



**KTO KARATAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN
ARABULUCULUK YÖNTEMİ İLE ÇÖZÜLMESİ**

Cihan Nebi KÖKBUDAK

Yüksek Lisans Tezi

KONYA

Aralık, 2019

TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN
ARABULUCULUK YÖNTEMİ İLE ÇÖZÜLMESİ

Cihan Nebi KÖKBUDAK

KTO Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Programı

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Dr. Aytekin ÇELİK

KONYA
Aralık, 2019

KABUL VE ONAY

Cihan Nebi KÖKBUDAK tarafından hazırlanan TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUK YÖNTEMİ İLE ÇÖZÜLMESİ başlıklı bu çalışma, 16/12/2019 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda KTO Karatay Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nin 24. maddesi'nin 6. fıkrası uyarınca salt çoğunlukla başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Jüri Başkanı : **Doç. Dr. Alper UYUMAZ**
Selçuk Üniversitesi



Tez Danışmanı : **Dr. Öğr. Üyesi Aytekin ÇELİK**
KTO Karatay Üniversitesi



Jüri Üyesi : **Dr. Öğr. Üyesi Ebru TÜZEMEN ATİK**
Selçuk Üniversitesi



Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Yüksek Lisans Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.



Dr. Öğr. Üyesi Fatma Didem TUNÇEZ
Enstitü Müdürü

BİLDİRİM

Enstitü tarafından onaylanan Yüksek Lisans tezimin tamamını veya herhangi bir kısmını basılı veya dijital biçimde arşivleme ve aşağıda belirtilen koşullar dâhilinde erişime açma iznini KTO Karatay Üniversitesine verdiğimi bildiririm. Bu izinle, Üniversiteye verilen kullanım hakları dışındaki tüm fikri mülkiyet haklarım bende kalacak ve gelecekteki çalışmalar (makale, kitap, lisans, patent vb.) için tezimin tamamının veya bir bölümünün kullanım hakları yalnızca bana ait olacaktır.

Tezimin bütünüyle kendi çalışmam olduğunu, başkalarının haklarını ihlal etmediğimi ve tezimin tek yetkili sahibi olduğumu beyan ve taahhüt ederim. Telif hakkı bulunan ve sahiplerinden yazılı izinle kullanılması zorunlu olan kaynakları, yazılı izin alarak kullandığımı ve istenildiğinde izinlerin suretlerini Üniversiteye teslim etmeyi taahhüt ederim.

Yükseköğretim Kurulu tarafından yayımlanan “Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge” kapsamında, tezim, aşağıda belirtilen koşullar haricince, YÖK Ulusal Tez Merkezi ve KTO Karatay Üniversitesi Açık Erişim Sisteminde erişime açılır.

Enstitü / Fakülte Yönetim Kurulu kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren 2 yıl ertelenmiştir.*

Enstitü / Fakülte Yönetim Kurulunun gerekçeli kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren ... ay *en fazla 6 ay* ertelenmiştir.**

Tezimle ilgili gizlilik kararı verilmiştir.***,****

16/12/2019
Cihan Nebi KÖKBUDAK

* MADDE 6(1) Lisansüstü teze ilgili patent başvurusu yapılması veya patent alma sürecinin devam etmesi durumunda, tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulu iki yıl süre ile tezin erişime açılmasının ertelenmesine karar verebilir.

** MADDE 6(2) Yeni teknik, materyal ve metotların kullanıldığı, henüz makaleye dönüşmemiş veya patent gibi yöntemlerle korunmamış ve internetten paylaşılması durumunda 3. şahıslara veya kurumlara haksız kazanç imkânı oluşturabilecek bilgi ve bulguları içeren tezler hakkında tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile altı ayı aşmamak üzere tezin erişime açılması engellenebilir.

*** MADDE 7(1) Ulusal çıkarları veya güvenliği ilgilendiren, emniyet, istihbarat, savunma ve güvenlik, sağlık vb. konulara ilişkin lisansüstü tezlerle ilgili gizlilik kararı, tezin yapıldığı kurum tarafından verilir. Kurum ve kuruluşlarla yapılan işbirliği protokolü çerçevesinde hazırlanan lisansüstü tezlere ilişkin gizlilik kararı ise, ilgili kurum ve kuruluşun önerisi ile enstitü veya fakültenin uygun görüşü üzerine üniversite yönetim kurulu tarafından verilir. Gizlilik kararı verilen tezler Yükseköğretim Kuruluna bildirilir.

**** MADDE 7(2) Gizlilik kararı verilen tezler gizlilik süresince enstitü veya fakülte tarafından gizlilik kuralları çerçevesinde muhafaza edilir, gizlilik kararının kaldırılması halinde Tez Otomasyon Sistemine yüklenir.

ETİK BEYAN

KTO Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Hazırlama ve Yazım Kurallarına uygun olarak Dr. Aytekin ÇELİK danışmanlığında tarafımdan üretilen bu tez çalışmasında; sunduğum tüm veri, enformasyon, bilgi ve belgeleri bilimsel etik kuralları çerçevesinde elde ettiğimi, tüm değerlendirme, analiz, bulgu ve sonuçları bilimsel usullere uygun olarak sunduğumu, tez çalışmasında yararlandığım kaynakların tümüne bilimsel normlara uygun biçimde atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi, tezimin kaynak gösterilen durumlar dışında özgün olduğunu bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

16/12/2019

Cihan Nebi KÖKBİDAK

TEŞEKKÜR

Ticari davalar, kapsadığı konu çeşitliliği bakımından hukuk sistemimizde önemli ve geniş bir yer tutmaktadır. Ticari uyumsuzluk kavramından sadece Türk Ticaret Kanunu'nda bahsedilmemiştir. Türk Ticaret Kanunu dışında da ticari nitelikte uyumsuzlıklardan bahsedilmiş birçok kanun ve kanun maddesi bulunmaktadır. Bu kadar geniş yelpazede düzenlenmiş olan ticari uyumsuzlukların, henüz hukuk sistemimizde yeni yer edinen “arabuluculuk” kavramı ile olan ilişkisi bu çalışmanın konusunu oluşturmuştur.

Lisans eğitimi yıllarımda tanıştığım ve bilgi birikiminden faydalandığım, bu tezin ortaya çıkartılmasında benim kadar emek gösteren, titizlikle bana yardımcı olan, danışman hocam Dr. Öğretim Üyesi Aytekin ÇELİK'e teşekkürü borç biliyorum.

Tez çalışmamda beni yönlendiren, kaynak bulmamda yardımcı olan, arabuluculuk konusunda en ez benim kadar heyecan duyan sayın Dr.Av. Orhan DÜR'e, tez yazımına ayırdığım zamanlarda Avukatlık ve Arabuluculuk ofisimi sırtlayan, benim yokluğumu dolduran saygıdeğer ortağım Av. Salih ÖZTÜK'e ve Konya Arabuluculuk ve Uyumsuzluk Çözüm Merkezi ailesine binlerce teşekkür ediyorum.

Yaşam kaynaklarım olan Zeynep Nil ve Korhan'ı dünyaya getiren, bu tezi bitirmekte zorluk çektiğim, umutsuzluğa kapıldığım dönemlerde beni ateşleyen, tezin bitmesinde en büyük pay sahibi biricik eşim Naile KÖKBUDAK'a sonsuz teşekkürler.

Son olarak, desteklerini hiçbir zaman unutmadığım, kardeşim Gamze KÖKBUDAK'a, beni yetiştiren babam Haluk KÖKBUDAK'a ve aramızdan erken ayrılan, dünya saadetini bana yaşatan melek annem Saadet KÖKBUDAK'a milyonlarca teşekkürler.

ÖZET

Cihan Nebi KÖKBUDAK

Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk

Yöntemi ile Çözülmesi

Yüksek Lisans Tezi

Konya 2019

22.06.2012 Tarihinde yayınlanan, 22.06.2013 tarihinde yürürlüğe giren Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, m.1/2 uyarınca, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yöntemi ile çözülmesi mümkün hale gelmiştir.

7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile, iş hukukundan kaynaklı bazı uyuşmazlıklarda dava açmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartı haline getirilmiştir.

Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk kavramı ise, 7155 Sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun ile getirilen düzenleme ile yürürlüğe girmiştir. İlgili kanunla birlikte Türk Ticaret Kanunu'na 5/A maddesi eklenmiş ve bu madde ile birlikte TTK 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 haline gelmiştir.

“Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi” başlıklı bu tez, ticari uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemini konu almıştır. Bazı ticari uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk uygulaması kapsamına alınması, bu tezin yazılmasına sebep olmuştur. Tezin amacı, arabuluculuk kurumunu daha iyi anlatabilmek, arabuluculuğa elverişli olan ve olmayan ticari uyuşmazlıklardan bazılarını incelemek, dava şartı kapsamında kalan bazı ticari uyuşmazlıklar hakkında fikir vererek dava aşamasında yaşanacak mağduriyetleri önlemek ve yapılması gereken kanuni düzenlemelere ışık tutmaktır.

Anahtar Kelimeler

Arabulucu, arabuluculuk, ticari dava, ticari uyuşmazlık, dava şartı arabuluculuk, ihtiyari arabuluculuk

ABSTRACT

KÖKBUDAK, Cihan Nebi

Settlement of Commercial Disputes By Mediation Method

Master Thesis

Konya, 2019

The Law on Mediation in Legal Disputes, as per article 1/2, which is published on 22.06.2012 and is came into operation on 22.06.2013, it has become possible to settle the private law disputes that are arising from the business or transactions that can be freely saved by the parties, including those with foreign element, through mediation.

With the Law on Labor Courts No. 7036 and the regulation introduced in labor law, in some disputes arising from labor law, before filing a lawsuit, it is made a condition to apply to the mediator.

The concept of mediation in commercial disputes has been enacted by the Law No. 7155 which is on the Procedure for Starting the Follow-up of Money Receivables from Subscription Agreements. Clause 5/A has been added to the Turkish Commercial Code with the related law, and with this clause, it is made a condition to apply to the mediator before filing a lawsuit about the receivables and compensation claims, which are the subject of payment of some amount of money, from the commercial lawsuits specified in article 4 of the TCC and other laws.

This thesis titled “Settlement of Commercial Disputes By Mediation Method” is concerned with the mediation method in the resolution of commercial disputes. Entering the mediation application of the lawsuit requirement in case of commercial disputes into force causes this thesis to be written. The aim of the thesis is to provide a better understanding of the mediation institution and to consider the suitability of the commercial disputes for mediation and whether the commercial dispute is subject to

litigation and to prevent the victimizations to be experienced and to shed light on the legal regulations to be made.

Keywords

Mediator, mediation, commercial litigation, commercial disputes, cause of action mediation, voluntary mediation.

İÇİNDEKİLER

Sayfa No :

KABUL VE ONAY.....	i
BİLDİRİM.....	ii
ETİK BEYAN.....	iii
TEŞEKKÜR.....	iv
ÖZET	v
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xiv
1. GİRİŞ.....	1
1.1. Konunun Takdimi ve Önemi	1
1.2. Konunun İnceleniş Şekli ve Sınırlandırılması.....	4
2. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ YOLLARI	6
2.1. Uyuşmazlık Kavramı	6
2.2. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kavramı.....	7
2.3. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları	11
2.3.1. Müzakere.....	13
2.3.2. Tahkim	14
2.3.3. Arabuluculuk- Tahkim (Med-Arb)	17
2.3.4. Uzlaştırma	19
2.3.5. Avukatlık Kanunu Madde 35/A Çerçevesinde Uzlaşma.....	21
2.3.6. Mini Yargılama	22
2.3.7. Arabuluculuk	23
2.4. Arabuluculuk ile Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Arasında Farklar ve Benzerlikler	25
2.4.1. Arabuluculuk ve Tahkim Arasındaki Farklar ve Benzerlikler	25
2.4.2. Arabuluculuk ile Avukatlık Kanunu Madde 35/A Uygulaması Arasında Farklar ve Benzerlikler	26
2.4.3. Arabuluculuk ile Uzlaştırma Arasında Farklar ve Benzerlikler	27
3. ARABULUCULUĞUN ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI İÇERİSİNDEKİ YERİ.....	28
3.1. Arabuluculuk.....	28

3.1.1. Genel Olarak	28
3.1.2. Arabuluculuğun Tanımı	31
3.1.3. Arabuluculuğun Temel İlkeleri.....	33
3.1.3.1. İradilik.....	33
3.1.3.2. Eşitlik.....	35
3.1.3.3. Gizlilik	36
a. Genel Olarak	36
b. Beyan ve Belgelerin Kullanılmaması.....	38
3.1.4. Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri	39
3.1.4.1. Arabulucunun Hakları.....	39
a. Arabuluculuk Unvanını Kullanma Hakkı.....	39
b. Ücret ve Masraf İsteme Hakkı	39
c. Taraflarla Özel Görüşme Hakkı.....	41
d. Arabuluculuk Bürolarından ve Kamu Kurumlarından Bilgi ve Belge İsteme Hakkı	42
3.1.4.2. Arabulucunun Yükümlülükleri	42
a. Arabuluculuk Siciline Kaydolma ve Aidat Ödeme Yükümlülüğü.....	42
b. Arabuluculuk Sürecini Yönetme Yükümlülüğü	43
c. Tarafsız ve Eşit Davranma Yükümlülüğü	44
d. Reklam Yasağına Uyma Yükümlülüğü.....	45
e. Aydınlatma Yükümlülüğü.....	45
f. Görevi Şahsen Yerine Getirme Yükümlülüğü.....	46
g. Sır ve Belge Saklama Yükümlülüğü.....	46
3.1.5. Arabuluculuk Sürecinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri	47
3.1.5.1. Tarafların Hakları	47
3.1.5.2. Tarafların Yükümlülükleri.....	48
3.2. Bazı Ülkelerde Arabuluculuk Uygulamaları	49
3.2.1. Bazı Avrupa Birliği Ülkeleri Hukukunda Arabuluculuk	49
3.2.1.1. Alman Hukukunda Arabuluculuk	50
3.2.1.2. Avusturya Hukukunda Arabuluculuk	53
3.2.1.3. İngiliz Hukukunda Arabuluculuk	54
3.2.1.4. Fransız Hukukunda Arabuluculuk.....	56
3.2.2. Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Arabuluculuk.....	58
3.2.3. Japon Hukukunda Arabuluculuk	60
3.2.4. Çin Hukukunda Arabuluculuk	61

4. TİCARİ DAVALAR	63
4.1. Mutlak Ticari Davalar	67
4.1.1. Türk Ticaret Kanunu'ndan Kaynaklanan Mutlak Ticari Davalar	67
4.1.2. Türk Medeni Kanunu'ndan Kaynaklanan Mutlak Ticari Davalar	69
4.1.3. Türk Borçlar Kanunu'ndan Kaynaklanan Mutlak Ticari Davalar	70
4.1.3.1. Malvarlığının veya İşletmenin Devralınması ile İşletmenin Birleşmesi ve Şekil Değiştirmesine İlişkin Davalar	71
4.1.3.2. Rekabet Yasağına İlişkin Davalar	71
4.1.3.3. Yayımlı Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar	72
4.1.3.4. Kredi Mektubu ve Kredi Emrine İlişkin Davalar.....	73
4.1.3.5. Komisyon Sözleşmesine İlişkin Davalar	73
4.1.3.6. Ticari Temsilciler, Ticari Vekiller ve Diğer Tacir Yardımcıları İçin Öngörülen Davalar	74
4.1.4. Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Mutlak Ticari Davalar.....	75
4.1.5. Borsa, Sergi, Panayır ve Pazarlar ile Antrepo ve Ticarete Özgü Diğer Yerlere İlişkin Mutlak Ticari Davalar.....	76
4.1.6. Bankalar ve Diğer Kredi Kuruluşlarına, Finansal Kiralamalara ve Ödünç Para Verme İşlerine İlişkin Mutlak Ticari Davalar	77
4.1.7. Kooperatif Kanunundan Kaynaklanan Mutlak Ticari Davalar	78
4.1.8. İcra ve İflas Kanunundan Kaynaklanan Mutlak Ticari Davalar.....	80
4.2. Bir Ticari İşletmeyi İlgilendirmesi Koşulu İle Ticari Dava Sayılan Haller	80
4.2.1. Havale Sözleşmesinden Doğan Davalar	81
4.2.2. Saklama Sözleşmesinden Doğan Davalar	82
4.2.3. Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Haklardan Doğan Davalar	82
4.3. Nispi Ticari Davalar.....	83
4.3.1. Nispi Ticari Davaları Belirleyen Kriterler	85
4.3.1.1. Uyuşmazlığın Her İki Tarafının Tacir Olması.....	85
4.3.1.2. Uyuşmazlığın Her İki Tarafın Ticari İşletmesini İlgili Olması.....	85
5. TİCARİ DAVALARDA ARABULUCULUĞUN KAPSAMI VE UYGULAMA ALANI	86
5.1. Dava Şartı ve İhtiyari Arabuluculuk	86
5.1.1. Dava Şartı Arabuluculuk	88
5.1.1.1. Genel Olarak	88
5.1.1.2. Dava Şartı Kavramı.....	91
5.1.2. İhtiyari Arabuluculuk.....	97

5.2. İhtiyari Arabuluculuğun Dava Şartı Arabuluculuktan Farkları	98
5.3. Arabuluculuğa Elverişli Olan Ticari Uyuşmazlıklar	99
5.3.1. Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Kitabında Düzenlenen Bazı Ticari Davalar.....	101
5.3.1.1. Ticari Satım Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar.....	101
5.3.1.2. Ticaret Unvanının Korunmasından Kaynaklanan Davalar.....	101
5.3.1.3. Haksız Rekabetten Kaynaklanan Tazminat Davaları.....	102
5.3.2. Türk Ticaret Kanunu'nun Ticaret Şirketleri Kitabından Kaynaklanan Bazı Ticari Davalar	103
5.3.2.1. Kolektif Şirketlerden Kaynaklanan Alacak ve Tazminat Davaları.....	104
5.3.2.2. Komandit Şirketlerden Kaynaklanan Alacak ve Tazminat Davaları.....	105
5.3.2.3. Anonim Şirketlerden Kaynaklanan Alacak ve Tazminat Davaları.....	105
5.3.2.4. Limited Şirketlerden Kaynaklanan Alacak ve Tazminat Davaları	107
5.3.3. Türk Ticaret Kanunu'nun Kıymetli Evrak Hukuku Kitabından Kaynaklanan Bazı Ticari Davalar.....	107
5.3.4. Türk Ticaret Kanunu'nun Sigorta Hukuku Kitabından Kaynaklanan Bazı Ticari Davalar	108
5.3.5. Fikri ve Sınai Haklar Hukukundan Kaynaklanan Bazı Ticari Davalar	110
5.4. Arabuluculuğa Elverişli Olmayan Ticari Uyuşmazlıklar.....	112
5.4.1. Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarrufta Bulunamayacakları Ticari Uyuşmazlıklar.....	112
5.4.2. Ticari Nitelikteki Çekişmesiz Yargı İşleri	116
5.5. Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk Konusunda Özel Dava Türlerinin Değerlendirilmesi.....	117
5.5.1. Menfi Tespit Davaları ve Dava Şartı Arabuluculuk.....	117
5.5.2. İtirazın İptali Davaları ve İtirazın Kaldırılması Yolunda Dava Şartı Arabuluculuk.....	120
5.5.3. Tasarrufun İptali Davaları ve Dava Şartı Arabuluculuk	123
5.5.4. Alacak ve İstirdat Davaları ve Dava Şartı Arabuluculuk.....	124
5.5.5. Ticari Dava Niteliğindeki Tüketici Davaları ve Dava Şartı Arabuluculuk	125
6. TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK SÜRECİ.....	127
6.1. Arabuluculuğa Başvuru ve Yetkili Arabuluculuk Bürosu	127
6.1.1. Dava Şartı Arabuluculuk Başvurusu ve Yetkili Arabuluculuk Bürosu.....	127
6.1.1.1.Genel Olarak	127
6.1.1.2. Dava Şartı Arabuluculukta Yetkili Arabuluculuk Bürosu	129

6.1.1.3. Bazı Özel Düzenlemelerde Yetki Kuralları	131
a. Sözleşmeden Doğan Yetki	131
b. Şubenin Bulunduğu Yer Mahkemesinin Yetkisi	132
c. Sigorta Davalarında Yetki	133
d. Haksız Fiilden Kaynaklı Davalarda Yetki.....	134
e. Tarafların Yetkisiz Mahkemeyi Yetkili Kılmaları	135
6.1.1.4. Yetkili Arabuluculuk Bürosuna Başvurulmamasının Sonuçları	136
6.1.2. İhtiyari Arabuluculuk Başvurusu ve Yetki	137
6.2. Arabulucunun Görevlendirilmesi.....	137
6.2.1. Dava Şartı Arabuluculukta Arabulucunun Görevlendirilmesi	138
6.2.2. İhtiyari Arabuluculukta Arabulucunun Görevlendirilmesi.....	139
6.3. Arabuluculuk Görüşmelerinin Yürütülmesi ve Tarafların Temsili.....	139
6.3.1. Genel Olarak	139
6.3.2. Arabuluculuk Görüşmelerinde Tarafların Temsili	145
6.3.2.1. Gerçek Kişilerin Arabuluculuk Toplantısında Temsili	145
6.3.2.2. Adi Ortaklığın Arabuluculuk Toplantısında Temsili.....	146
6.3.2.3. Ticaret Şirketlerinin Arabuluculuk Toplantısında Temsili	148
6.4. Arabuluculuğun Sona Ermesi.....	151
6.4.1. Genel Olarak.....	151
6.4.2. Sona Erme Sebepleri.....	152
6.4.2.1. Anlaşma ile Sona Erme	152
6.4.2.2. Anlaşmama ile Sona Erme	155
6.4.2.3. Anlaşma- Anlaşmama Dışında Sona Erme Sebepleri	156
a. Taraflara Ulaşılamaması	156
b. Tarafların Toplantıya Katılmaması	157
6.4.2.4. Konusuz Kalma, Feragat, Kabul ve Sulh.....	158
6.5. Arabuluculuk Ücreti	159
6.6. Arabuluculuk Sürecinin Sona Ermesi Halinde UYAP Arabulucu Portalından Yapılması Gereken İşlemler	161
7. TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK BAŞVURUSUNUN USUL HUKUKU VE MADDİ HUKUK AÇISINDAN SONUÇLARI.....	162
7.1. Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Başvurusunun Usul Hukuku Açısından Sonuçları	162
7.1.1. Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Başvurusunun Sürelere Etkisi.....	162
7.1.2. Arabuluculuk Sonucunda Anlaşılan Hususlar Hakkında Dava Açma Yasağı	163

7.1.3. Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Başvurusunun İhtiyati Tedbire ve İhtiyati Hacze Etkisi.....	165
7.1.3.1. İhtiyati Tedbire Etkisi.....	165
7.1.3.2. İhtiyati Hacize Etkisi.....	167
7.1.4. Tahkim ve Diğer Alternatif Çözüm Yoluna Başvuru Şartı Bulunan Sözleşmelerin Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk Başvurusuna Etkisi.....	168
7.1.5. Dava Şartı Arabuluculuğun Talep Sonucuna Göre Dava Çeşitlerine Etkisi.....	169
7.1.5.1. Davaların Yığılması	169
7.1.5.2. Terditli Davalar.....	170
7.1.5.3. Seçimlik Davalar	170
7.1.6. Kısmi Davanın Dava Şartı Arabuluculuğa Etkisi	171
7.1.7. Belirsiz Alacak Davasının Dava Şartı Arabuluculuğa Etkisi	172
7.1.8. Karşı Davanın Dava Şartı Arabuluculuğa Etkisi	172
7.2. Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Başvurusunun Maddi Hukuk Açısından Sonuçları	173
7.2.1. Genel Olarak	173
7.2.2. Arabuluculuk Anlaşmasının Taraflara Etkisi	174
7.2.2.1. Uyuşmazlığın Ortadan Kalkması.....	174
7.2.2.2. Arabuluculuk Anlaşmasının İlam Niteliğinde Belge Sayılması.....	175
7.2.3. Arabuluculuk Anlaşmasının Geçersizliği	176
7.2.3.1. Genel Olarak	176
7.2.3.2. İradeyi Bozan Nedenlerle Geçersizlik.....	177
8. SONUÇ.....	178
KAYNAKÇA	182
ÖZGEÇMİŞ	196
EKLER	197

KISALTMALAR

AAÜT	: Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ADR	: Alternative Dipute Resolution (Alternatif Çözüm Yöntemleri)
AEK	: Arabuluculuk Etik Kuralları
Av.K.	: Avukatlık Kanunu
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
C.	: Cilt
CMK	: Ceza Muhakemeleri Kanunu
EGZPO	: Gesetz, betreffend die Einfuhrung der Zivilprozessordnung-Alman Medeni Usul Kanununun Yürürlüğüne İlişkin Kanun-
EPK	: Enerji Piyasası Kanunu
ETTK	: Eski Türk Ticaret Kanunu
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Mahkemeleri Kanunu
HUAK	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
HUAKY	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İSTAC	: İstanbul Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi
İŞMK	: İş Mahkemeleri Kanunu
Koop.	: Kooperatif
Koop.K.	: Kooperatif Kanunu
KTK	: Karayolları Trafik Kanunu
M.Ö.	: Milattan Önce

NCPC	: Fransa Yeni Medeni Usul Kanunu
RG	: Resmî Gazete
RGT	: Resmî Gazete Tarihi
Sy.	: Sayılı
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
TAEK	: Türkiye Arabulucular Etik Kuralları
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TEB.K.	: Tebligat Kanunu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Portalı
Y.	: Yıl
YRG	: Yargıtay
ZPO	: Zivilprozessordnung – Alman Medeni Usul Kanunu-

1. GİRİŞ

1.1. Konunun Takdimi ve Önemi

Dünyada bilinen ilk ticaret yöntemi trampadır. O tarihte yaşayan insanlar ellerindeki fazla malı, çakmak taşı ve bazı değerli gördüğü taşlarla değiştirmişlerdir. Ticaretin günümüzden yüz elli bin yıl önce var olduğu bilinmektedir. M.Ö.7. Yüzyılda paranın Anadolu'da bulunmasıyla ticarete bazı değerler girmeye başlamıştır.

Cumhuriyet döneminden sonra kabul edilen ilk ticaret kanunu, 26 Mayıs 1926 tarihli 865 sayılı Ticaret Kanunu'dur. Aynı yıl yürürlüğe konan, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu ile uyumlu olmaması ve ağır dili sebebi ile eleştirilmiştir. 865 Sayılı Ticaret Kanunu'nu, 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu takip etmiştir. Bu kanun, 29 Haziran 1956 tarihinde kabul edilmiştir. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu dönemi itibari ile Türkiye'nin ticari beklentilerini büyük oranda karşılayan bir kanun olmuştur. Fakat ilerleyen tarihlerde, yaşanan teknolojik gelişmeler, ekonomik sıkıntıların şekil değiştirmesi dikkate alınarak 2000 yılında yeni bir ticaret kanunu hazırlanması için komisyon kurulmuştur. Bu komisyonun çalışmaları sonucu 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, 13.01.2011 yılında onaylanarak, 14.02.2011 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra Adalet Bakanlığının çalışmaları neticesinde Alternatif Çözüm Yöntemleri (ADR) içerisinde Avrupa ve Amerika'da uzun zamandır uygulanan bir yöntem olan "Arabuluculuk" uygulamaya alınmıştır. Arabuluculuk faaliyetlerinin düzenlenmesi ve yürütülmesi adına Adalet Bakanlığı bünyesinde farklı bir teşkilatlanma oluşturulmuş ve arabuluculuk uygulamaları, Adalet Bakanlığının bünyesinde bulunan Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü görev alanına dahil olurken, arabuluculuk faaliyetlerinin yürütülmesi adına Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde bir birim olarak Arabuluculuk Daire Başkanlığı kurulmuştur¹.

2013 Yılında yürürlüğe giren Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile Türkiye'de arabuluculuk uygulaması başlamıştır. Fakat ülkemizde arabuluculuğun gelişmesi kolay olmamıştır. Arabuluculuk yöntemi, iş yargılamasındaki

¹ LALE, Muktedir, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 2016, s.5.

alacak, tazminat işe iade konularında dava şartı haline geldiği 2018 ocak ayına kadar atıl kalmıştır. “Türkiye’de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi” protokolü bünyesinde İsveç Uluslararası Kalkınma Ajansı ve Türkiye Adalet Bakanlığı finansörlüğünde 2014 ve 2017 yılları arasında projeler uygulanmış, eğitimler verilmiş ve arabuluculuk kavramının Türkiye’de gelişmesi sağlanmıştır. Ülkemizde arabuluculuk şu an iş hukuku alanında işçi ve işveren uyuşmazlıklarından kaynaklanan alacak, tazminat ve işe iade davalarında ve Türk Ticaret Kanunu m. 4’te ve diğer kanunlarda belirtilmiş ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi ve tazminat içeren taleplerle alakalı hususlarda dava şartı arabuluculuk şeklinde uygulanmaktadır.

Arabuluculuk Daire Başkanlığı’nın yaptığı bilgilendirmeye göre, 2019 yılı başına kadar gerçekleşen tüm arabuluculuk uygulamalarının yüzde doksanlık bir kısmını işçi- işveren uyuşmazlıkları, yüzde ikilik kısmını telif haklarından kaynaklanan tazminat ve alacak hakları, diğer yüzde ikilik kısmını maddi manevi tazminat talepleri ve kalan yüzde altılık kısmını ise diğer uyuşmazlıklar oluşturmuştur².

2019-2020 Yılı içerisinde aile hukukundan ve tüketici hukukundan kaynaklanan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edilmesi mümkün olan uyuşmazlıklar için dava şartı arabuluculuk uygulaması getirilmesi beklenmektedir. 2019 yılında açıklanmış olan yargı reform paketlerinde de bu konu gündeme alınmıştır.

Arabuluculuğun ülkemizin Avrupa ülkeleri standartlarına ulaşabilmesi açısından çok önemli bir yeri vardır. Birçok ülke arabuluculuk uygulamasını yarım asırdır devam ettirmektedir. Ülkemiz arabuluculuğu uygulamaya alma konusunda biraz geç kalmıştır. Özellikle 2018 yılında İşçi-İşveren uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk uygulamasının başlaması ve hemen bir yıl sonra 2019 yılında ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk uygulamasının başlaması ile Türk Hukuk Sistemi hiç alışık olmadığı bir takım dava şartları ile karşı karşıya kalmıştır. Daha önce dava şartı olmayan bir kısım uyuşmazlıklar 2018 ve 2019 yılındaki bu değişikliklerle dava şartı haline gelmiştir.

² TUNCER, Zeynep, Arabuluculuğun Ticari Uyuşmazlıkların Çözümüne Sunduğu Avantajlar ve Bu Avantajların Etkin Kullanımına İlişkin Öneriler, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2016, C.4 S.2, s.70.

Ticari davalarda karşımıza çıkan uyuşmazlıkların çoğunda uyuşmazlık konusu parasal miktarlar, işçi-işveren uyuşmazlıklarına nazaran oldukça yüksektir. Ticari uyuşmazlıklar arasında, Türkiye'nin önde gelen büyük şirketlerinin kendi aralarında veya bu şirketlerin yabancılarla olan ilişkilerinde yaşayacağı sorunlarla ilgili arabuluculuk faaliyetleri söz konusu olabilecektir. Bu durumda zaten yüksek özveri gerektiren arabuluculuk faaliyetinin birkaç kat daha fazla özveri gerektireceği bir gerçektir. Kaldı ki arabulucunun özen yükümlülüğü mesleki sorumluluğunun da bir sonucudur.

Arabulucu ticari uyuşmazlıkları titizlikle incelenmesi gerekmektedir. Uyuşmazlık konusunun, dava şartı arabuluculuk kapsamına giren bir uyuşmazlık olup olmadığının tespiti önem arz etmektedir. Dava şartı olmadığı halde dava şartı olduğu gerekçesi ile dava açılması halinde usul ekonomisi açısından olumsuz sonuçlar yaşanabilmekte ve davalar, dava şartı yokluğundan reddedilebilmektedir. Aynı zamanda davanın dava şartı yokluğundan reddi durumunda zamanaşımı sebebi ile hak kayıpları da yaşanabilmektedir.

Arabuluculuk mahkeme yargılamasına göre zamandan ve masraftan tasarruf sağlayan bir sistemdir. Tüm bunların yanında ticari uyuşmazlıklar için belki de en önemli husus gizliliktir. Ticari hayatta dedikodular bazen çok büyük şirketlerin çok büyük sıkıntıları yaşamasına neden olabilmekte ve hatta bazen şirketler bu durumdan ötürü iflas edebilmektedir. İşte tüm bu nedenlerle arabuluculuğun, ticari uyuşmazlıklar için çok uygun bir alternatif çözüm yöntemi olduğunu söylemek hata olmayacaktır. Arabuluculuk yöntemi ile tacirlerin, gizlilik ilkesinin sorumlulukları dahilinde bir arabuluculuk anlaşması yapmaları mümkündür. Oysa ki tanınmış iki firmanın birbirleri ile davalık olması belki de hasımlarının olduğu bir duruşma ortamında aleni bir şekilde savunma yapması, firmaların mahremiyetini tamamen ortadan kaldıracaktır.

Mahkemelerin ağır işleyen yapısı, açılan davaların ön inceleme duruşmalarının dahi en az üç ay kadar sonraya bırakılması, aleyhe çıkan vekalet ücretlerinin yüksek olabilmesi, gibi sebepler, ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk uygulamasının pozitif yönlerini oluşturmaktadır. Arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen belgenin mahkeme ilamı niteliğinde belge olması, arabuluculuk masraflarının mahkeme masrafları kadar ağır olmaması, gizliliğin önemli olması, icra edilir hale getirilmedikçe anlaşmanın gizli

kalması gibi sebeplerle ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk sürecinin toplumda benimsenmesine neden olmuştur.

Bütün bunlar haricinde, iş hukukunda dava şartı arabuluculuk uygulamasının hayata geçirilmesinden (01.01.2018) tam bir yıl sonra, üzerinde serbestçe tasarruf edilen, alacak ve tazminat talebi içeren ve çekişmesiz yargı işlerinden olmayan, TTK m.4 ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davaların dava şartı arabuluculuk uygulamasına alınması, bazı sorunları da beraberinde getirmiştir. Öncelikle, işçi- işveren uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk uygulamasının sadece bir yıl gibi kısa bir süre uygulandıktan sonra bazı ticari uyuşmazlıkların da dava şartı arabuluculuk kapsamına alınması erken bir uygulama olmuştur. Neticede ticari uyuşmazlıklara uygulanan hukuk bakımından arabulucular oldukça ağır bir yükün altına yeterli eğitimleri almadan girmişlerdir. Halen daha işçi- işveren uyuşmazlıklarında uzman arabulucular sadece işçi-işveren uyuşmazlıklarında dava şartı arabulucu olarak görev almaktadır. Bununla birlikte bu uzmanlık henüz ticari uyuşmazlıklar için getirilmiş değildir.

“Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi” başlıklı bu çalışmanın seçilmesindeki ana neden, 7155 Sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklı Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanununun 20. maddesi ile TTK’na eklenen 5/A maddesidir. Madde 5/A, ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğun çerçevesini belirlemiştir. Bu çalışmada, sadece dava şartı arabuluculuk uygulamalarından bahsedilmemiş, dava şartı olmayan fakat ihtiyari arabuluculuğa elverişli olan ticari uyuşmazlıklara da yer verilmiştir.

Bu çalışmada yukarıda belirttiğimiz eksikliklere yer verilirken, arabuluculuğun ticaret hukukunda hangi alanlarda uygulamasının mümkün olduğu, dava şartı uygulamasının sınırları, özel dava türlerine göre dava şartı kapsamının nasıl belirlenebileceği gibi konuların aydınlatılması amaçlanmıştır.

1.2. Konunun İnceleniş Şekli ve Sınırlandırılması

Bu tez çalışması üç kısımdan oluşmaktadır. Çalışmanın birinci kısmında alternatif uyuşmazlık çözüm yolu kavramına değinilecek, başta arabuluculuk olmak üzere bazı sık uygulanan alternatif çözüm yollarından bahsedilerek, arabuluculuk ile diğer alternatif çözüm yolları arasındaki farklar ve benzerlikler ortaya konulacaktır. Bunun yanında Türkiye dışındaki bazı ülkelerde arabuluculuk ve alternatif uyuşmazlık çözümü

uygulamaları incelenecektir. Ayrıca, arabulucunun hak ve yükümlülükleri ile tarafların hak ve yükümlülükleri incelenecek ve bazı ülkelerdeki arabuluculuk uygulamaları incelenecektir.

İkinci kısımda ticari davalar ve ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğun uygulama alanı, ticari dava kavramı, mutlak- nispi ticari dava kavramlarının anlamları açıklanmaya çalışılacaktır. Dava şartı ve ihtiyati arabuluculuk kavramları arasındaki farklar, uygulama alanları gibi konular ele alınacaktır. Dava şartı arabuluculuk kapsamında yer almayan, fakat ihtiyati arabuluculuğa elverişli olan bazı uyuşmazlık çeşitlerinden bahsedilecek ve ayrıca arabuluculuğa elverişli olmayan bazı uyuşmazlık çeşitlerini örneklenerek neden ihtiyati arabuluculuğa elverişli olmadığından bahsedilecektir. Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğun uygulanması tartışmalı olan bazı özel dava çeşitleri ele alınacaktır.

Üçüncü ve son kısımda ise ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk süreci, arabulucuya başvuru, arabulucunun seçimi ve ataması, arabuluculuk görüşmelerinin sürdürülmesi konuları ele alınacaktır. Arabuluculuk sürecinin nasıl ilerlediği ve nihayetinde nasıl sonlanacağı irdelenecektir. Usul hukuku ve maddi hukuk açısından arabuluculuğun sonuçları incelenecektir.

Ticaret hukukunda arabuluculuğu ilgilendiren önemli sorunlardan biri açılacak davanın dava şartı arabuluculuk kapsamına girip girmediğinin tespitidir. Bazı uyuşmazlık türlerinin dava şartı kapsamında kalıp kalmadığı literatürde ve mahkeme kararlarında tartışma haline gelmiştir. Maalesef bu duruma birbirinden farklı bölge adliye mahkemesi kararlarının ve yerel mahkeme kararlarının da yol açtığını söylemek yanlış olmaz. Dava şartı arabuluculuk başvurusunun ücretsiz olması nedeni ile açılacak davanın dava şartı yokluğundan reddedilmemesi adına davacılar bu yolu başvuru gerekliliği olmayan davalarda da tüketmektedirler. Bu durumda da tarafların dava sonucunda gereksiz yargılama giderleri ile karşılaşmak zorunda kalacakları açıktır.

Konunun geniş alana yayılmış olması sebebi ile arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıkların tamamına yer vermek mümkün değildir. Bu sebeple yukarıda sıralanmış konu başlıkları ile sınırlandırma yapılmıştır.

2. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ YOLLARI

2.1. Uyuşmazlık Kavramı

Dünden bugüne insanlık tarihi, bilinmeyen zamandan bilinen zamana kadar gelişmeye ve değişmeye devam etmiştir. Dünyanın binlerce yıllık tarihinde yaşanan savaşlar, göçler, kurulan imparatorluklar hep menfaatlerin çatışmasından ileri gelmiştir.

Milattan sonra 56-120 yıllarında Roma avukatlarından olan ve aynı zamanda bir senatör ve tarihçi olan TACİTUS; “*Savaşın en iyi sona erme şekli sulhtur*” demiştir³.

Yaşanan savaşların, yıkılan imparatorlukların belki de nedenlerinde insanın kendisini iyi ifade edememiş olması yatmaktadır. İnsanın kendisini iyi ifade edememesi beraberinde “çatışma” ve “uyuşmazlık” kavramlarını doğurmaktadır. Bu çatışma neticesinde de taraflar ortak payda da buluşurlarsa “sulh” dediğimiz, her iki tarafı da memnun eden sonucun doğmasını sağlamış olurlar.

Uyuşmazlık kelime anlamı ile uyuşmama durumu anlamına gelmektedir. Aslında uyuşmazlık ve anlaşmazlık eş anlamlı kullanılagelmiş ise de bu iki kavram birbirinden farklıdır. Anlaşmazlık, bünyesinde uyuşmazlığı barındırır⁴. Anlaşmazlık, “*Gelecekte ortaya çıkabilecek çatışmaların farkında olan ve birbiri ile çatışan pozisyonda bulunan kişilerin içinde buldukları rekabet hali*” şeklinde anlatılabilir⁵. Bir başka tanıma göre uyuşmazlık, “*Bir veya birden fazla kişinin istekleri, çıkarları, değerleri, inançları, sınırlı bir kaynağın paylaşılmasındaki görüşleri veya ihtiyaçları farklı olduğunda veya çeliştiğinde, ortaya anlaşmazlık çıkması veya gerginlik yaşanması durumudur*”⁶. Başka bir tanımla uyuşmazlık, “*İki veya daha fazla kişinin menfaatlerinin çatışması fakat somut olayda bu iki menfaatin tatmininin mümkün olmaması*” durumudur⁷.

Uyuşmazlığa benzeyen fakat farklı anlamı olan bir diğer benzer kavram çatışmadır. Çatışma, en az iki bireyin, kendi amaçlarına ulaşma doğrultusundaki yaklaşımlarının veya eylemlerinin birbirini engellediği, kilitlediği veya sınırladığı durumdur⁸.

³ HIZIR ASRAV, Fatma, Sulh Sözleşmesi, Ankara 2019, s.17.

⁴ KEKEÇ, Elif Kismet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara 2014, s.5.

⁵ KEKEÇ, s.4.

⁶ Adalet Bakanlığı, Türkiye’de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi Projesi Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, 2. Basım, Ankara 2019, s.15, <http://www.adb.adalet.gov.tr/arabuluculukkatilimcielkitabi.pdf> - Erişim 04.10.2019-.

⁷ POLAT, Malike, Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2010, s.21.

⁸ Katılımcı Kitabı, s.13.

Uyuşmazlık içerisinde bulunan kişinin karşı taraftan talepte bulunması ile çatışma ortaya çıkmaktadır. Yani talep olmadığı sürece aradaki ilişki uyuşmazlık boyutunda kalacaktır.

Uyuşmazlığın anlaşma ile sonuçlanmasına ise “Sulh” denir. Sulh, köken olarak Arapçadan dilimize geçmiştir⁹. Arapçada “Sa-le-ha” kelimesinden üremiştir¹⁰. Türkçe anlamı ile “Sulh”, “Barış” anlamına gelmektedir¹¹.

Sulh, tarafların bir sözleşmeyle karşılıklı fedakarlıkta bulunmak suretiyle aralarındaki hukuki ilişkiden kaynaklan uyuşmazlığa veya tereddütlü duruma son vermeleridir¹². Sulh ile taraflar talep ettikleri şeylerin bir kısmında karşılıklı olarak vazgeçmektedir¹³. Sulh sözleşmesi yargılama içinde, olabileceği gibi, yargılama bitince veya yargılama başlamadan yani yargılama dışında olabilmektedir. Literatürde mahkeme içi sulh ve mahkeme dışı sulh olarak ayrılmaktadır. Her halükârda sulh, borçlar kanunu uyarınca bir sözleşmedir¹⁴ (TBK m. 313).

2.2. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kavramı

Alternatif uyuşmazlık çözümleri gün geçtikçe yargılama kadar hayatımızda yer eden yöntemler olarak karşımıza çıkmaktadır. Alternatif çözüm yöntemleri aslında mahkemenin yerini alan sistemler değildir. Alternatif çözümlerin mahkemenin yerini almasını beklemek kısa vadede çok da mümkün görünmemektedir. Alternatif uyuşmazlık çözümü mahkeme dışında aklımıza gelen çözüm yollarının geneli için kullanılır¹⁵.

Alternatif uyuşmazlık çözümü, yabancı dilde karşılığı ile “*Alternative Dispute Resolution*”, uyuşmazlıkların çözümü için yargılamaya alternatif düzenlenmiş ve uzun zamandır çeşitli ülkelerde uygulanmakta olan yöntemlerdir¹⁶.

⁹ HIZIR ASRAV, s.21.

¹⁰ ELLEK, Hasan, Kur’an ve Hadis Işığında İnsanlar Arası Anlaşmazlıkların Sulh Yolu İle Çözümü, Gümüşhane Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Y. 2013/2, C.2, S.3, s.92, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/147877> - Erişim 06.10.2019-.

¹¹ Bkn.Türk Dil Kurumu Resmî Sitesi, <https://sozluk.gov.tr/> - Erişim 06.10.2019-.

¹² TANRIVER, Süha, Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler, Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Y.1994, C. 49, S.1, s.333, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/462/5288.pdf>

¹³ BORA, Özlem, Arabuluculuk Sözleşmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s.17

¹⁴ KARAUZ, Ağah Kürşat, Sulh Sözleşmesi, Ankara 2014, s.27.

¹⁵ POLAT, s.25.

¹⁶ DEMİR, Şamil, Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s.5; DOĞAR, Mehmet, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesi, İstanbul 2008, s.3.

Basit tanımı ile alternatif uyuşmazlık çözümü; mahkeme yargılamasına alternatif sayılan uyuşmazlık çözümleridir¹⁷. Başka bir tanımla; taraflar arasındaki bir uyuşmazlığın, devlet mahkemesinin yargılaması dışında kalan bir yöntemle çözümlenmesini ifade eden uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin bütününe verilen genel isimdir¹⁸. Alternatif uyuşmazlık çözümü kavramı hukuk sisteminin alternatifi olamaz. Ancak yargılamanın alternatifi demek doğru olacaktır¹⁹.

Geniş tanımla, 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 sağlamasını yahut onlarla somut olayın koşullarına ve özelliklerine uygun olarak, üzerinde mutabakata varabilecekleri optimal çözüm önerileri sunmak sureti ile uyuşmazlıkların halli bağlamında destek vermesini öngören ve devlet mahkemelerinde cereyan eden yargılamaya nazaran seçimlik bir yok olarak işlerlik kazanan, tümüyle gönüllülük esası üzerine bina edilmiş olan uyuşmazlık çözüm yollarının bütünü şeklinde tanımlanmıştır²⁰. Tanımlamalar çoğaltılabilir²¹.

Taraflar tamamen özgür iradeleri ile ortak noktada buluşarak, hâkim önünde çözmek yerine kendi belirledikleri ve yetkilendirilmiş bir üçüncü kişi vasıtasıyla aralarındaki hukuki anlaşmazlığı karara bağlamaktadırlar²².

Tarafların aralarında bir konsensüs oluşturmak sureti ile alternatif çözüm yöntemlerinden birini seçmiş olması Anayasanın 36. maddesinde sayılmış olan

¹⁷ ILDIR, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, Ankara 2003, s.26.

¹⁸ DÜR, Orhan, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Ankara 2018, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2.Basım, s.6; BÜYÜKAY, Ferhat, Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi, Ankara 2018, s.23; BERKHAN, İhsan, Tahkim ve Arabuluculukta Tarafsızlık İlkesi, İstanbul 2019, s.10.

¹⁹ BERKHAN, Tahkim, s.10.

²⁰ TANRIVER, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2006, S.64, s.151.

²¹ Benzer tanımlar için bkn, ÖZBEK, Mustafa, Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2002, C.51, S.2, s.137 ; ILDIR, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Y.2004, No.8, s.392 ; YILDIRIM, Ferhat, Arabuluculuk ve Ombudsmanlık, Ankara, 2019, s.27; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, B.6. Ankara 2007, s.721.

²² EROL, Muammer, Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması, Eylül 2018, Ankara, s.55; KOÇYİĞİT, İlker/BULUR, Alper, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara 2019, s.73; RUHİ, Ahmet Cemal/ŞAHİN, Tuğçem/ÇELİK, Yasin, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Rehberi, Ankara 2018, s.13.

mahkemeler eliyle hak arama özgürlüğünü kısıtlamaz. Kaldı ki bununla alakalı olarak Anayasa Mahkemesi, alternatif çözüm yollarından arabuluculuk için verdiği kararda, arabuluculuğun yargı yetkisini kısıtlamadığı, dava engeli oluşturmadığı, hak arama özgürlüğünü engellemediği sonucuna varılmıştır²³. Alternatif çözüm yolları, yargıya alternatif olmaz²⁴. Alternatif uyuşmazlık çözümlerinde her zaman için taraflar mahkeme yolunu seçmekte özgürdür.

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konuları varsa ve anlaşılacak hususlar kamu düzenini ilgilendiren konular değilse alternatif uyuşmazlık çözüm yolları olaya uygulanabilir²⁵. Örneğin şirket genel kurul kararının iptali, tapu iptali ve tescil gibi özünde tarafların serbestçe tasarruf edemeyeceği, devlet eli ile müdahale edilmesi gereken uyuşmazlıklar için alternatif uyuşmazlık çözümleri uygun değildir²⁶. Tarafların anlaşması ile çözülemeyen bu davalar kamu düzenini ilgilendirir. Örneğin soy bağının düzeltilmesi konulu bir arabuluculukta, tarafların içerik ile alakalı olarak anlaşmış olması halinde bile Nüfus İşleri Genel Müdürlüğü'nün onayı olmadan işlemin yapılması mümkün değildir. Kaldı ki böyle bir anlaşmayı imzalayıp ilgili idareye başvurulsa bile bu durum tüm kamuyu ilgilendirdiği için mahkemeler harici çözümü mümkün değildir.

²³ Konu ile alakalı olarak Anayasa Mahkemesi'nin 10.07.2013 Tarih, 2012/94 E., 2013/89 K. Sayılı Resmi Gazete No: 28893, Ocak 2014, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/01/20140125-16.htm> -Erişim 30.09.2019- ; Anayasa Mahkemesinin 03.03.2003 T., 2003/98 E.,2004/31 K., UĞURLU CİHANGİR, Tuğçenaz, Zorunlu Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Anayasaya Uygunluğu, Ankara 2018, s.81, <http://acikerisim.baskent.edu.tr/handle/11727/2957> - Erişim 13.11.2019- ; Benzer nitelikte zorunlu arabuluculuğun kabul edildiği Almanya'nın Kuzey Ren Vestfalya Eyaleti'nde Alman Federal Anayasa Mahkemesi 14.02.2007 tarihli kararı ile uyuşmazlığın uzlaşma ile çözümlenmesini hukuk barışına katkı sağlamak veya devlet mahkemelerini rahatlatmak için teşvik edebileceğine ancak tamamlayıcı olarak devlet mahkemelerinden karar elde edilmesi yolunun açık kalması gerektiğine hükmetmiş, ayrıca öngörülen zorunlu arabuluculuğun hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil etmediğine, mahkeme dışı arabuluculuğun başarılı olması durumunda bu yolun devlet mahkemelerindeki iş yükünü azaltacağı ve uyuşmazlığın ucuz ve kolay çözüme kavuşmasını sağlayacağı gerekçeleri ile zorunlu arabuluculuğun şikâyet eden tarafından yararsız görülüyor olmasının arabuluculuktan vazgeçmeyi haklı göstermeyeceğine karar vermiştir. Mahkeme ayrıca "ihtilafli bir meselenin uzlaşma yoluyla halli, esas itibariyle bir hukuk devletinde de mahkeme kararına göre öncelik vermeye değer" bulmuştur. (BVerfG, 14.02.2007. Bu kararın Türkçe çevirisi için bk. Erişir, E. "Arabuluculuk Müessesesinin Anayasa'ya Uygunluğuna ve Devlet Yargısına Nazaran Öncelik Verilmeye Değer Olduğuna İlişkin 14.2.2007 Tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı", DEÜHFD, Y. 2009, C.11, Özel Sayı, "Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan", C.I, İzmir 2010, s. 225 vd.) ; KUTLUK, Abdülkadir, Almanya'da Mahkeme İçi Arabuluculuk, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Yurt Dışı Ziyaret Raporu, Ankara 2017, s.5 <http://www.adb.adalet.gov.tr/duyurular/2017/ekim/almanya-raporu/almanya-raporu.pdf>, -Erişim 15.12.2019 -.

²⁴ UĞURLU CİHANGİR, s.74.

²⁵ KOÇYİĞİT/BULUR, s.73.

²⁶ BORA, s.5; AKSU, Özge, Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu ile Çözümü, İngiltere Örneği ve Avrupa Hukuku Çerçevesinde Bir Değerlendirme, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2009, s.72; DOĞAR, s.9.

Yine örneğin İcra İflas Hukuku çerçevesinde açılacak olan bir sıra cetveline itiraz davasında, sırasına itiraz eden bir alacaklı, arabuluculukla bu anlaşmazlığı çözemeyecektir. Çünkü kendi sırasını borçlu ile anlaşarak değiştirmesi mümkün değildir. Böyle bir arabuluculuk anlaşması yapılsa bile icra edilmesi mümkün değildir²⁷. Aksini düşünen yazarlar da vardır²⁸.

Yargısal çözümlerin yavaş ilerlemesi, yüksek harç oranları, yüksek vekalet ücretleri sebebi ile dava açma konusunda yaşanan tereddütler alternatif çözüm yöntemlerinin yaygınlaşmasını hızlandırmıştır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin beklenen ilgiyi görmesinin nedeni, tarafların görüş ve fikirlerine oldukça geniş yer vermesidir²⁹. Taraflar sonuca direk katkı sağlarlar. Ortaya çıkan anlaşmanın tarafların ortaya çıkarttığı bir ürün olduğunu söylemek mümkündür. Alternatif çözüm yöntemleri ile neticeye varılan anlaşmazlıkta taraflar masadan anlaşarak ayrılır. Oysa ki dava sürecinde davanın kabul olması ve ret olması durumunda sürekli olarak taraflardan biri sonuçtan memnun kalmamaktadır. Bu alternatif yöntemlerin bir diğer güzel tarafı, anlaşmaların gizli kalmasıdır. Yargı sürecinde taraflar birçok kez duruşmaya çıkmakta ve her duruşmada taraflar aleni bir şekilde mahrem konuları halka açık bir şekilde anlatmaktadırlar. Oysa ki alternatif çözüm yollarının çok büyük kısmında taraflar üçüncü kişiler önünde bir toplantı yapmamakta daha kapalı kapılar ardında çözüm sağlanmaya çalışılmaktadır. Yargı

²⁷ Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanan “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk” isimli yayında, alacaklının açacağı “kayıt kabul” davasında veya alacaklının başka bir alacaklının sırasına ilişkin açacağı “kayıt silme” davasında bu konunun dava şartı kapsamında kalması halinde zorunlu arabuluculuk hükümlerinin uygulanacağından bahsedilmiştir. Fakat eserde, sıra cetveline karşı şikâyet sureti ile icra hukuk mahkemesinde açılacak davalarda, şikâyetin bir dava olmaması sebebi ile zorunlu arabuluculuğun uygulanmayacağından bahsedilmiştir. Kanaatimizce gerek şikâyet konulu talepte gerekse asliye hukuk mahkemesinde açılacak sıra cetveli davalarının hiçbirinde zorunlu veya ihtiyari olsun, arabuluculuk hükümlerinin uygulanması düşünülemez. Sıra cetveli tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edecekleri bir konu değildir ve kamu düzenini ilgilendirir. (KOÇYİĞİT/BULUR, s.68)

²⁸ *Paslı*'ya göre, “Bu tür davalarda verilen karar, kayıt davasında da itirazın iptalinde de alacağın var olup olmadığına yönelik olur ve verilen kararlar birlikte icra takibine devam edilir ve/veya akabinde sıra cetveline kaydedilir. Dolayısı ile bu tür davaların talep sonucu kısmında açıkça belirli bir paranın ödenmesi yazmasa dahi TTK m. 5/A kapsamında kalır.” PASLI, Ali, Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Editörler, SÜRAL EFEÇİNAR, Ceyda/YARDIM, Mehmet Ertan, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2019), s. 22.

²⁹ BÜYÜKAY, s.23.

süreci oldukça masraflı olmasına rağmen alternatif çözüm yollarında masraf yargılama kadar yüksek değildir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde ilk uygulamalarını gördüğümüz “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri” hızla dünyaya yayılmıştır³⁰. ABD’de günümüz şartlarında özellikle ticari uyuşmazlıkların ve aile hukukundan kaynaklı uyuşmazlıkların büyük çoğunluğu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile çözüme kavuşturulmaktadır.

Tarafların sürece katılımı, sürdürülebilirliği, isteğe bağlı sonlandırılabilmesi, kararların bağlayıcı olmaması, dava hakkının saklı olması gibi nedenler modern arabuluculuğun ortak noktalarını oluşturmaktadır³¹.

Alternatif çözümleri özellikle mahkemelerle kıyaslısak; dava yolunu kapatmıyor oluşları, görüşmelerin tarafların isteği ile devam etmesi, her an için sonlandırılarak dava açılmasının mümkün olması, maliyetlerin yargılamaya göre daha hafif olması, yüksek karşı vekalet ücretlerinin olmaması, yüksek harçların olmaması, hak temelinden ziyade menfaat temelini koruması yargılamaya göre daha hızlı olması, gerekirse tarafların rızası ile bilirkişilerden de destek alınmasının mümkün olması, gizliliğin daha çok korunuyor olması, tarafların fikirlerine ve görüşlerine daha çok yer veriliyor olması, hatta direk taraf görüşleri ile yol haritasının çıkartılıyor olması gibi nedenlerle alternatif uyuşmazlık çözümlerinin yargılamaya karşı avantajlı olduğunu söylenebilir.

2.3. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

Ticari hayatta şirketler ve gerçek kişiler birçok kez karşı karşıya gelmekte ve ticari ilişki içine girmektedir. Bu ilişki her zaman istenildiği gibi sorunsuz ilerlemez, karşılıklı ticaret ilişkisi içinde olan taraflar bazı zamanlarda uyuşmazlık ve çatışma içine girmektedirler. Ülkemizdeki yargılama sürelerinin uzunluğu, davaların masraflı olması,

³⁰ KEKEÇ, s.3; EROL, s.59; BUSH, Robert A. Brauch/FOLGER, Joseph P., Arabuluculuk ve Getirileri, Dönüşümsel Çatışma Yaklaşımı, The Promise Of Mediation, The Transformative Approach to Conflict, Jossey – Bass Wiley Yayınları, Nobel Yayınları, Ankara 2013, s.1.

³¹ ŞANLI, Cemal, Uluslararası Ticari ve Ekonomik Uyuşmazlıkların Arabuluculuk (ADR) Yöntemi İle Çözümlemesi ve MTO’nun ADR Kuralları, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y.2002, C.22, S.1, s.57, <https://dergipark.org.tr/pub/iuhmhob/issue/9368/117287> - Erişim 04.10.2019 -.

dava sonunda yüksek yargılama giderleri ile karşılaşma ihtimali gibi sebepler, tarafları bu sorunları dava dışında çözmeye yönlendirmiştir³².

Alternatif uyuşmazlık çözümü, Türkçe'ye, İngilizce anlamı "*Alternative Dispute Resolution*" (ADR) olan tanımlamasından çevrilmiştir. Alternatif çözüm kavramı, Anglo-Sakson temelli bir kavram olarak ortaya çıkmıştır³³. Mahkemelerin gün geçtikçe yükünün artması, mahkeme masraflarının yükselmesi ADR'nin Kıta Avrupa'sında işlerlik kazanmasına vesile olmuştur³⁴. Bu sebeple 2002 yılında Avrupa Komisyonu, "*Medeni Hukuk ve Ticaret Hukuku Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yollarına İlişkin Yeşil Kitap*"ını oluşturmuştur³⁵. 2004 Yılında ise yine Avrupa Komisyonu tarafından "Arbuluculuk Etik İlkeleri" düzenlenmiştir.

Alternatif uyuşmazlık çözümlerini kendi içinde "müzakere odaklı" ve "yargılama odaklı" şeklinde ikiye ayırabiliriz. Arbuluculuk, uzlaştırma, müzakere, "müzakere odaklı" yöntemlerken, tahkim ve arbuluculuk-tahkim gibi yöntemler içinde karar veren kişiyi barındırdığı için "yargılama odaklı" yöntemlerdir³⁶.

Aşağıda, Arbuluculuk ve onun dışında en yaygın kullanılan alternatif çözüm yollarının başında, Müzakere, Tahkim, Arbuluculuk- Tahkim (Med-Arb), Uzlaştırma ve Avukatlık Kanunu m. 35/A hakkında bilgi verilmiştir.

Bu sayılanlar dışında sulh sözleşmesi de genel olarak mahkeme yargısı dışında uyuşmazlığı noktalayan bir sözleşmedir. Fakat genel olarak sulh sözleşmesi başlı başına alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak benimsendiğini söylemek güçtür³⁷.

³² YEŞİLİRMAK, Ali, Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi için Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arbuluculuk, Hakem- Bilirkişilik ve Tahkim: Sorular ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2011, s.18.

³³ BULUR, Alper, Avukatlık Kanunu M.35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi, TBB Dergisi Y.2010, S.89, s.198.

³⁴ BULUR, Alper, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arbuluculuk Yöntemi, Ankara Barosu Dergisi, Y.2007, S. 4, s.31.

³⁵ BİLGİN, Hikmet, Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde Arbuluculuk, Hukuk Gündemi Dergisi, Y.2009-2, s.9, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/hgdmakale/2009-2/1.pdf> ; GÖRKEM, Zeynep Ezgi, Arbuluculuk Sürecinde Arbulucunun Hukuki Statüsü-Hakları-Yükümlülükleri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2015, s.15; ÖZBEK, Mustafa, Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2007, S.68, s.265.

³⁶ EROL, Muammer, Türk Hukukunda Arbuluculuk ve Teşkilatlanması, Ankara 2018, s.55.

³⁷ Sulh, kelime anlamı olarak, tarafların karşılıklı tavizlerde bulunarak, aralarındaki hukuki ilişkiye dair anlaşmazlık veya şüpheye, sözleşme ile son vermeleridir. (HIZIR ASRAV, s.21) Sulh, HMK m. 313/1'de yapılan tanımı ile "*Sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla yapılan bir sözleşmedir.*" Sulh Mahkeme içi sulh ve

2.3.1. Müzakere

Bir diğer adı “Doğrudan Görüşme” olan bu yöntem, uyuşmazlığın taraflarca sistematik yöntemler uygulanarak çözülmesidir³⁸. Latince “Negotiarı” kelimesinden türetilmiştir³⁹. Müzakerenin özünde ödün vermek suretiyle uzlaşmak vardır⁴⁰. Aslında anlaşma temelli alternatif çözümlerinin tümünün özünde müzakere vardır⁴¹. Müzakerede arabulucu konumunda herhangi bir üçüncü kişi yoktur. Taraflar kendilerinden destek alarak müzakere sürecini yürütmeye çalışır. Müzakere ile anlaşmazlık gerçek bir uyuşmazlığa dönüşmeden engellenir⁴².

Müzakere temel tanımlaması ile, tarafların ihtiyaçlarını karşılayacak müşterek bir karar verme amacına yönelmiş taraflar arasındaki iletişimidir⁴³. Müzakerenin temelinde karşılıklı bilgi alışverişi vardır. En basit hali ile fikir alışverişinde bulunmak, olarak da tanımlanabilir⁴⁴. Taraflar birbirlerine teklif sunar, teklifi tartışır, karşı teklifle gelebilir, ödün verebilir. Müzakere sık kullanılmasına rağmen şekli kuralları olmayan, yer, zaman gibi konularda zorunluluklar içermeyen, katı ilkeleri olmayan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur.

Mahkeme dışı sulh, şeklinde ikiye ayrılabilir. (TANRIVER, Mahkeme, s.333) HMK m.313/1 ‘de yapılan tanımlama mahkeme içi sulh ile örtüşmektedir. İlgili madde mahkeme içi sulhu tanımlamıştır. Maddeden de anlaşılacağı üzere mahkeme içi sulhta, devam etmekte olan bir dava konusunda, taraflar yaptıkları anlaşma ile mahkemeyi sonuçlandırmaktadırlar. Mahkeme dışı sulh ise, tarafların yargılamadan önce aralarındaki uyuşmazlığı her iki tarafın da fedakârlık göstermesi ile anlaşmazlığı noktalamaya yönelik yaptıkları sözleşmedir. Sulh diğer alternatif uyuşmazlık yöntemleri gibi sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar için yapılabilir. (ILDIR, Uyuşmazlık, s.163) Evliliğin iptali, nesebin reddi gibi konularda bu yüzden sulh mümkün değildir. Bu sebeple çekişmesiz yargıda sulh söz konusu değildir. Kelime anlamı ile baktığımızda Sulh, aslında alternatif çözümler için kullanılan temel tabirdir. Alternatif uyuşmazlık çözümlerinden ayrılan yanları vardır. Örneğin sulhta, karşılıklı fedakârlık aranmasına rağmen arabuluculukta sadece taraflardan biri fedakârlık ediyor olabilir. Sulh sözleşmesini imzalayacak olanlar sadece uyuşmazlığın taraflarıdır. Arabuluculuk sözleşmesinde arabulucu da tutanağa imza atar. HUAK m.18/2 gereği taraflar arabuluculukta anlaşmaya varırlarsa anlaşmaya varılan konularla alakalı tekrar dava açılmaz. Hatta anlaşılan belgeye Sulh Hukuk Mahkemesinden icra edilebilirlik şeri alınması sureti ile ilam hükmünde belge olur. Fakat Sulhta sadece mahkeme içi sulh sözleşmesi yapılmış ise mahkeme tarafından tutanağa getirilmek sureti ile ilam niteliğine kavuşur. Mahkeme dışı sulh için herhangi bir ilam niteliği söz konusu değildir (ILDIR, Uyuşmazlık, s.84).

³⁸ Katılımcı Kitabı, s.38.

³⁹ YILDIRIM, Ombudsmanlık, s.33.

⁴⁰ SİĞRİ, Ünsal/VAROĞLU, A.Kadir, Müzakere ve Arabuluculuk, İş, Yönetim, Diplomasi ve Hukukta Uyuşmazlıkların Çözümü, Ankara 2013, s.28.

⁴¹ EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk 6325 Sayılı HUAK, 6100 Sayılı HMK, 7036 Sayılı İŞMK ve Diğer Mevzuat Kapsamında, İstanbul 2018, s.11.

⁴² DÜR, s.34.

⁴³ ÖZBEK, Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 4. Basım, Ankara 2016, s.150.

⁴⁴ RUHİ/ ŞAHİN/ÇELİK, s.15.

Bir başka anlatımla müzakere, iki veya daha fazla tarafın kendi çıkarları doğrultusunda ortak bir karar almaya yönelik yaptıkları iletişim toplantıdır⁴⁵.

Aslında gündelik hayatta da çoğu şeyi müzakere ederiz⁴⁶. Bahsettiğimiz bu günlük hayattaki müzakere için illaki hukuk konulu olması gerekmemektedir. Örneğin aracımızı hatalı park ettiğimizde yerine park ettiğimiz kişi ile bu durumu müzakere ederiz. Aynı şekilde kiracımız ile yıllık kira artışı konusunda anlaşmazlığa düştüğümüzde artışın hakkaniyetli olup olmadığı konusunda bu vakayı müzakere ederiz. Eşimiz, aile bireylerimiz ile önemli kararlar alırken olayları müzakere ederiz. Yani müzakere insanın olduğu her yerde ve her zamanda hep var olmuştur. Aslında anlaşma temelli tüm alternatif çözüm yollarının içinde müzakere vardır.

Müzakerelerde taraflar harici bir üçüncü kişi görüşmelerde bulunamaz. Müzakere dışındaki çözüm yöntemlerinde genelde bir üçüncü kişi olaya hep dahil olur. (Arabulucu, Hakem, Uzlaştırıcı). Müzakerede taraflar müzakere sürecini kendileri belirlerler.

2.3.2. Tahkim

Taşınmazlar üzerindeki aynı haklardan kaynaklanan uyuşmazlıklar hariç olmak üzere, her iki tarafın iradesine tabi işlerde, uyuşmazlığın mahkemeler dışındaki kurum ve kişilerce çözülmesi yöntemine tahkim adı verilir⁴⁷.

Tahkim, mahkemelerden sonra şekil olarak mahkemeye en çok benzeyen alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Tahkimde bağımsız hakemler önlerine gelen olayla alakalı olarak müzakerelerde bulunarak bir karar verir. Karar verilmesi, resmi delil ve belge sunulması, açısından arabuluculuk ve uzlaşma ile ayrılmaktadır⁴⁸. Tahkim Roma Hukukunda da uygulanmış bir çözüm yöntemi olmuştur⁴⁹.

⁴⁵ DOĞAR, s.10.

⁴⁶ ÖZBEK, Alternatif, s.149.

⁴⁷ ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2019, s.379.

⁴⁸ ŞAHİN CEYLAN, Şule, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul 2009, s.302.

⁴⁹ SÖĞÜT, Sevda, Roma Hukukunda Tahkim, İstanbul 2011, s.15.

Tahkim yargılamasında, aralarında ihtilaf olan tarafların anlaşarak anlaşmazlığın çözümünü yine aralarında belirledikleri uzman kişilere bırakmakta ve bu uyuşmazlık uzman kişilerce çözülmektedir⁵⁰.

Taraflar yaptıkları sözleşme ile, aralarında çıkacak uyuşmazlıkların çözümü için, tahkim yolunu seçebilirler. Aralarında düzenleyecekleri tahkim sözleşmesi ile sözleşmeden veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek hukuki uyuşmazlıkların tamamının veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda anlaşma yapabilirler⁵¹. Uyuşmazlığın tahkime götürülebilmesi için, tarafların ortak iradesi olması ve konunun kamu düzenini ilgilendirmemesi gerekmektedir⁵².

Tahkimi, ulusal ve uluslararası alanda gözlemlememiz mümkündür⁵³. Ulusal anlamda tahkim 6100 Sayılı HMK m. 407- m.444 arasında düzenlenmişken, uluslararası tahkim, Milletlerarası Tahkim Kanununda düzenlenmiştir.

Tahkimin bir alternatif çözüm yöntemi olmadığı ve içinde yargılamayı barındırdığı yönünde eleştiren ve bu uygulamayı alternatif çözüm olarak değerlendirmeyenler⁵⁴ olduğu gibi, çoğu yazara göre ve katılığımız görüşe göre, işleyişte bir yargılama olsa bile hakemlerin kendisi bir yargı elemanı olmadığı için bu yöntem bir alternatif çözüm yöntemidir⁵⁵. Ayrıca 2017 yılında Adalet Bakanlığı tarafından basılı hale getirilen Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabında da tahkim bir alternatif çözüm yolu olarak sayılmıştır⁵⁶.

⁵⁰ KURALAY, Eda, Arabuluculuk Faaliyeti ve Tahkim Yargılamasının Farkları, Bursa Barosu Dergisi, Y.2017, C.42, S.102, s.86; RUHİ/ŞAHİN/ÇELİK, s.18; Katılımcı Kitabı, s. 37.

⁵¹ ATALI/ERMENEK, s.381.

⁵² KILIÇARSLAN, Elif Işıl, Enerji Sektöründe Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve Uluslararası Tahkim, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mersin 2012, s.41; ATALI/ERMENEK, s.381.

⁵³ BORA, s.10.

⁵⁴ BÜYÜKAY, s.53 ; ILDIR, Uyuşmazlık, s.27 ; BORA, s.11 ; KEKEÇ, s.21 ; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s.10; BULUR, Avukatlık, s.200 ; KOÇYİĞİT/BULUR, s.10 ; AZAKLI ARSLAN, Betül, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018, s.70 ; ERSEN PERÇİN, Gizem, Alternatif Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemedeki Yeri, Dergipark, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Bülteni, Y.2011, C.31, S.2, s.179, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhmhob/issue/9400/117760> - Erişim 16.10.2019 ; POLAT, s.30 ; ŞAHİN CEYLAN, s. 303 ; YILDIRIM, Ombudsmanlık, s.41; DÜR, s.48.

⁵⁵ ÖZBEK, Alternatif, s.100; BÜYÜKAY, s. 53; KONURALP, Cengiz Serhat, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2011, s.37; DEMİR, Uzlaşma, s.49.

⁵⁶ Katılımcı Kitabı, s.39.

Neticede tahkim kararları bağlayıcıdır. Hakemler bir karar vermekte fakat karar mahkemeler tarafından verilmemektedir. Verilen kararların 6100 Sy. HMK m.439 gereği ancak iptali mümkün olabilir. İptal sebepleri de ilgili maddede kısıtlı olarak sayılmıştır⁵⁷.

Tahkim, neticede mahkemelere de bir alternatif oluşturmaktadır. Kanaatimizce alternatif uyuşmazlık kavramına dahil olmaması düşünülemez.

Tahkimde taraflar yaptıkları sözleşme ile aralarında doğacak uyuşmazlığı dava yerine tahkimde görülmesini kararlaştırırlar. HMK m. 412/1'e göre tahkim sözleşmesi, "Tarafların sözleşme ve sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş ve doğabilecek uyuşmazlıklarının tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır". şeklinde tanımlanmıştır. Milletlerarası Tahkim Sözleşmesinde de benzer tanımlamanın yapıldığını gözlemlemekteyiz⁵⁸. Diğer alternatif çözümlerden farklı olarak tahkim sözleşmesi ile dava yolu kapanır, hatta taraflardan biri sözleşmede tahkim şartı olduğu halde mahkemeye başvurur ise diğer taraf bunu ilk itiraz olarak (HMK m.116/1.b) ileri sürebilir.

Tahkimde görevli hakemler uyuşmazlıklara atanır. Hakem, atamadan sonra taraflara delillerini bildirmek için süre verir. Tarafların cevap verme, savunma hakları vardır. Tahkimde görevli hakemler dosya üzerinden inceleme yapabileceği gibi, oturumlar

⁵⁷ İptal davası HMK m.439: (1) Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. İptal davası, (Değişik ibare RGT: 15.03.2018 RG no: 30361 Kanun no: 7101/60) tahkim yeri bölge adliye mahkemesinde açılır; öncelikle ve ivedilikle görülür. (2) a) Tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu, b) Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, sözleşmede belirlenen veya bu Kısımda öngörülen usule uyulmadığı, c) Kararın, tahkim süresi içinde verilmediği, ç) Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiği, d) Hakem veya hakem kurulunun, tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar verdiği veya talebin tamamı hakkında karar vermediği ya da yetkisini aştığı, e) Tahkim yargılamasının, usul açısından sözleşmede veya bu yönde bir sözleşme bulunmaması halinde, bu Kısımda yer alan hükümlere uygun olarak yürütülmediği ve bu durumun kararın esasına etkili olduğu, f) Tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmediği, g) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı, ğ) Kararın kamu düzenine aykırı olduğu, tespit edilirse, hakem kararları iptal edilebilir.

⁵⁸ 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu m.4/1: "Tahkim anlaşması, tarafların sözleşmeden kaynaklınsın veya kaynaklanmasın aralarındaki mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır."; YÖRDEM, Yılmaz, Marka Hukukunda Arbuluculuk ve Tahkim'in Uygulama Alanı, Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu Dicle Adalet Dergisi, Y.2017, C.1, S.1, s.20.

yaparak da devam edebilir. Hakem kararları tarafları bağlayıcıdır⁵⁹. Taraflar bu kararlarla alakalı yeniden mahkemede dava açamaz.

Ticari hayatta da tahkimin önemi büyüktür. Özellikle uluslararası uyuşmazlıkların çözümü açısından oldukça sık kullanılmaya başlanmıştır⁶⁰. Bunun yanında sigorta ile alakalı uyuşmazlıklarda da tarafların diğer uyuşmazlıklara göre daha sık tahkime gittiğini görebilmekteyiz.

Ticari uyuşmazlıkların her biri tahkim için uygun değildir. 6100 Sayılı HMK m. 408, “Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir⁶¹”.

Ülkemizde tahkimi geliştirmek adına, 29.11.2014 tarihinde kabul edilerek yayınlanan 6570 Sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu ile birlikte bağımsız bir tahkim merkezi olan İstanbul Tahkim Merkezi (İSTAC) kurulmuştur. İlgili kanunun amacı, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda dahil olmak üzere, uyuşmazlıkların yargı dışı alternatif çözüm yöntemleri ile çözülmesini sağlamak amacı ile İstanbul Tahkim Merkezinin kurulması, yapılması, yönetimi ve teşkilatlanması gibi konuları düzenlemektir.

Kurulan merkezin görevi, tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin kuralları belirlemek ve hizmetlerin yürütülmesini sağlamak ve tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle ilgili tanıtım ve yayın yapmak, bu konuda bilimsel çalışmaları teşvik etmek, desteklemek, gerçekleştirmek, yurt içi ve yurt dışında ilgili kişi ve kurumlar ile iş birliği yapmaktır⁶².

2.3.3. Arabuluculuk- Tahkim (Med-Arb)

Bu yöntem, adından da anlaşılacağı gibi hem arabuluculuğu hem de tahkimi bünyesinde barındırır. İngilizce karşılığı, Mediation- Arbitration’dur. Bu çözüm yönteminde ilk önce arabuluculuk normal hali ile uygulanır. Ancak, sonuç alınmaz ise o zaman tahkim

⁵⁹ DÜR, s.48.

⁶⁰ AYOĞLU, Tolga, Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, İstanbul 2018, s.1; POLAT, s.28.

⁶¹ UĞURLU CİHANGİR, s.8.

⁶² BACANLI, Mehmet Rifat, Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak İstanbul Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (İSTAC) Tahkim Yargılamasında Delillerin İbrazı ve Değerlendirilmesi, Dergi Park, Y.2016, S. 8, s.76, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/271162> -Erişim 08.12.2019-.

süreci de bu sürecin devamı mahiyetinde uygulanır⁶³. Bünyesinde hem arabuluculuğu hem tahkimi barındıran bir çözüm yöntemidir⁶⁴.

Arabuluculuk- Tahkim yönteminde uyuşmazlık arabuluculuk ile çözülmediği takdirde arabulucunun işlev değiştirerek nihai ve bağlayıcı karar verme görevini üstlendiği hakem statüsüne girdiği bir arabuluculuk türüdür⁶⁵.

Bu tip uyuşmazlık çözümünün uygulanacağı sözleşmelerde, anlaşmazlıklara sırayla az bağlayıcıdan çok bağlayıcıya doğru bir işlem potansiyeli oluşmuştur⁶⁶. Arabuluculuk tahkim ayrı bir sözleşme ile taraflar arasında uyuşmazlık öncesinde belirlenebileceği gibi, uyuşmazlık sonrasında da belirlenebilir.

Ayrıca arabulucu hem hakem hem arabulucu olabilir. Arabulucunun hakem olması ve uyuşmazlık çözümüne başka bir farklı yöntemle devam etmesi kendisi için artı olabilir⁶⁷. Süreci başından beri takip eden arabulucu, arabulucu olarak katıldığı bir dosyada hakem olarak da devam edebilir. Bu durumda ilk evrede arabulucu olarak istenen talepleri kafasında netleştiren bir arabulucu, tahkim aşamasında da görev aldığı daha hassas davranabilecektir. Bunun yanında olumsuz yanı, arabuluculukta tarafların gizlilik çerçevesinde ortaya koyduğu özel bilgilerin, mahrem konuların ve kuvvetsiz yanların arabulucu tarafından öğrenilmiş olmasının ilerde arabulucunun hakemlik vasfı ile karar vereceğinde kullanılabilmesidir. İşte bu sebeple arabuluculuk sonrası tahkim adı verilen, arabulucusu ve hakemi ayrı olan türde uygulamaların daha uygun olduğu kanaatindeyiz.

Bu sistemin avantajı, taraflar arabuluculuk aşamasında görüşlerini ortaya koyacakları için arabuluculukta anlaşamayan taraflar, tahkim aşamasına geçerken görüşlerini ortaya koymuş şekilde hazır olarak geçerler⁶⁸. Bu durumda tahkim aşamasında taraflar ne istediklerini net bir şekilde arabuluculuk aşamasında ifade ettikleri için karar verecek olan hakem daha az çaba sarf ederek kararını verebilir hale gelecektir.

⁶³ KONURALP, s.50; POLAT, s.47; SUNNA, Didem, Ulusal ve Uluslararası Alanda Futbol Uyuşmazlıklarının Çözümü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012, s.8.

⁶⁴ ÖZBEK, Mustafa Serdar, Arabuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arabuluculuk- Tahkim, Yargıtay Dergisi, Ankara 2017, C.43, S. 1, s.15, <http://www.ankaratahkim.com/ARABULUCULUK-TAHK%C4%B0M1.pdf> -Erişim 08.12.2019-.

⁶⁵ ÖZBEK, Tahkim, s.18.

⁶⁶ POLAT, s.48.

⁶⁷ POLAT, s.48.

⁶⁸ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s.15.

Tarafların aralarında anlaşarak imzalayacakları arabuluculuk- tahkim anlaşmasında, yöntemin nasıl olacağı, kuralların ne olacağı, taraflara ve üçüncü kişilere verilen yetkilerin ne olacağı, masraflara nasıl katlanılacağı gibi konular kararlaştırılabilir⁶⁹.

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün 2019 aralık ayı açıklamasında, arabuluculuk – tahkim konusunda çok ciddi çalışmaların olduğu, ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğun sonuna tahkimi ekleyerek uyuşmazlığın tamamen kaldırılmasına yönelik çalışmaların bulunduğu, bu sayede sekiz haftalık dava şartı arabuluculuk sürecinin bitmesi ile üç aylık bir tahkim sürecinin başlatılacağı ve toplamda beş aylık sürede ticari uyuşmazlıkların çözümleneceğini planladıklarını duyurmuştur⁷⁰.

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün açıklamaları doğrultusunda 2019 Ekim ayında ISTAC tarafından arabuluculuk tahkim kuralları yayınlanmıştır⁷¹.

Arbuluculuk – tahkim yönteminin tam tersi uygulaması yani tahkim- arabuluculuk türü de bir başka uyuşmazlık çözüm yoludur⁷². Adından da anlaşılacağı üzere bu yöntem tahkimle başlamaktadır. Tahkimde sonuç alınmaması halinde arabuluculuğa geçilmektedir. Dikkat edileceği üzere arabuluculuk- tahkim yönteminin tersten uygulanan halidir.

2.3.4. Uzlaştırma

Uzlaştırma tanım olarak arabuluculuk ile benzer. Uzlaştırma, tarafsız bir üçüncü kişi sayesinde uyuşmazlığı ortaya koyarak çözmeye çalışmaktır⁷³. Uzlaştırıcı, tarafların özelliklerine göre oluşturacağı çözüm alternatifleri üzerinden anlaşma sağlamaya çalışır⁷⁴. Ülkemizde sık sık “uzlaştırma” ve “arbuluculuk” kavramları birbiri ile karıştırılmaktadır⁷⁵.

⁶⁹ DOĞAR, s.45.

⁷⁰ <https://www.memurlar.net/haber/870797/ara-buluculuk-tahkim-paketi-turkiye-de.html>

⁷¹ <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2019/11/ISTAC-Arabuluculuk-Tahkim-Kurallari-Med-Arb.pdf>

⁷² KONURALP, s.53.

⁷³ DÜR, s.34; RUHİ/ŞAHİN/ÇELİK, s.16.

⁷⁴ EROL, s.69; ERGİN, İsmail, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları, Birikimler 4, İstanbul 2013, s. 153, <http://genchukukcular.org/pdfs/birikimler4.pdf>

⁷⁵ ŞAHİN CEYLAN, s. 308; YILDIRIM, Ombudsmanlık, s.34.

UYAP uzlaştırmacı web sayfasında, uzlaşma tanımını, uzlaşma kapsamına giren bir suç nedeni ile, şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenin kanun ve bu yönetmelikteki usul ve esaslara uygun olarak anlaşılmış olmalarını ifade eder şeklinde yapmıştır. Bununla birlikte aynı sitede uzlaştırma tanımını, uzlaştırma kapsamında giren bir suç nedeni ile şüpheli veya sanık ile mağdur, suçtan zarar gören veya kanuni temsilcisinin kanun ve bu yönetmelikteki usul ve esaslara uygun olarak uzlaştırmacı tarafından anlaştırılmaları suretiyle uyuşmazlığın giderilmesi sürecini ifade eder şeklinde yapılmıřtır⁷⁶.

Arabuluculuk hukuk uyuşmazlıkları için kullanılmakta olan bir yöntemken, uzlaştırma ceza hukukunun konusuna giren uyuşmazlıklarda kullanılmaktadır⁷⁷. Uzlaştırmada, arabuluculukta olduğu gibi taraflar vekilleri ile görüşmelere katılabilirler.

Arabuluculuk ile konular yönünden benzer nitelikler taşısa da bazı noktalarda farklılıkları vardır. Uzlaştırmanın resmi bir yüzü vardır. Arabuluculuğa göre daha hak temelli olduğu, arabuluculuğun ise menfaat temelli olduğunu söylemek mümkündür⁷⁸.

Uzlaşma ve uzlaştırma birbirine çok yakın ve karıştırılması mümkün kavramlardır. Fakat her iki kavram da birbirinden farklıdır. 2005 Yılında TCK m. 73/8’de ve CMK m. 253-254-255’te yapılan değişikliklerle uzlaştırma kabul edilmiştir. Günümüz halini ise 2006 yılında CMK’da yapılan değişiklikle almıřtır⁷⁹.

5271 Sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu m. 253 uyarınca, uzlaştırma yöntemi, Türk Ceza Kanunu’ndaki takibi şikayete bağlı suçlar ve ilgili kanunda uzlaştırmaya tabi olduğu özel olarak belirtilen suçlarla ilgili durumlarda uygulanabilecektir. Fakat bir istisnası, şikayete tabi olsa bile, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ve uzlaştırma kapsamına girmeyen bir suçla işlenen, kapsam içinde bulunan suçlar için uzlaşma kanunen mümkün değildir.

⁷⁶ Bkn. <https://uzlastirmaci.uyap.gov.tr/main/uzlastirmaci.jsp>.

⁷⁷ ELBEY, İlkay, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Kocaeli, 2019, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.139.

⁷⁸ DÜR, s.45.

⁷⁹ ÜNSAL, Hamdi Can, Uzlaşma ve Arabuluculuk Kurumlarının Özünde Karşılaştırılması, s.1, <http://www.arabulucu.com/ceza-hukukunda-uzlasma/uzlasma-ve-arabuluculuk-kurumlarinin-ozunde-karsilastirilmasi>.

Uzlaşma ile birlikte kamu davasının açılması engellendiği gibi, devam eden bir kamu davası da uzlaşma ile birlikte ortadan kalkacaktır⁸⁰.

2.3.5. Avukatlık Kanunu Madde 35/A Çerçevesinde Uzlaşma

Avukatlık Kanunu m.35/a, “Uzlaşma Sağlama” maddesi, kanunda yer bulan bir uzlaşma örneğidir. Avukatlık Kanunu m.35/A çerçevesinde uzlaşma şeklen sulha benzemektedir. Fakat sulhtan ayrılan yönleri vardır. Mahkeme içi sulhtan farklı olarak, Av.K. m.35/A çerçevesinde yapılan bir anlaşmanın mahkeme tarafından onaylanmasına gerek bulunmamaktadır. Mahkeme dışı sulhtan farklı olarak, mahkeme içi sulha dönüşmesine gerek olmadan ilam niteliğinde belgedir.

Av.K. m.35/A her ne kadar uygulamada arabuluculuk kadar genel kabul görmese de çok etkili bir çözüm yoludur. Avukatın uzlaşma sağlama yetkisi, 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu’na, 02.05.2001 tarihinde ve 4667 Sayılı Kanun ile girmiştir⁸¹. En önemlisi, bu uygulamada arabuluculuk uygulamasında olduğu gibi, tarafların avukatları ile imzaladıkları uzlaşma belgesi bir ilam hükmünde belgedir. Fakat arabuluculukta önemli bir fark, arabuluculuk son tutanağının ilam hükmünde belge olması için taraflar, vekilleri ve bir de arabulucu tutanağı imzalamalıdır. Av.K.m.35/A’da arabulucu konumunda bir üçüncü kişi yoktur. Tutanak sadece taraflar ve vekillerince imzalanır. Avukatlık Kanunu m.35/A uzlaşmanın bir türü ve en yaygın kullanılanıdır⁸².

Bu kanun maddesi sayesinde avukatlara verilmiş bu yetki ile avukat kendisine gelen işlerde dava açılmadan önce veya dava açılmış ise bile en geç duruşma yapılmadan önce uzlaşma noktasında karşı tarafı görüşmeye davet edebilir⁸³. Tarafların görüşmeleri sonucu çıkacak olumlu netice taraflar ve vekillerince imzalanması halinde imzalanan bu tutanak mahkeme ilamı hükmünde sayılmıştır⁸⁴.

⁸⁰ EROL, s.75.

⁸¹ BULUR, Avukatlık, s.197.

⁸² “Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 9/6/1932 tarihli ve 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğindedir” (Av.K.m.35/A).

⁸³ BULUR, Avukatlık, s.208.

⁸⁴ Bkn. 19.03.1969 Tarih ve 1136 Sayılı Kanun, madde 35/A gerekçesi.

Avukatlık Kanunu m.35/A'nın elverişli olarak uygulandığı uyuşmazlıklar açısından arabuluculuk ve tahkim konusunda çizilen çerçeve ile benzer özellik göstereceği söylenebilir. Avukatlık Kanunu m.35/A kapsamına, sadece tarafların kendi serbest iradeleri ile kararlaştırabilecekleri konular girmektedir⁸⁵. Örneğin, boşanma konusu tarafların üzerinde serbestçe tasarruf ederek karara bağlayacakları bir konu değildir. Kamu düzenini ilgilendirir. Ancak alacak davaları, kira, menkul – gayrimenkul uyuşmazlıkları gibi konular Avukatlık Kanunu m. 35/A'nın uygulanmasının mümkün olduğu konulardır.

2.3.6. Mini Yargılama

Bu sistem Amerika'da doğmuştur. Genellikle ticari uyuşmazlıkların çözümünde uygulanmaktadır⁸⁶. Mini yargılama, tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi ile taraf temsilcilerinden oluşan bir kurulun, bağlayıcılık arz etmeyecek bir biçimde çözüm bulmak veya çözüm önerisi geliştirmek üzere, uyuşmazlığı adeta bir iş problemi gibi içselleştirerek gizlilik içinde ele alınmasını, incelenmesini, değerlendirmesini öngören, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir⁸⁷.

Sistem aslında adından da anlaşılacağı gibi bir mahkemenin minimize edilmiş halidir. Resmiyeti yoktur. Mini yargılamada bir nevi farazi mahkeme kurulur. Taraflar burada verilecek kararların bağlayıcı olup olamayacağını kararlaştırabilirler. Böylelikle taraflar gerçek yargılama öncesinde yargılamayı deneyimleyerek dava aşamasında karşılaşılabilecekleri senaryoları mini yargılama ile görebilmektedir⁸⁸.

Arabuluculuğun gizliliği bu sistemde yoktur. Taraflar tarafsız bir üçüncü kişinin yardımı ile oturumları ilerletebilirler⁸⁹. Bu durumda tarafsız üçüncü kişi süreci yönetir. Bu üçüncü kişi dilerse taraflara sorular da sorabilir⁹⁰. Genellikle uyuşmazlıklarda deneyimli emekli hakimler bu mini yargılamada üçüncü kişi olarak seçilebilirler⁹¹.

Kısa yargılama uyuşmazlığın her aşamasında uygulanabilir. Ancak mahkeme yargısına intikal etmeden uygulanması, uyuşmazlık çözümünde daha faydalı olacaktır. Taraflar

⁸⁵ BULUR, Avukatlık, s.211.

⁸⁶ RUHİ/ŞAHİN/ÇELİK, s.15; YILDIRIM, Ombudsmanlık, s.30.

⁸⁷ TANRIVER, Alternatif, s.164.

⁸⁸ ŞAHİN CEYLAN, s.310.

⁸⁹ DÜR, s.53.

⁹⁰ POLAT, s.52.

⁹¹ ILDIR, Uyuşmazlık s.109.

kısa yargılama yönteminin nasıl seyredeceğini özgürce belirleyebilirler⁹². Hatta bu konuda bir anlaşma da yapabilirler.

Bu süreçte tanık dinlenilmez ancak sürecin aydınlatılması için tanığın beyanı fayda sağlayacaksa dinlenebilir⁹³. Tarafların ortak kararı ile bir üçüncü bilirkişiden konu ile alakalı rapor alınabilir. Bu yönü ile arabuluculuğa benzer. Bu sistemin öne çıkan özelliği iradi ve esnek olmasıdır⁹⁴.

2.3.7. Arabuluculuk

Arabuluculuk, tarafsız bir kişinin, taraflara müzakere edilmiş bir anlaşmaya varmaları konusunda yardım sağladığı gönüllü, bağlayıcı olmayan ve özel bir uyuşmazlık çözümü sürecidir⁹⁵. Başka bir anlatımla arabuluculuk, aralarındaki hukuki uyuşmazlıkları yine tarafların çözümlenmesi amacıyla, taraflar arasındaki müzakere ve iletişimi kolaylaştıran, arabuluculuk sürecini ve müzakereleri yöneten, tarafsız ve bağımsız üçüncü kişi konumundaki gerçek kişidir⁹⁶. Arabuluculuk neticesinde anlaşmaya varılması halinde yazılı bir anlaşma metninde anlaşılması ve imzalanması ile bağlayıcı hale gelir. Ancak arabuluculukta anlaşmanın yazılı olma zorunluluğu yoktur.

Arabuluculuğun ilk tarihi gelişiminin Mezopotamya ve Sümerlilere kadar gittiği bilinmektedir⁹⁷. Yani üzerinde bulunduğumuz topraklardaki tarih serüvenin dört bin yıla dayanmaktadır.

Bu anlamıyla arabuluculuğu sadece geçtiğimiz yüzyıla sığdırmak, arabuluculuk kavramına haksızlık olacaktır. Arabuluculuk, Kuran-ı Kerim ve diğer tüm tahrip edilmemiş din kitaplarının özünde de dolaylı olarak sulh olma özelinde de bulunduğu bir konudur⁹⁸. Arabuluculuk Eski Mısır ve Yunan tarih araştırmalarında da kayıtlara geçmiştir. Çin İmparatorluğunda ve birçok uzak doğu ülkesinde uzunca bir geçmişten beridir kullanılan bir çözüm yöntemidir.

⁹² POLAT, s.53.

⁹³ AKINCI, Ziya, Milletlerarası Tahkim, 2. Basım, Ankara, 2007, s.106.

⁹⁴ YILDIRIM, Ombudsmanlık, s.31.

⁹⁵ GOODMAN, Andrew, Mediation Publishing, 2016 Yılı Baskısından Çeviri, Arabuluculuğa Hazırlanmak, Arabuluculuktan Yararlanacaklar İçin Rehber, Ankara 2017, s.5; ATALI/ERMENEK, s. 397.

⁹⁶ BERKHAN, İhsan, Arabuluculuk Şirketi, İstanbul 2019, s.9.

⁹⁷ BAĞATUR, Çağrı, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü: Arabuluculuk”, <http://blog.bagatur.com/alternatif-uyusmazlik-cozumu-arabuluculuk/> - Erişim 30.11.2019-.

⁹⁸ EROL, s.18.

Arabuluculuk, en az iki tarafı bulunan bir uyuşmazlığın, karşılıklı anlayış ve hoşgörü ile çözümü yöntemidir⁹⁹. Arabuluculukta yansız bir üçüncü taraf, uyuşmazlık içinde bulunan taraflara kabul edilebilir ortak bir çözüm bulmaları konusunda yardımcı olarak yol gösterir¹⁰⁰.

Bir başka tanımla arabuluculuk, genel olarak uyuşmazlık içinde bulunan tarafları, konuşmak ve müzakerede bulunmak amacıyla, bir araya getiren, her iki tarafın, üzerinde uzlaşma sağladığı tarafsız bir üçüncü kişinin, desteğiyle aralarındaki uyuşmazlıkların çözümlenmesini hedefleyen, tamamıyla tarafların kendi iradeleri ile başvurdukları bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir¹⁰¹.

Arabuluculuğa katılan taraflar kendi anlaşmazlığını yönetmeye çalışırken aynı zamanda empati yaparak karşı taraf yerine kendisini koymaya ve onu anlamaya çalışmaktadır¹⁰². Bu doğrultuda arabuluculuk insana kişisel gelişim anlamında da birçok şey katmaktadır. Arabuluculuk kişideki özgüven, saygı, empati gibi yetenekleri ortaya çıkartmaktadır.

Arabuluculuk iradi bir çözüm yöntemidir. Taraflar toplantıyı sürdürmekte, sonlandırmakta özgürdür¹⁰³. Dava şartı arabuluculuk konusu, arabuluculuğun iradiliğine bazı eleştiriler getirirse de dava şartı arabuluculuğun zorunluluğu, sadece arabulucuya başvuru noktasında karşımıza çıkar. Yoksa başvurduktan sonra taraf kendi iradesi ile hiçbir toplantıya gitmiş olmasa bile başvuru şartını yerine getirmiş olacaktır.

Arabulucunun amacı, gündemdeki uyuşmazlığın, her iki tarafı da memnun edecek şekilde tarafların gönülden kabul ettikleri bir çözümle giderilmesine yardımcı olmaktır¹⁰⁴.

Çalışmanın ilerleyen kısmında arabuluculuk kavramı daha detaylı inceleneceği için bu aşamada sadece birkaç özet tanımlamaya yer verilmiştir.

⁹⁹ PARKİNSON, Lisa, Aile Arabuluculuğu: Yeni Aile Adalet Sistemine Dair Uygun Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 2017, s.5.

¹⁰⁰ AKÇA, Çağatay, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarından Uzlaştırma ve Arabuluculuk, Ankara Barosu Dergisi, Hukuk Gündemi, Y. 2009/1-9, s.30.

¹⁰¹ AKYOL ASLAN, Leyla, 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında, Arabuluculuk Kanunu'nun 15. Maddesi ile Arabulucunun Çözüm Önerisi Getirebilmesine Olanak Sağlayan Yeni Düzenlemenin Değerlendirilebilmesi, Terazi Hukuk Dergisi, Y.2018, C.13, S.145, s.30.

¹⁰² BUSH/FOLGER, s.xix.

¹⁰³ RUHİ/ŞAHİN/ÇELİK, s.18.

¹⁰⁴ MERSİNKAYA, Mimar Selin, Yapı Üretimi Kapsamında İnşaat Sözleşmelerinde Taraflar Arasındaki Anlaşmazlıklar ve Çözüm Önerileri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s.75.

2.4. Arabuluculuk ile Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Arasında Farklar ve Benzerlikler

Arabuluculuk, diğer yukarıda sayılan alternatif uyuşmazlık çözümlerine kıyasla daha fazla uygulama alanı bulmuştur¹⁰⁵. Arabuluculuk diğer alternatif çözüm yöntemlerine göre daha öne çıkmıştır. Diğer çözüm yolları ile kıyas yaptığımızda neden arabuluculuğun daha çok uygulandığını ve önde çıktığını anlamak adına diğer çözüm yöntemleri ile arasındaki farkları ortaya koymak gerekmektedir.

2.4.1. Arabuluculuk ve Tahkim Arasındaki Farklar ve Benzerlikler

Bu iki uyuşmazlık çözüm yöntemi, alternatif uyuşmazlık çözümleri içinde en sık kullanılan yöntemlerdendir¹⁰⁶. Arabuluculuğun dava şartı olarak uygulanmaya başladığı bazı uyuşmazlıklardan sonra arabuluculuk uygulamaları tahkim uygulamalarının önüne geçmiştir. Fakat ikisi arasında bariz farklılıklar vardır.

Hepsinden önce tahkimde taraflarla alakası olmayan bir üçüncü kişi yani hakem, konu hakkında gerekli bilgi ve belgeleri temin ettikten sonra bir karar ortaya koymaktadır¹⁰⁷. Bu karar taraflar için bağlayıcıdır¹⁰⁸. Oysa ki arabuluculukta da bir üçüncü kişi olmasına rağmen bu üçüncü kişi ortaya bir karar koymamakta, tarafların kendi iradelerini ortaya koymalarını sağlamaktadır.

Tahkimde, hakem delilleri toplayabilir, şahit dinleyebilir. Ancak arabuluculukta böyle bir usul yoktur. Her iki taraf kabul etse bile şahit dinlenmez. Taraflar sadece arabulucuya bir kısım bilgi ve belgeler sunabilir. Fakat bu sunulan belgeler karar vermek için esas alınamaz.

Tahkimdeki hakemin tarafları orta noktada bir araya getirmek gibi bir görevi yoktur. Ancak arabulucu tarafları orta notada bir araya getirmeye çalışır. Tahkim yönteminde daha çok hak odaklı yaklaşım varken, arabuluculukta daha çok menfaat temelli yaklaşım vardır¹⁰⁹.

¹⁰⁵ ILDIR, Hak, s.392; HIZIR ASRAV, s.80.

¹⁰⁶ KONURALP, s.54; ILDIR, Uyuşmazlık, s.60-61.

¹⁰⁷ KURALAY, s.86.

¹⁰⁸ PORTER, John Thomas, Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk ve Arabuluculukta Avukatın Rolü Sempozyumu, Sempozyum Notları, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 2017, s.57.

¹⁰⁹ KURALAY, s.86.

Bununla birlikte tahkime başvuruyla alakalı uzman bir hakem atanmakta iken bu uzmanlığın birebir yansımaları arabuluculukta görememekteyiz. Arabuluculuk uygulamasında şu an için sadece işçi- işveren uyuşmazlıkları için uzman arabuluculuk uygulaması yürürlüktedir. Fakat bunun dışında bir uzmanlık alanı henüz kararlaştırılmamıştır. Arabulucu sicile kayıtlı arabulucular arasından seçilir. Oysa ki tahkimde uzmanlık daha yerleşmiştir ve uzmanlık sınıflaması daha belirgindir.

Arabuluculukta gizlilik oldukça sıkı kurallara tabi tutulmuştur. Gizliliğin ihlali karşısında hapis cezası verileceği kanunla kararlaştırılmıştır. Oysa ki tahkim de böyle bir düzenleme yoktur¹¹⁰.

2.4.2. Arabuluculuk ile Avukatlık Kanunu Madde 35/A Uygulaması Arasında Farklar ve Benzerlikler

Avukatlık Kanunu m.35/A, avukatlara bir nevi, her iki tarafın da vekille temsil edildiği uyuşmazlıklarda mecazi anlamda “arabuluculuk” yapma yetkisi vermektedir¹¹¹. Bahsettiğimiz bu yetki resmi anlamda arabuluculuk değildir. Ancak şekil ve sonuçlar bakımından arabuluculuk ile benzer.

Arabuluculukta olduğu gibi Avukatlık Kanunu m.35/A’da da tarafların avukatları ile birlikte imzalayıp hüküm altına aldıkları tutanak, ilam niteliğinde belgedir. Arabuluculuk anlaşma belgesi gibi icra edilebilirlik almaya dahi gerek yoktur. Her iki kurumda da taraflar üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda uygulanması mümkündür.

Avukatlık Kanunu m.35/A, başlangıçta arabuluculuk ile doğurduğu sonuçlar bakımından benzemekte ise de çok ayrıldığı nokta da vardır. Örneğin Avukatlık Kanunu m.35/A ‘da tarafsız bir üçüncü kişi (arabulucu) bulunmamakta olup sadece taraflar ve vekiller bulunur. Buna rağmen arabuluculukta tarafsız ve görüşlerini beyan etmeyen, yer temin eden, taraflardan görüş, öneri ve teklif bekleyen bir üçüncü kişinin, yani arabulucunun bulunması zorunludur. Arabuluculukta açılış konuşması yapılması arabuluculuğun başarıya ulaşmasında hayati önem taşır. Avukatlık Kanunu m.35/A’da açılış konuşması yoktur.

¹¹⁰ KALLIPETIS, Michel, Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk ve Arabuluculukta Avukatın Rolü Sempozyumu, Sempozyum Notları, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Ankara 2017, s.59.

¹¹¹ HIZIR ASRAV, s.85.

Avukatlık Kanunu m.35/A'da ön inceleme aşamasından sonra gelecek ilk duruşma başlamadan gerçekleşmesi gerekirken, ihtiyari arabuluculukta böyle bir hak düşürücü süre yoktur. Av.K. m.35/A'da hak ve zamanaşımı sürelerinin kesilmesi söz konusu değildir. Oysa ki arabuluculuk görüşmelerinde gerek ihtiyari olsun gerekse dava şartında olsun, arabuluculuk görüşmeleri hak düşürücü süreyi durdurur. Son tutanağın düzenlenmesi ile süreler işlemeye başlar.

Arbuluculuk uygulamasında mahkeme, taraflar arabulucuya başvuracaklarını mahkemeye sunması durumunda mahkeme kendisi uygun süreyi tayin eder ve bu süre zarfında da hak düşürücü süreler işlemez. Av.K.m.35/A'da benzer bir düzenleme yoktur.

Avukatlık Kanunu m. 35/A ile arabuluculuğun bir diğer farkı, Av.K. m.35/A'yı baroya kayıtlı olan her bir avukat yapabilirken, arabuluculuk için, meslekte beş yılını tamamlamış, gerekli sınavı başarı ile geçmiş, gerekli arabuluculuk siciline kaydolmuş bir arabulucu gerekmektedir¹¹². Avukatlık Kanunu m. 35/A'nın avukatlar için herhangi bir yıl şartı yoktur. Mesleğe yeni başlayan bir avukat da uygulayabilir.

2.4.3. Arabuluculuk ile Uzlaştırma Arasında Farklar ve Benzerlikler

Arbuluculuk ile uzlaştırmayı birbirinden ayıran temel nokta, arabulucu uyuşmazlık çözümünde sistematik teknikler uygulayarak, görüşmeler ve müzakereler aracılığı ile tarafları bir araya getirerek onların birbirlerini anlamaları ve ortak paydada anlaşmalarını sağlamaya çalışır. Görüşmeler çözümsüzlüğe doğru gidecek olur ise çözüm önerisi üretebilir. Uzlaştırımcı ise yeri geldiğinde fikirlerini de beyan eder, taraflara telkinlerde ve teşviklerde bulunabilir¹¹³.

Uzlaştırımcı olmak için mevzuat gereği hukuk fakültesi mezunu olma zorunluluğu olmamasına rağmen, arabulucu olabilmek için hukuk fakültesi mezunu olmak, arabuluculuk eğitimi ve sertifikası almak, arabuluculuk sınavında başarılı olmak gerekmektedir.

Arbuluculuk sürecindeki amaç, sadece uyuşmazlık konusu olayı çözüme kavuşturmak değil, taraflar arasında devam eden veya sonlanmış olan barış ortamını tüm hukuki

¹¹² EROL, s.71.

¹¹³ ERGİN, s.153.

ilişkiye yaymaktır. Fakat uzlaşma, daha çok mağdurun korunmasına yönelik bir çözüm yöntemidir¹¹⁴.

3. ARABULUCULUĞUN ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI İÇERİSİNDEKİ YERİ

3.1. Arabuluculuk

3.1.1. Genel Olarak

Arabuluculuğun tanımını tekdüze yapmak mümkün değildir. Her ülkenin uygulayıcıları tarafından kabul görmüş farklı arabuluculuk tanımlamaları yapmak mümkündür.

Adalet Bakanlığı tarafından uygulayıcı arabuluculara yönelik basılmış olan “Arabuluculukta Etkili Taraf Vekilliği” isimli rehberde arabuluculuk, “Tarafsız bir kişinin taraflara müzakere edilmiş bir anlaşmaya varmaları konusunda yardım sağladığı gönüllü, bağlayıcı olmayan ve özel bir uyuşmazlık çözüm sürecidir¹¹⁵.” şeklinde tanımlanmıştır.

Arabuluculuk, kişiler arası ilişkilerde ortaya çıkabilecek çatışma, anlaşmazlık veya uyuşmazlıkların çözümünün, doğrudan görüşme ya da kamu görevlisi veya değil, ancak sıfat, güç ve otoritesi ile vereceği kararın uygulama zorunluluğu olabilecekler dışında, bir üçüncü kişinin katılımı ile çözümdür¹¹⁶.

Başka bir tanımlama ile arabuluculuk, tarafsız üçüncü bir kişinin- arabulucunun, tarafları menfaatleri doğrultusunda yönlendirme ve taraflar arasında iletişim sağlama, açıklamada bulunma, ikna etme ve tarafları dinleme sureti ile üzerinde anlaşılan bir sonuca ulaşmak için müzakerede bulunmaya yönlendiren bir süreçtir¹¹⁷.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.36 gereğince her bir vatandaş Türkiye Cumhuriyet Mahkemelerinde davacı veya davalı olarak iddia ve savunmalarını ortaya koyar ve dava açma, savunma hakkından yararlanır. Bu anayasal bir haktır. Hukuk devletlerinde bu hak temel haklardandır. Dava açma hakkı hiçbir yasayla veya yönetmelikle kısıtlanamaz.

¹¹⁴ ELBEY, s.139.

¹¹⁵ GOODMAN, Andrew, Mediation Publishing, 3. Basımdan Çeviri, Arabuluculukta Etkili Taraf Vekilliği, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 2017, s.8.

¹¹⁶ EROL, s.18.

¹¹⁷ KALKAN, Onur, Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarında Yargı Dışı Çözüm Yöntemleri, Ankara 2019, s.56.

Her devletin hukuk sisteminde olduğu gibi Türk hukuk sisteminin temelinde de mahkemeler vardır. Dünya üzerinde mevcut ülkelerin neredeyse tamamında bireylerin hak aramalarının temel aracı mahkemelerdir.¹¹⁸ Mahkemeler önceden belirlenmiş hukuk kurallarına uyarak uyuşmazlığın çözümünü temin ederler. Hiçbir mahkeme kendisine başvurulmuş bir uyuşmazlığı keyfi olarak çözmekten kaçınmaz. Sadece verilen karar hak arayan kişiyi memnun etmeyebilir. Bu durumda bireylerin mahkemeler harici de çözüm yollarının olduğunu bilmesi gerekmektedir. Her hukuki ihtilafı devletin çözmesini beklemek fazla iyimser bir yaklaşım olacaktır.

Kısa bir süre önce faaliyete geçen istinaf sistemi ile Yargıtay'daki dosya birikiminin önüne geçmeye çalışılmıştır. Özellikle istinaf mahkemeleri ilk kuruldukları dönem itibari ile neredeyse bir ay kadar kısa bir süre içinde karar çıkartabilmekteyken, dosya sayılarının artması sebebi ile günümüz koşullarında İstinaf mahkemeleri artık daha uzun süren yargılamalar sonucu karar verebilmektedir. Her ne kadar İstinaf mahkemeleri ile Yargıtay'ın da yükü azaltılmaya çalışılmakta ise de Yargıtay'ın yükü azalırken İstinaf mahkemelerinin yükünün arttığını söylemek mümkündür.

21. Yüzyıl başlarında ülkemizde ve diğer ülkelerin de bazılarında mahkemelere alternatif olan sistemlerin en başında tahkim gelmektedir. Gün geçtikçe zorlaşan ekonomik şartlar, yargılama sürelerindeki uzamalar, ülkemizde bazı çözüm arayışlarına neden olmuştur. Arabuluculuğun ülkemizde kabulü de bu çözüm arayışlarının bir sonucudur.

İstinaf Mahkemeleri ile başlayan reform sürecinin bir diğer kolu arabuluculuk kavramıdır. Arabuluculuğun ülkemiz ile tanışması 26.03.2013 tarihinde yürürlüğe giren 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu¹¹⁹ (HUAK) ile gerçekleşmiştir¹²⁰. HUAK yanında aynı kanunun yönetmeliği de arabuluculuk uygulamalarına ışık tutmuştur¹²¹.

¹¹⁸ ILDIR, Uyuşmazlık, s.17.

¹¹⁹ HUAK, 22 Haziran 2012 yılında 28540 Sayılı Resmî Gazetede yayınlanan 6325 Sayılı kanun ile yürürlüğe girmiştir.

¹²⁰ ODAMAN, Serkan/KARAÇÖP, Eda, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.2018, S.39, s.44.

¹²¹ HUAKY, İlk olarak 26 Ocak 2013 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe girmiştir, 02 Haziran 2018 tarihinde ise değiştirilen yeni yönetmelik yürürlüğe girmiş ve 30439 Sayılı Resmî Gazete ile yayınlanmıştır.

Alternatif uyuşmazlık çözümü, mahkemelerin yargılama yapmasından farklı olarak ve mahkemelerin dışında kullanılan uyuşmazlık çözümlerinin genel adıdır. Alternatif uyuşmazlık çözümü mahkemeden tamamen arî olabileceği gibi, mahkemelerle bağlantılı da olabilir. Örneğin ABD’de alternatif uyuşmazlıkların mahkeme ile oldukça bağlantılı hareket ettiğini söylemek hata olmaz. Öyle ki bazı eyaletlerde adliye binaları içerisinde arabuluculuk yargılama yapmaksızın devlet eliyle gerçekleştirilmektedir¹²².

Arabuluculuğa değinmeden önce alternatif çözüm yolları arasında arabuluculuğun tarihinden daha eski bir geçmişi bulunan tahkimden kısaca bahsetmekte fayda vardır. Tahkim alternatif uyuşmazlık çözümleri içerisinde sık kullanılmış bir yöntemdir. Kısaca tahkim, tarafların aralarındaki çözümsüzlüğü devlet yargılaması yerine bağımsız hakemlerce çözmeye çalışmalarıdır. Devlet yargılamasına göre tahkimin kararlarının daha hızlı olduğu söylenebilir. Bir olumlu tarafı da tahkimde görevli hakemlerin konusunda deneyimli kişiler olmasıdır. Böylelikle önüne gelen uyuşmazlıkla alakalı olarak daha verimli ve daha doğru kararlar verilebilmektedir. Ancak tahkimin yargılamaya benzemesi, hâkim yerine hakemlerin karar veriyor olması, tahkim masraflarının yüksek olması, yaptırım özelliği taşıması gibi nedenlerle mahkeme yargısına çok alternatif olduğunu söylemek güçtür. Bu nedenle günümüzde tahkim artık bazı yazarlarca alternatif çözüm yolları arasında değerlendirilmemeye başlanmıştır¹²³.

Arabuluculuk tarafları buluşturarak ve görüştürerek anlaşmalarını sağlayan etkili bir alternatif çözüm yöntemidir¹²⁴. Üçüncü kişi konumundaki arabulucu tarafları bir araya getirmede etkili rol oynar. Arabulucu karar vermez¹²⁵. Arabulucu iki veya daha fazla tarafı masada tutarak uzlaşma ortamı oluşturur. Arabulucu, belki de tarafların bilinçaltında mevcut olan fakat ortaya çıkmamış görüş ve önerilerin ortaya çıkması için açık ve kapalı uçlu sorular sorar ve istişare ortamı yaratır. Taraflar mahkemede olmadığı kadar derinlemesine düşünme fırsatı bulur.

Arabuluculuk tarihi bundan dört bin yıl öncesine dayanmaktadır. Günümüz arabuluculuk temellerinin atıldığı yerin Mezopotamya olduğu bilinmektedir. Mezopotamya’da yaşamış Sümerliler tarihte bilinen ilk arabuluculuk

¹²² ILDIR, Uyuşmazlık, s.26.

¹²³ DÜR, s.48- 49.

¹²⁴ ILDIR, Uyuşmazlık, s.88.

¹²⁵ HIZIR ASRAV, s.81.

uygulayıcılarıdır¹²⁶. Tarihi gelişim sürecinde Sümerlileri, Roma imparatorluğunun ve daha sonra Çin imparatorluğunun takip ettiğini görmekteyiz. Amerika Birleşik Devletleri'nde ilk olarak 1913 senesinde işçi ile işveren arasında meydana gelen uyuşmazlıklarda uygulandığı söylenebilir¹²⁷. Günümüzde ise ABD'de neredeyse tüm uyuşmazlıklar arabuluculuk yöntemi ile çözülebilmektedir.

3.1.2. Arabuluculuğun Tanımı

Arabuluculuk latince “Mediare” kelimesinden türetilmiştir. Latince “ikiye ayırmak” anlamı taşımaktadır¹²⁸. Almanca ve İngilizcede “Mediation” olarak tabir edilmektedir. Kelime latince özünden türetilmiştir. Günümüz Kıta Avrupa'sında ve Amerika Birleşik Devletleri'nde Arabulucunun karşılığı “Mediator” olarak kullanılmaktadır. Bu tanım ise “To Mediate” Türkçesi “Aracılık Etmek” sözcüğünden türetilmiştir¹²⁹.

Kanun koyucunun izah ettiği şekliyle 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 halinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi” şeklinde tanımlanmaktadır¹³⁰ (HUAK m. 2/b).

Bir başka tanımla arabuluculuk; “Uyuşmazlık yaşayan tarafların uyuşmazlığa düşmüş oldukları hususta anlaşmaya varabilmeleri açısından üçüncü bir kişi ile müzakere başlaması, uzlaşmaları veya birbirlerini anlamaları için iletişimi kolaylaştıran üçüncü bir kişi tarafından masaya oturması”¹³¹ olarak açıklanabilir. Arabuluculuğun bunun gibi birçok yazar tarafından yapılmış tanımlaması mevcuttur¹³².

¹²⁶ COŞAR, Vedat, Ahsen, Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı, Ankara 2011 s.7, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/436-d.pdf>-Erişim 13.12.2019-.

¹²⁷ COŞAR, s.8.

¹²⁸ BAYRAKTAR, Muratcan, Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk, İstanbul Barosu Dergisi, Y.2015, C.89, S.4, s.152.

¹²⁹ BAYRAKTAR, s. 152.

¹³⁰ RUHİ/ŞAHİN/ÇELİK, s.17; BERKHAN, Arabuluculuk, s.11; ATALI/ERMENEK, s 399.

¹³¹ ÖZBEK, Alternatif, s.592.

¹³² EKLER, Çağdaş, Fikri Mülkiyet Hukuku Uyuşmazlıkları ve Arabuluculuk, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013, s.58; GÖRKEM, s.4; BERKHAN, İhsan, Fikri Mülkiyet ve Arabuluculuk, İstanbul Barosu Dergisi, Mayıs- Haziran 2019, C.93, S.2019-3, s.173; HÜR, Ali Turan, Ticari Davalarda Arabuluculuk, İstanbul Barosu Dergisi, Ocak- Şubat 2019, C.93, S.2019- 1, s.280; KOÇYİĞİT/BULUR, s.14; GÖRKEM, s.5.

Arabulucu, “Tarafları aynı masada buluşturmayı ve müzakere etmeyi sağlayan kişidir¹³³”.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun yürürlüğe girdiği 2013 yılında, ilgili tanımda “arabulucunun çözüm önerisi getirmesi” ibaresi yoktu. Arabulucunun çözüm önerisi sunamaması, bazı durumlarda arabuluculuk görüşmelerinin içinden çıkılmaz bir hal almasına neden oluyordu. Kanun koyucu uygulamadaki bu sorunu tespit ederek, 2017 yılında çıkarttığı kanunla¹³⁴ düzeltildi. Tabi bu değişiklik arabulucunun önüne gelen her uygulamada çözüm önerisi getirmesi şeklinde yorumlanmamalıdır. Arabulucu önüne gelen olayın önce çözümünü tarafların kendisine bırakmalıdır. Ancak içinden çıkılmaz hal aldığı veya görüşmeler çözümsüzlüğe doğru gidecek olur ise o zaman devreye girerek aklındaki çözüm önerisini her iki tarafa da açıklamalıdır.

Arabulucu hakem veya hâkim değildir. Karar vermez, bilirkişi değildir hesaplama yapmaz¹³⁵. Dolayısı ile arabulucu her iki tarafa da yakın olması ve dengeyi iyi sağlaması gerekmektedir. Dikkat edileceği üzere kanun koyucu “Tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde” cümlesi ile aslında görüşmelerin bir noktada kilit hal alması ve tarafların kesinlikle içinden çıkamaması halinde arabulucunun devreye girerek çözüm önerisi getirebileceğini söylemiştir.

Çözüm önerisinin ne olması gerektiği konusunda bir açık düzenleme yoktur. Kanun koyucu öneriyi arabulucuya bırakmıştır. Öneride bulunan arabulucu kanaatini bildirir nitelikte öneri sunmaktan kaçınmalıdır. Kanaat bildiren, “Bence sen haklısın!”, “Maaş alacağından vazgeçmelisin!”, “Siz malı teslim ettiğinizi ispatlayamadınız!” gibi cümlelerden kaçınmalıdır. Aksi durumda ilerleyen kısımda göreceğimiz tarafsızlık ilkesi zedelenecektir.

Mahkemeye giden bir uyuşmazlık hâkimin kararına bağlı iken, arabuluculuk yönteminde taraflar kendi kararlarını kendileri verirler¹³⁶. Arabulucu aslında tarafları bir araya getirerek onların kendi çözümlerini kendileri bulmalarına yardımcı olur, onların içinde kalan hislerini ve karşı tarafa söylemek istediklerini söylemelerini sağlayacak

¹³³ DOĞAR, s.42; BERKHAN, Arabuluculuk, s.9.

¹³⁴ 12.10.2017 Tarih ve 7036 Sayılı Kanun 17. maddesi.

¹³⁵ CEYLAN ŞAHİN, s.298.

¹³⁶ DÜR, s.13.

ortam oluřtur. Menfaatlerinin ne olduđunu dűşündürür. Belki de aklına gelmeyen sonuçların ortaya çıkabileceđini onlara gösterir¹³⁷.

Arabuluculuk, alternatif çözüm yolları içinde en sevilen ve en çok kullanılanıdır. Bünyesinde diğer çözüm metotlarının her birinden bir alıntı vardır¹³⁸. Taraflar arası diyalog en çok arabuluculukta vardır. Uyuşmazlıkların ana temeli, tarafların bir araya gelmeden ve birbirini anlamadan birbirine dava açmasıdır. İşte arabuluculuk temelde yatan bu iletişim sorununu çözmeyi hedefler. İletişimi kuvvetlendirerek tarafları sorunu çözebilecekleri yönde cesaretlendirir.

Arabuluculuk sayesinde taraflar bir araya gelerek arabulucu çatısı altında iradelerini de ortaya koyarak anlaşmazlıklarını çözerler¹³⁹.

3.1.3. Arabuluculuğun Temel İlkeleri

3.1.3.1. İradilik

Kanun koyucu arabuluculuğa ilişkin temel ilkeleri üç ana başlıkta incelemiştir. Bunlar iradilik ve eşitlik, gizlilik ve son olarak da beyan ve belgelerin kullanılmaması şeklindedir (HUAİK, m. 3,4,5).

Arabuluculuğun iradi olması, tarafların arabulucuya başvurma, süreci ilerletme, süreci sonlandırma konularında tamamen kendi iradelerini ortaya koymalarını ifade eder¹⁴⁰. Bu hususta dava şartı arabuluculuk hükümleri müstesnadır (HUAİK m.18/A).

Arabuluculuk sürecinde taraflar çok büyük rol sahibidir. Örneğin diğer alternatif çözüm yollarından tahkimde taraflar haricinde bir üçüncü kişi olan hakem, tarafların uyuşmazlığı ile alakalı bir karar verir ve bu karar tarafları bağlayıcıdır. Fakat arabuluculukta arabulucu ortaya kendi fikrini ve iradesini ortaya koymaz. Tamamen tarafların iradesi sürece hakimdir. Zaten iyi bir arabulucu taraflardan çok süreçte öne çıkmamalı, tarafların fikirlerini meydana koymasına ve içindekileri dökmesine yardımcı olmalıdır.

Dava şartı arabuluculuğa tabi bir uyuşmazlık söz konusu ise dava açmaya hazırlanan taraf iradesi ile arabulucuya başvurmaktan kaçınamaz. Mutlaka arabulucuya

¹³⁷ şAHİN CEYLAN, s.299.

¹³⁸ TAşPOLAT TUĞSAVUL, Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Ankara 2012, s.21.

¹³⁹ AZAKLI ARSLAN, s.27.

¹⁴⁰ KOÇYİĞİT/BULUR, s.17.

başvurmalıdır. Fakat, dava şartı arabuluculuk iradi değildir demek hata olur çünkü konusu dava şartı arabuluculuğa tabi bir uyuşmazlık hakkında sadece arabulucuya başvuru yapmak ve son tutanağı belgelemek zorunludur.

İradilik ilkesi ile dava şartı arabuluculuk uygulamasının arasındaki bağla alakalı olarak bazı kesimler dava şartı arabuluculuk uygulamasının iradilik ilkesi ile bağdaşmadığını ileri sürmüşlerdir¹⁴¹. Dava şartında sürece katılmak zorunlu değildir. Dava şartı bir uyuşmazlıkta başvuran, başvurudan sonra hiçbir toplantıya katılmayabilir. Toplantılara katılmak zorunlu değildir. Toplantılara katılmanın sadece ilerde açılacak davadaki yargılama giderlerinin kimin ödeyeceği ile alakalı önemi vardır. Arabulucu, başvuru sonucu toplantılara kimin katıldığı, katılan yoksa neden katılan olmadığını hazırlayacağı son tutanak ile belgelerir. Ancak arabuluculuk şartı yerine getirilmiştir.

Dava şartı arabuluculukta tarafların zorunluluğu, sadece arabuluculuk başvurusunu adliyeler bünyesinde kurulmuş olan adliye arabuluculuk bürolarına yapmaktır. Arabuluculuğun dava şartı olmasını hukuka aykırı bulan bu görüşler, başvuru yapılmasında dahi insanlara bunun zorunluluk olarak getirilemeyeceğini ileri sürmüşlerdir. Arabuluculuğun alternatif bir çözüm yolu olması sebebi ile alternatif bir çözüm yolunun dayatma ile hayatımıza alınmasının hukuka ve Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Kanaatimizce dava şartı arabuluculuk uygulaması, arabuluculuğun iradi olması ilkesi ile çatışmaz. Neticede taraflar iradeleri ile her zaman masadan kalkar ve arabuluculuğu noktalar. Kanun koyucu arabuluculuk uygulamasının tanınması ve bu konuda ön yargıların yıkılması adına bir kısım uyuşmazlıklar için dava açılmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğu getirmiştir. Başvuru sonrasında taraflar tamamen özgürce istediği an ve dakika arabuluculuktan çekilir. Kanun koyucu sadece başvurucunun aşırı isteksiz olmaması adına ilk oturumda mazeretsiz katılmayan taraf için bir yükümlülük yüklemiştir (HUAK m. 18/A- 11). Bunun haricinde süreci taraflar yönetir.

Ayrıca bu konuda da Anayasa Mahkemesine dava şartı arabuluculuğun Anayasal hak ve özgürlüklere ve özellikle de dava hakkına aykırı olduğu gibi başvurularda bulunulmuş ise de Anayasa Mahkemesi tüm bu zorunlu arabuluculuk konulu başvurularda dava şartı

¹⁴¹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI s.27; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.127.

arabuluculuğun Anayasaya ve temel hak ve özgürlüklere aykırı olmadığı kararını vermiştir¹⁴².

3.1.3.2. Eşitlik

HUAK m.3/2 “Taraflar gerek arabulucuya başvurmada gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler”. Arabuluculuğun temelinde yatan herkese eşit mesafede durma prensibinin taraflara da yansıdığını görmekteyiz. Neticede mahkemeler önünde eşit olan, adil yargılanma hakkına sahip bulunan bireylerin özgür iradeleri ile girdikleri bu süreçte eşit olmayacaklarını beklemek haksızlık olur¹⁴³. Arabuluculukta tarafların konumu, kişilikleri, kurumsal değerlerin süreç boyunca sahip olacağı haklara yansımaları yoktur.

Eşitlik ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkı, adil yargılanma hakkı ile uyum içindedir.¹⁴⁴ Arabulucuda müzakereler süresinde eşitliğe dikkat etmesi gerekir (HUAK m.9/3). Eşitliğini bozan bir arabulucunun başarıya ulaşması mümkün görünmemektedir. Arabulucu taraflar üzerinde diğer tarafa daha yakın davranıyormuş hissi bırakmamalıdır. Neticede tarafların çözüme olan inancı kırılırsa ve eşitlik ilkesi zedelenirse o müzakereden sonuç beklemek anlamsız olacaktır. Bu anlamda taraflarca arabulucunun kendilerine eşit yaklaştığının hissedilmesi önemlidir¹⁴⁵. Arabulucunun yeri geldiğinde taraflardan daha güçsüz görünen tarafa biraz daha fazla soru sorması veya yardımcı olması eşitliği zedelemesiz¹⁴⁶. Arabuluculuk görüşmesine taraflardan biri birden fazla avukat ile katılmışken diğer tarafta avukat tutmaya gücü olmayan tek başına toplantıya katılan bir taraf olabilir. Bu durumda arabulucunun her ikisine aynı şekilde yaklaşması, eşitliği koruduğu anlamı taşımaz. Bu gibi durumlarda arabulucu

¹⁴² Anayasa Mahkemesi’nin 10.07.2013 Tarih ve 2012794 Esas – 2013/89 Karar sayılı kararı, 25.01.2014 Tarih ve 28893 Sayılı RG, “Anayasanın 141. Maddesine göre davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlanması yargının görevidir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirmesi zorlaştıkça yargının iş yükünün azaltılması, adalete erişimin kolaylaştırılması ve usul ekonomisi gibi çeşitli nedenlerle yargıya ilişkin anayasal kuralların etkinliğinin sağlanması bakımından gerekli görülmesi durumunda uyumsuzlukların çözümünü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yasama organının taktir yetkisi içerisinde. Alternatif uyumsuzluk çözüm yollarına başvuru zorunluluğu, bu yolları sadece kişilerin hak aramalarını imkânsız hale getirmek amacıyla oluşturulmuş etkisiz ve sonuçsuz yöntemler olmadığı sürece hak arama özgürlüğüne aykırı kabul edilemez.”

¹⁴³ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.134.

¹⁴⁴ DÜR, s.262.

¹⁴⁵ ARSLAN, s.55.

¹⁴⁶ ÖZBEK, Alternatif, s.713.

avukatı veya avukatları ile gelen tarafa belki olayı anlatma gereği duymayacakken, diğer tarafa daha çok bilgi verme gerekliliği hissedebilir¹⁴⁷.

Temelde mahkemelerde görülmekte olan davalarda da tarafların eşit olduğunu söylemek elbette mümkündür. Fakat eşitlik, arabuluculuk ve mahkeme dosyası açısından farklılıklar gösterir. Yargılamada eşitlik denilince, “silahların eşitliği” ilkesi uyarınca mahkemede eşit bir şekilde temsil, eşit hukuki koruma ve savunma söz konusuysa, arabuluculuk uygulamasında eşitlik, süreci aynı seviyede götürüp her iki tarafın tartışabilme ve taleplerini ortaya koyabilme anlamı taşımaktadır¹⁴⁸.

3.1.3.3. Gizlilik

a. Genel Olarak

Gizlilik, arabuluculuk başlangıcından bitişine kadar hatta bitişinden sonraki zaman sürecinde dahi dışarıya kapalı ve aleni olmamayı ifade eder¹⁴⁹. Dava yargılaması nasıl ki herkesin erişimine açık ve aleni ise arabuluculuk da bir o kadar gizlidir. Gizlilik denilince arabuluculuk toplantı davetinden başlayıp, toplantının gerçekleşmesinin gizli olması, toplantıda sunulan belgelerin gizli olması, toplantı sonunda tutulan tutanağın gizli olması gibi hususların tamamı akla gelmektedir. Gizlilik asıl olmakla birlikte, taraflar dilerse bu durumun aksini kararlaştırabilirler¹⁵⁰(HUAK m. 4/1). Yani taraflar dilerse toplantıda kullanılan belgelerin, anlaşma metninin diğer üçüncü kişilerle paylaşılmasını mümkün hale getirebilirler.

Taraflar arabuluculuk sürecinde son derece rahat hareket etmesi gerekmektedir. Arabuluculuk süreci boyunca birbirlerine karşı ileri sürdükleri teklifleri, önerileri, sundukları özel belgeleri ilerde anlaşma olsun veya olmasın hiçbir yerde dile getirmemeleri ve anlatmamaları gerekmektedir. Arabulucu da aksi karar verilmedikçe gerek kendisine verilen gerekse kendisinin temin ettiği bilgi ve belgeleri gizli tutmakla mükelleftir¹⁵¹.

¹⁴⁷ KOÇYİĞİT/BULUR, s.18.

¹⁴⁸ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s.28.

¹⁴⁹ TIKTIK YAZICI, Çiğdem, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013, s.35.

¹⁵⁰ KOÇYİĞİT/BULUR, s.19.

¹⁵¹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s.30.

Gizliliğin içerisinde sır saklama yükümlülüğü de bulunmaktadır¹⁵². Gizlilik ilkesi, taraflarca yapılacak arabuluculuk sözleşmesi ile aksi kararlaştırılabilen bir ilkedir. Yani taraflar kendi aralarında düzenleyecekleri arabuluculuk sözleşmesinde tutanakların, sunulan bilgi ve belgelerin her türlü paylaşılmasının gizlilik ilkesi ihlali olmayacağını kabul edebilirler¹⁵³. Ana kuralı değiştirebilirler.

Gizlilik ilkesinin çoğu olayda arabuluculuğu teşvik edici bir özelliği de vardır. Gizlilik sayesinde arabuluculuk konusu olay üçüncü kişilere yansımadan halledilmiş olur. Örneğin, ürettiği malda ayıplı üretim sebebi ile tazminat davası ile karşı karşıya kalmış olan bir üretici, ayıp sebebi ile mağdur olan tarafa tazminat ödemesinin yapılması halinde bu ödemenin başkalarının duyulmasını istemeyebilecektir. Oysa ki mahkeme yargılamasını seçmiş olsa, hem üretimden ötürü mahkeme kararı ile müşterisine tazminat ödemek zorunda kalacak hem de yargılama aleni olduğu kendisine karşı açılacak tazminatları ile karşı karşıya kalacaktır.

Gizlilik prensibi, sadece arabulucu için değil toplantıya katılan herkes için geçerlidir¹⁵⁴. Hatta arabuluculuk tutanaklarının düzenlenmesinde yardımcı dokunan ofis sekreterleri ve katipleri için de geçerlidir. Çünkü neticede mevcut gizli belgelerin ofis sekreteri tarafından başka birine aktarması geri dönüşü mümkün olmayan hasarlara neden olabilir.

Arabulucu taraflarla, süreç devam ederken toplantının başında yahut toplantıyı başlattıktan sonra görüşmelerin çıkılmaz hal alması gibi bir zamanda ayrı ayrı görüşme yapabilir (HUAK, m.8). Tabi bu durumda arabulucu gizliliği iyi korumalıdır. Örneğin taraflardan birinden öğrendiği bir sırrı diğer tarafa aktarması, ağzından kaçırması, dedikodu gibi anlatması tamamen gizlilik ihlalidir. Bir taraftan edindiği bilginin ne derece diğer tarafa aktarılmasını istediğini görüme yaparken sorması gerekmektedir¹⁵⁵.

Kanun koyucu gizliliği ihlal eden her kim olursa olsun bu ihlal sebebi ile kusuru bulunan tarafa altı aya kadar hapis cezası verilmesini öngörmüştür¹⁵⁶. Burada en önemli husus hukuken korunan menfaati tarafların, arabulucunun veya herhangi bir üçüncü

¹⁵² TIKTIK YAZICI, s.52.

¹⁵³ TIKTIK YAZICI, s.58.

¹⁵⁴ DÜR, s.275.

¹⁵⁵ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s.30.

¹⁵⁶ HUAK m. 33: (1) Bu kanunun 4. Maddesindeki yükümlülüğe aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Bu suçun soruşturması ve kovuşturması şikâyete bağlıdır.

kişiden koruyabilmektir. Örneğin özel arabuluculuk merkezlerinde genellikle arabuluculuk sürecini yöneten asistanlar ve bir sekreteryaya bulunmaktadır. Mevcut dosyada arabulucu haricinde, arabuluculuk için görevlendirilmiş görevli personellerin de tutanakların içeriklerini görebilmeleri ihtimal dahilindedir. Kötü niyetli bir personelin ilgili anlaşmayı başka kişilere anlatması hayatın akışında rastlanabilecek bir durumdur. Bu yüzden arabuluculuk görüşmelerine katılan personelin mümkün olduğunca arabuluculuk içeriğinden haberdar edilmemesi gizliliği korumak açısından önemlidir.

26.01.2013 Tarihli HUAKY m.6/2'de "arabuluculuk faaliyeti esnasında fotoğraf çekilemez, ses ve görüntü kaydı yapılamaz" şeklindeki düzenleme, 02.06.2018 tarihli HUAKY m.6 içerisinde bulunmamaktadır. İlgili maddenin kaldırılması, toplantıların kayıt altına alınabileceği anlamını taşımaz. Şayet taraflar isterse gizlilik ilkesini kaldırabileceği için kayıt alınmasını her iki taraf isterse kayıt altına da alınabilir.

b. Beyan ve Belgelerin Kullanılmaması

Kanun koyucu beyan ve belgelerin kullanılmaması konusunu, gizlilik maddesinden ayrı bir madde ile hüküm altına almıştır. Beyan ve belgelerin korunması ile gizlilik aynı amaca hizmet etmektedir. Taraflar genelde eline farklı bir şekilde geçen bilgi ve belgeleri kendi lehine kullanmak isteyebilmektedir. Bu gibi bir durumda müzakereler de beklenen faydayı sağlayamayacaktır.

Taraflar, arabulucu ve arabuluculuğa katılanlar da dahil olmak üzere arabuluculukla alakalı hukuk davası açıldığında, arabuluculukta ileri sürülen bazı beyan ve belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz (HUAK m.5). Bu belgeler, taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya taraflardan birinin katılma isteği, arabuluculuk süresince taraflarca yapılan teklifler ve görüşler, ileri sürülen vaka ve iddianın kabulü, sadece arabuluculuk sebebi ile hazırlanan belgeler. Bu belgelerin yazılı olup olmaması da önemli değildir.

Bu bilgi ve belgeler taraflarca delil olarak kullanılmadığı gibi, bu bilgi ve belgelerin içeriği mahkeme tarafından açıklanmaya zorlanamaz¹⁵⁷. Bununla birlikte bir belge,

¹⁵⁷ EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/SEVEN, Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Basım, İstanbul 2019, s.36.

şayet arabuluculuk görüşmesi olmasaydı da bir hukuk davasında ileri sürülebiliyorsa, sadece arabuluculukta kullanılmış olması belgenin kullanımını engellemez¹⁵⁸.

3.1.4. Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri

3.1.4.1. Arabulucunun Hakları

a. Arabuluculuk Unvanını Kullanma Hakkı

HUAK m. 6/1 Uyarınca arabuluculuk siciline kayıtlı olan arabulucular “arabulucu” unvanını kullanma hakkına sahiptirler. Ayrıca bu bir hak olduğu kadar aynı zamanda bir yükümlülüktür¹⁵⁹ (HUAK m. 6/2).

Arabuluculuk unvanı dışında Adalet Bakanlığı, bazı alanlarda uzaman arabulucuların görevlenmesini uygun görmüştür. Şu an uygulamada sadece işçi ve işveren uyuşmazlıklarında uzman arabuluculuk yürürlüktedir. Bu uzmanlıkların ne zaman ve hangi alanlarda açılacağını Adalet Bakanlığı belirlemektedir.

Ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğun gelişebilmesi için mutlaka uzmanlık getirilmelidir. Uzman olabilmek için belirli saat tanımlanmış olan eğitimlere katılıp sertifika almak gerekmektedir. Kanaatimizce Adalet Bakanlığının, ticaret hukukuna giren uyuşmazlıkları daha verimli çözebilmek adına ticari uyuşmazlıkları sınıflara ayırması ve her bir sınıflandırma için ayrı uzmanlık getirmesi gerekmektedir. Kanaatimizce uzmanlık alanlarının, Sigorta, Banka, İnşaat, Spor, Kıymetli Evrak ve Sağlık Hukuku gibi sınıflandırılması, uygulamada arabulucuların ticari uyuşmazlıklarındaki bilgi eksiklikleri sebebi ile yaşanan sorunları azaltacaktır.

b. Ücret ve Masraf İsteme Hakkı

Arabulucunun ücret ve masraf isteme hakkı HUAK m. 7/1 ‘de düzenlenmiştir. Maddeye göre, arabulucu yapacağı görev için ücret ve masraf isteyebilir. Bununla birlikte avans da talep edebilir¹⁶⁰.

Bu ücretin sebebi, süreci yönetme, uygun ortam ve mekân ayarlama, tarafları ortak paydada buluşturma ve diğer yükümlülüklerinin karşılığıdır¹⁶¹. Arabulucu, taraflarla

¹⁵⁸ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.36.

¹⁵⁹ DÜR, s.398; ATALI/ERMENEK, s.398.

¹⁶⁰ ÖZBEK, Alternatif, s.1223; KOÇYİĞİT/BULUR, s.24; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s.58; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.148.

¹⁶¹ DÜR, s. 399.

oturum başında ücret sözleşmesi de imzalayabilir. Bu sözleşme arabulucunun ücret ve masraf almasını daha sağlamlaştırmaktadır. Ücret sözleşmesi zorunlu değildir. Arabulucunun ücretinin doğumu kanundan kaynaklandığı için sözleşme yapmamış olmasa dahi AAÜT uyarınca asgari ücreti alma hakkı vardır. Fakat arabulucu asgari ücret tarifesi üstünde de ücret kararlaştırmış olabilir. Bu durumda sözleşme yapmaması halinde asgari tarife üstündeki ücreti ispatlaması oldukça zordur.

Arabuluculuk ücretinin alt sınırını her sene yenilenen Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi belirlemektedir¹⁶². Tarifenin birinci kısmında, konusu para olmayan anlaşmazlıklar için belirli bir saat ücreti tarifesi yer almaktadır. Tarifenin ikinci kısmında ise konusu para olan alacaklarda alacak rakamı üzerinden, anlaşma rakamı arttıkça azalan oranda seyreden yüzde usulü ücret tarifesi yer almaktadır. Arabuluculuk ücretinin –konusu para ile ölçülebilen uyuşmazlıklarda – başlangıç oranı anlaşmaya konu rakamın %6’sıdır. Taraflar şayet aksini kararlaştırmamışlarsa bu oranı eşit şekilde öderler (HUAK m. 7/2).

AAÜT m.4 gereği, tarafların arabuluculuk ile anlaşmaları, anlaşamayıp da arabuluculuğun devam ettirilmesinde fayda sağlamadığının anlaşılması, taraflardan birinin arabuluculuktan çekildiğini arabulucuya ve karşı tarafa bildirmesi veyahut tarafların her ikisinin de anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmeleri sebebi ile arabuluculuğun sonlanması halinde arabulucu tarifede belirlenen ücrete hak kazanır. Aynı zamanda taraflardan birini ölmesi ve iflas etmesi de aynı sonucu doğurur.

Bunun yanında AAÜT m. 5’ e göre arabuluculuğun herhangi bir sebeple konusuz kalması, kabul, sulh gibi arabuluculuk haricinde bir şekilde arabuluculuğun sonlanması halinde de yine arabulucu ücrete hak kazanmaktadır.

Arabulucunun sayısı birden fazla olabilir. Yasal olarak bir engel yoktur. Şayet konusu para ile ölçülemeyen bir uyuşmazlık ise her bir arabulucuya ayrı ayrı ücret ödenir¹⁶³ (AAÜT m. 3/2). Fakat konusu para ile ölçülebilen uyuşmazlıklarda ödenecek ücret arabulucu sayısına bölünür (AAÜT m. 3/3).

Dava şartı arabuluculuk uygulamasında anlaşma durumunda arabulucu ücretini taraflardan almaktadır. Fakat anlaşamama durumunda Adalet Bakanlığı tarafından

¹⁶² OĞUZ, Özgür, Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, İstanbul 2019, s.46; KOÇYİĞİT/BULUR, s.24.

¹⁶³ ÖZBEK, Alternatif, s.1223.

AAÜT’de tanımlanmış iki saat ücret miktarı karşılığı arabuluculuk ücreti ödenir. Şayet toplantılar iki saati aşmış ise arabulucu, taraflardan iki saati aşan kısmın saat ücretini istemeye hak kazanır. Bu istisna durum dışında dava şartı arabuluculuk atamasında arabulucunun masraf veya avans istemesi yasaklanmıştır. Bu tarz kötü niyetli uygulamalar karşısında arabulucunun, uyarma, kınama ve arabuluculuk sicilinden silinmesine kadar gidecek yaptırımların uygulanacağını öngörmesi gerekir.

Arabulucunun asli görevi arabuluculuk faaliyetini başından sonuna kadar layık olduğu şekilde yönetmektir. Bu nedenle birtakım kişilere aracı olmak, bazı tavsiyelerde bulunmak gibi davranışları sebebi ile ayrıca bir ücret talep edemez¹⁶⁴.

Dava şartı arabuluculuk vasıtası ile gelen bir arabulucu görevlendirilmesinde karşı tarafça yetki itirazında bulunulabilir. Bu durumda arabulucu derhal arabuluculuk dosyasını yetki itirazını belirtir bir dilekçe ile bağlı bulunduğu Sulh Hukuk Mahkemesi Hakimliği’ne sunar. Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından yetki konusunda kabul kararı verir ve yetkisiz olduğu kararı verirse bir hafta içerisinde yetkili komisyona başvuru yapılması gerekir. Yetkisiz büroya başvuru tarihi, yetkili büroya başvurma tarihi olarak kabul edilir. Bu hususta ücretle alakalı bir durumu belirtmek gerekir. Şayet yetkisizlik kararı verilecek olursa dahi HUAKY m. 25 gereği arabulucu ücrete hak kazanır. Şayet Sulh Hukuk Mahkemesi yetki itirazını reddedecek olur ise arabuluculuk görüşmelerine kalındığı yerden devam eder. Süreler yeni görev tarihinden itibaren işlemeye başlar.

c. Taraflarla Özel Görüşme Hakkı

Arabulucu, görevlendirildiği uyuşmazlığı anlaşmayla sonuçlandırmak adına her iki taraf ile toplantı öncesinde veya sonrasında özel görüşmeler yapabilir¹⁶⁵ (HUAK m.8/1). Bu görüşmelere şayet tarafların yetkilendirdiği avukatları var ise onlar da katılabilir.

Arabulucu, özel görüşmelerde edindiği bilgiyi olduğu gibi diğer tarafa anlatmamalı, mutlaka görüşme yaptığı kişiye bu bilginin ne kadar paylaşılmasını istediğini sormalıdır. Görüşme yaptığı taraf bu bilginin aktarılmasında mahsur görmüyor ise o zaman aktarmalıdır. Ayrıca taraflar özel görüşmelere, işin durumuna göre alacak ile alakalı bir talep mevcutsa, muhasebe ve defter kayıtlarını, şayet tazminat gibi bir talep

¹⁶⁴ OĞUZ, s.46.

¹⁶⁵ KOÇYİĞİT/BULUR, s.26; DÜR, s.416; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN s.67.

mevcutsa, buna dayanak olacak raporları ve belgeleri getirebilir. Arabulucu dilerse bundan bir suret alıp dosyasına koyabilir.

d. Arabuluculuk Bürolarından ve Kamu Kurumlarından Bilgi ve Belge İsteme Hakkı

Arabulucular elektronik alt yapısı tamamlanmış kurum ve kuruluşlardan bilgi ve belge alışverişini elektronik ortamdan talep edebilirler (HUAKEY m. 17/10). Bazı yazarlar kanun koyucunun getirdiği bu yeniliği eleştirel yaklaşarak bu durumun arabuluculuğun gizlilik ilkesine aykırı olabileceği için eleştirmiştir¹⁶⁶.

Bunun yanında arabulucular, sadece elektronik ortamda da değil, adliye içlerinde kurulmuş arabuluculuk bürolarından taraflara ait iletişim bilgilerini edinme hakkında sahiptir (HUAKEY m.24/3).

3.1.4.2. Arabulucunun Yükümlülükleri

a. Arabuluculuk Siciline Kaydolma ve Aidat Ödeme Yükümlülüğü

Arabulucu olabilecek kişilerin başvuru şartları, sicile kaydı, sicilden silinmesi gibi düzenlemeler HUAK m. 19-21 arasında düzenlenmiştir. Arabulucular görevlerini yapabilmeleri için Adalet Bakanlığı bünyesinde hazırlanan sicile kaydolması gerekmektedir¹⁶⁷.

Arabuluculuk siciline kayıta giriş aidatı ve her sene verilen yıllık aidat alınmaktadır¹⁶⁸ (HUAK m. 12/1). Aidatlar Maliye Bakanlığına ödenir ve bütçeye gelir kaydedilir.

Arabuluculuk siciline kaydolmak için öncelikle arabulucu olmak gerekmektedir. Arabulucu olabilmek için; Türk vatandaşı olmak, meslekte minimum beş yıl¹⁶⁹ kıdeme sahip olmak, hukuk fakültesi mezun olmak, tam ehliyetli olmak, kanunun belirttiği suçlardan birini işlememiş olmak (HUAK m. 20/2 (ç)), terör örgütleri ile irtibatlı

¹⁶⁶ DÜR, s. 418; OĞUZ, s.49.

¹⁶⁷ KOÇYİĞİT/BULUR, s.31; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s.59.

¹⁶⁸ KOÇYİĞİT/BULUR, s.31.

¹⁶⁹ HUAK m. 20/2 (b) Gereği meslekten kast edilen sadece avukatlık olarak algılanmamalıdır. Hukuk Fakültesinden mezun olduktan sonra hukuk alanı dışında da olsa kıdem olarak şartları sağlamak yeterli sayılmıştır. Bu konuda Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın internet sitesinde "Soru ve Görüş Önerileriniz" başlığı altında, bahsedilen beş yıllık kıdem hesabına hangi meslek/mesleklerin dahil edileceği sorusuna Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı şu şekilde cevap vermiştir: "Yönetmelikte geçen 5 yıllık mesleki kıdeme sahip olma sadece avukatlık mesleği için aranan bir şart değildir. Hukuk fakültesi mezuniyeti ve herhangi bir meslekte 5 yıllık kıdeme sahip olmak aranan bu şart için yeterlidir. Farklı mesleklerde geçen süreler, 5 yıllık mesleki kıdem hesabında dikkate alınacaktır".,

http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/soru_gorus_oneriler/index.html -Erişim 15.12.2019-.

olmamak, arabuluculuk eğitimini tamamlayarak yazılı sınavı başarı ile geçmek¹⁷⁰ gerekmektedir. Bu şartları yerine getiren arabulucu sicile kayıt olur ve arabuluculuğa başlayabilir.

Kanun koyucu “beş yıllık kıdem” şeklinde bir tabir kullanmıştır. Fakat kanun maddesinde kıdemin hangi alanda geçirilmiş olduğu konusunda bilgi vermemiştir. Fakat maddenin lafzından anlaşıldığı üzere kıdemin hangi alanda yapıldığı noktasında bir kısıtlama getirmemiştir. Hukuk mezunu olduktan sonra beş yıl esnaf işletmesi işleten bir hukukçuda, hukuk fakültesinden mezun olduktan sonra mimarlık fakültesi bitirerek mimarlık yapan bir mimar da arabuluculuk için kriteri sağlamış olacaktır. Örnekleri çoğaltmak mümkündür.

Arabulucu sicile kaydolduktan sonra arabulucu portal üzerinden giriş yaparak sistem üzerinden iş hukukunda veya ticaret hukukunda ya da her ikisinde görev almak istediği komisyonlardan birini seçerek dava şartı arabuluculukta görev alabilir, ihtiyari dosya oluşturabilir. Henüz ticari uyuşmazlıklar için uzmanlık konusunda bir gelişme bulunmamakla birlikte iş hukuku uyuşmazlıklarında sadece iş hukukunda uzman arabulucular görev alabilmektedir.

b. Arabuluculuk Sürecini Yönetme Yükümlülüğü

Arabulucu, arabuluculuk faaliyetini yöneten kişidir (HUAK m.2/1-a). Arabulucu tarafların menfaatlerini gözeterek, yeri geldiğinde özel toplantılar yaparak, bilgi ve belgeler toparlayarak, bazen de tarafların isteği ile konusunda uzman üçüncü kişi ve kişilere danışarak bu süreci takip eder.

Arabulucu süreci yönetirken HUAK, HUAKY ve AEK gibi kanun ve mevzuatı kendisine çerçeve kabul eder. Bu çerçevenin dışına çıkarak farklı uygulama tiplerinin ortaya çıkmasını engeller. Arabulucu tarafların her an kendi kararları ile arabuluculuk sürecini sebep ileri sürmeksizin sonlandırma hakları olduğunu bilir. Tarafların istek ve talepleri doğrultusunda dilediği kadar toplantı yapar. Fakat toplantıların verimli geçmediğini fark ederse sadece toplantı yapmak için yapmamalıdır. Bu durumda arabuluculuğun temelinde yatan usul ekonomisi sekteye uğrar.

¹⁷⁰ 12/10/2017 Tarih ve 7036 Sy. Kanun 25. maddesi ile daha önce maddede yer alan “yazılı ve uygulamalı sınavı geçmek” şeklindeki ibare kaldırılarak uygulamalı sınava bu tarih itibari ile son verilmiştir.

Arabulucu kendisine gelen herhangi bir görevi yarım bırakamaz. Toplantı vermekten kaçınmaz. Etik kurallara aykırı hareket etmesi veya mesleği yerine getirmekten kaçınarak tarafların zarara uğraması halinde kendisinin bundan sorumlu olacağını bilir.

c. Tarafsız ve Eşit Davranma Yükümlülüğü

Kanunen arabulucu görevini özenle ve tarafsız olarak yerine getirmeye dikkat etmelidir¹⁷¹ (HUAK m. 9/1). Ayrıca tarafsızlığını şüpheye düşürecek bir durum var ise bu durumda tarafları bu konu ile alakalı bilgilendirmekle yükümlüdür. Bunu açıkladıktan sonra da görev yapmasını isterlerse o zaman arabuluculuk devam edebilir.

Bir arabulucunun asli görevi, arabuluculuk görüşmelerini sağlıklı ve tarafsız bir şekilde yönetmektir. Arabulucu, tarafların birbirlerinden taleplerini ortaya koymaya yardımcı olur. Tüm taraflarca kabul edilebilir bir orta noktada tarafları buluşturmak yegâne hedefidir¹⁷².

Bununla birlikte arabulucu görev aldığı bir arabuluculuk dosyası ile alakalı olarak daha sonra dava açılması halinde taraflardan birinin vekili olarak görev alamaz (HUAK m. 9/4). Arabulucu takip ettiği arabuluculuk dosyasında taraflardan herhangi birini kollayıp kayırmamalıdır. Taraflar arasında bazı durumlarda maddi yönden eşit olmayan şartlar söz konusu olabilir. Bu durumda dahi arabulucu güçsüzün yanında gibi bir izlenim ortaya koymadan her iki tarafın tam ortasında bulunmaya çalışmalıdır.

Arabuluculuk görüşmelerinin yapılacağı toplantı yeri de çok önemlidir. Toplantı yapılan yer, taraflardan biri için psikolojik baskı hissettirecek bir yer olmamalıdır. Arabulucu seçilen mekânın tarafsız olmasına dikkat etmelidir. Şayet toplantı yeri taraflardan birinin evi, işi ise diğer taraf kendini rahat hissedemeyeceği ve üzerinde bir baskı hissedeceği için arabulucunun bu konuya dikkat etmesi gerekmektedir.

Uygulamada rastlanan bir diğer durum da arabulucunun avukat olduğu durumlarda kendi müvekkilinin bir arabuluculuk dosyasına arabulucu sıfatı ile bakmasıdır¹⁷³. Arabulucu aynı zamanda taraflardan birinin vekaleti olan vekili olabilir. Bu durum HUAK uyarınca mümkündür. Fakat kanaatimizce tam anlamıyla tarafsız kalabileceğinden bahsedilemez. Arabulucunun bu taraz güven zedeleyici işlemlerden

¹⁷¹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s.60.

¹⁷² AZAKLI ARSLAN, s.194.

¹⁷³ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.92.

sakınması gerekmektedir. Çünkü bu gibi durumlarda yasal olarak engel olmasa da ilerde hile, gabin gibi davaların açılmasına zemin oluşturmaktadır.

d. Reklam Yasağına Uyma Yükümlülüğü

Reklam yasağı HUAK m.10 ile düzenlenmiştir. Arabulucular iş imkânı yaratmak için reklam anlamı taşıyan hareket ve söylemlerden kaçınmalıdır. Kendi dosyalarında kullanacağı basılı kağıtlar, kartvizitler dışında aşırıya kaçır nitelikte promosyon niteliğinde ürün dağıtamaz, mesleğin saygınlığını zedeleyemez¹⁷⁴.

Gerek internet sitelerinde gerekse basılı mecmualarda kendi arabuluculuğunu öven, haksız rekabeti artıran, arabuluculuk etiği ile bağdaşmayan eylemlere giremez. Arabulucu, arabuluculuk anlaşmasını çok yaptığını, bu konuda tek olduğunu belirtecek ifadeler takınamaz.

Bunun yanında dürüstlük kuralına aykırı olmayacak şekilde ve rekabet yasağını çiğnemenen tanıtım yapabilir¹⁷⁵. Konferans, eğitim nitelikli toplantılar da yapabilir. Hatta bunların çokça yapılması arabuluculuğun gelişimi için faydalı olacaktır.

e. Aydınlatma Yükümlülüğü

Arabulucu, arabuluculuğun esasları, sürecin hukuki sonuçları hakkında tarafları şahsen aydınlatmalıdır¹⁷⁶. Arabuluculuk henüz çok yeni bir uygulama olduğu için toplumumuzda arabuluculuğun ne olduğunu bilmeyen de çok insan vardır. Yukarda da bahsettiğimiz gibi arabuluculuk ile uzlaştırma karşılaştırılmaktadır.

Arabulucunun aynı zamanda avukat olduğu durumlarda arabulucu, avukatlık mesleğindeki hareket tarzı ile hareket etmemelidir. Aksi taktirde çözüm odaklı düşünemez ve dava mantığı ile hareket edecektir. Bu sebeple mesleki açıdan müvekkilini bilgilendirmekle sorumlu olan avukatın sorumluluğunun bir benzeri arabulucu için de geçerlidir. Sonuçta arabuluculuk toplum hukukunu ilgilendiren bir müessesedir. Bu yüzden arabulucu atandığı günden, son tutanağın düzenlendiği saate kadar geçen süre zarfında tarafları aydınlatmakla mükelleftir.

¹⁷⁴ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.69; KOÇYİĞİT/BULUR, s.30.

¹⁷⁵ KOÇYİĞİT/BULUR, s.30.

¹⁷⁶ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.69.

f. Görevi Şahsen Yerine Getirme Yükümlülüğü

Arabulucu görevini kısmen de olsa başkasına devredemez¹⁷⁷ (HUAKY m. 11/1). Arabuluculukta tevkil söz konusu değildir. Bir arabulucunun görevli olduğu dosyayı başka arabulucu takip edemez.

Arabulucu, mesleğini icra ederken sekreter, ofis elemanı gibi bir takım yan görevlilere ihtiyaç duyabilmektedir. Bazı arabulucular tutanakların yazımı konusunda da asistan kullanabilmektedir. Fakat asistanın sadece tutanağın hazırlanmasında katkı sağlaması mümkündür.

Gizlilik ilkesinin zedelenmemesi adına sekreterin veya kâtibin toplantıya arabulucu ile birlikte girmesi çok uygun olmayacaktır. Ayrıca taraflar da buna karşı çıkabilir. Arabulucu bu şekilde yardımcı kullanıyor olsa dahi arabuluculuğu açılış konuşması gibi arabuluculuğun başarıya ulaşması için önemli noktaları bir yardımcıya veya başka bir arabulucuya bırakmaması gerekmektedir. Ayrıca kanaatimizce arabulucu mutlaka her toplantıda, kendisine yardım eden veya tutanağı düzenleyen sekreterin toplantıda bulunmasında taraflar açısından mahsur olup olmadığını sorması, hatta bu durumu ve icazet alındığını tutanağa geçirmesi gerekmektedir.

Arabulucunun görevlendirildiği bir arabuluculuk toplantısında bir başka arabulucuyu yetkilendirememesi, uygulamada bir kısım sorunları beraberinde getirmiştir. En basiti arabulucu toplantı günü rahatsızlanabilir veya başka problemleri olabilir. Buna rağmen arabulucunun mazereti olsa da taraflar bazı özel nedenler ileri sürerek toplantının bu halde dahi yapılmasını ve ertelenmesini istemediklerini ileri sürebilirler. Bu gibi durumlarda yetki alanını kısıtlı tutmak koşulu ile arabulucunun bir başka arabulucuya yetki verebilmesinin daha çözüm odaklı olacağı kanaatindeyiz. Neticede taraflar toplantıya mazeret bildirmek sureti ile katılmayabiliyorken arabulucuya hiçbir mazeret kabul edilmeksizin toplantı yapma zorunluğu getirilmesi yanlıştır. Bu konuda kanun değişikliği yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

g. Sır ve Belge Saklama Yükümlülüğü

Arabulucu, katılanlarca aksi kararlaştırılmadıkça arabuluculuk faaliyetinde kendisine sunulan ya da sair yollarla elde ettiği bilgi ve belgeler ve diğer kayıtları gizli tutmakla

¹⁷⁷ HUAKY m. 11/1: “Arabulucu görevini özenle ve bizzat kendisi yerine getirmek zorunda olup, bu görevini kısmen dahi olsa bir başkasına devredemez”.

yükümlüdür (HUAK m.4). Tabi taraflar bunun istisnasını süreç başlamadan önce kararlaştırmış olabilir.

Arabuluculuk toplantıları ve özel görüşmelerde fotoğraf ve video kaydı yapılamaz. Aksi yönde hareket eden arabuluculara karşı sicilden silinme cezasına kadar varabilecek ağır cezalar verilir.

Arabulucunun sır saklama yükümlülüğü, hem kendi içinde tarafların arabulucuya özel olarak sunduğu bilgi ve belgelerin diğer tarafa sunulmaması şeklinde tezahür ettiği gibi, toplantı tutanağı ve notlarının da diğer üçüncü kişiler tarafından öğrenilmemesi ve bunun önlenmesi açısından da dışarıya karşı olan yükümlülük şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Arabulucu, her bir dosya özelinde tuttuğu son tutanak ve oturum tutanakları ile tarafların sunmuş oldukları belgeleri beş yıl boyunca arşivinde saklamakla yükümlüdür (HUAK m.17/IV).

3.1.5. Arabuluculuk Sürecinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğinde, arabuluculuk sürecinde tarafların hak ve yükümlülükleri konusunda ayrı bir başlık açılmamış bunun yerine arabulucu ile ilgili maddelerde tarafların da bazı hak ve yükümlülüklerine dağınık şekilde yer verilmiştir. Kanaatimizde HUAK'da yenileme yapılması ve arabulucunun hak ve yükümlülükleri yanında tarafların da hak ve yükümlülüklerine ayrı bir başlıkta yer verilmesi uygun olacaktır.

3.1.5.1. Tarafların Hakları

Arabuluculuk sürecinde taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya arabuluculuktan vazgeçme noktasında özgürdürler (HUAK m.3/1, HUAKY m.5). Taraflar, aynı zamanda bu haklara eşit oranda sahiptirler (HUAK m. 3/2). Taraflardan birinin diğerine karşı fazla veya eksik olan bir hakkı yoktur. Taraflar arabulucuyu özür iradeleri ile beraberce seçebilirler (HUAK m.14).

Taraflar arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde elde ettikleri bilgi ve belgelerin gizli tutulmaması noktasında anlaşma yaparak gizlilik ilkesini ortadan kaldıracırlar¹⁷⁸ (HUAK m.4/1, HUAKY m.6). Bununla birlikte taraflar emredici kurallara aykırı olmamak koşulu ile arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabilirler (HUAK m.15/2). Taraflar arabuluculuk müzakerelerine bizzat olduğu gibi avukatları kanalı ile de katılabilirler. İşçi işveren kaynaklı uyuşmazlıklarda arabuluculuk toplantısında taraflar bizzat, kanuni temsilcileri ve avukatları vasıtası ile veya işverenin yazılı bir belge ile yetkilendirdiği çalışanı da görüşmelere katılabilmektedir (İŞMK m.3/18). Fakat ticari uyuşmazlıklarda yazılı belge sunan çalışan bu belgeyle toplantılara katılamaz¹⁷⁹.

Arabuluculuk ücretini karşılama noktasında zorluk yaşayan tarafların, arabuluculuk bürosunun bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemelerine başvurarak adli yardımdan yararlanabilir (HUAK m.13, HUAKY m.15).

Arabuluculuk tamamen iradi bir süreçtir. Arabulucu da dahil olmak üzere kimse tarafları arabuluculuğa devam etme yönünde zorlayamaz. Tarafların her biri arabuluculuğun devam etmesinde kendisi için bir fayda görmüyorsa arabuluculuktan çekildiğini arabulucuya veya diğer tarafa bildirebilir (HUAK m.17/1/c). Bununla birlikte taraflar anlaşarak arabuluculuk faaliyetini kaldığı noktada sonlandırabilir (HUAK m.17/1/ç).

Arabuluculuk anlaşma ile sonuçlandığında, taraflar, anlaşma belgesinin icra edilebilir hale gelmesi için arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesine müracaat ederek icra edilebilirlik şerhi alabilir (HUAK m.18/1). Şayet taraflar anlaşma belgesini kendileri ve avukatları bizzat imzalamışlar ise icra edilebilirlik belgesi almaya gerek olmadan kendiliğinden anlaşma belgesi ilam hükmünde belge niteliği kazanır (HUAK m.18/4).

3.1.5.2. Tarafların Yükümlülükleri

Taraflar da arabulucu gibi arabuluculuk sürecinde elde ettikleri bilgi ve belgeleri, delilleri, tarafların arabulucu davet yazısını gizli tutmakla yükümlüdür. Taraflar bu sayılan bilgi ve belgeleri herhangi bir davada veya tahkim yolunda ileri süremez

¹⁷⁸ “Arabulucu kural olarak kendisine sunulan veya başka türlü elde ettiği bilgi ve belgeleri gizli tutmakla yükümlüdür. Ancak taraflar isterlerse bunun aksini kararlaştırabilirler; aksi kararlaştırma açık şekilde olmalı, arabulucu açık bir irade yoksa, yorumla bu sonuca varamamalıdır” (HUAK m.4 Gereğesi).

¹⁷⁹ KOÇYİĞİT/BULUR, s.36.

(HUAK m.5). Fakat yukarda tarafların hakları kısmında belirtildiği gibi, tarafların gizlilik ilkesi yerine aleniyeti seçme ve gizliliği ortadan kaldırma hakkı unutulmamalıdır. Taraflar gizliliğin kaldırılması noktasında anlaşmaya varırlarsa beyan ve belgelerin kullanımını da mümkün hale gelecektir¹⁸⁰.

Arabuluculuk sürecinde anlaşma gerçekleşecek olursa, arabulucu, arabuluculuk ücretini almaya hak kazanır. Arabulucu için hak olan ücret, taraflar için birer yükümlülüktür. Şayet arabuluculuk sürecinde taraflar, arabulucu ile ücretin ne şekilde ödeneceği ve miktarı konusunda bir anlaşma yapmamışlarsa AAÜT uyarınca ücret ödenir. Ücretin taraflardan hangisinin ödeyeceği kararlaştırılmamış ise taraflar eşit bir şekilde ücret ödemek zorundadır (HUAK m.7/2).

Arabuluculuk sonuçlanmadan, arabulucu ücret ve masraflar için avans isteyebilir (HUAK m. 7/1). Arabuluculuk anlaşma ile sonuçlanmasa dahi arabulucu uyuşmazlık için ayırdığı her saat için saatlik ücret alma hakkı bulunmaktadır. Bu sebeple arabulucu anlaşma durumunda aldığı avans ücret ve masrafları anlaşma konusu arabuluculuk ücretinden mahsup eder. Dava şartı arabuluculuk uygulamasında tarafların arabulucuya masraf verme yükümlülüğü bulunmamaktadır (AAÜT m.2/4). Dava şartı arabuluculuk uygulamasında tarafların anlaşamaması halinde iki saatlik arabuluculuk ücreti AAÜT birinci kısma göre Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenir. Fakat iki saati aşan ücreti taraflar arasında bir anlaşma yoksa taraflar eşit şekilde ödemekle yükümlüdür¹⁸¹.

3.2. Bazı Ülkelerde Arabuluculuk Uygulamaları

3.2.1. Bazı Avrupa Birliği Ülkeleri Hukukunda Arabuluculuk

Avrupa ülkelerini incelemeyen önce, genel anlamda Avrupa’da arabuluculuğun gelişimine yakından bakmak faydalı olacaktır.

¹⁸⁰ TIKTIK, s.58.

¹⁸¹ “(2) Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşamamaları hâlinde iki saatlik ücret tutarı Tarifenin Birinci Kısımına göre Bakanlık bütçesinden ödenir. İki saatten fazla süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâlinde ise iki saati aşan kısma ilişkin ücret aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde, Tarifenin Birinci Kısımına göre karşılanır. Bakanlık bütçesinden ödenen ve taraflarca karşılanan arabuluculuk ücreti, yargılama giderlerinden sayılır. Dava açılması hâlinde mahkeme tarafından dava öncesi ödenen arabuluculuk ücretlerine ilişkin makbuz dosyaya eklenir. Yargılama giderleri olarak hükmedilen tutar 6183 Sayılı Kanun’a göre tahsil edilir.” (HUAKY m.26/2); Benzer nitelikte bkn. İş Mahkemeleri Kanunu m.3/13.

Avrupa Birliği içerisinde arabuluculuk ile ilgili gelişmelerin 1999 -2002 yılları arasında yoğunlaştığını söylemek mümkündür. Aile hukuku, ceza hukuku, tüketici hukuku konularında bu yıllarda arabuluculuk faaliyetleri artmıřtır¹⁸².

Avrupa Komisyonu, 2002 yılında “*Medeni Hukuk ve Ticaret Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Hakkında Yeşil Kitap*” isimli çalışması ile arabuluculuğu teşvik edici düzenlemelere imza atmıřtır¹⁸³. Yeşil kitap, içeriğinde medeni hukuk ve ticaret hukukunda alternatif anlaşmazlık çözümlerini ortaya koymuştur. Ayrıca Avrupa Konseyi çalışmaları sayesinde üye ölkelerden 45’inde mevzuat değişiklikleri yapılarak alternatif çözüm yolları, özellikle de arabuluculuğun yasal zeminde uygulanmasının önü açılmıřtır¹⁸⁴.

Bunun yanında 2004 yılında Brüksel’de “Arabulucular İçin Avrupa Etik Kuralları” kabul edilmiştir. Bu kuralların amacı, arabuluculuğun daha düzgün ve verimli yapılabilmesidir¹⁸⁵. Ancak bu kurallar Avrupa Komisyonunda alınan resmi kararlardan değildir. Etik kuralları daha çok iç işleyişteki eksik ve aksaklıkları ortaya koyar. Yasal bir denetim sağlamaz.

3.2.1.1. Alman Hukukunda Arabuluculuk

Almanya’da, 1879 tarihli Medeni Usul Kanunu ile birlikte alternatif çözüm yolları konusunda bazı düzenlemeler yer almıştır. Akabinde 1950 yılında yürürlüğe giren Alman Medeni Usul Kanunu’nda bazı yargı alternatifini uygulamalar yer almıştır (Örneğin ZPO 279 gereği zorunlu sulh prosedürü gibi). Ancak bu uygulamalar sık kullanılan uygulamalar haline gelmemiřtir¹⁸⁶.

Almanya, dava şartı arabuluculuk ile ilk kez, 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe giren Medeni Usul Kanununun Yürürlüğüne İlişkin Kanun (EGZPO) m. 15/a fıkrası ile tanışmıştır. Akabinde 26.07.2012 tarihinde yayınlanan “Arabuluculuk Kanunu” ile tam anlamı ile arabuluculuk Alman hukukunda yer bulmuştur. Alman Arabuluculuk Kanununa göre arabulucu: “Tarafların bir veya birden fazla arabulucu yardımıyla

¹⁸² DÜR, s.139; OĞUZ, s.12.

¹⁸³ OĞUZ, s.12.

¹⁸⁴ EROL, s.20.

¹⁸⁵ ÖZMUMCU, Seda, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Mecmuası, Y.2016, C.74, S.2, s.810.

¹⁸⁶ EROL, s.36.

uyuşmazlıklarını, iradeleri ve kendi sorumluluklarıyla çözümlenecekleri bir usuldür¹⁸⁷”. Türk hukukunda uygulamada olan arabuluculuk ile Almanya arabuluculuğu benzer özellikler taşır. Örneğin toplantıların ve belgelerin gizliliği, tarafların özgür iradesine önem verilmesi, arabulucunun daha sonra aynı olayla alakalı taraflardan birinin avukatı olamaması gibi hususlar benzerdir¹⁸⁸.

Bunun yanında Alman Arabuluculuk Kanunu bölüm 3’de (§3) arabulucunun mevcut olayla alakalı olarak taraflardan biri için görev üstlenmiş ise arabulucu olarak görev alamayacağı düzenlenmiştir¹⁸⁹. Türk hukukunda uygulanan arabuluculukta bu şekilde kesin bir engel yoktur. HUAK m.9/2’ye göre arabulucunun tarafsızlığından şüphe edilecek bir hal var ise arabulucu bunu bildirmekle yükümlüdür. Buna rağmen taraflar o kişinin arabulucu olmasını ister ve talep ederlerse arabulucu görevine devam edebilir¹⁹⁰.

EGZPO m.15/a düzenlemesi ile birlikte Federal Kanun Koyucusu, eyaletlere 750 Euro’ya kadar olan uyuşmazlıkların, komşuluk uyuşmazlıklarının (gürültü yapılması vs.), kişilik haklarına ilişkin uyuşmazlıkların, eşit muamele yasasına aykırılık iddialarına dayalı tazminat davalarının çözümünde arabuluculuk yolunun da bulunduğu mahkeme dışı uyuşmazlık çözümlerine başvurulması zorunludur¹⁹¹. Bu şart yerine getirilmeden bir dava açılırsa dava ret sebebi sayılmıştır. Fakat 2007 senesinde Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, bu hükmün yargının işini zorlaştırması ve hak arama özgürlüğünü kısıtlamasını gerekçe göstererek kaldırılmasına karar vermiştir.

EGZPO m.15/a ile birlikte eyaletlere arabuluculuk kanunu yapma yetkisi de verilmiştir. Eyaletlerden bazıları bu doğrultuda kanunlarını yapmıştır¹⁹². Bavyera eyaletinde getirilen arabuluculuk kanunu, Türkiye’deki dava şartı arabuluculuk uygulamasına benzemesi açısından önemlidir¹⁹³. Bavyera eyaletinin haricinde, Baden-Württemberg, Brandenburg, Hessen, Nordrhein- Westfalen, Saarland, Sachsen-Anhalt ve Schleswig-Holstein eyaletleri de arabuluculuk kanunlarını uygulamaya koymuşlardır¹⁹⁴.

¹⁸⁷ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.47.

¹⁸⁸ OĞUZ, s. 11; BAYRAKTAR, s.163.

¹⁸⁹ BAYRAKTAR, s.163.

¹⁹⁰ DEMİR, Şamil, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Mevzuatı, Ankara 2018, s.49.

¹⁹¹ EROL, s. 37; DÜR, s. 160.

¹⁹² Kendi arabuluculuk kanununu yapan eyaletlere örnek: Schleswig- Holstein, Brandenburg, Hessen, Baden-Württemberg, Bavyera, (BAYRAKTAR, s.170).

¹⁹³ EROL, s.38.

¹⁹⁴ EROL, s.38.

Dava şartı arabuluculuk olan konular kapsamına giren olaylarda taraflardan biri diğèrinin rızası olmadan arabuluculuğa başvurabilmektedir. Başvuru ile birlikte yasal süreler durur. Karşı taraftan onay beklenmemesi dava şartı olan uyuşmazlıklarda genel kuraldır.

Almanya’da arabulucu olmak için hukuk fakültesi bitirme zorunluluğu aranmamaktadır. Hatta arabulucu olmak için eğitim alma zorunluluğu dahi bulunmamaktadır¹⁹⁵. Fakat arabuluculuk eğitimi olarak verilen zorunlu olmayan gelişim amaçlı eğitim enstitüleri vardır. Buralarda yüz yirmi saatlik eğitim verilmektedir. Uygulamada eğitim almış sertifikalı arabulucuların diğèer arabuluculara göre daha çok tercih edilen kişiler olduğunu söylemek mümkündür¹⁹⁶. Ayrıca Alman hukukunda Türk hukukunda olduğu gibi sicile kayıt gibi bir zorunluk yoktur. Bunun yanında Türk hukuk sistemi arabuluculukta staj eğitimi getirmemiştir. Almanya’nın bazı eyaletlerinde staj zorunludur¹⁹⁷.

Alman Medeni Usul Kanunu m. 278/5 ile “*Mahkeme İçi Arabuluculuk*” kavramı kullanılmıştır. Almanya’da arabuluculuk, mahkeme içi ve mahkeme dışı şeklinde ayrılmaktaydı¹⁹⁸. Adından da anlaşılacağı üzere mahkeme içi arabuluculukta ortada devam eden bir yargılama varken dosya arabuluculuğa taşınmaktadır. Burada uzlaştırmacı hakimler arabuluculuk veya diğèer alternatif çözüm yöntemlerini uygulayabilmektedirler. Arabuluculuğun mahkeme harici çözümü ise mahkeme dışı arabuluculuğun konusunu oluşturmaktadır.

Alman Medeni Usul Kanunu 278. Maddesinde, tarafların uzlaşması ihtimaline binaen devam eden davalarda mahkeme tarafların bir uzlaştırmacı hâkime sevk edebilecektir. Bu uzlaştırmacı hâkim ise başta arabuluculuk olmak üzere diğèer alternatif çözüm yollarını da denemek sureti ile olayı çözmeye çalışır. Başarılı olur ise bu görevlendirilen hâkim esasa dair kararı verebilir. Şayet aksi halde işi devreden hâkim olayı karara bağlar¹⁹⁹.

Mahkeme içi arabuluculuğa geçiş sürecinde birtakım sıkıntılar yaşanmıştır. Özellikle arabulucular ve avukatlar bunun ücretsiz olmasını haksız rekabet olarak

¹⁹⁵ EROL, s.39.

¹⁹⁶ BAYRAKTAR, s.170.

¹⁹⁷ Örneğin şu eyaletlerde staj zorunludur: München, Würzburg, Traunstein, (BAYRAKTAR, s.171).

¹⁹⁸ BAYRAKTAR, s.156; KUTLUK, s.2.

¹⁹⁹ EROL, s.40; DÜR, s.161.

yorumlamışlardır. Fakat mahkeme içi arabuluculukta yüzde otuz oranda başarı sağlanmıştır²⁰⁰. Bu durum mahkeme içi arabuluculuğun başarılı sayılabileceğini göstermektedir.

Alman hukukunda arabulucu ücreti de kanun tarafından düzenlenmemektedir. Sözleşme serbestisi çerçevesinde taraflarca belirlenir. Avukatlık Ücret Kanunu m. 34'e göre arabuluculukta görevli avukatlar mutlaka ücreti kapsayacak bir sözleşmeye göre çalışır²⁰¹. Ücret konusunda bir belirti yoksa medeni usul hükümleri uygulanır. Uyuşmazlığın tipine göre 200 Euro ile 600 Euro arası saatlik ücret belirlenmiştir²⁰².

Anlaşılan arabuluculuk tutanağının icra edilebilirliğinde de Türk hukukundan farklı olarak noterin sisteme dahil olabilmesi imkânı getirilmiştir. Noter arabuluculuk anlaşmalarına üçüncü kişi olarak dahil olarak anlaşmaya ek bir icra edilebilirlik beyannameyi düzenleyebilmektedir²⁰³. Bunun yanında asliye hukuk mahkemeleri icra edilebilirlik konusunda yetkilidir.

Almanya'da arabuluculuk en fazla üç ay kadar sürdürülmektedir. Arabulucu menfaatleri de göz ardı etmeyecek şekilde taraflara bir çözüm teklifinde bulunabilir. Bunun yanında tarafların sundukları delilleri değerlendirebilir²⁰⁴. Anlaşma ile sonuçlanan bir arabuluculuk görüşmesinde icra işlemlerinde kullanılmak üzere icra edilebilirlik şerhi verilebilmektedir.

3.2.1.2. Avusturya Hukukunda Arabuluculuk

Avrupa'da arabuluculuğun gelişmesine en çok katkıda bulunan ülkelerden biri de Avusturya'dır. Avusturya uyuşmazlık çözüm yöntemleri içinde arabuluculuğu en sık kullanan ülkelerin başında gelir.

1 Mayıs 2004 tarihinde Medeni Hukuk Uyuşmazlıklarında Federal Arabuluculuk Kanunu kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiştir. Kanunun amacı hem tarafların hem de arabulucuların menfaatini korumaktır. Kanunda arabulucunun taraflar arasında iletişimi

²⁰⁰ DÜR, s.161.

²⁰¹ DÜR, s.156.

²⁰² DÜR, s.156.

²⁰³ DÜR, s.157.

²⁰⁴ EROL, s.39.

sağlayan kişi olarak tanımlandığını söylemek mümkündür²⁰⁵. Avusturya hukukunda Arabulucunun çözüm önerisi sunma hak ve yükümlülüğü yoktur.

Almanya'dan farklı olarak arabulucu olmak için biraz daha fazla kriter vardır. Avusturya'da arabulucu olmak için, yirmi sekiz yaşını doldurmak, Adalet Bakanlığı'nda bulunan sicile kayıt olmak, mesleki açıdan uzman olmak, sorumluluk sigortası yaptırmış olmak gibi kriterleri tamamlamış olmak gerekmektedir²⁰⁶. Bunun yanında hukuk fakültesinden mezun olma zorunluğu bulunmamaktadır.

Avusturya hukukunda arabuluculuk uygulama yetkisi “sadece asliye hukuk mahkemeleri yetkisine giren uyuşmazlıklar” şeklinde sınırlandırılmıştır²⁰⁷.

Avusturya'da, Almanya'da olduğu gibi bir mahkeme içi arabuluculuk yöntemi uygulanmamıştır. Yargıç, önüne gelen davada sadece uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden bahseder ve alternatif çözüm yöntemlerine gidilebileceği uyarısını yapar²⁰⁸.

Tutanakların ve toplantıların gizliliği Türk hukukunda olduğu gibi önemli sayılmıştır. Yükümlülüklerin ihlali halinde altı aya kadar hapis cezası ve karşılığı adli para cezası verilebilecektir²⁰⁹.

3.2.1.3. İngiliz Hukukunda Arabuluculuk

Arabuluculuk ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, evrensel adıyla Alternative Dispute Resolution (ADR) terimi Anglo Sakson ülkelerden ortaya çıkmıştır²¹⁰. Temelde taşıdığı özellik Anglo Sakson kökenlidir. Bu sebeptendir ki Amerika ve İngiltere gibi ülkelerde benimsenmiştir.

²⁰⁵ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.60; YILDIRIM, Ferhat, Avusturya Hukukunda Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Federal Kanunu, Terazi Hukuk Dergisi, Y.2015, C.10, S.102, s.108, “Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Federal Kanunu, 1. Bölüm, Genel Hükümler, Kavram, § 1.(1) Arabuluculuk, gönüllülük ilkesine dayanan, taraflardan her birinin uyuşmazlığın çözümünde üzerine sorumluluk aldığı, tarafsız ve uzman aracı (arabulucu) tarafından bilinen yöntemlerin uygulanması ile taraflar arasında iletişim sağlamayı hedefleyen, sistematik olarak teşvik eden bir yöntemdir “.

²⁰⁶ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.61; YILDIRIM, Avusturya, s.109.

²⁰⁷ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.61.

²⁰⁸ DÜR, s.167.

²⁰⁹ YILDIRIM, Ombudsmanlık, s.17.

²¹⁰ BİLGİN, Hikmet, Anglo Sakson Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk, Ankara Barosu, Hukuk Gündemi Dergisi, Y.2009/2-1, s.17.

<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/hgdmakale/2009-1/8.pdf> , - Erişim 22.09.2019-.

İngiliz hukukundaki ADR gelişimi, Amerika'dan daha sonra ortaya çıkmıştır. Son yirmi yıldır ilerleme kaydetmiştir²¹¹. Arabuluculuk ilk gündeme geldiğinde, hemen hemen her ülkede olan benzer tartışmalar yaşanmıştır. Tartışmaların konusu mahkemenin önüne geçeceği ve yargı yetkilerini kaldıracağı gibi endişelerden kaynaklanmıştır.

İngiltere'de en önemli düzenleme 1999 yılında uygulamaya giren Medeni Usul Kanunu ile gerçekleşmiştir. Yeni kanun ile, mahkemelere yetki verilerek uygun olacak konularda arabulucuya başvurma teklifi sunabilmeleri sağlanmıştır²¹².

İngiltere'de medeni ve ticari uyuşmazlıkların %85-%95 gibi büyük bir kısmı dava açılmış olsun veya olmasın mahkemede dava açıldıktan sonra bile olsa anlaşma ile neticelenmektedir²¹³.

İngiliz hukuk sisteminde arabuluculuk şu şekilde tanımlanmıştır. “Uyuşmazlıkların özel eğitim almış, tarafsız bir üçüncü kişi yardımıyla müzakere edildiği ve tarafların karşılıklı bir anlaşmaya vararak bunu yazılı hale getirmeleri ile sonlanan süreç²¹⁴”.

İngiliz hukukunda arabuluculuk süreci yazılı bir anlaşma metni ortaya çıkana kadar bağlayıcılığı olmayan bir görüşme silsilesidir. Anlaşma olup yazılı hale getirilerek imza altına alındığında kanunen bağlayıcı hale gelir. İngiliz hukukunda icra edilebilirlik açısından başkaca bir prosedür gerekmemektedir. İngiliz hukuk sisteminde bir arabuluculuk kanunu bulunmamaktadır.

İngiliz hukukunda arabuluculuk uygulaması genellikle, ticari uyuşmazlıklarda, aile hukukundan kaynaklı uyuşmazlıklarda, haksız fiil ve sözleşmeye dayalı uyuşmazlıklarda sıklıkla uygulanmıştır²¹⁵.

İngiltere'de arabuluculuk görüşmelerinde adliye binaları da kullanılmaktadır. Alacak miktarı 5000 Pound'dan az olan alacaklar için görevlendirme ile işlem yapan küçük arabuluculuk servisleri kurulmuştur²¹⁶. İngiltere'de de uygulamada arabuluculuğun sık kullanılan alternatif çözüm yöntemi olduğunu söylemek hata olmaz. Fakat uygulamada insanların bu yöntemi benimsemelerindeki çekimserlik sebebi ile dava şartı arabuluculuk uygulaması yürürlüğe konulmuştur.

²¹¹ EROL, s.31; ÖZMUMCU, Zorunlu, s.815.

²¹² BİLGİN, Anglo Sakson, s. 21.

²¹³ DÜR, s. 177.

²¹⁴ BİLGİN, Anglo Sakson, s. 22

²¹⁵ BİLGİN, Anglo Sakson, s. 21; OĞUZ, s. 9; DÜR, s.58.

²¹⁶ EROL, s.33.

İngiliz hukukunda hukukçuların ve özellikle avukatların, insan ilişkilerinde başarılı olması ve avukatlığın sosyal bir meslek olması sebebi ile arabuluculukta da başarılı olacağı genel kabul görmüştür. Bununla birlikte uyuşmazlığın tipinin, arabulucu seçiminde önemli bir etken olduğunu da söylemek hata olmaz. Fakat avukatların, bazı uyuşmazlıklarda arabulucu olarak değil avukat olarak düşünmeleri için yanlış sonuçlanmasına neden olmuştur. Bu sebeple 1999 senesinde “Avukatlar İçin Profesyonel Davranış Rehberi” hazırlanmıştır²¹⁷.

İngiltere de arabulucu olmak için hem eğitim hem de staj zorunluluğu vardır. Eğitimlerde 40 saat zorunlu ders verilmektedir²¹⁸.

İngiltere’de 1997 yılında arabuluculuk oranı yüzde onlarda iken yıl 2011 olduğunda şirket anlaşmazlıklarının yüzde sekseni arabuluculuk ile çözülmüştür²¹⁹. Bu konuda arabuluculuğun teşvik edilmesi noktasında İngiliz istinaf mahkemeleri aldıkları karar ile her türlü davanın çözümünde arabuluculuğa gidilebilmektedir. Ayrıca avukatlar mutlaka müvekkillerine arabuluculuk önerisinde bulunmak zorundadır.

İngiltere’de medeni usul kurallarının devam etmekte olan gelişiminin bir parçası olarak, 2013 ve 2014 yıllarında Jackson Reformları, hukuk davalarının tümünde arabuluculuğun etkinliği vurgulanmıştır²²⁰. Ayrıca Case Law, arabuluculuğun kullanımını teşvik etmiş olup, taraflardan arabuluculuk teklifini kabul etmeyenleri, yüksek mahkeme giderleri ile karşı karşıya getirmiştir²²¹. İngiltere’de bir avukat uzun süren çabalarla kazandığı davadan sonra arabuluculuk ile daha kısa sürede davasını sonuçlandıramamış olması sebebi ile müvekkili tarafından kendisine karşı tazminat davası açılmıştır²²².

3.2.1.4. Fransız Hukukunda Arabuluculuk

Fransız hukuk sisteminde arabuluculuk medeni hukuk, ticaret hukuku, idare hukuku ve basit cezaları içeren ceza hukukunda uygulanmaktadır²²³. Fransa’da arabuluculuk, 1996 yılından beri uygulanmaktadır²²⁴.

²¹⁷ BİLGİN, Anglo Sakson, s.35.

²¹⁸ EROL, s.35.

²¹⁹ KALLIPETIS, s.58.

²²⁰ KALKAN, s.61.

²²¹ KALKAN, s.61.

²²² KALLIPETIS, s.58.

²²³ DÜR, s.195.

Fransız hukukuna 20.01.2012 tarihli kararname ile²²⁵“Uyuşmazlıklarda Dostane Çözüm Yolu” kabul edilmiştir²²⁶. 2015 Yılında ise yürürlüğe giren yasa ile dava açmadan önce dostane çözüm yoluna başvurma zorunlu kılınmıştır. Taraflar dava açarken dostane çözüm yoluna başvurulduğunu ve gerekli özeni gösterdiğini ispatlamak zorundadırlar²²⁷. Ayrıca davacı taraf, dostane çözüm yollarına başvurmamak için geçerli bir sebep var ise bu sebebi de belgelendirmek zorundadırlar.

Alman uygulamasında gözlemlediğimiz mahkeme içi arabuluculuk ve mahkeme dışı arabuluculuk Fransız hukuk sisteminde de vardır. Mahkeme sürecinde devam eden davalarla alakalı, mahkeme uygun görürse tarafların uygun avansı yatırmaları koşulu ile uyuşmazlığı arabulucuya yönlendirir. Arabulucu Türk hukukunda dava şartı arabulucu ataması gibi mahkeme tarafından atanır. Tabi Türk hukuk sisteminde atamayı mahkeme değil, özel olarak kurulmuş adliye arabuluculuk büroları yapmaktadır. Mahkeme tarafların ne kadar avans yatırmasına kendisi karar verir. Henüz dava açılmamış bir uyuşmazlık söz konusu ise bu durumda taraflar süreci arabulucu vasıtası ile kendisi yönetir. Arabulucuyu kendisi seçer²²⁸. Bu durumda, mahkeme içi arabuluculuktan farklı olarak taraflar arabulucu ücretini kendisi belirler. Bir gerçek kişi arabulucunun saat ücreti yaklaşık olarak 150 Euro kadardır²²⁹.

Fransız hukukunda arabulucuların hukuk fakültesi mezunu olma zorunluluğu yoktur²³⁰. Arabulucunun verilen eğitimi alması ve sicile kayıt olması yeterlidir²³¹. Fransız Yeni Medeni Usul Kanunu’na (NCPC) göre arabulucu gerçek ve tüzel kişi de olabilmektedir. Tüzel kişi arabulucu olduğunda da bu tüzel kişiyi temsil edecek olan arabulucunun, gerçek kişi arabuluculuk için gereken şartları taşıması gerekmektedir²³². Arabulucunun taşıması gereken şartlarını NCPC m.1533 düzenlemiştir. Buna göre arabulucu,

²²⁴ OĞUZ, s.9.

²²⁵ Dostane Çözüm Yolu, Yeni Medeni Usul Kanunu’na (Nouveau code de Procedure civile- NCPC) 2012/66 Sayılı Kararname ile eklenmiştir. Yeni Medeni Usul Kanunu 23.01.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²²⁶ BOLAYIR, Nur, Fransız Hukuku’nda Uyuşmazlıkların Dostane Çözüm Yolları, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016/2, s.155.

²²⁷ BOLAYIR, s.155.

²²⁸ DÜR, s.197.

²²⁹ DÜR, s.200.

²³⁰ Fransa’da Arabulucunun hukuk fakültesi bitirmesi zorunluluğu olmamakla birlikte bu hususta da en çok yeterliliğe hukukçuların sahip olduğu ve en çok hukukçuların arabuluculuk görevi üstlendiğini ileri sürülmektedir, BOLAYIR, s.159.

²³¹ OĞUZ, s.10.

²³² BOLAYIR, s.159.

ehliyetsiz olmamalı, hüküm giymiş olmamalı, arabuluculuk siciline kayıtlı olmalı ve arabuluculuk için aranan mesleki yeterliliğe sahip olmalıdır.

Fransa'da taraflar, arabuluculuk sürecine başlamada da bitirmede de özgürdürler. Taraflar dilediği vakit süreci sonlandırabilirler.

Arabuluculuğun icra edilebilirliği için mahkemenin tasdiki zorunludur (NCPC m.1555). Bu yönü ile Türk hukuk sisteminden ayrılır. Türk hukuk sisteminde, taraflar avukatları ile birlikte arabuluculuk anlaşmasını imzalarlarsa icra edilebilirlik şerhi almaya gerek olmaz. Çünkü bu durumda anlaşma belgesi ilam niteliğinde belge haline gelir. Uyuşmazlık konusuna göre icra edilebilirlik şerhini verecek olan mahkeme belirlenir. Hâkim kısıtlı bir inceleme yapar. Baştan aşağı haklılık denetimi yapmaz. Ancak hakkaniyetli bir anlaşma görmez ise icra edilebilirlik şerhi vermeyebilir.

3.2.2. Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Arabuluculuk

Şu ana kadar bahsettiğimiz ülkeler içinde arabuluculuğu en erken uygulama alanına alan ülke Amerika Birleşik Devletleri (ABD)'dir. Amerika'da 1913 yılında işçi işveren uyuşmazlıkları ile başlayan arabuluculuk süreci zamanla artarak devam etmiştir²³³.

Amerika'da arabuluculuk, resmi, gayri resmi ve yarı resmi şeklinde sınıflandırılmıştır²³⁴. Son yıllarda buna benzer bir sınıflandırma da geleneksel arabuluculuk, yargısal arabuluculuk ve modern arabuluculuk şeklindedir²³⁵. Geleneksel arabuluculuk tipinde arabulucu taraflar üzerinde baskın bir kişiliktir. Bulunduğu sosyal statüsü sayesinde bir nevi taraflar üzerinde etkisini hissettirir. Modern arabuluculukta, yargısal fonksiyon ve mahkemenin yönlendirmesi minimumdur. Taraflar arkasında mahkeme gücü hissetmez. Üzerlerinde de bir baskı unsuru olmaz. Son olarak yargısal arabuluculukta, arabulucu, resmi görevli bir hakimdir. Bu noktada geleneksel arabuluculukta olduğu gibi taraflar arabulucunun sosyal statüsünü üzerlerinde bir baskı olarak hissedebilirler.

Federal hükümet, arabuluculuk merkezleri kurarak herhangi bir kâr amacı taşımadan arabuluculuk sürecinin gelişimi amaçlanmıştır. Genellikle tüm uyuşmazlıkların çözümü hedeflenmişken, belli başlı olarak, ev sahibi – kiracı, polis – vatandaş, aile içi

²³³ EROL, s.28; BUSH/FOLGER, s.1.

²³⁴ DÜR, s.241; OĞUZ, s.7.

²³⁵ BİLGİN, Anglo Sakson, s.20.

uyuşmazlıklar ve komşuluk uyuşmazlıklarının çözümünde başarılı sonuçlar sağlandığı söylenebilir²³⁶.

1970 Yılıının sonlarına doğru artık mahkemede yükün artması, bazı davalarda davayı kazanan taraf lehine ücrete ve masrafa hükmedilmemesi gibi nedenlerle arabuluculuk ve diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri popüler hale gelmiştir²³⁷.

Amerikan Hukuk Sisteminde insanların duyduğu güven problemini aşabilmek adına 1976 yılında St Paul, Minnesota'da Roscoe Poud Konferansında, Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Frank EA SANDER'in yaptığı konuşmada geleceğin arabuluculuk yöntemi ile dava dışı çözüm yöntemlerine yönelmek gerekliliği vurgulanmıştır²³⁸. Günümüz arabuluculuğuna ışık tutan bu konuşmanın arabuluculuğun temel taşlarından biri olduğu söylenebilir²³⁹.

1976 Yılından sonra bazı özel arabuluculuk merkezleri kurulmuş ancak bu tarihte beklenen başvuru yapılmamış ve insanlar biraz daha arabulucuya başvurma noktasında çekinceye kalmıştır. Arabuluculuğun istenen ivmeyi yakalaması çıkartılacak kanuna kadar gerçekleşmemiştir.

1998 Yılında yasalaşan Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri Kanunu (Alternative Dispute Resolution Act Of 1998) ve Federal Yargılama Kanunu'nun 651- 658 arası maddelerinde alternatif uyuşmazlık çözümleri ve arabuluculuk açıklanmıştır. Federal Bölge Mahkemeleri hukuk davalarının tamamında tüm alternatif uyuşmazlık çözümlerinin kullanımı konusunda yetkilendirilmiştir²⁴⁰.

Yasalarla yetkilendirilen adliyeler çok seçenekli adliye haline gelmiştir (multi-door courthouse). Bunun sonucu tek çözüm yolu olarak mahkemenin vereceği karardan hariç adliyeler bünyesinde kurulan, sulh hâkimi ve mahkeme personelinin görev yaptığı alternatif çözüm yöntemlerinin uygulanması sağlanmıştır²⁴¹.

²³⁶ EROL, s.28.

²³⁷ ÖZMUMCU, Zorunlu, s.820.

²³⁸ EROL, s.19.

²³⁹ LEATHES, Michael, "2020 Vision- Where in the world will Mediation be in 10 years?", <http://www.arabulucu.com/dunyada-arabuluculuk/2020-vision-where-in-the-world-will-mediation-be-in-10-years,-22.09.2019->.

²⁴⁰ EROL, s.29; DÜR, s.243; BİLGİN, Anglo Sakson, s.18.

²⁴¹ BİLGİN, Anglo Sakson, s.18.

Hâkimin arabuluculuk önerisi ile birlikte taraflarında oluru ile arabuluculuk süreci başlıyorsa isteğe bağlı (ihtiyari) arabuluculuk söz konusu iken, hâkimin tarafların iradesini aramadan kendisi dosyayı arabuluculuğa yönlendirirse dava şartı arabuluculuktan söz edilmektedir²⁴².

Amerika'da bin dokuz yüz doksanlı yıllarda artık gelişimini epeyce bir tamamlayan arabuluculuk tamamen benimsenmiş bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu haline gelmiştir. California, New York, Florida gibi eyaletlerde çok deneyimli arabulucular, çok büyük uyuşmazlıklara çözüm yolu getirmişlerdir²⁴³. 1998 Tarihinde çıkan Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanunu ile arabuluculuk biraz daha profesyonelleşmiştir. Mahkemeler de görevlendirdiği arabulucuları biraz daha vasıflı olmasına dikkat etmiştir. Bu nedenle, sulh hakimleri, profesyonel ve konusunda uzman tarafsız kişilerden ve arabuluculuk eğitimi almış kişilerden yararlanmaya başlamışlardır²⁴⁴.

Amerika'da arabuluculuk neticesinde varılan anlaşmanın tarafları bağlayıcı özelliği bulunmamaktadır²⁴⁵. Bununla birlikte taraflar uzlaşma görüşmeleri sırasında ileri sürdükleri delilleri, teklifleri ilerde mahkeme aşamasında delil olarak kullanamaz²⁴⁶.

3.2.3. Japon Hukukunda Arabuluculuk

Japonya'da uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin çıkış noktası Budizm ve Konfüçyüsçülüktür²⁴⁷. Konfüçyüs iyi ahlaklı insanı, dava açan değil, barış yapan insan olarak yorumlamıştır. Konfüçyüs, M.Ö. 5.yy.'da insanların mahkemeler yerine arabuluculuğu kullanmalarını öğütlemiştir²⁴⁸. Mahkemeye gitmekten ziyade bağımsız bir arabulucu gözetiminde yapılacak oturumun daha başarılı sonuçlar elde edeceği savunulabilir. Mahkeme yolunun seçilmesi ortaya müzakere edilmesi güç bir şekilde davanın sonuçlanmasına sebep olabilecektir. Japon felsefi yaklaşımlarında dava açmayı ayıplayan, dava açmayı utanç verici bulan bir tavır vardır. Japon hukuk sistemi temelinde “uyum” (wa) kavramı önemli bir yer tutar. Toplumda uyum kavramı ne kadar yaygın o kadar az anlaşmazlık ortaya çıkar. Japon uyuşmazlık çözümü temelinde de

²⁴² EROL, s.30; BİLGİN, Anglo Sakson, s.19.

²⁴³ EROL, s.31.

²⁴⁴ BİLGİN, Anglo Sakson, s.19.

²⁴⁵ OĞUZ, s.9.

²⁴⁶ BİLGİN, Anglo Sakson, s.20.

²⁴⁷ EROL, s.53.

²⁴⁸ PARKINSON, s.3.

bu kaybolan uyumu geri getirmek vardır²⁴⁹. Bir Japon toplumu genel olarak dava konusunda görüşlerini, kullanmış oldukları bu tabirden anlamak mümkündür; “Biz davayı kazanmak istemiyoruz; sadece karşı tarafla uzlaşmak istiyoruz²⁵⁰”.

Japonya’da iki tip arabuluculuk vardır. Biri mahkemeden önce arabuluculuk, diğeri mahkemeden sonra arabuluculuktur²⁵¹.

Zamanımız Japonya’ında en çok kullanılan anlaşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkim ve mahkeme bağlantılı arabuluculuk sayılabilir. Örnek vermek gerekirse 2010 yılında karara bağlanan 862.926 dosyanın 156.238 tanesi için mahkeme bağlantılı yöntemi kullanılmıştır²⁵².

1951 Yılında Sivil Arabuluculuk Kanunu kabul edilmiştir. Günümüz anlamında arabuluculuk uygulamalarının, 2007 tarihinde yürürlüğe giren Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Kanunu ile gelişme gösterdiği söylenebilir.

Japonya’da uyuşmazlık dava haricinde, mahkeme bağlantılı arabuluculuk, resmi idari kurumlar veya özel kurumların yapabileceği tahkim- arabuluculuk ve mahkeme bağlantılı olmayan müzakere, uzlaşma ve arabuluculuk ile çözülebilmektedir²⁵³.

Taraflar şayet mahkeme bağlantılı arabuluculuk ile anlaşır ve bu anlaşmaları tutanağa geçirilir ise bu durumda tutanak icra edilebilir niteliktedir. Bunun yanında taraflar arabulucuyu hakem tayin ederek anlaşmayı onaylatabilirler. Son olarak da bir diğer yöntem olarak taraflar anlaşma metnini noterden düzenletirlerse ilam niteliğinde kalacaktır.

3.2.4. Çin Hukukunda Arabuluculuk

Çin’de uzlaştırma ve arabuluculuk arasında fark benimsenmemiştir²⁵⁴. Çin’de arabuluculuğun, Japonya’da olduğu gibi Konfüçyüs ile bir etkileşim içerisinde olduğunu söylemek mümkündür. Çin tarihinde arabuluculuk, Konfüçyüs felsefesine

²⁴⁹ ÖZMUMCU, Seda, Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı İle Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, 3. Basım, İstanbul 2013, s.70.

²⁵⁰ ÖZTATAR, Hakan, Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk ve Arabuluculukta Avukatın Rolü Sempozyumu, Sempozyum Notları, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Ankara 2017, s.54.

²⁵¹ ÖZMUMCU, Doğu, s.133.

²⁵² EROL, s.54.

²⁵³ EROL, s.54.

²⁵⁴ ÖZMUMCU, Doğu, s.19.

kadar geriye gitmektedir²⁵⁵. Çin’de arabuluculuk aynı zamanda “Önleyici Arabuluculuk” olarak da uygulanmaktadır. Önleyici arabuluculuk, uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce çözebilmeyi sağlamaktadır. Aynı zamanda taraflar arasında bir arabuluculuk görüşmesinde çözüm sağlanmakla kalmayarak bundan sonraki süreçte yaşanabilmesi mümkün olan anlaşmazlığında bu sayede önlenmesi sağlanmaktadır.

Çin’de arabuluculuk, aile uyuşmazlıklarında, ticari ve iktisadi uyuşmazlıklarda etkin bir şekilde kullanılan bir yöntemdir. Genel olarak Çinliler davadan kaçmakta ve uzlaşarak sorunlarını çözüme tavrını benimsemiştir. Çin Halk Cumhuriyeti’nde genel olarak erkek egemenliğinin hâkim olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bu nedenle bayan bir arabulucu nadir görülecek bir durumdur²⁵⁶.

Çin’de alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi, yargılama öncesi bir kurum olmasından çok, yargılama devam ederken veya yargılama sonrasında aynı mahkeme heyeti tarafından yürütülmüş bir sistem olmuştur²⁵⁷.

Çin, son otuz yıllık dönemde dünyada oldukça büyük bir ticaret hacmi elde etmiştir. Elbette bu kadar ticaretin olduğu yerde uyuşmazlıklar da artmaktadır. Bu sebeple bugün Çin, uluslararası uyuşmazlık çözümünde de arabuluculuk, tahkim gibi çözüm yöntemleri sık bir şekilde kullanılmaktadır.

1912-1949 Yılları arasında yargısal anlamda reform sayılabacak gelişmeler yaşanmıştır. Avusturya Usul Kanunundan faydalanılarak “Çin Hukuku Usul Kanunu” geliştirilmiştir. Ayrıca Fransa’dan da Mahkeme yapılaşması açısından fayda sağlanmıştır²⁵⁸.

1949 Yılında Çin Halk Cumhuriyeti kurulmuştur. 1949 Yılından sonra yaklaşık on sekiz adet usul kanunu çıkmıştır. 1949-1974 Yılları arasına denk gelen Mao döneminde mahkeme içi ve mahkeme dışı arabuluculuk uygulanmaya başlanmıştır.

Günümüz Çin Halk Cumhuriyeti’nde arabuluculuk türleri beş tipte toplanmıştır. Bunlar; halk arabuluculuğu, idari arabuluculuk, adli arabuluculuk, kurumsal arabuluculuk, tahkim arabuluculuğudur²⁵⁹.

²⁵⁵ AKÇA, s.30.

²⁵⁶ ÖZMUMCU, Doğu, s.37.

²⁵⁷ ÖZMUMCU, Doğu, s.117.

²⁵⁸ EROL, s.50.

²⁵⁹ ÖZMUMCU, Doğu, s.118.

4. TİCARİ DAVALAR

Kanun koyucu, 6102 Sayılı TTK m. 4'te "Ticari davalar, çekişmesiz yargı işleri ve deliller" konuları birlikte düzenlemiştir²⁶⁰. Türk Ticaret Kanunu'nda, ticari davalar ve ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işleri ile ilgili düzenleme yapılırken, ticari iş sayılan tüm hususları ticari dava veya ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi olarak görülmemiştir.

Hangi davaların ticari dava sayılacağı TTK m.4/1'de tanımlanmıştır²⁶¹. Bazı davalarda tarafların sıfatına ve işin ticari işletme²⁶² ile ilgili olup olmamasına bakılmaksızın ticari sayılmışken (mutlak ticari davalar), bazı davaların ticari sayılması, her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendiren hususlardan doğması (nispi ticari davalar), bazılarında ise en az bir ticari işletmeyi ilgilendirmesi şartı aranmıştır²⁶³.

²⁶⁰ AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s.65.

²⁶¹ TTK m. 4: (1) Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları (Eklenmiş ibare RGT: 30.06.2012 RG No: 28339 Kanun No: 6335/1) (Yür. Tar.: 01.07.2012) ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın;

a) Bu Kanunda, b) Türk Medeni Kanunu'nun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ila 969 uncu maddelerinde, c) 11/1/2011 tarihli ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ila 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ila 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ila 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörülmuş bulunan 547 ila 554, havale hakkındaki 555 ila 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ila 580 inci maddelerinde, d) Fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuatta, e) Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde, f) Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde, öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları (Eklenmiş İbare RGT: 30.06.2012 RG No: 28339 Kanun No: 6335/1) (Yür. Tar.: 01.07.2012) ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava (Eklenmiş İbare RGT: 30.06.2012 RG No: 28339 Kanun No: 6335/1) (Yür. Tar.: 01.07.2012) ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır. Ancak, herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bundan istisnadır. (Değişik Fıkra RGT: 15.03.2018 RG No: 30361 Kanun No: 7101/61) (2) Ticari davalarda da deliller ile bunların sunulması 12/1/2011 tarihli ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine tabidir; miktar veya değeri yüz bin Türk lirasını geçmeyen ticari davalarda basit yargılama usulü uygulanır.

²⁶² TTK m.4, bir davanın ticari dava niteliği taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde üç ayrı kıstas öngörmektedir. İlk olarak, başta TTK olmak üzere saydığı belirli hükümler tarafından düzenlenmiş olan hususlarla ilgili davaları, başka hiçbir şart aramaksızın, mutlak ticari dava kabul etmiştir. İkinci olarak TTK m.4, bazı hükümler saymış, bu hükümlerin düzenlediği hususlardan doğan davaları mutlak ticari dava olarak nitelendirmemiş, bir ticari işletmeyi ilgilendirmeleri koşuluyla ticari dava saymıştır. Üçüncü olarak, her iki taraf için ticari sayılan hususlardan doğan davalara da ticari dava niteliği vermiştir (POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 16. Basım, İstanbul 2017, s.110). Ticari işletme, "Ekonomik çıkar sağlamak amacı ile emek ve sermayenin bağımsız şekilde bir araya getirilmesi" şeklinde de tanımlanmaktadır. (ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş 25. Basım, Ankara 2019, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.31). Benzer tanımlar için bakınız, AYHAN/ÇAĞLAR, s.65; BOZER, Ali/GÖLE, Celal, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2011, s.7.

²⁶³ AYHAN/ÇAĞLAR, s.65.

Görüleceği üzere bazı durumlarda taraflar tacir olmasa da uyuşmazlığın bünyesinde taşıdığı ticari özellikler veya kanun koyucunun getirdiği yasal düzenlemeler sebebi ile ticari dava olarak nitelendirilmiştir. Kanun koyucu her ticari işi, ticari dava olarak nitelendirmemiştir. Yalnız konusu ve bünyesi itibariyle hâkimin özel uzmanlığına ihtiyaç görünen dava ve talepleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi olarak nitelendirmiştir²⁶⁴.

Bir uyuşmazlığın ticari dava olup olmamasının tespit edilmesi uygulanacak hukuk açısından önemlidir. Çünkü ticari dava kapsamında kalan uyuşmazlıklara farklı yargılama prensipleri uygulanmaktadır²⁶⁵. Bir diğer önemi ise ticari uyuşmazlıkların çözümü için asliye hukuk mahkemeleri gibi genel mahkemeler yerine, özel yetkili ticaret mahkemelerinde bu uyuşmazlıkların çözülüyor olmasıdır²⁶⁶. Kanun koyucu, ticari uyuşmazlıkları, genel mahkeme niteliğindeki asliye hukuk mahkemelerinden ayırarak daha deneyimli ihtisas mahkemeleri olan ticaret mahkemelerinde çözülmesini daha uygun bulmuştur. Her adliye bünyesinde asliye ticaret mahkemelerini görebilmemiz mümkün değildir. Bu sebeple asliye ticaret mahkemesinin görev alanına giren bu ticari işlere asliye ticaret mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemeleri bakmaktadır.

Ticaret mahkemesinin görevine girmeyen fakat işin ve tarafın niteliği gereği ticari sayılan davalar da vardır. Örneğin, tüketici işleminden kaynaklanan bonoya dayalı açılacak alacak davası, tüketici işleminin TKHK'da düzenlenmesi sebebi ile tüketici mahkemesinin görev alanına girdiği için tüketici mahkemeleri davaya bakacaktır. Fakat bu da bir ticari davadır. Çünkü bono, TTK'da düzenlenmiş mutlak ticari işittir. Mutlak ticari işlerde tarafların tacir olup olmamasına bakılmaz.

Örneğin, HMK m.4'te²⁶⁷ kira konulu dava taleplerinde görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemeleri olduğunu belirlemiştir. Fakat Yargıtay bu konuda farklı kararlar vermiştir.

²⁶⁴ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.289; AYHAN/ÇAĞLAR, s.65.

²⁶⁵ SÜRAL EFEÇİNAR/YARDIM, s.16; KAYA, Mustafa İsmail/TATLI, Burçak, Ticaret Hukuku –I, Ticari İşletme ve Ortaklıklar Hukuku, 2. Basım, İstanbul 2019, s.81; YAZICI, Burçin, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uyarınca Ticari Davalar, Erzurum 2014, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.19.

²⁶⁶ ARKAN, s.95; ERİŞ, Gönen, Ticari İşletme ve Şirketler, C.I, Güncellenmiş 2. Basım, Ankara 2014, s.306; KAYAR, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku, Güncellenmiş 5. Basım, Ankara 2018, s.102.

²⁶⁷ HMK m. 4/a "Sulh hukuk mahkemeleri, dava konusunun değer veya tutarına akılmaksızın; a) Kiralanan taşınmazların, 9/6/1932 tarihli ve 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanununa göre ilamsız icra

Vermiş olduğu bir kararda tarafların ikisi de tacir ise görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olacağına hükmetmişken²⁶⁸, bir başka kararda iki tarafın arasındaki ticari ilişki sebebi ile şirkete araç kiralanması ve bu kiradan kaynaklı alacak davasının görev yerinin sulh hukuk mahkemesi olduğuna karar vermiştir²⁶⁹.

Benzer bir durum Fikri Mülkiyet Hukuku'na ilişkin mevzuat kapsamına giren uyuşmazlıklarda bulunmaktadır. Buna ilişkin uyuşmazlıkların görev yeri fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesidir. Kanun koyucu ticaret mahkemelerine nazaran fikri ve sınai haklar hukuk mahkemelerini özel ihtisas mahkemesi olarak yapılandırmıştır²⁷⁰.

Türk Ticaret Kanunu, m.4'te ve bazı kanunlarda belirtilen davaları tarafların kimliğine ve işin niteliğine bakmaksızın ticari dava sayarken, bunun haricinde belirli uyuşmazlıklar için taraflardan birinin ticari işletmesini ilgilendirmesini aramıştır (TTK

Yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler ayrı olmak üzere, kira ilişkisinden doğan alacak davaları da dahil olmak üzere tüm uyuşmazlıkları konu alan davalar ile bu davalara karşı açılan davaları,“

²⁶⁸ Yargıtay, tarafları tacir olan bir kira davasında, her iki tarafın da tacir olması halinde görevli mahkemenin Sulh Hukuk yerine Asliye Ticaret Mahkemeleri olduğunu beyen etmiştir. “Tüm bu açıklamalar ışığında mahkemece, uyuşmazlığın çözümünde Sulh Hukuk Mahkemesinin görevsiz olduğu ve davalı şirket tacir olmakla, davacının da tacir olup olmadığı belirlenerek TTK'nın 4. ve 5. maddeleri de dikkate alındığında uyuşmazlık ticari dava niteliği taşıdığı takdirde Asliye Ticaret Mahkemelerinin, ticari dava niteliği taşımadığı takdirde Asliye Hukuk Mahkemelerinin görevli olacağı gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, bu yön gözardı edilerek davanın esası hakkında hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 2017/7311 E., 2019/3374 K. 15.04.2019 T., -www.lexpera.com.tr-.

²⁶⁹ “Davacı, dava dilekçesinde özetle; taraflar arasında var olan ticari ilişki nedeniyle davalı şirkete araç kiraladığını, 10.02.2012, 10.03.2012, 31.03.2012, 30.04.2012, 31.05.2012 ve 30.06.2012 tarihli araç kiralamaya ilişkin toplam 7.976,80 TL faturalar ile 01.08.2012 aracın tamirine ilişkin 5.702,05 TL bedelli fatura nedeniyle davalının borçlu olduğunu, bu borçlar nedeniyle ilamsız icra takibinde bulunduğunu, ancak davalının haksız itirazı sonucu takibin durduğunu öne sürerek itirazın iptaline ve %20 den aşağı olmamak üzere icra inkar tazminatına hükmedilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı, süresi içinde cevap dilekçesi sunmamıştır. Mahkemece, gerekçeli kararda; davanın kısmen kabulüne karar verilmesi gerekirken kısa kararda hataen reddedildiği belirtilerek davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafça temyiz edilmiştir. 1-) 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 Sayılı HMK'nun 4/1-a maddesine göre; kiralamaya ilişkin, 09.06.1932 tarihli ve 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanununa göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler ayrı olmak üzere, kira ilişkisinden doğan alacak davaları da dâhil olmak üzere tüm uyuşmazlıkları konu alan davalar ile bu davalara karşı açılan davalarda "Sulh Hukuk Mahkemesi" görevlidir. Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup, taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilir. Taraflar da yargılama bitinceye kadar görev itirazında bulunabilirler. Görev itirazı yapılmamış olsa bile re'sen mahkeme, ilk önce görevli olup olmadığını inceleyip karara bağlamalıdır. Somut olayda; uyuşmazlık kira ilişkisinden kaynaklanmakta olup, dava 12/04/2013 tarihinde açılmıştır. Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6100 Sayılı HMK'nın 4/1-a maddesi uyarınca, dava değerine bakılmaksızın davaya bakma görevi Sulh Hukuk Mahkemesi'ne aittir. Hal böyle olunca, mahkemece; uyuşmazlığın çözümünde Sulh Hukuk Mahkemesinin görevli olduğu gözetilerek, görevsizlik nedeniyle HMK'nın 114/1-c ve 115/2. maddeleri uyarınca davanın usulden reddine karar verilmesi gerekirken, bu husus göz ardı edilerek davanın esası hakkında hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.” YRG 3. HD. 2019/3063 E., 2019/7816 K., 14.10.2019 T. – Sinerji Mevzuat Programı-.

²⁷⁰ KAYAR, Ticaret, s.104.

m.4/1/c/2). Bunlar dışında bir uyuşmazlığın ticari dava olması için her iki tarafın da tacir ve uyuşmazlığın her iki tarafın da ticari işletmesi ile ilgili olması şartını aradığı haller de mevcuttur²⁷¹ (TTK m.4/1). TTK'nın ticari davayı tespit ettiği sistem açısından temelde ticari iş kavramından ziyade tacir ve ticari işletme kavramlarını temel aldığı söylemek mümkündür²⁷².

06.12.2018 tarih ve 7155 Sayılı Kanun²⁷³ düzenlemesi ile TTK'ya 5/A maddesi eklenmiştir. TTK 5/A maddesi 1. fıkrası; “Bu kanunun 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 şartıdır”. Arabuluculuk da tahkim gibi ticaret mahkemelerinin iş yükünü azaltan önemli ve mahkemeye alternatif bir uyuşmazlık çözüm yoludur²⁷⁴.

Görüleceği üzere kanun koyucu ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurunun çerçevesini belirlemiştir. Bu çerçeveyi TTK 5/A maddesi çizmiştir. İlgili madde, TTK m.4'de ve diğer kanunlarda düzenlenen ticari davalara atıf yapmaktadır. Mevcut ticari uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk uygulamasına tabi olup olmayacağı bu madde üzerinden yorumlanması gerekmektedir²⁷⁵.

Burada dikkat edilmesi gereken bir husus, asliye ticaret mahkemesi görev alanına giren her uyuşmazlık dava şartı arabuluculuk kapsamında kalmamaktadır. Kanun koyucu hangi uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuğa dahil olduğunu kısıtlı olarak saymıştır. Bu hususta dikkat edilecek kıstas, ticari dava olarak nitelendirdiğimiz uyuşmazlığın aynı zamanda “Tazminat” ve/veya “Alacak” talebi içermesidir. Bu talepleri içermiyorsa, uyuşmazlık ihtiyari arabuluculuğa tabi olabilir ama dava şartı arabuluculuktan söz edilemez.

Ticari davaları üçe ayırmak mümkündür²⁷⁶. Tarafların tacir olmasına ve ticari işletmeyi ilgilendirmesine bakılmaksızın ticari olan davalar (mutlak ticari davalar), taraflardan

²⁷¹ KAYA, Arslan, (ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/NOMER ERTAN, N. Füsün), Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 4. Basımdan Tıpkı 5. Basım, İstanbul 2015, s.116.

²⁷² KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/NOMER ERTAN, s.117.

²⁷³ 7155 Sy. Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun.

²⁷⁴ KAYAR, Ticaret, s.102.

²⁷⁵ BOZKURT, Tamer, Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş Güncellenmiş Genişletilmiş 3. Basım, Ankara 2019, s.266.

²⁷⁶ *Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven*, mutlak ticari dava ve nispi ticari dava şeklinde ikili ayırım yapmakta ve nispi ticari davaları da kendi içinde, sadece taraflardan birinin ticari işletmesi ile ilgili olan ve her iki

sadece birinin ticari işletmesini ilgilendiren, havale, saklama ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar ve son olarak her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendiren hususlardan doğan davalar (nispi ticari davalar) ²⁷⁷.

Bu kısımda, TTK 4. maddesinde yer alan ticari dava ayrımları alt başlıklar halinde işlenmiş ve uygulamada en sık rastlanan davaların dava şartı arabuluculuğa dahil olup olmadığı istinaf mahkemeleri ve yerel mahkeme kararları ile değerlendirmeye çalışılmıştır.

4.1. Mutlak Ticari Davalar

Her iki tarafın tacir olup olmadıklarına ve de bir ticari işletmeyle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın her halükârda ticari sayılacak davalara “Mutlak Ticari Davalar” denilir²⁷⁸. Bu tarz uyuşmazlıklar TTK’da düzenlenmiş olduğu gibi TBK veya TMK’da veya bazı özel kanunlarda düzenlenmiş olabilir. Yani mutlak ticari davalar sadece Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenmiş değildir. Mutlak ticari davalarda tarafların tacir olup olmadıkları veya yapılan işin ticari olup olmaması önemli değildir. Çünkü Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen hususlardan kaynaklanan davalar ticari sayılır²⁷⁹ (TTK m.4/1). Ayrıca borcun, haksız fiilden, sözleşmeden, sebepsiz zenginleşmeden doğmuş olup olmamasının bir önemi yoktur²⁸⁰.

4.1.1. Türk Ticaret Kanunu’ndan Kaynaklanan Mutlak Ticari Davalar

TTK’da düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları, tarafların sıfatına, uyuşmazlığın ticari işletmeyle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın mutlak ticari dava sayılır²⁸¹. Örneğin bir öğrencinin ev eşyalarını taşıyan nakliyecinin taşıma sonrasında parasını alamaması sebebi ile öğrenciye karşı açacağı alacak davası ticari dava olacaktır. Çünkü

tarafın ticari işletmesi ile ilgili olan, şeklinde ikiye ayırmaktadır. (EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.291).

²⁷⁷ KAYAR, İsmail, Ticari İşletme Hukuku, 11. Basım, Ankara 2018, s.117; ARKAN, s.107; AYHAN/ÇAĞLAR s.65; POROY/YASAMAN, s.111.

²⁷⁸ ÇELİK, Aytakin, Ticaret Hukuku, Güncellenmiş 4. Basım, Ankara 2014, s.18 ; KAYIHAN, Şaban, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Basım, Ankara 2018, s.131 ; KAYAR, İşletme, s.117 ; ŞENER, Oruç Hami, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2016, s.120 ; CENGİL, Muhammet Fatih/KORKUT, Ömer/DURDU, Mehmet/GÜRBÜZ, İdil Nur/DOĞANAY, Muhammet Zahid, Şematik Şematik Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2019, s.33 ; AYHAN/ÇAĞLAR s.66 ; POROY/YASAMAN, s.111-115 ; KAYAR, Ticaret, s.105 ; YAZICI, s.20 ; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI / SEVEN, s.291. ; BOZKURT, T., s.245 ; BOZER/GÖLE, s.161.

²⁷⁹ PEKCANITEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/KORKMAZ TAŞ, Hülya, Medeni Usul Hukuku, C.I, İstanbul 2017, s.160.

²⁸⁰ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.291.

²⁸¹ ARKAN, s.108; AYHAN/ÇAĞLAR s.66; BOZKURT, T., s.246.

taşıma sözleşmesi Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiştir (TTK m.850). Yine başka bir örnekte, anonim şirketin eksik kalan organı sebebi ile kayyım atanması ile ilgili açacağı dava mutlak ticari davadır (TTK m.530). İlk örnekte davanın konusu bir miktar alacağın ödenmesi olduğu için dava mutlak dava ve aynı zamanda dava şartı arbuluculuk uygulamasına da tabidir. Fakat ikinci örnekte, her ne kadar dava mutlak ticari dava ise de dava konusu alacak ve tazminat talebi olmadığından açılacak dava, dava şartı arbuluculuk uygulaması kapsamında değildir.

Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olan bono, çek veya taşımacılık gibi konuları esas alan davalar mutlak ticari sayılmıştır. Örneğin iki memurdan birinin diğerine kambiyo senedi ile borçlanması ve bu sebepten ötürü yaşanacak anlaşmazlık durumunda tarafların memur olmasına değil, anlaşmazlığın kambiyo senedinden kaynaklandığına dikkat etmek gerekecektir. Kambiyo senetleri Türk Ticaret Kanunu'nun kıymetli evrak kısmında düzenlenmiştir. Bu yüzden ticari dava olup olmadığı konusunda başkaca araştırma yapmaya gerek yoktur²⁸², mutlak ticari

²⁸² Benzer nitelikte, "Dava, bonoya dayalı menfi tespit istemine ilişkindir. Bakırköy 3. Tüketici Mahkemesince, "... davaya ve sözleşmeye konu taşınmazın dükkan niteliğinde olması ve tarafların hiç birinin tüketici sıfatının bulunmadığı, aralarındaki işlemin de tüketici işlemi olmadığı..." gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir. Bakırköy 10. Asliye Hukuk Mahkemesince, "... TTK'nun 4/1-a maddesinde, "TTK'da öngörülen" hususlardan kaynaklanan hukuk davaları, mutlak ticari davalar arasında sayılmıştır. Kambiyo senetleri, 6102 Sayılı TTK'nun 670 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Bu nedenle, TTK'da düzenlenmiş olan kambiyo senedinden kaynaklanan hukuk davaları, mutlak ticari dava olup, aynı Kanununun 5/1. ve 5/3. maddeleri gereğince kambiyo senetlerine ilişkin uyuşmazlığın Asliye Ticaret Mahkemesinde çözümlenmesi gerektiği..." gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir. Bakırköy 2. Asliye Ticaret Mahkemesince, "... Dava; taraflar arasındaki taşınmaz satış sözleşmesi kapsamında verilen bonolar dolayısıyla borçlu olmadığı tespitini istemine ilişkin olup, davacının somut olayda tüketici ve tacir sıfatlarının bulunmadığı sabittir. Taraflar arasındaki anlaşmazlık bono kaynaklı olmayıp, taşınmaz satım sözleşmesinden kaynaklanan "Menfi Tespit Davası"dır. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacı tacir olmadığı gibi taraflar arasındaki sözleşme ticari satım sözleşmesi değildir. Bu surette Türk Borçlar Kanunu'ndan kaynaklanan satış sözleşmesine dayanılarak açılan Menfi Tespit davasında (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 10/02/2016 tarih 2014/17-2389 Esas, 2016/129 Karar sayılı hükmünde de belirtildiği üzere) Asliye Hukuk Mahkemesi görevli olduğu ..." gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4/1. maddesinde her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işlerinin ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılacağı hüküm altına alınmış, maddenin (a) bendinde bu kanunda öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ile çekişmesiz yargı işlerinin ticari dava ve çekişmesiz yargı işi sayılacağı belirtilmiştir. Diğer yandan, aynı Kanununun 778/I-ı. maddesi poliçenin iptale ilişkin 757 ilâ 763. madde hükümlerinin bono yönünden de uygulanacağı yönünde düzenleme sevk etmiş olup, 6102 Sayılı TTK'nın 757/I. maddesi ve 30.06.2012 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren ve 6102 Sayılı TTK'nın 4 ve 5. maddelerinde değişiklik öngörün 6335 Sayılı Kanun gereğince açıkça bu tür işlerde ticaret mahkemesi yetkili kılınmıştır. Somut olayda davacı, davalı firmadan aldığı işyeri nitelikli bağımsız bölüm için vermiş olduğu 53 adet sıralı bonodan, satış sözleşmesinin iptal edilmesi nedeniyle iade edilmeyen 3 adet bonodan dolayı borçlu olmadığı tespitini talep etmiş olup, uyuşmazlığın kaynağının bono olması, bonodaki zorunlu unsurların bulunup bulunmadığının tayin ve tespitinin ticaret mahkemesine ait

davadır²⁸³. Aynı zamanda bu örnekte kambiyo senedine bağlı bir alacak talebi olduğu için dava açılması gerekirse dava şartı arabuluculuk kapsamında arabuluculuğa başvurulması gerekir. Ancak kambiyo senedinin icra takibine konu olmasında bir engel yoktur. Çünkü arabuluculuk dava şartıdır. Takip şartı değildir.

Örneğin taşımacılık kapsamında kalan faaliyetler TTK'da düzenlenmiş olması sebebi ile mutlak ticari dava olarak sayılmıştır. Uyuşmazlık TTK 'da düzenlenmişse bu durumda dava mutlak ticari davadır²⁸⁴. Fakat uyuşmazlığın mutlak ticari dava olması ile dava şartı kapsamında kalması farklı şeylerdir. Bir uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk uygulamasına tabi olduğunu söyleyebilmek için, ticari dava olması yanında tazminat ve alacak talebi içermesi de gerekmektedir.

Örneğin, lojistik faaliyete dair açılacak dava, tazminat ve alacak talebi içeriyorsa uyuşmazlık, dava şartı arabuluculuk kapsamında kalacaktır²⁸⁵. Talep konusu tazminat veya alacak içermeyen uyuşmazlıklar mutlak veya nispi ticari dava olsalar da dava şartı arabuluculuğa tabi olmazlar.

4.1.2. Türk Medeni Kanunu'ndan Kaynaklanan Mutlak Ticari Davalar

Türk Medeni Kanun'u m.962 ve m.969 arasında rehin karşılığı borç para verme işi ile uğraşan işletme ile yapılan rehin sözleşmeleri düzenlenmiştir. Kanun koyucu rehin karşılığı borç para verme işini normal bir esnaf işletme kapasitesinin üstünde düşündüğü için bu tarz işlemleri mutlak ticari dava olarak sınıflamıştır²⁸⁶. Görüleceği üzere taraflara ve işin niteliğine bakılmaksızın kanun koyucu TTK dışında düzenlenmiş olsa da bu işi de ticari davalar arasında saymıştır. Ticari dava sayılmasının sebebi, kanun koyucunun bu işi özel uzmanlık alanına sahip mahkemelerin görmesini istemesinden ve bu işle uğraşanların, esnaf üstü bir ticari işletme seviyesinde yürütülmesi gerekliliğinden²⁸⁷ kaynaklanmaktadır²⁸⁸.

olması ve bononun TTK'da düzenlenmesi karşısında uyuşmazlığın asliye ticaret mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.” İstanbul BAM 37. HD, 2019/2398 E., 2019/2527 K., 05.11.2019 T. – Sinerji Mevzuat Programı-

²⁸³ CENGİL/KORKUT/DURDU/GÜRBÜZ/DOĞANAY, s.33; POROY/YASAMAN, s.111.

²⁸⁴ KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/NOMER ERTAN), s.118.

²⁸⁵ AYATA, Duygu, Lojistik Sektörü Uyuşmazlıkları ve Arabuluculuk, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s.142.

²⁸⁶ ŞENER, İşletme, s.123; ARKAN, s.108; AYHAN/ÇAĞLAR, s.68.

²⁸⁷ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.292.

²⁸⁸ KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/NOMER ERTAN), s.119; YAZICI, s.21.

Rehin karşılığı ödünç para verme işi ile uğraşan kişi önce yetkili makamlardan izin alır. Bu izin süresi belirli tarihlerle kısıtlanmıştır. İşletme rehin karşılığı borç verme işi ile uğraşmaya devam ettiği sürece iznini yenilemesi gerekmektedir. Bu izinden sonra işletmesini açan şahıs, kendisine taşınır tesliminden sonra makbuz vermesi sureti ile rehin işlemi tesis edilir. Kurulan rehin işlemi karşılığında verilen emanet para ödenmez ise noterden çekilecek ihtarın akabinde rehinin paraya çevrilmesi mümkündür²⁸⁹.

Moroğlu'na göre TTK m.4/1/f maddesinde yazan “Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde” ibaresi, TMK’da düzenlenmiş rehin karşılığı ödünç para verme işlerindeki rehin verme işlemi ortadan kaldırmaktadır²⁹⁰. *Moroğlu*'na göre TTK m.4/1/f'e göre, rehin olmadan da ödünç para verme işleri kanuni tanımı ile mutlak ticari iştir. Bu yüzden ödünç paranın rehin karşılığı verilmesine de gerek yoktur.

Her ne kadar ilgili düzenleme gereği rehin karşılığı ödünç para verme işi mutlak ticari dava sayılmış ise de 13.12.2012 tarih ve 28496 Sayılı Resmî Gazetede yayınlanan 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktöring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun geçici 5.maddesi ile²⁹¹ altı aylık bir süre tanınarak, süre sonunda ödünç para verme işi ile uğraşanların faaliyeti ortadan kaldırılmıştır. Dolaylı yoldan bu hükmün uygulamada faktöring şirketleri için önemini yitirmiştir²⁹².

4.1.3. Türk Borçlar Kanunu'ndan Kaynaklanan Mutlak Ticari Davalar

Yine yukarda değindiğimiz gibi kanun koyucu TMK’ da olduğu gibi de TBK’da da düzlenmesine rağmen birtakım işlerin özü itibari ile ticari dava olarak nitelendirilmesinin daha uygun olacağını benimsemiştir.

²⁸⁹ YAZICI, s.22; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.292; BOZKURT, T., s.247.

²⁹⁰ MOROĞLU, Erdoğan, 6102 Sayılı Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, 7. Basım, İstanbul 2012, s.27.

²⁹¹ “(1) 90 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameden aldıkları yetkiye istinaden ikrazatçılık faaliyetinde bulunanlar bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde bu Kanunda sayılı faaliyetlerden birini yürütmek amacıyla Kuruma başvuruda bulunabilirler. Bu süre içinde mevcut sözleşmelerinden kaynaklanan alacaklarının tahsiline yönelik işlemler dışında yeni bir ikrazatçılık faaliyetinde bulunamazlar. Kuruma başvuruda bulunan ikrazatçılar Kuruldan gerekli izinleri almak suretiyle faaliyetlerine faktöring, finansal kiralama veya finansman şirketi olarak devam edebilirler. Kurulacak bu şirketler bu Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde yer alan sermaye yükümlülüğünü üç yıl içinde yerine getirmek zorundadır. Kuruma başvuruda bulunmayan veya başvurduğu halde Kuruldan gerekli izinleri alamayanların ikrazatçılık faaliyet izinleri başka bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden sona erer (6361 Sy. Geçici 5.m.)”.

²⁹² OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 17. Basım İstanbul 2014, s.1045.

4.1.3.1. Malvarlığının veya İşletmenin Devralınması ile İşletmenin Birleşmesi ve Şekil Değiştirmesine İlişkin Davalar

Mal varlığının ya da işletmenin devralınması, işletmenin şekil değiştirmesi ve birleşmesi konusu TBK m.202- m.203’de düzenlenmiştir. Benzer nitelikte TTK m.134- m.194 arasında da ticaret şirketlerinin birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi hükümleri yer almaktadır. Kanun koyucu TTK m.4/1/c hükmü ile bu tür işlemleri önemli gördüğü için mutlak ticari dava olarak tespit etmiştir. Örneğin devralınan işletme küçük çaplı bir esnaf işletmesi de olsa, normalde asliye hukuk mahkemelerinin görevli olması gerekirken ticaret mahkemesi görevli hale getirilmiştir. Doğal olarak da bu dava da ticari dava sayılmıştır²⁹³.

Birleşme, devralma, şekil değiştirme işlemlerinin ticari nitelikte olanları değil tamamı ticari dava konusuna girer²⁹⁴. TBK m.202 ve m.203, bir işletmenin devri veya birleşme durumunda borçların ne olacağını düzenlemektedir. Normalde borcun üstlenilmesinde alacaklının rızası gerekir²⁹⁵. Fakat ilgili iki madde bunun istisnasıdır ve bu hükümlerden doğan davalar mutlak ticari davalardır.

4.1.3.2. Rekabet Yasağına İlişkin Davalar

Rekabet yasağı, TBK m. 444- m.447 arasında düzenlenmiştir²⁹⁶. Hizmet sözleşmesi sona erdikten sonraki rekabete aykırı hareket eden tarafın durumu düzenlemiştir. Kural olarak işçi ile yapılan yazılı iş sözleşmesi ile, işçinin sözleşmenin herhangi bir sebeple sona ermesinden sonra, rekabete aykırı hareket etmeyeceği, rakip işletmede çalışmayacağı, rakip işletme ile başkaca bir menfaat ilişkisine girmeyeceği kararlaştırılabilir²⁹⁷. Rekabet sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlıklarda tarafların tacir olması veya işin ticari olması aranmamıştır. Kanun koyucu özel olarak “rekabet yasağı” kavramını özünde ticari nitelik taşıdığı için ticari dava kavramına dahil etmiş ve ticaret mahkemesinin görevli olması gerektiğine hükmetmiştir.

Önemli bir husus, rekabet yasağının sözleşmeden sonraki dönem için ticari sayılmış olmasıdır. Yoksa sözleşme devam ederken rekabete aykırı hareket sebebi ile doğacak

²⁹³ ŞENER, İşletme, s.123; KOÇYİĞİT/BULUR, s.165; AYHAN/ÇAĞLAR, s.68.

²⁹⁴ YAZICI, s.23.

²⁹⁵ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.293.

²⁹⁶ BOZKURT, T., s.248.

²⁹⁷ BOZKURT, Salim, Ticari Davalar, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2015, s.26, YAZICI, s.24; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.305.

uyuşmazlıklarda iş mahkemeleri görevlidir²⁹⁸. Örneğin bir bakkal gibi küçük işletmelerde dahi rekabet yasağına ilişkin dava açılması mümkündür. Kanun koyucunun emredici kuralı ile açılacak davada ticaret mahkemeleri görevli olacaktır. Ancak çok küçük esnaf işletmesinin işletmesi ile ilgili davanın ticaret mahkemesinde görülmesi eleştirilmiştir²⁹⁹.

Konu ile alakalı olarak, Türk Borçlar Kanunundan sonra yayınlanan 7036 Sayılı, 12/10/2017 yürürlük tarihli İş Mahkemeleri Kanunu m.5 uyarınca TBK ikinci kısım, altıncı bölümde düzenlenen, işçi ve işveren ilişkilerinden kaynaklı davalarda görevli mahkemenin iş mahkemeleri olduğu kabul edilmiştir.

Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven'e göre, bu davaların iş mahkemelerinde görülmesi sebebi ile ticari dava olarak yorumlanamaz³⁰⁰. Bu davalar mutlak ticari dava değildir. Bu nedenle dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilmez. Kanaatimizce uyuşmazlık iş mahkemelerinde görülse bile ticari dava niteliğini taşıyorsa dava ticari davadır. Zira sadece davanın başka mahkeme görev alanına girmesi kanun koyucunun mutlak ticari dava sınırlandırmasını değiştirmemektedir. Kaldı ki kanun koyucu mahkemenin görev alanını değil işin niteliğini kıstas almıştır. Örneğin fikri mülkiyete konu bir uyuşmazlık fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinde görülmesine rağmen mutlak ticari dava niteliğini kaybetmemektedir.

4.1.3.3. Yayım Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar

Yayım sözleşmesi, bir eserin çoğaltılıp piyasaya sürülmesi veya çoğaltılmış bir eserin satışını düzenlemektedir. Yayım sözleşmesi ile bir taraftan fikir ve sanat eseri sahibi, eserini yayımlamak üzere yayımcıya bırakmakta iken, yayımcı da o eseri çoğaltarak yaymayı üstlenmektedir³⁰¹. Yayım faaliyeti, kanun koyucunun gözünde ticari bir iş olması gerektiği için özel düzenlemeye konu edilmiştir³⁰². Yayım sözleşmesi TBK m.487 – m.501 arasında düzenlemiştir³⁰³.

²⁹⁸ KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/NOMER ERTAN), s.120.

²⁹⁹ BOZKURT, S., s.29.

³⁰⁰ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.305; İş mahkemesinin görevli olduğu konusunda benzer görüşler için; BAŞTÜRK, Faruk, Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Görevli Mahkemeye İlişkin Kararlar Üzerine Bir İnceleme, Serper Süzek'e Armağan, İstanbul 2011, s.1550.

³⁰¹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.304.

³⁰² KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/NOMER ERTAN), s.120.

³⁰³ BOZKURT, S., s.30.

Yayım sözleşmesinden kaynaklanan davalar temelde fikir ve sanat eserlerinden kaynaklanan davalar ile benzer özellik göstermektedir. Fakat bunun yanında kanun koyucu yayım sözleşmesinden kaynaklı davaları ticari dava anlamında mutlak ticari sayarken, fikir ve sanat eserlerinden kaynaklı davaların ancak herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmesi kaydıyla ticari dava saymıştır³⁰⁴. Kanun koyucunun, yayım sözleşmesinden kaynaklı davaları fikir ve sanat eserlerinden kaynaklı davalardan ayırarak düzenleme yapması eleştirilere sebep olmuştur³⁰⁵.

4.1.3.4. Kredi Mektubu ve Kredi Emrine İlişkin Davalar

İlgili düzenleme TBK m.515- m.519 arasında yer almaktadır. Kredi mektubu, belirli bir kişiye bir takım para veya benzeri şeyleri vermeyi içeren bir tür vekalettir. Vekalet ve havale hükümlerine tabidir³⁰⁶. Kredi mektubunda üç taraf vardır. Bunlar mektup düzenleyen yani mektubu gönderen, adına mektup düzenlenen yani muhatap ve mektuptan yararlanan hamildir³⁰⁷.

Benzer düzenleme kredi emrinde de geçerlidir. Kredi emrinde, bir kimse kendi adına ve hesabına kredi emri verenin sorumluluğunda bir üçüncü kişiye kredi açmak ve krediyi yenilemek için emir almaktadır³⁰⁸.

Kredi mektubu ve kredi emri andında da kredi ibaresi geçmesinden de anlaşılacağı gibi aktif ticari hayatın içinden bir uygulamadır. Bu sebeple tarafların tacir olmasına ve işin ticari olmasına bakılmaksızın mutlak ticari dava olarak nitelendirilir.

4.1.3.5. Komisyon Sözleşmesine İlişkin Davalar

Alım satım komisyonculuğu, komisyoncunun ücret karşılığında kendi adına ve vekalet verenin hesabına kıymetli evrak ve taşınırların alım veya satımının üstlenildiği sözleşmedir³⁰⁹(TBK m. 532). Kanun koyucu bu tarz işlemlerle uğraşılmasından kaynaklı uyuşmazlıkları mutlak ticari iş saymıştır.

Bununla birlikte diğer komisyon işlerini düzenleyen TBK m. 546 mutlak anlamda ticari davalar arasında sayılmamıştır. Bu maddeden kaynaklı davalarda da TBK m.532 vd.

³⁰⁴ AYHAN/ÇAĞLAR, s.69.

³⁰⁵ BOZKURT, S., s.32.

³⁰⁶ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.294.

³⁰⁷ KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/NOMER ERTAN), s.121.

³⁰⁸ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.294.

³⁰⁹ BOZKURT, T., s.249.

maddelerinin uygulanacağından bahisle mutlak ticari davalar arasında yer alması gerektiği görüşü de mevcuttur³¹⁰.

Bunun yanında TTK m.917- m.930 arasında düzenlenen taşıma işleri komisyonculuğu zaten TTK m.4 gereği TTK' da düzenlenmiş olduğu için mutlak ticari davalar arasında yer almaktadır.

4.1.3.6. Ticari Temsilciler, Ticari Vekiller ve Diğer Tacir Yardımcıları İçin Öngörülen Davalar

Tacir, ticari işletmesini şahsen işletebileceği gibi, işletme ile ilgili işlerde yardımcılarından faydalanabilir. Bu yararlanan kişilere tacir yardımcısı denir³¹¹. Ticari temsilci ise, ticari işletme sahibinin, işletmeyi yönetmek, işletme ile ilgili olarak kendisini temsil etmek üzere açık veya örtülü yetki verdiği kişi veya kişilerdir (TBK m.547). Ticari vekil ise, ticari işletme sahibinin, kendisine ticari temsil yetkisi vermeksizin işletmesini yönetmek ve bazı bir kısım işleri yürütmek adına yetkilendirdiği kişidir (TBK m.551). Ticari hayatta, ticari temsilci ve ticari vekil kavramlarının birbiri ile karıştırıldığı görülmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu karışıklığı gidermeye yönelik olarak vermiş olduğu bir kararda, ticari temsilci ve ticari vekile verilen yetkilerin incelenmesi gerektiğinin üzerinde durmuştur³¹².

Ticari temsilci, ticari vekil ve tacir yardımcıları, TBK m.547- m.554 arasında düzenlenmiştir. Ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları tacirin bağlı yardımcılarıdır ve bunlarla ilgili davalar yukarıda yazılı maddelere dahil olmak koşulu ile mutlak ticari dava sayılmıştır³¹³.

TTK'nın ticari temsilcilerle ilgili hükümlerinde, temsil yetkisi veren tacir ile ticari temsilci arasındaki iç ilişki üzerinde durulmadan, ticari temsilcinin üçüncü kişilerle olan

³¹⁰ BOZKURT, S., s.36.

³¹¹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.295.

³¹² “Bir kişinin ticari vekil mi, yoksa ticari temsilci mi olduğunun çekişmeli olduğu hallerde, öncelikle o kişiye işletme sahibi (veya işletmeyi temsile yetkili kişi) tarafından verilen yetkilerin, içerik ve kapsamları dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Davacı şirket yetkilisi tarafından, dava dışı kişiye verilen vekaletnamede tanınan yetkiler, şirket adına taşınmaz alınması, satılması, ipotek düzenlenmesi, ipotegin fekki, bunlarla ilgili kredi alınması, tescil işlemleri yapılması ile sınırlıdır. Buna göre dava dışı kişinin işletmenin tüm işlerini idareye görevlendirilmiş olduğundan ve böylece işletmenin belirli yetkilere sahip idarecisi niteliği taşıdığından söz edilemez. Dolayısı ile dava dışı kişinin ticari temsilci olmadığı, şirketin ticari vekili durumunda bulunduğu kabulü zorunludur.” YRG Hukuk Genel Kurulu, 2006/12-758 E., 2016/754 K., 29.11.2006 T., -Kazancı Mevzuat Programı-.

³¹³ ŞENER, İşletme, s.128.

ilişkisi düzenlenmiştir³¹⁴. Ticari temsilcilikle ilgili davalar mutlak ticari davalardır. Fakat ticari temsilci ile ticari işletme sahibi arasındaki iç ilişki kaynaklı uyuşmazlıklar ticari dava olarak kabul edilmez.

4.1.4. Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Mutlak Ticari Davalar

Somut mülkiyet kavramının haricinde, yaratıcılığı, fikri, yeniliği temsil eden bir mülkiyet türüne fikri mülkiyet denir³¹⁵. Fikri mülkiyet, telif hakları olarak adlandırılan, fikir ve sanat eserleri ile patent, faydalı model, endüstriyel tasarım, coğrafi işaret, entegre devre olarak sınıflandırılan sınai mülkiyeti kapsamaktadır³¹⁶. Eski Türk Ticaret Kanunu zamanında kanun koyucu fikri mülkiyet hukuku çerçevesini kısıtlı tutmuştu. Sadece marka, patent ve telif haklarına ilişkin davaları ticari dava kabul etmişti. Yürürlükte olan TTK m.4/I d maddesi uyarınca kanun koyucu fikri mülkiyet konulu davaları mutlak ticari dava saymıştır³¹⁷. Eski Türk Ticaret Kanunu döneminde olduğu gibi kısıtlı olarak sayma gereği duyulmamıştır³¹⁸. Böylece fikir ve sanat eserleri, markalar, patenler, faydalı modeller, endüstriyel tasarımlar, coğrafi ad ve işaretler gibi davaların tek tek yazılması dönemi sona ermiştir³¹⁹.

Fikri mülkiyet mevzuatının bazıları şunlardır; Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Sınai Mülkiyet Kanunu, Yeni Bitki Çeşitlerine Ait İslahçı Hakların Korunmasına İlişkin Kanun, Entegre Devre Topografyalarının Korunması Hakkında Kanun. Marka, Patent, Endüstriyel Tasarım ve Coğrafi İşaretleri düzenleyen Kanun Hükmünde Kararnameler, 22/11/2016 tarih ve 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 191.maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Fikri mülkiyet konusuna giren uyuşmazlıklar için özel yetkili Fikri ve Sınai Haklar Hukuk ve Ceza Mahkemeleri görevlendirilmiştir³²⁰. Kanun koyucu fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuatta öngörülen konulardan kaynaklanan uyuşmazlıkları mutlak ticari dava saymışken, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundan doğan davalar ise TTK m.4/I

³¹⁴ BOZKURT, T., s.250; ARKAN, s.111; BOZKURT, S., s.37 AYHAN/ÇAĞLAR, s.70; BOZER/GÖLE, s. 162.

³¹⁵ BERKHAN, İhsan, Fikri Mülkiyet ve Arbuluculuk, Aristo Yayınları, İstanbul 2019, s.3.

³¹⁶ BOZKURT, T., s.250.

³¹⁷ AYHAN/ÇAĞLAR, s.71.

³¹⁸ BOZKURT, S., s.39.

³¹⁹ BOZKURT, S., s.40.

³²⁰ KAYAR, Ticaret, s.108.

maddesi uyarınca ancak bir ticari işletmeyi ilgilendirmesi durumunda ticari dava olarak sayılmıştır³²¹.

Marka ve patent konulu davalardan kaynaklanan uyuşmazlıklar da yine özel ihtisas mahkemeleri olarak kurulmuş fikri ve sınai haklar hukuk ve ceza mahkemelerinde görülecektir³²². Fakat bu ihtisas mahkemelerinde davanın görülecek olması davanın ticari niteliğini etkilemeyecektir. Dolayısı ile sırf ticaret mahkemesinde görülmeyen dava, ticari dava değildir demek doğru bir yaklaşım olmaz³²³. Ayrıca uyuşmazlığın bulunduğu yerde fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi yoksa o yerde bulunan asliye hukuk mahkemelerinden, bu konuda Hakimler ve Savcılar Kurulu Tarafından görevlendirilen asliye hukuk mahkemesi, davaya fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi sıfatıyla bakacaktır³²⁴.

Fikri mülkiyeti ilgilendiren ve aynı zamanda belirli bir alacak ve tazminat talebi içeren uyuşmazlıkların taraflardan birinin ticari işletmesi ile ilgili olmasa dahi dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığı söylenebilir³²⁵. Bununla birlikte herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen fikir sanat eserlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, talep konusu alacak ve tazminat olması halinde dahi dava şartı arabuluculuk kapsamında kalmamaktadır.

4.1.5. Borsa, Sergi, Panayır ve Pazarlar ile Antrepo ve Ticarete Özgü Diğer Yerlere İlişkin Mutlak Ticari Davalar

Türk Ticaret Kanunu'nun bu düzenlemesi uyarınca, Sermaye Piyasası Kanunu, Umumi Mağazalar Kanunu gibi kanunlara tabi uyuşmazlıkların mutlak ticari dava olarak nitelendirilmektedir³²⁶. Dolayısı ile bu konudaki uyuşmazlıklar mutlak ticari dava olduğu için alacak ve tazminat içeren talepler dava şartı arabuluculuk uygulamasına da tabi olacaktır.

Borsa, sergi, panayır, pazarlar, antrepo ve pazarlar ve ticarete özgü diğer yerlerle alakalı oluşacak hukuk davalarının madde gereği ticari davalardandır (TTK m.4/I-e). Ticarete

³²¹ ARKAN, s.77; BOZKURT, S., s.61.

³²² PEKCANİTEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, s.198.

³²³ ŞENER, İşletme, s.129; BOZKURT, S., s. 42.

³²⁴ KARABIYIK, M. Üzeyir, Marka Hakkına Tecavüz Halinde Açılabilir Hukuk Davaları Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2009, s.126.

³²⁵ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.304.

³²⁶ KAYA/TATLI, s.81; ARKAN, s.112; BOZKURT, T. s. 251.

özgü bu yerler, devlet yönetimi açısından kamu düzenini ilgilendiren önemli yerlerdir³²⁷. Bu yüzden kanun koyucu bu tarz yerlerden kaynaklanacak davaların ticari dava niteliğinde olması gerektiğine inanmıştır³²⁸. Fakat 6501 Sayılı THKH'dan kaynaklı bir tüketici işlemi söz konusu ise tüketici mahkemeleri görevli olacaktır³²⁹.

4.1.6. Bankalar ve Diğer Kredi Kuruluşlarına, Finansal Kiralamalara ve Ödünç Para Verme İşlerine İlişkin Mutlak Ticari Davalar

TTK m.4/I-f gereği Bankacılık Kanunundan ve diğer özel kanunlardan kaynaklanan davalar Ticaret Mahkemesinde görülecektir³³⁰. Bankacılık Kanunu, Faktöring ve Finansman Şirketleri Kanunu'na ilişkin uyuşmazlıklar mutlak ticari dava kategorisine girmektedir. Bankacılık faaliyetleri, kredi kartı faaliyetleri, leasing işlemleri gibi konulardan ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar da dolayısı ile dava şartı arabuluculuk uygulamasına tabi olacaktır.

Öğretide banka sözleşmeleri olarak adlandırılan, banka ile müşterisi arasında kurulan sözleşmelere Bankacılık Mevzuatında rastlanmaktadır. Banka ve müşterisi arasındaki ilişkiden kaynaklı uyuşmazlıklardan kaynaklı davaların ticari dava sayılmasında bir tartışma yoktur³³¹. İş bu uyuşmazlıklar her ne kadar mutlak ticari dava ise de taraflardan biri tüketici ise, özel kanun düzenlemesi sebebi ile yargılama yeri tüketici mahkemeleri olacaktır³³². Bu durum işin niteliğinin mutlak ticari olmadığı sonucunu doğurmayacaktır. Farklı görüşte olan yazarlar da vardır³³³.

ETTK düzenlemesinde TTK m.4/I-f hükmünün uygulama alanı daha dardı. ETTK'da sadece "Bankalar ve ödünç para verme işleri"³³⁴ ibaresi kullanılmışken mevcut TTK'da diğer finans kuruluşları da kapsama alınmıştır³³⁵. Böylece finansal kiralama, faktöring şirketleri ve çeşitli finans kurumları da kapsama alınmıştır.

Bunun yanında 5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 44/1. Maddesinde "Bu kanunun uygulamasıyla ilgili uyuşmazlıklarda kart hamilinin tüketici

³²⁷ BOZKURT, S., s.45.

³²⁸ ERİŞ, s.306.

³²⁹ AYHAN/ÇAĞLAR, s.72.

³³⁰ AYHAN/ÇAĞLAR s.73; BOZKURT, T., s.251.

³³¹ POROY/YASAMAN, s.114.

³³² KAYA/TATLI, s.81; KAYAR, Ticaret, s.109.

³³³ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.306.

³³⁴ ARKAN, s.113.

³³⁵ BOZKURT, S., s.46.

olması halinde, 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 22. ve 23. Maddesi hükümleri uygulanır”. Şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Kanun koyucu, banka ve diğer finans kuruluşlarına ilişkin davaları mutlak ticari dava olarak görmüşse de bir başka özel kanun ile bu konuya bir ayrı düzenleme getirilerek tüketici korunmuştur. Konu ile alakalı Yargıtay’ın vermiş olduğu kararlar da aynı doğrultudadır³³⁶.

4.1.7. Kooperatif Kanunundan Kaynaklanan Mutlak Ticari Davalar

Kooperatif Kanunu m. 99 uyarınca Koop.K. kaynaklı hukuk davalarını, tarafların tacir olup olmamasına bakılmaksızın ticari dava saymıştır³³⁷. Örneğin kooperatif ortaklığından çıkartılma kararı kendisine tebliğ edilen ortak, bu karara yapacağı itiraz davasını ticaret mahkemesinde açacaktır³³⁸ (Koop.K. m.16).

Bunun yanında her ne kadar Kooperatifler, Kooperatifler Kanunu ile düzenlemiş ise de 6102 Sayılı TTK m.124’de kooperatiflerin tacir olduğundan bahsetmiştir³³⁹. Kooperatiflerle ilgili yasal hükümler, TTK’da yer almamasına rağmen TTK m.124 uyarınca diğer ticaret şirketleri gibi kooperatifler de tacir kabul edilmiştir.

Kooperatifin organsız kalması sebebi ile kayyum tayini, kooperatif ortaklığı nedeni ile açılan tapu iptali ve tescil davası, kooperatif üyeliğinden istifa suretiyle çıkma ve bakiye alacağın tahsili gibi davalar, taraflara ve işin niteliğine bakılmaksızın mutlak ticari davalardır³⁴⁰. Dolayısı ile görevli mahkeme Ticaret Mahkemeleridir.

³³⁶ “Taraflar arasındaki uyumsuzluk kredi kartı sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. 5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’nun 44/I maddesine göre, Bu Kanunun uygulanması ile ilgili uyumsuzluklarda kart hamilinin tüketici olması halinde 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması hakkındaki Kanunun 22’nci ve 23’üncü maddesi hükümleri uygulanır. Mahkemelerin görevinin kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle yargılamanın her aşamasında re’sen dikkate alınması gerekir. Bu nedenle Tüketici Mahkemesinin görevli olduğu gözetilmeden anılan kanun hükmüne aykırı şekilde genel mahkeme tarafından hüküm verilmesi usul ve yasaya aykırıdır “., YRG. 13. HD., 2013/18041 E., 2013/18586 K., 04.07.2013 T.- Sinerji Mevzuat-; Benzer nitelikte, YRG. 11. HD., 2002/10932 E., 2002/3309 K., 09.04.2002 T. – Sinerji Mevzuat-, YRG.19.HD, 2012/5386 E., 2012/11204 K, 05.07.2012 T. -Sinerji Mevzuat- ; POROY/YASAMAN, s. 114.

³³⁷ COŞKUN, Mahmut, Kooperatifler Hukuku, Ankara 2019, s.1232; PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, s.162.

³³⁸ YAZICI, s.35.

³³⁹ TTK m.124’te ticaret şirketlerinin kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerinden ibaret olduğu belirtilmiştir. TTK m.16’da ticaret şirketlerinin tacir sayılacağı vurgulanmıştır. Dolayısıyla kooperatifler için de tacirlere uygulanan TTK hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

³⁴⁰ BOZKURT, S., s.53.

Yargıtay, vermiş olduğu bir kararda, kooperatifin üyesi olan şahsa karşı başlattığı aidat alacağının tahsili amacı ile açılan itirazın iptali davasında davanın ticari nitelik taşıması sebebi ile ticaret mahkemelerinin görevli olduğuna hükmetmiştir³⁴¹.

Ortaklıktan çıkan ortağın açacağı dava alacak davası olabileceği gibi, Ortak, üyelikten çıktığının tespiti ile birlikte ödediği aidatların iadesi niteliğinde alacak davası açmış olabilir. Bu durumda bazı yazarlar dava şartı arabuluculuğun uygulanmayacağını, dava şartı arabuluculuğun sadece tazminat ve alacak taleplerinde uygulandığını belirtmişlerdir³⁴². Kanaatimizce dava birden fazla talebi içerse bile talepler arasında alacak ve tazminat olması halinde taleplerden yalnız biri alacak ve tazminat içeriyorsa dahi aynı davada talep edildiği için dava şartı arabuluculuğa tabi olacaktır.

Yargıtay, kooperatif ortağının kooperatife karşı açtığı tapu iptali ve tescil davasını mutlak ticari dava olması sebebi ile ticaret mahkemelerinin yetkili olduğu kararı vermiştir³⁴³. Yine bir başka olayda, kooperatif ortaklığına kayıt için açılan davanın, kooperatif kanunu ile düzenlenmiş olması sebebi ile mutlak ticari dava olarak kabul etmiştir³⁴⁴.

³⁴¹ “Dava, Kooperatif üyesi olduğu iddia edilen davalı aleyhine aidat borçlarının tahsili amacıyla başlatılan icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkin olup, 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu’ndan kaynaklanmaktadır. Anılan kanununun 99/1. Maddesinde, bu yasa düzenlenmiş hususlardan doğan hukuk davalarının, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın ticari dava sayılacağı belirtilmiştir. Bu durumda söz konusu uyuşmazlıkla ilgili davada görevli mahkeme ticaret mahkemesidir.” YRG 23. HD,2015/6673 E., 2015/673 K., 06.02.2015 T.-PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, s.164.

³⁴² COŞKUN, s.1234.

³⁴³ “Uyuşmazlık, kooperatif ortaklığı nedeniyle tapu iptal tescil istemine ilişkin olup, 1163 Sayılı Kooperatifler Yasası’ndan kaynaklanmaktadır. Anılan Yasa’nın 99/1. maddesinde, bu yasa düzenlenmiş hususlardan doğan hukuk davalarının tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın ticari dava sayılacağı belirtilmiştir. Bu durumda söz konusu uyuşmazlıklarla ilgili davalarda görevli mahkemeler ticaret mahkemeleridir. Somut olayda ise dava tüketici mahkemesinde görülerek esastan karara bağlanmıştır. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın açıklanan niteliğine göre dava, 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 23. maddesi kapsamında, adı geçen kanunun uygulanması ile ilgili olmayıp, Tüketici Mahkemesi’nin görev alanına girmediğinden görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde işin esasına girilerek hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir. “YRG 23 HD, 2013/1611 E., 2013/2624 K., 24/04/2013 T. – Sinerji Mevzuat Programı-

³⁴⁴ “Dava kooperatife üye kaydı istemine ilişkindir. Mahkemenin Ticaret Mahkemesi’nin görevli olduğundan bahisle verdiği görevsizlik kararı, özel dairece yukarıda belirtilen nedenle bozulmuş, mahkemece 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu’nun 99. maddesinin 1. fıkrasına göre Kooperatifler Kanunu’ndan kaynaklanan tüm hukuki uyuşmazlıklar ticari dava sayılacağı gerekçesiyle önceki kararda direnilmiştir. 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu’nun 99. maddesinin 1. fıkrası Bu kanunda düzenlenmiş hususlardan doğan hukuk davaları, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın ticari dava sayılır hükmünü içermektedir. Somut olayda kooperatife üye kaydedilmesi istemi bulunduğu göre bu dava mutlak ticari davadır. Ticaret Kanunu 5. maddesi uyarınca bu davalara o yerde Ticaret Mahkemesi varsa bu mahkemenin bakması yasa gereğidir. Bu durumda yerel

4.1.8. İcra ve İflas Kanunundan Kaynaklanan Mutlak Ticari Davalar

İcra ve İflas Hukukunun kapsadığı alan oldukça geniştir. Hukuk uyuşmazlıklarının çoğunun bünyesinde alacak talebi bulunmaktadır. Dolayısı ile bu alacağın tahsil edilmesinin yolu da icra ve iflas hukuku tarafından sağlanmaktadır. Kanun koyucu, İcra İflas Kanunu içinde yer alan düzenlemelerden bazılarını daha da önem verdiği için bu düzenlemelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkemelerin ticaret mahkemeleri olduğuna karar vermiştir³⁴⁵.

Ticari dava olarak sayılan bu davalardan bazıları, iflas davası, iflas ödeme emrine yapılan itirazın kaldırılması davası, konkordato, konkordatonun feshi, adi ve taksiratlı müflisin itibarının yerine getirilmesi gibi düzenlemelerdir³⁴⁶. Ancak unutulmamalıdır ki bu sayılan davalar her ne kadar ticari dava olsalar dahi, dava şartı ve ihtiyari arabuluculuk uygulamasına elverişli değildir. Çünkü söz konusu davalar çekişmesiz yargı işleridir. İlerde bu konuda daha detaylı bilgi verileceğinden bu aşamada bu açıklamalar yeterli görülmektedir.

Bu konuda tartışma konusu olan dava türlerinden biri tasarrufun iptali davalarıdır. Tasarrufun iptali davaları İcra ve İflas Kanunu m.277 vd. maddelerinde düzenlenmiş bir dava türüdür. Bu konudaki dava şartı tartışmasına ilerleyen kısımda değinilmiştir. Bu yüzden daha fazla açıklama gereği duyulmamaktadır.

4.2. Bir Ticari İşletmeyi İlgilendirmesi Koşulu İle Ticari Dava Sayılan Haller

Türk Borçlar Kanunu'na göre havale ve vedia ile fikir ve sanat eserleri hakkındaki uyuşmazlıklardan doğan davalar, ancak taraflardan birinin ticari işletmesi ile ilgili ise ticari dava sayılır, taraflardan birinin ticari işletmesi ile ilgili değilse ticari dava sayılmaz³⁴⁷ (TTK m.4/1).

Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararda yukarıda bahsedilen ticari dava çeşitlerine kapsamlı bir şekilde değinmiş ve mutlak, nispi ticari dava kavramı haricinde

mahkemenin davada Asliye Ticaret Mahkemesi'nin görevli bulunduğuna ilişkin görevsizlik kararı usul ve yasaya uygun olup direnme kararının onanması gerekir.” YRG HGK, 2009/13-430 E., 2009/471 K., 04.11.2009 T.,- Sinerji Mevzuat Programı- .

³⁴⁵ BOZKURT, T., s.252.

³⁴⁶ ARKAN, s.113.

³⁴⁷ PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, s.161; ÇELİK, s.21.

bir de üçüncü bir grup olarak taraflardan yalnız birinin ticari işletmesini ilgilendiren davalar hakkında açıklama yapmıştır³⁴⁸.

4.2.1. Havale Sözleşmesinden Doğan Davalar

TBK m.555'e göre havale, havale edenin kendi hesabına, para, kıymetli evrak veya diğer kıymetli eşyayı havale alıcısına vermek üzere havale ödeyicisini, bunları kendi adına almak üzere havale alıcısını yetkili kıldığı bir hukuk işlemidir. Havalede, havale eden havale alıcısı ve havale ödeyicisi olarak üç taraf bulunmaktadır³⁴⁹. Havale, Vedia ve Fikri haklara ilişkin davalar her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olması halinde zaten nispi ticari dava olarak sayılır. Ancak TTK m.4/1c ve d' de sayılan havale, vedia ve fikri haklara ilişkin davalar taraflardan yalnız biri ile ilgili olsa dahi kanunen Mutlak Ticari dava sayılmıştır³⁵⁰.

Havale, TBK m.555- m.560 arasında düzenlenmiştir. Yukarıda mutlak ticari davalarda saydığımız özelliklerden farklı olarak, havale işleminin ticari iş olarak nitelendirilmesi için taraflardan birinin ticari işletmesi ile alakalı olması gerekmektedir. Örneğin günlük

³⁴⁸ “Ticari davalar, mutlak ticari davalar, nispi ticari davalar ve yalnızca bir ticari işletmeyle ilgili olmasına rağmen ticari nitelikte kabul edilen davalar olmak üzere üç gruba ayrılır. Mutlak ticari davalar, tarafların tacir olup olmadığına ve işin bir ticari işletmeyi ilgilendirip ilgilendirmediğine bakılmaksızın ticari sayılan davalardır. Mutlak ticari davalar, TTK'nın 4/1. maddesinde bentler halinde sayılmıştır. Bunların yanında Kooperatifler Kanunu (m.99), İcra İflas Kanunu (m.154), Finansal Kiralama Kanunu (m.31), Ticari İşletme Rehini Kanunu (m.22) gibi bazı özel kanunlarda belirlenmiş ticari davalar da bulunmaktadır. Bu guruptaki davaların ticari dava sayılabilmesi için taraflarının tacir olması veya ticari işletmeleriyle ilgili olması gibi şartlar aranmaz. TTK'nın 4/1. bendinde sınırlı olarak sayılan davalar arasında yer alması veya özel kanunlarda ticari dava olarak nitelendirilmesi yeterlidir. Bu davalar kanun gereği ticari dava sayılan davalardır. Nispi ticari davalar, her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olması halinde ticari nitelikte sayılan davalardır. TTK'nın 4/1. maddesine göre, her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan ve iki tarafı da tacir olan hukuk davaları ticari dava sayılır. Bu hükme göre bir davanın ticari dava sayılabilmesi için, hem iki tarafın ticari işletmesini ilgilendirmesi hem de iki tarafın tacir olması gereklidir. Bu şartlar birlikte bulunmadıkça, uyumsuzluk konusunun ticari iş niteliğinde olması veya ticari iş karinesi sebebiyle diğer taraf için de ticari iş sayılması davanın ticari dava olması için yeterli değildir. Ticari iş karinesinin düzenlendiği TTK'nın 19/2. maddesi uyarınca, taraflardan biri için ticari iş sayılan bir işin diğeri için de ticari iş sayılması, davanın niteliğini ticari hale getirmez. TTK, Kanun gereği ticari dava sayılan davalar haricinde, ticari davayı ticari iş esasına göre değil, ticari işletme esasına göre belirlemiştir. Hal böyle olunca, işin ticari nitelikte olması davayı ticari dava haline getirmez. Üçüncü grup ticari davalar, yalnızca bir tarafın ticari işletmesini ilgilendiren havale, vedia ve fikri haklara ilişkin davalardır. Yukarıda açıklandığı üzere bir davanın ticari dava sayılması için kural olarak ya mutlak ticari davalar arasında yer alması ya da her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili bulunması gerekirken havale, vedia ve fikri haklara ilişkin davaların ticari nitelikte sayılması için yalnızca bir yanın ticari işletmesiyle ilgili olması TTK'da yeterli görülmüştür. “HGK, 2016/1023 Esas – 2016/294 Karar, 09.03.2016 Tarih – Sinerji Mevzuat-; Yarı nispi davalar olarak da Adlandırılabilir, (BOZKURT, T., s.252) ; AYHAN/ÇAĞLAR, s.76.

³⁴⁹ BOZKURT, S., s.59; KAYIHAN, s.133; ARKAN, s.114.

³⁵⁰ KAYAR, Ticaret, s.106.

hayatta pek çok ticari işletme bankalar üzerinden havale işlemleri gerçekleştirmektedir. Taraflardan biri banka olduğu için ve banka bir ticari işletme olduğu için havale eden ve havale alanın ticari işletmesi ile alakalı olmasa da uyuşmazlık ticari dava olarak nitelendirilir.

4.2.2. Saklama Sözleşmesinden Doğan Davalar

TBK m.561- m.580 arasında düzenlenmiştir³⁵¹. Diğer adı “Vedia” olan saklama sözleşmesinin özelliği, saklatanın kendisine bıraktığı bir taşınırı saklayanın güvenli bir yerde koruma altına almayı üstlendiği sözleşmedir.

Taraflarından birinin ticari işletmesini ilgilendiren saklama sözleşmelerinden kaynaklı uyuşmazlıklar TTK m.4/1 uyarınca ticari dava olarak tanımlanmıştır. Örneğin davacının bir şirkete muhafaza edilmesi amacı ile teslim ettiği bir kısım malların çıkan yangın ile yanması ve hasar görmesi sebebi ile açacağı dava ticari davadır. Aynı zamanda tazminat içerdiği için dava şartı arabuluculuk uygulaması kapsamında arabuluculuk uygulamasına tabidir.

4.2.3. Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Haklardan Doğan Davalar

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, fikir ve sanat eseri sahibinin haklarını düzenlemektedir³⁵². Bu haklardan kaynaklı davaların ticari dava sayılması için taraflardan yalnız birinin ticari işletmesi ile ilgili olması yeterlidir. Aslında kanunda “taraflardan en az birini ilgilendiren” şeklinde bir tabir yoktur. Kanunda “herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen” tabiri kullanılmıştır (TTK m.4/1).

Temel kural olarak bu tarz uyuşmazlıkların ticari dava sayılması için en az bir ticari işletmeyi ilgilendirmesi gerekmektedir³⁵³. Fakat fikri mülkiyet konusu olan uyuşmazlıklar tarafların ticari işletmesi ile ilgili olup olmadığına bakılmaksızın ticari dava olarak belirtilmiştir (TTK m.4). Oysa ki bu bölümde fikir ve sanat eserlerinden

³⁵¹ ARKAN, s.113.

³⁵² BOZKURT, S., s.61; ARKAN, s.114.

³⁵³ Konu ile alakalı olarak Yargıtay’da vermiş olduğu bir kararında benzer tanımlamayı yapmıştır: “Davacı, Materyalist Felsefe Sözlüğü adında bir kitap tercüme ettiğini, kitabın dördüncü baskısını yapan davalı yayınevi sahibinin, sanki kendisi de tercüme işine katılmışçasına, mütercim ismi yanına adını yazmış olduğunu ve bu halin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na aykırı olduğunu iddia ile, bu hali ile bu hali ile yayınlanan kitapların toplanmasına ve hüküm özetinin günlük gazetelerden birisinde yayınlanmasına ve ayrıca yüz bin TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiş olmasına ve davacı tacir olmayıp sadece mütercim olmasına binaen taraflar arasında ki uyuşmazlık TTK’nın 4/4 ve b.6 hükmüne göre adi dava olup, ticari dava olmaması nedeniyle” YBK, 1984/342 E.,1984/368 K., 29.11.1984 T., BOZKURT, S., s.62 dipnot.

kaynaklanan davaları, taraflardan birinin ticari işletmesini ilgilendirmesi koşulu ile ticari dava kabul edilmiştir³⁵⁴. Görüleceği üzere kanun koyucu anayasal bir hak olan mülkiyet hakkını diğer fikri ve sınai uyuşmazlıkların üstünde tutarak tarafların tacir olmasına, işin ticari iş olmasına bakılmaksızın ticari dava kabul etmiştir.

Örneğin iki yazarın makaleleri arasında bir uyuşmazlık olması halinde her ne kadar uyuşmazlık konusu fikir ve sanat eseri olsa da taraflardan en az birinin ticari işletmesi ile ilgili bir iş olmadığı için ticari dava sayılmayacak bir uyuşmazlık söz konusu olacaktır. Tabi bu durum uyuşmazlığın ihtiyari arabuluculuk suretiyle çözülmesine engel değildir. Çünkü genel olarak fikir ve sanat eserlerinden kaynaklı uyuşmazlıklar özel hukuku uyuşmazlığı olması açısından ihtiyari arabuluculuğa elverişlidir³⁵⁵.

4.3. Nispi Ticari Davalar

Her iki tarafın da ticari işletmesi ile ilgili olan hususlardan kaynaklanan hukuk uyuşmazlıklarına ilişkin davalar nispi ticari dava olarak adlandırılır³⁵⁶ (TTK m.4/1). Kanun koyucu mutlak ticari davaları tarafların ve işin niteliğine bakmadan ticari saymıştır. Nispi ticari davalar da ise adından da anlaşılacağı üzere hem tarafların niteliğine hem de işin niteliğine bakmamız gerekmektedir.

Görüleceği üzere kanun koyucu iki kıstas saymıştır. Birincisi her iki tarafın da tacir olması ve ticari uyuşmazlığın her iki tarafın da ticari işletmesi ile ilgili olması³⁵⁷. Kanun

³⁵⁴ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.303.

³⁵⁵ BERKHAN, Mülkiyet, s.35.

³⁵⁶ KOÇYİĞİT/BULUR, s.197; ÇELİK, s.20; KAYAR, İşletme, s.119; KAYIHAN, s.134; KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/NOMER ERTAN), s.125; ARKAN, s.115; POROY/YASAMAN, s.116-118; KAYAR, Ticaret Hukuku, s.106; PEKCANİTEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, s.160; AYHAN/ÇAĞLAR, s.75; BOZER/GÖLE, s.164.

³⁵⁷ “Dava, elektrik tedarik sözleşmesi uyarınca fatura bedelinin tahsili için başlatılan takibe vaki itirazın iptali istemine ilişkindir. İstanbul 7. Asliye Hukuk Mahkemesince, "... davalının ... ilçesi, ... Mahallesi, ... Cad, No:... adresinde bulunan numaralı işyerinde ... abone numarası ile elektrik kullandığı, aboneliğin ticarethaneye ilişkin bulunduğu bu nedenle ticari veya mesleki faaliyet kapsamında kaldığı, buna ilişkin uyuşmazlığın çözüm yerinin ise Asliye Ticaret Mahkemesi olduğu..." gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir. İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesi ise, "... Somut olayda hangi mahkemenin görevli olduğunun belirlenmesi için öncelikle taraflar arasındaki ilişkinin vasıflandırılması gerekmektedir. Taraflar arasındaki varlığı iddia olunan ticari elektrik abonelik sözleşmesi mahiyetindedir. Abonelik sözleşmesi TTK'nun 4/1 maddesinde sayılan ve bir davanın mutlak ticari dava sayılmasını gerektiren işlemlerden olmadığı gibi, aynı maddenin 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na atıfla mutlak ticari dava konusu kabul ettiği sözleşmelerden de değildir. Şu haliyle eldeki davanın mutlak ticari dava olmadığı açıktır. Öte yandan İstanbul Ticaret Sicil Müdürlüğü'ne ve davacının bağlı bulunduğu vergi dairesine yazılan müzekkere cevaplarından; davacının işletme hesabına göre defter tuttuğu, 1.sınıf tacir olmadığı ve gerçek kişi ticari işletme kaydının bulunmadığı anlaşılmıştır. Bu haliyle her iki tarafın tacir sıfatını haiz

koyucu tanımlamada tacir tabiri kullanmamış ama her iki tarafın da ticari işletmesi ile ilgili olmasını bildirmiştir. Her iki tarafın da ticari işletmesi ile ilgili olması için, her iki tarafın da tacir olması gerektiği sonucu çıkartılmaktadır. Bir ticari işletmeyi kısmen de olsa, kendi adına işleten kimse tacirdir (TTK m.12/1). Burada önemli bir husus, TTK m.19 gereği taraflardan biri için ticari nitelik taşıyan bir işin diğer taraf için de ticari sayılması kuralı bu madde için geçerli değildir³⁵⁸.

olmadığı bir davanın ticari dava sayılmasına hukuken olanak bulunmadığından, uyuşmazlığın genel hükümler çerçevesinde Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görülüp sonuçlandırılması gerektiği..." gerekçesiyle görevsizlik yönünde hüküm kurulmuştur. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4/1. maddesinde her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işlerinin ticari dava ve ticarinitelikte çekişmesiz yargı işi sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre bir uyuşmazlığın ticari nitelikte olabilmesi için, her iki tarafın da ticari işletmesini ilgilendirmesi yahut aynı maddenin alt bentlerinde düzenlenen istisnalardan birine dahil olması gerekmektedir.6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5/1. maddesinde "Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari (Değişik ibare: 26/06/2012-6335 .K./2.m.) davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir."6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun TTK'nın 16/1. maddesi hükmüne göre ise, "Ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar."Somut olayda abone sözleşmesinin ticarethane aboneliği olarak yapıldığı anlaşılmaktadır. Buna göre tarafların tacir olması ve işin her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili bulunması nedeniyle söz konusu davanın TTK'nın 4. maddesinin birinci fıkrasına göre ticaret mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekir." İstanbul BAM 37.HD, 2019/1215 E., 2019/2534 K., 06.11.2019 T. – Sinerji Mevzuat Programı-

³⁵⁸ "Ticari davaları, mutlak ticari davalar, nispi ticari davalar ve yalnızca bir ticari işletmeyle ilgili olmasına rağmen ticari nitelikte kabul edilen davalar olmak üzere ü. grupta toplamak mümkündür. Mutlak ticari davalar, tarafların tacir olup olmadığına ve isin bir ticari işletmeyi ilgilendirip ilgilendirmeyeğine bakılmaksızın ticari sayılan davalardır. Mutlak ticari davalar, 6102 Sayılı TTK'nın 4/1. maddesinde bentler halinde sayılmıştır. Bunların yanında Kooperatifler Kanunu (m.99), İcra İflas Kanunu (m.154), Finansal Kiralama Kanunu (m.31), Ticari İşletme Rehin Kanunu (m.22) gibi bazı özel kanunlarda belirlenmiş ticari davalar da bulunmaktadır. Bu guruptaki davaların ticari dava sayılabilmesi için taraflarının tacir olması veya ticari işletmeleriyle ilgili olması gibi Sartlar aranmaz, TTK'nın 4/1. bendinde sınırlı olarak sayılan davalar arasında yer alması veya özel kanunlarda ticari dava olarak nitelendirilmesi yeterlidir. Bu davalar kanun gereği ticari dava sayılan davalardır. Nispi ticari davalar, her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olması halinde ticari nitelikte sayılan davalardır. 6102 Sayılı TTK'nın 4/1. maddesine göre, her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan ve iki tarafı da tacir olan hukuk davaları ticari dava sayılır. Bu hükme göre bir davanın ticari dava sayılabilmesi için, hem iki tarafın ticari işletmesini ilgilendirmesi, hem de iki tarafın tacir olması gereklidir. Bu Sartlar birlikte bulunmadıkça, uyuşmazlık konusunun ticari is niteliğinde olması veya ticari is karinesi sebebiyle diğer taraf için de ticari is sayılması davanın ticari dava olmasını sağlamaz. Başka ifade ile 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 19/2. maddesi uyarınca, taraflardan biri için ticari is sayılan bir isin diğeri için de ticari is sayılması, davanın niteliğini ticari hale getirmeyecektir. Zira; Türk Ticaret Kanunu, kanun gereği ticari sayılan davalar haricinde, ticari davayı ticari is esasına göre değil, ticari işletme esasına göre belirlemiştir. Hal böyle olunca, isin ticari nitelikte olması davayı ticari dava haline getirmez...üncü grup ticari davalar, yalnızca bir tarafın ticari işletmesini ilgilendiren havale, vedia ve fikri haklara ilişkin davalardır. Yukarıda açıklandığı üzere bir davanın ticari dava sayılması için kural olarak ya mutlak ticari davalar arasında yer alması ya da her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili bulunması gerekirken havale, vedia ve fikri haklara ilişkin davaların ticari nitelikte sayılması için yalnızca bir yanın ticari işletmesiyle ilgili olması TTK'da yeterli görülmüştür. Somut olayda,

4.3.1. Nispi Ticari Davaları Belirleyen Kriterler

4.3.1.1.Uyuşmazlığın Her iki Tarafının Tacir Olması

Tacir gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. TTK m.12 gereği tacir, bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten kişiye denir³⁵⁹. TTK m.12 gerçek kişi tacir kavramını düzenlerken, TTK m.16 tüzel kişi taciri düzenlemiştir. Uyuşmazlığın bir taraf memur, diğer taraf tacirse o zaman nispi ticari dava kavramı oluşmaz. Bir memurun mesken olarak oturduğu evini bir anonim şirketten kiralaması ve anonim şirketin, kiralari ödemediği için memura karşı başlatacağı alacak davası mutlak ticari dava olarak yorumlanamayacaktır. Çünkü taraflardan yalnız biri tacirdir³⁶⁰.

Tüzel kişi tacir TTK m.16 da düzenlenmiştir. Bu madde gereği tüzel kişi tacir, ticaret şirketleriyle, amaca varmak için ticari işletme işleten, dernekler, vakıflar ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere devlet il özel idaresi, belediye, köy ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlardır.

Gerçek kişilerin tacir olup olmadığının tespiti her zaman çok kolay değildir. Bazı esnaf işletmelerinin kapasitesi neredeyse tacir sayılacak seviyededir. Fakat ticaret şirketleri için böyle bir zorluk bulunmamaktadır. Çünkü tüm ticaret şirketleri tüzel kişilik kazandıkları an itibari ile tacir sıfatını da kazanırlar.

4.3.1.2. Uyuşmazlığın Her İki Tarafın Ticari İşletmesini İlgili Olması

Yukarda da kısaca değindiğimiz üzere her iki tarafın da ticari işletmesi ile ilgili olmayan işler nispi ticari iş değildir. Bir iş, her iki tarafta tacir değil ve her ikisi için de ticari değilse ticari dava sayılmaz³⁶¹. Her ticari iş aynı zamanda ticari dava sayılmaz³⁶². Bir işe ticaret hukuku kurallarının uygulanması ile ticari dava olması farklı şeylerdir. Ticari iş olan ancak ticari dava olmayan bir uyuşmazlık ticaret mahkemesinin görev alanına girebilir.

davacı şirket, meydana gelen trafik kazası nedeniyle davalıdan değer kaybı ve araç mahrumiyeti nedeniyle tazminat talebinde bulunmuş olup, davalı gerçek kişinin dosya kapsamına göre tacir sıfatının bulunmadığı, uyuşmazlığın mutlak ticari davalardan olmadığı anlaşılmalı davanın haksız fiil hükümlerine göre Asliye Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekir.” İstanbul BAM 37. HD., 2019/1217 E., 2019/2522 K., 05.11.2019 T. – Sinerji Mevzuat Programı-.

³⁵⁹ NOMER ERTAN, (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA), s.258; ŞENER, İşletme, s.152; KAYIHAN, s.137; KAYAR, İşletme, s.129.

³⁶⁰ KURU, Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Basım, İstanbul 2016, s.38.

³⁶¹ PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, s.161.

³⁶² BOZKURT, T., s.254.

Örneğin ticari işletme sahibi bir gerçek kişi tacirin bu işletmesi ile alakası olmayan bir taşınmazını başka bir gerçek kişi tacire ticarethane olarak kullanılmak üzere kiralamasından kaynaklı uyuşmazlıkları ticari davaya konu olmaz. Çünkü sadece kiraya tutan gerçek kişi tacir için ticari nitelikte bir iştir. Gerçek kişi tacirlerin ticari olmayan işleri bulunabilir. Fakat tüzel kişi tacirlerin ticari olmayan işi yoktur. Tüzel kişi tacirlerin tüm işi ticaridir.

Başka bir örnek, memur olan A, ayakkabı mağazaları zinciri olan B'den kendisi için ayakkabı satın alması bir ticari iştir. Ancak ticari dava değildir³⁶³.

5. TİCARİ DAVALARDA ARABULUCULUĞUN KAPSAMI VE UYGULAMA ALANI

5.1. Dava Şartı ve İhtiyari Arabuluculuk

Arabuluculuğa başvuru ihtiyari olabileceği gibi kanundan kaynaklanan bir gerekliliğe bağlı olarak dava şartı da olabilir. İşte kanundan kaynaklanan arabuluculuk başvurusunun gerekli olduğu bu durumlarda arabuluculuk dava şartıdır. Dava şartı arabuluculuğu diğerlerinden ayıran en temel özellik başvurunun niteliğindedir. Uyuşmazlığın çözümü için taraflar, arabuluculuk yöntemini sonuçlandırmadan genel mahkemelere başvuramıyorlarsa, arabuluculuk müessesesine başvuru dava şartı tutulmuş anlamını çıkartabiliriz³⁶⁴.

Arabuluculuğun dava şartı olması bazı yazarlar tarafından eleştirilmiş ve kanunun aradığı iradilik ilkesine aykırı olduğu savunulmuştur³⁶⁵. Bununla birlikte dava şartı arabuluculuğun alternatif çözüm yolu olmayacağını, işin içine zorunluluk unsuru girdikten sonra o çözüm yolunun iradi olarak yorumlanmasının mümkün olmadığını ileri sürmüşlerdir³⁶⁶.

Kanaatimizce arabuluculuk, mahkemelerin karmaşıklığından ve ağır işleyen yapısından uzak, tarafları mahkemeden önce bir araya getirerek çözüm yolu sunan, toplumsal barışa hitap eden uyuşmazlık çözüm yöntemleridir³⁶⁷. Uygulamadaki zorunluluk dava

³⁶³ BOZKURT, T., s.255.

³⁶⁴ AZAKLI ARSLAN, s. 29.

³⁶⁵ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s.110; KARACABEY, Kürşat, Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, 2016/1, s.467.

³⁶⁶ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.151.

³⁶⁷ AZAKLI ARSLAN, s. 44.

şartı olması sebebi ile oluşan zorunluluktur. Zorunluluğun kelime anlamındaki gibi baskı kurmak, anlaşmaya zorlamak gibi bir işlevi yoktur.

Kaldı ki Avrupa’da da birçok ülke dava şartı arabuluculuk uygulamasını kullanmıştır. Örneğin İtalya’da 2012 yılından önce dava şartı arabuluculuğun henüz uygulanmadığı dönemde³⁶⁸ ihtiyari arabuluculuk başvurusu 18.525 iken, dava şartı arabuluculuğa geçildiği 2012 yılında bu sayı 154.879’a yükselmiştir. Fakat bununla birlikte daha önemli olan nokta ise, İtalyan Anayasa Mahkemesi dava şartı arabuluculuğu 2012 yılında kaldırdığında bu kez ihtiyari başvuru sayısı 41.604’e düşmüştür³⁶⁹.

Dava şartı arabuluculuk, elbette rakamsal açıdan arabuluculuğun artmasında çok katkı sağlamıştır. Fakat zorunluluğun kalkması ile birlikte insanlar arabuluculuğu sevdiği için veya alışkanlıkları değiştiği için zorunluluğun olmadığı eski yıllara göre yaklaşık iki kat kadar fazla ihtiyari arabuluculuk başvurusunda bulunmuştur.

Bütün bunlar göstermektedir ki zorunluluk aslında insanların alışkanlıklarını değiştirmeye ve esnetmeye yaramaktadır. Ülkemizde de dava şartı arabuluculuğun pozitif etkisinin olduğunu söylemek hata olmaz. Arabuluculuğun dava şartı olarak yasalaştığı 2018 Ocak ayı başından 2019 Ekim ayı sonuna kadar geçen süreçte 682.139 işçi- işveren uyuşmazlığı konulu uyuşmazlık arabuluculara dava şartı başvuru ile atama yapılmıştır. Bu atamalardan görüşme sonucunda anlaşma 423.612 (%65) iken, görüşme sonunda anlaşamama sayısı 223.426 (%35) olarak belirlenmiştir³⁷⁰. İhtiyari arabuluculukta bu oran aynı dönem için %96 anlaşma, %4 anlaşamama şeklindedir.

Ticari uyuşmazlıklarda ise, ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk uygulamasının başladığı Ocak 2019 yılı başından Ekim 2019 sonuna kadar geçen yaklaşık on aylık süreçte, 119.787 adet ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk dosyası atamasının yapıldığı, bunlardan 57.525 dosyanın anlaşma ile (%57) sonuçlandığı, 43.961 dosyanın ise anlaşamama ile sonuçlandığını gözlemlenmiştir³⁷¹.

³⁶⁸ ÖZMUMCU, Zorunlu, s.810.

³⁶⁹ AZAKLI ARSLAN, s. 47; ERDOĞAN, Ersin/ERZURUMLU, Nurbanu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye’nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı, SETA Yayınları 74, İstanbul 2016, s.31 <https://setav.org/assets/uploads/2016/12/Turkiyenin-Arabuluculuk- Tecrubesi-PDF.pdf> - Erişim 10.10.2019-.

³⁷⁰ <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/index.html> -Erişim 29.11.2019-.

³⁷¹ <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/ticaridavasarti.pdf>- Erişim 29.11.2019-

Ayrıca 2019 Ekim ayında Adalet Bakanlığı'nın açıklamasına göre arabuluculuk uygulamasının başladığı Kasım 2013 yılından, Ekim 2019 tarihine kadar hukuk uyuşmazlıklarında 1.005.838 arabuluculuk dosyası görevlendirilmesinin yapıldığı, bunlardan sonuçlandırılan 940.211 adet dosyadan, 667.323 adet dosyanın anlaşma ile sonuçlandığını bildirmiştir³⁷². Genel toplamda dava şartı ve ihtiyari ayırmadan bakıldığında anlaşma oranının %71 olduğu bildirilmiştir.

Bu rakamlar Türkiye için umut verici ve sevindirici rakamlar olduğu için Adalet Bakanlığı sadece bir yıl sonra ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğu uygulamaya koymuştur.

5.1.1. Dava Şartı Arabuluculuk

5.1.1.1. Genel Olarak

Dava şartı arabuluculuk Türk hukukunda ilk defa 7036 Sy. İş Mahkemeleri Kanunu 3. maddesindeki düzenleme ile uygulamaya girmiştir³⁷³. 7036 Sy. Kanun 25.10.2017 tarihli RG'de yayınlanmış ve 01.01.2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yürürlüğe giren bu kanun ile, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı, tazminat ve işe iade talebi ile açılacak davalardan önce arabuluculuğa başvuru dava şartı olacağı kabul edilmiştir. Bu kanuni düzenleme ile 01 Ocak 2018 itibari ile işçi veya işveren ile alakalı konusu tazminat, alacak veya işe iade olan uyuşmazlıklarda taraflar mahkemeye başvurmadan önce mutlaka bir arabulucuya başvurmak zorundadırlar. Kanun koyucu iş kazası, hizmet tespit davası gibi hususları dava şartı arabuluculuk içerisine dahil etmemiştir.

19.12.2018 Tarihli RG'de yayınlanan 7155 Sy. Kanun 23. maddesi ile, HUAK'a 18/A maddesi "Dava Şartı Arabuluculuk" konu başlığı ile eklenmiştir³⁷⁴. Madde ile birlikte özel kanunlarda dava şartı olarak arabuluculuk başvurusunun olması halinde arabuluculuk sürecinde hangi usul kurallarının uygulanacağı düzenlenmiştir.

7155 Sy. Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un 20. maddesi ile Türk Ticaret Kanunu'na 5/A

³⁷² <http://www.basin.adalet.gov.tr/Etkinlik/arabuluculukta-dosya-sayisi-bir-milyonu-asti> -Erişim 28.11.2019-.

³⁷³ ERDEM, Ümit/YUMRUTAŞ, Dilek, Fikri ve Sınai Haklar Hukuku'nda "Dava Şartı" Olarak Arabuluculuk, İstanbul 2019, s. 5; KOÇYİĞİT/BULUR, s.47.

³⁷⁴ BERKHAN, İhsan, Dava Şartı Arabuluculuk, İstanbul 2019, s.145.

maddesi eklemiştir³⁷⁵. Bu ekleme ile, TTK m.4 ve diğer kanunlar ‘da düzenlenen ticari davalarda, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri³⁷⁶ hakkında dava açmadan önce arabulucuya başvurma dava şartı haline getirilmiştir. Dava şartı arabuluculuk uygulamasının altı hafta içerisinde sonuçlanması kararlaştırılmıştır. Ancak müzakerelerin uzaması, anlaşma ihtimalinin bulunması gibi durumlarda artı iki hafta daha süreye eklenir. Süreler, işçi- işveren uyuşmazlıklarına ait dava şartı arabuluculuk başvurularında, üç hafta artı ek bir hafta şeklinde uygulanmaktadır.

7155 Sayılı Kanun, ismi “Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklı Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun” olsa da aslında kanunun getirdiği en önemli yenilik, ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk uygulamasıdır. Son zamanlarda ülkemizde isimleri torba kanun olarak tanımlanan, bir kanun içinde farklı kanunlarda düzenleme yapan kanunlar çıkartılmaktadır. Bu kanunların özelliği her ne kadar isimleri farklı olsa da bünyesindeki maddelerin birden fazla kanunu değiştiriyor olmasıdır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu 18/A/2 maddesi uyarınca dava şartı arabuluculuk kapsamında kalan uyuşmazlıklar için başvuran, uyuşmazlığı dava yolu ile çözmek istiyorsa mutlaka arabuluculuğa başvurulduğunu ve dava şartı arabuluculuk neticesinde anlaşma sağlanamadığını gösterir arabuluculuk son tutanağını mahkemeye sunması gerekmektedir³⁷⁷. Mahkemeler HUAK m.18 gereğince son tutanak aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış suretini geçerli saymaktadır.

Uygulamada davacı vekillerinin arabuluculuk tutanaklarını kendi imzaları ile aslı gibidir yaptıkları gözlemlenmiştir. Fakat HUAK m. 18A çerçevesinde mahkemeler bu durumda başvuruca bir hafta süre vermeli ve son tutanak aslı veya arabulucu tarafından onaylı suret istemelidirler. Dolayısı ile mahkemelere göre taraf avukatlarının değil, sadece arabulucuların “aslı gibidir” yapma hakkı bulunmaktadır.

Dava şartı arabuluculuğun bir istisnasını da kanun açıkça atıf yaparak belirtmiştir. 6325 Sayılı HUAK m.18/A/18 gereği özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif

³⁷⁵ COŞKUN, Mahmut, İtirazın İptali- Menfi tespit ve İstirdat- Tasarrufun İptali, Genişletilmiş 5. Basım, Ankara, 2019, s.80; KOÇYİĞİT/BULUR, s.47.

³⁷⁶ KAYA/TATLI, s.88-89.

³⁷⁷ KOÇYİĞİT/BULUR, s.48.

uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hallerde dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanmaz³⁷⁸.

Türk Ticaret Kanunu'nda bir kısım uyuşmazlıklar hakkında dava açmadan önce dava şartı olarak arabuluculuğa başvurulması konusu ile alakalı yapılan düzenleme 01.01.2019 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yürürlüğe girmesi ile birlikte bir kısım sorunları da beraberinde getirmiştir. Sorunların başında uygulamada sıkça açılan menfi tespit, tazminat, istirdat gibi davalarda yorum farklılıklarından ötürü mahkemelerin bazıları aynı olay için dava şartı arabuluculuğun uygulanması gerektiği kararı verirken, bazı mahkemeler aynı olayda dava şartı arabuluculuk kapsamına girmeyeceği kararı vermektedirler. Bazı dava çeşitleri için (örneğin menfi tespit, istirdat) henüz istinaf mahkemeleri arasında görüş birliğinin olmadığı gözlemlenebilmektedir³⁷⁹.

³⁷⁸ ERDEM/YUMRUTAŞ, s.7.

³⁷⁹ “Yukarıda açıklandığı üzere; kanun metni yoruma muhtaç ifadeler içermesi nedeniyle sırf kanun dili ile sonuca varılamamaktadır. İşin içine yorum katılması gerektiğine göre yorumun kanunun amacına uygun yapılması gerekir. Kanunun amacı ise gerekçesinden ve ruhundan faydalanarak tespit edilmelidir. Somut kanun hükmünün madde metninden olumsuz tespit davalarının dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığına dair açık bir düzenleme bulunmadığına göre genel gerekçe ve madde gerekçesinde kullanılan ifadelerden anlaşılan gayeden hareketle yorum yapılmamıştır. Genel gerekçe ve madde gerekçesi uyuşmazlık kriterine işaret ettiğinden dava türüne göre değil uyuşmazlık türü esas alınarak yapılan değerlendirme sonucunda; eldeki davanın (genel tarımsal kredi nedeniyle borçlu olmadığına dair tespit ve ödenen tutarların -miktar belirtilmemiş- istirdat davası) TTK 5/a maddesi gereğince dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu sonucuna varılmaktadır. Davacı, dava açmadan önce arabuluculuğu başvurduğuna dair beyanda bulunmadığı gibi dosya içerisinde de arabuluculuğa başvuruya (ve sona ermesine) ilişkin belge de bulunmamaktadır. Bu durumda 6325 Sayılı yasanın 18/A-2 maddesine göre davanın dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesinde yasaya aykırı bir hal söz konusu değildir. “Ankara BAM 21. HD, 2019/851 Esas, 2019/1045 Karar, 19.09.2019 Tarih, - Sinerji Mevzuat Program - ; “Çek ve bono ile ilgili ticari davalar ise çoğunlukla menfi tespit talepli olarak ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar davacı eldeki menfi tespit davasında zorunlu dava şartı arabuluculuk kapsamında kalmadığını ileri sürmüş ise de, TTK'nın 5/A maddesindeki düzenleme ile talep sonucuna değil dava konusuna açıkça vurgu yapılarak dava konusunun bir miktar paranın ödenmesi olması şartı aranmış olduğu, menfi tespit davalarının esas itibarıyla bir miktar paranın ödemesine ilişkin olmaları da dikkate alındığında dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığının kabulü gerekir. Aksinin kabulü halinde hem kanun koyucunun amacına aykırı yorum yapılmış olacak hem de uygulamada büyük bir kargaşa yaşanacağından mahkemece taraflar arasındaki davanın zorunlu dava şartı arabuluculuk kapsamında kabul edilerek dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesi usul ve yasaya uygun bulunmuştur. “İstanbul BAM 19. HD, 2019/1734 Esas, 2019/1521 Karar, 28.06.2019 Tarih, - Sinerji Mevzuat Programı-; Menfi Tespit Davasının Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında Kalmadığını Kabul Eden BAM Daireleri de mevcuttur, “Bu hukuki açıklamalar ışığında somut olaya dönüldüğünde: Davacının iş bu davadaki talebi, menfi tespit istemine ilişkindir. TTK'nın 5/A maddesine göre, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Davanın konusu (müddeabih), dava dilekçesindeki talep sonucu, yani neticeyi talep esas alınarak belirlenir. Neticeyi talebin bir para alacağının tahsili veya tazminat olduğu durumlarda, arabulucuya başvuru yapılmış olması dava şartıdır. Menfi tespit davaları bu kapsamda değerlendirilemez. Çünkü, menfi tespit davalarında, bir miktar alacağın tahsili talebi yoktur. Yani, ticari dava niteliğindeki menfi tespit davalarının açılabilmesi için arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır. İlk derece mahkemesinin

İstinaf Mahkemelerinin ve literatürün ortaya koyduğu görüş farklılıkları sebebi ile vatandaşların ve avukatların dava açarken aslında dava şartı kapsamında olmayan konularda dahi arabuluculuğa başvurduğu gözlemlenmiştir. Bu durum, usul ekonomisi açısından zaman kaybına neden olduğu gibi, dava sonucunda haksız ve gereksizce arabulucuya başvurulması karşısında arabulucuya devlet tarafından ödenen arabuluculuk ücret ve masraflarının başvurana rücu edilmesi gibi istenmeyen sonuçlara da sebebiyet verecektir.

5.1.1.2. Dava Şartı Kavramı

Bir davanın esastan görülüp karara bağlanmasını engelleyici bir işlevi yerine getiren, davanın her aşamasında mahkeme tarafından resen gözetilmesi gereken, taraflarca da davanın her aşamasında eksikliği ileri sürülebilen hususlara dava şartları denilir³⁸⁰.

Dava şartı kısaca bir davada esas hakkında incelemeye geçilmesi için gerekli olan şartlardır³⁸¹. Kanun koyucu gerek usul ekonomisi gerekse mahkemelerin gereksiz iş yükünü önleyebilmek adına dava şartlarını kabul etmiştir. Mahkeme dava şartı yokluğunu davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır³⁸².

Dava şartları olumlu olabileceği gibi olumsuz dava şartları da olabilir³⁸³. Örneğin tasarrufun iptali davasında açabilmesi için alacaklının elinde borç ödemedi aciz belgesinin bulunması gerekir³⁸⁴. Bu durumda alacaklıda bu belgenin bulunmasının

karar gerekçesi bu nedenle usul ve yasaya aykırıdır.” İstanbul BAM 14. HD. 2019/521 Esas, 2019/423 Karar, 21.03.2019 Tarih, -Sinerji Mevzuat Programı-; Benzer nitelikte bkn. İstanbul BAM, 14. HD. 2019/521 E., 2019/423 K.

³⁸⁰ TANRIVER, Süha, Medeni Usul Hukuku, C. I, Tümüyle Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Basım, Ankara 2018, s.636; KURU, s.120; GÖRGÜN, L.Şanal, Medeni Usul Hukuku, 5. Basım, Ankara 2016, s. 254.

³⁸¹ KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 22. Basım, Ankara 2011, s. 256; ÖZMUMCU, Seda, Davanın Açılmasına Bağlı Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y.2012, C.70, S.2, s.186, <https://dergipark.org.tr/download/article-file/97737> ; ATALI/ERMENEK, s.131.

³⁸² Adalet Bakanlığı Aday Memur Hazırlayıcı Eğitimi, Medeni Usul Hukuku Ders Notu, s. 27, <http://www.edb.adalet.gov.tr/e-book/17-MEDEN%C4%B0USULHUKUKU.pdf>.

³⁸³ TANRIVER, Medeni, s.636; PEKCANITEZ / ÖZEKES / AKKAN / TAŞ KORKMAZ, s.927.

³⁸⁴ “Dava, İİK'nın 277. ve devamı maddelerine dayalı tasarrufun iptali istemine ilişkindir.1-Aciz vesikasına ilişkin dava ön şartına dair değerlendirme; İİK'nın 105. maddesi "Haczi kabil mal bulunmazsa haciz tutanağı 143 üncü maddedeki aciz vesikası hükmündedir. İcraca takdir edilen kıymete göre haczi kabil malların kıfayetsizliği anlaşıldığı surette dahi tutanak muvakkat aciz vesikası yerine geçerek alacaklıya 277'nci maddede yazılı hakları verir." hükmünü havidir. Aciz vesikasının amacı, borçlunun borç ödemekten aciz içinde olduğunun belgelenmesidir. Yapılan hacizlerde borca yeter mal ve alacağının bulunamaması halinde borçlunun aciz içinde olduğunun kabulü gerekir.” İstanbul BAM 40. HD, 2019/163 E., 2019/643 K. 09.12.2019 T. – Sinerji Mevzuat Programı-.

aranması olumlu dava şartının bir örneğidir. Bunun yanında dava açmakta hukuki yarar yokluğu durumu bir olumsuz dava şartı örneğidir³⁸⁵.

Dava şartı, kişilerin dava açmasına engel olan bir eksiklik değildir. Dava şartı olmadan da mahkeme veznesine harcını ödeyerek dava açılır. Dava hakkı Anayasal bir haktır ve kısıtlanamaz. Fakat dava açıldığında eksiklik fark edilir edilmez tamamlanabilen bir dava şartı değilse dava usulden reddedilir. Şayet sonradan tamamlanabilen bir dava şartı söz konusu ise mahkeme dava açan tarafa bunun tamamlanması için süre verir (Örneğin gider avansı eksikliği gibi). Dava şartından yoksun açılmış bir dava, karşı tarafın buna muvafakat etmesi durumunda dahi dava şartı olmaması sebebi ile reddedilmesi gerekir. Şayet davalı muvafakat etse bile hâkimin bunu resen dikkate alarak dava şartı yokluğuna göre davayı reddetmesi gerekir³⁸⁶.

Dava şartı arabuluculuk, sonradan tamamlanması mümkün olmayan bir dava şartıdır. Davaya bakan mahkeme bu eksikliği gördüğü anda davacıya eksikliğin giderilmesi için süre veremez. Sadece arabuluculuğa dava açmadan önce başvurulduğunu belgelendirmesi için davacıya bir haftalık hak düşürücü süre verebilir. Şayet mahkeme, dava şartı arabuluculuğa hiç başvurulmadığını tespit etmiş ise veya taraf bunu beyan ederse, mahkeme süre dahi vermeden davanın reddine karar vermesi gerekmektedir.

Fakat bu konuda *Koçyiğit/Bulur* farklı bir görüş beyan ederek dava açıldıktan sonra dava şartı olarak arabuluculuk başvurusunun yapılmamış olduğu fark edilmez ve hüküm anında eksiklik giderilmiş ise mahkemenin dava şartı noksanlığından ötürü davayı reddedemeyeceğini savunmuştur³⁸⁷.

Benzer nitelik taşıyan bir başka görüş bildiren *Yardım*'a göre, dava şartı arabuluculukta açılan davada son tutanağın ibraz edilmemesi halinde hâkimin süre vermesine yönelik

³⁸⁵ “Somut olayda mahkemece muhatap bankanın “çek hesabına rastlanılmadığı, çekin işlemsiz bulunduğu boş statüde olduğu gerekçe gösterilerek davanın hukuki yarar yokluğundan reddine karar verilmiş ise de banka cevabi yazısında keşidecinin Zümrütevler şubesinde ... nolu çek hesabına rastlanıldığı ... nolu çekin boş statüde olup, işlem görmediği bildirilmiştir. Çekin bankaya ibraz edilmemiş bulunması çek iptali davasının reddine gerekçe olamaz. Mahkemece yasal ilanlar yapılmış olup, çek üzerinde hak iddia eden hamil ortaya çıkmadığından çekin zayii nedeniyle iptaline karar verilmesi gerekirken hukuki yarar yokluğundan davanın reddine karar verilmesi hukuka uygun değildir. Zayii nedeniyle iptal koşulları oluştuğundan davacı vekilinin istinaf başvurusunun kabulü ile HMK 353/1-b-2 maddesi gereğince davanın reddine ilişkin kaldırılarak “Davanın kabulüne keşidecisiltd.şti olan ... seri nolu 25.05.2012 tarihli 30.000- TL tutarlı çekin zayii sebebi ile iptaline” karar verilmiştir.” İstanbul BAM 12. HD, 2019/2155 E., 2019/1490 K., 28.11.2019 T. – Sinerji Mevzuat Programı-.

³⁸⁶ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 256.

³⁸⁷ KOÇYİĞİT/BULUR, s. 48.

bir düzenleme yoktur, hatta aksine HUAK m. 18/A/II'da hâkimin herhangi bir işlem yapmadan davayı usulden reddetmesi öngörülmüştür. Bu bağlamda Tam İslah kavramı bu konunun istisnasını oluşturur. Çünkü tam ıslah yaptığımızda ortada eski dava kalmaz yeni bir davaya dönüşür. Tam ıslah edilen dava artık eski davanın devamı niteliğinde değildir. Bir diğer konu, arabuluculuğa başvurulduktan sonra son tutanak düzenlenmeden ve arabuluculuk görüşmeleri sonlanmadan dava açılmış olması durumunda davanın seyrinin ne olacağıdır. *Süral Efeçinar/Yardım'a* göre, hâkimin yapması gereken şey, davayı reddetmeden HMK m. 115/II uyarınca, ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk için HUAK'ta öngörülen 6+2 haftalık süreyi de dikkate alarak süre vermektir. Vereceği süre sonunda son tutanağın ibrazı halinde geçerli bir dava şartı arabuluculuk başvurusu olarak kabul edilerek davaya devam edilmesi gerekir³⁸⁸.

Kanaatimizce dava şartı arabuluculuk, HUAK m.18/A gereği sonradan tamamlanacak dava şartlarından değildir. Dava açmadan önce arabuluculuk son tutanağı elinde olmayan davacının davası ret olmalıdır. HUAK'da daha sonradan dava şartı arabuluculuk başvurusunun tamamlanabileceği noktada bir hüküm bulunmamaktadır.

6100 Sy. HMK m. 114/1'de sınırlı bir kısım dava şartlarından bahsedilmiş ise de aynı maddenin ikinci fıkrasında bir kısım kanunlarda özel olarak dava şartı düzenlemelerinin yapıldığı vurgulanmıştır. Dava şartı arabuluculuk uygulaması da buna en güzel örnektir. Gerek İş Kanunu gerekse Türk Ticaret Kanunu bünyesine eklenen maddeler sebebi ile bir kısım uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurulmuş olmasını dava şartı olarak kabul etmiştir. Dolayısı ile arabulucuya başvurmadan açılan davalar dava şartı yokluğundan reddedilecektir. Usul ekonomisi açısından dava şartlarının önemli bir sonucu da karşı vekalet ücretidir. Şayet dava şartı yokluğundan dava reddedildiğinde karşı tarafın vekili var ise bu durumda davacı aleyhine karşı taraf lehine vekalet ücretine hükmedilecektir.

HMK 114. maddesinde sayılmış olan dava şartları şunlardır; *“Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunması, yargı yolunun caiz olması, mahkemenin görevli olması, yetkinin kesin olduğu hallerde mahkemenin yetkisinin bulunması, tarafların, taraf ve dava ehliyetine sahip olmaları, kanuni temsil söz konusu ise temsilcinin temsil hakkının bulunması, dava takip yetkisine sahip olunması, vekil aracılığı ile takip edilen*

³⁸⁸ SÜRAL EFEÇİNAR/YARDIM s.152.

davalarda, vekilin davaya vekalet ehliyetine sahip olması ve usulüne uygun düzenlenmiş bir vekaletin olması, davacının yatırmaya gereken gider avansını yatırmış olması, teminat gösterilmesine ilişkin kararın yerine getirilmesi, davacının dava açmakta hukuki yararının bulunması, aynı davanın daha önce açılmış ve halen görülmekte olmaması, aynı davanın daha önceden kesin hükme bağlanmamış olması”.

Bunun yanında kanun koyucu HMK m.114/1’de dava şartlarını madde madde sıralamışken HMK m.114/2 fıkrası ile diğer kanunlardaki dava şartı düzenlemeleri için sıralamayı genişletmiştir. İşte HUAK m.18/A ile getirilen düzenleme, HMK m.114/2’de bahsedilen diğer kanunlardaki dava şartlarına örnektir.

Dava şartı, dava açılmasından sonuna kadar var olmalıdır. Dava başında var olan dava şartı karardan sonra ortadan kalkarsa dava usulden reddedilmelidir³⁸⁹. Mahkeme davanın başından sonuna kadar dava şartlarını araştırmak ve denetlemekle yükümlüdür³⁹⁰. Fakat dava başında dava şartı eksik olmasına rağmen fark edilmeyerek esasa dair inceleme yapılırken dava şartı tamamlanırsa bu durumda mahkeme dava şartının tamamlanmış olmasını dikkate almak zorundadır. Dolayısı ile mahkeme sırf davayı açarken dava şartı eksik olması sebebi ile davayı reddedemez. Önemli olan hüküm verilirken dava şartının tamamlanmış olmasıdır. Örneğin kısıtlılığın açtığı davanın ilerleyen aşamada kısıtlılık durumunun kalkarak ehliyetli hale gelmesi gibi veya on sekiz yaşından küçük çocuğun dava açtıktan sonra reşit olması gibi.

Fakat dava şartı arabuluculuk sonradan tamamlanan dava şartlarından olmadığı için bu anlatılanlar sonradan tamamlanabilen dava şartları için geçerlidir. Şayet dava açmadan önce arabulucuya başvurularak son tutanak alınmamış ise dava açtıktan sonraki tarihli tutulmuş arabuluculuk son tutanağı geçerli bir arabuluculuk başvurusu sayılmaz.

HUAK m.18/2 gereği; “Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması halinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi taktirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğ

³⁸⁹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 266.

³⁹⁰ TANRIVER, Medeni, s.637.

çıkartılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması halinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir”.

Görülmektedir ki her ne kadar HMK düzenlemesinde bir kısım dava şartlarının sonradan tamamlanmasına onay verilmiş ise de HUAK m.18/2 gereği dava başında eksik olan dava şartının sonradan tamamlanmasına onay verilmemiştir. Yani dava açarken arabulucuya başvurulması gerekirken başvurulmadan dava açılırsa, dava sonrasında arabulucuya başvurarak bu dava şartı tamamlanamaz. Mahkeme sadece daha önce başvuru arabuluculuk sürecinde arabuluculuk son tutanağı herhangi bir nedenle sunulmamış ise bu tutanağın sunulması için bir hafta süre tanıyabilir. Dolayısı ile arabuluculuğun sonlandığı tarihin mutlaka dava açılmadan önceki bir tarih olması, en azından aynı tarih olması gerekir.

7036 Sayılı ve 12.10.2017 tarihli İş Mahkemeleri Kanunu ile dava şartı arabuluculuk hukuk sistemimize giriş yapmıştır³⁹¹. 01.01.2018 Tarihi itibariyle İşçi- İşveren uyuşmazlıklarından kaynaklı alacak, tazminat ve işe iade davalarında arabuluculuk zorunlu hale gelmiştir.

Arabuluculuğun 2012 yılında³⁹² Türk hukuk sistemine girmesinden sonra arabuluculuğun dava şartı olduğu 01.01.2018 tarihine kadar geçen dönemde başvuruların daha çok işçi – işveren uyuşmazlıkları üzerine olması sebebi ile kanun koyucu ilk olarak işçi – işveren uyuşmazlıklarında arabuluculuk uygulamasını hayata geçirmiştir.

İşçi- işveren uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuğun genel olarak başarılı sayılacak bir oran yakalaması, toplumun arabuluculuğa sıcak bakması gibi nedenlerle bir yıl gibi kısa bir sürede 7155 Sayılı “Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para

³⁹¹ İŞMK, m.3: (1) Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi ve işveren alacağı ve tazminatı ile iş iade talebi ile açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. (2) Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya Arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması halinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içerisinde mahkemeye sunması gerektiği, aksi taktirde davanın usulden reddedileceği ihtarı içerir davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkartılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması halinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebi ile usulden reddine karar verilir.

³⁹² 6325 Sy. HUAK, 22.06.2012 tarih ve 28331 Sayılı RG’de yayınlanmıştır.

Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun” ile³⁹³ birlikte kanuni düzenleme yapılarak, TTK 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, tazminat ve alacak talebi içeren uyuşmazlıklar için dava şartı hale getirilmiştir.

Dava şartı olarak getirilen bu uygulama ile dava şartından noksan açılan davaların bu nedenle reddedileceği hükmü getirilmiştir. Dava şartları, HMK 114. maddesinde düzenlenmiştir. Dava şartı arabuluculuk uygulaması ile yürürlüğe giren arabulucuya başvurma zorunluluğu, dava açıldıktan sonra ortaya çıkması halinde tamamlanabilen bir şart değildir. Mutlaka dava açmadan önce tamamlanmış olması yani dava şartı olarak arabuluculuk başvurusunun yapılarak arabuluculuk son tutanağının da davadan önce tutulmuş olması gerekir.

Uygulamada dava şartı olan arabuluculuk son tutanağının mahkemeye ibraz edilmesi için verilen bir haftalık sürenin yeniden arabulucuya başvuru olarak yanlış yorumlanabildiği gözlemlenmektedir. Mahkemenin verdiği bir haftalık süre, daha önce alınmış olması gerekli olan son tutanağın sadece fiziki olarak mahkemeye ibrazıdır. Aksi durumda bir hafta içinde arabulucuya başvurarak dava devam ederken dava şartı arabuluculuk sürecinin işletilmesi mümkün değildir. Mahkemeye açılan davadan sonra arabulucuya başvurarak dava şartını yerine getirmek mümkün değildir.

Yine uygulamada çokça karşılaşılan bir sorun da başvuranın veya vekilinin dava açarken son tutanağın aslı veya arabulucu tarafından onaylı suretini sunmamış olmasıdır. İstinaf mahkemesi verdiği kararlarda, dosyanın yerel mahkemeye iade edilerek evrakların aslının veya arabulucu tarafından onaylanmış suretlerinin ibrazı için süre verilmesine karar vermektedir³⁹⁴.

³⁹³ 7155 Sy. Geçici 20.m.: 13.01.2011 tarihli ve 6102 Sy. Türk Ticaret Kanunu 5. Maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir. “3. Dava Şartı Arabuluculuk Madde 5/A: (1) Bu kanunun 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 şartıdır. (2) Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hallerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir. “.

³⁹⁴ “Tutanağın bir örneği dava dilekçesine eklenmemiş olsa bile, tutanağın varlığı dava dilekçesinde açıkça zikredildiğine göre, mahkemece 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin 2. fıkrasındaki "Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına 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.

5.1.2. İhtiyari Arabuluculuk

İhtiyari arabuluculuk, konu açısından dava şartı arabuluculuktan daha geniş kapsamı bulunmaktadır. İhtiyari arabuluculukta taraflar arabulucuya başvurma zorunluluğu olmadan arabulucuya başvurmayı tamamen özgür iradeleri ile tercih etmektedirler.

Kişiler arasındaki her uyuşmazlığın ihtiyari arabuluculuk ile çözülmesi mümkün değildir. Mevzuat gereği yalnızca tarafların üzerinde özgürce tasarruf edebilecekleri iş yahut işlemlerden doğan özel hukuk anlaşmazlıkları ihtiyari arabuluculuğun konusunu oluşturur³⁹⁵. Ayrıca uyuşmazlığın yabancılık unsurları taşıması, iki yabancı arasında veya bir yabancı ve bir Türk arasında gerçekleşmesi arabuluculuğu geçersiz kılmaz. Bir yabancı ve bir Türk, Türkiye’de üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hukuk uyuşmazlığını çözüme kavuşturabilirler. Ceza davaları, idari davalar, iş hukukunu ilgilendiren hizmet tespit ve iş kazasına bağlı tazminat davaları, aile hukukunda bağlı boşanma, velayet, nüfus kaydının düzeltilmesi gibi davalar ihtiyari arabuluculuk ile çözülemez.

Çekişmesiz yargı işleri de ihtiyari arabuluculuğa uygun değildir³⁹⁶. Çekişmesiz yargı işinde ortada iki tarafı bulunan bir uyuşmazlık söz konusu değildir. Hukukumuzda çekişmesiz yargı işleri çoğunlukla mahkeme kararı ile sonuçlandırılması gerekli iş ve işlemlerden oluşur. Örneğin, konkordato, iflas erteleme, kıymetli evrakın zıyaı, isim değiştirme, kıymetli evrakın iptali, gaiplik kararının kaldırılması gibi.

İhtiyari arabuluculuk süreci, arabulucunun karşı tarafa davet göndermesi üzerine her iki tarafın arabulucu çatısı altında buluşarak görüşmelere devam edeceklerinin yazılı olarak tespit edilmesi ile fiilen başlar³⁹⁷.

Türk hukukunda dava şartı arabuluculuk istisna olup, esas olan ihtiyari arabuluculuktur. Dava şartı arabuluculuk kavramının doğuş nedeni ihtiyari arabuluculuğu

İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir." hükmüne göre bu eksikliğin giderilmesi için davacıya süre verilmeliydi. Anılan yasa hükmüne uyulmadan verilen ilk derece mahkemesince dava şartlarına aykırı karar verildiği anlaşılmakla, HMK'nın 353/1.a.4. maddesi uyarınca, ilk derece mahkemesinin istinafa konu kararının kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın, kararı veren ilk derece mahkemesine gönderilmesine dair aşağıdaki karar verilmiştir." İstanbul BAM 14. HD 2019/861 Esas, 2019/616 Karar, 20/02/2019 T. – Sinerji Mevzuat Programı-

³⁹⁵ BÜYÜKAY, s.165.

³⁹⁶ BÜYÜKAY, s. 178.

³⁹⁷ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s. 80.

hızlandırmaktır. Kanun koyucu tarafların üzerinde özgürce hareket edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk anlaşmazlıklarının arabuluculuğun konusu olduğunu ifade etmiştir (HUAK m.1). Bu yüzden net bir şekilde ihtiyari arabuluculuğun kapsamının dava şartı arabuluculuktan geniş olduğu söylenebilir.

5.2. İhtiyari Arabuluculuğun Dava Şartı Arabuluculuktan Farkları

İhtiyari arabuluculukta taraflar herhangi bir zorunluluk olmadan serbestçe üzerinde tasarruf edecekleri özel hukuk sorunlarını arabuluculuk yöntemi ile sonuçlandırır. Bu nedenle arabuluculuğa başvurup başvurmama konusunda tek irade tarafların iradesidir. Dava şartı arabuluculukta ise arabuluculuğa başvuru zorunludur. Başvurulmadan dava açılacak olursa dava ret olur.

Dava şartı arabuluculukta dava devam ederken arabuluculuğa başvurmak mümkün değildir. Dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklar için dava açmadan önce mutlaka arabulucuya başvurulması ve son tutanağın düzenlenmesi gerekmektedir. Oysa ki ihtiyari arabuluculukta taraflar dava devam ederken her aşamada ihtiyari arabuluculuğa başvurulabilirler. Mahkeme süreci sonlandırmak adına taraflara üç aya kadar süre verir. Bu üç aylık sürede zaman aşımı işlemez.

İhtiyari arabuluculuğun konusu ve kapsamı dava şartı arabuluculuğa göre daha geniştir. Ticari anlamda ihtiyari arabuluculuğun konusunda, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edecekleri ticari nitelikte özel hukuk uyuşmazlıkları girmekte iken dava şartı arabuluculuk konusu bir miktar paranın ödenmesi veya tazminat içeren ticari davalar girmektedir. Dolayısı ile kapsam yönünden farklılık vardır.

Dava şartı arabuluculuk ve ihtiyari arabuluculuğun arasında arabuluculuk sürecinin başladığı tarih yönünden de farklılık vardır. Dava şartı arabuluculukta, adliye bünyelerindeki arabuluculuk bürolarına başvurunun yapıldığı an arabuluculuk başlamış sayılır³⁹⁸ (HUAK m.18/a/4,8,15; İŞMK m.3/9,17).

İhtiyari arabuluculukta ise, dava öncesi ve dava sonrası şeklinde bir ayırım yapmak gerekmektedir. Dava öncesinde arabuluculuk süreci, başvuranın arabulucuya başvurduğu tarihte değil, tarafların her ikisinin de arabuluculuk görüşmelerine devam

³⁹⁸ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.85.

edecekleri iradelerini ortaya koydukları an itibari ile başlamış sayılır. Bu iradenin ilerde ispatlanması açısından yazılı olarak tespitinin yapılması faydalı olacaktır.

Dava açılmasından sonra da ihtiyari arabuluculuk yoluna gidilebilmektedir. Dava aşamasında arabuluculuk süreci, mahkemenin taraflara yaptığı arabuluculuk davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabuluculuğa başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri veya duruşmada bu beyanın tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar.

Taraflar ilk oturumdan önce de bir araya gelmiş olabilirler. İlk oturumdan önce bir araya gelen taraflar, uyuşmazlığın ihtiyari olarak başvuru belirlendiği arabulucu kontrolünde görüşmelerle yürütülmesi noktasında anlaşmışlar ve arabulucunun da dahil olduğu bir arabulucu belirleme tutanağı imzalamış olabilirler işte böyle bir belge imzalanmış ise o zaman süreç bu imza ile başlamış sayılır.

5.3. Arabuluculuğa Elverişli Olan Ticari Uyuşmazlıklar

Ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğun kapsamı oldukça geniştir. Bu genişlik Türk Ticaret Kanunu'nun oldukça kapsamlı düzenlenmiş olması ile alakalıdır. Arabuluculuk özünde ihtiyari olan bir kurumdur. Yukarıda da bahsettiğimiz gibi ihtiyari uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuğa göre daha geniş kapsamlıdır.

Dava şartı arabuluculuk uygulamasının sebebi ülkelerde arabuluculuk kavramını yerleştirmek ve ülkede uzlaşma ortamını sağlayarak gereksiz davaların önüne geçebilmektir. Mahkemelerin üzerindeki iş yükü sebebi ile basit usule tabi bir ticari dava bile yerel mahkemede en az bir sene sürmektedir. Yerel mahkemenin kararından sonraki istinaf ve temyiz süreleri de eklendiğinde kapsamı dar bir dava bile üç, dört seneden önce kesinleşmemektedir. Hal böyleyken arabuluculuk ve diğer alternatif çözüm yollarında iki, üç ay gibi kısa sürelerde uyuşmazlıklar sonlanmaktadır.

Türkiye dava şartı arabuluculuk uygulamalarını başarı ile sürdürmektedir. 2013 Yılından, 24.10.2019 yılına kadar geçen süreçte 197.971 adet ihtiyari arabuluculuk görüşmesi kayıtlara geçmiş ve bu görüşmelerin 190.406 adedi anlaşma ile sonuçlanmışken yalnızca 7.565 adedi anlaşamama ile sonuçlanmıştır³⁹⁹. Bu oran ihtiyari arabuluculuk sürecinin %96 oranda başarılı olduğunu göstermektedir.

³⁹⁹ Bkn. Arabuluculuk Dair Başkanlığı İnternet Sitesi,

Ticari bir uyuşmazlığın ihtiyari arabuluculuk dahilinde kaldığının yorumunu yaparken dikkat etmemiz gereken kanun maddesi, HUAK m.1/2'dir⁴⁰⁰. Maddede vurgulanan şey mevcut anlaşmazlığın bir özel hukuk anlaşmazlığı olması ve anlaşmazlığın tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir nitelikte olmasıdır. Yani mefhumu muhalifinden çıkartılan sonuç, kamu hukukunu ilgilendiren konular ve üzerinde serbest tasarrufun mümkün olmadığı konularda ihtiyari de olsa arabuluculuk söz konusu olmayacaktır⁴⁰¹.

HUAK m. 1/2'de benzer bir tanımlama Milletler Arası Tahkim Kanunu'nun 1.maddesi 4. fıkrasında gözlemlenmektedir. Tanıma göre; "Bu kanun, Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz⁴⁰²". Görüleceği üzere tahkim konusuna giren uyuşmazlıklar, iki tarafın tasarruf yetkisinin bulunduğu konularla sınırlandırılmıştır. Bu yönü ile arabuluculuğa elverişli konularla ortak nitelikler taşıdığı gözlemlenmektedir.

Koçyiğit/Bulur 'a göre her ne kadar tahkim arabuluculuk ile benzeşse de bir alternatif çözüm yöntemi değildir. Mahkeme yerine hakemlerin karar verdiği bir yargısal yoldur⁴⁰³.

Kanun koyucu ihtiyari arabuluculuk çerçevesini belirlerken, kamu düzenini ilgilendiren uyuşmazlıklar haricinde kalan özel hukuk uyuşmazlıkları olarak tespit yapmıştır⁴⁰⁴. Kanun koyucu ilgili düzenlemede uyuşmazlıkları teker teker belirlememiştir.

TBK 27. maddesinde sayılmış olan kanunun emredici maddelerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olan, konusu imkânsız olan arabuluculuk anlaşmaları yapılmış olsa bile hükümsüzdür.

Adalet Bakanlığı tarafından tutulan istatistik raporlarında en çok yaşanan uyuşmazlık türlerinden şu şekilde sayılmıştır:" Maddi manevi tazminat hakları, alacak hakları, fikri ve sınai mülkiyet hakları, eser sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar, sigorta hukuku uyuşmazlıkları, sözleşmeden doğan alacak hakları, kira ve tahliye uyuşmazlıkları,

<http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/ihtiyari.pdf> - Erişim 01.11.2019-.

⁴⁰⁰ HUAK m.1/2: "(2) Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir."

⁴⁰¹ RUHİ/ŞAHİN/ÇELİK, s.19.

⁴⁰² AYDIN, Ahmet Özgür, Uluslararası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, Yayınlanmamış Yüksek Lisan Tezi, Mersin 2018, s.58.

⁴⁰³ KOÇYİĞİT/BULUR, s.10-11.

⁴⁰⁴ RUHİ/ŞAHİN/ÇELİK, s.20.

tüketici hukukundan doğan uyuşmazlıklar, taşınmaz mülkiyetine ilişkin uyuşmazlıklar, kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, ortaklığın giderilmesine ilişkin davalar, ticari ortaklığa ilişkin uyuşmazlıklar, taşınır eşyalara ilişkin uyuşmazlıklar, spor hukukundan doğan uyuşmazlıklar⁴⁰⁵”. Üzerinde serbestçe tasarruf edilen ticari uyuşmazlıklar elbette bunlardan ibaret değildir. İlerleyen kısımda bazı ticari nitelikteki özel hukuk uyuşmazlıkları incelenecektir.

5.3.1. Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Kitabında Düzenlenen Bazı Ticari Davalar

5.3.1.1. Ticari Satım Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar

TTK m.23 uyarınca, tacirler arasındaki mal satış ve mal değişimlerinde Türk Borçlar Kanunu’nun satış ve mal değişimi hükümleri uygulanır. Sözleşmenin özelliğine göre malın parça parça yerine getirilmesi mümkün ise veya alıcı parça parça teslimi kabul etmiş olursa, sözleşmenin bir kısmı yerine getirilmemesi durumunda alıcı, sadece malların teslim edilmemiş kısmı için haklarını kullanabilir (TTK m.23/1/a).

Alıcı mütemerrit olduğu takdirde satıcı, malın satışına izin verilmesini mahkemeden isteyebilir. Satıcı isterse malın niteliklerini bir uzmana tespit ettirebilir (TTK m.23/1/b). Malın ayıplı olduğu satış sırasında açıkça belli ise, alıcı iki gün içinde durumu satıcıya ihbar etmelidir. Açıkça belli değil ise alıcı sekiz gün içinde malı incelemek veya incelemek zorundadır. Bu süre zarfında malda ayıp tespit edilirse alıcı, sekiz günlük süre içinde satıcıya ihbar etmekle yükümlüdür. Diğer durumlarda TBK m.223 ve devamı maddeleri uygulanır⁴⁰⁶(TTK m.23/1/c).

5.3.1.2. Ticaret Unvanının Korunmasından Kaynaklanan Davalar

Ticaret unvanı, tacirin ticari işletmesine ilişkin iş ve işlemlerinde kullandığı addır⁴⁰⁷(TTK m.39). Tacir, ticaret unvanı seçmek zorundadır⁴⁰⁸ (TTK m. 18/1). Ticaret unvanını kullanma hakkı sadece unvan sahibine aittir (TTK m.50). Ticaret unvanının tescil edilmesi halinde, bir başkası tarafından izinsiz kullanılması halinde, unvan sahibi bunun yasaklanmasını, tespit edilmesini, şayet unvan haksız olarak tescil edilmiş ise, bu

⁴⁰⁵ RUHİ/ŞAHİN/ÇELİK, s.21

⁴⁰⁶ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.307.

⁴⁰⁷ HELVACI (ÜLGEN/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN), s.391; BOZER/GÖLE, s.178.

⁴⁰⁸ ŞENER, İşletme, s.496.

durumun kaldırılması, kaydın silinmesi, oluşan zararın giderilmesi gibi yollara başvurması mümkündür⁴⁰⁹.

Şayet unvan tescil edilmemişse haksız rekabet hükümlerine göre hukuki koruma yoluna gidilecektir (TTK m.54). Unvanı haksız kullanmakta kusuru olan kişiye karşı tazminat davası da açılabilir. Örneğin unvanı kötü niyetle kullanan kişiye karşı unvan sahibi tacirin açacağı tazminat davası, konunun ticaret kanununda düzenlenmiş olması sebebi ile mutlak ticari davadır.

Örneğin yukarda saydığımız unvanın haksız kullanılması sebebi ile kaydın silinmesi davasında dava talebinin alacak ve tazminat içermemesi nedeni ile dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilemez.

5.3.1.3. Haksız Rekabette Kaynaklanan Tazminat Davaları

Haksız rekabete dair düzenlemelerin amacı, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır⁴¹⁰(TTK m.54). Kanun koyucu TTK m.55'de haksız rekabet hallerini oldukça geniş saymıştır. Fakat haksız rekabet halleri sayılanlarla sınırlı değildir. TTK m.55, haksız rekabet hallerini başlıklar halinde saymıştır⁴¹¹. Haksız rekabetin önlenmesinin temelinde emeğin korunması yatmaktadır⁴¹².

Genel olarak haksız rekabette kaynaklı açılacak davalar kanunda sayılmıştır⁴¹³ (TTK m.56). Açılacak davalar tespit ve önleme niteliğinde olabileceği gibi (örneğin, haksız rekabet halinin tespiti davası), tazminat içerikli de olabilir⁴¹⁴.

⁴⁰⁹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s. 308; BOZER/GÖLE, s.195.

⁴¹⁰ ŞENER, İşletme, s.607; BOZER/GÖLE, s.207.

⁴¹¹ Bunlar, dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar (TTK m.54/1/a), sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yönelmek (TTK m.54/1/b), başkalarının iş yüklerinden yetkisiz yararlanma (TTK m. 55/1/c), üretim ve iş sınırlarını hukuka aykırı olarak işfa etmek (TTK m.55/1/d), iş şartlarına uymamak (TTK m.55/1/e), dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak (TTK m.55/1/f) şeklinde sayılmıştır.

⁴¹² ÇAPA, Sadık, Haksız Rekabet Hukukunda Başkalarının İş Ürünlerinden Yetkisiz Yararlanma, Ankara Barosu Dergisi, Y.2014, S.2, s.363.

⁴¹³ TTK m. 56: “ (1) Haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, mesleki itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimse; a) Fiilin haksız olup olmadığının tespitini, b) Haksız rekabetin men'ini, c) Haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini ve tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise, haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasını, d) Kusur varsa zarar ve ziyanın tazminini, e) Türk Borçlar Kanunu'nun 58 inci maddesinde öngörülen şartların varlığında manevi tazminat verilmesini, isteyebilir. Davacı lehine ve (d) bendi hükmüne tazminat olarak hakim, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da karar verebilir. (2) Ekonomik çıkarları zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek müşteriler de birinci fıkradaki davaları açabilirler, ancak araçların ve malların imhasını isteyemezler. (3) Ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin

İşletmesi haksız rekabet sebebi ile zarar gören tacir, haksız rekabette bulunarak kendisine zarar veren diğer bir tacire karşı açacağı tazminat davası, talebin tazminat talebi içermesi, haksız rekabete ilişkin konunun TTK'da düzenlenmiş olması sebebi ile mutlak ticari davadır.

5.3.2. Türk Ticaret Kanunu'nun Ticaret Şirketleri Kitabından Kaynaklanan Bazı Ticari Davalar

Arabuluculuk uygulamasının ülkemizde henüz çok yeni bir uygulama olması sebebi ile şirket ana sözleşmelerinde bir arabuluculuk şartı yaygın olarak kullanılır hale gelmemiştir. Kanaatimizce zamanla şirketlerin ana sözleşmelerinde arabuluculuğa başvuru şartına da yer verildiğini görebilmek mümkün hale gelecektir.

Şirketlerde esas sözleşmeye konulacak tahkim şartı ancak tahkime elverişli uyuşmazlıklar yönünden hüküm doğurur⁴¹⁵. Esas sözleşme serbestisi bulunan her durumda esas sözleşmeye tahkim veya arabuluculuk şartının konulmuş olması o uyuşmazlığa tahkimin uygulanabileceğini göstermez. Tahkime ve arabuluculuğa elverişli olmayan bir uyuşmazlık açısından esas sözleşmeye hüküm konmuş olabilir.

Tahkimin arabuluculuk ile benzer yanlarından hareketle, tahkim için öngörülmuş bu uygulamaların ihtiyari arabuluculuk için de uygulanmaması için bir sebep yoktur. Şirketler hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların genel olarak tahkime elverişli olduğu birçok yazar tarafından vurgulanmıştır⁴¹⁶. İlerleyen kısımda ticaret şirketlerinin karşılaşılabilecekleri ticari uyuşmazlıklar arabuluculuk kapsamında değerlendirilmeye çalışılmıştır.

ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlar da birinci fıkranın (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı davaları açabilirler. (4) Bir kimse aleyhine birinci fıkranın (b) ve (c) bentleri gereğince verilmiş olan hüküm, haksız rekabete konu malları, doğrudan veya dolaylı bir şekilde ondan ticari amaçla elde etmiş olan kişiler hakkında da icra olunur; BOZER/GÖLE, s.232.

⁴¹⁴ “Davalının eyleminin haksız rekabet oluşturduğu sabit olduğuna göre, bu durumda davalının haksız eylemleri neticesinde davacının maddi zarara uğramış olduğunun ve 6102 Sayılı TTK'nın 56/1-d maddesi uyarınca maddi tazminat talep etme hakkına sahip bulunduğu da kabulü gerekir.” İstanbul BAM 13. HD, 2017/911 E., 2018/234 K., 22/03/2018 T. – Sinerji Mevzuat Programı-.

⁴¹⁵ VEZİROĞLU, Cem, Anonim Şirketler Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Tahkime Elverişliliği, İSTAC, İstanbul Tahkim Merkezi, Bülten, Eylül 2017, <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2016/06/istac-Eylül-2017-bülten-uzun-copy-01.html> -Erişim 15.12.2019-.

⁴¹⁶ KAYA, Arslan, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara 2001, s.331; BAHTİYAR, Mehmet, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001, s.209; KARASU, Rauf, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Basım, Ankara 2015, s.173; ŞAHİN, Ayşe, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2013, s.373.

5.3.2.1. Kolektif Şirketlerden Kaynaklanan Alacak ve Tazminat Davaları

Kolektif şirket, bir ticari işletmeyi bir ticaret unvanı altında işletmek amacıyla, gerçek kişiler arasında kurulan ve ortaklıktan hiçbirinin sorumluluğu şirket alacaklılarına karşı sınırlanmamış olan şirkettir (TTK m.211). Aşağıda kolektif şirketlere dair dava türlerinden bazılarından bahsedilmiştir. Sayılmayan uyuşmazlıklar dışında da uyuşmazlık çeşitleri ile karşılaşmak mümkündür. Burada arabuluculuğa elverişlilik noktasında belirleyeceğimiz kıstas, uyuşmazlığın bir özel hukuk uyuşmazlığı olması ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesidir. Örneğin bir ticaret şirketinin, Vergi Dairesi'nin kestiği para cezası sebebi ile Vergi Dairesi ile olan uyuşmazlığı biz özel hukuk uyuşmazlığı değil kamu hukuku uyuşmazlığıdır. Kolektif şirketlerle alakalı TTK'da düzenlenmiş bulunan bazı alacak ve tazminat davaları şu şekildedir⁴¹⁷; “*tescil yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sebebi ile şirket ortaklarına açılacak tazminat davaları (TTK m.216), kolektif şirket ortağının şirketten aldığı paranın veya şirket adına tahsil edilen paranın faizi ile iadesi için açılacak alacak davası (TTK m.224), kolektif şirket ortağının kâr payı, ödünç, sermaye faizi ve ücret alacağı davaları. (TTK m.228), kolektif şirket ortağının rekabet yasağına aykırı davranışlarından doğan tazminat davaları (TTK m.230- m.231), kolektif şirket temsilcisinin şirket adına yaptığı işlemler nedeni ile açılacak alacak davaları ile kolektif şirket ortağının şirkete ait görevleri yerine getirirken işlediği haksız fiiller nedeni ile şirkete karşı açılacak tazminat davaları (TTK m.234), kolektif şirketin borçlarından dolayı ortaklara karşı açılacak alacak davaları. (TTK m.236) kolektif şirketten çıkan veya çıkartılan ortağa ödenecek ayrılma payı davası (TTK m.260- m.262), kolektif şirketten çıkan veya çıkartılan ortağın çıkmadan önce başlanmış işlerden doğan alacakları için açacağı tazminat davaları (TTK m.263), kolektif şirket tasfiye memurunun işlediği haksız fiiller nedeni ile şirkete karşı açılacak tazminat davaları (TTK m.280/4), kolektif şirket tasfiye memurunun ücret alacağı sebebi ile açacağı alacak davası (TTK m.284), kolektif şirket tasfiye memurlarının verdikleri zararlar nedeni ile açılacak tazminat davası. (TTK m.285), kolektif şirket tasfiye memurlarının işlemler sonucu ortaklara verdikleri zararlardan dolayı açılacak tazminat davaları (TTK m.292), kolektif şirket tasfiyesinde ortaklara ek ödeme için açılacak davalar. (TTK m.298), kolektif şirket tasfiyesinde ortaklara dağıtılacak tutarın ödenmesi davası. (TTK299- m.300)”*

⁴¹⁷ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.329.

Yukarda bahsedilen bu davaların alacak ve tazminat talebini içermesi, ticaret şirketlerine ilişkin düzenlemelerin TTK'da yapılmış olması sebebi ile TTK m.4 gereği bu konular ticari dava olarak değerlendirilir.

5.3.2.2. Komandit Şirketlerden Kaynaklanan Alacak ve Tazminat Davaları

Komandit şirket, bir ticari işletmeyi bir ticaret unvanı altında işletmek amacı ile kurulan, şirket alacaklarına karşı ortaklardan bir veya birkaçının sorumluluğu sınırlandırılmamış ve diğer ortak veya ortakların sorumluluğu sınırlandırılmış olan şirkettir⁴¹⁸ (TTK m.304/1). Komandit şirketlerden kaynaklanan davaların çoğunda kolektif şirketlere atıflar yapıldığı görülmektedir. Örneğin, komandit şirketin borçlarından dolayı ortaklara karşı açılacak tazminat davaları (TTK m.317 atfıyla TTK m.236), komandit şirketten çıkan veya çıkartılan ortağa ödenecek ayırma payı davası (TTK m.328 atfıyla TTK m.260- m.262).

Bir üst başlıkta detaylandırılmış olduğundan bu davalardan tekrar bahsedilmemiştir. Bu davalar dışında, *“adi şirketin unvanında bulunan ortağa üçüncü kişilerin açacağı alacak ve tazminat davaları (TTK m.320), şirket adına işlemde bulunan komanditer ortağa üçüncü kişilerin açacağı tazminat davaları (TTK m.321/1), sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen komanditer ortağa üçüncü kişilerin açacağı tazminat davaları (TTK m.322/1), şirket malvarlığından alacaklarını tahsil edemeyen alacaklıların komandite ortağa karşı açacakları alacak davaları (TTK m. 325/1)”* gibi davalar da kolektif şirketlerden ayrılan, konusu para alacağını ve tazminatı içeren dava türleridir⁴¹⁹.

5.3.2.3. Anonim Şirketlerden Kaynaklanan Alacak ve Tazminat Davaları

Anonim şirket, TTK m. 329 da tanımlanmıştır. Anonim şirket, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı sadece malvarlığı ile sorumlu olan şirkettir⁴²⁰. Anonim şirketlerle alakalı alacak ve tazminat konulu davaların bazıları şu şekildedir; *“kamu tüzel kişilerinin anonim şirket yönetim kurulundaki temsilcilerinin bu sıfatla işledikleri fiillerden ve yaptıkları işlemlerden dolayı ilgili şirketin, şirketten alacaklı olanların, pay sahiplerinin açacağı tazminat davaları (TTK m.334), anonim*

⁴¹⁸ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.335.

⁴¹⁹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.337.

⁴²⁰ POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal (ÇAMOĞLU, Ersin), Ortaklıklar Hukuku, Yeniden Yazılmış 13. Basım, İstanbul 2017, n.428.

şirket pay sahibinin bir kişiye düşmesine rağmen, tescil ve ilan yaptırmayan yönetim kuruluna karşı açılacak tazminat davası (TTK m.338), anonim şirkette nakdi payların karşılığının satıştan ödenmesinden doğan davalar (TTK m.346), anonim şirket kurucularına sağlanacak menfaatler nedeniyle açılacak davalar (TTK m.348), anonim şirketin tescilinden önce şirket adına iş yapan kişilere veya şirketlere karşı açılacak davalar (TTK m.355), anonim şirkette görevden alınan yönetim kurulu üyesinin açacağı tazminat davası (TTK m.364), anonim şirket temsile yetkili kişiler tarafından yapılan işlemin, esas sözleşmeye veya genel kurul kararına aykırı olması nedeniyle iyi niyetli kişiler tarafından şirkete karşı açılacak tazminat ve alacak davaları ile anonim şirkette temsile veya yönetime yetkili olanların görevlerini yaptıkları sırada işledikleri haksız fiillerden dolayı şirkete karşı açılacak tazminat ve alacak davaları (TTK m.371/4,5), anonim şirket yönetim kurulu üyesinin müzakereye katılma yasağı ile ilgili yükümlülüklerine uymayan üyelere açılacak tazminat davaları (TTK m. 393), anonim şirket yönetim kurulu üyelerine ödenecek huzur hakkı, ücret, ikramiye, prim ve yıllık kar payı nedeniyle açılacak tazminat ve alacak davaları (TTK m.394), anonim şirket yönetim kurulu üyesinin veya yakınlarının şirkete yaptığı işlem nedeni ile bu kişilere karşı açılacak tazminat davaları (TTK m.395), anonim şirket yönetim kurulu üyesine rekabet yasağına aykırı hareket etmesi nedeni ile açılacak tazminat davaları (TTK m.396), anonim şirket denetçisine sır saklamamasından doğan tazminat davaları (TTK m.404), genel kurula katılan temsilciye karşı açılacak tazminat davası (TTK m.427), pay üzerinde intifa hakkı sahibine karşı açılacak tazminat davası (TTK m.432), genel kurul kararına karşı kötü niyetle iptal veya butlan davası açanlara karşı açılacak tazminat davası (TTK m.451), geçersiz anonim şirket payı için yapılan ödemeden doğan alacak ve tazminat davaları (TTK m.476), pay bedelinin ödenmemesi sebebiyle pay sahibine karşı açılacak alacak ve tazminat davaları (TTK m.482), hamile yazılı pay senetlerine ilişkin tazminat davaları (TTK m.484), tescilden önce pay senedi çıkartmaktan doğan tazminat davaları, tasfiye memurunun görevini yerine getirdiği sırada işlediği haksız fiilen doğan tazminat davaları (TTK m.539), şirketle ilgili belge ve beyanların kanuna aykırı olması halinde açılacak tazminat davaları (TTK m.549), sermaye hakkında yanlış beyanlar ve ödeme yetersizliğinin bilinmesi nedeniyle açılacak alacak ve tazminat davası (TTK m.550), sermayeye değer biçilmesinde yapılan yolsuzluk nedeniyle açılacak tazminat davaları (TTK m.551), kurucuların, yönetim

kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğundan doğan tazminat davaları (TTK m.553- m.555), denetçilerin sorumluluğundan doğan tazminat davaları (TTK m.554)⁴²¹”.

5.3.2.4. Limited Şirketlerden Kaynaklanan Alacak ve Tazminat Davaları

Limited şirket, bir veya birden çok gerçek kişi veya tüzel kişi tarafından kurulan, esas sermayesi belirli olan, sermayesi, esas sermaye paylarının toplamından oluşan şirkettir⁴²². Limited şirketlerden kaynaklanan bazı alacak ve tazminat konulu dava türleri şu şekildedir: *“limited şirketin tescilinden önce işlem yapanlara karşı açılacak tazminat davaları (TTK m.588), intifa hakkı sahibinin sorumluluğundan kaynaklanan tazminat davası (TTK m.600), şirketin borçları nedeni ile açılacak alacak ve tazminat davaları (TTK m. 602), ek ödeme yükümlülüklerinden kaynaklı alacak davası (TTK m.603), yan edim yükümlülüğünden doğan alacak davası (TTK m.606), kar payı alacağından kaynaklanan davalar (TTK m.608), haksız alınan kar payının geri verilmesi nedeni ile açılacak alacak ve tazminat davaları (TTK m.611), rekabet yükümlülüğüne aykırılık nedeni ile açılacak tazminat davaları (TTK m.613), görevden alma yönetim ve temsil yetkisinin geri alınması ve sınırlandırılması nedeni ile açılacak tazminat davaları (TTK m.630), şirket yönetimi ve temsili ile yetkilendirilen kişilerin haksız fiil sorumluluğu nedeni ile açılacak tazminat davaları (TTK m.632), ayrılma akçesine ilişkin alacak davaları (TTK m.641)⁴²³”.*

Kolektif, komandit, anonim ve limitet şirketlere ilişkin, konusu para ve tazminat içerikli pek çok dava türü bulunmaktadır. Bu çalışmada sadece bir kısım dava türleri örnek verme amaçlı paylaşılmıştır.

5.3.3. Türk Ticaret Kanunu'nun Kıymetli Evrak Hukuku Kitabından Kaynaklanan Bazı Ticari Davalar

Kıymetli evrak hukukuna dair uyuşmazlıklar poliçelerden, bonolardan veya çekten kaynaklanabilir. Poliçeden kaynaklanan uyuşmazlıklar, poliçe bedelinin ödenmemesi nedeni ile doğan alacak davaları (TTK m.725), ihbar zorunluluğunu yerine getirmeyen cirantaya karşı açılacak tazminat davaları (TTK m.353), şeklinde sayılabilir. Poliçede

⁴²¹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.338.

⁴²² ŞENER, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Gözden Geçirilmiş. 3. Basım, Ankara 2017, s.669.

⁴²³ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.348.

yetkili olan hamil, poliçe bedelini, işleyen faizi, protesto yapılmış ise protesto masraflarını, poliçe bedelinin binde üçü oranında komisyon bedelini poliçe borçlusundan talep edebilir.

Benzer şekilde, bonodan kaynaklı uyuşmazlıklarda TTK m.778 atfı ile poliçelerde kabul edilen hükümlerin bazılarının bonolarda da uygulandığı kabul edilmiştir.

Bu noktada unutulmaması gereken husus, bahse konu kıymetli evraklardan birine dair icra takibi açarken dava şartı arabuluculuk uygulaması takibe engel olmamaktadır. Çünkü icra takibinde takip şartı söz konusu değildir. Bu şu demektir; kıymetli evraka bağlı icra takibi açarken dava şartı arabuluculuğa başvurma zorunluluğu yoktur. Fakat kıymetli evraka bağlı alacağımızı mahkemeden talep edecek isek, kambiyo senetlerinin Türk ticaret kanununda düzenlenmiş olması ve mutlak ticari dava olması sebebi ile dava şartı arabuluculuk uygulamasına tabi olacaktır.

Çekten kaynaklanan davalarda da çekin yetkili hamili, çekin ödenmemiş olan bedelini, ibraz gününden itibaren işlemiş olan faizini, protesto veya buna benzer bir ihbar gönderilmiş ise bunun bedelini, çek bedelinin binde üçünü aşmamak üzere komisyon ücretini isteyebilir⁴²⁴ (TTK m.810).

5.3.4. Türk Ticaret Kanunu'nun Sigorta Hukuku Kitabından Kaynaklanan Bazı Ticari Davalar

Türk Ticaret Kanunu'nda dava şartı arabuluculuk (TTK m.5/A) adı altında düzenlenen madde, 7155 Sayılı Kanun ile TTK'na eklenmiştir. Madde gereği “bu kanunun 4. maddesinde ve diğer kanunlarda düzenlenen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartıdır”. Maddeden de anlaşıldığı üzere sigorta hususu TTK'da düzenlenmiş olduğu için, sigorta ile ilgili işlemlerden kaynaklanan davalar mutlak ticari davadır.

Bunun yanında, 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesi gereğince, zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunmak gerekmektedir. Başvuru tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde sigorta şirketinin,

⁴²⁴ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.354.

başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevapta talebin karşılanmadığının bildirilmesi halinde zarar gören dava açabilir veya 5684 Sayılı Kanun gereği tahkime başvurabilir⁴²⁵. KTK'da yer alan bu hüküm dava şartlarındandır. Şayet sigorta şirketine başvuru şartı yerine getirilerek azami on beş gün beklenmeden sigorta şirketlerine açılan davalar hukuki yarar yokluğundan reddedilecektir. KTK m.97 ve TTK 5/A maddelerinin her ikisi de davadan önce yerine getirilmesi gerekmektedir. Sigorta şirketine hasar tazminat ödemesi için başvurmak dava şartı arabuluculuk uygulamasını devre dışı bırakmaz. Bu dava şartları arasında bir öncelik sonralık ilişkisi yoktur. Her iki dava şartına da aynı anda başvurulabilir⁴²⁶.

Sigorta hukuku, istisnalar hariç olmak üzere alternatif uyuşmazlık çözümüne genel anlamda elverişlidir. Talepler tamamen iki tarafın iradesi ile bağlıdır. Sigorta ile ilgili davaların tazminat talepli olduğu ve ticari dava niteliğinde olması sebebi ile ihtiyari uyuşmazlıklar haricinde dava şartı arabuluculuk uygulamasında da sık sık karşılaşılmaktadır⁴²⁷.

Sigortacılığın gelişmesi amacı ile 3.6.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu 30. maddesinde sigortacılıkta tahkim düzenlemiştir. Bu doğrultuda uyuşmazlık çözümü için merkezi İstanbul'da bulunan "Sigorta Tahkim Komisyonu" kurulmuştur. Sigorta tahkim komisyonunun çalışma prensipleri yönetmelikle belirlenmiştir⁴²⁸. Sigorta tahkim komisyonuna gidebilmek için, sigorta kurumuna KTK m.97 kapsamında başvuru yapılması ve başvuru üzerinde on beş gün içerisinde talebin kısmen veya tamamen karşılanmamış olması gerekir⁴²⁹. Şayet sigorta şirketi on beş gün içerisinde hiç cevap vermez ise bu durumda da talebin karşılanmadığı kabul edilerek tahkime başvuru şartı gerçekleşmiş kabul edilir.

6100 Sayılı HMK'nın 413/1 maddesi gereği tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir olay için mahkemede dava açılmış ise karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir.

⁴²⁵ ELER, s.88 KTK m.97- (Değişik Madde RG Tarihi: 26.04.2016 RG no: 29695 Kanun No: 6704/5) Zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekir. Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması halinde, zarar gören dava açabilir veya 5684 Sayılı Kanun çerçevesinde tahkime başvurabilir.

⁴²⁶ KOÇYİĞİT/BULUR, s. 68; ELER, s. 88.

⁴²⁷ BERKHAN, İhsan, Taşıma Sigortalarında Arabuluculuk ve Alternatif Çözüm Yolları, İstanbul, 2019, s.33.

⁴²⁸ Sigorta Tahkime İlişkin Yönetmelik RG. 17.08.2007/26616.

⁴²⁹ ELER, s.88.

Şayet tahkim sözleşmesi hükümsüz değilse, mahkeme tahkim ilk itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder. Taraflar arası tahkim sözleşmesi bulunan hallerde, tahkim konusu uyuşmazlık için dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanmaz. (HUAK m.18/A/18)⁴³⁰. Bununla birlikte taraflar arasında tahkim sözleşmesi olmasına rağmen uyuşmazlığın çözümü için dava açılmış ise, uyuşmazlık dava şartı arabuluculuk kapsamında ise dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanır⁴³¹.

5.3.5. Fikri ve Sınai Haklar Hukukundan Kaynaklanan Bazı Ticari Davalar

Genel anlamda fikri ve sınai uyuşmazlıklar, her iki tarafında üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği nitelikte uyuşmazlıklardır⁴³². Bu anlamda ihtiyari arabuluculuğa yatkın uyuşmazlıklar arasındadır.

Fikri mülkiyete konu mevzuata dair uyuşmazlıklar tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın mutlak ticari dava olarak kabul edilmiştir⁴³³(TTK m.4/d). Bu yüzden konusu bir miktar paranın alınması veya tazminat içeren fikri mülkiyet konulu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamında kalacaktır⁴³⁴.

Fikri mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuatta düzenlenen hususlardan doğan davalar, kanunda belirtildiği üzere mutlak ticari davadır⁴³⁵. Örnek olarak, güzel sanatlar, sinema,

⁴³⁰ EKŞİ, Nuray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, 2. Basım, İstanbul 2013, s.62.

⁴³¹ KOÇYİĞİT/BULUR, s.65.

⁴³² BERKHAN, Mülkiyet, s.35.

⁴³³ TTK m. 4- (1) Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları (Eklenmiş ibare RGT: 30.06.2012 RG no: 28339 kanun no: 6335/1) (Yür. T.: 01.07.2012) ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın; a) Bu Kanunda, b) Türk Medeni Kanunu'nun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ila 969 uncu maddelerinde, c) 11/1/2011 tarihli ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ila 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ila 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ila 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörülmuş bulunan 547 ila 554, havale hakkındaki 555 ila 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ila 580 inci maddelerinde, d) Fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuatta, e) Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde, f) Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde, öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları (Eklenmiş ibare RG Tarihi: 30.06.2012 RG NO: 28339 KANUN NO: 6335/1) (Yür. Tar.: 01.07.2012) ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava (Eklenmiş ibare RGT: 30.06.2012 RG NO: 28339 Kanun no: 6335/1) (Yür. Tar.: 01.07.2012) ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır. Ancak, herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bundan istisnadır.

⁴³⁴ KARACA, Osman Umut, Dava Şartı Olan Arabuluculuk Kapsamındaki Sınai Mülkiyet Uyuşmazlıkları, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y.2019, S.1, s.51.

⁴³⁵ BERKHAN, Mülkiyet, s. 37; ÇARKACI, Bahattin, Fikri Mülkiyet Hukukunda Arabuluculuk, <https://fikrimulkiyet.com/fikri-mulkiyet-hukukunda-arabuluculuk/> - Erişim 04.11.2019-.

makale vs. eserlere ilişkin telif hakkından kaynaklı alacak ve tazminat talepleri verilebilir.

Bir yazarın makalesinin izinsiz olarak bir başka yazar tarafından kullanılması halinde bu eyleme uyacak tazminat talebinden kaynaklı uyuşmazlığı, arada bir ticari işletmeyi ilgilendiren ticari iş olmadığı için mutlak ticari dava olarak değerlendirilmeyecektir. Ancak makaleyi izinsiz kullanan bir yayınevi olması halinde yazı sahibi tacir olmasa bile diğer taraf yani yayınevi tacir olduğu için, taraflardan birinin taraflardan birinin ticari işletmesini ilgilendirme koşulu gerçekleşmiş olacaktır. Konunun da tazminat alacağı olması sebebi ile uyuşmazlık mutlak ticari dava olarak kabul edilecektir.

Yine örneğin akademik yayınlarda yapılan intihaller bir uyuşmazlığa konu olması halinde, taraflardan ikisinin de akademisyen olması durumunda, intihaller herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmediği için aradaki iş de ticari iş olmayacaktır⁴³⁶.

Fikri ve sınai mülkiyet hukuku kapsamında uygulamada rastlanan bazı dava türleri; tecavüzün kaldırılması ve önlenmesi davaları, fikri ve sınai haklara tecavüzde tazminat davası, sınai mülkiyete tecavüzün önlenmesi, tecavüzün giderilmesi ve tazminat davadır.

Fikri ve sınai haklara tecavüz konusu her iki tarafın iradesi ile sonlandırılması mümkün olan bir eylem olması sebebi ile ihtiyari arabuluculuğa elverişlidir. FSEK m.66 uyarınca maddi ve manevi hakları zarara uğrayan kimseler tecavüzün kaldırılmasını talep edebilirler⁴³⁷. Mahkeme, tecavüzün içeriğini, ağırlığını, kusurlu olup olmadığını tespit ederek kaldırılması için gerekli tedbirleri alır. Taraflar bu konuda dava açmış olsalar, anlaşarak her zaman için davayı sonuçlandırmaları mümkün olduğu gibi, dava açmadan da anlaşarak uyuşmazlığı çözebileceklerdir.

⁴³⁶ KARACA, s.51.

⁴³⁷ FSEK m. 66: Manevi ve mali hakları tecavüze uğrıyan kimse tecavüz edene karşı tecavüzün ref ini dava edebilir. Tecavüz, hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından yapılmışsa işletme sahibi hakkında da dava açılabilir. Tecavüz edenin veya ikinci fıkrada yazılı kimselerin kusuru şart değildir. Mahkeme, eser sahibinin manevi ve mali haklarını, tecavüzün şumulünü, kusurun olup olmadığını, varsa ağırlığını ve tecavüzün ref i halinde tecavüz edenin dışarı olması muhtemel zararları takdir ederek halin icabına göre tecavüzün ref i için lüzumlu göreceği tedbirlerin tatbikına karar verir. (Eklenmiş fıkra RGT: 12.06.1995 RG No: 22311 Kanun No: 4110/19) Eser sahibi, ikamet ettiği yerde de tecavüzün ref i ve men davası açabilir.

Fikri mülkiyet mevzuatında öngörülmemekle birlikte diğer mevzuatlardaki fikri mülkiyete konu uyumsuzluklar her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili değil ise ticari dava olarak nitelendirilemeyeceği gibi, dava şartı arabuluculuğa da tabi olmayacaktır⁴³⁸.

5.4. Arabuluculuğa Elverişli Olmayan Ticari Uyuşmazlıklar

Kanunda tarafların serbestçe tasarruf edebildikleri iş ve işlemlerden kaynaklı özel hukuk uyuşmazlıklar, arabuluculuğa elverişli olarak sayıldığı (HUAK m.1/2) için bu sayılan haricinde üzerinde serbestçe tasarruf edilemeyen uyuşmazlıklar ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işleri arabuluculuğa elverişli değildir.

5.4.1. Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarrufta Bulunamayacakları Ticari Uyuşmazlıklar

HUAK m.1/2 gereği tarafların üzerinde serbestçe hareket imkânı bulunmayan bir kısım uyuşmazlıklar vardır. Maddenin gerekçesinde, “Bu durum karşısında kamu düzenine ilişkin olan, dolayısı ile tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmalarına olanak vermeyen hukuki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne kavuşturulmasında, arabuluculuk kurumuna müracaat edilemeyecektir.” İfadesinde geçen “kamu düzeni” bazı yanlış anlaşılmalara sebebiyet vermiştir⁴³⁹.

Yargılama sırasında dikkate aldığımız kamu düzeni kavramını ile arabuluculukta karşılaştığımız kamu düzeni kavramlarını birbirinden ayırmak gerekir. Örneğin TBK 179. maddesi ve devamındaki düzenlemelere ilişkin kabul edilmiş olan kamu düzeni, aynı uyuşmazlığın arabulucu önüne gelmesi halinde kamu düzeni olarak yorumlanmayabilir⁴⁴⁰. Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişliliğinde geçerlilik taşıyan kamu düzeni kavramı, dava yoluna başvurulmuş bir uyuşmazlık bakımından daha dar ve daha sınırlı bir içeriğe sahip olur. Örneğin taşkın yapı yapanın iyi niyetinin araştırılması gereği dava aşamasında kamu düzeni kavramı ile ifade edilebilirken, aynı konu arabuluculuk önüne geldiğinde kamu düzeninin bu kapsamda geniş yorumlanması mümkün olmayabilir.

Koçyiğit/Bulur'a göre tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri her iş aynı zamanda iki tarafın iradesine bağlı değildir. Örnek olarak taşınırın devri ve teslimi

⁴³⁸ KARACA, s.52.

⁴³⁹ KOÇYİĞİT/BULUR, s. 73.

⁴⁴⁰ KOÇYİĞİT/BULUR, s.74.

gösterilebilir. Bir taşınırın başka bir kişiye satılması, devredilmesi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir iştir. Fakat taşınmazların mülkiyetin tescili ancak tapu idaresinde yapılacak resmi işlemle gerçekleşecektir. Dolayısı ile bu uyuşmazlık tarafların iradesine bağlı bir iş değildir.

Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları bir başka durum İcra ve İflas Kanununda düzenlenmiş olan İflas ve Konkordato işlemleridir. Bu işlemler de kamu düzenini ilgilendiren, çekişmesiz yargı işleri olduğu için arabuluculuğa elverişli değildir⁴⁴¹.

Ticaret şirketleri ile alakalı olarak yukarda bazı dava çeşitlerinden bahsedilmiştir. Arabuluculuğa elverişli olarak sayılan bu davaların yanında bazı arabuluculuğa elverişli olup olmadığı konusu tartışmalı olan uyuşmazlıklar da vardır.

Şirket genel kurul kararlarının iptali konusu bu tartışma konularından biridir. Şirket genel kurul kararlarının iptali konusunda genel kanı tahkim vasıtası ile genel kurul kararların iptal edilmesinin mümkün olmamasıdır. Arabuluculuğun genel kurul kararlarının iptali için uygun olup olmadığı hususunda tahkim konusundaki görüşler aydınlatıcı olmaktadır.

Genel kurul kararlarının iptalinin tahkime elverişliliği noktasında ortaya atılmış görüşlerin ilkinde genel kurul kararlarının iptali konusu tahkime elverişli kabul edilmiş, bir diğer grup görüşüne göre ise bu kararların iptali tahkime elverişli olmadığı benimsenmiştir. Bunun yanında genel kurul kararların alternatif uyuşmazlık çözümü ile iptali için, iptal edilecek kararların niteliğine bakmak gerekmektedir. İçerik açısından üzerinde serbestçe tasarruf edilen kararların tahkime elverişli sayılması gerektiği ileri süren bir görüş de mevcuttur⁴⁴².

Tahkim yöntemi ile genel kurul kararının iptalinin mümkün olmadığını savunanların gerekçeleri, genel kurul kararlarının her iki tarafın iradesi ile ortaya koyacakları bir karar olmadığı, TTK'nın emredici hükümleri bulunması sebebi ile bu emredici hükümlere aykırı davranılamayacağı, genel kurul kararlarının dava olarak açılması halinde şirket merkezinin yetkili olacağı hükmünde kesin yetki kuralı bulunduğu, bu

⁴⁴¹ KOÇYİĞİT/BULUR, s.75.

⁴⁴² Arabuluculuğa uygun kabul edilen uyuşmazlıklardan bazıları “Kâr payının iadesi, hazırlık dönemi faizi, yönetim kurulu üyelerinin mâli hakları ve sorumluluğu, sermaye borcunda temerrüt nedeniyle faiz ve ceza şart talebi vb.” şeklinde sayılmıştır. Bkn. BAHTİYAR, s.211.

hükmün emredici olduğu, ancak tahkimde bunun mümkün olmadığı⁴⁴³ gibi savunmalar içermektedir.

Genel kurul kararlarının iptalinde alternatif çözüm yolu olarak tahkimi kabul eden görüşlere göre, İsviçre ve Alman hukukunda bu konunun uygulamada mümkün olduğu, Türk hukuk sisteminin temelinde bu iki ülkeden çok farklı olmaması sebebi ile Türk hukuk sisteminde de bu şekilde alternatif çözüm yolunun uygulanabileceğini ileri sürmüşlerdir⁴⁴⁴. Ayrıca bu görüşü savunanlardan bazıları da yukarıda bahsettiğimiz iptal kararları ile alakalı şirket merkezinin bulunduğu yerin kesin yetkili olması kuralının tahkim konusunda bir sorun yaratmayacağını, tarafların hemfikir olarak bir araya gelmeleri ve tahkim ile bu yetki kuralını esnetebileceklerini savunmuşlardır.⁴⁴⁵

Bir kısım görüşler de iptal kararlarının kesin olarak tahkime ve dolaylı yoldan arabuluculuğa elverişliliğini tartışırken kararların içeriğine bakmak gerektiği yorumunda bulunmuşlardır. Çünkü bu düşünceleri savunanlara göre kararların uyuşmazlık çözümüne elverişliliği değişkendir. Her karar için ayrı değerlendirme gerekir⁴⁴⁶.

Bu görüşlerin yanında Yargıtay, vermiş olduğu bir kararda genel kurul kararının iptalinde davacı ve davalının anlaşmasının genel kurul kararının iptalini sağlamayacağı ve sadece mahkeme kararı ile genel kurul kararlarının iptal edilebileceğini belirtmiştir⁴⁴⁷. Başka bir olayda Yargıtay, benzer bir gerekçe ile de şirket kâr payı

⁴⁴³ MOROĞLU, Erdoğan, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 7. Basım, İstanbul 2014, s.290; BAHTİYAR, s.211; PULAŞLI, Hasan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C.1, Ankara, 2011, s.865; KOÇYİĞİT/BULUR, s.75; BOZKURT, T., s.267.

⁴⁴⁴ KIRCA, İsmail/MANAVGAT, Çağlar/ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal, Anonim Şirketler Hukuku, C.2/2, 2. Basım, Ankara 2017, s.233.

⁴⁴⁵ HUYSAL, Burak, Milletler Arası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul, 2010, s.320.

⁴⁴⁶ TAŞ, Mehmet, Türk Hukukunda Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Milletlerarası Ticari Tahkimde Görülmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007, s.53-54; YILDIRIM, Burçin, Anonim Ortaklıklarda Şirket İçi Uyuşmazlıkların Milletler Arası Tahkim Yoluyla Çözülmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012, s.60.

⁴⁴⁷ *"..Dava, ortaklar kurulu kararının iptali istemine ilişkin olup, mahkemece şirket ana sözleşmesinin 13. maddesi uyarınca uyuşmazlığın hakem yoluyla çözüleceği gerekçesiyle, görevsizlik kararı verilmiştir. Oysa, tahkim konusunda ana sözleşmede yer alan bir hüküm veya yapılacak hakem sözleşmesi geçersizdir. Tahkim, yalnız tarafların arzularına tabi olan, yani davalı ile davacının mahkeme kararına gerek olmaksızın aralarında anlaşarak sonuçlandırabilecekleri uyuşmazlıklar konusunda geçerlidir. Halbuki bir genel kurul kararının iptaline dair uyuşmazlığın davacı ve davalı arasında yapılacak anlaşma ile sonuçlandırılması mümkün değildir. Ayrıca, TTK'nın 381. maddesinin 1. fıkrasının münhasıran ortaklık merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemeyi yetkili kılan hükmü ile aynı maddenin 3. fıkrasının davaların birleştirilmesini zorunlu kılan hükmü de tahkim müessesesi ile bağdaşmamaktadır. (Bkn. Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu, Anonim Ortaklıkta Genel*

dağıtım konusunda yapılan bir tahkim anlaşmasının geçersizliği konusunda açılan davada bu konu ile alakalı tahkim yoluna gidilemeyeceğine karar vermiştir⁴⁴⁸.

Şirket ortağının sermaye koyma borcunun yerine getirilmemesi de taraflar arasında serbestçe tasarrufu mümkün bir konu değildir⁴⁴⁹. Şirket ortaklarının sermaye koyma borcunu arabuluculukla anlaşarak ortadan kaldırması gibi bir durum düşünülemez.

Limited şirketlerde ortaklıktan çıkma ve çıkartılma konusunda ise çıkma ve çıkartılmanın tahkim ve arabuluculuk gibi alternatif çözüm yöntemlerine uygun olduğunu ileri süren görüşler mevcuttur⁴⁵⁰.

Şirketin iflası ve feshi gibi uyuşmazlıklar genel anlamda tahkime elverişli değildir⁴⁵¹. Neticede kamuyu ilgilendiren bir konudur. Ayrıca şirket ortakları üzerinde serbestçe

Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 3. Basım, s. 226, 227) “Yargıtay 11. HD. 2011/13485 E., 2012/19915 K., 05.12.2012 T. – Sinerji Mevzuat Programı-

⁴⁴⁸ “..Bölge Adliye Mahkemesince ilk derece mahkemesi sıfatıyla yapılan yargılama ve HMK'nın hakem kararlarının iptaline ilişkin 439. maddesi hükmü gözetildiğinde, verilen kararda bir isabetsizlik olmadığı ve şirket ana sözleşmesindeki tahkim şartının anlaşmazlığın hakemde çözümlenmesi halinde yetkili mercilerin şirket merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemeler olacağı düzenlemesi nedeniyle açık ve kesin olmaması nedeniyle geçersiz olduğunun anlaşılması bulunmasına göre usul ve yasaya uygun Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir.” Yargıtay 11. HD. 2019/2226 E., 2019/5000 K., 01.07.2019 T. –Sinerji Mevzuat Programı-

⁴⁴⁹ Sermaye koyma borcu, TTK m. 127 –m.132 arasında düzenlenmiştir. Ticaret şirketleri TTK 124/1 de sayıldığı gibi, kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatiflerden oluşmaktadır. Bunların içinden kolektif ve komandit şirketler şahıs şirketi iken diğer kalanlar sermaye şirkettir. Kanunda aksi düzenleme olmadığı sürece, ticaret şirketlerine sermaye olarak, para, kıymetli evrak, sermaye şirketlerine ait paylar, fikri mülkiyet hakları, taşınır ve taşınmaz mallar, kişisel emek, elektronik alan adları ve ekonomik değeri olan her türlü değer konulabilir (EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.318). Şirket, sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen her ortaktan sermayesini yerine getirmesini isteyebilir. Bunun yanında taahhüt edip getirmedığı sermayenin gecikmesinden ötürü de tazminat isteme hakkı da vardır. Şahıs şirketlerinde bu davayı ortaklar da açabilir. Açılacak bu tazminat davası için ihtar şarttır. (TTK m.128/7) Sermaye koyma noktasında geciken ortağa karşı açılacak tazminat davasını, şahıs şirketlerinde ortaklar da açabilir.

⁴⁵⁰ TTK m. 531: (1) Haklı sebeplerin varlığında, sermayenin en az onda birini ve halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden payların sahipleri, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden şirketin feshine karar verilmesini isteyebilirler. Mahkeme, fesih yerine, davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir. ; Limited şirkette ortağın çıkması, sözleşmeden tanınan hakka dayalı olabilir (TTK m.638/1). Bunun yanında böyle bir hak tanınmamış ise haklı sebeplerin varlığında çıkma davası açarak bunu talep edebilir (TTK m.638/2). Limited şirkette ortağın çıkartılması, şirket ana sözleşmesinde yazılı olan çıkartma sebeplerinin çıkartılacak ortak için oluştuğuna ilişkin genel kurul kararı ile (TTK m.640/1) veya şirketin istemi üzerine ortağın mahkeme kararı ile haklı sebebe dayanılarak şirketten çıkarılması istenebilir (TTK m.640/3). *Gülpinar*'a göre şirketten çıkma veya çıkartılma mevzularının da tahkim ve arabuluculuk gibi alternatif çözüm yöntemlerine uygundur (GÜLPINAR, Bünyamin, Limited Şirketlerde Çıkma ve Çıkma Katılma, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2016, C.10, S.2, s.84).

⁴⁵¹ VEZİROĞLU, ISTAC Bülten, Eylül 2017, <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2016/06/istac-Eylül-2017-bülten-uzun-copy-01.html> -Erişim 15.12.2019-.

tasarruf ederek bu kararı alamazlar. Feshe ve iflase mahkeme karar verir. Bu husus emredici nitelik taşıdığı için arabuluculuğa elverişli bir uzlaşmazlık türü değildir.

5.4.2. Ticari Nitelikteki Çekişmesiz Yargı İşleri

TTK m.4 'de ticari davalar sayılırken çekişmesiz yargı işlerinden de bahsedilmiştir. Çekişmesiz yargı işlerinin ticari nitelikte olan ve olmayan şeklinde ayrırabiliriz. TTK, HMK'daki düzenlemeyi dikkate alarak TTK'da düzenlenmiş bazı işlerin çekişmesiz yargı işi olduğunu belirtmiştir.

HMK m.382/2/e maddesinde, kişiler hukukuna giren, aile hukukuna giren, miras hukukuna giren, eşya hukukuna giren, ticaret hukukuna giren, icra ve iflas hukukuna giren ve diğer kanunlarda yer alan çekişmesiz yargı işleri geniş kapsamlı olarak sayılmıştır. Çekişmesiz yargı kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez (HMK m. 388). Ayrıca çekişmesiz yargı işi denilmesinin sebebi iki tarafın değil tek tarafın söz konusu olmasıdır. Çekişmekte olan iki taraf olmadığından dava tabiri kullanılmaz⁴⁵².

TTK'da sayılmış olan, ticari defterlerin zayı belgesi (HMK m.382/2/e/1) ticari nitelikte çekişmesiz yargı işidir ve asliye ticaret mahkemeleri görev alanındadır⁴⁵³. Benzer şekilde kıymetli evrakin zıyı sebebi ile iptal talebi de çekişmesiz yargı işidir (HMK m.382/2, e/6).

HMK m.383'de çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemeleri olduğunu belirtmiştir. Aksine hüküm olmadığı sürece çekişmesiz yargı işlerinde sulh hukuk mahkemeleri görevlidir. Ancak ticari nitelikte çekişmesiz yargı işleri için görevli mahkeme asliye ticaret mahkemeleridir. Asliye ticaret mahkemesinin olmadığı yerlerde, asliye hukuk mahkemeleri asliye ticaret mahkemesi sıfatı ile ticari nitelikte çekişmesiz yargı işlemlerini görür.

Ticaret hukukunun konusuna girebilecek olan çekişmesiz yargı işleri denilince örnek olarak şu uyuşmazlıklar sayılabilir:” *Taşınmaz rehininde alacaklı için kayyum tayini, yetkisi sona eren temsilcinin yetki belgesini mahkemeye teslimi, borçluya ifa veya teminat göstermesi için süre verilmesi, tevdi mahalli belirlenmesi veya tevdi edilecek eşyanın satılması, eser sözleşmesinde eserin ayıplı olup olmadığının bilirkişiye tespiti,*

⁴⁵² AYHAN/ÇAĞLAR, s.78.

⁴⁵³ Ticari defterlere ilişkin zayı belgesinin asliye ticaret mahkemesinin konusuna girdiği hususunda bkn.YRG 11 HD 2013/11430 E.,2013/9287 K., 08.05.2013 T. –Sinerji Mevzuat Programı-.

acentenin müvekkili hesabına teslim aldığı malın borçlar kanununa göre satılması, kolektif şirketin tasfiyesinde tasfiye memuru atanması, komanditer ortağın talebi ile şirket hesaplarının incelenmesi için eksper tayini, anonim şirketlerde aynı sermaye konulması, tescilden itibaren iki yıl içinde sermaye tutarının onda birini aşan tutarda işletme devralınması ve sermaye azaltılmasında bilirkişi raporu alınması ve mahkemenin izni, kooperatiflerde aynı sermayeye değer biçilmesi için bilirkişi tayini, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yolu ile yeniden yapılandırılmasında projenin ilanı ve ara dönem denetçisinin atanması, kıymetli evrakın iptali, gemi ipoteğinde malikin bulunmadığı hallerde kayyum tayini, deniz raporu tanzimi, kırkambar sözleşmesinde geminin hareket günününün mahkemece tayini, navlun sözleşmesinde, boşaltma limanında malların hal ve vaziyetinin, ölçü sayı ve tartısının ekspere tespit ettirilmesi, denizcilik rizikolarına karşı sigortalarda zararın ve kapsamının belirlenmesi için bilirkişi tayini, , ipotekli alacakta alacaklının gaipliği veya alacağını almaktan kaçınması halinde, borç tutarının icra dairesine tevdi edilmesi, üzerine icra mahkemesi tarafından ipoteğin fekkine karar verilmesi, doğrudan doğruya iflas, iflasın kaldırılması, iflasın kapanmasına karar verilmesi, konkordato mühleti verilmesi, komiserin atanması, konkordatonun tasdiki⁴⁵⁴”.

5.5. Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk Konusunda Özel Dava Türlerinin Değerlendirilmesi

Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk uygulamasının başlaması ile ticaret mahkemelerinde sıklıkla karşılaşılan bazı dava türleri dava şartı arabuluculuk uygulamasında dahil hale gelmiştir. Fakat içlerinden bazı davalarla alakalı gerek literatürde gerekse mahkeme kararlarında görüş ayrılıkları yaşanmaktadır. Halen daha bazı ticari nitelikteki dava türlerinin dava şartı arabuluculuk kapsamında kalıp kalmadıkları konusunda görüş ayrılıkları devam etmektedir.

5.5.1. Menfi Tespit Davaları ve Dava Şartı Arabuluculuk

Menfi tespit davası İİK m.72’de düzenlenmiştir. Niteliği itibari ile bir tespit davasıdır. Hem şahsi haklar hem de aynı haklar dava konusu olabilir⁴⁵⁵. Yukarıda kısaca izah edildiği üzere menfi tespit, adından da anlaşılacağı gibi bir hakkın veya ilişkinin

⁴⁵⁴ RUHİ/ŞAHİN/ÇELİK, s.26; KAYA/TATLI, s.89; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI / SEVEN, s.399.

⁴⁵⁵ ATALI/ERMENEK, s.134.

olmadığının tespitidir. Dava türlerini, dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirirken TTK 5/A-1 maddesinde belirtilen kıstaslar üzerinden değerlendirmek gerekmektedir.

Menfi tespit davalarının dava şartı arabuluculuğa tabi olup olmadığı noktasında görüş ayrılıkları vardır. Menfi tespit davalarının dava şartı arabuluculuğa tabi olduğunu ileri süren görüşe göre, kanun koyucu her ne kadar konusu para alacağı ve tazminat olan ticari davaların dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğunu belirtmiş ise de maddenin lafzından menfi tespit davasının dahil olmadığı sonucunu çıkartmak mümkün görünmemektedir⁴⁵⁶. Menfi tespit davalarının dava şartı arabuluculuğa tabi olduğuna karar vermiş yargı kararları çoğunluktadır⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ BERKHAN, Dava, s.150; KOÇYİĞİT/BULUR, s.142.

⁴⁵⁷ “Her ne kadar davacı eldeki menfi tespit davasında zorunlu dava şartı arabuluculuk kapsamında kalmadığını ileri sürmüş ise de, TTK’nun 5/A maddesindeki düzenleme ile talep sonucuna değil dava konusuna açıkça vurgu yapılarak dava konusunun bir miktar paranın ödenmesi olması şartı aranmış olduğu, menfi tespit davalarının esas itibarıyla bir miktar paranın ödemesine ilişkin olmaları da dikkate alındığında dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığının kabulü gerekir.” İstanbul BAM, 19. Hukuk Dairesi 2019/1734 Esas, 2019/1521 Karar, 26.06.2019 T., - Sinerji Mevzuat Programı ; “ 7155 Sayılı Kanun’un 20. Maddesi ile 6102 Sayılı TTK’nın 5. maddesine eklenen 5/A maddesinde açık bir şekilde “alacak” kelimesi zikredilerek “konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat davaları” olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, bu hakkın var olmadığını iddia eden ve buna ilişkin olarak dava açma hakkı bulunan borçlunun açabileceği menfi tespit davası kanunda açıkça zikredilmemiş ve bu şekilde kanunda bir boşluk ortaya çıkmıştır. Hakkın varlığı iddiasında bulunan alacaklıya tanınan Arabulucuya başvurma hakkı ve de zorunluluğu kanuni düzenlemedeki eksiklik sebebi ile borçlu olduğu iddia edilen kişiye tanınmamıştır. Alacağın varlığı hususunda açmış olduğu eda davasında tespit isteyen alacaklının karşı yanı olan ve alacağın var olmadığını iddia edip bu konuda tespit isteyen borçlunun da arabulucuya başvuru zorunluluğu ve hakkı getirilmek zorundadır. Arabuluculuk; bir özel hukuk uyuşmazlığının tarafı olan kişilerin, özgür iradeleri ile seçtikleri tarafsız ve uzman bir üçüncü kişinin (arabulucu) hakemliğinde, dava açılmadan önce veya daha açıldıktan sonra başvurdukları bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Arabuluculuk, uyuşmazlığın mahkeme dışı hızlı ve kesin bir şekilde çözülmesini amaçlayan bir usul hukuku kurumudur. Arabuluculuk müessesesi özel hukuk uyuşmazlığının tarafı olan kişilerin en kısa zamanda ve en zahmetsiz şekilde haklarına kavuşmalarını sağlamak amacıyla düzenlenmiştir. Mahkememizce alacak (eda davasının) karşı davası olan Menfi tespit davasında zorunlu arabuluculuk müessesesi içinde olduğu Kabul edilmiştir.” İstanbul Anadolu 10. Asliye Ticaret Mahkemesi 2019/26 Esas – 2019/100 Karar, 30.01.2019 T. (ERDEM, Ümit, Ticaret Mahkemeleri Kararlarında Dava Şartı Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2019, s. 47) ; “6100 Sayılı HMK’nın 115/2 maddesinde ise mahkemece dava şartı noksanlığı tespit edilirse davanın usulden reddine karar verileceği belirtilmiştir. Yukarıdaki yasal düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na eklenen 5/A maddesi uyarınca 01.01.2019 tarihi itibarıyla Kanununun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Somut uyuşmazlıkta, davanın kambiyo senedine dayalı açılan menfi tespit davası olduğu, kambiyo senetlerinin Ticaret Kanunu’nda düzenlendiği, bu tür davaların TTK’nın 3 ve 4/1-a maddeleri uyarınca ticari dava niteliğinde olduğu, ticari davalarda konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiş olup tarafların arabulucuya başvurmadığı anlaşıldığından mahkemece dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir. Açıklanan bu sebeplerle davalının yerinde bulunmayan

Menfi tespit davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında kalmadığını ileri süren görüşe göre, menfi tespit davasının konusu, TTK m.5/A’da bahsedildiği gibi bir paranın ödenmesi veya tazminat değildir. Kanunun lafzi yorumu genişletilerek kanun koyucunun kast etmediği konulara sirayet ettirilemez⁴⁵⁸. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesinin bu yönde kararı mevcuttur⁴⁵⁹.

Menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığını savunan görüşe göre dava şartı yorumu yapmamız için açıkça davanın talebinin bir alacak ve tazminat içermesi gerekir. Örneğin bir kambiyo senedinden ötürü alacaklı olan şahıs kambiyo senedine bağlı alacağını dava yolu ile ileri sürerse elbette dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığı için dava şartı olarak arabuluculuğa başvuracaktır.

Kambiyo senedinden ötürü borçlu olmadığını iddia eden borçlunun açacağı menfi tespit davasında, menfi tespitin dava şartı kapsamında kalmadığını ileri süren görüşler⁴⁶⁰, açılacak davanın bir alacak içermediği, bir tespit hükmü içerdiğini savunmaktadır. Dolayısı ile temelde bir para alacak-verecek ilişkisi olsa dahi talep konusunun alacak olmaması sebebi ile bunun durumu değiştirmeyeceğini savunmaktadırlar.

Kanaatimizce menfi tespit davası temelde bir alacak- verecek ilişkisi barındırdığından dava şartı arabuluculuk kapsamındadır. Menfi tespitte dava sonucunda bir paranın

istinaf kanun yolu başvurusunun 6100 Sayılı HMK'nın 353/(1)-b-1. maddesi gereğince esastan reddine karar vermek gerekmiştir.”, Erzurum BAM 3.HD, 2019/531 Esas, 2019/549 Karar, 27.03.2019 Tarih, - Sinerji Mevzuat-

⁴⁵⁸ PASLI, s.19; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.190-191.

⁴⁵⁹ “*Bu hukuki açıklamalar ışığında somut olaya dönüldüğünde: Davacının iş bu davadaki talebi, menfi tespit istemine ilişkindir. TTK'nın 5/A maddesine göre, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Davanın konusu (müddeabih), dava dilekçesindeki talep sonucu, yani neticei talep esas alınarak belirlenir. Neticei talebin bir para alacağının tahsili veya tazminat olduğu durumlarda, arabulucuya başvuru yapılmış olması dava şartıdır. Menfi tespit davaları bu kapsamda değerlendirilemez. Çünkü, menfi tespit davalarında, bir miktar alacağın tahsili talebi yoktur. Yani, ticari dava niteliğindeki menfi tespit davalarının açılabilmesi için arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır. İlk derece mahkemesinin karar gerekçesi bu nedenle usul ve yasaya aykırıdır.*” İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi 2019/521 Esas, 2019/423 Karar, 21.03.2019 T. – Sinerji Mevzuat Programı – ; “*...Davacının iş bu davadaki talebi, menfi tespit istemine ilişkindir. TTK'nın 5/A maddesine göre, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Davanın konusu (müddeabih), dava dilekçesindeki talep sonucu, yani neticei talep esas alınarak belirlenir. Neticei talebin bir para alacağının tahsili veya tazminat olduğu durumlarda, arabulucuya başvuru yapılmış olması dava şartıdır. Menfi tespit davaları bu kapsamda değerlendirilemez. Çünkü, menfi tespit davalarında, bir miktar alacağın tahsili talebi yoktur. Yani, ticari dava niteliğindeki menfi tespit davalarının açılabilmesi için arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır. İlk derece mahkemesinin karar gerekçesi bu nedenle usul ve yasaya aykırıdır...*” İstanbul BAM 14. HD., 2019/521 E.,2019/423 K.21.03.2019 T. – Sinerji Mevzuat Programı- .

⁴⁶⁰ PASLI, s.19; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, 191.

ödenmesine değil de ödenmemesine karar verilecek olması onun alacak davası niteliğini değiştirmez. Sonuçta borçtan kurtaran bir davadır. Alacaklının alacağını talep ettiği ticari nitelikte bir alacak davası, dava şartı arabuluculuk uygulanmasına dahil edilirken, mevcut bir alacağın hiç bulunmadığını ileri süren borçlunun açacağı davanın, dava şartı arabuluculuk kapsamında kalmadığını söylemek çelişkiye neden olacaktır.

Örneğin iki tacirin birbirine açtığı menfi tespit davasının, borcun davacı tarafından icra baskısı ile ödenmesi durumunda menfi tespit davası kendiliğinden istirdat davasına dönüşecektir açıktır. Bu durumda menfi tespit davası kendiliğinden bir alacak davasına dönüşmüş olacaktır. Bu nedenle menfi tespit davasının özünde bir alacak ilişkisi taşıdığı sonucunu ortaya koymaktadır.

5.5.2. İtirazın İptali Davaları ve İtirazın Kaldırılması Yolunda Dava Şartı Arabuluculuk

İlamsız bir takibe borçlu itiraz etmesi halinde alacaklının, takibe devam ettirmek adına yapması gereken iki yöntem vardır. Bunlardan biri itirazın kaldırılmasını icra mahkemesinden talep etmek, diğeri ise itirazın iptalini genel mahkemeden talep etmektir.

İtirazın kaldırılması, İİK m.68’de düzenlenmiştir. İtirazın kaldırılmasında, elinde kanunda gösterilmiş olan belgelere sahip olan alacaklının, borçlunun yapmış olduğu haksız itirazı ortana kaldırmak üzere başvurduğu bir çaredir⁴⁶¹. İtirazın kaldırılması bir dava değil, alacaklıya bahşedilen bir hukuki yoldur. Dava olmadığı için zaten adı üzerinde dava şartı arabuluculuk kapsamında kalmamaktadır. Bunun yanında itirazın kaldırılması dava olmadığı için bir kesin hüküm içermemektedir. Kesin hüküm içermemesi sebebi ile, alacaklı itirazın kaldırılmasına karar verse bile borçlu, açacağı menfi tespit davası ile alacağın gerçekten bulunmadığını kesin olarak ortaya koyabilir. Oysa ki itirazın kaldırılması ile verilen karar kesin hüküm içermez. Yani itirazın kaldırılmasını kabul eden mahkeme kararına karşı borçlu, genel mahkemede açacağı menfi tespit davası ile aksi yönde kesin hüküm içeren bir karar alabilir.

⁴⁶¹ YILIDIRIM, Kâmil/TOK, Ozan, İtirazın Kaldırılması Davasında, Delil Başlangıcının, Delil Değeri, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y.2016, C.22, S.1, s.245; KOÇYİĞİT/BULUR, s.67.

İİK m.67’de düzenlenmiş bulunan itirazın iptali davasında, borçlunun itirazının hükümsüz kılınarak, itiraz üzerine duran ilamsız takibe konu alacağın, varlığının saptanarak icra takibinin devam etmesini ve bu sayede takip konusu alacağın borçludan alınmasını sağlamak amaçlanmaktadır⁴⁶². Mahkemenin vereceği kararda bir paranın alınarak bir başkasına verilmesi, yani bir alacak kararı yoktur. Bununla birlikte bir tazminat talebi de yoktur. Fakat mahkeme itirazın iptali davasında borçlunun yaptığı haksız itirazın iptali ile icra takibinin devamına karar verir. Bununla birlikte alacaklı, takibe haksız olarak itiraz eden borçlu aleyhine, şayet talep varsa mahkemece %20 oranında icra ve inkâr tazminatına hükmeder. Yani temelinde tazminat talebi olmasa da itirazın iptali davasının sonucu olarak ferî nitelikte bir tazminat kararı da hükmedilmektedir.

İtirazın iptali davasında talep kısmında bir alacak ve tazminat talebi yoktur. Her ne kadar talep olarak itirazın iptali ile birlikte kötü niyet tazminatı adı altında tazminat talep ediliyorsa da bu talep asıl taleple birlikte mümkün olan ferî nitelikte bir taleptir. Yani itirazın iptali kararı verilmeden tazminat kararı verilemez. Ancak temel ilişkide bir alacağın devam ettirilmesine yönelik bir talep söz konusudur. Dolayısı ile kanaatimizce itirazın iptali davası da dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu konuda istinaf mahkemelerinin itirazın iptali konusunu dava şartı arabuluculuk kapsamında gören kararları olduğu gibi⁴⁶³, dava şartı kapsamında görmeyen istinaf mahkemesi kararları ve bazı yerel mahkeme kararları da vardır⁴⁶⁴.

⁴⁶² AKİL, Cenk, İtirazın İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatının Şartı Olarak Borçlunun İtirazının Haksızlığı’na Karar Verilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2012, C.3 S.1, s.317.

⁴⁶³ “Her ne kadar 7155 Sayılı Yasa ile getirilen ticari davalardaki zorunlu arabuluculuk düzenlemesinde, ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri bu kapsama alınmışsa da, itirazın iptali davalarının da, alacak talepleri kapsamında değerlendirileceği kabul edilmelidir. Yasanın amacı ve düzenleniş şeklinde, alacak ve tazminat davaları olarak değil talepleri olarak yazılmış olması da dikkate alındığında, somut davadaki gibi parasal alacağına ilişkin itirazın iptali davalarının zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu değerlendirilmiştir.” İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi 2019/1248 Esas, 2019/119 Karar, 11.07.2019 T.; -Sinerji Mevzuat Programı- ; “ Davanın açılış tarihi itibari ile ve mahiyeti gereği dava içinde bir alacak talebini barındırdığı dikkate alınarak özel dava şartı bakımından konuyu düzenleyen yasa maddesine göre 7155 Sayılı Kanunla TTK 5/A maddesi eklenmiş ve anılan kanun hükmü ile ticari davalarda arabuluculuk dava şartı olarak kabul edilmiştir.” , Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, 2019/57 Esas , 2019/110 Karar, 30.01.2019 T., (ERDEM, s.40).

⁴⁶⁴ “Kaldı ki TTK 5/A maddesinin incelenmesinde “bu kanunun 4. Maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalarda, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartıdır.” Bu maddede sadece alacak ve tazminat ödenmesine ilişkin davaların kastettiği açık olup, itirazın iptali davasının arabuluculuğa başvurulmadığı gerekçesi ile reddedilmesi de yasal düzenlemeye aykırıdır.” İstanbul BAM 19 HD, 2019/1062 Esas, 2019/

Bununla birlikte *Yardım*'a göre, itirazın iptali davasının bir alacağın tespiti niteliğinde bir tespit davası olduğunu ve dolayısı ile dava şartı arabuluculuk kapsamında kalmadığını ileri sürmektedir⁴⁶⁵. *Yardım*'a göre, itirazın iptali konusunda arabuluculuk anlaşması sağlanması halinde yapılan anlaşma ile icra takibinin devamı yönünde karar verilemeyecektir. Borçlunun bunu kabul etmesi durumu dahi bunu değiştirmez. Bu görüşü savunanlara göre tarafalar icranın belirli bir rakam üzerinden anlaşması halinde dahi icra takibine bu rakam üzerinden icra müdürlüğüne devamı kararı verilemez.

Kanaatimizce taraflar itirazın iptali konusunda arabuluculuk anlaşması ile uzlaşmaya vardıklarında borç miktarı ve borcun ne suretle ödeneceği konusunda da anlaşmış olacaklardır. Bu durumda zaten tarafların ellerine ilam niteliği bulunan arabuluculuk anlaşma tutanağı olacaktır. Bu tutanağın itiraz edilmiş olan icra takibindeki gibi icra edilirliliği ve yaptırımı mümkündür. Dolayısı ile zaten anlaşma imzalandıktan sonra tarafların mevcut icra takibi dosyası üzerinden takibe devam etmesini gerektiren bir durum yoktur. Bu noktada ilgili görüşe katılmıyoruz.

İtirazın iptali davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığını ileri süren *Paslı*'ya göre, itirazın iptali davalarının dilekçelerinin talep kısımlarında açıkça belirli

937 Karar, 11.04.2019 Tarih- Lexpera Hukuk Sitesi- ; “ İlk derece mahkemesince; "davacı vekili tarafından davalı aleyhine itirazın iptali davası açıldığı, 01/01/2019 tarihinde yürürlüğe giren 7155 Sayılı kanununun 20.maddesinde ".....ticari davalarda konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce Arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır" ve aynı kanununun 23.maddesinin 2.fikrasında ".....arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması halinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir" hükümlerinin bulunduğu, bu nedenle davacı vekili tarafından davalı aleyhine açılan iş bu davada arabulucuya başvurma dava şartı gerçekleşmediği" gerekçesiyle davacı vekilinin davalı aleyhine açmış olduğu itirazın iptali davasının dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verildiği görülmüştür. İleri Sürülen İstinaf Sebepleri: Davacı vekili istinaf dilekçesinde özetle; gerek dava dilekçesinde arabuluculuk yoluna başvurdukları ve sonuç tutanağı ile anlaşamadıkları yönünde beyanda bulunmalarına ve gerekse son tutanak aslını ibraz etmiş olmalarına rağmen mahkemenin dava şartı noksanlığından bahisle davayı usulden reddettiğini, kararın kaldırılması gerektiğini beyanla istinaf talebinde bulunmuştur. Delillerin Tartışılması Ve Gerekeçe: Dava ticari nitelikte bir itirazın iptali davasıdır. Dosyanın tetkikinde dava dilekçesine ekli olarak Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk Son Tutanağı'nın "ASLI" ekli olmakla davacının bu dava şartını yerine getirdiği anlaşılmaktadır. Bu husus zaten dava dilekçesinde de belirtilmiştir. Buna rağmen davanın dava şartı yokluğundan usulden reddi doğru görülmediğinden ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına karar vermek gerekmiştir.” İstanbul BAM 16 HD, 2019/779 E., 2019/1943 K., 01.10.2019 T. – Sinerji Mevzuat Programı-; Benzer nitelikte, Ankara Bam 23. HD. 2019/646 E., 2019/728 K., 02.05.2019 T. – (ELER, s.86).

⁴⁶⁵ YARDIM, Mehmet Ertan, Usul Hukuku Bakomından Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, (Editörler SÜRAL EFEÇİNAR, Ceyda/YARDIM, Mehmet Ertan, Ankara 2019), s.103; Benzer nitelikte, EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.196-197.

bir paranın ödenmesi, yazmasa ve sadece itirazın iptali, yazsa bile bu davalar HUAK m.5/A kapsamında kalacak ve dava şartı arabuluculuğa tabi olacaktır.⁴⁶⁶

Koçyiğit/Bulur'a göre, itirazın iptali davası açılmadan önce uyuşmazlığın niteliği dava şartı arabuluculuk kapsamında ise dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanır yani arabuluculuğa başvurulması dava şartıdır⁴⁶⁷.

5.5.3. Tasarrufun İptali Davaları ve Dava Şartı Arabuluculuk

Tasarrufun iptali davaları İİK m.277 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Tasarrufun iptali davasının ticari bir niteliği olmadığı için ticaret mahkemeleri görevli değildir. Tasarrufun iptali davasında davacının talebi, borçlunun aciz veya iflasından önce yaptığı veya tamamen mal kaçırma amaçlı kötü niyetli olarak yaptığı bazı tasarrufları geçersiz kılmak veya o mal üzerinde alacaklının tasarrufunu sağlamaktır.

Bir diğer konu tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edecekleri bir hak yoktur. Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğun temelinde tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edecekleri uyuşmazlıklar yatmaktadır. Oysa ki tasarrufun iptali davasında taraflar arabuluculukta bir araya geldiklerinde mevcut tasarrufun iptali konusunda anlaşmaya vararak arabuluculuk tutanağını anlaşma şeklinde sonuçlandırsalar dahi söz konusu tasarrufun iptali ile icra takibine devam kararı alamayacaklardır. Bu sadece mahkemelere tanınmış bir yetkidir⁴⁶⁸.

Fakat bu konuda *Koçyiğit/Bulur* aksi görüştedir. Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından basımı yapılan “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı

⁴⁶⁶ PASLI, s.22.

⁴⁶⁷ KOÇYİĞİT/BULUR, s.67.

⁴⁶⁸ “Öte yandan; İİK'nun 277 vd. maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davalarının, ticari dava nitelikleri bulunmadığından ticaret mahkemelerinde bakılamaz. Zira tasarrufun iptali davalarında amaç borçlunun aciz ya da iflasından önce yaptığı ve aslında geçerli olan bazı tasarrufların geçersiz ya da iyi niyet kurallarına aykırılık nedeniyle alacaklıya karşı sonuçsuz kalmasını ve dolayısıyla o mal üzerinden cebri icraya devamla alacağın tahsilini sağlamaktır. İptal davası, alacaklıya alacağını tahsil olanağını sağlayan, nisbi nitelikte yasadan doğan bir dava olup tasarrufa konu malların 3. Kişi tarafından satın alınmış olmasının ya da uyuşmazlığın davalılar arasında çıkmasının görev hususunun belirlenmesine doğrudan bir etkisi yoktur. Kaldı ki davada incelenmesi gereken husus davalı borçlunun yaptığı tasarruflarının iptali gerekip gerekmediği, başka bir anlatımla İİK 277 vd. maddelerinde belirtilen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Açıklanan şekli ile görevin, İİK 281/1 maddesine göre genel mahkemelere ait olduğu, davanın ticari dava olmadığı da açıktır. Yukarıda açıklanan nedenlerle mahkemece; davacı banka tarafından davalıların kendi aralarında yapmış oldukları tasarrufun İİK'nun 277 ve devamı maddeleri gereğince iptali istemi ile açılan tasarrufun iptali davasının ticari dava olarak değerlendirilmesi ile davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilmesi hatalı olup davacının istinaf talebinin kabulüne karar verilmesi gerektiği anlaşılmıştır.” Konya Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi 2019/528 Esas, 2019/554 Karar, 13.06.2019 T. -Sinerji Mevzuat Programı -.

Arabuluculuk” isimli eserde, tasarrufun iptali davasının temelde bir alacak hakkı içerdiğini, eda davası olduğunu ve dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanması gerektiğini belirtmişlerdir⁴⁶⁹.

Bu görüş başka yazarlar tarafından eleştirilmiştir⁴⁷⁰. Tasarrufun iptali davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında kalmadığını ileri süren bu görüşlerin dayanakları, tasarrufun iptali davasında dava talebi mevcut iptali istenen tasarrufa konu mal üzerinde cebri icra ile satış hakkıdır. Her ne tasarrufun iptali davasında, iptali istenen tasarruf konusu şey bulunamaz ise ilgililerden tasarrufu istenen şeyin bedeli oranında tazminat istenebiliyor olsa da davanın asıl amacı cebri icradır. TTK m. 5/a’da belirtilen “bir miktar paranın ödenmesi” kavramı tasarrufun iptali davalarında söz konusu değildir. Bir an için tazminat talebini kabul etsek bile tasarrufun iptali davası ticari bir dava olmadığı için yine dava şartı kapsamında değerlendirilmeyecektir.

5.5.4. Alacak ve İstirdat Davaları ve Dava Şartı Arabuluculuk

TTK m.5/A kapsamını değerlendirirken üç kritere dikkat etmek gerekmektedir. TTK m.5/A kapsamında kalan uyuşmazlıklar, tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemlerden oluşan uyuşmazlıklardır. İkinci kıstas uyuşmazlığın ticari nitelikte olması gerekmektedir. Son olarak bir miktar paranın ödenmesini ihtiva eden alacak ve tazminat talepleri bulunması gerekmektedir. Bu hususlar dışındaki ticari uyuşmazlıkları dava şartı dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirmek hatalı olacaktır.

Alacak davaları adından da anlaşılacağı gibi talep kısımlarında bir alacağın tahsil edilmesini bünyesinde barındırmaktadır. Dolayısı ile bu davaların net bir şekilde diğer kıstaslarda sağlanması koşulu ile dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığını söylemek mümkündür. İstinaf kararları da bu doğrultudadır⁴⁷¹.

İstirdat davaları, bünyesinde alacak davasını barındırmaktadır. İstirdat davası, menfi tespit davasının devamı niteliğindedir. Menfi tespit davası açtıktan sonra söz konusu

⁴⁶⁹ KOÇYİĞİT/BULUR, s.68.

⁴⁷⁰ ÖREN, Onur, Tasarrufun İptali Davaları Zorunlu Arabuluculuk Kapsamında Değildir, İstanbul Barosu Dergisi, Temmuz- Ağustos 2019, C.93, S.2019/4, s.75.

⁴⁷¹ *Davanın konusu (müddeabih), dava dilekçesindeki talep sonucu, yani neticeyi talep esas alınarak belirlenir. Neticeyi talebin bir para alacağının tahsili veya tazminata ilişkin olduğu durumlarda, arabulucuya başvuru yapılmış olması dava şartıdır. Alacak davalarında da davacı, bir para alacağının tahsilini amaçladığından, alacak davası açılmadan önce, yukarıdaki yasal düzenlemeye göre arabulucuya başvurulmuş ve arabulucu tarafından onaylanmış anlaşmaya varılmadığına ilişkin tutanağın dava dilekçesine eklenmiş olması dava şartıdır.*” İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi 2019/1449 Esas, 2019/1005 Karar, 17.07.2019 Tarih – Sinerji Mevzuat Programı-.

alacak bir sebeple ödenecek olur ise kanunen açılan menfi tespit davası istirdat (geri alım) davasına dönüşür. Örneğin bir icra takibi menfi tespit davası açmadan önce cebri icra tehdidi altında ödenmiş olabilir. Bu durumda ödeme yapmak zorunda kalan borçlu haksız ödediği bedeli istirdat davası ile alacaklıdan isteyebilir. İşte bu durumda da açılacak istirdat davasından önce arabulucuya başvurmak zorunludur.

5.5.5. Ticari Dava Niteliğindeki Tüketici Davaları ve Dava Şartı Arabuluculuk

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre tüketici işlemlerinden veya tüketiciye yönelik uygulamalardan doğacak uyuşmazlıklarda tüketici hakem heyetleri ve tüketici mahkemeleri görevlidir.

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 3/1/1 maddesine göre, mal ve hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişilerle tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi ifade eder. Tüketici ise ticari veya mesleki olmayan amaçla hareket eden gerçek veya tüzel kişidir.

Konusu sebebi ile ticari dava sayılan bir uyuşmazlık, aynı zamanda tüketici işlemlerinden veya tüketiciye yönelik uygulamalardan doğması halinde uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuğa tabi olup olmayacağı noktasında bazı farklı görüşler meydana çıkmıştır.

Bu konuya gelmeden önce tüketici hakem heyetlerinin yapısından da bahsetmekte fayda vardır. Tüketici hakem heyetleri, miktarı her sene belirlenen ve konusu bu miktarın altında kalan uyuşmazlıklarla alakalı karar vermektedir⁴⁷². Bu miktarı aşmayan tüketici uyuşmazlıklarında hakem heyetine yerine mahkemeye başvurulamaz. Bu miktar üstündeki uyuşmazlıklarda tüketici mahkemeleri görevlidir.

Can'a göre, kanun koyucunun, tüketici uyuşmazlıklarında belli miktarın altındaki uyuşmazlıklarda hakem heyetlerine başvuru zorunluluğu, HUAK m.18/A/18'de bahsedilen "Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hallerde dava

⁴⁷² 2020 Yılı parasal sınırlar için bkn, <https://ticaret.gov.tr/tuketici/tuketici-hakem-heyetleri/tuketici-hakem-heyetlerine-iliskin-bilgilendirme-metni>.

şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz” düzenlemesinin yaptığı atıf sebebi ile dava şartı arabuluculuk uygulamasını ortadan kaldırmaktadır⁴⁷³. Bu sebeple *Can*’a göre tüketici hakem heyetine başvurulması zorunlu olan durumlarda tekrar dava şartı arabuluculuk uygulamasına başvurma zorunluluğu yoktur.

Ticari dava veya ticari nitelikte çekişmesiz bir yargı işi, tüketici işleminden kaynaklanıyorsa görevli mahkeme kanunen tüketici mahkemesidir⁴⁷⁴. (TKHK m.73/1)

Bazı durumlarda ticari dava olarak nitelendirilen fakat tüketici mahkemesinin görev alanına giren işlemler olabilir. Örneğin yaptığı alışveriş sebebi ile satıcı beyaz eşya mağazasına bono düzenleyip veren tüketicinin bonosunun icra takibine konulması karşısında tüketicinin açacağı menfi tespit davası durumunda açacağı davanın dava şartı arabuluculuk uygulamasına tabi olup olmayacağı tartışma konudur⁴⁷⁵. Konu ile alakalı benzer nitelikte bir olayda Antalya Bölge Adliye Mahkemesi dava şartı arabuluculuğun uygulanmayacağına karar vermiştir⁴⁷⁶.

Fakat benzer nitelikte bir olayda, tüketici kredisinden kaynaklı bir uyuşmazlık sebebi ile tüketici mahkemesinde görülmekte olan bir davada Ankara Bölge Adliye Mahkemesi davadan önce dava şartı arabuluculuk yoluna başvurulmamış olması sebebi ile davayı reddetmiştir⁴⁷⁷.

⁴⁷³ CAN, s.186.

⁴⁷⁴ AYHAN/ÇAĞLAR, s.87; ARKAN, s.119.

⁴⁷⁵ Benzer örnekler için bkn, BOZKURT, T. s.260.

⁴⁷⁶ “Özel yasa niteliğindeki TTK’nın 5/A maddesinde düzenlenen dava şartı olarak arabuluculuğun yine bu özel yasa kapsamında ticari davalarda uygulanması gerekir. Ticari davalarda dava şartı olarak arabuluculuk, zorunlu bir yasal şart öngördüğünden ve bunu düzenlediği yasaya yönelik düzenlendiğinden, ticari işlere bağlanan tüketici işlemleri üzerinden TKHK kapsamında kalan tüketici işlemi niteliğindeki dava ve işlerde uygulanması düşünülemez.” Antalya BAM 3. HD, 2019/1038 E.,2019/1088 K., 05.07.2019 T. – Lexpera Mevzuat -.

⁴⁷⁷ “Ayrıca işlemin tüketici işlemi niteliğinde olması, uyuşmazlığın mutlak ticari dava olarak kabulüne engel değildir. Tüketici işlemi kavramı ile ticari dava kavramı farklı iki kavram olup her iki kavrama da farklı sonuçlar bağlanmıştır. Tüketici işlemi niteliğindeki özel hukuk uyuşmazlıklarının aynı zamanda ticari dava niteliğinde olması, işlemin tüketici işlemi niteliğini ve buna bağlanan sonuçları ortadan kaldırmaz. TKHK’nın 83/2. Maddesine göre taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemlerle ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve 6502 Sayılı kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez. Bu düzenlemeye göre bir işlemin tüketici işlemi olması halinde başka kanunlarda aynı tüketici işlemine ilişkin düzenleme bulunsa bile işlem tüketici işlemi olarak kalmaya devam edecek, dava açılması halinde ise görevli mahkeme tüketici mahkemesi olacaktır. Örneğin tüketici işlemi niteliğindeki bankacılık işlemlerine ilişkin uygulanacak faiz ile ilgili TTK düzenlemeleri işlemin tüketici işlemi niteliğini ortadan kaldırarak işlemi ticari iş niteliğine dönüştürmeyecektir. Ticari dava ve tüketici işlemi niteliğine ilişkin bu şekildeki belirlemelerden sonra, somut olayda uyuşmazlık konusunun bir miktar para alacağına ilişkin olduğu, davanın da 19/02/2019 tarihinde açıldığı anlaşılmalı, 6325 Sayılı HUAK m.18/A, 2. Fıkrasına göre dava açılmadan önce arabulucuya başvurulup anlaşmama (son

6. TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK SÜRECİ

6.1. Arabuluculuğa Başvuru ve Yetkili Arabuluculuk Bürosu

Dava şartı arabuluculuk konusuna giren uyuşmazlıklar ile ihtiyari arabuluculuk konusuna giren uyuşmazlıkların iki farklı ayırmda ele alınması gerekir. Çünkü, arabuluculuğa başvurudan, arabulucunun atanmasına, HMK'da düzenlenmiş sürelerle ve yetki konusunda kadar her iki arabuluculuk türünün farklı uygulama alanı vardır. Örneğin dava şartı arabuluculuk kapsamında kalan bir uyuşmazlıkla alakalı olarak arabuluculuk bürosundan atama yapıldığı an itibari ile hak düşürücü süreler dururken, ihtiyari bir arabuluculuk başvurusunda, tarafların arabuluculuk yolu ile görüşmeleri sürdüreceklerine dair iradelerini beyan ettiği anda süreler durur. Dolayısı ile bu gibi farklılıklar sebebi ile ilerleyen kısımda dava şartı ve ihtiyari arabuluculuk başvurusu kendi içinde değerlendirilmiştir.

6.1.1. Dava Şartı Arabuluculuk Başvurusu ve Yetkili Arabuluculuk Bürosu

6.1.1.1. Genel Olarak

HUAK m. 3/1 gereği, taraflar bir arabulucuya müracaat etme, müracaat sonrası arabuluculuk görüşmelerine devam etme ve hangi aşamada olursa olsun arabuluculuktan vazgeçme konusunda özgürdürler. Arabuluculuk dinamik bir süreçtir ve içinde bulunduğu şartlara göre taraflar iradeleri ile başladıkları süreci noktalayabilir⁴⁷⁸.

Dava şartı arabuluculuk başvurusunda görevli merci, arabuluculuk bürosu, yetkili yer ise uyuşmazlığın konusuna göre yetkili mahkemenin bulunduğu yerdeki arabuluculuk bürosudur. Dava şartı arabuluculuğa tabi bir uyuşmazlık için öncelikle adliye içinde kurulmuş olan arabuluculuk bürolarına başvurulur. Başvuran, kısaca ne talep ettiğini bir dilekçe ile bildirmesinde fayda vardır. Ayrıca karşı tarafa ait ve kendisine ait her türlü iletişim bilgisini arabuluculuk bürosuna verir (HUAK m.18/A/6). Elinde bulunan belgelerden de suret sunmak isterse büroya sunabilir.

tutanağın) tutanağının aslının veya onaylı bir örneğinin dava dilekçesine eklenmesi zorunludur. Davanın arabulucuya başvuru yapılmadan doğrudan açıldığı tüm dosya kapsamıyla sabittir. Bu durum davacı tarafında kabulindedir. Bu durumda, yukarıda yer verilen yasal mevzuat ve açıklamalara göre dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmadığı anlaşılan ticari dava niteliğindeki uyuşmazlığa ilişkin olarak itirazın iptali talebi ile açılan davanın usulden reddi gerekmektedir.” Ankara BAM 3.HD, 2019/856 E., 2019/834 K.,03.05.2019 T,- Lexpera Mevzuat Programı-

⁴⁷⁸ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s.67.

Arabuluculuk bürosu, görevlendirdiği arabulucuya her iki tarafla iletişim için kullanacağı adres telefon ve diğer belgeleri verir.

Arabuluculuk Daire Başkanlığı sicile kayıtlı arabulucuları, görev yapmak istedikleri ilk derece mahkemesi adalet komisyonlarına göre listeler. İlgili listeler komisyon başkanlıklarına iletilir. Komisyon başkanlıkları da kendi yargı çevresindeki arabuluculuk bürolarına iletir. O bölgede arabuluculuk bürosu kurulmamış ise ilgili liste yazı işleri müdürüne iletir (HUAK m.18/A/3). Arabulucu, komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden büro tarafından belirlenir. Ancak dava şartı bir arabuluculuk başvurusu dahi olsa, taraflar üzerinde anlaştıkları bir arabulucunun dava şartı arabulucu olarak büro tarafından görevlendirilmesini isterse büro bu arabulucuyu dava şartında arabulucu olarak görevlendirebilir (HUAK m.18/A/5).

Dava şartı arabuluculuk uygulamasında, arabuluculuğa başvuru anı, başvuru anının adliye arabuluculuk bürosuna vermiş olduğu dilekçe ile başlar (HUAK m.18/A/15). Fakat ihtiyari arabuluculukta arabuluculuk süreci, her iki tarafında ilk buluşmada süreci devam ettireceklerine yönelik anlaşmaya vararak bunu bir tutanakla belgelendirildiği an başlamıştır (HUAK m.16/1, c.2). Arabuluculuk süreci içinde başlangıçtan son tutanak imzalanana kadar geçen sürede hak düşürücü süreler işlemez. Ancak ihtiyari ve dava şartı arabuluculuğun başladıkları zamanlar farklı olduğu için hak düşürücü sürelerin hesabında bu konuya dikkat etmek gerekir.

Uygulamada adliye bünyelerinde kurulmuş arabuluculuk bürolarına yapılan uyuşmazlık başvurularının bir kısmı, dava şartı arabuluculuk uygulamasına açıkça uygun olmadığı halde dava şartı arabulucu atandığı görmekteyiz. Kanun koyucu arabuluculuk bürolarına gelen başvuruların dava şartına uygun olup olmayacağını inceleme yetkisi ve yükümlülüğü vermemiştir.

Dava şartı ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk başvurusunda arabulucu başvurusunun dava şartı kapsamında kalıp kalmayacağına karar veremez. Arabulucu dava şartı konusuna giren bir uyuşmazlık olup olmadığı konusunda yorum getirmeden arabuluculuk sürecini idame ettirmelidir.

Arabulucunun her ne kadar dava şartı arabuluculuk başvurusu ile üzerine atanan arabuluculuk dosyasında, uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığını araştırma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bununla bitlilikte kanaatimizce arabulucu, en

azından başvurunun ticari nitelikte bir uyuşmazlık olup olmadığını gözetmek zorundadır. Bu noktada başvurunun arabuluculuğa elverişli olmaması ile ticari uyuşmazlıklarda dava şartı kapsamında kalmamasının farklı şeyler olduğunu söylemek gerekmektedir. Bir uyuşmazlık dava şartı ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk kapsamında kalmıyor olabilir. Ancak bu uyuşmazlık arabuluculuğa elverişli olabilir. Ya da hem dava şartı kapsamında kalmayıp hem de arabuluculuğa da elverişli olmayabilir.

Örneğin, A şahsı trafikteyken kavga ettiği B şahsına karşı açacağı tazminat davası için yanlış bilgilendirme sebebi ile adliyeye giderek dava şartı kapsamına giren ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk başvurusu yaptığı düşünülecek olursa arabulucu, kendisinin görevlendirildiği bu dosyayı, dava şartı arabuluculuk başvurusu olarak değerlendirip süreci devam ettirmemeli ve “Arabuluculuğa Elverişli Olmama” seçeneği ile UYAP sisteminde dosyayı sonuçlandırmalıdır. Zira örnekte belirtilen olan ihtiyari arabuluculuğa elverişli olmakla beraber dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir. Ayrıca söz konusu uyuşmazlık ticari bir uyuşmazlık da değildir.

6.1.1.2. Dava Şartı Arabuluculukta Yetkili Arabuluculuk Bürosu

Yetki, bir davaya hangi yerdeki mahkemenin bakacağını belirler. Görev konusu, kamu düzenini ilgilendirmesine karşılık, yetki konusunun kamu düzeni ile ilgili olduğuna yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. HMK m.5, mahkemelerin yetkisi ile ilgili olarak, diğer kanunlardaki yetkiye ilişkin hükümler saklı kalmak üzere, HMK’da yer alan hükümlerin uygulanacağından bahsetmiştir⁴⁷⁹. Bunun yanında HMK m.6, genel yetkili mahkemeleri, davalı gerçek ve tüzel kişilerin davanın açıldığı tarih itibarıyla yerleşim yeri mahkemesi, olarak belirlemiştir⁴⁸⁰. Ticari davalarda yetki konusunda genel bir kural mevcut değildir⁴⁸¹. HMK m.6 hükümleri geçerlidir⁴⁸².

TTK’da bazı hükümlerde özel yetki kurallarından bahsedilmiştir. Örneğin, şirket genel kurul kararlarının iptali davası, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki yetkili mahkemede açılır, ticaret şirketlerinin iflası mutlaka şirket merkezinin bulunduğu yerde bulunan mahkemede açılır (İİK m. 154/3, HMK m.14). Hamile yazılı senetlerin iptali davası

⁴⁷⁹ AYHAN/ÇAĞLAR, s.87.

⁴⁸⁰ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.135; KURU, s.49.

⁴⁸¹ KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/NOMER ERTAN), s.133.

⁴⁸² AYHAN/ÇAĞLAR, s.87.

borçlunun ikametgahı mahkemesinde veya hisse senetleri hakkında şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir⁴⁸³ (TTK m. 661).

İş uyuşmazlıklarında ise bu yetki tanımı biraz geniştir. İş davalarında yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin dava açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi ile işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemesidir (İŞMK.m.6/1). İş yargısında davalı birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir (İŞMK.m.6/2). İş kazasından doğan tazminat davalarında, iş kazasının meydana geldiği veya zararın meydana geldiği yer ile işçinin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir (İŞMK. m.6/3). Ayrıca iş mahkemelerinin yetkisine ilişkin olarak diğer kanunlardaki hükümler saklı tutulmuştur (İŞMK. m.6/4).

Gerçek kişilerin yerleşim yeri, Türk Medeni Kanunu'na göre belirlenecektir (HMK m.6/2). Gerçek kişi davalının dava açtıktan sonra ikametgahını değiştirmesi yetkiye etki etmez. İkametgahı davadan sonra değişirse bile mahkeme sırf bu yüzden yetkisizlik kararı veremez.

Tüzel kişilerin yerleşim yeri ise, kuruluş belgelerinde aksine hüküm yoksa işlerinin yürütüldüğü yerdir⁴⁸⁴(TMK m.51). Ticaret şirketleri ve kooperatifler ana sözleşmelerinde merkezlerinin neresi olduğunu göstermek zorundadır (TTK m.213, m.305, m.339, m.567, m.576, Koop.K. m.4/1). Ticaret şirketleri ve kooperatiflere karşı açılacak davalarda genel yetkili mahkeme, ana sözleşmelerinde merkez olarak gösterilen yerdir.

Bununla birlikte, taraf sayısının birden çok olduğu durumlarda dava, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir⁴⁸⁵ (HMK m.7/1 C).

Dava şartı arabuluculuk başvurusunda yetki, HMK'da düzenlenmiş bu genel yetki kuralına göre belirlenecektir. HUAK m.18/A/3 uyarınca, uyuşmazlığın konusunda göre yetkili mahkemenin bulunduğu yer arabuluculuk bürosu yetkili arabuluculuk bürosudur⁴⁸⁶. Arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilmiş yazı işleri

⁴⁸³ KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/NOMER ERTAN), s.134.

⁴⁸⁴ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.138.

⁴⁸⁵ AYHAN/ÇAĞLAR, s.87.

⁴⁸⁶ KOÇYİĞİT/BULUR, s.62.

müdürleri tarafından arabulucu ataması yapılır⁴⁸⁷ (HUAK m.18/A/4). Arabuluculuk görüşmeleri de komisyonun yetki alanı içerisinde yürütülür (HUAK m.18/A/17).

6.1.1.3. Bazı Özel Düzenlemelerde Yetki Kuralları

a. Sözleşmeden Doğan Yetki

Ticari hayatta sözleşmelere çok sık başvurulur. HMK m.10 uyarınca sözleşmeden doğan davalarda sözleşmenin ifa yeri aynı zamanda yetkili mahkeme olarak da kabul edilmiştir⁴⁸⁸. Sözleşmede kararlaştırılan ifa yeri, genel yetkiyi bertaraf etmez. Taraflar dilerse ifa yerinde, dilerse genel yetkili mahkemede dava açabilirler. Dolayısı ile

⁴⁸⁷ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.159.

⁴⁸⁸ “Öncelikle konuya ilişkin genel kuralların açıklanmasında yarar vardır: Bütün davalar için uygulanan yetki kuralı, genel yetki kuralı olup; bu kurala göre genel yetkili mahkeme, davalının ikametgahı mahkemesidir. Eş deyişle, her dava, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça açıldığı tarihte davalının ikametgahı sayılan yer mahkemesinde görülür (1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu/HUMK. m. 9/1.1c). Bundan ayrı, bazı davalar için davalının ikametgahı mahkemesinin yanında, başka yer mahkemeleri de yetkili kılınmıştır. İstisnai nitelikteki bu yetki kurallarına, özel yetki kuralları denilmektedir. İlke olarak, özel yetki genel yetkiyi kaldırmaz, onunla birlikte uygulanır. Ancak istisnai olarak, bazı davaların mutlaka belli bir yer mahkemesinde açılması öngörülmüştür ki, bu hallere kesin yetki halleri denilmektedir ve bu hal genel yetkiye istisnadır. Bunun dışında, bir dava için özel yetki kuralı bulunsa bile, davacının genel yetki ile özel yetki arasında seçimlik hakkı vardır. Özel yetki kuralları ilke olarak, kamu düzenine ilişkin değildir. Sözleşmeden doğan davalar hakkındaki özel yetki kuralı da, kamu düzenine ilişkin olmadığı gibi, burada kesin yetkinin varlığından da söz edilemez. Bilindiği üzere, 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)’nun 10. maddesinde sözleşmeden doğan davalar için özel yetki kuralı öngörülmüş olup; buradaki sözleşmeden maksat, konusu mal varlığı hakkı olan Borçlar Hukukuna ilişkin sözleşmelerdir. Bu bağlamda sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda, sözleşmenin yerine getirileceği yer mahkemesinde de dava açılabilir (HUMK. m.10). Sözleşmenin yerine getirileceği yer, öncelikle, tarafların açık veya zımni isteğine göre belirlenir. Tarafların bu husustaki açık veya zımni isteğinin anlaşılacağı hallerde, sözleşmenin yerine getirileceği yer Borçlar Kanunu’nun 73. maddesine göre tespit edilmelidir. Nitekim aynı ilkeler Hukuk Genel Kurulu’nun 04.06.2003 gün ve 2003/19-365 E.-400 K. sayılı ilamında da vurgulanmıştır. Tüm bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde: Davacı/alıcı eldeki davada, yanlar arasındaki satım Sözleşmesine konu eşarpların miktarının eksik gönderildiğini ileri sürerek, bu eksik teslim nedeniyle karşılıksız kalan çeklerin iadesini ve borçlu olmadığının tespitini istemiştir. Taraflar arasında ticari nitelikte bir satım sözleşmesinin varlığı konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Buna göre; Davacı/alıcı, davalı/satıcının yüklediği karşı edimi, yani satılan malın, teslim yerinde ve eksiksiz teslimini, istemek yönünden alacaklı durumdadır. Davalı/satıcı da sözleşmeye konu malı eksiksiz teslim yükümlülüğünde olup, eksik mal tesliminden dolayı davacı/alıcıya karşı sorumludur. Böyle bir uyuşmazlığın sözleşmeden kaynaklandığında duraksama bulunmamaktadır. Uyuşmazlık, açıkça sözleşmeden kaynaklandığına göre, davacı/alıcı eksik ifaya dayanarak 1086 Sayılı HUMK’nun 10. maddesi uyarınca sözleşmenin yerine getirileceği yer mahkemesinde de menfi tespit ve istirdat davası açabilir. Davacı/alıcının istemi yönünden, davalı/satıcının borcunu yerine getireceği yer, HUMK.nun 10. maddesi anlamında yetkili mahkemeyi belirler. Borcun ödemesi gereken yerin, iki yanın açık ya da zımni iradesine göre belirleneceği Borçlar Kanunu’nun 73/1. maddesinde düzenlenmiş olmasına göre, somut olay yönünden de malın teslimi borcunun Erzurum’da ifa edileceği konusunda tarafların açık iradesinin olduğu ve iddiaya göre eksik de olsa ifanın Erzurum’da gerçekleştiği, dolayısıyla ifa yerinin Erzurum olduğu belirgindir. Sonuç olarak; akdın ifa yerinin Erzurum olması nedeniyle davacının menfi tespit ve istirdat davasını Erzurum Asliye Ticaret Mahkemesi’nde açmasında usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır.” YRG HGK, 2011/19-446 E., 2011/569 K., 28.09.2011 T. – Sinerji Mevzuat Programı-; AYHAN/ÇAĞLAR, s.87; BOZER/GÖLE, s.172 ; KURU, s.49.

sözleşmeden kaynaklı davalarda genel mahkeme yetkisi haricinde yetkili olan mahkemenin bulunduğu yerdeki arabuluculuk bürosu da yetkilidir. Kanaatimizce aralarında bulunan sözleşmenin ifa yerinde dava şartı arabuluculuk başvurusunda bulunulması durumunda yetki itirazı gelecek olur ise sulh hukuk mahkemesi taraflar arasındaki sözleşmeyi de göz önüne alarak değerlendirme yapması gerekmektedir.

b. Şubenin Bulunduğu Yer Mahkemesinin Yetkisi

Ticaret Sicil Yönetmeliği, 118/1. madde ‘de şube, bir ticari işletmeye bağlı olup, ister merkezin bulunduğu sicil çevresinde, isterse bağımsız bir sicil çevresinde olsun, bağımsız sermayesi ve bağımsız muhasebesi bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, kendi başına ticari veya sınai faaliyetin yürütüldüğü yerler ve satış mağazalarına verilen addır.

HMK m.14/1, şube ile ticari faaliyet içinde bulunanlara, ihtilaf halinde kolaylık olması adına şubenin de bulunduğu yerde dava açılabilme imkânı sağlanmıştır⁴⁸⁹. Şube

⁴⁸⁹ “Tüzel kişilerin ikametgahı, tüzüklerinde aksine bir hüküm bulunmadıkça, işlemlerinin (işlerinin) yönetildiği yerdir (T.M.K. m.49). Ancak, derneklerin tüzüklerine ve ticaret şirketleri ile kooperatiflerin ana sözleşmelerine, dernek, şirket veya kooperatif merkezinin yazılması zorunludur (5253 Sayılı Dernekler Kanunu m. 4/1-a; 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu 155/1-3, 244, 279/1, 478, 506/1; 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu m. 4/1). Bundan başka, vakıf senedinde vakfın ikametgahının (yerleşim yerinin) gösterilmesi gerekir (TMK. m.106). Bu nedenle, dernek, şirket, kooperatif veya vakıfların ikametgahını (yerleşim yerini) tüzük, ana sözleşme veya vakıf senedine göre kolayca tespit etmek mümkündür. Buna göre, dernek, şirket, kooperatif veya vakıflara karşı açılacak davalarda genel yetkili mahkeme, bunların merkezinin (yerleşim yerinin) bulunduğu yer mahkemesidir (Kuru, Baki- Arslan, Ramazan- Yılmaz, Ejder: a.g.e., s.143). Şubenin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisine gelince; Bir merkeze bağlı olduğu halde müstakil sermayesi ve müstakil muhasebesi bulunan veya muhasebesi merkezde tutulduğu ve müstakil sermayesi olmadığı halde kendi başına ticari muamele yapan yerler şube sayılır. Şube kendi başına işlem (muamele) yapabilirse de, bu işlemde doğan hak ve borçlar merkeze aittir. Bu nedenle, şubenin yaptığı işlemde dolayı (merkeze karşı) merkezin bulunduğu yer mahkemesinde dava açılabilir. Bundan başka, şube ile iş yapanlara kolaylık sağlamak için, şubenin işlemlerinden dolayı (merkeze karşı) şubenin bulunduğu yerde de dava açılabilmesi kabul edilmiştir (HUMK. m. 17/1. cümle). Buna göre, bir gerçek veya tüzel kişinin başka bir yerde şubesi varsa, o şubenin işlemlerinden dolayı (yani o şubenin yapmış olduğu işlemlerden doğan uyuşmazlıklar için), şubenin bulunduğu yer mahkemesinde de dava açılabilir (Kuru, Baki- Arslan, Ramazan- Yılmaz, Ejder: a.g.e., s. 149). Şubenin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi HUMK. 17. maddesinin 1. cümlesinde aynen; Hakiki veya hükmi bir şahsın muhtelif mahallerde şubeleri bulunduğu takdirde, o şubenin muamelesinden dolayı iflas davası müstesna olmak üzere o şubenin bulunduğu mahalde dahi dava ikame olunabilir şeklinde ifade edilmiştir. Şubenin işleminden kaynaklanan uyuşmazlıklardan dolayı şubenin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi, kamu düzenine ilişkin olmayan özel yetki niteliğinde olup, genel yetkili mahkemenin yetkisini ortadan kaldırmaz. Şu durumda, davacı isterse şubenin işlemi nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkta davasını, genel yetkili olan gerçek veya tüzel kişinin yerleşim yerinin (merkezinin) bulunduğu yerdeki mahkemede açabileceği gibi, şubenin bulunduğu yer mahkemesinde de açabilecektir. Davacı burada her iki yetkili mahkemenin birinde davasını açmak konusunda bir seçimlik hakka sahiptir (Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım: a.g.e., s. 98- 99) “, YRG HGK, 2010/11-741 E., 2011/145 E. 13.04.2011 T. – Sinerji Mevzuat Programı; AYHAN/ÇAĞLAR, s.87.

yetkisine ilişkin kuralın iki istisnası vardır. Birinci istisna iflas davaları için geçerlidir. İİK m.154/3 gereği iflas ve konkordato davaları mutlaka borçlunun merkezinin bulunduğu yerde açılır. Ayrıca özel hukuk tüzel kişilerinin, ortaklık ve üyelik ilişkileri ile ilgili olarak, bir ortağına veya üyesine veya bir ortağın diğer ortağa karşı açacağı davalar şubenin değil, merkezin bulunduğu yerde açılır⁴⁹⁰. Bu da şube yetkisinin bulunmadığı durumların diğer istisnasıdır. Örneğin Konya’da şubesi bulunan A bankasından ticari kredi kullanan tacir B’nin kredisini ödememesi sebebi ile açılacak davası tarafların tacir olması ve işin ticari iş olması sebebi ile dava şartı arabuluculuğa tabidir. Bu sebeple banka merkezi İstanbul olmasına rağmen şubenin bulunduğu Konya İli dava şartı arabuluculukta da yetkili olacaktır.

c. Sigorta Davalarında Yetki

Sigortadan kaynaklı davalarla alakalı olarak HMK m.15’de genel yetki kuralı haricinde yetki tanımlamaları yapılmıştır. Zarar sigortaları TTK m.1453- m.1486 arasında düzenlenmiştir. Zarar sigortaları için HMK m.15/1 uyarınca, sigorta konusu bir taşınmaz ise bu taşınmazın bulunduğu yer veya niteliği gereği bir yerde sabit bulunması gereken mallarda, malın bulunduğu yerde dava açılabilir. Araçlarda, araç konusu kazanın meydana geldiği, çalınması ve diğer zarar durumlarında olayın meydana geldiği yerde dava açılabilir⁴⁹¹. Can (Hayat) sigortalarında sigortalının veya lehtarın yerleşim yeri kesin yetkili mahkemedir. Hali ile bu yetkili kılan mahkemelerin yetki alanındaki arabuluculuk bürolarına da dava şartı arabuluculuk başvurusu yapılabilir.

Bunlar haricinde KTK m. 110 uyarınca, sigorta ile ilgili davalarda acentenin bulunduğu yer mahkemesinin de yetkili olduğu kabul edilmiştir⁴⁹². Acente ile ilgili düzenlemeler TTKm.102-m.103 arasında yer almaktadır. Acente, bağlı olmayan tacir yardımcısıdır⁴⁹³. Acente, ticari temsilci, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye

⁴⁹⁰ “Dava, kooperatif ortağı tarafından, kooperatifin zararının tazmini istemine ilişkindir. Dava tarihinde yürürlükte olan HUMK 17 (01.11.2011 tarihinden sonra açılacak davalar bakımından geçerli olan 6100 Sayılı MHK m.14) maddesi gereğince tüzel kişi olan kooperatif ile üyeleri arasında ve üyelerin kendi arasındaki davaların, kooperatifin ikametgahı addolunan mahal mahkemesinde görülmesi gerekir. Bu yetki kuralı, kamu düzenine ilişkin kesin yetki kuralı olup, davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi mahkemece resen dikkate alınması gerekir. “YRG 23. HD.,2012/2914 E., 2012/4555 K., 03.07.2012 T. – Sinerji Mevzuat Programı-.

⁴⁹¹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.145; AYHAN/ÇAĞLAR, s.88.

⁴⁹² KTK m. 110/2: “Motorlu araç kazalarından dolayı hukuki sorumluluğa ilişkin davalar, sigortacının merkez veya şubesinin veya sigorta sözleşmesini yapan acentenin bulunduğu yer mahkemelerinden birinde açılabilmesi gibi kazanın vuku bulunduğu yer mahkemesinde de açılabilir.”

⁴⁹³ ŞENER, İşletme, s.349.

bağlı bir hukuki korumaya sahip olmaksızın, bir sözleşmeye bağlı olarak (acentelik sözleşmesi) belirli bir yer veya bölge içinde sürekli bir ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelere aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimseye denir (TTK m.102/1).

Yargıtay bir kararında sigorta şirketinin genel müdürlüğünün bulunduğu yerdeki yetkili mahkemelerin yetkisini, bu sayılan özel yetki kuralları içinde kalmadığı için reddetmiştir⁴⁹⁴.

d. Haksız Fiilden Kaynaklı Davalarda Yetki

Haksız fiilden kaynaklı davalarda, haksız fiilin işlendiği, zararın meydana geldiği veya gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi

⁴⁹⁴ “Uyuşmazlık, motorlu aracın işletilmesinden doğan zarar nedeniyle ZMSS aleyhine açılan davada sigorta şirketinin Bölge Müdürlüğünün bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olup olmadığı hususuna ilişkindir. Anayasamızın 142. maddesine göre mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir. Bu anayasal düzenleme karşısında bir mahkemenin yetkili olup olmadığı ve yetki sınırlarını mahkemenin yetkilerini düzenleyen kanunlar çerçevesinde belirlemek gerekecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 5. maddesinde “Mahkemelerin yetkisi, diğer kanunlarda yer alan yetkiye ilişkin hükümler saklı kalmak üzere, bu Kanundaki hükümlere tabidir.” Düzenlemesi ile mahkemelerin yetkisi HMK 6-18 maddeleri arasında düzenlenmiştir. HMK 6. maddesine göre genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir. Yerleşim yeri, 22/11/2001 tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlenir. Türk Medeni Kanun’un 51. maddesine göre tüzel kişinin yerleşim yeri, kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerinin yönetildiği yerdir. Tüzel kişilerin yerleşim yerleri yani merkezleri esas sözleşmelerinde yer alır. Nitekim Esas Sözleşme başlıklı TTK 339/2-a. maddesi “Esas sözleşmeye aşağıdaki hususlar yazılır: Şirketin ticaret unvanı ve merkezinin bulunacağı yer.” şeklinde belirtmiştir. Bu anlatımın sonucu tüzel kişiler aleyhine açılacak davalarda genel yetkili mahkeme esas sözleşmelerinde yazılı olan merkezlerinin bulunduğu yer mahkemesidir. HMK 14. maddesine göre tüzel kişiler aleyhine açılacak davalarda bir şubenin işlemlerinden doğan davalarda, o şubenin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir. Bir başka anlatımla her şube değil ancak anlaşmazlık konusu işlem ya da sözleşmeyi yapan şubenin bulunduğu yer mahkemesi de yetkili olacaktır. HMK 16. maddesine göre haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir. Karayolları Trafik Kanununun 110. maddesinde “Motorlu araç kazalarından dolayı hukuki sorumluluğa ilişkin davalar, sigortacının merkez veya şubesinin veya sigorta sözleşmesini yapan acentenin bulunduğu yer mahkemelerinden birinde açılabilir” düzenlemesi ile trafik kazalarından doğan sorumluluk davalarında; a) Sigortacının merkezinin bulunduğu yer mahkemesi b) Şubenin bulunduğu yer mahkemesi c) Sigorta sözleşmesini yapan acentenin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Görüldüğü gibi ne HMK’da ve Karayolları Trafik Kanununun 110. maddesinde sigorta şirketinin bölge müdürlüklerinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olduğu bir düzenleme yer almamıştır. Sayın çoğunlukça, davalı sigorta şirketinin Bölge Müdürlüğünün bulunduğu yer mahkemesinin yetkisini “bir acenteden daha yetkili organı olan Bölge Müdürlüğü’nün bulunduğu yerde açtığı gözetilerek yetki itirazının reddi ile” şeklinde kabul etmiştir. Bu gerekçe karşısında bölge müdürlüğünün KTK 110. maddesinde sayılan şirket merkezi, şube ve acentenin bulunduğu yerlerden hangisinin içinde görebiliriz? Bölge müdürlüklerini sigorta şirket merkezi içinde görmemiz mümkün değildir. Çünkü şirket merkezi şirketin kuruluş esnasında düzenlenen esas sözleşmesinde gösterilmek zorundadır. Bunun dışındaki yerlerin şirket merkezi olarak sayılması TMK 51 ve TTK 339/2-a maddelerine aykırıdır.” YRG 17 HD. 2015/1089 E., 2015/3904 K., 05.03.2015 T. – Sinerji Mevzuat Programı-.

yetkilidir⁴⁹⁵. Haksız fiil konusundaki yetki düzenlemesi kamu düzenine ilişkin kesin yetki değildir. Bu nedenle özel yetki kuralı çerçevesinde, haksız fiil konusu oluşturan olayın ticari dava olduğu durumlarda, haksız fiile dayalı tazminat konulu taleplerin dava şartı arabuluculuk başvurusunun davalının ikametgahı olan yer arabuluculuk bürolarına yapılabileceği gibi haksız fiilin olduğu yer arabuluculuk bürolarına da yapılabilecektir.

e. Tarafların Yetkisiz Mahkemeyi Yetkili Kılmaları

Taraflar iki şekilde yetkisiz olan bir mahkemeyi yetkili kılabilirler. Birincisi, HMK m.17 uyarınca tacirler ve kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş ve doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşme ile yetkili kılabilirler⁴⁹⁶. Taraflar üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konularda ve kamu düzenini ilgilendiren (örneğin konkordato) kesin yetki kuralının bulunduğu durumlarda yetki sözleşmesi yapamaz (HMK m.18/1). Bunun yanında yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, yazılı yapılması, yetkili mahkemenin açıkça belirlenmesi ve uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması gerekmektedir (HMK m.18/2).

Davacının yetkisiz mahkemede dava açması ile birlikte şayet diğer taraf kasıtlı olarak veya ihmali sebebi ile yetki itirazında bulunmaz ise yetkisiz mahkeme yetkili hale gelir. Yetkinin kamu düzenini ilgilendirdiği durumlar hariç yetkisiz mahkeme hâkimi kendiliğinden yetkisizlik kararı veremez. Aynı durum dava şartı arabuluculuk için de geçerlidir.

⁴⁹⁵ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.146; AYHAN/ÇAĞLAR, s.89.

⁴⁹⁶ “Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 17'nci maddesine göre, Yetki Sözleşmesi, tacirler veya kamu tüzel kişileri arasında yapıldığı takdirde geçerlidir. Yalnız tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıklar hakkında bir veya birden fazla mahkemeyi yetkili kılabilir. Yetki sözleşmesi yapabilecek kişilere tahdit getirilmesindeki amaç, özellikle iktisaden büyük işletmelerin ve güçlü olan tarafın genel şartlar veya genel işlem şartları adı altında, sözleşmenin iktisaden ve sosyal bakımdan güçsüz olan tarafa yetki sözleşmesini dayatmasından korumaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun zaman bakımından uygulanmasına ilişkin m. 448 hükmüne göre; bu kanun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır. Şu hâlde; 6100 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihe kadar, 1086 s. Kanun'a göre yargılaması başlanmış ve tamamlanmış usuli işlemleri etkilememek kaydıyla, 6100 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılacak davalara ise yeni kanun uygulanacaktır. Bu açıklamadan sonra somut olaya gelindiğinde, tacir veya kamu tüzel kişisi olmayanlar arasında yapılmış olan yetki sözleşmesine dayanılarak yetkili kılınmış mahkemede, 1 Ekim 2011 tarihinden sonra dava açılmayacaktır. Bu nedenle dava tarihi itibarıyla, HMK'nın 17. m. uyarınca geçerliliği kalmayan yetki şartına göre yetkisizlik kararı verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir. “YRG 11. HD., 2012/8430 E., 2012/11618 K., 02.07.2012 T., -Sinerji Mevzuat Programı-; AYHAN/ÇAĞLAR, s.90 ; BOZER/GÖLE, s.172.

Örneğin her iki tarafı da İstanbul'da merkezleri bulunan iki ticaret şirketinden biri İstanbul'daki ihtilaflarının çözümü için Ağrı'dan dava şartı arabuluculuk başvurusu yapar ve diğer taraf da ilk oturumda bu yetkiye itiraz etmez ise yetki kesinleşir. Fakat kanaatimizce bu örnekte dava şartı arabuluculuk görüşmeleri Ağrı'dan yapılsa dahi, arabuluculuk sonuçlandıktan sonra yetkisiz yerde açılacak davaya karşı taraf genel hükümler çerçevesinde yetki itirazında bulunabilecektir. Dava şartı arabuluculukta yetki itirazı yapmamış olması dava aşamasında yapamayacağı anlamı taşımaz.

6.1.1.4. Yetkili Arabuluculuk Bürosuna Başvurulmamasının Sonuçları

Arabulucu, dava şartı olarak kendi önüne gelen arabuluculuk uyuşmazlığında görevlendirilen büronun yetkili olmadığına kendiliğinden karar veremez (HUAK m.18/A/8). Aynı şekilde arabuluculuk bürosu, kendisine yapılan başvuruda sadece arabulucu görevlendirmekle yükümlüdür. Arabuluculuk bürosu kendiliğinden yetkili olmadığına karar veremez.

Yetki itirazı sadece aleyhine başvuru karşı taraf veya taraflardan gelebilir. Yetki itirazında bulunan karşı taraf veya taraflar, itirazlarının gerekçesini de sunarak en geç ilk arabuluculuk oturumunda arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz edebilirler. Yetki itirazı üzerine arabulucu görüşmelere derhal ara vererek tutacağı bir tutanak ile dosyayı, yetki itirazı noktasında karar verecek olan sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere arabuluculuk bürosuna verir. Mahkeme ise harç almaksızın inceleme yaparak en geç bir hafta içerisinde ilgili büronun yetkili olup olmadığına karar verir ve dosyayı büroya iade eder (HUAK m.18/A/8). Mahkemenin kararı büro tarafından taraflara tebliğe çıkartılır.

Yetki konusunda inceleme yapan sulh hukuk mahkemesi yetki itirazını reddeder veya kabul eder. Reddetmesi halinde, dosya derhal aynı arabulucuya verilir. Bu durumda arabuluculuk süreci sürelerde dahil olmak üzere yeniden başlar. Yetki İtirazının kabulü halinde ise kararın tebliğinden itibaren bir hafta içerisinde yetkili büroya başvurulabilir. Bu taktirde yetkisiz büroya başvurma tarihi yetkili büroya başvurma tarihi olarak kabul edilir ve yetkili büro arabulucuyu görevlendirir (HUAK m. 18/A/8).

Bununla birlikte genel yetki kuralı haricinde ticari işlerde bazı özel nedenlerden ötürü, genel yetkili mahkemeler haricinde yerlerde de dava açılabilir. Dolayısı ile bu yerler aynı zamanda dava şartı arabuluculuk başvurusunun yapılabileceği yerlerdir.

6.1.2. İhtiyari Arabuluculuk Başvurusu ve Yetki

Dava şartı arabuluculukta taraflar adliye içlerinde kurulan arabuluculuk bürolarına başvurarak başvuru konusu uyuşmazlığa bürolar vasıtası ile atama yapılmasını talep etmekte iken ihtiyari arabuluculukta merkezlerden yapılan atamadan ziyade tarafların kendi inisiyatifleri ile bağımsız arabuluculuk merkezlerine veya bağımsız arabuluculara başvurması sonucu taraflar dilediği yerdeki komisyona kayıtlı arabulucuya başvuru yaparak ihtiyari arabuluculuk görüşmesi başlatabilirler. Bu nedenle ihtiyari arabuluculuk başvurusunda taraflar mutabık kalarak arabuluculuk görüşmelerine devam ettikleri için yetki itirazı gibi bir durum söz konusu olmaz.

Bununla birlikte ticari nitelikte bir dava şartı arabuluculuk başvurusunda, her iki tarafın da aynı şehirde ikamet etmesine rağmen taraflar birlikte başka bir şehir veya bölgede görevli arabuluculuk bürosundan uyuşmazlıkları için bir arabulucuda anlaştıklarını ve bu dava şartı arabuluculuk başvurusunda ilgili arabulucunun atanmasını isteyebilirler⁴⁹⁷. Örneğin her iki tarafı da Kayseri ilinde merkezleri bulunan iki tacir, aralarındaki dava şartı ticari uyuşmazlığın kapsamının geniş olması ve özel uzmanlık istemesi sebebi ile İstanbul ilinden belirledikleri arabulucunun onayını ve imzasını alarak arabuluculuk belirleme tutanağı⁴⁹⁸ düzenlemek koşulu ile Kayseri ilindeki uyuşmazlıkları için İstanbul komisyonuna kayıtlı bir arabulucunun dava şartı atamasını sağlayabilirler.

6.2. Arabulucunun Görevlendirilmesi

Arabulucu görevlendirilmesinde, dava şartı arabulucu görevlendirmesi ve ihtiyari arabuluculukta görevlendirme arasında bazı farklılıklar vardır. Örneğin dava şartı arabuluculuk başvurusu, dava açıldıktan sonra gerçekleşemez. Dava şartı arabuluculuğa tabi bir uyuşmazlıkta dava açılmadan önce arabuluculuğun sonlanmış ve son tutanağın dava dilekçesine bir sureti veya asıl olarak eklenmiş olması gerekir. Fakat ihtiyari arabuluculukta arabulucu her zaman için taraflarca görevlendirilebilir. Yani dava açıldıktan sonra da taraflar ihtiyari arabuluculuk yolunu seçebilirler. Bu durumda mahkemeye bilgi vermek koşulu ile yargılamaya üç ay ara verilir. Yine aynı şekilde hak düşürücü sürelerin kesildiği zamanlar her iki arabuluculuk türünde de farklıdır.

⁴⁹⁷ KOÇYİĞİT/BULUR, s.33.

⁴⁹⁸ Bkn. "Arabuluculuk Belirleme Tutanağı", <http://www.adb.adalet.gov.tr/sablonlar/index.html>.

6.2.1. Dava Şartı Arabuluculukta Arabulucunun Görevlendirilmesi

Dava şartı olarak görev alan arabulucu, arabuluculuk bürosunun kendisine verdiği taraf bilgilerinden taraflara ulaşır. Arabulucu taraflar isterse toplantıdan önce de özel görüşmeler yapabilir. Dava şartı arabulucu, başvuranın arabuluculuk bürosuna giderek talep ettiği uyuşmazlık için arabulucu atanmasını istemesi ile görevlendirilebileceği gibi, HUAK m.18/A/5 uyarınca tarafların birlikte belirledikleri arabulucuyu gösterir belge olan, arabulucu tarafından da imzalanan arabulucu belirleme tutanağını arabuluculuk bürosuna sunması suretiyle de arabuluculuk bürosu seçilen arabulucuyu dava şartı arabulucu olarak görevlendirir⁴⁹⁹.

Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven'e göre taraflar uyuşmazlık çıkmadan önce veya uyuşmazlık çıktıktan sonra da aralarında yapacakları bir anlaşma ile arabuluculuğa başvurulacağını ve kanundan bağımsız olarak aralarındaki uyuşmazlığı çözecek arabulucuyu belirlemelerinin mümkün olduğunu ileri sürmüştür⁵⁰⁰. Bu görüşe göre kanunun dava şartı için getirdiği zorunluluk bir arabulucuya başvurma noktasındadır. Neticede HUAK m.18/A/5 uyarınca üzerinde anlaşmış arabulucuyu arabuluculuk bürosu tarafından atama yaptırmak mümkündür.

Fakat yazarlara göre, her şeye rağmen taraflar uyuşmazlık olması halinde hangi arabulucunun görevli olduğu noktasında anlaşmalarına rağmen, taraflardan biri anlaşmada geçen arabulucu yerine arabuluculuk bürosundan herhangi bir arabulucu atanmasını isterse diğer tarafların bu atamaya aralarındaki anlaşmayı ileri sürerek itiraz etmesi mümkün gözükmemektedir.

HUAK m. 8'de "Arabulucu, tarafların her biri ile ayrı ayrı veya birlikte görüşebilir ve iletişim kurabilir." Şeklindeki tanımlama ile arabulucunun taraflarla iletişim kurmasını işaret etmiştir. Bunun yanında HUAK m.11 gereği, arabulucu taraflarla iletişim kuracağı gibi tarafları da aydınlatması gerekmektedir. Aslında hem iletişim kurmak hem de aydınlatmak bir zorunluluktur. Arabulucunun iletişim kurmadan olayı anlayıp çözümleyebilmesi mümkün değildir.

⁴⁹⁹ KOÇYİĞİT/BULUR, s.51.

⁵⁰⁰ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.163.

6.2.2. İhtiyari Arabuluculukta Arabulucunun Görevlendirilmesi

Taraflar arabulucuyu birlikte başvurarak belirleyebilecekleri gibi, bir tarafın belirlediği arabulucunun diğer tarafa davet çıkartması ve karşı tarafın daveti kabul ederek arabulucu belirleme tutanağı ile arabulucuyu belirlemeleri sonucunda da arabulucu belirlenmiş olur (HUAK m. 13). Fakat taraflardan yalnızca birinin seçtiği arabulucunun başvuru teklifine otuz gün içerisinde olumlu dönüş yapmayan karşı taraf, arabuluculuk teklifini reddetmiş sayılır (HUAK m.13/2).

Arabulucunun ilk görevi süreç yönetimidir. Taraflar arabulucu seçiminde, arabulucunun konusunda uzman ve etkili olması, süreci sağlıklı yürütmesi, iletişimi yüksek olması, söz ve davranışlarına dikkat etmesi gerekmektedir⁵⁰¹. Arabulucular, insanlarda bıraktıkları bu özellikleri ile diğer arabuluculardan bir adım daha önde olacaklardır.

HUAK m. 7 gereği arabulucu görev kabulü sonrasında masraf ve ücret isteyebilir. Hatta masraf ve ücreti avans olarak da isteyebilir. Bu yönü ile dava şartı arabuluculuktan ayrılır. Dava şartı arabuluculukta arabulucu masraf ve ücret avansı isteyemez.

İhtiyari arabuluculukta tarafların maddi durumu yerinde değilse HUAK m.13/3 gereği adli yardım talebinde bulunabilirler⁵⁰². Adli yardıma, arabuluculuk bürosunun bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesi karar verir.

6.3. Arabuluculuk Görüşmelerinin Yürütülmesi ve Tarafların Temsili

6.3.1. Genel Olarak

Arabulucu seçim aşaması tamamlandıktan sonra seçilen arabulucu kendisine gelen görevle alakalı bilgi ve belgeleri inceleyerek taraflardan da aldığı bilgiler doğrultusunda kendince bir yol haritası oluşturması, sürecin başarıya ulaşmasına katkı sağlayacaktır. Uygulamada arabulucunun ilk teması telefonla gerçekleştirmesi faydalı olacaktır. Mail, sms gibi iletişim araçlarını da kullanmasında ispat açısından fayda bulunmaktadır. Ancak sms veya mail ile çağrılan tarafların, özellikle de birlikte arabulucu seçilmemiş ise aleyhine başvuru yapılan karşı tarafın arabuluculuğa olumsuz bakmasına neden olabilecektir. Çünkü telefon ile iletişim karşılıklı diyaloga dayalı olduğu için, karşı taraftaki kişinin duygu ve düşünceleri konusunda da fikir verir. Karşı tarafın arabuluculuk konusunda tereddütleri olabilir. Hatta arabuluculuk ile ilgili bilgisi

⁵⁰¹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s. 70.

⁵⁰² EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.121.

bulunmuyor olabilir. Arabulucu ile telefonda görüştüğü zaman bu soruları da samimi olarak arabulucuya sorarak eksik bilgileri giderebilir.

Arabulucu tarafları ararken, özellikle de birlikte başvurulmamış ise karşı tarafı ararken kendisini tanıtarak telefon görüşmesine başlamalıdır. Dava şartı arabuluculukta, kendisini tanıtan arabulucu, ilgili atamayı Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın yaptığını özellikle belirtmesinde fayda olacaktır. Bu durum eşitlik ilkesini de vurgulamak adına önemlidir. Çünkü uygulamada yaşanan bilgi eksikliği sebebi ile bazen karşı taraflar arabulucuyu avukat gibi görmekte ve başvuru konusu olaya tepki ile yaklaşmaktadırlar.

Arabulucu kendisini tanıttıktan sonra, kendisi hakkında bilgi vermeli, sürecin nasıl işleyeceğini, istedikleri zaman görüşmeyi sonlandırabileceklerini, istediklerinde kendileri ile arabulucunun özel görüşebileceğini taraflara aydınlatmalıdır. Arabulucu bu görüşme akabinde ilk toplantı için uygun bir gün belirlemeye çalışır. Toplantı günü için her iki tarafın uygun olacağı bir gün belirlemek önemlidir. Neticede tarafların toplantıya aslen katılmaları toplantının başarıya ulaşması açısından önemlidir. Arabulucu elinden geldiğince uygun gün konusunda taraflarla ortak gün belirlemeye çalışır. Taraflar toplantı günü konusunda anlaşamazlarsa arabulucu, zaman kaybı yaşamamak adına uygun günü kendisi belirler.

Arabulucu ilk telefon görüşmesinde karşı tarafın arabuluculuğa bakış açısını kestirerek kendisine yöntem belirleyebilir. Çözüm odaklı yaklaşarak toplantıdan önce karşı tarafın aklındaki anlaşma zeminini belirlemeye çalışabilir. Bu durum toplantının daha verimli geçmesini sağlar.

Telefon görüşmeleri sonucu veya telefonda olayı dinlememiş ise ilk görüşmelerde, arabulucu başvurunun arabuluculuğa elverişli olup olmadığını ölçüp değerlendirmelidir⁵⁰³. Konusu arabuluculuğa girmeyen, örneğin konusu suç teşkil eden bir başvuruda arabulucu, arabuluculuk sürecini devam ettirmemelidir. Arabulucu atama sureti ile kendisine gelen bir dava şartı arabuluculuk görevlendirmesinde, atama konusu olayın dava şartı arabuluculuğa girmediğine karar veremez. Çünkü kanun bu şekilde arabulucuya bir görev vermemiştir. Bunun kararını mahkeme verecektir. Fakat yukarıda da bahsettiğimiz üzere bariz şekilde ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk ile alakası

⁵⁰³ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s. 75.

olmayan bir atama hakkında arabulucu “Arabuluculuğa Elverişli Olmama” şeklinde son tutanağı düzenleyerek UYAP arabuluculuk portalından atamayı sonlandırması gerekir.

Örneğin devlet dairesinde öğretmen olan A'nın henüz hukuk fakültesinde öğrenci olan B'ye verdiği borç sebebi ile açacağı alacak davası, ticari dava olarak yorumlanamaz. Dolayısı ile bu uyuşmazlığın ticari bir niteliği yoktur. Fakat taraflardan biri buna rağmen dava şartı ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk başvurusunda bulunacak olursa kanaatimizce arabulucunun, ticari bir dava olmayan bu arabuluculuk başvurusunu “Arabuluculuğa Elverişli Olmama” şeklinde düzenleyeceği arabuluculuk son tutanağı ile sonlandırması gerekmektedir.

Neticede dava şartı arabuluculuk başvurularında görüşmelerin anlaşma ile sonlanmadığı hallerde AAÜT'de belirtilen iki saatlik ücret arabulucuya devlet tarafından ödenmektedir⁵⁰⁴. Açıkça ticari uyuşmazlık olarak nitelenmeyecek bir uyuşmazlıkta sanki dava şartı gibi süreci idare ettirerek tarafların anlaşmadığına ilişkin arabuluculuk son tutanağını düzenleyen ve dosyayı bu şekilde sonuçlandıran arabulucunun görevi ihmal ettiği sonucuna varılmalıdır.

Dava şartı konusunda istinaf mahkemeleri kararları arasında da birlik yoktur. Bir başka ifadeyle, benzer nitelikte ticari uyuşmazlık içeren farklı taraflara ait olaylara karşı bazı bölge adliye mahkemeleri dava şartı arabuluculuk uygulamasının geçerli olduğu kararı verirken, bir başka bölge adliye mahkemesi dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığına karar vermektedir. Bu görüş ayrılıkları sebebi ile, dava şartı olup olmadığı kesin bir şekilde tespit edilemeyen bazı davalardan önce dava şartı arabuluculuk başvurusu çoğu zaman gerekmediği halde yapılmaktadır. Dava şartı arabuluculuk başvurusunun özensiz ve gereksiz kullanılması sebebi ile ilerleyen aşamada kanun koyucu tarafından bir kanun düzenlemesi yapılması gerektiği kanaatindeyiz⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ AAÜT m.26/2: (2) Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşamamaları hâlinde iki saatlik ücret tutarı Tarifinin Birinci Kısımına göre Bakanlık bütçesinden ödenir. İki saatten fazla süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâlinde ise iki saati aşan kısma ilişkin ücret aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde, Tarifinin Birinci Kısımına göre karşılanır. Bakanlık bütçesinden ödenen ve taraflarca karşılanan arabuluculuk ücreti, yargılama giderlerinden sayılır. Dava açılması hâlinde mahkeme tarafından dava öncesi ödenen arabuluculuk ücretlerine ilişkin makbuz dosyaya eklenir. Yargılama giderleri olarak hükmedilen tutar 6183 sayılı Kanuna göre tahsil edilir.

⁵⁰⁵ Konu ile alakalı Samsun 1. Tüketici Mahkemesi kredi kartına dayalı itirazın iptali davasında davayı kısmen kabul kısmen reddetmesine rağmen dava şartı arabuluculuk başvurusunda bulunulmasına gerekli olmadığı halde başvuruda bulunan davacı banka aleyhine olarak, arabulucuya ödenen 1320

Toplantı zamanı haricinde toplantının yeri de önemlidir⁵⁰⁶. Arabuluculuğun gelişmesi adına Arabuluculuk Dairesi, arabulucuların arabuluculuk faaliyetini özel olarak kuracakları Arabuluculuk Merkezlerinde yapmalarını önermektedir. Arabuluculuk faaliyetinde, avukatlık bürolarında yapmak, arabuluculuğun beklenen noktaya gelmesine engeldir. Dolayısı ile arabuluculuğa daha verimli icra etmek için özel kurulacak arabuluculuk merkezlerinin çözüme etkisi olacaktır. Arabulucular en azından merkez kuramasa bile merkezlerden toplantıların gerçekleştirilmesi adına yardım alabilecektir.

Dava şartı arabuluculuk uygulamasının ilk hayata geçtiği 2018 yılları başında bazı arabulucuların arabuluculuk toplantılarını kafe, park gibi halka açık yerlerde yapması olumsuz eleştirilere sebep olmuştur. Neticede gizlilik ve ciddiyet gerektiren bir toplantının halka açık alanlarda yapılması başarıya ulaşmaya engeldir. Arabuluculuk yapan bir avukatın, merkez kuramamış olsa bile kendi ofisinde uygun bir toplantı odası oluşturması ve en azından burada toplantı yapması gerekmektedir.

Özellikle ticari uyuşmazlıklarda toplantıya katılan tarafların sosyoekonomik düzeyleri, işçi işveren uyuşmazlıklarındaki taraf özelliklerine kıyasla farklılık gösterir. Ticari uyuşmazlıklarda bulunan tarafların bazıları Türkiye'nin önde gelen sayılı şirketleri ve bunların temsilcileri olabilir. Bu gibi ekonomik statüsü yüksek tarafların elbette uyuşmazlık çözümünde bir araya geldikleri ortam da çok önemlidir. Taraflarla ayrı görüşme imkânı olmayan, bekleme salonu ve sekreteryası bulunmayan bir-iki odalı hukuk bürolarında ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk görüşmelerinden müspet sonuçlar çıkartmak çok mümkün görünmemektedir.

Arabuluculuk toplantılarının fiziki şartı eşitlik ilkesinin zedelenmemesi adına çok önemlidir. Arabuluculuk toplantılarının mümkün olduğunca yuvarlak veya oval masalarda yapılması, her tarafa eşit mesafede olduğunun vurgulanması adına önemlidir. Bunun için arabulucu da dahil tüm tarafların masada eşit seviyede oturması ve arabulucunun tarafların her ikisine de eşit mesafede olması önemlidir. Tüm bunlar psikolojik açıdan bilinç altına hitap eden önemli detaylardır. Arabulucu taraflardan

TL arabuluculuk ücretinin davacıdan alınarak hazineye gelir kaydına karar vermiştir. Samsun 1. Tüketici Mahkemesi, 2019/212 E., 2019/389 K., 28.11.2019 T.

⁵⁰⁶ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.92.

birine daha yakın duruyormuş gibi görünmemesi gerekmektedir. Bu yüzden yuvarlak masalar arabuluculuk toplantılarında daha çok tercih sebebidir.

Arabuluculuk davetinde kanunun aradığı bir zorunlu şekil şartı yoktur. Ancak davete icazet etmeyecek taraf ilerde kendisine düzgün bir davet yapılmadığını iddia edebileceği için davetin ulaştığının ispatı açısından yazılı olması önemlidir. Davetin içeriğinde uyuşmazlık, arabuluculuk süreç ve sonuçları, davete icazet etmemenin sonuçları, anlaşmaya varılıp varılmamanın sonuçları gibi bilgiler yer almalıdır⁵⁰⁷.

İlk oturum günü geldiğinde arabulucu yine kendisini tanıtmalı, arabuluculuk hakkında genel bilgi vermeli, kısaca sürecin nasıl işleyeceğini anlatmalı, tarafları görüşmelerden kopartmayacak, güven verici telkinlerde bulunmalıdır. Tarafların süreci ve arabuluculuğu benimsemesi ve kendilerine inanması, arabuluculuğun başarıya ulaşmasında oldukça önemlidir. Kendini kapatan, her teklife olumsuz bakan, öneri sunmayan taraflar zihnen anlaşmaya hazır değildir.

Görüşme devam ederken veya görüşmelerden önce arabulucu taraflarla özel görüşmelerde bulunabilir. Özel görüşmeler tarafların olmazsa olmaz nitelikteki taleplerinin belirlenmesi adına önemlidir. Taraflar toplantı esnasında veremediği bilgileri özel görüşmede arabulucuya anlatabilir.

Taraflar toplantıya temsilciler veya avukatları aracılığı ile katılabilir. HMK m.74 gereği⁵⁰⁸ toplantıya katılan avukatın alternatif çözüm yolları veya arabuluculuk konusunda vekaletinde özel yetkisinin bulunması gerekir⁵⁰⁹. Konu ile alakalı olarak İstanbul Barosu Başkanlığı Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı'na başvuru yaparak avukatların genel vekaletnamesindeki dava yetkileri ile arabuluculuk başvurusu yapabilmesini ve arabuluculuk görüşmelerine katılabilmesini talep etmiştir. Fakat Arabuluculuk Daire Başkanlığı İstanbul Baro Başkanlığı'na verdiği cevapta görüşmeler

⁵⁰⁷ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s. 75; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.93.

⁵⁰⁸ HMK m. 74: (1) Açıkça yetki verilmemiş ise vekil; sulh olamaz, hakimi reddedemez, davanın tamamını ıslah edemez, yemin teklif edemez, yemini kabul, iade veya reddedemez, başkasını tevkil edemez, haczi kaldıramaz, müvekkilinin iflasını isteyemez, tahkim ve hakem sözleşmesi yapamaz, konkordato veya sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması teklifinde bulunamaz ve bunlara muvafakat veremez, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuramaz, davadan veya kanun yollarından feragat edemez, karşı tarafı ibra ve davasını kabul edemez, yargılamanın iadesi yoluna gidemez, hakimlerin fiilleri sebebiyle Devlet aleyhine tazminat davası açamaz, hangileri hakkında yetki verildiği açıklanmadıkça kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davaları açamaz ve takip edemez.

⁵⁰⁹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.95.

sonucu anlaşmaya varılması halinde müvekkil adına imzalanacak anlaşmanın yetkisiz temsil hükümlerince geçersiz olacağı sorunlarına sebep olmasının mümkün olduğundan bahisle vekaletlerde arabuluculuk veya alternatif çözüm yollarına başvuru yetkisinin bulunması gerektiğini bir kez daha vurgulamıştır⁵¹⁰.

Arabulucu kısa bir açılış konuşması ile toplantıya başlar. Fiilen hazır olmayan taraflar geçerli bir mazeretleri var ise toplantıya telekonferans yolu ile katılabilir. Telekonferans ile toplantıya katılma konusunda ticari uyuşmazlıklara ilişkin dava şartı uygulamasının getirildiği ilk zamanlarda yoğun eleştiriler getirilmiştir. Özellikle, 2019 yılında Arabuluculuk Daire Başkanlığının, ticari uyuşmazlıklara dair arabuluculuk görüşmelerine tarafların konferansla katılmasının mümkün olduğunca kabul edilmemesi konusunda seminerlerde ve konferanslarda telkinleri olmuştur.

Fakat 2019 yılı sonlarına doğru, kanunda telekonferansla katılımı engelleyen bir hüküm olmaması sebebi ile uygulamada arabulucular tarafından arabuluculuk toplantılarına telekonferansla katılım konusunda daha esnek uygulamalar başlamıştır. Bu nedenle gerek ilk oturum gerekse diğer oturumlarda telekonferansla toplantılara katılma taleplerini kabul edip etmeme yetkisi tamamen arabulucudadır. Kanunda ilk ve sonraki oturumda telekonferansı yasaklayan bir hüküm yoktur. Bu nedenle arabulucu geçerli sayabileceği mazeretlerde telekonferansla toplantıyı kabul etmekte serbesttir.

Özellikle sigorta şirketleri, sigortadan kaynaklanan davaların bazıları dava şartı haline geldiğinde dava şartı arabuluculuk uygulamasını tepki ile karşılamışlardır. Fakat süreçte sigorta şirketlerinin arabuluculuktan oldukça yararlandığını da söylemekte fayda vardır⁵¹¹. Bu yüzden sigorta şirketlerindeki arabuluculuk konusunda olumlu düşünceleri ile artık çoğu sigorta şirketi telekonferans yolu ile görüşmelere katılmakta ve anlaşmaya daha pozitif yaklaşmaktadırlar.

Arabulucunun yapacağı açılış konuşmasından sonra taraflara söz hakkı verilir. Hangi tarafın söze başlayacağına ortak karar vermek mümkünse ortak karar verilir. Arabulucu ortak bir fikir birliği yoksa kimin önce konuşacağını belirler.

⁵¹⁰ İlgili haber için bkn. <https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=15148&Des c= Genel-Dava Vek %C 3%A2 letname sinin- Arabuluculuk- G%C3%B6r%C3%BC%C5%9Fmesine-Kat%C4%B1lmak- %C4% B0%C3%A7in-Yeterli-Olmas%C4%B1-%C4%B0stendi>.

⁵¹¹ <https://www.sigortacigazetesi.com.tr/sigorta-sektoru-arabuluculugu-sevdi/>.

Arabulucu, toplantıların gergin geçebileceğinin farkında olmalıdır. Süreç yönetiminde başarılı olmak için arabulucunun sakin ve yatıştırıcı bir politika izlemesi gerekmektedir. Gerginliğin artacağını anlayan arabulucu toplantıya ara verebileceği gibi toplantıyı da erteleyebilir⁵¹². Arabulucu tarafları mümkün olduğunca fiilen masada kalmalarını sağlamalıdır. Taraflar ne kadar çok masada kalarak toplantıdan kopmaz ise başarıyı yakalama ihtimali de o kadar fazla olacaktır.

6.3.2. Arabuluculuk Görüşmelerinde Tarafların Temsili

6.3.2.1. Gerçek Kişilerin Arabuluculuk Toplantısında Temsili

Gerçek kişilerin şahsen katılım göstermesi asıl olandır. Gerçek kişiler, bir arabuluculuk görüşmesine kendileri veya avukatları vasıtası ile katılım sağlayabilirler. İş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin arabuluculuk görüşmelerine, ayrıca işverenin yazılı belge ile yetkilendirdiği çalışanı da katılabilir ve son tutanağı imzalayabilir⁵¹³ (İŞMK.m. 29). Ticari uyuşmazlık konulu bir arabuluculuk toplantısına taraflardan birinin sadece işverenin yazacağı adi nitelikte yazılı belge ile katılması söz konusu değildir.

Her gerçek kişi hak ehliyetine sahiptir. Dolayısı ile taraf olma ehliyetine de sahiptir⁵¹⁴ (TMK m.8/1). Gerçek kişilerde kişilik, sağ ve tam doğumla başlar. Dolayısı ile bir arabuluculuk toplantısında sekiz yaşında bir çocuk da taraf ehliyetine sahip olduğu için taraf olarak gösterilebilir. Ancak velayet hükümleri çerçevesinde velisi kendisini temsil eder.

Arabuluculuk toplantılarına kimliği olmadan gelen bir kişinin arabulucu tarafından toplantıya dahil edilmemesi mümkündür. Bu durumda kimlik bilgisi olmayan taraf en azından kimlik görüntüsünün mail veya diğer iletişim araçları ile arabulucuya ulaştırabilir. Tabi eğer bir ikinci veya üçüncü toplantı yapılacak ise kimliğin bir diğer toplantıya muhakkak getirilmesi istenmelidir.

⁵¹² EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s. 79.

⁵¹³ MELEKOĞLU KESER, Burcu, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 29.

⁵¹⁴ PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, s.560.

6.3.2.2. Adi Ortaklığın Arabuluculuk Toplantısında Temsili

Adi ortaklık, müşterek amaca erişmek için kurulmuş ortaklık türüdür⁵¹⁵. Adi ortaklıkta temsilin söz konusu olabilmesi için temsilcinin temsil yetkisi bulunması gerekir (TBK m.33/1).

Adi ortaklığın tüzel kişiliği yoktur⁵¹⁶. Ortaklık olarak dava açamayacağı gibi kendisine de dava açılmaz. Adi ortaklığı oluşturan tüm ortakların birlikte taraf olarak gösterilmesi gerekmektedir⁵¹⁷. Bir ticari işletmenin adi ortaklık tarafından işletilmesi ortakları tacir yapar (TTK m.12).

Adi ortaklıkta temsili aktif ve pasif temsil şeklinde ayırırsak, adi ortaklıkla ilgili bir uyuşmazlıkta adi ortaklık tarafından açılacak davaların adi ortaklıktaki ortakların tamamı tarafından birlikte açılması gerekmektedir. Ortaklar arası zorunlu dava arkadaşlığı mevcuttur. Hatta Yargıtay bir kararında ortakların hepsi değil birkaç adi ortak tarafından dava açılması sebebi ile davayı reddetmiştir⁵¹⁸. Şayet adi ortaklığı oluşturan ortakların bazılarında dava açmış ise, mahkeme, diğer ortakların da davaya katılmaları veya davayı açan ortaklara temsil yetkisi vermeleri için süre vermelidir. Bu şartı yerine getirmeyen davacının davası reddolur⁵¹⁹.

Konusu para olan davalarda adi ortaklar müteselsil ve birinci derecede sorumludur. Bu tarz alacak davalarında ortakların tamamına dava açılabileceği gibi birkaçına da dava açılabileceği literatürde kabul görmüştür⁵²⁰.

Borçlar Kanunu m. 533/3 uyarınca ortaklık ilişkisine dahil olan, ortaklık işlerini idareye yetkili her ortağın temsil hakkının bulunduğunu belirtmiştir. Temsil yetkisi rızai olarak

⁵¹⁵ YÜCEL, Cazibe Ebru, *Adi Ortaklıkta Temsil*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011, s.1.

⁵¹⁶ POROY/TEKİNALP (ÇAMOĞLU), n.99i.

⁵¹⁷ *Dosya içeriğine göre dava, ... Temizlik İnş. Ltd. Şti.-... Ltd. Şti. adi ortaklık olarak adi ortaklığa yöneltilmiş, dava dilekçesi adi ortaklık adına tebliğ edilerek yargılama yapılmıştır. Adi ortaklığa karşı açılmış olan dava, diğer ortakların tümüne karşı yöneltilmiş demektir. Bu durumda, adi ortaklığı oluşturan tüzel kişilerin ayrı ayrı davalı olarak gösterilmesi ve taraf teşkilinin sağlanması gereklidir. Eldeki davada, davalı tarafın yanlış gösterilmesi, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124/5. maddesi uyarınca, kabul edilebilir bir yanlışlığa dayanmaktadır. Bu sebeple davacı vekiline, adi ortaklığı oluşturan şirketlere tebligat yapılması için süre verilmeli bu şekilde taraf teşkili sağlanarak yargılamaya devam edilmelidir. Tüzel kişiliği olmadığı halde, adi ortaklık adına davetiye çıkartılması, dosyada taraf teşkili sağlanamadan işin esasına girilerek adi ortaklık aleyhine hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir". YRG 22 HD., 2016/23602 E., 2019/20305 K., 05.11.2019 T. – Sinerji Mevzuat Programı-.*

⁵¹⁸ YRG 4. HD. 1968/6771 E., 1968/4819 K., 04.06.1968 T. – Sinerji Mevzuat Programı-.

⁵¹⁹ YRG. 4. HD., 1974/2570 E., 1974/15172 K., 25.10.1974 T. – Sinerji Mevzuat Programı-.

⁵²⁰ POROY/TEKİNALP (ÇAMOĞLU), n.99i.

veya sözleşme ile belirli ortaklara da bırakılmış olabilir. Rızai temsilde adından da anlayacağımız üzere ortaklar, dışarıya karşı ortaya koydukları davranış tarzı ile ortaklardan birine temsil yetkisi vermiş olduklarını ifade edebilirler. Temsil yetkisi bulunmayan bir ortağın görünüşe güven ilkesinin şartlarının varlığı halinde, örneğin adi ortaklıkla ilgili dava temsil yetkisi bulunmayan bir ortak tarafından açılmış, diğer ortaklar bunu bildiği halde ses çıkartmamış ise diğer ortakların icazet verdiği kabul edilir. Bu yetkinin yazılı olmasına gerek yoktur. Şayet bu yetki sözlü veya eylemsel değil de tüm ortakların imzaladıkları bir “ortaklık sözleşmesi” ile verilmiş ise o zaman temsil yetkisini tespit etmek daha kolay olacaktır. Uygulamada adi ortaklıklar için noterden “Adi Ortaklık Sözleşmesi” yapılabilmektedir.

Arabuluculuk oturumuna bir adi ortaklık taraf olarak katıldığında mutlaka aralarında bir yazılı ortaklık sözleşmesi olup olmadığına ve varsa, taraflardan herhangi birine veya birkaçına temsil yetkisi verilip verilmediğine bakmak gerekmektedir. Temsil yetkisi verilmiş kişi/kişiler toplantıya katılarak adi ortaklık adına arabuluculuk sözleşmelerini imzalayabilirler. Şayet ortaklar sözleşme ile bir ortaya temsil yetkisi vermemişlerse taraf sıfatının sağlanması için her bir ortağın arabuluculuğa davet edilmesi gerekmektedir⁵²¹. Konu ile alakalı Hukuk Genel Kurulunun da benzer tespiti bulunmaktadır⁵²².

⁵²¹ PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, s.564.

⁵²² “Taraflar, 1979 yılında (... Taksim Durağı) adı altında kurulan adi ortaklığın ortaklarından. Adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığı gibi, dava ve taraf ehliyeti de yoktur. Dosya içeriğinden, adi ortaklığın yazılı sözleşmesinin de bulunmadığı anlaşılmaktadır. Davacı ortak, temyize konu davayı adi ortaklığın ortaklarını temsile açmıştır. Borçlar Kanunu’nun 530. maddesinde düzenlendiği üzere, adi ortaklık sözleşmesinde bir hüküm mevcut olmadıkça, adi ortaklığı idare eden şerik ile diğer şerikler arasındaki ilişkiler vekalet hükümlerine tabidir. Özel bir yetkiyi haiz olmadıkça vekilin, önemli işlemler den olan dava açamayacağı ise Borçlar Kanunu’nun 388. madde hükmü gereğidir. Adi ortaklık iştirak kurallarına tabi olduğu cihetle, davaların Borçlar Kanunu’nun 534 ve Medeni Kanununun 630. maddeleri gözetilerek bütün ortaklar tarafından davanın birlikte açılması gerekir. Ancak, olayımızda olduğu gibi tek ortak tarafından davanın açılmış olması halinde, iştirak kurallarından yararlanıp kendisine temsil yetkisini vermelerini sağlamak üzere önel verilmesi ve sonucuna göre gerekli tespitin yapılarak hüküm kurulması gerekir. Nitekim 25.6.1958 gün 38-33 Sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 15.10.1974 gün ve 2570-15172 sayılı Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinin ve 19.12.1974 gün 5508-3728 Sayılı Yargıtay Onüçüncü Hukuk dairesinin emsal kararlarında da aynı ilke benimsenmiştir.” YRG HGK. 1990/13-457 E., 1990/2 K.,17.01.1990 T.-Sinerji Mevzuat-.

6.3.2.3. Ticaret Şirketlerinin Arabuluculuk Toplantısında Temsili

Tüzel kişilik, cinsiyet, yaş gibi insana özgün nitelikler dışında tüm hak ve borçlara ehildir (TMK m.48). Tüzel kişiler, kişilik kazandıkları an itibari ile taraf ehliyetini de haizdirler.

Tüzel kişiyi ilgilendiren uyuşmazlıklarda taraf olarak tüzel kişilik gösterilmesi gerekmektedir. Tüzel kişiliğin ortakları veya üyeleri taraf gösterilemez⁵²³. Tüzel kişiliğin son bulması ile tüm hak ve taraf ehliyetleri de son bulur. Tüzel kişilere karşı başlatılan bir arabuluculuk görüşmesinde tüzel kişilik ortadan kalkarsa arabuluculuk görüşmeleri de son bulur. Fakat tüzel kişilik fesih ve infisah gibi nedenlerle sona erecek olur ise taraf sıfatı birden kalkmaz. Taraf ehliyetleri tasfiye süresi boyunca devam eder.

Arabulucunun, arabuluculuk toplantısına gelen şirket yetkilisinin yetkili olup olmadığını kontrol etmesi gerekmektedir. Aksi durumda anlaşma belgesinin geçersiz olması sonucuna kadar varacak önemli sorunların ortaya çıkması muhtemeldir. Bu nedenle ticaret şirketlerinin nasıl temsil edildiği noktasına kısaca değinilmiştir.

Kolektif şirketlerde ortaklar sözleşme ile kimlerin temsil yetkisine sahip olduğunu düzenleyebilirler⁵²⁴. Türk Ticaret Kanunu m. 213 uyarınca temsile yetkili kişilerin ve bunların temsil şeklinin sözleşmeye konulması zorunludur⁵²⁵. Temsil yetkisi de yönetim yetkisi gibi hem hak hem de görevdir. Bu iki yetki arasında zorunlu bir bağıllık olmasa da uygulamada çıkan ihtiyaçlar sebebi ile birlikte sıklıkla kullanıldığını görebiliriz. Temsil ve yönetim yetkilerinin ayrılarak ayrı şahıslara verilmesi mümkündür.

Komandit şirketlerde temsil, kural olarak komandite ortaklar tarafından gerçekleştirilir. Kolektif şirketlerdeki temsil sırlamaları ve kapsamına dair hükümler bu şirket türünde

⁵²³ PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, s.562.

⁵²⁴ ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), n.273; ŞENER, Ortaklıklar, s.236.

⁵²⁵ ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), n.273-274; TTK m.213- (1) Kolektif şirket sözleşmesine aşağıdaki kayıtların yazılması zorunludur: a) Ortakların ad ve soyadlarıyla yerleşim yerleri ve vatandaşlıkları. b) Şirketin kolektif olduğu. c) Şirketin ticaret unvanı ve merkezi. d) Esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde şirketin işletme konusu. e) Her ortağın sermaye olarak koymayı taahhüt ettiği para miktarı; para niteliğinde olmayan sermayenin değeri ve bu değer ne suretle biçilmiş olduğu; sermaye olarak kişisel emek konulmuşsa bu emeğin niteliği, kapsamı ve değeri. f) Şirketi temsile yetkili kimselerin ad ve soyadları, bunların yalnız başına mı, yoksa birlikte mi imza koymaya yetkili oldukları. (2) Ortaklar, emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla, şirket sözleşmesine diledikleri kayıtları koyabilirler.

de geçerlidir⁵²⁶(TTK m.318). Komanditer ortak, ortak sıfatı ile şirketi temsil edemez⁵²⁷. Ortakların yasadan doğan bir temsil yetkisi yoktur. Bu hüküm sözleşme ile de ortadan kaldırılamaz. Emredici niteliktedir. Komanditere, bir üçüncü kişiymiş gibi iradi temsil yetkisi verilebilir. Ayrıca komanditer ortağın, ticari temsilci, ticari vekil şeklinde atanmasında mahsur yoktur⁵²⁸.

Anonim şirketlerde temsil yetkisi esas olarak yönetim kuruluna aittir. Yönetim kurulu, bir anonim şirketin ayrılmaz parçasıdır. Yönetim kurulunun bulunmaması şirketin infisah sebebidir. Yönetim kurulu, ortaklığın yürütme ve temsil organıdır⁵²⁹. Yönetim kurulu tek ve daha fazla kişiden oluşabilir⁵³⁰(TTK m.370). Anonim şirketler, Ticaret Kanununa göre tacirdir. Tacirler ticari işletmeleri ile ilgili işlemlerde ticaret unvanlarını kullanırlar ve imzalarını bu unvan adı altında atarlar. Anonim şirket gerçek kişi olmadığı için imzayı temsilci atar. Temsil, anonim şirketlerde kural olarak imzaya yetkili temsilcilerin herhangi ikisinin atacağı iki imza ile olmaktadır. Bunun aksi esas sözleşmede düzenlenebilir. TTK m.370' e göre bunda iki istisna vardır. Birinci istisna tek kişiden kurulmuş bir anonim şirketin, başka ortağı olmaması sebebi ile kurucu ortak tek olduğu için temsil için iki imza mümkün olamaması sebebi ile şirket tek kurucu ortak ile temsil olunur, ikincisi ise, esas sözleşmede bu kurala istisna getirerek tek kişi veya üç kişi ile temsil edileceği kuralının getirilmiş olmasıdır⁵³¹.

Temsil yetkisinin sınırlanmadığı ve yönetim kurulunun tamamına bırakıldığı durumlarda şirket işleyişi için bazı sorunlar oluşabilir. Örneğin temsil yetkisini haiz olan yönetim kurulu oldukça geniş üye sayısından oluşabilir. Bu durumda bu kadar üyenin aynı anda hazır bulunarak yönetim icra etmesi ticari hayatta çok mümkün

⁵²⁶ TTK. m. 318- (1) Komandit şirketler, kural olarak, komandite ortaklar tarafından temsil edilir. Kolektif şirketin temsil yetkisinin kapsamı ve sınırlandırılmasına ilişkin hükümleri komandit şirkete de uygulanır. (2) Komanditer ortaklar, ortak sıfatıyla şirketi temsile yetkili olamazlar. Ancak, şirket sözleşmesinde aksine hüküm bulunmamak şartıyla, komanditer ortak ticari mümessil, ticari vekil veya seyyar tacir memuru olarak atanabilir.

⁵²⁷ ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), n.273.

⁵²⁸ ŞENER, Ortaklıklar, s.284.

⁵²⁹ POROY/TEKİNALP (ÇAMOĞLU), n.521.

⁵³⁰ TTK m.370- (1) Esas sözleşmede aksi öngörülmemiş veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyorsa temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir. (2) Yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir. En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır.

⁵³¹ ŞENER, Ortaklıklar, s.349; POROY/TEKİNALP (ÇAMOĞLU), n.521.

değildir. Temsil yetkisinin devri ile alakalı esas sözleşmede hüküm bulunmasına ve iç yönergenin buna uygun olmasına dikkat etmek gerekir⁵³²(TTK m. 367).

Temsil yetkisi tamamen, yönetim kurulunda olmayan bir üçüncü kişiye bırakılamaz. En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması gerekir. TTK m. 373 gereği mutlaka temsile ilişkin kararın sicile tescil ve ilanı gerekir. Yönetim kurulunun yetkileri kanundan veya sözleşmeden doğar. Kanunda öngörülenler dışında da sözleşmede yönetim kuruluna yetki verilebilir.

Temsil yetkisi, ilgili belgede, şirket unvanının altına temsilci tarafından imzalanmak suretiyle kullanılır. Temsilciler göreve başlarken imza örneklerini notere onaylatmaları gerekmektedir (TTK m.372). Noterin tasdik ettiği bu imza örneklerinin adına imza beyannamesi de denilir. Aksine bir düzenleme yoksa ve yönetim kurulu tek üyeden oluşmuyorsa TTK m.370 uyarınca anonim şirketler çift (müşterek) imza ile temsil olunur. Sözleşme ile bir veya birden fazla kişiye tek (münferit) imza yetkisi tanınabilir. Bu tür düzenlemelerin üçüncü kişilere hüküm doğurması için tescil ve ilan gerekir (TTK m.36 – 373). Yönetim kurulu, görev süresi başında şirket temsilcilerinin imza yetkilerinin kapsamı ve derecesini gösteren noterce onaylanmış imza sirküleri düzenler. Herhangi bir hukuki işlemde imza sirkülerinin ibrazı ile imza edenler yetkili olduklarını kanıtlar.

Limited şirketlerde şirket yönetimi, seçilmiş olan ortak veya ortak olmayan bir üçüncü kişiye veya kişilere (müdür) bırakılabilir⁵³³. Müdür, limitet şirketin zorunlu ve yasal organlarından biridir⁵³⁴. Müdür tek olabileceği gibi birden fazla da müdür atanmış olabilir. Birden fazla müdür var ise içlerinden birinin müdürler kurulu başkanı olması gerekir. Ayrıca müdür bir tüzel kişilik de olabilir. Yani bir limitet şirketin müdürü, anonim şirket, limitet şirket hatta dernek bile olabilir. Fakat tüzel kişi müdür atanmış ise, tüzel kişinin uygulamada kendisini temsil etmesi için de bir gerçek kişi temsilci gerekecektir (TTK m. 623/2). Limited şirketlerde temsil, 6102 Sayılı TTK m.623-m.630 arasında düzenlenmiştir.

⁵³² TEKİNALP, Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığın Esasları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Basım, İstanbul 2011, s.141.

⁵³³ ŞENER, Ortaklıklar, s.742.

⁵³⁴ ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), n.1718.

Müdürler, kanunlar ve şirket ana sözleşmesince genel kurula yetki vermediği tüm konularda görevlidir. Fakat Anonim Şirketlerde olduğu gibi limitet şirketlerde de üçüncü kişiye yönetim ve temsil yetkisi bırakılıyorsa mutlaka ortaklardan birinin de temsil yetkisi olması gerekir. Kanun koyucunun bu şekilde düzenlemesinin sebebi, şirketin tiplerini tamamen ortak olmayan bir üçüncü kişiye vermek istememesi yatmaktadır.

Kooperatiflerin temsili ise yönetim kurulu vasıtası ile gerçekleşir⁵³⁵ (Koop. K. m.55). Yönetim kurulu, ana sözleşme hükümlerine göre kooperatifin icra organıdır⁵³⁶. Yönetim kurulu en az üç üyeden oluşur. Üyelerin tamamının (yedekler dahil) kooperatif ortağı olması gerekir. Kooperatifi temsile yetkili kişiler, kooperatif adına ve onun amacının gerektirdiği bütün hukuki işlemleri yapabilirler. Kanunda anılan nedenler dışında yöneticilerin temsil yetkisi sınırlandırılmaz.

Bir arabuluculuk toplantısına gelen gerçek kişinin kimliğinden temsil yetkisinin tespit edilmesi mümkündür. Ancak ticaret şirketlerinin temsili için imza sirküleri, ticaret sicil yetki belgeleri gibi birtakım belgeleri kontrol etmek ve gelen şahsın ticaret şirketini gerçekten temsil edip etmediğini tespit etmek gerekmektedir. Ticaret şirketi için temsilci olduğunu söyleyerek şirketi borçlandırmaya çalışan kötü niyetli girişimler olabilir. Arabulucunun arabuluculuk müzakeresine başlamadan taraflara yönelik bu önemli kıstaslara dikkat etmesi gerekir.

6.4. Arabuluculuğun Sona Ermesi

6.4.1. Genel Olarak

HUAK m. 17/I'e göre sona erme halleri, tarafların anlaşması, arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi, taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi, tarafların ortak kararlar arabuluculuk faaliyetini sonlandırması, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı tespit edilmesi şeklinde sayılmıştır.

⁵³⁵ Koop.K. m. 55: Yönetim Kurulu, kanun ve ana sözleşme hükümleri içinde kooperatifin faaliyetini yöneten ve onu temsil eden icra organıdır. Yönetim Kurulu en az üç üyeden kurulur. Bunların ve yedeklerinin kooperatif ortağı olmaları şarttır. Yönetim Kurulu üyeliğine seçilen tüzel kişiler, temsilcilerinin isimlerini kooperatife bildirir.

⁵³⁶ TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), n.1947.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaştikları, anlaşamadıkları veya sürecin ne şekilde sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir (HUAK m.17/2, HUAKY m.20/2). Bu tutanağın adı arabuluculuk son tutanağıdır. Bu tutanak taraflar ve vekillerince imzalanır. Şayet taraflardan bir ve daha fazlası imza atmamış ise bunun nedeni yazılır ve arabulucu tarafından tutanak imzalanır⁵³⁷.

Arabuluculukta arzu edilen sonuç tarafların karşılıklı olarak anlaşıp el sıkışarak arabuluculuğu sonlandırmasıdır. Fakat arabuluculuk görüşmelerinin her birinin anlaşma ile sonuçlanmasını beklemek mümkün değildir.

HUAK m.17/II gereğince arabulucu tarafından, tarafların anlaştiklarını, anlaşamadıklarını veya arabuluculuk başka ne şekilde sona ermiş ise o şekli belirtir şekilde tutanak düzenlenir. Düzenlenen belge hazır olan taraflar ve/veya avukatları tarafından imzalanır. Herhangi bir sebeple taraflardan biri imza atamaz ise sebebi de tutanağa yazılır. Örneğin taraflardan biri konferans yolu ile toplantıya katılmış olabilir. Bu durumda uygulamada konferans yolu ile katılan tarafa belgelerin tamamı gönderilerek imzası sonradan tamamlatıldığı gibi, arabulucu tarafından son tutanağa konferans ile katılan tarafın bu nedenle imzasının alınmadığını yazarak arabuluculuğu noktalayabilir.

6.4.2. Sona Erme Sebepleri

6.4.2.1. Anlaşma ile Sona Erme

Arabuluculuk sürecinin istenilen sonucu uyuşmazlığı anlaşma ile noktalamaktır. Anlaşma ile sonlanan bir görüşmeyi fazla uzatmadan anlaşma ile noktalamak gerekir. Anlaşma belgesinin düzenlenmesi konusunda taraflar hemfikirse tekrar bir başka oturuma ertelemeden anlaşmanın imzalanması, anlaşmanın sıhhati açısından önemlidir. Aksi takdirde araya zaman girdikten sonra taraflar anlaşmalarından geri adım atabilirler. Anlaşıldığı halde herhangi bir nedenden toplantı ertelenecekse bile en azından o anlaşma gününe dair notlar çıkartılarak taraflara imzalatılmalıdır ki taraflar kendilerini anlaşma ile bağlı hissetsin⁵³⁸. Bunun yapılmaması halinde anlaşmanın yapıldığı günden bir gün sonra dahi taraflar, kendi iradeleri veya üçüncü kişilerin telkinleri ile anlaşmadan vazgeçebilirler.

⁵³⁷ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.104.

⁵³⁸ KEKEÇ, s.194.

Anlaşmanın en önemli sonucu anlaşma metninin hazırlamasıdır. Anlaşma ile sonuçlanan arabuluculuk toplantısında, taraflar ne konuda anlaşabildiklerini yazılı hale getirirlerse ileride icra edilirlilik açısından problem yaşamayacaklardır. Ancak belirtmek isteriz ki anlaşma belgesinin düzenlenmiş olması zorunlu değildir⁵³⁹. Taraflar şifahi olarak anlaşabildiklerini ve anlaşma belgesi düzenlemeyeceklerini arabulucuya iletebilirler. Bu durumda sadece arabuluculuk son tutanağı düzenlenir ve anlaşma ile sonuçlandığından bahsedilir.

Anlaşma belgesinin bir diğer önemi, anlaşma içeriğinin iki taraf arasında kalmasını ve gizliliği sağlamasıdır. Anlaşma tutanağı ve son tutanağın birlikte düzenlenmesi halinde son tutanağın bir ay içinde Adalet Bakanlığı'na gönderilmesi gerektiği için anlaşmanın da içeriği son tutanakla birlikte ortaya çıkmış olacak ve üçüncü kişilerin tutanağı görmesi mümkün hale gelecektir. Bu nedenle arabuluculuk son tutanağına anlaşmanın içeriği yazılmamalı sadece anlaşmanın gerçekleşip gerçekleşmediği veya kısmi anlaşma olduğu yazılmalı, anlaşma içeriği konusunda ek bir anlaşma belgesi imzalanmalıdır.

Anlaşma metni sadece anlaşma olan arabuluculuklarda hazırlanır. Anlaşamama halinde ekstradan bu belgenin düzenlenmesine gerek yoktur. Anlaşma olmayan durumlarda da mutlaka arabuluculuk son tutanağı düzenlenir. Anlaşmanın en önemli sonuçlarından biri de anlaşmaya varılan hususlar için ileride dava açılmamasıdır⁵⁴⁰.

Anlaşma sonrasında taraflar anlaşma belgesi düzenlenmesi noktasında hemfikir olurlarsa düzenlenecek anlaşma belgesi taraflarca ve varsa vekilleri tarafından da imzalanır. Tarafların telekonferans yolu ile katıldığı toplantılar sonucunda anlaşma olursa, telekonferans yolu ile katılan tarafa anlaşma ve diğer belgeleri göndererek uzaktaki kişinin de imzalamasını sağlamak anlaşmanın sıhhati açısından önemlidir. Çünkü neticede imzası olmayan taraf kötü niyetli olarak ileride anlaşmaya itiraz edebilir. Bu durumda imzası neden alınamadığı anlaşmada yazıyor olsa bile ispat açısından sorunlar yaşanabilecektir. HUAK'da konferans yolu ile katılım durumunda imzaların nasıl tamamlanacağı konusunda bir usul ortaya koymamıştır. Uygulamada bu gibi durumlarda arabulucunun konferans yolu ile katılan tarafın bulunduğu bölgede bir başka arabulucudan yardım istenerek imzaların bu arabulucu huzurunda atılması sureti ile imzaların tamamlandığı da gözlemlenmiştir.

⁵³⁹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.108.

⁵⁴⁰ AKKAN, s.31.

Bununla birlikte İstanbul BAM 13. HD'nin bir kararında taraflardan bazılarının telekonferans yolu ile katıldığı bir arabuluculuk toplantısında arabuluculuk son tutanağının elektronik imza ile imzalanmış olmasını geçerli saymıştır⁵⁴¹. Buradan hareketle anlaşma metninin de elektronik imza ile imzalanmasının mümkün olacağı kanaatindeyiz.

Anlaşma metni kısa ve öz olmalıdır. Karmaşık metinler, icra edilebilirlik adına sorunlar ortaya çıkartabilir. İfadeler açık ve karışıklığa mahal vermeyecek durumda olmalıdır. Tarafların üzerine düşen hak ve yükümlülükler açık bir şekilde ortaya konulmalıdır. Taraflar isterlerse anlaşma tutanağına icra edilebilirlik şerhi verilmesi için arabuluculuk bürosunun bulunduğu yargı yerindeki yetkili sulh hukuk mahkemesine başvurarak icra edilebilirlik şerhi alabilirler. İcra edilebilirlik şerhi verilmesi doğrultusunda yapılan işlem bir çekişmesiz yargı işlemidir.⁵⁴² Arabuluculuk anlaşma belgesine ilişkin olarak başvuru icra edilebilirlik şerhi hakkında normalde dosya üzerinden karar verilir. Ancak aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların icra edilebilirlik şerhi duruşmalı olarak yapılır (HUAK m.18/3).

Sulh hukuk mahkemesi icra edilebilirlik şerhi vereceğinde anlaşma içeriğinin arabuluculuk konusuna ve icra edilmeye elverişli olup olmadığını denetler⁵⁴³ (HUAK m. 18/3). Bunun dışında esasa dayalı inceleme yapamaz. Sulh hukuk mahkemesi anlaşmanın geçerli olup olmadığına karar veremez.

Şayet dava açıldıktan sonra arabuluculuğa gidilmiş ve anlaşma gerçekleşmiş ise, icra edilebilirlik şerhi yargılamayı sürdüren mahkemeden istenebilecektir (HUAK m.18/2).

⁵⁴¹ “E- İmza Türk Hukukunda 15/01/2004 tarihli 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu ile düzenlenerek ticaret, dolayısı ile hukuk alanında uygulanmaya başlanmıştır. 5070 Sayılı kanunun 4. Maddesinde “Güvenli Elektronik İmza” tanımı yapılmıştır. 5070 Sayılı kanun 5. Maddesi, güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurur. Kanunların resmi şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukuki işlemler ile banka teminat mektupları dışındaki teminat sözleşmeleri, güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez, demek sureti ile elektronik imza kullanılmayacak işlemlere dair özel kanunlara atıfta bulunulmuştur. 6325 Sayılı arabuluculuk kanunun da son tutanağın elektronik imzalı olarak oluşturulamayacağına dair bir hüküm bulunmadığından davacı vekili tarafından dava dilekçesine eklenen e imzalı olarak düzenlenen arabuluculuk son tutanağının geçerli olduğu ve dava şartının gerçekleştiği görülmekle, davacı vekilinin istinaf talebi yerinde görülmüştür. “İstanbul BAM 13. HD, 2019/2139 E.,2019/1551 K., 06/11/2019 T. – Sinerji Mevzuat Programı-.

⁵⁴² KEKEÇ, s.206.

⁵⁴³ KEKEÇ, s.201.

HUAK m.18/2 uyarınca taraflar, taraf avukatları ve arabulucu tarafından imza altına alınan anlaşmalar ilam niteliğinde belgedir⁵⁴⁴. Bu yüzden bu tarz anlaşmalar için yeniden icra edilebilirlik şerhine başvurmak gerekli değildir. Bu nedenle ne icra dairelerinde ne de mahkemelerde anlaşma metni karışıklığa yer vermeyecek şekilde açık ve anlaşılır olmalıdır⁵⁴⁵.

İcra edilebilirlik şerhi verilmesi bu anlaşma belgesini ilam hükmüne sokmaz. Verilen şerh ile anlaşma metni sadece “ilam niteliğinde” belge haline gelir. Bunun en önemli sonucu, icra edilebilirlik şerhi alınmış olması bu anlaşmaya maddi anlamda kesin hüküm niteliği kazandırmaz (HMK m.388). Ayrıca icra edilebilirlik şerhlerine ilişkin karara karşı da istinaf yoluna gitmek mümkündür. İstinafta alınacak harç maktu tutulmuştur. Anlaşma rakamı ne olursa olsun maktu istinaf harcı alınır. Bununla birlikte bu karara karşı Yargıtay yolu kapalıdır.

6.4.2.2. Anlaşmama ile Sona Erme

Arabuluculuk anlaşmaları, tarafların uzlaşması mümkün olmaz ise anlaşmazlıkla sona erer. Anlaşma ile sona erme adından da anlaşıldığı gibi başvuru ve karşı taraf/tarafların ortak noktada buluşması ile ortaya çıkan bir sonuçtur. Dolayısı ile anlaşmama da bunun tam tersidir.

Taraflarla yapılan toplantıların çok uzaması anlaşmanın çıkacağı anlamına gelmez. Taraflar bazen birkaç farklı günde oturum yapsalar dahi ortaya bir anlaşma çıkmayabilir. Tarafların anlaşmamış olması elbette arabulucunun kusuru değildir. Arabulucunun her arabuluculuk anlaşmasını anlaşma ile sonlandırmasını beklemek çok gerçekçi değildir. Çünkü arabulucunun kişisel becerileri, karşı tarafların istekleri, maddi beklentileri, hayat görüşleri vb. nedenlerle sınırlıdır. Fakat bir arabulucu bütün dış etkenlere rağmen üzerine düşen özeni en iyi şekilde göstermek zorundadır.

Arabulucu süreci noktalarken de bir kapanış konuşması yapması gerekmektedir⁵⁴⁶. Başvuru dava şartı arabuluculuk olsa da ihtiyari bir başvuru olsa da arabuluculuk sürecinden sonra ilerlemeleri gereken yolun ne olabileceğini anlatmalıdır. Tarafların vekili olduğu durumlarda vekiller gerekli bilgiyi müvekkillerine verir ancak vekili olmayan taraflar bu gibi durumlarda bocalamaktadırlar.

⁵⁴⁴ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.181.

⁵⁴⁵ KEKEÇ, s.201.

⁵⁴⁶ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s. 90.

Arabulucu bunun dışında kapanış yaparken tarafların katılımlarını ve çabalarını takdir ettiğini belirtmesinde fayda vardır. Ayrıca arabulucu, arabuluculuk harici alternatif çözüm yollarına devam edebileceklerinden bahsedebilir. Anlaşamama sonucunda arabuluculuk son tutanağı isimli tutanak düzenlenirken, arabuluculuğun nasıl sonuçlandığı son tutanağa yazılır. Bu belge taraflar, avukatları ve arabulucu tarafından imzalanır. Tutanakta ayrıca, arabuluculuğun ne zaman başladığı, toplantıların ne zaman yapıldığı, arabuluculuğun sonlanma tarihi vb. gibi bilgiler yazılır. Anlaşma durumunda bu tutanak harici bir anlaşma belgesi hazırlanır. Anlaşamama durumunda anlaşma belgesi düzenlenmez.

Arabuluculuğa dava devam ederken başvurulmuş ise (HUAK m. 15/5), arabuluculukta anlaşamama konulu son tutanak düzenlendikten sonra taraflardan birinin başvurusu ile davaya kaldığı yerden devam edilir⁵⁴⁷.

6.4.2.3. Anlaşma- Anlaşamama Dışında Sona Erme Sebepleri

Bazı durumlarda arabuluculuk görüşmeleri anlaşma veya anlaşamama ile sonuçlanmamakla birlikte başka nedenlerle sona ermiş olabilir. Örneğin taraflar toplantıya hiç katılmamış olabilirler⁵⁴⁸.

a. Taraflara Ulaşamaması

Arabuluculuk başvurusu ister dava şartı ister ihtiyari olsun, başvuranın mutlaka karşı tarafın iletişim bilgilerini arabulucuya vermesi gerekir. Arabulucunun mahkemelerdeki gibi tebligat yapabilme, mernis adresini tespit etme ve tespit ettiği adrese Tebligat Kanunu m.21'e göre tebliğ yapma gibi yetkileri yoktur. Dolayısı ile arabulucu özen yükümlülüğü gereği elinden geldiğince telefon, fax, mail, posta, kargo gibi iletişim araçları ile taraflara ulaşmaya çalışır. Ulaşamadığı durumda neden ulaşamadığını, hangi yolları denediğini son tutanağa geçmesi, ileride hakkında yapılabilecek ihtilafta kendi sorumluluğunu ortadan kaldırması adına önemlidir. Arabulucu taraflara dair ulaşamayan adres ve iletişim bilgilerini arabuluculuk bürolarından temin edebilir (HUAK m.18/A/7).

⁵⁴⁷ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s. 94.

⁵⁴⁸ ELER, Tuba, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep 2019, s. 76.

Arabulucu, sayılan bu yöntemlerle taraflara ulaşım sağlar. Kanun koyucu bu konuda şekli davranmamış ve iletişim vasıtalarını kısıtlamamıştır. Uygulamada arabulucunun mutlaka taraflara ulaşmaya çalıştığını belgelendirmesi gerekmektedir. İspat kolaylığı açısından mail, iadeli taahhütlü posta faydalı iletişim araçlarıdır. Mail olarak gönderilen davet mektuplarında karşı taraftan maile dönüş yapılmasının istenmesi faydalı olacaktır.

Arabulucu, yukarda belirttiğimiz iletişim vasıtalarının her birini denemesine rağmen karşı tarafa ulaşmamış olabilir. Başvuran arabuluculuk başvurusunu yapan kişi olduğu için ulaşılamama durumu daha çok karşı taraf için geçerlidir. Bu durumda arabulucu kanaatimizce son tutanağa hangi iletişim vasıtalarının kullanıldığını da yazmasında ispat açısından ve arabulucu özen yükümlülüğü açısından fayda vardır. Arabulucu son tutanağı bu şekilde tuttuktan sonra tutanağı arabuluculuk bürosuna iletir⁵⁴⁹ (HUAK m.18/A/10).

b. Tarafların Toplantıya Katılmaması

Dava şartı da olsa, ihtiyari de olsa arabuluculuk sürecinin ilerlemesi ve başarılı şekilde anlaşma ile sonuçlanması adına toplantılar ve müzakere aşaması önemli bir aşamadır. Kanun koyucu, dava şartı arabuluculukta ilk oturuma önem vermiş ve taraflardan herhangi birinin veya her ikisinin ilk oturumuna geçerli bir mazereti olmadan katılmaması durumunda bunun tutanakta belirtilmesi gerektiğine karar vermiştir. Aynı zamanda geçerli mazeret bildirmeyen taraf veya taraflara maddi bir külfet getirilmiştir. Dava şartı arabuluculuk başvurusunda bulunulan uyuşmazlıkla alakalı olarak ilerde dava açılırsa toplantıya katılmayan taraf, kısmen veya tamamen haklı çıksa dahi yargılama giderlerinin tamamından sorumlu tutulur ve ayrıca vekalet ücretine hükmedilmez⁵⁵⁰(HUAK m.18/A/11).

Kanunda “geçerli bir mazereti olmaksızın” şeklinde bir ibare kullanılmıştır. Mazeretin geçerli olup olmayacağına, mazeret olarak nelerin sayılabileceği konusunda kanun koyucu bir açıklama yapmamıştır. Dava şartı arabuluculuk ilk oturumuna mazeret

⁵⁴⁹ ELER, s.77.

⁵⁵⁰ HUAK m.18/A: (11) Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır.

bildiren tarafın mazeretinin kabul olup olmamasına arabulucu karar veremez. Arabulucu, mazeret bildiren tarafın mazeretini, varsa belgelerini dosyaya ekler. Son tutanakta bu mazeretten de bahseder. Arabulucu taraf veya taraflar mazeret bildirdiği için tarafların taleplerine göre ikinci bir oturum gününü tarafların da görüşünü sorarak belirler.

Dava şartı arabuluculukta düzenlenmiş olan yaptırımlar ihtiyari arabuluculuk açısından geçerli değildir. İhtiyari arabuluculuk ilk toplantısına mazeretsiz katılmayanlar için ek bir külfet yüklenmemiştir. İhtiyari arabuluculuk süreci adından da anlaşıldığı gibi tamamen isteğe bağlıdır. İhtiyati arabuluculuğa katılmayan taraf ve taraflara ilerde davada haklı çıkmaları durumunda herhangi bir kısıtlama olmadan vekalet ücreti ve yargılama giderleri hükmedilir.

6.4.2.4. Konusuz Kalma, Feragat, Kabul ve Sulh

Arabuluculuk süreci başladıktan sonra arabuluculuk beklenmedik nedenlerle kendiliğinden sonlanabilir. Örneğin süreç devam ederken taraflardan biri hakkında kısıtlama veya gaiplik kararı verilmiş olabilir. Ayrıca konusuz kalma, feragat, kabul, sulh gibi nedenler HUAK ve HUAKY’de sonlanma sebepleri arasında belirtilmemiş fakat AAÜT m.5 ‘de bu gibi durumlarda arabulucunun ücretin tamamına hak kazandığına hükmedilmiştir. Dolayısı ile kanaatimizce bu nedenler de anlaşma veya anlaşamama dışında sona erme nedenleri arasında sayılmalıdır⁵⁵¹.

HUAK m. 17’de bir kısım arabuluculuğun sonlanma çeşitleri sayılırken ölüme bağlı sona erme sayılmamıştır. Ancak süreç devam ederken taraflardan birinin ölümü süreci konusuz kalma sebebi ile sonlandırır⁵⁵². Her ne kadar HUAK m.17’de sayılmamış ise de HUAKY m.17/1/f ‘de tarafların ölümü sonlanma sebebi olarak sayılmıştır⁵⁵³.

⁵⁵¹ AAÜT m.5: (1) Uyuşmazlık, arabuluculuk faaliyeti devam ederken, arabuluculuk faaliyetinin konusuz kalması, feragat, kabul veya sulh gibi arabuluculuk yolu dışındaki yöntem ve nedenlerle giderilirse ücretin tamamına hak kazanılır.

⁵⁵² ÖZBEK, Alternatif, s.1254; Katılımcı Kitabı s.177.

⁵⁵³ HUAKY m.17: (1) Aşağıda belirtilen hallerde arabuluculuk faaliyeti sona erer: a) Tarafların anlaşmaya varması. b) Taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi. c) Taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi. ç) Tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi. (Değişik Bent RGT: 25.10.2017 RG NO: 30221 Kanun No: 7036/23) d) Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı tespit edilmesi. (2) Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşabildikleri, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, (Değişik İbare RGT: 25.10.2017 RG No: 30221 Kanun No: 7036/23) taraflar, kanuni temsilcileri

6.5. Arabuluculuk Ücreti

HUAK m. 7/1 Uyarınca, arabulucu üstlendiği görev karşılığında ücret ve masraf istemeye hak kazanır. Arabulucu bu ücret ve masraflar için avans da talep edebilir. Ancak dava şartı arabuluculukta bu kural uygulanmaz. Aynı madde uyarınca aksi kararlaştırılmadıkça arabuluculuk ücreti taraflarca eşit olarak ödenir. Arabuluculuk ücretinin eşit ödenmesi kararlaştırıldığı durumda müteselsil sorumluluk söz konusu olmayacağını savunan yazarlar olduğu gibi⁵⁵⁴, müteselsil sorumlu olunması gerektiğini savunan yazarlar da vardır⁵⁵⁵.

Aksi kararlaştırılmış olmadıkça arabuluculuk ücreti, arabuluculuğun bittiği tarihte yürürlükte olan AAÜT'ne göre belirlenir. Taraflar ile arabulucu aralarında yapacakları ücret sözleşmesi ile ücretin kime ait olacağını arabuluculuk görüşmelerine başlamadan önce belirleyebilirler⁵⁵⁶. Taraflar aralarında bir arabuluculuk ücret sözleşmesi imzalamamışlarsa o zaman her yıl yenilenen AAÜT hükümleri uygulanır⁵⁵⁷. Arabuluculuk sözleşmesinin AAÜT'ne aykırı olmaması gerekmektedir.

AAÜT m.2 uyarınca arabuluculuk ücreti, çözümsüzlüğün arabuluculuk yolu ile neticelenmesini sağlamak için çaba sarf eden, arabuluculuk siciline kayıtlı arabulucunun emek ve mesai karşılığı olan bedeldir. Arabulucu, aldığı ücret haricinde evrak düzenlemek veya işle alakalı diğer işlemler için haricen ücret alınmaz.

Kanunen arabulucu, aracılık yapma ve bir kısım kişileri tavsiye etme karşılığında bir ücret alamaz (HUAK m. 7/3).

veya avukatlarınca imzalanır. Belge (Değişik İbare RGT: 25.10.2017 RG No: 30221 Kanun No: 7036/23) taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanmazsa, sebebi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanır. (3) Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir. Arabulucu, bu tutanak ve sonuçları konusunda taraflara gerekli açıklamaları yapar. (4) Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi halinde, arabulucu, bu faaliyete ilişkin kendisine yapılan bildirim, tevdi edilen ve elinde bulunan belgeleri, ikinci fıkraya göre düzenlenen tutanağı beş yıl süre ile saklamak zorundadır. Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlediği son tutanağın bir örneğini arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde Genel Müdürlüğe gönderir.

⁵⁵⁴ YAZICI TIKTIK, s.167.

⁵⁵⁵ ÖZBEK, Mustafa Serdar, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ali Rıza OKUR'a Armağan, Y.2014, C.20, S.1, s.1137.

⁵⁵⁶ DÜR, s.399.

⁵⁵⁷ 2020 Yılı AAÜT için bkn. EKLER-1; <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/12/20191231-16.htm>

Türkiye Arabulucular Etik Kuralları (TAEK m. 9/4) gereği arabulucu ücretini belirlerken, uyuşmazlığın türü, konusu, zorluğu, geçirilen süre gibi etkenler dikkate alınır. AAÜT m.7 gereği konusu para haricinde olan ve para ile değerlendirilmeyen anlaşmazlıklarda arabuluculuk ücreti olarak saat ücreti üzerinden hesaplama yapılır. Konusu para olan arabuluculuk görüşmelerinin neticesinde anlaşamama ortaya çıkarsa bu durumda arabuluculuk ücreti yapılan toplantı saatine göre belirlenir.

Adalet Bakanlığı, arabuluculuk uygulamasında vatandaşların mağdur olmaması ve arabuluculuğa başvurudan kaçınmaması adına dava şartı arabuluculuk görüşmelerinde ortaya çıkacak anlaşamama durumlarında arabulucunun iki saatlik ücretini ödemeyi üstlenmiştir. Yani iki saate kadar süren dava şartı arabuluculuk görüşmesi neticesinde ortaya anlaşamama sonucu çıkmış ise taraflar arabulucuya masraf veya ücret adı altında bir ödeme yapmazlar. Fakat görüşmeler iki saatin üstünde sürmüş ise arabulucu iki saati aşan tutarın ücretini taraflardan isteyebilir.

Bununla birlikte tarafların ilk veya ikinci oturuma katılmaması sebebi ile görüşme yapılamaması halinde, görüşme iki saat sürmese dahi AAÜT'nin birinci kısma göre belirlenecek iki saatlik ücret Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenir (HUAK m.18/A/13).

Dava şartı arabuluculuk görüşmelerinin anlaşma ile sonuçlanması halinde ise Adalet Bakanlığı arabulucuya iki saat ücreti ödemez. Bu kez taraflar arabulucunun ücretini belirleyecekleri anlaşma doğrultusunda öderler. Bir ücret belirlenmemiş ve arabulucu ile aralarında bir ücret sözleşmesi yapılmamış ise her yıl yayınlanan Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesine göre ücret belirlenir.

Tarafların arabuluculuğa başvurması ile birlikte, arabuluculuk sürecinin işleyişi, hangi yöntemlerin uygulanacağı ve ücret konularını düzenleyen bir arabulucu sözleşmesi yapılabilir⁵⁵⁸. Bu sözleşme ile arabulucu, arabuluculuk hizmeti verme görevi üstlenirken taraflar da ücret ödeme asli görevini üstlenirler. Taraflar ücretin ortak veya taraflardan yalnız biri tarafından ödeneceğini de imza altına alabilirler.

Arabuluculuk sürecinin sonucunda anlaşma olup olmasına göre arabulucunun ücretini belirlemek bazı yazarlar tarafından eleştirilmiştir. Çünkü arabulucu aynı emek ve çabayı anlaşma olmayan görüşmelerde de sarf etmektedir. Bununla birlikte anlaşmayı sağlayan yine tarafların kendisidir. Arabulucunun anlaşma konusunda ancak

⁵⁵⁸ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.57.

tarafları anlaşmaya yönlendirir. Bu sebeple aynı emeği gösteren arabulucunun sırf anlaşma sağlanamaması sebebi ile saat ücreti ile ücretlendirilmesini hakkaniyete aykırı olduğu savunulmaktadır⁵⁵⁹. Kanaatimizce arabulucunun, görevli olduğu arabuluculuk dosyasının anlaşmazlık veya anlaşma ile sonuçlanmasının arabulucu ücretine etki etmemesi gerekmektedir. Arabulucu anlaşamama durumunda da en az anlaşma durumunda alacağı ücreti alması daha hakkaniyetli olacaktır.

Arabuluculuk ücretinin ne zaman muaccel hale geleceği de tartışmalı bir konudur. Bazı görüşlere göre arabuluculuk sözleşmesi, niteliği gereği vekalet sözleşmesi hükümlerine tabidir⁵⁶⁰. Ücret alacağı sözleşme yapılması ile doğar fakat muaccel hale gelmesi için arabulucunun önce arabuluculuk görevini yerine getirmesi gerekmektedir. Şayet taraflar arabuluculuk sözleşmesi ile arabuluculuk ücretinin muaccel hale geleceği tarihi kararlaştırmışlarsa bu muacceliyet tarihi geçerli olacaktır.

HUAK m. 13/3 gereği arabuluculuk ücreti konusunda maddi imkânı olmayan tarafların arabuluculuk ücretini karşılamak adına atamayı yapan arabuluculuk bürosunun bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemelerine başvurarak adli yardım talebinde bulunabilir.

6.6. Arabuluculuk Sürecinin Sona Ermesi Halinde UYAP Arabulucu Portalından Yapılması Gereken İşlemler

Arabuluculuk görüşmeleri sonlandığında son tutanak düzenlenir. Bu son tutanakta arabuluculuğun nasıl bir şekilde sonlandırıldığı yazılır. Anlaşma ile sonlanmış ise bu anlaşma detayları ayrıca düzenlenen anlaşma belgesine yazılacağı için aynı anlaşma içeriğinin tekrar son tutanağa da yazılması gizlilik ilkesine aykırılık teşkil eder. HUAK m. 17/4 gereği son tutanağın bir örneği arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içerisinde Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne gönderilir. Arabulucu arabuluculuk belgelerini ve tutanaklarını beş yıl saklamak zorundadır. Anlaşma içeriği sadece tarafları ilgilendirir. Bu yüzden Adalet Bakanlığı'na gönderilen son tutanakta anlaşma detaylarının yazılması gerekmez.

Arabuluculuk portalında dosyanın sona erdirilmesi sekmesinde karşımıza çıkan sona erme seçenekleri şu şekildedir, “Anlaşma”, “Görüşme Sonunda Anlaşamama”,

⁵⁵⁹ DÜR, s.405.

⁵⁶⁰ DÜR, s.408.

“Görüşme Yapılmadan Anlaşamama”, “Arabuluculuğa Uygun Olunmaması”, “Konusuz Kalma – Başvurucunun Vazgeçmesi”, “Yetkisizlik”, “Sehven Kayıt”, “Kısmi Anlaşma” Arabulucu, kendi üzerinde bulunan dosyayı bu seçeneklerden birini seçerek sonlandıracaktır.

Arabulucu, kendisine görevlendirme harici gelen ihtiyari bir arabuluculuk dosyasını arabulucu portal üzerinden giriş yaparak ihtiyari arabuluculuk dosyası olarak sisteme kayıt edebilir. Arabulucu kaydettiği arabuluculuk dosyası için arabulucu portaldan alacağı arabuluculuk dosya numarasını, tutulan arabuluculuk son tutanağına ekleyerek ihtiyari dosyasını sonlandırmış olur.

Arabuluculuk süreci sonunda imzalanan arabuluculuk son tutanağı elektronik ortamda taratıldıktan sonra kanunen bir ay içerisinde Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü’ne arabulucu portal üzerinden gönderilir. Islak imzalı evrak aslı Adalet Bakanlığı’na gönderilmeyecektir. Bakanlık gelen evraklardan istatistiki bilgi edinmekte ve arabuluculuğun başarı ortalamasını çıkartabilmektedir.

7. TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK BAŞVURUSUNUN USUL HUKUKU VE MADDİ HUKUK AÇISINDAN SONUÇLARI

7.1.Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Başvurusunun Usul Hukuku Açısından Sonuçları

7.1.1. Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Başvurusunun Sürelere Etkisi

Dava şartı arabuluculuk uygulamasına tabi uyuşmazlıklar gerek ticari gerekse işçi-işveren uyuşmazlıklarından olsun, arabuluculuk başvurusunun adliyeler içindeki arabuluculuk bürolarına yapıldığı tarihten, son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar zamanaşımı durur ve hak düşürücü süreler işlemez⁵⁶¹(HUAK m. 18 A/15).

Önemli bir husus arabuluculuğa başvurunun dava şartı olarak kabul edilmeyen bir uyuşmazlık türünde nasıl uygulanacağı konusudur. Dava şartı olmayan bir uyuşmazlıkla alakalı olarak dava henüz açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması halinde dava şartında bahsettiğimiz durumdan farklı olarak süreler, arabuluculuğa başvuru ile değil, karşı tarafın ilk toplantıya davet edilmesi neticesinde arabuluculuk sürecinin her iki tarafça, arabuluculuğa devam edileceği yönünde oluşan kanaatin tutanak ile imza altına

⁵⁶¹ KOÇYİĞİT/BULUR, s.63; YENİPİNAR BERBEROĞLU, s.82; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.88.

alınması ile durur ve son tutanağın düzenlenmesine kadar işlemez⁵⁶² (HUAk m. 16/1-C/1). Bununla birlikte dava devam ederken tarafların anlaşarak arabuluculuğa başvurma taleplerini mahkemeye iletmeleri halinde, yargılama, mahkemece üç ayı geçmemek üzere ertelenir. Bu süre sonunda tarafların başvurusu üzerine ek olarak üç aya kadar bir süre daha verilebilir⁵⁶³ (HUAk m.15/5, HUAky m.17/7).

Üç aylık erteleme sonrasında üç aylık erteleme daha olmasına rağmen arabuluculuk görüşmeleri sonuçlanmamış olursa, taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkeme kaldığı yerden devam etmek zorundadır. Taraflardan biri başvuru yapmaz ise davanın akıbetinin ne olacağı konusunda kanunda bir açıklama yoktur. *Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven*'e göre üç aylık ek uzatma süresine rağmen arabuluculukta anlaşamayan tarafların herhangi biri mahkemenin devamı için başvuru yapmaz ise davanın işlemden kaldırılmasına karar verilmesi gerekmektedir⁵⁶⁴.

Ancak taraflar yargılama devam ederken aynı zamanda ihtiyari arabuluculuk görüşmelerini sürdürebilir. Sadece artık hak düşürücü süreler işlemeye devam edecektir.

7.1.2. Arabuluculuk Sonucunda Anlaşılan Hususlar Hakkında Dava Açma Yasağı
6325 Sayılı HUAk, “tarafların anlaşması” başlıklı 18. maddesi 5. Fıkrasında, tarafların arabuluculuk görüşmesi neticesinde anlaşmaya varmaları durumunda, üzerinde anlaşılan konular hakkında taraflarca tekrar dava açılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme 25.10.2017 günü yayınlanan 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 24. maddesi ile getirilmiştir.

Kanun koyucu “dava açılmaz” şeklinde bir tabir kullanmıştır. Ancak buna rağmen dava açılırsa sonuçlarının ne olacağı belirtilmemiştir⁵⁶⁵. Bu durumda davanın hukuki yarar yokluğu sebebi ile reddine karar verilmesi uygun olacaktır⁵⁶⁶. Neticede

⁵⁶² Aynı konuda HUAky m.19: “(1) Arabuluculuk süreci, dava açılmadan önce arabulucuya başvuru hâlinde, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Dava açılmasından sonra arabulucuya başvuru hâlinde ise bu süreç, mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. (2) Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz.”; KOÇYİĞİT/BULUR, s.63.

⁵⁶³ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.90.

⁵⁶⁴ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.90.

⁵⁶⁵ ELER, s.76.

⁵⁶⁶ AKKAN, Mine, Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2018, C.20, S.2, s.1.

arabuluculuk anlaşması, sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik şerhi alınması durumunda ilam niteliğinde belgedir (HUAK m.18/2). Ayrıca tarafların, vekillerinin ve arabulucunun arabuluculuk anlaşmasına imza atması halinde icra edilebilirlik şerhine gerek kalmaksızın anlaşma belgesi ilam hükmünde sayılmıştır (HUAK m.18/4). Tarafların zaten üzerinde anlaşmış oldukları konular için tekrar dava açmasında hukuki yararları yoktur⁵⁶⁷.

Üzerinde arabuluculuk görüşmelerinde anlaşılmış olan konularla ilgili dava açılmamasını öngören maddenin getiriliş amacı, mahkemelerin iş yükünü azaltma, kısa zamanda tarafların anlaşmazlığını sonuca bağlama, anlaşma belgelerine yüksek değer verme, gibi faktörlerdir. Neticede tarafların arabuluculukta anlaşma isteklerinin temelde yatan sebeplerinden biri de anlaşmış oldukları hususlarla alakalı tekrar dava açılmıyor olmasıdır. Arabuluculuğa başvuran taraflar belirli bir zaman ve emek ortaya koymaktadırlar. Dolayısı ile hiçbir taraf anlaşma sonrasında tekrar dava ile yüzleşmek istemez. Anlaşmanın özündeki bu bağlayıcılık arabuluculuğu cazip kılar.

Kanun koyucunun “dava açılmama” düzenlemesini usul hukuku açısından bir dava şartı olarak yorumlamanın uygun olacağı savunulmuştur⁵⁶⁸. İlgili düzenlemeyi, HMK m.114/2 de tanımlanan özel kanunlarda düzenlenen dava şartı olarak yorumlamamız mümkündür. Kanunda “dava açılmaz” şeklindeki kullanımın hatalı olduğu savunulmuştur⁵⁶⁹. Neticede anlaşılan hususlarla alakalı da olsa taraflardan biri adliye tevzi bürosuna giderek veya UYAP sisteminden harcını ödeyerek elektronik ortamda dava açabilir. Dava açılmasında bir engel yoktur⁵⁷⁰. Çünkü mahkeme işin esasına yönelik yapacağı incelemede veya karşı tarafın yapacağı itirazda daha önce anlaşıldığını tespit edebilmesi mümkün olacaktır. Dolayısı ile davayı açtığımız anda tevzi bürosu veya mahkeme kalemi bu durumu tespit edemez.

Ayrıca her ne kadar kanun koyucu anlaşılan hususlarla alakalı dava açılmayacağını belirtmiş ise de bazı özel durumlarda dava açılarak arabuluculuk anlaşma tutanağının geçersiz olduğu iddia edilebilir. Bu durumların başında irade fesadı halleri gelmektedir (TBK m. 30-39). Anlaşma belgesinin ehliyetsiz kişilerce imzalandığı, içeriğinin kanuna ahlaka, insan haklarına aykırı olduğu, anlaşmanın sadece bir taraf için yükümlülük

⁵⁶⁷ AKKAN, s.10.

⁵⁶⁸ AKKAN, s.8.

⁵⁶⁹ AKKAN, s.9.

⁵⁷⁰ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.141.

yükleyerek diğer taraf açısından aşırı yararlanma durumu oluşturduğu gibi durumlarda sözleşmenin iptali için dava açılabilir.

Arabuluculuk anlaşma tutanağının geçersiz olması imzaların sahte olması, gibi sahtecilik durumlarında kanun koyucu bir düzenleme yapmamıştır.

Ancak arabuluculuğa benzer nitelik taşıyan mahkeme içi sulh ile alakalı HMK 315.maddesinde yapılan düzenlemenin arabuluculukta da uygulanabileceği savunulmuştur⁵⁷¹. HMK m.315/2 gereği irade bozukluğu veya aşırı yararlanma hallerinde anlaşmanın iptali istenebilir. Dolayısı ile kıyasen arabuluculuk konusunda da bu hüküm uygulama alanı bulur.

7.1.3. Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Başvurusunun İhtiyati Tedbire ve İhtiyati Hacze Etkisi

6325 Sayılı HUAK, ilk düzenlendiği halinde dava şartı arabuluculuk düzenlenmemiş olduğundan ve sadece ihtiyari arabuluculuğu düzenlediğinden geçici koruma tedbirlerine ilişkin bir hüküm bulunmamaktaydı. Dava şartı arabuluculuk kavramı ilk kez 7036 Sayılı Kanun ile Türk hukukuna girmesine rağmen bu kanunda da koruma tedbirleri ile ilgili düzenleme yapılmamıştır. 7155 Sayılı kanun ile 6325 Sayılı kanuna eklenen 18/A maddesinde ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları açısından ilgili düzenleme yapılmış ve büyük ölçüde eksiklik giderilmiştir⁵⁷².

7.1.3.1. İhtiyati Tedbire Etkisi

İhtiyati tedbir, HMK m. 389- 399 arasında düzenlenmiştir. Herhangi bir dava devam ederken davacının davayı kazanması halinde dahi dava konusu şeye sahip olması zora girecek olabilir. Davacının davaya konu şeye dava sonuçlanmadan kavuşmasını garanti altına alan hukuki korumaya ihtiyati tedbir denir⁵⁷³. Her ikisinin de ortak noktası geçici hukuki koruma niteliğinde olmalarıdır⁵⁷⁴.

⁵⁷¹ BÜYÜKAY, s. 291.

⁵⁷² EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s. 194; HUAK m.18/A- (16) Dava açılmadan önce ihtiyati tedbir kararı verilmesi hâlinde 6100 Sayılı Kanun'un 397'inci maddesinin birinci fıkrasında, ihtiyati haciz kararı verilmesi hâlinde ise 9/6/1932 tarihli ve 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanununun 264'üncü maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen dava açma süresi, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar işlemez.

⁵⁷³ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.582; GÖKSU, Mustafa, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İhtiyati Tedbirin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, s.1256;

Bir hakkın elde edilmesi davanın karara çıkması için beklenecek süre zarfında zora girecek bir durumdaysa tedbir istemek için yeterli koşul vardır.

İhtiyati tedbiri, dava açılmadan önce talep edilecek ise davanın görüleceği mahkemeden talep etmek mümkündür. İhtiyati tedbir kararının verildiği tarihten itibaren bir hafta içerisinde kararın uygulanmasını talep etmek zorunludur. Aksi takdirde tedbir kararı hükümsüz kalır. Bununla birlikte ihtiyati tedbir dava açılmadan önce istenmiş ve mahkemece verilmiş ise talepte bulunan HMK m.394 gereği iki hafta içerisinde dava açmak zorundadır.

İki haftalık dava açma süresi dava şartı arabuluculuk açısından önemlidir. HUAK m. 18/A (16) gereğince: “*Dava açmadan önce ihtiyati tedbir kararı verilmesi halinde 6100 Sy. Kanun 397. maddesi 1. fıkrasında, ihtiyati haciz kararı verilmesi halinde ise 2004 Sy. İcra ve iflas kanununun 264. maddesi 1. fıkrasında düzenlenen dava açma süresi, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar işlemez*⁵⁷⁵”.

Örnek vermek gerekirse kambiyo senedine bağlı bir alacak davası açmak isteyen bir alacaklının normal şartlarda açacağı alacak davası dava şartı arabuluculuk kapsamındadır. Yani direk dava açamaz dava şartı arabuluculuğa başvurmalıdır. Ancak, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığı için tedbir kararı için mahkemeye başvurup tedbir kararı aldıktan sonra iki hafta içerisinde dava açmak yerine arabulucuya başvurması gerekir. Karardan bir hafta sonra dava şartı arabuluculuğa başvurması halinde, bu durumda bir hafta arabuluculuk başvurusundan önce harcadığı için normalde kalan bir hafta içinde dava açması gerekirken arabulucuya başvurduğu için artık süreler duracaktır. Arabulucu tarafından son tutanağın düzenlendiği tarih itibari ile kalan dava açma süresi işler. Yani örneğimize

SARISÖZEN, M.Serhat, İhtiyati Tedbir Kararlarına Karşı Başvuru Yolu ve İctihadi Birleştirme Kararı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan, s.1321-1322.

⁵⁷⁴ KOÇYİĞİT/BULUR, s.64.

⁵⁷⁵ KOÇYİĞİT/BULUR, s.64; GÜMBÜŞOĞLU, Rıza/KESER, Aytuğ Asena/BİŞKİN, Pınar Ece, Ticari Alacaklarda Zorunlu Arabuluculuk, s.2, <https://gun.av.tr/tr/mandatory-mediation-for-commercial-receivables/> - Erişim 31.10.2019-, AKSAN, Muhammet, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, <https://www.aksan.av.tr/tr/blog/detail/1040> - Erişim 31.10.2019-.

göre bir hafta arabuluculuktan önce kullanıldığı için arabuluculuk sonrasında da bir haftalık süre kalmış olacaktır.

Ayrıca ihtiyati tedbir talebinin uygulanıp uygulanmaması iki haftalık dava açma süresi açısından önemli değildir. Yani tedbir kararının uygulanma tarihinden değil, tedbirin verildiği tarihten itibaren dava açma süresi başlar. Tedbir isteyen, iki haftalık süre içerisinde dava açarak, dava açtığını gösterir mahkemenin vereceği belgeyi iki haftalık süre geçmeden tedbiri uygulayan memura vermek zorundadır. (HMK m.397/1) Bunun aksi durumunda, yani dava açılmaması veya açılan davanın makbuzunun tedbir kararını veren mahkemeye ibraz edilmemesi halinde tedbir kararı kendiliğinden kalkacaktır (HMK m.397/1).

İki hafta içerisinde dava açılır ise tedbir kararı, asıl mahkeme tarafından bir karar verilinceye kadar devam eder. Esas mahkeme tedbir kararını kaldırabileceği gibi, yeniden vereceği bir kararlar tedbir kararının daraltıp genişletebilir (HMK m. 397/2).

7.1.3.2. İhtiyati Hacize Etkisi

İhtiyati haciz İİK m.257 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Bu yönüyle ihtiyati tedbirden ayrılmaktadır. İhtiyati tedbir HMK'da düzenlenmişken ihtiyati haciz İİK'da düzenlenmiştir. İİK m. 264 uyarınca ihtiyati haciz kararı davadan önce alınmış ise dava açmak için bir haftalık süre tanınmıştır⁵⁷⁶.

Dava açılmadan önce ihtiyati tedbir kararı verilmesi halinde HMK 397/1 gereği iki hafta içerisinde dava açılması gerekmektedir. Şayet ihtiyati haciz kararı davadan önce verilmiş ise yine İİK m.257 uyarınca bir hafta içerisinde dava açması gerekmektedir. HUAİK m. 18/A (16) uyarınca gerek ihtiyati tedbir gerekse ihtiyati haciz kararından sonra dava şartı arabuluculuk başvurusu yapıldığında bu süreler işlemeye devam etmez ve durur. Dava şartı arabuluculuk son tutanağının imzalandığı gün itibari ile süreler kaldığı yerden işlemeye başlar.

Uygulamada bazı arabuluculuk görüşmelerinin telekonferans ile yapıldığını gözlemlenmektedir. Mazereti olan tarafın görüşmelere telekonferans yolu ile katılabilmesi, arabulucunun inisiyatifini ile mümkündür. Her ne kadar yukarıda da değinilen bazı görüşlere göre ticari uyuşmazlıklarda telekonferans yolu ile tarafların

⁵⁷⁶ KOÇYİĞİT/BULUR, s.64.

katılması mümkün olmadığı ortaya konulmuş ise de kanaatimizce bu durum arabulucunun alması gereken bir karardır. Kanunen ticari uyuşmazlıkların telekonferans ile yapılmasını engelleyen bir madde yoktur. Fakat ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararlarında süre son tutanağın tutulması ile başladığı için konferans yolu ile katılan kişinin imza atması için bulunduğu şehre arabuluculuk evraklarının gönderilmesi ve evrakların imzalanmasının beklenmesi durumunda süreler açısından sorun oluşabilir. Bu yüzden konferans yolu ile görüşmelerin süreler açısından riskleri bulunmaktadır.

Dava şartı arabuluculuğa tabi olmayan bir uyuşmazlık konusunda davadan önce yapılan ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz başvurusundan sonra yapılacak ihtiyari arabuluculuk başvurusu bir dava açma sürelerine etki etmeyecektir. Yani süreler kesilmeyecektir. Hak kaybının yaşanmaması adına bu hususa dikkat etmek gerekir⁵⁷⁷.

7.1.4. Tahkim ve Diğer Alternatif Çözüm Yoluna Başvuru Şartı Bulunan Sözleşmelerin Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk Başvurusuna Etkisi

Özel Kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif çözüm yöntemine başvuru konusunda zorunluluk getirilmiş ve sözleşmeye madde eklenmiş ise dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanmaz⁵⁷⁸ (HUAK m. 18/A/18). Kanun koyucu bu hükümle sadece dava şartı arabuluculuğu yumuşatmıştır. İhtiyari arabuluculuğun önünü kapatmamıştır. Taraflar dilerse tahkim sözleşmesi olan bir konuda da ihtiyari arabuluculuk görüşmesi yapar, anlaşma sağlayabilirler.

Tahkim Sözleşmesi; tarafların sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır⁵⁷⁹. Tahkim sözleşmesinin, uyuşmazlık öncesi olabileceği gibi ondan sonra da yapılması mümkündür⁵⁸⁰.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 403 gereği tahkim sözleşmesi ile çözümü tahkim şartına bağlanmış bir uyuşmazlıkta dava açılmış ise diğer taraf ilk itiraz olarak tahkim

⁵⁷⁷ PASLI, s.23.

⁵⁷⁸ KOÇYİĞİT/BULUR, s.64.

⁵⁷⁹ ULAŞ, Işıl, Sigortacılıkta Tahkim, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Y.2007, C.24, S.2, s.240; BERKHAN, Taşıma, s.28; YILMAZ, Zekeriya, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Davanın Açılmamış Sayılması, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Basım, s.96.

⁵⁸⁰ BERKHAN, Taşıma, s.29.

itirazında bulunabilir⁵⁸¹. Karşı taraf ilk itiraz olarak tahkim şartını ileri süremez ise mahkeme resen tahkim şartını dikkate alamaz⁵⁸². Tahkim sözleşmesinin olması dava şartı arabuluculuk başvuru zorunluluğunu ortadan kaldırmaktadır.

2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 97 gereği, zarar gören kişi, zorunlu mali sorumluluk sigortası sınırları dahilinde sigorta şirketine gitmeden önce sigorta şirketine yazılı başvuru yapması gerekmektedir. Kanunen başvurudan itibaren on beş gün içinde cevap verilmez ise veya olumsuz cevap verilir ise zarar gören 5684 Sayılı Kanun'dan faydalanarak tahkim yoluna da gidebilir.

Sigortayla alakalı bu uyuşmazlıklarda ikili bir dava şartı söz konusudur. Sadece sigorta şirketine başvurulmuş olması arabuluculuk şartını ortadan kaldırmadığı gibi, dava şartı arabuluculuk başvurusu, sigortaya başvuru dava şartını ortadan kaldırmamaktadır.

Burada önemli bir husus, sigortaya zorunlu başvuru çerçevesinden sonra şayet verilecek cevap tatmin edici bulunmaz veya cevap hiç verilmez ise 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu m. 30 gereği zarar görenler, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği nezdinde oluşturulmuş Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurulabilir.⁵⁸³ İşte bu durumda dava şartı arabuluculuk artık söz konusu olmaz. Ancak taraflar için ihtiyari arabuluculuk yolu her zaman açıktır.

7.1.5. Dava Şartı Arabuluculuğun Talep Sonucuna Göre Dava Çeşitlerine Etkisi

7.1.5.1. Davaların Yığılması

Davacının birden fazla asli talebini aynı dava dilekçesinde ileri sürebildiği dava çeşidine davaların yığılması denilmektedir.⁵⁸⁴(HMK m.110). Dava dilekçesinde birden fazla asli talep vardır. Taleplerin bir üstlük altlık durumu yoktur. Birlikte ileri sürülen talepler;

⁵⁸¹ YILMAZ, s.98.

⁵⁸² "Tahkim sözleşmesine rağmen davacı, davasını mahkemede açarsa, mahkeme, tahkim sözleşmesini kendiliğinden gözeterek görevsizlik kararı veremez. Davalı tarafın, davanın tahkim yolu ile hakemde görülmesi gerekir şeklinde bir tahkim itirazında bulunması gerekir." Yargıtay 15. HD, 1985/4298 Esas, 1985/1176 Karar, 08.04.1985 Tarih, (YILMAZ, s.98).

⁵⁸³ BERKHAN, Taşma, s.18.

⁵⁸⁴ HMK m.110: (1) Davacı, aynı davalıya karşı olan, birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. Bunun için, birlikte dava edilen taleplerin tamamının aynı yargı çeşidi içinde yer alması ve taleplerin tümü bakımından ortak yetkili bir mahkemenin bulunması şarttır.; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.284; PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, s.1092.

aynı yargı çevresinde olmalıdır, aynı davalıya karşı ileri sürülebilen talepler olmalıdır, taleplerin tamamı için aynı mahkeme görevli olmalıdır⁵⁸⁵.

Örneğin dava konusu talepler birden fazla olmasına rağmen yalnızca taleplerden biri, bir miktar paranın ödenmesi olan alacak talebini içeriyorsa, sadece taleplerden ticari alacağı içeren talep açısından dava şartı arabuluculuk şartlarının yerine getirilip getirilmediği araştırılır⁵⁸⁶. Aralarında bağlantı bulunan taleplerden bir kısmının dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu, bir kısmının tabi olmadığı durumlarda, dava şartı arabuluculuğa tabi olmayan talepler için doğrudan dava açılması halinde dava şartı arabuluculuğa tabi taleplerle ilgili sonucu görebilmek adına mahkemenin bekletici mesele yapabileceğini düşünen yazarlar vardır⁵⁸⁷.

7.1.5.2. Terditli Davalar

Davacı, bazen aynı davalıya karşı birden fazla talebini asli-feri talep şeklinde öncelik sonralık ilişkisi kurarak talep edebilir. Bu dava çeşidine terditli dava denir⁵⁸⁸ (HMK m.111). Davaların yığılmasında olduğu gibi terditli taleplerin birinin ticari uyumsuzluklarda dava şartı kapsamında kalıyor olması halinde, dava şartında kalan talebin asli veya ferî olup olmasına bakılmaksızın dava açmadan önce dava şartı arabuluculuğa başvurulması gereklidir⁵⁸⁹.

Terditli davada asıl talep reddedilmedikçe ferî talep konusunda karar verilemez. Mahkeme vereceği kararı da terditli veremez⁵⁹⁰. Taleplerden asli talebi kabul etmiş ise ferî talep kabul edilmemiş olacaktır.

7.1.5.3. Seçimlik Davalar

Seçimlik borçlar için açılan dava türü ise seçimlik davadır. Seçimlik borçlarda tek birinin ifası ile borç sona erer⁵⁹¹. Aksi kararlaştırılmamış ise seçme hakkı borçluya

⁵⁸⁵ TANRIVER, Medeni, s.628-629.

⁵⁸⁶ KOÇYİĞİT/BULUR, s. 69; ELER, s. 81

⁵⁸⁷ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s. 193.

⁵⁸⁸ HMK m. 111: (1) Davacı, aynı davalıya karşı birden fazla talebini, aralarında aslilik -ferilik ilişkisi kurmak suretiyle, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. Bunun için, talepler arasında hukuki veya ekonomik bir bağlantının bulunması şarttır. (2) Mahkeme, davacının asli talebinin esastan reddine karar vermedikçe, ferî talebini inceleyemez ve hükme bağlayamaz.; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.281; PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, s.1083.

⁵⁸⁹ KOÇYİĞİT/BULUR, s. 69.

⁵⁹⁰ TANRIVER, Medeni, s.629-630.

⁵⁹¹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.283.

bırakılmıştır (TBK m.87). Seçimlik dava, seçme şansı olan borçlunun seçmekten kaçınması durumunda alacaklının borçluya karşı açtığı davadır⁵⁹² (HMK m.112⁵⁹³).

Seçimlik taleplerden sadece birinin konusunun bir miktar paranın ödenmesi veya tazminat talebini içermesi halinde dava şartı arabuluculuk gereği yerine getirilerek arabuluculuğa başvurmadan dava açılmayacaktır⁵⁹⁴.

7.1.6. Kısmi Davanın Dava Şartı Arabuluculuğa Etkisi

Bazen dava dilekçesinde aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan taleplerin tamamı yerine sadece belirli bir kısmı talep edilmiş olabilir. İşte taleplerin bir bölümünü dava edilip kalan alacak bakiyesi dava dışında tutulan davalara kısmi dava denilir⁵⁹⁵. Davacıyı kısmi dava açmaya iten sebeplerin başında yargılama masraflarından kaçınmak gelmektedir. Kısmi dava açan şahıs alacağını dava aşamasında bilirkişi raporları ile net bir şekilde belirledikten sonra talep etmek isteyebilir. Bunun yanında kısmi dava açan şahıs kısmi açtığı davayı ıslah etmeden karara çıkmasını ve kesinleşmesini bekleyebilir. Bu durumda bakiye alacağı, açacağı ek dava ile talep edecektir. Davacı bu yola başvurmayıp, kısmi açtığı davayı dava karara çıkmadan ıslah sureti ile artırarak taleplerinin tamamını ek davaya gerek olmadan iletmiş olabilir.

Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk kapsamında kalan bir uyuşmazlık kısmi dava şeklinde açıldıktan sonra ıslah ile talep miktarı artırılabilir. Bu durumda ıslah yaparken yeniden dava şartı arabuluculuk başvurusunda bulunmaya gerek olmayacaktır⁵⁹⁶. Neticede ıslah davanın bir parçasıdır. ıslah ile dava değerini arttırdınca dava yeni bir dava haline gelmez. Bununla birlikte kısmi açılan dava ıslah ile artırılmayarak mevcut hali ile karara bağlandıktan sonra, yeni bir ek dava açarak kalan bakiye alacak talep edildiğinde yeniden dava şartı arabuluculuk başvurusu yapılacak mıdır? Kanaatimizce ilk talep karara bağlandığı için ikinci açılacak bakiye alacak davası

⁵⁹² TANRIVER, Medeni, s.631-632.

⁵⁹³ HMK m. 112: (1) Seçimlik borçlarda, seçim hakkı kendisine ait olan borçlu veya üçüncü kişinin bu hakkı kullanmaktan kaçınması halinde, alacaklı seçimlik dava açabilir. (2) Seçimlik davada mahkeme, talebin hukuka uygun olduğu sonucuna varırsa, seçimlik mahkûmiyet hükmü verir. (3) Seçimlik mahkûmiyet hükmünü cebri icraya koyan alacaklı, takibinin konusunu, mahkûmiyet hükmünde yer alan edimlerden birine hasretmek zorundadır. Ancak, bu durum, borçlunun, diğer edimi ifa etmek suretiyle borcundan kurtulma hakkını ortadan kaldırmaz.

⁵⁹⁴ KOÇYİĞİT/BULUR, s. 69.

⁵⁹⁵ AKİL, Cenk, Kısmi Dava, Ankara 2013, s. 63; PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, s.989; ERCAN, İsmail, Medeni Usul Hukuku, 15.Basım, C.2, İstanbul 2017, s.989; ELER, s.77.

⁵⁹⁶ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.188.

için yeniden dava şartı arabuluculuğa başvurmak gerekmektedir. Neticede her ne kadar açılan ikinci dava bir ek dava niteliğinde ise de ilk davada alınmış dava şartı arabuluculuk son tutanağı ikinci dava için geçerli olmayacaktır. Aksi görüşü savunan yazarlar vardır⁵⁹⁷.

7.1.7. Belirsiz Alacak Davasının Dava Şartı Arabuluculuğa Etkisi

Belirsiz alacak davası kısmi dava ile benzer nitelik taşımaktadır. Belirsiz alacak davasında uyuşmazlığa konu alacak aslında aynıdır. Sadece davayı açarken belirlenmiş olan en küçük dava değeri harca esas olmak üzere gösterilir. İlerde bilirkişi veya keşif incelemeleri doğrultusunda bu değer davanın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın harcın tamamlanması sureti ile artırılır⁵⁹⁸. Davanın harcının tamamlanması uyuşmazlığın konusunu değiştirmez. Bu yüzden dava harcının tamamlanmasından sonra yeniden dava şartı kapsamında arabulucuya başvurmaya gerek olmayacaktır⁵⁹⁹.

Önemli olan kısım, belirsiz alacağın konusu olan alacak için daha önce dava şartı arabuluculuk süreci işletilmiş ve dava şartı yerine getirilmiştir. Dikkat edilmesi gereken husus, hangi alacaklar belirsiz alacak konusu olarak dava edilmiş ise bunların tamamının dava açmadan önce arabuluculuk görüşmesine dahil edilmiş olmasıdır⁶⁰⁰.

7.1.8. Karşı Davanın Dava Şartı Arabuluculuğa Etkisi

Karşı dava, 6100 Sayılı HMK m.133'de düzenlenmiştir. Açılmış ve görülmekte olan bir davada, davalının aynı mahkemede davacıya karşı açtığı davaya karşı dava denir. Karşı davanın açılması için, asıl davanın derdest olması, iki davanın da aynı yargılama türüne dahil olması ve karşı davanın esasa cevap süresi içerisinde açılması gerekir⁶⁰¹.

Örneğin, açılan bir davaya karşılık karşı dava açılması gerekli olduğu ve açılacak karşı davanın da dava şartına tabi olduğu hallerde cevap süresinin iki hafta olduğunu da gözetirsek, bu süre zarfında ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk başvurusunda bulunup, bunu sonlandırmak çok mümkün olmayabilecektir. Neticede ticari uyuşmazlıklar için öngörülen arabuluculuk süresi altı hafta ve iki hafta

⁵⁹⁷ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.188.

⁵⁹⁸ GÖRGÜN, s.279

⁵⁹⁹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.188.

⁶⁰⁰ ELER, s.78.

⁶⁰¹ KÜÇÜKAYDIN, Emine Aslı, Karşı Dava, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart- Nisan 2016, S.123, s.211.

uzatmalarla toplam sekiz haftadır. Bu nedenle karşı dava açma süresinin iki hafta olduğu düşünüldüğünde oldukça dar bir zaman söz konusu olmaktadır.

Bu konuda *Can*'a göre, HUAK m.18/A/15 uyarınca arabuluculuk bürosuna başvuru anından, son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen süre boyunca zaman aşımı sürelerinin duracağı ve hak düşürücü sürelerin işlemeyeceğine yönelik hükmün, karşı dava açma süresini de durduracağı aşıkardır⁶⁰². Kanaatimizce aksini düşünmek kanunun lafzı ve ruhu ile bağdaşmayacaktır.

Örneğin CNC imalatı yapan bir firmanın müşterisi olan şirkete sipariş konusu CNC tezgahını teslim etmediği bir olayda, siparişi veren şirketin diğer şirkete sözleşmeden dönme ve zararın tazmini talepli açacağı davaya karşı, CNC üreten firmanın iki haftalık cevap süresinde malın bedelini talep eden alacak davası açması için önce dava şartı arabuluculuğa başvurması gerekecektir. Kanaatimizce dava şartı arabuluculuk kapsamında arabuluculuğa başvurduktan sonra süreler duracağı için arabuluculuğun sonlandığı, yani son tutanağın tutulduğu an itibari ile iki haftalık karşı dava süresi kaldığı yerden işlemeye başlayacaktır.

Karşı dava konusunda aksi düşünceler de olabileceğinden, karşı dava yerine ayrı bir dava açmanın da bir başka seçenek olduğunu da belirtmek gerekmektedir.

7.2. Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Başvurusunun Maddi Hukuk Açısından Sonuçları

7.2.1.Genel Olarak

Ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk başvurusunun sonuçlarına göre maddi hukuk anlamında bazı etkileri bulunmaktadır. Arabuluculuk görüşmelerinin anlaşmazlık ile sonuçlanması halinde taraflar başka bir alternatif uyuşmazlık yolu denemek isterse diğer alternatif çözüm yollarına devam edebileceklerdir.

Ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk başvurusu sonucunda anlaşamama durumunda taraflar şayet isterlerse dava yoluna gidecektir.

⁶⁰² CAN, s.190.

7.2.2. Arabuluculuk Anlaşmasının Taraflara Etkisi

Ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk başvurusunun anlaşma ile sonuçlanması ile taraflar sulh olmuş olurlar. Taraflar arasında imzalanmış arabuluculuk anlaşması bir mahkeme dışı sulh sözleşmesi görünümündedir⁶⁰³. Ancak arabuluculuğu tam anlamı ile sulh sözleşmesi olarak görmek hata olur⁶⁰⁴.

Arabuluculuk sözleşmesi taraflar arasında mevcut bulunan bütün uyuşmazlığı değil sadece mevcut arabuluculuk sözleşmesinde belirtilmiş olan uyuşmazlığı çözer. Taraflar arasında başkaca anlaşmazlık varsa bile arabuluculuğun böyle geniş bir etkisi yoktur⁶⁰⁵.

Hazır bulunanlar arasında imzalanan arabulucu sözleşmesi, sözleşmenin imzalandığı anda hüküm doğurur. Hazır olmayanlar arasında ise kabulün gerekli olduğu durumlarda kabul beyanının ortaya konulduğu anda hüküm doğurur.

Arabuluculuk sözleşmesi tarafları bağlar. Taraflar bu sözleşme ile üzerlerine düşenleri yerine getirmek zorundadır. Aksi takdirde üzerine düşen edimi yerine getirmeyen taraf aleyhine olmak üzere diğer taraf icra edilebilirlik şerhi alarak sözleşmenin icrasını isteyebilir.

7.2.2.1. Uyuşmazlığın Ortadan Kalkması

Arabuluculuk sözleşmesinin objektif sonucu, taraflar arasında bulunan uyuşmazlığı ortadan kaldırmasıdır. Anlaşmanın yapılması ile taraflar arasındaki belirsizlik giderilmiş

⁶⁰³ “Bir tahkim mahkemesi (Schiedsgericht) tarafından uyuşmazlıkla ilgili kanuna uygun olarak verilmiş bir hakem kararı her zaman sulh sözleşmesi olarak nitelendirilmez. Zira böyle bir durumda genellikle iki taraflı fedakarlıklar söz konusu olmamıştır. Buna karşı tahkim mahkemesi uzlaşan taraflardan tarafların görüşlerinden yola çıkarak karşılıklı fedakarlıkların söz konusu olduğuna hakkaniyet kurallarına göre karar verebilir. Böyle bir durumda sulh sözleşmesi bulunduğu kabulü gerekir. Bir uyuşmazlığa ilişkin olarak hakemin vermiş olduğu bağlayıcı karar bazen karşılıklı fedakarlıklar içerebilir ve böylece yine bir sulh sözleşmesinin konusu olabilir.” HÜNERWADEL, P., Der Aussergerichtliche Vergleich, Verlag Paul Haupt., 1989 Bern (HIZIR ASRAV, s.83'den naklen).

⁶⁰⁴ “Benzer özellikleri olduğu kadar farklı yanları da çoktur. Örneğin sulh sözleşmesinde taraflar karşılıklı fedakarlıklarda bulunur. Arabuluculukta tarafların her ikisi de eşit oranda fedakârlık yapmayabilir. Arabuluculukta bağımsız bir üçüncü kişi olan arabulucu, sistematik teknikler uygulayarak tarafları ortada buluşturarak tarafları çözüme yönlendirmeye çalışır. Sulh sözleşmesinde taraflar ve avukatları haricinde bir bağımsız üçüncü kişi yoktur. Arabuluculukta, arabulucu taraflardan ücret ve masraf isteyebilir. Sulh sözleşmesinde böyle bir ücret yoktur. Arabuluculukta taraflar, arabulucu ve taraf vekilleri ile imzalanan arabuluculuk anlaşması ilam niteliğinde belge sayılmasına rağmen mahkeme dışı sulhta böyle bir şey yoktur. Arabuluculuk süresince zaman aşımı ve hak düşürücü süreler işlemez. Sulh sözleşmesinde böyle bir hüküm yoktur.” (HIZIR ASRAV, s.83-85).

⁶⁰⁵ SEVİĞ, Hasan Vasfi, Mukavelelerin Tasnifi ve BK Dışında Bırakılmış Olan Mukaveleler ve Bilhassa Sulh Mukaveleleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6 S.2, s.154.

olur. Arabuluculuk hukuki barışa hizmet eden bir alternatif çözüm yöntemidir. Yapılan anlaşmanın toplumsal barışın tesisinde büyük önemi vardır.

Arabuluculuk, mahkeme yargısına göre avantajlı bir sistemdir. En önemli avantajı yargılama masraflarından ve zamandan tasarruf sağlamaktır⁶⁰⁶. Arabuluculuk taraflar arasındaki barışın devamını sağlar. Taraflar, dava ile uyuşmazlıklarını çözme yoluna gittiklerinde çoğu zaman taraflardan biri çıkan sonuçtan memnun olmayacaktır. Hatta bazı durumlarda ne davacı ne davalı sonuçtan memnun ayrılmayabilir. Oysa ki arabuluculukta kazan kazan ilkesi söz konusudur. Her iki taraf da genellikle sonuçtan memnun ayrılır.

Arabuluculuk sözleşmesinin belki de en önemli tarafı gizliliktir. Ticari hayatta söylentiler ve dedikodular çoğu zaman tacirlerin zor durumlara düşmesine neden olur. Oysa ki arabuluculuk anlaşması ile anlaşma içeriğinin sadece taraflar ve arabulucu bilebilir⁶⁰⁷.

7.2.2.2. Arabuluculuk Anlaşmasının İlam Niteliğinde Belge Sayılması

Yukarda bahsettiği üzere arabuluculuk anlaşması mahkeme dışı sulha benzese de mahkeme dışı sulh yargılamayı sonlandırmaz ve ilam niteliğinde belge sayılmaz. Oysa ki arabuluculuk tutanağı icra edilebilirlik şerhi alındığında veya tarafların avukatları ile katılım sağlayarak anlaşma yapması hallerinde ilam niteliğinde belge hükmündedir⁶⁰⁸(HUAK m.18/4).

⁶⁰⁶ HIZIR ASRAV, s.168.

⁶⁰⁷ TUNCER, s.77.

⁶⁰⁸ HUAK m.18: (1) Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir; anlaşma belgesi düzenlenmesi halinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır. (2) Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, (Değişik İbare RGT: 25.10.2017 RG No: 30221 Kanun No: 7036/24) arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır. (3) İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya (Değişik İbare RGT: 25.10.2017 Rg No: 30221 Kanun No: 7036/24) üzerinden yapılır. Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır. Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye yapılacak olan başvuru ile bunun üzerine verilecek kararlara karşı ilgili tarafından istinaf yoluna gidilmesi halinde, maktu harç alınır. Taraflar anlaşma belgesini icra edilebilirlik şerhi verdirmeden başka bir resmi işlemde kullanmak isterlerse, damga vergisi de maktu olarak alınır. (Eklenmiş Fıkra RGT: 25.10.2017 RG No: 30221 Kanun No: 7036/24) (4) Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte

Ayrıca HUAK m. 18/5 uyarınca tarafların arabuluculuk anlaşması ile üzerinde anlaşmaya vardığı konularda tekrar dava açılmaz. Kanun koyucu “dava açılmaz” şeklinde bir tanımlama yapmış fakat açılırsa durumunun ne olacağını açılmamıştır. Kanaatimizce karşı taraf dava şartı ilk itirazında bulunması gerekmektedir. Mahkeme ise ilk itirazı değerlendirerek açılan davayı hukuki yarar yokluğundan reddetmesi gerekmektedir. Karşı taraf herhangi bir nedenle arabuluculukta anlaşmalarını ileri sürerek itiraz etmez ise mahkeme davayı görür ve karara bağlar.

7.2.3. Arabuluculuk Anlaşmasının Geçersizliği

7.2.3.1. Genel Olarak

Arabuluculuk anlaşması iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. TBK m.132- m.161 arasında borcu sona erdiren nedenler sayılmıştır. Bunlar ifa, fesih, dönme, geri alma ve iptaldir. Kanunda sözleşme ilişkisini sona erdiren nedenler sayılmamıştır⁶⁰⁹. Taraflar yaptıkları arabuluculuk anlaşmasını, bir başka arabuluculuk anlaşması yaparak ortadan kaldırılabirler⁶¹⁰.

Diğer bütün sözleşmeler gibi arabuluculuk anlaşması da her iki taraflı veya tek taraflı sebeplerle bağlayıcılığını kaybetmiş olabilir. Örneğin imzalanan arabuluculuk anlaşması sonrası taraflardan birinin fiil ehliyetinin olmadığı öğrenilirse butlan nedenlerine dayalı arabuluculuk anlaşmasının geçersizliği ileri sürülebilir.

Yine benzer şekilde arabuluculuk anlaşmasının içeriğinin TBK m.27 uyarınca ahlaka, kişilik haklarına, kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi halinde mutlak butlan hükümlerine göre sözleşme batıl olur. Bu gibi durumlarda butlan durumunun öğrenildiği andan itibaren değil, butlan sebebinin oluştuğu andan itibaren arabuluculuk anlaşması hükümsüz olur⁶¹¹.

imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır. (Eklenmiş Fıkra RGT: 25.10.2017 RG No: 30221 Kanun No: 7036/24) (5) Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz.

⁶⁰⁹ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Anlara 2017, s.1287.

⁶¹⁰ HIZIR ASRAV, s.189.

⁶¹¹ HIZIR ASRAV, s.192.

7.2.3.2. İradeyi Bozan Nedenlerle Geçersizlik

Geçerli bir arabuluculuk anlaşmasından söz etmek için tarafların iradesi açık bir şekilde bozulmadan ortaya konmuş olması gerekir. İradenin oluşumundan ifade aşamasına gelirken oluşan uygunsuzluğa irade fesadı halleri olarak adlandırılır.

Her ne kadar HUAK ve HUAKY’de irade fesadı hallerinden bahsedilmemiş ise de TBK m.30- m.39 arasında düzenlenmiş irade fesadı hallerinin arabuluculuk anlaşmalarına uygulanmaması için bir gerekçe yoktur.

İrade fesadı halleri; yanılma, aldatma, korkutma, aşırı yararlanma (gabin) olarak sıralanabilir. Ticari nitelikte arabuluculuk anlaşmasının irade fesadı hallerini gerekçe göstererek dava açılması halinde ticaret kanununun basiretli tacirlere ilişkin düzenlemelerinin bu konuda da dikkate alınacağı muhakkaktır⁶¹². Nitekim benzer bir Yargıtay kararında basiretli tacirin özen yükümlülüğü bulunması sebebi ile attığı imzaların kendisini bağladığını vurgu yaparak tacirlerin iş ve işlemlerinde daha özenli ve hassas olması gerektiği ortaya konulmuştur⁶¹³.

⁶¹² KİZİR, Mahmut, Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlarına Uyarlanmasına Etkisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2011, C.19, S.2, s.277.

⁶¹³ “Davalı tacirdir. TTK. m. 20’ ye göre, her tacirin ticarethanesine ait birtakım faaliyetlerde “basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi” açıkça vurgulanmıştır. O nedenle, daha çok 1980 yılından sonra egemenliğini sürdüren ve her yıl artan olgu olarak ekonomiye etkisini koyan enflasyonist olayların, hükümetçe alınacak ekonomik tedbirlerin önceden tahmin edilebilir, öngörülebilir olduğunun tacir olan davalı yönünden kabulü gerekir. Hal böyle olunca, davalının fiyat önerisinde bunları düşünerek hareket ettiği benimsenmelidir. Bu durumda, davalının savunmalarının hukukî dayanaktan yoksun kaldığı açıktır” YRG.13 HD., 1996/3653 E., 1996/3929 K., 16.04.1996 T.- KİZİR, s.276 Dipnot-.

8. SONUÇ

Ticaret, insanların ihtiyaçlarını karşılama arzusu ile ortaya çıkmıştır. İlkel toplumlardan modern toplumlara kadar her toplulukta ve insanın olduğu her yerde ticaret vuku bulmuştur. İlk çağlarda insanlığın yemek, barınma gibi basit ihtiyaçları, zamanla evrimleşmiş ve karmaşık bir hal almıştır.

Yirminci yüzyıl sanayi devrimi ile hız kazanan ticari hayat, ithalat ve ihracatın artmasına, çok uluslu şirket sayısının çoğalmasına ve beraberinde uluslararası ticari uyumsuzluk kavramının oluşmasına sebep olmuştur. Her ülkenin kanun sisteminin farklı ve birbiri ile uyumsuz olması sebebi ile uluslararası ticarete birçok problem ile karşılaşmıştır. Yapılan sözleşmeler ve ticari anlaşmaların bazılarının yabancılik unsuru taşıması, uyumsuzluklarda hangi hukukun uygulanacağı ve uyumsuzluğun hangi ülke mahkemesinde karara bağlanacağı sorununu da beraberinde getirmiştir. İşte bu uluslararası ticari uyumsuzlukların çözümünde en yaygın kullanılmış sistem tahkimdir. Tahkim, uyumsuzluğun bir hakem veya hakem kurulunca ulusal mahkemeler dışında çözümü olarak tanımlanabilir.

Uluslararası ticari gelişmeler sonucu Türkiye de 2001 yılında 4686 Sayılı Milletler Arası Tahkim Kanunu'nu kabul etmiştir. Kanunun amacı Türkiye'de tahkim yapılmasını ve bunun sonucu, yabancı sermayenin Türkiye'ye gelişini teşvik etmek olarak özetlenebilir.

2012 yılında kabul edilmiş olan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile özellikle Amerika ve Avrupa'da uzun zamandır uygulanan arabuluculuk sistemi Türkiye'de de kabul edilmiştir. Bu kanunun amacı, içinde yabancılik unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının mahkemelerden bağımsız olarak çözümüdür.

7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile 01.01.2018 tarihi itibari ile, kanuna, bireysel ve toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminat ile işe iade talebiyle açılan davalarda arabuluculuğa başvuru dava şartı haline getirilmiştir. Dava şartı arabuluculuk uygulamasının çok kısa sürede pozitif etkilerinin görülmesi üzerine bazı ticari uyuşmazlıklar için dava şartı uygulaması bir sene gibi kısa bir süre içerisinde yürürlüğe alınmıştır.

7155 Sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklı Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun ile getirilen düzenlemede, 01.01.2019 tarihi itibarıyla 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 başvurulması dava şartı haline gelmiştir.

İş hukukundaki dava şartı uygulamasında yaşanacak problemlerin bir sene gibi bir sürede tespit edilmesi mümkün değildir. Bu sebeple ticari uyuşmazlıklar konusunda getirilen dava şartı arabuluculuk uygulamasının bu kadar kısa sürede uygulamaya alınması beraberinde birçok problemi de getirmiştir.

Arbuluculuk her ne kadar 2012 yılında yasalaşsa da Türkiye'de, dava şartı arabuluculuk konusunda yasal düzenleme yapılana kadar arabuluculuk kurumu fazla tercih edilmemiştir. Dolayısı ile Türkiye'de arabuluculuk 2012 yılında yasalaşmış olsa da uygulamada arabuluculuğun yoğunlaşması 2018 yılı sonrasındır. Uyuşmazlık çözümünü mahkemede aramaya alışmış bir toplumdaki bir anda arabuluculuk ile uyuşmazlıklarını problemsiz çözmesini beklemek hata olur.

Bu tez çalışmasının seçilmesindeki amaç, özellikle dava şartı arabuluculuk uygulaması sonrasında artan ticari uyuşmazlıkları ilgilendiren arabuluculuk sorunlarını ele almak ve sorunların çözümü noktasında birtakım fikirler verebilmektir. Bu çalışmada, özellikle bazı dava çeşitlerinde henüz yerel mahkemeler ve istinaf mahkemeleri tarafından görüş birliğinin sağlanamadığı ve bu görüş ayrılığının literatürde de olduğu tespit edilmiştir. Özellikle menfi tespit davası ve itirazın iptali davaları ile alakalı olarak gerek istinaf mahkemelerinde gerekse yerel mahkemelerde verilmiş birbirinden farklı kararlar mevcuttur. İlgili kararlara bu çalışmada değinilmiştir.

Dava şartı arabuluculuk başvurusu yapıldıktan sonra tarafların anlaşamaması veya toplantıya katılmamış olması durumunda Adalet Bakanlığı arabulucuya iki saatlik ücretinin karşılığını vermektedir. Verilen ücret ilerde açılacak davada davanın kabul ve ret oranına göre taraflara yargılama gideri olarak yansıtılacaktır. Fakat dava şartı arabulucuya başvuran tarafın, anlaşmazlıkla biten arabuluculuk görüşmesi sonrasında dava yoluna gitmemesi halinde Adalet Bakanlığı tarafından arabulucuya ödenen arabuluculuk ücretinin kimden tahsil edileceği ile ilgili bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

Benzer bir durum görev konusunda ortaya çıkmaktadır. Dava şartı arabuluculuk yürürlüğe girmeden önce görevsiz mahkemede açılan dava, dava şartı arabuluculuk uygulamasından sonra görevli olan asliye ticaret mahkemelerine gönderilmesi kararı verilmesi halinde görevli mahkemeye gitmeden önce dava şartı arabuluculuk başvurusunda bulunulup bulunulmayacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır.

Yine aynı yasal boşluk, karşı dava kavramı için de geçerlidir. Karşı dava kanunen cevap dilekçesi süresi içerisinde açılmaktadır. Fakat karşı dava açmak isteyen davalı taraf, dava şartı arabuluculuk uygulamasına tabi bir uyuşmazlıkta dava şartı arabuluculuk başvurusunda bulunduğu anda karşı dava süresinin kesileceği noktasında bir düzenleme bulunmamaktadır.

Ayrıca arabuluculuk kanununda tarafların mazeret bildirmek koşulu ile toplantıya katılmaması hali düzenlenmişken, arabulucunun mazeretli olmasını gerektiren durumlar hakkında açıklama yapılmamıştır. Arabulucunun mazeretli olabileceği durumlar için yasal düzenleme ile “Eş Arabulucu” veya “Yetkilendirilmiş Arabulucu” gibi dosyada işlem yapma yetkisi bulunan arabulucuların da atanması bu soruna çözüm olabilecektir.

Bununla birlikte sadece ticari uyuşmazlıklarda değil iş hukuku uyuşmazlıklarında da problem haline gelmiş bir konu telekonferans ile toplantılara katılımdır. Kanunda telekonferansla toplantılara katılımı engelleyen bir hüküm olmamasına rağmen bazı arabulucular tarafından tarafların telekonferans yolu ile toplantılara katılımı uygun görülürken, bazı arabulucular tarafından katı bir şekilde telekonferansla katılım kabul edilmemektedir. Bu durumda uygulamada birlik yakalanamamaktadır. Bu soruna tavsiyemiz gerek iş hukuku gerekse ticaret hukuku ile ilgili dava şartı arabuluculuk görüşmelerinin ilk oturumlarına telekonferans ile katılım yasaklanmasıdır. İkinci veya daha sonraki toplantılarda ise telekonferans ile katılımı kabul edip etmeme yetkisi arabulucuya bırakılabilir.

Dava şartı arabuluculuk uygulamalarına ilişkin yasal düzenlemeler birbirinden farklı kanunlarla sağlanmıştır. İş hukuku uyuşmazlıkları ile ilgili dava şartı arabuluculuk hükümleri, İş Mahkemeleri Kanunu ile düzenlenmişken, ticari uyuşmazlıklar ile ilgili dava şartı arabuluculuk hükümleri ise Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. Düzenlemelerdeki bu dağınıklığın sadeleştirilmesi gerekmektedir. Bu sadeleşmeyi

sağlamak ve diğer sorunlara cevap olabilmek adına daha geniş kapsamlı bir arabuluculuk kanunu hazırlanması gerekmektedir.

Ayrıca ticaret hukukunda dava şartı kapsamının yeniden belirlenmesi gerekmektedir. Mevcut dava şartı arabuluculuk sistemi oldukça karışıktır. Bu karışıklığın sonucu olarak dava şartı olmadığı halde pek çok konuda ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk başvurusu gerçekleşmektedir.

İş uyuşmazlıkları konusunda Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından uzman arabuluculuk eğitimleri verilmiştir. İş hukuku uyuşmazlıkları sadece iş hukukunda uzman arabulucu olan arabulucular tarafından gerçekleştirilmektedir. Fakat benzer düzenleme ticari uyuşmazlıklar için getirilmemiştir. Ticaret hukukunun kapsadığı alanın genişliği de dikkate alınarak ticaret hukukundan kaynaklı uyuşmazlıkların beş veya altı dalda uzmanlığa bölünmesi gerekmektedir. Kanaatimizce uzmanlıklar, Sigorta Hukuku, Bankacılık Hukuku, İnşaat Hukuku, Spor Hukuku, Kıymetli Evrak Hukuku ve Sağlık Hukuku şeklinde sınıflandırılabilir. Ticari uyuşmazlıklarda verimli arabuluculuk süreci işletebilmek için arabulucuların sadece kendi uzmanlık alanında dosya alabilmesi sağlanmalıdır.

Bu sebeplerle ticaret hukukunda dava şartı kapsamının da daha detaylı bir şekilde ele alınarak bu konuda da yasal değişikliğin yapılması ve dava şartı çerçevesinin daha keskin hatlarla belirlenmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AKÇA, Çağatay, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarından Uzlaştırma ve Arabuluculuk” Ankara Barosu Dergisi, Y.2009/1-9, s. 25-36.
- AKIN, Murat Yusuf, Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler, Seçkin Yayınları, İstanbul 2014.
- AKINCI, Ziya, Milletlerarası Tahkim, 2. Basım, Vedat Kitapçılık, Ankara 2007.
- AKİL, Cenk, Kısmi Dava, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- AKİL, Cenk, İtirazın İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatının Şartı Olarak Borçlunun İtirazının Haksızlığına Karar Verilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2012, C.3, S.1, s.317- 338.
- AKKAN, Mine, Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2018, C.20, S.2, s.1-31.
- AKSAN, Muhammet, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk , <https://www.aksan.av.tr/tr/blog/detail/1040> - Erişim 30.11.2019.
- AKSU, Özge, Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu ile Çözümü, İngiltere Örneği ve Avrupa Hukuku Çerçevesinde Bir Değerlendirme, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2009.
- AKYOL ASLAN, Leyla, 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında, Arabuluculuk Kanunu'nun 15. Maddesi ile Arabulucunun Çözüm Önerisi Getirebilmesine Olanak Sağlayan Yeni Düzenlemenin Değerlendirilebilmesi, Terazi Hukuk Dergisi, Y.2018, C.13, S.145, s.29-44.
- ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş 25. Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2019.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim, Medeni Usul Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- AYATA, Duygu, Lojistik Sektörü Uyuşmazlıkları ve Arabuluculuk, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.
- AYDIN, Ahmet Özgür, Uluslararası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mersin 2018.
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

- AYOĞLU, Tolga, Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2018.
- AZAKLI ARSLAN, Betül, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- BACANLI, Mehmet Rifat, Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak İstanbul Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (İSTAC) Tahkim Yargılamasında Delillerin İbrası ve Değerlendirilmesi, Dergi Park, Y.2016, S. 8, s.75 -113
<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/271162> -Erişim 08.12.2019-.
- BAĞATUR, Çağrı, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü: Arabuluculuk”
<http://blog.bagatur.com/alternatif-uyusmazlik-cozumu-arabuluculuk/> - Erişim 30.11.2019-.
- BAHTİYAR, Mehmet, Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi, Seçkin Yayınları, İstanbul 2001.
- BAŞTÜRK, Faruk, Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Görevli Mahkemeye İlişkin Kararlar Üzerine Bir İnceleme, Serper Süzek’e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2011.
- BAYRAKTAR, Muratcan, Alman ve Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk, İstanbul Barosu Dergisi, Y.2015, C.89, S.4, s.151- 172.
- BERKHAN, İhsan, Tahkim ve Arabuluculukta Tarafsızlık İlkesi, Aristo Yayınları, İstanbul 2019 (BERKHAN, Tahkim).
- BERKHAN, İhsan, Taşıma Sigortalarında Arabuluculuk ve Alternatif Çözüm Yolları, Aristo Yayınları, İstanbul 2019 (BERKHAN, Taşıma).
- BERKHAN, İhsan, Fikri Mülkiyet ve Arabuluculuk, Aristo Yayınları, İstanbul 2019 (BERKHAN, Mülkiyet).
- BERKHAN, İhsan, Fikri Mülkiyet ve Arabuluculuk, İstanbul Barosu Dergisi, Mayıs-Haziran 2019, C.93, S.2019-3, s.170-197.
- BERKHAN, İhsan, Arabuluculuk Şirketi, Aristo Yayınları, İstanbul 2019 (BERKHAN, Arabuluculuk).
- BERKHAN, İhsan, Dava Şartı Arabuluculuk, Aristo Yayınları, İstanbul 2019 (BERKHAN, Dava).
- BİLGİN, Hikmet, Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk, Hukuk Gündemi Dergisi, Y.2009-2, s.9-20.
- BİLGİN, Hikmet, Anglo Sakson Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk, Ankara Barosu, Hukuk Gündemi Dergisi, Y.2009/2-1, s.16-24 (BİLGİN, Anglo Sakson).

- BOLATOĞLU, Hilmi, Rekabet Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2018.
- BOLAYIR, Nur, Fransız Hukuku'nda Uyuşmazlıkların Dostane Çözüm Yolları, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2016, S.2, s.155-174.
- BOZER, Ali/GÖLE, Celal, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2011.
- BOZKURT, Salim, Ticari Davalar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2015. (BOZKURT, S.)
- BOZKURT, Tamer, Ticari İşletme Hukuku, Legem Yayınları, 3. Basım, Ankara 2019 (BOZKURT, T).
- BORA, Özlem, Arabuluculuk Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.
- BULUR, Alper, İnşaat Sektöründe Ticari Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk Semineri, 01.07.2019.
- BULUR, Alper, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 2007, Sayı 4, s.30-46.
- BULUR, Alper, Avukatlık Kanunu M. 35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi, TBB Dergisi Yıl: 2010, Sayı 89, s.196-241 (BULUR, Avukatlık).
- BUSH, Robert A. Baruch, FOLGER, Joseph P., The Promise of Mediation, The Transformative, Approach to Conflict, Arabuluculuk ve Getirileri, Dönüşümsel Çatışma Yaklaşımı, Gözden Geçirilmiş Basımdan Çeviri, Çeviren Gamze Sart, Jossey – Bass Wiley Yayınları, Nobel Yayınları, Ankara 2013.
- BÜYÜKAY, Ferhat, Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi, Ankara 2018, Adalet Yayınevi.
- CAN, H. Gültekin, Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk Düzenlemesinin Kapsamı ve Bazı Tartışmalı Hususlar, İstanbul Barosu Dergisi, Kasım- Aralık 2019, C.93, S.2019/6, s.174-192.
- CENGİL, Muhammet Fatih/KORKUT, Ömer/DURDU, Mehmet/GÜRBÜZ, İdil Nur/DOĞANAY, Muhammet Zahid, Şematik Şematik Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- COŞKUN, Mahmut, Kooperatifler Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- COŞAR, Vedat, Ahsen, Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı, Ankara 2011.

- COŞKUN, Mahmut, İtirazın İptali- Menfi tespit ve İstirdat- Tasarrufun İptali, Genişletilmiş 5. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- CEYLAN ŞAHİN, Şule, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2009.
- ÇARKACI, Bahattin, Fikri Mülkiyet Hukukunda Arabuluculuk, <https://fikrimulkiyet.com/fikri-mulkiyet-hukukunda-arabuluculuk/>-Erişim 01.12.2019.
- ÇAPA, Sadık, Haksız Rekabet Hukukunda Başkalarının İş Ürünlerinden Yetkisiz Yararlanma, Ankara Barosu Dergisi, Y.2014, S.2, s. 359-374.
- ÇELEBİ, Ali Ergin, Birleşme ve Devralma İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Tahkim, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015.
- ÇELİK, Aytekin, Ticaret Hukuku, Güncellenmiş 9. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- ÇELİKBOYA, Kerem, Ticari İşletmenin Devri, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2017.
- DEMİR, Şamil, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Mevzuatı, 3. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- DEMİR, Şamil, Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011 (DEMİR, Uzlaşma).
- DOĞAR, Mehmet, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008.
- DÜR, Orhan, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Basım, Adalet Yayınları, Ankara 2018.
- EKLER, Çağdaş, Fikri Mülkiyet Hukuku Uyuşmazlıkları ve Arabuluculuk, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013.
- EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk (6325 Sayılı HUAK, 6100 Sayılı HMK, 7036 Sayılı İŞMK ve Diğer Mevzuat Kapsamında), Onikilevha Yayınları, İstanbul 2018.
- EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/SEVEN, Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Basım, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2019.
- EKŞİ, Nuray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, 2. Basım, Beta Yayınları, İstanbul 2013.

- ELBEY, İlkey, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli 2019.
- ELER, Tuba, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep 2019.
- ELLEK, Hasan, Kur'an ve Hadis Işığında İnsanlar Arası Anlaşmazlıkların Sulh Yolu İle Çözümü, Gümüşhane Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Y.2013/2, C.2, S.3, s.91-112.
- ERCAN, İsmail, Medeni Usul Hukuku, 15.Basım, C.2, Kuram Kitap, İstanbul 2017.
- ERDEM, Ümit/YUMRUTAŞ, Dilek, Fikri ve Sınai Haklar Hukuku'nda "Dava Şartı" Olarak Arabuluculuk, Legal Yayınları, İstanbul 2019.
- ERDEM, Ümit, Ticaret Mahkemeleri Kararlarında Dava Şartı Zorunlu Arabuluculuk, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- ERDOĞAN, Ersin/ERZURUMLU, Nurbanu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı, SETA Yayınları 74, İstanbul 2016, s.7-59, <https://setav.org/assets/uploads/2016/12/Turkiyenin-Arabuluculuk-Tecrubesi-PDF.pdf> -Erişim 15.12.2019-.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- ERGİN, İsmail, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları, Birikimler 4, İstanbul 2013, s.150-159, <http://genchukukcular.org/pdfs/birikimler4.pdf> - Erişim 15.12.2019-
- ERİŞ, Gönen, Ticari İşletme ve Şirketler, C.I, Güncellenmiş 2. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara 2014.
- EROL, Muammer, Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması, Adalet Yayınları, Ankara 2018.
- ERSEN PERÇİN, Gizem, Alternatif Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemedeki Yeri, Dergipark, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Bülteni, Y.2011, C.31, S.2, s. 177-201.
- GOODMAN, Andrew, Mediation Publishing, 3. Basımdan Çeviri, Arabuluculukta Etkili Taraf Vekilliği, Adalet Bakanlığı Yayım İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2017.
- GOODMAN, Andrew, Mediation Publishing, 2016 Yılı Baskısından Çeviri, Arabuluculuğa Hazırlanmak, Arabuluculuktan Yararlanacaklar İçin Rehber, Adalet Bakanlığı Yayım İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2017.

- GÖKSU, Mustafa, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İhtiyati Tedbirin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, s.1253-1273.
- GÖRGÜN, L.Şanal, Medeni Usul Hukuku, 5. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 254.
- GÖRKEM, Zeynep Ezgi, Arabuluculuk Sürecinde Arabulucunun Hukuki Statüsü – Hakları – Yükümlülükleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2015.
- GÜLPINAR, Bünyamin, Limited Şirketlerde Çıkma ve Çıkmaya Katılma, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.2 Yıl 2016, s.73-101.
- GÜMBÜŞOĞLU, Rıza/KESER, Aytuğ Asena/BİŞKİN, Pınar Ece, Ticari Alacaklarda Zorunlu Arabuluculuk, <http://www.turkonfed.org/tr/detay/1928/ticari-alacaklarda-zorunlu-arbuluculuk/>-Erişim 01.12.2019-.
- HIZIR ASRAV, Fatma, Sulh Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- HÜR, Ali Turan, Ticari Davalarda Arabuluculuk, İstanbul Barosu Dergisi, Ocak- Şubat 2019, C.93, S.2019-1, s.280-284.
- ILDIR, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Seçkin Yayınları, Ankara 2003 (ILDIR, Uyuşmazlık).
- ILDIR, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, No.8, 2004, s.385-392 (ILDIR, Hak).
- HUYSAL, Burak, Milletler Arası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat Yayınları, İstanbul 2010.
- KAPANCI, Kadir, Berk, Türk Ticaret Kanunu'nun 7. Maddesinde Öngörülen "Ticari İşlerde Teselsül Karinesi" Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumda mıdır? İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2016, C.7, S.2, s.131-170.
- KARABIYIK, M.Üzeyir, Marka Hakkına Tecavüz Halinde Açılacak Hukuk Davaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2009.
- KARACA, Osman Umut, Dava Şartı Olan Arabuluculuk Kapsamındaki Sınai Mülkiyet Uyuşmazlıkları, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y.2019, S.1, s.47-55.
- KARACABEY, Kürşat, Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, 2016/1, s.467-489.

- KALLIPETIS, Michel, Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk ve Arabuluculukta Avukatın Rolü Sempozyumu, Sempozyum Notları, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Ankara 2017.
- KALKAN, Onur, Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarında Yargı Dışı Çözün Yöntemleri, Onikilevha Yayınları, Ankara 2019.
- KARASU, Rauf, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- KARAUZ, Agah Kürşat, Sulh Sözleşmesi, Adalet Yayınları, Ankara 2014.
- KAYA, Arslan, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001.
- KAYA, Mustafa İsmail/TATLI, Burçak, Ticaret Hukuku –I, Ticari İşletme ve Ortaklıklar Hukuku, 2. Basım, Seçkin Yayınları, İstanbul 2019.
- KAYAR, İsmail, Ticari İşletme Hukuku, 11. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara 2018 (KAYAR, İşletme).
- KAYAR, İsmail, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku, Güncellenmiş 5. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara 2018 (KAYAR, Ticaret).
- KAYIHAN, Şaban, Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.
- KEKEÇ, Elif Kısmet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar Ve Taktikler, 2. Basım, Adalet Yayınları, Ankara 2014.
- KILIÇARSLAN, Elif Işıl, Enerji Sektöründe Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve Uluslararası Tahkim, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mersin 2012.
- KIRCA, İsmail/MANAVGAT Çağlar/ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal, Anonim Şirketler Hukuku, C.2/2, 2. Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2017.
- KİZİR, Mahmut, Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlarına Uyarlanmasına Etkisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2011, C.19, S.2, s.245-282.
- KOÇYİĞİT, İlker/BULUR, Alper, Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Ankara 2019.
- KONURALP, Cengiz Serhat, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2011.
- KURALAY, Eda, Arabuluculuk Faaliyeti ve Tahkim Yargılamasının Farkları, Bursa

- Barosu Dergisi, Y.2017, C.42, S.102, s.86-91.
- KURU, Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Basım, Legal Yayınları, İstanbul 2016.
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 22. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- KUTLUK, Abdülkadir, Almanya’da Mahkeme İçi Arabuluculuk, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Yurt Dışı Ziyaret Raporu, Eylül 2017, s.2, <http://www.adb.adalet.gov.tr/duyurular/2017/ekim/almanya-raporu/almanya-raporu.pdf> -Erişim 15.12.2019 –.
- KÜÇÜKAYDIN, Emine Aslı, Karşı Dava, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart- Nisan 2016, S.123, s.209-257.
- LALE, Muktedir, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Adalet Yayınları, Ankara 2016.
- MELEKOĞLU KESER, Burcu, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Adalet Yayınları, Ankara 2018.
- MERSİNKAYA, Mimar Selin, Yapı Üretimi Kapsamında İnşaat Sözleşmelerinde Taraflar Arasındaki Anlaşmazlıklar ve Çözüm Önerileri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010.
- MOROĞLU, Erdoğan, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 7. Basım, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2014.
- ODAMAN, Serkan/KARAÇÖP, Eda, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.2018, S.39, s.44- 61.
- OĞUZ, Özgür, Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, Legal Yayınları, İstanbul 2019.
- OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY, ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 17. Basım, Filiz Yayınları, İstanbul 2014.
- ÖREN, Onur, Tasarrufun İptali Davaları Zorunlu Arabuluculuk Kapsamında Değildir, İstanbul Barosu Dergisi, Temmuz- Ağustos 2019, C.93, S.2019/4, s.74-78.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 4. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2004 (ÖZBEK, Alternatif).
- ÖZBEK, Mustafa Serdar, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ali Rıza OKUR’a Armağan, Y.2014, C.20, S.1, s.1119- 1156.

- ÖZBEK, Mustafa Serdar, Arabuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arabuluculuk-Tahkim, Yargıtay Dergisi, Ankara 2017, C.43, S.1, s.15-106
<http://www.ankaratahkim.com/ARABULUCULUK-TAHK%C4%B0M1.pdf>
- Erişim 08.12.2019- (ÖZBEK, Tahkim).
- ÖZBEK, Mustafa, Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2002, C.51, S.2, s.121-162.
- ÖZBEK, Mustafa, Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2007, S. 68, s.265-320
- ÖZMUMCU, Seda, Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı İle Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, 3. Basım, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2013, (ÖZMUMCU, Doğu).
- ÖZMUMCU, Seda, Davanın Açılmasına Bağlanan Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y.2012, C.70, S.2, s. 183-205.
- ÖZMUMCU, Seda, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y.2016, C.74, S.2, s.807-847, (ÖZMUMCU, Zorunlu).
- ÖZSUNAY, Ergun, "Uluslararası Ticari Uzlaştırma Hakkında Uncitral Model Kanunu, 2002" Yi Revize Ederek Onun Yerine Geçen, "Uluslararası Ticari Arabuluculuk ve Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Uncitral Model Kanunu, 2018, (Türk Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme), İstanbul Barosu Dergisi, Kasım- Aralık 2019, C.93, S.2019/6, s.15-29.
- ÖZTATAR, Hakan, Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk ve Arabuluculukta Avukatın Rolü Sempozyumu, Sempozyum Notları, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Ankara 2017, s.54-55.
- PARKINSON, Lisa, Aile Arabuluculuğu: Yeni Aile Adalet Sistemine Dair Uygun Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 2018.
- PASLI, Ali, Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, (Editörler, SÜRAL EFEÇİNAR, YARDIM), Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 6.Basım, Onikilevha Yayınları, Ankara 2007.
- PEKCANITEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/KORKMAZ TAŞ, Hülya, Medeni Usul Hukuku, C.I –II-III, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2017.

- POLAT, Malike, Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.
- POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 16. Basım, Vedat Yayınları, İstanbul 2017.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar Hukuku- I-II, Yeniden Yazılmış 13. Basım Vedat Yayınları, İstanbul 2017.
- PORTER, John Thomas, Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk ve Arabuluculukta Avukatın Rolü Sempozyumu, Sempozyum Notları, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Ankara 2017.
- PULAŞLI, Hasan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C.1, Seçkin Yayınları, Ankara 2011.
- RUHİ, Ahmet Cemal/ŞAHİN, Tuğçem/ÇELİK, Yasin, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Rehberi, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.
- SARISÖZEN, M.Serhat, İhtiyati Tedbir Kararlarına Karşı Başvuru Yolu ve İctihadı Birleştirme Kararı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2014 C.16, Özel Sayı, Prof Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan, s.1321-1350.
- SİĞRİ, Ünsal/VAROĞLU, A.Kadir, Müzakere ve Arabuluculuk, İş, Yönetim, Diploması ve Hukukta Uyuşmazlıkların Çözümü, Siyasal Kitapevi, Ankara 2013.
- SÖĞÜT, Sevda, Roma Hukukunda Tahkim, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2011.
- SUNNA, Didem, Ulusal ve Uluslararası Alanda Futbol Uyuşmazlıklarının Çözümü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012.
- SÜRAL EFEÇİNAR, Ceyda/YARDIM, Mehmet Ertan, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- SEVİĞ, Hasan Vasfi, Mukavelelerin Tasnifi ve BK Dışında Bırakılmış Olan Mukaveleler ve Bilhassa Sulh Mukaveleleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6 S.2, s. 136-156.
- ŞAHİN, Ayşe, Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, Yetkin Yayınları, İstanbul 2013.
- ŞANLI, Cemal, Uluslararası Ticari ve Ekonomik Uyuşmazlıkların Arabuluculuk (ADR) Yöntemi İle Çözümlemesi ve MTO'nun ADR Kuralları, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y.2002, C.22, S.1, s.57-68.
- ŞENER, Oruç Hami, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.

- ŞENER, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 3. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.
- TANRIVER, Süha, Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Y.1994, C. 49, S.1, s.333- 348 (TANRIVER, Mahkeme).
- TANRIVER, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2006, S.64, s.151- 177 (TANRIVER, Alternatif).
- TANRIVER, Süha, Medeni Usul Hukuku, C.I, Tümüyle Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2018 (TANRIVER, Medeni).
- TAŞ, Mehmet, Türk Hukukunda Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Milletlerarası Ticari Tahkimde Görülmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007.
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- TEKİNALP, Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığın Esasları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Basım, Seçkin Yayınları, İstanbul 2011.
- TIKTIK YAZICI, Çiğdem, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2013.
- TUNCER, Zeynep, Arabuluculuğun Ticari Uyuşmazlıkların Çözümüne Sunduğu Avantajlar ve Bu Avantajların Etkin Kullanımına İlişkin Öneriler, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2016, C.4, S.2, s.69-102.
- UĞURLU CİHANGİR, Tuğçenaz, Zorunlu Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Anayasaya Uygunluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2018.
- ULAŞ, Işıl, Sigortacılıkta Tahkim, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Y.2007, C.24, S.2, s. 239-266.
- UZEL, Necdet, Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2013.
- ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Füsün, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 4. Basımdan 5. Tıpkı Basım, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2015.

- ÜNSAL, Hamdi Can, Uzlaşma ve Arabuluculuk Kurumlarının Özünde Karşılaştırılması, s.1-3, <http://blog.arabulucu.com/2008/08/uzlasma-ve-arabuluculuk-kurumlarinin-karsilastirmasi-hcan-unsal-dan/>- Erişim 01.12.2019-.
- VEZİROĞLU, Cem, Anonim Şirketler Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Tahkime Elverişliliği, İSTAC, İstanbul Tahkim Merkezi, Bülten, Eylül 2017. <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2016/06/istac-Eylül-2017-bülten-uzun-copy-01.html> -Erişim 15.12.2019-.
- YARDIM, M. Ertan, Usul Hukuku Bakımından Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, (Editör, SÜRAL EFEÇİNAR), Ankara 2019, Seçkin Yayınları s.89-110.
- YAZICI, Burçin, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uyarınca Ticari Davalar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2014.
- YENİPİNAR BERBEROĞLU, Filiz, Ticari Davalarda Arabuluculuk Rehberi, Aristo Yayınları, İstanbul 2019.
- YEŞİLİRMAK, Ali, Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi için Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorular ve Çözüm Önerileri, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2011.
- YILDIRIM, Burçin, Anonim Ortaklıklarda Şirket İçi Uyuşmazlıkların Milletler Arası Tahkim Yoluyla Çözümlemesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012.
- YILDIRIM, Ferhat, Arabuluculuk ve Ombudsmanlık, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, (YILDIRIM, Ombudsmanlık).
- YILDIRIM, Ferhat, Avusturya Hukukunda Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Federal Kanunu, Terazi Hukuk Dergisi, Y.2015, C.10, S.102, s.108-113 (YILDIRIM, Avusturya).
- YILDIRIM, Kâmil/TOK, Ozan, İtirazın Kaldırılması Davasında, Delil Başlangıcının, Delil Değeri, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y.2016, C.22, S.1, s.241-250.
- YILMAZ, Zekeriya, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Davanın Açılmamış Sayılması, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara 2011.
- YÖRDEM, Yılmaz, Marka Hukukunda Arabuluculuk ve Tahkim’in Uygulama Alanı, Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu Dicle Adalet Dergisi, Y.2017, C.1, S.1, s.15-29.

YÜCEL, Cazibe Ebru, Adi Ortaklıkta Temsil, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011.

Elektronik Kaynaklar

- 1) <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/hgdmakale/2009-2/1.pdf>
- 2) http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html
- 3) <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/hgdmakale/2009-1/8.pdf>
- 4) <https://www.setav.org/perspektif-ticari-uyusmazliklarda-dava-sarti-zorunlu-arabuluculuk/>
- 5) <https://docplayer.biz.tr/128652559-T-c-selcuk-universitesi-sosyal-bilimler-enstitusu-ozel-hukuk-anabilim-dali-ticari-davalar-salim-bozkurt-yukse-lisans-tezi.html>
- 6) <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/index.html>
- 7) <https://dergipark.org.tr/download/article-file/97737>
- 8) <http://www.edb.adalet.gov.tr/e-book/17-MEDEN%C4%B0USULHUKUKU.pdf>
- 9) <https://setav.org/assets/uploads/2016/12/Turkiyenin-Arabuluculuk-Tecrubesi-PDF.pdf>
- 10) <http://www.adb.adalet.gov.tr/arabuluculukkatilimcielkitabi.pdf>
- 11) <http://www.arabulucu.com/ceza-hukukunda-uzlasma/uzlasma-ve-arabuluculuk-kurumlarinin-ozunde-karsilastirilmesi>
- 12) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/147877>
- 13) <https://sozluk.gov.tr/>
- 14) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/36532>
- 15) <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/01/20140125-16.htm>
- 16) <http://www.adb.adalet.gov.tr/ailearabuluculuk.pdf>
- 17) <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iumhmohb/issue/9368/117287>
- 18) <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/hgdmakale/2009-1/9.pdf>
- 19) <http://blog.bagatur.com/alternatif-uyusmazlik-cozumu-arabuluculuk/>
- 20) <http://www.arabulucu.com/ceza-hukukunda-uzlasma/uzlasma-ve-arabuluculuk-kurumlarinin-ozunde-karsilastirilmesi>
- 21) <https://fikrimulkiyet.com/fikri-mulkiyet-hukukunda-arabuluculuk/>
- 22) <https://gun.av.tr/tr/mandatory-mediation-for-commercial-receivables>
- 23) <https://www.aksan.av.tr/tr/blog/detail/1040>

- 24) https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2016/06/istac-Eylül-2017-bülten-uzun-copy-01.html#_ftn9
- 25) <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhmhohb/issue/9400/117760>
- 26) <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/6102-sayili-turk-ticaret-kanunu-uyarinca-limited-sirketlerde-mudur/>
- 27) <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/anonim-sirketlerde-temsil-yetkisi/>
- 28) <http://www.nasarabuluculuk.com/blog/15-tacir-kavrami.html>
- 29) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/271162>
- 30) <https://www.memurlar.net/haber/870797/ara-buluculuk-tahkim-paketi-turkiyede.html>
- 31) <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2019/11/ISTAC-Arabuluculuk-Tahkim-Kuralları-Med-Arb.pdf>
- 32) <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/frmmakale/2019-1/2.pdf>
- 33) <http://genchukukcular.org/pdfs/birikimler4.pdf>
- 34) <https://uzlastirmaci.uyap.gov.tr/main/uzlastirmaci.jsp>
- 35) <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/12/20191231-16.htm>

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Adı Soyadı : Cihan Nebi KÖKBUDAK
Doğum Yeri – Tarihi : Konya – 23/10/1983
E-Posta Adresi : cihan@ozturkkokbudak.com

EĞİTİM DURUMU

Lisans Öğrenimi : 2004, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Yüksek Lisans Öğrenimi : 2019, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Bildiği Yabancı Diller : İngilizce
Bilimsel Faaliyetleri :

İŞ DENEYİMİ

Stajlar : 2005-2006 Avukatlık Stajı
Çalıştığı Kurumlar : ÖZTÜRK & KÖKBUDAK HUKUK BÜROSU

Tarih: 16/12/2019

EKLER

Ek

ARABULUCULUK ÜCRET TARİFESİ

BİRİNCİ KISIM

Konusu Para Olmayan veya Para ile Değerlendirilemeyen Hukuki Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yoluyla Çözümüne Kavuşturulmasının Sağlanmasında Arabulucuya Ödenecek Ücret

1.	a) Aile Hukuku ile ilgili uyuşmazlıklarda;	
	aa) Bir saati; 2 kişinin taraf olması durumunda, taraf başına,	170,00 TL
	ab) Bir saati; 3-5 kişinin taraf olması durumunda, taraf sayısı gözetmeksizin,	360,00 TL
	ac) Bir saati; 6-10 kişinin taraf olması durumunda, taraf sayısı gözetmeksizin,	380,00 TL
	ad) Bir saati; 11 ve daha fazla kişinin taraf olması durumunda, taraf sayısı gözetmeksizin,	400,00 TL
2.	a) Ticari uyuşmazlıklarda;	
	aa) Bir saati; 2 kişinin taraf olması durumunda, taraf başına,	330,00 TL
	ab) Bir saati; 3-5 kişinin taraf olması durumunda, taraf sayısı gözetmeksizin,	680,00 TL
	ac) Bir saati; 6-10 kişinin taraf olması durumunda, taraf sayısı gözetmeksizin,	700,00 TL
	ad) Bir saati; 11 ve daha fazla kişinin taraf olması durumunda, taraf sayısı gözetmeksizin,	720,00 TL
3.	a) İşçi - işveren uyuşmazlıklarında;	
	aa) Bir saati; 2 kişinin taraf olması durumunda, taraf başına,	170,00 TL
	ab) Bir saati; 3-5 kişinin taraf olması durumunda, taraf sayısı gözetmeksizin,	360,00 TL

	ac) Bir saati; 6-10 kişinin taraf olması durumunda, taraf sayısı gözetmeksizin,	380,00 TL
	ad) Bir saati; 11 ve daha fazla kişinin taraf olması durumunda, taraf sayısı gözetmeksizin,	400,00 TL
4.	a) Tüketici uyuşmazlıklarında;	
	aa) Bir saati; 2 kişinin taraf olması durumunda, taraf başına,	170,00 TL
	ab) Bir saati; 3-5 kişinin taraf olması durumunda, taraf sayısı gözetmeksizin,	360,00 TL
	ac) Bir saati; 6-10 kişinin taraf olması durumunda, taraf sayısı gözetmeksizin,	380,00 TL
	ad) Bir saati; 11 ve daha fazla kişinin taraf olması durumunda, taraf sayısı gözetmeksizin,	400,00 TL
5.	a) Diğer tür uyuşmazlıklarda ise; taraf başına,	
	aa) Bir saati; 2 kişinin taraf olması durumunda, taraf başına,	205,00 TL
	ab) Bir saati; 3-5 kişinin taraf olması durumunda, taraf sayısı gözetmeksizin,	430,00 TL
	ac) Bir saati; 6-10 kişinin taraf olması durumunda, taraf sayısı gözetmeksizin,	450,00 TL
	ad) Bir saati; 11 ve daha fazla kişinin taraf olması durumunda, taraf sayısı gözetmeksizin,	470,00 TL

İKİNCİ KISIM

Konusu Para Olan veya Para ile Değerlendirilebilen Hukuki Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yoluyla Çözümüne Kavuşturulmasının Sağlanmasında Arabulucuya Ödenecek Ücret

Üzerinde Anlaşılan Miktarın;

1.	İlk 35.000,00 TL'si için	
	a) Bir arabulucu görev yaparsa	%6
	b) Birden fazla arabulucu görev yaparsa	%9
2.	Sonra gelen 45.000,00 TL 'si için	
	a) Bir arabulucu görev yaparsa	% 5
	b) Birden fazla arabulucu görev yaparsa	% 7,5
3.	Sonra gelen 80.000,00 TL 'si için	
	a) Bir arabulucu görev yaparsa	% 4
	b) Birden fazla arabulucu görev yaparsa	% 6
4.	Sonra gelen 240.000,00 TL 'si için	
	a) Bir arabulucu görev yaparsa	% 3
	b) Birden fazla arabulucu görev yaparsa	% 4,5
5.	Sonra gelen 600.000,00 TL 'si için	
	a) Bir arabulucu görev yaparsa	% 2
	b) Birden fazla arabulucu görev yaparsa	% 3
6.	Sonra gelen 750.000,00 TL 'si için	
	a) Bir arabulucu görev yaparsa	% 1,5
	b) Birden fazla arabulucu görev yaparsa	% 2,5
7.	Sonra gelen 1.250.000,00 TL 'si için	
	a) Bir arabulucu görev yaparsa	% 1