

T.C.  
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI  
YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

ZORUNLU ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARININ  
ANAYASA'YA UYGUNLUĞU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN  
TUĞÇENAZ UĞURLU CİHANGİR

TEZ DANIŞMANI  
PROF. DR. MUSTAFA SERDAR ÖZBEK

ANKARA-2018



BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS / DOKTORA TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

Tarih: 29/05/2018

Öğrencinin Adı, Soyadı : TUGGENAZ UĞURLU CİHANGİR

Öğrencinin Numarası : 21420152

Anabilim Dalı : Hukuk

Programı : Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı

Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı : Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK

Tez Başlığı : Zorunlu Alternatif Uyumazlık Çözüm Yollarının Anayasa'ya Uygunluğu

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans/Doktora tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 107 sayfalık kısmına ilişkin, 28. / 05. / 2018 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından Turnitin..... adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 10.....'dır.

Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

"Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını" inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası:.....

Onay

29/05/2018

Öğrenci Danışmanı Unvan, Ad, Soyad,

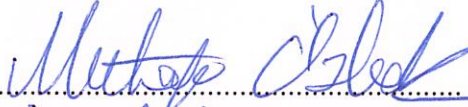

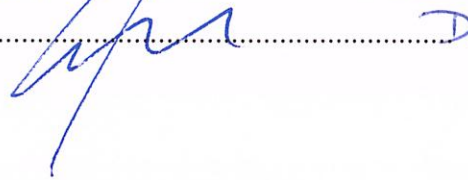
Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK

## KABUL VE ONAY SAYFASI ÖRNEĞİ

Tuğçenaz UĞURLU CİHANGİR tarafından hazırlanan Zorunlu Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Anayasa'ya Uygunluğu adlı bu çalışma jürimizce Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Kabul (sınav) Tarihi:.....25...../07/2018.....

(Jüri Üyesinin Unvanı, Adı-Soyadı ve Kurumu):

Jüri Üyesi :.......... Prof. Dr. Mustafa Serdar Özbek Baskent Üni.  
Jüri Üyesi:.......... Doc. Dr. İpek Yücer Aktürk Baskent Üni.  
Jüri Üyesi:.......... Doc. Dr. İbrahim Ermenek Hacı Bayram Veli Üni.

Onay

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

...../...../2018

Prof. Dr. İpek KALEMCI TÜZÜN

Enstitü Müdürü

## ÖZET:

Uyuşmazlık içerisinde düşmek insanların olağan hayatında rastlanılan bir durumdur. Düşülen uyuşmazlıkların çözümlenmesi ve toplumun barış içerisinde yaşamasını sağlamak ise devletlerin görevidir. Dolayısıyla uyuşmazlık çözümlerinde başvurulması gereken asli yerler devlet eli ve kanunlar aracılığı ile çözümlenmektedir. Ancak günümüzde artan uyuşmazlık sayısı mahkemelerin iş yükünü çok artırmaktadır. Yoğun ve uzun süreçler uyuşmazlık içerisinde olan tarafların hem haklarına geç ulaşmasına neden olmakta hem de ilerleyen dönemlerde tarafların arasındaki ilişkilerin bozulmasına yol açmaktadır. Bu sebeple barışçıl yöntemler olan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurunun artırılması ve bu yolların kullanılmasının teşvik edilmesi sağlanmalıdır. Bu teşvikler alternatif yolların dava ön şartı veya zorunlu olarak düzenlenmesi ile sağlanabilir. Taraflar bu şekilde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını kullanmayı birer alışkanlık haline getireceklerdir.

Yargılama ve uyuşmazlık çözümlerinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa'da yargılamaya ilişkin olarak düzenlenmiş ilkelerin uygulanması gerekmektedir. Dolayısıyla zorunlu olarak düzenlenen alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının da bu ilkelere uyması gerekmektedir. Mukayeseli hukuk ve Türk Hukukunda birçok zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yolu düzenlenmektedir. Hem mukayeseli hukuk hem Türk Hukuku bakımından bu zorunlu düzenlemelerin Anayasal ilkeler ile bağdaşıp bağdaşmadığı; hangi koşullarda bu zorunluluğun Anayasal ilkelere uygun olacağı tartışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Adil Yargılanma Hakkı, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Arbuluculuk, Dava Önşartı, Tahkim, Zorunlu Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları.

## **ABSTRACT:**

Having conflicts is a common occurrence in people's ordinary lives. States are responsible to resolve the disagreements and to ensure that the society lives in peace. Therefore, the principal places to be resorted to in the dispute resolution are resolved by the state by means of laws. Today however, the increasing number of disputes causes the courts to become very slow because of increasing workload. Lengthy and slow processes cause conflicting parties to resolve their dispute in a very long process and as a result parties do not maintain relations with each other in the future. For this reason, it should be encouraged to increase the application of alternative dispute resolution methods, which are peaceful methods, and to encourage the use of these disputes. These incentives can be provided by pre-condition or mandatory regulations of alternative methods. Parties will thus make it a habit to use alternative dispute resolution methods.

In the trials and dispute resolutions, it is necessary to apply the principles set out in the European Convention on Human Rights and the Constitution. Therefore, compulsory alternative dispute resolution methods must comply with these principles. There are many compulsory alternative dispute resolution methods in comparative law and Turkish law. Both in terms of comparative law and Turkish law, these compulsory regulations are incompatible with constitutional principles; in this paper it will be discussed under which conditions these mandatory regulations will be compatible with the constitutional principles.

**Keywords:** Alternative Methods of Dispute Resolution, Compulsory Alternative Dispute Resolution Methods, Case Prerequisite, Arbitration, Mediation, Fair Trial.

## İÇİNDEKİLER

ÖZET:.....	I
ABSTRACT:.....	II
KISALTMALAR CETVELİ.....	V
GİRİŞ.....	1
BÖLÜM I. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI .....	4
1.1. Tahkim.....	5
1.1.1. Ad-Hoc Tahkim ve Kurumsal Tahkim.....	7
1.1.2. Ticari Tahkim ve Yatırım Tahkimi .....	8
1.1.3. İradî Tahkim ve Zorunlu Tahkim .....	9
1.2. Arabuluculuk .....	9
1.3. Uzlaştırma .....	14
1.4. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Faydaları.....	16
1.5. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Olumsuz Değerlendirilebilecek Yönleri	19
BÖLÜM II. YARGIYA İLİŞKİN ANAYASAL HAK VE HÜRRİYETLER .....	22
2.1. Adil Yargılanma Hakkı.....	22
2.2. Adil Yargılanmaya Esas Olan İlke ve Düzenlemeler .....	27
2.2.1. Tasarruf İlkesi.....	29
2.2.2. Aleniyet İlkesi .....	30
2.2.3. Usul Ekonomisi İlkesi .....	31
2.2.4. Doğrudanlık İlkesi .....	31
2.2.5. İddia ve Savunmanın Teksifi İlkesi .....	31
2.2.6. Hukukî Dinlenilme Hakkı .....	32
2.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Yer Alan Düzenlemeler .....	32
3. ADLİ YARGILANMA HAKKI BAKIMINDAN BAĞIMSIZ VE TARAFSIZ BİR MAHKEMEDE YARGILANMA .....	34
4. ADİL YARGILANMA BAKIMINDAN USUL EKONOMİSİ İLKESİ .....	41
5. ADİL YARGILANMA BAKIMINDAN HUKUKİ DİNLENİLME HAKKI .....	44
6. ADİL YARGILANMA HAKKI BAKIMINDAN ALENİYET İLKESİ .....	48

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: ZORUNLU ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI.	52
7. MUKAYESELİ HUKUKTAN BAZI ZORUNLU ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI ÖRNEKLERİ .....	52
8. ÜLKEMİZDE BAZI ZORUNLU ALTERNATİF ÇÖZÜM UYUŞMAZLIKLARI ÖRNEKLERİ .....	57
9. MUKAYESELİ HUKUK SİSTEMLERİ BAKIMINDAN ZORUNLU ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARININ ANAYASAYA UYGUNLUĞU.....	66
10. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN ZORUNLU ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARININ ANAYASAYA UYGUNLUĞU .....	73
10.1. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Yargıya Bir Alternatif Değildir .....	74
10.2. Zorunlu Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları İle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları .....	80
10.3. Zorunlu Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Anayasal İlkelerle Bağdaşması .....	90
11. SONUÇ .....	93
KAYNAKÇA .....	98

## KISALTMALAR CETVELİ

<b>ABD</b>	: Amerika Birleşik Devletleri
<b>AİHM</b>	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<b>AİHS</b>	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<b>AYM</b>	: Anayasa Mahkemesi
<b>B. No</b>	: Başvuru Numarası
<b>Budak</b>	: Budak, Karaaslan, Varol:
<b>E.</b>	: Esas
<b>HMK</b>	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
<b>K.</b>	: Karar
<b>K.T.</b>	: Karar Tarihi
<b>HGK</b>	: Hukuk Genel Kurulu
<b>İBK</b>	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
<b>s.</b>	: sayfa
<b>TOBB</b>	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
<b>TMK</b>	: Türk Medeni Kanunu
<b>TFF</b>	: Türkiye Futbol Federasyonu
<b>Md.</b>	: Madde



**v.** : ve

**vb** : ve benzer

**vd** : ve devamı

## ZORUNLU ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARININ ANAYASA'YA UYGUNLUĞU

### GİRİŞ

Hukuk insanların topluluk halinde yaşamasını sağlayan en önemli beşeri bilimlerden biridir. Koyduğu kurallar sayesinde tüm bireyler hak ve yükümlülüklerinin farkına varır, bunlara uygun olarak davranır. Konulmuş kurallara uygun olarak yaşanan toplumda çıkan uyuşmazlıklar yine hukuk kuralları ile çözülür. Modern hukuk sistemlerinde uyuşmazlıklar genelde yargının uzantısı olarak oluşturulmuş mahkemeler kanalı ile çözümlenmektedir. Ağır işleyen mahkemelerin yanı sıra uyuşmazlıkların alternatif uyuşmazlık çözüm metotları (alternative dispute resolution) yolu ile hükme bağlanması ise gün geçtikçe daha çok tercih edilmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, bireysel veya toplu olarak bir veya birden fazla taraf arasında oluşan uyuşmazlıkların yetkilendirilmiş devlet mercileri (mahkemeler) kanalı ile çözümlenmesine seçimsel bir yol olarak işleyen mekanizmalardır. Yani, bu mekanizmalar; uyuşmazlık içerisinde olan tarafların resmi bir yargılama usulüne gereksinim duymaksızın, uyuşmazlıklarını çözmek için başvurdukları bir dizi usuller topluluğunu ifade etmektedir<sup>1</sup>. Arbuluculuk, tahkim, uzlaşma, hakem bilirkişilik alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından yalnız birkaç tanesidir. Uyuşmazlık taraflarınca günümüzde bu metotlardan en çok arbuluculuk ve tahkim tercih edilmektedir. Uyuşmazlıkların mahkeme eli ile çözümlenmesi hukuk sistemimizde asli yol olarak düzenlenmiştir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ise uyuşmazlık taraflarının ortak iradesi sonucu başvuracakları fer'i yöntemler olarak nitelendirilir.

Zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının Anayasa'ya uygunluğu incelenirken öncelikle burada hangi hususları irdelememiz gerektiğinin netleştirilmesi gerekmektedir. Çözüm yollarını incelerken bir anlaşmazlık konusu ve bu anlaşmazlık için çözüm arayan en az iki taraf olması gerekmektedir. Dünya üzerinde yalnızca iki insanın dahi yaşama devam etmesi bir anlaşmazlığın ortaya çıkması için yeterlidir. Doktrinde yapılan bir değerlendirme de her anlaşmazlığın bir uyuşmazlığa yol açmayabileceği belirtilmektedir<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Özbek, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin Basımevi, Ankara,2016 s.191.

<sup>2</sup> Özbek, s.191.

Bir uyuşmazlığın ortaya çıkabilmesi için anlaşmazlık konusunun karşı tarafa bildirilmesi gerekmektedir. Günlük yaşantımızda anlaşmazlık, diğer insanlar ile iletişim halinde olduğumuz her konuda ortaya çıkabilir. Kanun koyucu tarafından bahşedilmiş hakların sınırlarının tespit edilmesi her konu bakımından ayrıca değerlendirilmelidir. İki tarafın aynı konuda anlaşmazlığa düşüp bunu birbirlerine bildirmeleri halinde ise uyuşmazlık ortaya çıkacaktır. Bu tanımı modern koşullarda değerlendirdiğimizde; ortada bulunan bir vakıda tarafların hak sahibi olduğunu iddia etmesi ancak, hak sahipliği konusunda anlaşamadıkları için karar verme yetkisine sahip bir üçüncü tarafa başvurulması gerekmektedir. Sosyal düzenin korunması, temel hak ve hürriyetlerin zedelenmemesi, toplumsal barış ve huzurun sağlanması için ortaya çıkan bu uyuşmazlıkların en temelinde hakkaniyet ve iyi niyet ilkeleri gözetilerek bir sonuca kavuşturulması gerekmektedir.

Artık modern toplumlarda, uyuşmazlık içerisinde olan tarafların haklarına hangi yollarla ve ne şekilde kavuşursa toplumsal düzen ve barışın daha istikrarlı olacağına dair çalışmalar yapılmakta ve hukuk sistemleri bu yönde gelişmektedir. Teknolojinin ilerlemesi de bu çalışmalara katkı sağlayan en önemli etkenlerden biridir. Örnek vermek gerekirse, günümüzde internet üzerinden tüm dünya ile ticaret yapılması mümkündür. Böyle bir ortamda, internet sağlayıcısı tarafından kaynaklanan bir anlık kesinti bile çok yüksek meblağlarda zararlara sebep olabilmektedir. Bu kesintinin bir an önce giderilmesi daha büyük zararların oluşmasını önleyecektir, aynı zamanda bu kadar hızlı bir ticari faaliyette verilen zararın kusurlu tarafça olabilecek en hızlı şekilde giderilmesi gerekmektedir. Modern oluşumlar ve modern ticaret ancak bu şekilde ayakta kalabileceklerdir.

İnsan olarak hepimiz farkındayız ki bu dünyada iki kişi kalsa dahi uyuşmazlık yaşanması muhtemeldir. Bu sebeple yaşanacak uyuşmazlıkların belli mekanizmalar ile çözümlenmesi gerekir. Modern dünyada bu çözüm asıl olarak yasalar ile kurulmuş mahkemeler ile gerçekleşirken kimi zaman yukarı da değinilen başkaca alternatif metotlar ile de çözümlenmektedir.

Uyuşmazlığın ortaya çıkması aşamasında belirlenmesi gereken en önemli iki husus mevcuttur; bunlar uyuşmazlığın tarafları ve talep konusudur. Hiç şüphesiz ki bu iki unsurun belirlenebilir olması, hakka ulaşımı kolaylaştıracaktır.

Gelişen ve değişen dünya ile hak talep edenin veya hak sahibinin hakkına ulaşmasının toplumsal barış ve düzen için çok faydalı olduğu kaçınılmazdır. Bu esnada başvurulabilecek yöntemler grubu olan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının zorunlu tutulması bu hakka erişim açısından nasıl bir etki yaratacağı değerlendirilmelidir.

Yapı itibariyle tarafların iradesine bırakılmış olan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının, yasalar ile asli yöntem olarak belirlenmesi mevcut hukuk sistemimizde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerden olan adil yargılanma hakkını ihlal edecek nitelikte bir düzenleme niteliğinde olup olmadığı çalışmamızın konusunu oluşturacaktır.

Bu kapsamda çalışmamızda öncelikle alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ne olduğunun açıklanması gerekmektedir. Bu yöntemlerin sayısı dünyada farklı birçok başlık altında incelense de kısıtlamak amacıyla bu yöntemlerden en çok kullanılan tahkim, arabuluculuk ve uzlaşma yöntemlerinin kısaca ele alınması gerekmektedir. Bu yöntemlerin iç hukukumuzda ne şekilde düzenlendiğinin belirtilmesi gerekmektedir. Bu yolların hukuk sistemi içinde yarattığı faydalar ve olumsuz değerlendirilebilecek yönlerinin açıklanması gerekmektedir. Bu açıklamaların ardından adil yargılanmanın ne olduğunun açıklanması adına Türk Medeni Usul Hukukuna etki eden tasarruf ilkesi, taraflarca getirilme ilkesi, yargılamanın hakim tarafından yürütülme ilkesi, yazılılık ilkesi, aleniyet ilkesi, usul ekonomisi ilkesi, doğrudanlık ilkesi, iddia ve savunmanın teksifi ilkesi, hukuki dinlenilme hakkına riayet ilkesi, hakimin davayı aydınlatma yükümlülüğü, dürüstlük kuralına uyma ilkeleri belirtilip, adil yargılanma ilkesinin temelleri açıklanacaktır. Adil yargılamaya esas oluşturan hukuki dinlenilme hakkı, aleniyet ve mahkemelere erişim ilkelerine detaylı olarak değinilecektir. Adil yargılanma ilkesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki ve Anayasamızdaki yerleri belirtilecektir.

Bu giriş ve bilgilendirme kısmının ardından Dünya'dan ve Türkiye'den zorunlu olarak düzenlenen alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin örnekler verilecektir. Son olarak ise Dünyadan kararlar ve Türkiye'den Anayasa Mahkemeleri kararları ile Anayasa Mahkemesinin zorunlu alternatif uyuşmazlık yollarında adil yargılamanın etkisine ilişkin görüş değerlendirilecek, Anayasa Mahkemesinin zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının nasıl düzenlenmesi gerektiği yönünde benimsediği ilkeler ele alınacak ve bu düzenlemelerin Anayasa'ya uygun olup olmadığı hususu tartışılacaktır.

## BÖLÜM I. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

Giriş kısmında örnekleri verilmiş olan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından bu çalışmamızda yalnızca arabuluculuk, tahkim ve uzlaştırmaya yer verilecektir. Ortaya çıkışları bir hayli eskiye dayanan bu üç müessese günümüzde gün geçtikçe daha çok tercih edilmektedir. Tercih edilmesinin artmasının temel olarak iki sebebi mevcuttur; bu yöntemler hem uyuşmazlığı daha kısa sürede çözüme ulaştırmaktalar hem adli yargı mercilerine göre ekonomik olmaktadır<sup>3</sup>. Tahkim, arabuluculuk ve uzlaştırmanın tanımlarına kısaca yer verilecek ardından bu yöntemlerin faydaları ve olumsuz yönleri ele alınacaktır.

Giriş kısmımızda da belirtildiği üzere, bir uyuşmazlığın çıkmasının asli sebebi “hak”tır. Uyuşmazlığın ortaya çıkmasına sebep olan hakkın kime ait olduğunu belirleyen yargılama usulleri ise “hukuk”u oluşturmaktadır. Bilindiği üzere bir uyuşmazlık ortaya çıktığı zaman başvurulacak ilk ve asli yol yargı organları yani adli mercilerdir. Oysa bu yollara başvurmak sosyal, psikolojik ve ekonomik gibi birçok yönden tarafları zarara uğratmaktadır. Yargı organlarına başvuru, ağır işleyen bir sistem, korkutucu adliye binaları gibi sebeplerle en nihayetinde tarafların uyuşmazlık içinde ve sonrasında ilişkilerini zedeleyecek birbirleriyle iletişime geçmelerini zorlaştıracaktır. Bu mücadele ve kaos ortamı toplumsal barışı zedeleyecektir. Dolayısıyla artık bu yapıdan ve sistemlerden vazgeçilmeli, yargı erki toplumsal barışa hizmet edecek şekilde esnetilmeli ve toplumsal alışkanlıklar barışçıl uyuşmazlık çözüm yollarını benimseme yönünde değiştirilmelidir. Yaygın bir hukuki özdeyiş: “*en kötü sulh, en iyi davadan daha iyidir.*” demektedir. Yani bir uyuşmazlığın taraflarca anlaşılacak şekilde çözülmesi, kaosa sürükleyen mahkemeler kanalı ile çözülmesinden daha iyidir denilmektedir<sup>4</sup>. Bunun yanı sıra bu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri maddi açıdan ve süre bakımından da birçok avantaja sahiptir. Dolayısıyla, toplumsal alışkanlıklarımızı değiştirmenin ve barışçıl çözüm yollarını tercih etmenin zamanı gelmiştir. Bu sistemlerin bir şekilde alışkanlık haline getirilmesi gerekmektedir. Bu yöntemlerin zorunlu hale getirilmesindeki en önemli amaçlardan biri, topluma herhangi bir uyuşmazlık çıktığı zaman alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına

---

<sup>3</sup> Golann, Dwight, Making Alternative Dispute Resolution Mandatory: The Constitutional Issues, s.489.

<sup>4</sup> Pekcanitez, Medeni Usul Hukukuna İlişkin Genel Bilgiler, s.9.

başvurunun asli tercih olarak edinilmesini sağlamaktır. Alışkanlıkların barışçıl çözüm yollarına geçirilmeye çalışılırken Anayasal hakların ihlal edilmemesi de çalışmamızın ana amaçlarından birini oluşturmaktadır.

### 1.1. Tahkim

Tarihsel olarak günümüz modern tahkim müessesine yakın uygulamalar ilk olarak Akdeniz medeniyetlerinde görülmektedir. Bu dönemden sonra Roma hukukunda, tarafların iradeleri ile hakem atadıkları kişiler tarafından yani sözleşmeden yetki alarak uyuşmazlık çözen hakemler görülmektedir. Ancak bu uygulamada hakem kararlarının bağlayıcılığı, günümüzde yer alan tahkim anlayışı gibi bağlayıcı değil, arabuluculuğa biraz daha yakın sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Daha sonrasında ise modernleşen ve gelişen ticari dünyada özellikle deniz ticareti yapan ülkelerde tahkimin uygulanmaya başladığı görülmektedir (Örn: İngiltere, Hollanda, 1250 yıllarında Fransa, 1700'lerde İskoçya, 1790'larda Danimarka). Fransız ihtilali ile birlikte tahkim müessesesi ortadan kaldırılrsa da bundan bir kaç sene sonra ihtiyaç üzerine bu müessese tekrar ortaya çıkmıştır<sup>5</sup>. Bizim coğrafyamız da ise tahkimin çıkışının ne zaman olduğu tam olarak bilinmese de modern tahkim uygulamaları ahilik döneminde, ahi babanın uyuşmazlık yaşayan tacirlerin uyuşmazlıklarını çözmesi ve kararlarının kesin olması ile görülmektedir. Bu uygulama bir gelenek olarak ortaya çıkmış ve çok uzun yıllar ticari uyuşmazlıklar Osmanlı İmparatorluğunda tahkim yolu ile çözüme kavuşturulmuştur.

Tahkim ile ilgili olarak imzalanan birçok uluslararası anlaşma olsa da bunların en önemlileri ülkemizin de taraf olduğu 21 Nisan 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Avrupa-Cenevre Konvansiyonu ve Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Konvansiyonudur. Günümüzde uluslararası uygulama alanında New York sözleşmesinin önemi daha yüksek gibi gözükse de bu sözleşme aslında yalnızca tahkim yargılaması sonucunda kararların tanınması ve tenfizine ilişkindir. Cenevre Konvansiyonu ise bu tanıma ve tenfiz öncesi tahkimin içeriği yani tanıma ve tenfizden önceki dönemi düzenlemektedir<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Dayınlarlı, Kemal, HUMK'da düzenlenen İç Tahkim, Ankara, 1997, s.6.

<sup>6</sup> Nomer, Milletlerarası Tahkim, s.45.

Tahkimi kısaca taraflar arasında mevcut bir uyuşmazlığın hakem eli ile çözülmesi olarak anlatabiliriz. Bir hukuki ilişkinin tarafları, yapılan sözleşmeye bir tahkim şartı (klozu) ekleyerek veya ayrı bir tahkim sözleşmesi yaparak aralarında çıkacak uyuşmazlıklarda tahkim uygulanacağına karar verebilir. Taraflar yargılamayı yapacak olan hakemleri ve uyuşmazlığa uygulanacak olan hukuku tayin edebilirler.

Tahkim gerek sonucu gerekse süreci bakımından diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından farklı bir yapı ihtiva etmektedir. Tahkimi diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından ayıran en önemli özellik, tahkim yargılaması neticesinde verilmiş olan hakem kararının ilam niteliğinde olup icrai etkisinin olmasıdır. Yani tahkim yargılamasının sonucu ile mahkeme yargılamasının sonucunun etkisi aynıdır.

Tahkimi açıklarken inceleyebileceğimiz pek çok alt başlık bulunmaktadır. Bunlar ad-hoc, kurumsal tahkim; zorunlu, ihtiyari tahkim; uygulama alanları bakımından ticari, yatırım tahkimi olarak sayılabilir. Bu ayrımlar tahdidi olmayıp daha da genişletilebilmektedir. Tüm alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında olduğu gibi tahkimde de asıl başvurulabilme unsuru tarafların aralarında serbestçe tasarruf edebilecekleri bir hakkın uyuşmazlık konusunu oluşturması gerektiği için aslında tahkimin çok geniş bir etki alanı bulunmaktadır.

Ülkemizde tahkimin temel kanunları olarak nitelendirebilecek iki tane kanun düzenlenmektedir. Bunlar, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunudur. Yukarıda tahkimin aslında ne kadar eski bir geçmiş olduğuna değinmiştik, bu kanunlar o tarihi sürecin modern halinin kaynaklarını oluşturmaktadır.

Tahkim aslen Anayasa ile mahkemelere verilmiş yargı yetkisinin uyuşmazlık taraflarınca seçilmiş hakemlerce bir karar verilmesi yönüyle yargılamanın gerçekleştiği bir metot olduğu için zorunlu tahkim uygulamaları dışında tarafların bu yola başvurmalarının açıkça taraf iradeleri ile belirtilmiş olması gerekmektedir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 412 inci maddesi bu hususun bir tahkim sözleşmesi düzenlemek olduğunu, bu sözleşmenin yazılı olarak düzenlenmesi gerektiğini düzenlemektedir. Bunun yanı sıra tahkim şartının hali hazırda bir hukuki ilişki içerisinde olan iki tarafın arasında

düzenlenmiş bir sözleşmeye de ayrı bir şart (kloz) olarak konulabileceğini düzenlemektedir. Yani bu kanuna göre uyuşmazlık içinde olan tarafların tahkime başvurabilmesi ancak iki yolla mümkündür; ya taraflar aralarında ayrı bir tahkim sözleşmesi düzenleyeceklerdir ya da hali hazırda akdettikleri bir sözleşmenin içine aralarında uyuşmazlık olması halinde tahkime başvuracaklarını ekleyeceklerdir. Tahkim sözleşmesi veya şartının yazılı olarak yapılması yine aynı maddede zorunluluk olarak düzenlenmektedir. Aynı hususlar ve yazılılık şartı 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu 4 üncü maddesinde de düzenlenmektedir. Uyuşmazlık içerisinde olan iki taraf, hukuki ilişkilerini doğuran bir sözleşmeye bir tahkim şartı (klozu) ekleyerek veya ayrı bir tahkim sözleşmesi yaparak, üzerlerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda uyuşmazlık yaşamaları halinde tahkime başvurabilirler hükmü 4 ünü maddede yer almaktadır. Tahkim şartı ya da sözleşmesi aslında çok esnek bir uygulamadır, burada ispat yükü bakımından tek talep edilen yazılılık şartıdır, aranan yazılılık şartı da adi yazılılık şartıdır<sup>7</sup>. Uygulanacak tahkimin nerede, hangi kanun uyarınca, hangi tahkim kuralları uyarınca ve hakemlerin kim olacağı yine tarafların iradesi ile belirlenecektir.

Anlaşılabileceği üzere iradi tahkim esas olarak tarafların akdettikleri bir sözleşmedir ve pek tabii taraflar tahkime başvurmaksızın doğrudan dava yoluna başvurabilirler. Bu durumda sözleşmenin karşı tarafının tahkim sözleşmesi veya tahkim şartının varlığı halinde Hukuk Muhakemeleri Kanununun 116 ncı maddesi uyarınca ilk itirazda bulunabilme hakkı mevcuttur. İlk itirazlar HMK'nın 117 inci maddesi uyarınca cevap dilekçesinde ileri sürülmek zorundadır aksi halde dinlenilmeyecektir. Geçerli bir tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı olmasına rağmen bir taradın dava yoluna başvurması ve karşı tarafın buna süresi içinde itiraz etmemesi halinde taraflar aralarında yapmış oldukları sözleşmeden dönmüş olacakları değerlendirilebilir.

### **1.1.1. Ad-Hoc Tahkim ve Kurumsal Tahkim**

Belirtildiği üzere tahkim için gözetilebilecek ilk ayrımlardan biri ad-hoc tahkim ve kurumsal tahkimdir. Ad-hoc tahkimde taraflar tahkim yargılamasının her bir unsurunu kendileri belirleyebilmektedir. Burada unsurdan kasıt, tebligat usullerinin, hakemlerin, uyuşmazlık yerinin, hakem ücretlerinin, yargılama giderlerinin, uyuşmazlığa uygulanacak

---

<sup>7</sup> Nomer, Ergin; Ekşi, Nuray; Öztekin Günseli, Milletlerarası Tahkim, İstanbul, 2003, s.47.



hukukun ve tahkim yargılamasına etki edecek diğer tüm hususlardır. Kurumsal tahkimde ise taraflar uyuşmazlıklarını sekretaryasının bir kurum tarafından yürütüldüğü tahkim ile çözer. Kurumsal tahkimde az önce belirlenen unsurlardan bazıları başvuru olan yani tarafların akdettiği sözleşmede bulunan tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde belirlenen kurumsal tahkim tarafından belirlenmektedir. Bazı taraflar burada ayrı bir talepleri olmaması halinde tebligat hükümleri, hakem ücretleri ve diğer bazı unsurlar hakkında bir belirleme yapmaksızın başvurdukları kurumsal tahkimin tüzüğü veya diğer düzenleyici işlemi ile hareket edecektir. Kurumsal tahkimin bazı hususlarda avantajları bulunmaktadır. Neticede çoğu iş ve işlem daimi personellerin çalıştığı bir sekretarya tarafından yürütülmektedir. Bu da taraflara tahkim yargılamasının her anında danışmanlık sağlanması demektir. Ayrıca tahkim yargılamasının güvenilirliği de artmaktadır. Kurumsal tahkim dünya üzerinde bir hayli yaygınlaşmakta olup ülkemizde Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Tahkim Merkezi ve İstanbul Tahkim Merkezi başta olmak üzere örnekleri mevcuttur.

### **1.1.2. Ticari Tahkim ve Yatırım Tahkimi**

Uyuşmazlık konuları açısından tahkimi ticari tahkim ve yatırım tahkimi olarak ayırabiliriz. Ticari tahkim tacirler arasında çıkan uyuşmazlıklarda kullanılan bir yargılama olarak karşımıza çıkmaktadır. Yatırım tahkimi ise yatırım yapılan devlet ile yatırımcı arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümünde uygulanan tahkimdir.

Pek tabii tahkim yargılaması her türlü uyuşmazlığa elverişli değildir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 408 inci maddesi bu hususu: “*Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabii olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.*” şeklinde düzenlemektedir. Bu madde kapsamında yorumla, kamu yararını ilgilendiren uyuşmazlıklar yani ceza ve bazı hususlarda aile hukukuna konu olan uyuşmazlıklar, çekişmesiz yargı işleri ve taşınmazın aynına ilişkin işler tahkim ile çözümlenemez. Hızlı, ekonomik olması ve icrai nitelikte kararların hükme bağlanması nedeniyle günümüzde en çok ticari uyuşmazlıklar tahkim eliyle çözümlenmektedir.

### 1.1.3. İradi Tahkim ve Zorunlu Tahkim

Tahkim aslen iradi bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bu husus tahkim yargılaması ile ilgili gözetilecek üçüncü ayrımı belirtmektedir. Düzenleme bakımından kanun eli ile tahkime başvurulmasının zorunlu tutulduğu haller bu durumun istinasını düzenlemektedir<sup>8</sup>. Tarafların (yukarıda belirtilen tahkime elverişlilik ihtiva eden) üzerlerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklarında tahkime başvurmaları aslında ihtiyarı ve kendi iradelerine bağlıdır. Ancak bazen kanun koyucu yarar görmesi halinde, kısıtlı bazı hususlarda tahkim yolu zorunlu olarak düzenlenebilir<sup>9</sup>. Pek tabi bu mecburiyetin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Çalışmamızın devamında bu düzenlemelerin ne şekilde olacağına ilişkin detaylara yer verilecektir.

### 1.2. Arabuluculuk

Çalışmamızın girişinde de belirttiğimiz üzere dünya üzerinde yalnız iki insan kalsa dahi uyuşmazlık yaşanılması kaçınılmazdır. Dolayısıyla arabuluculuk geçmişine baktığımızda, uyuşmazlık içine düşmüş iki tarafın uyuşmazlığını bir üçüncü kişi yardımı ile çözmeleri neredeyse insanlık tarihi kadar eski bir geçmişe gittiği görülmektedir<sup>10</sup>. Geleneksel arabuluculuk yöntemlerinde, uyuşmazlığa düşen tarafların bu uyuşmazlıklarını gidermesi için görev yapan arabulucu o bölgede saygı duyulan ve etkili bir kişidir. Bu sebeple arabulucunun verdiği kararlara karşı taraflar saygı ile yaklaşmakta ve bu yaklaşım kararların icrai niteliğini artırmaktadır. Bu durum Mısır, Babil ve Asur'da kullanılmış, ortaçağda papalar arabulucu olarak görev yapmıştır. Tüm bunların yanında bu kuramın bir standarda sahip olması için 19. Yüzyılda çalışmalar yapılmış ve 1899, 1907 yılları arasında gerçekleştirilen Lahey Konvansiyonu ile arabuluculuğun kanunlaştırılması için ilk adımlar atılmıştır<sup>11</sup>. Bu tarihten soran ülkeler ve farklı hukuk sistemleri bu yöntemi modern çağa taşımışlardır.

Arabuluculuk kısaca uyuşmazlık yaşayan tarafların, uyuşmazlığa düşmüş oldukları hususta anlaşmaya varabilmeleri açısından üçüncü bir kişi ile müzakerelere başlaması,

<sup>8</sup> Akıncı, Ziya, Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2007 s. 31.

<sup>9</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. s.57

<sup>10</sup> Tuğsavul, Melis Taşpolat, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara, 2012 s.32.

<sup>11</sup> Tuğsavul, s.32.

uzlaşmaları veya birbirlerini anlamak için iletişimi kolaylaştıran bir üçüncü kişi tarafından masaya oturulması olarak açıklanabilir<sup>12</sup>. Tarafların aralarındaki uyuşmazlıklara, dava yerine kendi iradeleriyle uzlaşarak son vermelerini amaçlayan ve son dönemlerde bir hayli yaygınlaşan alternatif uyuşmazlık çözümlerinden biri arabuluculuktur<sup>13</sup>. Hatta doktrinde arabuluculuğun, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin esas modeli olduğunu savunan görüşler mevcuttur<sup>14</sup>. Arabuluculuğu tahkimden ayıran en önemli özellik arabuluculuk süreci sonunda verilen kararların icrai nitelikte olmamasıdır<sup>15</sup>. Arabulucu, arabuluculuk müzakereleri esnasında bir hakem veya hakim olarak yer almaz. Tarafların iradelerini birbirlerine ileten, tarafları iletişime ve pazarlık masasına oturtan bir unsur olarak karşımıza çıkar.

Arabuluculuk yapısı itibariyle kurallardan bağımsız bir müzakereler bütünlüğüdür. Müzakerelere başlamak ve devam etmek tarafların iradeleri doğrultusunda gerçekleşmektedir. Yine arabulucu/arabulucuların kim olacakları taraf iradesine bağlıdır. Müzakereler sonucu yargılamaya devam edip etmemek tarafların iradesindedir, arabuluculuk müzakereleri bir sonuca bağlanmış olsa dahi anlaşmaya varılan hususa ilişkin taraflar bir sözleşme akdetmez, sürecin sonunda oluşturulan tutanağı icra edilebilirlik şerhi alınması için mahkemeye ibraz etmezlerse, bu süreç adli mercilere başvurulabilmesi imkanını ortadan kaldırmaz. Arabuluculuk sonunda kesin bir karar olmaması nedeniyle bu yöntem mahkemeye başvuru hakkını kısıtlamaz. Ancak, her halükarda yargılamaya başlanılsa dahi tarafların karşı taraftan beklentisi, uyuşmazlığın neden kaynaklandığı gibi unsurlar açıklık kazanır. Tarafların arabuluculuk müessesine başvurmak istemesinin ardından taraflar müzakerelere başlar.

Genel bir tanım yapılması gerekirse; arabuluculuğu, uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları, konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, birbirlerini anlamalarını ve bu suretle kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak için aralarındaki iletişimi kolaylaştıran, tümüyle bağımsız tarafsız ve objektif bir konumda

---

<sup>12</sup> Özbek s.592.

<sup>13</sup> Kuru, Baki; Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2008, s.772

<sup>14</sup> Tuğsavul s.21

<sup>15</sup> Özbek s.230

bulunan üçüncü kişinin katılımıyla yürütülen gönüllü bir usul olarak ele alabiliriz<sup>16</sup>. Gönüllü üçüncü kişilerin arabulucu olması için başvurması ve arabuluculuk sertifikası alması gerekmektedir, aksi halde söz konusu Arabuluculuk Kanununa göre yürütülen arabuluculuk sürecinde elde edilen ve icra edilebilir nitelikte olan çözüm, geçersiz olacaktır<sup>17</sup>.

Arabuluculuk yoğun ve yorucu adli yargılama sürecini bertaraf etme amacıyla tarafların bir takım uyuşmazlıklarda başvurabileceği ve söz konusu uyuşmazlığın gönüllülük esasına dayanarak, tarafların işbirliği çerçevesinde, esnek, taraf menfaatlerine yoğunlaşarak ve taraf idarecilerinin uyuşmazlığı çözüm sürecine dahil edilmesiyle çözüldüğü bir yoldur<sup>18</sup>. Tarafların ilişkilerine yoğunlaşarak uyuşmazlığı çözüme götürmeyi hedefler. Ayrıca taraf endişelerini dikkate alarak gizli oturumlar çerçevesinde gerçekleştirilebilir. Bu gizli oturumlar üçüncü kişilere karşı olabileceği gibi arabulucunun takdiri halinde özel toplantılarla, tarafların birbirinden ayrık tutularak da bir takım gizli toplantılar alınması mümkündür. Uzun adli süreçlerle kıyaslandığında, uyuşmazlığı bir hayli hızlı olarak çözüme ulaştırır ayrıca arabuluculuk sürecinde mahkeme harçları, bilirkişi ücretleri vb. harcamalardan kaçınıldığı için masraftan tasarruf edilmektedir<sup>19</sup>. Sağladığı birçok yarar için arabuluculuğun iç hukukumuzda teşvik edilmesi gerekmektedir. Ayrıca uyuşmazlık taraflarına sağladığı yararların yanında adli mercilerin de iş yükü bu yöntemlerle azaltılacaktır.

Avrupa Birliği Konseyi 2004 yılında alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile ilgili olarak bir direktif hazırlamıştır, bu direktifte en çok arabuluculuk müessesine yer verilmiştir. Bu direktifin kabulü halinde üye ve hazırlık aşamasında olan tüm ülkelerde arabuluculukla ilgili bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Direktif içeriğinde hukuk ve ticari uyuşmazlıkların dostane çözüm yolları ile çözümlenmesine ilişkin hususlara yer verilmektedir. Ayrıca bir takım ilkeler benimsenmiştir. Bu ilkeler; mahkemelerin uyuşmazlık içinde olan tarafları arabuluculara yönlendirmesi, arabuluculuk eğitimlerinin yapılması ve kaliteli arabulucular yetiştirilmesi, arabuluculuk sürecinde anlaşma

---

<sup>16</sup> Perçin, Gizem Ersen, Alternatif Uyuşmazlık Çözümlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerde Yeri, 2011, s. 8

<sup>17</sup> Yargıtay HGK., 2009/9-214 E., 2009/284 K., T: 24/06/2009.

<sup>18</sup> Yeşilirmak, Ali, Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk ve Tahkim, İstanbul, 2011, s.11.

<sup>19</sup> Yeşilirmak s.12.

sağlanması halinde yapılan anlaşmanın belli koşullar altında icra edilebilmesi, arabuluculuk sürecinde gizliliğe önem verilmesi, arabulucuların sır saklama yükümlülüğün ayrıca düzenlenmesi ve bu sürecin mahkemeler nezdinde ele alınan hak düşürücü süreler bakımından durdurucu etkisi olmasıdır<sup>20</sup>. Gerek bu direktifin yayınlanması gerek ülkemizde çıkan ihtiyaç nedeniyle arabuluculuk müessesesi iç hukukumuzda bazı düzenlemeler içinde yer almakla birlikte yakın bir zamanda kabul edilen Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanuna tabiidir<sup>21</sup>. Bu kanunun kaynağı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'dur. Bu bağlamda belirtilmesi gereken husus şudur ki; arabuluculuk yönteminin işleyişinde belirli kurallar pek yoktur, süreç işlerken arabulucu kendi yöntemini uygular, çeşitli yöntemler deneyebilir ve doğaçlama yapabilir<sup>22</sup>.

Arabuluculuk aşamasında taraflar ve arabulucu buluşma yerinde bir araya gelirler. Arabuluculuk süresi, arabuluculuğun konusu olan anlaşmazlığın niteliğine göre değişim göstermektedir. Bu süre yarım saat olabileceği gibi bir kaç hafta olan bir süreçte olabilmektedir<sup>23</sup>. Her ne kadar arabuluculuk süreci arabulucunun inisiyatifinde olsa da uygulamada genel izlenen bir süreç mevcuttur. Bu sürece göre, taraflar ve arabulucu önce bir açılış toplantısında buluşur. Arabulucu burada genel hatlarıyla süreci, uyuşmazlık konusunu ve tarafların taleplerini açıklar. Akabinde genelde taraflarla özel toplantılar yapılır ve son olarak bir ortak toplantı daha yapılarak, taraflarla beraber bitirilen süreç gözden geçirilir ve arabuluculuk süreci sona erer<sup>24</sup>. Arabuluculuk faaliyeti sonucu ortaya çıkan anlaşmanın sonuç doğurması için ve arabuluculuk faaliyetinin konusunu oluşturacak tüm uyuşmazlıklar bakımından icra edilebilirlik şerhinin alınması zorunlu değildir. İcra edilebilirlik şerhinin alınmasının mecburi gözüktüğü durumlar genelde tarafların serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıklar bakımından tezahür eder. Örneğin; aile uyuşmazlıklarında arabulucuya gidilmesi halinde, sonucunda bir anlaşmaya yansımışsa bu durum zaten gerçek hayatta da bir anlaşmaya varıldığının yanıtı olacaktır. İcra edilebilirlik şerhi verilirken kararın uygulanması bir denetime bağlanabilir. Ancak bu denetim işin

---

<sup>20</sup> Tanrıver, Süha, Makalelerim 2, Ankara, 2011, s.9.

<sup>21</sup> Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; Sungurtekin, Meral Özkan; Özekes. Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, Ankara, 2013, s.1097.

<sup>22</sup> Kekeç, Elif Kısmet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara, 2014, s.156.

<sup>23</sup> Özbek s.622.

<sup>24</sup> Kekeç, s.156.

esasına sürekli müdahale eden bir denetim olmamalıdır<sup>25</sup>. Taraflar arabuluculuk sürecinde verilen kararların bağlayıcı olacağı konusunda anlaşabilirler. Keza böyle bir anlaşma yapmaları durumunda arabuluculuk sonunda ulaşılan çözüm farklı hiç bir adli mercie başvurulmaksızın hüküm ve sonuçlarını doğurabilecektir. Hatta taraflar bu hüküm ve sonuçlara uyulmaması halinde bir cezai şart bile öngörebilirler. Bu durum Türk Borçlar Kanunu'ndan gelen sözleşme serbestisinin hukuk dünyasında vukuu bulmasıdır<sup>26</sup>. Tabi her halükarda hem sözleşmeden gelen hükümlere uyulmaması hem de cezai şartın yerine getirilmemesi halinde, karşı taraf adli mercilere başvurabilecektir.

Arbuluculuk kural olarak iradi bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Taraflar arabuluculuk hususunda anlaşmalarına rağmen, taraflardan birinin doğrudan dava yoluna gitmeyi tercih etmesi durumunda tahkimde olduğu gibi bir itiraz hakkı kanunda düzenlenmemiştir. Tarafların böyle bir sözleşmeye rağmen dava yoluna gitmesi sözleşmeye aykırılık olarak yorumlanabilir, bu durumda itiraz gerçekleşirse hakim usulden davayı reddedebilecektir ancak bu başvuru usulden reddedilmek yerine dürüstlük kuralına aykırılık olarak da yorumlanabilir<sup>27</sup>. Ancak konu ile ilgili bir düzenleme olmadığı için bir arabuluculuk sözleşmesinin varlığına rağmen taraflar mahkemeye başvurursa ne olması gerektiği hususu tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş arabuluculuk sözleşmesine rağmen bir tarafın mahkemeye başvurması halinde, bu tarafın her halükarda arabuluculuk sonrası anlaşmaya uymayacağı dolayısıyla arabuluculuk sözleşmesinin zımni olarak ortadan kalkacağını söylemektedir<sup>28</sup>. Bir başka görüş ise arabuluculuk sözleşmesine rağmen dava yoluna başvurulmasının arabuluculuk sözleşmesinin ortadan kaldırması için bir düzenleme olması gerekmektedir, böyle bir kanunu düzenleme yok ise arabuluculuk sözleşmesine rağmen dava yoluna başvurulması sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilmektedir<sup>29</sup>. İhtiyari arabuluculuk her ne kadar tahkim gibi ilk itiraza konu olmasa da burada akdedilmiş bir sözleşme mevcuttur ve tarafların arabuluculuğa başvurmadan doğrudan dava yoluna gitmesi sözleşmedeki iyi niyeti zedeleyecektir dolayısıyla, geçerli bir

---

<sup>25</sup> Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, Arabuluculuk Çalışma Toplantısı Arabuluculukla İlgili Güncel Sorunlar, Beklentiler ve Öneriler Sonuç Raporu, s.27.

<sup>26</sup> Perçin s. 7.

<sup>27</sup> Özbek, Mustafa, Avrupa Birliği Arabuluculuk Yönergesi Önerisi, Ankara, 2007, s.299.

<sup>28</sup> İldır, s.65.

<sup>29</sup> Özbek, s.616.

arabuluculuk sözleşmesine rağmen dava yoluna gidilmesi halinde, dava yoluna başvuran taraf sözleşmeye aykırı davranmaktadır.

Ülkemizde ve yurt dışındaki bazı kanunlarda arabuluculuk zorunlu olarak düzenlenebilmektedir. Zorunlu arabuluculuk uygulamalarına genel olarak üç şekilde rastlanmaktadır<sup>30</sup>. Bunlar dava şartı olarak arabuluculuk, mahkeme bağlantılı zorunlu arabuluculuk ve yarı mecburi arabuluculuktur. Bu hususlar çalışmamızın ilerleyen kısımlarında detaylı olarak açıklanacak olsa da ülkemizde sıklıkla görülen zorunlu arabuluculuk örneği dava şartı olarak zorunlu arabuluculuktur<sup>31</sup>; yakın zamanda İş Mahkemeleri Kanunu ile yürürlüğe giren iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculukta dava şartı olarak zorunlu arabuluculuğa bir örnektir.

### 1.3. Uzlaştırma

Uzlaştırma taraflar arasındaki müzakerelerin devamı esnasında tarafsız bir üçüncü kişinin müdahalesini ifade eden usuldür. Uzlaştırıcı, tarafların taleplerini ve içinde buldukları durumu değiştirmek, tarafları aydınlatmak ve tarafların birbirlerini anlamalarını sağlamak suretiyle onları bir araya getirmeye ve uzlaştırmaya çalışır. Uzlaştırıcının bu girişimleri, baskı ve zorlama dışındaki değişik usullerle gerçekleştirilir. Uzlaştırma, uzlaştırıcının taraflara çözüm önerilerinde bulunmasını içerebileceği gibi, uzlaştırıcıyı bu yetkiden mahrumda bırakabilir. Ancak uzlaştırmada, tahkimden farklı olarak uzlaştırıcının tarafları bağlayacak bir hüküm vermesi veya taraflara uymak zorunda oldukları bir çözüm şeklini yüklemesi imkansızdır. Tarafları uyuşmazlığın başından itibaren uzlaştırıcı talep etmemeleri halinde, uzlaştırıcı ile bir araya getirmeye zorlamak mümkün değildir. Uzlaşma yönteminin kullanılabilmesi için tarafların uzlaşmayı istemeleri gerekmektedir. Tarafların uzlaşmaya başvurmaları için burada önemli olan, tarafların tarafsız üçüncü kişinin etkin olacağı ve bu yöntemin uyuşmazlıkları üstünde etkili olacağını ikna etmektir<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Özmumcu, Seda, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış, İstanbul, 2016, s. 808.

<sup>31</sup> Arabuluculuk türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kekeç s.235.

<sup>32</sup> Özbek s.872.

Mevcut yasal düzenlemelerde (ülkemiz ve yabancı ülkelerde) uzlaştırma gönüllü ve zorunlu olarak düzenlenmektedir. Zorunlu olan uzlaşma yöntemi arabuluculuk ve tahkimde olduğu gibi mahkemelere başvurulmadan önce uzlaşma yöntemine başvurulmasının zorunlu tutulması olarak yani dava şartı olarak düzenlenmesi en sık görülen düzenlemedir. Bir davanın mahkeme önüne götürülmesi için önceden uzlaştırmaya başvurulması gerekli ise veya tarafların, uzlaştırıcının müdahalesini reddetme hakları yoksa uzlaştırma yolu zorunlu olarak kabul edilir. Taraflardan birinin uzlaştırma yolunu seçmesi ve diğer tarafın buna uymakla yükümlü olması halinde de uzlaştırma zorunludur. Uzlaştırma görüşmelerine katılmak taraflar için zorunlu kılınabilir, ancak bu durum tarafların neticeye de uymak zorunda oldukları anlamına gelmez. Zorunlu uzlaştırmanın farklı bir modeli ise, tarafları uzlaştırmaya başvurularını konusunda zorunlu tutup, uzlaştırıcı olarak atanacak üçüncü kişinin seçimini de taraflara bırakmaktır. Bu sistem genelde devlet kurumları bünyesinde görülmektedir. Zorunlu uzlaştırma, genellikle birbirleriyle müzakereye girmeyi hayal bile edemeyen uyuşmazlık taraflarını ılımlı bir ortamda buluşturmak için kullanılır. İş hukuku ilişkilerinin iyi gelişmediği ve ihtilafı tarafların birbirleriyle müzakere yapmaya alışık olmadığı ülkelerde bu gibi sistemler tercih edilmektedir. Yapıcı müzakerelerde üçüncü kişinin yardımıyla ihtilafı tarafların birbirleriyle müzakere yapmaya alışık olmadığı ülkelerde bu gibi sistemler tercih edilmektedir. Bu müzakerelerde üçüncü kişinin yardımıyla ihtilafı taraflar birbirlerine yaklaşabilirler. Bu sistem, toplu sözleşmelerde tarafların birbirleriyle samimi olmaları halinde, bir süre sonra gönüllü hale dönüşürebilir<sup>33</sup>.

Uzlaştırma ve arabuluculuk kavramlarının aynı yöntemi ifade ettiğini düşünenler doktrinde mevcuttur (Örn: Ziya Akıncı)<sup>34</sup>. Uygulama ve sonuç itibarıyla benzerlik ihtiva etseler de arabuluculukla uzlaştırma müesseslerini birbirinden ayıran tek özellik kanunda yer alan şekil şartları ve arabulucu olarak görev yapmak için arabuluculuk kanununda yer alan hukukçu olma şartının bulunmasıdır<sup>35</sup>. Uzlaştırıcı olmak için ülkemiz düzenlemelerinde konulan şartlar arabuluculuk kadar keskin değildir.

---

<sup>33</sup> Özbek s. 873.

<sup>34</sup> Akıncı s. 36.

<sup>35</sup> Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Md.20.



#### 1.4. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Faydaları

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ilk ve tartışmasız faydası bu yolların masraflardan tasarruf sağlamasıdır. Bu faydası hiç şüphesiz ki çalışmamızın devamında açıklanacak Anayasa ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmekte olan usul ekonomisi ile bağdaşmaktadır.

Bu faydasını kurumsal tahkim olarak ülkemizde faaliyet gösteren TOBB Tahkim Tüzüğü kurallarınca karşılaştırarak ispatlamak mümkündür. TOBB Tahkim Tüzüğü kuralları uyarınca yargılama öncesi başvuru ve cevap dilekçesi ile taraflardan altı bin lira başvuru ücreti alınmaktadır. Yargılamanın niteliğine göre, tarafların talepleri doğrultusunda bilirkişi, keşif vb. iş ve işlemlere gerek olmadığı takdirde, yargılama sonunda yalnızca hakem heyeti ücretine hükmedilmektedir. Bu meblağ ise Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Tahkim Divanı Hakem Ücretleri ve İdarî Gider Esasları üçüncü maddesine göre, uyuşmazlıkta yabancılık unsuru yok ise Milletlerarası Tahkim Ücret Tarifesi Hakkında Tebliğ hükümleri ile Bu Tebliğde yer alan yer alan ücret tablosundaki oranların yarısı olarak uygulanmaktadır. Küçük bir örnek vermek gerekirse; 2017 yılında uyuşmazlık konusu bir milyon Türk Lirası ola bir uyuşmazlıkta tarafların TOBB Tahkimine gitmesi halinde ve uyuşmazlığın üç hakem ile çözülmesi halinde yargılama neticesinde ki tüm masrafların toplamı yirmi üç bin beş yüz Türk Lirası tutmaktadır<sup>36</sup>. Aynı meblağlarda bir davanın asliye ticaret mahkemelerinde görülmesi halinde ise bu miktar, hükmedilecek vekâlet ücreti hariç seksen altı bin lira Türk Lirası civarında seyretmektedir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının usul ekonomisi ilkesi ile bağdaşan diğer bir faydası ise zamandan tasarruf sağlamasıdır. Mevcut hukuk sistemimizde gerek dosya sayısının fazlalığı gerek kötü niyetli tarafın süreci uzatmak için gidilebilecek tüm hukuki yollara başvurması ile yargılama sürelerinin ne kadar uzun sürdüğü bilindik bir gerçektir. Bu duruma karşı Adalet Bakanlığı “Yargı Reformu Stratejisi” paketi ile “Yargıda Zaman Yönetimi Merkezi” ile SATÜRN projesini gerçekleştirmiş, ancak bütün bu çabalara rağmen temyiz edilmiş bir dosyanın kesinleşme süresi en az üç-dört yılı bulmaktadır. Ancak alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile sürecin sona ermesi yargıya kıyasen çok

<sup>36</sup> TOBB Tahkim Hakem Ücretleri ve İdarî Giderler Esası.

daha azdır. Yine verilen örnekten yola çıkarak TOBB Tahkim Tüzüğüne tahkim yargılamasının süresi en çok bir yıl olarak belirlenmiş, bu sürenin istisnai hallerde bir buçuk yıla uzayabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının, uyuşmazlık çözüm ve hakkaniyete ulaşma süresini kısalttığı bir gerçektir. Ayrıca pek tabii alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının müzakereleri adli tatilde de devam edebilir<sup>37</sup>, dolayısıyla yargıda yer alan bir aylık zaman kaybı bu yöntemlerde katiiyen yaşanmamaktadır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının değinilmesi gereken diğer bir yararı ise uyuşmazlıkların uzman kişiler tarafından incelemeye tabii tutulmasıdır<sup>38</sup>. Günümüz yargısında uzmanlığın, yargılamanın süresinin kısaltılması ve kararın hakkaniyet uygun olarak verilmesi için gerekli olduğu kaçınılmaz bir gerçektir. Bu sebeple özel mahkemeler kurulmakta (Örn. Asliye ticaret, fikri mülkiyet vb.) ve uyuşmazlıklarda hakim uyuşmazlığa konu olan mesele hakkında bir uzmanlığa sahip değil ise bilirkişiye başvurmaktadır. Her ne kadar özel mahkemeler kurulsun da bu mahkemelerin ülkenin her bölgesinde olmadığı bir gerçektir. Ayrıca hakimin bilirkişiye başvurusundan dolayı yargılamanın süresinin bir hayli uzadığı da gerçektir. Hal böyle iken devlet buna karşı önlemler almakta ve Bilirkişilik Kanunu'nda yeniliğe giderek 24.11.2016 tarihli Resmi Gazete'de bu müesseseden doğan sorunların bir nebze olsun ortadan kalkması için düzenlenen yeni kanun yayınlanmıştır. Ancak alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında, taraflar uyuşmazlığını çözmek için kendi elleriyle bir uzmana başvurmakta ve çoğu zaman bilirkişi yardımına ihtiyaç kalmamaktadır. Hiç şüphesiz ki bu durum, bu süreçlerden sonra verilen kararlar hakkaniyetli olacak ve gerçeği yansıtacaktır. Ayrıca doğrudan uzman kişiler tarafından bu kararların verilmesi verilen kararların kalitesini artıracaktır<sup>39</sup>.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının bir diğer faydası ise esnek ve ılımlı çözümler sağlamasıdır<sup>40</sup>. Tabii bu faydasını tahkim için tartışmak gerekir, ancak alternatif uyuşmazlık çözüm yolları barışçıl uyuşmazlık çözüm yolları olduğu için ve tahkim hariç sonucu bağlayıcı olmadığı için tarafların uyuşmazlık konusu hakkında pazarlık etmesine

---

<sup>37</sup> Ulusoy, Erol, Finans Hukukunda Tahkim, İstanbul,2009 s.208.

<sup>38</sup> Özbek s. 288.

<sup>39</sup> Ildır, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), İzmir, 2001, s.31.

<sup>40</sup> Özbek s. 289.

yardımcı olmaktadır. Asıl uyuşmazlık sahiplerinin bir araya gelerek, vekilleri ile değil de doğrudan kendi ağızlarından asıl taleplerini ve itirazlarını dile getirmesi zaten hakkaniyetli sonuca erişilmesinde büyük bir rol oynamaktadır<sup>41</sup>. Tahkimde taraflar aralarında oluşan uyuşmazlığa uygulanacak hukuku seçebilirler, bu durumda kendi prensiplerine göre istedikleri şekilde bir karara ulaşabilirler. Aynı şekilde hakem/arabulucu veya uzlaştırma yapacak kişiyi seçmekte yine taraflara ait bir tercihtir<sup>42</sup>. Tarafların hali hazırda müzakere etmeye hazır olduğu, duruşma salonları yerine oturup tartışabildikleri bir alanda olduğu bir ortamda, taraflar haklarına ulaşabilmek için nelerden feragat edebileceklerini veya karşı tarafın taleplerini hangi doğrultuda karşılayabileceklerinin pazarlığını yapabileceklerdir bu hususta her daim daha kolay ve hızlı ulaşılan sonuçlara yol açacaktır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları gizlilik sağlamaktadır. Çalışmamızın devamında anayasal ilkeler ışığında yargılama prensiplerinin ülkemizde nasıl düzenlendiğini ele alacağız. Türk Hukuk Sistemi'nde, yargılama da aleniyet ilkesi esas olsa ve bu ilke adil yargılanma ilkesiyle bağdaştırılsa da alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında gizlilik esastır. Yargılamanın aleni veya gizli olmasının belli bir takım faydaları ve zararları muhakkak mevcuttur ancak genel itibariyle alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına konu olan uyuşmazlıklar tarafların özel hukuk ilişkilerinden ve üzerlerinde tasarruf edebilecekleri hususlardan oluştuğu için gizliliğin esas olması tarafların menfaatlerine olacağı değerlendirilebilir. Aleniyet ilkesi mahkeme yargılamalarında ne yazık ki kötü yönde etki yaratabilip taraflardan birinin ticari sırlarının alenileşmesine veya mahrem olan farklı bilgilerin açığa çıkabilmesine yol açmaktadır<sup>43</sup>. Dolayısıyla hiç şüphesiz ki gizlilik esas olması tarafların uyuşmazlık çözüm süresinde daha rahat hareket etmesini sağlamakta ve sonuca daha kolay ulaşımı sağlamaktadır.

Uyuşmazlık içinde olan taraflar bu yöntemler ile aralarındaki ilişkiyi, uyuşmazlık çözümünden sonraki süreçte rahatlıkla devam ettirebileceklerdir, bu yöntemler kişileri yıpratmamakta esnek ve ılımlı yapıda olmalarından dolayı gelecekte de taraf ilişkilerini korumaktadır<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Özbek s.288.

<sup>42</sup> Ulusoy s.209.

<sup>43</sup> Özbek s. 291.

<sup>44</sup> Tanrıver s.10.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının değineceğimiz son faydası ise, bu süreç sonucunda mahkemeye gidilse dahi mahkemece kısa süre içinde sonuca ulaşmaya yol açmaktadır. Hiç şüphesiz ki bu uyuşmazlık çözüm yolları yargılamaya da bir hazırlık sağlamaktadır. Tarafların bir sonuca varamamaları halinde bile, mahkemelere gidilse dahi en azından taraflar karşı tarafın taleplerini bilerek ve kendi savunmalarını hazır ederek mahkeme sürecine başlamaktadır, bu durum kendilerini yargı mercileri önünde daha rahat ifade etmeyi sağlamaktadır<sup>45</sup>.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının faydaları yukarıda açıklanan ve anlatılanlardan daha kapsamlı ve detaylı olarak anlatılabilir ve değinilmeyen birçok nokta mutlaka vardır ancak genel itibariyle bu yollar tarafların her zaman hakkaniyete daha kolay ve hızlı erişmesini sağlamaktadır. Uzun ve yorucu prosedürler, yoğun adliyeler vb. gibi hususlardan kaçınarak yalnızca kendi uyuşmazlıklarına odaklanmalarını sağlamaktadır. Usul hukukunda yargılamayı hızlandırmak adına düzenlenmiş bir takım ilkelerden kaçınabilmesi tarafların daha rahat hareket etmesine yol açmakta bu durumda gerçeği daha büyük bir kolaylıkla ortaya çıkarmaktadır.

### **1.5. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Olumsuz Değerlendirilebilecek Yönleri**

Yukarıda da belirtildiği üzere bu yöntemler genel olarak ihtiyari ve tarafların iradelerine bağlı yöntemlerdir, dolayısıyla uyuşmazlık taraflarından bir tanesi bu yol ile anlaşma hususunda isteksizse sonuç (tahkim haricinde) beklenildiği gibi olmayabilir. Nitekim arabuluculuk ve uzlaşma da tarafların bu yoldan sonra adli mercilere başvurma hakkı saklıdır. Anlaşmak istemeyen taraf yalnızca süreci uzatmak adına bu yollara başvurmuş olabilir. Bu durum genel itibariyle iletişim bozukluğu yaşayan, yeterince bilinçlenmemiş veya kötü niyetli taraflarda görülebilir. Her halükarda hak sahibi olanın hakkına ulaşmasına gecikmesini sağlamaktadır. Bu gibi hususların yaşanmaması için bu yöntemler hakkında halkın yeterli şekilde bilinçlendirilmesi gerekmektedir<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Özbek s. 304.

<sup>46</sup> Tanrıver s.11.

Bir diğer olumsuz olarak değerlendirilebilecek etkisi ise mali olarak eşit olmayan tarafların bu yöntemleri seçmesi halinde önümüze çıkabilir. Çalışmamızda değerlendirilecek adli yargılanma hakkının içeriğinde yer alan mahkemelere erişim hakkı toplumun her kesimi için öngörülmektedir. Bu sebeple ülkemizde örneğin adli yardım gibi mekanizmalar bulunmaktadır. Ancak alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yeniden genellikle ihtiyari olduğu göz önünde tutulursa mali eşitsizlik yaşayan tarafların masraflar hususunda bazı zorluklar yaşayabileceği aşıkardır. Bu durumda ya mali olarak güçlü olan taraf buradaki masrafları yüklenecek, bu da diğer tarafın bir şekilde ezilmesine yol açacaktır ya da taraflar bu yollara başvuramayacaktır<sup>47</sup>.

Bir başkaca olumsuz husus ise alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının içtihat oluşturmaya engel teşkil etmesidir. Bilindiği üzere mahkeme kararları devlet adına ve kamu yararına verilmektedir. Ayrıca verilen kararlar alenidir. Mahkeme kararlarının aksine alternatif uyuşmazlık çözüm yolları esas olarak gizli birer süreç olduğu ve yayımlanmadığı için yayımlanmaz ve kamu bu anlamda bilgilendirilemez. Bu bilgilendirilmenin yapılmaması içtihat oluşmasına bir engel teşkil etmektedir. Kamu bu anlamda bilinçlendirilemeyecek ve yargıda benzer uyuşmazlıklarda kamusal değerler oluşamayacaktır.

Değerlendirilebilecek bir başka olumsuz etkisi ise sürece dahil olan kişiler bakımındandır. Alternatif uyuşmazlık çözüm sürecini yürütecek arabulucu/uzlaşmacı veya hakemin uzmanlık, eğitim vb. hususlar bakımından yetersiz olması süreci başarısızlığa sürükleyecektir. Bu kişilerin taraflarca iyi seçilmesi gerekmektedir. Neyse ki ülkemizde artık bu yöntemler için görev yapacak kişilere ilişkin bazı standartlar getirilmektedir. Kurumsal tahkimler bakımından, hakem listesinde yer alanların belli niteliklere sahip olması aranmaktadır. Arabuluculuk bakımından ise 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 20 inci maddesinde kimlerin arabulucu olabileceği düzenlenmektedir. Bu maddeye göre; Türk vatandaşı, hukuk fakültesi mezunu, mesleğinde beş yıllık kıdemli olan, arabuluculuk eğitimini tamamlayıp yazılı sınavı başarı ile geçen ve kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla hapis cezasına mahkum olmayan, devletin güvenliğine, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar ve madde devamında belirtilen diğer suçlardan mahkum olmamış, terör ile bağlantısı

---

<sup>47</sup> Tanrıver s. 12.

bulunmayan kişiler, Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığına başvurmaları halinde arabulucu olabilmektedir. Maddede sayılan şartlar nazara alındığında olumsuz olarak ele alabileceğimiz bu durumundan kaynaklanan endişelerin gün geçtikçe azalması gerekmektedir. Zira tahkim ve arabuluculuk yöntemleri bakımından sürece dahil olan üçüncü kişilerin belli başlı kriterlere sahip olması kanunen zorunlu tutulmaktadır. Dolayısıyla süreç profesyoneller tarafından yönetilecek ve hakkaniyete uygun sonuçlara erişilebilecektir.

## BÖLÜM II. YARGIYA İLİŞKİN ANAYASAL HAK VE HÜRRİYETLER

### 2.1. Adil Yargılanma Hakkı

Adil Yargılama ya da diğer bir ifade ile dürüst yargılanma hakkı aslen Anglo-sakson hukuk sistemi içinde baş göstermiş ve burada gelişime başlamış bir müessesedir. Öncelikle Amerikan Hukuk sisteminde varlığını göstermiş, Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde tarihsel olarak daha sonraları görülmeye başlamıştır. Bu hak gerçek bir hukuksal korumayı amaçlayan bir araç olarak hukuk sistemlerinde görülmektedir<sup>48</sup>.

Bu hak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin kanunlaşması sonucu Anayasa'mıza girmiştir. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu düzenlenmektedir. Maddede geçen "adil yargılanma" ifadesi, 3/10/2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun ile Anayasa'ya eklenmiştir. Anayasa'da adil yargılanma hakkının kapsamı düzenlenmediğinden bu hakkın kapsam ve içeriğinin, Sözleşme'nin "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6ncı maddesi çerçevesinde belirlenmesi gerekir. Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6ncı maddesinde adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin "medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzlukların" ve bir "suç isnadının" esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu belirtilmiş, hakkın kapsamı bu konularla sınırlandırılmıştır. Bu ifadeden, hak arama hürriyetinin ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilmek için, başvurusunun ya medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir uyumsuzluğun tarafı olması ya da başvurucuya yönelik bir suç isnadı hakkında karar verilmiş olması gerektiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bahsedilen hâller dışında kalan adil yargılanma hakkının ihlali iddiasına dayanan başvurular Anayasa ve Sözleşme kapsamı dışında kalacağından, bireysel başvuruya konu olamaz. Ayrıca belirtmek gerekir ki bu hakka Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin herkesin anayasa veya yasa ile tanınmış haklarına yapılan ihlallere karşı etkin başvuru olduğunu düzenleyen 8 inci, kimsenin keyfi tutuklanamayacağını düzenleyen 9 uncu ve herkesin hakkını bağımsız ve tarafsız bir

---

<sup>48</sup> Tanrıver, Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, Ankara, 2011, s.211.

mahkemece hakkaniyetli bir biçimde görülmesini isteyebileceğini düzenleyen 10 uncu maddeleri arasında da yer verilmiştir.

Adil yargılanma hakkının geniş kapsamda nasıl değerlendirilebileceği ve içeriğinin nasıl oluştuğuna ilişkin açıklamalar ışığında bu hakkın ne olduğuna dair fikirlerin biraz daha özetlenmesi gerekir ise aslında bu hakkın üç temel fonksiyonu ihtiva ettiğini söyleyebiliriz. Adil yargılanma hakkı, devletin yargı fonksiyonunun sınırlandırılması ve bu sınırlandırmanın doğru ve adil bir biçimde yapılmasını amaçlamaktadır. Bu hak yargılama esnasında bulunanların yargıya yön verme ve sonuca etkisi olabilmesini sağlamaktadır. Son olarak ise, bu hak yargılamanın tüm temel hak ve özgürlükler çerçevesinde, insan haklarının ihlal edilmeden yapılmasını sağlamaktadır<sup>49</sup>. Adil yargılanma hakkı kamusal gücün, buna sahip olan organ tarafından bizzat sınırlandırılmasıdır<sup>50</sup>. Yani bu hakkın temel amacı doğru, dürüst, insanlık hak ve onuruna yakışır bir biçimde yargılamada bulunmasını sağlamaktadır. Bu husus, adil yargılanmanın aslında yargı esnasında usuli bir güvence olduğu gerçeğini bizlere sunmaktadır. Temel haktan kasıt bu hakkın belli bir kesime, ırka veya benzeri bir ayrımcılık gözetilmeksizin yalnızca insan olduğu için tanınmış olmasından kaynaklanmaktadır. 1924 Anayasa'sında yalnızca "Türk" ile başlayan ifadeler 1961 Anayasa'sında genişletilerek "Herkes" olarak değiştirilmiştir. Yani adil yargılanma hakkı dahil tüm temel hak ve özgürlükler ayırım gözetmeksizin herkese tanınmaktadır. Bu hakların sınırlandırılması Anayasa'da çok istisnai hallerde düzenlenmektedir. Bu istisnai haller Anayasanın 15 inci maddesinde düzenlenmekte olup, bunlar; "*Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerdir*". Anılan maddede bu gibi istisnai hallerde bile yapılan kısıtlamada bu hakların "özlerine" dokunulmaması gerektiğini Anayasa'da özellikle düzenlenmektedir.

Bu kapsamda birçok hukukçu adil yargılama hakkının içeriğini oluşturan diğer hakları belli bir kategoriye sokmaktadır. Tanrıver'e göre bu kriterler şunlardır: "*Kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılama, makul süre içinde yargılanma, aleni olarak yargılanma, hakkaniyete uygun olarak yargılanma*". Adil yargılanma ilkesinin içeriğini esasen doğru ve tarafsız yargılama ve hakkaniyete erişim olarak doldurmak uygun olacağı değerlendirilmektedir ancak hiç şüphesiz ki bu tanım zaten genel itibarıyla tüm

---

<sup>49</sup> Tanrıver, s.212.

<sup>50</sup> Pekcanitez s.845.



yargı mercilerinin asli amacıdır.

Adil yargılanma hakkını aynı zamanda hak arama özgürlüğü olarak da tanımlayabiliriz. Adil yargılanma hakkı, sosyal devletin gerekliliklerinden bir tanesidir. Devlet belli başlı kurallar koymak suretiyle adil ve yaşanabilir bir ülke oluşturmaktadır. Adil yargılanma devletin garantisi altında gerçekleşmektedir. Yani devlet etkili veya etkin bir hukuki koruma gerçekleştirmelidir. Düzenlemelerini buna göre gerçekleştirmeli, adil yargılanmanın önündeki engeller ortadan kalkmalı, yargılama bu esaslar üzerinden tecelli etmelidir<sup>51</sup>. Bundan şu husus anlaşılmaktadır; sosyal devletin asli görevi vatandaşlarına hukuki koruma sağlamaktır, bu korumayı sağlarken yargılanma esnasında adil yargılanmanın yerine getirilmesi hukuki korumanın alt kümesi olarak var olmaktadır.

Adil yargılanma ile ilgili değerlendirilebilecek başkaca bir husus ise adalete erişim hususudur. Adalete erişim ile ilgili ne anlaşılması gerektiğini Pekcanitez şu şekilde açıklamaktadır: *“Adalete erişimle hak arama konusundaki tüm yolların açık ve kullanılabilir olması anlaşılmalıdır. Hak arama özgürlüğü ve talebi hukuk devletinin bir gereğidir. Ancak hukuk devleti kavramı, bu konuda tek başına düşünülmemeli, demokratik ve sosyal bir hukuk devletinin gerekleri de hak arama da yerine getirilmelidir. Bun göre, herkesin somut olarak adalete ve adalet mekanizmasına gerçek anlamda ulaşabilme, bu konudaki haklarını etkin şekilde kullanabilme şansına ve imkanına sahip olması gerekli ve zorunludur.”*<sup>52</sup>. Dolayısıyla adil yargılanmanın bir parçası olarak taraflar bazı ilkeler ışığında, talep ettikleri hakları için erişilebilir her tür mekanizmayı kullanarak adalete başvuru gerçekleştirebilmelidir. Devlet bu konuda gerekli düzenlemeleri yapmalıdır. Sosyal ve ekonomik yönden güçsüz kişilerin hak aramalarına ilişkin engelleri ortadan kaldırmaya yönelik düzenlemeler yapılmalıdır. Maddi hususlarda adil yardım merci vb. bu konuda yardımcı olan mekanizmalardır. Ayrıca bu tip düzenlemelerin nasıl olmasına ilişkin Pekcanitez bazı hususlar belirlemiştir. Bunlar şu şekildedir:

- *“Adalete erişim çerçevesinde, uyuşmazlıklar mümkün olduğunca büyümeden ve dava konusu yapılmadan çözülecek tedbirler alınmalıdır.*
- *Adalet mekanizması, belirgin ve ihtiyaçlara cevap verebilir olmalıdır.*

---

<sup>51</sup> Pekcanitez, s.15.

<sup>52</sup> Pekcanitez, s.21.

- *Adalet mekanizması, usul ekonomisinin de gereği olarak, ucuz ve süratli işlemelidir. Bunun sonucu olarak da etkin, çabuk ve mali yönden en az giderle çalışan bir yapı kurulmalıdır.*
- *Adalet mekanizmasını sosyal ve mali yönden zayıf kişiler de rahatlıkla kullanabilmelidir.*
- *Adalet mekanizması içinde yer alan kişilerin (örneğin, hakim, savcı, avukat, noter arabulucu vs.) de bu görevi yerine getirecek kişisel, mesleki donanıma sahip olmaları sağlanmalı; bu kişiler gerekli eğitimlerden geçirilmelidir.*
- *Adalet mekanizmasının tıkandığı noktaların tespiti ve bu çerçevede düzeltilmesi için gerekli sistem de oluşturulmalıdır.*
- *Yargılama usulleri adil yargılamayı gerçekleştirecek nitelikte olmalı, adil bir kararın ortaya çıkmasına hizmet etmelidir.”<sup>53</sup>.*

Yukarıda sayılan başlıklar aslında adalete erişim ve bu erişimin sağlanması halinde adil yargılanmanın yerine getirilmesi için önemli başlıklardır. Adil yargılanmanın asli kaynağını oluşturan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Beyannamesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan insan hakları kavramı, tüm unsurlarıyla birlikte insana insan onuruna yakışır bir yaşam sürdürmeyi hedeflemektedir. Dolayısıyla adil yargılanma ve hak arama özgürlüğü de yalnızca vatandaşlara değil, tüm insanlara tanınmış haklardır ve bu hakların işlerlik kazanması için yukarıda yazılı olan iş ve işlemlerin yerine getirilmesi gerekmektedir.

Dolayısıyla adil yargılanma hakkını tanımlarken, bu hakkı hem tamamlayan hem de içeriğini dolduran ilkeleri; bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma ilkesi, usul ekonomisi ilkesi, hukuki dinlenilme ilkesi olarak sıralayabiliriz. Bu ilkeler hem adli yargılanma ilkesinin içeriğini oluşturmakta, hem yargılama bu ilkeler olmadan düşünülememektedir. Adil yargılanma hakkının içeriğini dolduran bu ilkelerin bazıları Türk Hukuku doktrinde “Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler” olarak incelenmektedir. Bu ilkeler yargıya ve yargısal temel haklara ilişkin prensipleri düzenlemektedir. Bu ilkelerin bazıları doğrudan Anayasa’da bir kısmı ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenmektedir<sup>54</sup>. Bu ilkelerin bir kısmı demokratik bir

<sup>53</sup> Pekcanitez s.22 .

<sup>54</sup> Pekcanitez, s.781; Özbek s. 54.

hukuk devletinin, insan haklarına saygılı bir sosyal devletin bulundurması gereken ilkelerdir. Bazıları ise yargısal anlamda tercih edilebilirliğe göre belirlenmiştir. Yargısal anlamda tercih edilebilirlik, yargılama usullerini işaret etmektedir. Çalışmamızda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının etkili olduğu hukuk davalarını etkileyen hususlara eğildiğimizden dolayı genel itibariyle medeni usul hukukundan açıklamalar gerçekleştirilmektedir. İdari yargı ve ceza yargısı usullerine ve bu usullerde yapılan yargılamalara esas olan ilkelere bu çalışmada pek değinilmemektedir. Bu ilkeler devletin hukuk sistemi, hukuk yapısının da temel taşlarını oluşturmakta ve ona yön vermektedir. Düzenleyici güce sahip erk her hususta yapılacak düzenlemeyi bu ilkelere bağdaşır şekilde yapmak zorundadır. Aksi halde bu durum kanunların iptal edilebilirliğini artıracaktır.

Çalışmamızda asli olan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi olduğu için bu kapsamda adil yargılanma altında sayılabilecek ilkeler incelenecektir ancak pek tabii hukuk uyuşmazlıkları bakımından yukarıda sayılan tüm ilkelerin önemi yüksektir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurunun temel şartının tarafların üzerlerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar bakımından uygun olduğu daha önce belirtilmiştir. Bu kapsamda tasarruf ilkesi çok detaylı anlatılmayacak olsa da, tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri hak bakımından büyük bir önem teşkil etmektedir. Zira medeni usul hukukunda kamu davası olmaz. Davalar kendiliğinden açılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 62 inci maddesinde “Tasarruf ilkesi” başlığı düzenlemektedir. Bu maddeye göre hiçbir hakim kendiliğinden bir davayı inceleyemez ya da karara bağlayamaz, hak sahibi istemedikçe dava açmaya, hakkını talep etmeye zorlanamaz ve bu yetkisi dava açılrsa bile devam eder. Taraflar tasarruf ilkesi sonucunda uyuşmazlıklarını adli mercilerde mi yoksa alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla mı çözüme kavuşturup kavuşturmayacaklarına karar verebilirler. Bu ilke aslen yargılamanın her anında etkisi olan bir ilkedir, zira ilk derece mahkemesinin kararına karşı re ‘sen itiraz edilemez yine menfaati olan taraf bunu itiraza kendi konu edecektir. Kanun yolları bakımından tasarruf ilkesinin tek istinasını kanun yararına temyiz müessesesi oluşturmaktadır<sup>55</sup>. Tasarruf ilkesinin yansımalarını başkaca birçok medeni hukuk müessesesinde görmekteyiz. Örneğin davanın miktarını yani müddeabihini davacı taraf belirlemektedir. Bu belirlenebilir olmadığı durumlarda hak kaybı yaşanmaması adına belirsiz alacak davası veya bir kısmı için açılabilmesine yönelik kısmi dava müesseseleri

---

<sup>55</sup> Pekcanitez, s.785.

tasarruf ilkesinin bir yansıması olarak hukukumuzda düzenlenmektedir.

Çalışmamızda detaylıca değinilmeyecek olan bir diğer ilke ise taraflarca getirilme ilkesidir. Bilindiği üzere hukuk uyuşmazlıklarında re ' sen araştırma ilkesi hakim değildir, yani hakim tarafların getirdiği belgeler üzerinden kararını vermektedir. Hukuk Muhakeme Kanununun 25 inci maddesinde düzenlenen bu ilkeye göre hakim taraflardan birinin mahkemeye sunmadığı delil veya beyan dışında kendiliğinden bazı hususları dikkate almaz. Yine aynı hükme göre kanunla belirtilmeyen haller dışında re ' sen inceleme yetkisi bulunmamaktadır. Mahkeme davacının belli bir miktarla yaptığı başvuru üzerinden davacı ve davalı tarafın sunduğu delil ve talepler üzerinden hükme erişecektir. Burada hakimlere verilen yetki, kendilerine sunulan hususlar üzerinden hangi hukuk kuralının uygulanacağını bulmaktır<sup>56</sup>. Taraflar iddialarında yanlış yönlendirme yapmış olsa bile hakim doğru kurallara göre yargılamasını gerçekleştirmektedir. Ceza ve idari yargılama usulünde kendiliğinden araştırma ilkesi hakim olsa da hukuk yargılamasında tarafların iddia ve savunmaları üzerinden karar vermek hakimın görevidir. Neticede hukuk uyuşmazlıkları tarafların üzerlerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri haklar bakımından uygulanmaktadır. Bu ilkenin uygulanışı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri bakımından biraz esnetilmektedir. Tahkim hususunda bir esneklik sağlanmasa da arabuluculuk müessesinde arabulucu bazı konuları kendi sorgulayabilmekte ve tarafları kendi yönlendirebilmektedir. Bu yönlendirme ve talep ettiği bilgiler bağlayıcı olmasa da asli amaç tarafların uyuşmazlıklarının sonlandırılmasıdır. Bu ilkenin sonuçları bakımından hakimın reddi sebebini oluşturabilir, yukarıda daha önce açıklandığı üzere tahkim bakımından da aynı husus hakemin reddini teşkil etmektedir.

## 2.2. Adil Yargılanmaya Esas Olan İlke ve Düzenlemeler

Teorik olarak irdelemeksizin hak; temel olarak adaleti sağlayan, insanların davranışlarından doğan ve toplum olarak yaşama yardımcı olan kavramdır<sup>57</sup>. Anayasal hak ve hürriyetler toplumsal gelişmesinin bir sonucu olarak modern dünyada birey olarak toplumda yaşamın sürdürülebilmesi için düzenlenmiş ve üzerinde tasarruf yetkisi bulunmayan haklardır.

---

<sup>56</sup> Pekcanitez s.795.

<sup>57</sup> Karatepe, Şükrü, Anayasa Hukuku, Ankara, 2013, s. 312.

Bu hakların varlığı, sosyal devletin varlığı ile mümkün olmaktadır. Sosyal devlet sosyal barış ve adaleti sağlama gayesi güderek sosyal hayata müdahale eden ve kanuni yapısını bu şekilde yönlendiren bir devlet yapısı olarak tanımlanabilir<sup>58</sup>. Sosyal bir devletin asli görevlerinden biri sosyal barışın ve huzurun sağlanmasıdır. Anayasamızın 2 inci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti: “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.” şeklinde tanımlanmaktadır. 5 inci maddesinde ise devletin temel amaç ve görevleri düzenlenmektedir: “*Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.*”. Anayasanın temelini oluşturan bu iki madde ile açıkça anlaşılmaktadır ki sosyal devletin temel görevlerinden biri, o devlette toplumsal huzuru sağlamaktır, bu durum birçok kamusal faaliyet ile sağlanmaktadır, şüphesiz ki yargılama ve adalet hizmetidir<sup>59</sup>. Yukarıda belirtildiği üzere dünya üzerinde yalnızca iki insanın dahi yaşamı sürse bile hukuk kuralları gerekli olacaktır. İnsanın varlığının sürdüğü bir ortamda uyuşmazlığın çıkması kaçınılmazdır. Sosyal devletin en önemli görevlerinden biri ise ortaya çıkan bu uyuşmazlıkları adaletli bir biçimde çözüme kavuşturmaktır. Sosyal devletin bir kolu olarak değerlendirebileceğimiz hukuk devleti aslında bu noktada doğmaktadır. Hukuk devleti vatandaşların doğrudan bir hak elde etmesini sağlamaz, ya da daha doğru tabir etmek gerekirse, çalışmamızın başında tanımlamaya çalıştığımız uyuşmazlığa düşülmesi halinde hem hak talep eden, hem bu hakkın talep edildiği kişilere eşit olarak bir koruma sağlar<sup>60</sup>.

Çalışmamızda geldiğimiz noktada, modern sosyal devlet anlayışı çerçevesinde adalete erişimin ne şekilde olması gerektiğinin incelenmesi gerekmektedir. Adalete erişim; hak arama hürriyetinin varlığını ifade etmektedir. Aynı zamanda bir konuda hak iddia eden

<sup>58</sup> Özbudun, Ergun, Anayasa Hukuku, Ankara, 2014, s. 44.

<sup>59</sup> Özbek, Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hakim Olan İlkeler Işığında Arbuluculuk, Ankara, 2012, s.111.

<sup>60</sup> Pekcanitez, s.68.

bir vatandaşın bu hakkına erişebilmek için başvuru mercilerine ulaşımını ifade etmektedir. Bu başvuruyu gerçekleştirebilmesi neticesinde ise adil yargılanma hakkına sahip olması gerekmektedir. Adil yargılanma hakkı ise, yargılama süresince hukuki dinlenilme hakkı, bu yargılamanın kanunlar önünde eşit bir biçimde yapılmasını, uygun bir zamanda yargılamanın sona ermesini ve bu sürecin adalete erişimi engellemeyecek düzeyde, ekonomik etkilerinin azaltılması, kanuna uygun olarak yargılanması, bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde yargılanması olarak ele alabiliriz<sup>61</sup>. Pek tabi bu çalışma kapsamında genişçe değerlendirilmeyecek olsa da yargılama ve hak aramaya dair tüm anayasal hakların yine insan onuru, yaşam hakkı ve kişiliğin korunması şemsiyesi altında düşünülmesi gerekmektedir. Tüm bu temel hak ve özgürlüklerin hem hak talep eden, hem talep edilenin insan onuruna, yaşam hakkına ve kişiliğine zarar vermeden sağlanması gerekmektedir<sup>62</sup>.

Geniş bir pencereden bakılması gerektiğinde medeni yargılama bakımından yargılamaya esas olan ilkeler bir hayli geniştir. Bunlar; tasarruf ilkesi, taraflarca getirilme ilkesi, yargılamanın hakim tarafından yürütülme ilkesi, yazılılık ilkesi, aleniyet ilkesi, usul ekonomisi ilkesi, doğrudanlık ilkesi, iddia ve savunmanın teksifi ilkesi, hukuki dinlenilme hakkına riayet ilkesi, adil yargılanma hakkına riayet ilkesi, hakimin davayı aydınlatma yükümlülüğü, dürüstlük kuralına uyma ilkesidir.

### 2.2.1. Tasarruf İlkesi

Türk hukukunda medeni yargılamada ilk olarak tasarruf ilkesini ele almak gerekir, bu ilkeye göre bir dava açılacağı zaman yani yargılama prosedürü başlatılacağı zaman hak sahibi olduğunu düşünen taraf bu başvuruyu gerçekleştirecektir, hak sahibi kendi isteği ile hakkını talep edebilecektir<sup>63</sup>. Bu ilkeyi özel hukukta geçerli olan irade serbestisinin yansıması olarak görebiliriz<sup>64</sup>.

Türk hukukunda kamu düzenini ilgilendiren bir dava söz konusu değil ise taraflarca getirme ilkesi hakimdir, yani uyuşmazlık sonucu kamu düzenini ilgilendirmiyorsa hakim re'sen araştırma yapmak zorunda değildir, kararını tarafların dosyaya sunduğu delil ve

---

<sup>61</sup> Budak, Ali Cem; Karaaslan, Varol, Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2013, s. 62

<sup>62</sup> Pekcanitez s.75.

<sup>63</sup> Ulukapı, Ömer, Medeni Usul Hukuku, Konya, 2014, s.113.

<sup>64</sup> Budak, s.71.

beyanlar veya talep ettikleri bilirkişi incelemesi, keşif vb. üzerinden verecektir<sup>65</sup>. Hakim bir davayı kendiliğinden açamaz ancak kamu düzenini ilgilendiren bazı istisnai durumlarda tarafın talebi olmadan dava veyahut çekişmesiz yargı işleri görülebilecektir<sup>66</sup>.

Açılacak bir davada yapılacak tebligat, duruşma günü verilmesi vb. hususlar bizim medeni usul hukukumuz bakımından hakim tarafından yürütülmektedir, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında her ne kadar taraflar dilediği yer ve zamanda duruşma yapabilse de, tebligatları istedikleri yollar ile yapabilse de bu durum mahkemeler için bu şekilde değildir; duruşmalar Adalet Bakanlığının gözetiminde kurulmuş bulunan mahkemelerde yer alan duruşma salonlarında gerçekleştirilmekte; tebligatlar, tebligat kanunu uyarınca yapılmaktadır. Duruşma vb. diğer hususlar ise uyuşmazlığın niteliğine göre kanunda düzenlenen şekilde gerçekleştirilmektedir.

Yargılamada esas olan ve dikkate alınacak hususlar yazılılık ilkesine tabidir. Bu bir usuli işlem şeklidir<sup>67</sup>. Her ne kadar duruşmalar sözlü gerçekleştirilse de, tanıklar sözlü dinlense de yargılamada nazara alınması bakımından bu hususların tensip tutanağına geçirilmesi büyük önem arz etmektedir.

### 2.2.2. Aleniyet İlkesi

Türk Hukukuna göre hukuk uyuşmazlıklarında yargılama kural olarak alenidir, bu aleniyet ilkesini oluşturur. Kamu düzeninin gerektirdiği bazı hallerde tarafların talebi üzerine ya da re'sen, hakim yargılamanın gizli yapılmasına karar verebilmektedir<sup>68</sup>. Bu alenilik isteyen herkesin, yargılamanın gerçekleştirildiği, duruşmaların yapıldığı vb. yere gidip bizzat izleyebilmesi ve kararları inceleme olanağı olması anlamına gelmektedir<sup>69</sup>. Pek tabii bu ilke yargılamanın gerçekleştirilmesine engel teşkil etmemelidir<sup>70</sup>. Yani aleniyet ilkesi bir nev'i yargının denetimini sağlamaktadır ancak bu aleniyetin kamu yararına aykırı olmamasına özen gösterilmelidir. Yargının asli görevinin kamu yararını ve toplum düzenini sağlamak olduğu unutulmamalıdır.

---

<sup>65</sup> Ulukapı, s.114.

<sup>66</sup> Budak, s.71. Ayrıntılı bilgi için bkz. HMK 382. Md. Vd.

<sup>67</sup> Pekcanotez, s.338.

<sup>68</sup> Ulukapı, s.119.

<sup>69</sup> Budak, s.67.

<sup>70</sup> Pekcanitez, s.335.

### 2.2.3. Usul Ekonomisi İlkesi

Yukarıda açıklanmış, aşağıda ilgili mevzuata da değinilerek açıklanacak diğer bir ilke ise adil yargılanma hakkının temellerinden birini oluşturan usul ekonomisi ilkesidir. Bu ilke yargılamanın hızlı, ucuz ve en kolay şekilde yapılmasının gerektiğini düzenlemektedir<sup>71</sup>. AİHS 6 ve Anayasamızın 141 inci maddesinde bu ilke düzenlenmektedir.

### 2.2.4. Doğrudanlık İlkesi

Doğrudanlık ilkesi hakimin açılmış davaya ilişkin kararı bizzat vermesidir, burada hakimin mesleki sorumluluğu esastır. Yargılamada kimi zaman bilirkişi, keşif gibi araçlara başvurulsa da karar mercii hakimdir. Yani doğrudanlık ilkesi esas olarak tüm dava sürecinin aynı hakim tarafından yürütülmesi anlamına gelmektedir<sup>72</sup>.

### 2.2.5. İddia ve Savunmanın Teksifi İlkesi

İddia ve savunmanın teksifi, tarafların iddialarına ilişkin hususları yargılamanın belli bir zamanına kadar sürebilecekleri ilkesidir. Bu Türk Medeni Usul Hukuku'nda layihalar aşamasının sonuna kadardır. Bu aşamadan sonra ortaya çıkmış yeni bir delil veya vakıa bulunmaması halinde taraflar talep ettikleri veya ileri sürdükleri vakıa ve delillerden başkaca bir husus sunamazlar, bu durumun tek istinası ıslah müessesesidir. Bu ilke usul ekonomisi ilkesinin bir yansıması olarak değerlendirilebilir<sup>73</sup>. Bu husus Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 141 inci maddesinde "İddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi" başlığı altında düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre; uyuşmazlık tarafları cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe; ön inceleme aşamasında ise yalnızca karşı tarafın muvafakati ile iddia ve savunmalarını genişletebilir veya değiştirilebilir. Taraflar biri ön inceleme aşamasına mazeretsiz gelmez ise diğer taraf yine iddia ve savunmasını genişletip değiştirebilir. Ancak ön inceleme aşamasından sonra taraflardan hiç biri iddia ve savunmasını değiştiremez veya genişletemez. Bu ana kuralın tek istinası ıslah ve karşı tarafın muvafakatidir.

---

<sup>71</sup> Ulukapı, s.121.

<sup>72</sup> Budak, s.68.

<sup>73</sup> Ulukapı, s.122.



Bu ilke hak arama ve hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil etmemekte olan ve usul hukuku ile doğrudan ilgisi olan bir ilkedir zira bu ilkenin varlığı yalnızca şeklidir ve hakların özüne dokunmaksızın bu hakkı doğru zamanda, karşı tarafın hakkını ihlal etmeksizin kullanması gerektiğini düzenlemektedir<sup>74</sup>.

### **2.2.6. Hukuki Dinlenilme Hakkı**

Değindiğimiz bir diğer ilke hukuki dinlenilme hakkı olup, bu ilke çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde daha detaylı bir biçimde ele alınacaktır. Hukuki dinlenilme hakkı adil yargılama, usul ekonomisi ilkeleriyle birlikte yargılamanın esas kaynağını oluşturmaktadır<sup>75</sup>. Türk usul hukuku bakımından bu ilkelerin bertaraf edildiği düşünülemez. Bu hak tarafların yargılama ile ilgili bilgi sahibi olmalarını, yargılama ile ilgili açıklama ve ispat hakkını kullanabilmelerini ve tarafların sunduğu delillerin dikkate alınarak yargılanmalarını gerektirmektedir<sup>76</sup>.

Yukarıda değinilen tüm ilkelerin aslında adil yargılanma hakkı kapsamında ele alınması gerektiği şüphesiz bir gerçektir. Bu hak medeni usul hukukunda hem davacı hem davalı tarafa tanınmış, yargılamanın tüm aşamalarını kapsayan bir müessese olarak nitelendirilebilir<sup>77</sup>. Bu ilkenin hukuk devletinin temel taşlarından biri olduğunu tekrar etmek gerekir. Bu ilke hukuk devletinin hem zorunlu bir sonucu hem de gereği olduğu değerlendirilmektedir.

### **2.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Yer Alan Düzenlemeler**

Bu kapsamda yargılamaya ilişkin temel hak ve hürriyetlerin asli kaynağı olan önemli iki metin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'dır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesi adil yargılama hakkını

---

<sup>74</sup> Pekcanitez, s.306.

<sup>75</sup> Ulukapı, s.123.

<sup>76</sup> Pekcanitez, s.325.

<sup>77</sup> Ulukapı, s.125. Özbek, s.127.

düzenlemektedir: “1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak. “ Madde metninden anlaşılacağı üzere, bu madde adil yargılanma hakkının temel prensiplerini ele almaktadır. Buna göre herkesin meşru mahkemeler kanalı ile yargıya erişmesini, yargıya erişimin eşit olması gerektiği, masumiyet karinesinin kabul edilmesi gerektiği gibi hususlar düzenlenmektedir. Adil yargılanma hakkının incelenmesi ve irdelenmesinde bu maddenin ele alınması gerekmektedir.

Türk Hukukunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ıncı maddesinin yansıması Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğunu düzenleyen 36 ıncı; devletin işlemlerinde ve kanun yollarına başvuru süresinin

belirtilmesinin zorunlu olduğunu düzenleyen 40 ıncı, her türlü eylem ve işleme karşı yargı yolunun açık olduğunu düzenleyen 125 inci, yasama, yürütme ve idarenin organlarının yargı kararlarına uymak zorunda olduğunu düzenleyen 138 inci, adli yargının son inceleme yerinin Yargıtay olduğunu düzenleyen ve adli yargı kararlarının itiraza tabi olduğunu gösterir 154 üncü, idari yargı kararlarının itiraza tabi olduğunu ve bunlara Danıştay'ın bakacağını düzenleyen 155 inci ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan haklarının herhangi birini ihlal edildiğini düşünenlerin başvurabileceği Anayasa Mahkemesini düzenleyen 148 inci maddelerinde düzenlenmektedir. Açıklandığı üzere bu maddelerde de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ıncı maddesinin yansımaları olarak herkesin mahkemelere başvurabileceği, bu başvurunun ulaşılabilir olması gerektiği, devletin mahkemeye başvurma ile ilgili süreleri belirtmesi gerektiği, idarenin işlemlerine karşı başvurunun açık olduğu, mahkeme kararlarına uyulmasının her mercii bakımından zorunlu olduğu ve mahkeme kararlarına karşı itiraz yolunun olması gerektiği düzenlenmektedir.

### **3. ADİL YARGILANMA HAKKI BAKIMINDAN BAĞIMSIZ VE TARAFSIZ BİR MAHKEMEDE YARGILANMA**

Bu ilkenin anlatılması esnasında ilk olarak mahkemenin ne olduğuna dair bir tanım yapmak gerekir. Mahkemenin, devleti oluşturan erklerden biri olan yargının, kendine tanınan ve kendince düzenlenen kanunları ile oluşturduğu, tarafsız ve bağımsız olarak hak sahibi olduğunu iddia eden gerçek veya tüzel kişilerin başvurabileceği makamlar olarak değerlendirilmesi mümkündür. Bu tanımdan bağımsız olarak, mahkemeleri belli hukuk kuralları uyarınca karar veren ve bu kararı gerekirse cebr-i icra yolu ile icra edebilen merciiler olarak değerlendirmek mümkündür<sup>78</sup>. Anayasa'nın 142'inci maddesi mahkemelerin kuruluş ve esaslarını düzenlemektedir. 142 inci madde doğrudan mahkemelerin kuruluş, görev, yetki ve işleyişlerinin kanunla düzenlenebileceğini düzenlemektedir. Bu maddeye göre mahkemeler kanuni olmalıdır ve yalnızca mahkemelerin kararları mahkeme hükmü verebilecektir, diğer makamların verdiği kararlar böyle değerlendirilmemekte ve Anayasanın bu maddesine göre kurulmamış mahkemelerin verdikleri kararlar yok hükmündedir<sup>79</sup>. Bu hükme göre hukuk yargısı anlamında tüm

---

<sup>78</sup> Tanrıver, s.214.

<sup>79</sup> Pekcanitez, s.318.

mahkemelerin bu nitelikleri taşınması gerektiği söylenebilir<sup>80</sup> ancak bu durum bizim açımızdan tartışılacaktır.

Kanunilik ilkesi dışında mahkemelerin ihtiva etmesi gereken diğer bir özellik ise bağımsızlıktır. Hiç şüphesiz ki asli hak ve gerçek ancak bağımsız yargı mercileri tarafından ortaya konulabilecektir. Burada mahkemelerin bağımsızlığı ele alınırken, mahkemelerde karar veren hakimlerin bağımsız olması gerektiği yorumlanmalıdır<sup>81</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre bağımsızlık, yargılama faaliyeti esnasında yürütme ve yasama erklerinden bir emir veya talimat almadan, tarafların baskısı altında kalmadan görevlerini ifa etmeyi ifade etmektedir<sup>82</sup>. Bağımsızlığın tamamlayıcısı tarafsızlıktır, hukukun gerçekten uygulanabilir olması için bu tarafsızlığın sağlanması gerekmektedir<sup>83</sup>. Bu hususun Anayasamızda düzenlenme maddesi olan 138 inci maddeyi, adil yargılanma başlığı altında belirtmiştik. Bu madde ve bağımsızlığın sonucu, mahkemelerin verdiği kararların yasama ve yürütme mercileri de dahil devlet içinde bulunan herkesin uyma zorunluluğu olarak görmekteyiz<sup>84</sup>. Hiç şüphesiz bu bağımsızlığın teminatını Anayasa'nın; hakim ve savcılarının azlolamayacağı, kendileri istemeden Anayasada gösterilen yaştan önce emekli olamayacakları, hiçbir şekilde aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamayacaklarını düzenleyen "Hakimlik ve Savcılık Teminatı" başlıklı 139 uncu maddesi sağlamaktadır. Bu madde hakim ve savcılarının istisnai haller dışında azil olamayacağını, kendi istekleri olmadan yaşlarından önce emekli olamayacaklarını ve kadro dışı kalmaları halinde bile parasal ödemelerinden asla mahrum bırakılmayacaklarını düzenlemektedir. Söz konusu düzenleme ile yargı mercilerinin her türlü etkiden uzaklaştırılması ve kararlarını bağımsız bir biçimde vermeleri Anayasa ile teminat altına alınmaktadır<sup>85</sup>. Bu teminatı gerçekleştirmede ki görevli organ Hakimler ve Savcılar Yüksek Üst Kuruludur<sup>86</sup>. Bu düzenleme ve teminat hakimin herhangi bir dış etkiye maruz kalmaksızın kararını verebilmesine yardımcı olacaktır, zira Anayasanın 138 inci maddesi

---

<sup>80</sup> Tanrıver, s.214.

<sup>81</sup> Pekcanitez, s.319; Inceoğlu s. 157.

<sup>82</sup> Tanrıver, s.214.

<sup>83</sup> Pekcanitez, s.319.

<sup>84</sup> Tanrıver, s.214.

<sup>85</sup> Pekcanitez, s.318.

<sup>86</sup> Tanrıver, s.215. Ayrıca Bkz. Anayasa Md. 139 vd.

hakimin Anayasa, kanun ve hukuka uygun olarak karar vereceğini düzenlemekte, hakimin önceki içtihatları bile uygulamasını zorunlu kılmamaktadır<sup>87</sup>.

Bu bağımsızlık kuralının yansımaları yargılama esnasında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hakimin yasaklılık hali ve ret sebeplerinde açıkça görebiliriz. Hukuk Muhakemeleri Kanununda kendisine veya doğrudan ilişkili olduğu bir davaya, evlilik bağı kalksa bile eşinin davasına, altsoy ve üstsoy davasına ve kendisi ile arasında evlatlık bağı bulunanın, akrabalarının, nişanlısının davasına bakamaz. Talep olmasa bile çekinmek zorundadır. Bu sayılan sebepler hakimin yasaklılık halini oluşturmaktadır. Bu sebeplerin yanı sıra hakimin bakmakta olduğu davada tarafsızlığını sorgulanabilir hale getirecek bir hususun olması halinde; taraflardan birine öğüt vermesi, karar hakkında görüşünü bildirmesi, davada tanık veya bilirkişi olarak hareket etmiş olması, davanın uzaktan akrabalarının taraf olduğu bir dava olması, dava taraflarından biri ile arasında bir düşmanlık bulunması halinde taraflar hakimi reddedileceklerdir. Dolayısıyla hukuk yargısı açısından talep ne olursa olsun bağımsız bir merci tarafından, menfaat çekişmesi yaşanmaksızın yargılamanın yapılması gerekmektedir. Doktrinde yasaklılık ve ret halleri hakimin içsel bağımsızlığının sağlanması olarak da yorumlanmaktadır<sup>88</sup>.

Hakimin bağımsızlığının sağlanabilmesi adına hukukumuzda var olan bir diğer müessese ise hakimin hukuki sorumluluğudur. Hakim her türlü hatasından dolayı belli bir sorumluluğa tabi tutulmasa da ağır hata ve davranışlarından dolayı Anayasanın 129 uncu maddesi gereği sorumludur<sup>89</sup>.

Yukarıda adil yargılanma başlığı ve şu an içinde bulunduğumuz başlığın altında anılan maddeler incelendiğinde toplumda dava ehliyeti olan her bireyin bir uyuşmazlık tarafı olması halinde mahkemeye başvurma hakkı gerek Anayasamızla gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle düzenlenmiş ve koruma altına alınmıştır. Bu düzenlemelerde “mahkemenin” ne olduğu açıkça düzenlenmemiştir. Avrupa İnsan Hakları Bildirgesi metninde burada kastedilen mahkemenin “yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız olmasıdır”. Sözleşmede ve Anayasa'mızda yer alan “mahkeme” lafzından tam olarak ne

---

<sup>87</sup> Budak, s.25.

<sup>88</sup> Budak, s.25.

<sup>89</sup> Budak, s.30. Ayrıca bkz. Anayasa Md.40.

anlaşılması gerekmektedir bu hususun üzerinde durulmalıdır. Keza adil yargılanmanın ne önemli basamaklarından birinin mahkemeye erişim hakkının kısıtlanmaması olarak ele almış bulunmaktayız. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bir takım kararlarında kanun eli oluşturulmuş disiplin kurulları da mahkeme olarak değerlendirilmiştir. Burada adil yargılama unsurları olan bağımsız ve tarafsızlık şartlarını yerine getirdiği takdirde, yasa ile başvuru mercii olarak düzenlenen diğer kurul vb. oluşumlar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce mahkeme olarak değerlendirilmiş ve kararlarda buralara başvurunun zorunlu tutulması adil yargılanma hakkını bertaraf eden bir husus olarak ele alınmamıştır.

Mahkeme kavramı bu içtihat neticesinde; görevine dahil olan konularda, hukuk kurallarına dayanarak ve belirlenmiş bir usulü izleyerek gerektiğinde, yetkisi dahilinde bağlayıcı karar veren merciler olarak ele alınmaktadır<sup>90</sup>. Tabi ki bu tür yapıların kanunla kurulması, kurulmalarında kamu yararı olması ve sınırlı konular ilgili karar vermeleri bu yapıların hukukilik ihtiva etmesi açısından da bir unsur olarak değerlendirilmiştir<sup>91</sup>. Yani burada dile getirilmek istenen aslen mahkemelerin kanuni olması ve uyuşmazlığın niteliğine göre nerede yer alacağıının ön görülebilir olması gerektiğidir<sup>92</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kanunla kurulmanın, mahkemeler açısından kamu düzeni ihtiva eden görev olarak değerlendirmiştir. Görev kanunla belirlenmektedir ve ancak kanunla kurulan yargı mercilerini görev bakımından bir ayrıma tabi tutulabilmektedir<sup>93</sup>. Ayrıca mahkemelerin kuruluşunda bir diğer önemli etken ise bağımsızlık faktörüdür. Adil yargılanma ilkesinin de temellerini oluşturan bu unsur, yargılamanın bağımsız ve tarafsız kişiler tarafından yapılması gerektiğini düzenlemektedir. Herhangi bir dış etken altında kalmaksızın yargılamanın gerçekleşmesi, hakkaniyete ulaşımı sağlayacaktır. Mahkemelerin veya geniş olarak ifade etmek gerekirse yargılamayı yapan görevli mercinin bağımsızlığını, yalnızca adil yargılama hakkı içinde değerlendirmemek, sosyal devletin ulaşması gereken basamaklardan biri olan hukuk devletine ulaşmak için olması gereken bir araç olarak değerlendirmek gerekir. Nitekim bu kavram daha derin çalışmalara konu olan bir husus olsa da bizim yazımız açısından özet

---

<sup>90</sup> İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı , İstanbul, 2002s. 155.

<sup>91</sup> İnceoğlu s.156.

<sup>92</sup> Pekcanitez, s.318.

<sup>93</sup> İnceoğlu s.159. Ayrıca Bkz. HMK Md. 5.

olarak bağımsız ve tarafsız yargılamanın hukuk üstünlüğünü sağlayacak bir araç olduğu için yargının her alanında gerekli olduğunu söyleyerek özetleyebiliriz.

Konu ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin 2002/170 E. 2004/54 K., Karar Tarihi 5/5/2004 olan İlçe Seçim Kurullarının Ticaret Odaları ve Borsaları Seçimlerine ilişkin karar mercii olmasına dair kararının incelenmesinde fayda bulunmaktadır. Bu kararda özetle: “İlçe Seçim Kurulu Başkanının yargısal fonksiyon ifa edip etmediğinin saptanmasında dikkate alınması gereken ölçüt “kanunla kurulmuş olma” ölçütü olarak ele alınmaktadır. AİHS’in 6 ncı maddesinde yer alan “kanunla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkı” Anayasa’nın 36 ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının da önemli bir ögesidir. Bununla birlikte Yasa koyucu, Anayasa’nın 37. maddesinde “Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.” biçimindeki kurala yer vererek yargılamayı yapan mahkemenin yasayla kurulması gerektiğini ayrıca belirlemiştir. Anayasa’nın “Mahkemelerin kuruluşu” başlıklı 142 nci maddesinde “Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir” denilerek mahkemelerin yasayla kurulması gerektiğinin altı çizilmiştir<sup>94</sup>. Kanunla kurulmuş mahkeme, kuruluş, yetki, yargılama yöntemleri gibi konuların “yargılamadan önce” yasayla düzenlenmiş olması anlamına gelir. Yasayla düzenleme ise “belirliliği” ve “öngörülebilirliği” içermektedir<sup>95</sup>. Yukarıda İlçe Seçim Kurulu’nun yetkisine yönelik olarak; Anayasa’nın 79 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında, “Yüksek seçim kurulunun ve diğer seçim kurullarının görev ve yetkileri kanunla düzenlenir” denilmek suretiyle İlçe Seçim Kurullarının yargılama usulleri kanunilik güvencesine bağlanmış, 3568 sayılı Kanun’un 40 ncı maddesinde ise Odaların ve Birliğin organ seçimlerinin aynı Kanun’da yazılı esaslara göre yargı gözetimi altında gerçekleştirileceği söylendikten sonra İlçe Seçim Kurulu Başkanı olan hâkimin görevleri sayılmıştır. Bu itibarla İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının, yargısal fonksiyon ifa edip etmediğinin saptanmasında dikkate alınması gereken kanunla kurulmuş olma unsuruna sahip olduğu kabul edilmelidir<sup>96</sup>. Bütün bu açıklamalar dikkate alındığında, İlçe Seçim Kurulu Başkanının seçim konularıyla ilgili

<sup>94</sup> Çelik, Abdullah, Adil Yargılanma Hakkı Rehberi, Ankara, 2014, s.45.

<sup>95</sup> AYM, E.2010/32, K.2011/105, K.T.16/6/2011.

<sup>96</sup> Çelik s. 47.

şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin hükme bağlama görevi yönünden yargısal bir faaliyet icra ettiği ve hâkim bağımsızlığı ve tarafsızlığına sahip olduğu kabul edilmiştir. Bu sebeple, seçim konularıyla ilgili şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin hükme bağlama görevi yönünden İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının klasik yargı teşkilatı içindeki mahkemeler dışında kalan ama yargılama faaliyetinde bulunan organları da kapsayacak şekilde Anayasa'nın 36 ncı maddesinde "yargı yeri" olarak belirlenen organlardan olduğu sonucuna ulaşılmaktadır<sup>97</sup>. AİHS'in 6 ncı maddesi de klasik yargı teşkilatında bulunan mahkemelerin dışında kalan ama yargılama faaliyetlerinde bulunan organları da kapsayacak şekilde "yargı yeri" (tribunal) kelimesini kullanmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre bir organa kelimenin maddi anlamında yargı yeri özelliği kazandıran, onun yargısal fonksiyonudur<sup>98</sup>. Bahsedilen kararlar, anılan mevzuat uyarınca burada bir alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının adli mercilere başvurulmadan önce bir ön koşul olarak düzenlenmesi için bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Yazımızın başında açıkladığımız üzere alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında arabuluculuk ve uzlaştırma bir yargılama metodu olarak değil tarafların anlaşabilmesi için bir araya geldikleri "müzakere ortamlarıdır". Arabuluculuk ve uzlaşmaya başvuran tarafların, bu süreç sonrasında elde edecekleri icra edilebilir bir yargı kararı bulunmamaktadır. Ancak yine de Anayasa'nın genel hükümleri, temel hak ve özgürlükler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi nazara alındığında bu tip uzlaşmacı ancak icra edilebilir yargı kararı bulunmayan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının adli mercilere başvuru öncesi ön koşul olarak düzenlenmesi yine yasa ile olmalıdır. Nitekim İş Hukuku'nda arabuluculuk bakımından durum bu şekilde olmaktadır<sup>99</sup>. Söz konusu düzenleme ile kısaca; işveren-işçi ilişkilerinde, bireysel uyuşmazlık oraya çıkması halinde kanunda mahkemelere başvurmadan önce tarafların bir araya gelerek arabuluculuk süreci geçirmeleri mecburi kılınmaktadır. Bu şekilde hem iş mahkemelerini yoğunluğunun azalması, hem işçilerin haklarına daha çabuk ulaşması, hem de işverenler bakımından artık ezbere konu olmuş yargı kararlarından kaçınılması hedeflenmektedir. Bu kapsamda ikinci ayrımı tahkim yargılaması için yapacak olursak, yukarıda detaylı bir biçimde tanımlanan tahkim yargılaması neticesinde taraflar icra

---

<sup>97</sup> Çelik s. 48.

<sup>98</sup> Belilos v.İsviçre, B. No: 10328/83, K.T.: 29/4/1988.

<sup>99</sup> Türk Arabuluculuk Mevzuat Değişiklikleri Uluslararası Çalıştay ve Çalışma Grubu. Toplantıları Raporu, 11-13 Mayıs 2016, Ankara, s.11.



edilebilecek bir yargı kararını elde etmiş olacaklardır. Dolayısıyla tahkim yargılaması aslında Anayasa ile mahkemelere atfedilmiş bir görevi üstlenmektedir. Bu bağlamda, adli mercilere başvurulmaksızın tahkim yargılamasının mecburi kılınması için yine Anayasa'nın yukarıda anılan maddelerince bu düzenlemenin kanun ile yapılması gerekmektedir. Zira Anayasa'da, "mahkemelerin kuruluşunun, görev ve yetkilerinin, işleyişinin ve yargılama usullerinin" kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür. Buna göre, usul kanunlarının Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla düzenlenmesi kanun koyucunun takdirine bırakılmıştır. Anayasa'da tüm mahkeme kararlarına karşı karar düzeltme yoluna başvurulabilmesi hakkını içeren bir kurala yer verilmemiştir<sup>100</sup>. Dolayısıyla her ne şekilde olursa olsun adli mercilere başvurulmaksızın alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının mecburi kılınabilmesi için bu düzenlemenin yasa ile yapılması gerekmektedir. Bu durum yukarıda değinilen ve Türk Hukukunda halen yer alan zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının düzenleniş biçimi ele alındığında da doğrulanacaktır. Söz konusu düzenlemelerin hepsi kanun koyucu bakımından kanun ile düzenlenmiştir. Bu kararda rahatlıkça da görebileceğimiz üzere alternatif uyuşmazlık çözüm yolları devlet mahkemelerinin genel yetkisini bertaraf etmemektedir. Bağımsız bir mahkemede yargılanma hakkını ihlal etmeden yargılama sürecinin hızlandırılmasına hizmet etmektedir. Mahkemeler yerine ön koşul olarak başkaca metotların tercih edilmesi Anayasa'nın 5 inci maddesinde de düzenlenen "demokrasiyi koruma ilkesi" ile de bağdaşacaktır. Ayrıca hak arama hürriyetine bu tür müessesler eklenmesi mahkemelerde yapılacak olan yargılamanın da kalitesini artıracaktır<sup>101</sup>.

Konunun pekiştirilmesi için yukarıda belirtilen bazı hususların içeriğinin açıklanmasına ihtiyaç vardır. Adil yargılanma ilkesinin temel hususlarından birinin yasa ile kurulmuş bağımsız mahkemelerce yargılanmak olduğu belirtildi, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları bakımından yalnızca tahkim müessesinde bir yargılama faaliyeti bulunmaktadır. Onun dışında kalan arabuluculuk, uzlaşma vb. gibi yolların sonuçları bağlayıcı değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde tahkim yargılamasının kanunla kurulmuş olması ve kanuni hakemin nasıl olacağı hususu uzun süreler tartışmaya yer açmıştır, ancak en nihayetinde Mahkeme, zorunlu ve ihtiyari tahkim ile ilgili bir ayrım

<sup>100</sup> B. No: 2012/799, 26/3/2013.

<sup>101</sup> İldır, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), İstanbul, 2001, s.31.

gitmiştir. İhtiyari tahkimde hali hazırda tarafların rızası ile başvuru bir yol olduğu için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin dışında değerlendirilmesi gerektiğine kanaat getirmişlerdir. Tarafların kendi iradeleri ile tahkimi seçmeleri halinde sözleşmede yer alan bazı haklarından feragat edileceğinin anlaşılacağı, tek sorunun tahkim neticesinde elde edilecek kararlara icra edilebilirlik şerhi veren, denetleyen mahkemelerin bu görevlerini yerine getirirken sözleşmenin 6 ncı maddesi uyarınca hareket etmeleri gerektiğini belirtmiştir<sup>102</sup>. Mahkeme her ne kadar ihtiyari tahkimi bu anlayış dışında da tutsa doktrinde tahkim müessesini oluşması, kurumsallaşması ve uluslararası alanda bu kadar yaygın bir mekanizma olarak kullanılmasının asli sebebinin sözleşmede yer alan adil yargılanma hakkı ile bağdaşması olduğunu bizlere söylemektedir<sup>103</sup>. Yani Mahkemeye göre, bağımsız ve kanunla kurulmuş mahkemelerde yargılanma hakkının yansımaları ve gereklerini kural olarak zorunlu tahkim uygulamalarında beklememiz gerekse de ihtiyari tahkim müessesesi adil yargılanma hakkına hizmet etmek amacıyla oluşturulmuş bir mekanizma olduğu için, bu tahkim yargılamasının özünü oluşturmaktadır.

Sonuç olarak bu ilkede aranması gereken iki hususun bağımsız mahkemelerde yargılanmak ve kanuni hakimler eli ile yargılanmak olduğunu ancak bu iki basamağında gerçek olan hakka erişimde yalnızca bir araç olarak kullanıldığına dikkat çekmek gerekir. Dolayısıyla temel hak ve özgürlükler kapsamında, asıl olan hakkaniyetin sağlanması ve hukukun tecelli etmesi olduğu gerçeğini önümüze koyarsak, bu yolda bir takım başkaca araçların kullanılması hakkın özünü zarar vermeyecek, aksine ona ulaşmayı kolaylaştıracaktır.

#### **4. ADİL YARGILANMA BAKIMINDAN USUL EKONOMİSİ İLKESİ**

Yukarıda değinildiği üzere adil yargılanma hakkının hem tamamlayıcı hem de içeriğini oluşturan ilkelerden biri olan usul ekonomisi ilkesini, adil yargılanma hakkı bakımından incelemek gerekir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 30 uncu maddesi: “*Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve*

---

<sup>102</sup> Kayalı, Didem, Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Nötrlüğü, Ankara, 2015, s.29.

<sup>103</sup> Kayalı, s.30.

*gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür.”* şeklinde usul ekonomisi ilkesini düzenlemektedir. Usul ekonomisi, yargılamaya başvuran tarafların hak kaybına uğramadan uyuşmazlığın en az giderle ve en hızlı şekilde sonuçlandırılması olarak ele alınmaktadır. Bu ilke basitlik, ucuzluk ve yargılamanın makul sürede tamamlanması olarak üç unsuru ihtiva etmektedir<sup>104</sup>.

Ucuzluk, hak arayanın ilgili mercilere başvurmasının önünde büyük bir mali külfet olmaması olarak incelenmelidir. Ülkemizde yer alan adli yardım gibi kurumlar buna yardımcı olmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadına göre de makul bir ücret tahsili, adil yargılamanın ayrılmaz bir parçasıdır. Her ne kadar iç hukukta avukatla temsil zorunluluğu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarınca paralel bir düzenleme ihtiva etse de bu durumun yargılama masrafları açısından yargıya konu olduğu bazı davalar mevcuttur<sup>105</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadında görülen husus asli olarak işlerliği olan bir adli yardım mekanizmasının kurulması değildir. Uyuşmazlık taraflarının yargıya erişebilme hakkının maddi olarak bir külfet getirmemesidir. İchtihatlarda usul ekonomisini gözetken bu ilke mahkemeye ulaşım hakkının ihlal edilmemesi olarak ele alınmıştır<sup>106</sup>.

Makul sürenin ne kadar olduğunun ise belli bir cevabı olmamakla birlikte, süreç sonunda elde edilen hakkın önemi yitirmemesi burada doğru bir kıstas olabilir. Bu kıstastan yola çıkarak makul sürenin tespiti için bir kaç unsur bulunmaktadır. Uyuşmazlığın karmaşıklığı, başvuranın talepler, ortaya çıkabilecek hak kayıplarının tespiti gibi hususlar, tahdidi olmamakla birlikte, makul sürenin tespitini belirleyen unsurlardır<sup>107</sup>. Ülkemizde olan uzun yargılama süreçlerinin usul ekonomisi ilkesi ile bağdaşmadığı aşikârdır. Adalet Bakanlığının 2015 yılında yayınladığı “Yargı Reformu Stratejisinde” ülkemizde yargının iyileştirilmesi açısından birçok alanda yargı sürelerinin eleştirildiği ve bu sürelerin kısaltılmaya çalışıldığı görülmektedir. Geç verilmiş kararların adaleti ne kadar sağladığı büyük bir tartışmaya açıktır, geç verilmiş kararlar hakkaniyete ulaştırmaktan ziyade haksızlık yaratmaktadır<sup>108</sup>. Geciken adalet, gerçek bir adalet değildir,

---

<sup>104</sup> Budak s.69.

<sup>105</sup> İnceoğlu, s.124.

<sup>106</sup> İnceoğlu s.127.

<sup>107</sup> Mole, Harby, Adil Yargılama Hakkı s. 27.

<sup>108</sup> Görgün, Şanal, Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2014, s.224.

tabi ki yargılamanın hızlı sonuçlandırılması için de hak kayıplarına yol açmamalıdır, burada yapılacak düzenlemelerle doğru bir denge kurulması önemlidir<sup>109</sup>. Bu açıklananlar ışığında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının usul ekonomisi ilkesi ile bağdaştığını söylemek bir hayli mümkündür. Hendek, makul süreyi şu şekilde tanımlamaktadır: *“kişiler arasındaki cezai ve hukuki uyuşmazlıkların, adaletin gerçekleşmesi için gerekli olan başka haklar ihlal edilmeksizin mümkün olan en kısa sürede çözülmesi”*<sup>110</sup>. Usul ekonomisinde asli olan adil yargılanmanın tecelli etmesi olarak değerlendirildiğinde bu tanıma katılmamak pek mümkün değildir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ‘de makul süreyi bu şekilde ele almaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi makul sürenin her davada farklı olacağını, dolayısıyla bir belirleme yapılması gerekirse her mahkeme ve her dava çeşidi için ayrı kriterler uygulanmasının uygun olacağını belirtmektedir<sup>111</sup>. Biraz daha genişçe açıklamak gerekirse makul sürenin tespiti için öncelikle davanın konusunun niteliğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Makul sürenin ne olduğunun belirlenmesindeki kriterleri, davanın başlangıç noktası, başvurunun zamanı, davanın karmaşıklığı, delillerin toplanmasındaki zorluk davadaki tarafların tutumu, yetkili otoritelerin davranışları, davanın konusu ve konusuna göre talep edilen hakkın ne kadar acil olması gibi hususlar bu sürenin belirlenmesi oluşturur<sup>112</sup>. Başlangıç süresi bakımından bizim ülkemizden örnek vermek gerekirse idari davalarda, bazı uyuşmazlıklar için doğrudan mahkemeye erişimin mümkün olmadığını, önce idareye başvuru yolunun tüketilmesi gerektiğini göz önüne almak lazım. Dava başvuru süreci olarak idari başvuruyu ele almamız halinde o davanın yüz gün içinde sonuçlandırılması pek mümkün bulunmamaktadır, keza yalnızca başvuru ve idareden cevap gelmemesi halinde altmış günlük bir dava başlangıç süresi bulunmaktadır. Kimi uyuşmazlıklarda davalı taraf kendisinden talep edilen bilgi ve belgeleri kötü niyetli olarak mahkemeye ibraz etmiyor olabilir, bu gibi durumlarda makul sürenin tespiti bakımından, bu gibi durumların dikkate alınması gerekmektedir. Ancak hak talep edenin sağlık vb. gibi durumlarının söz konusu olduğu davalarda kimi zaman saatler bile önem arz ettiği için, az önce verilen örneklerle kıyasla çok daha kısa sürelerin makul olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla makul sürenin hesaplanmasında bu veya bunun gibi kriterlerin değerlendirilmesi gerekmektedir. Makul süre ile ilgili sonuç olarak şu söylenebilir ki, geciken adaletin

---

<sup>109</sup> Pekcanıtez, s.334.

<sup>110</sup> Hendek, Makul Sürede Yargılama Zorunluluğu, s. 30.

<sup>111</sup> Hendek s.31.

<sup>112</sup> Tanrıver, s,219.

kimseye faydası yoktur ancak kısa yargılama süresi her zaman için adaleti doğurmamaktadır.

## 5. ADİL YARGILANMA BAKIMINDAN HUKUKİ DİNLENİLME HAKKI

6100 sayılı Hukuk muhakemeleri Kanununun 27 inci maddesi: “*Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler. Bu hak; a) Yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, b) Açıklama ve ispat hakkını, c) Mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini, içerir.*” ifadesini hükme bağlayarak hukuki dinlenilme hakkının içeriğini düzenlemektedir. Dolayısıyla hukuki dinlenilme hakkı dört temel unsur ihtiva etmektedir. Bunlar; bilgilenme hakkı, açıklama ve ispat etme hakkı ve dikkate alınma hakkıdır. Yargılamada bilgi sahibi olma hakkının yansımaları hakkında yapılan işlemlere karşı gönderilen tebligat veya davetiye yolu ile sağlandığı görülmektedir<sup>113</sup>. Bu durum şu anlama gelmektedir; herhangi bir uyuşmazlık tarafının haberi olmaksızın hakkında karar verilmesi mümkün değildir. Adil yargılamanın diğer unsurları ile birlikte düşünüldüğünde bir kişinin hak iddia etmesi ya da kendisine yönelik bir hak talebi olması halinde bu kişinin savunma, inkar veya ikrar etme hakkının bulunması gerekmektedir. Hukuki dinlenilme hakkının ikinci unsuru olan açıklama ve ispat hakkı ise, bilgi sahibi olunmanın bir yansımasıdır, bir kişinin kendisine yönelik hak talep edilmesi üzerine bu konuda savunma yapması ve varsa yargılamaya etkisi olacak delillerin hakkaniyete uygun bir karar ortaya çıkarılması bakımından mahkemeye veya yargılama gerçekleştirilen mercie sunma hakkı bulunmalıdır. Bu durum hukukumuzda silahların eşitliği olarak adlandırılmaktadır<sup>114</sup>. Bu unsur hakkaniyete uygun olarak yargılamanın gereklerinden biridir<sup>115</sup>.

Hukuki dinlenilme hakkının son olarak incelenmesi gereken unsuru ise tüm iddia ve savunmaların değerlendirilmesi yükümlüdür. Bu husus maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için gereklidir. Eksik bir değerlendirme hiç şüphesiz ki hak kayıplarına yol açacak ve karar itiraza konu olacaktır. Bir uyuşmazlık açığa çıktığında asıl amaç

---

<sup>113</sup> Görgün, s. 223.

<sup>114</sup> Görgün, s.223.

<sup>115</sup> İnceoğlu s.212.

uyuşmazlığın maddi gerçekler ışığında gerçek hak sahibinin hakkına kavuşmasını sağlamaktır. Kamu düzeni ancak bu şekilde sağlanabilir ve sosyal devlet ancak bu şekilde yargılama ayağında gerekliliklerinin yerine getirebilir. Hakkın doğru ve tam olarak vuku bulabilmesi için, hak sahibi ve ilgililere karşılıklı müzakere edebilecekleri bir ortam yaratılmalı ve karara etki edebilmeleri sağlanmalıdır<sup>116</sup>. Zira yargılamada yer alan taraflar yargılamanın objesi değil, süjesidir ve hukuki dinlenilme hakkı bu süjelere ilişkin doğru karar verilmesinin garantisini oluşturmaktadır<sup>117</sup>. Hukuki dinlenilme ilkesi tarafların yargılamaya etkin bir biçimde etki edebilmeleri için hem bir araç hem de bir hak olarak değerlendirilmelidir. Hukuki dinlenilme hakkının var olmadığı bir devlet ne yazık ki hukuk devleti olarak nitelendirilemez<sup>118</sup>. Hukuki dinlenilme hakkı, yargılama tarafları ve ilgililere ait bir haktır. Hatta hukuki dinlenilme o kadar kuvvetli bir haktır ki, birçok hukuki araç ile korunmaktadır. Bu hakkın ihlali istinaf ve temyiz yargısında bozma sebebidir<sup>119</sup>. Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu 48 inci madde Türk Mahkemelerinde dava açan, katılan veya icra takibi yapan yabancı kişilere olağan bir zararı karşılması için teminat gösterme zorunluluğu tutmaktadır, ancak bu maddede, karşılık esaslı bulunmayan ülkelere ilişkin konulmuş teminat şartı yalnızca dava başlangıcı ile ilgilidir ancak onun dışında yargılama esnasında var olacak hukuki dinlenilme hakkını kısıtlayacak herhangi bir düzenleme bulunmamakta bu hak mutlak olarak korunmaktadır<sup>120</sup>. Bu hak dava açıldıktan sonrası için geçerli bir hak olacağı için vatandaşlık hakkından soyutlanmış durumdadır.

Hukuki dinlenilme hakkı ilk olarak, tarafların yargılamadan haberdar edilmesini gerektirir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 438 inci maddesi, tarafların aksini kararlaştırmadığı takdirde tebligatların, tebligat kanunu hükümleri uyarınca yapılacağını düzenlemektedir. Tebligatların, yani dava hakkında bilgilendirmenin bu kanuna aykırı olarak yapılması savunma hakkının ortadan kaldırılmasına, yani hukuki dinlenilme hakkının ihlaline yol açacaktır<sup>121</sup>. Hak sahibinin yargılama, yargılama içeriği hakkında bilgi sahibi olması gerekir, bu bilgilendirme şeklen değil gerçekten ilgilinin

---

<sup>116</sup> Tanrıver s.225.

<sup>117</sup> Pekcanitez, s.327.

<sup>118</sup> Tanrıver s.225.

<sup>119</sup> Pekcanitez, s.328.

<sup>120</sup> Tanrıver s.226.

<sup>121</sup> Tanrıver s.227. Ayrıca bkz. Tebligat Kanunu Md. 61.

bilgilendirilmesine yönelik olarak yapılmalıdır<sup>122</sup>. Bir kişinin hakkını bildirilmesi veya savunma yapabilmesi için en önemli araç hakkında bir soruşturma ya da açılan bir dava olup olmadığını öğrenmesidir. bu paragrafta açıklanan husus hukuki dinlenilme hakkı kapsamında kişinin bilgilenme hakkını oluşturmaktadır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu hukuki dinlenilme hakkının diğer unsuru tarafların yargılamaya etki etmesine imkan vermektedir. Aslında, bu unsur medeni hukukta yansıyan ilkesi taraflarca getirilme ilkesi olarak düzenlenmektedir. Nitekim hukuk uyumsuzluklarında, hakim tarafların beyan ettiği ifadeler ve sundukları delillere dayanarak karar vermektedir. Re ' sen araştırma ilkesinin esas olmaması, tarafların doğrudan karara etki etmesine izin vermektedir. Bu durum pek tabii idari ve ceza usulü bakımından böyle olmasa da, idari ve ceza yargı usullerinde yine taraflara beyanları sorulmakta ve karara etki edecek delillerinin dosyaya sunulmasına imkan tanınmaktadır. Aksi halde verilen karar hakikati yansıtmayacaktır. Ancak belirtmekte fayda vardır, tarafların yargılamaya müdahale etmesi yalnızca bir haktır. Dahil olmak istemeyen, beyanda bulunmak istemeyen tarafın bu konuda özgür iradesi mevcuttur. Tabii ki bu durumda da Hukuk Muhakemeleri Kanunu bu konuda taraflara bir koruma getirmektedir. Kanunun 128 inci maddesi, süresi içinde dava dilekçesine cevap verilmemesi halinde kendisinden hak talep eden tarafın tüm iddialarının inkar edilmiş sayılacağını düzenlemektedir. Hak sahibinin bilgilendiği konuda tam bir açıklama yapma hakkı olmalıdır, bu açıklama tabii ki yukarıda değinilmiş olan teksif ilkesine uygun bir biçimde gerçekleştirilmeli ama kişinin hakkını kısıtlamadan açıklama yapmasına imkan tanınmalıdır<sup>123</sup>. Bu hakkın gerçekleştirilmesi adına hukukumuzda cevap dilekçesi vermemenin sonuçları veya cevap dilekçesi için ek süre isteme gibi birçok yöntem bulunmaktadır. Taraf, açıklama ve ispat hakkını kullanırken, hem maddi vakıaları sunmalı hem de gerekli hukuki dayanağı mahkemeye iletmelidir.

Hukuki dinlenilme hakkının bir diğer yansıması ise tarafların iddia ve savunmalarının mahkemece dikkate alınmış olmasıdır<sup>124</sup>. Ancak bu şekilde taraflar gerçekten yargılamanın bir süjesi haline gelecektir, aksi halde az önce sayılmış olan

---

<sup>122</sup> Pekcanitez, s. 330.

<sup>123</sup> Pekcanitez, s.331.

<sup>124</sup> Tanrıver s.228.

bilgilendirme, açıklama ve ispat hakları yersiz kalacaktır<sup>125</sup>. Bu yansıma ile ilgili olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hükmün kapsamını düzenleyen maddesinde bu durum düzenlenmektedir. Tarafların vakıa olarak sundukları her hususunun karar metninde bulunması ve karara etkisinin ne yönde olduğunun görülmesi gerekmektedir. Kanunun 297 nci maddesi bunu açıkça düzenlemektedir. Buna göre kararlar; "Türk Milleti Adına" verilmektedir. Bu ibarenin muhakkak karar metninde yer alması gerekmektedir. Bu ifadeden sonra hükmü veren mahkeme, hakim ve çalışanların isimlerinin, tarafların, katılanların kimlikleri ve bilgileri, varsa hukuki temsilcileri adreslerinin, tarafların iddia ve savunmalarının özetlerinin, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususların, delillerin, hükmün, varsa kanunu yolların ve bu yollara başvurma sürelerinin, şüphe ve tereddütte yer vermeyecek şekilde yazılması gerekmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre, bu sebeplerden birinin yokluğu Yargıtay nezdinde mutlak bozma sebebi olarak yer almaktadır. Bu husus HMK'nın 371 inci maddesinde hukukun yanlış uygulanması, dava şartlarına aykırılık bulunması, delillerin kanuni bir sebep olmadan kabul edilmemesi veya yargılama hatası veya eksikliğin bulunması halinde Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi kararını bozacağını düzenlemektedir. Yani kararın içerisinde yer alması gereken unsurların düzgün olarak yazılmaması o kararın hukuk dünyasında yer almaması gerektiğini, adil yargılanma ilkesinin gerekliliğini vurgulamaktadır. Kararda olması gerekenlere ek olarak ayrıca hakimin karar metninde gerekçesini taraflara izah etmesi gerekmektedir, tarafların sundukları delilleri ve hukukun nasıl tecelli ettiğini bildirmesi gerekmektedir ki hukuki dinlenilme hakkı ancak bu şekilde tam olarak gerçekleşebilir<sup>126</sup>.

Netice itibarıyla söyleyebiliriz ki hukuki dinlenilme hakkı, adil yargılanma hakkının hem içeriğini oluşturan hem de onu tamamlayan bir haktır. Bu hakkın unsurları yukarıda sıralanmış olup, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları bakımından incelendiğini takdirde, bu yollar ile uyum içerisinde olduğunu söylemek mümkündür. İhtiyari olarak bu yollara gidilmesi halinde zaten taraflar verilecek hakka dair gidecekleri yolu kendileri belirlemiş olacak ve bu hususta en üst düzeyde tüm iddia ve delillerini ortaya koyabileceklerdir. Zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yolları bakımından değerlendirildiğinde ise, yargılama esasları gibi bu hakkın ihlali yine yargı denetime tabi tutulacak ve korunacaktır.

---

<sup>125</sup> Pekcanıtez, s.332. Ayrıca Bkz. HMK Md. 297

<sup>126</sup> Pekcanıtez, s.332.



## 6. ADİL YARGILANMA HAKKI BAKIMINDAN ALENİYET İLKESİ

Anayasa'nın yargıya ilişkin düzenlemeler bölümünde aleniyet ilkesi de yer almaktadır. Bu ilke adil yargılanma hakkı bakımından incelenmesi gereken bir başka Anayasal Haktan biridir. Bu düzenlemeye göre aksine bir karar bulunmaması halinde, mahkemeler ve duruşmalar herkese açıktır. Bu ilke Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesinde de bir hak olarak düzenlenmektedir. Yine aynı şekilde Hukuk Muhakemeleri Kanunu da, duruşma ve kararların aleni olması gerektiğini düzenlenmektedir. Tabi ki kanun koyucu, kamu menfaatinin korunması gereken bir husus olduğunda duruşmaların gizli olabileceğine dair karar verilebileceğini düzenlemektedir. Benzer şekilde bu ilke Alman Medeni Kanunu, İsviçre Medeni Kanunu, Avusturya Kanunları, İngiliz, Amerikan ve Fransız Hukuklarında da düzenlenmektedir<sup>127</sup>. Bizim hukukumuz bakımından aleniyet ilkesinin istisnalarını genel olarak “genel ahlak”, “kamu düzeni”, “ulusal güvenlik”, “küçüklerin korunması”, “özel hayatın gizliliği” ve “adaletin selameti” gibi durumlar oluşturmaktadır<sup>128</sup>. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ıncı maddesi de bu istisnai halleri düzenlemektedir.

Aleniyet ilkesinin esas amacı yargının denetlenebilir olmasıdır. Bu denetlenebilirlik yargıya güveni sağlayacaktır<sup>129</sup>. Bu ilke bizzat yargılama sürecinin izlenmesine olanak verip, bu fonksiyonun nasıl yerine getirildiğini görülmesini sağlamaktadır, bu durum yargıda şeffaflığı oluşturmaktadır<sup>130</sup>. Bu şeffaflık duruşmaların ve kararların yargının işleyişini bozmadan ve kamu menfaatini yerine getirerek açık olmasından kaynaklanmaktadır<sup>131</sup>. Yargıda şeffaflık, adalet mekanizmasında kamusal denetimin sağlanması ve keyfiliğin önüne geçilmesi bakımından önemlidir. Bu durum yalnızca hakimlerin keyfiliği değil, avukat ve yargı esnasında çalışan her personelin keyfiliğinin önüne geçilmesini sağlamaktadır<sup>132</sup>. Bu ilke bağımsız ve tarafsız bir mahkemece yargılama yapılmasının tamamlayıcısı olarak da görülmektedir, zira aleni yargı karar veren

<sup>127</sup> Karşlı, s.277; Konca s.71.

<sup>128</sup> Tanrıver, s.223.

<sup>129</sup> Pekcanitez, s.335.

<sup>130</sup> Konca, Nesibe Kurt, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Ankara, 2009, s.23.

<sup>131</sup> Pekcanitez, s.336.

<sup>132</sup> Konca,s.24.

hakimlerin gerçeği yansıtmaları ve kararlarını içsel veya dışsal bir etki altına kalmaksızın verebilmelerini sağlayacaktır<sup>133</sup>. Dolayısıyla yargıda aleniyet, yargıya olan güveni sağlamaktadır. Bu kapsamda kamunun adli olaylar hakkında bilgilendirilmesi, hakimlerin bu yol ile bağımsızlığının garantiye alınması, gerçeğin bulunmasına aracı olması ve kamu düzeninin korunması gerekmektedir<sup>134</sup>. Bu sayılanlar aleniyet ilkesinin hem gereklilikleri hem sonuçlarıdır. Bu araç ve amaçlar ile mahkeme kararları aleniyet ilkesi ile denetlenecek, yargıda keyfîlik azalacak ve yargıya olan güven artacaktır.

Aleniyet ilkesinin sınırlamasının adil yargılama unsuru olarak var olabilmesi için, bu sınırlamanın; ahlak kamu düzeni, kamusal veya ulusal güvenlik, küçükleri koruma vb. gibi sebeplerle olması gerekmektedir. Her ne kadar aleniyet yargının denetlenebilir olmasını sağlasa da, bir takım korumaların olması gerçek adalete erişebilmek bakımından önemlidir<sup>135</sup>. Sayılan istisnalar dışında, tarafların yargılamanın gizli olarak görülmesini talep etmeleri hali de bir istisna olarak yer almaktadır. Hakim, tarafların gizli yargılama talebi hakkında karar verirken kamu düzeni veya ticari sırların korunmasını nazara almaktadır<sup>136</sup>. Her ne kadar hukuk yargılamasında aleniyet ilkesi esas olsa da, bu alenilik, Hukuk Muhakemeleri Kanunu 153 üncü madde yargılamada görüntü ve ses kaydı almayı yasaklamaktadır. Ayrıca, ticari sır vb. gibi hususların karar metninde yer almaması gerekmektedir. Hali hazırda Şubat 2018 tarihinden itibaren İstanbul Ticaret Mahkemeleri ilk derece kararlarını yayınlamaya başlamıştır<sup>137</sup>. Bu kararların yayınlanmasında kişisel veriler ve ticari sırların sansürlenmesine dikkat edilse de, aleniyet ilkesinin kısıtlanmasının tam olarak tespit edilememesi zaman zaman bu sırlara ulaşmayı mümkün kılmaktadır. Taraflar her ne kadar bu bilgilerin korunmasını hakimden talep etseler de, hakim bu talebi her zaman kabul etmemektedir. Bunu bertaraf etmenin tek yolu ise tarafların aralarındaki uyuşmazlığı çözmeleri için, hali hazırda sürecin gizli olması esas olan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmasıdır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerin de aleniyet ilkesi hakim değildir. Bu

---

<sup>133</sup> Budak, s.67.

<sup>134</sup> Konca s.30.

<sup>135</sup> Budak, s.67.

<sup>136</sup> Pekcanitez, s. 336.

<sup>137</sup> Bu kararlar <http://emsal.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/> sitesinde yayınlanmakta olup, 16.04.2018 tarihinde 7.721 tane karar bu sitede yayımlanmıştır.

açından bu yöntemler devlet yargısı ile bir farklılık içermektedir. Dolayısıyla bu durumun anayasal açıdan bir aykırılık teşkil edip etmeyeceğinin de incelenmesi gerekmektedir.

Çalışmamızda arabuluculuk, tahkim ve uzlaşma metotlarının tanımları yapıp, adil yargılanma ilkesi bu üç alternatif uyuşmazlık çözüm yolu üzerinden incelenmektedir. Bilindiği üzere bu üç yöntem de kural olarak gizli yapılmaktadır. Arabuluculuk bakımından incelendiğinde Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda, arabuluculuk sürecinin taraflar aksini talep etmemeleri halinde gizli olacağı ve arabulucunun burada öğrendiği bilgileri avukatlık kanununda düzenlenen sır saklama yükümlülüğü ile benzer şekilde sonsuza dek koruması gerektiği düzenlenmektedir. Bu husus arabuluculuk kanununun 4 nci maddesinde tarafların aksini kararlaştırmadığı takdirde arabuluculuk sürecinin gizli olması gerektiğini, arabulucunun bu süreçte kendisine sunulan belgeleri ve kayıtları gizli tutması gerektiğini düzenlemektedir. Bu zorunluluk sürece katılan herkes için geçerlidir. Bu zorunluluğun ihlali ise yine arabuluculuk kanununun 33 üncü maddesinde düzenlenmekte ve zorunluluğun ihlalinin hapis cezası ile tecziye edileceği düzenlenmektedir. Eğer taraflar arabuluculuk süreci sonrası bir anlaşmaya varırlar ise, o halde bu tutanağa icra edilebilirlik şerhi alınması gerekecektir, bu halde sürece ilişkin olmamakla birlikte icra edilecek tutanak veya sözleşme mahkemelere taşınacak ve süreç içerisindeki gizlilik sona erecektir. Yani süreçte edinilen bilgiler yine tarafların menfaati açısından gizli kalacak ancak sonuç aleni olup, yargı denetimine tabi olacaktır. Bu şekilde değerlendirildiği takdirde arabuluculuk sürecinin aslında aleniyet ilkesi ile bağdaştığı görülmektedir.

Tahkim bakımından değerlendirildiğinde ise yine aynı durum söz konusudur. Her ne kadar tahkim bir yargılama gibi sonuçlar doğursa da alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğu hususu bu çalışma da belirtilmiştir. Tahkim esnasında hakemlerin bir hakim gibi hareket ederek karar vermesi gerekmekte olup, süreç içerisinde edinilen bilgiler pek tabi tarafların aksi yönde bir iradesi bulunmaması halinde gizlidir. Her halükarda süreç sonunda verilen hakem kararının icra edilebilmesi için, icra edilebilirlik şerhinin alınması gerekmekte olup yine arabuluculukta olduğu gibi yalnızca verilen hakem kararına ilişkin gizlilik ortadan kalkacak ve bu karar aleni hale gelecektir. İşte bu sebeple tahkimde aleniyet ilkesi ile bağdaşmaktadır.

Adil yargılanma hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesi ile koruma altına alındığına ve Türk Anayasası ve mer'i mevzuat bakımından nasıl düzenlendiğine yukarıda değinmiştik. Bu hakkın ihlal edilmesi halinde ise pek tabi bir yaptırım veya hakkın korunmasına ilişkin mekanizma getirilmiş bulunmaktadır. Adil yargılanma hakkının ihlali temel hak olan kişi özgürlüğünün ihlali olarak nitelendirilebilir<sup>138</sup>. Bu kapsamda, bu ilkenin ihlal edilmesiyle ilgili olarak ülkemizde iki tane yol bulunduğunu söylemek mümkündür, bunlardan biri Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, diğeri ise yargılamanın yenilenmesidir. Yargılamanın yenilenmesi müessesinde, adil yargılanma hakkının ihlal edilen bireyin açtığı veya karşı tarafı olduğu davayı kazanacağı anlamına gelmemektedir, bu yol yalnızca ihlal edilmiş hakkın kendisine tahsis edilerek Anayasa'ya uygun bir yargılama gerçekleştirilmesidir<sup>139</sup>. Pek tabi yargılamanın yenilenmesi yukarıda değinilmiş, usul ekonomisi ilkesi ile bağdaşmayan bir durum olacaktır. Hem maliyet hem süre bakımından hakka ulaşımı zorlaştıracaktır. Bu halde, zarara uğrayan tarafın hakkını ihlal eden mercie karşı tazminat talep etmesi mümkün olacaktır.

Bir kişinin adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmesi üzerine bu hususunun denetlenebilmesinin en makul yolu da Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru'dur<sup>140</sup>. Bu husus temel haklardan biri olan bu hakkın yargı kanalı ile korunmaması halinde denetlenebilmesini sağlayacaktır.

---

<sup>138</sup> Pekcanitez, s.845.

<sup>139</sup> Tanrıver s.233.

<sup>140</sup> Tanrıver, s.235.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: ZORUNLU ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

### 7. MUKAYESELİ HUKUKTAN BAZI ZORUNLU ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI ÖRNEKLERİ

İlk olarak mukayeseli hukukta yer alan bazı zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından bahsedilecektir. Bunlar, hakimin yargılama esnasında uyguladığı (court-annexed) ya da hakimin yargılama öncesi veya esnasında yönlendirdiği (court-related) alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıdır<sup>141</sup>. Amerika Birleşik Devletleri'nde yer alan düzenlemelerde bu yollara başvuru açısından ilişkin gönüllülük veya zorunluluk ilkesi, bazı mahkemelerde de her ikisi de benimsenmiştir<sup>142</sup>. Hakimler bu usulde bazen belli türdeki davaları, bazen davanın niteliğine göre alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yönlendirmektedir. Bu kapsamda ABD'de görülen zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yolları genel itibariyle arabuluculuk, tahkim ve jüri yargılaması olarak örneklendirilmektedir.

Tahkim bakımından ABD'de 1925 yılında yürürlüğe giren Federal Tahkim Kanunu (Federal Arbitration Act.) tahkimle ilgili ana düzenlemedir. Bu düzenleme ABD'de tahkim anlaşmalarına hukuki dayanak kazandırmıştır<sup>143</sup>. Bu düzenleme ve kabul edilebilirlik her ne kadar 1925 yılında olsa da, metne New York Sözleşmesi ve bölgesel anlamda geçerli olan Panama sözleşmesi son halini vermiştir. Bu kanuni düzenleme tahkim ile mahkemelerin güzel bir uyum içinde olduğunu göstermektedir.

Zorunlu arabuluculuk örnekleri Amerika Birleşik devletlerinde çoğunlukla mahkeme bağlantılı düzenlenmekte ve konu olarak genel itibariyle velayet veya çocuk ziyaretleri gibi uyuşmazlıklarda görülmektedir. Ayrıca genel medeni uyuşmazlıklarda, devam eden iş ilişkisi içindeki tarafların yaşadığı bir takım uyuşmazlıklarda ve tüketici uyuşmazlıklarında da karşımıza çıkmaktadır<sup>144</sup>. Burada zorunlu arabuluculuk uygulamalarında genellikle ilk

<sup>141</sup> Golann, s. 495; Kekeç, s. 71; Özbek s.29.

<sup>142</sup> Özbek s. 441.

<sup>143</sup> Erten, ABD Tahkim Hukukunda Mahkemelerin Tahkim Yargılamasına Yardımları: Hakem Kararı Öncesi Geçici Hukuki Koruma Önlemlerine İlişkin Yaklaşımlar, s. 256.

<sup>144</sup> Golann, s.497.

toplantı resmi olmayan bir toplantıdır ve bu toplantıda arabulucu taraflara arabuluculuk sürecini, hukuki durumu ve prosedürleri anlatmaktadır. Zorunlu arabuluculuk düzenlemelerinde, tarafların belli ilk toplantıya katılması zorunlu tutulmaktadır, eğer bu toplantı veya toplantılar sonucunda bir çözüme ulaşılamaz ise tarafların mahkemeye başvuru hakkı veya kimi durumlarda başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvuru hakkı saklı tutulmaktadır<sup>145</sup>. Dava ön şartı olarak düzenlenen zorunlu arabuluculuk yollarına örnekler, Avusturalya’da New South Wales eyaletinde görülmektedir. Burada tarım borçlarının kurtarılması yani bir nevi konkordato yapmak için arabuluculuğa başvurmak zorunlu olarak düzenlenmektedir. Bunun yanı sıra aile hukuku uyuşmazlıklarında da pilot uygulamaları vardır. Ayrıca İtalya’da da benzeri örnekler görmek mümkündür<sup>146</sup>.

Dava ön şartı olarak düzenlenen zorunlu arabuluculuk metoduna ilaveten dünya üzerinde kategorize edilebilecek iki tane daha zorunlu arabuluculuk metodu bulunmaktadır. Bunlardan ilki bir uyuşmazlıkta mahkemeye başvurulması halinde, hakimin, yargılama devam ederken dilediği zaman, tarafların rızasını aramaksızın tarafları arabulucuya yönlendirmesi yöntemidir. İkincisi ise, yargılama öncesi arabuluculuğa başvurulması zorunlu veya dava şartı olmamasına rağmen bilerek ve isteyerek başvurulmadığının görülmesi halinde dava masraflarına olumsuz yönde etkisi gösterilen yöntemdir, burada bir zorunluluk bulunmasa bile kusura bakılmaksızın dava masrafları artacağı için taraflar fiilen arabuluculuğa başvurmaya mecbur bırakılmaktadır<sup>147</sup>.

Amerikan hukukunda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ayrımı yapılırken genel itibariyle, süreç sonucunun bağlayıcı olması veya olmamasına yönelik ayırım doktrinde öğretilmekte ve incelenmektedir. Bu kapsamda bağlayıcı alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak değerlendirilen tahkimin zorunlu olarak düzenlendiği haller pek tabii mevcuttur. Amerikan hukukunda zorunlu tahkim genelde devlet kurumları açısından düzenlenmektedir. Burada kurumların birbirleriyle veya kamu ile olan uyuşmazlıklarının bazıları tahkime gidilmesini mecburi kılmaktadır. Bizim hukukumuzdan farklı olarak Amerikan hukukunda bu düzenlemeler ile kamu menfaatinin sağlanacağı ve bu zorunlu

---

<sup>145</sup> Golann s.498.

<sup>146</sup> Özmumcu, s. 808; Özbek s.358.

<sup>147</sup> Özmumcu, s.809.

alternatif uyuşmazlık çözüm yolu düzenlemesinin kamu menfaatinin sağlanması amacıyla kanunlaştırıldığı düşüncesi hakimdir<sup>148</sup>. Her ne kadar bu tür düzenlemelerin yalnız kamu yani idareye yararlı olduğu düşünülse de 1970’li yılların sonuna doğru bir konferansta çok seçenekli mahkeme teşkilatının anlatılması ve bu sistemin Federal Usul Kurallarına mahkeme dışı çözüm yöntemlerine ilişkin düzenlemeler eklenmiş, 1990’lı yılların sonuna doğru Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına ilişkin kanun yayımlanmıştır<sup>149</sup>. Özel uyuşmazlıklarda tahkim, konusu itibariyle; borsa işlemlerinden kaynaklanan, ticari sır ihtiva eden, yaralamalı sonuçlanan iş yeri kazaları, sigorta tazminatlarında ve bir takım başka uyuşmazlıklarda görülmektedir<sup>150</sup>. Bunun yanı sıra zorunlu tahkimin bağlayıcı olmadığı bazı düzenlemelerde mevcuttur, bunun örneklerini ise tıbbi malpraktis davalarında ve asbestten kaynaklanan yaralanmalar sonucu olan uyuşmazlıklarda görmekteyiz. Bu tip bağlayıcı olmayan zorunlu tahkim uygulamalarının usulünde ise tarafların uyuşmazlık içerisinde olduğunu yetkili mercie bildirmeleri halinde genelde serbest avukatlardan oluşan bir havuzdan bir hakem ataması gerçekleştirilmektedir. Bu atamanın devamında hakem olarak tayin edilen kişi çoğunlukla duruşma yapmaksızın, ifade dinlemeksizin yalnızca elinde olan sabit kanıtları değerlendirerek bir hakem kararı oluşturmakta, bu kanıtları kabul etmekte veya reddetmektedir<sup>151</sup>. Bu düzenlemenin usul ekonomisi ilkesi ile bağdaştığı değerlendirilmelidir. Otomatik bir sistemden atanan hakem ve duruşma yapılmaksızın karar verilmesi uyuşmazlık çözümündeki maliyeti bir hayli düşürmekte ayrıca yargılama süresini bir hayli kısaltmaktadır.

Zorunlu arabuluculuk uygulamaları bakımından Amerika Birleşik Devletlerini incelediğimizde eyaletten eyalete düzenlemelerin farklılık gösterdiğini ancak zorunlu arabuluculuğun yaygın olduğunu görmekteyiz. Indiana’da mahkemelerinde, tarafların rızalarına bakmaksızın tarafları arabuluculuğa gönderme yetkisi bulunmaktadır. Taraflar arabulucuya gittikleri takdirde iki oturum sonunda anlaşamazlarsa bu yöntemi bırakıp tekrar mahkemeye dönebilecekleri ayrıca düzenlenmektedir<sup>152</sup>. Mahkemelerin burada tek aradığı kıstas tarafların iyi niyetli olarak arabuluculuk sürecine katılmalarıdır<sup>153</sup>.

---

<sup>148</sup> Golann s. 498.

<sup>149</sup> Özmumcu, s.820.

<sup>150</sup> Golann s.499.

<sup>151</sup> Golann s. 499.

<sup>152</sup> Tuğsavul s.10; Kekeç s.588.

<sup>153</sup> Özmumcu, s.822.

Nevada’da birikmiş dosyalardan dolayı zorunlu arabuluculuk bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmıştır. North Carolina’da ise herhangi bir hukuk uyuşmazlığında taraflar arabulucuya başvurmazsa taraflara maddi bir takım külfetler yüklemekte ve zorunlu arabuluculuğu bu şekilde düzenlemektedir, düzenleme olarak biz başvuru zorunluluğu olmasa da fiilen bir zorunluluk vardır. Delaware eyaletinde ise belli bir meblağı aşan uyuşmazlıkları mahkemeye taşımadan önce arabuluculuğa başvuru dava ön şartı olarak düzenlenmektedir. Alabama’da da zorunlu arabuluculuk düzenlenmektedir; mahkemeler yargılamanın herhangi bir anında tarafların arabulucuya gitmelerini emredebilir ve taraflar buna uymak zorundadır. Bunun yanı sıra taraflardan biri arabulucuya müracaat ederse diğer tarafın bunu reddetme imkanı elinden alınmakta ve arabulucuya gidilmesi zorunlu tutulmaktadır. Montana eyaleti aile içi ilişkiler, para alacakları, işçi tazminatı gibi konularda arabulucuya başvurmayı zorunlu olarak düzenlemiştir ancak burada arabuluculuk sürecinin yetmiş beş gün içinde bitirilmesini zorunlu tutmuştur. Sayılan eyaletlerin dışında Amerika Birleşik Devletlerinde genelde aile uyuşmazlıkları, velayet hukuku ve para alacakları gibi konularda zorunlu arabuluculuk düzenlenmektedir<sup>154</sup>

Amerika’da yeni ve az bilinen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu daha mevcuttur; bunu seri jüri yargılaması olarak Türkçe ‘ye çevirmemiz mümkündür. Bu metotta, uyuşmazlık içinde olan taraflar bir jüriye başvurmakta ve uyuşmazlığın niteliği, belli bir zaman dilimi içinde jüri tarafından karara bağlanmaktadır, jüri yargılaması genel itibariyle uyuşmazlık içinde olan tarafların mahkemeye başvurmadan önce başvurduğu bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak karşımıza çıkmaktadır, bu yöntemin en büyük avantajı jürinin kanaatini haftalar en kötü ihtimalle aylar içinde açıklayarak uyuşmazlığın neticesi hakkında çok kısa sürede bir kanıya erişilmesidir<sup>155</sup>. Pek tabi seri jüri yargılamasının yansımaları bizim ülkemizde görmek mümkün değildir.

Hakimin düzenleme haricinde kendi takdir yetkisi ile yönlendirdiği alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun tüketilmeksizin, mahkemeye başvurulmaması hiç şüphesiz ki mukayeseli hukukun yapısından kaynaklanmaktadır. Özbek sayfa 443’te yer alan örneğe göre: “ New Hampshire eyaletinde hukuk davalarında, mahkemeye başvurulmadan önce kendi tercih edecekleri alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvuruyu zorunlu tutmaktadır.

---

<sup>154</sup> Özmumcu s. 824.

<sup>155</sup> Golann s. 500.



Minesota eyaletinde ise yine hukuk davalarında mahkemeye başvuru aşamasında belli bir süre içinde bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolunu seçmeleri ve bunu mahkemeye bildirmeleri zorunlu tutulmaktadır.” Bazı eyaletlerde ise uyuşmazlığın niteliğine göre hakimin faydalı görüp görmemesine göre alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvuruyu mecburi tutmakta veya yargılamayı kendi neticelendirmektedir<sup>156</sup>.

İtalya’da zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının gelişimi ve durumu hakkında bilgi verilmesi gerekmektedir. Zira İtalya bu yolların zorunlu hale gelmesi ve alışkanlık haline getirilmesi bakımından ülkemize örnek teşkil edebilecek bir durumdadır. İtalya’dan örnekleri açıklamadan önce Avrupa Birliğinde gerçekleşen bir takım gelişmelere göz atmak faydalı olacaktır.

Avrupa Birliğinde özgürlük, güvenlik ve bir adalet bölgesi oluşturma isteği Avrupa Birliği Arbuluculuk Yönergesi önerisini oluşturmuştur. Bu yönergenin asli amacı AİHS 6 ncı maddede yer alan adalete erişimi kolaylaştırmaktır. Bu yönerge adalete erişimin yalnızca mahkemelere erişim hakkı olmadığını aynı zamanda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını da kapsadığını savunmaktadır. Bu yönerge de temel itibarıyla mahkeme ile bağlantılı alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ele alınmış ve bu yolların mahkeme bağlantılı nasıl düzenlenebileceğine ilişkin yollar belirlenmiştir<sup>157</sup>. Bu yönergenin gelişmelerini ülkemizde son yıllarda yapılan düzenlemelerde de görmek mümkündür, keza 2000’li yılların başında yazılan bu önergeden sonra Avrupa’ya paralel olarak ülkemizde de tüketici ve iş uyuşmazlıklarında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kullanımı artırmak adına düzenlemeler gerçekleştirilmiştir. Ticaret hukukunda da bu yöntemlerin kullanımını artırmaya yönelik çalışmalar halen devam etmektedir.

Yukarıda kısaca bahsedilen yönergenin iç hukukunda en çok etkisi görülen ülke İtalya olmuştur. Zira İtalya bu önergeden sonra on yıllık bir süreç için tüketici, işçi-işveren ve ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arbuluculuk düzenlemelerini gerçekleştirmiştir. Pek tabii bu kadar sürat ile iç hukukta bu tarz zorunluluklar getirmesi eleştirilere maruz kalsa da, bu düzenlemeler gerçekleştikten sonra alternatif yollar ile çözülen uyuşmazlık sayısı bir hayli

---

<sup>156</sup> Özbek s. 444.

<sup>157</sup> Özbek Avrupa, s. 210. ; Pekcanitez s. 670.

artmıştır<sup>158</sup>. 2010'dan sonra bu düzenlemelere ilişkin zorunluluk birçok yerden kaldırılrsa da, halk tarafından bu yöntemlere başvurma alışkanlığı edinilmiş olmuştur.

İngiltere'de zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yolları düzenlemelerine baktığımızda, bu düzenlemeleri yarı mecburi olarak nitelendirilebiliriz. İngiltere'de dava ön şartı olarak arabuluculuk vb. gibi düzenlemeler bulunmasa da yargılama masraflarının nasıl hükmedileceğine dair karar verilirken alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulup başvurulmadığı dikkate alınmakta, yargılama neticesinde haklı çıkan tarafa bile bu masrafları yükletebilmektedir<sup>159</sup>. İngiltere'de olduğu gibi yukarıda birçok farklı ülkede de örneklerini gördüğümüz üzere bu yöntemler alternatif yollara başvurmak için bir hayli teşvik edici düzenlemeler olduğu değerlendirilebilir.

Avusturalya'da yukarıda da belirtildiği üzere tarım borçları gibi birçok alanda zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru düzenlemeleri mevcuttur. Hatta bu düzenlemeler diğer ülkelerle kıyaslandığında çok daha eski tarihlere dayanmaktadır. Avukatlık Kanunundan kaynaklanan, kira uyuşmazlıkları gibi birçok özel hukuk uyuşmazlıklarda bu düzenlemeler yer almakta olup, Ulusal Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri Danışma Konseyi raporlarında bu düzenlemelerin yargıya erişimi artırdığı yönünde açıklamalarda bulunması üzerine idare de kendi sözleşmelerinde tahkim ve arabuluculuk şartlarını eklemeye başlamıştır<sup>160</sup>. Dolayısıyla, Avusturalya aslında başvuru zorunluluğunun getirilmesiyle hem kamu hem özel hukuk uyuşmazlıklarında alternatif yollara başvurunun bir alışkanlık haline almasına yol açmış ve tarafı kim olursa olsun bir uyuşmazlık çıktıktan sonra mahkemeye başvurmadan önce barışçıl yollara başvuru günlük hayata işlemiştir.

## **8. ÜLKEMİZDE BAZI ZORUNLU ALTERNATİF ÇÖZÜM UYUŞMAZLIKLARI ÖRNEKLERİ**

Burada ilk olarak 3533 sayılı kanuna değinilmesinde fayda vardır. “Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete

<sup>158</sup> Özmumcu s.918. Özbek Avrupa s. 218.

<sup>159</sup> Özmumcu s.816. Kekeç s.516.

<sup>160</sup> Özmumcu s.819.

veya Belediye veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yollu Hâlli Hakkında Kanun” dokuz maddeden oluşup, sermayesinin tamamı devlete ya da hususi idarelere ait daireler ve müesseselere ait daireler arasına olan uyuşmazlıklarda tahkim yoluna gidilmesi zorunlu tutulmuştur.

İç hukukumuzda 1177 sayılı Tütün ve Tütün Tekeli Kanunu’nda da tütün ekicisi ve alıcısı arasında olan alım-satım sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar ve alıcının temerrüde düşmesi halinde tahkime gidilmesi zorunluluğu düzenlenmiştir. Satıcının, alıcıya ürünlerin hazır olduğunu bildirmesinden on gün içinde alıcının tütünleri teslim alma sorumluluğu vardır, aksi halde alıcı temerrüde düşmektedir. Alıcının temerrüde düşmesi halinde, satıcı tahkim yoluna başvurarak alıcının bu ürünleri almasını ve bedeli ödemesini talep eder. Ayrıca satıcının talebi halinde, hakem kurulu satış tutarının yarısına kadar tazminata hükmedebilir. Tütün ekicisi ile alıcısı arasında, yazılı alım-satım sözleşmesinin doğacak uyuşmazlıklar da hakemler eliyle çözümlenmektedir. Uyuşmazlık baş gösterdiğinde alıcı veya ekici veya var ise ekicinin isteğine dayanarak ekiciyi temsilen Ekiciler Birliği, mahalli sulh mahkemesine tahkim istediğini ve hakeminin kim olduğunu yazı ile bildirir. Mahkeme bu başvurmayı ve davacının hakeminin kim olduğunu diğer tarafa veya ikametgâhına hemen bildirerek üç gün içinde kendi hakemini seçmesini ister, mahkemece de üçüncü bir hakem seçilir. Bu süre içinde hakemini seçmeyen tarafın hakemi mahkemece re ‘sen seçilir. Mahkemece 3 hakeme de doğruyu bildireceklerine yemin ettirilir. Hakemler, yemin ettirildiği günden başlayarak beş gün içinde kararlarını verirler. Hakem kararlarında hakem ücretleri ve diğer giderler de belirtilir. Hakemler, eksper bulunmayan yerlerde, bu işlerden anlayanlar arasından seçilir. Hakemler, kararı mahkeme kalemine verirler. Mahkeme, hakem kararını iki gün zarfında taraflara tebliğ eder. Taraflar, bu karara karşı, tebliğ tarihinden itibaren 8 gün içinde Yargıtay'a başvurabilirler. Yargıtay tetkikatını bir ay içinde yaparak kararını verir. Hakem kararı Yargıtay'ca bozulduğu takdirde mahkemece hakemlere yeniden inceleme yaptırılır. Yargıtay’ın bozma kararına uyulması zorunludur. Temyiz süresi geçen hakem kararları mahkemece tasdik ve tescil, Yargıtay’ca onanan hakem kararları ise tescil olunur. Mahkemece tescil olunan hakem kararları ilam niteliğini almaktadır.

91 sayılı Menkul Kıymet Borsaları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 13. Maddesinde de bir başka zorunlu tahkim hali düzenlenmektedir. Buna göre borsa üyesi

kuruluşlar arasında çıkan uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözümlenecektir. Söz konusu maddede; Borsa üyeleri arasında borsa işlemlerinden dolayı çıkacak uyuşmazlıklarının hakka karar verecek merciinin Borsa Yönetim Kurulu olduğu, Borsa Yönetim Kurulu'nun kararlarına karşı Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) nezdinde itiraz edilebileceği ve SPK'nın bu ihtilaflar konusundaki kararlarının nihai olduğu hükümlerine yer verilmektedir.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmeleri, Grev ve Lokavt Kanunu'nda da zorunlu tahkim süreci düzenlenmektedir. Burada yer alan tahkim taraflar arasında menfaat çelişisini dengelemeye çalışılmaktadır. Toplu iş uyuşmazlıklarında, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına gidilmesi kanunda zaman zaman zorunlu tutulmuştur. Bunun yanında her türlü toplu iş uyuşmazlıklarında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına, barışçıl yollara gidilmesi teşvik edilmekte ve kanunda buna ilişkin yapılacak düzenlemelere ilişkin uzun zamandır süregelen görüşmeler devam etmektedir. Kanunda grev ve lokavtın yasak olduğu hallerde zorunlu arabuluculuğa gidilmesi veya taraflardan birinin talebi halinde tahkime gidilmesi düzenlenmiştir. Ayrıca geçici grev ve lokavt yasağının olduğu iş yerlerinde de aynı durum söz konusudur. Grev ve lokavt başlangıcından sonra başlatılan toplu görüşmelerin otuzuncu gününde anlaşma sağlanamazsa arabuluculuğa veya tahkime gidilmesi zorunlu kılınmıştır.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da, belli bir miktarın altında kalan uyuşmazlıklarda uyuşmazlık miktarına göre İl ve İlçe Tüketici Hakem Heyetleri 'ne başvurma zorunluluğu düzenlenmektedir. Düzenlemede heyetlerin verdikleri kararlar için itiraz yolu açıktır, itiraz olmazsa verilen karar veya itiraz üstüne verilen karar ise kesindir ve İcra İflas Kanunu'nun 38 maddesine göre ilam niteliğini haiz kararlardır. Burada düzenlenen başvuru süreci mecburi tahkim kapsamındadır. Zorunlu tahkimde, o yolu tüketmeksizin devlet mahkemelerinde dava açma imkanı bulunmamaktadır. Aynı şekilde 6502 sayılı kanunda düzenlenen hakem heyetine zorunlu başvuru yoluna gidilmeksizin devlet mahkemelerine başvurulamamaktadır. Burada dava önşartı olarak bir zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yolu düzenlemesi mevcuttur.

4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunda yer alan düzenlemeye de değinmekte fayda vardır. Bilindiği üzere aile uyuşmazlıkları toplumda önemli bir yer işgal etmekte ve bu uyuşmazlıkların büyük bir

titizlikle çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Bu sebeple 4787 sayılı kanunun 7 inci maddesi bir sulh mekanizması düzenlemektedir. Bu hükme göre Aile Mahkemeleri, uyuşmazlık taraflarını, işin niteliğine göre uzmanlardan yardım alarak sulh olmaya teşvik etmek zorundadır. Burada aile düzeninin, karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması gibi değerlerin ön plana çıkarılması amaçlanmaktadır. Sulh sağlanmadığı takdirde yargılamaya mahkeme eliyle devam edileceği yine bu hükümde düzenlenmektedir. Bu düzenleme hakimleri adeta bir aile arabulucusu gibi uyuşmazlıklarını sulh yolu ile çözmeye teşvik etmektedir<sup>161</sup>. Bu uygulamanın artırılması hatta birçok Avrupa ülkesinde de görebileceğimiz gibi aile uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğun getirilmesi gerekmektedir. Bu düzenleme her ne kadar burada ele alınan diğer düzenlemeler gibi dava şartı olarak düzenlenmese de hakim tarafından bu yola teşvik etmeksizin tarafların uyuşmazlığını ele alamayacağı düzenlenmektedir. Dolayısıyla, hakimin bir nevi zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına teşviki ile bu düzenlemenin zorunlu bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu düzenlemesi olduğu değerlendirilebilir.

3039 sayılı Çeltik Ekimi Kanunu da iç hukukta zorunlu tahkim düzenlenen bir mevzuattır. Bu mevzuata göre çeltik ekimi kontrolü ve uyuşmazlıkları kazalarda kurulan komisyonlara bağlı mutemed heyetlere bağlıdır. Bu heyetlerin ilk görevi çeltik ekimlerinin kontrolü ve bu ekimleri kimin yapacağını belirlemektir. Çeltiklerin ekilmeleri, sürelerinde kesilmeleri vb. işlerin kontrollerini yaparlar. Ayrıca Su taksimi ve sıra işlerinde çeltik ekicileri arasında çıkacak anlaşmazlık ve dirliksizlikler mutemed heyetleri tarafından ele alınır. Mutemed heyetler uyuşmazlıkların giderilmesinde etkin olamazlarsa, uyuşmazlıklar bağlı oldukları komisyonlar aracılığıyla giderilir. Uyuşmazlıklar aynı kanal ve sulardan yararlanan iki veya daha fazla köylerin mutemed heyetleri arasında çıkarsa bu uyuşmazlıklar o kaza komisyonu tarafından giderilir. Uyuşmazlıklar başka kazalar mutemed heyetleri arasında olursa, bu uyuşmazlık idare heyetleri çeltik komisyonlarınca çözümlenir. Uyuşamazlarsa vilayetler veya Ziraat Vekaleti bu uyuşmazlıkları bir ay içinde sonuca bağlamak ve uyuşmazlık taraflarına bildirirler.

Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'da yer alan zorunlu tahkim müessesesi de iç hukukumuz bakımından zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına bir örnektir. Türk Futbol Federasyonu yapısında bir hakem heyeti ve

---

<sup>161</sup> Tanrıver s.26.

tahkim kurulu barındırmaktadır. Oyuncular ile kulüplerin arasındaki sözleşmeler özel hukuka tabi olduğu sebebiyle, TFF'nin genel yapısının da özel hukuka tabi olması kararlaştırılmıştır. Profesyonel futbol dalında faaliyet gösteren kulüpler, Yönetim Kurulu'na tespit edilecek şartlar ve taahhütlere göre federasyona tescil edilirler ve Yönetim Kurulu'na belirlenecek tescil ücretini öderler. Tescil sırasında kulüpler; Tahkim Kurulu'nun kararlarına uyacaklarına dair taahhütnameyi imzalamak zorundadırlar. Tescil edilmeyen veya taahhütlerini yerine getirmedikleri için tescili iptal edilen kulüpler müsabakalara iştirak edemezler. Bu şartlara göre oluşmuş kulüpler arasında veya kulüplerle futbolcuları arasında çıkan uyuşmazlıklarda tahkime gidilmesi mecburi kılınmıştır.

25.10.2017 tarihinde yayınlanan Resmi Gazete' yer alan 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile bireysel iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk "dava şartı" olarak yer almaktadır. Hem işçi hem işveren taraf tarafından uzun süredir talep edilen bu düzenleme 3 üncü maddede yer almaktadır. Bilindiği üzere ayrı bir kanun ile kurulan İş Mahkemelerinin asli görevi işçilerin alacaklarına ve haklarına HMK. 30 uncu maddede düzenlenen usul ekonomisi kapsamında daha kısa sürede ulaşmalarını sağlamaktır. Bu gibi sebeplerle ayrıca İş Kanuna göre görülen uyuşmazlıklar basit yargılama usulüne tabi olarak görülmektedir. Ancak ne yazık ki Adalet Bakanlığının yayınladığı adli istatistiklere bakıldığında mahkemelerde bir hayli iş yoğunluğu yaşandığı görülecektir. Dolayısıyla bu yoğunluğun ortadan kaldırılması adına dava şartı olan arabuluculuk İş Mahkemeleri Kanununda düzenlenmektedir. Düzenlemede kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayalı işçi veya işveren alacaklarının, tazminatın ve işe iade talepli açılan davaların görülmesi için arabulucuya başvurulması şartı aranmaktadır. Davacının, İş Mahkemesine başvurusunda anlaşmazlıkla sonuçlanmış arabuluculuk tutanağının aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine ekleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Mahkemece dava dilekçesi ekinde bu zorunluluğun yerine getirilmediğinin anlaşılması halinde, davacıya bir haftalık ek süre verilecektir. Burada davacıya tanınan süre Hukuk Muhakemeleri Kanunu 94 üncü maddede düzenlenen kesin süredir. Eğer davacı bir haftalık kesin süre içerisinde arabuluculuk tutanağını dava dilekçesine ekleyemezse mahkeme davayı usulden ret edecektir. Mahkemenin bunu davacıya ihtaren tebliğ etmesi gerekmektedir. Eğer ki mahkemece davanın, arabulucuya başvurulmadan açıldığı anlaşılırsa herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın Hukuk Muhakemeleri Kanununun 114 üncü

maddesine dayanarak dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilmesi gerekmektedir. İş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğa başvuru iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davaları ile bunların tespit, itiraz ve rücu davalarını kapsamamaktadır.

Zorunlu arabuluculukta, arabulucunun seçilmesi usulünde ise, burada seçilecek arabulucuların halihazırda arabuluculuk sicilinde yer alması gerekmektedir. Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından sicile kayıtlı arabulucular, iş kanuna göre zorunlu arabuluculuk yapmak isterlerse, uzmanlık alanlarını belirterek görev yapmak istedikleri adalet komisyonlarına göre listeleyip, listeleri komisyon başkanlıklarına bildirilir. Komisyon başkanlıkları da bu listeleri kendi yargı çevrelerinde bulunan bürolara ve büro bulunmayan yerlerde görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne gönderecektir. Yer bakımından bu arabuluculuğa nerede başvurulması hususunda ise ilgili hüküm arabulucuya başvuranın karşı tarafının yerleşim yeri, birden fazla kişi ise birinin yerleşim yeri olarak belirlemiştir. Arabulucunun belirlenmesi hususunda büronun komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden belirlenmesi gerekmektedir. Taraflar listede bulunan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmışlarsa, arabulucunun tarafların anlaşığı arabulucu olması gerekmektedir. Sürecin başlangıcına ve karşı tarafa bildirimle ilgili ilk sorumluluk başvurana aittir. Başvurucu elinde varsa karşı tarafa ait iletişim bilgilerini büroya vermelidir. Eğer karşı tarafın iletişim bilgileri ve adresi başvurucunun elinde yoksa bu durumda arabuluculuk bürosunun resmi kayıtlarda yer alan iletişim bilgilerini araştırmaya yetkisi bulunmaktadır. Bu yetkiye binaen, büro ilgili kurum ve kuruluşlardan bilgi talep edebilir. Bu kurum ve kuruluşlar talep edilen bilgi ve belgeleri büro ile paylaşmak zorundadır. Taraflara ait iletişim bilgileri büro tarafından toplandığı takdirde bu bilgiler uyuşmazlıkta arabuluculuk yapacak arabulucuya tedarik edilir. Mevzuat ihtiyaç olması halinde bu noktada araştırma yetkisini de arabulucuya sağlamıştır. Bu bilgiler ışığında arabulucu ilk toplantı için her türlü iletişim vasıtasını kullanarak tarafları bilgilendirecek ve ilk toplantıya çağıracaktır. Çağrı ve bilgilendirme işlemini yaptıktan sonra arabulucunun bu bilgilendirmeyi belgeye bağlaması gerekmektedir.

Arabuluculuk bürosunun yetkili olup olmadığı hususunda arabulucunun inceleme yapma yetkisi bulunmamaktadır. Burada tek itiraz karşı taraf tarafından en geç ilk toplantıda yerleşim yeri ve işin yapıldığı yeri belgelemesi şartıyla yapılabilir. Burada

yapılacak yetki itirazı ilk itiraz gibi değerlendirilmelidir. Bu itirazın yapılması halinde arabulucu, dosyayı en kısa sürede ilgili sulh mahkemesine gönderilmesi üzerine büroya teslim edecektir. Dosya kendisine tevdi edilen sulh hukuk mahkemesi, herhangi bir harç almaksızın yetkili arabuluculuk bürosunu tayin etmekte ve bu kararını dosya ile birlikte Tebligat Kanununa uygun olarak yer bakımından yetkili arabuluculuk bürosuna göndermesi gerekmektedir. Ancak kendisine itiraz gelen sulh hukuk mahkemesi itirazın reddine karar verirse dosyayı yine aynı arabulucuya göndermesi gerekmektedir. Davacı tarafından, yetki itirazının kabul edilmesi halinde, bu durum kendisine tebliğ edilmesinden itibaren bir hafta içinde yetkili büroya başvuru gerçekleşebilir. Yetkili büronun yine aynı usulde bir arabulucu tayin etmesi gerekmektedir. Eğer ki yetki itirazı reddedilirse arabuluculuk sürecine ilişkin süreler yeniden başlayacaktır.

Zorunlu arabulucuya başvurulması halinde, arabulucunun görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde başvuruyu sonuçlandırması gerekmektedir. Kanun burada zorunlu hallerde bir haftalık süre uzatımı vermektedir. Ancak burada belirtmek gerekir ki her zaman ihtiyari arabuluculuğa dönmek mümkündür. Arabulucu eğer taraflara ulaşamaz, taraflar görüşmelere katılamadığı görüşme yapılamaz veya arabuluculuk süreci sonrası anlaşmaya varılır veya varılamazsa süreci sona erdirir ve tutanak düzenleyerek durumu derhal büroya bildirir.

Mevzuat taraflardan birinin mazeret göstermemesi halinde ilk toplantıya katılmaz ise, yargılamaya gidilse ve ilk toplantıya katılmayan taraf haklı bulunsa bile bütün yargılama masraflarının bu tarafa yükletileceğini düzenlemektedir. Bu taraf lehine vekalet ücreti bile hükmedilmeyecektir. Düzenleme burada bir cezalandırma yöntemi ile arabuluculuğu teşvik etmektedir. Pek tabii iki tarafın katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyeti sona ererse bu durumda masraflar iki taraf üzerine de bırakılacaktır.

Sürecin sonunda eğer taraflar anlaşırsa arabuluculuk ücreti, tarifeye (Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi) göre aksi kararlaştırılmadıkça iki tarafça da eşit biçimde karşılanacaktır. Anlaşma olması halinde, arabulucuya ödenecek ücret iki saatlik ücret tutarından az olamayacaktır.



Eğer arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaz, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaz veya görüşmeler iki saatten az sürerse iki saatlik ücret Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenecektir. İki saati aşan ve anlaşma ile sonuçlanan arabuluculuk görüşmelerinde ise iki saati aşan kısımlar yine aksi kararlaştırılmazsa taraflarca eşit olarak ödenecektir. Adalet Bakanlığı veya taraflarca karşılanan arabuluculuk ücretleri, şerh verilmesi aşamasında yargılama masrafı olarak değerlendirilecektir.

Eğer işe iade talebi ile başvuru bir arabuluculuk sürecinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi varsa, anlaşmanın gerçekleştirilmesi için hem asıl hem alt işverenin görüşmelere birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirlerine uygun olması şartı aranacaktır.

Zorunlu arabuluculuk süresince, büro tarafından yapılması gereken zorunlu giderler, sürecin anlaşma ile sonuçlanması halinde taraflarca; anlaşmaya varılmaması halinde ise yargılama sonunda haksız çıkan taraftan tahsil edilmek üzere Bakanlık bütçesinden karşılanacaktır.

Zorunlu arabuluculuk düzenlemesi süreler bakımından durdurucu etkiye sahiptir. Bu görüşmelere taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığı ile katılım sağlayabileceklerdir. Hatta mevzuat tutanağı imzalanması ve görüşmelere katılımı konusunda işverenin yetkilendirdiği bir temsilcisini de kabul etmektedir.

Bilindiği üzere iş hukukunda, işçi lehine yorum ilkesi hakimdir. Bu sebeple günümüze kadar olan işveren-işçi uyuşmazlıklarında işçi her daim ne talep ederse etsin davayı kazanır, işveren ise ne kadar haklı olursa olsun davayı kaybeder kanısı hüküm sürmektedir. Bu sebeple gerçekten hakkına ulaşmak isteyen işçinin bu talebine ulaşması, işveren tarafın her halükarda dava kaybedilecek kanısı ile olabildiğince uzatılmaktaydı. Zaman zaman ise haklı sebeple bile olsa işine son verilen işçi, ne koparabilirsem kardır mantığı ile haksız olduğunu bile bile dava açmaktaydı. Bu gibi sebeplerde özellikle son on yıldır iş mahkemelerinde bir hayli dava yığılması yaşanmaktaydı. Ancak yukarıda verilen ve arabuluculuğu dava ön şartı olarak düzenleyen kanun ile bu yığılmanın önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Bu düzenleme ile mahkeme önünde kötü niyetin ön plana çıktığı uyuşmazlıklardan kaçınılacak ve artık aralarındaki iş akdi sona erse bile işçi ve işveren

barışçıl bir biçimde el sıkışarak haklarına erişip sosyal barış içinde yaşamlarına devam edebileceklerdir.

Yukarıda genel hatlarıyla açıklanan düzenleme amaçlanan hususları biraz açıklamaya çalıştık. Bu düzenlemenin asıl gerekçelerine değinmek gerekirse de, bu düzenleme öncesi yürürlükte olan İş Kanunu'nda işe iade davalarının dört ay içinde karara bağlanması gerektiği düzenlense dahi uygulamada mümkün olmadığı, diğer uyuşmazlıklarında aynı şekilde çok uzun süreli olduğu aşikârdı. Etkin kullanılan arabuluculukta uyuşmazlığın bu sürelerden çok daha kısa sürede çözümlendiği bilinen bir gerçektir. Bu sebeple doktrinde zorunlu arabuluculuk olarak kabul edilse de, düzenlemede “dava şartı olarak” arabuluculuk şeklinde belli uyuşmazlıklar için bu düzenleme gerçekleştirilmiştir. Bu düzenleme ile arabuluculuğa uygun bazı uyuşmazlıklar bu kapsamda tutulmuş, arabuluculuğa elverişli olmasına rağmen iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan tazminat davaları bu düzenleme dışında bırakılmıştır<sup>162</sup>. Dava şartı olarak düzenlenmesindeki yarar ise bu yol tüketilmeksizin Mahkemeye başvurulması halinde usulden reddedilmesidir. Düzenlemede bu durum ayrıntılı olarak belirtilmese de Hukuk Muhakemeler Kanunu bu kanunu tamamlamaktadır. Burada arabuluculuğa gidilmesi gereken uyuşmazlıklarda mahkemeye başvurulması halinde, hakim öncelikle bu yolun tüketilip, tüketilmediğine bakacaktır. Eğer arabuluculuğa hiç gidilmemişse dava usulden reddedilecektir. Eğer arabuluculuk süreci yapılmış ancak başarısız olduğuna ilişkin tutanak dava dilekçesine konulmamış ise hakim kesin süre vererek bu eksikliğin giderilmesini talep edecektir.

Kanunda görüleceği için zorunlu arabuluculuk için verilen süre üç hafta, ihtiyaç olması halinde ise azami dört haftadır. Taraflar bu süre içinde anlaşamaz ve uyuşmazlıklarını mahkemeye taşımak isterlerse, başarısızlık tutanağı ile mahkemeye başvurabileceklerdir ancak taraflar uyuşmazlığın arabuluculuk ile çözümlenmesine ihtimal veriyorlarsa o halde zorunlu arabuluculuk ihtiyari arabuluculuk ile devam edebilecektir. Arabulucu ücretlerine ilişkin düzenleme ise bu süreçte tarafların anlaşmaları halinde asgari arabulucu ücret tarifesi bu ücretin karşılanması yönündedir. Eğer taraflar bu süreçte anlaşamazlar ise, zorunlu iki saatlik ücret hazineden karşılanacak, yargılama sonunda ise davayı kaybeden tarafa rücu edilecektir.

---

<sup>162</sup> Erdoğan, s.1215.

## 9. MUKAYESELİ HUKUK SİSTEMLERİ BAKIMINDAN ZORUNLU ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARININ ANAYASAYA UYGUNLUĞU

Öncelikle bahsi geçen zorunlu düzenlemelerin, Amerikan Hukuku'ndaki yansımalarına bakılacaktır. Amerikan Hukuku'nda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurunun teşvik edildiği bir takım düzenlemeler mevcuttur. Bunun yanı sıra doktrinde bu metotların zorunlu tutulması jüri yargılaması hakkını ihlal edip etmediği, usul süreci bakımından; mahkemeye erişimin ihlal edilip edilmediği hususunda, eşit koruma ilkesi bakımından, erkler ayrılığı ilkesi bakımından ve federal ilkelerin gözetilmesi bakımından değerlendirilmektedir.

Amerikan hukukçuları, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ücret bakımından düşük olması, süre bakımından hızlı olması gibi faydaları hakkında görüş birliği içerisinde. Tarafları, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına teşvik edilmesi bazı düzenlemeler hukuklarında yer almaktadır. Alternatif yolların faydalarının ve bu yollara başvuru için düzenlenen teşviklerin olmasına rağmen vatandaşların bu yollara aşına olmaması, vatandaşların yanlış bilgilendirmesi, avukatların yönlendirmemesi gibi sebeplerden uyuşmazlık taraflarının mahkemeye başvurma alışkanlıkları sürmektedir. Açıklanan nedenlerden dolayı, alternatif yolların kullanımı artırmak amacıyla bu metotların zorunlu olarak düzenlenmesi gerektiği hususunda Amerikan doktrininde görüşler yer almakta ve zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yolları düzenlenmektedir<sup>163</sup>. Bazı hususlar alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yapısı ile uygun olmasına rağmen anayasal olarak uygulanabilirlik kazanamamıştır. Amerikan hukukunda zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, bizim hukukumuzda da görülebileceği üzere tarafların mahkemeye başvurmadan önce bu yolları tüketmesine yönlendirmekte yani bir nevi dava ön şartı olarak düzenlenmektedir. Ayrıca az önce de değindiğimiz gibi teşvik olması amacıyla bağlayıcı olmayan yöntemlerde bile mahkemeye gidilmesi veya uyuşmazlığın çözüme kavuşturulamaması hallerinde bazı fiili zorunlu düzenlemeler yer almaktadır. Dava ön şartı olan zorunlu düzenlemelerin yanında mahkeme bağlantılı düzenlemelerde görülmektedir.

---

<sup>163</sup> Golann s. 491.

Amerikan hukukunda jüri yargılaması çok büyük bir öneme sahiptir, şöyle ki birçok eyalette jüri yargılamasına erişim kanun ile garanti altına alınmıştır<sup>164</sup>. Bu durum İngiliz hukukunda da benzerlik göstermektedir. Jüri yargılaması çok önemli bir anayasal hak olmakla birlikte bağlayıcı olan ve bağlayıcı olmayan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları açısından irdelenmesi gerekmektedir. Bu hak, anayasal olarak korunurken çoğu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında öngörülmemektedir. Jüri yargılamasına başvurulabilmesini, bağlayıcı olmayan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında görmek mümkündür. Ayrıca bütün bunların yanı sıra Amerikan Yargıtay'ının verdiği bir kararda, jüri yargılamasını düzenleyen Anayasa'nın tadil olmuş 7 inci maddesinde geleneksel yöntemlerden ziyade modern yöntemlerin kullanılmasının da teşvik edildiği belirtilmektedir<sup>165</sup>. Bu hak jüri yargılamasının zorunlu tutulması değil, talep edildiği halde jüri yargılamasına erişebilme hakkı olarak hukuk dünyasında varlığını sürdürmektedir. Amerikan hukuku bakımından çoğu alternatif metodun, hem zorunlu hem de ihtiyari olmasını ön gören düzenlemeler mevcuttur<sup>166</sup>. Gönüllülük esası ile ilgili değinilen mahkeme kararında, bir kömür fabrikası, ödeme alamadığı müşterilerinden hakkını tahsil etmek istemektedir. Taraflar her ne kadar bir jüri yargılaması talep etmiş olsalar da hakim bu talebi reddedip, hesapları kontrol etmesi amacıyla bir maliye denetçisi atamış ve bu inceleme sonucu uyuşmazlığı karara bağlamıştır. Bu durum anayasal jüri yargılaması hakkının bertaraf edilmesi sebebiyle, anayasal hakların ihlali olarak değerlendirilmiştir. Bu kadar korunmasına karşın alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında jüri yargılamasına başvurulması ise tartışmalıdır. Burada tartışmanın ortaya çıkmasının asıl sebebi ise hakim hariç, bu yola başvurulması halinde jüriye yemin ettirilemeyeceği, dolayısıyla jürinin verdiği kararının doğruluğunun tartışmalı olacaktır<sup>167</sup>.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yaygınlaştırılması amacıyla Amerikan hukukunda koşullu olarak mahkeme masraflarını bir tarafa ödetme bir cezai yaptırım olarak uygulanmaktadır. Yani yarı mecburi düzenlemeler bu sistemde görülmektedir<sup>168</sup>. Bu şekilde alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun başarısız olması ile mahkemeye başvurulması

---

<sup>164</sup> Golann s.502.

<sup>165</sup> Golann s.506.

<sup>166</sup> Özbek s.405.

<sup>167</sup> Golann s.514.

<sup>168</sup> Özmumcu s.809.

halinde masraflar başvurucuya yükletilmektedir. Bu yaptırım tarafların alternatif yöntemde ısrarcı olmasına teşvik edilmesi amacıyla düzenlenmektedir. Başvurucunun, mahkemeye başvurusu jüri yargılamasına başvurmak amacıyla bile olsa, çoğu federal mahkeme masrafların karşılatılmasının anayasal hakları ihlal etmediği yönündedir<sup>169</sup>. Bunun yanı sıra bu parasal yaptırımlarla öngörülebileceğine ilişkin güvenlik önlemleri düzenlenmektedir. Bu güvenlik önlemleri, parasal yaptırımların psikolojik etkilerinin artırmasını amaçlamaktadır<sup>170</sup>. Bu olumsuz etkiler alternatif yollara başvurmanın teşvikini artırmaktadır<sup>171</sup>.

Amerikan hukuk sisteminde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının, kuvvetler ayrılığı ile bağdaşır bağdaşmadığı anayasal olarak irdelenmektedir. Federal kuvvetler ayrılığının yargısal anlamda temel olarak iki kolu bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Anayasa Mahkemesinin her daim üç aşamalı olan yargı mekanizmalarının önünde olduğunun kabul edilmesi ve ikincisi yargılama esnasında tarafların yasama ve elde edilen hakkın infazı konusunda endişelerinin bulunmamasıdır<sup>172</sup>. Hakimler yargılama esnasında kurumsal ve politik bir takım baskılara maruz kalmaktadır, ancak alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında bu açıdan bakıldığında kuvvetler ayrılığının daha uygulanabilir ve bu yöntemlerin kuvvetler ayrılığına daha uygun olduğu görülebilir<sup>173</sup>. Yukarıda da değinildiği üzere Anglo- Sakson hukuk sisteminin getirisi olarak bu düzenlemeler ve kararlar eyaletten eyalete farklılık göstermektedir<sup>174</sup>. Ancak genel görüş alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının, kuvvetler ilkesi ile bağdaştığı yönündedir.

Bununla ilgili olarak Crowell v. Benson davasında, mahkeme bağlantılı olan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulmasının kuvvetler ayrılığını ihlal etmediğini hakim kararında açıkça belirtmiştir<sup>175</sup>. Burada Amerikan Anayasa Mahkemesinde şu kriterler göz önünde tutulmaktadır; belirli bir uyuşmazlık için taraflar bu yolları tercih etmektedir, uyuşmazlık çözüm sürecinin sonunda verilen kararın infazı için karar mahkemelere ibraz edilmektedir, mahkemeler bu uyuşmazlığın kullanılan yöntemeye uygun olup olmadığı

---

<sup>169</sup> Golann s.511.

<sup>170</sup> Golann, s.511.

<sup>171</sup> Özmumcu, s.809.

<sup>172</sup> Golann, s.521.

<sup>173</sup> Golann, s.523.

<sup>174</sup> Özmumcu, s.820.

<sup>175</sup> Golann, s.525.

açısından ve infaz edilebilirlik açısından denetlenmektedir<sup>176</sup>. Seçilen yöntemin, kendisine yönlendirilen uyuşmazlık dışında başka bir yargısal gücü bulunmamaktadır. Bu sebeplerin bizim hukukumuzca da alternatif uyuşmazlık yöntemlerinin anayasal uygunluk açısından değerlendirilirken ele alındığına değinilecektir. Dolayısıyla bu kriterlere uyulması halinde açıkça söylenebilir ki, uyuşmazlık içerisinde olan taraflar, belli hallerde uyuşmazlıklarının alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile çözümlenmesini istemelerse, bu durum Amerikan Anayasasına ve kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun olacaktır. Bu belirlenen kriterlerin yanı sıra Golann, tahkimin bağlayıcı olması nedeniyle bu tip durumlarda kanunlar ile desteklenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu destekleme ise zaman zaman kanunların yönlendirmesi ile olmakla beraber zaman zaman tarafların bu yolları kullanmaması veya çözüme kavuşamamaları halinde mahkemeye başvurulması halinde düzenlenen cezai hükümler ile sağlanmaktadır. Yani diyebilir ki kanunlar vatandaşları alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yönlendirme eğilimindedir.

Amerikan hukukuna göre incelenen bir başka kriter ise bir davanın kanunlarca belirtilen esaslara uygun olarak yürütülmesi yani usul ve mahkemelere erişim hakkıdır. Amerikan Anayasası'nın 14 üncü maddesi yaşam, özgürlük ve mülkiyet haklarını korumayı amaçlamaktadır. Bu temel hakların korunması veya bu haklar ile bağlantılı olarak uyuşmazlık yaşanması hallerinde özgürlük ve mülkiyet hakkı genelde hukuk uyuşmazlıklarının konusu, yaşam hakkı ise ceza veya idare uyuşmazlıklarının konusunu oluşturmaktadır. Bu tip uyuşmazlıkların alternatif uyuşmazlık yöntemleri uygulanması halinde usuli kurallara uygun olup olmadığının incelenmesi için Golann üçlü bir ayırım yapmıştır. Bu ayırım; hukuk davası konusu olmayan, hukuk davası konusu olup bağlayıcı alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının konusu olan ve hukuk davası konusu olup bağlayıcı olmayan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının konusu olanlardır (bu kategoride mahkeme bağlantılı yöntemler görülmektedir). Hukuk davası konusu olmayan uyuşmazlıklarda bizim hukukumuz aksine Amerikan hukukunda özellikle iş uyuşmazlıkları gibi husularda zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına sıkça rastlanılmaktadır. Bunlar genelde bağlayıcı olmayan kategoride yer almaktadır. Hatta bu düzenlemelerde alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun başarısız olması halinde çoğu zaman bu yöntemleri tüketilmeksizin mahkemelere erişim hakkı bile kısıtlanmaktadır<sup>177</sup>. Hukuk

---

<sup>176</sup> Özmumcu, s.821.

<sup>177</sup> Golann s.532.

davası konusu olabilecek ve bağlayıcı alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında usuli süreç bakımından bazı davalarda büyük tartışmalara yol açmışken, usulün esnek olması ve bizim hukukumuzda usul ekonomisi olarak nitelendirdiğimiz ucuz, hızlı gibi sebeplerle anayasal olarak uygun birer mekanizma olduğu kanısına varılmıştır<sup>178</sup>. Hukuk davası konusu olabilecek, ancak bağlayıcı olmayan alternatif uyuşmazlık çözümlerini ise yine mahkeme bağlantılı olarak görebiliyoruz. Bizim hukukumuzda da olduğu gibi burada mahkemeye ön koşul olarak düzenlenmiş ve bu yöntem tüketilmeksizin mahkemelere başvuru hakkı engellenmiş düzenlemeler Amerikan hukukunda mevcut. Yukarıda da bahsedildiği gibi uyuşmazlıkların bu yöntemler ile çözümlenmesi teşvik edilirken, başarıya ulaştırmayan veya mahkemeye başvuran taraflara kaşı bazı maddi külfetler getirilerek teşvik amaçlanmaktadır<sup>179</sup>.

Amerikan hukukunda zorunlu veya ihtiyari alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının anayasal uygunluğu açısından incelenen son husus ise eşit koruma ilkesidir. Amerikan hukukunda bu alternatif yolların belli kategoriler ile doktrinde ele alındığı belirtilmiştir. Mahkeme bağlantılı yollar genelde belirli veya belirlenebilir parasal talepler için düzenlenmektedir. Diğer yollar ise velayet, işçi tazminat hakları ve diğer hukuk davası konusu olabilecek uyuşmazlıklar için görülmektedir. Burada bu yolların uygulanması açısından, iç hukuk kuralları hakkaniyete uygun olarak uygulanıyorsa ve taraflar mahkeme yargısı gibi eşit koşullarda bağlayıcı olsun olmasın, zorunlu olsun olmasın yargının parçası haline gelebiliyorsa, anayasal uygunluğun olduğu açıkça söylenebilir. En nihayetinde yargının gerçekleştirdiği denetim ise bunun varlığını bize göstermektedir<sup>180</sup>.

Açıklanan nedenler ile Amerikan hukuku bakımından zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının, hakkın esasını ihlal etmediği hallerde anayasal açıdan uygun olduğunu söylemek mümkündür.

Kıta Avrupası Hukuk sistemini benimseyen bir ülke olan Almanya'dan da zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının anayasal uygunluğu açısından değerlendirilmesinde fayda vardır. Konu ile ilgili olarak "Arabuluculuk Müessesini Anayasa'ya Uygunluğuna ve

---

<sup>178</sup> Golann s.540.

<sup>179</sup> Golann s.541.

<sup>180</sup> Golann s.576.

Devlet Yargısına Nazaran Öncelik Verilmeye Değer Olduğuna İlişkin 14.02.2007 Tarihli Alman Federal Mahkemesi Kararı<sup>181</sup> ele alınacaktır. Kararda yer alan düzenleme; Kuzey Ren Vestfalya Eyaletinin bir davanın açılabilmesi arabuluculuk ön şartına bağlanması düzenlemesidir. Düzenlemeye göre, bir hukuk davasının açılması ancak Uzlaştırma Birileri ve Arabuluculuk Kanununun 10 uncu maddesinde yer alan usullerce arabuluculuğa başvurulması ve bu sürecin başarısız olması halinde mümkündür. Hangi davaların bu kapsama gireceği de düzenlenmiş olup, para veya para ile değerlendirilebilen, sulh mahkemesinde görülen ve değeri 1.200 Alman Markını aşmayan uyuşmazlıklar bu kapsama alınmıştır. Ön şart olarak düzenlendiği için arabuluculuk yolu tüketilmeksizin mahkemeye başvurulması halinde, davaların reddedileceği düzenlenmektedir. Bu düzenleme belli bir takım şartlar ve koşullar daha öngörmektedir. Buna göre, taraflar yalnız aynı asliye mahkemesi yargı çerçevesi içinde oturmaları halinde bu yola başvurulabilecektir, tarafların yönlendirilen merkezlerden birini tercih etme hakkı vardır ve arabulucular bakımından çok büyük bir kısıtlama getirilmemiştir. Kanun koyucu bu düzenlemede üç aylık bir süre öngörmüş ve bu süre sonunda uyuşmazlığın çözümlenememesi halinde, arabulucunun düzenlendiği başarısızlık belgesi ile birlikte mahkemeye başvurulabileceğini düzenlemektedir. Federal anayasa mahkemesine konu olan uyuşmazlıkta, davacı 310 Mark tazminat talebi ile mahkemeye başvurmuş, mahkeme arabuluculuk yolu tüketilmeksizin mahkemeye başvurulduğu için davayı reddetmiştir. Davacı ise davalıya tebligat yapılamadığı, bu düzenlemenin ilan usulü tebligatı kabul etmediği sebebiyle bu yolu tüketemediğini, bu sebeple mahkemeye başvurduğunu belirtmiştir. İlk derece mahkemesinden alınan ret kararına ise istinaf yoluna başvurmuş, istinafta parasal sınıra ulaşılmadığı sebebiyle başvuruyu reddetmiştir. Davacı etkin hukuki koruma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle bu düzenlemenin iptali ve uyuşmazlığının adli mahkemelerce görülmesi talebiyle Federal Anayasa Mahkemesine başvurusunu gerçekleştirmiştir. Federal Anayasa Mahkemesi bu başvuruda ilk olarak tebligat hususuna değinmiştir. Ön koşul arabuluculuk düzenlemesinden yararlanmasının şartlarından biri tarafların aynı yargı çerçevesinde olmaları koşulu getirdiği için aynı yargı çevresinde oturmayan uyuşmazlık tarafları için arabuluculuğun zaten bir zorunluluk olmadığını belirtmiştir. Aynı yargı çevresinde bulunmaları halinde ise, tebligatı kabul etmeyen davalı

---

<sup>181</sup> Erişir, Evrim, Arabuluculuk Müessesinin Anayasa'ya Uygunluğu ve Devlet Yargısına Nazaran Öncelik Verilmeye Değer Olduğuna İlişkin 14.02.2007 Tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, sayı:11, 2009, İzmir.



tarafı bu sürece dahil edilememesinden dolayı, uyuşmazlığa atanmış arabulucunun her halükarda üç aylık sürenin sonunda “başarısızlık belgesi” düzenlemesi, davacının bu belge ile mahkemeye başvurabileceği nedeniyle ilan edilmesinin bu düzenlemeye eklenemeyeceğini belirtmiştir. Bu şekli itirazın ardından düzenlemenin esasına girilmiştir. Kanun koyucunun genel adaleti sağlamak ile yükümlü olduğunun tartışmasız bir gerçek olduğu belirtilmiştir. Bu durumun temeli hak sahibi olanların, haklarını aramak üzere mahkemeye başvuru hakkının kısıtlanamayacağı yönündedir. Kanun koyucu hak arama hürriyetine ve hukuki erişime ilişkin düzenlemeler gerçekleştirirken çekişmeli yargı<sup>182</sup> görmek zorunda bulunmamaktadır, uyuşmazlığın çözümünü hızlandırmak, hukuk barışını desteklemek, devlet mahkemelerini rahatlatmak hukuki erişim hakkının sağlanması açısından fayda sağlayacak düzenlemelerdir. Dolayısıyla Federal Anayasa Mahkemesi hak talep edenlerin mahkemelere başvurmasının yolunu kapayarak alternatif yöntemlere yönlendirebileceğini belirtmiş ancak bu yöntemlerin sonunda uzlaşılması halinde mahkemeye başvurulmasının önünün kapatılamayacağını vurgulamıştır. Federal Anayasa Mahkemesi bu şekilde değerlendirildiğinde Anayasaya aykırılık bulunmadığını belirtmiştir. Buradaki düzenlemenin hukuk devletinin gerekliliklerine özellikle oranlılık ilkesine uygun düzenlendiği belirtilmiştir. Kanun koyucunun yargının iş yükünün hafifletilmesini ve hak sahiplerinin haklarına daha hızlı bir biçimde ulaşmasını amaçladığını dolayısıyla etkin hukuki koruma ilkesi ile bağdaştığını belirtmiştir. Bu şekilde uyuşmazlık daha hızlı ve daha ucuz bir biçimde çözüme kavuşturulacaktır. Ayrıca burada yer alan zorunluluğun çok kısıtlı bir uyuşmazlık tarafları ve uyuşmazlık konuları ile sınırlandırıldığına dikkat çekmiştir. Son olarak ise her bu yöntemin başarısız olması halinde mahkemelere başvurmak mümkün tutulmaktadır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, zorunlu arabuluculuk düzenlemesini haklı olarak anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir.

Benzeri davalarda Avrupa Birliği Adalet Divanı ise içtihadında, zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının düzenlenirken beş koşulun yerine getirilmesi halinde hak arama hürriyetinin ihlal edilmeyeceğini hükme bağlamıştır. Buna göre ilk olarak süreç sonunda tarafların iradesinin bertaraf edilmemesi gerekmektedir. İkinci olarak bu

---

<sup>182</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu 382 nci maddesinde sayılan ve ilgililer arasında uyuşmazlık olmayan, ilgililerin, ileri sürülebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı ve hakimin resen harekete geçtiği hâller dışında kalan uyuşmazlıklar bu kapsamda değerlendirilmektedir.

yöntemler ile dava açılması esaslı bir biçimde ertelenmemelidir. Üçüncü olarak zorunlu süreç boyunca hak düşürücü süreler ve zamanaşımı işlememelidir. Dördüncü olarak zorunlu sürecin yarattığı ek maliyetler yüksek düzeyde olmamalı yani ihmal edilebilir düzeyde olmalıdır. Beşinci olarak zorunlu süreç geçici hukuki himaye tedbirlerine başvuruyu engellememelidir<sup>183</sup>. Yani zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile yapılan sınırlamanın hakkın özüne dokunmaması gerektiği, sınırlamanın meşru bir amaç için olduğu ve kullanılan amaca uygun olması gerektiği görüşü hakimdir<sup>184</sup>.

Mukayeseli hukuk bakımından temel olarak iki neden ile zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm uyuşmazlık yollarının düzenlendiğini görebiliriz. Bunlardan ilki toplumsal alışkanlıkların değiştirilmesi için geçici birer tedbir olarak bu yöntemlerin zorunlu hale getirilmesi, ikinci ise toplumsal farkındalığın artırılmasıdır<sup>185</sup>. Yani mukayeseli hukuka baktığımız zaman mahkemeye erişim hakkını makul ölçüde kısıtlayarak ve az miktarda maddi külfet getirerek zorunlu düzenlemeler gerçekleştirip en nihayetinde toplumun uyuşmazlıklarda olağan olarak barışıl alternatif yolları kendi iradeleri ile tercih etmeleri sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu noktada hak arama hürriyetini kısıtlamayacak bir orantı, hakkın özüne dokunulmaması gerekmektedir. asli amaç hakkaniyete erişim olup, adaletin daha hızlı ve daha ucuz olarak elde edilmesinin alternatif yollarla olacağı devletler tarafından fark edilmiş olup, bu farkındalığın tabana yayılması için zorunluluk bir araç olarak kullanılmaktadır.

Sonuç olarak mukayeseli hukuk içtihadında belli bir takım koşulların sağlanması halinde zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının anayasal haklarla ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile burada yer alan hak arama hürriyeti ile bağdaştığı sonucuna varılmaktadır.

## **10. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN ZORUNLU ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARININ ANAYASAYA UYGUNLUĞU**

---

<sup>183</sup> Erdoğan s.1224.

<sup>184</sup> Erdoğan s.1231.

<sup>185</sup> Erdoğan s.1233.

Tarafların aralarında meydana gelmiş olan bir uyuşmazlıkta alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile çözümlenmesi esas olarak tarafların rızasına bağlıdır. Yani alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının asli hali ihtiyaridir. Genelde bu rıza tarafların aralarında bir uyuşmazlık olması halinde bu yollara başvurulacağına dair bir akit, bir akde konulmuş bir şart veya uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra oluşturulan bir sözleşme ile sağlanmaktadır<sup>186</sup>. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının mahkemelere tanınmış yetkilere bir alternatif olarak yer almaları sebebiyle bu yolların hukuka aykırı olduğu, mahkemelerin görevlerine alternatif bir düzenleme yapılmasının hukuka aykırı olduğunu savunan görüşler mevcuttur. Bu görüşü savunanlar yargının egemenliğin bir parçası olduğunu dolayısıyla yargılamanın başkaca makam veya kişilere bırakılamayacağını aksi halde bu durumun yargıdan bir kaçış olup, devleri zayıflatacağını savunmaktadır<sup>187</sup>. Ancak doktrinde savunulan diğer bir görüş, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile kastedilen alternatifin yargı yolu ile bir rekabet yaratmadığı yönündedir. Bu görüşe göre alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, uyuşmazlık çözümü için öngörülen bütün yöntemler içine ilave edilmiş bir dizi yöntemler topluluğudur<sup>188</sup>. Yukarıda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yararlarına değinilmiştir. Anılan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının faydaları ile birlikte değerlendirilmesi gereken husus şudur; alternatif uyuşmazlık çözüm yolları yargıdan kaçış anlamına gelmemektedir. Bu yöntemler devletin yargısını ikame etmemektedir, devlet yargısını tamamlayıcı niteliğe sahip çözüm yöntemleri topluluğudur, her ne kadar iradilik esas olsa da zorunlu olarak düzenlenmelerine rastlanmaktadır ve hem iradi hem zorunlu halde bu yöntemlerin devlet yargısına tabi olma hususu değişmemektedir.<sup>189</sup> Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının amacı uyuşmazlıkların büyüyerek birer adli sorun haline gelmesinin önüne geçmektir<sup>190</sup>.

### **10.1. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Yargıya Bir Alternatif Değildir**

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında yer alan “alternatif” kelimesini incelememiz gerekirse, burada uyuşmazlık çözümünde temelde iki yol olduğundan hareket

---

<sup>186</sup> Özbek s. 196.

<sup>187</sup> Karanlı, Medeni Muhakeme Hukuku, s.805.

<sup>188</sup> Özbek s. 200.

<sup>189</sup> Karanlı, s.805

<sup>190</sup> Özbek s. 202.

etmemiz gerekmektedir. Bu yollardan ilki şüphesiz devletin yargı organları ile yapılan yargılamadır, ikincisi ise yargılama yapılmaksızın uyuşmazlığın çözümlenmesidir. Burada ikinci kısımda yer alan yöntemler alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıdır, doktrinde bu yollara ilişkin yapılan tanımlamalarda yargıya alternatif olduğu yönünde görüşler mevcuttur<sup>191</sup> ancak savunulan görüşe göre bu yollar yargıyla rekabet eden yöntemler olmayıp, bazı uyuşmazlıkların yargıya taşınmasını engelleyen ve yargıya yardımcı olan yöntemlerdir. Bu yöntemler yargıdan kaçış anlamına gelmemektedir<sup>192</sup>.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları çok çeşitlidir. Genel itibariyle bu yöntemlerin neticesi bazı istisnalar haricinde kesin bir karar doğurmaz. Dünya üzerindeki çeşitli örnekler incelendiği zaman çoğunlukla alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yargıya yardımcı ve tamamlayıcı olarak düzenlendiği görmek muhtemeldir<sup>193</sup>. Buna ilişkin iç hukukumuzdan çeşitli örnekler yukarıda değinilmiş bulunmaktadır, ayrıca üzerinde tasarruf edilebilen hakların bulunduğu ve kamuyu yararını ilgilendirmeyen, çekişmeli davalarda hakimlerin asli görevlerinden biri tarafları süreç boyunca uzlaşmaya (sulh olmaya) teşvik etmek Hukuk Muhakemeleri Kanunu 137 inci madde ve devamı ve 314üncü maddelerinde düzenlenmektedir. Dolayısıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yolları yargı sistemi ile rekabet halinde değil, amacı yargı yollarını bertaraf etmek değil, yargı yollarına yukarıda sayılan faydaları nezdinde tamamlayıcı bir fonksiyona sahip olmaktadır.

Her ne kadar alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile yargı mercilerini ayıran en önemli özelliklerden biri kesin ve icra edilebilir bir “karar” olsa da, tahkim bu durumun istisnasını teşkil etmektedir. Ancak tahkim (hakem yargılaması neticesinde) alınan kararların yalnızca icra edilebilirlik yönünden ilam niteliğini haiz olduğu unutulmamalıdır. Bu süreç sonrasında alınan kararlar birer ilam değildir, dolayısıyla yargıya alternatif oluşturduklarından bahsedilemez. Bu hususta alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yargıya bir alternatif olmadığına göstergelerindenidir. Bilindiği üzere 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a göre belli bir meblağın altında kalan uyuşmazlıklar tüketici hakem heyetlerince çözüme kavuşturulacaktır. Bu husus 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 68 inci maddesinde: “*Değeri iki bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine, üç bin Türk*

---

<sup>191</sup> Tuğsavul s 24.

<sup>192</sup> Tuğsavul s. 24.

<sup>193</sup> İsviçre Medeni Kanunu madde 197 vd.

*Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine, büyükşehir statüsünde bulunan illerde ise iki bin Türk Lirası ile üç bin Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur.*” şeklinde düzenlenmektedir. Anayasa Mahkemesinin 20.03.2008 tarihli 2006/78 E. ve 2008/84 K. numaralı kararı ile Pendik İcra Hukuk Mahkemesi tüketici hakem heyetlerini kararlarının ilamlı icra yolu ile takibinin hukuka aykırı olduğu, ilamların mahkemeler yolu ile verilebileceğini, hakem heyetlerinin mahkeme olmadığından bahisle bu yolun Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle bu kuralın iptali için Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi ise burada düzenlenen yolun mahkemelerin yükünü azaltmak amacı güden, mahkemelerin yargılama yetkisini elinden almayan ve kararları ilam değil yalnızca icra ve iflas kanunu hükümlerince ilam niteliğinde olan bir mekanizma olarak düzenlendiğini belirtmiştir. Anayasa’da yargılamanın yalnızca mahkemelere tahsis edilmiş bir görev olduğuna değinilmiş ancak burada mahkemelerin görevlerini işgal eden bir yapı olmadığına, verilen kararlara karşı ikinci derece veya temyiz yolu ile itiraz yolunun açık olduğunu belirtmiştir. Yine burada kurulu bulunan heyetlerin bağımsızlık, uzmanlık ve kararların niteliklerinin kanun yolu ile düzenlenmesinin anayasal bir zorunluluk olduğuna değinilmiş ve Tüketici Hakem Heyetleri için bu düzenlenmenin kanun ile yapıldığını belirtmiştir. Heyetlerce verilen kararların ilam olmadığına üstünde durulmuş, burada verilen kararların yalnızca icra edilebilirlik yönünden ilam niteliğini haiz olduğu vurgulanmıştır. Yargılama maliyetlerinin düşürülmesi nedeniyle yapılan bu düzenleme ile bu meblağ altında kalan uyuşmazlıkların çözümü için alternatif bir yol düzenlenmiş, bu düzenlemenin hayata geçirilmesinde yargıya ilişkin anayasal kuralların varlığı nazara alınmış, anayasal kurallardan kaçınılmamış ve bu hakem heyetlerince verilecek kararlara karşı yargı yolu açık tutulmuştur. Aynı zamanda burada verilen kararların İcra ve İflas Kanununa göre ilam niteliğinde sayılabileceği de düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi dava ve itiraz hakkı önlenmediği için bu düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olmadığını ve iptalinin gerekmediği yönünde haklı bir karar vermiştir. Değinilen kararda Anayasa Mahkemesinin görüşü, hakem heyeti kararlarının ilam niteliğinde olduğu değil, ilamlar gibi infaz olacağını göstermekte ve bunların nasıl yerine getirileceğine dair usuli kararlar ortaya koymaktadır. Dolayısıyla dava, itiraz hakları önlenmediği için burada hak arama hürriyetinin kısıtlandığından da söz edilemez<sup>194</sup>.

---

<sup>194</sup> Özbek s. 317.

Bu kararı destekleyen Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 18.03.2015 tarihli, verildiği dönemde büyük yankı uyaran kararında ise; icraya konu olan tüketici uyuşmazlıklarının, icra takibine itiraz edilmesi halinde, itirazın iptalini davasına bakamayacağı, burada görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemeleri olduğu ve hakem heyetlerinin bu şekilde itirazın iptali davasına bakmalarının görevsizlik ihtiva ettiğine dair karar verilmiştir. Anılan Anayasa Mahkemesi kararları ve Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin Kararında da vurgulandığı gibi Tüketici Hakem Heyetleri mahkeme veya mahkemeler gibi yargılama yapan mekanizmalar değildir. Burada uygulanan zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yolu yalnızca ilk derece mahkemelerine belli konular ile başvurulmasını engellemekte, bu şekilde mahkemelerin iş yükünü azaltmaktadır. Mahkemelerce daha uzun sürecek ve maliyetli olacak uyuşmazlıkları daha kısa sürede ve ekonomik olarak çözmeyi hedeflemektedir. Bu düzenleme kanun ile yapılmıştır ve kararlara karşı itiraz yolu açık tutulmaktadır. Yani yargılama yetkisi mahkemelerin elinden alınmamakta yalnızca ilk derece mahkemesinin yolu uyuşmazlık taraflarına kapatılmaktadır. Yukarıda açıklanan nedenlerle tahkimin diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından farklı olduğuna değinilmiştir. Bunun en önemli sebebi tahkim neticesinde icra edilebilir bir kararın varlığıdır, bu sebeple nitelik itibariyle tahkim bir nevi yargılama biçimidir. Ancak tabi ki bu tahkimin mahkemelere verilmiş yetkilerini elinden alınması olarak nitelendirilmemelidir. Tahkim alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının bir parçasıdır. Mahkemelerin amacı olan “adaleti sağlamak” amacının yanında tahkim çözüme ulaşma, çözüme hızlı bir biçimde ulaşma amaçlarını da gütmektedir. Buna ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanununun tahkimle ilgili 416 ncı madde ve devam hükümlerinin örnek olarak verebiliriz. Bu maddelerde yargılamada hakimin reddi sebeplerine benzer şekilde hakemin reddi sebepleri düzenlenmektedir<sup>195</sup>. Pek tabi bu husus tahkimin, mahkemelerce sağlanan güvenceleri temin edebileceği anlamına gelmemektedir. Zira Anayasa'nın 138 inci maddesi mahkemelerin bağımsız olacağını düzenlemektedir. Ancak bu güvence tahkim ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri için temin edilemez. Örneğin arabuluculuk usulünde arabulucunun görevini ifa etmesi tarafsızlığının olmasını gerektiren bir unsur değildir veya tahkim usulü tarafların kendi hakemlerini atamalarına imkan vermektedir. Bunlar alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağına işaret etmez, tam aksine tarafların tasarruf edebilecekleri hakları

---

<sup>195</sup> Özbek s.205.

üzerinden, hak edişlerini daha kısa sürede alabilecekleri gerçeğini doğurur. Ancak adli teşkilatın sağlayacağı güvenceyi taahhüt edebilecek bir konumda değildir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında adli mercilerin zayıf olan tarafı hakkaniyete korumak/hakkaniyeti sağlamak algısı yerini eşitlik ilkesine bırakmaktadır. Adli mercilerde zayıf olan tarafın korunması yaygın bir anlayıştır. İş hukukunda yer alan işçi lehine yorum ilkesi, Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenen adli yardım müessesesi bunlara örnek olarak gösterilebilir. Adli yardım müessesesi Anayasa'nın 36 ıncı maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetinin bir yansıması olarak hukukumuzda vuku bulmaktadır<sup>196</sup>. Bu düzenleme ile dava yolu ile takip edilmesi gereken bir uyuşmazlığı açmak için yeterli maddi kaynağa sahip olmayan uyuşmazlık tarafı harç ve giderlerin karşılanması yolu ile hak arama hürriyetine engel olan durumu ortadan kaldırmaktadır. Adli mercilerin verdiği bu güvenceyi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının vermemesi, yargıya bir alternatif olmadığına göstergesidir. Bu kapsamda tahkim usulü de bir mahkeme değil, alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur.

Anayasa Mahkemesinin 31. 05.2007 tarihli 2007/53 E., 2007/61 K. numaralı Isparta Tüketici Sorunları Hakem Heyetinin kanun değişikliği talebi ile başvuruda bulunduğu kararı Anayasa'nın: *“Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.”* ifadesini düzenleyen hükmüne dayanarak bir kanun değişikliği talebini Anayasa Mahkemesine iletmiştir. Anayasa Mahkemesi bu talep üzerine, Tüketici Hakem Heyetlerinin kanunla kurulmuş, mahkemelerin iş yükünü hafifletecek birer alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak ele alınması gerektiğini, ancak mahkeme olmadıklarını, verdikleri kararların icra edilebilirlik vasfını haiz olmalarının yalnızca yasa ile tanınan bir hak olduğuna değinmiş ve kanun değişikliği için mahkemelerin Anayasa Mahkemesine başvuru hakkının olduğunu ancak hakem heyetlerinin bu yetkiye sahip olmadığı gerekçesiyle başvuranın yetkisizliğinden dolayı talebin reddine karar vermiştir.

---

<sup>196</sup> Özbek s.207.

Yukarıda Anayasanın 142 inci maddesinin mahkemelerin kanunla kurulmasını düzenlediğine değinilmiştir. Bu madde gereği “mahkeme” sıfatı yalnızca Anayasanın 142 inci maddesi gereği kurulan mahkemelerce kullanılabilir. Burada belirtmekte yarar vardır ki her ne kadar bazı çeviri ve yerlerde tahkimle ilgili olarak “tahkim mahkemesi” veya “hakem mahkemesi” olarak kullanımlara yer verilse de bu kullanımlar doğru olmamakta, bunun yanı sıra “tahkim kurulu” veya “hakem kurulu”nun tercih edilmesi gerekmektedir<sup>197</sup>. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 25.01.2006 tarih 2006/15-728 E. ve 2006/1 K. numaralı kararında kısaca hakem heyetlerinin mahkeme olmadığından bahisle direnme kararı veremeyeceklerine karar verilmiştir. Karara konu olan uyuşmazlık “arsa payı karşılığı bina yapma ve satış vaadi sözleşmesinde” ortaya çıkan uyuşmazlık tarafların aralarında yapmış oldukları sözleşmede geçerli bir tahkim şartı olması nedeniyle tahkime taşınmıştır. Hakem heyeti davanın kabulüne karar vermiş, aleyhine karar verilen tarafça karar temyize konu edilmiştir. Temyizden bozma kararı çıkması üzerine, hakem heyeti direnme kararı vermiştir ve uyuşmazlık Hukuk Genel Kurulu’na taşınmıştır. Hukuk Genel Kurulu kararında ilk olarak “direnme” hususuna değinmiştir. Burada Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 439 uncu (kararda 429 olarak geçmektedir, Hukuk Genel Kurulu’nca yazım hatası yapılmıştır) maddede yer alan: “*Yargıtay ilgili dairesinin tamamen veya kısmen bozma kararı, başvurunun bölge adliye mahkemesi tarafından esastan reddi kararına ilişkin ise, bölge adliye mahkemesi kararı kaldırılarak dosya, kararı veren ilk derece mahkemesine veya uygun görülecek diğer bir ilk derece mahkemesine, kararın bir örneği de bölge adliye mahkemesine gönderilir.*” hükmüne değinmiş akabinde kararların kesinleşmesine ilişkin İcra ve İflas Kanununun ilgili maddeleri değerlendirilmiş ve Hukuk Genel Kurulu’nun görevlerini düzenleyen 2797 sayılı Yargıtay Kanunu 15 inci maddesi belirtilmiştir. Tüm bu açıklamaların akabinde bu maddelerde yer alan “mahkeme” kavramı incelenmiş ve Anayasanın 142 nci maddesi gereği mahkemelerin yalnızca kanun ile kurulabileceğini belirtmiştir. Ardından tahkim mekanizmasının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu, tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri ve kamu düzenini ilgilendirmeyen konularda tahkime başvurabileceği açıklaması gerçekleşmiştir. Tüm bu açıklamalar ışığında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu haklı olarak tahkim mekanizmasında yer alan hakem heyetinin, tahkim mahkemesi olarak kullanımının doğru olmadığına işaret etmiştir. Tahkim mekanizmasının, hakem heyeti kararlarının mahkemelerce verilen kararlar gibi

<sup>197</sup> YEĞENGİL; Rasih, Tahkim, İstanbul, 1974, s. 12.



temyiz yoluna başvurulduktan sonra, Yargıtay’ca verilen karara karşı başka bir düzeltme yoluna gidilmesinin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenmemiş olduğu gerekçesiyle de hakem heyetinin direnme kararı veremeyeceği kanısını ispatlamıştır. Dolayısıyla Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu kararıyla hakem heyetlerinin birer mahkeme olmadığını, tahkimin mahkeme görevi görmediğini haklı olarak kararlaştırmıştır.

Yukarıda yer alan açıklamalar ve incelenen kararlar neticesinde şunu açıkça söyleyebiliriz ki alternatif uyuşmazlık çözüm yolları yargıya bir alternatif değildir. burada yer alan “alternatif” kelimesi uyuşmazlık çözümü için kullanılmasından kaynaklanmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları yargıdan kaçış anlamına gelmemektedir<sup>198</sup>. Bu yöntemler uyuşmazlıkların büyüyen adli birer sorun haline gelmesinden kaçınmak için başvurular yöntemlerdir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri yargı ile rekabet içinde olan yöntemler değildir, bu yöntemler yargının yerini almaya çalışmamaktadır, bu yöntemler yalnızca dostane olarak çözüm önerileri üretmektedirler<sup>199</sup>. Bu yöntemler asli olarak iradi olsalar da yasama veya yargı yolu ile başvuruları mecburi kılınsalar dahi yargının ön adımını oluşturacaklardır, dolayısıyla yargının tamamlayıcı etkisine muhtaç, onun eksikliğini gideren yöntemlerdir<sup>200</sup>. Bu yöntemler yargılamaya değil, dava yoluna alternatifler oluşturmaktadır<sup>201</sup>.

## **10.2. Zorunlu Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları İle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları**

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yargıya bir alternatif olmadığı hususuna yukarıda değindik. Bu yöntemlerin yargıyı tamamlayıcı nitelikte olduğunu vurguladık. Meri mevzuat ile çeşitli uyuşmazlık konularında yargı yoluna gidilmeksizin alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının tercih edilmesinin mecburi kılınması bazı unsurların varlığı halinde Anayasa’ya aykırılık teşkil etmeyecektir. Konu ile ilgili olarak bazı Anayasa Mahkemesi Kararlarına değinilmesi gerekmektedir.

---

<sup>198</sup> Özbek s.201.

<sup>199</sup> Tanrıver, s.63.

<sup>200</sup> Pekcanitez, s. 2819.

<sup>201</sup> Özbek, Anayasa s.129.

1136 sayılı Avukatlık Kanunundaki yer alan ve Anayasa Mahkemesine iptali için başvuru düzenleme şu şekildedir;

*“Uzlaşma sağlama*

*Madde 35: Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğindedir.”*

Bu düzenlemeden bir önceki ve Anayasa Mahkemesinin 03.03.2004 tarihli 2003/98 E. 2004/31 K. numaralı kararında iptale konu olan kararında yer alan düzenleme ise şu şekildeydi:

*“Avukatların birlikte çalışmalarından veya avukatlık ortaklığında; ortakların kendi aralarında ve ortaklıkla ilgili her türlü uyumsuzluklar ile ortaklık pay devir ve intikalinde bedele ilişkin olarak üçüncü şahıslarla aralarında çıkacak anlaşmazlıklar, bu Kanunun 167. Maddesinde tanımlanan hakem kurulu tarafından , bu Kanun ve yönetmelik hükümlerine göre çözümlenir.”*

Anılan Anayasa Mahkemesi kararında; başvuruda bulunan yargı mercileri iptale konu edilen düzenlemenin Anayasa'nın 9. maddesi hükmüne göre Yargı Yetkisi Türk Milleti adına bağımsız Mahkemelerce kullanılacağı, Avukat ile müvekkili arasındaki hukuki anlaşmazlıkları mahkemeler dışında bir kuruluş tarafından çözümlenmesi bu kurala aykırılık teşkil ettiği, hakem heyetinde bir hakimin de bulunması bu kuralı değiştirmeyeceği, mahkemelere başvuru hakkını önlediği için Anayasa'nın 36. maddesinde yazılı hak arama özgürlüğüne de kısıtlama getirdiği için Anayasaya aykırılık teşkil ve teşmil ettiği, Anayasada yer alan hak arama hürriyeti ve kanuni hakim güvencesi hükümlerine; 36. ve 37. maddelerine göre herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu ve hiç kimsenin kanunen tabi olduğu mahkemeden başka

bir mercii önüne çıkarılamayacağı, bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir mercii önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciiler kurulamayacağı, Anayasanın 10 uncu maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği bu maddeye göre herkes ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz ilkesinin yer aldığı oysa yapılan düzenleme eşitlik ilkelerini zedeler ve ortadan kaldırır hale getirdiği, Hakem Heyeti kararlarının niteliği bakımından Anayasa ve yasalara göre bağımsız Hakimlerin ve Mahkemelerin her türlü verdiği kararlar itiraz, temyiz, karar düzeltilmesi, yargılamanın yenilenmesi gibi yasal yollar ile denetime ve incelenmeye tabi kılınmasına rağmen hakem heyetinin kararlarının temyiz incelenmesi ve kararların bozulmasını düzenleyen yönetmeliğin 21. ve 22. maddelerine göre heyetin verdiği kararlar Yargıtay'ca ancak şekli konularda bozulabileceği ve bu hal ise verilen kararların taraflar açısından belki de şüphe ile karşılanma duygusunu ortadan kaldırmayacağı nedenleri ile iptale konu olmuştur. Ayrıca bahsi geçen kararda şu ifadeler yer verilmektedir: *“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 kurulların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir. Bu durumda yasa koyucu, taraflara görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce aralarındaki uyuşmazlığı kısa sürede çözmek üzere baro hakem kuruluna başvurma yükümlülüğünü getirebilir. Ancak bu aşamadan sonra kararı benimsemeyen tarafa ilk derecede ve/veya temyiz aşamasında yargı yolunun açık tutulması, hakem kurullarının oluşumunun ve çalışma yönteminin, uzmanlığın önemi de gözetilerek hukuk devleti ilkeleriyle uyum içinde düzenlenmesi gerekir. Ayrıca hakem kurullarının tarafsızlığı ve bağımsızlığı, uzman niteliği ile bu kurulların alacağı kararların bağlı olacağı usul ve esasların yönetmeliğe bırakılmayıp yasa ile düzenlenmesi de zorunludur.”*

Anayasa Mahkemesinin bu kararından açıkça anlaşılmaktadır ki, iç hukukumuzda tahkim ve benzeri alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ilk derece mahkemesine başvurulması yerine mecburi kılınması mümkündür. Bunun en önemli sebebi usul ekonomisi ilkesi teşkil etmektedir. Yukarıda değinildiği üzere alternatif uyuşmazlık çözüm yolları daha hızlı ve daha ekonomiktir. Usul ekonomisi ilkesi dayanağını yine Anayasa'dan alır. Anayasanın 141 inci maddesi: “*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.*” ifadesini hükme bağlamaktadır. Bu husus Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 30 uncu maddesinde ise: “*Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür.*” şeklinde düzenlenmektedir. Usul ekonomisi ilkesi yargılamanın daha basit, çabuk ve ucuz yürütülmesi olarak ele almak gerekir. Günümüzde birçok davanın sonuçlanması çok uzun süre almaktadır. Mahkemelerin teknik personel yetersizliği, tarafların davayı uzatma girişimleri, gerekli tedbirlerin alınmaması vb. durumlar bu hususun temel etkenlerindedir<sup>202</sup>. Usul ekonomisi ilkesi kaynağını yukarıda detaylıca açıklanmış olan adil yargılanma ilkesinden almaktadır. Gerek Anayasa'nın 141 inci maddesi gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının bir uzantısı bu yargının olabildiğince kısa ve ekonomik olarak ulaştırılmasıdır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ele alınan 03.03.2004 tarihli Anayasa Mahkemesi Kararında da değinildiği üzere usul ekonomisi ilkesi ile örtüşen bir yapıya sahiptir. Bu yöntemlerin temelinde uyuşmazlığı belirlenen kısa sürede çözüme kavuşturmak yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 10.07.2013 tarihli ve 2012/94 E., 2013/89 K. numaralı kararı 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun bazı hükümlerinin iptali nedeniyle açılmıştır. Davaya konu olan hususlara özetle değinmek gerekir. Kanunun 1 inci maddesinde yer alan ve tarafların üzerlerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurabileceklerinin düzenlenmesinin çok açık bir ifade olduğundan bahisle bu hususun daha açık ve net bir biçimde ifade edilmesine gerektiğine değinilmiştir. Anayasa Mahkemesince bu hususun Anayasa'nın 2 inci maddesinde yer alan hukuk devletinin ilkelerinden biri olan belirlilik ilkesince değerlendirilmesi uygun görülmüştür. Anayasa Mahkemesi buradaki düzenlemenin tahdidi olmadığını, bu yöntemin seçilmesi halinde bazı hususların eksik kalma olasılığının yüksek olduğunu, beşeri etki ile

---

<sup>202</sup> Pekcanıtez, s.333.

büyük bir hızla değişen ve gelişen özel hukuk alanında bu yöntemin uygulanmasının zor olduğundan bahisle iptal istemin reddine karar vermiştir. İptal talebi olan taraflar, bu düzenlemenin hukuk devletinin bir uzantısı olan yargı birliğini bertaraf edeceği, ikili ve çok hukuklu bir yapı ortaya konulmasının tehlikesini ihtiva ettiğini iddia etmişlerdir. Anayasa Mahkemesince, Anayasa’da düzenlenen usul ekonomisi ilkesi ışığında şu ifade kararda yer almaktadır: *“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, yargının iş yükünün azaltılması, adalete erişimin kolaylaştırılması ve usul ekonomisi gibi çeşitli nedenlerle yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğin sağlanması bakımında gerekli görülmesi durumunda uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yasama organının takdir yetkisi içindedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru zorunluluğu, bu yollar sırf kişilerin hak aramalarını imkansız hale getirmek amacıyla oluşturulmuş etkisiz ve sonuçsuz yöntemler olmadığı sürece hak arama özgürlüğüne aykırı kabul edilemez.”* . Dolayısıyla mahkemece burada yapılan düzenlemenin mahkemelere bir alternatif olmadığı, mahkemelere tamamlayıcı bir unsur olduğunun üzerinde durulmuş, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin Anayasa’da yer alan usul ekonomisi ilkesinin yerine getirilmesi için gerekli yöntemler olduğu vurgulanmıştır.

Başvuran taraflar, arabuluculuk sürecinin aleni olmadığından, aleniyet ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle bu süreçlerin gizli olacağına dair düzenlemenin iptali talep etmişlerdir. Anayasa Mahkemesi’nce alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında yargısal bir faaliyet yürütülmediği, tarafların serbest iradeleri ile bu sürece dahil olduklarından burada mahkemelerce gözetilmesi gereken aleniyet ilkesinin aranmasının hukuka uyarlık teşkil etmeyeceği, bu konuda emredici bir hükmün bulunmadığı işaret edilmiştir. Tam aksine arabuluculuk sürecinin gizli olmasının bu yöntemi tercih eden tarafların menfaatine uygun olduğu vurgulanmıştır.

Bu kararda yer alan ve değinilmesi gereken bir diğer husus ise başvurucuların; yargılama esnasında arabuluculuğa gidilmesine karar verilmesi halinde yargılamanın üç ay süre ile ertelenmesine imkan veren düzenlemenin iptali ile ilgili olan hükmün iptali talebidir. Başvuran taraflar bu düzenlemenin usul ekonomisi ilkesine aykırı bir şekilde yargılamanın süresini uzatacağından bahisle iptalini talep etmektedir. Ancak Anayasa

Mahkemesi haklı bir bakış ile burada arabuluculuk sürecine başvurunun iki tarafında iradesi ile olduğu, dolayısıyla bunun kötü niyetli bir tarafça kullanılmasına imkan olmadığını ayrıca burada erteleme süresinin hakim takdirinde olduğunu belirterek bu talebin reddine karar vermiştir.

Dolayısıyla bu kararda da açıkça görüleceği üzere alternatif uyuşmazlık çözüm yolları usul ekonomi ilkesi ile bağdaşan, yargıya alternatif teşkil etmeyen mekanizmalardır. Anayasa Mahkemesinin 19.10.2005 tarihli bir kararında 485 sayılı İş Kanunu'nun 20 inci maddesinde yer alan düzenleme hak arama hürriyetini kısıtladığı gerekçesiyle iptale konu olmuştur. Bu madde: *“İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildirimini tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür.”* hükmü ve bu maddenin devamında yer alan özel hakem heyetini yönetmelik ile düzenleneceğini belirten hükmün iptali için başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi öncelikle 20 inci madde de yer alan *“toplu iş sözleşmelerinde hüküm varsa”* ifadesini incelemiş, bu düzenleme ile işçinin rızası aranmaksızın toplu iş sözleşmesinde, işçi işveren arasında çıkacak bir uyuşmazlıkta işçinin hakkını mahkemeler önünde aramasına engel teşkil edeceğine kanaat getirmiştir. Toplu iş sözleşmelerinin kanun gibi bağlayıcı olduğunu burada işçini rızasının aranmaksızın hakem önüne uyuşmazlığın taşınmasının tek taraflı bir beyan ile mümkün olmayacağından bahisle bu hükmü iptal etmiştir. Ancak cümlenin devamında yer alan *“veya taraflar anlaşılırsa”* ifadesinin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile bağdaşan konularda olması halinde adil yargılama ilkesi ile bağdaşacağını, zayıf olan taraf olarak yorumlanması gereken işçinin iradesinin bu yönde olması halinde Anayasa'ya aykırılık teşkil etmeyeceğinden bahisle iptal istemi reddedilmiştir. Hükmün devamında yer alan *“Özel hakemin oluşumu, çalışma esas ve usulleri çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.”* hükmünü iptali için yapılan incelemede ise Anayasa Mahkemesince öncelikle özel tahkim kurumuna ilişkin genel düzenlemelerin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile yapıldığına değinilmiştir. Buna ilişkin ek bir düzenlemenin yine kanunla yapılması gerektiği aksi halde hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacağı dile getirilmiştir. Ayrıca genel itibarıyla burada iptali istenen düzenlemenin hakem önünde çözülen uyuşmazlıklar neticesinde, esasa ilişkin olarak işçiye bir itiraz hakkı tanınmamaktadır. Anayasa Mahkemesi bu noktada hak arama hürriyetinin

kısıtlandığı gerekçesi ile hükmün iptaline ilişkin karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi içtihadına göre avukatlık kanununda iptal edilen hükmün gerekçesiyle paralel olarak burada yer alan düzenlemede de hakem kararlarına karşı itiraz hakkı düzenlenmiş olsaydı, hak arama hürriyeti kısıtlanmamış olacaktı.

Anayasa Mahkemesinin 01.11.2012 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 2010/83 E. ve 2012/169 K. numaralı kararı Kamulaştırma Kanunu’nun geçici “Kamulaştırmatsız el koyma sebebiyle tazmin” başlıklı 6 ıncı maddesinde yer alan bazı hususların iptaline konu olmuştur.

İptale konu olan madde kamulaştırması tamamlanmamış veya kamulaştırma işlemi hiç yapılmamış olmasına rağmen fiili olarak kamu hizmetine ayrılmış veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaç için tahsis edilerek üzerine tesis yapılan veya kaynaklara kısmen, tamamen veya irtifak hakkı ile malikin rızası olmaksızın el konulan taşınmazlarda malikin tazminat talep etmesi halinde uzlaşma yoluna gitmesini zorunlu tutmaktadır.

Tazminat talep edilmesi üzerine, fiilen el konulan taşınmazın, malikin müracaat ettiği tarihteki tahmini değeri ve iptale konu olan kanunun 8 inci maddesinde düzenlenen kıymet takdir komisyonu tarafından, taşınmazın el konulduğu tarihler esas alınarak hesaplanacaktır. Bu hesaplama yani tespitin ardından yine aynı kanunda özellikleri ve nitelikleri belirlenen uzlaşma komisyonunca, tazminat talep edenin başvuru tarihinden itibaren en geç altı ay içinde uzlaşma için davet edilmesi gerekmektedir. Bu davetin Tebligat Kanununa uygun bir biçimde başvuru talebine yapılması gerekmektedir.

Bu maddeye göre başlanılan uzlaşma görüşmelerinin, başvuru kişinin kendisine tebellüğ olan davete icabet etmesinden itibaren altı ay içinde sonuçlandırılması ve taşınmaz maliki veya temsilcisi ile komisyon üyeleri tarafından bir tutanak ile sabit tutulması gerekmektedir. Burada yer alan altı aylık sürenin ne kadar uzayabileceğine ilişkin kanun net bir sınır çizmemekte hukuki ve fiili bir engel bulunmaması halinde altı ay içinde sonuçlandırılması gerekmektedir diye düzenlemektedir. Mevzuat burada yapılacak uzlaşmanın nakdi bir ödeme, idareye ait taşınmazın trampası, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tanınması veya imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullandırılması suretiyle yapılabileceğini düzenlemektedir.

Uzlaşma görüşmelerinde imzalanan tutanağın, süreçteki bilgi ve belgelerin açılacak bir davada tarafların aleyhine delil olarak kullanılamayacağı düzenlenmektedir. Uzlaşmaya varılması halinde, bir sözleşme imzalanması ve bu sözleşmede üzerinde uzlaşılan hakkın türünü, tanınma şart ve usullerini, nakdi ödemede bulunulacak ise miktarını ve ödeme şartları ile taşınmazların tesciline veya terkinine rızasını içerir. Taraflar bu sözleşme çerçevesinde işlem gerçekleştirecektir. Bu sözleşmeye göre tapuda tescil ve terkin işlemleri gerçekleştirilir.

Eğer uzlaşma nakit üzerinden olmuş ve bütçe imkanları içindeyse sonraki yıllarda da devam edecek şekilde, faizli olarak taksitle ödenebilir.

Eğer idare ve taşınmaz maliki görüşmeler sonucu uzlaşmazsa veya başvuran altı ay içinde uzlaşmaya davet edilmezse, üç ay içerisinde malik tarafından tazminat davası açılabilir. Dava açılması halinde taşınmazın değeri mahkemece belirlenecektir. Mahkemenin kararına pek tabi temyiz yolu açıktır.

Kesinleşen mahkeme kararları için idare ödeneklerinden yüzde iki pay ayıracaktır. Mahkeme kararı üzerine yine taksitli ödeme yapılması bu düzenlemeye göre mümkündür.

Bu başvuruda ilk olarak madde de yer alan uyuşmazlığa konu olacak taşınmazların niteliğinin ele alınmasının iptali talep edilmektedir. Başvuranları burada iptal talebinin sebebi taşınmazın el konulma tarihindeki kriterlerinin esas alınacağından bahisle, gerçek değerlerinden çok düşük bir değerde tazminat alınmasının sonuç doğuracak olmasıdır. Anayasa Mahkemesinin değerlendirmesinde bu madde ile düzenlenen mecburi uzlaşma yönteminin belli bir tip uyuşmazlık konusuna uygulanması gerektiğinden bahisle bu düzenlemenin yapıldığı yönündedir. Bahsi geçen davaların yoğun olduğu ve mahkemelerde yer alan dosya sayısının azaltılması amacıyla belli bir konuya ait uzlaştırma yönteminin benimsetildiği metinden açıkça anlaşılmaktadır. Anayasa mahkemesi kararında; “*kuralın geçici bir nitelik taşıdığı ve geçmişte meydana gelen kamulaştırmasız el atmalardan kaynaklanan hukuksal sorunların tasfiyesini amaçladığı anlaşılmaktadır.*” demektedir. Dolayısıyla burada benzeri uyuşmazlıkların aynı usul ve yöntemin benimsenerek çözümlenmesini, uzlaşmada menfaati olan ve hakkını talep eden tarafın



haksız kazan elde etmesini önlemenin anlaşıldığı belirtilmiş ve iptalin reddine karar verilmiştir. Bu düzenleme ve Anayasa Mahkemesine iptalin reddine konu olan düzenleme hukuk sistemlerinde zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının neden bir ihtiyaç olduğunu gayet açık bir biçimde açıklamaktadır. Bu şekilde zorunlu düzenlenen yöntemler adli mercilerde görülen yığılma davaları hafifletmek, adaletin herkese hızlı ve aynı usulde tecelli etmesini sağlamaktır. Bu örnekten de görüleceği üzere zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm uyuşmazlıkları yöntemleri vatandaşların adli yargılanma hakkını ihlal etmekten ziyade onlara hakkaniyete ve adalete erişimi kolaylaştırmayı amaçlamaktadır. Anayasa Mahkemesi bu kararında ayrıca hak arama özgürlüğünün içeriğinde farklı bir noktaya da değinmektedir. Yukarıda yer verilen madde de yer alan uyuşmazlık konularının mülkiyet hakkını ihtiva ettiği barizdir. Bu yüzden bu düzenleme öncesi, hak sahibi olduğunu iddia edenlerin dava hakkı süresiz bir biçimde varlığını korumaktadır. Anayasa Mahkemesi burada yer alan geçici madde ile bu maddede bahsi geçen uyuşmazlıkların belli bir süre içinde çözümlenmesine ilişkin bir düzenleme olduğuna değinmiş bunun nedenini ise bir uyuşmazlık konusunun devamlı olarak dava açılma tehdidiyle karşı karşıya kalmasının hukuki istikrar ve hukuki güvenlik ilkeleriyle bağdaşmayacağını belirtmiştir. Hukuki güvenlik ve hukuki istikrar ile hak arama özgürlüğü arasında makul bir denge kurulması gerektiği, bu iptal kararının haklı nedenlerinden biri olarak ele alınmıştır. Bu durum hak arama hürriyetinin yine farklı anayasal hürriyetlerle çizilen sınırlarına bir örnek teşkil etmektedir. Ayrıca bu karar ile ilgili olarak belirtilmesi gereken son husus ise, iptali istenen bu düzenleme ile yukarıda değindiğimiz gibi itiraz yolu açık tutulmaktadır. Yargı yükünü azaltmak, yargıya erişimi kolaylaştırmak ve usul ekonomisi ilkesini benimseyen bu düzenleme ile, uzlaştırma neticesinde verilen kararların kesin ve icra edilebilir bir niteliğinin olmaması gibi sebeplerle mahkemeye başvurulmadan önce böyle bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurunun mecburi tutulması aslen yasama organının takdiri içinde olarak değerlendirilmiştir. Bundan bahisle, adil yargılama hakkının her uyuşmazlığın zorunlu olarak iki ya da üç dereceli yargılamaya tabi olacağına dair bir zorunluluk olmadığını da değinilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 2013/34 E. 2013/74 K. numaralı kararının içeriğini 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödemek Suretiyle Çözümüne Dair Kanunun 4 üncü maddesinde yer alan karar verme yetkisine sahip komisyonun: *“Bu Kanun kapsamında yapılacak müracaatlar hakkında karar vermek*

üzere Bakanlığın merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında çalışan hâkim ve savcılar arasından Adalet Bakanı tarafından atanacak dört kişi ile Maliye Bakanı tarafından Maliye Bakanlığı personeli arasından atanacak bir kişiden oluşan toplam beş kişilik bir Komisyon kurulur. Komisyon Başkanı bu üyeler arasından Adalet Bakanı tarafından seçilir.” yine adil yargılanma hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle iptali oluşturmaktadır. İptal talebiyle başvuranlar düzenlemede yer alan kurulun bağımsız bir kurul olmadığından bahisle adil yargılamayı yerine getirecek bir kurul olmadığını savunmaktadır. Anayasa Mahkemesince yapılan bu başvuru, adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediği yönünde incelenmiştir. Burada adil yargılanma ilkesini oluşturan hususlarından birinin makul zamanda yargılanma olduğuna değinilmiştir. Oluşturulan komisyon aracılığı ile makul sürede sonuçlandırılmayan soruşturma ve yargılamalardan dolayı AİHM’ne yapılmış başvuruların tazminat ödenmek suretiyle en kısa zamanda çözümde kavuşturulması ve bu suretle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince ülkemiz aleyhine verilen kararların azaltılmasının planlandığı, anlaşıldığından yine bu düzenleme ile adalete ve yargıya erişimin hızlandırılmasının amaçlandığı dolayısıyla hak arama hürriyetinin kısıtlanmadığı görüldüğü belirtilmiştir. Ayrıca bu kurulca verilen kararların mahkeme ilamları gibi “kesin hüküm” olmadığı, varılan sonucun yine yargı denetimine tabi olduğu dolayısıyla komisyonun yargı faaliyetinde bulunmadığı belirtilmiş. Adil yargılanma hakkının ihlal edilmesinin aksine bu komisyon aracılığıyla adil yargılanmanın sağlanmasına çalışıldığı gerekçeleriyle yapılan iptal başvurusu haklı olarak reddedilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 2010/61 E. ve 2011/7 K. numaralı kararında itiraz yoluna başvuran Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi özetle; TFF Kanununun 6 ncı maddesinde yer alan ve bu kanun uyarınca doğan uyuşmazlıkların TFF Hakem Heyeti ile karara bağlanacağı, bu kararlara karşı itiraz yoluna başvurulamayacağı hükmünün Anayasa’nın yargıya bakmakla görevli mercilerin mahkemeler olduğu, yargının devredilemez olduğu, adil yargılanma ilkesinin düzenlendiği maddelerine dayanarak iptalini talep etmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararında da yukarıda açıklanan kararlarına paralel olarak, belli bir kanundan doğan uyuşmazlıklara karşı belli bir tahkim yoluna başvurunun zorunlu tutulmasının Anayasaya aykırılık doğurmayacağını ancak bu hakem kararlarına karşı itiraz yolunun açık tutulması gerektiği gerekçesiyle başvuruyu kısmen kabul kısmen reddetmiştir. Tüm kararlarında olduğu gibi usul ekonomisi ilkesi ile bir alternatif yola başvurunun süreci hızlandırdığını ancak her halükarda yargıya ilişkin her türlü iş ve

işlemin yine kanunla kurulacak mahkemelerin denetimine tabi olması gerektiğini vurgulamıştır.

### **10.3. Zorunlu Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Anayasal İlkelerle Bağdaşması**

Çalışmamızın şu ana kadar olan kısmında ilk olarak uyuşmazlığın ne olduğu ve nasıl yollar ile çözüme kavuşturulduğuna değindik. Her ne kadar bu çalışmada belirtilenden de daha fazla çeşitli olsa da alternatif uyuşmazlık çözüm yolları olan tahkim, arabuluculuk ve uzlaşma kurumlarının tanımlarını yaptık ve genel itibariyle bu kurumların faydalarından bahsettik. Akabinde ülkemizde ve Avrupa İnsan Hakları Bildirgesi'nde yargıya ilişkin düzenlenen temel hak ve hürriyetleri açıkladık. Adil yargılanmanın, hakkaniyete ulaşmanın temel itibariyle sosyal devletin bir gerekliliği olduğu, sosyal devletin hakkaniyet sağlamakla yükümlü olduğuna değindik. Hakka erişimin hızlı ve ekonomik olmasının önemine ve adil yargılanmanın yansıması olan hukuki dinlenilme hakkına değindik. Akabinde zorunlu olarak düzenlenen alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına dünya ve Türkiye'den örnekler verdik ve en nihayetinde bu düzenlemelere ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarını inceledik.

Anayasa Mahkemesi içtihadına uygun olarak bizim görüşümüz de bir uyuşmazlık ortaya çıktığı zaman ilk başvurulacak merciin Anayasa'nın 142 inci maddesi uyarınca kanunla kurulmuş bulunan mahkemeler olduğudur. Ancak modernleşen dünyada usul ekonomisi ilkesi gerekliliğini giderek hissettirmektedir. Ekonomi, ticaret vb. sebepler kişilerin haklarına daha hızlı ve ucuz yollarla ulaşmak istemesine yol açmaktadır. Kaldı ki, toplumsal güvensizlik gibi sebeplerle vatandaşların barışçıl çözüm yollarına yatkınlığı da azalmaktadır. Dolayısıyla düşük meblağlarda olan uyuşmazlıklarda bile mahkemelere başvuru sıklıkla gerçekleştirilmekte bu da mahkemelerde dosya sayısını artırarak, hakimlerin iş yükünü giderek artırmaktadır. Bu gibi sebeplerle kanun koyucu bir takım çözüm yolları arayışı içerisine girmiş ve bazı uyuşmazlıklarda mahkeme yolunu kapatarak alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru yapmayı zorunlu hale getirmiştir.

Ülkemizde düzenlenen hemen hemen her zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yolu, adil yargılanma ilkesi ile bağdaşmadığı gerekçesiyle iptal edilme talebi ile Anayasa Mahkemesine başvuru konusu olmuştur. Bazı düzenlemeler adil yargılanma ilkesi ile bağdaşmadığı gerekçesiyle iptal olsa da Anayasa Mahkemesi bazı talepleri reddetmiştir. Yukarı da incelenen bu kararlara göre Anayasa Mahkemesi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının zorunlu hale gelmesi halinde, adil yargılanma ve diğer anayasal hak ve hürriyetler ile bağdaşması için belli bir takım kriterleri içtihadında belirlemiştir. Bunlardan ilki, böyle bir zorunluluğun düzenlenmesi halinde, Anayasa'nın 142 inci maddesi uyarınca bu düzenlemenin muhakkak kanunla yapılması yönündedir. Bu düzenlemelerin yargıya birer alternatif yaratmadığı çalışmamızın bir bölümünde açıklanmıştır. Anayasa Mahkemesi de zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yargıya bir alternatif getirmediği görüşündedir. Ancak asli olan mahkemeye başvurunun kısıtlanabilmesi için bu düzenlemenin muhakkak kanun eli yapılması gerektiği düzenlenmektedir. Yargı yerinin alt düzenleyici metinler ile belirlenmesinin kamu menfaati ile bağdaşmadığı benimsenmiştir.

Anayasa Mahkemesi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurunun esas olarak gönüllülük ilkesine bağlı olduğunu içtihadında belirtmiştir. Tahkim usulü hariç tarafların kamu menfaati içermeyen ve üzerlerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hususlarda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurup, bu süreç neticesinde verdikleri karara göre hareket etmeleri mülkiyet hakkından, sözleşme serbestisi ilkesine varana kadar tüm temel hak ve hürriyetler ile bağdaşmaktadır. Tahkim de bu durum biraz daha farklıdır, çünkü orada taraflar kendi uyuşmazlıklarını çözmek için tayin ettikleri hakemin verdiği karar doğrultusunda hareket edeceklerdir. En nihayetinde verilen hakem kararının icra edilebilmesi için şerh alınması amacıyla mahkemeye başvuru yapılacak ve mahkemece kamu menfaati olup olmadığı hususu bakımından denetlenip bu şerh verilebilecektir. Ancak başvurunun zorunlu olduğu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında, süreç sonunda verilen kararın bir şekilde denetlenmesi veya itiraza konu olması gerekmektedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi zorunlu olarak bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun düzenlenmesi halinde verilen kararın mutlaka itiraza konu olması gerektiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi ancak alternatif uyuşmazlık çözüm sürecinin neticesinde, adli yargı mercilerine bir itiraz yolunun açık olması halinde bu düzenlemenin adil yargılanma ile bağdaşabileceği ve yargıya alternatif oluşmayacağını belirtmiştir.

Ayrıca zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile yalnızca bu yollara başvuruda iradi olmaktan vazgeçilmektedir. Zorunluluk düzenlemeleri mahkemeye doğrudan erişim hakkını kısıtlamaktadır, en nihayetinde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının başarısız olması halinde mahkemeye erişim bakidir<sup>203</sup>.

Dolayısıyla zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, kanunla düzenlenmeleri ve süreç sonunda adli mercilerde verilen karara karşı itiraz edilebilmesi halinde Anayasal haklar ve ilkelere aykırılık teşkil etmemekte ve Anayasa'ya uygun olmaktadır. Medeni yargılamada yukarıda değinilen alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının uygulanması ve bunların mecburi tutulması Anayasa Mahkemesinin kriterleri dikkate alındığında bir reform olarak değerlendirilebilecektir<sup>204</sup>. Yargılamada asli amacın kamu düzeninin ihlal edilmeden asıl ve gerçeğe ulaşmak, bu çerçevede talep edenlerin haklarına ulaşmak olduğu unutulmamalıdır.

---

<sup>203</sup> Erdoğan s.1222.

<sup>204</sup> İldır s.38.

## 11. SONUÇ

Dünya üzerinde yalnızca iki insan kalsa dahi bir uyuşmazlık yaşanacağı kaçınılmaz bir gerçektir. Modern toplumlarda uyuşmazlık çıkması halinde, başvurulması gereken merci mahkemeler kanunlar ve yasalar ile düzenlenmektedir. İnsanlar arasında uyuşmazlık çıkması halinde bunun var olan hukuk sistemine, hakkaniyete göre çözümlenmesi başta toplumsal düzeni getirmekte ve bu düzenin sağlanmasında ise sorumluluk devlete aittir.

Modern toplumlarda uyuşmazlık çözümlerinde asli yol mahkemeler olsa da, tali olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yolları eskiden bu güne tercih edilen yollardır. Tarihsel olarak baktığımızda modern toplumların ilk kuruluşlarıyla beraber bu yolların tercih edilmeye başladığını görmekteyiz. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları günümüz mahkemeleri ile karşılaştırıldığı zaman özellikler maddi açıdan ve zaman açısından büyük avantajlar sağlamaktadır. Bu açılardan gerek mahkemelerdeki iş yükünün azaltılması gerekse uyuşmazlık taraflarına getirdiği ekonomik zaman tasarrufu sayesinde büyük avantajlar sağlamaktadır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru aslen ihtiyari ve iradi olarak düzenlenmektedir. Zira yargı, devlet denetiminde, yargı ve yasamadan bağımsız olarak var olması gereken bir erktir. Ancak bazı durumlarda yasama merci alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulmasını zorunlu olarak düzenleyebilmektedir. Bu hallerde, asli olan mahkemeler yerine başkaca bir yol belirlenmesinin başta İnsan Haklarına ve bu haklar esas alınarak düzenlenen Anayasa'ya uygun olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Bu çalışmamızın esas amacı da yapılan bu düzenlemelerin Anayasal haklara uygun olup olmadığının araştırılmasıdır.

Bu çalışma içeriğinde incelenen alternatif uyuşmazlık çözüm yolları tahkim, arabuluculuk ve uzlaştırma metotlarıdır. Tahkim, nitelik ve sonuç olarak arabuluculuk ve uzlaştırma yollarından farklılık ihtiva etmektedir. Bu bağlamda tahkim, uyuşmazlık yaşayan iki veya daha fazla tarafın bir araya gelerek, kendi iradeleri ile seçtikleri hakemler aracılığı ile uyuşmazlıklarını bağlayıcı ve icra edilebilir olan bir hakem kararı ile çözüme kavuşturdukları bir yol olarak tanımlanmaktadır. Arabuluculuk ise uyuşmazlık yaşayan iki veya daha fazla tarafın bir arabulucu ile bir araya gelerek, uyuşmazlıklarını bağlayıcı

olmayan müzakereler yolu ile çözüme kavuşturmalarıdır. Uzlaştırma müessesesi ile arabuluculuk bu bakımdan birbirlerine çok benzemektedir. Zira uzlaştırma için yaptığımız tanım arabuluculuk içinde yapmamız mümkündür, doktrinde iki yolun aynı olup olmadığı hususunun tartışmalı olduğunu belirterek tarafımızca farklı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştik.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının en çok zaman ve maliyet açısından faydaları olduğunu bunun yanı sıra barışçıl yöntemler olmasından dolayı toplum düzeni ve gizlilik sağladığı yönünden faydalarını belirtmiştik. Zira uyuşmazlık yaşayan tarafların aynı masa etrafında oturmasına karar vermeleri bile uyuşmazlıklarını çözme yönünde bir adım attıklarının göstergesidir. Bu husus tarafların uyuşmazlıkları çözümlendikten sonra ilişkilerine devam etmesini sağlayacaktır. Tarafların birbirlerine güvenmelerini sağlayacak ve kötü niyetli davranışlardan kaçınmalarını sağlayacaktır. Bu hususta en nihayetinde toplumsal barışı sağlayacaktır. Gizlilik sağlanması ise, tarafların kamuya açılmasını istemedikleri, özellikle ticari defterleri gibi hususların korunmasını sağlayacaktır. Pek tabi tüm bu olumlu yanlarının yanında, taraflardan birinin kötü niyetli olması ve süreci uzatma niyeti olması halinde süreci uzatabileceği sonucu da olabilmektedir. Bunun yanı sıra sürece dahil edilen üçüncü tarafların yani hakem, arabulucu ve uzlaştırıcıların yetersiz eğitim alması, konu, süre ve usule hakim olmamaları gibi hallerde uyuşmazlık taraflarını yanlış yönlendirebileceği dolayısıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun başarısızlık ile sonuçlanabilmesi de olumsuz olarak nitelendirilebilecek özelliklerinden biridir.

Tüm bu açıklamalar nezdinde çalışmamızın asıl konusuna dönmemiz halinde, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının zorunlu olarak düzenlenmesinin Anayasa'ya uygunluğunun tespit edilebilmesi için Anayasal düzende yargıya ilişkin ilkeler incelenmiştir. Bu ilkelerin bir kısmı Anayasa'da bir kısmı ise (hukuk uyuşmazlıkları için çalıştığımız için) 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmektedir. Başta adil yargılanma ilkesi olmak üzere, tasarruf ilkesi, taraflarca getirilme ilkesi, yargılamanın hakim tarafından yürütülme ilkesi, yazılılık ilkesi, aleniyet ilkesi, usul ekonomisi ilkesi, doğrudanlık ilkesi, iddia ve savunmanın teksifi ilkesi, hukuki dinlenilme hakkına riayet ilkesi, hakimin davayı aydınlatma yükümlülüğü, dürüstlük kuralına uyma ilkesi yargılamaya esas olan ve bulunması gereken ilkeler olarak çalışmamızda belirtilmiştir. Anayasa'ya uygunluk açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesinde de

düzenlenen adil yargılanma hakkı ilkesinin ihlalinin incelenmesi, mahkemeler yerine alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurunun zorunlu tutulmasının Anayasa'ya aykırılığının tespit edilmesi için gerek Türkiye gerek yabancı Anayasa Mahkemeleri kararlarında en önemli kriter olarak ele alınmıştır. Bu kapsamda adil yargılanma hakkı ilkesinin içeriği ve onu tamamlayan başkaca ilkeler bulunmaktadır. Bunları çalışmamızda temel olarak bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı, usul ekonomisi ilkesi, hukuki dinlenilme hakkı ve aleniyet ilkesidir.

Tarafsız ve bağımsız bir mahkemede yargılanma hakkını incelediğimizde genel olarak uyuşmazlık içerisinde olan tarafların bunu bir çözüme kavuşturmak istediklerinde taraf tutmayan ve kararlarına güvenebilecek bir hakim tarafından bu yargılamanın yapılması hakkını görmekteyiz. Bu hakkı incelerken mahkeme kavramının ne olduğuna değinilmiş, Anayasa uyarınca mahkemelerin kanunlar ile kurulması gerektiğine değinilmiştir. Ancak gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları gerek Anayasa Mahkemesi kararları neticesinde mahkeme kavramının biraz daha geniş yorumlanabileceği yönünde bir kanaat olduğuna belirttik. Dolayısıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının bu ilke ile kanımızca bağdaştığını belirttik.

Usul ekonomisi ilkesinin yargılamanın en az maliyet ve makul sürede tamamlanması olarak ele alınması gerektiğini belirttik. Bu kapsamda makul sürenin ne olacağının biraz tartışmalı bir husus olduğu, ancak gösterilebilecek en önemli kriterin bu kapsamda hak kaybı yaşatmayacak kadar kısa, ancak hakka erişildiğinde önemini yitirecek kadar uzun olmaması gerektiğini belirtip, bu sürenin tayin edilebilmesi için uyuşmazlık yaşanan konunun içeriğinin ne olduğunun önemli olduğuna değindik. Usul ekonomisi ilkesi aslen alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının en önemli olumlu yönü olarak belirtildiği ilkedir. Bu kapsamda bu ilke alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile tamamen bağdaşmaktadır.

Bizim hukukumuzda, Anayasa'da düzenlenen istisnai haller dışında yargılamanın aslen aleni olduğu, bu aleniyetin bir denetim mekanizması olduğunu belirttik. Aleniyeti ilkesi, tüm alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile değerlendirildiği takdirde aslen tamamen zıt bir ilke olarak gözükse de bu durumun kanımızca böyle olmadığını belirttik. Tüm alternatif uyuşmazlık çözüm yolları aslen gizlilik esas olarak düzenlenmektedir.



Ancak tüm bu yollardan sonra ortaya çıkan hakem kararı, arabuluculuk tutanağı vb. sonuç belgelerinin icra edilebilirlik şerhi alınabilmesi için mahkemeye başvurunun şart olduğunu, bu şerhin alınabilmesi için başvurulduğu anda aslında yargılama ve denetim esasları için önemli olan etki doğuracak belgelerin aleniyet kazandığını dolayısıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının aleniyet ilkesi ile de bağdaştığı yönünde görüşlerimizi belirttik.

Hukuki dinlenilme hakkı kısaca uyuşmazlık yaşayan veya yargıya katılan tarafların uyuşmazlık konusu ile ilgili tüm iddia ve delillerini mahkemeye sunabilmesi gerektiğinin bu kapsamda pek tabii ülkemizde belli bir takım kısıtlamalar kötü niyetin önlenmesi amacıyla mevcuttur. Bu hakkın alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile bağdaştığı ise çok açıktır.

Bu ilkeler hem adil yargılanma ilkesinin içeriğini doldurmakta, hem de adil yargılanmayı bütünleyici nitelikte bulunmaktadır. Bu ilkeler ışığında adil yargılanma ilkesi temel itibariyle, bir hakkının olduğunu iddia eden tarafın insan haklarına uygun olarak bu hakkını arayabilmesinin devlet eli ile garantiye alınması olarak tanımlanmaktadır. Zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının düzenlenmesinin burada yer alan ilke ve hakları ihlal edip etmediği ise çalışmamızda irdelenmiştir.

Çalışmamızda adil yargılanma hakkının ihlali halinde yaptırımlarının ne yönde olacağı da vurgulanmış ve burada en önemli aracın Anayasa Mahkemesine başvuru olduğu da belirtilmiştir. Bu kapsamda adil yargılanma hakkının ihlali temel olarak verilen yargı kararlarının ya da icra edilebilir kararların aslında hükümsüz olduğu yönündedir.

Çalışmamızda Dünya'dan ve ülkemizden zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına örnekler verilmiştir. Dünyadan daha çoğunlukla Amerika Birleşik Devletlerinden örnekler verilmiş, ülkemizden ise; Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yollu Hâlli Hakkında Kanun, 1177 Sayılı Tütün ve Tütün Tekeli Kanun, 91 sayılı Menkul Kıymet Borsaları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmeleri, Grev ve Lokavt Kanunu, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 4787 Sayılı Aile

Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun, 3039 Sayılı Çeltik Ekimi Kanunu, Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ve yeni düzenlenen İş Mahkemeleri Kanunu örnekler arasında sayılmıştır.

Zorunlu olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının düzenlenmesinde Amerika Birleşik Devletler, Almanya, İtalya, Avusturalya, İngiltere ve başkaca ülkelerden örnekler verilmiştir. Genel itibariyle bu devletlerin alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yaygınlaştırması ve mahkemelerin iş yükünün azaltılması amacıyla bu yöntemlerin zorunlu hale getirildiği görülmüş, itiraza tabi olması halinde bu yöntemlerin denetlenebilir olduğu dolayısıyla Anayasa'ya uygun olduğu değerlendirilmiştir.

Bu kapsamda Anayasa'ya uygunluk ile ilgili ülkemizdeki Anayasa Mahkemesi kararlarına değinilmiş ve bu kararlar incelenmiştir. Tüm kararlar neticesinde ortaya çıkan sonuç ise; alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurunun kanun ile düzenlenmesi, bu yollar ile varılan sonucun bir mahkeme veya üst mahkeme nezdinde itiraz edilebilir olması halinde Anayasa'ya uygun olduğu ve adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine kanaat getirilmiştir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yargıya bir alternatif teşkil etmediği, bu yolların devlet eli bazen mahkemelere başvurunun kısıtlanmak suretiyle kullanılması mecburi yöntemler olarak belirlenmesinin Anayasa'ya uygun olduğu çalışmamızda değerlendirilmiştir.

## KAYNAKÇA

**AKINCI ZİYA** Milletlerarası Tahkim [Kitap]. - Ankara : Seçkin Yayıncılık, 2007.

**ALİ CEM BUDAK VAROL KARAASLAN** Medeni Usul Hukuku [Kitap]. - Ankara : Yetkin Yayınları, 2013.

Arabuluculuk Çalışma Toplantısı Arabuluculukla İlgili Güncel Sorunlar, Beklentiler ve Öneriler Sonuç Raporu [Dergi] // Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi Yıl 2014 Sayı 29. - 2014. - s. 23-39.

**BAKİ KURU RAMAZAN ARSLAN, EJDER YILMAZ** Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı [Kitap]. - Ankara : Yetkin Yayınları , 2008.

**CELİK ABDULLAH** Adil Yargılanma Hakkı Rehberi [Kitap]. - Ankara : Anayasa Mahkemesi Yayınları, Kalkan Matbaacılık, 2014.

**DAYINLARLI KEMAL HUMK'ta** Düzenlenen İç Tahkim [Kitap]. - Ankara : Sözkese Matbaası, 1997.

**ERDOĞAN ERSİN** 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi [Dergi]. - Ankara : LEGAL YAYINCILIK, 2017. - 55 : Cilt 14.

**ERGİN NOMAR NURAY EKŞİ, GÜNSELİ ÖZTEKİN** Milletlerarası Tahkim [Kitap]. - İstanbul : Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. , 2003.

**GOLANN DWIGHT** Makin Alternative Dispute Resolution Mandatory: The Constitutional Issues [Dergi] // HEINONLINE. - 2016.

**GÖRGÜN ŞANAL** MEDENİ USUL HUKUKU [Kitap]. - ANKARA : YETKİN YAYINLARI , 2014.

**HAKAN PEKCANITEZ OĞUZ ATALAY, MERAL ÖZKAN SUNGURTEKİN, MUHAMMET ÖZEKES** İcra ve İflas Hukuku [Kitap]. - Ankara : Yetkin Basımevi, 2013. (**Pekcanitez**)

**HENDEK HASAN** Makul Sürede Yargılama Zorunluluğu [Kitap]. - Ankara : Seçkin Yayıncılık, 2016.

**ILDIR GÜLGÜN** Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler) [Kitap] / dü. Pekcanitez Danışman: Hakan. - İstanbul : Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2001.

**İNCEOĞLU SİBEL** İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARINDA ADİL YARGILANMA HAKKI [Kitap]. - İSTANBUL : BETA BASIM YAYIM DAĞITIM A.Ş., 2002.

**KARATEPE ŞÜKRÜ ANAYASA HUKUKU** [Kitap]. - ANKARA : ÖZBARAN OFSET, 2013.

**KARSLI ABDURRAHİM** Medeni Muhakeme Hukuku [Kitap]. - İstanbul : Alternatif Yayıncılık, 2014.

**KAYALI DİDEM** Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı [Kitap]. - Ankara : Seçkin Yayıncılık, 2015.

**KEKEÇ ELİF KISMET** Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler [Kitap]. - 2014 : Seçkin Yayıncılık, Ankara.

**KONCA NESİBE KURT** Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi [Kitap]. - Ankara : Adalet Yayınevi, 2009.

**NUALA MOLE CATHARINA HARBY AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN 6. MADDESİNİN UYGULANMASINA İLİŞKİN KILAVUZ** [Kitap]. - STRAZBURG : AVRUPA KONSEYİ İNSAN HAKLARI GENEL MÜDÜRLÜĞÜ, 2001.

**ÖZBEK MUSTAFA SERDAR** Alternatif Uyuşmazlık Çözümü [Kitap]. - Ankara : Yetkin Basımevi, 2016.

**ÖZBEK MUSTAFA SERDAR** Anayasal Hak ve Hürriyetler İle Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk [Konferans] // Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk. - ANKARA : Türkiye Barolar Birliği, 2012. - s. 107-154. (Özbek Anayasa)

**ÖZBEK MUSTAFA SERDAR AVRUPA KONSEYİ ARABULUCULUK YÖNERGESİ** [Dergi]. - Ankara : AÜHF, 2007. - 1 : Cilt 56. (Özbek Avrupa)

**ÖZBUDUN ERGUN TÜRK ANAYASA HUKUKU** [Kitap]. - ANKARA : YETKİN BASIMEVİ, 2014.

**PEKCANITEZ HAKAN** Medeni Usul Hukuku [Kitap]. - İstanbul : On İki Levha Yayıncılık , 2017.

**PERÇİN GİZEM ERSEN ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİNDEN ARABULUCULUĞUN HUKUKSAL DÜZENLEMELERDEKİ YERİ** [Dergi] // Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni Cilt:31 Sayı:2 . - 2011. - s. 177-201.

**TANRIVER SÜHA** Hukuk Yargısı (Medeni Yaegı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı [Kitap Bölümü] // MAKALELERİM I. - Ankara : Asil Yayıncılık , 2005.

**TANRIVER SÜHA** Makalelerim II [Kitap]. - Ankara : Adalet Yayınevi , 2011.

**TUĞSAVUL MELİS TAŞPOLAT** Türk Hukuku'nda Arabuluculuk [Kitap]. - Ankara : Yetkin Yayınları, 2012. (**Tuğsavul**)

Türk Arabuluculuk Mevzuat Değişiklikleri Uluslararası Çalıştay ve Çalışma Grubu Toplantıları Raporu, 11-13 Mayıs 2016 [Konferans]. - Ankara : [yazarı bilinmiyor], 2016.

**ULUKAPI ÖMER** Medeni Usul Hukuku [Kitap]. - Konya : Mimoza Yayınları , 2014.

**ULUSOY EROL FİNANS HUKUKUNDA TAHKİM** [Konferans]// 2. ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK SEMPOZYUMU "TAHKİM".- İSTANBUL : MARMARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ , 2009. - s. 203-250.

Y 2009/9-214 E., 2009/284 K., [Dava]. - [basım yeri bilinmiyor] : YARGITAY HUKUK GENEL KURULU , 24.06.2009.

**YEĞENGİL RASİH** Tahkim [Kitap]. - İstanbul : Cezaevi Matbaası, 1974.

**YEŞİLİRMAK ALİ** Doğrudan Görüşme Arabuluculuk Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim [Kitap]. - İstanbul : ON İKİ LEVHA YAYINCILIK, 2011.