



Araştırma Makalesi

Arbuluculuk Ulusal Yargıya Karşı: Biçimden Öze, Haktan Piyasa Despotizmine¹

Koşun Özgür ÖZBEY²

ORCID: 0000-0002-0393-5704

Öz

Bu çalışmanın amacı, arbuluculuğun bir hukuk teknolojisi olarak yargı sistemi karşısındaki konumunun toplumsal arka planıyla incelenmesi ve tartışılmasıdır. Arbuluculuk, ülkemizde de dava şartı ve ihtiyari arbuluculuk biçiminde bir süredir birtakım uyuşmazlıkların çözümü için uygulanmaktadır. Bu düzenleme biçimi, sadece arbuluculuğu getirmemekte, kolektif hakları da ortadan kaldırmakta ve uyuşmazlığı bireysel sorunlar haline getirmektedir. Özellikle işçi-işveren uyuşmazlıklarında hak temelli taleplerin önemsizleşmesi, talebin temeline menfaatin konulması ve hakkın önemsizleştirilmesi söz konusudur. Arbuluculuk anlaşmasının sözleşme ve ilamın tüm güçlü özelliklerini alan, güçsüz taraflarını dışlayan biçimi tüm sürecin sıhhatini garanti altına almaktadır. Bu dönüşüm hukuk yargılaması ve uyuşmazlık çözümünün dönüşümünün bir safhasını oluşturmaktadır.

Anahtar kelimeler: arbuluculuk, dava şartı arbuluculuk, ihtiyari arbuluculuk, hak, menfaat, düzenleme biçimi, birikim rejimi, işçi, işveren.

Mediation versus National Judiciary: From Form to Substance, From Right to Market Despotism

Abstract

The aim of this study is to examine and discuss the position of mediation as a legal technology against the judicial system, with its social background. Mediation has been practiced in our country for a while in the form of mandatory and

1. Bu çalışma Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalında gerçekleştirilen 'Hukuk Yargılaması ve Uyuşmazlık Çözümünün Dönüşümü' başlıklı doktora tez çalışmasından üretilmiştir.

2. Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, kozgurozbey@hotmail.com

Makale Geliş Tarihi: 28.10.2023 Makale Kabul Tarihi: 04.12.2023



voluntary mediation to resolve some disputes. This form of regulation not only does not introduce mediation, it also eliminates collective rights and turns disputes into individual problems. Especially in employee-employer disputes, rights-based demands become unimportant, interests are placed as the basis of the demand, and rights are trivialized. The form of the mediation agreement, which takes all the strong features of the contract and the judgment and excludes the weak sides, guarantees the soundness of the entire process. This transformation constitutes a phase of the transformation of civil jurisdiction and dispute resolution.

Keywords: mediation, voluntary mediation, mandatory mediation, accumulation regime, regime of accumulation, mode of regulation, worker, employer.

Giriş

Bu çalışmanın amacı, arabuluculuğun bir hukuki teknolojisi olarak yargı sistemi karşısındaki konumunun toplumsal arka planıyla incelenmesi ve tartışılmasıdır. Çalışmanın ilk bölümünde çalışmada kullanılacak kavramlar ele alınacak ve tarihsel süreç özetlenecektir. Bu bölümde ele alınan birikim rejimi ve düzenleme biçimi kavramları, arabuluculuğun toplumsal sistemin bir parçası olarak incelenmesi sürecinde kullanılacağı için önemlidir. Aynı bölümün ikinci kısmında incelenecek olan fordist, post fordist ve neoliberal dönemde emeğin durumu, emek sürecinin örgütlenme biçimindeki değişimlerin incelenmesine imkan tanımaktadır. Bu bölümde anlatılanlar, arabuluculuğun bireysel hakların tasfiyesiyle emek sürecindeki değişim arasındaki bağlantıyı açıklamak için gerekli arka planı görmeyi sağlayacaktır. İkinci bölümde Türk hukukunda arabuluculuğa ilişkin düzenlemeler ele alınacak ve arabuluculukla ilgili birtakım temel bilgiler verilecektir. Üçüncü ve son bölümde ise arabuluculuğun hukuk sistemi içerisindeki yeri, toplumsal işleviyle birlikte ele alınarak tartışılacaktır.

Teorik ve Toplumsal Arka Planın İncelenmesi

Çalışmanın ilk bölümünde, çalışma boyunca yararlanılacak kavramlar ve ilgili tarihsel dönemde emek sürecinde yaşanan değişimler incelenecektir. Birinci alt bölümde çalışmada kullanılacak olan birikim rejimi ve düzenleme tarzı kavramlarıyla Fordist düzenleme ve Fordizmin krizi incelenecektir. İkinci alt bölümdeyse emek sürecinin fordist, post fordist ve neoliberal dönemde yaşadığı değişim ve bu değişimin emekçilere etkileri ele alınacaktır.

Düzenleme Teorisi

Düzenleme okulu, Althusser'in 'yeniden üretim' kavramını, yapıların etkin toplumsal failer olmaksızın, önemli bir dönüşüm geçirmeksizin, neredeyse otomatik bir şekilde kendi kendilerini idame ettirdikleri yönündeki varsayımı-



nı eleştirerek yeniden üretim kavramı yerine 'düzenleme' kavramını koymuşlardır. Düzenleme teorisi, sermaye ilişkisinin kendisinin dahi, sürekli birikime imkan vermeyecek karşıtlıklar üretirken kapitalizmin nasıl sürdüğünü sormuştur. Bu soruya yanıt, düzenleyici mekanizmalarda, yani çeşitli düzenleyici biçimler arasında yaşanan gerilimlerin ve uyumsuzlukların kaçınılmaz bir biçimde yığılacağı bir kriz noktasına kadar, bu çatışmaları başarıyla ifade eden ve düzenleyen stratejik davranış kalıplarında, kurumsal biçimlerde ve toplumsal biçimlerde bulunmuştur. Bu durum(kriz) gerçek olunca, yeni bir birikim rejimiyle buna karşılık gelecek bir düzenleme tarzının ortaya çıkacağı veya çıkmayacağı deneysel bir dönem olacaktır (Jessop, 2008, s. 411). Düzenleme teorisinin gagesi geleneksel anlamda bir düzen -denge- ve gelişim teorisi ortaya koymak değildir. Tersine, kapitalist üretim koşulları altında maddi geçim koşullarının ve sosyal düzenin, yani toplumsallığın teminat altına alınmasının nasıl mümkün olduğunu ve görece sürdürülebilir olabileceği sorusuna yanıt aramaktadır (Hirsch, 2011, s. 89). Bu, kapitalist toplumsal formasyonların genel yapı ve yasalarının ötesinde onun somut tarihsel formasyonlarını açıklamaya imkan tanıyan analiz ve kavramsal araçların geliştirilmesini zorunlu kılar. Bunu sağlamak için, düzenleme teorisi, özellikle ara kategoriler olarak tanımlanan 'birikim rejimi' ve 'düzenleme tarzı' kavramlarından faydalanır (Hirsch, 2011, s. 92).

Birikim Rejimi Ve Düzenleme Tarzı

Birikim rejimi ve düzenleme tarzı kavramları, düzenleme okulu tarafından kapitalist üretim tarzının işleyişinin anlatılması için kullanılması önerilen iki temel kavramdır.

Birikim rejimi, mutlak artı değer en genel normlarının istikrarlı kısıtlamaları altında görece artı değeri artıran bir toplumsal dönüşüm biçimidir (Aglietta, 1979, s. 68). Birikim rejimi, toplumsal üretimin tüketim ve birikim arasında dağılımının uzun vadeli istikrarını ifade eder ve bir tarafta üretim koşulları ile ücretli emeğin yeniden üretimi koşulları arasındaki bağıntıyı, diğer tarafta kapitalizmle diğer üretim biçimleri arasındaki bağıntıyı işaret eder. Matematiksel olarak, bir birikim rejimi bir yeniden üretim şeması olarak tanımlanabilir. Bir birikim rejimi, yeniden üretim modeli istikrarlı olduğu için var olabilir; bu nedenle birikim rejimlerinin tüm yönleriyle ve her şekilde gerçekleşmesi muhtemel değildir. Tüm tekel sermayelerin tutarlı bir yeniden üretim şeması içinde barışçıl bir şekilde bir araya gelmelerini gerekli kılan bir neden elbette yoktur. Bu nedenle, birikim rejimi sürecin birliğini oluşturan ve faillerinin(ajanlarının) gündelik davranışlarında ve mücadelelerinde(hem kapitalistler ve ücretliler arasındaki mücadele, hem kapitalistler arası mücadele) yeniden üretim şemasına uymasını garanti eden normlar, alışkanlıklar, yasalar ve düzenleyici ağlar şeklinde somutlaştırmaktadır (Lipietz, 1987, s. 14). Birikim rejimi, soyut olarak ifade edilirse, dünya pazarına bağlı sermaye değerlemesinin nesnel koşullarına tabi ve o andaki görünümü özel



sosyal güç dengeleri tarafından belirlenen bir ekonominin değer akışlarının biçimsel uyumundan ibarettir (Hirsch, 2011, s. 94).

Toplumsal unsurları bireysel davranışlara içkin hale getiren, içselleştirilmiş kurallar ve sosyal prosedürler dizisine düzenleme biçimi olarak tanımlanır (Lipietz, 1987, s. 15). Düzenleme biçimi, birikim rejimini oluşturan kurallar ve sosyal süreçlerin tamamını kapsamaktadır. Kavramın içerdiği düzenleme, en etkili devlet olan birçok yapısal biçim tarafından gerçekleştirilir; ancak devletin en etkin yapısal biçim olması, onun düzenleyici rolünün hep aynı şekilde süreceği anlamına gelmez. Birikim rejiminin yerini bir başkası aldığı anda, emeğin örgütlenmesi ile sınıf mücadelesinin yapılandırılması temelinde düzenleme biçimi, devlet formu ve tahakküm biçimi de yeniden kurulur. Bu bakımdan, kriz sadece ekonomik değil, aynı zamanda politik ve ideolojik bir olgudur (Kars Kaynar A. , 2016, s. 11).

Neoliberal Dönemde Emek Piyasası Ve Emek Süreci

Bu bölümde neoliberalizmin emekçilerin durumu ve çalışmanın örgütlenmesi üzerindeki etkileri ele alınacaktır. Emek sürecinde yaşanan dönüşüm ve emekçilerin durumu birbiriyle bağlantılıdır; zira gerek işyerindeki, gerekse toplumdaki işbölümünde emekçilerin konumunun değişmesi ve emeğe biçilen yerin farklılaşması, emekçilerin toplumsal durumunu da değiştirmektedir.

Fordizmde emek ve sermaye arasında geçici bir uzlaşma zemini oluşturulmuştu. Neoliberalizmin emeğe bakışı bundan son derece uzaktır. Bu durumu açıklayabilmek için üç kavramın incelenmesinde yarar vardır: Metalaşma, güvencesizleştirme ve örgütsüzleşme. Bu üç kavram, hem çalışmanın örgütlenmesiyle, yani emek süreciyle, hem de buna paralel olarak emekçilerin durumuyla yakından ilgilidir. Bu sebeple, öncelikli olarak emek süreci ele alınacak, ardından bu üç kavram incelenecektir.

Fordist ve Fordizm Sonrası Emek Süreci

Fordizm, kitlesel üretim esasına dayanan bir üretim anlayışıydı. Bu anlayışın temeli, üretimin bir üretim bandı üzerinde, mümkün olan en küçük ayrıntısına kadar ayrılarak standartlaştırılmasına dayanmaktaydı. Amaç, üretimdeki tüm süreçleri fabrika içerisinde gerçekleştirmek, standardizasyon çerçevesinde üretim maliyetini düşürerek verimliliği yükseltmek ve nisbi artı-değeri artırmaktı³. Bu anlayış sadece üretimi değil, tüketimi de biçimlendirmekte, kitlesel üretimi, kitlesel tüketimle eklemlenmekteydi. Bu dönemde özellikle işçilerin örgütlü mücadelesi bastırılmak yerine kurumsallaştırılmış, sendikal mücadele bir toplu pazarlık biçimini almıştır. Ücret artışları bu toplu pazarlık süreçleri ve toplu söz-

3. Marx, artı-değerin oluşturulmasını mutlak ve nisbi artı değer olarak ikiye ayırarak ele almaktaydı. Mutlak artı-değer, çalışma sürelerinin yükseltilmesi neticesinde gerçekleşen bir artı-değer artışı anlamına gelmekteyken, nisbi artı-değer çalışma süresi içerisinde verimliliği yükselterek üretilen birim başına emek-değerini azaltmak esasına dayanmaktaydı. Bu konuya 'Metalaşma' başlığı altında ayrıca incelenecektir.



leşmelerle düzenlenmiştir (Ansal, 1996, s. 11-13). İlk kez işçilerin çalışmadıkları dönemlerde hayatlarını sürdürebilmeleri için işsizlik maaşı ödenmeye başlandı. Bu dönemde keyfi ve sürpriz şekilde işten çıkarmalara karşı işçileri koruyan düzenlemeler yapıldı (Masko, 2010, s. 4).

1960'ların sonlarına doğru Fordizm, bir taraftan emek sürecindeki despotizme karşı yükselen toplumsal muhalefet ve diğer taraftan verimlilik artışıyla üretim artışının arasındaki bağlantının bozulmasıyla krize girdi. Neticede Fordist emek süreci terk edilirken, Fordist birikim rejiminin refah ve güvenlik devleti de terk edildi (Özdemir & Yücesan Özdemir, 2008, s. 58; Ansal, 1996, s. 12). Neoliberal dönemde, Fordist düzenlemenin emek sürecini önemli ölçüde değiştirmiştir. İşin parçalara bölünmesi ve işyerinin mekânsal olarak bölünmesi, üretimin dünya çapında parçalanmasına yol açmıştır. Sermaye hareketlerinin serbestleşmesi, nakliye ve iletişim olanaklarının artması, üretimin parçalanmasının maddi altyapısını oluşturmuştur. Aynı yönde, sermayenin dünya çapında finansallaşması, bu bölünmeyi kolaylaştırmıştır. İşyerinin ve işin parçalanması, çalışmanın da sabit, düzenli, güvenceli biçiminin zayıflamasına yol açmıştır. Bu yeni biçime uygun işçi, mekânsal olarak bölünmüş işyeri içerisinde bireysel olarak iş yapan, sendikal faaliyetlerden ve korumalardan yararlanmayan, çalışma saati ve konusuyla ilgili esnek bir yaklaşım gösterebilen ve sürekli kendisini yenileyebilen -veya yenilemesi beklenen- bir kişidir. Fordist dönemde, sendikal faaliyetler çerçevesinde kolektif hak ve iş ilişkisi üzerinden çalışma ve yaşam koşulları oluşan işçi sınıfı yerini, neoliberal dönemde bireysel olarak sermayeyle iş ilişkisi kuran, sınıfsal olarak değil, bireysel olarak hak mücadelesi yürütebilen bir emek kesimine -tekil işçilere- bırakmıştır.

Metalaşma

Kapitalizmde zenginlik devasa bir 'meta yığını' olarak görünür. Meta, bir tarafla ihtiyaçları gidermeye yarayan bir nesne, diğer tarafla bir değişim aracıdır. Metanın birinci yönü onun kullanım değeri, ikinci yönüyse değişim değeridir. Kullanım değeri, metanın cevap verdiği ihtiyaçtır. Metanın değişim değeriye başka metalarla pazarda karşılaşmasıyla ortaya çıkan mübadele değeridir (Marx, 2014). Kapitalizmde üretimin temel amacı artı-değer üretimi ve sermaye birikimidir (Althusser, 2006, s. 63). Kapitalizmi kendisinden önceki üretim tarzlarından belirgin olarak ayıran, tüm ürünlerin meta olarak üretilmesinin yanında üretimin amacının artı-değer üretimi ve sermaye birikimi olmasıdır (Marx, 2015, s. 860-861).

Sermaye, bir değer toplamı olarak değil, bir sosyal ilişki olarak kavranmalıdır. Kapitalizmi biçimlendiren nedensel ilişkiler, girişimciler toplamını sosyal sermaye haline getirir; yani üreticiler ancak böyle bir yapı içerisinde kapitalist haline gelir (Özdemir, 2014, s. 33). Sermayenin genişlemesi üç yolla gerçekleşir:

Gelecekte üretilecek artı-değerle(üretken sermaye formu)

Geçmişte üretilmiş artı-değerle(küresel düzeyde özelleştirmeler neticesinde elde edilen birikim)



Metalaşma(daha önce alım-satıma konu olmamış varlıkların piyasalaştırılması) (Özdemir, 2014, s. 39)

Metalaşma, insan yaşamının piyasa ilişkilerinin gerekliliklerine göre biçimlenmesi ve günlük hayatın önceden alım-satıma konu olmayan kısımlarının giderek artan biçimde alım satıma konu hale gelmesini ifade eden bir kavramdır. Kişiler bu süreçte tercihlerini artan biçimde piyasa ilişkilerine uygun hale getirmeye çalışmakta, kararlarını bu ilişkiler karşısında en avantajlı konumda olacakları şekilde vermek durumunda kalmaktadır (Özdemir & Yücesan Özdemir, 2008, s. 201). Neoliberal süreçte metalaşma, piyasa ilişkilerinden azade bir alan kalmayacak derecede, hemen her ilişkiye nüfuz etme halindedir. Emek piyasalarının kamu müdahalesi dışına çıkarılması ve Refah Devleti döneminde kamunun sorumluluğuna bırakılan eğitim, sağlık, emeklilik(sosyal güvenlik) gibi hizmetlerin piyasa ilişkilerine açılması ve özel sektöre devri bu sürecin önemli uğraklarıdır (Bağımsız Sosyal Bilimciler, 2015, s. 76-77).

Güvencesizleştirme

İş güvencesizliği, çalışanın iş ilişkisinin sürekli risk altında olmasını ve geleceğinin belirsizliğini ifade etmektedir (Bağımsız Sosyal Bilimciler, 2015, s. 73). 'Katıllık' olarak anlaşılan iş ilişkisinin biçiminin, hukuki statüsünün, çalışma saatlerinin ve tüm çalışma koşullarının belirgin olması, işçinin mevcut iş ilişkisinin geleceği konusunda kaygı duymayacak şekilde işverenin kolayca işçi çıkarmamasıdır. İş güvencesi hükümleri ve işçinin kolektif hakları bu süreçte baskı altına alınmıştır. Fordist dönemin tersine, neoliberal dönemin gereklerine uygun olarak imalat sektörünün öneminin azaldığı, hizmet sektörünün önem ve ağırlığının arttığı, esnek ve yarı-zamanlı çalıştırmanın yaygınlaştığı, sendikasızlaşmanın, taşeronlaşmanın ve sosyal güvencesizleşmenin giderek arttığı yeni bir çalışma biçimi hakim hale gelmiştir (Yaşar & Yenimahalleli Yaşar, 2012, s. 74).

İstihdam biçimlerinin güvencesizleşmesi, bu sürecin hukuki boyutunu oluşturmaktadır. Refah devletinin işçi haklarını Fordist düzenlemenin büyük ölçekli, rutin, seri üretime dayalı, merkezi bürokrasi tarafından kontrol altında tutulan, uzun dönemli ve güvenceli çalıştırma anlayışı oluşturmaktaydı (Yaşar & Yenimahalleli Yaşar, 2012, s. 73). Refah Devleti döneminin ana iş ilişkisini oluşturan belirsiz süreli iş sözleşmesi usulü, neoliberal dönemde 'katı' olmakla itham edilmekte ve yerine işçinin çalıştırılmasını bir süreyle sınırlı hale getiren veya başka haklardan(özellikle iş güvencesi hükümlerinden) yararlanmayı imkânsız kılan biçimlerin yaygınlaşmasını gözlemlemekteyiz. Türk İş Mevzuatında yer verilen belirli süreli iş sözleşmesi, taşeronluk, çağrı üzerine çalışma gibi biçimler örnek olarak verilebilir. ILO sözleşmelerinin koruyucu hükümleri ve AB müktesebatı ücret ilişkisinin temel biçimi olarak belirsiz süreli iş sözleşmelerini görmekte ve koruyucu hükümlerinde bu biçimi esas almaktadır (Özdemir & Yücesan Özdemir, 2008, s. 111). Aynı biçimde İş Kanunu, zaten çok zayıf olan iş güvencesi hükümleriyle sadece belirsiz süreli iş sözleşmesi biçiminde çalışanları koruyucu



hükümler getirmektedir. Aynı şekilde, işsizlik sigortasından yararlanma şartları da ancak kesintisiz bir çalışmayla mümkün olmaktadır. Emeklilik hakkının kazanılmasında da benzer bir durum söz konusudur. Bu bakımdan istihdam biçiminin güvencesizleşmesi, çok geniş etkileri olan bir mevzudur.

Güvencesizleşmenin bir diğer boyutunu iş ilişkisinin ve çalışmanın esnekleşmesi oluşturmaktadır. 'Katılık' olarak kabul edilen sabit zamanlı, tek veya belirli mekânla sınırlı, konusu belirli işlerin yerini, mesai ve işyeri kavramının muğlaklaştığı işler almaktadır. Esnekleşme emekçilerin çalışma biçiminden iş ilişkilerinden, aile hayatlarından sosyal ilişkilerine yayılan etkiler doğurmaktadır. Bu durum sürekli bir gelir ve borç ödeme arasında hassas bir dengenin oluşmasına da yol açmaktadır (Budak, 2020, s. 1307). Aynı durum, işçinin çalışması esnasında esnek ve güvencesiz koşullara daha fazla maruz kalması bakımından işverenin elini kuvvetlendirmektedir.

Örgütsüzleşme

Fordist düzenlemede işçi sınıfı, sendikal örgütlenmeleri ve sınıfsal partileriyle toplumsal projenin önemli bir parçasını oluşturmaktaydı. Neoliberalizm, emek sürecini dönüştürmek suretiyle işçi sınıfını dünya çapında parçalarken, örgütlülüğünü ve direniş gücünü de yok etmiştir.

Tam istihdam hedefinin yerini sürekli yedek işçi ordusunun alması, işyerinin bölünmesi, esnek ve güvencesiz çalışma biçimlerinin yoğunlaşması, taşeronlaşma, kolektivist dayanışma anlayışının yerini bireysel düşüncelerin alması, sendikaların yozlaşması sendikal hareketi zayıflattığı gibi, sendikaların pazarlık gücünü de zayıflatmıştır. Kamu girişimlerinin özelleştirme yoluyla tasfiyesi, kamu sektöründe çalışanların bağlı bulunduğu sendikaları olumsuz etkilemiştir (Erdoğan & Ak, 2003, s. 11-12). Emegün örgütlülüğünün ve geleneksel mücadele araçlarının tasfiyesi, sosyal politikanın oluşmasında emegün taleplerinin temsili ve bu taleplerin devlet iktidarına tahvili ihtimalini ve imkânını ortadan kaldırdı.

Bu bölümde, neoliberal dönemde işçi haklarında ve emek sürecinde yaşanan değişimler incelenmiştir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, Fordist dönemin emek süreci, neoliberal dönemde önemli değişikliklere uğramıştır. Güvencesizleşme, metalaşma ve örgütsüzleşme neticesinde kolektif haklarla sınıf bilinci alt üst edilmiş, emek süreci tamamen farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Neticede kolektif hakların ortadan kalktığı, her işçinin bir kolektif haklar manzumesinin muhatabı olarak değil de, bireysel hakların taşıyıcısı olarak kabul edildiği bir anlayış kabul edilmiştir.



Türk Hukukunda Arabuluculuk

Arabuluculuk Türk hukuk sistemine, 2012'de kabul edilen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile girmiştir. 2017'de kabul edilen 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda önemli değişiklikler yapmış, ayrıca iş hukuku uyuşmazlıklarının önemli bir kısmı için arabuluculuğu dava şartı olarak kabul ederek zorunlu arabuluculuk uygulamasını getirmiştir. Bu düzenlemeyi, zorunlu arabuluculuk sistemini ticari uyuşmazlıklar tüketici uyuşmazlıkları için kabul eden başka düzenlemeler de izlemiştir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun ikinci maddesinde arabuluculuk şu şekilde tanımlanmıştır:

Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi

Kanun hükmüne göre, arabuluculuk iradi bir süreç olarak kabul edilmiştir. Tarafsız ve bağımsız olduğu kabul edilen esas olarak iletişimci rolü verilen arabulucuya birtakım şartlar altında çözüm önerisi sunma imkanı tanınmış, arabuluculara eğitim şartı konularak arabuluculuk bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabul edilmiştir.

6325 sayılı Kanun'un üç, dört ve beşinci maddeleri arabuluculuğa ilişkin temel ilkelere ayrılmıştır. Üçüncü maddeye göre, iradilik ve eşitlik; dördüncü maddeye göre gizlilik ve beşinci maddeye göre beyan ve belgelerin kullanılmaması temel ilkeler olarak kabul edilmiştir. Buna göre, taraflar arabulucuya başvurma, süreci sürdürme ve sonuçlandırma ile süreçten vazgeçme konularında serbesttir(iradilik) ve bu süreçte taraflara eşit haklar tanınmıştır(eşitlik). Taraflar aksini kararlaştırmadıkça arabulucu, taraflar ve görüşmelere katılan kişiler arabuluculuk sürecinde sunulan ve başka şekilde öğrenilen bilgi ve belgelerle diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür(gizlilik). Arabuluculuğa konu uyuşmazlık hakkında hukuk davası açıldığında veya tahkim yoluna başvurulduğunda, arabulucu, taraflar ve sürece katılan üçüncü kişiler taraflara yapılan arabuluculuk davetini veya bir tarafın arabuluculuk sürecine katılma yönündeki isteğini, arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığın çözülmesine ilişkin taraflarca ileri sürülen görüş ve teklifleri, arabuluculuk sürecinde taraflarca ileri sürülen görüş ve teklifleri, arabuluculuk faaliyetinde taraflarca ileri sürülen önerilerle herhangi bir vakıa veya iddia hakkındaki kabulü, sadece arabuluculuk faaliyeti sebebiyle hazırlanan belgeleri delil olarak ileri süremez, ayrıca bunlar hakkında tanıklık da yapamaz. Bu belge ve bilgilerin açıklanmasını mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam isteyemez; bu beyan ve



bilgiler delil olarak sunulsa dahi hükme esas alınmaz, ancak sadece söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredilmesi veya süreç sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir. Görüldüğü gibi, gizlilik son derece kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu hükme aykırılık durumunda, Kanun'un 33. maddesine göre, aykırılıktan zarar görenin şikayeti üzerine faile altı aya kadar hapis cezası verileceği hükme bağlanmıştır.

Türk Hukuk sisteminde zorunlu ve ihtiyari olmak üzere iki arabuluculuk türü kabul edilmiştir. İradilik ilkesinin istisnasını oluşturan dava şartı(zorunlu) arabuluculuk, Kanun'un 2012'de kabul edilen ilk halinde mevcut olmayıp 2017'de kabul edilmiştir. Zorunlu arabuluculuk 6325 sayılı Kanun'un 18/A maddesinde düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre zorunlu arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklar için, dava açmadan önce arabulucuya başvurmak ve dava dilekçesine veya mahkemenin vereceği bir haftalık kesin süre içerisinde dava dosyasına arabuluculuk sonuç tutanağını sunmak gerekmektedir; aksi halde dava, dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddedilecektir. Zorunlu arabuluculuk süreci en fazla üç hafta sürebilir, zorunlu hallerde bu süre bir hafta uzatılabilir. Bu süreçte zamanaşımı ve hak düşürücü süreler işlemez. Zorunlu arabuluculuk başvurusu, dava için yetkili olan yargı çevresinde yapılmalıdır; ancak arabulucu yetki konusunu kendiliğinden inceleyemez.

Uyuşmazlığın diğer tarafları, başvurunun yetkili olmayan yerde yapıldığını düşünüyorsa, arabulucuya en geç ilk toplantıda yetki itirazını ve bu konudaki belgeleri sunar. Arabulucu itirazı derhal görevli sulh hukuk mahkemesine gönderir ve yetki konusunda sulh hukuk mahkemesi tarafından alınan karara göre yetkili yerde başvurulmuşsa görüşmelere devam edilir, yetkisiz yerde başvurulmuşsa başvurucuya karar tebliğ edilerek yetkili yerde arabuluculuk başvurusu yapması için bir hafta süre verilir. Eğer bu sürede yetkili yerde arabuluculuk başvurusu yaparsa, yetkisiz yerdeki başvuru tarihi, arabuluculuk sürecine başvuru tarihi kabul edilir.

Taraflar ilk toplantıya katılmak zorundadır; eğer geçerli mazeret bildirmeksizin taraflardan en az birinin toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyeti sona erdiyse, toplantıya katılmayan taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa dahi, tüm yargılama giderlerinden sorumlu tutulur ve lehine vekalet ücretine hükmedilmez. Ancak ilk toplantıya katıldıktan sonra taraflar istedikleri zaman görüşmeleri sona erdirmeye hakkına sahiptir. Süreç sonunda anlaşma olması halinde taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucunun ücreti eşit şekilde paylaşılır. Taraflar anlaşamaması, taraflara ulaşamaması ve tarafların katılmaması nedeniyle görüşmelerin sona ermesi durumunda ise arabulucunun iki saate kadarki ücreti Adalet Bakanlığı tarafından karşılanacağı kabul edilmiştir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3.maddesiyle iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları haricinde kalan tüm iş hukuku uyuşmazlıklarına dava şartı olarak



arabuluculuk kabul edilmiştir. Türk Ticaret Kanunu'na 06/12/2018'de eklenen 5/A maddesiyle Türk Ticaret Kanunu'nun 4.maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a 22/07/2020 tarihinde eklenen 73/A maddesiyle tüketici mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıklarda arabulucuya başvuru dava şartı haline getirilmiştir. Görüldüğü gibi, iş hukuku, ticaret hukuku ve tüketici hukuku alanına giren uyuşmazlıkların çok büyük bir kısmında zorunlu arabuluculuk kabul edilmiş, bir diğer değişle hukuk yargılaması kapsamındaki uyuşmazlıkların önemli bir kısmı için arabuluculuğa başvuru dava şartı haline gelmiştir.

Dava şartı arabuluculuk uygulaması doktrinde ciddi şekilde eleştirilmektedir. Bakırcı, dava şartı arabuluculuk uygulamasını iş hukuku uyuşmazlıkları yönünden incelediği makalesinde, dava şartı arabuluculuğun iradilik ilkesine açıkça aykırı olduğunu, bu konudaki düzenlemelerin ABD'deki uygulamanın ve 2008/52/EC sayılı AB Yönergesi'nin dahi ötesine geçtiğini, arabuluculuk sürecindeki ilk oturuma katılmamanın davadaki yargılama giderlerinin tamamından sorumlu olma şeklindeki yaptırıma bağlanmasının taraflara arabuluculuk sürecini istediği zaman sonlandırma imkânını vermediğini, işveren ve işçilerin eşit konumda olmamaları nedeniyle işçinin haklarının sendika veya avukat tarafından temsil edilmemesi halinde gerçekten ölçememesi ve iş hukukunun temel ilkesi olan işçinin korunması ilkesinin ihmali sonucunu doğuracağını, bu durumun kadın işçilerle güç durumdaki bazı işçi gruplarında daha ağır etkiler yaratacağını, zorunlu arabuluculuk uygulamasının adalete erişim ve adil yargılanma haklarına güvence sağlayamayacağını ifade etmiştir (2019, s. 371-381). Ancak, dava şartı arabuluculuk uygulamasında tarafların sürece katılımları zorunlu kılınsa da, sürecin sürdürülmesi ve sonuçlanması tarafların isteğine bağlı olduğundan iradilik ilkesinin işlevini sürdürdüğünü ve sürecin devamıyla sonuçlandırılması zorunluluk bulunmamakta ve dava açma imkanı ortadan kalkmamaktadır (Dür, 2017, s. 256; Yağcıoğlu, 2018, s. 475). Bu bakımdan adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği savunulmaktadır (Dür, 2017, s. 256). Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2013'te yayımladığı 2013/11 nolu önergesinde taraflara dava yoluna başvurma hakkının tanınmış olması şartıyla üye devletlere dava şartı arabuluculuk düzenlemesi getirme imkanı verilmiştir (Özel, 2020, s. 883).

Arabuluculuk Ulusal Yargıya Karşı: Biçimden Öze, Haktan Piyasa Despotizmine

Türkiye'de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin geliştirilen tartışmaların neredeyse tamamı arabuluculuğa yöneliktir. Bunun sebebi, arabuluculuğun en popüler alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olması ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının, örneğin tahkimin arabuluculuktan seyrek rastlanma-



sır⁴ olsa gerektir. En yoğun eleştirilen noktaysa zorunlu(dava şartı) arabuluculuk uygulaması oluşturmaktadır. Eleştiriler arasında lehe olanlar, aleyhe olanlardan fazladır. Arabuluculuk aleyhindeki çalışmaların tamamı, tıpkı lehe olan çalışmalar gibi herhangi bir veri setine dayanmadan arabuluculuğun sömürünün bir parçası olduğu noktasına çeşitli yollarda dolaştıktan sonra varmaktadır; lehe olan çalışmalarsa yine ellerinde sonuca dair bir veri bulunmamakla ve objektif bir veriye dayanmamakla birlikte, arabuluculuğun toplumsal barışa ve diyaloga katkı sağladığı noktasında birleşmektedir. Lehe olan çalışmalar, arabuluculuğu doğuran neden olarak yargı sisteminin çeşitli gerekçelerle kötü işlemesi olarak tespit ederken, neden yargı sisteminin düzeltilmesi için çareler üretmek yerine yargı sistemi dışı uyuşmazlık çözüm yollarının üretildiği sorusunu cevapsız bırakmaktadır. Aleyhe olan çalışmalar, arabuluculuğu bütünün bir parçası olarak görmek yerine, onu kendi başına bir 'kötülük' olarak ele almakta ve altyapı-üst-yapı arasında, ekonomik zeminde gerçekleşen gelişmelerin hukuksal yansıması gibi görmektedir.

Arabuluculuk müstakil değil, ancak bir uyuşmazlık çözüm sisteminin parçası olarak düşünülürse gerçek yer ve işlevi teslim edilebilecek bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Bu sistemin özü, mümkün olduğu kadar fazla uyuşmazlığın yargılama sistemi dışında çözülmesi, yargısal uyuşmazlık çözümü alanının daraltılması düşüncesi oluşturmaktadır. İç tahkim ve arabuluculuk bu düşüncenin iki sonucu olarak görülebilir. Ancak iç tahkim ve arabuluculuk arasında önemli farklar mevcuttur. Arabuluculuğun bir çözüm yolu olarak kabulü, iç tahkimin çözüm tarzından amaç, süreç ve sonuç olarak epey farklı beklentilere dayanır. Uyuşmazlık çözümünü yargı organı dışına taşımak bakımından, her iki yol benzerdir; ancak çözüm yolu olarak tamamen farklıdır-iç tahkim ve arabuluculuk arasında keskin bir ayrım vardır. Arabuluculukta tarafların anlaşma temelli çözüm üretmesi için uzlaşmaları beklenmektedir. Çözüm, mevzuatta tanınan haklar temelinde değil, üzerinde mutabık kalınan anlaşma temelindedir. Anlaşmanın şartları için 'haklar' bir referans olabilir, ama temel ölçüt veya dayanak olamaz. Kabul edilen şey, hak haline gelir; fazlaya ilişkin haklar -anlaşma metninde yoksa, yani var oldukları taraflarca kabul edilmemişse- zaten yok kabul edilir.

Bu noktada hak kavramını tartışmakta fayda vardır. Modern hukuk sisteminde hak meri, gayrişahsi ve tûmeldir. Yani her olayda ve her uyuşmazlıkta, her bir taraf için yeniden üretilmeden önce mevzuat hükmü olarak kabul edilmiştir. Hak bir kez kabul edildikten sonra ilga edilinceye kadar, yolu hakka dayalı talepten geçen herkes için uygulanır. Bu sebeple hakkın muhatabı belirli bir kişi değildir; hakkın sahasına giren her talepte hak sahipliği yeniden üretilir. Hak kavramında dönüşüm, özellikle hakkın toplumsal bağlamından koparılarak yalıtılması ve kar-

4. Gerçekte, tahkimin de geniş bir uygulama alanı mevcuttur. Örneğin Türk hukukunda, tüketici uyuşmazlıklarının neredeyse tamamı tüketici hakem heyetleri eliyle çözülmektedir. Sigorta şirketlerinin taraf olduğu uyuşmazlıklar için kurulmuş olan Sigorta Tahkim Merkezi de son yıllarda daha etkin hale gelmiştir.



şıt menfaat sahiplerinin arasındaki uyumsuzluğun çözümünün küresel düzlemde geçerli kurallara uyumlu hale getirilmesi temelinde gerçekleşmiştir. Bu dönüşüm kolektif toplumsal varlıkların bireysel mülkiyete konu hale getirilmesi ve küresel alım-satıma açılması durumundan ayrı düşünülemez (Özdemir, 2014, s. 125). Hakkın toplumsal bağlamından koparılması, hakkın bireysel menfaate tahviline; karşıt menfaat sahipleri arasındaki uyumsuzluğun çözümünün ulusal hukuk sisteminin usul kurallarını etkisiz bırakan çözüm yollarının geliştirilmesine yol açmıştır.

Arabuluculuk bir anlaşma süreci olarak işleyince hakkın gayrişahsiliğini ve tümelliğini kırar. Bir kişi teorik olarak, hakkı olmayı arabuluculuk anlaşmasıyla alabileceği gibi, hakkı olanı alamayabilir. Zira anlaşma şahsi, tekil ve anlıktır; anlaşmanın taraflarının toplumsal bir bağlamı olmayan bireysel çıkarları temelinde 'anlaşma'ları söz konusudur. Üstelik arabuluculuk anlaşmasının ikircikli karakteri onun anlaşılmasını epeyce güç hale getirir. Arabuluculuk anlaşması, bir sözleşmeden ibarettir; bu onun bir yönüdür. Diğer yönü onun aynı zamanda ilam hükmünde olmasıdır. Sözleşme ile ilamı karşılaştırmak, 'arbuluculuk anlaşması' adıyla yaratılan hukuk teknolojisinin ikircikli yapısının daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

Sözleşme, taraflar arasındaki iradenin uyuşmasıyla oluşur. Sözleşmenin geçerliliği için belirli genel şartlar kabul edilmiştir. Bunlar, tarafların serbest iradelerinin uyuşması ve sözleşme konusunun hukuka ve ahlaka aykırı olmamasıdır. İrade sakatlığı hali, sözleşmeyi geçersiz kılar. İlam, yani mahkeme kararı, icra hakkını haiz bir belgedir; yargı organının düzenlediği bu belge hak sahibine hakkını kamusal zoru etkin hale getirerek almak hakkını verir. Sözleşmenin taraflarından biri, diğer tarafın sözleşmedeki yükümlülüğünü yerine getirmediğini iddia ediyorsa bir dava açarak haklı olduğunu ileri sürer ve kamusal zorun yardımına başvurur. Eğer davacı haklı görülürse, kamusal zor uygulanarak haklıya hakkı verilir. Dolayısıyla bir sözleşme, taraflara doğrudan kamusal zoru kullanabilmek imkânı tanımaz; ancak haklı olduğunun yargı organı tarafından kabulü neticesinde verilen ilama göre bu imkân tanınır.

Arabuluculuk anlaşması, elbette öncelikle bir sözleşmedir; ancak sözleşmenin zayıf taraflarını taşımaz. Sözleşme ne kadar 'sağlam' olursa olsun, yargı organına bir hak talebiyle başvurmak, yani haklı olduğunu ispat ederek mahkemeye bunu onaylatmak gerekmektedir.⁵ Ancak, arabuluculuk anlaşması, esasında bir sözleşme olmasına rağmen ilam hükmünde olduğundan, haklılık -tıpkı bir ilam karşısında olduğu gibi- tartışma dışıdır. Bir arabuluculuk anlaşması, icra edilmenin şartlarını taşıyorsa (bu şartlar hem taraflar, hem de vekillerince anlaşmanın imzalanması durumunda derhal; bu durum söz konusu değilse, basit bir prosedür sonrasında mahkemeden icra edilebilirlik şerhi alınarak sağlanmış olur)

5. Buradaki anlatımın istisnasını kambiyo senetleri gibi hızlandırılmış usuller oluşturmaktadır. Geçerli bir kambiyo senedine sahip olan kimse, kambiyo senedine mahsus icra takibi yoluyla hakkına çok çabuk bir şekilde ulaşabilir.



tartışılmaz bir hüküm haline gelir. Bu bakımdan, arabuluculuk anlaşması aynı zamanda bir ilamdır; ancak ilamın zayıf taraflarını da taşımaz. Mahkeme kararlarının önemli bir kısmı, temyiz veya istinaf incelemesine tabidir. Şeklen kesin hüküm teşkil etseler dahi, her ilam yargılamanın iadesi gibi pek çok hukuksal usule muhatap kalarak ortadan kalkma ihtimalini taşır. Oysa, bir arabuluculuk anlaşmasının konusu hukuka veya ahlaka aykırıysa veya tarafların iradesi sakatlanmışsa, yani taraflar anlaşmayı yanılma(hata), hile(aldatma) ve korkutma(ikrah) altında imzalamışsa arabuluculuk anlaşması geçersiz olabilir. Bu şartlar haricinde, arabuluculuk anlaşması bir kanun yolu incelemesine veya yargılamanın iadesi gibi sonradan hükmü bozmaya yönelik hiçbir ihtimalle karşılaşamaz. Haliyle, ilamın zayıf tarafını değil, en güçlü tarafını, yani kamusal zora kayıtsız şartsız başvurabilme gücünü taşır. Gerek sözleşme, gerekse ilam açısından bakıldığında, arabuluculuk anlaşmasının kendisini oluşturan bu iki kurumun zayıf yanlarını dışlayıp güçlü yanlarını birleştiren bir hukuk teknolojisi olduğunu söylemek mümkündür.

Arabuluculuk anlaşması, ancak taraf iradelerinin uyuşmasıyla mümkün olur. Normalde, taraf iradeleri uyuşursa dava da açılmaz. Peki bir dava açılmaması yerine, geleceğe yönelik tüm hak taleplerinin ileri sürülme ihtimallerini bertaraf edecek arabuluculuk anlaşması, gerçekte nasıl oluşur? Yani, aralarında uyumsuzluk çıkan iradeler neden ve nasıl uyuşur?

Hemen her türlü anlaşma, ancak taraflarının mevcut toplumsal konumlarıyla kurulabilir. Yani masaya oturan güçlü taraf karşısında zayıf taraf, konumunun getirdiği zayıf taraf olma durumuyla anlaşma zeminine gelir. Bu zayıflık veya güçlülük uyumsuzluk hiç yokken de vardır. Bir tarafı, güçlü veya zayıf kılan, onun piyasa şiddeti karşısındaki konumudur. Örneğin, uyumsuzluk konusu miktar, sermayesi karşısında önemsiz olan bir sermayedar karşısında hak etmesine rağmen alacağını tahsil edemeyen ve ödeme aczine düşmek üzere olan sermayedar; anlaşma bedelini ödeme gücüne sahip işveren karşısında çalışmak zorunda olan, güvencesizleşmiş ve mülksüzleşmiş işçi anlaşma şartları konusunda -hatta anlaşıp anlaşmama konusunda- bu zayıflığıyla masaya oturur. Zira anlaşma masasındaki güçlü ve güçsüz, sınıfsal ve ekonomik konumuyla güçlü ve güçsüzdür. Neticede zayıfı anlaşmaya mecbur eden iki sebep sayılabilir: Sınıfsal konum ve buna bağlı hakların ekonomik durum karşısında işlevsizleşmesi; tüm uyumsuzlukların bireysel alana sıkıştırılması. Somutta düşünüldüğünde, sendikal hakları bulunmayan, mülksüzleşmiş veya borçlu bir işçinin pazarlık gücüyle bir kapitalistin pazarlık gücü karşılaştırılmaz. Aynı durum, bir küçük kapitalist, taşeron veya esnaf için de geçerlidir; piyasa şiddeti karşısında acze düşen, anlaşma şartlarını belirleyemez. Hakkını takip ve talep etse, yani dava açsa bile, hakkını alana kadar geçecek sürede bir dayanağı yoksa bekleyemez. Her bir anlaşma, piyasada karşılaşılan bireyler arasında gerçekleşmiş varsayılır; anlaşanlar biriciktir, anlaşmalar gibi.



Mahkeme, Anayasal düzenin eşitliğe ilişkin hükümleri gereği tarafların piyasadaki konumlarını önemsemez; önemli olan norm(hak) ile talep(iddia) arasındaki ilişkidir. Yani iddia ve hak denkse, davayı kabul eder. Ancak anlaşma, iddia ile hakkın uyumunu aramaz; irade uyumunu arar. İradeyi oluşturan, tarafların toplumsal konumudur. Arabuluculuk, uyuşmazlık çözümünü mahkeme önünden çekip çıkararak, kuşkusuz yeni bir şey yapmamıştır. Ancak anlaşmayı tartışılmaz kılarak, sözleşmenin güçlü tarafını, bu gücüne karşı kamu otoritesinin karşı çıkma ihtimalini de ortadan kaldırır; güçlünün güçlü, zayıfın zayıf kalmasına imkan tanıyacak bir hukuk düzeni için güçlüye bir anahtar/yol verir. Zayıf tarafın kim olduğunu anlamak için arabuluculuk uygulamasına bakmak yeterlidir.

Türkiye’de, bu çalışma hazırlanırken ticari, iş, tüketici, ortaklığın giderilmesi, kira uyuşmazlıkları, kat mülkiyeti kanununa ilişkin uyuşmazlıklarla tarımsal üretim sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar için arabuluculuk dava şartı haline getirilmiştir. Dava şartı arabuluculuk uygulamasının gerekçesi olarak, yargılama sistemindeki sıkıntılar, özellikle davaların uzun sürmesi ve yargılama maliyetlerinin fazlalığı gösterilmektedir. Buna göre arabuluculuk, hızlı ve düşük maliyetli bir seçenek sunarak yargının sorunlarına bir çare oluşturmaktadır. Açıkçası bu sav, sadece ülkemizde değil, yargının sorunlarına karşı bir öneri olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin önerildiği hemen her yerde ileri sürülmektedir (Kurt, 2018, s. 413). Ancak yargının eleştirilen yavaşlığı veya pahalılığını gidermek yerine, uyuşmazlık çözümünü yargı dışına, tamamen farklı bir ekseninde gerçekleştiren arabuluculuk düzlemine çekmek tutarsız görünmektedir. Her iki iddianın hangi objektif gerekçelerle ileri sürüldüğü açıklanmamaktadır.

Bu savları ileri sürenler, yargılamanın hızlı veya yavaş olduğunu ispat edecek herhangi bir veri paylaşmadan, yargılamanın yavaş olduğunu ileri sürebilmektedir. Örneğin, bir iş davası için bir yıl uzun mudur veya altı ay kısa mıdır? Arabuluculuk uygulaması Türkiye’de yerleştirilirken, bu konuda bir ölçüt mevcut değildi; ancak 1 Ocak 2019’dan beri Türkiye’de yargılamanın süresine ilişkin bir ölçüt söz konusudur. “Soruşturma, Kovuşturma veya Yargılama Hedef Sürelerinin Belirlenmesi ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik” hükümlerine göre, Türk yargısında 1 Ocak 2019’dan hedef süre uygulamasına geçilmiştir.

Yönetmeliğin 5. maddesine göre, adli istatistikler; fiilen görev yapan hâkim ve savcı sayısı; her bir daire, mahkeme, hâkim ve cumhuriyet savcısına düşen derdest dosya sayısı; soruşturma ve yargılama usul kuralları ile yönetmeliğin sekizinci maddesinin üçüncü fıkrasına göre Cumhuriyet başsavcılıkları ile adalet komisyonu başkanlıklarınca gönderilen yıllık raporlar dikkate alınarak hedef süreler belirlenmekte; yönetmeliğin 6.maddesine göre hedef süre soruşturma işlemlerinde suç şüphesinin yetkili mercilerce öğrenildiği, ceza mahkemelerinde iddianamenin kabul edildiği, hukuk, idare ve vergi mahkemelerinde davanın esas kaydının yapıldığı, bölge adliye ve bölge idare mahkemelerinde dosyanın daireye geldiği tarihte başlar ve soruşturma evresinde soruşturmayı bitiren kararlar,



kovuşturma veya yargılmalarda gerekçeli kararın yazımıyla sona erer. Yönetmeliğin 9. maddesine göre, iki yılda bir Adalet Bakanlığı'nın hedef süreleri güncelleyeceği ve duyuracağı kabul edilmiştir. Her dava açıldığında, dava taraflarına hedef süre bildirilmektedir.

Adalet Bakanlığı'nın 08/01/2022 tarihli duyurusunda, yargı verilerine göre 1 Ocak 2021 - 15 Kasım 2021 tarihleri arasında Türkiye genelinde, İdari Yargı Mahkemelerinde yüzde 88,38, ceza mahkemelerinde yüzde 86,86, hukuk mahkemelerinde yüzde 85,65, Cumhuriyet başsavcılıklarında yüzde 84,01 ve tüm yargılama türlerinde ise ortalama yüzde 86 oranında hedef süreye uyulduğu açıklanmıştır (T.C. Adalet Bakanlığı, 2022). Hedef süreler uyma oranı, 2019'da yani uygulamanın ilk senesinde yüzde 74 olarak gerçekleşmiştir (Armutçu, 2020). Bu veriler ışığında düşünüldüğünde, yargılamayla ilgili pek çok temel ölçüte dayalı olarak belirlenen yargılama hedef sürelerine uygun yargılama gerçekleştirildiği görülmektedir.

Benzer bir durum, yargılama giderleri için de geçerlidir. Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nde yargılama giderleri davayı kaybeden taraf üzerinde bırakılmaktadır. Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi'nde ise, yargılama giderleri genellikle kim tarafından yapıldıysa o taraf üzerinde bırakılmakta, esas önemli giderler delil keşfi esnasında oluşmaktadır. Zira ekonomik olarak güçlü taraf, delil keşfi sürecinde daha fazla harcama yapabilmekte, daha yetenekli avukatlarla çalışabilmektedir. Bu bakımdan, yargılama giderlerinin engelleyici bir sorun olduğu ve dava yolunun pahalı bir yol olduğuna dair sav, Kıta Avrupası Hukuk Sistemi için gerçekçi değildir. Ayrıca, yargılamanın maliyetli oluşunun çözümünü aramak, bu konuda yöntemler geliştirmek mümkündür. Söz gelimi, yargılama harç ve giderlerinin ucuzlatılması veya adli yardım sisteminin geliştirilmesi gibi bir çözüm önerisi yerine, pek çok uyuşmazlık çözümünü yargı dışına taşıyacak bir hukuk teknolojisi icat etmek, gerçekten düşündürücüdür. Yine bir işçi-işveren uyuşmazlığı için düşünersek; işçinin haklı çıkması halinde işverenin ödeyeceği işçilik alacaklarının yanında yargılama harç ve giderleri, vekalet ücreti gibi yan ödemeler de önemli bir külfet oluşturmaktadır. Bir ticari, iş veya tüketici uyuşmazlığı olması fark etmez; dava neticesinde sermayeye yüklenen yargılama gideri külfetiyle, arabuluculuk ücreti arasında ciddi bir fark söz konusudur. Örneğin Türk Hukuku'nda, anlaşma bedelinin yüzde 6'sı arabuluculuk ücreti olarak ödenir. Aksi yönde anlaşma yoksa, taraflar bu tutarı yarı oranında öderler. Aksi yönde anlaşma yapılırsa ve tüm arabuluculuk ücretini işveren ödese dahi, ödeyeceği yüzde 6'lık bedel ile dava neticesinde ödenecek yargılama giderleri arasında uçurum vardır. Sadece karar harcı dahi, dava neticesinde hükmedilen değer in yüzde 6.831'dir. Bunun üzerine maktu başvuru harcı, peşin harç, bilirkişi, keşif, tanık ve tebligat ücretleri gibi yargılama giderleri ve avukatlık ücreti eklendiğinde, arabuluculuk ücretlerinin en az birkaç katı kadar yargılama gideri ödeme yüküyle karşı karşıya kalacağı açıktır.



Bu bakımdan, yargılama giderlerinin ucuzlatılması yerine, külliyen kaldırılması ve yerine cüzi bir arabuluculuk ücretinin ödenmesi, arabuluculuk anlaşmasının ' taraflarını' değil, sermayeyi koruyucu ve sermayenin maliyetini azaltıcı bir öneridir. Zira, yargı istatistiklerine göre, 2018'de iş mahkemelerinde açılan 205.874 davanın 59.560'ı tam, 76.427'si kısmen kabulle sonuçlanmıştır (T. C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 2019, s. 199). 2019'da iş mahkemelerinde açılan 215.388 davanın 62.296'sı tam, 92.065'i kısmen kabul edilmiştir (T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 2020, s. 199). 2020'de açılan 181.311 davanın 51.197'si tamamen, 73.261'i kısmen kabul edilmiştir (T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 2021, s. 199). Görüldüğü gibi 2018'de iş mahkemelerinde açılan davaların yaklaşık yüzde 66.05'i, 2019'da yaklaşık yüzde 71.6'sı ve 2020'de yaklaşık yüzde 68.64'ü kısmen veya tamamen kabul edilmiştir.⁶ Bu bilgi tek başına, yargılamanın 'maliyetinin' işçi için değil, işveren, yani sermaye için bir sorun oluşturduğunu göstermektedir. Zira yargılama giderleri, davayı kaybeden tarafa yükletilmektedir.

Arabuluculuk sürecinin sonucuna dair değerlendirmeler yapacak, bu sonucun hak temelli bir çözüme göre daha iyi veya daha kötü olarak kabul edilmesine imkan sağlayacak bir veri elde bulunmamaktadır. Türkiye'de yoğun olarak 'dava şartı arabuluculuk' uygulaması eleştirilmiş, bu uygulamanın özellikle işçilerin hak ve alacaklarına yönelik bir 'engelleyici' olarak kabul edildiği iddia edilmiştir (Gün, 2018, s. 71). 'Zorunluluk' elbette, sadece başvurma yönündedir, anlaşma yönünde değildir. Ayrıca, anlaşmaların içeriğini ölçebilecek hiçbir veri yayımlanmamıştır; böyle bir veri elde etmek de mümkün değildir. Zira, arabuluculuk anlaşması, bir dava sonucu gibi, norm ve talebin uyumu veya uyumsuzluğuna göre, delil ve ispat kuralları çerçevesinde belirlenmediğinden anlaşma belgesinin haklı veya haksız olarak nitelendirilmesi, kişinin hakkını aldığını veya almadığını söylemek zaten teknik olarak imkansızdır. Aynı şekilde, dava yolunun 'adil', arabuluculuk yolunu 'adaletsiz' saymak için elde geçerli hiçbir gerekçe yoktur. Dolayısıyla, arabuluculuk sürecinin sonucuna yönelik tüm yorumlar, önyargıya dayanmakla maluldür. Bunlar, tıpkı arabuluculuğun veya alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini 'yargının sorunlarını çözecek' reçete gibi görenler gibi, yanlış bir yerden hareket etmektedir. Zira arabuluculuğun sonucuna yönelik denetlenebilir veya analiz yapmaya yarar hiçbir veri mevcut değildir. Doğru analiz yapmaya imkan verecek esas hareket noktası, arabuluculuk uygulamasının biçiminde aranmalıdır.

Dava şartı olsun veya olmasın arabuluculuk uygulamasının biçimi, kolektif veya bireysel işçi haklarının tanınmadığı bir piyasa despotizmine dayanır. Arabuluculuk masasına oturan taraflar, eşit ve tekil hukuksal kişi olarak kabul edilir. Yani, örneğin, müzakere edilen ve üzerinde anlaşmaya varılan bir işçinin alacağıdır; o

6. Bu sayılara iş mahkemelerinin kurulu olmadığı, iş hukuku uyuşmazlıklarına iş mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemelerinin baktığı dava sayıları dahil değildir.



işçi bir sınıfın parçası değildir. Sadece bir işçidir. Bu yaklaşım, neoliberalizmin güvencesizleştirme ve örgütsüzleştirme politikasıyla yakından bağlantılıdır. İstihdam biçimlerinin güvencesizleşmesi, iki boyutludur. Birinci boyut, Fordizmin hakim çalıştırma biçimi olan belirsiz süreli iş sözleşmelerinin yerini işçinin çalışmasını belirli süreli hale getiren ve işçinin özellikle iş güvencesi ve işsizlik sigortası hükümlerinden yararlanmasını imkansız kılan belirli süreli iş sözleşmesi, taşeronluk, çağrı üzerine çalışma gibi alternatif çalıştırma biçimlerinin öne çıkmasıdır. İkinci boyut, çalışmanın sabit zamanlı, tek veya belirli mekanda sınırlı, konusu belirli işlerin 'katı'lığını kıran esnek çalışma biçimlerinin oluşturulmasıdır.

Arabuluculuk bu yaklaşımın üçüncü boyutunu oluşturmaktadır. Mevzuat hükümlerine göre 'hak' olarak tanımlanmış işçilik alacaklarının katılığını, piyasa despotizmi altında ezilen, mülksüzleşmiş işçiyle aynı masada buluşarak gelecekteki tüm alacak haklarına karşılık bir bedelle onu anlaşmaya mecbur edebilecek tüm toplumsal koşullar önünde, anlaşmanın esnekliğini oturtan yeni bir hukuk teknolojisi olarak arabuluculuk, çalışmanın hukuksal biçimini ve fiziksel biçimini güvencesizleştirip esnekleştirmenin hak ve alacak taleplerine sirayet etmesidir. Benzer bir anlayış, işçi örgütlerinin tasfiyesi açısından da düşünülebilir. İşçilerin sendikal örgütlerinin neoliberalizmde işlevsizleşmesi ile arabuluculuğun bireysel işçisi birbirine koşut vakıalardır. Birey olarak işçi, bir kolektifin(sınıfın) parçası olmayan, dolayısıyla kolektif hakları olmayan bir varlıktır. Arabuluculuk masası, kolektif hakların tartışması yapılmayacak bir toplumsal düzenlemeyi öngörmektedir. Bu bakımdan arabuluculuk işçi-işveren uyumsuzlukları için, ancak emek örgütlenmelerinin etkin olmadığı, kolektif hakların tanınmadığı bir toplumsal formasyonda başarıyla uygulanabilir.

Arabuluculuk, neo-formalizm anlayışıyla yakından bağlantılıdır, onun tüm özelliklerini taşıyan bir nüvesidir. Neo-formalizm hukukun kapısını farklı çıkar ve tercihlere açarak, durumsal, yani anlık bir hukuk yaratarak hukuku farklı çıkar ve düşüncelerin katılımıyla sürekli yenilenmesini ve değişmesini savunur. Bu anlık hukuk yaratımının katılımcısı olan kişilerin, anayasal haklarını kullanırken karşılaşacakları ekonomik, sınıfsal, siyasal vb. engelleri dikkate almaz; önemli olan anayasal hakların kullanılmasının devlet tarafından koyulacak kısıtlamalarla engellenmesinin önlemektir (Kars Kaynar A. , 2017, s. 41-44). Arabuluculuk, durumsal hukuk yaratımı için önemli bir imkandır; zira tarafların anlık anlaşmalarının hukuklaştırılmasına imkan tanır. Bu hukuk, 'hak' gibi sabit, hatta dogma kabul edilecek meri düzenlemelere ters düşebilir, bunu taraflar tercih eder. Bu tercihlerin nasıl oluştuğu değil, taraflarca kabul edilip edilmediği önemsenir. Önemli olan, biçimsel(formal) anlamda geçerliliktedir; yaratılan anlık hukuk, geçerli hukuktur. Görüldüğü gibi, arabuluculuk anlaşması neo-formalizmin temel özelliklerinin tamamını taşımaktadır. Bu açıdan bakıldığında, arabuluculuğun önceki hak temeline dayalı 'katı' yargı temelli uyumsuzluk çözümünü tasfiyede önemli bir araç olduğu da anlaşılmaktadır.



Birikim rejiminde yaşanan değişimler hukuk sahasında dönemsel olarak değişik düzenleme ve pratiklerin etkin hale gelmesine veya tasfiyesine yol açar; ancak önceki birikim rejimi döneminin kalıntılarına sonraki düzenleme biçiminde de rastlanabilir. Hukuk, toplumsal düzenlemenin bütününden ödünç aldığı hak, adalet, özgürlük, otorite ve sair kavramlarla oluşturduğu kavram seti aracılığıyla, hukuk düzeninin değişik alanlarının düzenin bütünlüğü içerisinde tutulmasını sağlayarak merkezi bir etki oluşturur (Özdemir, 2008, s. 194). Bu etki altında, hukuk sisteminin bazı bölümleri doğrudan ilga edilerek, bazı bölümleriye sesizleştirilerek tasfiye edilebilir. Arabuluculuk, yargısal uyuşmazlık çözümünü, yargı sistemini tasfiye etmeden etkisizleştirmede önemli bir araç halindedir. Arabuluculuğun getirdiği denetim dışı hukuk alanı, yargı sistemine açıkça kapatılmış durumdadır. Bu açıdan bakıldığında, dava şartı ve ihtiyari arabuluculuğun birbirinden ayrı düşünülmesi anlamsız hale gelmektedir. Zira genel eleştiri dava şartı arabuluculuk uygulamasına yöneltilmiş olsa da, ihtiyari arabuluculuk uygulamasının göze çarpmayan etkinliği denetim dışı hukuk alanının büyümesine ve uyuşmazlıkların sadece bireyler arası anlaşmazlıklar olarak görülmesinde önemli bir aşamayı ifade etmektedir.

Netice itibarıyla, arabuluculuk bir biçim olarak, tarafların piyasa şiddeti altında anlaşmaya varmalarını öngören ve hakka dayalı yargılama sisteminin tüm temel kazanımlarını saf dışı bırakmayı amaçlayan bir hukuk teknolojisidir. Her bir anlaşma, tarafların piyasa şiddeti karşısındaki durumlarını yeniden üretir, zira her bir anlaşma bir 'uzlaş' gibi kabul edilse de, esasında bir 'vazgeçme'dir. Zira, çıkarlar arasındaki uzlaşının temelinde hakları tartışma dışı bırakmak yapmakta, dahası hak yerine çıkarların konuşulması iyi bir anlaşmanın koşulu olarak önerilmektedir. Böyle bir hukuk teknolojisinin içinde var olabileceği ve istikrarlı bir şekilde uygulanabileceği toplumsal düzenleme, ancak neoliberalizmin mülksüzleştirilmesi ve emeğin taleplerinin karar alma süreçlerinden uzaklaştırmasıyla mümkün olabilmektedir. Ancak eklemekte yarar vardır: Sermaye büyük karşı saldırısında kullandığı araçları, bir ideolojik araç olarak devlet üzerinden dolayım yapmakta ve tüm toplumun yararına gösterdiği araçlarla gerçekleştirmektedir. Arabuluculuk, bu araçların hukuk dünyasındaki en uygun parçasını oluşturmaktadır.

Sonuç

Bu çalışma, arabuluculuğun hukuk sistemindeki yerini saptamanın, onun bulunduğu bağlamı gözden kaçırmadan mümkün olacağını savunmaktadır. Arabuluculuğun biçimi, denetim dışı bir hukuk alanı yaratarak özde piyasa despotizminin güçlü etkisi altında anlaşmanın özünün belirlenmesini sağlamaktadır. Bu bakımdan, arabuluculuk son derece amacına uygun bir hukuk teknolojisidir.

Yargısal uyuşmazlık çözümü yerine alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının getirilmeye çalışılması tüm dünyada gerçekleşen bir olgudur. Bu sürecin, yargısal uyuşmazlık çözüm yolunun yararsız, pahalı veya gereksiz olması iddialarıyla



bir ilgisi yoktur. Bu süreç, düzenleme biçiminin bir parçasıdır. Bu düzenleme biçiminde uyumsuzluklar bireylerin dünyasında gerçekleşmektedir ve hiçbir toplumsal, sınıfsal veya kolektif haklara dair bir yöne sahip değildir. Bu anlayışın etkinliği altında, arabuluculuğun, yargı sisteminin aksayan tüm taraflarına bir çözüm olarak görülmesi son derece normaldir. Ancak bu anlayışla mücadele, bir karşı söylem olarak yargısal uyumsuzluk sisteminin faziletlerinin övülmesiyle de mümkün değildir. Zira kolektif hakların tanınmadığı ve uyumsuzlukların yine bireyler arasındaki anlaşmazlıklar olarak görüldüğü bir yargı sistemi de arabuluculuktan uzak etkiler yaratmayacaktır. Neticede, bu mücadele ancak piyasa despotizmi karşısında bireylerin bir kolektifin parçası olarak mücadele kapasitelerinin artırılmasıyla faydalı sonuçlar doğurabilir.

Kaynakça

- Aglietta, M. (1979). *A Theory of Capitalist Regulation*. (D. Fernbach, Çev.) Norfolk: Lowe and Brydone Printers Limited.
- Althusser, L. (2006). *Yeniden Üretim Üzerine*. İstanbul: İthaki Yayınları.
- Ansal, H. (1996). *Esnek Üretimde İşçiler ve Sendikalar(Post-Fordizm'de Üretim Esnekleşirken İşçiyeye Neler Oluyor?)*. İstanbul: Birleşik Metal-İş Sendikası.
- Armutçu, O. (2020, Şubat 6). *Yargıda 'hedef süre' başarısı: Yüzde 74*. Hürriyet Gazetesi: <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/yargida-hedef-sure-basarisi-yuzde-74-41440382> adresinden alındı
- Bağımsız Sosyal Bilimciler. (2015). *AKP'li Yıllarda Emeğin Durumu*. İstanbul: Yordam Yayınları.
- Bakırcı, K. (2019). "Alternatif" Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu(Arabuluculuk) Aracılığıyla "Alternatif" İş Hukukuna Doğru. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*(140), 355-392.
- Budak, Ö. (2020). Yeni Ekonomi ve Toplumsal Sınırlar: Örgütsüz Kapitalizmin Kültürel Örüntüsü. *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 19(3), 1304-1319.
- Dür, D. O. (2017). *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Erdoğan, E., & Ak, M. Z. (2003). Neoliberal Ekonomik Dönüşüm ve Sendikalar. *Kamu İş Dergisi*(3), 2-14.
- Gün, S. (2018). *Piyasa Hukukunun İnşası Zorunlu Arabuluculuk*. İstanbul: Notabene Yayınları.
- Hirsch, J. (2011). *Materyalist Devlet Teorisi-Kapitalist Devletler Sisteminin Dönüşüm Süreçleri*. (L. Bakaç, Çev.) İstanbul: Alan Yayıncılık.
- Jessop, B. (2008). *Devlet Teorisi/Kapitalist Devleti Yerine Oturtmak*. (A. Özcan, Çev.) Ankara: Epos Yayınları.
- Kars Kaynar, A. (2016, Ekim 25). *Devlet Kuramları: Düzenleme Okulu*. Academia: https://www.academia.edu/2294421/Devlet_Kuramlar%C4%B1_D%C3%BCzenleme_Okulu?auto=download adresinden alındı
- Kars Kaynar, A. (2017). Neo-liberal Dönemde Hukuk ve Neo-formalizm Tartışmalarına Bir Giriş. *İktisat Dergisi*(536), 34-49.
- Kurt, R. (2018). İş Yargısında "Arabuluculuk". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*(135), 406-444.
- Lipietz, A. (1987). *Mirages and Miracles: the Crisis of Global Fordism*. (D. Macey, Çev.) London: Verso.
- Marx, K. (2014). *Kapital 1*. (M. Selik, & N. Satlıgan, Çev.) İstanbul: Yordam Kitap.
- Marx, K. (2015). *Kapital 3*. İstanbul: Yordam Kitap.
- Masko, L. F. (2010). *Managing the Margins. Gender, Citizenship, and the International Regulation of Precarious Employment*. New York: Oxford University Press.



- Özdemir, A. M. (2008). *Sözün Mülkiyeti*. Ankara: Dipnot Yayınları.
- Özdemir, A. M. (2014). Kolektif Emperyalizm. A. M. (Der: Özdemir içinde, *Kolektif Emperyalizm* (s. 29-159). Ankara: İmge Kitabevi.
- Özdemir, A. M., ve Yücesan Özdemir, G. (2008). *Semayenin Adaleti*. Ankara: Dipnot Yayınları.
- Özel, S. (2020). Zorunlu Arabuluculuğun Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde İrdelenmesi. *Public and Private International Law Bulletin*, 40(2), 867-892.
- T. C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü. (2019). *Adalet İstatistikleri 2018*. Ankara: Adli Sicill ve İstatistik Genel Müdürlüğü.
- T.C. Adalet Bakanlığı. (2022, Ocak 8). *Yargıda 2021'de Hedef Sürelere Uyulma Oranı Yüzde 86 oldu*. T.C. Adalet Bakanlığı Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği: <https://basin.adalet.gov.tr/yargida-2021-de-hedef-surelere-uyulma-orani-yuzde-86-oldu> adresinden alındı
- T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü. (2020). *Adalet İstatistikleri 2019*. Ankara: Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü.
- T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü. (2021). *Adalet İstatistikleri 2020*. Ankara: Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü.
- Yağcıoğlu, K. M. (2018). Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculuğun İş Yargılamasına Etkileri. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(2), 457-486.
- Yaşar, Y., & Yenimahalleli Yaşar, G. (2012). Neoliberal Küreselleşme ve Sosyal Politikada Dönüşüm. *Mülkiye Dergisi*, 36(274), 63-92.