for each of the claim, mediation as procedural requirement should be considered for each one of the claims. Hence, mandatory mediation process must be fulfilled for any claim, which is individually subject to mandatory mediation; otherwise, only related claim should be dismissed without prejudice and other claims (which are not subject to mandatory mediation or subject to mandatory mediation and so the process is fulfilled) should be examined. Despite that this way of solution may be argued because of the general objections to the mandatory mediation, this conclusion is the natural necessity of cumulative accumulation of cases. Negative aspects and results of the mandatory mediation cannot be removed by disregarding the conditions of a certain, known type of action. Therefore, all the claims in cumulative accumulation of cases which are subject to mandatory mediation must have been made subject to the mediation. In this respect, it should be stated that the decisions of Court of Cassation are not only agreeable but also dangerous, on which it is not all mandatory to apply for mediation, if a claim, which is individually subject to mandatory mediation, is brought together cumulatively with another claim, which is not individually subject to mandatory mediation. Yet, if so, the plaintiff who does not want to apply for mediation could be able to

bypass the mandatory mediation by adding a fake claim, which is not subject to mandatory claim, beside his real claim.

The other type of action, possible accumulation of cases, which includes also more than one claim, consists of one primary and one or more secondary claims. The plaintiff first demands his primary claim to be accepted; however, in case of that the primary claim is dismissed, he asserts the secondary claim. Therefore, the secondary claim can not be examined and ruled about without dismissing the primary claim. So, in our opinion, mandatory mediation should be determined according to the primary claim in this type of action and it should be enough to apply for mandatory mediation only about the primary claim. As it would be contrary to the aim of possible accumulation of cases to apply for mandatory mediation about the secondary claim and be agreed upon. Thus, even if the secondary claim is normally subject to mandatory mediation, the primary claim should be sued for without applying for mandatory mediation about the secondary claim. If the primary claim is not subject to mandatory mediation, the secondary claim directly could be asserted by the primary claim; if the primary claims is subject to mandatory mediation, it should be enough to apply for mediation only about the primary claim and the final report to be issued.

Alternative accumulation of cases, which can occur in case of alternative obligation, can be filed when the debtor or a third person, who has the right to choose, do not determine the obligation choose. Even if the plaintiff has to assert the both claims that are subjects of the alternative obligation, he can only have one of them; but, because he has not the right to choose, alternative judgment is to be rendered. Therefore, the exact subject of the performance stays unknown until one of them is performed by the debtor. Hence, even if only one of the claims which forms the subjects of alternative obligation is subject to mandatory mediation, mediation must be applied for before filing the suit. It is stated that this way of solution can only applied when the debtor has the right to choose the performance; if a third person has the right to choose, mandatory mediation cannot be applied for against the third person.

Keywords: Mediation, mandatory, claim, procedural requirement, types of action

KAYNAKÇA

- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin:** Medeni Usûl Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Ekmekçi, Ömer/Özekes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Vural:** Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2019.
- Eminoğlu, Cafer/Erdoğan, Ersin:** Ticarî Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Kekeç, Elif Kısmet:** Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Kuru, Baki:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C. I-VI, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul 2001.
- Özekes, Muhammet:** “Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi-Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım”, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtay’ın 150. Kuruluş Yılı Dönümü Etkinliği, Yargıtay ve AYBÜ Hukuk Fakültesi, Ankara 6-7 Aralık 2018, Toplantı Kitabı (Ed. Ersin Erdoğan), Ankara 2019, s. 111-136.
- Özekes, Özlem:** “İşe İade Taleplerinde Dava Şartı Olan (Zorunlu) Arabuluculuk”, TBBD 2018, S. 138, s. 273-316.
- Pekcanitez, Hakan:** Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017.
- Tanrıver, Süha:** “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, TBBD 2020, C. 47.

İCRA TAKİPLERİNDE ZORUNLU ARABULUCULUK UYGULAMASI

Dr. Öğr. Üyesi Cemil SİMİL*

Arabuluculuğa başvurunun zorunlu olması sadece bir dava şartı olarak kabul edilmiştir (İşMK m. 3; HUAK m. 18/A; TTK m. 5/A; TKHK m. 73/A). Bu nedenle, icra takibi başlatılmadan önce zorunlu olarak arabulucuya başvurulması gerekmez. İcra takipleri zorunlu (dava şartı) arabuluculuk kapsamı dışında bırakıldığına göre, icra takibinin ilerlemesi ve neticelendirilmesi amacıyla açılan davalar ile icra takibiyle sıkı sıkıya bağlı davaların da açıkça zorunlu arabuluculuk kapsamı dışında bırakılması gerekir. Esasında takip sırasında açılan davalar ve takiple ilgili davaların konuları dikkate alındığında, taraflardan müzakere temelli bir arabuluculuk faaliyeti gerçekleştirmeleri de pek beklenemez.

Nitekim Alman ve İsviçre hukuklarında benzer düzenlemeler bulunmaktadır. Alman Usûl Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Kanun ile belirli koşullarda, eyaletlerde dava açılmadan önce arabulucuya başvurunun dava şartı olarak kabul edilmesi yönünde düzenleme yapılmasına izin verilmektedir. Ancak söz konusu Kanun'un 15a maddesinin ikinci fıkrasının altıncı bendine göre, özellikle Alman Usûl Kanunu'nun sekizinci kitabında düzenlenen icra hukukuna ilişkin davaların zorunlu arabuluculuk kapsamında olamayacağı kabul edilmiştir. Buna göre, eyaletlerde dava şartı olarak arabuluculuğa yönelik düzenleme yapılabilse de, zorunlu arabuluculuğun icra hukukuna ilişkin davalarda uygulanması söz konusu değildir.

İsviçre hukukunda uzlaştırma kurumu bakımından kural olarak aynı ilke kabul edilmiştir. İsviçre Usûl Kanunu'nun (İUK) 197 ve devamı maddelerinde uzlaştırma kurumu düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun'un 197. maddesi uyarınca tarafların, devlet mahkemeleri önünde dava açmadan önce, uzlaştırma yoluna başvurmaları zorunlu kılınmıştır. İUK'nun 59.

* İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana-bilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0002-5353-7624.

maddesinde dava şartları arasında sayılmamış olsa da, doktrinde uzlaştırmaya başvurma zorunluluğunun bir dava şartı olduğu kabul edilmektedir. Ancak bazı uyuşmazlıklar, uzlaştırma yoluna başvurma zorunluluğunun dışında tutulmuştur (İUK m. 198). Bunlar arasında, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda (SchKG) yer alan borçtan kurtulma davası (Art.83 Abs. 2 SchKG), tespit davası (Art.85a SchKG), istihkak davası (Art.106–109 SchKG), hacze imtiyazlı iştirak davası (Art.111 SchKG), iflâsta üçüncü kişinin masaya ve masanın üçüncü kişiye karşı açtığı istihkak davaları (Art.242 SchKG), sıra cetveline itiraz ve sıra cetvelinin iptali davası (Art.148, 250 SchKG), borçlunun yeni malvarlığı iktisap ettiğinin tespiti davası (Art.265a SchKG) ve kiralayanın hapis hakkından kaçırılmış olan eşyanın yeniden kiralanana geri getirilmesi için açılan dava (Art.284 SchKG) sayılmıştır. Hukukumuz bakımından da benzer bir düzenlemenin yapılması uygun olacaktır.

Bununla birlikte tebliğde hukukumuzda mevcut düzenlemeler dikkate alınarak, icra takibi sırasında dava açılması gereken hâllerde, takibin konusu alacağın esasında dava şartı olan zorunlu arabuluculuk kapsamında olması durumunda, icra takibi sırasında açılması gereken davaların da zorunlu arabuluculuk kapsamında olup olmadığı ayrıca değerlendirilecektir. Gerek doktrinde gerekse özellikle bölge adliye mahkemeleri uygulamasında, bu konuda bir görüş ve uygulama birliği bulunmamaktadır.

Bu konuda değerlendirme yapılırken, hem icra takibine konu alacağın iş, ticaret ve tüketici hukuku uyuşmazlıklarından hangisine ilişkin olduğu; hem de icra takibi sırasında açılması gereken davaların hukukî niteliği dikkate alınmalıdır.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun (İşMK) 3. maddesinin üçüncü fıkrasındaki istisnalar dikkate alınarak, bu hükmün birinci fıkrasına göre “... işçi ve işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalar”; Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 5/A maddesine göre “...ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında”; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 73/A maddesine göre de kural olarak “Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar...” zorunlu

arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Bu düzenlemeler dikkate alındığında icra takipleri bakımından, iş ve ticarî uyuşmazlıklarda “*alacak ve tazminat talepleri*”ni içeren davalar zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğu için bunların birlikte değerlendirilmesi mümkünken; tüketici uyuşmazlıkları bakımından zorunlu arabuluculuk için “*uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülmesi*” kural olarak zorunlu arabuluculuk kapsamında olması için yeterli olduğundan, tüketici uyuşmazlıklarının ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

İcra takipleri sırasında icra mahkemesinde görülen ve hukukî niteliği itibarıyla dava olmayan şikâyet, itirazın kaldırılması, icranın geri bırakılması ile takibin iptali ve taliki talepleri zorunlu arabuluculuk kapsamında değildir. İhtiyatî haciz talepleri de dava olmadığı için zorunlu arabuluculuk kapsamında değildir. İstihkak davaları ile sıra cetveline itiraz davalarında, alacak ve tazminat talebi bulunmadığı gibi, bu davalar tüketici mahkemesinde de görülmediği için icra takibi sırasında açılan bu davalarda dava şartı olarak arabulucuya başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır¹. Kaldı ki, istihkak davaları ile sıra cetveline itiraz davalarının icra işlemine yönelik oldukları dikkate alındığında, bu uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklardan olmadığı da değerlendirilmelidir.

İtirazın iptali davaları ile menfi tespit davalarında, alacak ve tazminat talepleri bulunmadığı için bu davalarında da iş ve ticarî uyuşmazlıklara konu takiplerde zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığı kabul edilmelidir. Bu hususta bölge adliye mahkemelerinin birbirinden farklı kararları mevcuttur. Bununla birlikte Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 13.02.2020 tarih, 2020/85 esas ve 2020/454 karar sayılı kararıyla² ticarî nitelikteki menfi tespit davalarında dava açılmadan önce arabuluculuğa gidilmesinin dava şartı olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Bu karar, iş hukukundan doğan uyuşmazlıklar bakımından da aynı şekilde değerlendirilmelidir. Ancak tüketici hukukundan doğan uyuşmazlıklar bakımından sonuç farklıdır. Zorunlu arabuluculuk en son tüketici hukukundan doğan uyuşmazlıklar bakımından kabul edilmiştir. Tüketici hukukundan doğan

1 İflâta sıra cetveline itiraz davaları bakımından bu yönde bkz.: Kayseri BAM 6. HD, 30.01.2020, 121/108; İstanbul BAM 17. HD, 12.10.2020, 1350/1864; İstanbul BAM 17. HD, 02.06.2020, 198/946 (Kararlar için bkz.: Lexpera).

2 Karar için bakınız: Kazancı.

uyuşmazlıklar hakkında getirilen düzenleme dikkate alındığında, zorunlu arabuluculuk için davanın tüketici mahkemesinde görülmesi yeterli olduğu için, kanun koyucunun doktrindeki görüş farklılıkları ile uygulamada yaşanan tereddütleri giderecek tarzda, daha geniş kapsamlı zorunlu arabuluculuk uygulamasını hedefleyen bir düzenleme yapmış olduğu görülmektedir. Bu nedenle, bu düzenleme çerçevesinde itirazın iptali davası ile menfi tespit davası tüketici mahkemesinde görülüyorsa, bu davalar zorunlu arabuluculuk kapsamındadır.

Menfi tespit davasına ilişkin bu sonuçlar, borçtan kurtulma davası bakımından da aynen geçerlidir.

İstirdat davaları bakımından da benzer bir sonuç doğmaktadır. Zira istirdat davaları doğrudan doğruya bir alacak davası olmayıp, koşulları icra hukukuna dayanmaktadır. Bu davada, cebri icra tehdidi ile ödenen paranın geri verilmesi talep edilir. Bu nedenle, bu davalar bakımından da kural olarak arabulucuya başvurulması dava şartı olarak kabul edilemez³. Ancak, TKHK'nun 73/A maddesindeki açık düzenleme gereğince, tüketici mahkemelerinde görülecek istirdat davalarında, dava şartı arabuluculuk uygulama alanı bulacaktır.

Tasarrufun iptali davalarında da bir alacak veya tazminat talebi bulunmamaktadır. Bu davanın kabulü ile alacaklıya, borçlunun üçüncü kişilere devretmiş olduğu mal veya hakkı üzerinden, cebri icra yoluyla alacağını alma yetkisi verilmektedir. Bu davalarda görevli mahkeme de asliye hukuk mahkemesidir. Bu nedenle, bu davaların da zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığı kabul edilmelidir⁴. Bu sonuç, tasarrufun iptali davasının İcra ve İflâs Kanunu'nun (İİK) 283. maddesine göre açıldığı hâllerde de geçerlidir. Zira bu ihtimalde de, öncelikle borçlu ile üçüncü kişi arasında yapılan tasarruf işleminin İİK 277 ilâ 280. maddelerine göre iptalinin gerekip gerekmediği incelenir. Tasarruf işleminin iptaline karar verilirse, o malın iyiniyetli bir başka üçüncü (dördüncü) kişiye devrinden dolayı, üçüncü kişi tazminat ödemek zorunda kalmaktadır. Yoksa davacının talebi alelade bir tazminat talebi değildir.

3 Aksi yönde bkz.: İstanbul BAM 16. HD, 25.06.2020, 1086/1143 (Lexpera).

4 Bu yönde bkz.: Konya BAM 3. HD, 13.06.2019, 528/554 (Lexpera).

Sonuç olarak; doktrinindeki tartişmalar ve uygulamadaki farklı kararlar dikkate alındığında, icra takibi sırasında açılacak davalar ile icra takibiyle sıkı bağlantısı bulunan davaların zorunlu arabuluculuk kapsamı dışında bırakılmasına yönelik açık bir düzenlemenin yapılması gerekir. Ancak hukukumuzda dava şartı arabuluculuk uygulamasının yaygınlaştırılması yönündeki eğilim dikkate alındığında, yakın zamanda bunun yerine takip şartı arabuluculuk gibi bir düzenlemenin getirilmesi de sürpriz olmayacaktır.

Anahtar kelimeler: Zorunlu Arabuluculuk, Dava şartı, İcra Takipleri

THE PRACTICE OF COMPULSORY MEDIATION IN ENFORCEMENT PROCEEDINGS

The compulsory application to mediation has been considered only as a prerequisite for a court case (Article 3 of the Law on Labor Courts; Article 18/A of the Law on Mediation in Civil Disputes; Article 5/A of the Turkish Commercial Code; Article 73/A of the Law on the Protection of the Consumer). Therefore; it is not required to apply to the mediation compulsorily prior to the initiation of the enforcement proceeding. Since the enforcement proceedings have been left out of the scope of the compulsory mediation (as a prerequisite of a lawsuit), lawsuits initiated in order to proceed and finalize the enforcement proceedings and lawsuits tightly attached to enforcement proceedings shall be also explicitly left out of the scope of the compulsory mediation. Actually, when the subject matters of lawsuits initiated during enforcement proceedings and lawsuits attached to enforcement proceedings are taken into consideration, it is hard to expect a negotiation-based mediation activity from the parties.

Indeed, both German and Swiss law contain similar regulations. The Law on the Implementation of the German Code of Civil Procedure allows making regulations with respect to the acceptance of application to the mediation as the prerequisite of lawsuit prior to the initiation of a lawsuit in states under certain circumstances. However, as per subparagraph six of paragraph two of Article 15a of the mentioned Law, it has been accepted that lawsuits with regard to the enforcement law, regulated particularly under the eighth book of the German Code of Civil Procedure, cannot be fallen under the scope of the compulsory mediation. According to this, although a regulation can be made with regard to mediation as the prerequisite of a lawsuit in states, it is not possible to apply compulsory mediation in lawsuits regarding the enforcement proceedings.

The same principle has been adopted as a rule with regard to the conciliation system under Swiss law. The conciliation system has been regulated under Article 197 and cont. articles of the Swiss Code of Civil

Procedure (ZPO). As per Article 197 of the mentioned Code, parties are required to apply the conciliation prior to the initiation of a lawsuit before the state courts. Although it has not been cited as the prerequisite of the lawsuit under Article 159 of the SCP, the requirement of applying to the conciliation has been accepted as the prerequisite of the lawsuit according to the legal doctrine. However, some disputes have been excluded from the requirement of application to the conciliation (Art. 198 ZPO). Among these, under Swiss Debt Enforcement and Bankruptcy Law (SchKG), the lawsuit in denial of debt (Art. 83 Abs. 2 SchKG) the declaratory lawsuit (Art. 85a SchKG), the lawsuit to recover property (Art. 106-109 SchKG), the lawsuit on privileged participation in seizure (Art. 111 SchKG), lawsuits for recovery of the property where the third person initiated against the bankrupt's estate and the bankrupt's estate initiated against the third person (Art. 242 SchKG), objections against the chart reflecting the sequence of payments to creditors and lawsuit on the nullity of the chart reflecting the sequence of payments to creditors (Art. 148, 250 SchKG), the declaratory lawsuit for determining that the debtor has acquired new assets (Art. 265a SchKG) and the lawsuit initiated for the return to the lessor of the property that had been carried away from the right of imprisonment of the lessor (Art. 284 SchKG) have been stated. It will be also appropriate to make a similar regulation in terms of our law.

In addition to this, it will also be evaluated in this paper, by taking into consideration the current regulations under our law, as to whether in circumstances where a lawsuit is required during enforcement proceedings, in the circumstances where the receivable which is the subject matter of the proceedings is actually within the scope of compulsory mediation that is the prerequisite of the lawsuit, as to whether the lawsuits that are required to be initiated during enforcement proceedings are within the scope of compulsory mediation. Either in the legal doctrine or particularly in the practice of regional courts of justice, there is no consensus of opinion and implementation on this matter.

While evaluating this subject, it shall be taken into consideration both as to which disputes of labor, commercial and consumer law that the receivable subject matter of the enforcement proceedings is related;

and the legal nature of the lawsuits that are required to be initiated during enforcement proceedings.

By taking into consideration of exemptions stated under paragraph 3 of Article 3 of the Law on Labor Courts, as per paragraph one of such article “... lawsuits with regard to the receivable and compensation of the employee and the employer and lawsuits with the request of reemployment”; as per Article 5/A of the Turkish Commercial Code “... receivable and compensation requests in commercial lawsuits in which the subject matter is the payment of the sum of cash”; as per Article 73/A of the Consumer Protection Law, in principle “disputes proceeded before consumer courts...” are under the scope of the compulsory mediation. Once such regulations are taken into consideration since the lawsuits include “receivable and compensation requests” in labor and commercial disputes are within the scope of compulsory mediation, these can be evaluated together with respect to the enforcement proceedings, however, consumer disputes need to be evaluated separately, since as a principle, it is sufficient for the compulsory mediation with regard to consumer disputes as “proceeding the dispute before the consumer court” to be within the scope of compulsory mediation for consumer disputes.

Complaints that are not in the nature of a lawsuit, setting aside the objection, postponement of enforcement, and lawsuit for annulment of the objection and suspension of the objection, which are proceeded before enforcement courts during the enforcement proceedings are not within the scope of the compulsory mediation. Since ancillary attachment is not in the nature of a lawsuit, it is not within the scope of the compulsory mediation as well. In the lawsuit for recovery of property and for the objection against the chart reflecting the sequence of payments to creditors, there is no receivable and compensation request, and since these lawsuits do not proceed before the consumers’ courts, there is no requirement as a prerequisite of lawsuits for these lawsuits that are initiated during the enforcement proceedings to apply to the mediator¹. It should be also considered

1 For the lawsuit for the objection against the chart reflecting the sequence of payments to creditors in bankruptcy proceedings, see: Kayseri Court of Appeal, 6. Civil Chamber, 30.01.2020, 121/108; İstanbul Court of Appeal, 17. Civil Chamber, 12.10.2020, 1350/1864; İstanbul Court of Appeal, 17. Civil Chamber, 02.06.2020, 198/946 (for the mentioned decisions see: Lexpera).

that since the lawsuits for recovery of property and for the objection against the chart reflecting the sequence of payments to creditors directed to enforcement proceedings, such lawsuits are not eligible for mediation.

Since in the lawsuit for annulment of the objection and lawsuit for the establishment of a negative fact, there is no receivable and compensation request, it shall be accepted that such lawsuits in the enforcements subject to labor and commercial disputes are not within the scope of compulsory mediation. There are different decisions of regional courts of justice in this regard. In addition to this, 19th Civil Chamber of Court of Cassation has rendered a verdict, dated 13.02.2020, main lawsuit numbered 2020/85 and decision numbered 2020/454 that the application to mediation before the initiation a lawsuit is not accepted as a prerequisite of the lawsuit in the lawsuit for the establishment of a negative fact in the commercial nature². Such a decision shall be also evaluated in the same way for the disputes arising from labor law. However, the consequence of disputes arising from consumer law is different. Compulsory mediation has been recently adopted in terms of disputes arising from consumer law. Once the regulation adopted for disputes arising from consumer law is taken into consideration, since the compulsory mediation is sufficient for the lawsuit to proceed before the consumer courts, it has been reviewed that the lawmaker has made a regulation that aimed to apply compulsory mediation in an extended manner and in a method to eliminate the difference of opinion in doctrine and hesitations experienced in practice. Therefore, if the lawsuit for annulment of the objection and lawsuit for the establishment of a negative fact are proceedings before the consumer court, these lawsuits are within the compulsory mediation.

The same consequences related to the lawsuit for the establishment of a negative fact are applicable to lawsuit in denial of debt. A similar consequence also arises for the lawsuits to recover the property. Since the lawsuit to recover property is not a direct lawsuit on debt collection, but its conditions are based on the enforcement law. In such a lawsuit, it is requested to return the cash paid with the compulsory enforcement threat. Therefore, in

2 For the mentioned decision, see: Kazancı.

principle, the application to mediation in terms of such lawsuits cannot be accepted as the prerequisite of a lawsuit³. However, as per the explicit regulation under Article 73/A of the law on the protection of the consumer, in the lawsuits to recover property to proceed before the consumer courts, mediation as a prerequisite of a lawsuit is applicable..

In the actions for rescission, there is no receivable or compensation request. With the acceptance of such a lawsuit, the creditor receives the authority to take her/his receivable with the compulsory enforcement proceedings on the asset or right that the debtor transferred to the third person. The competent court in such lawsuits is the court of first instance. Therefore, it shall be accepted that these lawsuits are also not within the scope of compulsory mediation⁴. Such consequences also apply to circumstances where the actions for rescission are initiated as per Article 283 of the Enforcement and Bankruptcy Law. Since, in such probability, it is evaluated primarily as to whether the saving transaction performed between the debtor and the third person is required to be annulled as per Article 277 and 280 of the Enforcement and Bankruptcy Law. In case it is decided to annul the saving transaction, the third person is required to pay compensation due to the transfer of such an asset to another third (fourth) person with good faith. In other words, the plaintiff's request is not an ordinary compensation.

In conclusion, when the disputes in the legal doctrine and in variety of court decisions in the legal practice are taken into consideration, a clear regulation about leaving lawsuits initiated in the enforcement proceedings and lawsuits tightly attached to enforcement proceedings out of the scope of the compulsory mediation should be made. However, considering the trend that popularization of the application of mediation as a prerequisite of a lawsuit, it is not surprising instead of that a regulation such as mediation as a prerequisite of enforcement proceedings, might be made in a short time.

Keywords: Compulsory Mediation, Prerequisite of a Lawsuit, Enforcement Proceedings

3 For the opposing view, see: İstanbul Court of Appeal, 16. Civil Chamber, 25.06.2020, 1086/1143 (Lexpera).

4 See: Konya Court of Appeal, 3. Civil Chamber, 13.06.2019, 528/554 (Lexpera).

KAYNAKÇA

- Akil C.**, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hakkında Usûl Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirme, TAAD, Yıl: 11, Sayı: 41 (Ocak 2020), s. 307-234.
- Akkan M.**, Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları, DEÜHFD, Cilt: 20, Sayı: 2, 2018, s. 1-31.
- Albayrak H.**, Eşitlik ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu, Gaziantep University Journal of Social Sciences, 17 Etik Özel Sayı, s. 12-24.**Arslan R./Yılmaz E./Taşpınar Ayvaz S./Hanağası E.**, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Bası, Ankara 2020.
- Atalı M.**, Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bağlamında Ortaya Çıkardığı Sorunlar, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, 6-7 Aralık 2018, Ankara 2019, s.137-154.
- Atalı M./Erddoğan E.**, Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A Maddesi Çerçevesinde Menfi Tespit Davaları Sorunu, Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, C. I, ÇÜHFD, 2020/1, Ankara 2020, s.205-219.
- Atalı M./Ermenek İ./Erddoğan E.**, İcra ve İflâs Hukuku, 3. Bası, Ankara 2020.
- Azıklı Arslan B.**, Medenî Usûl Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018.
- Budak A. C.**, Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk, Legal MİHDER, 2019/1, s.25-40.
- Çiçek M.**, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018.
- Doğan Yenisey K.**, İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 İstanbul, s.167-193.
- Ekmekçi Ö./Özekes M./Atalı M./Seven V.**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Bası, İstanbul 2019.**Erdönmez G.**, Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali, 2. Bası, İstanbul 2019.
- Eminoğlu C./Erddoğan E.**, Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, Ankara 2020.
- Erddoğan E.**, 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, Yıl 2017, s. 1211-1242.
- Erddoğan E./Erzurumlu N.**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı, Ankara 2016.
- Ildır G.**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003.
- Karacabey K.**, Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, ABD, 2016/1, S. 16, ss.457-489.
- Koçyiğit İ./Bulur A.**, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara 2019.
- Kurt Konca N.**, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, SETA Perspektif 2018/225, s.1-6.
- Kuru B.**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, 2010/2, s. 237-246.
- Kuru B.**, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Ankara 2013.
- Kuru B.**, İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, Ankara 2003.
- Kuru B.**, Tespit Dâvaları, Ankara 1963.
- Kuru B./Budak A. C.**, Tespit Davaları, İstanbul 2010.

- Kuru B./Arslan R./Yılmaz E.**, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 28. Baskı, Ankara 2014.
- Meriç N.**, Türk-İsviçre İcra Hukukunda Paylaşırma Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları, Ankara 2015.
- Muşul T.**, **İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, Ankara 2014.**
- Namlı M.**, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağıyla Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun, Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 İstanbul, s.151-165.
- Namlı M.**, 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, Yıl: 2018, s. 1295-1327.
- Özbek M. S.**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Cilt: I-II, 4. Bası, Ankara 2016.
- Özbek M. S.**, Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme, Başkent Üniversitesi HFD, C. 3, S. 2, Y. 2017, s. 69-85.
- Özekes M.**, Arabuluculuk Mahkemelerine Doğru Tehlikeli Gidiş, Kayseri Barosu Dergisi-Duruşma Arası, S. 1, Y. 2019, s. 53-63.
- Özekes M.**, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15 Bası, İstanbul 2017.
- Özekes M./Atalı M.**, 7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Toplantısı, 23 Aralık 2017, İstanbul 2018.
- Özekes M./Çiftçi P.**, Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul BAM Kararları Örneğinden Bir Bakış), TBBD 2020/148, s.101-134.
- Özmumcu S.**, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış, İÜHFİM, 2016/2, s.807-842.
- Özmumcu S.**, Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk, İÜHFİM, C. LXXI, S. 1, Y. 2013, s. 1369-1390.
- Özmumcu S.**, Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış, 2. Bası, İstanbul 2012.
- Öztek S.**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'na İlişkin Görüş ve Eleştiriler, Arabuluculuk Yasa Tasarısı -Eleştiri ve Öneriler- Sempozyum Notları, İstanbul 2008, s. 17-34.
- Pekcanitez H.**, Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sempozyumu, Ankara 5-6 Kasım 2009, s. 59 vd.
- Pekcanitez H.**, Tasarı Üzerine Genel Tartışma ve Değerlendirme, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı, Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı-VI, Medeni Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme, Ankara 2008, s. 265-300.
- Pekcanitez H./Atalay O./Sungurtekin Özkan M./Özekes M.**, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 7. Bası, İstanbul 2020.
- Paslı A.**, Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A maddesinin Yorumlanması, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2019, s.13-25.
- Sutter-Somm T.**, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2012.

- Tanriver S.**, Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler, Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarında Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi, Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sempozyumu, Ankara 5-6 Kasım 2009, s. 89 vd.
- Tanriver S.**, Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler, TBBĐ, 2020 (147), s. 111-142.
- Tanriver S.**, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBBĐ, 2006/64, s. 151 vd.
- Tanriver S.**, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Ankara 2020.
- Tanriver S.**, Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine, AÜHFD, 2000/1-4, s.67-83.
- Taşpolat Tuğsavul M.**, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012.
- Toraman B.**, Takip Hukukuna Özgü Bazı Davaların Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Olup Olmadığı Sorunu, Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, C.III, Ankara 2020, ÇÜHFD, 2020/1, s. 3141-3167.
- Türk A.**, Maddi Hukuk ve İcra-İflâs Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, Ankara 2006.
- Umar B.**, Türk İcra-İflâs Hukukunda İptal Dâvası, İstanbul 1963.
- Üstündağ S.**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Düşünceler, Yargı Dünyası, 2008/145, s. 11-17.
- Yardım E. M.**, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2019, s.89-110.
- Yazıcı Tıktık Ç.**, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013.
- Yazıcı Tıktık Ç.**, Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamasının Temel İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Editörler: **Süral Efeçinar C./ Yardım E. M.**), s. 113-129.
- Yeşilirmak A.**, Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2011.
- Yeşilirmak A.**, Yollarının Birlikte Kullanılarak Çözümü, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtay’ın 150. Kuruluş Yıldönümü Etkinlikleri, Yargıtay ve AYBÜ Hukuk Fakültesi, Ankara 6-7 Aralık 2018, Ankara 2019, s.181-188.
- Yılmaz E.**, Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru ‘ya Armağan, Ankara 2005, s. 843-855.
- Yılmaz E.**, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara 2016.
- Yıldırım K.**, İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davaları, İstanbul 1995.
- Yıldırım K.**, İhtilâfların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 337-360.
- Yıldırım K.**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, Arabuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiri ve Öneriler Sempozyum Notları, İstanbul 2008, s. 35-81.
- Yıldırım K./Deren Yıldırım N.**, İcra ve İflâs Hukuku, 7. Basi, İstanbul 2016.

ARABULUCULUK SİSTEMİ VE KANUNU ÜZERİNE DÜŞÜNCELER VE TAHLİLLER

Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ*

Meselelerin hukuki çözümünü bulma sanatı olan hukuk, lügatlerde hakkın çoğulu diye tarif edilse de, hak bilfiil gerçeklik ve doğruluk olduğundan, hukuk, fiiliyatın muvazenesidir. İnsan hakikat olması sebebiyle haktır ve yaşamın özünden intaç etmesinden mütevellit dünyaya geldiği toplumda mündemiç olan hukuktan azade kalması muhaldir. Dolayısıyla hak, insan varlığının ve toplum halinde yaşamının teminatıdır. Nitekim hak kavramı tanımlanmadan hukuk inşa edilemeyecektir. Hak, yargılama faaliyeti sonucu hukuki varlık kazanıp, hukuki koruma sağlayacaktır. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu 2. maddesine göre; Arabuluculuk, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemde doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanacaktır. Yine bu kanun gereği taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır. Arabulucu, kanunun uygulanmasında tarafları görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretememesi halinde çözüm önerisi de getirebilen hukuk fakültesi mezunu uzmanlık eğitimi almış tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişiyi ifade eder. Arabuluculuk Kanunu, hak kavramından ziyade menfaat üzerine kurgulanmış, hakkın özü tartışılmadan kişileri bir çözüme mecbur eden, hukuk yargılama sürecinin müşkülpesent vaziyetinden dolayı ölümü gösterip, sıtmaya razı eden bir düzenlemedir. Arabuluculuk, hakkın özünü tespit etmektense, bilakis menfaate dayalı olduğundan, hukukun gelişmesi önünde engel oluşturmaktadır. Zira hukuk vakıalar üzerinden tekâmül edecektir. Nitekim haklar ve borçlar vakıalardan ilham alarak vücut bulacaktır. Kaldı ki, kanun koyucu,

* Adalet Bakanlığı, Büyükçekmece Asliye Hukuk Mahkemesi Hâkimi, ORCID: 0000-0002-8858-2580.

her hadiseye uygun tam isabet, mahzı keramet sahibi olmadığından, içti-hatlar uyuşmazlıklara hukuki varlık kazandıracaktır. Dolayısıyla vakıaların çokluğu ve çeşitliliği hukukunun gelişmesine katkı sağlayacaktır. Arabuluculuk, hakkın nitelik ve özünden gayri salt menfaat kavramı üzerine, yargılama yapmaksızın kişilerin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işle-re ilişkin uyuşmazlıkları, yargılama yapmaksızın çözüm üretmeye matuf bir düzenlemedir. Bu minvalde, arabuluculuk, uyuşmazlıkların çözülerek top-lumsal barış ve istikrarın sağlanması fonksiyonu zaviyesinden yardımcı ve ikmal edici bir fonksiyonu haiz olup, yargılama yetkisine yardımcı ve ikame bir düzenleme olduğu düşünülebilir. Bu bağlamda, idare hukukundaki yap, işlet ve devret modeli özel hukuk uyuşmazlıklarına evirilmiştir. Taraflar ve avukatları ile arabulucu nezaretinde yapılan anlaşma tutanağına ilam niteli-ği bahşedilmekle, içtimai hayatta yapay borç ilişkisi oluşturmak konusunda kişilere bakir ve serbest bir alan ihdas edilmiştir. Bu durum gerçek alacak-lıların alacağının tahsilini akim kılacaktır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflar-ca dava açılmayacağına matuf hüküm, lafzı ve özü itibariyle muğlâk bir ifa-de olup, dava açılmayacağına ilişkin ibarenin maddi ve usul hukuku yö-nünden sonuçları belirlenmediğinden birçok karışıklığa ve uyuşmazlıklara sebep olacağı her türlü izahtan varestedir. Kanaatimizce bu ihtimalde hu-kuki menfaat yokluğu gündeme gelecektir. Sosyal zaruretlar, yasal çarelere takaddüm etse de, arabuluculuk düzenlemesi gerek amaç gerekse sonuçla-rı itibariyle uyuşmazlıklara çözüm olmaktan uzak, gayret ve emekleri zayi edecek ve gelecekte birçok karışıklık ve değişikliğe maruz kalması kaçınıl-maz bir düzenlemedir.

Anahtar kelimeler: Arabuluculuk, Hak, Menfaat, Hukuki Himaye, Çözüm

THOUGHTS AND ANALYSIS ON THE MEDIATION SYSTEM AND ITS LAW

Although the law, which is the art of finding the legal solution of the issues, is defined as plural of the right in the glossaries, the right is the act of the law since it is actual reality and truthfulness. It is true because of the fact that it is human truth, and it is not possible for it to be free from the law that is exempt in the society in which it comes to life because of the belief of life. Hence, right is the guarantee of human existence and society. As a matter of fact, law cannot be built without defining the concept of right. The right will gain legal presence and provide legal protection as a result of the judicial activity.

According to article 2 of the mediation law in law disputes numbered 6325, mediation will be applied in the resolution of private law disputes arising from business or transaction, including those who have a foreign element, but on which they can save for reasons. In accordance with this law, the agreement document signed by the parties and their lawyers together with the mediator is an court order document without seeking an execution comment. The mediation law is a regulation that constrains death to the malaria due to the complicated state of the legal proceeding that obliges people to a solution, without discussing the essence of the right built on the benefit rather than the concept of right. Mediation will be an obstacle to the development of the law, as it is based on interests far from identifying the essence of the right. Because law will evolve through the facts. As a matter of fact, rights and debts will arise from the facts. Moreover, since the lawmaker does not have full hit and morality suitable for every event, jurisprudence will bring legal existence to disputes. Therefore, the plurality and diversity of cases will contribute to the development of law. The mediator described the disputes regarding the jobs that people can save on them without any judgment on the nature of the right and the substance of the right, the concept of unfair interest, and to deal with the absurd at the point of intervention in the jurisdiction.

Indeed, mediation is an intervention and substitutional arrangement, rather than aiding and replenishing function, to ensure social peace and stability by resolving disputes. Giving qualification to the mediation agreement minutes has created a virgin and free space for creating artificial debt in the society. If social remedies lead to legal remedies, the regulatory regulation is an arrangement that is far from being a solution to disputes as a result of its purpose; it will spare efforts and efforts and will be exposed to many changes in the future.

Keywords: Mediation, Right, Benefit, Legal Protection, Solution

KAYNAKÇA

- Çil Şahin, İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 2018.
- Demirkol Berki/Aküzüm Ural, Türkiye’de MED-ARB (Arabuluculuk- Tahkim), İstanbul 2020.
- Ekmekçi Ömer/Özkes Muhammet/Atalı Murat/Seven Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı İstanbul 2019.
- Eminoğlu Cafer/Erdoğan Ersin, Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, Ankara 2020.
- Göksu Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Tahkim, 2. Baskı, Ankara 2020.
- Koçyiğit İlker/Yeşilkaya İzzet, Ticari Davalarda, İş Uyuşmazlıklarında, Tüketici Mahkemelerinde Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları, Ankara 2020.
- Tanrıver Süha, Türk Hukuku Bağlamında Çekişmesiz Yargı ve Noterlik, Makalelerim II, Ankara 2011, (s. 345-360). (Çekişmesiz Yargı).
- Tanrıver Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Ankara 2020.
- Tanrıver Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Makalelerim II, Ankara 2011, (s. 3- 31). (Arabuluculuk).
- Tuşavul- Taşpolat, Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012.
- Özbek Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 4. Baskı, C. I,II, Ankara 2016.

HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCUNUN DEĞİŞEN ROLÜ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Öğretim Görevlisi Dr. Gül BÜYÜKKILIÇ*

Hukuki uyuşmazlıkların dava yolu ile çözümünde harcanan zaman, emek ve para kaybının giderek artması, son yıllarda ülkeleri uyuşmazlıkların çözümünde alternatif yollar aramaya yöneltmiştir. Bu yönelimin bir sonucu olarak ortaya çıkan arabuluculuk kurumu hâlihazırda gerek dünya gerekse ülkemizde en sık başvurulmuş alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur:

Temel olarak, uyuşmazlık çözüm sürecinde arabulucunun üstleneceği rolün kapsamı ve sınırları çerçevesinde şekillenen üç farklı arabuluculuk modelinin bulunduğu kabul edilmektedir. Bunlardan ilki, arabuluculuğun geleneksel modeli olarak da ifade edilen kolaylaştırıcı arabuluculuktur ("*facilitative mediation*"). Bu modelde, arabulucunun rolü, tarafların menfaatleri ve ihtiyaçları temelinde, birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümünü kendilerinin üretmesini sağlamak için gereken iletişim olanaklarının sağlanması ve yürütülmesi ile sınırlıdır. İkincisi, Amerika Birleşik Devletleri'nde mahkeme temelli arabuluculuk uygulamaları çerçevesinde ortaya çıkan ve arabulucunun süreçte aktif bir role sahip olduğu değerlendirici arabuluculuk modelidir ("*evaluative mediation*"). Daha çok taraflar arasındaki ilişkinin hukuki durumlarına nazaran daha az önem taşıdığı ve uyuşmazlık için hızlı bir çözümün arandığı hâllerde tercih edilen bu modelde, arabulucu tarafların menfaatlerinden ziyade hakları üzerinde yoğunlaşır, taraflara durumlarının zayıf ve güçlü yanlarından bahsederek hukuki tavsiyelerde bulunabilir, değerlendirme yapabilir, muhtemel bir davanın sonuçları üzerine tahminler yürütebilir. Üçüncü arabuluculuk modeli ise, taraflar arasındaki ilişkiyi temel alan ve uyuşmazlığı, çözülmesi gereken bir problemde insanın gelişimine katkı sağlayan önemli bir araç olarak gören dönüştürücü arabuluculuktur ("*transformative mediation*"). (Hâlihazırda teorik düzeyde kalan bu arabuluculuk modeli tebliğ kapsamı dışında bırakılmıştır.)

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi, ORCID: 0000-0002-3484-7002.

Türk hukukunda, arabuluculuğa kanuni bir altyapı kazandıran 22.06.2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda (HUAK) kolaylaştırıcı arabuluculuk modeli benimsenmiş ve arabuluculuk, “*sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi*” şeklinde tanımlanmıştır (m. 2/1-b). Zaman içerisinde arabuluculuk yönteminin benimsenmesi, gelişmesi, yaygınlaşması ve ortaya çıkan ihtiyaçlar dikkate alınarak arabuluculuğun tanımında revizyona gidilerek 25.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (İMK) (m. 17) ile arabulucuya “*tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilme*” yetkisi tanınmış ve arabulucunun süreçte daha aktif bir rol almasına yönelik önemli bir adım atılmıştır.

Arabuluculuk alanında getirilen bir diğer yenilik, öncelikle 2018 yılında iş uyuşmazlıklarında (İMK m. 22), 2019 yılında ticari uyuşmazlıklarda (19 Aralık 2018 tarih ve 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun m. 20 ve son olarak 2020 yılında tüketici uyuşmazlıklarında (28 Temmuz 2020 tarih ve 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m. 59) dava şartı arabuluculuk sisteminin kabul edilmesi ile yaşanmıştır.

Arabuluculuğa tabi uyuşmazlıkların kapsamının genişlemesi, arabulucuya ancak ve sadece tarafların çözüm üretemedikleri noktada devreye girebilmeye sınırlı bir hareket alanı sağlayan İMK değişikliğini yetersiz hale getirmiştir. Nitekim özellikle karmaşık bir yapıya sahip ticari uyuşmazlıklarda, arabuluculuk sürecinin, kurumunun amaç ve ilkelerine uygun şekilde yürütülebilmesi ve sonuçlandırılabilmesi arabulucuya çözüm sürecinde – değerlendirici modelde olduğu gibi - daha etkin bir rol verilmesini gerekli kılmaktadır.

Ancak bu gereklilik bir modelin bütünüyle terk edilip değerinin kabul edilmesi şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira arabulucudan, kolaylaştırıcı öğelerden faydalanmaksızın sadece değerlendircilik temelinde hareket etmesini beklemek gerçekçi olmadığı gibi gerekli de değildir. Keza kolaylaştırıcı bir arabulucu da kullanmış olduğu sözcüklerle olmasa da konuşma şekli, ses tonu veya mimikleri ile taraflar nezdinde değerlendirici bir görünüm yaratabilir. Dolayısıyla arabulucunun süreç içerisindeki rolünün tek bir model çerçevesinde açıklanması sadece teorik düzeyde mümkündür. Uyuşmazlığın yapısına göre, arabulucu - rolünün sınırları dahilinde kalmak kaydıyla - her iki arabuluculuk modelinin öğelerinden de faydalanabilmelidir. Bu noktada değerlendirciliğin sınırının doğru bir şekilde tespiti önem arz eder ki bu sınır kanaatimizce yönlendiricilik seviyesine gelmemiş olmaktır. Arabulucunun uyuşmazlığa ilişkin değerlendirmeleri ve dava yoluna başvurulması durumunda mahkemenin ne yönde karar vereceği hususundaki tahminleri çerçevesinde taraflardan biri değerine nazaran daha güçlü bir pozisyonda olacaktır. Bu durum arabulucuya tanınan değerlendiricilik yetkisinin zorunlu bir sonucudur. Kaçınılması gereken, taraflara belirli bir sonucu empoze etmek gibi arabulucunun tarafsızlığını tereddüde düşürecek ve sürecin kontrolünün aslında tarafların kendilerinde olmadığını düşündürecek tutum ve davranışlardır. Aksi halde arabuluculuk, yargının yardımcısı değil, alternatifi haline gelecektir. Arabuluculuk sürecinde tarafsızlık ve iradilik ilkelerinin zedelenmemesi adına sürece girilmeden önce tarafların arabuluculuk modelleri hakkında bilgilendirilmesi ve uygulanacak olan modelin seçiminin taraflara bırakılması önerilebilir.

Arabuluculuk nosyonunun kazanılması, bu alandaki temel eğitim ve zaman içerisinde uygulamayla kazanılan tecrübelerin bir sonucu olacaktır. Bu temel edinimin yanı sıra, değerlendirici arabulucunun taraflar arasındaki uyuşmazlığı tespit ederek, uygun öneri ve yönlendirmelerde bulunabilmesi konuya ilişkin belirli düzeyde bilgi ve tecrübe sahibi olmasını gerektirmektedir.

Yakın zamanda Arabuluculuk Daire Başkanlığımızca genel ve özel uzmanlık alanlarının belirlenmesi ve bu alanlarda arabuluculuk yapılabilmesinin

zorunlu eğitim programlarının tamamlanması şartına bağlanması, Türk hukukunda da arabulucunun süreçte daha aktif role sahip olduğu bir modelin kabul edileceğine işaret etmektedir.

Bu tebliğ, arabuluculuk uygulamalarına ilişkin güncel değişiklik ve gelişmeler çerçevesinde arabulucunun süreç içerisinde nasıl bir rol üstlenmesi gerektiğine ilişkin değerlendirmeleri konu almaktadır.

Anahtar kelimeler: Arabuluculuk, arabuluculuk modelleri, değerlendirici arabuluculuk, kolaylaştırıcı arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözümleri

THOUGHTS ON THE CHANGING ROLE OF MEDIATOR IN LEGAL DISPUTES

Increasing loss of time, effort and money spent in resolving legal disputes by litigation has led countries to seek alternative ways of resolving disputes in recent years. The mediation institution, which emerged as a result of this orientation, is currently the most frequently used alternative dispute resolution method both in the world and in our country.

Basically, it is accepted that there are three different mediation models that are shaped within the scope and limits of the role the mediator will assume in the dispute resolution process. The first of these is *facilitative mediation*, which is also referred to as the traditional model of mediation. In this model, the role of the mediator is limited to the provision and execution of the communication facilities necessary to enable the parties to understand each other and thus produce their own solutions, on the basis of their interests and needs. Second, it is the *evaluative mediation* model that emerged within the framework of court-based mediation practices in the United States and in which the mediator has an active role in the process. In this model, which is preferred in cases where the relationship between the parties is less important than their legal situation and a quick solution is sought for a dispute, the mediator focuses on the rights of the parties rather than the interests of the parties, gives legal advice to the parties by talking about the weak and strong sides of their situation, makes an evaluation and predicates on the possible the results of the case. The third mediation model is *transformative mediation*, which is based on the relationship between the parties and sees conflict as an important tool that contributes to human development rather than a problem to be solved. (This mediation model, which is currently at the theoretical level, has been excluded from the scope of the communiqué.)

In Turkish law, the facilitative mediation model has been adopted in the Law on Mediation in Legal Disputes (dated 22.06.2012 and numbered 6325) (HUAK), which provides a legal infrastructure for mediation and mediation

is defined as a dispute resolution method that is carried out optionally and with the participation of an impartial and independent third person who has received specialization training, who performs the establishment of a communication process between them in order to enable them to produce their solutions by applying systematic techniques, bringing the parties together in order to negotiate and negotiate, to understand each other (Article 2/1-b).

Due to the adoption, development and widespread use of the mediation method over time, and the definition of mediation has been revised with the Labor Courts Law (dated 25.10.2017 and numbered 7036) (İMK) (Article 17) and by this way an important step was taken towards the mediator to take a more active role in the process.

Another amendment made in HUAİK is experienced with the adoption of the case clause mediation system, first in 2018 for labor disputes (Article 22 of İMK), then in 2019 for commercial disputes [Article 20 of the Law (dated 19 December 2018 and numbered 7155)] and finally in 2020 for consumer disputes [Article 59 of the Law (dated 28 July 2020 and numbered 7251)].

The widening of the scope of the disputes subject to mediation has led the change in the İMK, which provides the mediator with a limited scope of action only when the parties cannot produce a solution, become insufficient change inadequate. As a matter of fact, conducting and concluding the mediation process in accordance with the aims and principles of the institution, especially in commercial disputes with a complex structure, require the mediator to be given a more effective role in the resolution process - as in the evaluative model.

However, this requirement should not be interpreted as abandoning one model altogether and accepting another. Because it is not realistic, though not necessary to expect the mediator to act solely on the basis of evaluative model without making use of facilitating elements. Likewise, a facilitator may create an evaluative appearance in the eyes of the parties with the way of speaking, tone of voice or facial expressions, even if not with the words he uses. Therefore, explaining the role of the mediator in the process within the framework of a single model is only possible at the

theoretical level. Depending on the nature of the dispute, the mediator - within the limits of his role - should be able to benefit from the elements of both mediation models.

At this point, it is important to correctly determine the limit of evaluativeism, which in our opinion is not to reach the level of directivity. The mediator's assessments on the dispute and his estimates on how the court will decide in case of litigation will lead one of the parties to a stronger position than the other. This situation is a necessary consequence of the evaluative power granted to the mediator. What should be avoided are attitudes and behaviors such as imposing a certain result on the parties, which will hesitate the impartiality of the mediator and make them think that the control of the process is not actually on the parties themselves. Otherwise, mediation will become an alternative, not an assistant to the judiciary. In order not to damage the principles of impartiality and willpower in the mediation process, it may be suggested that the parties are informed about the mediation models before entering the process and the choice of the model to be applied is left to the parties.

The acquisition of the notion of mediation will be the result of basic training and experience gained in practice over time in this field. In addition to this basic acquisition, the evaluative mediator must have a certain level of knowledge and experience on the subject to be able to identify the disagreement between the parties and make appropriate suggestions and directions.

The determination of general and special areas of specialization by the Mediation Department and the completion of compulsory education programs in these areas indicate that a model in which the mediator has a more active role in the process will be adopted in Turkish law.

This communique deals with the evaluations of the role of the mediator in the process within the framework of current changes and developments regarding mediation practices.

Keywords: Mediation, mediation models, evaluative mediation, facilitative mediation, alternative dispute resolution

KAYNAKÇA

- Eminoğlu, Cafer/ Erdoğan, Ersin:** *Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk*, Adalet Yayınevi, İstanbul 2020.
- Della Noce, Dorothy:** "Evaluative Mediation: In Search of Practice Competencies", *Conflict Resolution Quarterly*, C. 27, S.2, 2010, s. 193 vd.
- Kidner, J.:** "The Limits of Mediator Labels: False Debate between Facilitative versus Evaluative Mediator Styles", *Windsor Review of Legal and Social Issues*, S. 30, 2011, s. 167 vd.
- Korkmaz, Fahrettin/ Kıryak, Emre:** "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi*, Y.4, S.1, Haziran 2018, s. 31-56.
- Love, Lela Pç:** "The Top Ten Reasons Why Mediators Should Not Evaluate", *FLA. ST. U. L. REV.*, C.24, 1997, s. 937 vd.
- Özekes, Muhammet/ Atalı, Murat/ Ekmekçi, Ömer/ Seven, Vural:** *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Özmumcu, Seda:** "Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Mecmuası*, C. 71, S. 1, 2013, s. 1369-1389.
- Riskin, Leonard L.,** "Mediator Orientations, Strategies and Techniques", *Alternatives to the High Cost of Litigation*, C. 12, S. 9, 1994, s. 111-114.
- Riskin, Leonard L.,** "Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System", *Notre Dame Law Review*, C. 79, S. 1, 2003, s. 1-54.
- Roberts, KM:** "Mediating the evaluative-facilitative debate: Why both parties are wrong and a proposal for settlement", *Loyola University Chicago Law Journal*, 2007-2008, C. 39, s. 187 vd.
- To, Christopher:** "Facilitative Versus Evaluative Mediation", *Asian Dispute Review*, C. 20, S.2, 2018, s. 81-87.

İDARENİN TARAF OLDUĞU ARABULUCULUK SÜREÇLERİNE DAİR ÖZEL KURALLAR VE UYGULAMA SORUNLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Arb. Dr. Pınar ÇİFTÇİ*

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na 2017 yılında yapılan ekleme ile idarenin özel hukuk uyuşmazlıklarının tarafı olduğu arabuluculuk süreçlerinin işletilmesine dair hükümler eklenmiştir¹. Bu çerçevede “Arabuluculuk Faaliyetinin Yürütülmesi” başlığını taşıyan 15. maddenin 8. fıkrasına göre “*Arabuluculuk müzakerelerinde idareyi, üst yönetici tarafından belirlenen iki üye ile hukuk birimi amiri veya onun belirleyeceği bir avukat ya da hukuk müşavirinden oluşan komisyon temsil eder. Komisyon, arabuluculuk müzakereleri sonunda gerekçeli bir rapor düzenler ve beş yıl boyunca saklar.*” Aynı madde ile konuya ilişkin ayrıntılı düzenlemelerin Yönetmelik ile belirleneceği düzenlenmiştir (6325 sayılı Kanun m. 15/10). Nitekim bu çerçevede Yönetmelik hükümleri kabul edilmiştir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği²'nin “İdarenin Temsili” başlığını taşıyan 18. maddesi 12 fıkra halinde ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir. Bu düzenlemelerin haricinde aynı zamanda 659 Sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname³'de de genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinde ve özel bütçeli idarelerde hukuk hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin belirlenen kurallarda idarenin temsiline ilişkin özel düzenlemeler bulunmaktadır. Bu çalışmanın ilk amacı da idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında işletilecek arabuluculuk süreçlerinde uyulması gereken özel kuralları değerlendirmektir. Bu özel kuralların önemli bir kısmı da idarenin temsiline ilişkindir.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0001-9012-9673.

1 12/10/2017 tarih ve 7036 sayılı Kanun m. 22

2 RG 02.06.2018, S. 30439.

3 RG 02.11.2011, S. 28103.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları genelinde arabuluculuk kurumunun adli yargıda gün geçtikçe uygulama alanını genişletmesi hem yargının iş yükünü azaltmaya hem de kişiler arasında çıkan uyuşmazlıkların kısa sürede barışçıl yöntemlerle sonlandırılması toplumsal barışın tesisine katkı sağlamaktadır. Bu amaç elbette idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında da yargının işleyişine ve toplumsal barışa hizmet eder. Diğer yandan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olsa da, idarenin taraf olduğu pek çok uyuşmazlıkta arabuluculuğa başvurunun zorunlu dava şartı olması, idarenin temsilini oldukça önemli kılmaktadır. Özellikle idarenin taraf olduğu çok sayıda iş uyuşmazlığı zorunlu arabuluculuk kapsamına dahildir. Bu durum da, arabuluculuk sürecinde idarenin temsilini ve idarenin temsilinden kaynaklanan hukukî sorunların önemini artırmaktadır.

Kanun ve Yönetmelik'te idarenin temsiline ilişkin özel düzenlemelerin getirilmesi, idare hukukunun kendine has özelliklerinden kaynaklanır. Örneğin kanun koyucu herhangi bir ticarî şirketin arabuluculuk sürecinde temsilinde kurul olarak sürece katılma şartı aramazken bu şartı özellikle kamu hukuku tüzel kişileri için kabul etmiştir. İdarenin arabuluculuk sürecine üç kişilik kurul halinde katılması zorunluluğu kapsamında idare kendini bir avukat veya hukuk müşaviri ve ayrıca üst yönetici tarafından belirlenen iki üye ile temsil ettirmek zorundadır. Bu gereklilik ilk olarak kurulun hukukçu olmayan üyelerinin, arabuluculuk süreci konusunda eğitim almalarını gerekli kılar. Avukatlar, arabulucu olmasalar dahi, hukuk uygulamasında arabuluculuğun gün geçtikçe yaygınlaşması sebebiyle kendilerini bu konuda daha fazla eğitebilme imkânına sahiptir. Aynı şekilde idareyi temsil edecek kurulun diğer üyeleri de arabuluculuk süreci, süreçte uyulması gereken temel ilkeler ve kurallar konusunda bilgili olmalı, bu konudaki değişiklikleri yakından takip etmelidir.

İdareyi temsil edecek kurul üyelerinin arabuluculuk süreci ve kuralları konusunda yeterli bilgiye ve tecrübeye sahip olması sağlıklı bir arabuluculuk sürecinin yürütülmesi için ilk koşuldur. Ancak uygulamada yaşanan birtakım sorunlar, idarenin temsili konusunda birtakım aksaklıkları da gündeme getirmektedir. Özellikle pandemi döneminde bazı kamu hukuku tüzel kişileri aynı şehirdeki uyuşmazlıklar için dahi taraflar ve arabulucu ile

yüz yüze bir araya gelmek istememekte, telekonferans yolunu talep etmekte; telekonferans yolu tercih edilse bile tutanakların elektronik imza ile imzalanmasına imkân verilmemekte; ıslak imza ile tutanakların imzalanması konusunda sorunlar çıkarabilmektedir. Bu durumda arabulucular yüz yüze oturum yapılması konusunda ısrarcı olursa, bir kısmı kurul olarak görüşmelere hiç katılmamakta; bazı kamu hukuku tüzel kişileri ıslak imzaların tamamlanması konusunda kargo yöntemi gibi birtakım yöntemlere arabulucuları zorlayabilmektedir. Esasen bu uygulamaların Kanun ve Yönetmelik hükümlerine ve arabuluculuğun temel ilkelerine uyumlu olmadığı aşikardır. Ancak arabulucular da tarafları masada bir araya getirebilme ve anlaşma olasılığını artırmak için bu konuda kendilerini, kanuna uygun olmayan yöntemler benimseme zorunluluğunda hissedebilmektedir. Bunların yanı sıra, arabulucular kamu hukuku tüzel kişilerinin temsilinde idareyi temsil edecek kişilerin kimlik doğrulamasında da sıkıntılar yaşayabilmektedir. Tüm bu sorunlar arabuluculuk sürecinde bürokratik engeller yaratılmasına zemin hazırlayabilmektedir. Bu durum ise hem arabuluculuğun temel felsefi ile bağdaşmamakta hem de arabulucunun uyması gereken süreye ilişkin sınırlamalara riayet etmesini zorlaştırmaktadır.

Uygulamada arabuluculuk süreçlerinde idarenin temsiline ilişkin hukuki sorunları birtakım önlemler olarak en azından kısmen engelleyebilmek mümkün olabilir. Gerçekten de bir idari teşkilatta üst yönetici tarafından belirlenen iki kişi ile bir kurum avukatı veya hukuk müşavirinin sürekli olarak arabuluculuk toplantılarına katılmak zorunda olmaları kurumun işleyişini etkileyebilir. Örneğin bir belediyenin çok sayıda işçisi bulunabilir. İş hukukuna ilişkin çıkan her uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında olacağı dikkate alındığında, arabuluculuk görüşmelerinin ciddi bir iş gücü gerektirdiği açıktır. Bu durumda sadece pandemi sebebiyle değil, tarafları aynı şehirde olan uyuşmazlıklarda bile taraflardan birisi idare ise, arabuluculuk oturumunun telekonferans şeklinde yapılmasına yönelik düzenleme kabul edilebilir. Bu yönde bir düzenleme ile yine tarafların tutanakları imzalamaları konusunda birtakım özel düzenlemeler -elektronik imza zorunluluğu gibi- kabul edilebilir. Böylece idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda imzaların kargo şirketleri aracılığı ile imzalatılması gibi daha az güvenli yollara başvurulması ihtiyacı bertaraf edilebilir. Benzer şekilde idarenin

taraf olduğu uyuşmazlıklarda idareyi temsil edecek kurul üyelerinin arabuluculuk eğitimi almaları konusunda birtakım adımlar atılarak en basit örneği ile arabulucuların kimlik doğrulama açısından yaşadığı sorunları engellerebilmek mümkün olabilir.

Arabuluculuğun özel hukuk alanında uygulama alanını genişletmesi, zaman içerisinde idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarının sayısını daha fazla artıracaktır. Bu sebeple kanaatimizce bu konuda yaşanan sorunlar hakkında farkındalık düzeyi artırılmalı, sorunlara hukuki düzlemde çözümler getirilmelidir.

Anahtar kelimeler: Arabuluculuk, idarenin temsili, telekonferans, arabuluculuk görüşmeleri, kurulun oluşumu

SPECIAL RULES AND PRACTICAL ISSUES REGARDING MEDIATION PROCESSES TO WHICH THE ADMINISTRATION IS A PARTY

With the addition made in 2017 to the Law on Mediation in Legal Disputes numbered 6325, provisions regarding the operation of mediation processes in which the administration is a party to private law disputes have been added. In this context, according to paragraph 8 of Article 15 titled “Conducting Mediation Activity”, “In mediation negotiations, the administration is represented by a commission consisting of two members determined by the top manager and a lawyer or legal advisor designated by him. The commission prepares a reasoned report at the end of mediation negotiations and keeps it for five years.” With the same article, it is regulated that detailed regulations on the subject will be determined by the Regulation (Law No. 6325, Art. 15/10). As a matter of fact, the provisions of the Regulation have been accepted within this framework. Article 18 titled “Representation of the Administration” of the Regulation on Mediation Law in Legal Disputes brought detailed regulations in 12 paragraphs. The first aim of this study is to evaluate the special rules to be followed in mediation processes to be carried out in private law disputes to which the administration is a party. In addition to these regulations, there are also special regulations regarding the representation of the administration in the Decree Law on the Execution of Legal Services in Public Administrations within the Scope of the General Budget and in Special Budget Administrations No.659 and in the rules regarding the execution of legal services in the public administrations within the scope of the general budget and in the administrations with special budget. An important part of these special rules is about the representation of the administration.

The expansion of the field of application of the mediation institution in the judicial judiciary day by day in alternative dispute resolution methods contributes to both decreasing the workload of the judiciary and settling the conflicts between individuals through peaceful methods in a short time. This purpose, of course, serves the functioning of the judiciary and

social peace in private law disputes to which the administration is a party. On the other hand, although there is an alternative dispute resolution method, the fact that the application for mediation is a mandatory case requirement in many disputes to which the administration is a party makes the representation of the administration very important. Compulsory mediation includes many labour law disputes, especially to which the administration is a party. This situation increases the importance of the representation of the administration in the mediation process and the legal problems arising from the representation of the administration.

The introduction of special regulations regarding the representation of the administration in the Law and Regulation is due to the specific features of the administrative law. For example, while the legislator did not seek a condition to participate as a board in the representation of any commercial company in the mediation process, it accepted this requirement especially for public law legal entities. Within the scope of the obligation of the administration to participate in the mediation process as a board of three people, the administration has to be represented by a lawyer or legal advisor and also two members determined by the top manager. This requirement first requires that non-juristic members of the board receive training in the mediation process. Even if they are not mediators, lawyers have the opportunity to educate themselves more on this issue, as mediation in legal practice is becoming more widespread day by day. Likewise, other members of the board representing the administration should be knowledgeable about the mediation process, the basic principles and rules to be followed in the process, and should closely follow the changes in this matter.

The first condition for a healthy mediation process is that the board members representing the administration have sufficient knowledge and experience about the mediation process and rules. However, some problems encountered in practice also bring up some deficiencies in the representation of the administration. Especially during the pandemic period, some public law legal entities do not want to meet face to face with the parties and the mediator, even for disputes in the same city, and demand the

way of teleconference; even if teleconference method is preferred, it is not allowed to sign the minutes with electronic signature; it can cause problems in signing the minutes with wet-ink signature. In this case, if the mediators insist on holding a face-to-face session, some of them do not participate in the meetings as a board; some public law legal entities may force mediators to use some methods such as cargo method to complete wet-ink signatures. In fact, it is obvious that these practices do not comply with the provisions of the Law and Regulation and the basic principles of mediation. However, mediators may also feel obliged to adopt illegal methods in order to bring the parties together at the table and increase the possibility of an agreement. In addition to these, mediators may also have difficulties in authenticating the persons who will represent the administration in the representation of public law legal entities. All these problems may pave the way for bureaucratic obstacles in the mediation process. This situation is incompatible with both the basic philosophy of mediation and makes it difficult for the mediator to comply with the time limits to be followed.

In practice, it may be possible to prevent legal problems related to the representation of the administration in mediation processes, at least partially, by taking some measures. Indeed, the fact that in an administrative organization, two persons determined by the top manager and an institutional lawyer or legal counsel have to attend the mediation meetings continuously may affect the functioning of the institution. For example, a municipality can have many workers. Considering that any dispute regarding labor law will be within the scope of compulsory mediation, it is clear that mediation negotiations require a serious workforce. In this case, if one of the parties is the administration, not only because of the pandemic, but also for the disputes whose parties are in the same city, the arrangement to hold the mediation session in the form of a teleconference may be accepted. With a regulation in this direction, some special regulations-such as the obligation of electronic signature- can be accepted for the parties to sign the minutes. Thus, in disputes to which the administration is a party, the need to resort to less secure means such as signing the signatures through courier companies can be eliminated. Similarly, in disputes to which the administration is a party, it may be possible to prevent the problems experienced

by the mediators in terms of identity verification, with the simplest example, by taking certain steps for the board members who will represent the administration to receive mediation training.

Extending the field of application of mediation in the field of private law will increase the number of private law disputes to which the administration is a party over time. For this reason, in our opinion, the level of awareness about the problems experienced in this subject should be increased, and solutions should be found at the legal level.

Keywords: Mediation, representation of the administration, teleconference, mediation negotiations, formation of the board.

Kaynakça

- Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığının Paris Çalışma Ziyareti Toplantı Tutanağı (6-8 Ocak 2016). http://www.adb.adalet.gov.tr/duyurular/2016/subat/fransa_raporu/fransa_raporu.pdf.
- ARAT, N. (2011). İdari Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Halli Önündeki Engeller. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Prof. Dr. İl Han Özey'a Armağan, C LXIX, (1-2), 891-906.
- ASILTÜRK, M. (2014). Arabuluculuk Müessesesinin İdari Yargılama Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümlemesinde Uygulanabilirliği. Terazi Hukuk Dergisi, C 9, (95), 29-40.
- AZRAK, Ü. A. (2019). İdari Yargı Dışı Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Usulleri, Danıştay Başkanlığı 141. Yıl Sempozyumu, 71-85.
- CİDECİĞİLLER, A. İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözülmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2014.
- ÇAPAR, A. (2020). İdarenin Taraf Olduğu Hukuki Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk Yöntemi. Journal of Social and Humanities Sciences Research, 7(59), 2526-2535.
- ÇOLOK, N.İ. (2012). İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları. Danıştay ve İdari Yargı Günü 144. Yıl Sempozyumu, 118-97.
- FİŞ ÜSTÜN, G. (2020). Arabuluculuk Faaliyetlerinde İdarenin Yeri ve Yetkisi. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 26 (1), 13-23.
- HASOĞLU, A. (2016). İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4), 1981-1996.
- KARAARSLAN, M. (2019). İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Giderilmesi. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (140), 71-113.
- ÖZBEK, M. (2005). "İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I). TBB Dergisi, (132-90), (56).
- ÖZBEK, M. (2005). İdarî Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (II). Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (134-82), (57).
- ÖZKAN, A. (2016). Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Yargılama Sürecine Etkisi ve İdari Yargı Sisteminde İşlerliği. Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, (CİEP Özel Sayısı), 634-616.

EŞ ZAMANLI I. OTURUM

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Yusuf Çalışkan – İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Saat: 14:00-15:15

| | | |
|-------------------|-----------------|---|
| Dr. Öğr. Üyesi | Çiğdem Yazıcı | E-Arbuluculuğa Genel Bakış ve Türkiye Açısından Öneriler |
| Öğretim Görevlisi | Ferhat Yıldırım | Türk ve Mukayeseli Hukuk Düzenlemelerinde Arbulucu Olabilme Şartları ve Arbulucular Siciline Kayıt |
| Av. Arb. | Dilek Yumrutaş | Arbuluculuk Süreçlerinde Toplumsal Cinsiyet Eşitsizlikleri, Güç Dengesizlikleri ve Farklılıkların Yönetilmesi |
| Dr. Öğr. Üyesi | Yıldırım Keser | Arbuluculuk Anlaşma Belgesinde “Ceza Koşulu” Kararlaştırılabilmesinin Şartları |

E-ARABULUCULUĞA GENEL BAKIŞ VE TÜRKİYE AÇISINDAN ÖNERİLER

Dr. Öğr. Üyesi Çiğdem YAZICI*

Bilgi ve iletişim teknolojilerinin hızlı gelişiminin bir sonucu olarak gerek yargı gerekse alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri süreçlerinde teknolojinin etkisi daha hissedilir hale gelmiştir. Ülkemizde mahkeme dosyalarının UYAP ile entegre olarak dijitalleşmesi, elektronik imzaya ilişkin düzenlemeler, elektronik yolla tebligat ve online duruşmalar, yargıda bilgi ve iletişim teknolojisinin kullanımı bakımından örnek gösterilebilir. Özellikle Covid 19 salgınına karşı alınan önlemler ve tarafların bir araya geleme-
mesi nedeniyle, uyuşmazlıkların çözümünde bu teknolojilerinden yararlanma ihtiyacı da artmıştır. Arabuluculukta telekonferans yönteminin kullanımı Bölge Adliye Mahkemesi kararlarına dahi konu olmuştur. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesi 2019/2485 Esas, 2019/1674 Karar sayılı kararı ile *“Kanunda tarafların telefonla arabuluculuk toplantısına katılabileceklerine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Aksine düzenlemelerden yüz yüze katılıma göre hükümlerin konulduğu anlaşılmaktadır. Burada her şeyden önce telefonla katılan kişinin ehil ve yetkili olup olmadığı ve bunun tespiti problem-
dir. Somut olayda yasal olarak tanımlanan ve hukuken geçerli olan bir ses tanımlama sisteminin bulunmadığı da dikkate alındığında konuşulan kişinin kim olduğunun yasal olarak tespitinde problem bulunduğu açıktır.”* yönünde karar verilmiştir. Bu karardan sonra Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi ise 04.02.2020 tarih ve 2019/4092 Esas, 2020/304 Karar sayılı kararı ile *“Arabuluculuk sürecinde Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğinin “Dava şartı olarak arabuluculukta arabulucunun görevlendirilmesi” Madde 24/3 bendine göre “Elindeki bilgiler itibarıyla her türlü iletişim vasıtasını kullanarak görevlendirme konusunda tarafları bilgilendirir ve ilk toplantıya tarafları ve varsa avukatlarını birlikte davet eder.” düzenlemesi gereği arabulucunun taraflarla elektronik sistemler üzerinden görüntülü iletişim kurmasının önünde yasal bir engel bulunmadığı anlaşılmıştır”*. Bu kararlar

* MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0002-0989-8879.

çerçevesinde uygulamada arabuluculuk sürecinde telekonferans yönteminin kullanılmasına taraflardan birinin talebi üzerine mi yoksa arabulucunun kendiliğinden mi karar verebileceği bakımından farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre aynı yargı çevresinde bulunmaması koşuluyla arabulucu taraflardan en az birinin talebi ve diğer tarafın da kabulü üzerine telekonferans yöntemini kullanabilir. Diğer bir görüşe yine tarafların aynı yargı çevresinde bulunmaması koşulu ile taraflardan birinin talebi olmasa dahi arabulucu kendiliğinden telekonferans yoluyla arabuluculuk görüşmelerinin yapılmasına karar verebilecektir. T.C. Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından 16 Mart 2020 tarihinde yayımlanan duyuruda ise; “arabuluculuk sürecine ilişkin uyuşmazlıklarda tarafların şehir içi ya da şehir dışından olup olmadığına bakılmaksızın telekonferans yönteminin kullanılmasına ağırlık verilmesi” tavsiye edilmiş bulunmaktadır. Başlangıçta tereddütle karşılanan arabuluculukta telekonferans yönteminin, T.C. Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı’nın teşviki ve Covid 19 salgınının da etkisi ile uygulama alanının genişletilmesi eğilimi vardır.

Telekonferans çevirim içi arabuluculuk uygulaması bakımından bir yöntem olmakla birlikte e-arabuluculuk daha geniş bir alanı ifade eder. Online alternatif uyuşmalık çözüm yollarının (ODR) tamamında olduğu gibi arabuluculukta da anahtar unsur teknolojinin ve bu bağlamda bilgisayar, telefon gibi cihazların ve yazılım programlarının kullanımınıdır. Bu unsurlar, arabulucu ve taraflar bakımından, bilginin düzenlenmesi, otomatik mesajların gönderilmesi, yazılı iletişimin taslak haline getirilmesi, uygun olmayan dil kullanımının engellenmesi, video ve konferans yoluyla iletişimin sağlanması, sözleşmelerin hazırlanması gibi kolaylaştırıcı işlemleri gerçekleştirmektedir. Yazılım programları gelişmişlik düzeyine göre görüşmelerin başlama anı ve süresi, tarafların menfaatlerinin ve önceliklerinin belirlenmesi gibi hususları tespit ve teyit edici işleve sahip olabilirler. Yapay zekanın arabulucu olarak kullanımı dahi uluslararası literatürde üzerinde çokça tartışılan bir konudur.

E-Arabuluculuk esasen yüz yüze arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıkların tamamı bakımından uygulama alanı bulabilir. Özellikle sınır ötesi uyuşmazlıkların ya da elektronik ticaretten kaynaklanan tüketici

uyuşmazlıklarında tarafların fiziki olarak bir araya gelmesinin yarattığı zorluklar nedeniyle E-Arabuluculuk önemli bir kolaylık sağlar. Buna karşın E-Arabuluculuğun bazı zorlukları ve olumsuzlukları olduğunu da belirtmek gerekir. Bu bağlamda geleneksel arabuluculuk tekniklerinin çevrimiçi ortamda uygulanması, gizliliğin sağlanması, çevrimiçi ortamda güven oluşturmak, üçüncü tarafsız tarafın çevrimiçi alandaki rolü, üçüncü şahısların katılımı, teknik ekipman ve teknik bilgi başlıca zorluklar olarak sıralanmıştır. Diğer yandan elektronik arabuluculuk yoluyla sınır ötesi uyuşmazlık çözümü karmaşık bir süreçtir.

E-Arabuluculuk yöntemleri genel olarak şu şekilde sınıflandırılabilir:

1- Tamamen Elektronik Arabuluculuk: Bu yöntemde sürecin başlamasından sona ermesine kadar arabuluculuk elektronik ortamda gerçekleşmektedir. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde arabuluculuk alanında faal olan Cybersettle ve clickNsettle gibi web siteleri tamamen çevrimiçidir ve öncelikli olarak konusu para olan uyuşmazlıklara odaklanır. Bu web siteleri taraflar arasında karşılıklı anlaşma tekliflerini değiş tokuş etmek için tarafsız bir arena görevi görür. Süreç taraflardan birinin güvenli web sayfasına giriş yaparak, çözüm için son bir tarih belirlemesi (ki bu genellikle 30 ila 60 gün arasındadır) ile başlar. Web sitesi servisi tarafından diğer tarafa bir anlaşma teklifinin önerildiğini bildirmek için e-posta gönderilir ve ayrıca web sitesine erişim sağlar. Taraf, katılmayı kabul edebilir veya reddedebilir. Katılmaya karar verirlerse, web sitesine giriş yapar ve bir talepte bulunur. Bilgisayar yazılımı, talebi anlaşma teklifiyle otomatik olarak karşılaştırarak her iki tarafa da e-posta gönderir. Bu e-posta aracılığıyla tarafların anlaşma alanı içerisinde olup olmadıkları ya da anlaşmaya doğru bir yaklaşma içinde olup olmadıklarına dair bilgilendirme yapılır. Süreç içerisinde belirlenen süre ya da süre ile sınırlı olarak taraflar karşılıklı tekliflerini birbirlerine iletirler. Eğer anlaşma sağlanamazsa, taraflarca ileri sürülen teklifler tamamen gizli kalacaktır. Taraflar bir başka uyuşmazlık çözüm yöntemini ya da mahkemeye başvuru yolunu tercih edebilirler.

2- Gelişmiş Yazılım ile Birlikte Tarafsız Bir Üçüncü Kişinin Kolaylaştırıcı Olarak Görev Yaptığı Siber Arabuluculuk:

Bu yöntem, yenilikçi bir müzakere süreci ve güçlü bir bilgisayar yazılımı kullanarak tarafların ve tarafsız bir üçüncü kişi olarak arabulucunun da katılımını öngörmektedir. Arabulucu, önce taraflarla yüz yüze ya da internet üzerinden görüşerek kendi menfaatlerini anlamalarını ve ifade etmelerini sağlar. Arabulucu ayrıca uyuşmazlık konularını tespit eder. Bu tespit, anlaşmazlık konularına ve müzakereye ilişkin bilgileri içeren bir formun arabulucu yardımıyla doldurulması şeklinde yapılabilmektedir. Bu form aynı zamanda anlaşma çerçevesini oluşturur. Daha sonra arabulucu tarafların her biri ile kendi ilk gizli tercihini ortaya çıkarmak için ayrı ayrı görüşerek tarafların verilerini web sitesine girdikten sonra bir yazılım programı aracılığıyla tarafların göz önünde bulundurması için çözüm paketleri geliştirir. Arabulucu, taraflarla anlaşma paketlerini değerlendirerek tarafların karşılıklı talpelerini netleştirmelerine yardımcı olur. Her iki taraf da aynı anlaşma paketi veya çözüm, üzerinde uzlaşırsa, yazılım programı tarafların menfaatlerini azami ölçüde karşılayacak şekilde geliştirmeye çalışır. Nihai yazılı anlaşma, mevcut çözümle taslak haline getirilir ve tüm taraflarca imzalanır.

3- Çevrimiçi Teknolojileri Kullanan Geleneksel Arabuluculuk:

Bazı web siteleri aracılığıyla öncelikle e-posta, liste sunucuları, sohbet odaları ve anlık mesajlaşma gibi çevrimiçi teknolojilerin kullanıldığı bu yöntemde, aynı zamanda müzakere sürecine daha geleneksel iletişim yöntemlerini kullanan arabulucu da aktif bir rol oynamaktadır. Burada da sürecin başlaması taraflardan birinin hizmet sağlayıcı ya da arabulucu ile iletişim kurarak sorunu ve olasılığını tanımlayan çevrimiçi bir formu doldurması ile başlar. Bir arabulucu tarafından daha sonra bu form incelenerek, diğer tarafla iletişim kurulur. Diğer taraf sürece katılmayı kabul ettiğini, e-posta yoluyla ya da formu yanıtlayarak bildirebilir.

Arabulucu sorunları belirlemeye, çıkarları ifade etmeye yardımcı olmak için taraflarla birlikte çalışmaktadır. Bazı hizmet sağlayıcıları, örneğin e-posta, anlık mesajlaşma, sohbet konferans odaları ve / veya video konferans dahil olmak üzere tarafların çeşitli çevrimiçi arabuluculuk alternatifleri arasından seçim yapmasına olanak tanır. Süreç maliyetleri,

kullanılan çevrimiçi teknolojiye ve arabuluculuğun uzunluğuna bağlı olarak değişir. Taraflara arabulucu ile doğrudan özel iletişim ya da tüm katılımcılarla ortak iletişim kanalları seçenekleri sunulabilmektedir. Bazı sistemlerde arabulucu tarafların talebi üzerine bağlayıcı olmayan çözüm önerileri sunabilmektedir.

Yukarıda kısaca aktarılan sistemlerde kritik soru, e-arabuluculuk platformunun eşzamanlı mı yoksa eşzamanlı olmayan iletişimi mi hedeflemesi gerektiğidir. Bu soru genellikle odaklanmanın metinde mi yoksa videoda mı olması gerektiği sorusuyla iç içe geçmiştir. Herhangi bir metin tabanlı platform (e-posta dahil) aracılığıyla neredeyse eşzamanlı süreçler gerçekleştirirken, bazıları tamamen eşzamanlı süreç ön görmektedirler (ör. sohbet, anlık mesajlaşma). Senkron yani eş zamanlı süreçler, arabulucuları hızlı tepki vermeleri için baskı altında aldığı ve bu nedenle bilgi akışının daha az ve zor takip edilmesine neden olduğu gerekçesi ile eleştirilmiştir. Diğer taraftan uygulamada asenkron yöntemlere yöneliş daha fazla olduğu tespit edilmiştir. Birçok platformda çoğu zaman, süreç birden çok düzeyde eş zamansızdır.

Türkiye’de arabuluculuk kurumu ve arabuluculuk uygulamasındaki tartışmalar özellikle dava şartı arabuluculuk uygulamaları ekseninde karşımıza çıkmaktadır. Son dönemde Covid 19 etkisi dolayısıyla arabuluculuk sürecinin yürütülmesi bakımından Çevrimiçi Teknolojileri Kullanan Geleneksel Arabuluculuk modeli üzerinde tereddütler hasıl olmuştur. Kısaca geleneksel arabuluculuk sürecinin bilgi ve iletişim teknolojileri ile desteklenmesi ve bu çerçevede özellikle her iki tarafın da vekil ile temsil edildiği durumlarda elektronik imza kullanımı ile arabuluculuk sürecinin yürütülmesi kabul edilmektedir. Kanaatimizce arabulucu eş zamanlı olarak ya da kayıtlı elektronik posta yoluyla bilgi ve belgelerin paylaşımı ile de bu süreci yürütebilir. Arabulucu gerekli gördüğü durumlarda taraflar ve vekilleri ile eş zamanlı olarak ya da farklı zamanlarda çevirim içi görüşmeler de yapabilir. Bu süreçte tutanakların ve anlaşma belgesinin elektronik imza ile düzenlenmesi mümkündür. Buna karşın tarafların vekil ile temsil edilmediği durumlarda özellikle dava şartı arabuluculuk uygulamaları bakımından arabuluculuk sürecinin Arabuluculuk Daire Başkanlığı himayesinde geliştirilecek bir

yazılım programı üzerinden güvenli elektronik ortamda gerçekleştirilmesi için gerekli alt yapının hazırlanması uygun olacaktır. Ticaret odaları tarafından da ihtiyari arabuluculuk sürecinin özellikle yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar bakımından çevirim içi başlatılması ve yürütülmesini cazip kılacak portallar oluşturulması önerilmektedir.

E-MEDIATION OVERVIEW AND RECOMMENDATIONS FOR TURKEY

As a result of the rapid development of information and communication technologies, the effect of technology has become more prominent in both judicial and alternative dispute resolution processes. In Turkey, digitalization of court files integrated with UYAP, regulations on electronic signature, electronic notification and online hearings can be shown as examples in terms of the use of information and communication technologies in the judiciary. Especially due to the measures taken against the Covid 19 outbreak and the impracticability of the gathering of the parties, the necessity to benefit from these technologies in the resolution of disputes has increased. Moreover, use of the teleconferencing method in mediation has been the subject of the decisions given by the Regional Courts of Appeal. In a decision of the 9th Civil Chamber of the Regional Court of Appeal in Ankara, numbered 2019-2485/1674, it is stated that, *“There is no regulation in the legislation which enables the parties to attend the mediation meeting via phone. On the contrary, the relevant regulations are put down by means of face-to-face participation. In this matter, the competency and authority of the participant, who attends the meeting via phone is utmost important. . In this case, considering that there is no legally defined and legally valid voice recognition system, the legal identification of the person speaking is problematic.”* In another decision given by the 6th Civil Chamber of the Regional Court of Appeal in Ankara, dated 04.02.2020 and numbered 2019/4092 and 2020/304, it is stated that, *“according to the article 24/3 of the Bylaw of the Mediation Code in Civil Disputes which regulates the appointment of the mediator in Mediation as cause of action, ‘the mediator informs the parties about the appointment by using all kinds of communication tools in his or her knowledge, and invites the parties and their attorneys if any to the first meeting.’ This regulation puts forward that there is no legal obstacle which restrains the mediator to communicate with the parties by video calls via electronic systems”*. Within the framework of these decisions, different opinions have been put forward in terms of whether the use of teleconferencing method in the mediation process can be decided upon the request of one of the parties or the mediator itself.

According to one view, the mediator can use the teleconference method upon the request of at least one of the parties and the consent of the other party, provided that the parties are not in the same jurisdiction. In another opinion, it is stated that the mediator can automatically decide to hold mediation negotiations by teleconference, even if there is no request from one of the parties, if the parties are not in the same jurisdiction. In an announcement published by the Department of Mediation in the Ministry of Justice on March 16, 2020, it has been recommended that “in the disputes regarding the mediation processes, the emphasis should be placed on the use of the teleconferencing, regardless of whether the parties are in or out of the jurisdiction”. The teleconference method in mediation was met with hesitation early on, yet with the encouragement of the Department of Mediation in the Ministry of Justice and the impact of the Covid 19 outbreak, there is a tendency to expand the field of application of this method.

Although teleconferencing is a method for online mediation practices, e-mediation refers to a wider area. As with all online alternative dispute resolution solutions (ODR), the key element in mediation is the use of technology and, in this context, devices such as computers, mobiles and software programs. These tools facilitate the arrangement of information, sending automatic messages, drafting written correspondences, preventing the use of inappropriate language, providing communication via video and teleconference, and drafting contracts for the mediator and the parties. Some software programs, based on their complexity level, have the capacity to determine and confirm the starting moment and duration of the negotiations and the interests and priorities of the parties. Even the use of artificial intelligence as a mediator is a subject that is widely discussed in the international arena.

E-Mediation can be applied in terms of all disputes that are suitable for face to face mediation. E-Mediation provides an important convenience especially due to the difficulties related with the physical gathering of the parties in consumer disputes arising from cross-border disputes or electronic commerce. However, it should be noted that e-Mediation has some difficulties and drawbacks as well. In this context, the application of the

traditional mediation techniques online, ensuring privacy, building trust online, the role of the third neutral party in the online space, participation of the third parties, technical equipment and technical knowledge are listed as the main challenges. On the other hand, cross-border dispute resolution through electronic mediation is a complex process.

E-Mediation methods can generally be classified as follows:

1- Fully Electronic Mediation: In this method, mediation takes place electronically from the beginning to the end of the process. Websites such as Cybersettle and clickNsettle, which are particularly active in the field of mediation in the United States, are fully online and focus primarily on disputes relating the payment of money. These websites act as neutral arenas to exchange bilateral agreement offers between the parties. The process begins with one of the parties logging into the secure website and setting a deadline for the dispute resolution (which is usually between 30 and 60 days). Then, an e-mail is sent by the website to inform the other party of the proposal, and the logging access of the website for the said party is maintained. The said party can accept or decline to participate the process. If they decide to participate, they log into the website and make a request. The computer software automatically compares the request with the original offer and sends emails to both parties. Through this e-mail, the information whether the parties are within the agreement area or whether they are in an approach to the agreement is given. The parties submit their mutual offers to each other, limited to the number or time specified in the process. If the parties cannot reach an agreement, the offers made by the parties remain completely confidential. The parties may choose another dispute resolution method or apply judicial procedure.

2- Cyber Mediation, where a neutral third party acts as a facilitator with an advanced software:

This method enables the involvement of the parties and the mediator as an impartial third party, using an innovative negotiation process and powerful computer software. The mediator first ensures that the parties

understand and express their interests by meeting face to face or online. Furthermore, the mediator detects the disputed issues. This specification can be obtained by filling a form containing information on the issues of dispute and negotiation with the help of the mediator. This form also creates the framework of the agreement. The mediator then negotiates with each of the parties separately to reveal their first choices, and enters the data to the software, which develops agreement packages according to the mediator's input. The mediator evaluates the agreement packages with the parties and helps the parties to clarify their mutual demands. If both parties agree on the same agreement package, the software program attempts to develop the package to meet the interests of the parties to the maximum extent. The final written agreement is drafted with the latest version of the agreement package and signed by all parties.

3- Traditional Mediation Using Online Technologies:

In this method, where online technologies such as e-mail, list servers, chat rooms and instant messaging are used primarily through websites, the mediator who uses rather traditional communication methods plays an active role in the negotiation process. The process begins with one of the parties contacting the service provider or mediator and filling in an online form that sets forth the dispute and claims. This form is then reviewed by a mediator, who contacts with the other party. The other party participates the process via e-mail or by responding to the form.

The mediator cooperates with the parties to identify the disputed issues and to express the parties' interests. Some service providers allow parties to choose from a variety of online mediation tools, including e-mail, instant messaging, chat conference rooms and / or video conferencing. Process costs vary depending on the online technology used and the length of the mediation. The parties can be offered the options of direct private communication with the mediator or common communication channels with all participants. In some systems, the mediator can offer non-binding solutions at the request of the parties.

In the systems briefly mentioned above, the critical question is whether the e-mediation platform should target simultaneous or asynchronous communication. This question is often intertwined with whether the focus should be on wording or video. While it is possible to perform near simultaneous procedure through any text-based platform (including email), some text-based platforms offer complete simultaneous procedure (e.g. chat, instant messaging). Synchronous processes have been criticized on the grounds that they put the mediators under pressure to react quickly, which causes the information flow to diminish and be difficult to follow. On the other hand, in practice, there is a tendency towards asynchronous methods. Often on many platforms, the process is asynchronous at multiple levels.

Discussions on mediation and mediation practices in Turkey are encountered especially in the axis of the practice of the mediation as cause of action. Recently, doubts have set forth on the Traditional Mediation Model Using Online Technologies in terms of conducting the mediation process due to the effects of Covid 19. In short, the traditional mediation process, supported by information and communication technologies and the use of the electronic signature especially in cases where both parties are represented by an attorney, is widely accepted. In our opinion, the mediator may share the information and related documents simultaneously or via registered electronic mail. When deemed necessary, the mediator may hold online meetings with the parties and their attorneys simultaneously or at different times. In this process, it is possible to arrange the records and the agreement document with electronic signature. On the other hand, in cases where the parties are not represented by an attorney, the necessary infrastructure for the mediation process to be carried out in a secure electronic environment through a software program should be developed within the body of the Department of Mediation. It is also suggested by chambers of commerce to establish portals that will make the online voluntary mediation process attractive, especially in terms of disputes involving foreign elements.

KAYNAKÇA

- Akkan**, M.: “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 2, 2018, ss. 1-31.
- Albayrak**, H.: Eşitlik Ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu, *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, 17 Etik Özel Sayı, ss. 12-24.
- Atalı**, M.: “Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, (Editor: **Erdoğan**, E.), Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 6-7 Aralık 2018, ss. 137-154.
- Bordone**, Robert C.: Electronic Online Dispute Resolution: A Systems Approach – Potential Problems and a Proposal, *Harvard Negotiation Law Review*, 1998, ss. 175, 176.
- Boulle**, L.: “Mediation Principles”, Process, Practise, Sydney-Adelaide Brisbane-Canberra-Melborne-Perth, 1996.
- Breaux**, Paul W. : Computer & Internet Lawyer. Mayıs 2015, C. 32, S. 5, ss. 1-4.
- Ebner**, Noam, E-Mediation in Online Dispute Resolution: Theory and Practice, (Editörler: **Abdel Wahab**, M.S., **Katsh**, E. & **Rainey**, D.) 2012, s. 357 vd. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2161451>.
- Ekmekçi**, Ö./Özekes, M./**Atalı**, M./**Seven**, V., Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, İstanbul Kasım 2019, 2. baskı.
- Erdoğan**, E.: “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, Yıl 2017, ss. 1211-1242.
- Goodman**, J: The Pros and Cons of Online Dispute Resolution: An Assessment of Cyber Mediation Websites, 2 *Duke Law & Technology Review*, 2003, ss. 1-16.
- Gözel**, Y: Arabuluculuk Sürecinde Telekonferans, <https://www.arabulucuforum.com> adresinden erişilebilir (Erişim Tarihi: 19.10.20209)
- Konca Kurt**, N.: “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şart (Zorunlu) Arabuluculuk”, SETA Perspektif, Sayı:225, Aralık 2018, ss. 1-6.
- Namlı**, M.: “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı İle Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medenî Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi (Editör: **Doğan Yenisey**, K.), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 14 Mayıs 2016, İstanbul, ss. 151-165.
- Namlı**, M.: “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, Yıl: 2018, ss.1295-1327. (Mahkemeye Erişim Hakkı).
- Özekes**, M.: “Arabuluculuk Mahkemelerine Doğru Tehlikeli Gidiş”, Duruşma Arası, S.1, 2019, ss. 53-63.
- Özekes**, M.: “Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü Bakımından Değerlendirilmesi”, Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu (Editor: **Erdoğan**, E.) 6-7 Aralık 2018, Ankara, (Basım Yılı: 2019), ss.111-136. (Zorunlu Arabuluculuk)
- Özmumcu**, S.: “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, İÜHFİM C. LXXIV, S. 2, 2016, ss. 807-842. (Zorunlu Arabuluculuk)

- Özmumcu, S.:** “Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”, İÜHFMC. LXXI, S. 1, ss. 1369-1390. (Arabulucunun Rolü)
- Özmumcu, S.:** *Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Sisteminde Genel Bir Bakış*, 2. baskı, İstanbul 2012.
- Öztek, S.:** “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı’na İlişkin Görüş ve Eleştiriler”, Arabuluculuk Yasa Tasarısı –Eleştiri ve Öneriler- Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, ss. 17-34
- Özbek, M. S.:** *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 2. Cilt, Ankara 2016.
- Özbek, M. S.:** “Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme”, Başkent Üniversitesi HFD Temmuz 2017, C. 3, S. 2, ss. 69-85 (İcra Edilebilirlik).
- Pekcanitez, H.:** *Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sempozyumu*, Ankara 5-6 Kasım 2009, s. 59 vd. (Sempozyum).
- Pekcanitez, H.:** “Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine” Toplantısı (23 Aralık 2017), İstanbul 2018, Tartışma ve Yorumlar, s. 127.
- Suquet-Capdevila, J.:** “Exploring **Online Consumer Mediation** in Catalonia: Principles and Technological Uses”, *International Journal of Law and Information Technology*, C. 20, S. 2, 2012, ss. 124-146.
- Szoke, G.L.:** “How (not) to Regulate **mediation** the Effects of the Strict Hungarian Provisions on **Online Mediation**” *Masaryk University Journal of Law and Technology*, C. 2, S. 2, 2008, ss. 147-162.
- Tanriver, S.:** “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, *TBBD*, 2006/64, s. 151 vd.
- Tanriver, S.:** “Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler, Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarında Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi”, *Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sempozyumu*, Ankara 5-6 Kasım 2009, s. 89 vd.
- Tanriver, S.:** *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, Ankara 2020.
- Taşpolat Tuğsavul, M.:** *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara 2012.
- Taşpolat Tuğsavul, M.:** “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 1, Ocak 2019, ss. 333-379.
- Yazıcı Tıktık, Ç.:** *Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamasının Temel İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Editörler: Süral Efeçinar, C/ Yardım, E.)*, ss. 113-129.
- Yeşilirmak, A.:** *Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, İstanbul 2011.
- Yeşilirmak, A.:** *Uyuşmazlıkların Arabuluculuk ve Tahkim Yollarının Birlikte Kullanılarak Çözümü, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu (Editor: Ersin Erdoğan) 6-7 Aralık 2018, Ankara, (Basım Yılı: 2019)*, ss.181-189.
- Yıldırım, K.:** “İhtilâfların Mahkeme Dışı Usûllerle Çözülmesi Hakkında”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, ss. 337-360.
- Zhao, Y.:** *Rethinking the Limitations of **Online Mediation***, *American Journal of Mediation*, Vol. 11, ss. 163-199.

TÜRK VE MUKAYESELİ HUKUK DÜZENLEMELERİNDE ARABULUCU OLABİLME ŞARTLARI VE ARABULUCULAR SİCİLİNE KAYIT

Öğr. Gör. Ferhat YILDIRIM*

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK)'nın "Tanımlar" başlığını taşıyan ikinci maddesinin ilk fıkrasının (a) bendinde arabulucu tanımlanmaktadır. İlgili hükme göre arabulucu, "Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişiyi" ifade etmektedir. Yine bu düzenleme ile ilintili olarak HUAK md 20 arabulucular siciline kayıt koşullarını tahdidi olarak saymış ve bu şartları sağlayan kişinin arabulucu olarak sicile kaydedileceğini ve arabuluculuk mesleğini ancak bu sicile kayıt işleminden sonra icra edebileceğini hüküm altına almıştır. Arabuluculuk mesleğinin fiili olarak yerine getirilebilmesi açısından gerekli olan en temel koşulun arabulucular sicile kayıt olmak olduğu, keza sicile kayıt olabilmek ve dolayısıyla da arabuluculuk mesleğini yapabilmek için sicile kayıt şartlarını küllen taşımak gerektiği görülmektedir.

Çalışmada arabulucular siciline kayıt için gerekli olan şartlar, sicil kaydının tutulmasındaki usul ve esaslar, sicil kaydının düzeltilmesine ilişkin getirilen düzenlemeler gerek HUAK gerek mukayeseli hukukta özellikle Alman, Avusturya uygulamaları merkezinde ele alınarak karşılaştırılmaktadır. Düzenlemeler arasında arabulucu olabilme, sicile kayıt ve sicillerin tutulması sistemleri bakımından benzerlikler belirtilmekle birlikte, bilhassa Avusturya Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Federal Kanunu [Zivilrechts-Mediations-Gesetz (ZivMediatG)] özelinde getirilen arabulucu olma şartları ve bu şartlardan farklılık arz edenlerin HUAK kapsamında uygun olup olmayacağı meselesi üzerinde durulmaktadır. Yapılan

* Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü Öğretim Görevlisi, ORCID: 0000-0002-6745-8820.

karşılaştırma neticesinde, mukayese edilen ülkelerin uyguladıkları sistemler birlikte yorumlanarak mevcut düzenlemelere farklı bir bakış açısı, eleştiri ve görüş getirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK), arabulucu, arabulucular sicili, arabulucu olabilme şartları, sicile kayıt şartları, sicilden silinme.

CONDITIONS FOR ELIGIBILITY TO ACT AS A MEDIATOR AND REGISTRATION WITH MEDIATORS' REGISTRY IN TURKISH AND COMPARATIVE LAW PROVISIONS

A mediator is defined in subparagraph (a) of the first paragraph of the second article titled "Definitions" in the Law no. 6325 on Mediation in Civil Disputes (LMCD). According to the said provision, a mediator means "*a natural person who acts as a mediator and is registered with the mediators' registry kept by the Ministry.*" In connection with this provision, Article 20 of the LMCD also provides a non-exhaustive list of conditions for registration with the mediators' registry and prescribes that individuals meeting these conditions shall be registered with the registry as mediator and shall be eligible to perform the mediation profession only following this registration. It is noted that the most basic condition that is indispensable in order to be eligible to practice as a mediator is to be registered with the registry of mediators, and in fact, it is necessary to meet all of the conditions for registration with the said registry in order to be able to register therewith and thus to be eligible to serve as a mediator.

In this study, the conditions sought for registration with the mediators' registry, procedures and principles applicable to keeping of the registry records, and the regulations introduced with respect to correction of the registry records, are examined within the framework of the Law on Mediation in Civil Disputes (HUAK) as well as comparative law, by making comparisons especially in view of the practices in German and Austria. From among the regulations, similarities especially in terms of eligibility criteria for becoming a mediator, registration with the registry, and the systems in place for keeping of the registries, are set forth, and emphasis is made on the conditions sought for becoming a mediator, as introduced within the scope of the Austria Federal Law on Mediation in Civil Disputes [Zivilrechts-Mediations-Gesetz (ZivMediatG)] and the issue of whether or not anything that deviates from these conditions would be applicable under HUAK. Upon the comparison made, the systems applied in

the countries that are the subject of the comparison were interpreted, and it was sought to introduce a different perspective, criticism and opinion with respect to the existing regulations.

Keywords: The Law on Mediation in Civil Disputes (LMCD), mediator, mediators' registry, conditions of eligibility to act as mediator, conditions for registration, deregistration

KAYNAKÇA

- AKCAN, Recep *“Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı İle İlgili Düşünceler”*, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, (39-51).
- AKİL, Cem *“Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Federal Kanunu”*, İÜHFD, C.LXX, S. 2, İstanbul 2012, (287-296).
- AYDIN, Murat Burak *“Japonya’da Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Türkiye’de Arabuluculuk ve Yaşayan Hukuk”*, Prof. Dr. Adnan Güriz’e Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2016, (155-202).
- BAYRAKTAR, Muratcan *“Alman ve Türk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış”*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 4, (151-172).
- BUDAK, Ali Cem / KARA-ASLAN, Varol *Medeni Usul Hukuku*, Adalet Yayınları, 4. Bası, Ankara 2020.
- BULUR, Alper *“Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk”*, Ankara Barosu Dergisi, 65/4, Güz 2007, (30-46).
- DUVE, Christian *“Brauchen wir ein Recht der Mediation? Zur Zukunft rechtlicher Rahmenregelungen für die Mediation in Deutschland und Europa”*, Deutscher Anwaltsblatt (AnwBl) 2004, 1-6, (1-11).
- DÜR, Orhan *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri*, Adalet Yayınevi, 1. Bası, Ankara 2017.
- EIDENMÜLLER, Horst / WAGNER, Gerhard *Mediationsrecht*, Ottoschmidt Verlag, 1. Aufl., Köln 2015.
- EKMEKÇİ, Ömer / ÖZEKES, Muhammet / ATALI, Murat *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, Oniki Levha Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul 2019.
- ERDEM, Murat *“Das türkische Mediationssystem bei der Schlichtung für Rechtsstreitigkeiten”*, Law and Justice Review, Yıl: 7, Sayı: 12, Haziran 2016, (371-382).
- ERİŞİR, Evrim / TEKİN, Ceren *“Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Uyuşmazlıkları Üzerine Yeşil Kitap”*, MİHDER, 2008/1, S. 9, (131-165).

- ILDIR, Gülgün Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Seçkin Yayınevi, 1. Bası, Ankara 2003.
- IŞIK, Serpil *“Mediation as an Alternative Dispute Resolution Method and Mediation Process in Turkish Law System: an overview”*, Annales de La Faculte de Droit d’Istanbul, Yıl: 2016, Cilt: XLVIII, Sayı: 65, (55-87).
- KNAPP, Dietmar Grundzüge des Mediationsrechts, Linde Verlag, 1. Aufl., Wien 2012.
- OBOOTH, Monika / WEC- KERT, Al Mediation, Wiley-CH Verlag, 2. Aufl., Wienheim 2014.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Cilt I-II, Yetkin Yayıncılık, 4. Bası, Ankara 2016.
- PEKCANİTEZ, Hakan *“Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Tanıtımı, Tasarı Üzerine Genel Tartışma ve Değerlendirme”*, MİHDER, Ankara 2008, (290-299).
- POSTACIOĞLU, İlhan E. / ALTAY, Sümer Medeni Usul Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, 7. Bası, İstanbul 2015.
- PRÜLTING, H. Mediation und gerichtlichen Verfahren- ein sehenbar überraschenden Vergleich, BB 1999.
- RABE, Christine Susanne / WODE, Martin Mediation Grundlagen Methoden, rechtlicher Rahmen, Springer Verlag, 1. Aufl., Hannover 2013.
- SONNLEITNER, Karin Wege aus dem Konflikt Mediation Schlichtung- Gericht, Uni Press Graz Verlag, 1. Aufl., Graz 2015.
- ŞIPKA, Şükran *“Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi”*, İTİCÜ Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 12, Güz 2007/2, (163-175).
- TANRIVER, Süha *“Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Getirdikleri ve Değerlendirilmesi”*, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, (637-656).
- TUĞSAVUL, TAŞPOLAT, Melis Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayıncılık, 1. Bası, Ankara 2012.

İTERNET KAYNAKLARI

- www.ris.bka.gv.at (Rechtsinformationssystem des Bundes)
<http://eur-lex.europa.eu> (Eu-Lex)
<http://www.bgbl.de/xaver/bgbl> (Bundesgesetzblatt)
www.adalet.gov.tr/tasarilar (Adalet Bakanlığı)
<http://www.adb.adalet.gov.tr> (Arabuluculuk Daire Başkanlığı)
<https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar> (Türkiye Büyük Millet Meclisi)
<http://www.resmigazete.gov.tr> (Resmi Gazete)
https://www.americanbar.org/groups/dispute_resolution/resources/DR_Rosters_List/
(American Bar Association)
www.mediatoren.justiz.gv.at (Bundesministerium für Justiz)
www.oebm.at (Der Österreichische Bundesverband für Mediation)
<https://president.az/articles/32594> (Azerbaycan Respublikası Prezident)
<https://www.bmev.de> (Deutscher Bundesverband für Mediation eV)

ARABULUCULUK SÜREÇLERİNDE TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTSİZLİKLERİ, GÜÇ DENGESİZLİKLERİ VE FARKLILIKLARIN YÖNETİLMESİ

Av. Arb. Dilek YUMRUTAŞ*

Hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde, kişilerarası iletişimin kurulmasıyla uygun müzakere koşullarının sağlanarak, kişiler arasında yaşanan sorunun barışçıl yöntemlerle çözümüne olanak sağlayan arabuluculuk, bireyin insan olarak hukuksal eşitliğinin sağlanması, cinsiyete dayalı ayrımcılığın önlenmesi ile güçsüz, dezavantajlı konumdaki bireylerin, toplumsal farklılıklar üzerinden şekillenen güç dengesizliklerini gidermeye yönelik toplumsal cinsiyet eşitliği bakış açısı ile toplumsal cinsiyet ihtiyaçlarının doğru bir şekilde analiz edilebilmesini esas almaktadır.

Cinsiyetler arasındaki eşitlik, farklı cinsiyetten bireylerin güç ilişkileri açısından eşit ve adil bir konuma sahip olması, gündelik yaşamdaki kaynak ve fırsatlara eşit bir şekilde ulaşabilmesi ve tüm toplumda eşit haklara sahip bireyler olarak kabul edilmesini ifade eder.

Toplumsal cinsiyet analizi, toplumsal cinsiyet temelli eşitsizliklerin fark edilerek farklı nüfus gruplarının ihtiyaçlarının karşılanması için tarafsızlığı ve insan haklarını geliştirebilmenin önemli bir aracıdır.

Arabuluculuk, arabuluculuk eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin (arabulucu), kolaylaştırıcı olarak sürece katılımıyla hazırlık, başlangıç, inceleme, müzakere ve sonuç olmak üzere beş temel aşamadan oluşan, iki veya daha fazla taraf arasında nitelikli iletişim ve müzakere ile gerçekleştirilen uyuşmazlık çözüm yöntemidir.

Cinsiyet, kadın ve erkekleri biyolojik olarak birbirinden ayıran genetik temelli yapıya dayanır (Yüce, 2017). Toplumsal cinsiyet, sosyal ortam

* İstanbul Barosu. ORCID: 0000-0003-4847-9893.

içerisinde toplumun kadın ve erkek bireylere yönelik beklentisi, kadınlık ve erkeklikten anladığı, cinsiyetlere uygun gördüğü davranışları, yönelimleri ve tutumları ifade etmektedir.

Toplumsal cinsiyet, biyolojik cinsiyetten farklı olarak, kadınla erkeğin sosyal ve kültürel açıdan tanımlanmasını, toplumların bu iki cinsi birbirinden ayırt etme biçimini, onlara verdiği toplumsal rolleri anlatmak için kullanılan bir kavramdır. Toplumsal cinsiyet, biyolojik cinsiyetin psikososyal ortamdaki dışavurumudur (Dökmen, 2009). Toplumsal cinsiyetin oluşmasının temelinde psikolojik, kültürel ve toplumsal faktörler yer almaktadır (Yüceol, 2016). Cinsiyet tek bir faktöre (biyolojik fark) bağlı olarak farklılık yaratırken, toplumsal cinsiyet birçok faktöre (psikolojik, kültürel ve toplumsal) bağlı olarak farklılık yaratmaktadır.

Tüm vatandaşlara yönelik olarak sunulan arabuluculuk hizmetinin herkes için ulaşılabilir olması, biyolojik cinsiyet farklılıklarına karşı geliştirilen tutumun tarafsız, adil ve eşitlik ilkesine uygun olmasını gerektirir. Arabuluculuk toplumsal cinsiyet eşitliğini temel almalıdır.

Toplumsal cinsiyet ihtiyaçları, toplumsal cinsiyet eşitliği ve ayrımcılıkla mücadeleyle ilişkilidir ve arabuluculuk ilkeleri çerçevesinde önemlidir.

Arabuluculuk, çatışmaların çözümü ve yönetimi açısından en etkili çözüm yollarından biridir ve temelinde tarafsızlık, adil olma ve eşitlik ilkesi yatar. Çatışmaya neden olan tutumların ve inançların biyolojik cinsiyet, sınıf, etnik köken, dinî inanç vb. ile biçimlenen farklı güç ilişkileri çerçevesinde ele alınması gerekir. Arabuluculuk sürecinde toplumsal cinsiyet bakış açısı, çatışma içerisinde yer alan aktörlerin iletişim tarzlarını, çatışma davranışını ve ihtiyaçlarını anlayabilmek açısından önemlidir. (TAEKK,s.189-192)

Arabuluculuk sürecinde toplumsal cinsiyet analizi, çatışmaların, bu çatışmalara verilen farklı tepkilerin tespitinde ve farklılaşan ihtiyaçların analizinde, müzakere edilecek konuların (güvenlik, güç paylaşımı, ekonomi, sosyal konular vb.) belirlenmesinde, arabuluculuk sürecine katılımın sağlanmasında, sürece ilişkin memnuniyetin geliştirilmesinde ve tüm bu

konular açısından gerekli olan mekâna ve lojistiğe ilişkin düzenlemelerin gerçekleştirilmesinde kapsamlı bir çerçeve sunar. (TAEKK,s.189-192)

Kadın ve erkekleri biyolojik farklılıklarına dayanarak toplumdaki rolleri ve konumlarının doğal ve kaçınılmaz olduğunu düşünmek ve onları kadın ve erkek rolleriyle ve olanaklarıyla ayırıştırmak ve sınırlandırmak, eşit ve adil bir yaklaşım değildir. Arabuluculuk süreçlerinde, arabulucuların güç dengesizliğinin bulunduğu durumlarda tarafsızlığını koruyabilmesi ancak toplumsal cinsiyet farkındalığıyla mümkündür. Ulusal ve uluslararası yasal düzenlemelerde, arabuluculuk sürecinin temel insan haklarını ihlal edecek bir süreç olarak görülemeyeceği ve güç dengesi gözetilerek yürütülmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir. Toplumsal cinsiyet farklılıkları ve güç eşitsizliğine ilişkin farkındalık, farklı cinsiyete sahip bireylerin aynı ihtiyaçlara, olanak veya kısıtlılıklara ve kaynaklara sahip olmadığını, arabuluculuk sürecinde planlanan eylemlerin farklı cinsiyete sahip bireylerin toplumsal güç eşitsizlikleri nedeniyle farklı sonuçları olabileceğinin, kadınlar ve erkeklerin çatışan ihtiyaçları veya sınırlılıklarının, pratik ve stratejik toplumsal ihtiyaçlarının arabulucular tarafından bilinmesini ve tarafsız bir arabuluculuk sürecinde güç eşitsizliklerini giderecek şekilde farklılıkların farkındalıkla yönetimini zorunlu kılar. Arabuluculuk yolu ile uyumsuzluk çözümü süreçlerinde toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması, bu yönde farkındalığın artırılması ve toplumsal cinsiyet dengeli arabuluculuğun uygulanması ile mümkün olacaktır.

Çalışmamızda, arabuluculuk süreçlerinde, bireyin insan olarak hukuksal eşitliğinin, toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması, cinsiyete dayalı ayrımcılığın önlenmesi ile güçsüz, dezavantajlı konumdaki bireylerin, toplumsal farklılıklar üzerinden şekillenen güç dengesizliklerini gidermeye yönelik toplumsal cinsiyet eşitliği bakış açısı ile toplumsal cinsiyet ihtiyaçlarının analiz edilebilmesinin, uyumsuzlukların çözümü bakımından taşıdığı önem, farklı bakış açılarıyla vurgulanmaktadır. Araştırmalarda, farklı cinsiyete sahip bireylerin farklı ihtiyaçlar ile farklı bakış açılarına sahip oldukları, uyumsuzluk çözüm süreçlerine gelirken birbirleriyle aynı norm ve değerlerle gelmedikleri tespit edilmiştir. Arabuluculuk temel ilke ve esasları ile etik kuralları çerçevesinde, arabuluculuk sürecinde eşitlik, tarafsızlık,

bağımsızlık, iradilik, gizlilik, güvenin sağlanması ve tarafların sürece katılım konusundaki toplumsal cinsiyet eşitsizlikleri, dezavantajlar ve güç dengesizliği nedeniyle olası engellerin giderilmesi için, farkındalığın artırılması ile toplumsal cinsiyet dengeli arabuluculuğun uygulanması önerilmektedir.

Anahtar kelimeler: Hukuk, Arabuluculuk, Uyuşmazlık Çözümü, Toplumsal Cinsiyet, Toplumsal Cinsiyet Eşitliği

MANAGING GENDER INEQUALITIES, POWER IMBALANCES AND DIFFERENCES IN MEDIATION PROCESSES

Mediation, which enables the solution of the problems between individuals through peaceful methods, by establishing appropriate negotiation conditions by establishing interpersonal communication in the resolution of legal disputes, ensuring the legal equality of the individual as a human being, preventing discrimination based on gender, and eliminating the power imbalances of weak and disadvantaged individuals, which are shaped by social differences. It is based on the accurate analysis of gender needs with a gender equality perspective.

Equality between the genders means that individuals of different sexes have an equal and fair position in terms of power relations, have equal access to resources and opportunities in daily life, and are accepted as individuals with equal rights in the whole society.

Gender analysis is an important tool for recognizing gender-based inequalities and improving impartiality and human rights to meet the needs of different population groups.

Mediation, with the participation of an impartial and independent third person (mediator), who has received mediation training, as a facilitator, is a dispute resolution that consists of five basic stages: preparation, initiation, examination, negotiation and conclusion, through quality communication and negotiation between two or more parties. method.

Gender is based on the genetic basis that separates men and women biologically. (Yüce, 2017). Gender refers to the expectations of the society towards male and female individuals in the social environment, the behaviors, orientations and attitudes that they understand from femininity and masculinity and that they deem appropriate for the sexes.

Unlike biological sex, gender is a concept used to describe the social and cultural definition of men and women, the way societies distinguish these two genders from each other, and the social roles they give them. Gender is the expression of biological sex in the psychosocial environment (Dökmen, 2009). Psychological, cultural and social factors are at the root of the formation of gender (Yüceol, 2016). While gender creates difference depending on a single factor (biological difference), gender creates difference depending on many factors (psychological, cultural and social).

The availability of mediation services for all citizens requires that the attitude developed against biological gender differences be impartial, fair and in line with the principle of equality. Mediation should be based on gender equality.

Gender needs are related to gender equality and anti-discrimination and are important within the framework of mediation principles.

Mediation is one of the most effective solutions in terms of conflict resolution and management, and it is based on the principle of impartiality, fairness and equality. Biological gender, class, ethnic origin, religious belief etc. of the attitudes and beliefs that cause conflict. It must be handled within the framework of different power relations shaped by. The gender perspective in the mediation process is important in understanding the communication styles, conflict behavior and needs of actors in conflict.

Gender analysis in the mediation process, determination of conflicts, different responses to these conflicts and analysis of differing needs, determination of the issues to be negotiated (security, power sharing, economy, social issues, etc.), participation in the mediation process, improving satisfaction with the process and all these issues. It provides a comprehensive framework for the realization of the necessary space and logistics arrangements.

It is not an equal and fair approach to think that the roles and positions of men and women in society based on their biological differences are natural and inevitable, and to separate and limit them with the roles

and possibilities of men and women. In mediation processes, mediators can only maintain their neutrality in cases of power imbalance with gender awareness. In national and international legal regulations, it is clearly stated that the mediation process cannot be seen as a process that would violate fundamental human rights and should be carried out by considering the balance of power. Awareness of gender differences and inequality of power suggests that individuals of different sexes do not have the same needs, opportunities or constraints and resources, that actions planned in the mediation process may have different consequences due to social power inequalities of individuals of different sexes, the conflicting needs or limitations of women and men. It obliges the mediators to know their strategic social needs and to manage differences with awareness in a way to eliminate power inequalities in a neutral mediation process. Achieving gender equality in dispute resolution processes through mediation will be possible by raising awareness in this direction and implementing gender balanced mediation.

In our study, in mediation processes, ensuring the legal equality of the individual as human, gender equality, preventing gender-based discrimination, and analyzing the gender needs of weak and disadvantaged individuals with a gender equality perspective to eliminate the power imbalances shaped by social differences, its importance is emphasized with different perspectives. In studies, it has been determined that individuals with different genders have different needs and perspectives and that they do not come to the same norms and values when coming to conflict resolution processes. Within the framework of the basic principles and principles of mediation and ethical rules, in order to eliminate possible obstacles due to gender inequalities, disadvantages and power imbalances in the mediation process, ensuring equality, impartiality, independence, will, confidentiality, trust and participation of the parties in the process, awareness raising and gender balanced mediation application is recommended.

Keywords: Law, Mediation, Conflict Resolution, Gender, Gender Equality

KAYNAKÇA

- 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Resmî Gazete Tarihi: 22.06.2012 Resmî Gazete Sayısı: 28331
- Avrupa Konseyi'nin Aile Arabuluculuğu ve Cinsiyetler Arası Eşitlik konusundaki 1639 sayılı ve 2003 tarihli Tavsiye Kararı
- Beham, M. ve Dietrich, L. (2013). Enhancing Gender-Responsive Mediation: A Guidance Note. (M. Beham ve A. Langley, Ed.). Vienna: OSCE.
- Çavdar, D. (2013). Üniversite öğrencilerinin toplumsal cinsiyet rollerine ilişkin tutumları ve romantik ilişkilerde akılcı olmayan inançları. Ankara üniversitesi, Ankara.
- Dökmen, Z. (2009). Toplumsal cinsiyet sosyal psikolojik açıklamalar. İstanbul: Remzi Kitapevi.
- Erzeybek, B. (2015). Anne-babaların çocuklarını yetiştirirken benimsedikleri toplumsal cinsiyet rolleri tutumları. Ankara üniversitesi, Ankara.
- Hatipoğlu A. D. (2015). Kadınların Adalete Erişimi, Ankara Barosu Dergisi, sayı 4:77-107.
- Mason S. J. A., Hess A., Gasser R. ve Federer J. P. (2015). Gender in Mediation: An Exercise Handbook for Trainers. Zürich: Center for Security Studies.
- Nadrac ve Attorney-General. (1999). A Fair Say: Managing Differences in Mediation and Conciliation, A guide for all involved. Australia.
- Sida Gender Tool Box. (2015). Gender Analysis - Principles & Elements. Sida: Sweden.
- Sida Gender Tool Box. (2016). Gender Equality and Gender Equity. Sida: Sweden.
- Şimşek H. (2011). Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliğinin Kadın Üreme Sağlığına Etkisi: Türkiye Örneği. DEÜ Tıp Fakültesi Dergisi, 25(2), 119-126.
- Thompson, N. (2016). Güç ve Güçlendirme. (Ö. Cankurtaran, Çev. ve Ed.). Ankara: Nika Yayınevi.
- TAEKK, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Adalet Bakanlığı, Nisan 2019
- Uygur, G. (2012). Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi, T.C. Anadolu Üniversitesi AÖF Yayın No: 2307, 154-178, Turkey.
- Yüce, D. (2017). Cinsel yönelim ve cinsel kimlik ayrımı.
- Yüceol, E. (2016). Toplumsal cinsiyet rollerine ilişkin tutumlar, İstanbul Bilim Üniversitesi, İstanbul.
- İnternet Kaynakları
- Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin Aile Arabuluculuğu ve Cinsiyetler Arası Eşitlik konusundaki Tavsiye Kararı 1639 (2003) (madde 7 ve madde 8). www.arabuluculuk.adalet.gov.tr/Sayfalar/proje_belgeleri/ailearb.pdf
- Bora, A. (2008). Sivil Toplum Kuruluşları İçin Toplumsal Cinsiyet Rehberi. Ankara: STGM yayınları., <http://panel.stgm.org.tr/vera/app/var/files/s/t/stklar-icin-toplumsal-cinsiyet-rehberi.pdf>.
- Bora, A. (2012). "Toplumsal Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık" içinde Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar. (K. Çayır ve M. A. Ceyhan, Der.). İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları. <http://aciktoplumvakfi.org.tr/pdf/ayrimcilikanakitap.pdf>.
- CEDAW (2005). Concluding Comments: Turkey. Advance Unedited Version. <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reports/docs/concludecomments/Turkey.rev.1.pdf>

- Gül, I. İ. ve Karan, U. (2011). Ayrımcılık Yasası Eğitim Rehberi. (G. Ayata ve B. Yeşilada-ı, Ed.). İnsan Hakları Hukuku Çalışmaları, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları. http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/02/24/Ayrimcilik_Yasagi_Egitim_Rehberi.pdf.
- Raymond, T. , Ball, J. (2000). Alternative Dispute Resolution in the Context of Antidiscrimination and Human Rights Law: Some Comparisons and Considerations, Australian Human Rights & Equal Opportunity. <https://www.humanrights.gov.au/our-work/complaint-information-service/publications/alternative-dispute-resolution-context-anti>.

ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİNDE “CEZA KOŞULU” KARARLAŞTIRILABİLMESİNİN ŞARTLARI

Dr. Öğr. Üyesi Yıldırım KESER*

Ülkemizde arabuluculuk sürecinde çözülen özel hukuk uyuşmazlıklarının sayısı gün geçtikçe artmaktadır. Uyuşmazlıklar çözümlenirken taraflar, “yapma”, “verme” ya da “yapmama” borcu altına girebilirler. Uyuşmazlığın arabulucu aracılığıyla çözülmesi ile “yapmama” borçları dışında anlaşmanın icra safahatına geçilmektedir. Arabuluculuk anlaşma belgesinin icrasında sorun yaşamamak, anlaşmadan doğan alacağını anlaşmada belirtilen koşullar kapsamında elde etmek, alacaklı açısından büyük önem taşımaktadır. Bu nedenlerle arabuluculuk anlaşma belgelerinde tarafların “ceza koşulu” kararlaştırabilmeleri mümkündür.

Arabuluculuk anlaşma belgesinde kararlaştırılan “ceza koşulunun” geçerliliği, üzerinde durulması gereken hususların başında gelmektedir. Arabulucu anlaşma belgesini diğer sözleşmelerle karşılaştırdığımızda çalışma konumuzun sınırları itibarıyla önemli bir fark vardır. Şöyle ki; Arabuluculuk Kanunu 18/5, (Ek: 12/10/2017-7036/24 md.) uyarınca arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz. Ayrıca, taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler (AK md 18/2). Arabuluculuk anlaşma belgesinin kanundaki şartları taşıması hâlinde mahkeme kararı niteliğinde olabilmesi kararlaştırılabilecek ceza koşulunun niteliğinin sınırlandırılmasına yol açacaktır. Türk Borçlar Kanunu gereğince, ceza koşulu çeşitleri vardır. Bunlardan biri de “bozucu koşuldur.” Bu kavramın ne anlama geldiği, kanunda tanımlanmıştır. “Sona ermesi, önceden gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılan sözleşme ceza koşula bağlanmış olur” (TBK md 173/1).

* İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID 0000-0002-7990-4218.

Arabuluculuk anlaşma belgesinde “bozucu şart” kararlaştırılabilir mi? Bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Bozucu koşul tanımından da anlaşılacağı üzere, bozucu koşulun gerçekleşmesi hâlinde arabuluculuk anlaşma belgesinin hükümleri, koşulun gerçekleştiği andan itibaren ortadan kalkar. Oysa ki, arabuluculuk sürecinde çözülen uyuşmazlığa belirlenen anlaşma koşulları tarafları bağlar. Sadece anlaşma belgesindeki yükümlülüklerini ifa etmeyen tarafa karşı icra takibi yapılabilmesi gündeme gelir. Nasıl mahkeme kararları “bozucu koşula” tabi kılınamazsa ya da mahkeme huzurunda yapılan sulhler “bozucu koşula” tabi kılınamazsa arabuluculuk anlaşma belgeleri de bozucu koşula tabi kılınamaz. Arabuluculuk süresinde tarafların bozucu koşul kararlaştırarak anlaşmayı geçmişe ya da ileri etkili olarak fesh edebilmeleri mümkün değildir; çünkü arabuluculuk anlaşma belgesi ile birlikte sorun ya da sorunlar çözülmüştür. Kanun koyucunun yasal düzenlemede açıkça anlaşma belgesine konu uyuşmazlıklara ilişkin dava açılmayacağını belirtmiştir (AK md 18/5).

Arabuluculuk anlaşma belgesinde tarafların amaca uygun “ceza koşulu” kararlaştırabilmeleri kural olarak ancak ifa ekli ceza koşulu niteliğinde olması hâlinde mümkündür. Bunun nedenini bir örnek üzerinden açıklayabiliriz. Örneğin, tacir (İ)’nin, tacir (Z)’ den 100.000 TL alacağı vardır. (Z), ise borcunu toplam 120 günde 30’ar gün arayla dört eşit taksit halinde ödemeyi kabul eder. Taraflar arabulucu huzurunda müzakere ederken (İ)’nin (Z)’nin teklifine yönelik tek çekincesi, ödemelerin zamanında yapılmamasıdır. (Z)’nin ödemeleri zamanında yapmaması ihtimali (İ)’nin (Z)’nin teklifine olumlu yaklaşım göstermemesine neden olmaktadır. Bu tarz sorunların çözüme kavuşması için (İ)’nin (Z)’nin temerrüdü hâlinde “para alacağı” ve “temerrüt faizi” dışında talep edebileceği başka hak ya da haklar da sağlanmalıdır. Bu nedenle de “ifaya ekli ceza koşulu” kararlaştırılarak arabuluculuk sürecine önemli katkı sunulabilir. Arabuluculuk anlaşmasında, (Z)’nin temerrüdü hâlinde ifaya ekli ceza koşulu kararlaştırılırsa, bu (İ)’nin çözüme yaklaşması için bir neden olabilir. (Z)’nin temerrüdü hâlinde (İ)’nin ayrıca temerrüt faizi dışında ifaya ekli ceza koşulunu talep edebilmesi mümkündür.

Ceza koşuluna ilişkin Türk Borçlar Kanunu’nun hükümleri yedek hüküm niteliğindedir bu nedenle de tarafların aksini kararlaştırabilmesi mümkündür. Yalnız, ceza koşulunun fahiş olması hâlinde hâkimin ceza

koşulunda indirim yapabilmesi mümkündür (TBK md 182/f.son). Bu hükmün arabuluculuk anlaşma belgesinde kararlaştırılan ifaya ekli ceza koşulu açısından da değerlendirilmesi gerekir. Arabuluculuk anlaşma belgesinde kararlaştırılan ceza koşununun fahiş olduğu gerekçesiyle dava açılabilmesi mümkündür. Açılan bu davada arabuluculuk sürecinde çözülen uyuşmazlık dava konusu yapılmamaktadır. Davaya taşınan husus, sorunun çözümü için kararlaştırılan ceza koşununun fahiş olduğu ve indirilmesi talebidir.

CONDITIONS TO INCLUDE A “PENALTY CLAUSE” IN THE MEDIATION AGREEMENT

The number of private law disputes resolved in the mediation process in our country is increasing day by day. While resolving the disputes, the parties may become obliged to “do”, “give” or “not to do”. With the settlement of the dispute through the mediator, the execution phase of the agreement starts, except for the “not doing” debts. It is of great importance for the creditor to not have any problems in the execution of the mediation agreement and to obtain the receivable arising from the agreement under the conditions specified in the agreement. For these reasons, it is possible for the parties to decide on a “penalty clause” in the mediation agreement documents.

The validity of the “penalty clause” agreed in the mediation agreement is one of the most important issues to be considered. When we compare the mediation agreement with other contracts, there is an important difference in terms of the limits of our study. If an agreement is reached at the end of the mediation activity pursuant to the Mediation Code 18/5 (Annex: 12/10 / 2017-7036 / 24th Art.), the parties cannot file a legal action for the matters agreed upon. In addition, if the parties reach an agreement at the end of the mediation activity, they may request an annotation regarding the enforceability of this agreement document (MC Art. 18/2). The fact that the mediation agreement has the nature of a court decision providing that it satisfies the conditions set out in the relevant code will lead to a limitation of the nature of the penalty clause that can be decided. In accordance with the Turkish Code of Obligations, there are types of penalty clauses. One of these is the “dissolving condition.” The meaning of this concept is defined in the code (TBK art 172). *“The contract whose termination is left to a phenomenon whose occurrence cannot be known beforehand will be subject to a penalty clause”.*

Can a “dissolving clause” be decided in the mediation agreement? The answer to this question should be negative. As it can be understood from the definition of the dissolving clause, in the event of the occurrence of the

dissolving condition, the provisions of the mediation agreement cease as soon as the condition is fulfilled. However, the parties are bound by the agreement conditions determined during the mediation process. Execution proceedings can only be initiated against the party that does not fulfill their obligations pursuant to the agreement document. Just like court decisions and settlements made before courts, mediation agreements cannot be subjected to a dissolving condition. During the mediation period, it is not possible for the parties to terminate the agreement with past or forward effect by deciding on a dissolving condition; as the problem or problems were solved with the mediation agreement. The legislator has clearly stated in the legal regulation that a lawsuit cannot be filed regarding the disputes subject to the agreement (EC Art. 18/5).

As a rule, it is possible for the parties to decide on a “penal clause” suitable for the purpose in the mediation agreement only if it is a penalty clause attached to the performance. We can explain the reason behind this with an example. The trader (I) has a receivable of 100,000 TL from the trader (Z). (Z), on the other hand, agrees to pay its debt in four equal installments, 30 days apart, in a total of 120 days. While the parties are negotiating in the presence of the mediator, the only reservation of (I) to (Z) is that the payments are not made on time. The possibility of (Z) not making the payments on time causes (I) to not show a positive approach to the offer of (Z). In order for such problems to be solved, (I) should be provided with other rights or rights that (I) can demand in case of (Z) 's default other than 'money' and 'default interest' For this reason, a significant contribution can be made to the mediation process by agreeing on the “penalty clause attached to performance”. In the mediation agreement, if the penalty clause attached to performance is agreed in case of (Z) 's default, this may be a reason for (I) to have a positive approach to a solution. In case of (Z)'s default, it is possible for (I) to also request the penalty condition attached to the execution, besides the default interest.

The provisions of the Turkish Code of Obligations regarding the penalty clause are substitute provisions, therefore it is possible for the parties to decide otherwise. Only if the amount determined in penalty clause is

extortionate, the judge can make a reduction in the penalty clause (TBK art 182 / f.son). This provision should also be evaluated in terms of the penalty requirement attached to the performance agreed in the mediation agreement. It is possible to file a lawsuit on the grounds that the penalty stipulated in the mediation agreement is extortionate. The dispute resolved during the mediation process is not subject to this lawsuit. The issue brought to the court is the demand for the extortionate penalty to be reduced.

KAYNAKÇA

- ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1,3, Seçkin Yayınevi, 2.Baskı, Ankara 2019.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR-AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Medeni Usul Hukuku, 6.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, Medeni Usul Hukuk, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020.
- BORA, Özlem, Arabuluculuk Sözleşmesi, Turhan Kitapevi, Ankara 2020.
- EMEKCİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat, SEVEN, Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Oniki Levha Yayıncılık, 2.Baskı, İstanbul 2019.
- ERDOĞAN, İhsan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gazi Kitabevi, 4.Baskı, Ankara 2019.
- ERDEM, Ümit, Yargı Kararlarında Arabuluculuk, Legal Yayınevi, İstanbul 2019.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler 19.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- ERKAN, Mustafa, Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmeleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- ERTÜRK, Mustafa, Arabuluculuk Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- GÖRGÜN, Şanal/BÖRÜ, Levent/TORAMAN, Barış/KODAKOĞLU, Mehmet, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020.
- İLHAN, Onur, Arabuluculuk Sözleşmeleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.
- KEKEÇ, Elif Kismet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., Arabuluculuk Sözleşmeleri, Turhan Kitabevi, Ankara 2020.
- MELEKOĞLU-KESER, Burcu, Arabuluculuk ve Zorunlu Arabuluculuk, Adalet Kitabevi, Ankara 2019.
- OĞUZMAN, M.Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 14.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- OKUR, Zeki, Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.
- TANRIVER, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bakımından Arabuluculuk, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020.
- TAŞPOLAT-TUĞSAVUL, Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, (6235 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012.
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/AKMAN, Servet/BURCUOĞLU, Hâluk/ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- SÜRAL, Ceyda/YARDIM, Mehmet Ertan, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2019.
- YAVUZ, Nihat: Borçlar Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- YAZICI-TIKTIK, Çiğdem, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2013
- YEŞİLIRMAK, Ali, Doğrudan Görüşme Arabuluculuk Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2011.

EŞ ZAMANLI II. OTURUM

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Mustafa Erkan - Marmara Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Öğretim Üyesi

Saat: 15:30-16:45

| | | |
|-----------------------------|-----------------------|--|
| Prof. Dr. | Nevzat Alkan | Tıbbi Uygulama Hatası İddiaları Dosyala- rında Arabuluculuk Uygulamaları |
| Dr. Öğr. Üyesi – (Mimar) | Yaprak Arıcı Üstüner | İnşaat Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kullanılmasının Önemi |
| Dr. Öğr. Üyesi | Nilüfer Boran Güneysu | Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Arabulucunun Yükümlülük ve Sorumluluğu |
| Arb. Arş. Gör | Abdülhamit Yılmaz | Arabuluculuk Ücretine İlişkin Güncel Durumun Değerlendirilmesi |

TIBBİ UYGULAMA HATASI İDDİALARI DOSYALARINDA ARABULUCULUK UYGULAMALARI

Prof. Dr. Nevzat ALKAN*

Gün geçtikçe toplumları oluşturan bireylerin ortalama yaşam süreleri uzamaktadır. Buna bağlı olarak da kişilerin sağlık hizmetlerinden faydalanma sıklığı özellikle yaşlılıkta ve özellikle de hayatın son altı ayında daha da artmaktadır. Yine kişilerin hekime ve sağlık hizmetlerine ulaşımı ülkemizde gün geçtikçe kolaylaşmaktadır. Buna bir de kitle iletişim araçlarının yaygınlaşması ile sosyal medyanın gücü eklendiğinde kişilerin aldıkları sağlık hizmetlerinin uygun olup olmadığı ile ilgili memnuniyetsizliklerini dile getirme oranları ve hukuki süreçlere başvurma oranları da artmaktadır. Tüm bu faktörler günümüzde Tıbbi Uygulama Hatası İddialarının çok daha sıklıkla karşımıza çıkmasına sebebiyet vermektedir.

Ülkemizde tıbbi uygulama hatası iddiası ile ilgili değişik yaptırım mekanizmaları söz konusudur. Bunlar arasında idari yaptırımlar, ceza yaptırımları ve hukuk yaptırımlarını sayabiliriz. Ancak ilgili hukuk mercileri ile idari mercilerin iddia edilen hatalı uygulamanın hakikaten hatalı ve eksik bir uygulama olup olmadığı hususunda ilgili alan tıp mensuplarından görüş alması teknik bir zorunluluktur.

Adli tıp uzmanlık alanı, altı yıllık tıp eğitimi sonrasında kazanılan pratisyen hekimlik ünvanı sonrası tıpta uzmanlaşmak isteyenlerin katıldığı Tıpta Uzmanlık Sınavını izleyerek uzmanlaşma hakkı kazanılan yaklaşık tıptaki 43 uzmanlık alanından bir tanesidir. Adli tıp uzmanlık alanının yüzde 25' i ölüm araştırması ve otopsi yetkinliğinin kazanılması iken, canlı kişilerin muayenesi (cinsel saldırı muayenesi, akıl hastalığı değerlendirmesi, travma görmüş kişilerin değerlendirilmesi) ile Tıbbi Uygulama Hatası İddialarının irdelenmesi ve kriminal laboratuvarların çalışma konuları arasında yer bulan elyazısı-imza incelemeleri ile sahtecilik değerlendirmeleri, ateşli silah ve kesici alet incelemeleri (balistik) ile ses ve görüntü analizi alanlarında uzman bilgisine sahip olunan bir alandır.

* İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0001-7355-5830.

Tıbbi uygulama hatası iddiaları dosyalarını değerlendirerek raporlamak adli tıp uzmanlarının önemli bir çalışma alanıdır. Ancak bu konu ile ilgili uygulamada elbette önemli sorunlar söz konusudur. Çünkü nihayetinde hatalı uygulaması olup olmadığı değerlendirilen kişi bir tıp mensubudur ve tıp mensupları birbirleri hakkında olumsuz değerlendirmelerde bulunmama konusunda Hipokrat Andı ve deontoloji kuralları çerçevesinde bir anlaşmaya sahiptirler. Özellikle bu durum aynı klinik branşa sahip hekimler arasında daha da belirgin ve katı bir biçimde tatbik edilmektedir. Bu olumsuz durumu gören Kara Avrupası Hukuk Sistemi adli tıp uzmanlık alanı başlığında bir tıpta uzmanlık alanı teşkil etmiştir. Bu alanın önemli bir özelliği adli tıp uzmanlarının klinik branşlar ile direk profesyonel bir bağlarının olmaması ve tıp konusunda yeterince bilgi ve değerlendirmeye ulaşma kabiliyetlerinin gelişmiş bulunmasıdır. Bu sebeple pek çok hukuki uyumsuzluk konusunda olduğu gibi tıbbi uygulama hatası iddialarında da adli tıp uzmanları adaletin tesis edilebilmesinde hukuk mercilerinin en yakın ve en önemli yardımcıları arasında yer almaktadır.

Yine Ceza Muhakemesi Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Hakkında Kanunda yerini bulan uzman mütalaa sistemi tıbbi uygulama hatası iddiaları dosyalarında hukukun en önemli yardımcısı ve destekçisi olma potansiyeline sahiptir. Tıbbi uygulama hatası dosyalarında adaletli bir hukuki sonuca varılabilmesinde savcılık ve hakimliklerce temin edilen bilirkişi raporlarının yanında ve hatta karşısında uzman mütalaa sistemi temin edilebilmesi, yargılamada bir tartışma zemininin teşkil edilmesine ve hakkaniyete ulaşılabilmesine önemli katkı sağlamaktadır.

Son olarak Arabuluculuk hukukun artan iş yükünün hafifletilmesi konusunda ülke hukuk düzenleyicilerinin büyük önem verdiği bir alternatif çözüm yoludur. Bu sunumda tıbbi uygulama hatası iddialarında arabuluculuk müessesesinde adli tıp uzmanları tarafından teşkil edilecek bilirkişi raporları ile uzman mütalaa sisteminin işe yarar kataloğu, olgular ile örneklendirilerek, katılımcılara aktarılacaktır.

Anahtar kelimeler: Tıbbi uygulama hatası iddiası, bilirkişilik, uzman mütalaa sistemi, adli tıp, Türkiye.

MEDIATION PRACTICES IN MEDICAL MALPRACTICE CLAIMS FILES

The average life span of individuals who make up societies is getting longer day by day. Consequently, the frequency of people's use of health services increases even more especially in old age and especially in the last six months of life. Also, people's access to physicians and health services is getting easier day by day in our country. When mass media are widespread and the power of social media is added to this, the rates of people expressing their dissatisfaction with the appropriateness of the health services they receive and the rate of applying to legal processes also increase. All these factors cause Medical Malpractice Claims to appear much more frequently today.

There are different sanction mechanisms for medical malpractice claims in our country. These include administrative sanctions, criminal sanctions and civic sanctions. However, it is a technical obligation for the relevant legal and administrative authorities to obtain the opinion of the medical professionals of the relevant field on whether the alleged faulty application is actually a wrong and incomplete application.

The field of forensic medicine is one of the approximately 43 specialties in medicine, where those who want to specialize in medicine after six years of medical education have gained the right to specialize by following the Medical Specialization Exam. While 25 percent of the field of forensic medicine is to acquire the competence of death research and autopsy, examination of living persons (sexual assault examination, mental illness assessment, evaluation of traumatized persons), examination of Medical Malpractice Allegations and handwriting-signature, which are among the working subjects of criminal laboratories. It is a field that has expert knowledge in the fields of forgery evaluations, firearm and cutting tool investigations (ballistics) and sound and image analysis.

Evaluating and reporting medical malpractice allegations files is an important field of study for forensic experts. However, there are of course important problems in practice regarding this subject. Because, ultimately,

the person who is evaluated to have a misapplication is a medical professional and medical professionals have an agreement within the framework of the Hippocratic Oath and deontology rules not to make negative evaluations about each other. Especially, this situation is applied more clearly and strictly among physicians of the same clinical branch. Seeing this unfavorable situation, the Land European Legal System has constituted a medical specialty under the title of forensic medicine. An important feature of this field is that forensic specialists do not have a direct professional connection with clinical branches and their ability to reach sufficient knowledge and evaluation in medicine is developed. For this reason, as in many legal disputes, forensic experts are among the closest and most important assistants to legal authorities in establishing justice in medical malpractice claims.

The expert opinion system, which is also included in the Criminal Procedure Code, the Code of Civil Procedure and the Law on Administrative Procedure, has the potential to be the most important assistant and supporter of the law in the cases of medical malpractice. Providing expert opinion in addition to and even in front of the expert reports provided by the prosecution and judgeships in medical malpractice files makes a significant contribution to establishing a basis for discussion and achieving fairness in the proceedings.

Finally, Mediation is an alternative solution that the legal regulators of the country attach great importance to in easing the increasing work load of the law. In this presentation, the expert reports to be formed by the forensic medicine experts in the mediation establishment for medical malpractice allegations and the expert opinions will be exemplified by the facts and conveyed to the participants.

Keywords: Medical malpractice claims, expertise, expert legal opinion, forensic medicine, Turkey.

KAYNAKÇA

- 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi ve Sayısı: 17.12.2004 ve 25673.
- David M Studdert, Michelle M Mello, Troyen A Brennan. Medical malpractice. N Engl J Med. 2004 Jan 15;350(3):283-92.
- Madea B, Preuss J. Medical malpractice as reflected by the forensic evaluation of 4450 autopsies. Forensic Sci Int. 2009 Sep 10;190(1-3):58-66.
- Ferrara SD. Medical malpractice and legal medicine. Int J Legal Med. 2013 May;127(3):541-3.

İNŞAAT UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK KULLANILMASININ ÖNEMİ

Dr. Öğr. Üyesi Yaprak ARICI ÜSTÜNER*

İNşaat sektörü, ülke ekonomileri açısından lokomotif olarak nitelendirilen bir sektördür. İnşaat sektörünü diğer sektörlerden ayıran bazı karakteristik özellikleri vardır. İnşaat sektöründeki projeler tek defaya özgü yapıda, bulunduğu yerin iklimsel koşullarından ve dönemin sosyo-ekonomik özelliklerinden etkilenen, çok farklı disiplinin bir arada bulunduğu ve bu esnada kendi menfaatlerini olabildiğine korumaya çalıştıkları yapılanmalardır. Bu sayılan özelliklerle beraber inşaat proje süreçlerinde uyuşmazlıkların yaşanması olağan bir duruma gelmektedir. Literatürde yapılan araştırmalar, inşaat projelerinde yaşanan uyuşmazlıklarla beraber oluşan mali kayıpların, çok ciddi boyutlarda olduğunu göstermektedir (Mahfouz ve Kandil 2011) however, impeded by the increasing number of disputes that unfold and oftentimes escalate as projects progress. The majority of construction disputes are resolved in courts unless project contracts call for alternate dispute resolution mechanisms. Despite the numerous advantages offered by the litigation process, the extra financial burdens and additional time required by this process makes litigation less desirable in resolving the disputes of a very dynamic construction industry. It is believed that construction litigation could be reduced or even avoided if parties have a realistic understanding of their actual legal position and the likely outcome of their case. Consequently, researchers in the artificial intelligence field have developed tools and methodologies for modeling judicial reasoning and predicting the outcomes of construction litigation cases. Despite the success of some of these systems, they were not on the basis of detailed analyses of legal concepts that govern litigation outcomes. In an attempt to provide a robust legal decision methodology for the construction industry, this paper develops an automated litigation outcome prediction method for differing

* Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Mimarlık ve Tasarım Fakültesi Mimarlık Bölümü Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0002-3949-0444.

site condition (DSC. İnşaat projelerinde yaşanan uyuşmazlıklarla beraber proje süreci çıkmaza girmekte, kişiler maddi ve manevi anlamda zarara uğramaktadır. Bu nedenle inşaat projelerinde yaşanan uyuşmazlıkları kısa sürede çözerek projelerin sağlıklı bir şekilde ilerlemesini sağlamak oldukça önemlidir (Saleh 2019). Ancak her sektörde olduğu gibi inşaat sektöründe de ilk akla gelen uyuşmazlık çözüm yolu genellikle yargısal yollar olan mahkemelerdir. Oysaki mahkemelerin uzun süreleri, mali yükleri ve sonucunda sadece bir kazananın olması özelliği inşaat sektörünün hızlı ve dinamik yapısıyla bağdaşmamaktadır.

Dünyada inşaat sektöründe uyuşmazlıkların kısa sürede çözülebilmesi için yargısal yollardan, dostane yollara yönelim başlamıştır. Yapılan araştırmalarda, dostane çözüm yolları olan Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarından arabuluculuğun, inşaat projelerinde en sık kullanan alternatif çözümlerden biri olduğu görülmektedir Arabuluculuğun hızlı çözüme ulaştırma gücü, mahremiyet içeren süreci, esnek yapısı, süreçteki tarafsız kişinin varlığı ve mali anlamda taraflara sağladığı kazançlar inşaat projeleri açısından önemlidir. Ayrıca arabuluculuk, kazan-kazan anlayışı nedeniyle tarafların iş ilişkilerinin korunmasını sağlayarak, gelecekte yapacakları iş birliklerini tehlikeye atmamış olur. Tüm bu nedenlerle inşaat sektöründe yaşayan uyuşmazlıklarda arabuluculuğun kullanımı önem kazanmaktadır (Arıcı Üstüner 2020).

Dünyada inşaat sektöründe arabuluculuğun kullanılmasını teşvik etmek amacıyla yapılan bazı uygulamalara rastlanmaktadır. Örneğin bazı ülkelerde, kullanımı yaygın olan standart inşaat sözleşmelerine uyuşmazlıkların çözümü için arabuluculuğun kullanılması istenmekte; inşaat sektöründe arabuluculuk kullanımını zorunlu kılan/teşvik eden yasalar ya da kanunlar çıkmakta veya bu konuda çalışan önemli ve güçlü kurumların varlıklarına rastlanmaktadır. Yapılan bu hamlelerle beraber inşaat sektöründe arabuluculuğun kullanımının artması hedeflenmektedir (Arıcı Üstüner 2020).

Türkiye'ye bakıldığında ise arabuluculuk 2008 yılında arabuluculuğa yönelik hazırlanan yasa tasarısının gündeme gelmesiyle hayatımıza girmiştir. Hazırlanan yasa tasarısı yapılan revizyonlarla beraber 2012 yılında son

halini almış ve Haziran'da "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK)", TBMMce kabul edilerek 2013 yılında yürürlüğe girmiştir. Yasanın yürürlüğe girmesiyle beraber ülkemizde arabuluculuğa yönelik çalışmalar hız kazanmıştır. Yasanın çıkmasının akabinde, Adalet Bakanlığınca Arabuluculuk Daire Başkanlığı kurulmuş ve Türkiye, arabuluculuk çözüm yolunu uygulamaya başlamıştır. 2018 yılında ise ülkemizde, arabuluculuk, işçi-işveren uyuşmazlıklarında; 2019 yılının başında da inşaat uyuşmazlıklarını içine alan ticari uyuşmazlıklarda mahkeme ön koşulu olmuştur. Böylece arabuluculuk, Türk inşaat sektöründe yaşanan ve mahkemeye taşınmak istenen uyuşmazlıklarda, uygulanması zorunlu hale gelmiştir (Url-1). Bu hamle inşaat sektörü açısından oldukça önemlidir. Bu sayede arabuluculuk çözüm yolunun sektörde bilinirliği artacak, mahkeme yargılamasının sektöre getirdiği maddi ve manevi zarar azalacak ve projelerin girdiği çıkmazlarla kaos ortamları azalacaktır. Ancak ülkemizde inşaat sektöründe yapılan hamlelerle beraber arabuluculuğun kullanımının artacağı düşünülse de diğer ülkelerle kıyaslandığında, hala bu konuda yapılabilecek hamlelerin olduğu görülmektedir. Örneğin kamu inşaat projelerinde kullanılan Yapı İşleri Genel Sözleşmesinde, hala yaşanan uyuşmazlıklarda mahkeme yargılamasına gidilmesi ön görülmektedir ki bu durum, 2019 yılında ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğun kullanılmasını emreden yasayla çelişmektedir.

Anlatılan tüm bilgilerin ışığında, bu çalışmada dünyada inşaat sektöründe arabuluculuk kullanılmasının önemi üzerinde durularak, Türkiye'deki güncel arabuluculuk uygulaması incelenecek ve Türk inşaat sektöründe arabuluculuk kullanımının artması için yapılabilecek hamleler tartışılacaktır (Arıcı Üstüner 2020).

Anahtar kelimeler: İnşaat sektörü, inşaat uyuşmazlıkları, arabuluculuk, inşaat arabuluculuğu, ADR, uyuşmazlıklar

THE IMPORTANCE OF MEDIATION USAGE IN CONSTRUCTION DISPUTES

The construction sector is a sector that is described as the locomotive for the national economies. There are some characteristics that distinguish the construction sector from other sectors. The construction projects are unique structures, which are affected by the climatic conditions of the location and the socio-economic characteristics of the period, where many different disciplines coexist and try to protect their interests as much as possible. With these features, disputes in construction project processes become commonplace. Literature researches show that the financial losses arising from the disputes in construction projects are very serious (Mahfouz ve Kandil 2011) however, impeded by the increasing number of disputes that unfold and oftentimes escalate as projects progress. The majority of construction disputes are resolved in courts unless project contracts call for alternate dispute resolution mechanisms. Despite the numerous advantages offered by the litigation process, the extra financial burdens and additional time required by this process makes litigation less desirable in resolving the disputes of a very dynamic construction industry. It is believed that construction litigation could be reduced or even avoided if parties have a realistic understanding of their actual legal position and the likely outcome of their case. Consequently, researchers in the artificial intelligence field have developed tools and methodologies for modeling judicial reasoning and predicting the outcomes of construction litigation cases. Despite the success of some of these systems, they were not on the basis of detailed analyses of legal concepts that govern litigation outcomes. In an attempt to provide a robust legal decision methodology for the construction industry, this paper develops an automated litigation outcome prediction method for differing site condition (DSC). With the disputes in construction projects, the project process comes to a halt and the dispute parties suffer financial and moral damage. For this reason, it is very important to solve the disputes in construction projects in a short time to ensure the healthy progress of the projects (Saleh 2019). However, as in every sector, the first thing that comes to mind in the construction sector is usually the

courts proceeding to solve the disputes. However, the long duration of the courts, the financial burden, and the fact that there is only one winner as a result are not compatible with the fast and dynamic structure of the construction sector.

To resolve disputes in the construction sector in a short time, a tendency towards alternative ways has started from judicial ways. In the researches, it is seen that mediation, which is one of the alternative solutions that are used most frequently in construction projects. The power of mediation to reach a speedy solution, the presence of the impartial person in the process, the confidentiality and flexibility of the process and the financial benefits it provides to the parties are important for construction projects. In addition, mediation does not endanger future cooperation by ensuring the protection of the business relations of the parties due to its win-win approach. For all these reasons, the use of mediation becomes important in disputes living in the construction sector (Arıcı Üstüner 2020).

There are some practices in the world to encourage the use of mediation in the construction sector. For example, in some countries, it is desirable to use mediation to resolve disputes in standard construction contracts common in use; there are laws that oblige / encourage the use of mediation in the construction sector, or the existence of important and powerful institutions working in this field. With these moves, it is aimed to increase the use of mediation in the construction sector (Arıcı Üstüner 2020).

Referring to Turkey, mediation entered Turkey's agenda with the draft law prepared in the 2008. The draft law was finalized in 2012 with the revisions made, and the "Legal Disputes Mediation Act (HUAK)" was accepted by the TBMM in June and entered into force in 2013. With the enactment of the law, studies on mediation have gained momentum in our country. Following the Act, the Ministry of Justice established Department of Mediation and Turkey has started to implement the mediation solutions. In 2018, in Turkey, in employee-employer disputes; at the beginning of 2019, in commercial disputes, mediation has become prerequisite for court proceeding. Thus, mediation has become mandatory in disputes

that want to be brought to court in the Turkish construction sector (Url-1). This move is very important for the construction sector. In this way, the recognition of the mediation in the sector will increase, the financial and moral damage caused by the court proceedings will decrease and the chaos environment will decrease with the deadlocks that the projects enter. However, although it is thought that the use of mediation will increase with the moves made in the construction sector in Turkey, it is seen that there are still moves that can be made in this regard when compared to other countries. For example, the General Contract for Construction Works, which is used in public construction projects, still stipulates court proceedings in disputes that occur, which contradicts the law that ordered the use of mediation in commercial disputes in 2019 (Arıcı Üstüner 2020).

In the light of all the information described in this study, in the world, with emphasis on the importance of using mediation in the construction sector, the current mediation practice in Turkey will be studied and the moves that can be done to increase mediation use in the Turkish construction sector will be discussed.

Keywords: Construction sector, construction disputes, mediation, construction mediation, ADR, disputes

KAYNAKÇA

- Arıcı Üstüner, Y. 2020. "Türk İnşaat Sektöründe Arabuluculuk Üzerine Hizmet Verecek Bir Kurum Önerisi". *İTÜ Fen Bilimleri*, Doktora Tezi. İstanbul Teknik Üniversitesi.
- Mahfouz, Tarek, ve Amr Kandil. 2011. "Litigation Outcome Prediction of Differing Site Condition Disputes through Machine Learning Models". *Journal of Computing in Civil Engineering* 26 (3): 298–308. [https://doi.org/10.1061/\(asce\)cp.1943-5487.0000148](https://doi.org/10.1061/(asce)cp.1943-5487.0000148).
- Saleh, Ahmed M. 2019. "New Approach to Mediating Construction Disputes". *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction* 11 (4): 02519003. [https://doi.org/10.1061/\(asce\)la.1943-4170.0000326](https://doi.org/10.1061/(asce)la.1943-4170.0000326).

Url-1. <<https://adb.adalet.gov.tr/>>, Son erişim: 17.10.2020

KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KANUNU KAPSAMINDA ARABULUCUNUN YÜKÜMLÜLÜK VE SORUMLULUĞU

Dr. Öğr. Üyesi Nilüfer BORAN GÜNEYSU*

Kişisel verilerin korunması, Anayasası'nın 20'inci maddesine 5892 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile bir fıkra eklenerek, özel hayatın gizliliği ve korunması kapsamında Anayasal bir güvenceye kavuşmuştur. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) ise, 24 Mart 2016 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda kabul edilerek; 7 Nisan 2016 tarihli ve 29677 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Böylelikle kişisel verilerin korunması, kanunî bir dayanağa kavuşmuştur.

KVKK'nın kapsamı, 2'inci maddede düzenlenmiştir. Buna göre Kanun; kişisel verileri işlenen gerçek kişiler ile bu verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanacaktır. KVKK'nun 2'inci maddesi dikkate alındığında, arabulucuların bu kanun kapsamında olduğu açıktır. Bu nedenle KVKK'nın düzenlediği yükümlülük ve sorumluluklar arabulucular bakımından geçerlidir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği ve Etik İlkeler arabulucuya birçok yükümlülük öngörmektedir. KVKK'nın üçüncü bölümünde hak ve yükümlülükler düzenlenmiştir. KVKK ve ilgili mevzuat kapsamında veri sorumlusunun yerine getirmesi gereken pek çok yükümlülük bulunmaktadır. Bu anlamda arabulucu, KVKK ile bağlıdır ve KVKK arabulucuya yeni yükümlülükler getirmektedir. Arabulucu yaptığı işin niteliği gereği, arabulucuya başvurular ve ilgililerin kişisel verisini elde etmektedir. KVKK ilgili kişiyi, kişisel verisi işlenen gerçek kişi olarak tanımlanmaktadır. Bu Kanun

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0002-3268-3331.

gereğince tüzel kişiler, ilgili kişi kapsamında değerlendirilmemektedir. Ancak arabulucuya gerçek kişiler ve tüzel kişiler de başvurabilir. Arabuluculuğa başvuran tüzel kişiler, KVKK kapsamında kabul edilmemektedir. Tüzel kişinin kişisel verilerinin işlenmesi, korunması veya ihlali halinde KVKK hükümleri değil, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanuna ilişkin hükümler dikkate alınacaktır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 4. maddesi gizlilik, 5. maddesi ise beyan ve belgelerin kullanılmasına yöneliktir. Ancak bu maddeler kişisel veriden ziyade bilgi ve belgelerin korunmasına yöneliktir.

Arabulucunun KVKK aykırı hareket etmesi halinde hukuki, cezaî ve disiplin sorumluluğu bulunmaktadır. Arabuluculuğun özenle icra edilmesi gerekir. Arabulucunun, KVKK aykırı hareketi, özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecek ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hükümleri gereğince disiplin soruşturmasına da konu edilebilecektir. Daire Başkanlığı, bu Kanunun öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmediklerini tespit ettiği arabulucuyu yazılı olarak uyarır; bu uyarıya uyulmaması hâlinde arabulucunun savunmasını aldıktan sonra, gerekirse adının sicilden silinmesini Kuruldan talep edebilecektir (HUAK m. 21/2). Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin hukuka aykırılıkları, suçlar ve kabahatler olarak iki ayrı başlık altında ele alınmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda genel olarak kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi, ele geçirilmesi, bir başkasına verilmesi, yayılması ve yok edilmemesi eylemlerini suç olarak sıralamakta ve nitelikli hallerin somut olayda mevcut olması durumunda verilecek cezaları arttırmaktadır. Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin hukuka aykırılık arabulucu tarafından gerçekleştirilmişse, Türk Ceza Kanunu'nun 137'inci maddesine göre verilecek cezanın yarı oranında artırılması gerekir. KVKK'nın 18'inci maddesinde kabahatler düzenlenmektedir. Veri sorumluları; aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmediklerinde 5.000 Türk Lirasından 100.000 Türk Lirasına kadar, veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmediklerinde 15.000 Türk Lirasından 1.000.000 Türk Lirasına kadar, Kurul tarafından verilen kararları yerine getirmediklerinde 25.000 Türk Lirasından 1.000.000 Türk Lirasına kadar ve VERBİS'e kayıt ve bildirim yükümlülüğüne aykırı hareket etmeleri durumunda ise 20.000 Türk Lirasından 1.000.000 Türk Lirasına kadar idari para cezası ile karşılaşacaklardır.

Kişisel verileri ihlal edilen taraf ve ilgililerin zararın tazmini Kurul kararı ile sağlanmamaktadır. Taraf veya ilgililerin zararın tazmini bakımından arabulucunun hukukî sorumluluğu söz konusu olacaktır. İlgililerin kişisel verilerinin ihlali halinde, arabulucu ile taraflar arasındaki arabuluculuk sözleşmesine dayanarak arabulucunu hukukî sorumluluğu yoluna gidilebilir. Arabulucu ile sözleşme ilişki içinde olmayan üçüncü kişilerin kişisel verilerinin ihlali halinde sözleşmeye aykırılıktan bahsetmek mümkün değildir. Bu durumda Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiil hükümlerinin dikkate alınması gerekir.

Anahtar kelimeler: Arabulucu, kişisel veri, yükümlülük, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu

OBLIGATION AND RESPONSIBILITY OF MEDIATOR WITHIN THE FRAMEWORK OF THE LAW ON THE PROTECTION OF PERSONAL DATA

The protection and privacy of private life has been given a new constitutional shield by the amendment brought about in the Turkish Constitution by the Law No. 5892, which foresaw an addition of a paragraph to the 20th Article of the Constitution. In the same vein, The Law on the Protection Personal Data No. 6698 (LPPD) enacted by the Turkish Grand National Assembly on 24 March 2016 entered into force following its publication in the Official Gazette No. 29677 of the Republic of Turkey on the date of 7 April 2016. Thus, the protection of personal data has assumed a statutory foundation.

The remit of the LPPD is regulated in its 2nd Article. According to this: “The provisions of this Law shall apply to natural persons whose personal data are processed as well as to natural or legal persons who process such data fully or partially through automatic means or provided that the process is a part of any data registry system, through non-automatic means”. In the wake of this Article, it is beyond doubt that the mediators fall within the application scope of the LPPD, which in turn means that obligations and responsibilities arising out of LPPD apply to mediators, as well.

LMCD and the relevant Regulations as well as Ethical Principles entrust the mediator with a number of obligations. The third Chapter of the LPPD consists of rights and obligations in connection with the data protection, which means the creation of further legal obligations to fulfill for the mediators, for it is obvious the LPPD is perfectly applicable in mediation processes.

Mediators do have access to the personal data of the applicants and other involved parties due to the nature of their supposed functions. The LPPD defines “data subject” as the real person whose data is processed.

In accordance with this Law, legal entities are not included in the “data subject” status. However, both real persons and legal entities may apply to mediation. In case of a mediation to which at least one party is a legal entity then, that legal entity will not enjoy the protection of LPPD. In this case, the relevant articles of The Law on Mediation in Civil Disputes (LMCD) will have to be taken into consideration. The 4th Article of LMCD pertains to confidentiality, whereas the fifth Article is about the non-disclosure elsewhere of the mediation-related statements and documents. These articles aim the safeguarding of the statements and documents rather than protecting personal data.

In case of a violation of LPPD by a mediator; responsibility issues of civil, penal and disciplinary nature, should arise. Mediators have to act diligently. Any acts or omissions on behalf of the mediator that constitutes a breach of LPPD will embody a transgression of the mentioned burden of diligence. This violation may in all probability kickstart a disciplinary inquiry as set forth by the LMCD. Mediation Department of the Ministry of Justice, then, warns the mediator at fault in writing. If, however this warning happens to fall on deaf ears, the mediator will be invited to submit a written defense. It may even come the expulsion of the mediator from the Mediators’ Register.

The violations of law in relation with the processing of personal data are categorized as crimes and misdemeanors. The punishment meted out for these violations may have to be aggravated by half, in case of a breach of law by a mediator in conformity with the 137th Article of the Turkish Criminal Code, since a violation on behalf of a mediator has to be deemed as a specific example of the qualified cases of aggravation. In the 18th Article of LPPD, the misdemeanors find regulation. Commensurate administrative penalties of pecuniary nature have been foreseen by the legislator in this connection.

The mediators having breached their responsibilities in connection with the protection of personal data face, in addition, civil disputes that may well end in compensation claims. For the obvious lack of contractual

relations between the mediator allegedly in breached and the aggrieved third parties, the regulations contained in the Turkish Code of Obligation on torts should find application.

Keywords: Mediator, Personal Data, Obligations, The Law on the Protection of Personal Data, The Law on Mediation in Civil Disputes

KAYNAKÇA

- **ARSLAN AZAKLI Betül**, Medeni Usul Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018.
- **BAŞALP Nilgün**, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Ankara 2004.
- **EKMEKÇİ Ömer, ÖZEKES Muhammet, ATALI Murat ve SEVEN Vural**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, İstanbul 2019.
- **KEKEÇ Elif Kısmet**, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara 2016.
- **KESER BERBER Leyla ve BİLGİN Ali Cem**, Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, İstanbul 2020.
- **KÜZECİ Elif**, Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul 2020.
- **ÖZBEK Mustafa Serdar**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2016.
- **ÖZKAN Oğulcan**, Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2020.
- **TANRIVER Süha**, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Ankara 2020.
- **TAŞPOLAT TUĞSAVUL Melis**, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012.
- **TIKTIK YAZICI Çiğdem**, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013.
- **ÜÇÜNCÜ S. Hilal**, Medeni Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması, İstanbul 2019.
- **YILMAZ Süleyman ve ÇAVUŞOĞLU Filiz**, Kişisel Verileri Koruma Hukuku, Ankara 2020.

ARABULUCULUK ÜCRETİNE İLİŞKİN GÜNCEL DURUMUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Arb. Arş. Gör. Abdülhamit YILMAZ*

Arabuluculuk süreci, uyuşmazlığın taraflarının ve arabulucunun farklı edimler yüklediği bir süreçtir. Bu edimler, arabulucu sözleşmesinde ya da uygulamada daha çok karşılaştığı üzere arabulucu ücret sözleşmesinde genel olarak ortaya konur. Arabulucunun bizzat ve belirli bir emek sarf ederek süreci yürütmesinin karşılığında, uyuşmazlığın tarafları arabulucuya belirli bir ücret ödeme yükümlülüğü altındadırlar. Arabuluculuk ücreti olarak adlandırılan bu ücretin ödenmesi, uyuşmazlığın taraflarıyla arabulucu arasındaki sözleşme ilişkisinde, uyuşmazlık taraflarının asli edim yükümlülüğünü oluşturur. Arabulucunun süreci bizzat ve gereği gibi yürütme borcu ile uyuşmazlık taraflarının ücret ödeme borcu, karşılıklılık ilişkisi içerisinde yer alır. Dolayısıyla arabulucu sözleşmesi (ya da arabulucu ücret sözleşmesi), tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır.

Arabuluculuk sürecinin neredeyse tamamında olduğu gibi, arabuluculuk ücretinin belirlenmesinde de uyuşmazlık taraflarının iradesi ön plandadır. İhtiyari nitelikteki arabuluculuk faaliyetinde, arabuluculuk ücreti açısından, arabulucunun iradesinin ayrı bir öneme sahip olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Diğer yandan, arabuluculuk ücretini belirleme noktasında uyuşmazlık taraflarına sınırlı bir serbesti tanındığı ifade edilmelidir. Özellikle bu kapsamda getirilmiş en önemli sınır, “Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi”dir. Tarife’nin 1. maddesinin 2. fıkrasında, Tarife’de öngörülen ücretlerin altında arabuluculuk ücretinin kararlaştırılmayacağı açıkça ifade edilmiştir. Emredici nitelikteki bu hükmün devamında, aksine yapılan anlaşmaların geçersiz olduğu ve bu durumda da ücrete ilişkin yine Tarife hükümlerinin uygulanacağı ortaya konmuştur. Yürütülen arabuluculuk faaliyetinin ihtiyari ya da dava şartı (zorunlu) olması, bu sonucu değiştirmeyecektir. Dolayısıyla kanun koyucu, tüm arabuluculuk faaliyetleri

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi, ORCID: 0000-0003-0317-7824.

açısından geçerlilik arz eden bir “arabuluculuk asgari ücret” düzeni öngörmüştür. Bu düzen, dava şartı arabuluculuk faaliyetleri açısından, aynı zamanda azami sınırı da ortaya koymaktadır (Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 18/A/12). İhtiyari arabuluculuk faaliyetlerinde ise arabuluculuk ücretine getirilmiş azami kesin bir sınır bulunmamaktadır. Ancak burada da Etik Kurallarda öngörülmüş ilkelere riayet edilerek arabuluculuk ücretinin belirlenmesi bir zorunluluktur.

28.07.2020 tarihinde gerçekleştirilen düzenleme ile tüketici uyuşmazlıklarında arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilmiştir (6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 73/A). İlgili hüküm aynı zamanda arabuluculuk ücretine ilişkin farklı bir düzen öngörmektedir. Özellikle arabuluculuk faaliyeti neticesinde anlaşma sağlansa dahi, tüketiciye düşen arabuluculuk ücreti, Bakanlık tarafından ödenecektir. Söz konusu hükmün arabuluculuk ücreti açısından belirsizliği ve yerindeliği, kanımızca yeniden kapsamlı bir değerlendirme gerektirmektedir.

Arabuluculuk ücretinin belirlenmesini takiben taraflar, kimin ne kadar ödeyeceğini, sürecin öncesinde ya da süreç esnasında, serbestçe kararlaştırabilirler. Konuyla ilgili olarak kanun koyucu, tüketici uyuşmazlıkları hariç, herhangi bir sınır koymamıştır. Ayrıca kimin ne kadar arabuluculuk ücreti ödeyeceği hususu, müzakere aşamasına ve sonuca doğrudan etki eden önemli bir koz olarak görülmeli ve tamamen taraf iradelerine bırakılmalıdır. Bu doğrultuda arabulucunun da bu konuda belirleme yapmaktan kaçınması, tarafsızlığının, bağımsızlığının ve güvenilirliğinin bir gereği olarak görülmelidir.

Arabuluculuk faaliyetinin ihtiyari ya da dava şartı olarak yürütülmesi, arabuluculuk ücretinin ödenmesi konusunda farklı ihtimalleri beraberinde getirmektedir. Özellikle dava şartı kapsamında yürütülen arabuluculuk faaliyetinin, anlaşma harici kanunda sayılan şekillerde sonuçlandırılması halinde, arabuluculuk ücreti Bakanlık bütçesinden karşılanabilmektedir. İhtiyari nitelikteki arabuluculuk sürecinin anlaşma dışında sonuçlanması halinde ise, arabulucu ücret sözleşmesi ya da tarife uyarınca arabuluculuk ücreti yine uyuşmazlığın taraflarınca ödenecektir. Ayrıca arabuluculuk

ücreti, Tarife'deki "parasal ödeme" içerikli açık belirleme uyarınca, nakdi şekilde ödenmelidir. Dolayısıyla ücretin, mal veya hizmet şeklinde ödeneceğine ilişkin hükümlerin de geçersiz olacağını belirtmek gerekir. Arabuluculuk ücretinin yabancı para cinsinden ya da yabancı paraya endeksli olarak belirlenmesi ise, "Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar" uyarınca mümkün görünmemektedir.

Arabuluculuk ücretinin ödenmesi usulünde, kamu görevlileri tarafından yürütülen arabuluculuk faaliyeti (Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği, m. 26/5) ile serbest meslek şeklinde yürütülen arabuluculuk faaliyeti arasında farklılık bulunmaktadır. Kamu görevlisi sıfatı taşıyan arabulucuya (kurum avukatı, akademisyen vs.) taraflarca ödenecek arabuluculuk ücreti, arabulucu tarafından adliye arabuluculuk bürosuna bildirilir. Taraflar, ücreti kararlaştırılan tarihte arabuluculuk bürosu veznesine yatırır. Yasal kesintiler yapıldıktan sonra arabuluculuk ücreti, arabulucunun hesabına havale edilir. Arabuluculuğu serbest meslek faaliyeti olarak yürüten (örneğin serbest çalışan avukat) arabulucular ise, serbest meslek makbuzu ile vergisel yükümlülüklerini belgelerler. Uyuşmazlığın tarafları da ücreti doğrudan arabulucunun hesabına yatırır. Arabuluculuk ücretinin Bakanlık bütçesinden ödeneceği hallerde, tüm arabulucular son tutanağı adliye arabuluculuk bürosuna teslim eder. Son tutanağa ilave olarak, kamu görevlisi arabulucuların ücret için ayrıca dilekçe vermeleri gerekir. Serbest çalışan arabulucuların da ücrete ilişkin düzenledikleri serbest meslek makbuzunu son tutanağa eklemeleri gerekmektedir.

Arabuluculuk ücretine ilişkin yazılı bir sözleşmenin varlığı zorunlu değildir. Arabulucu sözleşmesi ya da diğer adıyla arabulucu ücret sözleşmesi akdedilmemiş olsa dahi, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi uyarınca arabulucu, ücrete hak kazanacaktır. Arabulucu ücret sözleşmesinin akdedildiği ihtimalde, arabulucunun ücretinin miktarı ve ne şekilde ödeneceği öncelikle sözleşmeye göre belirlenir. Ayrıca arabulucu ücret sözleşmesi, aksi kararlaştırılmamışsa, gizlilik ilkesi kapsamındadır. Zira arabulucu ücret sözleşmesinde, sadece ücret değil, arabulucu ve tarafların karşılıklı hakları ve yükümlülükleri de düzenlenebilmektedir. Konuyla ilgili olarak uygulamada, bazı adliye arabuluculuk bürolarının kamu görevlisi arabuluculardan arabulucu

ücret sözleşmesini ya da fotokopisini istediği gözlenmektedir. Böylesi bir talebin, arabuluculuğun en temel ilkelerinden olan gizlilik ilkesine, kanuna ve arabuluculuk kurumunun ruhuna uygun düşmediğini düşünmekteyiz.

Arabuluculuk ücretinin ödenmediği durumlarda, arabulucunun doğrudan ilamlı icraya başvurma imkânı bulunmamaktadır. Ücretini tahsil etmek isteyen arabulucu, ya dava açma yoluna gidecek ya da ilamsız icra takibi başlatacaktır. İcra takibine borçlunun itiraz etmesi neticesinde, takip duracak ve arabulucunun takibin devamı için itirazın iptali davası açması gerekecektir. Kimi durumlarda taraflar arasındaki uyuşmazlığın niteliğine göre, arabuluculuk ücretine ilişkin itirazın iptali davası öncesinde dava şartı kapsamında arabuluculuğa (tüketici uyuşmazlıkları kapsamında) başvurulması dahi istenebilecektir. Bu doğrultuda, yargının iş yükünü azaltma anlamında arabuluculuktan beklenen menfaatin sağlanabilmesi için, arabulucu ücreti açısından ilamlı icra takibi imkânı tanınması yerinde olacaktır.

Arabuluculuk ücreti ile ilgili Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen kararlara bakıldığında, kararların çoğunun, Bakanlık tarafından ödenen arabuluculuk ücretine ilişkin olduğu gözlenmektedir. Söz konusu kararlarda, yargılama gideri niteliğindeki arabuluculuk ücretine ilişkin herhangi bir belirleme yapılmadan karar verilmesinin kanuna aykırı olduğu ifade edilmiştir. Yargıtay'ın bir kararında bu hususu bozma sebebi olarak yorumladığı söylenmelidir (Yargıtay, 22. Hukuk Dairesi, E. 2019/7312, K. 2019/20487, T. 7.11.2019) . Bazı kararlarda ise, birden fazla arabuluculuk ücretinin yargılama giderlerine eklenmesi sonucunu doğuracak şekilde birden fazla defa arabulucuya başvurmanın sakıncalı olduğu belirtilmiştir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2019/6226, K. 2019/15522, T. 10.9.2019; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2019/3584, K. 2019/10279, T. 9.5.2019) . Son olarak Yargıtay, ihtiyari nitelikteki bir arabuluculuk sürecinin geçerliliğini değerlendirdiği kararında, arabuluculuk ücretinin, tarifedeki nispi oranlar uyarınca belirlenmesi gerektiğini vurgulamıştır. (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2019/3694, K. 2019/13040, T. 11.6.2019.)

Anahtar kelimeler: Dava şartı olarak arabuluculuk, ihtiyari arabuluculuk, ücret ödeme borcu, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi, arabulucu ücret sözleşmesi.

EVALUATION OF THE CURRENT STATUS REGARDING THE MEDIATION FEE

Mediation process is a process in which disputing parties and mediator undertake different acts. These acts are generally set out in “mediator contract” or, as it is more common in practice, in “mediation fee contract”. The disputing parties are under the obligation to pay a certain fee to the mediator in return for the mediator’s execution of the process personally and with a certain effort. The payment of this fee, which is called the mediation fee, constitutes the principal act/obligation of the disputing parties in the contractual relationship between the mediator and the disputing parties. The mediator’s obligation that is managing the process in person and properly and the disputing parties’ obligation to pay the mediation fee, are in a synallagmatic/reciprocity relation. Therefore, the “mediator contract” contract (or the mediation fee contract) appears as a contract that lends to both sides.

As in almost the entire mediation process, the will of the disputing parties is at the forefront in determining the mediation fee. In the voluntary mediation activity, it should not be overlooked that the will of the mediator has a separate importance in terms of the mediation fee. On the other hand, it should be stated that a limited freedom is given to the disputing parties in determining the mediation fee. In particular, the most important limit introduced in this context is the “Mediation Minimum Wage Tariff”. In paragraph 2 of Article 1 of the Tariff, it has been made clear that the mediation fee cannot be agreed under the fees set out in the Tariff. In the continuation of this imperative provision, it has been revealed that the agreements made on the contrary are invalid and in this case, the Tariff provisions will be applied again regarding the fee. The fact that the mediation activity carried out is voluntary or cause of action (mandatory), will not change this result. Therefore, the legislator envisaged a “mediation minimum wage” order that is valid for all mediation activities. This order also sets the maximum limit in terms of mediation activities as a cause of action (Law on Mediation in Legal Disputes Art. 18/A/12). In voluntary mediation activities,

there is no absolute maximum limit on the mediation fee. However, it is an obligation to determine the mediation fee by respecting the principles stipulated in the Code of Ethics.

With the regulation made on 28.07.2020, the obligation to apply to the mediator in consumer disputes has been imposed (Law on the Protection of Consumers No. 6502 Art. 73/A). The relevant provision also stipulates a different arrangement regarding the mediation fee. Especially even if an agreement is reached as a result of the mediation activity, the mediation fee for the consumer will be paid by the Ministry. In our opinion, the uncertainty and appropriateness of the aforementioned provision in terms of the mediation fee requires a comprehensive reevaluation.

Following the determination of the mediation fee, the parties can freely decide who will pay how much, before or during the process. The legislator has not set any limits on the matter, except for consumer disputes. Furthermore, the matter of who will pay how much mediation fee should be seen as an important leverage that directly affects the negotiation phase and the outcome and should be left entirely to the will of the parties. In this respect, the mediator's refrain from making determinations on this matter should be seen as a requirement of her impartiality, independence and reliability.

Conducting the mediation activity voluntarily or as a cause of action brings along different possibilities regarding the payment of the mediation fee. The mediation fee can be covered from the Ministry budget, especially if the mediation activity as a clause of action is concluded in the ways specified in the law other than the agreement. If the voluntary mediation process results apart from the agreement, the mediation fee will also be paid by the disputing parties in accordance with the mediator fee contract or the tariff. In addition, the mediation fee must be paid in cash, in accordance with the explicit determination of "monetary payment" in the Tariff. Therefore, it should be noted that the provisions stating that the fee will be paid in the form of goods or services will also be invalid. The determination of the mediation fee in foreign currency or indexed to foreign currency does not seem possible in accordance with the "Decree No. 32 on the Protection of the Value of Turkish Currency".

In the method of payment of the mediation fee, there is a difference between the mediation activity carried out by public officials (Regulation on Mediation in Legal Disputes, Art. 26/5) and the mediation activity carried out in the form of self-employment. The mediation fee to be paid by the parties to the mediator who has the title of public official (public official lawyer, academician, etc.) is reported to the mediation office by the mediator. The parties deposit the fee to the mediation office cashier on the agreed date. After legal deductions are made, the mediation fee is transferred to the mediator's account. Mediators who carry out mediation as self-employment activities (eg self-employed lawyers) document their tax obligations with a self-employment invoice. The disputing parties also deposit the fee directly to the mediator's account. In cases where the mediation fee will be paid from the Ministry budget, all mediators submit the final report to the courthouse mediation bureaus. In addition to the final report, public official mediators are required to file a separate petition for the fee. Self-employed mediators are also required to add the self-employed invoice they have issued regarding the fee to the final report.

It is not mandatory to have a written agreement regarding the mediation fee. The mediator will be entitled to the fee in accordance with the Mediation Minimum Wage Tariff, even if the mediation contract or a mediation fee contract has not been concluded. In the event that a mediator fee contract is concluded, the amount of the mediator's fee and how it will be paid is determined primarily by the contract. In addition, the mediation fee agreement is covered by the principle of confidentiality, unless otherwise agreed. Because in the mediator fee contract, not only the fee but also the mutual rights and obligations of the mediator and the disputing parties can be regulated. Regarding the issue, it is observed in practice that some courthouse mediation bureaus request a mediator fee contract or a photocopy of it from public official mediators. We think that such a request does not comply with the principle of confidentiality, which is one of the most fundamental principles of mediation, the law and the spirit of the mediation institution.

In cases where the mediation fee is not paid, the mediator does not have the opportunity to apply for enforcement proceeding with judgement. The mediator, who wants to collect his/her fee, will either file a lawsuit or

initiate enforcement proceeding without judgement. As a result of the objection of the debtor to the enforcement proceeding, the proceeding will be suspended and the mediator will have to file an action for annulment of objection. In some cases, depending on the nature of the dispute between the parties, it may even be required to apply for mediation as a clause of action (within the scope of consumer disputes) before the action for annulment of objection regarding the mediation fee. In this respect, in order to achieve the expected benefit from mediation in terms of reducing the workload of the judiciary, it would be appropriate to provide the opportunity for enforcement proceeding with judgement in terms of mediation fee.

Considering the decisions given by the Court of Cassation and the Regional Courts of Justice regarding the mediation fee, it is observed that most of the decisions are related to the mediation fee paid by the Ministry. In the aforementioned decisions, it was stated that it was illegal to make a decision without determining the mediation fee, which is in the nature of litigation costs. It should be said that in a decision of the Court of Cassation, it interprets it as the reason for the reversal (22th Civil Chamber of the Court of Cassation, File No. 2019/7312, Desicion No. 2019/20487, Date. 7.11.2019). In some decisions, it is stated that it is inconvenient to apply to a mediator more than once, which would result in adding more than one mediation fee to the court expenses (9th Civil Chamber of the Court of Cassation, File No. 2019/6226, Desicion No. 2019/15522, Date. 10.9.2019; 22th Civil Chamber of the Court of Cassation, File No. 2019/3584, Desicion No. 2019/10279, Date. 9.5.2019). In some decisions, it was remarked that it would be inconvenient to apply to a mediator more than once, which would result in adding more than one mediation fee to the litigation costs. Finally, the Court of Cassation, in its decision evaluating the validity of an voluntary mediation process, emphasized that the mediation fee should be determined in accordance with the relative rates in the tariff (9th Civil Chamber of the Court of Cassation, File No. 2019/3694, Desicion No. 2019/13040, Date. 11.6.2019).

Keywords: Mediation as a clause of action, voluntary mediation, obligation to pay fee, Mediation Minimum Wage Tariff, mediation fee contract

KAYNAKÇA

- AKIN, LEVENT (2020). İkinci Yılında Dava Şartı Arabuluculuk Alanında Gelişmeler ve Öneriler, SGD-Sosyal Güvenlik Dergisi, Cilt 10, Sayı 1, s. 1 – 18.
- ARSLAN, R./YILMAZ, E./ TAŞPINAR AYVAZ, S./HANAĞASI, E. (2020), Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- AZAKLI ARSLAN, BETÜL (2018). Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Ankara: Yetkin Yayınları.
- BORA, ÖZLEM (2020). Arabuluculuk Sözleşmesi, Ankara: Turhan Kitabevi.
- DÜR, ORHAN (2017). Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- DOST, SÜLEYMAN (2014). Arabuluculuk Ücret Masrafları Hakkında Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 155, s. 449 – 476.
- EKMEKÇİ, Ö./ÖZEKES, M./ATALI, M. (2018). Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- EMİNOĞLU, C./ERDOĞAN, E. (2020). Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Ankara: Adalet Yayınevi.,
- ERDEM, ÜMİT (2019). Ticaret Mahkemeleri Kararlarında Dava Şartı Zorunlu Arabuluculuk, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ERTÜRK, MUSTAFA (2019). Arabuluculuk Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü
- GÜRBÜZ USLU, A. E. (2020) Mandatory or Voluntary Mediation? Recent Turkish Mediation Legislation and a Comparative Analysis with the EU's Mediation, Journal of Dispute Resolution, C. 2020, S. 2, s. 445 – 466.
- HARMANCI, ISRA ÇİĞDEM (2020). İş Yargılamasında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- İLHAN, ONUR (2020). Türk Hukukunda Arabuluculuk Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- KEKEÇ, ELİF KISMET (2011). Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara: Adalet Yayınevi.
- KILIÇOĞLU, AHMET M. (2020). Arabuluculuk Sözleşmeleri, Ankara: Turhan Kitabevi.
- KOÇYİĞİT, İ./ BULUR, A. (2019). Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara: Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını.
- KURU, BAKİ (2020). Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt II, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ÖZBEK, MUSTAFA SERDAR (2014). Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 20, Sayı 1, s. 1156 – 1119.
- ÖZER DENİZ, MİRAY (2020). Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Arabuluculuğa Hâkim Gizlilik İlkesinin Birlikte Değerlendirilmesi, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, Cilt 2, Sayı 1, s. 71 – 63.
- ÖZMUMCU, SEDA (2016). Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 74, Sayı 2, s. 842-807.
- PEKCANİTEZ, H./ATALAY, O./ÖZEKES, M. (2020). Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

- SÜRAL EFEÇİNAR, S./ YARDIM, M. E. (Ed) (2019). Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL, MELİS (2012). Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı (2019). Ankara: Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını (Ed: A. Yeşilirmak, E. K. Kekeç, A. Bulur)
- ÜSTÜNTAŞ, HAKAN (2020). Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü.
- YAZICI TIKTIK, ÇİĞDEM (2013). Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- YEŞİLIRMAK, ALİ (2011). Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem–Bilirkişilik ve Tahkim, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- YILDIZ, PERVİN (2020). Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk. Başkent Arabuluculuk Uyuşmazlık Çözüm Merkezi, <https://baskentarabuluculuk.com/wp-content/uploads/2020/04/PERVİN-YILDIZ-Tüketici-Mahkemeleri-Dava-Şartı-Arabuluculuk.pdf>, (Erişim Tarihi: 6.11.2020).
- YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ, E. 2019/7312, K. 2019/20487, T. 7.11.2019. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Karara Erişim Tarihi: 06.11.2020)
- YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ, E. 2019/6226, K. 2019/15522, T. 10.9.2019. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Karara Erişim Tarihi: 06.11.2020)
- YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ, E. 2019/3584, K. 2019/10279, T. 9.5.2019. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Karara Erişim Tarihi: 06.11.2020)
- YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ, E. 2019/3694, K. 2019/13040, T. 11.6.2019. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Karara Erişim Tarihi: 06.11.2020)

ARABULUCULUĞUN GELECEĞİ SEMPOZYUMU

BİLDİRİ ÖZETİ KİTABI

14 Kasım 2020

Arabuluculuk hukukuna ilişkin güncel gelişmelerin değerlendirilmesi amacıyla Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Başkanlığı, İbn Haldun Üniversitesi Uyuşmazlık Çözümü Uygulama ve Araştırma Merkezi ile İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi iş birliğiyle düzenlenen "Arabuluculuğun Geleceği" Sempozyumu, İbn Haldun Üniversitesi ev sahipliğinde 14 Kasım 2020 tarihinde online olarak gerçekleştirilmiştir. Arabuluculuk alanındaki tüm güncel gelişmelerin farklı hukuk alanları kapsamında incelenerek etki ve sonuçlarının değerlendirildiği altı oturumda gerçekleştirilen bu Sempozyum'da, bir yandan mevcut hukuki düzenlemelere, diğer yandan olması gereken hukuk açısından görüş ve önerilere yer verilen toplam 28 tebliğ sunulmuş olup, özet bildiri kitabında çift kör hakem denetiminden geçen tebliğ özetleri esas alınmıştır.



İBN HALDUN ÜNİVERSİTESİ
UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ UYGULAMA
VE ARAŞTIRMA MERKEZİ

İbn Haldun Üniversitesi
HUKUK FAKÜLTESİ



İBN HALDUN
ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

ISBN: 978-625-7297-30-2
9 786257 249102