Yazar Yard. Doç. Dr. Mustafa Serdar Özbek
Pazar, 17 Ekim 2010 20:13

GİRİŞ

Arabuluculuk, bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak insanlık tarihi kadar eski olmasına karşılık, hukuk sistemiyle bütünleşmesi itibariyle yeni bir yöntemdir. Bu sebeple çağdaş arabuluculuğun, sulh mahkemeleri ve hukuk hâkimlerinin tarafları sulha teşviki gibi geleneksel uyuşmazlık çözüm yollarından ayrılması gerekir.

Çağdaş arabuluculuk, 1970'li yıllarda Amerika Birleşik Devletleri'nde, 1980'li yıllarda Avustralya ve Birleşik Krallık'ta, 1990'lı yıllarda birçok kıta Avrupası ve Güney Afrika ülkesinde ivme kazanan ve günümüzde Avrupa Birliği hukukunun [1] temel çalışma konularından biri hâline gelen bir akımı temsil etmektedir. Çağdaş arabuluculuk denilince genelde kast edilen, "menfaat temelli" veya "kolaylaştırıcı" arabuluculuktur. Bu kapsamda arabuluculuk, tarafsız bir üçüncü kişinin, iki veya daha fazla ihtilaflı kişi arasındaki müzakereleri, onların menfaatleri ve ihtiyaçları doğrultusunda kolaylaştırdığı (yönettiği) bir usûlü ifade eder
[2]
.
Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına (HUAKT) göre 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 ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi
"dir (HUAKT m. 2, 1/a).

Uzlaşmaya dayalı bir uyuşmazlık çözümünü hedefleyen alternatif uyuşmazlık çözümü ve onun temel kurumsal yöntemi olan arabuluculuğun mukayeseli hukuktaki gelişimine paralel olarak,

Türk hukukunda da son yıllarda arabuluculuğa yönelik ilgi artmıştır. Türk hukukunda alternatif uyuşmazlık çözümü konusundaki çalışmalar sonunda “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı” hazırlanmış ve TBMM genel kurulunda kanunlaşma sürecine girmiştir. Ancak doktrinde de belirtildiği gibi, çağdaş arabuluculuğun Türk hukukçusu için yeni bir kavram olması, bazen doğru değerlendirilememesine ve haksız eleştirilere maruz kalmasına sebep olmuştur [3] . Sonuçta Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı hakkında yapılması gereken yapıcı tartışmalar, yerini ilgisiz birtakım eleştirilere bırakmış ve Tasarı, bu tartışmaların gölgesinde kalmıştır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı hakkında medyada yapılan bazı eleştiriler incelendiğinde, arabuluculuğun bazı hukuk çevrelerince yanlış anlaşıldığı ve hatta anlaşılamadığı müşahede edilmektedir. Örneğin arabuluculuğun yargıyı etkisiz hâle getirmeyi amaçladığı, yargıyı önemsiz gösterdiği, sanki bir mahkeme gibi arabulucunun uyuşmazlık hakkında bir “karar” verdiği, bu kararın yargı kararına denk olduğu, gayrimeşru güçlerin kanuna aykırı müdahalelerine zemin hazırladığı, toplumun farklı kesimlerinin kendi hukuklarıyla yargılanmasına yol açacağı, din görevlilerinin Mecelleye göre karar vermesinin önünü açacağı, arabulucunun vereceği kararın zorla uygulanacağı gibi, haksız ve arabuluculukla ilgisiz eleştiriler yapılmıştır [4] . Bunun sonucunda da, mevcut bilgi kirliliği yüzünden kamuoyu doğru bilgilendirilememiş, gerek hukuk camiasında gerek vatandaşlar arasında arabuluculuğun, “demokratik, lâik ve sosyal hukuk Devleti” ile bağdaşmadığı gibi bir izlenim ortaya çıkmıştır. Ancak konu yakından incelendiğinde, tüm bunların aslında bir ciddî bir yanılgıdan ibaret olduğu, kamuoyunun yanlış yönlendirildiği, arabuluculuk konusunda yapıcı ve bilinçli görüşler üretmek ve arabuluculuk eğitimi, arabulucuların etik ilkeleri, online uyuşmazlık çözümü gibi güncel konular üzerinde çalışmak yerine kısır tartışmalarla zaman kaybedildiği ve müessesenin doğru değerlendirilemediği açıkça görülmektedir.

§ 1. ARABULUCULUĞUN SOSYAL BARIŞI SAĞLAMASI

A) Devletin Sosyal Barışı Sağlama Vazifesi

Anayasanın ilgili hükümleri incelendiğinde, arabuluculuğun amaçları itibariyle, Anayasada devlete yüklenen vazifelerle tam bir uyum içinde olduğu görülmektedir. Anayasanın başlangıç kısmında; "*Topluca Türk vatandaşlarının milli gurur ve iftiharlarda, milli sevinç ve kederlerde, milli varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu, birbirinin hak ve hürriyetlerine kesin saygı,* ***karşılıklı içten sevgi ve kardeşlik duygularıyla*** *ve* ***'Yurtta sulh, cihanda sulh' arzu ve inancı içinde*** *,* ***huzurlu bir hayat talebine hakları bulunduğu*** "

denilerek, tüm yurttaşların karşılıklı içten sevgi ve kardeşlik duygularını paylaştığı, sulh arzusuyla yaşadığı ve huzurlu bir hayat sürme talebinde bulunma hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır.

Başlangıçta belirtilen bu temel ilkeye uygun olarak, Anayasanın, "Cumhuriyetin Nitelikleri"nin sayıldığı 2. maddesinde şu hükme yer verilmiştir:

"MADDE 2 - *Türkiye Cumhuriyeti,* ***toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde,*** *insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı,* ***başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan*** *, demokratik, lâik ve* ***sosyal bir hukuk Devletidir*** ".

Görüldüğü gibi Anayasanın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışına sahip, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Anayasadaki toplum barışı ve huzuruna yapılan bu vurgular, "Devletin Temel Amaç ve Görevleri"nin sayıldığı 5. maddesinde aynen sürdürülmüş ve şu hükümde teyit edilmiştir:

"MADDE 5 - *Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak,* ***kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak*** *; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan* ***siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya*** *, insanın* ***maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır*** ".

Anayasanın 5. maddesinde, başlangıçta belirtilen bu temel ilkeler ve 2. maddeyle paralel şekilde kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya çalışmakla vazifelendirilmiştir.

Anayasanın çeşitli maddelerinde devlete genel olarak yüklenen "toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlama" görevi, bazı maddelerinde de özel olarak tekrarlanmıştır. Örneğin Anayasanın "Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları" hakkındaki 41. maddesinde, "*Aile, Türk toplumunun temelidir* " denildikten sonra, Devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı ve teşkilâtı kuracağı belirtilmiştir.

Anayasanın yukarıda zikredilen bu maddelerinden ortaya çıkan sonuç, devletin aslî vazifelerinden birinin, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak olduğudur. Devletin sosyal barışı sağlamak şeklinde özetlenebilecek olan bu vazifesini sağlamakta kullanabileceği çeşitli kamu hizmetleri vardır. Bu hizmetlerden birisi de, kuşkusuz adalet hizmetleridir. Klasik anlamda kamu hizmetlerinden biri olan adalet hizmetinin temel

amaçlarından biri de, kendiliğinden hak almayı yasaklayarak sübjektif hakların gerçekleşmesini sağlamak suretiyle toplum barışını korumaktır. Adalet, kişinin herkese hakkını vererek sosyal uyum ve barış içinde yaşamasını gerektirir [5] . Nitekim medenî usûl ve icra iflâs hukukunun amacı konusunda yapılan tartışmalar bir kenara bırakıldığında, doktrinde ileri sürülen görüşler, medenî usûl ve icra iflâs hukukunun amaçlarından birinin de (tâli dahi olsa) sosyal barışı sağlamak, toplumdaki hukuk düzenini ve hukuk barışını korumak olduğunda birleşmektedir [6]
. Doktrinde bu husus şu şekilde vurgulanmaktadır:

"*…medenî usûl normları sübjektif haklara yapılan tecavüzlerin ortadan kaldırılması veya bu tecavüzlere engel olunması için gerekli olan araçlardır. Medenî usûl normları yardımı ile hakkın varlığı veya yokluğu tesbit ettirilebilecek (tespit hükmü), hasmın bir ifaya mahkûmiyeti sağlanabilecek (eda davasında alınacak hüküm) veya yeni bir durumun elde edilmesi (kurucu hüküm) mümkün olabilecektir.*

Böylece ***sübjektif bir hakkın ihlâli veya inkârı ile bozulan hukukî sükûn usûl normlarının uygulanması ile yeniden kurulacaktır.*** *Medenî usulün bu şekilde tesbit edilen amacı* ***ihlâl edilen hukukî sükûnun bir an evvel ve en kolay şekilde iade edilmesini de gerektirmektedir.***
Yani hukukî sükûnun iadesi için sübjektif hakkın korunması amacının tabiatında, bu korumanın mümkün olduğu kadar çabuk ve kolay (ucuz) yapılması gerektiği yatmaktadır. Demek oluyor ki çabukluk ve kolaylık (ucuzluk) şeklinde ifade edilen
usûl ekonomisi eşyanın tabiatında
(Natur der Sache)
var olan bir hususdur
"
[7]
.

B) Uyuşmazlıkların Dava Yoluyla Çözümünde Tatminkâr ve Kalıcı Çözümler Bulunamaması

İki kişinin olduğu her yerde uyuşmazlık olması kaçınılmazdır. Tek kişinin olduğu bir mekânda bile, kişinin iç uyuşmazlığının ortaya çıkması doğaldır. Dolayısıyla bir toplumda kişiler arasındaki uyuşmazlıkların doğması önlenemese de, bu uyuşmazlıkların dava konusu olmadan, taraflarca uzlaşmak suretiyle çözümü sağlanabilir. Yukarıda ifade edildiği gibi, sosyal ilişkiler geliştikçe hukukî ilişkiler de çeşitlenmekte ve uyuşmazlıkların sayısı ve karmaşıklığı artmaktadır. Bu noktada cevaplanması gereken soru, uyuşmazlıkların kesin olarak çözümünü amaçlayan

dava yolunun, tarafları tatmin edici bir çözüm bulmayı başarıp başaramayacağıdır [8] .

Hukuk yargılamasının, taraflar arasındaki uyuşmazlığı, her iki tarafı da tatmin edecek şekilde, uyuşmazlığın doğal gelişim süreci içinde ferdî ve içtimaî ilişkileri zedelemeden çözmesi beklenir. Doktrinde haklı olarak vurgulandığı gibi "*hukuk yargılamasının amacı, 'adaletli karar vermek' biçiminde özetlenebilir. Kararın adaletli olması ise, kararın*
taraflar arasındaki uyuşmazlığı, tarafları tatmin eder biçimde tümüyle ortadan kaldırmasının
(diğer deyişle, 'uyuşmazlığı sonsuza kadar yoketmesinin') yanında ve ondan çok daha önemli olarak,
toplumsal barışı sağlamaya yönelik olması
demektir. Bunun için ise, kararın maddî gerçekleri yansıtması ve yapılan yargılamanın ucuz, basit ve çabuk bir yargılama olması gerekir
"
[9]
.

Ancak uyuşmazlıkları kesin olarak çözmeyi amaçlayan hukuk yargılamasının, uyuşmazlıklara, tarafları tatmin edecek şekilde ve kalıcı çözümler bulmakta her zaman başarılı olduğu söylenemez [10] . Doktrinde işaret edildiği üzere, "*yargılama sonucu, tarafları tatmin etmese (yani aslında karar taraflar arasında bozulan dengeyi her iki tarafı da tatmin edecek ölçüde yeniden kurmasa) bile, yargısal gerçeklik ve bağlayıcılık niteliği gereği taraflar bununla yetinmek zorunda kalacaklardır* " [11] . Hayat tecrübeleri, hukuk yargılamasının uyuşmazlıkları geleceğe yönelik olarak çözmekte yetersiz kaldığını; zira birçok davadan sonra yeni hukuk veya ceza davaları ile icra takiplerinin başlatıldığını göstermektedir. Üstelik bu durum, sadece tarafların dava sonunda verilen hükümden tatmin olmaması, hükmü kabullenememesi ve hükme itaat etmemesi sebebiyle değil, kimi zaman da hukuk yargılamasında "
davaların yeni davalar doğurması
"na yol açan yasal düzenlemeler yüzünden ortaya çıkmaktadır
[12]
.

Esasen hukuk yargılamasının yapısı incelendiğinde, dava süreci sonunda her iki tarafın da tatmin olabileceğini söylemek çoğu zaman mümkün de değildir. Dava yolunun bünyesinde barındırdığı mücadeleci ve çekişmeli süreç ve doğurduğu kazan-kaybet sonucu, bu yolun tatmin edici olma niteliğini sınırladığından [13] , alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının arayışına girmek kaçınılmaz olmaktadır. Devletin tekelinde olan "yargı", dava konusu uyuşmazlıkları mahkemeler eliyle "yargılayarak" çözer. "Yargı", "*yarmak*" kökünden gelir. Her uyuşmazlık bir kördüğüm oluşturur. "Yargılama" ise, kördüğüm hâline gelen

uyuşmazlığın “
kesilip atılması
”, “
yargı ile yarılması
” anlamına gelir. Bu nedenle yargı mercilerinin, uyuşmazlığı taraflar bakımından kesip atan kararına “yargı” denilmiştir. Eski Türk Devletlerinde uyuşmazlıkları yargı yoluyla çözen, başka bir ifadeyle Devlet adına uyuşmazlıkları, “
yargı denilen kılıçla yaran
” kişilere “
yargıcı
”; bunların görevine, “
yargı yapma
” anlamına gelen “
yargılama
” denilmesinin sebebi de budur. Uyuşmazlığı taraflar bakımından çözen karar, yani “yargı”, yarıcı ve kesici bir âlete benzer ve İskender’in kördüğümü kılıcı ile yarıp kesmesini (çözmesini) anımsatır
[14]
. Uyuşmazlığı kesip (yarıp) atmak mahkemeler için zorunludur; zira mahkemeler, davaların sonsuza kadar sürmesini önlemek ve uyuşmazlıkları kesin olarak sona erdirmek suretiyle taraflar ve toplumun kesin hüküm ihtiyacını karşılar
[15]
.

İhtilaflı taraflar arasındaki ilişkiler devamlılık arz eden ilişkilerse, bu ilişkiyi yargı yoluyla kesip atmak, tarafların birbirinden daha da kopmasına ve birbirine düşman olmasına yol açmaktadır. Oysa taraflar arasında bir aile ilişkisi veya ticarî ilişki olabilir ve bu tür ilişkilerin kopartılması değil, onarılması gerekir. Zira dava yoluyla uyuşmazlığa bağlayıcı bir çözüm bulunsa da, bu çözüm taraflar arasındaki gerginlik ve kutuplaşmayı artırdığından, müstakbel ilişkilerde ferdî barışı sağlamakta yetersiz kalmakta ve yeni uyuşmazlıkların doğmasına, müşterek çocuklar ya da iş ortakları gibi uyuşmazlık dışındaki kişilerin de ciddî zararlar görmesine sebep olmaktadır. Arabuluculuk gibi müzakereye dayalı uyuşmazlık çözüm yollarının üstünlüğü, süreklilik arz eden ilişkileri kesip atmak yerine, bu ilişkileri onararak çözmeye gayret etmesinden kaynaklanır [16] . “
Uyuşmazlık çözümünde en kötü sulh en iyi davadan daha iyidir
” özdeyişinin temelinde de bu gerçek yatmaktadır
[17]
.

Görüldüğü gibi, varlığı veya yokluğu iddia edilen hak veya hukukî ilişki konusundaki uyuşmazlık düğümünün, “yargı” adlı kılıçla yarılması, belli usûl kuralları çerçevesinde gerçekleşmekte ve yargılamada tarafların menfaatleri değil, maddî hukuktan kaynaklanan hakları esas

alınmaktadır. Bu süreçte, tarafların menfaatlerine uygun çözümler geliştirilmesi amaçlanmamakta; maddî hukuka uygun bir karar vererek maddî gerçeğe ulaşmaya çalışılmaktadır. Uyuşmazlığın yargı ile çözülmesi demek, taraflarca uyulması zorunlu şekilde çözülmesi demektir. Tarafların, görünürdeki uyuşmazlığın temelinde yatan menfaatleri nazara alınmadan verilen ve uymak (itaat etmek) zorunda oldukları (bağlayıcı) hüküm, kimi zaman davayı kazanan tarafı bile yeterince tatmin etmemektedir. Oysa uyuşmazlığın yargı ile çözülmesi tek seçenek değildir. Tam tersine uyuşmazlığın aslî çözüm yolu, yargı dışı uyuşmazlık çözüm yollarıdır ve tarafların müzakere veya arabuluculuk gibi yollarla uzlaşması mümkün olmazsa, mahkeme tarafından dava yoluyla çözülmesi gündeme gelir. Dolayısıyla uyuşmazlık çözümünde başvurulacak ilk çare her zaman arabuluculuk (alternatif uyuşmazlık çözümü), son çare dava yolu olmalıdır [18] . Dava yoluna hâkim olan mücadeleci yargılama anlayışına (*adversarial system of procedure*) tamamen zıt şekilde kazan-kazan (*win-win*) anlayışına dayanan arabuluculukta, kısa sürede her iki tarafın da kazançlı çıkacağı bir sonuca ulaşılması hedeflenir ve tarafların yasal haklarından ziyade menfaatleri üzerinde yoğunlaşılır [19] .

Hukuk yargılamasının hususiyetlerini nazara alarak yukarıda özetlenen amaçtan hareket edildiğinde, arabuluculuğun, Anayasada ısrarla belirtilen “kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak” şeklindeki temel ilkeye uygun olduğunu, hatta bu ilkenin bir gereği olarak devlet ve adalet sistemi tarafından desteklenmesi gerektiğini söylemek mümkündür. Arabuluculuğun aslî amacı mahkemelerin iş yükünü azaltmak değil; kişiler arasındaki uyuşmazlıkları dostane bir usûlle, ilişkileri zedelemeden ve yeniden şekillendirerek çözmek suretiyle, bozulan hukukî barışı ve toplumdaki uzlaşmayı tekrar tesis etmek, bozulan menfaat dengesini kurarak sosyal barışa (*social reconciliation*) katkıda bulunmaktır [20] . Dava sayısının azaltılması ise aslî amaç değil, arabuluculuğun olumlu sonuçlarından sadece biridir.

Nitekim Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının genel gerekçesinde bu hususa, isabetli olarak şu şekilde dikkat çekilmiştir:

“*Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle uyuşmazlıkların çözümü son yıllarda pek çok ülkenin kanun koyucularını meşgul etmektedir.* ***Uyuşmazlıkların dava yolu ile çözümü yerine, tarafların kendi iradeleri ile uzlaşarak uyuşmazlığa son vermeleri, toplumsal barışın korunması açısından tercih sebebi sayılmaktadır.***
Bu yolların geniş kapsamlı ve etkin bir biçimde işlerlik kazanması mahkemelerin işi yükünün azalmasına katkı sağlayacaktır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, aslında ***yargı sistemi ile rekabet içinde olmadığı gibi, amaç yargısal yollara başvuru imkânını ortadan kaldırmak da değildir.***
Devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümü amaçlanmaktadır
".

C) Sosyal Sorunlara Dava Yoluyla Çözüm Bulma Eğilimi ve Artan Dava Alışkanlığı

Hukuk yargılamasının sosyal barışı sağlamak ve hukuk barışını korumak şeklinde genel kabul gören amacı, 21. yüzyılda daha da önem kazanmıştır. Zira günümüzün sanayileşmiş ve bilgi teknolojisine dayalı çağdaş toplumlarında, uyuşmazlıklar giderek artmaktadır. Modern toplumda yaygın bir olgu hâline gelen "*dava alışkanlığı*" (*litigiousness*), 17. yüzyıldan beri kullanılan bir kavram olup, dava açmaya aşırı düşkünlüğü ifade etmektedir. Latince
litigiosus
kelimesinden türeyen dava alışkanlığı, uyuşmazlıklarını mahkemeye taşımaya hevesli olan kavgacı kişileri tasvir etmektedir. Bu bağlamda dava alışkanlığı, kişilerdeki aşırı dava açma eğilim ve isteğidir.

Psikolojik düzeyde tanımlanabilen dava alışkanlığı, sosyal bir fenomen olarak hukuk sosyolojisinin kapsamına girmektedir. Bu sosyal fenomen, çağdaş batı toplumlarında "dava patlaması" (*litigation explosion*) ve hükmedilen tazminatların çok yüksek olmasından kaynaklanmaktadır. Çağdaş toplumlarda mahkemelere yönelik taleplerin, dava sayısındaki hızlı artışın ve yüksek miktarlı tazminatlar içeren mahkeme kararlarının genel bir eğilim olup olmadığı açık olmamakla beraber, yanlış tıbbî tedavi ve haksız fiillerden doğan tazminat davaları gibi bazı alanlarda, dava sayısında belirgin bir artış olduğu açıkça görülmektedir.

Toplumda görülen dava alışkanlığı, kişilerin günlük sorunlarına karşı gösterdikleri tepkinin bir sonucudur. Kişiler, bir anlaşmazlığın dava konusu olup olmayacağını ve olursa nasıl sonuçlanacağını genellikle merak ederler. Bir kişi dava açmayı göze aldığında, hukuk sistemini harekete geçirmiş olur (*legal mobilization, moblisierung des rechts*). Doktrinde bu süreci açıklayan çeşitli görüşler, hak arayan kişilerin karar verme sürecini irdelemişlerdir.
Zemans
bu karar verme sürecini, "
hakkını öne süren bir kişinin zihnindeki arzunun somutlaşarak talebe dönüşmesi
" şeklinde tanımlamıştır
[21]
. Ancak dava açma kararı, hak arama isteğinin kendiliğinden ortaya çıkan bir sonucu değildir. Davaya giden yol üç aşamaya ayrılabilir ve bu aşamaların herhangi birinde talep sahibi, çeşitli

nedenlerle dava hakkını kullanmamayı tercih edebilir. Doktrinde *Felstiner*, *Abel* ve *Sarat* bu üç aşamayı, “adlandırma” (*naming*), “sorumlu tutma” (suçlama, *blaming*) ve “talep etme” (*claiming*) şeklinde sıralamıştır. Buna göre, örneğin bir zarar ilk önce adlandırılmalı (tayin ve teşhis edilmeli), ikinci olarak zararın sorumluluğunun kime yükletileceği belirlenmeli ve üçüncü olarak zarar gören kişi, haksız fiilden sorumlu tuttuğu (suçladığı) kişinin zararını tazmin etmesini talep etmelidir [22].

Kişilerin dava açma eğilimini belirleyen çeşitli etkenler vardır. Bu etkenler hukukî, sosyal ve ekonomik koşullara dayanır. Çağdaş toplumlarda iş bölümünün giderek artmasıyla, kişiler hayatlarının idamesi için birbirlerine daha fazla bağımlı hâle gelmiş ve böylece birbirlerinden karşılıklı beklentilere sahip olmuşlardır. Sosyal kontrol ve anlaşmazlık çözümünde aile, din adamları, komşu çevresi ve akil kişiler gibi geleneksel kişi ve kuruluşların oynadığı rol azaldıkça, kişiler beklentilerinin karşılanmasını sağlayacak diğer yolların arayışına girmiştir. Böylece sosyal ilişkiler, daha resmî ve hukukî olarak şekillenmiştir. Sonuçta çeşitli sorunlarla karşılaşan kişiler, hukukî anlaşmazlıklarının çözümü için mahkemelere daha fazla başvurur olmuştur. Bilim ve teknolojideki gelişmeler, bir yandan yeni ürün, fırsat ve risklerin (örneğin sağlık risklerinin) doğmasına yol açarken, diğer yandan, hukukî düzenleme ve sorumluluklar hakkındaki belirsizlikler, yeni davaları tahrik etmiştir. Kitle hâlindeki üretim ve tüketimiyle küreselleşen bir ekonomide teknik olarak ayıplı ürünler, çok sayıda kişiyi etkileyebilmektedir. Bu durum toplumu, karşılaştıkları sorunlara karşı daha hassas kılarak, yasal yollara ilişkin talebi artırmıştır.

Sosyal sorunların adlî sorunlara dönüşme sürecinde çeşitli etkenlerin katkısı olmuştur. Sosyal sorunların hukukî ihtiyaçlara, yasal taleplere ve davaya dönüşmesinde, her şeyden önce hak arama bilincinin yerleşmesi etkilidir. Hak arama bilinci, kişilerin eğitim düzeyine ve menfaat grupları (örneğin tüketici birlikleri veya ticaret odaları gibi), medya ve devlet tarafından yapılan bilgilendirmeye bağlı olarak artmaktadır. Dava yolu dışında kalan arabuluculuk, uzlaştırma ve tahkim gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri topluma iyi bir şekilde tanıtılmazsa, kişiler dava yolundan kaçınmalarını sağlayacak farklı seçenekleri tercih etme imkânından mahrum kalacaklardır [23] .

Dava alışkanlığı ve sosyal sorunlara dava yoluyla çözüm bulma eğilimi, kanun koyucunun politikalarından ve hukukçuların yaklaşımlarından da etkilenmektedir. Özellikle medenî usûl hukuku ve haksız fiil hukuku alanlarında yapılacak düzenlemeler, kişilerin dava açma yönündeki eğilimini olumlu veya olumsuz şekilde etkileyebilir. Örneğin yargılama giderlerinin düşük tutulması, daha fazla kişinin uyuşmazlık çözümünde dava yolunu tercih etmesine yol açacaktır. Yargılama harç ve giderleri düşük olur veya taraflar arasında paylaştırılırsa, davanın kaybedilmesi hâlinde üstlenilecek malî risk düşük olacağından, bu durum dava eğilimini artıracaktır. Benzer şekilde, dar gelirli kişilerin adlî yardımdan yararlanma imkânı arttıkça veya hukuk sigortası sistemi geliştikçe, dava açmak kolaylaşacaktır. Ayrıca avukatlık ücretinin davada başarıya göre alınması veya davanın kaybı hâlinde avukatlık ücreti ödenmeyeceği ilkesinin (*the principle of no win no pay*) kabulü, dava açma isteğini tahrik edebilir.

Nihayet medenî usûl hukuku gibi maddî hukuk da, kişilerin dava eğilimini tetikleyebilir. Sosyal hayatın birçok alanında, mevzuat veya mahkeme kararlarıyla hukukî sorumluluğun (örneğin tüketici hukukunda ayıplı mal ve hizmetlere ilişkin üreticilerin sorumluluğunun, motorlu araç işletenlerde olduğu gibi tehlike sorumluluğunun veya meslekî sorumluluğun) kapsamı genişletildikçe, toplumun talepleri artmakta ve dava kültürü yayılmaktadır.

21. yüzyılda bazı toplumlar (örneğin Amerika Birleşik Devletleri), dava alışkanlığının yüksekliğiyle tanınmıştır. Popüler Amerikan gazeteleri ve medyası, bazı davaları öne çıkararak [24]
toplumun dava yoluna ilgisini çekmiştir. Farklı hukuk sistemlerinde dava oranları üzerinde yapılan mukayeseli araştırmalar, dava alışkanlığı yüksek olan bir toplum olarak bilinen Amerika Birleşik Devletleri hakkında farklı bir gerçeği ortaya çıkarmıştır. Buna göre her 1000 Amerikalının 75'i dava açmıştır. Kişilerin dava eğilimi Almanya'da
‰ 123, İsveç'te ‰ 111 ve Avustralya'da ‰ 96 olup,
Amerika Birleşik Devletleri'nden daha yüksektir. Buna göre Amerikalıların dava eğiliminin diğer milletlerden daha yüksek olduğu yönündeki genel kanı, aslında bir yanılgıdan ibaret olup, belki de Amerika Birleşik Devletleri'nde her konuda dava açılmasından kaynaklanmaktadır.

Bu konuda diğer bir marjinal örnek, dava alışkanlığı olmayan bir toplum olarak bilinen Japonya'dır. Japonya'da tahmini dava oranı ‰ 9'dur. Sadece Çin, Hindistan, Tayland ve Paraguay gibi gelişmekte olan ülkelerde dava oranı düşüktür. Etiyopya ‰ 2'lik dava oranıyla, dava eğilimi en düşük ülkedir. Avrupa ülkeleri ve diğer çağdaş ülkeler, genel olarak orta ve yüksek düzeyde dava oranına sahiptir. Dava alışkanlığına ilişkin ülkeler arasındaki farklılıklar açıklanırken, bu durumun ekonomik gelişme düzeyine, hukukî yapı ve kültür farklılığına ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının bulunmamasına bağlı olduğu vurgulanmaktadır [25]

.

Türkiye açısından konuya bakıldığında, 20. yüzyılın son çeyreğinde haberleşme ve ulaştırmanın gelişmesi, başta iletişim ve bilgisayar teknolojisi olmak üzere bilim ve teknoloji alanındaki gelişmelerin hızlanması, ekonomik ilişkilerin karmaşıklaşması, tüketim eğiliminin yükselmesi, toplumda şehirleşmenin ve yabancılaşmanın artması uzlaşma kültürünün zayıflamasına yol açmış ve buna bağlı olarak da, kişiler arasındaki anlaşmazlık ve uyuşmazlıkların çözümünde dava yolu daha çok tercih edilir olmuştur [26] . Sosyolojik değişim, hukukî ilişkilere de yansımış ve toplumda dava alışkanlığı artmıştır. Bu sebeple gerek adlî gerek idarî yargıda, ilk derece ve üst derece mahkemelerinde aşırı iş yükünden kaynaklanan bir kriz baş göstermiştir
[27]
. Adlî Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünün, 100.000 kişiye düşen hukuk davası sayısının bölgelere ve yıllara göre dağılımını gösteren verilerine göre, dava eğilimi 2000 yılında
‰ 17.96,
2005 yılında
‰
20.29, 2006 yılında
‰ 20.82,
2007 yılında
‰ 21.35 ve
2008 yılında
‰ 21.68 olmuştur
[28]
. Hukuk mahkemelerinin iş yükünün mahkeme türüne göre dağılım oranına bakıldığında, ülkemizde hukuk mahkemelerinin 2008 yılındaki toplam dava sayısı 2.521.418 adettir. Bu davaların 900.625 adedi 2007 yılından 2008 yılına devretmiş, 1.572.467 adedi yıl içinde açılmış ve 48.326 adedi ise Yargıtaydan bozularak gelmiştir
[29]
. Buna göre 2008 yılındaki toplam dava sayısının %62'sini, yeni açılan davalar oluşturmaktadır ki, bu oran da ülkemizdeki dava alışkanlığının yüksekliğini göstermektedir.

Dava alışkanlığının, toplum ve hukuk sistemine ciddî zararları vardır. Birinci olarak, talep ve uzlaşmazlık kültüründeki sürekli artış, yargı erki üzerindeki baskıyı artırmaktadır. Dünya genelinde, davaların gecikmesi nedeniyle yargı sisteminden şikâyetler görülmektedir [30] . Alternatif uyuşmazlık çözümü, anlaşmazlıkların ortadan kaldırılması için harcanan zaman ve masrafları önemli ölçüde azaltabilir
[31]
.

İkinci olarak, bir tazminat kültürünün ortaya çıkması, ekonomiye ağır yük yükler. Örneğin

Birleşik Krallık'ta 2002 yılında, tazminat taleplerinin sayısındaki artış yüzünden, ticarî işletmelerin ödediği sigorta primlerinde yaklaşık %50 oranında bir artış görülmüştür. Bu prim artışı, mal ve hizmet fiyatlarına dolaylı olarak yansıyarak, tüketicilerin zarar görmesine yol açacaktır.

Son olarak, özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde bazı görüşler, sınır tanımayan bir talep kültürünün, belirli sektörlerde şirketlerin mal ve hizmet arzından vazgeçmesine yol açtığını ileri sürmektedir. Yerel yönetimler de sorumluluklarını sınırlamak amacıyla, bazı kamu hizmetlerinde kısıntıya gidebilmektedir. Dava açma tehdidi, gelişmeleri sınırlamakta ve sigorta şirketlerinin, belirli alanlardan (örneğin sağlık sektöründen) çekilmesine dahi sebep olmaktadır.

D) Dava Alışkanlığındaki Artışa Karşı Büyük Adliye Binalarının İnşa Edilmesi

Dava sayısının azaltılmasının iki temel yolu vardır. Bunlar, dava açma eğiliminin kırılması ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının geliştirilmesidir. Kişilerin dava açma isteğini azaltacak politikalar, dava açmayı zorlaştırarak veya daha az ödüllendirerek dava eğilimini sınırlandırmaya çalışmaktadır. Bu politikalar, davacının alabileceği tazminat miktarını sınırlayarak, cezaî tazminatları ve şarta bağlı avukatlık ücretlerini yasaklayarak uygulanmaktadır. Ancak bu tedbirler, hak arama hürriyetiyle bağdaşacak ölçüde benimsenmeli ve hak arama hürriyetini kısıtlamamalıdır.

Dava alışkanlığının azaltılması mahkemelerin iş yükünü hafifleteceğinden, yargının verimliliğinin ve etkililiğinin artırılmasına doğrudan katkı sağlayacaktır.
Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan Yargı Reformu Stratejisinde,
yargının verimliliğinin ve etkililiğinin artırılmasının önemine şu şekilde dikkat çekilmiştir:

"***Adil, iyi ve hızlı işleyen, etkili ve verimli bir yargı sisteminin varlığı hukuk devleti olmanın önemli gereklerinden biridir.*** *Bir yargı sistemine güven duyulması için de bu niteliklerin varlığı, olmazsa olmaz bir koşuldur* " [32] .

Ülkemizde dava alışkanlığının artmasına karşı alınan tedbirlerden biri de, Türk yargısının alt yapısını güçlendirmek adına yeni ve modern adliye binalarının inşa edilmesi olmuş ve
Yargı Reformu Stratejisinde,
bu yöndeki çalışmaların kararlılıkla devam ettiği ifade edilmiştir. Yeni ve modern adliye

binalarının inşa edilmesi amacı kapsamında, ülkemizin adliye saraylarına baktığımızda, gerçekten bu konuda büyük miktarlı yatırımlar yapıldığı görülmektedir. Türkiye'nin zamanında en büyük adliyesi olarak inşa edilen 50.000 m
2
alanlı Ankara ve 105.000 m
2
alanlı İzmir Bayraklı adliyelerinin ardından İstanbul'da yeni inşa edilen adliyeler, "dünyanın ve Avrupa'nın en büyük adliyeleri" unvanını almıştır. Örneğin, 343.000 m
2
alanda 238.000.000-TL keşif bedeliyle inşa edilen ve günde yaklaşık 70.000 kişinin ziyaret etmesi beklenen İstanbul Çağlayan Adliyesi, Bayındırlık Bakanlığının en büyük keşif bedelli ihalesi olmuştur. Bunun gibi 350.000.000-TL'ye mal olacağı tahmin edilen Anadolu Yakası adliyesi, 360.000 m
2
kapalı alana ve 350 duruşma salonuna sahiptir. Dünyanın en büyük adliyesi olan Anadolu Yakası Adliyesinde yaklaşık 5.000 personel görev yapacak olup, adliyeye günde yaklaşık 100.000 kişinin giriş çıkış yapması beklenmektedir
[33]
. Nihayet 328.544 m
2
alanda faaliyet gösteren Avrupa Yakası (Bakırköy) adliyesinin maliyeti 392.525.000-TL olmuştur
[34]
. Adalet Bakanlığının öngörüsüne göre bu dev adliye saraylarının, 15-20 yıllık ihtiyaca cevap vermesi beklenmektedir
[35]
.

Bilgisayar teknolojisinin yargı teşkilâtında etkin bir biçimde kullanılmasını sağlayacak yeni ve modern adliye binalarının inşa edilmesine, kuşkusuz hiç kimsenin bir itirazı olamaz. Ancak Türkiye Cumhuriyeti Devletinin, dünyanın en büyük adliyelerini inşa eder hâle gelmesi düşündürücü olduğu kadar ciddî bir tehlikenin ve sosyal çöküntünün de habercisidir. Türkiye Cumhuriyeti, nüfusu itibariyle dünyanın en kalabalık ülkesi olmadığı hâlde, uyuşmazlık sayısı itibariyle dünyanın en fazla uyuşmazlığına sahip, dava alışkanlığı yüksek olan ülkeleri arasına girmeyi başarmış ve bu yüzden dünyanın en büyük adliyelerini inşa etmek zorunda kalmıştır. Bir devletin "dünyanın en büyük ihracatçısı", "bilgi ve eğitim yatırımcısı" gibi unvanları hak etmesi ne kadar memnuniyet vericiyse, "dünyanın en büyük adliyelerine sahip olması" da bir o kadar endişe vericidir. Dolayısıyla kanımca, vergi mükelleflerinin paraları yanlış yerlere kanalize edilmektedir. Dünyanın en büyük adliyelerini inşa etmek, uyuşmazlık sayısını azaltmayacaktır. Nitekim Ankara ve İzmir adliyeleri, inşa edildiği yıllarda dev adliye sarayları olarak yapılmış ve uzun yıllar şehrin adliye gereksinimini karşılayacağı plânlamış olmasına rağmen, kısa süre sonra bu plânların gerçekçi olmadığı anlaşılmıştır. Halen Ankara ve İzmir adliyelerinde büyük bir yer sıkıntısı vardır. İhtiyacı karşılamayan bu adliyelere ek binaların arayışı içine girilmiştir
[36]
.

Dev adliye sarayları, inşa edilmesinden sonraki işletme giderleri (elektrik, ısınma, su harcamaları, tadilât ve bakım giderleri gibi) ve yönetim sorunlarıyla vergi mükelleflerinin sırtında bir yük olarak varlığını sürdürmekte, oluşturduğu kalabalık yüzünden trafik ve alt yapı sorunlarıyla çevre için başka sorunlar doğurmakta ve hem Devlet hem yerel yönetimler için ayrı bir sorun yumağı hâline gelmektedir. Dev adliyeler ve ilk derece mahkemelerindeki artan iş yükü, üst mahkemelerin de tıkanmasına ve yetersiz kalmasına yol açmaktadır. Dava alışkanlığını azaltılmadıkça, dev adliye binalarının sorunlara çözüm bulması beklenemez. Bu tür adliyeler, uyuşmazlıkları önlememekte, tam tersine daha da körüklemektedir. Dava dosyalarının sayısı, her yıl artarak (yıllık artış oranı ortalama %20'dir) devam etmektedir. Sonuçta artan iş yükü karşısında, uzun zaman geçmeden bu adliye binalarının da yetersiz kalması kaçınılmazdır. Bu sebeple, uyuşmazlık çözüm yolları konusunda yapılacak yatırımlar doğru yönlendirilmeli, "
dünyanın en büyük adliyeleri
" yerine "
dünyanın en büyük uzlaşma merkezleri
" inşa edilmeli, uyuşmazlıkların dava aşamasına gelmeden veya dava açılmışsa da yargılama yapılmadan önce çözülmesini sağlayacak usûller geliştirilmelidir.

Toplumdaki artan dava alışkanlığına çözüm bulmak için büyük adliye sarayları yapılması doğru bir yaklaşım olmayıp, doğrusu uyuşmazlıkların adliyeye taşınmasını önlemektir. Nitekim, uyuşmazlık çözümü alanında Osmanlı devletindeki model, Türkiye Cumhuriyeti için iyi bir örnek teşkil etmektedir. Osmanlı Devletinde tevzi edilmeyen (yerine getirilmeyen) adalet, adaletsizlik sayılmıştır. Osmanlı Devleti'nin hızlı yargıdaki şöhreti bütün dünyada bilinmektedir [37] . Bu konuda
D'ohsson
; "
iki veya üç celse nadirdir. Ekseri davalar, bir celsede hükme bağlanır
" demektedir.
Ricault
ise, "
En mühim davalar bir saat içinde hükme bağlanır. Hüküm derhal infaz edilir. Avrupa'da olduğu gibi hükmü geciktirecek oyunlardan hiçbiri tatbik edilmez
" demektedir
[38]
.

Osmanlı Devleti'nde uyuşmazlıklar, mahkemeye gitmeden aile meclisi, eşraftan zatlar, esnaf kethüdaları (sendika başkanları) tarafından çözülmüştür. Halkın yapısı ihtilaf çıkarmaya müsait olmamıştır.

Osmanlı Devleti'nde olduğu gibi hukukumuzda da uyuşmazlıkların mahkemeye taşınmadan çözülmesi esas olmalıdır. Maddî yatırımlar dava yoluna veya dev adliye saraylarına değil, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının öğretilmesi, yayılması ve geliştirilmesi için yapılmalıdır. Ülkemiz bu konudaki adımları atmakta ve gerekli yatırımları yapmakta geç kalmıştır. Uzlaşma kültürünün topluma kazandırılması şarttır. Böylece sosyal barışa katkıda bulunulacak ve toplum uyuşmazlık çıkarmayan bir yapıya sahip kılınacak; ortaya çıkan uyamazlıklarını da uzlaşmayla çözmeyi öğrenecektir. Toplumu oluşturan fertlerin, kendi uyuşmazlıklarını uzlaşma yoluyla kendilerinin çözme ve her anlaşmazlığı mahkemelere taşımayarak adlî birer sorun hâline getirmeme alışkanlığını küçük yaştan itibaren edinmeleri için, gerekli eğitim ve müfredat programları hazırlanmalıdır. Devlet, yargı organı eliyle, mahkemelere taşınan sorunların da dava yolundan önce, müzakere veya arabuluculuk gibi yöntemlerle çözülmesi için gereken yasal zemini oluşturmalı; hâkimler, savcılar ve avukatlar bu sistemin işlemesi için destek olmalıdır. Anayasanın devlete yüklediği, "*kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlama* " şeklindeki temel vazife ve hukuk yargılama usûlünün " *sosyal barışı tesisi etme*" şeklindeki yüksek gayesi,
alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının geliştirilmesini zorunlu kılmaktadır.

E) Arabuluculuğun Yargının Değil Dava Yolunun Alternatifi Olması

Müzakere, arabuluculuk, ön tarafsız değerlendirme ve tahkim gibi yöntemler, alternatif uyuşmazlık çözümü üst başlığı altında birleşmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında yer alan "
alternatif
" keli-mesiyle kastedilen, "dava yoluna seçimlik olarak kişilere sunulan uyuşmazlık çözüm yolları"dır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, mevcut yargı sistemiyle rekabet içinde olmayıp, yargı yolunun yerine geçmeyi amaçlamazlar. Nitekim Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının genel gerekçesinde de isabetli olarak bu husus şu şekilde belirtilmiştir:

"*Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, aslında* ***yargı sistemi ile rekabet içinde olmadığı gibi, amaç yargısal yollara başvuru imkânını ortadan kaldırmak da değildir.***
Devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümü amaçlanmaktadır
".

Her ne kadar doktrinde, "mahkemelerce kullanılan yargı yetkisine alternatif bir yöntemi"

çağrıştırması bakımından, gerekçede “alternatif uyuşmazlık çözümü”ne yer verilmesi eleştirilmişse de [39] , arabuluculuğun niteliğini belirtmek amacıyla bunda bir sakınca görmemek gerekir. Zira bu yöntemlerde, organik veya şeklî anlamda bir “ *yargılama faaliyeti* ” kesinlikle yapılmaz [40] ve mahkemenin yargı yetkisine alternatif bir çözüm arayışı bulunmaz. Arabuluculukta tarafları bağlayıcı bir karar verilmez, tahkikat ve yargılama yapılmaz; tanık dinlenmesi, yazılı delil ibrazı, keşif yapılması, bilirkişi incelemesi gibi delil inceleme ve değerlendirme faaliyeti olmaz. Arabulucu hâkim veya hakem olmadığından, dolaylı dahi olsa, yargı yetkisini kullanamaz [41] .

Arabuluculuğun, HUAKT m. 2’de yapılan tanımı incelendiğinde, bir yargılama faaliyeti olmadığı kolaylıkla anlaşılmaktadır. HUAKT m. 2, 1/a’da arabuluculuğun, ihtilaflı tarafların çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için, onlar arasındaki iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren bir arabulucunun katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu belirtilmiştir. Madde gerekçesinde de bu hususta şu bilgiye yer verilmiştir:

“*…Bir başka ifade ile,* ***arabulucu, uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremez, taraflara çözüm önerilerinde bulunamaz.*** *Arabulucu, sadece sistematik bir biçimde iletişim teknikleri uygulamak suretiyle, taraflar arasında* ***iletişimin kurulmasını kolaylaştırır*** *ve diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlar; taraflara rahat ve özgür bir müzakere ortamı yaratmak suretiyle, sorumlulukları kendilerine ait olmak üzere* ***çözümü kendilerinin bulmasına yardımcı olur.*** *Diğer bir anlatımla arabulucu, uyuşmazlığı bir karar vermek suretiyle çözmeyi değil; ikna ve telkin ile tarafların yeniden müzakerelere girişmelerine ve bir anlaşma sağlamalarına imkân veren bir ortamı oluşturmayı hedefler;* ***o haklıyı veya haksızı bulmaya yahut belirlemeye yönelik olarak değil; tarafların her ikisinin de menfaatlerinin en uygun bir şekilde dengelenmesini öngören bir anlaşma zeminin bulunmasına çaba sarfederek*** *uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını gerçekleştirmeye çalışır* ”.

Görüldüğü gibi, yargıya başvurma yolunu kapatmayan çeşitli hukukî çözüm arayışlarının ve ikna yöntemlerinin önünün açılmasını amaçlayan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında arabulucu, gayriresmî uyuşmalık çözüm müzakerelerinde, taraflar arasındaki uyuşmazlığa gene tarafların çözüm bulmasına yardımcı olur [42] . Dolayısıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, “*yargılama nın değil dava yolunun alternatifidir*

” ve uyuşmazlık çö-zümünde dava yolu yanında öngörülen, dava sürecine yardımcı olan yöntemleri ifade etmektedir. Anayasanın 9. maddesine göre “
Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır
”. Yargı yolunda, uyuşmazlığı çözmekle görevli olan bağımsız mahkemeler, Anayasa tarafından kendilerine tanınan yargı yetkisini Türk Milleti adına kullandığından, yargı yetkisinin temeli toplumsal anlaşmaya (
contrat sociale
) dayanır. Arabulucu sıfatıyla müzakereleri kolaylaştıran tarafsız üçüncü kişi ise yetkisini milletten değil, uyuşmazlığın taraflarından alır ve taraflarla yaptığı sözleşmeye göre karar verir. Arabulucu, niteliği gereği taraflardan bağımsız olsa da, milletten bir yargı yetkisi almaz. Devletin tekelinde olan yargı sisteminin mutlak egemenliğine hiçbir şey “
alternatif
” olamaz
[43]
. Müzakere ve arabuluculuk gibi bazı alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının dava sürecinin bir kesiti olarak düzenlenmesi de (örneğin mahkeme bağlantılı arabuluculuk
[44]
), bu yöntemlerin tamamlayıcı bir işleve sahip olduğunu ve uyuşmazlıkların büyüyerek birer adlî sorun hâline gelmeden önce çözülebilmesini amaçladığını göstermektedir
[45]
. O hâlde yargının
sürrogatı
olmayan, dava yolunu kapatmayan, sadece dava yolu yerine başvurulan seçimlik yöntemlerden ibaret olan
[46]
alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru imkân tanınmalı ve bu yöntemler kamuoyuna tanıtılmalıdır.

Esasında uyuşmazlıkların mücadeleci dava süreciyle değil uzlaşmayla çözülmesi, Türk hukukunun eskiden beri bildiği bir yöntemdir. Nitekim sulh mahkemelerinin kurulma gayesi, uyuşmazlıkların sulh (uzlaşma) yoluyla çözülmesini sağlamak olup, sulh mahkemelerinin aslî işlevi, ihtilaflı tarafları uzlaştırmaktır. Sulh ve asliye hukuk mahkemeleri arasındaki tarihi misyon farklılığı, sulh mahkemelerinin ferdî ve içtimaî sulhü tesisi etmeyi amaçlamış olmasından kaynaklanmaktadır. Buna mukabil, zamanla bu iki mahkeme arasındaki amaç farklılığı kaybolmuş, her iki mahkeme de yargılama yapan bir hüviyete bürünmüş, sulh ve asliye mahkemelerinde farklı yargılama usulleri (basit ve yazılı yargılama usulü) uygulanmasına rağmen, uygulamada yargılama usûlleri arasındaki farklılık da belirgin olmaktan uzaklaşmış ve mevcut ayırım, sadece basit bir görev ayrımına (5235 s.K. m. 4-6; HUMK m. 8) dönüşmüştür [47]
. Özel olarak sulh hâkiminin
[48]
ve daha genel olarak diğer genel ve özel mahkemelerdeki hâkimlerin
[49]
uzlaştırma işlevini kaybetmesi

[50]
sadece mahkemelerin iş yükünü artırmakla kalmamış, asliye ve sulh mahkemeleri arasındaki görev ayrımının doktrinde haklı olarak sorgulanmasına da sebep olmuştur
[51]
.

§ 2. ADALETE ERİŞİM HAKKI GEREĞİNCE ARABULUCULUĞA BAŞVURU İMKÂNININ TANINMASI

Adalete erişim hakkı, kaynağını Anayasa'da bulan bir haktır. Adalete erişim hakkının dayanağı, Anayasanın 36. maddesindeki hak arama hürriyeti olmayıp, Anayasanın 2. maddesindeki "sosyal devlet ilkesi"dir. Çünkü hak arama hürriyeti sadece, adalete erişim hakkının unsurlarından biri olan "mahkemelere erişim hakkı"nın dayanağıdır. Oysa adalete erişim hakkı bundan daha geniş bir kavramdır [52] .

Anayasanın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk Devleti olduğu belirtilmiş ve Anayasanın 5. maddesinde, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak, devletin temel amaç ve görevi olarak sayılmıştır.

Anayasamızda açıkça ifade edildiği gibi, Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir devlettir. Sosyal devlet (refah devleti, *sozialstaat, welfare state, Etat providence*) doktrinde, "*devletin sosyal barışı ve sosyal adaleti sağlamak amacıyla sosyal ve ekonomik hayata aktif müdahalesini gerekli ve meşru gören bir anlayış* "
olarak tanımlanmaktadır
[53]
. Böylece sosyal devlet, kişilere sadece klâsik hürriyetleri sağlamakla yetinmeyip, aynı zamanda herkese insan onuruna yaraşır asgarî bir hayat seviyesi sunmayı ve bunun için zarurî olan maddî ihtiyaçları karşılamayı vazife bilir

[54]
. Sosyal devlet çok yönlü siyasal bir kavram olup, kişilerin sosyal durumlarını iyileştirmeyi, sosyal adaleti sağlamayı, kişilere insanca bir yaşayış düzeni ve sosyal güvenlik hakkı sağlamayı, ekonomik-sosyal bakımdan zayıf kesimleri korumayı ve sosyal kutuplaşmayı önlemeyi kendisi için ödev bilir
[55]
. Sosyal devlet, bir yandan adalet hizmetlerinden yararlanmak isteyen kişilere fırsat eşitliği sağlarken, diğer yandan taraflar arasında ekonomik bir denge kurmalı ve bu dengeyi yargılamanın sonuna kadar korumalıdır
[56]
. Sosyal devlet, çok sayıda kamu hizmeti, idarî işlem ve eylemlerle muhatap olan kişilere adil ve hukuka uygun davranılmasını sağladığı için, hukuk devleti ile de bağlantılıdır
[57]
.

Sosyal devlet ilkesi kişilere, devlete olumlu edimler yükleyen bazı sosyal haklar bahşetmektedir. Kuşkusuz devlet, "*sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir* " (Anayasa m. 65). Kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmayı amaç edinen devlet (Anayasa m. 5), bu kapsamda adalete erişim hakkının önündeki engelleri de kaldırmalıdır. Esasları yukarıda özetlenen sosyal devletin, hukuk yargılama usûlüne önemli etkileri vardır [58] . Bu etkiler kapsamında, adalete erişimin kolaylaştırılması sosyal devletin amaçları arasında yer almaktadır.

Adalete erişim krizi, sanayileşmiş devletlerde küçümsenemeyecek bir sorundur. Bu krizin aşılması amacıyla geliştirilen adalete erişim akımı (*access to justice movement*), üç temel dalgadan müteşekkildir. 1960'lı yıllarda başlayan birinci dalga, bilgiye erişim ve avukatla temsil imkânından mahrum kalma gibi, adalete erişimin önündeki ekonomik engelleri ortadan kaldıracak hukukî kurumlara yoğunlaşmış ve adlî yardımı (
legal aid
) öne çıkarmıştır. Bu dalga ile, yerel hukuk büroları (
neighborhood law offices
) uygulamasına başlanmıştır. İngiltere, Fransa ve Almanya gibi ülkelerde ortaya çıkan "
judicare
" sistemiyle, Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulanan maaşlı personel olarak görev yapan avukatlık sisteminin birleştirilmesi sonucunda, karma adlî yardım sistemleri oluşturulmuştur
[59]
.

1970'li yılların başında başlayan ikinci dalga kurumsal engelleri gündeme getirmiş ve hukuk yargılama usûlünde küçük talepler yargılama usûlü (*small claims track*), tahkikat kurallarındaki değişiklikler ve hukuk sigortası gibi yeniliklerin benimsenmesine sebep olmuştur. Keza bu dalga, sınıf davalarının [60] (*class actions*) kabulü suretiyle, grup hak ve menfaatlerinin kolektif korunması fikrini güçlendirmiştir. Kolektif menfaatlerin hukukî temsilinin tüketiciler ve çevreciler gibi toplu menfaat gruplarına da teşmil edilebilmesi için, vakıflarca desteklenen, kamu menfaatini koruyan hukuk büroları (*public interest law firms*) kurulmuştur [61]. Kuzey Amerika ve Avrupa'da, tüketiciler ve çevreciler gibi müşterek menfaatler etrafında birleşen; fakat hiç ya da yeterince temsil edilmeyen grupların menfaatlerinin korunmasına yönelik yöntemler oluşturulmuş, böylece yeni sosyal ihtiyaçlara cevap verebilecek bir dava çeşidi olan sınıf davaları geliştirilmiştir [62].

1970'li yılların sonunda başlayan üçüncü dalgada ise, adalet sistemindeki aksaklıklara çözüm bulunabilmesi amacıyla gerçekleştirilen adalete erişim reformları kapsamında, halkın hukukî bilgilere erişiminin kolaylaştırılması ve bilgilendirilmesi üzerinde çalışılmış, hukuk dilinin sadeleştirilmesi ve kanunî düzenlemelerin basitleştirilmesi amaçlanmıştır [63]. Bu dalga, tarafların adalete erişimi için sunulan geleneksel dava yolunun yetersizliğinden yola çıkarak, alternatif uyuşmazlık çözümünü ve özellikle arabuluculuğu ortaya çıkarmıştır [64]. Bu doğrultuda Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21 Mayıs 2008 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesinde (2008/52/EC) adalete erişimin, kişilerin sadece mahkemelere ve yargı yoluna değil, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına erişimini de içerdiği şu şekilde belirtilmiştir:

"(5) *Avrupa Birliğinin özgürlük, güvenlik ve adalet bölgesi oluşturma politikasının bir parçası olarak, adalete daha iyi erişimi güvence altına almak amacı, yargı yolu kadar yargı dışı uyuşmazlık çözüm yollarına erişimi de kapsamalıdır. Bu Yönerge, özellikle arabuluculuk hizmetlerine erişim konularında, iç pazarın uygun işleyişine katkıda bulunmalıdır* " [65].

Aynı düşünceler Yargı Reformu Stratejisinde de dile getirilmiş ve “adalete erişimin kolaylaştırılması” başlığı altında, ülkemizde adalete erişimin, Anayasada anlamını bulan hak arama hürriyeti ve sosyal hukuk devleti kavramı ile güvence altına alındığı; bu kapsamda, adalete erişimin kolaylaştırılması için zorunlu müdafilik, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, hukuk davalarında adlî yardım gibi müesseseler geliştirildiği ifade edilmiştir [66] .

Nihayet Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının (HMKT) genel gerekçesinde, kişilerin adalete erişim hakkının doğal sonucu olan etkin hukukî koruma ihtiyacı ve talebine [67] şu şekilde yer verilmiştir: “ *Hak arama özgürlüğü çerçevesinde, hukukî korunma talebi için artık günümüzde, ‘etkin hukukî koruma’ ihtiyacı ve talebinden söz edilmektedir. Yani,* ***bir devletin sadece yalın olarak hak arama ve hukukî korunma yollarını dü zenlemesi ve bunları açık tutması yeterli değildir;*** *aynı zamanda* ***bu yolla rın etkinliğini sağlamak,*** *elde edilecek kararların uygulanabilir olması imkânını ayakta tutmak, hukukî korunma ihtiyacı ile orantılı ve bağlantılı bir yöntemi benimsemek gibi yükümlülüğü söz konusudur* [68] ”.

Bu düzenlemeler ışığında, sosyal devletin amaçlarından birinin de sosyal adaleti sağlamak ve adalete erişim hakkını sınırlayan engelleri kaldırmak olduğu dikkate alındığında, arabuluculuğu geliştirmenin, sosyal devlet ilkesinin amacıyla bağdaştığını söylemek yanlış olmayacaktır. Sosyal devlet, kişilere uyuşmazlıklarını sadece dava yoluyla değil, arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla da çözme imkânını sunmalı ve bunların etkin şekilde kullanılmasına yönelik tedbirleri almalıdır [69] .

§ 3. ARABULUCULUĞUN HAK ARAMA HÜRRİYETİNİ KISITLAMAMASI

Anayasanın 36. maddesinde, "*Hak Arama Hürriyeti*" şu şekilde düzenlenmiştir:

"*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz".

Anayasa mahkemesi, hak arama hürriyetinin önemine şu şekilde dikkat çekmiştir: "*Anayasa'nın 'Hak arama hürriyeti' başlıklı 36. maddesinde herkesin geçerli araç ve yollardan faydalanarak yargı yerlerinde davacı ya da davalı kimliğiyle sav ve savunma hakkına sahip olduğu öngörülmüştür. 'Sav ve savunma hakkı' birbirini tümleyen ve birbirinden ayrılması olanaksız bir kurum niteliğiyle hak arama özgürlüğünün temelidir. Yaşam hakkının karşı öğesi olmaktan ötede, bu hakka işlerlik ve anlam kazandıran önemiyle*
insanlık yaşamında yadsınmaz bir yeri olan hak arama özgürlüğü, toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri olmakla birlikte bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme uğraşının uygar yöntemidir.
Uluslararası hukuk kaynaklarında özgün yeri bulunan, hak arama özgürlüğü, değişik alanlardaki özellikleriyle insan Haklan Evrensel Bildirgesi'nin 6.-12. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu özgürlük de, öbür hak ve özgürlükler gibi, ancak demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun biçimde yasa ile ve geçici olarak sınırlanabilir. Anayasa'ya aykırı olarak, açık ya da üstü kapalı sınırlamalar, hangi yolla yapılırsa yapılsın uygun karşılanamaz, insan varlığını soyut ve somut değerleriyle koruyup geliştirmek amacıyla hukuksal olanaktan kapsamlı biçimde sağlama, bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğü,
hukuk devletinin başlıca ölçütlerinden, demokrasinin en çağdaş gereklerinden,
vazgeçilmez koşullarından biridir.
Kullanılmasını yöntem, süre ve gerekler yönünden koşullara bağlayarak düzenleme dışında kısıtlama, engelleme ve olumsuz yönde etkileme hoşgörüyle karşılanamaz ve bu doğrultudaki düzenlemeler Anayasa'yla bağdaşamaz
"

[70]

.

Arabuluculuk, gönüllü olması, sürece başvuruda, devam etmekte veya sonuçta alınan karara uymakta her iki tarafın da karşılıklı rızasını gerektirmesi ve taraflar uzlaşmak istemediği takdirde dava yolunu kapatmaması sebebiyle, hak arama hürriyetini kısıtlamaz. Bazı mukayeseli hukuk sistemlerinde başvurunun zorunlu olduğu mahkeme bağlantılı arabuluculukta dahi, taraflar

istedikleri zaman, karşı tarafın veya arabulucunun iznine gerek olmadan arabuluculuk müzakerelerini terk edebildiklerinden, hak arama hürriyetine bir aykırılık bulunmaz. Arabuluculukta uyuşmazlığın çözülüp çözülmeyeceğine ve uzlaşma koşullarının ne olacağına sadece taraflar serbest iradeleriyle karar verirler [71] .

Arabuluculuğa temel özelliğini veren gönüllülük ilkesinin bir gereği olarak, arabuluculuğa hem başvurmak hem de arabuluculuğun sonucuna uymak tarafların isteğine bağlıdır. Bu nedenle arabuluculuğa başvurulması, tarafların dava yoluna gitmesini engellemez. Arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmaya taraflarca uyulmaması sözleşmeye aykırılık teşkil eder [72] ve taraflar arabuluculuk sonunda anlaşma yapmayarak dava yoluna başvurabilir [73] .

HUAKT m. 3, 1'de, "*iradî olma ve eşitlik*" başlığı altında arabuluculuğun gönüllü olma esası korunmuştur. Bu maddeye göre, "*Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler*". HUAKT m. 3, 1'in madde gerekçesinde arabuluculuğun gönüllü olmasının, bu yolun başarısı için gerekli olduğu ifade edilerek, tarafların uzlaşmaları için teşvik edilebileceği; ancak zorlanamayacağı belirtilmiştir. Tasarıda tarafları mahkeme dışında çözüme zorlamanın, herkesin meşru vasıta ve yollardan hak arama özgürlüğüne sahip olduğu konusundaki Anayasa hükmüne aykırılık meydana getireceği ve gönülsüz yapılan bir anlaşmanın kalıcı olmayacağı haklı olarak vurgulanmıştır. Buna göre taraflar, arabuluculuk sonunda, uyuşmazlığı tamamen veya kısmen çözen bir anlaşmaya varabilecekleri gibi, arabuluculuğu uzlaşmadan da sonuçlandırabilirler. Uzlaşmama hâlinde, tarafların dava yoluna başvurma hakları saklıdır.

HUAKT m. 2'nin gerekçesinde vurgulandığı gibi, gönüllülük ilkesi uyarınca arabulucu, "*tarafların üzerinde anlaşabilecekleri noktaları, ortak paydaları tespit eder ve bu zemin üzerinde mutabakata varmalarına yönelik olarak faaliyet gösterir;* ***taraflara çözüm önerisi geliştirip bunu onlara empoze edemez ve geliştirilen çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için onları zorlayamaz.*** *Arabuluculuk görüşmelerinde tarafların birbirleri ile iletişim kurmaları ve bunun pekiştirilmesi ile birbirlerine ait menfaatleri ve ortak yönleri daha iyi anlamaları ve somut duruma göre işlerlik kazanabilecek değişik çözüm seçeneklerini genel bir çerçevede üretip, değerlendirmeleri temin edilir.* ***Arabuluculuk sürecinin işleyişinde ve sonucun elde edilmesinde tümüyle taraflar egemendir***".

Doktrinde, bir görüş arabuluculuğa başvurunun zorunlu olması gerektiğini savunurken [74] , diğer görüş, gönüllülüğe dayalı sistemi desteklemekte, hak arama hürriyetine aykırılık olabileceği ve yargılamanın uzayabileceği mülâhazalarıyla zorunluluğa karşı çıkmaktadır [75] . Gönüllü arabuluculuk, uzlaşma kültürünün yaygın ve arabuluculuğa başvurma alışkanlığının olduğu toplumlarda başarılı olur. Buna karşılık dava alışkanlığının yaygın olduğu toplumlarda gönüllü arabuluculuğun başarılı olması çok güçtür. Arabuluculuğun bilinmediği toplumlarda, başlangıçta tarafların arabuluculuk sürecine katılmaya zorlanması, bu yolun yaygınlaşmasını ve tanınmasını sağlayacak, böylece taraflar ve avukatlar bu konuyu öğrenecektir. Bu sayede, arabuluculuğa başvurma alışkanlığı zamanla artacak, uyuşmazlık çıktığında ilk önce arabuluculuğa yönelmek doğal bir davranış tarzı hâline gelecek ve ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda, arabuluculuğa gönüllü katılım oranı yükselecektir [76] . Bu sebeple ülkemizde belli bir geçiş döneminde (örneğin HUAKT'nın yasalaşmasından itibaren 10 yıl süreyle), ceza uyuşmazlıklarındaki uzlaşmada (CMK m. 253) olduğu gibi, miktar veya değeri belli tutarın altındaki malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, arabuluculuğa uygun olduğu belirlenen diğer bazı dava türlerinde (örneğin kira sözleşmesinden, tüketici uyuşmazlıklarından veya Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan davalarda) zorunlu arabuluculuk modelinin benimsenmesi daha yararlı olabilir [77] .

Arabuluculuğa başvuru ister gönüllü ister zorunlu olsun, arabuluculuk sonunda dava yolunun daima açık olması sebebiyle, arabuluculuk hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkına aykırı değildir [78] . Nitekim Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesinin, arabuluculuğa başvurulmasını düzenleyen 5.2. maddesinde bu hususta şu hükme yer verilmiştir:

"*Bu Yönerge, dava açılmasından önce veya sonra, arabuluculuğa başvurulmasını zorunlu kılan veya teşvik eden ya da yaptırıma bağlayan millî mevzuatı, bu mevzuatın, tarafların yargı sistemine erişim hakkını kullanmasını engellememesi şartıyla etkilemez* ".

Anayasa Mahkemesi, Avukatlık Kanunu'nun 167. maddesine ilişin olarak verdiği iptal kararında [79] , gönüllülük ilkesine uyulması şartıyla alternatif uyuşmazlık çözümünün, hak arama hürriyetini kısıtlamayacağını şu şekilde ifade etmiştir:

"*Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı öngörülmüştür. Bu madde uyarınca, yapılacak yargılamanın kişiler yönünden gerçek bir güvence oluşturabilmesi için aranacak nitelikler de 36. maddede belirtilerek 'Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz' denilmiştir. Anayasa'nın 141. maddesiyle de davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması görevi yargıya verilmiştir.* ***Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir.***
Bu durumda yasa koyucu, taraflara
görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce
aralarındaki uyuşmazlığı kısa sürede çözmek üzere
ba ro hakem kuruluna başvurma yükümlülüğünü getirebilir.
Ancak bu aşa-madan sonra
kararı benimsemeyen tarafa ilk derece ve/veya temyiz aşamasında yargı yolunun açık tutulması
, hakem kurullarının oluşumunun ve çalışma yönteminin, uzmanlığın önemi de gözetilerek hukuk devleti ilkeleriyle uyum içinde düzenlemesi gerekir. Ayrıca
hakem kurullarının tarafsızlığı ve bağımsızlığı, uzman niteliği ile bu kurulların alacağı kararların bağlı olacağı usûl ve esasların yönetmeliğe bırakılmayıp yasa ile düzenlemesi de zorunludur
.-İtiraz konusu kural, yukarıda açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir
"

[80]

.

Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 22. maddesinin beşinci ve son fıkralarının, Ana-yasanın 9 ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemini reddeden kararında da, alternatif uyuşmazlık çözümünü şu şekilde desteklemiştir:

"*Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı öngörülmüştür. Bu madde uyarınca, yapılacak yargılamanın kişiler yönünden gerçek bir güvence oluşturabilmesi için aranacak nitelikler de 36. maddede belirtilerek ' Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.'*
denilmiştir.
Anayasa'nın 141. maddesine göre davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi,

yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir *. Bu nedenle, taraflara*
görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce belli değerin altındaki uyuşmazlığı kısa sürede çözmek üzere tüketici sorunları hakem heyetlerine başvurma yükümlülüğü getirilmiş, ancak bu aşa madan sonra kararı benimsemeyen tarafa yargı yolu açık tutulmuştur
.
-Öte yandan, tüketi-ci sorunları hakem heyetlerinin belli değerin altındaki uyuşmazlıklar hakkında verdiği kararların İcra ve İflas Kanunu'nun ilâmların icrası hakkındaki hükümlerine göre yerine getirileceğinin öngörülmesi,
bu kararların ilâm niteliğinde olduğunu değil ilâmlar gibi infaz olunacağını göstermekte *ve ilâmların yerine getirilmesi usûlüne ait bir kural koymaktadır. Bu durumda dava ve itiraz hakları önlenmediğinden hak arama özgürlüğünün kısıtlandığından da söz edilemez. -Açıklanan nedenlerle İtiraz konusu kural, Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir*
"
[81]
.

Anayasa Mahkemesinin yukarıdaki kararları değerlendirildiğinde, doktrinde haklı olarak tespit edildiği gibi, "*dünyadaki alternatif uyuşmazlık çözümünün geliştirilmesi düşüncesinden yana olduğu anlaşılmaktadır. Bu husus, alternatif uyuşmazlık çözümü anlayışı adına sevindiricidir ve ilerisi için umutvericidir* " [82] .

Doktrinde, HUAKT m. 5'te, gizlilik ilkesinin bir gereği olarak, arabuluculuk müzakereleri sırasındaki beyan, bilgi ve belgelerin daha sonra yargılamada delil olarak kullanılamayacağına ilişkin hükmün, hak arama hürriyetine aykırı olacağı ileri sürülmüşse de [83] , bu düzenlemede hak arama hürriyetine herhangi bir aykırılık bulunmamaktadır. Zira, gizlilik ilkesi, arabuluculuk yoluna başvurulan uyuş-mazlığın çözülememesi ve uyuşmazlık hakkında daha sonra doğrudan veya dolaylı bir yargılama yapılması hâlinde, uzlaşma müzakerelerinin içeriği ile müzakerelerde kullanılan bilgi ve belgelerin gizli kalmasını gerektirir. Delil ve tanıklık yasağı, gizlilik ilkesinin bir tamamlayıcısıdır [84]
.

HUAKT m. 5'te, tarafların tüm delillerinin gizlilik kapsamında olduğu ve delil yasağına gireceği öngörülmemiştir. Haddizatında taraflar, arabuluculuk müzakerelerinde tüm delillerini sunmayacaklardır; zira arabuluculuk bir yargılama faaliyeti değil, uzlaşma faaliyetidir ve arabulucu da yargılama yetkisi kullanan bir hâkim veya hakem değil, sadece müzakere hünerlerini kullanarak müzakereleri kolaylaştıran tarafsız üçüncü kişidir. Arabulucu, tarafların

delillerini dikkate almadan müzakereleri kolaylaştırır. Uzlaşma sürecinde haklı ve haksız arayışı olmadığından, delil ikamesi ve değerlendirilmesi faaliyeti yapılmaz. Dolayısıyla arabuluculuk müzakerelerinde, kural olarak delil ibrazı söz konusu olmaz. HUAKT m. 5'te bu mülâhazalarla, tarafların ellerindeki tüm deliller değil, sadece dört bent hâlinde sayılan beyan ve belgelerin yargılamada delil olarak kullanılamayacağı ve bu konuda tanıklık yapılamayacağı öngörülmüştür. Bu kapsamda, tarafların arabuluculuk daveti, arabuluculuğa katılma isteği, arabuluculuk müzakereleri sırasında taraflarca ileri sürülen görüş, öneri ve teklifler ile herhangi bir vakıa veya iddianın kabulüne yönelik beyanlar ve sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler delil yasağı kapsamındadır. Bu sebeple, tarafların uyuşmazlık konusu hakkında sahip oldukları tüm belge ve deliller yasak kapsamında değildir. Böylece arabuluculuk sonuçsuz kalıp davaya devam edildiğinde, tarafların delillerini ileri sürmeleri mümkündür. Tarafların arabuluculuk müzakerelerinden bağımsız olarak sahip oldukları bilgi ve belgeler, sırf arabuluculuğa başvurulmuş ve müzakerelerde kullanılmış olması sebebiyle yasak kapsamına girmez. Nitekim HUAKT m. 5, 5'te bu husus özel olarak düzenlenmiş ve bir hukuk davasında veya tahkimde ileri sürülen kabul edilebilir delillerin, sırf arabuluculukta kullanılmış olmaları sebebiyle, kabul edilemez hâle gelmeyeceği belirtilmiştir. Bu nedenle söz konusu hükmün, hak arama hürriyetiyle bir çatışması yoktur.

Esasen aşağıdaki emsal mevzuat hükümleri de, HUAKT m. 5'teki düzenlemenin isabetli olduğunu göstermektedir:

HUMK m. 236, 4: "Sulh müzakeresi esnasında sebkeden ikrar muteber değildir".

Mülga HUMK m. 497: "Sulh teşebbüsü sulh hâkiminin odasında karı ve koca yalnız olarak hafiyyen icra olunur. Sulh hâkimi karı ve kocayı aralarında ihtilâf olan mesele hakkında şifahen isticvap edildikten sonra sulh etmeye çalışır. Sulh teşebbüsü esnasında geçen sözler zabıtnameye yazılmayacağı gibi bilâhare dahi dermeyan olunamaz".

CMK m. 253, 20: "Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz".

Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 19: "(1) Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırmacı, uzlaştırma sürecinde yapılan açıklamaları, kendisine aktarılan veya

diğer bir şekilde öğrendiği olguları gizli tutmakla yükümlüdür.

(2) Uzlaştırma sürecinde yapılan açıklamalar herhangi bir soruşturma, kovuşturma ya da davada delil olarak kullanılamaz. Müzakerelere katılanlar bu bilgilere ilişkin olarak tanıklık yapmak zorunda bırakılamaz".

HUAKT m. 5, arabuluculuk ile ilgili milletlerarası ilkelere ve belgelere de uygundur. Örneğin, Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesinin "arabuluculuğun gizliliği"ni düzenleyen 7. maddesi, üye devletler için aynı yönde bir öneride bulunmaktadır. Bunun gibi Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Hakkındaki Rec (2002) 10 Sayılı Tavsiye Kararının [85] dördüncü ilkesinin on üçüncü maddesinde, arabuluculuğun özel bir ortamda yönetilmesi ve müzakerelerin gizli tutulması gerektiği belirtmiştir. Bu hükmün anlamı, arabulucunun, arabuluculuk sürecinde elde ettiği bilgi ve belgeleri, tarafların açık rızası olmadan veya kanunî bir düzenleme izin vermeden hiç kimseye açıklayamamasıdır. Arabulucunun, söz konusu bilgi ve belgeleri mahkemeye delil olarak sunmaktan imtina etme hakkına sahip olup olmayacağı iç hukuk sistemlerine bırakılmıştır. Arabulucuların, taraflar arasında yapılan anlaşmaların muhtevasını belirten ve taraflarca kabul edilen bir raporu yargı mercilerine veya diğer yetkili mercilere sunmasının kabul edilebilir olmasına rağmen arabulucular, gizliliği ihlâl etmemek için, arabuluculuk müzakerelerinin içeriği hakkında rapor hazırlamakla yükümlü tutulmamalıdırlar [86] .

§ 4. ARABULUCULUĞUN SÖZLEŞME HÜRRİYETİ VE TASARRUF İLKESİNE DAYANMASI

Yukarıda tespit edildiği gibi arabuluculuk bir hak arama yönteminden ziyade, özel bir uyuşmazlık çözme yöntemi olup, hak arama yöntemleri kullanıldıktan sonra bile arabuluculuğa başvurulabilir. Arabuluculuk bir yargılama faaliyeti olmadığından, arabuluculuğun hukukî dayanağı da Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti değil, Anayasanın 48. maddesinde düzenlenen ve kişilerin ekonomik haklarından olan sözleşme hürriyetidir. Anayasamızın 48. maddesinin 1. fıkrasında göre, "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme*

hürriyetine sahiptir ".

Özel hukuktaki hukukî ilişkilerde var olan irade serbestisi (irade özerkliği, irade muhtariyeti) ilkesinin bir sonucu olan sözleşme hürriyeti (akit serbestisi), sözleşme yapma ya da yapmama, sözleşmenin türünü, şeklini, tarafını, konusunu ve koşullarını belirleme özgürlüğüdür. Keza, sözleşme hürriyetinin sınırını belirleyen Borçlar Kanunu'nun 19. maddesine göre [87] , tarafların kanundaki düzenlemelere aykırı biçimde yaptıkları sözleşmeler, ancak kanunun emredici bir kuralına veya kamu düzenine, genel ahlaka ya da kişilik haklarına aykırı olmadıkça geçerlidir [88]
.

Ortak hukukta benimsenen sözleşme hukuku ilkelerine göre, sözleşme hürriyeti (*freedom to contract*) şu hürriyetleri içerir [89]
:

1) Tarafların hukuken borç doğuran bir sözleşme kurma hürriyeti. Bu hürriyet, sözleşmenin koşullarını belirlemede kişilerin özgür iradeleriyle karar verebilme serbestisini ifade eder.

2) Tarafların, sözleşmenin hukuken bağlayıcı olmayacağını kararlaştırma hürriyeti;

3) Hukukî bir uyuşmazlık hakkında tarafların uzlaşma (*freedom to settle*) veya hukukî sorumluluktan feragat etme hürriyeti ya da gelecekte ortaya çıkabilecek sorumluluklardan kurtulmalarını öngören bir uzlaşma anlaşması yapma hürriyeti.

Sözleşme hürriyetinin birbiriyle bağlantılı bu unsurlarının ortak hukukta sınırları, fiil ehliyeti, kamu düzeni, tarafların hileden doğan sorumluluklarını bertaraf edememesi ve tarafların kanundan dolayı sözleşme yapma zorunluluğudur.

Yukarıda sıralanan bu hürriyetler, tarafların hukukî işlemlerdeki haklarının maddî olarak kontrolüyle ilgilidir. Bu bağlamda davada taraf olan kişiler, özel hukuktaki irade serbestisi

ilkesine paralel olarak, hukuk yargılaması üzerinde de Kanunun izin verdiği ölçüde belli yetkilere sahiptir. Birinci olarak taraflar, yargılamada maddî hukuktan kaynaklanan savunma vasıtalarını (itiraz ve def'ilerini) ileri sürme hakkına sahiptir. İkinci olarak çağdaş hukuk yargılama usûlünün önde gelen ilkelerinden biri de, tarafların üzerinde serbest tasarruf edebileceği davalarda "uzlaşma hürriyeti"dir (*freedom to reach settlements*). Kuşkusuz mahkemenin, insan haklarına ilişkin konular başta olmak üzere, kamu düzenine yönelik hususlarda uzlaşma hürriyetini sınırlaması mümkündür [90] .

Ortak hukukta hukuk yargılama usûlündeki uzlaşma hürriyeti, kıta Avrupası hukukunda tasarruf ilkesi kapsamında değerlendirilmektedir. Tarafların dava konusu ve hukuk yargılamasının kapsamı üzerinde kontrol sahibi olmasını ifade den "tasarruf ilkesi" (*Dispositionsmaxime, Dispositionsgrundsatz*), hukuk yargılama usûlüne hâkim olan temel bir ilke olup, kanun hükümleri ve yargı içtihatlarında ifadesini bulmaktadır.

Taraf ilkesi (*Parteiprinzip*) olarak da bilinen bu ilke uyarınca hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz; dava ancak taraflarca açılabilir. Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya, takip etmeye ve sona erdirmeye zorlanamaz (HUMK m. 72; 79; HMKT m. 29). Tasarruf ilkesi gereğince tarafların tasarruf yetkisi, üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında dava açıldıktan sonra da devam eder. Özel hukukta hâkim olan irade serbestisi, hukuk yargılama usûlünde dava açılmakla doğan kamusal nitelikteki dava ilişkisinde, daha geniş bir ifadeyle, usûl ilişkisinde de devam etmektedir [91] . Bu kapsamda taraflar, dava konusunu ve talep sonucunu belirler (HUMK m. 74). Taraflar davayı geri almak (HUMK m. 185, 1), kabul etmek (HUMK m. 92), davadan feragat etmek (HUMK m. 91) ve davayı uzlaşmak (sulh) suretiyle bitirmek hakkına sahiptir [92] .

İrade serbestisinin hukuk yargılama usûlündeki yansıması olan tasarruf ilkesi, Amerika Hukuk Enstitüsü (*American Law Institute,* ALI) ve Özel Hukukun Birleştirilmesi İçin Uluslararası Enstitü [93] (*International Institute for the Unification of Private Law*, UNIDROIT) tarafından 2004 yılında oluşturulan, Milletlerarası Medenî Usûlün İlke ve Kurallarının (*ALI/UNIDROIT The Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*) 10.5. maddesinde de tanınmıştır [94] . Bu maddeye göre taraflar, feragat, kabul veya sulh yoluyla yargılamanın tamamı veya bir

kısmını, iradî olarak sona erdirmek veya değiştirmek hakkına sahiptir. Bir tarafın zararına olacaksa, davanın sulh dışında sona erdirilmesi veya değiştirilmesine izin verilmemelidir [95]
.

Görüldüğü gibi yargılamaya hâkim olan ilkelerden tasarruf ilkesi, tarafların dava açılmadan önce uyuşmazlık konusu üzerindeki tasarruf yetkisinin, dava açıldıktan sonra da sürmesi sonucunu doğurduğundan, tarafların uyuşmazlığı başlatmak, uyuşmazlığın konusunu belirlemek, uyuşmazlığı sürdürüp sürdürmemek veya sona erdirmek konusundaki yetkisini ifade etmektedir. Tasarruf ilkesi gereğince taraflar, derdest bir davada hüküm verilmeden önce, mahkeme önünde veya dışında doğrudan müzakere ederek ya da arabuluculuk yoluyla uzlaşabilirler (sulh olabilirler). Uzlaşma sonunda davanın kabulü, davadan feragat edilmesi veya alınan ilâmın icraya koyulmaması mümkündür [96] . O hâlde arabuluculuk, yargılamaya hâkim olan ilkelerle uyum içindedir.

§ 5. HUKUKÎ DİNLENİLME HAKKI VE USÛL EKONOMİSİNİN ARABULUCULUKLA BAĞLANTISI

Yargılamaya hâkim olan ilkelerden hukukî dinlenilme hakkı (HUMK m. 73), Anayasanın 36. maddesinde ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur. Hukukî dinlenilme hakkı, yargılamada yer alan tarafların tam olarak bilgi sahibi olmalarını, kendilerini ilgilendiren yargılama konusunda açıklama ve ispat haklarını tam ve eşit olarak kullanmalarını ve yargı organlarının da bu açıklamaları dikkate alarak gereği gibi değerlendirme yapıp karar vermesini gerektirir. Bu yönüyle hukukî dinlenilme hakkı, hukuk devletinin gereği, adil yargılanma hakkının unsuru ve yargılamada usulî anlamda eşitliğin uzantısıdır [97] . Adil yargılanma hakkı ve silahların eşitliği ilkesiyle bir bütünlük arz eden hukukî dinlenilme hakkı, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla doğrudan ilgili bir ilke değildir; zira alternatif uyuşmazlık çözümünde (tahkim dışında) kazan-kaybet anlayışına dayalı mücadeleci bir yargılama yoktur. Yargılamada tarafların eşit hak ve imkânlara sahip olması, silahların eşitliği ilkesi olarak da ifade edilmektedir. Oysa kazan-kazan anlayışına dayalı alternatif uyuşmazlık çözümünde silahlar kullanılmaz.

Ancak hukukî dinlenilme hakkı, iddia ve savunma hakkı kavramına göre daha geniş ve üst bir kavram olup, ihtilaflı tarafların bilgilendirilmesini, açıklamada bulunmasını ve uyuşmazlık çözüm sürecine eşit şekilde etki etmesini de ifade ettiğinden, arabuluculukla bağlantılı görülebilir. Nitekim HUAKT m. 3, 2'de tarafların, hem arabulucuya başvururken hem de tüm süreç boyunca eşit haklara sahip olduğu belirtilerek, arabuluculuk sürecinde tarafların eşitliği vurgulanmıştır. Böylece eşitlik, yargılama yapılarak varılan çözüm yöntemleri ile yargılama yapılmadan varılan çözüm yöntemlerinde ortak bir ilke olarak öne çıkarılmıştır. O hâlde arabuluculukta hukukî dinlenilme hakkını, arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığın çözümünde taraflara eşit davranılması ve eşit söz hakkı verilmesi şeklinde anlamak gerekir [98] .

Nihayet hâkimin, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlü olmasını ifade eden usûl ekonomisi ilkesi [99]
(Anayasa m. 141; HUMK m. 77; HMKT m. 35), yargılamanın etkinliğine hizmet etmesi ve bu kapsamda uyuşmazlıkların davanın başında sona erdirilmesini içermesi bakımından, uzlaşmaya dayalı çözümün teşvik edilmesi ve gerektiğinde yargılamanın durdurularak davanın mahkeme bağlantılı arabuluculuğa gönderilmesini gerektirmektedir
[100]
. Dolayısıyla usûl ekonomisi ilkesi de, arabuluculuğu destekleyen diğer bir yargılama hukuku ilkesi olarak zikredilebilir.

SONUÇ

Anayasal hak ve hürriyetler çerçevesinde arabuluculuk, Türk hukukunda Anayasa ile tam bir uyum içinde olup, hukuk yargılamasına hâkim olan ilkelerle bağdaşmaktadır. Sosyal barışın tesisi için dava yoluyla uyuşmazlık çözümünden mümkün olduğu kadar sakınmak ve arabuluculuk gibi dostane uyuşmazlık çözüm yollarına yönelmek şarttır. Bu durum, toplum barışını tesis edeceği gibi, mahkemelerin iş yükünü de azaltacaktır.

Mücadeleci uyuşmazlık çözüm sistemine dayanan dava yolunda, tarafların ve avukatların dostane bir temelde sorun çözme imkânı çok kısıtlıdır. Dava yolu, tarafların savaşmasını ifade etmektedir [101] . Her ne kadar bu savaşta silahların eşitliği esas olsa da [102] , her savaşta taraflardan sadece biri kazanır. Aslında dava yoluyla kazanılan zaferi, kazanan tarafın da kaybının çok fazla olmasından dolayı “
Pirüs zaferine
” benzetmek mümkündür. Pirüs zaferi, “
çok büyük kayıplar sonucunda kazanılan zafer
” anlamına gelir. Zira Pirüs zaferinde kazanılan savaş, Kral Pirüs’e, ordusunun tamamen yok olmasına malolmuştur
[103]
. Böyle bir zafer ise, gerçekte bir zafer değil, büyük bir yenilgidir. Özellikle ticarî uyuşmazlıklarda veya aile uyuşmazlıklarında olduğu gibi, tarafların süreklilik arz eden ilişkiler içinde olması hâlinde, bu savaşta aslında kazanan taraf da bazı şeyler kaybetmiştir. Kazan-kaybet (
win-lose
) anlayışına dayanan dava yolu, gerek kişisel gerek ticarî ilişkileri tahrip eder. Üstelik dava yoluyla ulaşılan çözümler sınırlıdır ve dava sonucunda çoğunlukla, uyuşmazlığa düşmüş tarafların ihtiyaçlarını karşılayan yaratıcı çözüm seçenekleri bulunamaz. Dava sonucunda verilen hüküm zamanında verilemeyebilir ve tarafları tatmin etmeyebilir. Sonuçta “
hiçbir savaşın galibi yoktur
” özdeyişi, dava yolu için de önemli bir anlam ifade etmektedir.

Arabuluculuk, mahiyeti gereği ne yargı ile rekabet içindedir ne de avukatlık mesleğiyle çelişmektedir. Esasen avukatlığın amacını belirleyen Avukatlık Kanunu’nun 2. maddesi de avukatlığın amacının hukukî münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukukî mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini sağlamak olduğunu ifade ederek bu tezi desteklemektedir.

Türk mahkemeler teşkilâtında, uyuşmazlıklara sadece dava yoluyla çözüm sunan adliye anlayışından uzaklaşarak, başta arabuluculuk, ön tarafsız değerlendirme ve tahkim olmak üzere, dava dışındaki alternatif uyumazlık çözüm yollarını da ihtilaflı taraflara bir seçenek olarak sunan “çok seçenekli adliye” (*multi-door courthouse*) anlayışına geçilmesinin zamanı gelmiştir [104]
. Bu amaçla, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı vakit kaybedilmeden kanunlaştırılmalıdır. Nitekim
Yargı Reformu Stratejisi Eylem Planında,
“
uyuşmazlıkları önleyici nitelikteki tedbirlerin etkin hale getirilmesi ve alternatif çözüm yollarının geliştirilmesi”
amacı altında şu iki hedef ve faaliyete yer verilmiştir
[105]
:

1- Hukukî uyuşmazlıkların yargı öncesi çözülmesi için arabuluculuk usulünü öngören ve TBMM komisyonlarında yer alan Kanun Tasarısının kanunlaşma sürecinin takip edilmesi.

2- Hukuk yargılamasında farklı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin geliştirilmesi için üniversiteler ve ilgili kurum, kuruluşlarla birlikte çalışmalar yürütülmesi.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, Yargı Reformu Stratejisi Eylem Planında, aynı zamanda Avrupa Birliği müktesebatına uyum sürecinin gerektirdiği mevzuat çalışmaları kapsamında da ayrı bir hedef olarak ortaya koyulmuştur [106]. Yargı Reformu Stratejisi Eylem Planında, bu hedef ve faaliyetlerin kısa vadede hayta geçirilmesinin plânlanmış olması, fevkalâde olumlu bir yaklaşımdır.

Dava yoluyla uyuşmazlık çözümü, tek başına toplumun beklentilerini karşılamakta ve sosyal barışı sağlamakta yetersiz kalmaktadır. Bilhassa aile uyuşmazlıklarının çözümünde hukukumuzda aile arabuluculuğunun hâlâ uygulamaya başlanmamış olması, ciddî sosyal sorunlar doğurmaktadır. Aile ilişkileri gibi psikolojik ve sosyal boyutu ağır basan uyuşmazlıklara, dava yoluyla uzun vadeli ve tatminkâr çözümler aranması yanlıştır. Bu maksatla hukuk arabuluculuğu kapsamında aile arabuluculuğu da geliştirilmelidir [107] . Keza hukuk yargısı yanında ceza yargısı ve idarî yargıda da aynı amaçlar ve ihtiyaçlarla, ceza arabuluculuğu ve idarî arabuluculuğun kısa sürede uygulamaya koyulması için gereken tedbirler alınmalıdır.

Ülkemizde arabulucu avukatlığın yaygınlaştırılması acil bir ihtiyaçtır ve buna hukuk eğitiminden başlanmalıdır. Ayrıca ilköğretime kadar inilmeli, gelecekte uzlaşma kültürüne sahip bir nesil yetiştirebilmek amacıyla, akran arabuluculuğu (*peer mediation*) gibi yöntemlerle [108] , bireylerin küçük yaşlardan uzlaşma kültürüyle yetişmesi için gereken eğitim ve öğretim faaliyetleri, daha fazla zaman kaybetmeden uygulamaya koyulmalıdır. Hâlen büyük şehirlerde tıkanmış olan mahkeme ve icra teşkilâtının, artan dava alışkanlığı ve iş yükü karşısında daha fazla bu yükü çekmesi mümkün değildir.

Yazar Yard. Doç. Dr. Mustafa Serdar Özbek
Pazar, 17 Ekim 2010 20:13

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk (Medenî Usûl, İcra ve İflâs Hukuku) Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (mozbek77@hotmail.com).

[1] Commission of the European Communities: Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law, Brussels 2002, s. 6 vd.; Özbek, Mustafa: Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (TBBD 2007/68, s. 265-320), s. 266 vd. Ayrıca bkz. Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Üzerine Yeşil Kitap (Çev. Evrim Erişir/Ceren Tekin) (MİHDER 2008/1, s. 131-165).

[2] Alexander, Nadja Marie: Global Trends in Mediation: Riding the Third Wave (Global Trends in Mediation, Alphen aan den Rijn 2006, s. 1-36), s. 2; Brown, Henry/Marriott, Arthur: ADR Principles and Practice, London 1999, s. 127; Costello J., Edward: To mediate or not to mediate… (The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal 1998, Vol. 7, s. 25-30), s. 25; Folberg, Jay/Taylor, Alison: Mediation, A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation, San Francisco 1984, s. 95; Ildır, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), Ankara 2003, s. 88; Özbek, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2009, s. 491-492; Özbek, Mustafa: Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması (Prof.Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 441-502), s. 444; Özbek, Mustafa: Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi (AÜHFD 2007/1, s. 183-231), s. 189; Palmer, Michael/Roberts, Simon: Dispute Resolution, Alternative (Encyclopedia of Law and Society: American and Global Perspectives, Vol. 1, Los Angeles 2007, s. 421-426), s. 421. Arabuluculuğun benzer tanımları için ayrıca bkz. Kovach, Kimberlee K.: Mediation, Principles and Practice, St. Paul 2004, s. 27; Kovach, Kimberlee K.: Mediation (The Handbook of Dispute Resolution, San Francisco 2005, s. 304-317), s. 304; Özbay, İbrahim: Avukatlık Hukukunda Arabuluculuk ve Arabuluculuk Tutanağının İlâm Niteliği (AÜEHFD 2004/3-4, s. 387-418), s. 390; Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2009, s. 705; Sungurtekin-Özkan, Meral: Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi (MİHDER 2005/2, s. 353-369), s. 358; Tanrıver, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk (TBBD 2006/64, s. 151-177), s. 166; Tanrıver, Süha: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış (Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 821-842), s. 828; Tanrıver, Süha: Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi (ICC Türkiye Milli Komitesi, Milletlerarası Tahkim Semineri, 21 Mart 2008 Ankara, s. 77-106), s. 78; Ware, Stephen J.: Alternative Dispute Resolution, St Paull 2001, s. 201.

[3] Pekcanıtez, Hakan: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve

Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir, 19-20 Ekim 2007, Ankara 2008, s. 247-264), s. 256.

[4] Bu yöndeki eleştiriler için bkz. Kılıç, Hasan: Ekonomik Gelişim Açısından Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları-Kurultay Konuşması (Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, C. IV, 8 Ocak-11 Ocak 2008, Ankara Barosu 2009, s. 133-137), s. 136; Kolcuoğlu, Kazım: "Açılış Konuşması" (Arabuluculuk Yasa Tasarısı, Eleştiri ve Öneriler, İstanbul 2008, s. 7-13), s. 9-11.

[5] Yılmaz, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Ankara 2005, s. 28.

[6] Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Medenî Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 2009, s. 5-6; Arslan, Ramazan: Medenî Usûl Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977, s. 3-4; Aşık, İbrahim: İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006, s. 18-19; Gaul, Hans Friedhelm: Yargılamanın Amacı, Güncelliğini Koruyan Bir Konu (Çev. Nevhis Deren-Yıldırım) (İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2002, s. 82-117), s. 100-101; Pekcanıtez/Atalay/Özekes s. 48-49; Taşpınar, Sema: Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu (Av.Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 759-787), s. 765-766; Yıldırım, M. Kâmil: İhtilâfların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında (Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 337-360), s. 356; Yılmaz, Ejder: Medenî Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 2010, s. 30-31.

[7] Alangoya, Yavuz: Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler (MHAD 1969/5, s. 125-194), s. 171.

[8] Brown/Marriott s. 2; Özbek s. 79 vd.; Ware s. 3.

[9] Yılmaz-Islah s. 30-31.

[10] Deren-Yıldırım, Nevhis: Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Düşünceler (Arabuluculuk Yasa Tasarısı, Eleştiri ve Öneriler, İstanbul 2008, s. 81-96), 86.

[11] Taşpınar s. 766.

[12] Bu tür bir dava tipolojisine örnek olarak, İş Kanunu'nun 20 ve 21. maddelerinde düzenlenen ve sona ermesinden sonra yeni dava ve icra takiplerinin başlatılmasına sebep olan işe iade davaları gösterilebilir.

[13] Menkel-Meadow, Carrie: Pursuing Settlement in an Adversary Culture: A Tale of Innovation Co-Opted or "The Law of ADR" (Florida State University Law Review 1991-1992, Vol. 19 s. 1-46), s. 6 vd.; Pekcanıtez/Atalay/Özekes s. 707.

[14] Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2008, s. 59, 136, 140; Yurtcan, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 2005, s. 2.

[15] Arslan s. 4-5.

[16] Deren-Yıldırım-Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Düşünceler s. 89; Özbek s. 224.

[17] Pekcanıtez/Atalay/Özekes s. 38.

[18] Pekcanıtez/Atalay/Özekes s. 37, 48-49.

[19] Goldberg, Stephen B./Sander, Frank E.A./Rogers, Nancy H./Cole, Sarah Rudolph: Disput e Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes,
New York 2003, s. 6;
Ildır-Alternatif Uyuşmazlık Çözümü s. 31 vd.;
Kovach-Principles and Practice s. 4-7
;
Nolan-Haley, Jacqueline M.:
Alternative Dispute Resolution in a Nutshell

, St. Paul
2001, s. 4;
Özbek, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış (GSÜHFD, Prof.Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, 2004/1, s. 261-292), s. 262; Özekes, Muhammet: Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi (HPD 2006/7, s. 40-45), s. 42; Pekcanıtez/Atalay/Özekes s. 705-706; Pekcanıtez, Hakan: Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri (HPD 2005/12-16), s. 14.

[20] European Committee on Legal Co-Operation: 23rd Conference of European Ministers of Justice, Cost-Effective Measures Taken By States to Increase the Efficiency of Justice, London 2000, s. 23; Özbek, Mustafa: Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler (AÜHFD 2006/1, s. 207-292), s. 234; Wilkinson, John H.: Advantages and Obstacles to ADR (Donovan Leisure Newton And Irvine ADR Practice Book, New York 1998, s. 11-29), s. 19.

[21] Aeken, Koen Van/Gibens, Steven/Franssen, Gerrit: Civil Litigiousness (Encyclopedia of Law and Society: American and Global Perspectives, Los Angeles 2007, s. 962-966), s. 962.

[22] Felstiner, William L.F./Abel, Richard L./Sarat, Austin: The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming (Law and Society Review 1980-1981, Vol. 15, s. 631-654), s. 635; Şahin Ceylan, Şule: Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul 2009, s. 88-90.

[23] Aeken/Gibens/Franssen s. 963.

[24] Örneğin üzerine kahve dökülmesi sonucu yanan Stella Liebeck'in McDonald'a karşı açtığı tazminat davası, üniversitelerde iyi ders vermeyen öğretim üyelerine karşı öğrencilerin açtığı davalar, tiyatronun koltukları dar olduğu için koltuğa oturamayan obez müşterinin tiyatroya karşı açtığı dava gibi.

[25] Aeken/Gibens/Franssen s. 964.

[26] Konuralp, Halûk: 20. Yüzyıl Sonunda Medenî Usûl Hukuku Sorunlarına Bir Bakış (Yeni Türkiye 1996/10, s. 537-542), s. 537.

[27] Bu konudaki istatistikler için bkz. http://www.adlî-sicil.gov.tr/

[28] http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2008/hukuk/hukuk2.pdf

[29] http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2008/hukuk/hukuk1.pdf

[30] Bu konuda geniş bilgi için bkz. Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure (Adrian A.S. Zuckerman ed.), Oxford 1999.

[31] Konuralp, Halûk: Adil Yargılanma Hakkı Açısından Hukuk Usulünde Çözüm Arayışları (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 2005/14, s. 65-79), s. 72.

[32] Adalet Bakanlığı: Yargı Reformu Stratejisi, Ankara 2009, s. 14. Ayrıca bkz. http://www.sgb.adalet.gov.tr/yrs.html

[33] Adalet Bakanlığı: Adalet Bakanlığı Faaliyetleri, Ankara 2007, s. 53 vd.

[34] Adalet Bakanlığı-Adalet Bakanlığı Faaliyetleri s. 86.

[35] Adalet Bakanlığı-Adalet Bakanlığı Faaliyetleri s. 58.

[36] Örneğin İzmir'de, 39.302 m^2 kapalı alanlı Karşıyaka Adalet Sarayının yapılması için çalışmalar sürdürülmektedir.

[37] Kazasker mahkemesinde kararı bozulan kadı, çok kötü sicil almış sayılmış ve terfi imkanı kapanmıştır.

[38] http://www.turkcebilgi.net/bilim/osmanli-tarihi/adliye-adlî-teskilat-adalet-teskilati-31773.html

[39] Kuru, Baki: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler (MİHDER 2010/2, s. 237-246), s. 237.

[40] Arslan, Ramazan/Tanrıver, Süha: Yargı Örgütü Hukuku, Ankara 2001, s. 35-36.

[41] Tanrıver, Süha: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi (Prof.Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s. 637-656), s . 651.

[42] Konuralp, Halûk: 75. Yılda Cumhuriyet Yargı Düzeninin Düşünsel ve Yapısal Kesiti Üzerine Bazı Gözlemler (Yeni Türkiye 1998/23-24, s. 3820-3825), s. 3824; Konuralp-Hukuk Usulünde Çözüm Arayışları s. 71; Öztek, Selçuk: " Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı"na İlişkin Görüş ve Eleştiriler (Arabuluculuk Yasa Tasarısı, Eleştiri ve Öneriler, İstanbul 2008, s. 15-34) , s. 17.

[43] Özbek s. 136-137; Raftesath, Gerald I.: Solutions-not rights: the objective of alternative dispute resolution (The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal 1996/June, s. 91-99), s. 92; Street, Laurence: The language of alternative dispute resolution (The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal 1992/September, Vol. 1, s. 144-148), s. 144; Street, Laurence: Mediation and the judicial institution (The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal 1997, Vol. 6, s. 88-90), s. 88; Tanrıver, Süha: Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açıdan İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi (Prof. Dr. Fırat Öztan'a Ar-mağan, C. 2, Ankara 2010, s. 2025-2036), s. 2029. Karş. Balkar, Süheylâ: Online Tahkim (GSÜHFD, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, 2004/1, s. 463-497), s. 465, dn. 6.

[44] Mahkeme bağlantılı arabuluculuk hakkında geniş bilgi için bkz. Niemic, Robert J./Stienstra, Donna/Ravitz, Randall E.: Guide to Judicial Management of Cases in ADR, Federal Judicial Center 2001, s. 93 vd.;
Özbek s. 260 vd.; Plapinger, Elizabeth/Stienstra, Donna: ADR and Settlement in the Federal District Courts, a sourcebook for judges & lawyers, Federal Judicial Center and CPR Institute for Dispute Resolution 1996, s. 72 vd.

[45] Twining, William: Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics (The Modern Law Review 1993, Vol. 56, s. 380-392), s. 382; Yıldırım-İhtilâfların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi s. 338; Yıldırım, M. Kâmil: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi (Arabuluculuk Yasa Tasarısı, Eleştiri ve Öneriler, İstanbul 2008, s. 35-80), s. 36; Deren-Yıldırım-Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Düşünceler
s. 83.

[46] Aeken/Gibens/Franssen s. 965.

[47] Öztek, Selçuk: Hukuk Davalarında Adil ve Çabuk Yargılanma, Aksaklıklar-Çözüm Önerileri (Yeni Türkiye 1996/10, s. 494-501), s. 496; Tanrıver, Süha: Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine (AÜHFD 2000/1-4, s.67-83), s. 68.

[48] Örneğin bkz. HUMK'un mülga 494 ilâ 499. maddeleri.

[49] Örneğin HUMK m. 213, 1'e göre genel mahkeme hâkiminin, İş Mahkemeleri Kanunu m. 7, 1'e göre iş mahkemesi hâkiminin ve Aile Mahkemeleri Kanunu m. 7, 1'e göre aile mahkemesi hâkiminin.

[50] Hâkimin yargılama sırasında tarafları sulhe teşviki ve uzlaştırma işlevi konusunda geniş bilgi için bkz. The Early Settlement of Disputes and the Role of Judges, 1st European Conference of Judges, 24 and 25 November 2003,

Strasbourg,
Council of Europe 2005.

[51] Kuru, Baki: Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması için Alınması Gereken Tedbirler (İBD 1984/4-6, s.166-185), s. 179; Tanrıver, Süha: Adliye Mahkemeleri ile Üst Mahkemelerin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı İle İlgili Bazı Düşünceler (Makalelerim I, 1985-2005, Ankara 2005, s. 53-57), s. 54; Tanrıver, Süha: Hukuk Yargılama Usulü Kanun Tasarısı Üzerine Bazı Düşünceler (Makalelerim I, 1985-2005, Ankara 2005, s. 71-75), s. 72-73; Yılmaz, Ejder: Aksak Adaletten İşleyen Adalete (Yeni Türkiye 1996/10, s. 470-493), s. 477; Yılmaz, Ejder: Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler (SÜHFD, Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan, 1996/1-2, s. 54-76), s. 60-61.

[52] Özbek s. 641.

[53] Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2000, s. 124.

[54] Özbudun s. 130; Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2009, s. 94.

[55] Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000, s. 155, 160-162; Gözübüyük, A.Şeref/Tan, Turgut: İdare Hukuku, C. 1 Genel Esaslar, Ankara 2010, s. 49-50; Tanör/Yüzbaşıoğlu s. 95. Ayrıca bkz. Akad, Mehmet: Teori ve Uygulama Açısından Sosyal Güvenlik Hakkı, İstanbul 1992; Göze, Ayferi: Sosyal Devlet Sistemi, İstanbul 1976; Göze, Ayferi: Liberal Marxiste, Faşist, Sosyal Devlet Sistemler, İstanbul 1995; Grey, Thomas C.: Property and Need: The Welfare State and Theories of Distributive Justice (Stanford Law Review 1976, Vol. 28, s. 877-902); Tan, Turgut: Anayasa Yargısı, Anayasal Ekonomik Düzen, C. 7, Ankara 1990, s.161-178; Tanör, Bülent: Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, İstanbul 1978; Türk, Hikmet Sami: Sosyal Hukuk Devleti (Halkevleri Dergisi

1974/91, s. 5-13).

[56] Taşkın, Âlim: Adlî Yardımın İşlevi ve Yardım Giderlerinin Geri Alınma Zamanı (TBBD 1999/3, s. 831-854), s. 835.

[57] Jones, Harry W.: The Rule of Law and the Welfare State (Columbia Law Review 1958, Vol. 58, s. 143-156), s. 156.

[58] Alangoya, Yavuz: Anayasa'nın Medenî Usûl Hukuku'na Etkisi (MHB 1981/2, s. 1-4), s. 4.

[59] Cappelletti, Mauro/Garth, Bryant: Access to Justice and the Welfare State: An Introduction (Access to Justice and the Welfare State, European University Institute 1981, s. 1-24), s. 8.

[60] Hanağası, Emel: Davada Menfaat, Ankara 2009, s. 206 vd.; Özbay, İbrahim: Grup Davaları, Ankara 2009, s. 69 vd.

[61] Cappelletti/Garth-Welfare State s. 2.

[62] Cappelletti/Garth-Welfare State s. 11.

[63] Macdonald, Roderick A.: Access to Justice in Canada Today: Scope, Scale and Ambitions (Access to Justice for a New Century: The Way Forward, Toronto 2005, s. 19-112), s. 22.

[64] Alexander s. 5; Cappelletti/Garth-Welfare State s. 15; Cappelletti, Mauro/Garth, Bryant G.: International Enclopedia of Comparative Law, Vol. XVI, Civil Procedure, Chapter 1, Introduction-Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure, Boston 1987, s. 65 vd.;

Cappelletti, Mauro/Garth, Bryant:
Access to Justice: The Newest Wave in the World-Wide Movement to Make Rights Effective (Buffalo Law Review 1978, Vol. 27, s. 181-292), s. 183 vd.;
Cappelletti, Mauro: Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement (The Modern Law Review 1993/May, Vol. 56, s. 282-296), s. 285 vd.; Özbek, Mustafa: Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketinin Ortaya Çıkardığı Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (AÜHFD 2002/2, s. 121-162), s. 123 vd.; Özbek, Mustafa: Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim (MİHDER 2006/2, s. 907-927), s. 909 vd.

[65] Commission of the European Communities: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters {SEC (2004) 1314}, Brussels, 22.10.2004, s. 7; Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters (OJ L 136, 24.5.2008,
s. 3-8). Yönergenin tercümesi için bkz. Özbek s. 939-947.

[66] Adalet Bakanlığı-Yargı Reformu Stratejisi s. 35.

[67] Akkan, Mine: Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma (MİHDER 2007/1, s. 29-68), s. 29 vd.; Pekcanıtez/Atalay/Özekes s. 41-43.

[68] Adalet Bakanlığı: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Ankara 2006, s. 151; Budak, Ali Cem: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu ve Alman Medeni Usul Kanunu ile Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, İstanbul 2010, s. 19.

[69] Pekcanıtez/Atalay/Özekes s. 43-44.

[70] Anayasa Mahkemesi 19.09.1991, 2/30 (RG 16.09.1992, Sa. 21347).

[71] Raftesath, Gerald I.: Solutions-not rights: the objective of alternative dispute resolution

(The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal 1996/June, s. 91-99), s. 93.

[72] Ancak arabuluculuk sonunda gönüllü bir anlaşma yapıldığı için, bu anlaşmaya uyulma oranı, dava yoluyla mahkemece dikte edilen çözümlere uyma oranından daha yüksektir. Dava sonunda alınan hüküm genelde gönüllü olarak yerine getirilmediğinden, alacaklı ilâmlı icraya (İİK m. 24 vd.) başvurmak zorunda kalmakta; oysa arabuluculuk sonunda yapılan anlaşma, cebrî icraya başvurmaya gerek kalmadan çoğunlukla yerine getirilmektedir.

[73] Ildır, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü (75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 385-401), s. 397.

[74] Kuru-Görüş ve Öneriler s. 239.

[75] Pekcanıtez-Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı s. 254; Tanrıver-Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı s. 639; Yıldırım-İhtilâfların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi s. 355.

[76] Özbek s. 351-352.

[77] Yıldırım-İhtilâfların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi s. 358.

[78] Golann, Dwight: Making Alternative Dispute Resolution Mandatory: The Constitutional Issues (Oregon Law Review 1989, Vol. 68, s. 487-568), s. 497 vd.

[79] Özbay, İbrahim: Avukatlık Kanunu m. 167 Hükmünün İptaline İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Bir İnceleme (AYMK, E. 2003/98, K. 2004/31, K. 3.3.2004) (Prof.Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof.Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 946-962), s. 947 vd.

[80] Anayasa Mahkemesi 03.03.2004, 98/31 (RG 10.7.2004, Sa. 25518).

[81] Anayasa Mahkemesi 20.03.2008, 78/84 (RG 01.07.2008, Sa. 26923).

[82] Yılmaz, Ejder: Avukatlık Ücretinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Yeri (Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 361-383), s. 382.

[83] Kuru-Görüş ve Öneriler s. 240-241.

[84] Özbek s. 503-512.

[85] Council of Europe: Mediation in Civil Matters, Recommendation Rec (2002) 10 and explanatory memorandum, Legal Issues, Strasbourg 2003, s. 5-9.

[86] Council of Europe-Mediation in Civil Matters s. 19. Amerika Birleşik Devletleri Tek Tip Arabuluculuk Kanunu'nun 7. maddesine göre de arabulucunun, arabuluculuk müzakereleri hakkında rapor hazırlaması, değerlendirme veya tavsiye yapması yasaktır (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws: Uniform Mediation Act, Chicago 2001, s. 36). Arabuluculuk müzakerelerinin gizliliği hakkında geniş bilgi için bkz. Brown/Marriott s. 487-504; Freedman, Lawrence R./Prigoff, Michael L.: Confidentiality in Mediation: The Need for Protection (Ohio State Journal on Dispute Resolution 1986, Vol. 2, s. 37-45); Goldberg, Stephen B./Sander, Frank E.A./Rogers, Nancy H.: Dispute Resolution, Negotiation, Mediation and Other Processes, New York 1999, s. 419-445; Weston, Maureen A.: Confidentiality's Constitutionality: The Incursion on Judicial Powers to Regulate Party Conduct in Court-Connected Mediation (Harvard Negotiation Law Review 2003, Vol. 8, s. 29-79).

[87] Aynı şekilde Borçlar Kanunu Tasarısının 26. maddesine göre "Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunun çizdiği sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler". Borçlar Kanunu

Tasarısının 27. maddesine göre, “Kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler batıldır”.

[88] Battal, Ahmet: Anayasa Mahkemesinin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları (Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 11 Mayıs 2001, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 383, s. 47-88), s. 49; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006 s. 270 vd.; Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 150-153; Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 362 vd.

[89] Andrews, Neil: The Modern Civil Process: Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England, Tübingen 2008, s. 194.

[90] Andrews s. 195.

[91] Bkz. HMKT m. 30’un gerekçesi (Budak s. 58).

[92] Alangoya, Yavuz: Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 2-3; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım s. 183; Becker-Eberhard, Ekkehard: Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları (Çev. M. Kamil Yıldırım) (İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2002, s. 17-42), s. 19-23; Fisher, Howard: The German Legal System and Legal Language, London 2002, s. 174; Koch, Harald/Diedrich, Frank: Civil Procedure in Germany, München 1998, s. 28; Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 2 İstanbul
200l, s. 1917-1918; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2010, s. 359; Murray, Peter L./Stürner, Rolf: German Civil Justice, Durham 2004, s. 156-157; Pekcanıtez/Atalay/Özekes s. 228-229; Üstündağ, Saim: Medenî Yargılama Hukuku, C. 1-2, İstanbul 2000, s. 239-241; Yavaş, Murat: Mehaz Kanun ile Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medeni Yargılamaya Hakim Olan İlkeler ve Hakimin Rolü (Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 283-335), s. 284-285.

[93] http://www.unidroit.org .

[94] ALI/UNIDROIT Milletlerarası Medenî Usûl İlke ve Kurallarının (Uluslararası Hukuk Usûlü İlkelerinin) şerhi için bkz. ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure: Proposed Final Draft (9 March 2004) (The Future of Transnational Civil Litigation, English Responses to the ALI/UNIDROIT Draft Principles and Rules of Transnational Civil Procedure, The British Institute of International and Comparative Law 2004, s. 177-297); ALI/UNIDROIT Principle of Transnational Civil Procedure (Uniform Law Review 2004/4 s. 758-808); Hazard, Geoffrey C./ Stürner, Rolf/Taruffo, Michele/Gidi, Antonio: Fundamental Principles of Transnational Civil Procedure (N.Y.U.J.Int.L.Pol. 2001, Vol. 33, s. 785-792); Hazard, Geoffrey C./Taruffo, Michele/Stürner, Rolf/Gidi, Antonio: Rules of Transnational Civil Procedure (N.Y.U.J.Int.L.Pol. 2001, Vol. 33, s. 793-859); Glenn, H. Patrick: The ALI/UNIDROIT Principle of Transnational Civil Procedure as Global Standards for Adjudication (Uniform Law Review 2004/4 s. 829-845); Kerameus, Konstantinos D.: Scope of Application of the ALI/UNIDROIT Principle of Transnational Civil Procedure (Uniform Law Review 2004/4 s. 847-857); Waterstraat, Daniel: ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure, Baden-Baden 2006, s. 81 vd. Ayrıca bkz. Amerikan Hukuk Enstitüsü ve Özel Hukukun Bütünleştirilmesi İçin Milletlerarası Enstitü'nün Uluslarötesi Hukuk Usulü Prensipleri (Çev. Ali Yeşilırmak) (MİHDER 2005/2, s. 391-405); ALI/UNIDROIT Uluslararası Medeni Yargılama İlkeleri (Çev. Kâmil Yıldırım) (http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/main.htm).

[95] ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure s. 228-229.

[96] Andrews s. 196; Pekcanıtez/Atalay/Özekes s. 228.

[97] Alangoya-Anayasa'nın Medenî Usûl Hukuku'na Etkisi s. 3; Özekes, Muhammet: Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 29, 48, 86 vd.; Pekcanıtez/Atalay/Özekes s. 253-257.

[98] Council of Europe-Mediation in Civil Matters s. 8.

[99] Arslan/Tanrıver s. 181; Kuru-Usûl 2 1934-1938; Kuru/Arslan/Yılmaz s. 411; Pekcanıtez/Atalay/Özekes s. 258-259; Yılmaz, Ejder: Usul Ekonomisi (AÜHFD 2008/1, s. 243-274), s. 244.

[100] Erlangen, Reinhard Greger: Yargı ve Arabuluculuk-Model Projesinin Tamamlanmasından Sonra Gelişim Çizgileri (Çev. Cenk Akil) (AÜHFD 2008/4, s. 369-380), s. 373, 378; Özbek s. 452 vd.

[101] Goldberg, Steven H.: "Wait a Minute: This is Where I came in". A Trial Lawyer's Search for Alternative Dispute Resolution (B righam Young University Law Review 1997, Vol. 1997, s. 653-685), s. 671.

[102] Özekes-Hukukî Dinlenilme Hakkı s. 49.

[103] Makedonya İmparatoru Büyük İskender'in (M.Ö. 356-323) uzaktan akrabası olarak kabul edilen Yunan Epir Kralı Pirus (M.Ö. 318-272), M.Ö. 280'lerde güney İtalya'da bir Yunan kolonisi olan Tarentum'un, kendisinden devrin en güçlü ordusuna sahip olan Romalılara karşı yardım istemesi üzerine harekete geçerek, yirmibeşbin kişilik ordusu ve elli fille birlikte İtalya'yı fethe çıkmıştır. Romalılarla beş yıl süren ve çok kanlı geçen savaşlar yapan Pirus, ne pahasına olursa olsun savaşı kazanmak için herşeyini feda etmiş ve Romalıları yenmiştir. Pirus sonunda savaşı kazanmışsa da, fillerin de desteklediği büyük ordusunun tamamını kaybetmiştir. Pirus'un bu zaferin ardından "Tanrım, bir daha böyle bir zafer verme" dediği söylenmiştir. Pirus Zaferi, aslında "yenilmeye mahkûm galibiyetleri" anlatmak için kullanılmaktadır. Bu olaya atfen, benzer şekilde kazanılan savaşlara Pirus zaferi denir (http://tr.wikipedia.org/wiki/Pirus_zaferi).

[104] Çok seçenekli adliye teşkilâtı hakkında bilgi için bkz. Özbek s. 292 vd.

[105] Adalet Bakanlığı: Yargı Reformu Stratejisi Eylem Planı, Ankara 2009, s. 28. Ayrıca bkz. http://www.sgb.adalet.gov.tr/yrs.html

[106] Adalet Bakanlığı-Yargı Reformu Stratejisi Eylem Planı s. 33.

[107] Özbek, Mustafa: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Aile Arabuluculuğu" Konulu Tavsiye Kararı (DEÜHFD 2005/2, s. 71-102), s. 77 vd.

[108] Özbek, Mustafa: Suça Sürüklenen Çocuklara Yönelik Onarıcı Adalet Programları ve Çocuk Arabuluculuğu (Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008, s. 449-466), s. 451 vd.

//