

**“TÜKETİCİ HUKUKU BAĞLAMINDA ARABULUCULUK
FAALİYETİNE HAKİM OLAN TEMEL İLKELER”**
(*FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF MEDIATION WITHIN THE CONTEXT OF
CONSUMER LAW*)

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Aytuğ Ceyhun ÇAKIR**
Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Ekrem SOLAK***

ÖZ

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişlidir. Bu itibarla, tüketici hukukundan doğan uyuşmazlıkların çözümünde de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuk uygulanabilir. Çalışmada, öncelikle genel olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve arabuluculuk hakkında açıklamalarda bulunulmuş, sonrasında yasal dayanaklarıyla birlikte tüketici hukuku bakımından arabuluculuk ele alınmıştır. Arabuluculuk faaliyetine hâkim olan temel ilkelerin, tüketici hukukundan doğan uyuşmazlıklar bağlamında genel ve özel yansımaları üzerinde durulmuştur. Özellikle, tüketici hukukunda tarafla-

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 22.10.2021 tarihinde Yayinevimize ulaşmış olup, 23.12.2021 tarihinde birinci hakem; 24.12.2021 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Balıkesir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, aytugcakir@balikesir.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-4212-5392.

*** İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ekrem.solak@medeniyet.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-2694-892X.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmişlerdir.

Katkı Payı Oranı: Yarı yarıya (%50/%50)'dir.

Bu makaleye atıf için; ÇAKIR, Aytuğ Ceyhun, SOLAK, Ekrem, “Tüketici Hukuku Bağlamında Arabuluculuk Faaliyetine Hakim Olan Temel İlkeler”, REGESTA, Cilt: 6, Sayı: 3, 2021, s. 467-494.

rın ihtiyari olarak arabulucuya başvurabilmesinin yanı sıra, dava şartı olarak getirilen zorunlu arabuluculuk kurumu gibi, tüketici hukuku açısından arabuluculuğa ilişkin nitelikli bazı hususlara da bu kapsamda yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Arabuluculuk, Tüketici Hukuku, İlkeler, Özel Hukuk

ABSTRACT

Private law disputes, arising solely from the acts or proceedings which the parties may freely dispose, are suitable for mediation. In this respect, mediation, which is one of the alternative dispute resolution ways, may be applied in disputes arising from the consumer law also. In this study, alternative dispute resolution methods and mediation are explained briefly at first, then, mediation in terms of consumer law is considered with its legal basis. General and specific aspects of fundamental principles of mediation, within the context of disputes arising from the consumer law, are mentioned. Particularly, in addition to voluntary mediation in consumer law, some significant matters about mediation from the point of consumer law, such as mandatory mediation are examined.

Keywords: Alternative Dispute Resolution, Mediation, Consumer Law, Principles, Private Law

I. GİRİŞ

A. Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri

Yargısal veya geleneksel usul uyarınca; bir hukuki uyuşmazlığın taraflarının, bu uyuşmazlığın çözümü için başvuracakları asıl yol, uyuşmazlığı devlet mahkemelerine taşımaktır¹. Ancak mahkemelerdeki iş yoğunluğu ve tarafların uyuşmazlığı dostane bir şekilde çözüme kavuşturmaları noktasındaki iradeleri, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Alternatif uyuşmazlık çözü-

¹ İbrahim Özbay, ‘Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri’ (2006) 10(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Atatürk’ün 125. Doğum Yılına Armağan 459, 459

mü (*Alternative Dispute Resolution*), tarafsız ve objektif konumda bulunan üçüncü bir kişinin, aralarında uyuşmazlık bulunan tarafları, ortaklaşa bir çözüme ulaşmaları için bir araya getirerek iletişim kurmalarını ve bu suretle sorunlarının çözümünü kendilerinin bulmalarını sağlamayı ya da onlara somut olayın koşullarına ve özelliklerine uygun olarak, üzerinde mutabakata varabilecekleri optimal çözüm önerileri üretip sunmayı amaçlar. Bu cümleden olarak alternatif uyuşmazlık çözümü (AUÇ), tarafsız ve objektif üçüncü bir kişinin, uyuşmazlığın giderilmesine destek vermesini öngören ve devlet mahkemelerinde gerçekleşen yargılamaya nazaran, seçimlik bir yol olarak işlerlik kazanan ve tümüyle iradilik (gönüllülük) esası üzerine bina edilmiş olan uyuşmazlık çözüm yolları bütünüdür².

Başlıca AUÇ yöntemleri olarak; arabuluculuk, uzlaştırma, tarafsız ön değerlendirme, vakıaların saptanması yöntemi, arabuluculuk-tahkim, mini yargılama, yargıç kiralama, müzakere ve kısa jüri duruşması sıralanabilir³.

² Süha Tanrıver, ‘Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış’ (2006) Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan 821, 821; Süha Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk* (1st edn, Yetkin Yayınları 2020) 27; Gülgün Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü-Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler* (1st edn, Seçkin Yayınları 2003) 30

³ Özbay (n 1) 464-471. Benzer şekilde, bkz. M. Kamil Yıldırım, ‘İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında’ (2007) Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan 337, 349-350; Süha Tanrıver, ‘Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk’ (2006) 19(64) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 151, 160-171; Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk* (n 2) 31-39. Tahkim, hakem adı verilen kişilerce, uyuşmazlık hakkında kesin ve bağlayıcı bir karar verilmesini ifade eder ve bu özelliği ile alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ayrılır. Bu sebeple tahkim, alternatif uyuşmazlık çözüm (AUÇ) yöntemleri arasında değerlendirilmez. Bkz. Ziya Akıncı, ‘Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları’ (1996) 18(4) *BATİDER* 94, 100 n 30; Özbay (n 1) 473 n 71. AUÇ yöntemlerinin tahkime olan benzerliği, sadece tarafsız üçüncü bir kişinin uyuşmazlığın çözümüne katılımı noktasındadır. Bkz. Özbay (n 1) 473. Bir hakimin yapabileceği yargısal işlemleri, tahkimde hakemlerin yapamadığı gerekçesiyle tahkimin AUÇ yöntemlerinden biri olduğunu savunan aksi yöndeki görüş için, bkz. Gulden Abugalı, *Tüketici Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Türk ve Rus Hukukuna Göre Arabuluculukla Çözülmesi* (1st edn, Adalet Yayınevi 2020) 47-48 ve n 117’de anılan yazarlar.

B. Genel Olarak Arabuluculuk Kavramı ve Tüketici Hukuku Bakımından Arabuluculuk

Arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm (AUÇ) yöntemlerinden biri olarak yaygınlığı itibarıyla ön planda rol oynamaktadır⁴. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun⁵ (HUAK) 2. maddesinin 1. fıkra b bendi ile 30439 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği⁶ (HUAKEY) 4. maddesinin 1. fıkra c bendinde, arabuluculuğun tanımına yer verilmiştir. Buna göre arabuluculuk; sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla - ve kamu hizmeti olarak - yürütülen ihtiyari bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir.

Arabuluculuk, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır⁷ (HUAK m. 1/f.2, c.1). Dolayısıyla, tarafların sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıkları, arabuluculuk kapsamındadır. Bu itibarla, tüketici hukukundan doğan uyuşmazlıklar da malvarlığı-

⁴ Yıldırım (n 3) 349; Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk (n 3) 165; Melis Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde (1st edn, Yetkin Yayınları 2012) 21; İlker Koçyiğit and İzzet Yeşilkaya, Ticari Davalarda İş Uyuşmazlıklarında Tüketici Mahkemelerinde Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları (1st edn, Adalet Yayınevi 2020) 78-79

⁵ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Kanun Numarası: 6325, Kabul Tarihi: 07.06.2012, RG 22.06.2012/28331

⁶ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği, RG 02.06.2018/30439. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği (HUAKEY), RG 02.06.2018/30439 m. 59 hükmü uyarınca, (eski) Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği, RG 26.01.2013/28540 yürürlükten kaldırılmıştır.

⁷ Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir (HUAK m. 1/f.2, c.2).

na ilişkin olduğundan, arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulabilir⁸. Öyle ki, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁹ (TKHK) m. 68/f.5 hükmüne göre, tüketici hakem heyetine başvurulması gereken hallerin varlığı da tarafların ihtiyari olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ve özellikle arabuluculuğa başvurmalarına engel teşkil etmez¹⁰.

Tüketici mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıklarda ise 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun¹¹ m. 59 hükmüyle, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a, (TKHK) m. 73 hükmünden sonra gelmek üzere m. 73/A hükmü eklenmiş ve böylelikle tüketici mahkemelerinde görülecek uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce kural olarak arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilmiştir. Dava şartı niteliğinde olan bu zorunluluğun istisnalarına da yine aynı hükmün içeriğinde yer verilmiştir¹².

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda ve Yönetmelik'te ifadesini bulan arabuluculuk tanımı, aynı zamanda arabuluculuk faaliyetine hâkim olan temel ilkelere işaret etmektedir. Çalışmamızda bu ilkeler, tüketici hukuku çerçevesinde değerlendirilmiş olup, (1) arabuluculuğun yargılamaya alternatif olması, (2) tarafsız bir üçüncü kişinin varlığı, (3) arabulucunun bağlayıcı karar verememesi, (4) iradilik (gönüllülük), (5) eşitlik, (6) arabulucunun yetkisini taraflardan alması ve son olarak (7) gizlilik şeklinde sıralanmıştır.

⁸ Cenk Akil, 'Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı' (2014) 1 Prof. Dr. Ejder YILMAZ'a Armağan 75, 79,116; Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (n 2) 51-52

⁹ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6502, Kabul Tarihi: 07.11.2013, RG 28.11.2013/28835

¹⁰ İbrahim Ermenek, 'Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü ve Arabuluculuğa Uygunluğu' in Şebnem Akipek Öcal and Abdulkerim Yıldırım (eds), Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk (1st edn, 2021) 113

¹¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 7251, Kabul Tarihi: 22.07.2020, RG 28.07.2020/31199

¹² Sezer Çabri, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi (2nd edn, Adalet Yayınevi 2021) 1194-1195; Ermenek (n 10) 115

II. TÜKETİCİ HUKUKU UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK FAALİYETİNE HAKİM OLAN TEMEL İLKELER

A. Yargılamaya Alternatif Olması

Bir hukuki ilişki sebebiyle taraflar arasında uyuşmazlık çıktığında, uyuşmazlığın çözümü için akla gelen ilk ve asli yol devlet mahkemelerine başvurmak olsa da, bu yol her zaman mutlak yol değildir. Uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümünün mümkün olduğu¹³ hallerden biri olan tüketici uyuşmazlıklarında, tüketici mahkemelerindeki yargılamaya “*alternatif*” olarak, taraflar ihtiyari veya zorunlu bir şekilde arabuluculuk yoluna başvurabilir¹⁴.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 68/f.1 hükmü kapsamında tüketici hakem heyetlerinin görevli olduğu uyuşmazlıklarda ise, tüketici mahkemesi yerine tüketici hakem heyetine başvuru yapılması zorunludur. Ancak, tüketici uyuşmazlıklarının çözümü için tüketici hakem heyetlerine başvurunun zorunlu tutulması, tüketici mahkemelerine yönelik bir dava şartıdır. Yoksa, tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar için zorunlu arabuluculuktan değil, tarafların ihtiyari olarak arabuluculuğa başvurmalarından söz edilir¹⁵.

Devlet mahkemeleri ile tahkimin; yargılama yapan, tarafların rolü ve etkinliğini azaltan, uyuşmazlık çözümünde söz hakkını yargılama makamına veren yapısı yerine ve buna alternatif olarak arabuluculuk; kontrolün taraflarda olduğu, söz hakkının taraflarda bittiği, yargılama yapılmadan uyuşmazlıkların çözümünü hedefleyen bir süreçtir. Bir başka açıdan da, yargılama yapan uyuşmazlık çözüm yöntemlerini dışlamaması ve bu yöntemlerin yanında uyuşmazlık çözümüne yardımcı olması sebebiyle “*alternatif*” niteliktedir¹⁶.

¹³ Bkz. I, B. HUAK m.1/f.2.

¹⁴ Bu yönde, bkz. Elif Kısmet Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler (3rd edn, Adalet Yayınevi 2016) 57; Ayrıca, bkz. II, D.

¹⁵ Bkz. II, D, 1, b.

¹⁶ Muhammet Özkes, ‘Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi’ (2006) 7 Hukuki Perspektifler Dergisi 40, 42; Alper Bulur, ‘Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi’ (2007) 65(4) Ankara Barosu Dergisi 30, 31-33; Yavuz Kaplan, ‘Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış’ (2008) 28(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 115, 117; Kekeç (n 14) 57

Alternatif uyuşmazlık çözümü ve özel olarak tüketici hukukunda arabuluculuk, mahkemelerdeki yargılama sistemi ile rekabet halinde değildir¹⁷. Tüketici hukukunda arabuluculuğun amacı, yargıya başvuru yolunu kapatmadan, farklı çözüm arayışlarına gidilebilmesini sağlamaktır. Böylece, diğer uyuşmazlık çözümlerini dışlamayarak onların yanında ve onlara yardımcı olan bir özellik taşır¹⁸.

B. Tarafsız Bir Üçüncü Kişinin Varlığı

Arabuluculuk faaliyeti çerçevesindeki uyuşmazlığın çözümü sürecinde, bağımsız bir ya da birden fazla “*üçüncü kişi*” taraflara yardımcı olmaktadır. Arabulucu olmaksızın, tarafların kendi aralarında yapacağı görüşmeler, başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan müzakere niteliğinde olacaktır. O halde, arabulucunun varlığı, arabuluculuk faaliyetinden söz edebilmenin olmazsa olmaz (conductio sine qua non) koşuludur. Önemle belirtmek gerekir ki, bu üçüncü kişinin uyuşmazlıkla bir ilişkisi olmamalı, taraflardan bağımsız bir özellik taşımalıdır. Bir başka ifadeyle, arabulucu olan üçüncü kişi, tüketici hukukundan doğan bu uyuşmazlığın tarafları dışında kalan bir kişi olmalıdır¹⁹.

Kural, uyuşmazlık konusu ile bir ilgisi olmayan üçüncü kişinin arabulucu olabileceği yönünde olsa da, bazen uyuşmazlıkla ilgisi olmakla birlikte, taraflar arasında anlaşmanın belli bir şekilde yapılmasını dikte etmeyen ama bir anlaşmaya varılmasına çalışan kişilerin de arabulucu olabileceğine pozitif yaklaşılmaktadır. Komisyon alabilmesi için, alıcı ve satıcı arasındaki uyuşmazlığı anlaşma ile sonuçlandırmaya çalışan emlakçının konumu, bu çerçevede örnek olarak gösterilebilir²⁰.

Arabulucunun “*tarafsızlığı*”, arabuluculuk faaliyetinin başarıyla sonuçlanabilmesi bakımından kilit bir öneme sahiptir. Bu kapsamda arabulucu, faaliyet esnasında kullanılacak yöntemi seçerken ve çözüm se-

¹⁷ “Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, aslında yargı sistemi ile rekabet içinde olmadığı gibi, amaç yargısal yollara başvuru imkanını ortadan kaldırmak da değildir. Devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümü amaçlanmaktadır.” Bkz. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, Genel Gerekçesi.

¹⁸ Hakan Pekcanitez, ‘Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri’ (2005) 5 Hukuki Perspektifler Dergisi 12, 15; Özkes (n 16) 42; Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk (n 3) 168; Kekeç (n 14) 59-60

¹⁹ Kekeç (n 14) 60

²⁰ ibid 60 n 225

çenekleri değerlendirilirken uyuşmazlığın her iki tarafına eşit mesafede olmalı, tarafsızlığını gölgeye düşürebilecek menfaatlara sahip olmaktan kaçınılmalı ve taraflardan biri ile diğerinin bilgisi olmadan görüşmemelidir²¹.

Arabulucu, HUAK m. 9/f.1 ve HUAKY m. 11/f.1-2 uyarınca; görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirmekle yükümlüdür. Arabulucunun tarafsızlığı, arabuluculuk faaliyetinin tamamında mevcut olmalıdır. Hatta arabulucu, yalnızca arabuluculuk faaliyeti sırasında değil, faaliyet öncesinde ve sonrasında da tarafsızlığını muhafaza etmelidir. Zira uyuşmazlığın daha sonra dava yolu ile çözümü söz konusu olursa, arabulucu bu durumda taraflardan birinin avukatı olarak görev yapamaz²². Ancak arabulucu, taraflar açık ve yazılı onayları ile birlikte talep ederlerse, daha sonra açılan tahkim yargılamasında, hakemlik yapabilir²³.

Arabulucunun görevini özenle ve tarafsız bir biçimde yerine getirme yükümlülüğü çerçevesinde, HUAK m. 9/f.2 ve HUAKY m. 11/f.3 uyarınca; arabulucunun tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hâl ve şartların varlığı veya bu hâl ve şartların sonradan ortaya çıkması hâlinde arabulucu olarak görevlendirilen kimse, tarafları bilgilendirmekle yükümlüdür. Bu açıklamaya rağmen taraflar, arabulucudan görevi üstlenmesini birlikte talep ederlerse, arabulucu bu görevi üstlenebilir yahut üstlenmiş olduğu görevi sürdürebilir²⁴.

Arabulucunun tarafsızlığından kasıt, arabulucunun uyuşmazlığın çözüm sonucu ile ilgili kişisel düşüncesinin ya da arabuluculuk faaliyeti esnasında oluşan ilişkilerinin; görevindeki performansını etkilememesi

²¹ Mustafa Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü I-II (4th edn, Yetkin Yayınları 2016) 602,607; Kekeç (n 14) 61-62

²² Kekeç (n 14) 62. HUAK m. 9/f.4 ve HUAKY m. 11/f.5 uyarınca; arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlıkla ilgili olarak açılan davada, daha sonra taraflardan birinin avukatı olarak görev üstlenemez.

²³ Türkiye Arabulucular Etik Kuralları m. 4/f.6. Vakıalara hâkim olması açısından arabulucunun, daha sonra uyuşmazlığın çözümünde hakem olarak görev alması faydalı ve tavsiye edilebilir niteliktedir.

²⁴ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 36 vd. çerçevesinde düzenlenen “hâkimin reddi” gibi, arabulucunun tarafsızlığından şüphe duymayı gerektirecek önemli hâl ve şartların varlığı halinde ileri sürülebilecek, “arabulucunun reddi” yönünde bir müessese HUAK ve HUAKY kapsamında düzenlenmemiştir. Zira arabuluculuk faaliyeti aslen iradidir. Taraflar istedikleri her aşamada arabuluculuk faaliyetine son verebilirler.

ve kendi kararlarını vermeleri için taraflara yardımcı olma amacına yansımamasıdır²⁵. Bu bağlamda, arabulucunun tarafsız olmasına karşın, adil olmadığı düşünülen somut bir durumda, bu tarafsızlığını korumasının gerekip gerekmediği sorusu akla gelir. Bu sorunun yanıtı, birinci görüş çerçevesinde, arabulucunun taraflar arasında dengeyi sağlamak ve adil olmak için, bazen tarafsızlığından vazgeçebileceği yönündedir. İkinci görüş ise; insanların farklı değerlere sahip olabileceğinden, olaylara farklı bakabileceğinden ve bir kişinin bir kararı vermesinde pek çok etkenin rol oynayabileceğinden hareketle, taraflar tatmin olduğu ve bir hukuka aykırılık bulunmadığı sürece, arabulucunun adil gözükme-yen somut duruma müdahale etmemesi gerektiğini savunur²⁶.

C. Arabulucunun Bağlayıcı Karar Verememesi

Arabulucu, tüketici hukukundan doğan uyuşmazlığın çözümünde son sözü söyleyen ve uyuşmazlığı mutlak olarak çözüme kavuşturan bir role sahip değildir. Aksine onun görevi, yargı yoluna başvurmaya gerek kalmadan, uyuşmazlığı çözme konusunda taraflara yardım etmekten ibarettir²⁷.

Arabulucunun, uyuşmazlığın esası hakkında görüşünü açıklaması durumunda, açıklamış olduğu bu görüşleri yalnızca “*tavsiye*” niteliğindedir²⁸. Arabulucu yargılama yapamaz, taraflardan hangisinin haklı hangisinin haksız olduğu yönünde bir karar veremez, o sadece tarafların ortak menfaatleri yönünde uyuşmazlığın ortadan kalkması için gayret gösterir²⁹.

Arabulucunun taraflara karşı davranış ve tutumu, “*davanı bana ispatla!*” biçiminde değil, “*size yardımcı olmama izin verin*” şeklinde olmalıdır³⁰. Hali hazırda devlet mahkemelerindeki yargılama sisteminde hakimlerden ve tahkim yargılamasında hakemlerden, arabulucuyu ayıran temel özellik de budur. Arabulucunun yetkisi, uyuşmazlık içindeki kişi-

²⁵ Kekeç (n 14) 65

²⁶ ibid 66-67, n. 243 ve 244’te anılan yazarlar.

²⁷ Mustafa Özbek, ‘Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk’ (2001) 3 Ankara Barosu Dergisi 113, 123; Pekcanitez (n 18) 16; Özkes (n 16) 42; Kekeç (n 14) 68; Abugalı (n 3) 74

²⁸ Özbay (n 1) 466; Pekcanitez (n 18) 16; Kekeç (n 14) 68

²⁹ Abugalı (n 3) 74; Kekeç (n 14) 69

³⁰ Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı (Nisan 2019) 56

lere yardımcı olmaktan ibarettir. Şayet başarısızlıkla sonuçlanan bir arabuluculuk faaliyetini takiben, arabulucu bağlayıcı bir karar verebiliyorsa, bu takdirde arabuluculuktan değil, bir başka alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan “arabuluculuk-tahkimden” söz edilir³¹.

Arabulucunun, tarafları bir anlaşmayı kabul etmeye zorlayamayacağı düşünülürse, arabulucunun aslında hiçbir gücü olmadığı izlenimi doğabilir. Ancak arabulucunun, tıpkı orkestrada bir şef gibi arabuluculuk yöntemi üzerinde geniş bir yetkisi bulunmaktadır. Zira o kurallar koyabilir, tempoyu ayarlayabilir ve müzakerelerle ilgili diğer düzenlemeleri yapabilir. Örneğin; uyuşmazlık konularının hangi sırada tartışılacağı, tarafların birbirlerine tekliflerinin ve diğer mesajlarının ne zaman ve nasıl iletileceği bakımından kayda değer bir etkisi vardır³². Kaldı ki, HUAK m. 15/f.7 hükmüne göre, “*tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde arabulucu bir çözüm önerisinde bulunabilir.*” Çözüm için öneride bulunması, arabulucunun tarafsızlığını ihlâl ettiği anlamına gelmez. Yeter ki, bu çözüm önerisini taraflardan birine veya her ikisine dayatmıyor, kabul edilmesini dikte etmiyor olsun³³.

D. İradilik (Gönüllülük)

1. İhtiyari Arabuluculuk Çerçevesinde

a. Genel Olarak

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, genel olarak ihtiyari arabuluculuk esas alınarak düzenlenmiş, ancak sonrasında yürürlüğe giren bazı düzenlemelerle dava şartı arabuluculuk kurumu da işlerlik kazanmıştır. Dolayısıyla, arabuluculuk faaliyetinin aslen ihtiyari ol-

³¹ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü I-II (n 21) 608; Kekeç (n 14) 69. Arabuluculuk ve tahkim olmak üzere iki ayrı yöntemi bünyesinde barındıran bu uyuşmazlık çözüm yolunun amacı, arabuluculuğun başarısız olması halinde devlet mahkemelerindeki yargılamaya başvurmaya gerek kalmaksızın, bağlayıcı bir çözüm aşamasına gelinmesini sağlamaktır. Bkz. Özbay (n 1) 469; İldır (n 2) 100-105

³² Kekeç (n 14) 69-70

³³ Tuğçem Şahin, Yasin Çelik and Ahmet Cemal Ruhi, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Rehberi (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2018) 81. Aynı yönde, bkz. Pervin Somer, ‘Tüketici Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk ve Avantajları’ in Gözde Zeytin Çağrı (ed), Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2020) 105

duğu söylenebilir³⁴. Ancak, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na, 7155 sayılı Kanun'un³⁵ 23. maddesiyle, “*Dava şartı olarak arabuluculuk*” başlığıyla yeni bir bölüm niteliğinde m. 18/A hükmü eklenmiş ve Kanun'da arabuluculuğun belli uyuşmazlıklar bakımından zorunlu tutulabilmesine uygun bir değişiklik yapılmıştır. Bu çerçevede, 7251 sayılı Kanun m. 59 hükmüyle de, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a, (TKHK) m. 73 hükmünden sonra gelmek üzere m. 73/A hükmü eklenmiş ve böylelikle tüketici mahkemelerinde görülecek uyuşmazlıklarda dava açılmadan, kural olarak arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilmiştir.

Anılan hükmün (TKHK m. 73/A) birinci fıkrasına göre, “*tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Şu kadar ki, aşağıda belirtilen hususlarda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz* - diğer bir deyişle zorunlu arabuluculuk geçerli değildir:

- a) Tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar
- b) Tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar
- c) 73 üncü maddenin altıncı fıkrasında belirtilen davalar
- ç) 74 üncü maddede belirtilen davalar
- d) Tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklar” (TKHK m. 73/A/f.1).

b. Tüketici Hakem Heyetinin Görevi Kapsamında Olan Uyuşmazlıklar

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 68/f.1 hükmü kapsamında tüketici hakem heyetlerinin görevli olduğu uyuşmazlıklarda, mahkeme yerine tüketici hakem heyetine başvuru yapılması zorunludur. Buna göre, “*2022 yılı*³⁶ için tüketici hakem heyetlerine yapılacak başvurularda değeri:

³⁴ Koçyiğit and Yeşilkaya (n 4) 93; Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (n 2) 56; Süha Tanrıver, ‘Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler’ (2020) 147 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 111, 112

³⁵ Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 7155, Kabul Tarihi: 06.12.2018, RG 19.12.2018/30630

³⁶ TKHK m. 68/f.1 hükmünde yer alan parasal sınırlar, Ticaret Bakanlığı'nın ‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 68inci ve Tüketici Hakem Heyetle-

a) 10.280 (onbinikiyüzseksen) Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda İlçe Tüketici Hakem Heyetleri,

b) Büyükşehir statüsünde olan illerde 10.280 (onbinikiyüzseksen) Türk Lirası ile 15.430 (onbeşbindört yüzotuz) Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetleri,

c) Büyükşehir statüsünde olmayan illerin merkezlerinde 15.430 (onbeşbindört yüzotuz) Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetleri,

ç) Büyükşehir statüsünde olmayan illere bağlı ilçelerde 10.280 (onbinikiyüzseksen) Türk Lirası ile 15.430 (onbeşbindört yüzotuz) Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetleri, görevlidir³⁷. ”

Söz konusu limitler altında kalan tüketici uyuşmazlıklarının çözümü için tüketici hakem heyetlerine başvurunun zorunlu tutulması, tüketici mahkemelerine yönelik bir dava şartı niteliğinde olup³⁸, bu uyuşmazlıklarda tarafların ihtiyari olarak arabuluculuğa başvurmaları mümkündür³⁹ (TKHK m. 68/f.5). Böyle bir ihtimalde, HUAK m. 3/f.1, c.1 ve HUAKY m. 5/f.1, c.1 uyarınca; uyuşmazlığın tarafları, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda tamamen serbest olup, öncelikle uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla sonuçlandırma konusunda anlaşılır. Bir başka anlatımla, uyuşmazlığın tarafları, gerek arabuluculuk yöntemine başvurma, gerekse arabuluculuk faaliyetini devam ettirme açısından tam bir serbestiye

ri Yönetmeliğinin 6ncı Maddelerinde Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğ'i (RG 16.12.2021/31691), m. 3 hükmüyle 2022 yılı için 01.01.2022 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yeniden belirlenmiştir.

³⁷ Bu maddede (TKHK m. 68/f.1) belirtilen parasal sınırlar her takvim yılı başından itibaren geçerli olmak üzere, o yıl için 04.01.1961 tarih ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanır. Bu artışların hesabında on Türk Lirasının küsuru dikkate alınmaz (TKHK m. 68/f.4).

³⁸ Mehmet Akif Tutumlu, '7251 Sayılı Kanun Hükümleri Işığında Tüketici Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk' (2020) 15(169) Terazi Hukuk Dergisi 1904, 1907; H. Tamer İnal, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku (3rd edn, Seçkin Yayınları 2014) 1214

³⁹ Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (n 2) 133-134; Şahin, Çelik and Ruhi (n 33) 28; Ermenek (n 10) 120. Aksi görüşte, bkz. Murat Aydoğdu and Nalan Kahveci, Tüketici Hukuku (1st edn, Adalet Yayınevi 2021) 522; Çabri (n 12) 1195

sahiptir⁴⁰. İhtiyari arabuluculuğun temel özelliği olarak taraflar, bu sürecin içine zorla dâhil edilemeyecekleri gibi, her aşamada uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözmekten de vazgeçebilirler (HUAKY m. 5/f.1, c.2).

c. Tüketici Hakem Heyeti Kararlarına Yapılan İtirazlar

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 73/A/f.1, b bendi uyarınca, tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar, dava şartı olarak arabuluculuk kapsamı dışında bırakılmıştır. TKHK m. 70/f.3 hükmüne göre de *“taraflar, tüketici hakem heyetinin kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde tüketici hakem heyetinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesine itiraz edebilir. İtiraz, tüketici hakem heyeti kararının icrasını durdurmaz. Ancak talep edilmesi şartıyla hâkim, tüketici hakem heyeti kararının icrasını tedbir yoluyla durdurabilir.”* Burada, taraflar arasındaki uyuşmazlığa dair verilen tüketici hakem heyeti kararına itiraz niteliğinde dava açılacağı için, kanun koyucu tarafından dava şartı olarak arabuluculuk öngörülmediği gibi, itiraz mercii olarak tüketici mahkemesi yerine ihtiyari arabuluculuktan da söz edilmeyecektir. Zira tüketici hakem heyeti kararlarına yapılacak itirazlarda arabulucunun görev ve yetkisi yoktur⁴¹.

d. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 73. Maddesinin Altıncı Fıkrasında Belirtilen Davalar

“Tüketici örgütleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile Bakanlık; haksız ticari uygulamalar ve ticari reklamlara ilişkin hükümler dışında, genel olarak tüketicileri ilgilendiren ve bu Kanuna aykırı bir durumun doğma tehlikesi olan hâllerde bunun önlenmesine veya durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı alınması veya hukuka aykırı durumun tespiti, önlenmesi veya durdurulması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabilir” (TKHK m. 73/f.6). Sözü edilen davalar, görüleceği üzere bireysel bir yararın değil, kolektif hukuki himayenin gerçekleştirilmesinin aracı olan topluluk davalarının işlerlik kazandığı haller olup, dava şartı olarak arabuluculuğun kapsamına alınmamıştır⁴². Bu davalar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri türden olmayıp, aksine kamu

⁴⁰ Koçyiğit and Yeşilkaya (n 4) 93; Abugalı (n 3) 65; Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (n 2) 56

⁴¹ Aynı yönde, bkz. Çabri (n 12) 1196

⁴² Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (n 2) 133; Çabri (n 12) 1196; Aydoğdu and Kahveci (n 39) 523; Koçyiğit and Yeşilkaya (n 4) 532; Ermenek (n 10) 124

düzeninden sayıldıklarından arabuluculuğa elverişli değildir⁴³ (HUAK m. 1/f.2).

e. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 74. Maddesinde Belirtilen Davalar

Satışa sunulan bir seri malın “*ayıplı olduğunun tespiti, üretiminin veya satışının durdurulması, ayıbın ortadan kaldırılması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması*” için Bakanlık, tüketiciler veya tüketici örgütleri dava açabilir (TKHK m. 74/f.1).

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 74/f.2 hükmü uyarınca, “*satışa sunulan seri malın ayıplı olduğunun mahkeme kararı ile tespit edilmesi hâlinde, mahkeme ayıbın niteliğine göre malın satışını geçici olarak durdurma veya ayıbı giderme kararları verebilir. Üretici veya ithalatçı mahkeme kararının tebliğ tarihinden itibaren en geç üç ay içinde malın ayıbını ortadan kaldırmakla yükümlüdür. Malın ayıbının ortadan kalkmasının imkânsız olması hâlinde mal, üretici veya ithalatçı tarafından toplanır veya toplattırılır. Toplatılan mallar taşıdıkları risklere göre kısmen veya tamamen imha edilir veya ettirilir. İmha edilen malla ilgili tüketicinin dava ve tazminat hakları saklıdır.*”

Satışa sunulan bir seri malın, tüketicinin güvenliğini tehlikeye sokan bir ayıp taşıması durumunda Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun hükümleri saklıdır (TKHK m. 74/f.3). Anılan bu davalar da, topluluk davası niteliğinde olup, bireysel yarar ve bireysel planda bir parasal edime mahkûmiyet söz konusu olmadığından, arabuluculuk kapsamı dışında kalmıştır⁴⁴.

f. Tüketici İşlemi Mahiyetinde Olan ve Taşınmazın Aynından Doğan Uyuşmazlıklar

Tüketici işlemi niteliğinde ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklar da dava şartı olarak arabuluculuktan muaf tutulmuştur (TKHK m. 73/A/f.1, d). Kanun'da, “*mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler*

⁴³ Tutumlu (n 38) 1908

⁴⁴ Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (n 2) 133; Koçyiğit and Yeşilkaya (n 4) 533-534

ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem”, tüketici işlemi olarak tanımlanmıştır (TKHK m. 3/f.1, 1). TKHK m. 3 hükmünde yer alan “mal” tanımı gereğince, konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar da Kanun’un tüketiciye tanıdığı koruma kapsamındadır. Öte yandan, taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklar ise, dava yolu ile aynı hak değişikliğine sebep olabilecek uyuşmazlıklardır⁴⁵.

O halde, taraflardan birinin tüketici, diğer tarafın bu işi ticari veya mesleki amaçlarla yapan satıcı veya yüklenici olduğu konut ve tatil amaçlı taşınmazların aynından kaynaklanan uyuşmazlıklar, örneğin ön ödemeli konut satış sözleşmeleri (TKHK m. 40), devre mülk sözleşmeleri (TKHK m. 50) ile konut finansmanından (TKHK m. 32) kaynaklanan tüketici uyuşmazlıkları, dava şartı (zorunlu) arabuluculuktan muaf tutulmuştur⁴⁶. Ne var ki, böyle bir durumda tarafların ihtiyari olarak arabuluculuğa başvurmaları mümkündür. Bu takdirde, uyuşmazlığın tarafları, arabulucuya başvurmak, arabuluculuk sürecini devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda tamamen serbest olup, diledikleri aşamada uyuşmazlığı bu yolla çözmekten vazgeçebilirler (HUAKY m. 5/f.1).

2. Dava Şartı Arabuluculuk Çerçevesinde

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 73/A hükmüyle, aynı maddenin birinci fıkrasında bentler halinde belirtilen istisnalar⁴⁷ hariç olmak üzere, arabuluculuğa elverişli olması kaydıyla⁴⁸, tüketici mahkemelerinde görülecek uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce, kural olarak arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilmiştir. Bu zorunluluk, özel bir dava şartı niteliğindedir⁴⁹.

⁴⁵ Çabri (n 12) 1197

⁴⁶ Tutumlu (n 38) 1908-1909; Ermenek (n 10) 124

⁴⁷ Bkz. II, D, 1.

⁴⁸ Söz gelimi, ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz, delil tespiti gibi geçici hukuki koruma tedbirleri veya hükmün tashihi, hükmün tavzihi, hükmün tamamlanması ile yargılamanın iadesine yönelik talep ve başvurular arabuluculuk yoluyla sonuçlandırılmaz. Bkz. Tutumlu (n 38) 1909

⁴⁹ Koçyiğit and Yeşilkaya (n 4) 24; Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (n 2) 142; Aynı yönde, bkz. Çağlar Özel, Tüketicinin Korunması Hukuku (6th edn, Seçkin Yayıncılık 2020) 339-340

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 18/A/f.2 hükmüne göre davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan doğrudan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, yine dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir.

Ancak belirtilmelidir ki, tüketici mahkemelerinde görülecek uyuşmazlıklara ilişkin olarak getirilen söz konusu zorunluluk, arabuluculuk sürecinin başlatılması ve ilk toplantıya katılmakla sınırlı olup, arabuluculuk faaliyetinin sürdürülmesini sağlama ve anlaşmayla sonuçlandırmayı kapsamaz⁵⁰. Bir başka anlatımla, dava şartı arabuluculukta da iradilik esastır. Yalnızca, arabuluculuk sürecinin başlatılması konusunda tarafların ortak bir iradesi bulunmaz. Dava açılmadan önce, uyuşmazlığın taraflarından birinin tek taraflı başvurusuyla arabuluculuk sürecinin başlatılabilmesine imkân tanınmıştır. Arabuluculuk süreci başladıktan sonra ise taraflar, yine süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözmekten vazgeçmek konusunda tamamen serbesttirler⁵¹.

Her ne kadar dava şartı olarak arabulucuya başvurulması, tüketici mahkemelerinde görülecek uyuşmazlıklarda yargı yoluna başvurmadan önce uyuşmazlığı dostane (barışçıl) bir şekilde arabuluculuk yoluyla çözmeyi amaçlıyor olsa da, isteksiz ve gönülsüz olarak, mecburiyetten kaynaklanan bir arabuluculuk faaliyetinden olumlu sonuç alınması ihtimali oldukça düşüktür. Bu sebeple, kanun koyucunun tarafları arabuluculuğa başvurma konusunda teşvik etmek ile zorlamak arasındaki tercihi eleştiri konusu olabilir⁵². Kaldı ki, tüketici işlemlerinde tüketici, ekonomik açıdan diğer tarafa nazaran daha zayıf bir konumdadır. Etkin bir

⁵⁰ Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (n 2) 128; Aynı yönde, bkz. Somer (n 33) 107

⁵¹ Koçyiğit and Yeşilkaya (n 4) 94; Abugalı (n 3) 59

⁵² Benzer yönde, bkz. Bulur (n 16) 43

pazarlık gücüne çoğu zaman sahip olmaksızın, yargılama sürecinin uzunluğunu göz önünde bulunduran tüketici, hakkına bir an önce kavuşabilme endişesiyle aslında yargılama neticesinde elde edebileceği tutardan daha azına razı olduğu bir anlaşmayla, iradesi baskı altında tutularak uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla sonuçlandırılmasına rıza gösterebilir. Bu durumun, aşırı yararlanma (gabin) iddialarını gündeme getirebileceğinin yanı sıra⁵³, arabuluculuğun özüne de gölge düşürebileceği göz ardı edilmemelidir.

E. Eşitlik

Eşitlik, gerek yargılamalarda gerekse alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde ortak olan bir ilkedir. Bunun ötesinde eşitlik, sadece uyuşmazlıkların çözümünde değil, hemen her konuda öncelikle dikkate alınması gereken, ortak ve anayasal bir ilkedir⁵⁴. Dolayısıyla, tüketici hukuku uyuşmazlıklarına ilişkin olarak da HUAK m. 3/f.2 ve HUAKY m. 5/f.2 hükümleri uyarınca, taraflar gerek arabulucuya başvururken gerekse süreç boyunca eşit haklara sahiptirler. Taraflardan biri arabuluculuk sürecinin dışında bırakılamayacağı gibi söz hakkı da diğerine göre kısıtlanamaz.

Arabulucunun, tüm arabuluculuk faaliyeti boyunca uyuşmazlığın taraflarına eşit mesafede ve eşit muamelede bulunması gerekir. Arabuluculuk faaliyetine hâkim olan eşitlik ilkesinin ve gerek Kanun'da gerekse Yönetmelik'te yer bulan eşitlik ilkesini düzenleyen hükümlerin, Anayasa m. 10'da düzenlenen "*Kanun önünde eşitlik*" başlığını düzenleyen anayasa hükmünün bir yansıması olduğu söylenebilir⁵⁵.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) m. 9/f.3 ve HUAKY m. 11/f.4 hükümleri uyarınca arabulucu, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür. Aslında eşitlik, arabuluculuğun

⁵³ Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (n 2) 130; Benzer yönde, tüketicinin, kaynak gücü ve stratejik güç açısından zayıf olan konumuna işaret eden ifadeleri için, bkz. Somer (n 33) 104. Tüketicilerin, üreticiler kadar kolay örgütlene-medikleri, ekonomik ve politik yaşamda üreticiler kadar etkin olamayacakları yönünde, bkz. Alper Uyumaz, 'Tüketici Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları' (2012) 20(1) SÜHFD 103, 118

⁵⁴ Bulur (n 16) 44; Taşpolat Tuğsavul (n 4) 133-134; Abugalı (n 3) 66

⁵⁵ Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (n 2) 57; Süha Tanrıver, 'Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi' (2009) Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan 637, 639-640

doğasında bulunan bir ilkedir. Zira kendisini uyuşmazlığın diğer tarafı ile eşit hissetmeyen ya da kanunen böyle işlem görmeyen bir tarafın uzlaşmasından değil, zorunlu olarak bir sonuca katlanmasından söz edilebilir. Taraflardan birini dışlayarak yahut daha az söz hakkı vererek varılan neticede, gerçek bir anlaşmadan, uzlaşmadan söz edilemez. O halde, arabuluculuk faaliyetinden olumlu sonuç alınabilmesi için de tarafların eşitliği, mutlak tesis edilmesi gereken bir durumdur. Öte yandan, yargılamada eşit olan tarafların, iradi (gönüllü) olarak devam ettirdikleri arabuluculuk faaliyetinde eşit olmamaları düşünülemez⁵⁶.

F. Arabulucunun Yetkisini Taraflardan Alması

Tüketici hukukuna ilişkin bir uyuşmazlıkta tarafların ihtiyari olarak arabuluculuğa başvurması halinde arabulucunun faaliyeti, uyuşmazlığın taraflarının kendisine tanımış olduğu yetkiye dayanır. Her iki tarafa arabulucuya bu yetki tanınmamışsa ya da taraflardan biri daha önce vermiş olduğu yetkiyi, herhangi bir sebeple geri almışsa arabulucunun göreve devam etmesi mümkün değildir⁵⁷.

Öte yandan, dava şartı arabuluculuk kapsamına giren bir tüketici hukuku uyuşmazlığında ise arabulucu, adalet komisyonu başkanlığına bildirilen listeden adliye arabuluculuk bürosu tarafından belirlenir. Ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmaları hâlinde, tarafların üzerinde anlaşmaya vardığı bu arabulucu görevlendirilir. Dava şartı olan arabuluculuk kapsamındaki tüketici uyuşmazlıklarında, liste dışında bir arabulucu görevlendirilemez (HUAK m. 18/A/f.5 ve HUAKY m. 24/f.1). Ancak arabuluculuk bürosu tarafından listeden yapılan görevlendirmede de taraflar, üçüncü kişi olan arabulucunun, uyuşmazlığın içine girerek bir çözüme ulaşılması konusunda yardımcı olmasına izin vermek istemelidirler. Aksi halde, tarafların iradesine bağlı olarak arabulucunun faaliyete devam etmesi ve uyuşmazlığın bu yolla sonuçlandırılması mümkün olmaz.

⁵⁶ Taşpolat Tuğsavul (n 4) 134; Bulur (n 16) 44; Abugalı (n 3) 66

⁵⁷ Bu yönde, bkz. Kekeç (n 14) 77

G. Gizlilik

1. Gizliliğin Kapsamı

Arabuluculuk yönteminin, uyuşmazlığın taraflarınca tercih edilmesinde çoğu zaman belki de en önemli sebep, arabuluculuğa hâkim olan gizlilik ilkesidir. Gizlilik, uyuşmazlık içindeki tarafların ilişkilerini gelecekte de koparmadan devam ettirebilmelerine imkân tanıyan, tarafların toplumdaki ve ticari hayattaki güvenilirlik ve saygınlıklarının korunmasına hizmet eden bir teminattır. Bir başka açıdan gizlilik, tarafların dürüst, samimi, güvenli ve uyuşmazlığı uzlaşma ile neticelendirmeye yönelik özgür bir tartışma ve müzakere ortamına sahip olmaları bakımından büyük önem taşır⁵⁸.

Gizlilik, tüketici hukukundan doğan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümünde de geçerli bir ilkedir. Böylelikle taraflar, uyuşmazlık konusunun detayları hakkında tartışırken ticari veya diğer şahsi bilgilerinin gizli kalması konusunda bir güvenceye sahip olurlar⁵⁹. Söz gelimi, tüketici hukukuna ilişkin bir uyuşmazlıkta satıcı, tartışma ve müzakere ortamı içerisinde, tüketiciye satmış olduğu malın kalitesini savunurken, üretim maliyeti, işçilik, ya da malzeme giderleri gibi aleni olmayan detaylı bilgileri karşı tarafla paylaşabilir ve bu bilgilerin gizli kalmasını talep edebilir. Ayrıca, tarafların arabuluculuk faaliyeti sırasında gösterdikleri duyguları veya birtakım zayıflıkları da daha sonra kendileri aleyhine kullanılmamalıdır⁶⁰.

Devlet mahkemelerinde kural, yargılamanın kamuya açık bir şekilde gerçekleştirilmesi, diğer bir ifadeyle aleni olmasıdır⁶¹. Anayasa m. 141/f.1’de bu kural, “*mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır*” şeklindeki düzenlenmişken, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁶² (HMK) m. 28/f.1 aynı ilkeyi, “*duruşma ve kararların bildirilmesi alenidir*” biçiminde ifade etmiştir. Yargılamanın aleniliği olarak adlandırılan bu

⁵⁸ Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi (n 55) 640; Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (n 2) 57

⁵⁹ Çiğdem Yazıcı Tıktık, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması (1st edn, On İki Levha Yayınları 2013) 54; Muratcan Bayraktar, ‘Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış’ (2015) 89(4) İstanbul Barosu Dergisi 151, 157

⁶⁰ Abugalı (n 3) 67

⁶¹ Taşpolat Tuğsavul (n 4) 34; Bulur (n 16) 44; Kekeç (n 14) 77

⁶² Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.02.2011/27836

ilkenin amacı, keyfiliğin önüne geçmek, yargılamanın kanuna uygunluğunu denetlemek ve bu yolla kişilerin yargıya olan güvenini sağlamaktır⁶³.

Arabuluculukta ise kural, özellikle taraflardan birinin kötü niyetli olması ihtimaline karşın, mesleki ve ticari sırlar ile özel bilgilerin açıklanmasını, hatta medya yoluyla geniş kitlelere sunulması olasılığını önlemek amacıyla tam tersidir⁶⁴. HUAK m. 4 ile HUAKY m. 6/f.1 ve f.2 uyarınca; taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya herhangi bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. Taraflar, kanuni temsilcileri, avukatları ve görüşmelere katılan diğer kişiler de aksi kararlaştırılmadıkça bu konudaki gizliliğe uymak zorundadır. Gizlilik kuralına uyma yükümlülüğü, arabulucunun yanında çalışan kişiler, denetim ve gözetimi altında ilgili mevzuat çerçevesinde staj yapanlar, Bakanlık ve Kurul görevlileri yönünden de geçerlidir⁶⁵ (HUAKY m. 6/f.3).

Gizlilik ilkesi, özellikle arabuluculuk yöntemi ile taraflar arasında bir uzlaşma sağlanamaması ve uyuşmazlığın devlet mahkemelerine taşınması durumunda büyük önem taşır. Zira hiç kimse arabuluculuğa başvurmuş olmasından dolayı, konunun muhtemel bir davada daha kötü olacağını bilerek, bir başka ifadeyle arabuluculuk faaliyeti esnasında diğer tarafın ya da üçüncü kişilerin kendisi hakkında öğrendikleri nedeniyle daha kötü bir konumda bulunacağını farkında olarak, bu yöntemle başvurmak istemez⁶⁶. O halde, arabuluculuk yöntemine başvurulmasının sebeplerinden biri de gizlilik olduğundan, arabuluculuk faaliyetinde kural, müzakerelerin gizli olmasıdır. Fakat madde metninden anlaşılaacağı üzere tarafların bunun aksini kararlaştırmaları mümkündür.

Yanı sıra, arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için “*icra edilebilirlik şerhi*” almak isteyen taraflar,

⁶³ Hakan Pekcanıtez, Muhammet Özkes, Mine Akkan and Hülya Taş Korkmaz, *Medeni Usul Hukuku 1* (15th edn, On İki Levha Yayıncılık 2017) 895-896; Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku* (1st edn, Legal Yayınevi 2016) 82; Kekeç (n 14) 77

⁶⁴ Kekeç (n 14) 78; Taşpolat Tuğsavul (n 4) 135

⁶⁵ Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk* (n 2) 57-58; Kekeç (n 14) 80; Abugalı (n 3) 68-69

⁶⁶ Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü I-II* (n 21) 612-613; Taşpolat Tuğsavul (n 4) 135; Abugalı (n 3) 67-68

anlaşma içeriğinin yansıtılabilmesi ve varsa bazı tereddütlerin giderilebilmesi adına bazı açıklama ve ifadelere ihtiyaç duyabilirler. Bu sebeple ve yalnızca taraflar arasındaki sözleşmenin icrası için gerekli olduğu ölçüde yapılan açıklamalar, gizlilik ihlâli olarak değerlendirilmeyecektir⁶⁷. Öte yandan, arabuluculuk faaliyeti sırasında bir suç işlendiği öğrenilirse, gizlilik ilkesinin ardına saklanılamaz. Bu durumda, yetkili makamlara suç duyurusunda bulunulması gerekir⁶⁸.

Arbuluculukta gizliliğe ilişkin yaklaşım, yabancı düzenlemelerde de benzer şekilde kendisini gösterir. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri Tek Tip Arbuluculuk Kanunu'nun 8. bölümünde (Uniform Mediation Act, Section 8), aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça ya da bir kanun hükmünce öngörülmedikçe, arabuluculuk faaliyetine gizliliğin hâkim olduğu açıkça belirtilmiştir⁶⁹.

Yönetmelik (HUAKY) m. 6/f.4 uyarınca; *“gizlilik kuralına aykırı hareket eden arabulucunun, hukuki ve cezai sorumluluğu saklı olup, sicilinden silinmesine karar verilebilir.”* Kanun'da gizlilik kuralına aykırı davranışın hukuki ve cezai sonuçları olacağından söz edilmiştir. Sözü edilen gizlilik kuralına aykırı davranışın cezai yaptırımı, HUAK m. 33'te *“gizliliğin ihlali”* kenar başlığıyla düzenlenmiştir. Hükme göre, gizlilik kuralından doğan yükümlülüğüne aykırı hareket ederek bir kişinin hukukla korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlıdır. Bu halde, gizliliğin ihlali suçu, CMK. m. 253 uyarınca uzlaşma kapsamındadır⁷⁰. Arbuluculukta gizliliği ihlâl suçunun faili; arabulucu, uyuşmazlığın tarafları ya da arabuluculuk faaliyetine katılan üçüncü kişiler olabilir. Suçun mağduru ise, arabuluculuk faaliyetine katılan ve bu çerçevede kendilerine ait gizli bilgi, belge ve kayıtlar sunan yahut açıklayan gerçek ve tüzel kişilerdir.

⁶⁷ Kekeç (n 14) 86; Abugalı (n 3) 68

⁶⁸ Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arbuluculuk (n 2) 60

⁶⁹ Anılan düzenleme için bkz. Amerika Birleşik Devletleri Tek Tip Kanun Komisyonu İnternet Sitesi <<https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=9b244b42-269c-769e-9f89-590ce048d0dd&forceDialog=0>> erişim tarihi 28.11.2021; Ayrıca, bkz. Kekeç (n 14) 79

⁷⁰ Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arbuluculuk (n 2) 58-59; Kekeç (n 14) 83; Abugalı (n 3) 69

2. Beyan veya Belgelerin Kullanılamaması

Arabuluculuk faaliyetinde gizlilik ilkesinin bir yansıması olarak, HUAK m. 5/f.1 ve HUAKY m. 7/f.1 uyarınca; taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak daha sonra hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, birtakım beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz. Delil olarak ileri sürülemeyecek bu beyan ve belgeler, HUAK m. 5/f.1 ve HUAKY m. 7/f.1’de bentler halinde sayılmıştır⁷¹. Buna göre;

“(a) Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği, (b) Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler, (c) Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıya veya iddianın kabulü, (ç) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler”, daha sonra yapılacak bir yargılama esnasında delil olarak ileri sürülemez ve bunlar hakkında tanıklık yapılamaz.

Yukarıda bahsi geçen hüküm ile, taraflara arabuluculuk faaliyetine katılmış olmaları nedeniyle, daha sonraki yargılama sürecinde aleyhlerine bir netice doğmayacağı yönünde bir güvence sağlanmış olup, bu suretle tarafların arabuluculuğa başvurma konusundaki tereddütleri büyük ölçüde giderilmiş olmaktadır⁷².

Beyan ve belgelerin daha sonraki muhtemel bir devlet ya da tahkim yargılamasında kullanılamamasından kasıt, tarafların uyuşmazlık nedeniyle sahip oldukları ve delil olarak kullanılabilecek tüm belgeler değil, sırf arabuluculuk dolayısıyla hazırladıkları belgelerin yasak kapsamında olduğudur. HUAK m. 5/f.5 ve HUAKY m. 7/f.5 ifadesiyle *“birinci fıkrada belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez.”* Örneğin taraflardan birinin diğerine aralarındaki uyuşmazlığa konu olan borç ilişkisi nedeniyle vermiş olduğu bir senet, sadece arabuluculuk faaliyetinden kaynaklanan bir belge olmaması ve arabuluculuk faaliyeti başlamadan önce de mevcut bulunması sebebiyle, daha sonraki muhtemel bir yargı-

⁷¹ Kekeç (n 14) 81-82; Abugalı (n 3) 70; Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (n 2) 59

⁷² Kaplan (n 16) 137-138; Taşpolat Tuğsavul (n 4) 138

lamada delil olarak pekâlâ kullanılabilir. Zira aksi durumun kabulü, arabuluculuk faaliyetinden sonuç alınamaması nedeniyle yargı yoluna başvurulması halinde, herhangi bir delil ileri sürmeyi ve yargılamayı neticelendirmeyi olanaksız hale getirir⁷³.

Sayılan bu belge ve beyanlarla ilgili olarak tarafların, arabulucunun ve sürece katılan üçüncü kişilerin tanıklık yasağı da bu çerçevede ciddi önem arz eder. Bu halde, arabulucunun tanıklıktan çekinmesi gerektiği açıktır. Öte yandan, bu durum arabulucunun da menfaatinedir. Zira böylelikle arabulucular, çözülmesine yardımcı oldukları uyuşmazlıklarla ilgili olarak tanıklık etmeleri için, sürekli mahkeme çağrılarına maruz kalmaktan kurtulmuş olurlar⁷⁴.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAKE) m. 5/f.2 ve HUAKE m. 7/f.2 uyarınca; delil olarak kullanılamayacak beyan ve belgelerin şeklinin de bir önemi yoktur. Bir başka ifadeyle, şekline bakılmaksızın bu beyan ve belgeler yasak kapsamında değerlendirilecektir⁷⁵. HUAKE m. 5/f.3 ve HUAKE m. 7/f.3 uyarınca; *“birinci fıkrada belirtilen bilgilerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemez. Bu beyan veya belgeler, birinci fıkrada öngörülenin aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınmaz. Ancak, söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir.”*

Sözü edilen beyan ve belgelerin açıklanması, gerek devlet mahkemelerindeki yargılamada hâkim tarafından, gerek tahkim yargılamasında hakem tarafından, gerekse de bir idari makam tarafından istenemez. Bu beyan ve belgeler delil olarak sunulmuş olsa bile, *hükme esas alınmaz*⁷⁶. Ancak yasağın mevcudiyetine rağmen bu beyan ve belgelerin daha sonraki bir yargılamada delil olarak ileri sürülmesini baştan bertaraf etmek adına, taraflar arasında arabuluculuk faaliyetine başlanmadan önce, müzakerelerin gizliliğini takviye edecek bir gizlilik sözleşmesi

⁷³ Taşpolat Tuğsavul (n 4) 139,142; Aynı yönde, bkz. Kekeç (n 14) 82; Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (n 2) 60-61; Abugalı (n 3) 70

⁷⁴ Kekeç (n 14) 83

⁷⁵ Taşpolat Tuğsavul (n 4) 139; Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (n 2) 59; Kekeç (n 14) 82

⁷⁶ HMK m. 188/f.3 hükmünde yer alan, “sulh görüşmeleri sırasında yapılan ikrar tarafları bağlamaz” ifadesi, benzer doğrultuda örnek olarak gösterilebilir.

yapılabilir. İşte taraflar arasında akdedilecek böyle bir sözleşme usul hukuku anlamında bir *yazılı delil sözleşmesi* niteliğinde olacaktır⁷⁷.

Beyan ve belgelerin daha sonraki bir yargılamada delil olarak ileri sürülememesi ve tanıklık yasağına yine HUAK m. 5/f.3 ve HUAKY m. 7/f.3'te iki istisna getirilmiştir. Buna göre; (1) beyan ve belgelerin açıklanmasını kanun hükmünün emrettiği, (2) veya arabuluculuk neticesinde varılan anlaşmanın uygulanabilirliği ve icrası için gerekli olduğu hallerde, sözü edilen beyan ya da belgelerin açıklanmasına izin verilmiştir⁷⁸.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) m. 5/f.4 ve HUAKY m. 7/f.4'te beyan ve belgelerin daha sonraki bir yargılamada kullanılamaması ve tanıklık yasağının, arabuluculuğun konusuyla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, *hukuk davası ve tahkimde* uygulanacağı düzenlenmiştir. O halde ceza davalarında delil ve tanıklık yasağı geçerli olmayıp, uyuşmazlıkla ilgili bir ceza kovuşturmasında ceza mahkemesinin karar vermesi halinde, arabuluculuğun tarafları, arabulucu ve arabuluculuk faaliyetine katılan üçüncü kişilerin tanıklık yapması gerekir.

III. SONUÇ

Arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm (AUÇ) yöntemlerinden biri olup, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesinde uygulanır. Tüketici hukukundan doğan uyuşmazlıklar da bu kapsamda, tarafların sulh olmak suretiyle sona erdirebileceği, malvarlığına ilişkin, arabuluculuğa elverişli özel hukuk uyuşmazlıklarıdır.

Tüketici hukukunda arabuluculuk, gerek tüketici mahkemeleri, gerekse tüketici hakem heyetleri açısından, yargılama sistemi ile rekabet halinde değildir. Yargılamaya alternatif olmasından kasıt, bu çözüm yollarını dışlamayarak, esasen onların yanında ve onlara yardımcı olan bir nitelik taşımasıdır. Arabulucu, görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirmekle yükümlüdür. Öyle ki, yalnızca arabuluculuk faaliyeti sırasında değil, faaliyet öncesinde ve sonrasında da tarafsızlığını muhafaza etmelidir.

⁷⁷ Yazıcı Tıktık (n 59) 166; Taşpolat Tuğsavul (n 4) 137; Abugalı (n 3) 69

⁷⁸ Taşpolat Tuğsavul (n 4) 141; Bu konuda ayrıca bkz. Hakan Muran, 'Arabuluculuk, Mahkemelerin İş Yükünü mü Yoksa Yargıya Olan Güveni mi Azaltacaktır?' (2011) 85(3) İstanbul Barosu Dergisi 43, 63

Arabulucu, bağlayıcı bir karar vererek, uyuşmazlığı mutlak olarak çözüme kavuşturan bir konumda bulunmaz. Onun görevi, yargı yoluna başvurmaya gerek kalmadan, uyuşmazlığı çözme konusunda taraflara yardımcı olmaktan ibarettir. Bununla birlikte, tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde arabulucu, bir çözüm önerisinde de bulunabilir. Ne var ki, böyle bir çözüm önerisi, taraflara dayatılan, dikte edilen bir düzeye, asla ulaşmamalıdır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, genel olarak ihtiyari arabuluculuk esas alınarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte, 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m. 59 hükmüyle, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a, (TKHK) m. 73 hükmünden sonra gelmek üzere m. 73/A hükmü eklenmiş ve böylelikle tüketici mahkemelerinde görülecek uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce kural olarak arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilmiştir. Dava şartı niteliğinde olan bu zorunluluğun istisnalarına da yine aynı hükmün içeriğinde yer verilmiştir. İhtiyari olarak arabulucuya başvurulması halinde, uyuşmazlığın tarafları, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda tamamen serbest olup, öncelikle uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla sonuçlandırma konusunda anlaşırlar. Dolayısıyla bu ihtimalde iradilik, arabuluculuk faaliyetine tamamen hakimdir. Tüketici mahkemelerinde görülecek uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk çerçevesinde, arabulucuya başvurmanın zorunlu olduğu hallerde ise, iradilik esas itibarıyla yine geçerlidir. Zira buradaki zorunluluk, arabuluculuk sürecinin başlatılması ve ilk toplantıya katılmakla sınırlı olup, arabuluculuk faaliyetinin sürdürülmesini sağlama ve anlaşmayla sonuçlandırmayı kapsamına almaz.

Arabulucu, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür. Bu yüzden, taraflardan biri arabuluculuk sürecinin dışında bırakılamayacağı gibi söz hakkı da diğerine göre kısıtlanamaz. Tüketici hukukuna ilişkin bir uyuşmazlıkta tarafların ihtiyari olarak arabuluculuğa başvurması halinde arabulucu, yetkisini doğrudan doğruya taraflardan alır. Dava şartı arabuluculuk kapsamına giren bir tüketici hukuku uyuşmazlığında ise arabulucu, adalet komisyonu başkanlığına bildirilen listeden adliye arabuluculuk bürosu tarafından belirlenir. Ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmaları hâlinde, tarafların üzerinde anlaşmaya vardığı bu arabulucu görevlendirilir.

Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya herhangi bir şekilde elde ettiği

bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. Taraflar, kanuni temsilcileri, avukatları ve görüşmelere katılan diğer kişiler de aksi kararlaştırılmadıkça bu konudaki gizliliğe uymak zorundadır. Arabuluculuk faaliyetinde gizliliğin bir yansıması olarak, taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak daha sonra hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, sırf arabuluculuk dolayısıyla elde edilen beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz. Böylelikle, tarafların arabuluculuk sürecinin işleyişine güven duymaları sağlanmış ve arabuluculuğun anlaşmayla sonuçlanabilmesine önemli bir zemin hazırlanmıştır.

KAYNAKÇA

Abugalı G, *Tüketici Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Türk ve Rus Hukukuna Göre Arabuluculukla Çözülmesi* (1st edn, Adalet Yayınevi 2020)

Akıncı Z, ‘Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları’ (1996) 18(4) BATİDER 94-109

Akil C, ‘Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Kapsamı’ (2014) 1 Prof. Dr. Ejder YILMAZ’a Armağan 75-137

Aydoğdu M and Kahveci N, *Tüketici Hukuku* (1st edn, Adalet Yayınevi 2021)

Bayraktar M, ‘Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış’ (2015) 89(4) İstanbul Barosu Dergisi 151-172

Bulur A, ‘Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi’ (2007) 65(4) Ankara Barosu Dergisi 30-46

Çabri S, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (2nd edn, Adalet Yayınevi 2021)

Ermenek İ, ‘Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü ve Arabuluculuğa Uygunluğu’ in Şebnem Akipek Öcal and Abdülkerim Yıldırım (eds), *Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk* (1st edn, 2021)

Ildır G, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü-Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler* (1st edn, Seçkin Yayınları 2003)

İnal H T, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku (3rd edn, Seçkin Yayınları 2014)

Kaplan Y, ‘Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış’ (2008) 28(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 115-146

Kekeç E K, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler (3rd edn, Adalet Yayınevi 2016)

Koçyiğit İ and Yeşilkaya İ, Ticari Davalarda İş Uyuşmazlıklarında Tüketici Mahkemelerinde Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları (1st edn, Adalet Yayınevi 2020)

Kuru B, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku (1st edn, Legal Yayınevi 2016)

Muran H, ‘Arabuluculuk, Mahkemelerin İş Yükünü mü Yoksa Yargıya Olan Güveni mi Azaltacaktır?’ (2011) 85(3) İstanbul Barosu Dergisi 43-74

Özbay İ, ‘Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri’ (2006) 10(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Atatürk’ün 125. Doğum Yılına Armağan 459-475

Özbek M, ‘Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk’ (2001) 3 Ankara Barosu Dergisi 113-140

Özbek M S, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü I-II (4th edn, Yetkin Yayınları 2016)

Özekes M, ‘Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi’ (2006) 7 Hukuki Perspektifler Dergisi 40-46

Özel Ç, Tüketicinin Korunması Hukuku (6th edn, Seçkin Yayıncılık 2020)

Pekcanıtez H, ‘Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri’ (2005) 5 Hukuki Perspektifler Dergisi 12-16

Pekcanıtez H, Özekes M, Akkan M and Taş Korkmaz H, Medeni Usul Hukuku 1 (15th edn, On İki Levha Yayıncılık 2017)

Somer P, ‘Tüketici Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk ve Avantajları’ in Gözde Zeytin Çağrı (ed), Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2020)

Şahin T, Çelik Y and Ruhi A C, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Rehberi (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2018)

Tanrıver S, ‘Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış’ (2006) Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan 821-842

Tanrıver S, ‘Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler’ (2020) 147 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 111-142

Tanrıver S, ‘Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk’ (2006) 19(64) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 151-177

Tanrıver S, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (1st edn, Yetkin Yayınları 2020)

Tanrıver S, ‘Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi’ (2009) Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan 637-657

Taşpolat Tuğsavul M, Türk Hukukunda Arabuluculuk 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde (1st edn, Yetkin Yayınları 2012)

Tutumlu M A, ‘7251 Sayılı Kanun Hükümleri Işığında Tüketici Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk’ (2020) 15(169) Terazi Hukuk Dergisi 1904-1909

Uyumaz A, ‘Tüketici Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları’ (2012) 20(1) SÜHFD 103-132

Yazıcı Tıktık Ç, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması (1st edn, On İki Levha Yayınları 2013)

Yıldırım M K, ‘İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında’ (2007) Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan 337-360