

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARINDA
YARGI DIŞI ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

Doktora Tezi

Onur KALKAN

Tez Danışmanı
Doç.Dr. Emel HANAĞASI

ANKARA-2019

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ USUL VE İCRA İFLAS HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

ONUR KALKAN

**SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARINDA
YARGI DIŞI ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ**

DOKTORA TEZİ

TEZ DANIŞMANI

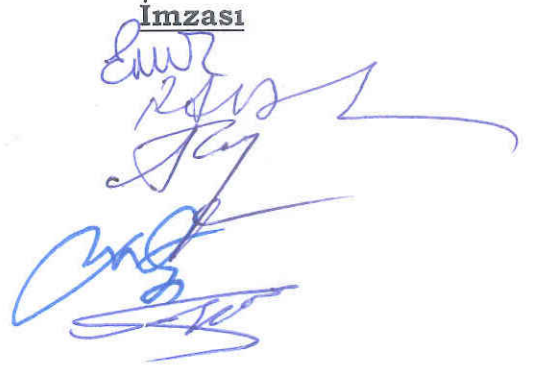
Doç.Dr. Emel HANAĞASI

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

- 1- Doç.Dr. Emel HANAĞASI**
- 2- Prof.Dr. Ramazan ARSLAN**
- 3- Prof.Dr. Asuman TURANBOY**
- 4- Prof.Dr. Muharrem ÖZEN**
- 5- Dr. Öğr. Üyesi Mustafa GÖKSU**

İmzası



Tez Savunması Tarihi

06.03.2019

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	ii
GİRİŞ	1
I. KONUNUN TAKDİMİ	2
II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE İNCELEME YÖNTEMİ	3
BİRİNCİ BÖLÜM	
SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARININ SINIFLANDIRILMASI	
§ 1. SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIĞI KAVRAMI	5
I. Genel Olarak Uyuşmazlık Kavramı	5
II. Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarının Tarafları	6
A. Yatırımcı	7
1. Genel Olarak Yatırımcı Kavramı	7
2. Yatırımcının Finansal Tüketici Olarak Kabul Edilebilirliği	8
B. Yatırım Kuruluşu	10
III. Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarının Çözümünde Yer Alan Kuruluşlar	11
A. İngiltere’de Finansal Ombudsmanlık Hizmeti Tarafından Uyuşmazlıkların Çözümü	11
B. Amerika Birleşik Devletlerinde Finans Sektörü Düzenleyici Otoritesi Tarafından Arabuluculuk Programının Yürütülmesi	12
C. Türkiye’de Sermaye Piyasası Kanunu İle Yetkilendirilen Kuruluşlarca Uyuşmazlıkların Çözümü	13
§ 2. BORSA İŞLEMLERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN BORSA İSTANBUL TARAFINDAN ÇÖZÜMÜ	14
I. Talimatsız İşlem Yapma Veya Talimatın Gereğini Yerine Getirememe	17
II. Provizyon Avcılığı	19
§ 3. BORSA İŞLEMLERİ HARİCİNDEKİ UYUŞMAZLIKLARIN TÜRKİYE SERMAYE PİYASALARI BİRLİĞİ TARAFINDAN ÇÖZÜMÜ	21
I. Foreks İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar	23
II. Kredili İşlemlerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar	24
III. Müşteri Temsilcisine Verilen Vekaletnamelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar	28
IV. Yatırım Tavsiyesinin Yerindeliğine Dair Uyuşmazlıklar	29
A. Yerindelik Unsurları	30
B. Yatırım Tavsiyesinin Yerindeliğine Dair Uyuşmazlık Türleri	32

§ 4. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİNDE ÇÖZÜME KAVUŞTURULAN SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIK ÖRNEKLERİ	33
I. Genel Olarak	33
II. Vadeli İşlem Sözleşmelerinde Arabuluculuğa Başvurulması	33
III. Hedge Fonlarda Arabuluculuğa Başvurulması.....	35
A. Hedge Fonlarda Arabuluculukta Gizlilik	36
B. Hedge Fonlarda Arabuluculukta İş İlişkilerinin Muhafaza Edilmesi	37
C. Hedge Fonlarda Arabuluculukta Fon Yöneticilerine Yaptırım Uygulanabilirliği .	38
IV. Yapılandırılmış Finansal Tahvil Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Başvurulması	39
A. Lehman Brothers'ın İflasında Yapılandırılmış Finansal Tahvillerde Uygulanan Arabuluculuk Sürecinin Aşamaları	40
1. Bildirim/Yanıt Aşaması	42
2. Arabuluculuk Aşaması	44
§ 5. ARA DEĞERLENDİRME.....	44

İKİNCİ BÖLÜM

SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜM YOLLARI

§ 1. UYUŞMAZLIKLARIN YARGISAL YOLLA ÇÖZÜMÜ	46
I. Yargı İşlevi ve Kullanılması	46
II. Uyuşmazlıkların Devlet Mahkemeleri Yoluyla Çözümü	47
III. Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü	48
A. Genel Olarak Tahkim Kurumu ve Niteliği	48
B. Tahkimin Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Arasında Değerlendirilebilirliği	50
§ 2. UYUŞMAZLIKLARIN COZUMUNDE ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARINA BAŞVURULMASI	51
I. Adalete Erişimin Genişletilmesi.....	53
II. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Gelişimi	54
III. Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları	55
IV. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Sınıflandırılması	56
A. Arabuluculuk.....	56
1. Arabuluculuk, Tahkim ve Hukuk Davası	58
2. Uyuşmazlık Çözümleri İçerisinde Arabuluculuğun Yeri	60
3. Tamamlayıcı Bir Disiplin Olarak Arabuluculuk	61
B. Doğrudan Görüşme.....	62
C. Uzlaştırma.....	63

D. Kısa Yargılama	65
E. Vakıaların Saptanması	66
F. Ombudsmanlık Müessesesi	67
1. Ombudsman Türleri	68
1.1. Genel Amaçlı Ombudsmanlar	68
1.2. Tek veya Özel Amaçlı Ombudsmanlar	69
1.3. Ulusal veya Uluslararası Düzeydeki Ombudsmanlar	70
G. Arabuluculuk-Tahkim	70
1. Genel Olarak	70
2. Arabuluculuk-Tahkim Sisteminin İşleyişi	71
3. Arabuluculuk-Tahkim Sisteminin Etkilerine İlişkin Doktrinel Görüşler	72
4. Kademeli Uyuşmazlık Çözüm Modeli	74
H. Tarafsız Ön Değerlendirme Metodu	76
V. Hukuk Uyuşmazlıklarında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerine Dair	
Düzenlemeler	78
A. Avukatlık Kanunu	79
B. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun	80
§ 3. SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARINDA ALTERNATİF ÇÖZÜM	
YOLLARININ KULLANILMASI	83
I. Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğun Uygulanabilirliği	84
II. Sermaye Piyasası Hukukunda Tarafsız Ön Değerlendirme Yönteminin	
Uygulanabilirliği	85
III. Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk-Tahkim Yönteminin	
Uygulanabilirliği	88
A. Amerika Birleşik Devletlerinde Arabuluculuk-Tahkim'in Fonksiyonu ve	
Uygulaması	88
1. Avantajları	88
2. Dezavantajları	90
B. Amerika Birleşik Devletlerindeki FINRA Tarafından Uygulanan Arabuluculuk-	
Tahkim Yönteminin İngiltere'deki Finansal Ombudsman Hizmetiyle Karşılaştırılması	92
IV. Sınır Ötesi Finansal Uyuşmazlıklarda Finansal Uyuşmazlık Çözüm Ağına	
Başvurulması	94
§ 4. ARA DEĞERLENDİRME	96

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARININ ARABULUCULUK YONTEMIYLE ÇÖZÜMLENMESİ

§ 1. GİRİŞ	97
§ 2. HUKUKİ VE TİCARİ MESELELERDE ARABULUCULUK	97
§ 3. SERMAYE PİYASASINDA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNE İLİŞKİN AVRUPA BİRLİĞİ DÜZENLEMELERİ	99
I. Finansal Hizmetlerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Kalite Şartları ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümüne Dair Düzenleme ve Kararlar	99
II. Medeni Hukuk ve Ticaret Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Hakkında Yeşil Kitap	102
§ 4. SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK.....	103
I. Genel Olarak.....	103
II. Türk Hukukunda.....	103
§ 5. FİNANSAL HİZMETLERDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUĞUN ZORUNLU KILINABİLİRLİĞİ.....	104
I. ABD Hukukunda	105
II. Avrupa Birliği Hukukunda	106
III. İtalyan Hukukunda.....	106
IV. Türk Hukukunda	108
A. Dava Şartı Olarak Arabuluculuğun Anayasaya Aykırılık Sorunu.....	109
B. Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Uygulanırılığı...	110
§ 6. SERMAYE PİYASALARINDA ARABULUCULUĞUN ADİLLİĞİ	111
I. Taraf İradesi.....	112
II. Yargısal Adalet	114
III. Taraflarca Elde Edilen Maddi Sonuç.....	114
IV. Usuli Adalet.....	116
§ 7. ABD HUKUKUNDA SERMAYE PİYASASI ALANINDAKİ ARABULUCULUK DÜZENLEMELERİ	116
I. Finans Sektörü Düzenleyici Otoritesinin Arabuluculuk Programı	117
II. Amerikan Tahkim Birliği'nin Menkul Kıymetler Arabuluculuk Programı...	119
III. Hukukumuzda Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarının Genel Arabuluculuk Kurallarıyla Çözümlemesi	120
§ 8. ARABULUCULUK İÇİN DOĞRU ZAMANIN BELİRLENMESİ	121
I. Tahkim Davası Açılmadan Önce	122
II. Çok Yönlü Bir Keşfe Başlamadan Önce.....	123

III. Keşiften Sonraki Aşamada	123
IV. Tahkim Duruşmasından Önce	123
§ 9. SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCUNUN SEÇİMİ	
.....	124
I. Amerikan Hukukunda Arabulucunun Seçilme Yöntemi	125
II. Hukukumuzda Arabulucunun Seçilme Yöntemi.....	126
§ 10. SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCUNUN NİTELİKLERİ.....	127
I. Amerikan Hukukunda Arabuluculuk İçin Aranan Kriterler	127
II. Hukukumuzda Arabuluculuk İçin Aranan Kriterler	129
§ 11. SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK SÜRECİ	
.....	130
I. Arabuluculuk Sözleşmesi.....	130
II. Arabuluculuk Sürecinin Başlatılması	132
A. Arabuluculuğun Karşı Tarafa Doğrudan Önerilmesi.....	133
B. Online Arabuluculuk Başvurusunda Bulunulması.....	134
III. Arabuluculuk Öncesinde Gerçekleştirilen Faaliyetler.....	136
A. Arabuluculuğun Planlanması	136
B. Arabuluculuk Sürecine Hazırlık.....	137
C. Arabulucuya Sunulacak Bilgi ve Belgeler	138
D. Tarafsız Arabulucu ile Doğrudan İletişim.....	139
IV. Arabuluculuk Görüşmeleri.....	140
A. Ortak Görüşme	141
B. Özel Görüşme.....	143
V. Risk Analizi ve Müzakereler	145
VI. Uzlaşma Aşaması	147
A. Uzlaşma Sürecinin Başarılı Olması	147
B. Uzlaşma Sürecinin Başarısız Olması	149
C. Arabuluculuk Sürecinden Vazgeçme.....	149
§ 12. SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK UZLAŞMA ANLAŞMALARI	150
I. Anlaşmanın Yazılı Şekilde Olmasının Gerekliliği	151
II. Anlaşma Belgesinin Etkisi.....	153
§ 13. SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK GÖRÜŞMELERİNE DAVET EDİLEBİLECEK KİŞİLER	156
I. Yatırım Kuruluşu Yetkilisi.....	157

II. Uzman Kişi	158
III. Arkadaş ve Akrabalar	159
§ 14. ARABULUCULUK ÜCRETİ.....	160
§ 15. SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK SÜRECİNİN GİZLİLİĞİ.....	161
I. Amerika Birleşik Devletleri Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Yönteminde Gizliliğe İlişkin Düzenlemeler	161
A. Gizliliğe İlişkin FINRA Düzenlemesi	162
B. Gizliliğe İlişkin ABD Tahkim Birliği Düzenlemesi	163
II. Hukukumuzda Arabuluculuk Yönteminin Gizliliğine İlişkin Düzenlemeler	163
III. Arabuluculuk Gizlilik Anlaşması	164
IV. Gizlilik İlkesine Yönelik Riskler	167
V. Gizliliğin İhlali Halinde Yaptırım Uygulaması	168
§ 16. SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCUNUN SORUMLULUĞU.....	169
I. ABD Hukukunda.....	169
II. Türk Hukukunda.....	171
§ 17. ARABULUCULUĞUN GELECEĞİ	173
§ 18. ARA DEĞERLENDİRME.....	174

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARININ YETKİLENDİRİLMİŞ KURULUŞLARCA ÇÖZÜMLENMESİ

§ 1. GİRİŞ	176
§ 2. TÜRK ve İNGİLİZ HUKUKUNDA SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARININ YARGI DIŞINDA ÇÖZÜMLENMESİ.....	178
§ 3. UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM MERKEZİ İLE DÜZENLEYİCİ OTORİTE ARASINDAKİ İLİŞKİ	180
I. İngiltere’de Finansal Ombudsman Hizmetinin Finansal Yönetim Otoritesiyle İlişkisi	180
II. Borsa İstanbul’un Sermaye Piyasası Kurulu İle İlişkisinin Niteliği.....	182
A. Borsa İstanbul’un İdare Hukuku Perspektifinden Sermaye Piyasası Kurulu İle İlişkisi.....	183
B. Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği’nin Sermaye Piyasası Kurulu ile İlişkisi	184
§ 4. SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIĞINI ÇÖZMEYE YETKİLİ KURUMLAR	185
I. İngiliz Hukukunda Finansal Ombudsmanlık Sistemi Uygulaması.....	185
A. Genel Olarak.....	185

B. Kademeli Uyuşmazlık Sisteminin Benimsenmesi	186
C. Finansal Ombudsman Hizmeti'nin Gözetimi	188
II. Türk Hukukunda Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarının Yetkili Kuruluşlarca Çözümü	189
III. Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarında Yetkilendirilen Kuruluşların Yatırımcı Güvenine Katkısı.....	190
§ 5. TÜRK HUKUKUNDA SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARININ ALTERNATİF YÖNTEMLERLE ÇÖZÜMÜ.....	191
I. Kamu Denetçilerince Verilen Kararların Sermaye Piyasası Mevzuatına Etkisi192	
II. Mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Uyarınca Borsa Uyuşmazlıklarının Çözümüne Kavuşturulması.....	193
III. 558 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname Kapsamında Uyuşmazlık Çözümü	195
IV. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Kapsamında Uyuşmazlıkların Çözümü	197
A. Borsa İstanbul'un Borsa İşlemleri Bakımından Yetkili Mercii Olarak Tayini..	197
1. Borsa İstanbul'un Uyuşmazlıkları Çözme Yetkisinin Hukuki Niteliği.....	200
2. Borsa Uyuşmazlık Komitesinin Yapısı.....	201
B. Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği'nin Borsa İşlemleri Haricindeki Uyuşmazlıklar Bakımından Yetkili Mercii Olarak Tayini.....	202
1. Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği'nin Uyuşmazlık Çözme Fonksiyonu ...	203
2. Müşteri Uyuşmazlıkları Hakem Heyetinin Yapısı	205
§ 6. YATIRIM KURULUŞUNA BAŞVURU VE YATIRIM KURULUŞUNUN ŞİKAYETİ ELE ALMA YÖNTEMLERİ	206
§ 7. UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNDE KANUNLA YETKİLENDİRİLMİŞ KURULUŞLARA BAŞVURU	209
I. İngiltere'de Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu ile Yetkilendirilen Finansal Ombudsman Hizmetine Başvuru	209
A. Finansal Ombudsman Hizmetine Başvuru	209
B. Şikayetin Finansal Ombudsman Tarafından İncelenmesi	211
II. Türk Hukukunda Sermaye Piyasası Kanununca Yetkilendirilmiş Kuruluşlara Başvuru	212
A. Borsa İstanbul Tarafından İnceleme Yapılması	212
B. Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği Tarafından İnceleme Yapılması	214
§ 8. GENİŞ ETKİ ALANINA SAHİP UYUŞMAZLIKLAR BAKIMINDAN İNCELEME.....	217
§ 9. SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARINDA ÇÖZÜM SÜRECİ.....	218

I. Uygulanacak Hükümler.....	218
II. Uyuşmazlığa İlişkin Taraf Teşkilinin Sağlanması	221
A. Yatırımcı.....	222
B. Yatırım Kuruluşu	224
III. Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarının Kanunla Yetkilendirilen Kurumlarca	
Çözüm Süreci	226
A. Uyuşmazlığın İncelenmesi	226
B. Taraflar ve İlgililerin Dinlenmesi.....	229
C. Uyuşmazlığı Genişletme Yasağı	230
D. Süre Kısıtlaması	230
E. Deliller ve İspat.....	232
1. Finansal Ombudsman Hizmeti Tarafından Nazara Alınabilecek Deliller	232
2. Hukukumuzda Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarında İspat	233
2.1. Genel Olarak	234
2.2. Çerçeve Sözleşme	235
2.3. Taraflar Arasında Delil Sözleşmesi Bulunması Halinde.....	237
2.3.1. Delil Sözleşmesi Kavramı	237
2.3.2. Yatırımcı ile Yatırım Kuruluşu Arasında Delil Sözleşmesi Yapılması	238
2.4. Taraflar Arasında Delil Sözleşmesi Bulunmaması Halinde	241
2.5. Talimatsız İşlemler Bakımından İspat Yükünün Yatırımcıya Ait Olması	244
2.6. İspat Yükünü Taşımayan Yatırım Kuruluşunun Açıklama Ödevi	246
2.7. Yatırım Kuruluşlarınca Belgelerin Saklanması	249
2.8. Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarının Çözümünde Değerlendirilen Esaslı	
Deliller	250
2.8.1. Müşteri Hesabı Açılış Formu	251
2.8.2. Biyografik Veri	252
2.8.2.1. Yatırımcının Yatırım Deneyiminin Belirlenmesi	252
2.8.2.2. Yatırımcının Yatırım Amacının Belirlenmesi.....	253
2.8.2.3. Yatırımcının Risk Toleransının Belirlenmesi	253
2.8.3. Ses Kaydı ve Log Kayıtları.....	254
2.8.4. Aylık Hesap Ekstresi	256
2.8.5. İşlem Bildirimi.....	256
2.8.6. Yazışmalar	256

§ 10. UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNDE YETKİLİ KURULUŞÇA VERİLEN KARAR VE KARARIN ETKİLERİ	257
I. İngiliz Hukukunda	257
II. Türk Hukukunda.....	259
§ 11. UYUŞMAZLIK HİZMETİ KARŞILIĞINDA YAPILACAK ÖDEME.....	263
§ 12. ARA DEĞERLENDİRME.....	265

BEŞİNCİ BÖLÜM

SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIĞI HAKKINDA YETKİLENDİRİLMİŞ KURULUŞLARCA VERİLEN KARARLARIN DENETİMİ

§ 1. GİRİŞ	268
§ 2. SERMAYE PİYASASI KURULU’NUN UYUŞMAZLIĞA İLİŞKİN İTİRAZLARI İNCELEME YETKİSİ	269
§ 3. SERMAYE PİYASASI KURULU TARAFINDAN YAPILACAK İTİRAZ İNCELEMESİ.....	271
I. Sermaye Piyasası Kurulunca İtirazın Usuli Açısından İncelenmesi	272
II. Sermaye Piyasası Kurulunca İtirazın Esas Açısından İncelenmesi	273
III. Sermaye Piyasası Kurulunca Ceza Davasının Açılmasını Gerektiren Bir Vakıanın Bekletici Mesele Yapılması	275
IV. Sermaye Piyasası Kurulunca Verilen Kararın Hukuki Niteliği	276
V. Sermaye Piyasası Kurulu Tarafından Uyuşmazlığın Esasına İlişkin Verilebilecek Kararlar	278
A. Onama Kararı Verilmesi.....	280
B. Bozma Kararı Verilmesi	280
C. Kısmen Onama Kısmen Bozma Kararı Verilmesi.....	281
D. Düzelterek Onama Kararı Verilmesi	282
VI. Sermaye Piyasası Kurulu Kararının Tavzihi.....	282
§ 4. SERMAYE PİYASASI KURULU KARARLARININ YARGISAL DENETİMİ 284	
§ 5. SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIĞI HAKKINDA KARAR VERİLMESİNDEN ÖNCE ADLİ YARGI YOLUNA BAŞVURULMASI	287
I. Yatırımcı Tarafından Açılan Hukuk Davasının Borsa İstanbul’un İncelemesine Etkisi	288
II. Yatırımcı Tarafından Açılan Hukuk Davasının Sermaye Piyasası Kurulu’nun İncelemesine Etkisi.....	290
A. Yatırım Kuruluşu Tarafından Menfi Tespit Davası Açılması	292
B. Yatırım Kuruluşu Tarafından Açılacak Menfi Tespit Davasının Medeni Kanun Madde 2 Çerçevesinde Değerlendirilmesi	295

§ 6. BORSA İSTANBUL VE TÜRKİYE SERMAYE PİYASALARI BİRLİĞİ TARAFINDAN BİLGİNİN KULLANIMI	299
§ 7. KARARIN KAMUYLA PAYLAŞIMI.....	300
I. İngiliz Hukukunda	300
II. Türk Hukukunda.....	302
§ 8. SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜM SİSTEMİNE YÖNELİK ELEŞTİRİLER.....	304
I. Duruşmaya Duyulan Gereksinim	304
II. Grup Davaları veya Toplu Şikayetler	305
III. Bilginin Şikayet Sahibi Tarafından Kullanılmasına Yönelik Belirsizlikler	307
§ 9. ARA DEĞERLENDİRME.....	308
SONUÇ	310
KAYNAKÇA.....	318

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ADR	: Alternative Dispute Resolution
AAA	: American Arbitration Association
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATHAE	: Bankacılık Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
BATİDER	: Bankacılık Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz.	: Bakınız
BİAŞ	: Borsa İstanbul A.Ş.
C.	: Cilt
CARMP	: Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures
CDR	: Consumer Dispute Resolution
CEA	: Commodity Exchange Act
CRD	: Central Registration Depository
DISP	: Dispute Resolution
DİDDGK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
EÜHFD	: Erzinan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FCA	: Financial Conduct Authority
FIDReC	: Financial Industry Disputes Resolution Centre Ltd.
FIN-NET	: Financial Dispute Resolution Network
FINRA	: Financial Industry Regulatory Authority
FSMA	: Financial Services and Markets Act 2000
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

HUAK	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUAKY	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği
HUMK	1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
ICC	: International Chamber of Commerce
İİK	: 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
İMKB	: İstanbul Menkul Kıymetler Borsası
İMKBY	: İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği
IOSCO	: International Organisation of Securities Commissions
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İTM	: İstanbul Tahkim Merkezi
İTMK	: İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
KİBB	: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
LCIA	: London Court of International Arbitration
Md.	: Madde
Med-Arb	: Mediation-Arbitration
MİHDER	: Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Dergisi
MİFID	: Markets in Financial Instruments Directive
MK	: 4721 sayılı Medeni Kanun
MKK	: Merkezi Kayıt Kuruluşu A.Ş.
NASD	: National Association of Securities Dealers
NYSE	: New York Stock Exchange
ODR	: Online Dispute Resolution
OXERA	: Oxera Consulting Ltd.
PRIME	: The Panel of Recognized International Market Experts

S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SDCERA	: San Diego County Employees Retirement Association
SEC	: Securities Exchange Commission
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
SPKn	: 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TD	: Ticaret Dairesi
TSPAKB	: Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği
TSPB	: Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
USD	: Universal Service Directive
Vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume
Y	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Finansal piyasalarda (bankacılık, menkul kıymetler ve sigorta) yatırımcıların/finansal tüketicilerin korunması hususuna ayrı bir önem atfedilmekte ve bu korumanın sağlanabilmesi için çeşitli mekanizmalar geliştirilmektedir. Sermaye piyasası uyuşmazlıklarını genel olarak müşteri ve sektör uyuşmazlıkları şeklinde iki ana başlık altında incelemek mümkündür. Anılan türdeki sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümünde uygun metodun belirlenmesi şüphesiz ki piyasa etkinliğini artıracaktır. Bu metodlardan biri, yatırımcıların/finansal tüketicilerin finans kurumlarıyla ilgili iş ve işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarının, yargı dışında, bu uyuşmazlıkların çözümüyle özel olarak yetkilendirilmiş kurumlar tarafından çözümlenmesinin sağlanmasına yönelik uygulamalardır.

Finansal piyasalarda ortaya çıkan uyuşmazlıklar genel olarak karmaşık, çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektirir niteliktedir. Bunun altında yatan temel nedenlerden bazıları, finans kurumları tarafından yürütülen faaliyetlerin hukuki niteliğinden kaynaklanan özellikler, finans piyasalarının teknik boyutu ve karmaşıklığı olarak sıralanabilecektir. Dolayısıyla, uyuşmazlıkların kaynak-yoğun temelli incelenmesinin azaltılarak piyasa etkinliğinin artırılması, tüketicinin korunması bağlamında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin standart oluşturma açısından mahkemelerle aynı işlevi görüp görmeyeceği sorununun gündeme getirmiştir. Bu çalışmada farklı hukuk sistemlerindeki sistematik yapı ile hukukumuzdaki mevcut sisteme yer verilmeye çalışılarak, konuya ilişkin tespit ve değerlendirmelerde bulunulmaya çalışılacaktır.

Çalışmamızın konusu itibarıyla sermaye piyasası uyuşmazlıkları özelinde konu ele alındığında, yatırımcıların etkin bir şekilde korunabilmesi, anılan uyuşmazlıkların bu özel ve teknik bilgiyi haiz kurumlar tarafından mümkün olduğunca süratli ve pahalı olmayan bir yoldan çözümlenmesiyle doğrudan ilişkilidir. Özellikle son dönemde ülkemizde de bu alandaki çalışmalara hız verilmiş ve Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği tarafından İngiliz hukukundaki finansal ombudsmanlık hizmetinin düzenlemeleri nazara alınarak düzenlemeler yapılmış olsa dahi, uygulamada ortaya çıkan temel aksaklıkların giderilmesine yönelik olası çözüm önerileri getirilmesi

İstanbul Finans Merkezi Projesinin aktif olarak hayata geçirilmesi açısından önemlidir.

I. KONUNUN TAKDİMİ

Günümüzde uyuşmazlık çözüm süreci, hüküm verici ya da hüküm içermeyen nitelikte olmak üzere iki şekilde tezahür eder. İlki, hakim veya hakimlerin önünde hukuk mahkemelerinde hukuk davasını (*litigation*) veya hakem ya da hakem heyeti (*panel of arbitrators*) önünde tahkimi içerir. Hukuk davası söz konusu olduğunda, usuli sürecin tam olarak ilgili hukuk mahkemesi sistemine; tahkim yargılaması söz konusu olduğunda ise ilgili tahkim düzenlemelerine bağlı olacağı açıktır. Her iki yöntemde de sonuç, uyuşmazlığa ilişkin olarak tarafları bağlayıcı yani hüküm verici nitelikte olup, uyuşmazlığa dair hüküm (*judgment*) veya karar (*award*) verildiği bir yargılama sözkonusudur.

Hüküm verici nitelik taşımayan uyuşmazlık çözümü ise, esas olarak arabuluculuktur. Bu süreç, gerek Anglosakson veya Kıta Avrupası hukuk sistemi gerek İslam hukuku ya da karma hukuk (*hybrid*) olsun en gelişmiş yargılamaların (*jurisdiction*) önemli bir parçası olarak değerlendirilir¹. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin esas modeli olan arabuluculuğun hüküm verici süreçten temel farkı, arabuluculuk görüşmeleri neticesinde bir hüküm ortaya konulmamasıdır. Bunun yerine, tecrübeli nötr/tarafsız bir kişi, üzerinde anlaşılmış bir sonuç ortaya çıkarmak amacına yönelik olarak tüm taraflara rehberlik sunmaya ve onları uzlaşmaya teşvik etmeye çalışmaktadır.

Öte yandan, tarafların makul beklentilerinin olduğu, taraf avukatları arasında pozitif çalışma ilişkisinin bulunduğu veya uyumlu müzakere stilinin olduğu hallerde, tarafların aralarındaki sermaye piyasası uyuşmazlıklarını doğrudan görüşme yoluyla çözmeleri de mümkündür. Bu tür durumlarda doğrudan müzakere genellikle başarılı olsa dahi, bazı anlaşma müzakereleri arabuluculuğu gerektirebilmektedir.

¹ Ülkemizde sermaye piyasası alanında spesifik olarak bir arabuluculuk uygulaması bulunmadığından, uygulamaya yönelik örnekler verilirken, ilgili yerlerde ağırlıklı olarak ABD hukuku esas alınarak açıklamalarda bulunulacaktır.

Finansal hizmetler alanında yatırımcıların korunması bağlamında son dönemde hukukumuzda yeni yasal düzenleme çalışmalarına hız verilmiştir. Bununla birlikte, mevcut sistemde yatırımcılar ile finansal hizmetler alanında faaliyet gösteren şirketler arasındaki uyuşmazlıklarının mahkeme dışında çözülmesine yönelik olarak özellikle başta İngiliz ve ABD hukukunda geliştirilen modellerle karşılaştırıldığında, somut düzenlemelerin yatırımcıların menfaatinin korunması bakımından yeterli olmadığı ve sermaye piyasası özelinde İstanbul Finans Merkezi Projesi bağlamında birtakım noksanlıklar içerdiği gözlenmektedir.

Bu çalışmada, öncelikle yatırımcılara/finansal tüketicilere alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi sağlanmasının gerekçeleriyle ulusal ve uluslararası hukuktaki dayanakları incelenecektir. Daha sonra, başta Türk hukuku olmak üzere, İngiliz ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD) hukukunda geliştirilen modeller çerçevesinde, uyuşmazlığın çözümüne yetkili organlar, uyuşmazlık çözme yetkisinin kapsamı, uyuşmazlığın karara bağlanması ve verilen kararların özellikleri hususlarında karşılaştırmalı inceleme yapılmasını müteakip elde edilen sonuçlara yönelik değerlendirme ve önerilerde bulunulması amaçlanmaktadır.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE İNCELEME YÖNTEMİ

Çalışmamızın birinci bölümünde uyuşmazlıkların çözümünde Devletin başlıca fonksiyonları arasında yer alan yargı fonksiyonuna ve uyuşmazlık kavramına dair açıklamalarda bulunulacaktır. Sonrasında tahkim kurumunun alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kapsamında değerlendirilebilirliği ve zorunlu arabuluculuk kavramlarına Avrupa Birliği ve ABD uygulamasıyla karşılaştırmalı olarak yer verilecektir. Ayrıca bu bölümde arabuluculuk yöntemi başta olmak üzere diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine de çalışmamızla bağlantısı nispetinde yer verilecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ABD hukukunda Finans Sektörü Düzenleme Kurumu'nun (*Financial Industry Regulatory Authority, FINRA*) kontrolü altındaki arabuluculuk kurallarına ve çeşitli sermaye piyasası araçlarından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde esas alınması gereken prensipler ortaya konulacaktır. Hukukumuzda sermaye piyasası uyuşmazlıkları açısından sektör arabuluculuk

kuralları ihdas edilmediğinden, uyuşmazlık çözümünde Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hükümleri esas alınacak, FINRA uygulamasıyla benzer ve farklı uygulamalar ışığında konu açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır.

Arabuluculuk faaliyetinin kural odaklı veya sıkı sıkıya tanımlanmış bir süreç olmamasına bağlı olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanmasına yatkın avukatlar bakımından zaman zaman sorun yarattığı uygulamada görülmektedir. Buna rağmen, arabulucu tarafından yönlendirilen tarafların iradesinin serbest bırakılması gerekmekte olup, söz konusu serbesti hiçbir standart sürecin sunamayacağı ayırt edici yönlerden biridir. Sermaye piyasası uygulamasında arabuluculuk sürecinin yönetimi aydınlatıldıkça, arabuluculuk yöntemi olgunlaşarak, her zamanki karşılaşılan süreçleri yatırımcının somut ve gerçekçi taleplerine dönüştürme eğilimi söz konusu olacaktır.

Çalışmamızın dördüncü bölümünde ise, İngiliz hukukundaki Finansal Ombudsman Hizmeti'nin, hukukumuzdaki Borsa İstanbul ve Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği incelemesiyle benzerlik taşıması nedeniyle, söz konusu kuruma karşılaştırmalı olarak yer vermeye çalışılacaktır. Ardından Borsa İstanbul ve Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği tarafından uyuşmazlık çözüm mercii sıfatıyla yapılacak incelemelerde esas alınacak ilke ve kurallarla uygulamadan örneklerle yer vermeye çalışılacaktır.

Çalışmamızın beşinci bölümünde, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından itiraz mercii sıfatıyla karar verme sürecinin standardizasyonun sağlanarak yatırımcının alternatif çözüm yöntemlerine olan güvenin artırılması amacıyla birtakım öneriler getirilmek hedeflenmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARININ SINIFLANDIRILMASI

§ 1. SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIĞI KAVRAMI

I. Genel Olarak Uyuşmazlık Kavramı

Uyuşmazlık, hukuk düzenince korunan bir hakkın mevcudiyeti, kapsamı ve sınırlarına yönelik olarak taraflar arasında çekişme bulunmasıdır². Uyuşmazlık, anlaşmazlığın aleniyet kazanması ve somut bir talebe yönelmesi olup, ispat faaliyetinin konusunu oluşturan “*uyuşmazlık*” kavramı, davadan önce ortaya çıkar³. Uyuşmazlığın çözüm yolları bakımından uyuşmazlığın konusu, türü ve uyuşmazlığın tarafı olan kişilerin sıfatının belirlenmesi önem taşır⁴.

Öte yandan, “*uyuşmazlık*” ve “*dava*” kavramlarının aynı anlama gelmediğinin ortaya konulmasında fayda bulunur. Zira, uyuşmazlık davadan önceki bir evrede ortaya çıkarak belirginleşmekte; uyuşmazlık çözülebildiği takdirde davaya dönüşmez⁵. Uyuşmazlıkların çözüm yollarını yargısal veya alternatif uyuşmazlık

² **Elif Kısmet KEKEÇ**, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara, 2014, s. 3-4 (**KEKEÇ**-Arabuluculuk); **Ece ILDIR**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü, (75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 385-401), s. 386.

³ **Ömer EKMEKÇİ/Muhammet ÖZEKES/Murat ATALI**, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, İstanbul 2018, s. 2; **Haluk KONURALP**, İspat Hukukunun Zorlanan Sınırları, Ankara 2009, s. 30. (KONURALP-İspat Sınırları). Uyuşmazlık ve anlaşmazlık kavramları farklılık arz etmekte olup, anlaşmazlık kavramı pasif bir mahiyet içermekle birlikte, uyuşmazlık kavramı kişiler arasındaki uyuşmazlığın ortaya konmasını içerir (**Necat AZARKAN**, Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Milletlerarası Ticari Tahkim, (Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Editörler: Tahir MURATOĞLU/M. Burak BULUTTEKİN, Ankara 2018, s. 41-50), s. 43.

⁴ **Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ/Sema TAŞPINAR AYVAZ**, Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 55.

⁵ **Mustafa Serdar ÖZBEK**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. I, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 128. (ÖZBEK-C. I).

çözüm yolları⁶ olmak üzere incelemek mümkün olup, dava yoluyla uyuşmazlık çözümünü ise Devlet yargısı ve tahkim olarak ikiye ayrılır⁷.

II. Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarının Tarafları

Sermaye piyasasının aktörleri olarak ifade edilebilecek olan taraflar, piyasaya özgülenmiş araçlar üzerinde gerçekleştirdikleri işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların da doğal olarak tarafıdır⁸. Sermaye piyasası hukukunda uyuşmazlık taraflarının esas önemi, tarafların beklentilerinin sermaye piyasasının varlık nedeni olmasında saklıdır. Uyuşmazlığın taraflarının, kendilerine borsada işlem yapma yetkisi verilmiş olan borsa üyesi⁹ ile müşterisinden oluşması ve bu şekilde taraf teşkilinin sağlanması gereklilik arz eder.

Sermaye piyasası işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları, ihraççı¹⁰ - yatırımcı, finansal aracı (*financial intermediary*)-yatırımcı ve uluslararası menkul kıymet işlemleri bakımından bilgilendirici aracı (*informational intermediary*)-

⁶ Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kavramsal çerçevesi için bkz. **Şule ŞAHİN CEYLAN**, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul 2009, s. 169-176.

⁷ **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ**, s. 54-55.

⁸ **TEVETOĞLU**, s. 45.

⁹ Borsa üyeliği sıfatının kazanılması için öncelikle Sermaye Piyasası Kurulundan sermaye piyasası araçlarının alım-satımı için izin ve bu faaliyete ilişkin yetki belgesinin alınmasının yanı sıra Borsa Yönetim Kurulu'nun, Borsa İstanbul'da ilgili üyenin alım-satıma aracılık edebileceği yönünde bir karar alması gerekmektedir.

¹⁰ Piyasaya fon talebi, çeşitli sermaye piyasası araçlarının ihracı ve bunun yatırımcılara sunulması suretiyle gerçekleşmektedir. Bu nedenle fon talep edenlerin veya ihraççı kavramlarının doğru bir yöntemle tespit edilmesi amacıyla öncelikle ihraç kavramına değinmek gerekir. İhraç kavramı SPKn'nun 3. maddesinin (ğ) bendinde '*sermaye piyasası araçlarının ihraççılar tarafından çıkarılıp, halka arz edilerek veya halka arz edilmeksizin satışı*' olarak tanımlanmaktadır. Görüldüğü gibi burada esaslı unsur, söz konusu sermaye piyasası araçlarının ihraç edilmesi ve satılmasıdır. Bu kapsamda, sermaye piyasası araçlarını ihraç edip satma işlemine ihraç; bu işlemi gerçekleştirene de ihraççı denmektedir.

yatırımcı olmak üzere üç kategoride ele almak mümkündür¹¹. Hukukumuzda ihraççı-yatırımcı arasındaki uyumsuzlukların uygulanma alanı sınırlı olup¹², bu sebeple çalışmamızda esasen finansal aracı olarak faaliyet gösteren yatırım kuruluşu ile yatırımcı arasındaki uyumsuzluklara yer verilecektir.

A. Yatırımcı

1. Genel Olarak Yatırımcı Kavramı

Sermaye piyasasında, daha fazla gelir elde etmek saikiyle, fon ihtiyacı içindeki ortaklıklar tarafından sunulan piyasa araçlarına orta veya uzun vadeli fon arz eden tüm tasarruf sahipleri bu kapsam içerisinde değerlendirilir¹³. 6362 sayılı SPKn'nun 45 inci maddesinin dördüncü fıkrası çerçevesinde, yatırım hizmetlerinin sunulmasına dayanak teşkil etmek üzere yatırımcıların sınıflandırılmasına olanak sağlamıştır¹⁴. Sermaye Piyasası Kurulu'nun II-5.2 sayılı Sermaye Piyasası Araçlarının Satışı Tebliği'nin 4, I-(a) maddesi gereğince bireysel yatırımcı, kurumsal yatırımcı tanımı dışında kalan gerçek ve tüzel kişileri ifade etmektedir. Anılan Tebliğ'in 4, I-(j) maddesi gereğince, kurumsal yatırımcı ise Kurulun yatırım

¹¹ **Tiago ANDREOTTI**, Dispute Resolution in Transnational Securities Transactions, Portland 2017, s. 47.

¹² İhraççı ile yatırımcı arasındaki uyumsuzlukların en yaygın örneğini izahname aracılığıyla kamuya paylaşılan bilgilerin yol açtığı zararlardan doğan sorumluluk oluşturmakta olup, anılan türdeki uyumsuzlukların en bilinen örneğini *Scherk v. Alberto-Culver Co.* davası oluşturur (**Mete TEVETOĞLU**, Sermaye Piyasasında Uygulanacak Hukuk ve Uyumsuzlukların Çözümünde Tahkim, Ekim 2010, Ankara, s. 389). İzahname finansal ürünü ve ihraççı sıfatını taşıyan halka açık ortaklıklarla ilgili en ayrıntılı kamuya aydınlatma belgesidir (**Çağlar MANAVGAT**, Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, 1. Baskı, Ankara 2016, s. 695). Bu sebeple, izahname sermaye piyasası uyumsuzluklarının çözümünde ve üye temsilcisi veya yatırım danışmanının dinlenmesi açısından önemli bir başlangıç noktasıdır. İzahnameler genellikle finansal ürüne dair önemli risklerin de listelendiği yoğun dokümanlardır. Yatırımcıların finansal ürün hakkında bilgilendirilerek rasyonel yatırım kararları alabilmesi izahname sayesinde mümkün olmaktadır. (FINRA Arabuluculuk Usul Kanunu md. 2111).

¹³ **Ayşe SUMER**, Türk Sermaye Piyasası Hukuku, İstanbul 1999, s. 1.

¹⁴ 6362 sayılı SPKn'nun md. 45/IV hükmünde, "Kurul, yatırım kuruluşlarının yatırım hizmetleri ve faaliyetlerinin icrası esnasında yatırımcılara sağlanacak korumanın belirlenmesi amacıyla yatırımcıları sınıflandırmaya yetkilidir." düzenlemesi yer almaktadır.

kuruluşlarına ilişkin düzenlemelerinde tanımlanan ve talebe dayalı olarak profesyonel kabul edilenler dışındaki profesyonel müşterileri ifade eder.

2. Yatırımcının Finansal Tüketici Olarak Kabul Edilebilirliği

Sermaye piyasası uyuşmazlığının çözülmesi bakımından şikayetçinin niteliğine ilişkin bir sınırlamaya gidilmemiş olup¹⁵, uyuşmazlığın salt borsa işleminden kaynaklanması yeterlidir. Öte yandan, yatırımcının, “tüketici” olup olmadığı sorunsalı, uzun süredir Anglosakson sisteminde ve özellikle İngiliz hukukunda tartışmalı olup, İngiliz Finansal Hizmetler Kanunu’nda tüketicilerin korunmasından bahsedilmektedir. Daha açık bir ifadeyle, anılan Kanunda yatırımcılarla birlikte tüketici kavramına da açık bir biçimde yer verilmekte olup, yatırım hizmetini alan kişinin, yatırımcının, tüketici kimliğine işaret edilmektedir¹⁶.

Şöyle ki, İngiltere’de Finansal Hizmetler Kanunu’nda ‘tüketici’ geniş anlamda tanımlanmış olup, “tüketici” kavramı (i) yetkili kişilerin geçmiş, mevcut ve potansiyel müşterilerini, (ii) bir işletme kapasitesi dahilinde işlemler gerçekleştiren şirketler ve kişileri ve (iii) tüketici olan kişilerden haklar türeten kişileri kapsar¹⁷. Bu anlamda, Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu’ndaki tüketici koruması hedefi, tüketicileri özel bireyler olarak ele alan diğer düzenleyici alanlardan daha geniş bir kapsama sahiptir. Öte yandan, finansal krizlerin ardından, İngiliz Hükümeti’nin mali piyasaları düzenleyici kurumu olan Finansal Yönetim Otoritesi’nin düzenleyici güçleri Finansal Hizmetler Kanunu-2010’un yürürlüğe girmesiyle kuvvetlendirilmiştir.

¹⁵ İngiltere’de Finansal Ombudsmanlık Hizmeti tarafından sermaye piyasası uyuşmazlıklarına ilişkin yapılacak değerlendirmelerde tüketici, bir mikro-girişim, 1 milyon Pounddan daha az yıllık geliri sahip bir yardım kuruluşu veya 1 milyon Pounddan daha az net aktif değeri olan bir yediemin/kayyum (*trustee*) şikâyetçi niteliğini haizdir (FCA Handbook DISP 3.3.54).

¹⁶ **Ali PASLI**, Yatırımcı mı Tüketici mi?, (4. Tüketici Hukuku Kongresi Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Ankara 2014 s. 624-637), s. 415).

¹⁷ **Iain MacNeil**, Consumer Dispute Resolution in the UK Financial Sector: The Experience of the Financial Ombudsman Service, (Law and Financial Markets Review, Vol. 1, Issue 6, 2007, s. 515-524), s. 515.

Ülkemizde, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu’nca çıkarılan Finansal Tüketicilerden Alınacak Ücretlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’in (Yönetmelik) 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde finansal tüketici, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun (6502 sayılı TKHK) 3 üncü maddesinde tanımlanan tüketicilerden “*kuruluşlarca (bankalar, tüketici kredisi veren finansal kuruluşlar ve kart çıkaran kuruluşlar) kendisine ürün veya hizmet sunulan tüketici*” olarak tanımlanmıştır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 3 üncü maddesi uyarınca tüketici ise, ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek/tüzel kişidir. Söz konusu mevzuat uyarınca “finansal tüketici”nin tanımı, Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği (TSPB)’ne üye olabilecek tüm kuruluşları kapsamamaktadır. Zira Yönetmelik’te finansal tüketiciye hizmet veren kuruluşlar bankalar, tüketici kredisi veren finansal kuruluşlar ve kart çıkaran kuruluşlar olarak tanımlanmıştır. Ancak, TSPB Statüsü md. 8 uyarınca, Birliğe üye olabilecek kuruluşlar, finansal tüketiciye hizmet sunan kuruluşlardan daha geniş kapsamlıdır.

Nitekim Bankacılık mevzuatı kapsamında çıkarılan bir yönetmelikle tanımlanmış olan “finansal tüketici” kavramının da bu mevzuatla düzenlenen alana uygun olduğu ve fakat sermaye piyasası mevzuatı kapsamındaki uyumsuzlukların çözümüne yönelik Tahkim kurallarının düzenlenmesinin gerektirdiği kurum, ilke, kural ve ihtiyaçlara uygun olmadığı düşünülmektedir. Bu sebeple, bir banka hukuku kavramı olarak düzenlenip, bankacılık mevzuatında tanımlanmış olan “*finansal tüketici*” kavramının yerine, sermaye piyasası hukuku ve mevzuatına özgü bir kavramın tercih edilmesi, bunun ise “*SPKn ve ilgili mevzuatında tanımlanan yatırımcı*” kavramı esas alınarak belirtilmesi sağlıklı ve yerinde olacaktır¹⁸.

Öte yandan, sermaye piyasası mevzuatımız incelendiğinde, yatırımcılar tarafından finansal piyasalarda alınan hizmetlerin tüketilmesinde yatırımcıların

¹⁸ KALKAN/ONUR, s. 78.

tüketici sayılacaklarına ilişkin herhangi bir somut belirleme yapılmadığı görülür¹⁹. Bu nedenle, sermaye piyasası mevzuatı bağlamında yapılan yatırımcı sınıflandırmaları dikkate alınarak, hangi yatırımcıların “tüketici” sıfatını haiz olduğunun tespiti önem arz eder. Sermaye piyasası düzenlemeleri ile kurumsal ve nitelikli yatırımcı olarak nitelendirilen yatırımcıların, yatırım kuruluşlarından hizmet alırken “profesyonel müşteri” sıfatıyla hareket etmeleri nedeniyle tüketici sayılamayacakları görülür. Nitekim kurumsal ve nitelikli yatırımcıların gerek sermaye yeterlilikleri gerek finansal piyasalara ilişkin bilgi ve tecrübeleri sebebiyle tüketici hukukunun sağladığı koruma mekanizmalarına ihtiyaç duymadıklarını söylemek mümkündür. Bununla birlikte, bireysel yatırımcılar içerisinde gerçek kişi bireysel yatırımcıların tüketici sıfatını haiz oldukları konusunda tereddüt etmemek gerekir.

B. Yatırım Kuruluşu

Finansal aracı kurumlar, piyasalar ve yatırımcılar arasında işlem yapan kurumlardır. Aracı kurumlar, kendi hesaplarına işlem yapabileceği gibi kendileri için tahvil alıp satabilirler veya yalnızca aracı kurum sıfatıyla hareket edip yatırımcılar adına işlem gerçekleştirebilirler. Herhangi bir durumda, bu tür işlemlerin yürütülmesiyle birlikte, müşterilere müşterilerin içinde bulunacakları yatırımların çeşitlerine ilişkin tavsiyelerde bulunulması veya onların portföylerini yönetmeleri gibi diğer türden finansal hizmetler de sağlayabilir. Genel bir husus olarak, aracı kurumlar menkul kıymet işlemleri yürütüyor ise, ve yalnız veya yanıltıcı bilgi kullanılarak bu işlemlerle uğraşmalarına müsaade edilmeyerek kamuyu aydınlatma rejiminin yanı sıra ve finansal hizmetler sağlamadaki faaliyetlerini düzenleyen belirli rejimlere tabidirler.

Aracı kurumlara uygulanabilen yasal kaynaklar arasındaki fark bu kurumların broker-dealer olarak mı ya da yatırım danışmanı olarak mı kategorize edildiklerine bağlıdır. Teoride broker-dealer müşterilerine danışmanlık sağlamada yalnızca uygunluk standartına uymak durumunda iken, yatırım danışmanının müşterilerine karşı sadakat ve özen yükümlülüklerini içeren tam temsil görevi vardır. Uygulamada,

¹⁹ **Işık ÖZER**, Sermaye Piyasasında İşlem Yapan Yatırımcıların Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Korunup Korunamayacakları Sorunu Üzerine Bir İnceleme, (BATİDER, C. XXXIV, S. 1, 2018, s. 37-92), s. 58.

bu ayırım, aracılar müşterilerinin ihtiyati hesaplarını (*discretionary account*) ellerinde bulundurduklarında veya müşterilerinin temsilcisi olarak hareket ettiklerinde ki bu durumda temsil görevleri de mevcuttur bulanıklaşabilir. Fakat, görevin çapı veya onun ne zaman uygulanması gerektiğinin belirlenmesi Amerikan hukuk sisteminde net olarak belirtilmemiştir.

III. Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarının Çözümünde Yer Alan Kuruluşlar

A. İngiltere’de Finansal Ombudsmanlık Hizmeti Tarafından Uyuşmazlıkların Çözümü

Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu’nun 16. Kısmı, sistem ve sistem işleticisinin oluşturulmasını, sistemin zorunlu ve gönüllü yetki alanını, zorunlu yetki uyarınca şikayetlerin belirlenmesini, kararları, maliyetleri, bilgi ve veri korunmasına dair yetkileri ve finans sektörüne fon oluşturulmasını sağlar. Sistem işleticisi yetkisini kullanan tüzel kişi, Finansal Yönetim Otoritesi tarafından kurulmak zorundadır. Sistem işleticisi, yılda bir kez kendi işlevlerinin yürütülmesine dair rapor sunmak durumunda olup, aynı şekilde baş ombudsmanın da anılan mahiyette bir rapor hazırlaması gerekir²⁰.

Finansal Ombudsman Sistemi, Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu²¹’nin (*FSMA*) 225 inci maddesi uyarınca kurulan bir yapı olmakla birlikte, *Finansal*

²⁰ Zorunlu yetkisi uyarınca, Finansal Yönetim Otoritesi’nin şikayetlerin iletilmesinde zaman sınırlamasına dair kurallar koymaya yetkisi mevcuttur. Sistem işleticisi, şikayetleri ele alma usulünü oluşturan kuralların yürürlüğe girmesinden önce Finansal Yönetim Otoritesi’nin onayı gereklidir (**MacNEIL-CDR**, s. 516). Benzer şekilde, ihtilafsız değerlendirme sürecine ilişkin düzenlemeler ve görev tanımları (*terms of reference*) Finansal Yönetim Otoritesi’nin onayı ile sistem işleticisi tarafından belirlenir. Hukukumuzda ise Borsa İstanbul veya Sermaye Piyasaları Birliği düzenlemelerinin yürürlüğe girmesinden önce Sermaye Piyasası Kurulu’nun onayı şarttır.

²¹ İngiliz Hukukunda Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu ile finansal piyasaların düzenlenmesine yönelik genel çerçeve belirlenmiş olup, düzenleyici kurallar temelde öncelikle birkaç farklı bloğa bölünmüş olan ve sonrasında kaynak kitaplar alt bölümlerine ayrılan Finansal Yönetim Otoritesi El Kitabında (*FCA Hand Book*) bulunur. Finansal Yönetim Otoritesi tarafından yetkilendirilen finansal hizmet firmaları, Finansal Yönetim Otoritesi’nin kendi El Kitabı’nda yayımladığı kurallara bağlı kalmak durumundadır. Finansal Ombudsman Hizmeti ile ilgili kurallar El Kitabının “*Uyuşmazlık*

Ombudsman Service Limited “sistem işleticisi” olarak tayin edilmiştir²². Anılan şirket Parlamento tarafından kurulan kar amacı ve ticari amaç gütmeyen yasal görevlerini (*statutory functions*) yürütecek bir kamu kuruluşudur. Bu idare organı, sadece sistemin düzgün bir şekilde işlemesinden sorumlu olmakla birlikte, uyuşmazlıkların çözümünde aktif olarak rol almaz²³. Söz konusu İdare organı, düzenleyici kurum olan İngiltere Mali Piyasaları Kontrol Otoritesi (*FCA*) tarafından atanan dokuz üyeden oluşur²⁴. Anılan idare organının görevleri arasında; Finansal Ombudsman Hizmeti bünyesinde uyuşmazlıkların çözümünde görev alan Ombudsmanların seçimi de yer alır.

B. Amerika Birleşik Devletlerinde Finans Sektörü Düzenleyici Otoritesi Tarafından Arabuluculuk Programının Yürütülmesi

ABD’de menkul kıymet işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda en yaygın alternatif çözüm yöntemi olan arabuluculuk hizmeti, sermaye piyasasında öz düzenleyici kuruluş olan Finans Sektörü Düzenleyici Otoritesi (*Financial Industry Regulatory Authority, FINRA*) tarafından verilmektedir²⁵. FINRA arabuluculuk kuralları ve usulleri, tarafların uyuşmazlıklarını arabuluculuk yöntemiyle

Çözümü: Şikayetler” kısmında yer alır. İlk bölüm, yetkili firmaların şikayetlerle hızlıca ve adil bir biçimde nasıl ilgilenmesi gerektiğine dair kurallar ve rehberlik sağlar. İkinci, üçüncü ve dördüncü bölümler ise, Finansal Ombudsman Hizmeti’nin çözülmemiş şikayetleri nasıl değerlendirmeye tabi tutacağına dair detayları sunar. Tüketicinin korunması amacı Finansal Yönetim Otoritesi El Kitabı ile gayet açık iken, finansal ürünlerin tüketicilere satışıyla en doğrudan bağlantılı bileşen, Ticari Standartlar bloğu içinde yer alan İş Yürütme (*Conduct of Business*) kaynak kitabı olup, bu kitabın konumuzla özel bir ilişkisi bulunmaktadır.

²² **Eilis FERRAN**, Dispute Resolution Mechanisms in the UK Financial Sector (Civil Justice Quarterly 2002, 21, s.135-155), s. 13; **POLAT**-Ombudsman, s. 26.

²³ **MERRICKS**, s. 136.

²⁴ **BENÖHR**-Disputes in Financial Services, s. 261.

²⁵ FINRA Arabuluculuk Usulü Kanunu (*Code of Mediation Procedure*) md. 14100-14110 düzenlemeleri arabulucuyu tayin ederken taraflara şu üç alternatif yöntem sağlamaktadır: (a) FINRA Arabuluculuk Direktörü (*FINRA Director of Mediation*) tarafından verilen bir listeden taraflarca seçilmesi; (b) Kendi seçimleri olan bir liste veya kaynaktan taraflarca seçilmesi; (c) Taraflar bir hususu arabuluculuğa sunduktan sonra arabulucu seçimine kalkışmaz ise Arabuluculuk Direktörü tarafından seçilmesi şeklindedir²⁵. (FINRA Arabuluculuk Usul Kanunu md. 14107 (a)).

öz mlenmesini kolaylaştıracak ve teşvik edecek programlar y r t r²⁶. Taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece, bir konunun arabuluculuğa sunulması taraflar arasında işleyen bir tahkim sürecini durdurmaz veya geciktirmez²⁷. Aslında, uygulamada arabuluculuk sıklıkla tahkim yargılamasıyla eş zamanlı olarak y r t l r²⁸.

FINRA, arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlıkların çözümünde etkin bir rol üstlenmesinin sonucunda “yatırımcı uyuşmazlıkları” ve “sektör uyuşmazlıkları” şeklinde ikili bir ayrıma giderek bir arabuluculuk programı oluşturmuş olup, söz konusu programın yürütümü açısından kadro tahsis etmiřtir²⁹.

FINRA tarafından 2016 yılında çözüme kavuşturulan sermaye piyasası uyuşmazlıkları oransal olarak incelendiğinde, uyuşmazlıkların %49,9’unun tarafların doğrudan m zakeresiyle; 17,08’inin tahkim duruşmasında; 11,49’unun arabuluculuk yoluyla ve kalan kısmın ise diğer yöntemlerle çözüme kavuşturulduğu g r lmektedir³⁰.

C. Türkiye’de Sermaye Piyasası Kanunu İle Yetkilendirilen Kuruluşlarca Uyuşmazlıkların  z m 

Yatırımcı-aracı kurum/yatırım kuruluşu arasındaki uyuşmazlıkların yargı yolu veya Borsa İstanbul nezdinde çözüm şeklinde farklı yollar  ng r lm ş olup, anılan yöntemler birbirinden bağımsızdır. Borsa  yeleri ile müşterileri arasında çıkan ihtilaflar özü itibariyle özel hukuk alanında cereyan etmesi nedeniyle, adli yargı mercilerine başvurulmak suretiyle giderilmesi esas olmakla birlikte, müşterilerin borsa üyeleriyle olan ihtilafların başvuru halinde Borsa İstanbul veya TSPB ve itirazın Sermaye Piyasası Kurulunda nihai olarak çözüme kavuşturulması mümkündür. Ancak gerek Borsa İstanbul veya TSPB gerek Sermaye Piyasası Kurulu yargı mercii gibi hareket etmediğinden anılan kurumlar tarafından getirilen çözümler de yargısal

²⁶ CEVİZ-Tahkim, s. 54.

²⁷ FINRA Arabuluculuk Usul Kanunu md. 14105 (a).

²⁸ POSER, ř31, s. 15.

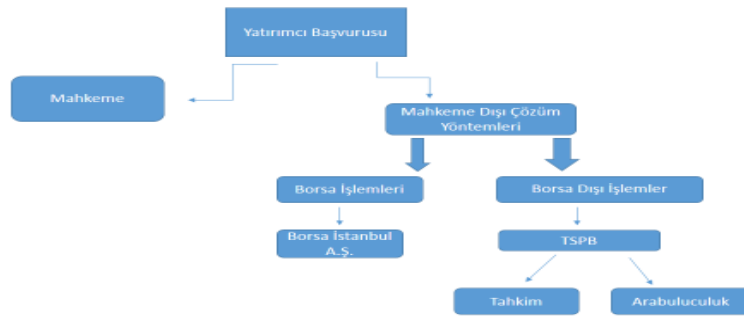
²⁹ ERATALAY, s. 56-57.

³⁰ Bkz. web: http://securitiesanalytics.com/2016_finra_dispute_statistics erişim:12.11.2017.

nitelikte olmayıp, genel gözetim ve denetim yetkisi çerçevesinde ihtilafın çözümüne yardımcı olmaya yöneliktir.

Aşağıda ayrıntılı olarak uyuşmazlık türlerine yer verileceği üzere, finansal işlemin borsa işleminden kaynaklanıp kaynaklanmadığına göre bir ayrıma tabi tutularak uyuşmazlık çözümü için Borsa İstanbul veya TSPB’ne başvuru yapılacaktır. Buna ilaveten, sermaye piyasası uyuşmazlıklarında Türkiye’deki çözüm mekanizmasının daha açık anlaşılabilmesi açısından yatırımcılarca hukuk mahkemesi dışında başvurulabilecek yollara aşağıdaki şekilde yer verilmektedir:

Şekil:1 Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarının Çözüm Yöntemleri



Yukarıda yer verilen şekilden anlaşılacağı üzere, borsa üyeleri ile müşterileri arasındaki ihtilafın çözümünde taraflarca yargıya başvurulması halinde artık yargı yerinin vereceği kararın ihtilafın çözümünde esas olacağı tabiidir. Sermaye Piyasası Kurulu’nun uyuşmazlıkları itiraz mercii olarak incelemesi kamu hizmetinin bir gereği olarak SPK’ya tanınan yetkiye dayanmakta olup, herhangi bir şekilde tahkim usulünün uygulama alanı bulacağından söz edilemez.

§ 2. BORSA İŞLEMLERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN BORSA İSTANBUL TARAFINDAN ÇÖZÜMÜ

Borsa İstanbul A.Ş. Borsacılık Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Yönetmeliği’nin (Borsa Yönetmeliği) 34 üncü maddesinde borsa işleminin tanımı yapılmış ve Borsa İstanbul Anonim Şirketi Uyuşmazlık Komitesi Çalışma Usul ve Esasları Yönergesi’nin (BİAŞ Yönergesi) 5 inci maddesiyle borsa işleminin sınırı

çizilmiştir³¹. Borsa işlemlerinin karşılıklı edimleri içeren sözleşmeler olması nedeniyle, iki tarafa borç yükleyen işlemlerin doğası gereği taraflardan hangisinin daha önce ifade bulunacağı sorunu zaman zaman gündeme gelir. Buna ilaveten, uyuşmazlığın borsa işleminden kaynaklanması gerektiğine ilişkin ölçütün borsa üyeleri arasındaki uyuşmazlıklar yönünden de uygulanma alanı bulunmaktadır³².

Anılan mevzuat uyarınca borsa işlemi³³, yatırımcıların yatırım kuruluşuna emir vermesi ile başlayıp emrin Borsa'ya intikali, işlemin Borsada gerçekleşerek tasfiye edilmesi aşamalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların “borsa işlemi” kavramı içerisinde yer aldığı görülür. Dolayısıyla, yatırımcı ile vekili arasında sözlü olarak akdedilen vekalet sözleşmesi uyarınca vekil tarafından verilen emir ve talimatlar doğrultunda gerçekleştirilen işlemlerin yatırımcı tarafından kabul edilmemesinden veyahut vekalet sözleşmesinin gereği gibi yerine getirilmemesinden kaynaklanan uyuşmazlığın Borsa Yönetmeliği'nin 34 üncü maddesinde borsa işleminden kaynaklanmadığı göz önünde tutulduğunda, borsa işleminden kaynaklanmayan uyuşmazlıkların çözüm mercii ise Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği ve adli yargı olacağından, bu hususta Borsa İstanbul'un görevli olmadığı açıktır.

³¹ **Gökçen TURAN**, Sermaye Piyasasında Bir Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Tahkimin Uygulanabilirliği ve ABD Sermaye Piyasasında Tahkimin Uygulanış Şekline Örnek Olarak NYSE ve NASD Düzenlemeleri, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü, Ankara 2002, s. 19.

³² **Müjgan KARYAĞDI/İlhami ÖZTÜRK**, Vergi ve Sermaye Piyasası Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul 2009, s. 194.

³³ Mülga 91 sayılı KHK ve buna dayanılarak çıkarılan mevzuatta borsa işleminin açık bir tanımı verilmediğinden bu işlemin hangi hususları içereceği doktrinde tartışılmıştır. Önceleri, Borsa Yönetim Kurulu tarafından “borsa işlemi” kavramı geniş yorumlanmak suretiyle “borsa faaliyeti olan” hemen her türlü uyuşmazlık hakkında işin esasına ilişkin verilmiş kararlar bulunmaktadır. Ancak bu kararlara yapılan itirazlar sonucunda SPK tarafından verilen münferit kararlarda, uyuşmazlığın “borsa işlemi”nden doğması halinde Borsa Yönetim Kurulu'nun ihtilafın çözümünde görevli bulunduğu, aksi takdirde görevsizlik kararı verilmesi gerektiği belirtilmiştir (**Süleyman ERATALAY**, Öz Düzenleyici Kuruluşlar ve Uyuşmazlıkların Çözümünde Öz Düzenleyici Kuruluşların Rolü-Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği İçin Bir Örnek Statü, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü, Ankara 1998, s. 263).

Öte yandan, yatırım kuruluşu personeli ile yatırımcı arasında vekalet ilişkisinden doğan özen borcunun gereği gibi yerine getirilmediği bir durumda, aynı şekilde uyuşmazlığın Müşteri Uyuşmazlıkları Hakem Heyeti veyahut adli yargı tarafından çözümlenmesi mümkündür. Uygulamada en sık karşılaşılan uyuşmazlık türü olan talimatsız işlemler ve talimatın gereğinin yerine getirilmemesine aşağıda yer verilecek olup, borsa işlemleriyle bağlantılı diğer sermaye piyasası uyuşmazlıklarından;

- Emanette bulunan payların, borsada alım-satım işlemine konu olması halinde “borsa işlemi” kapsamına gireceği³⁴,

- Saklamada bulunan payların borsada alım-satımına konu oldukları andan itibaren bir borsa işleminin söz konusu olduğu,

- Borsa işlemlerinden doğan alacak ve borç kalemlerinin cari hesaba geçirilmesinden sonraki aşamanın, özellikle saklama faaliyetinin, borsa işlemi olarak nitelendirilemeyeceği³⁵,

- Faiz³⁶, itiraz konusu borsa işlemine bağlı bir hak olması nedeniyle, borsa işleminin ayrı, bundan doğan faiz işleminin ayrı değerlendirilmesinin mümkün olmadığı

³⁴ İMKB Yönetim Kurulu’nun 5.10.1999 tarih ve 696 sayılı toplantısında alınan kararda, “Yatırımcı ile Üye arasındaki ihtilafın çözümünün Üye’nin Mersin acentasında gerçekleştiği ifade edilen usulsüzlüklerin tespitine bağlı olması; bu tespitin yanında emanette bulunan hisse senedi ve nakdin iadesinden kaynaklanan ihtilafın “borsa işlemi” kapsamında bulunmaması ve her iki konunun adli yargının görev alanına girmesinden dolayı Genel Yönetmeliğin 54 ve İMKB Yönetmeliği’nin 42. Maddeleri hükmü uyarınca İMKB Yönetim Kurulu’nun ihtilafın çözümünde görevli bulunmadığına” karar verilmiştir (Borsa Uyuşmazlıkları s. 1034-1035).

³⁵ **Haluk KONURALP/Aynur KONURALP**, Borsa Uyuşmazlıkları, (Prof.Dr. Ali BOZER’e Armağan, Ankara 1998, s. 591-608), s. 603-604.

³⁶ İMKB Yönetim Kurulu’nun 8.12.1998 tarih ve 644 sayılı toplantısında “...Açıklanan nedenlerle 12.2.1998 tarihinde gerçekleştirilen 10 lot 10.250 TL’den Sabancı Holding hisse senedi alım işlemine ilişkin hâksız bulunan yatırımcı şikâyetinin reddi gerektiği, ancak Üyenin İMKB Yönetmeliği’nin 39. maddesi hükmü uyarınca alım emrinin gerçekleştiğini Yatırımcıya bildirmek suretiyle Yatırımcıyı temerrüde düşürerek, borcun ödenmemesi halinde senetleri tasfiye ederek bedelini borca mahsup etme yerine borca faiz işletmeye devam etmesi nedeniyle alım işlemi bedeline temerrüt faizi işletemeyeceği;

yönünde sermaye piyasası uygulamamız şekillenmiştir. Uygulamada sıkça karşılaşılan bir durum ise, sermaye piyasası ihtisas personeline fiyat, parite, miktar bilgisi ve tavsiye verilmesi yönünde yatırımcı tarafından ısrarda bulunulması neticesinde, yatırım kuruluşu personeli herhangi bir şekilde “al” veya “sat” şeklinde tavsiyede bulunamaz ve yatırımcı hesabına işlem gerçekleştiremez. Yatırım kuruluşu personeli tarafından verilen bilgiler yalnızca genel tavsiye ve piyasa verilerine ilişkin finansal bilgi sunumundan ibaret olabileceği konularda yatırımcıya uyarılarda bulunulması halinde, söz konusu işlemlerde sermaye piyasası mevzuatına aykırı bir hususun varlığından söz edilemez.

I. Talimatsız İşlem Yapma Veya Talimatın Gereğini Yerine Getirememe

Bir üye temsilcisi, yatırımcının onayı olmadan yatırımcının hesabındaki bir menkul kıymeti alır veya satar ise, üye temsilcisi tarafından yetkisiz işlem gerçekleştirmiş olur³⁷. Yatırımcı tarafından verilen bir talimat olmaksızın gerçekleştirilen işlemlerin amacı genellikle işlemi tesis edenin kendisine gelir elde etmesi veya menkul kıymetin fiyatı üzerinde etkili olma çabalarıdır³⁸. Talimatsız işlem gerçekleştirildiği iddiası esas olarak, üye temsilcisinin yetkisi dışında hareket edip etmediği sorununa odaklanarak, bir temsil hukuku (*agency law*) problemine³⁹ dayanır⁴⁰.

bu sebeple işletilen faiz tutarının Yatırımcı hesabından düşülmesi...” yönünde karar verilmiştir (Borsa Uyuşmazlıkları, Uygulama, Örnek Kararlar ve Mevzuat (1997-2009), 2001, s.1021-1025).

³⁷ **J. Kirkland GRANT**, Securities Arbitration for Brokers, Attorneys and Investors, Quorum Books, Westport, Connecticut, 1994. s. 196.

³⁸ **TEVETOĞLU**, s. 380 dn. 1427.

³⁹ İMKB Yönetim Kurulu’nun 18.4.200 tarih ve 731 sayılı toplantısında “...1.000 lot *Ihlas Holding* hisse senedinin talimatsız olarak satıldığı ve 10.000 lot *Izmir Demir Celik* hisse senedinin alımının talimata aykırı olarak eksik gerçekleştirildiği iddiasının aksinin üye tarafından dosyaya sunulu belgeler ve SPK’nın 25.9.1997 tarih ve 27/1545 sayılı ilke kararı ile ispatlanmış olması; Yatırımcı ile yapılan telefon görüşmelerinde her iki emrin gerçekleşmesi esnasında Yatırımcıya bilgi verilmesi ve Yatırımcının işlemleri kabul etmesi ve ardından hiçbir itirazda bulunmaksızın işlem yapmaya devam etmiş olması nedeni ile mesnetsiz bulunan Yatırımcı şikayetinin reddine karar verilmiştir.” şeklinde karar verilmiştir (Borsa Uyuşmazlıkları s. 4-7).

⁴⁰ **GRANT**, s. 196.

Kural olarak yatırım hesabında gerçekleştirilecek her bir işlem öncesinde yatırımcıyla irtibat kurulması ve yatırımcının rızasının alınması gereklidir⁴¹. Bununla birlikte, yatırımcının hesabında talimatsız işlemler gerçekleştirildiği iddiasından kaynaklanan uyuşmazlıklarda, yatırımcıya ait payların yatırım kuruluşuna olan kredi borcunun tasfiyesi amacıyla gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği hususunun aydınlatılması uyuşmazlığın çözümünde kritik öneme sahip olacaktır.

Yatırımcı tarafından verilen talimat sonrasında bir işlemin gereğinin yerine getirilmediği iddiası ise, yatırımcının talimatının üye temsilcisi tarafından ihmale bağlı olarak zamanında yerine getirilmemesine dayanır⁴². Yatırımcı emrinin yerine getirilmemesi hem alış hem de satış işlemleri bakımından söz konusu olabilir. Genellikle müşteri tarafından verilen yazılı veya sistemde kayıtlı emirlerin olmadığı durumlarda, norm kuramı gereğince⁴³, ispat yükü üzerinde bulunan yatırımcının bu iddiaları kanıtlaması son derece güçtür⁴⁴.

⁴¹ “...1- Davalı bankaca muhafaza edilen pay senetlerinin alım-satımı yoluyla ayrıca kazanç elde etmek isteyen davacı, banka ile 27.12.1993 tarihli <Yatırım Danışmanlığı Sözleşmesi> ni imzalamış olup, getirisi ve riski yüksek sermaye piyasası araçlarını da tercih etmiştir. Sözleşmenin 2.maddesine göre, davalının sadece yatırım danışmanlığı ile yetinmeyip, Yatırımcının yazılı talimatı alınarak portföy ile ilgili alım satım yapabileceği de kabul edilmiştir. Davacı, asıl sözleşmeden daha sonra ve 30.12.1993 tarihinde imzaladığı yazılı belgede, <yatırım danışmanı Namık Kemal Korkmaz'ı T.İş Bankası A.Ş. ile imzaladığı Yatırım Danışmanlığı sözleşmesi dönemi boyunca menkul kıymet alım-satımı konusunda yetkili kıldığını> beyan ve kabul ettiğine göre, davalı tarafından yapılan işlemlerin verilen bu özel yetki çerçevesinde kaldığının kabulü zorunludur. Davalının bu yetki çerçevesinde yaptığı işlemlerde ağır kusur ve kasıt ile hareket ettiği de iddia ve ispat edilmiş değildir. Bu durumda mahkemece, davalının reddine karar vermek gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır...” 11. HD 25.2.1997, 454/1096 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴² GRANT, s. 196; TEVETOĞLU, s. 397; Sema AYDIN, Borsa İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıklar, İstanbul 2009, s. 128.

⁴³ Yavuz ALANGOYA/M. Kamil YILDIRIM/Nevhis DEREN-YILDIRIM, Medeni Usul Hukuku Esasları, Tıpkı 8. Baskı, İstanbul 2009, s. 311; Bilge UMAR/Ejder YILMAZ, İspat Yükü, İkinci Baskı, İstanbul 1980, s. 49 vd.

⁴⁴ KONURALP-İspat Sınırları, s. 100.

Yatırımcı talimatının sisteme zamanında iletilmesinde yatırım kuruluşu tarafından gerekli dikkat ve özenin gösterilip gösterilmediğine yönelik temel kriterlerin belirlenmemesi ve taraflar arasındaki sözleşmeye, sistemin özelliği ve öncelik kurallarına ilişkin açıklama niteliğinde hükümlerin eksikliği nedeniyle bu tür sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümünde sorunlarla karşılaşilmektedir⁴⁵. Bu tür uyuşmazlıklar bağlamında, yatırım kuruluşu tarafından emir zamanında Borsaya iletilmediğinden, gerçekleşmeyen alım emrinin söz konusu fiyattan gerçekleşmiş olduğunun kabulü gereklilik arz eder. Buna ilaveten, talimatın gereğinin hiç yerine getirilmemiş olmasının yanı sıra, yatırım amacının her ne şekilde olursa olsun elde edilememesi sonucunu doğuracak şekilde yapılmış olmasının söz konusu olduğu hallerde dahi, yatırımcının yatırım emrinin tasfiye edilmesinde başarısızlıktan söz edilmesi bir uyuşmazlık olarak gündeme gelir⁴⁶.

II. Provizyon Avcılığı

Provizyon avcılığı (*churning*) yatırım kuruluşunun sadakat yükümlülüğünün bir parçası olarak yerindelik doktrini uyarınca, üye temsilcisinin müşterilerine vereceği tavsiyelerde göz önünde bulunduracağı risklerin yanı sıra üye temsilcisi tarafından yatırımcının hesabında aşırı şekilde işlemler gerçekleştirilmemelidir⁴⁷.

⁴⁵ İMKB Yönetim Kurulu'nun 9.3.1999 tarih ve 662 sayılı toplantısında, "...Yatırımcının emrinin daha kısa sürede sisteme iletilmiş olması halinde işlemin gerçekleşme olasılığının yüksek olduğu, Üye'nin Yatırımcılar tarafından verilen emirleri sisteme iletirken İMKB Hisse Senetleri Piyasası Yönetmeliği'nin 23/b maddesinde belirtilen "zaman önceliği" kuralına uygun davranmadığı ve bu nedenle Yatırımcı talimatının gerçekleşmemesinde kusurlu olduğu göz önünde bulundurularak, 250.000 adet Konya Çimento hisse senedinin 20.7.1998 tarihinde 6.500 TL fiyattan satıldığı kabulü ile kurtaj ücreti düşüldükten sonra satış bedelinin ticari faiziyle birlikte Yatırımcıya ödenmesine; Üye'nin itiraza konu hisse senetlerini portföyüne alma ya da Borsa'da satma konusunda muhtariyetine; söz konusu senetler daha sonraki bir tarihte Yatırımcının talimatı ile satılmış ise, bu durumda satış bedelleri arasında Yatırımcı aleyhine herhangi bir zarar varsa, bu farkın ticari faiziyle birlikte Yatırımcıya ödenmesine..." karar verilmiştir (Borsa Uyuşmazlıkları s. 33-34).

⁴⁶ TEVETOĞLU, s. 397, AYDIN, s. 163; Enver USCA/Ebru TÖREMİŞ, (Adli Yargıda Açılan Davanın Aracı Kurumla Yatırımcı Arasındaki Uyuşmazlık Çözüm Prosedürüne Etkisi, (GÜHFD C. XV, Y. 2011, S. 1, s. 75-98), s. 84.

⁴⁷ GRANT, s. 195.

Nitekim, provizyon avcılığı esas olarak bir üye temsilcisinin, yatırımcı hesabındaki paylar gibi yatırım araçlarını fazladan komisyon yaratmak amacıyla alıp sattığında ortaya çıkar. Provizyon avcılığı eylemi, yatırım hesabında aşırı işlem gerçekleştiren kişinin uygun yatırım araçları ve yatırım stratejilerini önerme görevinin ihlali olup, ihmali ve/veya hileli davranış olarak kabul edilir⁴⁸. Örneğin, bir yatırım kuruluşunun müşterisinin menfaatine olmaksızın sürekli olarak çok sayıda opsiyon sözleşmesi alıp-satması ve kısa sürede bunları ters işlem yapmak⁴⁹ suretiyle kapaması durumunda ortada bir provizyon avcılığının mevcut olduğu kabul edilebilir⁵⁰. Bu sebeple, provizyon avcılığı sadakat yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmekte olup, yatırım kuruluşunun sorumluluğuna yol açar. Özellikle yatırımcının yatırım kuruluşu tarafından bilgilendirme veya öneriyi değerlendirme imkanının bulunmadığı hallerde, provizyon avcılığı daha karakteristik bir boyuta ulaşır⁵¹.

Yatırımcı, kendi hesabının haksız komisyon için kullanılmasına muvafakat etmiş olsa dahi, feragat veya itiraz hakkının düşmesi savunmaları şayet müşteri temsilcisi, yatırımcının gerçekleştiren işlemlere muvafakatini yatırımcı üzerindeki usule ve yasaya aykırı etkisi sayesinde elde etmişse veya müşterinin ihtisas personeline olan güven ve itimadından kaynaklanarak elde edilmişse başarılı olmayacaktır. Bu bakımdan, yatırımcının bu savunmalarla haksız komisyon elde edilmesi nedeniyle zararının tazmin edilmesinin engellenip engellenemeyeceği sorusu, her haksız

⁴⁸ **Louis F. BURKE/Leslie WYBIRAL**, NFA Arbitrations: Foundation and Procedure, (Alternative Dispute Resolution in the Futures Industry, New York 2013, s. 1-28), s. 13.

⁴⁹ Vadeli işlem sözleşmelerinde ters işlem (pozisyon kapatma), Aynı özelliklere sahip sözleşmede söz konusu sözleşmenin işlem gördüğü piyasadaki son işlem gününe kadar uzun pozisyon karşısında kısa pozisyon; kısa pozisyon karşısında ise uzun pozisyon alınarak pozisyonun tasfiyesidir (Web: <http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid=77&fn=77.pdf> erişim: 1.8.2017).

⁵⁰ **İsmail KIRCA**, Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, Ankara 2000, s. 123.

⁵¹ **TEVETOĞLU**, s. 275. Sermaye piyasası mevzuatı kapsamında, portföy yönetim şirketlerinin kendi lehine kazanç sağlamak amacıyla, gereksiz alım-satım yapamayacağı ve bu fiilin üçüncü şahıslar tarafından gerçekleştirilmesine herhangi bir şekilde yardımcı olamayacağı açıkça hükme bağlanmıştır (III-55.1 sayılı Tebliğ md. 33, I-(1)).

komisyon uyuşmazlığında çözülmesi gereken konu olan yatırım hesabının yatırımcının mı yoksa üye temsilcisinin mi kontrol ettiği sorusuna bağlıdır⁵².

Müşteri hesabının müşteri temsilcisi tarafından kontrolü, haksız komisyon için gerekli bir unsurdur. Eğer müşterinin, üye temsilcisine veya üye temsilcisinin müşteri üzerinde usule ve yasaya aykırı etki uygulaması sebebiyle takdir yetkisi vermesinde dolayı ya da üye temsilcisi müşterinin itimat etmesi nedeniyle hesabı kontrol ediyorsa müşterinin gerçekleştirilen aşırı nitelikteki işlemlere onayının icazet, feragat veya hak düşmesi savunmasıyla desteklenebilmesi son derece güçtür.

§ 3. BORSA İŞLEMLERİ HARİCİNDEKİ UYUŞMAZLIKLARIN TÜRKİYE SERMAYE PİYASALARI BİRLİĞİ TARAFINDAN ÇÖZÜMÜ

Taraflardan en az birinin Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği üyesi olması şartıyla üyeler arasında veya üyeler ile müşterileri arasında borsa işlemleri dışındaki sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından ise, Müşteri Uyuşmazlıkları Hakem Heyeti yoluyla uyuşmazlık çözüme kavuşturulur.

Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği'nin uyuşmazlık çözüm sistemine konu olabilecek olan borsa dışı işlemler, kıymetlerin saklanması, kaydının tutulması, müşteriye kıymetlerin ve nakdin zamanında tesliminin yapılmaması, yatırımcı hesabına haksız yere faiz yürütülmesi, repo işlemleri, virman talimatının müşteri

⁵² **Philip J. HOBLIN**, Securities Arbitration: Procedures, Strategies, Cases, New York Institution of Finance; Subsequent Edition, New York 1992, § 9, s. 18.

talimatına uygun olarak gerçekleştirilmemesi, kredili işlemler⁵³, rüçhan hakkı kullanılıp kullanılmaması⁵⁴ ve temettü tahsilatı gibi konulardır⁵⁵.

Öte yandan, 6362 sayılı SPKn ile sermaye piyasası araçları “*Menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dâhil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçları*” şeklinde tanımlanmasına bağlı olarak, türev araçların kapsamına organize piyasalarda işlem görenler yanında tezgahüstü piyasalarda işlem gören türev ürünler de sermaye piyasası aracı tanımı kapsamına dahil edilmiştir. Böylelikle, sermaye piyasası araçları tanımına yapılan bu eklemeye borsa dışı uyuşmazlıkların kapsamı ciddi anlamda genişlemiştir⁵⁶. Buna ilaveten, sıklıkla karşılaşılan bir diğer uyuşmazlık türü ise, hatalı portföy yönetimi ve portföy yönetim sözleşmesine aykırı komisyon tahakkuk ettirilmesi olup, bu uyuşmazlıklar bağlamında Borsa Yönetim Kurulu ihtilafların çözümünde yetkili değildir⁵⁷.

⁵³ Kredili olarak menkul kıymet almak isteyen müşteri, hesabın açılması aşamasında satın alacağı menkul kıymetin cari piyasa değerinin % 50’si oranında nakit veya menkul kıymeti özkaynak (Teminat) şeklinde kredi hesabına, yatırmak zorundadır. Günün şartlarına göre yatırılması istenen asgari özkaynak tutarı aracı kurum tarafından artırılabilir. Kredili menkul kıymet işleminde bulunan müşteri, hesabında kredili menkul kıymet işleminin devamı esnasında, satın alınan menkul kıymetlerin cari piyasa değerinin % 35’i oranında özkaynak bulundurmamak zorundadır. Müşterinin kredili menkul kıymet işlemlerinden doğan asgari özkaynak açığı ve benzeri mali yükümlülükleri, müşterinin yazılı talimatı bulunmadığı sürece aracı kurum nezdinde bulunan diğer hesaplardaki nakit ve menkul kıymetler teminat veya karşılık gösterilerek kapatılamaz. aracı kurum, müşterinin mali yapısına ve kredi ile satın alınan menkul kıymetlerin risk düzeyine göre daha yüksek bir özkaynak koruma oranı uygulayabilir.

⁵⁴ Uyuşmazlık çözümünde, aynen tazmini gereken payların değerinin belirlenmesinde izlenen hesaplama yönteminde, uyuşmazlık tarihi ile tazmin tarihi arasındaki sermaye artırımlarında rüçhan hakkı kısıtlaması yapıp yapılmadığı dikkate alınmakta; şayet söz konusu tarihler arasındaki sermaye artırımlarında rüçhan hakkı kısıtlaması yapılmamışsa bu kısım da zararın tazmininde dikkate alınır.

⁵⁵ **Aslı ÖZKAN**, Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, (Sermaye Piyasasında Gündem, Ocak 2007, S:53, s. 20-33), s. 28.

⁵⁶ **Mahir Kubilay DAĞLI/Oya KENAVLI**, Türk Sermaye Piyasalarında Uyuşmazlık Çözümleri, (İBD, C. 91, S. 6, 2017, S. 225-241), s. 230.

⁵⁷ Borsa Uyuşmazlıkları, Uygulama, Örnek Kararlar ve Mevzuat (1997-2009), 2011, s. 1097-1098.

I. Foreks İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

Foreks piyasasının başta gelen önemli özelliklerinden biri piyasaya yatırım yapanların veri açıklama dönemleri gibi özellikli saat ve dakikaları hedef alıp, bu kısa süre içerisinde meydana gelen fiyat hareketlerinden kazanç elde etmeye çalışmalarıdır⁵⁸. Fiyat şikayetlerinin daha net anlaşılabilmesi için şikayete konu fiyatların/kurların virgülden sonraki ondalık veya yüzdelik basamakta değil, bindelik ve onbindelik basamaklarda olduğu belirtilmelidir⁵⁹.

10.2.2017 tarih ve 29975 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “*Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri İle Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ III-37.1’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ*” ile kaldırıcı alım satım işlemlerinde (Foreks) uygulanan azami kaldırıcı oranı ile kaldırıcı alım satım işlemi

⁵⁸ Yatırımcı tarafından borsa dışı işlemler kategorisinde yer alan foreks işlemlerine dair uyuşmazlıkların minimuma indirilmesi için yapılan düzenlemeler şu şekildedir: Aracı kurumların müşteri işlemleri için karşı taraf olması nedeniyle ortaya çıkacak olan çıkar çatışmalarını önlemek amacıyla, kaldırıcı işlem hizmeti sunulan müşterilere bu işlemler için bireysel portföy yöneticiliği veya yatırım danışmanlığı hizmeti vermeleri engellenmiştir. Hesap açılışı sırasında genel müşterilerden, kaldırıcı alım satım işlemlerinin riskli olduğu ve teminatlarının tamamını kaybedebilecekleri vb. hususlarda bilgi sahibi olduklarına dair ayrı bir yazılı beyan alınması zorunlu kılınmıştır. Yatırımcıların kaldırıcı işlemlere ilişkin tecrübe edinmeden işlemlere başlamalarını engellemek amacıyla; aracı kurumlar tarafından kaldırıcı işlemler için genel müşterilere hesap açılışından önce asgari 6 iş günü gerçek fiyatlar üzerinden çalıştırılacak bir deneme hesabı üzerinden işlem yaptırılması zorunluluğu getirilmiştir. Reklamlarla ilgili kurallar daha sıkılaştırılmış ve promosyonlar yasaklanmıştır.

⁵⁹ Örneğin Dolar/TL kurunun 3,4882 olduğu durumda yatırımcılarca yapılan itirazlar kurun 3,48’den sonraki hanelerinde meydana gelen değişimlerle ilgilidir. Herhangi bir yatırımcı bir dakika içerisinde onlarca emir verebilme imkanına sahip olup, uluslararası piyasalarda oluşan fiyatlar sürekli değişim göstermekte, oluşan fiyatlar aracı kurumlarca kendi algoritmalarından geçirilerek işlem platformlarına yansıtılmakta ve yatırımcılar tarafından verilen emirlerle eşleştirilmektedir. Bütün bu özellikler bir araya geldiğinde yüksek kayıp ve kazanç piyasanın doğası olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bu piyasada şikayetlerin ortaya çıkması beklenen bir durumdur.

gerçekleştirmek için yatırılması gereken başlangıç teminat tutarına ilişkin değişiklikler gerçekleşmiştir⁶⁰.

Uygulamada yatırımcıların genel olarak yatırım kuruluşu temsilcileri tarafından telefonla aranmak suretiyle yatırım hesabı açmaya ve işlem yapmaya yönlendirildiği, yapılan yönlendirmeler neticesinde maddi zarara uğradıklarına dair iddialarda bulunulduğu görülmektedir. Bu tür uyuşmazlıkların çözümünde esas olarak *log kayıtları*, kaldıraçlı alım-satım çerçeve sözleşmesinin, hesap ekstresinin, yatırımcı hesabında gerçekleşen işlemlerin yatırımcıya ait şifreyle giriş yapılarak elektronik işlem platformu üzerinden girilip girilmediği ve ses kayıtlarının incelenmesi suretiyle değerlendirmede bulunulması önem arz eder.

II. Kredili İşlemlerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

Kredili sermaye piyasası aracı alımı işlemi, sermaye piyasası mevzuatında yer alan esaslar çerçevesinde kredi kullanılması suretiyle müşteri tarafından sermaye piyasası aracı alınmasıdır. Özellikle yabancı yatırımcıların sermaye piyasalarımızda yer almasının teşviki açısından kredili işlemler kaldıraç etkisine bağlı olarak cazip gözükmektedir⁶¹.

⁶⁰ Süreç içerisinde ortaya çıkan yeni gelişmeler çerçevesinde mevzuatın geliştirildiği bazı önemli nüanslar şu şekilde sıralanabilecektir: Kaldıraçlı alım satım işlemlerinde uygulanan yüksek kaldıraç oranı nedeniyle müşterilerin kısa sürede teminatlarının tamamını kaybederek pozisyonlarının otomatik olarak kapanmasın önüne geçilmesi amacıyla, Türk Lirası, ABD Doları ve Euro'nun birbirlerine karşı olan değişim oranlarını esas alan varlıklar ile altına dayalı yapılan işlemlerde kaldıraç oranının 100:1, bunlar dışındaki varlıklarda ise kaldıraç oranının azami 50:1 olarak uygulanabileceği düzenlenmiş ve kaldıraç oranının belirlenmesinde 20.000 TL sınırı esas alınmıştır. SPK tarafından yapılan Tebliğ değişikliği ile kaldıraçlı alım satım işlemlerine ilişkin azami kaldıraç oranı 100:1'den 10:1'e düşürülmüş ve ayrıca işlemlere başlayabilmek için asgari 50.000 TL veya muadili döviz tutarında başlangıç teminatı yatırılması zorunluluğu getirilmiştir. Bu kapsamda, bireysel yatırımcıların yüksek kaldıraca dayalı risk almalarının ve düşük tutarlı tasarruflar için yüksek kaldıraçın yol açacağı muhtemel mağduriyetlerin önlenmesi hedeflenmiş olup, uygulamada foreks işlemlerden kaynaklanan yatırımcı şikayetlerinin önemli ölçüde azaldığı gözlemlenmiştir.

⁶¹ **Resul CEVİZ**, Uluslararası Menkul Kıymet Yatırım Uyuşmazlıklarında Tahkim, İstanbul 2016, s. 140.

Kredili işlemlerde, Borsa Üyesi ile yatırımcı arasında aktedilen bir kredi sözleşmesi uyarınca Borsa Üyesi nezdinde, müşteri adına bir kredi hesabı açılmakta, bu suretle Borsa Üyesi bankalardan kredi alma veya kullandırma veya kendi kaynaklarını kullandırmak suretiyle müşterilerine menkul kıymet alımı için kredi vermektedir⁶². Kredili işlemin teminatını ise yatırım hesabındaki menkul değerler oluşturmakta olup, bu yolla yapılan yatırımın riski, yatırım kuruluşuna yatırım hesabındaki teminatı satarak kredisini geri alma hakkı veren bir anlaşmaya (*stop loss*) dayanır⁶³. Buna ilaveten, yatırımcı tarafından, alım emrinin kredili sermaye piyasası aracı işlemi olduğunun emrin verilmesi esnasında bildirilmesi zorunludur.

Yatırım kuruluşlarının, yatırımcılardan yatırım hizmet ve faaliyetleri, kredili sermaye piyasası aracı işlemleri, sermaye piyasası araçlarının ödünç işlemleri veya açığa satış işlemleri ile diğer yan hizmetler nedeniyle teminat verilmesini isteyebilmesi mümkündür. Yatırım kuruluşu tarafından alacağının tahsili evresinde, tarafların arasındaki sözleşmeyle bildirimde bulunmaksızın menkul kıymetleri satma hakkının yatırım kuruluşuna verilip verilmediğinin tespiti kredili menkul kıymet uyuşmazlıklarının çözümünde önem arz eder⁶⁴.

Uygulamada yatırım kuruluşu müşterisi olan bir yatırımcının aynı zamanda yatırım kuruluşu ile organik bağı bulunan bankayla da kredi ilişkisi içerisine girdiği görülür. Yatırımcının aracı kurum nezdindeki hesabında bulunan paylarının bankaya olan kredi borcuna karşılık olarak banka hesaplarına aktarılması, sermaye piyasası uyuşmazlığına yol açabilecektir. Yatırım kuruluşunun bankanın yetkisini göstermek amacıyla uyuşmazlık dosyasına sunacağı -varsa- rehin muvafakat yazısı veya taahhütnamelerin belirli nitelikte olması son derece önemlidir⁶⁵. Bu kapsamda, bankanın satış yetkisinin bulunabilmesi için yatırım kuruluşuna geçerli bir rehin

⁶² AYDIN, s. 34.

⁶³ CEVİZ-Tahkim, s. 140.

⁶⁴ TEVETOĞLU, s. 407.

⁶⁵ Söz konusu belgelerde, tarih, satıma yetkili olunan payların neler olduğu ya da yatırımcı hesap numarası gibi asli unsurların bulunmaması, bankanın yatırımcıya verdiği kredinin tahsiline ilişkin tasarrufunu hukuka aykırı hale getirebilecektir.

sözleşmesinin sunulması, Medeni Kanun hükümlerine uygun biçimde teslim şartlı rehin kurulduğu, rehnedilen payların muayyenleştirildiği, rehinle teminat altına alınan alacağın belirli hale getirildiğinin ispatı şarttır⁶⁶.

Öte yandan, yatırım kuruluşu-yatırımcı ilişkisinde yatırımcının ödeme yükümlülüğünü yerine getirememesi halinde, yatırım kuruluşu tarafından yatırımcı hesabında gerçekleştirilen satışlardan önce, yatırımcı, usulünce temerrüte düşürülerek re'sen yapılacak pay satışına dair yatırımcıya ihtaratta bulunulması gerekir⁶⁷. Yatırım kuruluşu ile yatırımcı arasında kredili menkul kıymet işlemleri çerçeve sözleşmesi imzalanmadığı takdirde, yatırım kuruluşunca menkul kıymet satışının bu düzenlemeye dayandırması mümkün olmayacaktır⁶⁸. Bu sebeple, yatırım kuruluşunun yatırımcı ile aralarında imzalanmış bir kredili işlem çerçeve sözleşmesi bulunmadan, yatırım kuruluşu tarafından yatırımcıyı yasal düzenlemelerde öngörülen şekilde mütemerrit

⁶⁶ **Erol CANSAL**, Türk Menkul Rehni Hukuku, C. 1 Teslim Şartlı Menkul Rehni, Ankara 1967, s. 57 vd.

⁶⁷ Yatırımcıya daha önceden kredisini makul oranlara çekmesi hususunda uyarıda bulunulması, hukuki anlamda ihtara tekabül etmemekte ve yapılacak re'sen satışı hukuka uygun hale getirmez.

⁶⁸ Ankara 7. İdare Mahkemesi'nin 30.12.2002 tarih ve 87/1837 sayılı kararında, "...*Dava konusu olayda ise, yatırımcı hesabında kredi borcu nedeniyle yapılan satışlardan yatırımcının (21.11.2000 T+2 23.11.2000) sonraki bir tarihte haberdar olduğu, yatırımcı ile aracı kurum dealer arasında yapılan telefon konuşmalarına ait ses kayıtlarına göre de, yatırımcı hesabında gerçekleştirilen satış işlemlerine ilişkin olarak, 27.11.2000 tarihinde yatırımcıya ihtar niteliğinde sözlü bildirim yapıldığı, resen satış işlemlerinin ise 21.11.2000 günü gerçekleştiği ve bu satışlardan önce yatırımcıya ihtarla buulnmadığı ve davacı aracı kurumun yatırımcıyı yasal düzenlemelerde öngörülen şekilde mütemerrit duruma düşürmeden satış işlemlerini tamamladığı anlaşılmakla uyuşmazlık konusu satış işlemlerinin iptali ile İMKB Yönetim Kurulu Kararının bu işlemler yönünden bozulmasına ilişkin kararda hukuka aykırılık görülmemiştir...*" şeklinde hüküm tesis edilmiştir (Yayımlanmamıştır).

duruma düşürmeden özkaynağı korumak amacıyla yaptığı satışlar ⁶⁹ yetkisiz satışlardır⁷⁰.

Kredili işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Borsa Yönetim Kurulunca, sermaye piyasası mevzuatı bağlamında kredili işlemlerin borsa işlemi kavramı dışında olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmektedir⁷¹. Doktrinde bu konuda ikili bir ayrıma gidilmesinin yerinde olacağı ifade edilmektedir ⁷². Zira borsa işleminin meydana geldiği hallerde Borsa Yönetim Kurulu uyuşmazlığı karara bağlama imkânına sahip olmalıdır. Örneğin, yatırımcı hesabındaki borcun kapatılmasını teminen⁷³, yatırım kuruluşu tarafından sözleşme ve mevzuat hükümlerine uygun olarak yatırımcının temerrüde düşürülmediği; yatırım kuruluşu tarafından usulüne

⁶⁹ Uyuşmazlık taraflarının arasında fiili bir kredi ilişkisinin bulunması, bu ilişkide Seri:V, No:65 aylı Tebliğ: Kurul'un Seri:V, No:65 sayılı "*Sermaye Piyasası Araçlarının Kredili Alım, Açığa Satış ve Ödünç Alma ve Verme İşlemleri Hakkında Tebliğ*" hükümlerinin korunmasına ilişkin hükümlerinin uygulanabilmesi için yeterli değildir. Özkaynağın korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi, taraflar arasında Tebliğ hükümlerine uygun hak ve yükümlülükleri düzenleyen kredili menkul kıymet işlemleri çerçeve sözleşmesi imzalanmış olmasını gerektirmektedir. Buna ilaveten Tebliğ hükmü, kredili işlemlerde hangi tutar veya oranda özkaynak tamamlama çağrısı yapılacağı ve özkaynak tamamlama çağrısından sonra özkaynağın ne kadar zaman içerisinde tamamlanacağını sözleşmeyle belirlenmesini öngörmektedir.

⁷⁰ Danıştay 13. Dairesi'nin 25.04.2005 tarih ve 771/2303 sayılı kararı (Yayımlanmamıştır).

⁷¹ Borsa Uyuşmazlıkları s. 947. Üye tarafından yatırımcı hesabında oluşan borç bakiyesi nedeniyle icra takibi yapıldığı ve borcun yatırımcı tarafından İcra Dairesine ödendiği bir olayda, kredili işlemlerin tasfiyesine ilişkin şikayetlerde Sermaye Piyasası Kurulu'nun 27.04.1999 tarih ve 39/486 sayılı kararında, kredili menkul kıymet işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde adli yargının görevli olduğu belirtilmiştir (Borsa Uyuşmazlıkları, s. 962).

⁷² **AYDIN**, s. 177; **CEVİZ**-Tahkim, s. 140.

⁷³ Aracı Kurum tarafından ihtarname gönderilerek yatırımcıya iki seçenek sunması gerekir. Bu doğrultuda, yatırımcıdan borcunun senetlerin satılması yoluyla ya da nakit para getirerek borcunun kapatılmasını ve senetlerin cari hesabına intikalini isteyebilir. Yatırımcıya bu imkan tanınmadan, aracı kurum tarafından payların satılmasının ve bu işleme, 'yatırımcının alım işlemlerini bildiği yönünde' bir gerekçenin ileri sürülmesi halinde söz konusu savunmanın kabul edilmesi mümkün değildir. Aracı kuruma, yatırımcının alım işleminin yüklü ve riskli olduğu gerekçesiyle ihbarda bulunmadan satış yapma yetkisi tanınması durumunda, aracı kuruma temerrüt durumunu dilediğince uzatıp, dilediği zaman sona erdirmeye serbestisi de tanınmış olacaktır ki, bu durum iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil etmektedir.

uygun ihtar yapılmaksızın, yatırımcı hesabının tasfiye edilmesinin borçlar hukukunun genel hükümlerine ve sermaye piyasası mevzuatına aykırılık teşkil ettiği, sözleşme ve mevzuat hükümlerinde öngörülen süreler beklenmeksizin yatırımcının hesabında yer alan payların yatırım kuruluşu tarafından re'sen satılması⁷⁴ işleminin talimatsız işlem niteliğinde olduğunun tespiti halinde, Borsa İstanbul tarafından yatırımcı hesabında gerçekleştirilen işlemlerin hukuka aykırı olduğuna karar verilmesi kuvvetle muhtemeldir.

Bununla birlikte, yasal olarak verilmiş bir yetki olmaksızın vekaleten kredili işlem yapılmasından kaynaklanan bir uyuşmazlıkta, Borsa Yönetim Kurulu görevli ve yetkili bulunmayıp, uyuşmazlığın çözümü bakımından adli yargıya veya TSPB Hakem Heyetine başvurulmalıdır. Benzer şekilde, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların kredi sözleşmesinin geçerliliğine, krediye tahakkuk ettirilen faiz oranına yönelik ise uyuşmazlıklar borsa işlemi olarak kabul edilmez⁷⁵.

III. Müşteri Temsilcisine Verilen Vekaletnamelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

Yatırımcılar tarafından yatırım kuruluşu ile portföy yönetim sözleşmesi imzalanması yerine yatırımcı tarafından müşteri temsilcisine verilen bir vekaletnameye bağlı olarak işlemler gerçekleştirilmesi sonucunda mağduriyet iddiaları da gündeme gelebilmektedir. Anılan halde, uyuşmazlık konusunu yatırımcı ile vekili arasında akdedilen vekalet sözleşmesinin gerektiği gibi ifa edilip edilmediği veya kötüye kullanılıp kullanılmadığı oluşturur.

⁷⁴ Aracı Kurum tarafından temerrüt hükümleri gereğince, Yatırımcıya ihbarda bulunulup, verilen süre içinde Yatırımcı tarafından hesaba nakit virman yapılmaması veya hisse senedi satım emri verilmemesi halinde re'sen satım işlemi gerçekleştirilebilir. Konuya ilişkin olarak, Ankara 7. İdare Mahkemesi'nin E.2002/87, K.2002/1837 sayılı kararında, "... davacı aracı kurumun yatırımcıyı yasal düzenlemelerde öngörülen şekilde mütemerrit duruma düşürmeden satış işlemlerini tamamladığı anlaşılmakla uyuşmazlık konusu satış işlemlerinin iptali ile İMKB Yönetim Kurulu Kararının bu işlemler yönünden bozulmasına ilişkin kararda hukuka aykırılık görülmemiştir." şeklinde hüküm tesis edilmiştir (Yayımlanmamıştır).

⁷⁵ AYDIN, s. 178.

Diğer bir açıdan konu değerlendirildiğinde, uyuşmazlık konusu vakıada yatırımcının mağduriyetine sebep olan yatırım kuruluşu personeline geniş yetkiler içeren vekaletname verme uygulaması III-39.1 sayılı Yatırım Kuruluşlarının Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Tebliği'nin (III-39.1 sayılı Tebliğ) md. 56, I-(1)'de yer alan, *“Portföy yöneticiliği faaliyeti saklı kalmak üzere, yöneticileri ve merkez dışı örgütleri dâhil tüm çalışanları aracılığıyla müşterilerinden sermaye piyasası aracı alım satım emri verme, ordino ve diğer belgeleri imzalama, nakit ve sermaye piyasası aracı yatırma ve çekme, virman işlemi yapma gibi geniş yetkiler içeren vekâletname olarak veya bu sonucu doğuracak şekilde ya da müşterinin bu yöndeki sözlü yetkisine istinaden müşteri adına veya hesabına işlem yapamaz.”* düzenlemesine aykırılık teşkil eder. Ayrıca, anılan ihlal nedeniyle Sermaye Piyasası Kurulunca yatırım kuruluşu faaliyetlerinin denetime konu edilmesi olasıdır.

IV. Yatırım Tavsiyesinin Yerindeliliğine Dair Uyuşmazlıklar

Sermaye piyasası uyuşmazlıklarında müşterilerin genel olarak şikâyetlerinin yerindelik (*suitability*) iddialarından kaynaklandığı görülür⁷⁶. Yerindelik prensibinin gelişimine bakıldığında, 1940'lı yıllarda Amerika'da NASD (FINRA) tarafından ortaya çıkan bu prensibin yıllar geçtikçe etik kuralından hukuk kuralına evrildiğini söylemek mümkündür⁷⁷. 1980'li yıllara kadar ise yerindelik prensibi yaygın olarak küçük yatırımcılara uygulanmış olup, kurumsal yatırımcılar bakımından bu prensibin uygulanma alanına ise son derece istisnai kararlarda rastlanmıştır⁷⁸. FINRA'ya göre,

⁷⁶ Sermaye Piyasası Kurulu'nun 15.05.2014 tarih ve 15 sayılı toplantısında; uygunluk ve yerindelik testlerinin Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği tarafından hazırlanan asgari içeriği onaylanmış olup, 20.06.2014 tarih ve 19 sayılı Kurul toplantısında testlerin asgari içeriği, yatırım fonları açısından revize edilmiştir. (Ayrıntılı bilgi için bkz. (web: <http://www.spk.gov.tr/Sayfa/Index/6/8/12>, erişim: 30.10.2017). Sermaye Piyasası Kurulu'nun 15.05.2014 tarih ve 15 sayılı toplantısında ayrıca; testlerin asgari içeriğine uyulması, kendi içinde bütünlük arz etmesi ve makul gerekçelerin olması kaydıyla yetkili kuruluşların, *“risk ve getiri tercihi”* ile *“bilgi ve tecrübe”* sınıflandırmaları dahil olmak üzere testleri, şirket uygulamaları doğrultusunda şekillendirmesine ve müşteriden alınan bilgileri kendi belirleyeceği yöntemle göre değerlendirmesine imkan tanınmasına karar verilmiştir. (Yatırım Hizmet ve Faaliyetleri ile Yatırım Kuruluşlarına İlişkin Rehber s. 3).

⁷⁷ POSER-Liability, s. 1495.

⁷⁸ POSER-Liability, s. 1496.

yerindelik doktrini, adil işlem gerçekleştirilmesinin temelini oluşturur ve etik satış uygulamalarını ve profesyonel yönetim standartlarını yükseltmeye teşvik eder⁷⁹.

Yatırım tavsiyesinin yerindeliliğinin ⁸⁰ ana başlıklarını, “*finansal ürünün yerindeliliği*” ve “*yatırım amacının yerindeliliği*” oluşturur⁸¹. Söz konusu talepler; yatırımcının yaşı, yatırım amaçları, yatırımcının finansal durumu, risk toleransları veya mevcut bilgileri göz önüne alındığında kendilerine satılan yatırım ürünlerinin uygun olmadığına inanan birey ya da kuruluşlardan gelmektedir⁸².

A. Yerindelik Unsurları

Yerindeliliğin dört temel kriteri bulunmakta olup, bu kriterleri sırasıyla belirtmek gerekirse: (1) yatırımcı tavsiye edilen menkul kıymetin risklerine katlanabilmelidir; (2) yatırımcı bu riskleri anlayabilmelidir; (3) yatırım, yatırımcının hedefleri ile uyumlu olmalıdır; ve (4) tavsiye yatırımcının en düşük maliyetle menkul kıymet almasını sağlamalıdır⁸³. Söz konusu kriterlerden herhangi biri karşılanmadığı takdirde, yatırımcıya verilen tavsiyenin yerinde olmadığı kabul edilmelidir. Böylece bir müşterinin varlıkları ve deneyimi, yatırımcıya riskli yatırımlar önerildiğinden

⁷⁹ **Norman S. POSER/James A. FANTO**, Broker Dealer Law and Regulation, New York 2007 (2016 Supplement), § 19.01, s. 3.

⁸⁰ Yatırımcılara yerinde olmayan yatırım tavsiyesi verilmesine ilişkin olarak bkz. **Onur KALKAN/Mehmet ONUR**, Yatırımcının Korunması Kapsamında Yatırım Kuruluşlarının İç Denetim Faaliyetleri ve Öneriler, Bankacılar Dergisi, İstanbul 2017, S. 103, s. 57-81), s. 71-72.

⁸¹ **CARTWRIGHT**, esasen, finansal ürünün satın alınması yönündeki yatırım tavsiyelerinin verildiği hallerde, yatırım tavsiyesinin yerindeliliğinin finansal ürünün yerindeliliğiyle yakından ilişkili olduğunu ifade etmiştir (**Peter CARTWRIGHT**, Fairness, Financial Services and The Costumer in an Age of Principles-Based Regulation: Position and Consultation Paper, 2008, s. 1. (web: <https://www.nottingham.ac.uk/business/businesscentres/crbfs/documents/researchreports/paper52.pdf>, erişim: 20.10.2017), s. 23).

⁸² **POSER/FANTO**, § 16.03(D).

⁸³ Bir yatırım fonu tarafından aralarında yalnızca ücret yapısına yönelik farklılık bulunan A Grubu veya B Grubu paylar önerildiği hallerde, yatırımın miktarına ve müşterinin payları elinde tutma konusundaki beklentisinin uzunluğu gibi faktörlere bağlı olarak, A veya B Grubu payların yerindeliliği belirlenir. Belirli bir yatırımcı açısından üye temsilcisi tarafından daha pahalı pay grubuna dair payların alımının tavsiye edilmesi yerindelik ilkesine aykırılık teşkil eder.

kendi kararına dayalı olmamasına bağılı olarak gerçekleştirilen işlemin yerindeliliğine karşı iddiasının savunması olamaz.

Aksine, yerindelik ilkesi, yatırımın yatırımcı açısından uygun olmasıyla belirlenecek olup, sadece yatırım kuruluşunun ve dolayısıyla müşteri temsilcisinin yatırımcının para kaybını karşılayabileceğine inanıp inanmamasıyla saptanmaz⁸⁴. Yatırım kuruluşları yerindeliğe dair düzenlemelerin hukuki bir zorunluluktan ziyade yatırım kuruluşlarına etik bir yükümlölük getirdiğini iddia etmişlerse de, söz konusu argüman doktrinde ve uygulamada kabul görmemiřtir⁸⁵. Esasen, müşterinin bilgi düzeyine ve işlemlerine yönelik olarak yatırım kuruluşunun iç kontrol mekanizması da, bu yükümlölüğünün ihlal edilip edilmediğinin tespitinde bir araç olarak kullanılabilir⁸⁶.

Diğer taraftan, yüksek riskli işlemlerde bulunmak istemekle birlikte, finansal durumu düşük risk profilinde olan bir müşteriye, yatırım kuruluşu tarafından riskli yatırımlar tavsiye edilmemelidir⁸⁷. Böylesi bir durumda, yatırımcının yoksun kaldığı kazanç hesaplanırken “*uygun yatırım*” hususunda mevduat faizi oranlarının ortalaması nazara alınmış olmakla birlikte, müşteriye vaad edilen ve müşterinin hatalı tavsiyeye güvenerek elde etmeyi amaçladığı varsayımsal kazanç miktarı hesaba katılmaz⁸⁸.

Avrupa Birliği düzenlemeleri incelendiğinde, MiFID kapsamında yatırımcının bilgilendirilmesi sağlanarak yatırımcının seçimini esas alan düzenleme anlayışı,

⁸⁴ *Strobel v. Morgan Stanley Dean Witter*, 2006 WL 3735739, at *6 (S.D. Cal. Dec. 11, 2006).

⁸⁵ **GRANT**, s. 193.

⁸⁶ **GRANT**, s. 193.

⁸⁷ İngiliz hukukundaki *Woods v. Martins Bank Ltd. Davasında*, Mahkeme, bankanın özen yükümlölüğünü yerine getirmediğine, kendisine duyulan güvene uygun hareket etmediğine ve edimini gereği gibi ifa etmediğine hükmetmiştir. (**Burçak YILDIZ**, Sermaye Piyasası Hukukunda Genel Yatırım Tavsiyesi Sunma Faaliyeti ve Yatırım Danışmanlığı Faaliyeti Kapsamında Yatırım Tavsiyeleri, Ankara 2016, s. 179).

⁸⁸ *Bont-Urteil kararı* için bkz. **YILDIZ**, s. 260.

yatırım danışmanlığı⁸⁹ ve portföy yöneticiliği hizmetlerinin kendilerine has özellikler taşıdığı da dikkate alınarak yerini yerindelik testiyle⁹⁰ daha korumacı ve sıkı bir düzenleme anlayışına bırakmıştır.

B. Yatırım Tavsiyesinin Yerindeliğine Dair Uyuşmazlık Türleri

Sermaye piyasası uyuşmazlıklarında ileri sürülen en genel yerindelik iddiaları, bir müşteri belirli bir yatırımın içerdiği zarar riskini anlamadığında; müşteri yatırımın potansiyel risklerini taşıyacak finansal kaynaklara sahip olmadığında veya müşteri tarafından belirli bir yatırım hedefi gösterilmesine karşın üye temsilcisi aksine hareket ettiğinde ortaya çıkar.

⁸⁹ ABD’de yatırım danışmanlığı faaliyeti ve yatırım danışmanları esas olarak 1940 tarihli Yatırım Danışmanları Kanunu (Investment Advisers Act of 1940) ile düzenlenmiştir. Bunun dışında 1940 tarihli Yatırım Şirketleri Kanunu’nda (Investment Company Act of 1940) ve diğer bir kısım kanunlarda yatırım danışmanlığı faaliyetine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. 1993 tarihli Yatırım Danışmanları Düzenlemelerinin Geliştirilmesi ve Kamuyu Aydınlatma Kanunu (Investment Advisory Regulatory Enhancement and Disclosure Act of 1993) ile Menkul Kıymetler ve Borsalar Komisyonu’na (SEC, Securities and Exchange Commission), üyelerinin yatırım danışmanlığı faaliyetlerini izlemekle sorumlu olacak bir veya daha fazla öz düzenleyici kuruluş (SRO-Self Regulatory Organizations) oluşturma yetkisi verilmiştir.

⁹⁰ Yatırım danışmanları yasal olarak müşterileriyle eşit ve adilane bir şekilde iş yapmak zorunda olup, müşterinin yatırım amaçları ve risk toleransları göz önüne alınarak uygun yatırım önerilerinde bulunması gerekmektedir. Söz konusu uygunluk gereksinimi "*müşteriyi tanıma*" (know your customer) kuralı olarak da bilinmektedir. Bu kapsamda, yatırım danışmanlığı ve portföy yöneticiliği dışında kalan finansal hizmetlerde yatırımcının bilgilendirilmesi ve bu kapsamda yatırım şirketinin yatırımcıya açıklama yapma yükümlülüğü esas iken, yatırım danışmanlığı ve portföy yöneticiliği hizmetlerinde yerindelik testiyle temel olarak yatırım şirketinin hizmet vereceği yatırımcıyı tanıması hedeflenmektedir (Tuğba ÇAKIN, Yatırımcıların Korunması Kapsamında Aracılık Faaliyetlerinde İş Yapış Kurallarına İlişkin Yurtdışı Düzenlemeler ve Türkiye İçin Öneriler, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü, Ankara 2010, s. 23). Bu şekilde, yatırımcının bilgi düzeyini, yatırımcının tahmini yıllık gelirini ve özvarlığını, finansal ürün ve piyasalara ilişkin yetkinliğini ve risk iştahını öğrenen yatırım kuruluşunun yatırımcıya uygun bir yatırım danışmanlığı veya portföy yöneticiliği hizmeti vermesi öngörülmektedir (Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith V. Goldman, 593 f. 2D 129 (8th Cir. 1979), cert. denied’ 444 U.S. 838 (1979)).

Buna ilaveten, yatırımcı hesabındaki işlemler neticesinde haksız komisyon kazancı tespit edildiğinde yerindelik kriterine aykırılıktan söz edilebilecektir. Zira haksız komisyon kazancı temelde yatırımcı hesabında miktara dayalı yerinde olmayan işlemler gerçekleştirilmesiyle elde edilir. Ancak, yerindelik ihlalleri yukarıda yer verilen örneklerle de sınırlı değildir. Örneğin, üye temsilcisi, sabit ve düşük meblağlı emekli maaşına sahip bir dul kadına likit olmayan bir yatırıma yatırım yapmasını veya elde edilen karı yatırarak menkul kıymet almayı önerdiği takdirde, üye temsilcisince sunulan bu tavsiyeler uyuşmazlığa konu edilmesi olasıdır.

§ 4. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİNDE ÇÖZÜME KAVUŞTURULAN SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIK ÖRNEKLERİ

I. Genel Olarak

Taraflar, hukuk davasında görülecek bazı hususların tamamını veya bir kısmını arabuluculuğa devredebilir. Arabuluculuğa devredilmesi uygun olan uyuşmazlıklar çeşitlilik göstermekle birlikte, benzer olaylarda kullanılmak üzere emsal bir mahkeme kararı oluşturulmak istendiği hallerde arabuluculuğa başvurmanın yerinde olmayacağı belirtilmektedir⁹¹. Ayrıca, arabuluculuk yöntemiyle çözümlenmesine karar verilen hususlar dolaylı olarak ihtilafla alakalı olabilir veyahut keşfin boyutu, yapısı ve zamanlamasıyla ilgili usule dair uyuşmazlıklar olabilir. ABD’de arabuluculuk yöntemine başvurulabilecek belli başlı uyuşmazlık türlerinden vadeli işlemlerde, hedge fonlarda, yapılandırılmış finansal tahvillerde arabuluculuk yöntemi ile arabuluculuk sisteminin işleyişine dair örnek teşkil edebilecek bir arabuluculuk sürecine aşağıda yer verilmektedir.

II. Vadeli İşlem Sözleşmelerinde Arabuluculuğa Başvurulması

ABD hukukunda vadeli işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar açısından konu incelenecek olursa, vadeli işlemler⁹² temelinde yatan türev piyasaların teknik ve

⁹¹ KEKEÇ-Arabuluculuk, s. 103.

⁹² Vadeli işlem sözleşmesi (futures), sözleşmenin taraflarına, standartlaştırılmış miktar ve kalitedeki bir malı, kıymeti veya finansal göstergeyi, belirlenen ileri bir tarihte, bugünden üzerinde anlaşılan fiyattan alma veya satma yükümlülüğü getiren sözleşmelerdir. Vadeli işlem sözleşmelerinin asgari unsurları

eşsiz karakteristiğinden dolayı *Commodity Exchange Act (CEA)* kapsamındaki talepler bakımından "*ihtilaf konusu uyuşmazlık uzmanı*" spektrumu son derece geniştir. Aynı şekilde, bu tür uyuşmazlıklarda belirli uzmanlık türlerine olan ihtiyaç değişmekte olup, geniş bir yelpazede disiplinleri ve uzmanlık alanlarını kapsar.

Arabuluculuk sürecine katkı sağlayabilecek meslek sahiplerinden birkaçına yer vermek gerekirse, ekonomistler, istatistikçiler, mevzuat uzmanları, muhasebeciler, ticaret uzmanı, analistler⁹³, teknoloji uzmanları, menkul kıymet aracılık, döviz ve takas ofisi operasyonları uzmanlarının uyuşmazlık çözümünde etkisi olmaktadır. Aşağıda yer verilen uyuşmazlık türleriyle bazı uzman birliği ihtisaslarını gerektiren uyuşmazlık türlerine işaret edilmektedir:

(a) Yatırımcı tarafından üye temsilcisine (*Futures Commission Merchant*) ve vadeli işlemler danışmanına (*Commodity Trading Advisor*) karşı ileri sürülen yatırım hesabının yatırımcı kontrolünde olmaksızın işlem gerçekleştirildiği (*managed account claim*) iddiasında, uzman kişinin değerlendirebileceği hususların başlıcaları (i) kontrol edilen hesabın operasyonel ve mevzuata ilişkin yönleri, müşteriyle arasındaki ilişki ve üye temsilcisi hesap belgesi dahil vadeli işlemler danışmanı, vadeli işlemler açıklama belgesi, üçüncü taraflara verilen –varsa- işlem yetkileri, alım-satım belgeleri (*trade documentation*), raporlar, kayıt tutma ve emir tahsis gereklilikleri ve prosedürleridir⁹⁴.

nitelik, fiyat, miktar ve vade olup, anılan asgari unsurlar borsalarda işlem gören vadeli işlem sözleşmeleri için standardize edilmiştir (web: <http://www.borsaistanbul.com/urunler-ve-piyasalar/urunler/vadeli-islem-sozlesmeleri> erişim:11.01.2018).

⁹³ Analistler tavsiyelerin sözlü ya da yazılı olarak kamuya paylaşılmasına bakılmaksızın, tavsiyeye konu olan ihraççı ya da finansal araçla ilgili bilgilerden faydalanmakta ve tavsiyelerini bu bilgiler üzerine bina etmektedir. Düzenleyici otoriteler tarafından oluşturulan kurallarda sözlü tavsiyelerde dahi yazılı bir belgeye atıfta bulunma zorunluluğu bulunduğundan, analistler tarafından hazırlanan araştırma raporlarının içeriği ve kalitesi analistlerin rolünü ortaya koyan başlıca unsur olarak öne çıkmaktadır.

⁹⁴ **Hugh J. CADDEN/Bruce I. LARRIMER**, *Using Experts in Alternative Dispute Resolution*, (Alternative Dispute Resolution in the Futures Industry, New York 2013, s. 77-92), s. 89-90.

(b) Tezgahüstü türev işlemler uygulamada riskten korunma amacıyla en sık başvurulanan enstrümandır⁹⁵. Tarım piyasasında riskten korunma amacıyla fonlarına koruma sağlamaya çalışan kişi⁹⁶ (*hedger*) tarafından işlemi gerçekleştiren takas aracısına (brokerine) karşı yetkisiz işlem iddiasında, uzman bilirkişilerce değerlendirilmesi gereken hususların başlıcaları (i) şirkete ait dahili riskten korunma (*hedgeleme*⁹⁷) politikaları ve prosedürleri, risk yönetimi kontrolleri ve risklere yönelik temel izleme (*basis monitoring*) faaliyetleri, dahili kayıt ve *hedge* muhasebesi tutma dahil olmak üzere vadeli işlemler ve opsiyonlar kullanan tarımsal *hedgeleme* (riskten korunma) programlarının dahili operasyonları; (ii) kurumsal bir *hedger* ile onun üye temsilcisi arasındaki hesap açma belgeleri, kredi ve risk limitleri, işlemci/aracı (*broker*) tutanakları, hesap/idari departman etkileşimleri ve işlem belgeleri ve raporları dahil işleme dayalı ve düzenleyici ilişki; (iii) kar ve zarar, açık işlem sermayesi, birleşik ve tek pozisyonlar, pozisyonların alınması, sonlandırılması ve devam ettirilmesi, hesap marjini hesaplama, hesap fonlama ve fon akışı ve *hedger*'ın nakit/fiziksel piyasa pozisyonları dahil *hedge* hesabındaki işlemlerin analizi; (iv) nakit varlıklar ve vadeli işlem esasları ve teknik faktörler, fiyat analizleri ve volatilité dahil söz konusu dönemdeki piyasa şartları; (v) zarar teorileri, hesaplamalar ve *hedgeleme* kazanç ve kayıplarının işlenmesi de dahil olmak üzere zararlara dair hususlardır. Bu konuda uzman bilirkişilere vadeli işlemler sektörü ve düzenleme uzmanları, tarımsal *hedgeleme* uzmanları ve ticari yeniden yapılandırma ve hasar uzmanları da dahildir⁹⁸.

III. Hedge Fonlarda Arabuluculuğa Başvurulması

Hedge fonlara yatırım yapmak dünya genelinde büyük ölçüde profesyonel yatırımcılarla sınırlı tutulmuştur. Anılan profesyonel yatırımcılar geleneksel bireysel

⁹⁵ Nurgül CHAMBERS, *Türev Piyasalar*, 4. Basım, İstanbul 2007, s. 154; Ömer Faruk ŞENOL, *Hukuki Açından Bankaların Tezgahüstü Piyasada Taraf Olduğu Türev İşlemler*, İstanbul 2017, s. 17.

⁹⁶ Hedge işleminin başlıca amacı şimdiki veya gelecekteki nakit pozisyonundan doğacak riski azaltmak olup, söz konusu riski başkasına aktaran kişi '*hedger*' olarak adlandırılır.

⁹⁷ Hedging, mevcut veyahut gelecekte alınması planlanan bir pozisyona ilişkin olarak, spot piyasada meydana gelebilecek fiyat dalgalanmalarından kaynaklanabilecek zarar riskini minimize etmek saikiyle alım veya satım işlemi yapılmasıdır (ŞENOL, s. 17).

⁹⁸ CADDEN/LARRIMER, s. 91.

yatırımcılara nazaran önemli ölçüde daha çok yatırım yapma kabiliyetine sahip özel bir yatırımcı grubudur. Hem itibari hem de ticari kaygılarla, uyuşmazlık hedge fon ve onun yatırımcıları arasında dahi olsa, ticari ilişkileri iyi tutmak tüm hedge fonların başarısı için vazgeçilmezdir.

Örneğin, ABD’de 34.000’den fazla kamu çalışanına gelir sağlayan bir emeklilik fonu olan San Diego İlçesi Çalışanları Emeklilik Kurumu (*San Diego County Employees Retirement Association, SDCERA*), 2006 yılındaki finansal krizde bir hedge fonun *SDCERA*’nın tüm yatırımını kaybetmesinin ardından *Amaranth Advisors* (Amaranth)’ı Mart 2010’da tazminat talebiyle dava açtığında, uygulamada bu dava dikkatleri üzerine çekmiştir⁹⁹. *SDCERA* hedge fonun yatırımcıları sonradan borsa simsarı *Brian Hunter* tarafından işletilen bir doğalgaz fonu olduğu ortaya çıkan çok stratejili bir fona 175 milyon USD yatırmaya hatalı şekilde yöneltmekten sorumlu tutulması gerektiğini ileri sürmüştür.

Anılan dava, gizlilik ve ticari ilişkileri koruma bakımından geleneksel çekişmeli yargılama sürecinin zayıflıklarını ortaya koymuştur. Bu uyuşmazlık arabuluculuğun bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak hedge fonlar dâhil ticari kuruluşlar için daha iyi bir uyuşmazlık çözümü sağladığını ortaya koymaktadır. Özellikle hedge fonlar açısından arabuluculuğun esasları öncelikle gizlilik ve taraflar arasında dostane ve sürdürülebilir bir ilişkinin korunmasında yatmaktadır.

A. Hedge Fonlarda Arabuluculukta Gizlilik

Arabuluculuğun ayırt edici noktası yürütülecek faaliyetin gizliliğinde yatmakta olup, arabuluculuk yöntemini düzenleyen yasal hükümler gizliliğin korunmasına yönelik düzenlemeler içerir¹⁰⁰. Hedge fon sektörü açısından fonların performansı genellikle fonların sonraki yatırım stratejileri ile tanımlanmakta olup, bugün için

⁹⁹ **Josephine CHUNG/Tom NG/Calvin NG**, Hedge Funds and Mediation, July 2010, s. 1. (web: <http://www.complianceplus.hk/wp-content/uploads/2013/06/Hedge-Fund-and-Mediation.pdf>, erişim: 10.9.2016).

¹⁰⁰ **Seda ÖZMUMCU**, Uzakdoğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, İstanbul 2013, s. 305 dn. 209.

gizlilik tüm hedge fon yöneticilerinin gündeminin en tepesinde yer alır. Ancak, yatırımcılar ve hedge fonlar arasındaki uyuşmazlık olduğu durumlarda çekişmeli bir yargı süreci hedge fonlar için daha az arzu edilen bir seçeneğe getirerek ilgili bilgi ve verilerin duruşma salonunda açıklanmasını gerektirir¹⁰¹.

Geleneksel sürecin aksine, taraflar başarılı bir arabuluculuk durumunda gizli bilgilerin mahkeme salonunda açıklanmasından kaçınabilirler. İletişim ve görüşme süreci sonrasında müdahil taraflar uzlaşma anlaşmaları dâhilinde bir gizlilik sözleşmesi (*privilege agreement*) imzalar. Böylece önemli bilgiler taraflar arasında kalır. Uyuşmazlığın sebep olduğu gerginlik, arabuluculuk anlaşması dâhilindeki gizlilik prensibiyle minimuma indirilir.

B. Hedge Fonlarda Arabuluculukta İş İlişkilerinin Muhafaza Edilmesi

Hedge fonlar açısından modern iş dünyasında iyi iş ilişkilerinin korunması ticaretin başarısı açısından gereklidir. Farklı iş kolları, bir iş çevresinde besin zincirinde birbirlerine tabiatı gereği içten bağlıdır ve iyi ilişkiler, iş kolları için ilgili endüstrilerin rekabeti içerisinde kolaylık oluşturur. Ticari ilişkiler bir kez kurulduğunda, her zaman sürdürülmelidir ve sadece son derece istisnai şartlar altında bu ilişkilerin bozulmasına müsaade edilmelidir¹⁰².

Yakın geçmişteki *Madoff davası* alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının finansal uyuşmazlıklardaki etkinliğini göstermek bakımından örnek teşkil eder. Anılan

¹⁰¹ CHUNG/NG/NG, s. 2.

¹⁰² ÖZBEK-C. I, s. 304. Taraflar arasındaki iyi ticari ilişkilerin önemini dikkate alarak, arabuluculuk, menfaat çatışması sisteminde gerilim ve çatışmadan kaçınmak suretiyle uyuşmazlıkların çözümünde uygulanabilir bir mekanizma sunar. İngiltere’de *Dunnet vs. Railtrack* davasında hükmedildiği üzere, sürdürülebilir ilişki onlardan herhangi birinde hata bulmaksızın anlaşma yaparak taraflar arasında karşılıklı ödün verilmek suretiyle devam ettirilebilir. Mahkeme tarafından yürütülen yargılama faaliyetinin aksine, arabuluculuk anlaşmazlığa düşen tarafların gelecekteki işbirliği yapma olasılığını göz ardı etmez. Anılan dava gereğince, hakimin ADR yoluyla uyuşmazlığı çözmesi hususunda tarafları teşvikinin söz konusu olduğu hallerde, tarafların ve taraf avukatlarının hakimin bu amaca ulaşması için katkısı gereklilik arz eder. Bkz. *Dunnett vs Railtrack [2002] 2 All ER 850*.

uyuşmazlıkta hedge fonlar, bankalar ve *Madoff*'un Ponzi planının¹⁰³ mağdurları bir anlaşmaya varmış olup, 720.000 yatırımcıdan bazıları bankalardan 15,5 milyar dolar geri almışlardır. Bankaların bakış açısına göre, bankalar zahmetli bir davadan kaçınmışlardır. Örneğin, Avrupa'daki en büyük bankalardan biri olan İspanyol devi *Santander*, banka tarafından portföyü işletilen iki hedge fona karşı olan talepler için mağdurlara 235 milyon USD ödemeyi kabul etmiştir. Öte yandan, yatırımcılar anlaşma sonucunda tazmin taleplerinin %85'ini elde etmiştir. Söz konusu anlaşma belgesi hem hedge fonlar hem de yatırımcılar bakımından pozitif sonuçlar doğurmuştur¹⁰⁴.

Bu kapsamda, arabuluculuk bir taraftan uyuşmazlığı çözerken, diğer taraftan da hedge fonlar ve müşterileri arasındaki ilişkileri korur. Önemli orandaki orta ölçekli hedge fonun sadece sınırlı bir müşteri grubuna hizmet ettiği düşünüldüğünde, yatırımcı-hedge fon arasındaki ticari ilişkinin korunması, fonun kendi varlığını devam ettirmesi açısından büyük önem taşır.

C. Hedge Fonlarda Arabuluculukta Fon Yöneticilerine Yaptırım Uygulanabilirliği

Arabuluculuk yöntemi, düzenleyici otoriteler tarafından getirilen disiplin müeyyidelerinin yerine geçmez. Zira, fon yöneticilerinin görevini kötüye kullanması

¹⁰³ Madoff'un Ponzi Sisteminin işleyişi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Stephanie YANG**, 5 Years Ago Bernie Madoff Was Sentenced to 150 Years In Prison – Here's How His Scheme Worked, 2014. (web: <http://www.businessinsider.com/how-bernie-madoffs-ponzi-scheme-worked-2014-7> erişim: 21.11.2017).

¹⁰⁴ Bankalar ve hedge fonlar açısından, bu şirketler başarılı bir şekilde hukuk davalarından kaçınmış olmakta ve itibarlarına gelebilecek muhtemel negatif etkileri minimize etmiş olmaktadır. Buna karşın, taraflar uyuşmazlığı yargılama yoluyla çözmeye karar vermiş olmaları halinde, diğer müşteriler fonlara olan güvenlerini kaybedebilecekti. Fonların hukuk davalarıyla karşı karşıya kalması gerçeği, yatırımcıların paraya çevirme hamlelerini tetikleyecek ve bu hedge fonların varlığını tehdit edebilecekti. Arabuluculuğun ayrıca gizlilik içeren bir süreç olduğu göz önünde tutulduğunda, esas olan hedge fonlara ait gizli bilgilerin korunabilmesidir. Yatırımcılar bakımından konu ele alındığında, yatırımcının uzun süren, stresli ve riskli davalara girmemeleri ve başlangıç yatırımlarını güvence altına almaları gerekmektedir (CHUNG/NG/NG, s. 3).

durumunda, yöneticiler, yatırımcılar gibi hukuk mahkemelerinde uyuşmazlığı çözmeye istekli olsa dahi, ayrıca disiplin cezaları ile karşı karşıya kalması olasıdır¹⁰⁵. Kuşkusuz, bu durum arabuluculuğun bir uyuşmazlık çözüm metodu olarak çekiciliğini azaltabilir. Bununla beraber, fon yöneticileri etkin uyuşmazlık çözümü ve tüm finansal hizmetler sektörünün bütünlüğü arasında bir denge kurulması gereklilik arz eder.

Arbuluculuğun, hâkim önündeki geleneksel yargılama sürecine nazaran bir dizi avantajı bulunur. Finansal konulardaki profesyonel arabulucunun eksikliğine rağmen, arabuluculuğun gizlilik ve ticari ilişkileri korumadaki avantajları kesinlikle öne çıkar. Arabuluculuğun ticari ve finansal uyuşmazlıkların çözümü için potansiyel olarak en uygun mekanizma haline geleceğinde şüphe bulunmamaktadır. Kanımızca, hükümetlerin potansiyel desteği de eklendiğinde, uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuğun etki alanının diğer geleneksel ADR yöntemlerinin yanında genişlemeye devam etmesi oldukça olasıdır.

IV. Yapılandırılmış Finansal Tahvil Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Başvurulması

Global finans piyasalarında, yatırımcılara çeşitli yatırım stratejileri ve kompleks finansal enstrümanlar önerilmesi sonucunda, bir hayli teknik ve karmaşık uyuşmazlıklar doğabilmektedir. Finansal piyasalarda türev araç işlemlerinin ortaya çıkmasının başlıca sebebi öngörülemeyen risklerin bertaraf edilebilmesi olup, türev araç işlemlerinde dışsal faktörlerin önemli etkisi bulunur¹⁰⁶.

Tezgahestü türev araçlara ilişkin uyuşmazlıkların giderilmesi, farklı türev araç grupları için farklı yollar izlenmesi suretiyle ortadan kaldırılması mümkün olan karmaşık ve uzun bir süreçtir¹⁰⁷. 2008 yılındaki finansal krizin ardından finans şirketlerinin risk yönetim araçlarının yapılandırılmış kredi ürünlerinin risklerinin olumsuz koşullarda neden olacağı zararların öngörülmesinde yeterli olmadığı

¹⁰⁵ CHUNG/NG/NG, s. 5.

¹⁰⁶ ŞENOL, s. 5.

¹⁰⁷ Bankalar, tezgahüstü piyasada forward, opsiyon ve swap işlemlerini müşterilerine türev hizmeti olarak sunmaktadır.

anlaşılmıştır. Söz konusu karmaşık finansal ürünlerin getiri ve korelasyonlarına ilişkin geçmiş verilerin bulunmaması; riskteki değer yöntemine ve senaryo analizine dayalı tahminlerin önemli ölçüde belirsizliğe sürüklenmesine neden olmuştur¹⁰⁸.

Yapılandırılmış finansal tahvil¹⁰⁹ (*minibond*) yatırım araçlarının yatırımcıları kayba uğratması halinde, yatırımcıların hukuk davası açma imkanı her zaman mevcut olmakla birlikte, *Lehman Brothers*'ın çöküşünün ardından az sayıda yatırımcı hukuk yargılamasına başvurmuştur¹¹⁰. Yatırımcıların hukuk davası açmamasının başlıca sebebi ise yargılama giderlerinin yüksekliği olarak değerlendirilmiştir¹¹¹.

A. Lehman Brothers'ın İflasında Yapılandırılmış Finansal Tahvillerde Uygulanan Arabuluculuk Sürecinin Aşamaları

Wall Street'teki dördüncü büyük yatırım bankası olan *Lehman Brothers Holdings Inc. (Lehman Brothers)*¹¹² Grubunun çöküşü, çeşitli finansal kurumların hileli satış tekniklerine karşı birçok devlet kurumu tarafından sağlanan yetersiz

¹⁰⁸ **Yener COŞKUN**, Küresel Kriz Dersleri Işığında Aracı Kurumlarda Finansal Dayanıklılığı Artıran Düzenlemelerin Gözden Geçirilmesi, (Ekonomi Bilimleri Dergisi, C. 2, S. 2, 2010, s. 157-165), s. 158.

¹⁰⁹ Yapılandırılmış finansal tahvil (*minibond*) uyumsuzlukları için en önemli konu risklerin tamamen açıklanması ve bildirilmesidir. (**Shahla F. ALI/Antonio Da ROZA**, Alternative Dispute Resolution Design in Financial Markets-Some More Equal Than Others: Hong Kong's Proposed Financial Dispute Resolution Center in the Context of The Experience in The United Kingdom, United States, Australia, and Singapore, (Pacific Rim Law & Policy Journal, Vol. 21, No. 3, 2012, s. 485-531), s. 515). Finansal tahviller olarak da ifade edilen minibondlara ilişkin açıklamalarda bulunurken, '*mini*' ifadesinin kullanılmasının sebebi küçük birimlerle satılan ve amatör yatırımcılar bakımından uygun fiyatlı olmasından kaynaklanmaktadır. (**Shahla F. ALI/John Koon Wang, KWOK**, After Lehman: International Response to Financial Disputes – A Focus on Hong Kong (Richmond Journal of Global Law and Business, Vol. 10, No. 2, 2011, s. 151-177), s. 154 vd).

¹¹⁰ **ALI/KWOK**, s. 160.

¹¹¹ **ALI/KWOK**, s. 160.

¹¹² 1850 yılında kurulmuş olan *Lehman Brothers*, 2008 yılındaki finansal krizde, 2008 yılının üçüncü çeyreğinde 39 milyar dolar zarar açıklamıştır. ABD İflas Kanunu *Chapter 11* kapsamında iflas koruması için dava açılmıştır. *Lehman Brothers*'a ait minibond araçları -sonradan iflas etmiş olan- *Pacific International Finance*'ın ihraççısı olduğu ve ABD yatırım bankası *Lehman Brothers* tarafından dizayn edilen yatırım ürünleriyle ilişkilidir.

korumanın varlığını ortaya koymuştur¹¹³. *Lehman Brothers*'in iflası¹¹⁴, Amerikan şirketlerinin tarihindeki en büyük iflas olarak kabul edilir¹¹⁵. Singapur'da *Lehman Brothers* yapılandırılmış finansal ürünler kapsamındaki *minibond*¹¹⁶ araçlarının alıcısı konumundaki *Pricewaterhouse Coopers*, yatırımcılara anlaşma önerisinde bulunmuştur. Bununla beraber, bu merkezi planlar genellikle uyuşmazlıkları bireysel yatırımcıları kapsamı içerisine alır¹¹⁷.

¹¹³ Lehman Brothers'in iflasında, kompleks finansal ürünler analiz edilmiş ve bu yapıdaki finansal ürünler hakkında iflas mahkemelerinde ilk kez karar verilmiştir. Bunun sonucunda, bazı hallerde iflas mahkemesinin kararı zaman zaman tartışmalı ve bazı gözlemciler tarafından şaşırtıcı bulunmuştur (**Michael J. FLEMING/Asani SARKAR**, The Failure Resolution of Lehman Brothers, Federal Reserve Bank of New York Economic Policy Review, December 2014, s. 175-206), s. 188.

¹¹⁴ 17 Eylül 2009 tarihinde, *Lehman Brothers*'in iflas davasını ele alan Amerika Birleşik Devletleri İflas Mahkemesi, belirli türev sözleşmeleri için alternatif uyuşmazlık çözümleri ve arabuluculuk usullerinin uygulanmasına karar vermiştir. Mahkeme katımlı arabuluculuk programının uygulanmasıyla, *Lehman Brothers* kuruluşlarıyla swap oranları veya diğer türev işlemleri içerisinde olan tarafları ve tüm gerekli ödemeleri yapmayan kişileri veya sözleşmelerini tek taraflı feshetmiş olan kişileri etkilemiştir. *Lehman Brothers* tarafından Chapter 11 uyarınca iflas dava açmasına bağlı olarak, bu durum swap anlaşması uyarınca temerrüt halinde, ihraççıya söz konusu anlaşmayı sona erdirmeye hakkı vermiştir. Swap anlaşmalarının sona ermesi nedeniyle de minibondlar erken itfa edilmiştir (**ALI/KWOK** s. 155). Mevcut yükümlülüklerini yerine getiren veya *swaplarını* anlaşmalı şekilde fesheden taraflar ise arabuluculuk kapsamı dışındadır. Dolayısıyla, *Lehman Brothers* Arabuluculuk Planında tanımlandığı üzere, sadece talepleri uyuşmazlık çözüm merciince onaylanan ve yapılandırılmış finansal tahvile ilişkin talepleri kompleks sorulara dayanmayan *Lehman Brothers* yatırımcılarının uygun nitelikte olduğu kabul edilmiştir.

¹¹⁵ **Gu WEIXIA**, ADR and Financial Disputes in Hong Kong: The Lehman Brothers Experience and The Way Forward, (Asian Dispute Review, January 2011, s. 20-23), s. 20.

¹¹⁶ Minibondlar genellikle piyasada tanınır olan şirketlere ait referans verilen varlıkların alacaklarına bağlı olan yapılandırılmış türev araçlardır. 48.000'den fazla Hong Kong yatırımcısı *Lehman Brothers* ile ilişkili yapılandırılmış ürünlere yatırım yapmıştır (Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gary SOO/Yun ZHAO/Dennis CAI**, Better Ways of Resolving Disputes in Hong Kong-Some Insights From the Lehman-Brothers Related Investment Product Dispute Mediation and Arbitration Scheme, Journal of International Business and Law, Vol. 9, Issue:1, 2010, s. 137-152). (Web: https://law.hofstra.edu/pdf/academics/journals/jibl/jibl_vol9no1_soo_zhao_cai_hong_kong.pdf, erişim:23.1.2018).

¹¹⁷ Hong Kong örnek olarak alındığında, Yatırımcı Eğitim Konseyi ve finansal uyuşmazlık çözüm merkezi kurulmasına ilişkin konsültasyon evraklarına göre, teklif edilen Finansal Uyuşmazlık çözüm

Lehman Brothers'ın arabuluculuk sürecinde dikkat çeken bir diğer nokta ise, arabuluculuk ücret ve giderlerinin *Lehman Brothers* tarafından karşılanmasıdır¹¹⁸. Buna ilaveten, arabuluculuk sürecinin başlatılması ve sona erdirilmesi için üç haftalık bir süre kısıtı getirilmiştir¹¹⁹. Arabuluculuk görüşmelerinin ise kural olarak beş saatten fazla sürmemesi şeklinde arabuluculuk süreci detaylandırılmıştır¹²⁰. Etkin ve başarılı bir arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi aşağıdaki süreçlerini içerir¹²¹:

1. Bildirim/Yanıt Aşaması

Arabuluculuk planı, tarafların birbirlerine uzlaşma tekliflerini verebilmeleri, uzlaşma toplantılarını/görüşmelerini takvime bağlamaları ve eğer mümkünse herhangi bir uyuşmazlığı karşılıklı anlaşmaya dayalı olarak çözmeleri için bir bildirim/yanıt aşaması ortaya koyar. Bu süreç boyunca, *Lehman Brothers* tarafından, karşı tarafın *Lehman Brothers*'ın iddiasının genel mahiyetini anlamasını sağlayacak yeterli bilgileri içeren bir bildirim göndermesi gerekir. Bu bildirim (Türev Araçlar ADR Bildirimi), talebin dayanağının kısa bir açıklamasını ve istenen miktarı içermek zorundadır. Bildirim *Lehman*'ın tam uzlaşma için kabul edebileceği belirli miktarı ortaya koymalıdır. Söz konusu plan, bildirim için kullanılabilecek bir şablon öngörür.

Bir türev araç¹²² sözleşmesinin tarafının bildirimine, bildirimin alındığı tarihten itibaren 30 takvim günü içerisinde yazılı olarak cevap vermesi gerekir. Türev

merkezi, fonlar ve kurumsal yatırımcılar arasındaki anlaşmazlıkları kapsamamaktaydı. Sadece bireysel müşteriler veya bir tek menkul kıymet sahibi, merkezin hizmetlerinden faydalanmıştır. Hedge fonların temelde kurumsal yatırımcılara hizmet verdiği ele alındığında, teklif edilen Finansal Uyuşmazlık Çözüm Merkezinin hedge fon sektöründe önemli bir rol oynamayacağı öngörülmüştür.

¹¹⁸ Mediation and Insolvency, s.5, http://www.altenburger.ch/uploads/tx_altenburgerteam/bsg_2010_mediation_and_insolvency.pdf, erişim:22.1.2018.

¹¹⁹ WEIXIA, s. 21.

¹²⁰ SOO/ZHAO/CAI, s. 146.

¹²¹ Stephen WEYL/Rudolph W. OGDEN, *Lehman Alternative Dispute Resolution Procedures: A Path To Swap Monetization*, October 2009, s. 1.

¹²² Günümüzde geleneksel sermaye piyasası araçlarının yanı sıra, ekonomik ve finansal göstergelere, mala, kıymetli madenlere ve benzeri ürünlere yönelik risk yönetimi olanağı sunan kontratlar gibi türev araçlar piyasada zamanla etkinliğini artırmaktadır. Türev sözleşmeleri, sözleşme tarihinden ilerideki bir

sözleşmenin tarafı vereceği cevapta, uzlaşmak için bildirimde ortaya konulan koşulları kabul edebilir. Yatırımcılarla herhangi bir kabul işlemi yazılı şekilde yapılmalıdır. Kabulü müteakiben, taraflar bir uzlaşma ve genel ibra protokolü imzalar.

Bunun yerine, türev sözleşmenin tarafının uzlaşmak için sunulan miktarı reddetmesi halinde, yanıtının sözleşmenin redde ilişkin kısa bir açıklaması olmak zorundadır. Bir türev araç sözleşmesinin tarafı yanıtının içerisinde bir karşı teklif sunabilmektedir. Arabuluculuk planı, ret ve karşı teklif için şablonlar içerir.

Türev işlemlerin tarafının yanıtını aldıktan sonra *Lehman Brothers*'ın bu yanıtı cevap vermesi için on beş günü bulunmaktadır. *Lehman Brothers* cevabında, (1) talebini değiştirir, (2) herhangi bir karşı teklife yanıt verir, (3) önceki talebini destekleyecek ek bilgiler sağlar veya (4) karşı teklifi reddeder. Eğer karşı teklif reddedilmişse, uyuşmazlık arabuluculuk aşamasına geçer.

Tarafların ilk görüşmesinde uzlaşma görüşmelerinin yapılması için en az bir saatlik süre ayırması gerekir¹²³. Söz konusu görüşmelere hiçbir arabulucu veya mahkeme temsilcisi katılmaz. İlk konferans görüşmesi daha sonraki diğer görüşme veya toplantılar gibi Federal Delil Kanunu md. 408¹²⁴ ve benzeri delile dayalı Eyalet düzenlemeleri kapsamında yapılır ve görüşmeler için (mahkemece verilen) kararın gizlilik hükümleri bir arabulucu halihazırda bulunuyormuşçasına geçerlidir.

zamanda, sözleşmede belirtilen şartlarda, sözleşmenin ifasının gerçekleşmesini konu aldığı söylenebilecektir. Anılan sözleşmeleri diğerlerinden ayıran özellik, sözleşmenin kurulması ile ifası aşamalarının farklı zamanlarda gerçekleşecek olmasıdır (**KIRCA**, s. 45).

¹²³ **WEYL/OGDEN**, s. 2.

¹²⁴ İspatla ilgili Federal Delil Yasasının 408. maddesi şu şekildedir: “*Hakem huzurunda yapılan müzakerelerdeki fiil ve ifadeler, tazmin talebinin veya miktarının güvenilirliği veya geçersizliğine ilişkin kanıt olarak kabul edilemez.*” Madde 408'deki ifade tam olarak, arabuluculuk veya müzakere esnasında gerçekleştirilen ifadeyi içermemektedir. Madde 408'in ardındaki temel prensip, bunun uyuşmazlıkların çözümünde yapılan arabuluculuk ve müzakerelere de uygulanmasını gerektirir. Dolayısıyla, Madde 408 arabuluculuk yöntemine uygulansa bile arabuluculuk esnasındaki ifadelerin tümü sürekli şekilde kanıt olmaktan muaf tutulamaz. İfadeler hukuk davasının çözümüne yönelik olmalıdır; bir ceza davası veya henüz dava aşamasına gelmemiş bir uyuşmazlığa dair olmamalıdır.

2. Arabuluculuk Aşaması

Arabuluculuk planı, bildirim/yanıt aşaması ile çözüme kavuşturulamayan türev araçlar ADR uyuşmazlıklarının arabuluculuğa gitmesini sağlar. Belirli bir arabuluculuğun tahsis edilmesi amacıyla *Lehman Brothers*'ın tayin edilen arabuluculara birtakım türev ADR bildirimleri ve uygulanabilir yanıt ve cevapları göndermesi gerekir.

Arabulucu tarafından aksi yönde talimat verilmedikçe, arabuluculuğun tüm katılımcılarının uzlaşma yetkisi olan bir şirket yetkilisiyle şahsen arabuluculuk sürecinde yer almaları gerekir. Ancak bunun için, arabulucu tarafından kabul edilebilir olduğu ölçüde karşı taraf adına uzlaşma yetkisi olan bir şirket yetkilisi -masrafları ilgili tarafa ait olmak üzere- arabuluculuğa video konferans aracılığıyla katılabilir¹²⁵. Tarafların avukatlarının ayrıca oturumlara katılması mümkündür.

§ 5. ARA DEĞERLENDİRME

Sermaye piyasası işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları, ihraççı-yatırım kuruluşu-yatırımcı ve uluslararası menkul kıymet işlemleri bakımından bilgilendirici aracı (*informational intermediary*)-yatırımcı olmak üzere üç kategoride ele almak mümkündür¹²⁶. Hukukumuzda ihraççı-yatırımcı arasındaki uyuşmazlıkların uygulanma alanı sınırlı olduğu göz önünde tutulduğunda, , çalışmamızda esasen finansal aracı olarak faaliyet gösteren yatırım kuruluşu ile yatırımcı arasındaki uyuşmazlıklara yer verilecektir.

Finansal kriz sonrasında *Lehman Brothers* ile yatırımcı arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için oluşturulan arabuluculuk planı sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümünde incelenmesi gerekli en belirgin örnek olarak karşımıza çıkar. *Lehman Brothers*'ın iflas dosyasını incelemesinden birkaç hafta sonra, *Lehman*

¹²⁵ WEYL/OGDEN, s. 2.

¹²⁶ **Tiago ANDREOTTI**, *Dispute Resolution in Transnational Securities Transactions*, Portland 2017, s. 47.

Brothers'ın minibond araçlarının sahipleri, uyuşmazlık çözüm merciileri nezdinde bankalar hakkında hatalı satış uygulaması (*misselling*) iddialarında bulunmuştur. Arabuluculuk Planının oluşturulmasından sonra yatırımcılar nasıl tazminat talep edecekleri konusunda bir fikre sahip olmaya başlamıştır. Bu tecrübeden elde edilen, herhangi bir finansal ilişkinin başlangıcında çözüm için mevcut yolların açık bir resmine duyulan ihtiyaç, yatırımcılara çözüm için açık bir yol haritası sağlayacaktır.

Lehman Brothers Arabuluculuk Sistemi finansal uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk ve tahkimin kullanımının başarılı bir örneğini teşkil eder. Ticari ve finansal konularda arabuluculuk ve tahkimin uygulanabilirliği ise, Lehman Brothers Arabuluculuk Planının başarılı olmasına kadar dikkat çekmemiştir. Lehman Brothers Arabuluculuk Planı, benzersiz karakteristiği ve zarar gören yatırımcıların ihtiyaçlarını dikkatle nazara alması ve bu hususların arabuluculuk usullerinde birleştirilmesi sayesinde başarılı olmuştur¹²⁷. Yatırımcıları arabuluculuk usullerine aşına hale getirmek için arabuluculuk öncesi toplantılar gerçekleştirilmiştir¹²⁸.

Hukukumuzda ise, yatırımcı-aracı kurum/yatırım kuruluşu arasındaki uyuşmazlıkların yargı yolu veya Borsa İstanbul nezdinde çözüm şeklinde farklı yollar öngörülmüş olup, anılan yöntemler birbirinden bağımsızdır. Borsa üyeleri ile müşterileri arasında çıkan ihtilaflar özü itibarıyla özel hukuk alanında cereyan etmesi nedeniyle, adli yargı mercilerine başvurulmak suretiyle giderilmesi esas olmakla birlikte, müşterilerin borsa üyeleriyle olan ihtilafların başvuru halinde Borsa İstanbul veya TSPB tarafından incelenmesi mümkündür.

¹²⁷ **Bob WESSELS**, Mediation in Restructuring and Insolvency, (Eurofenix, Spring 2016, s. 24-25), s. 24. (web: <file:///Users/onur/Downloads/SR - Int - Mediation in Restructuring and Insolvency. pdf> erişim: 23.11.2017).

¹²⁸ **SOO/ZHAO/CAI**, s. 146.

İKİNCİ BÖLÜM

SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜM YOLLARI

§ 1. UYUŞMAZLIKLARIN YARGISAL YOLLA ÇÖZÜMÜ

I. Yargı İşlevi ve Kullanılması

1982 Anayasası'na göre devletin üç temel işlevi bulunmakta olup; Anayasa'nın 7 nci maddesinde yasama yetkisi, 8 inci maddesinde yürütme yetkisi ve görevi ve 9 uncu maddesinde ise yargı yetkisi düzenlenmiştir. Anayasa'nın 9. maddesinde belirtildiği üzere, “*yargı*” fonksiyonu devletin başlıca fonksiyonları arasında yer alır¹²⁹. Söz konusu maddede yargı yetkisinin ne olduğu tanımlanmamış olmakla birlikte, anılan yetkinin bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiştir.

Yargı işlevi, yasama ve yürütme fonksiyonları arasında kontrol-denge işlevi görmekte olup, hem yasamanın hem de yürütmenin işlemlerinin hukuka uygunluğunun sağlanmasında üstlenmiş olduğu görev itibarıyla ayrıcalıklı bir konumdadır¹³⁰. *Tanrıver*'e göre, yargı işlevinin, hukuksal korunma ve yargısal denetim biçimlerinde tezahür eden, birbiriyle yakın ilişki içinde bulunan ve birbirini tamamlayıcı nitelikte iki boyutu mevcuttur¹³¹. *Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz*'a göre yargı işlevi, objektif hukukun, bağımsız ve tarafsız mahkemelerce yargısal usuller çerçevesinde, somut bir olaya veya ilişkiye uygulanmasıdır¹³².

Öte yandan, yargı yetkisi, bir egemenlik yetkisi olup, devletin tekeli altında olup, söz konusu yetki devletin mahkemelerince kullanılır. Ancak kanunlarla bazı

¹²⁹ Şekli anlamda yargı ve maddi anlamda yargı işlevi kavramları için bkz. **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ**, s. 66; **Baki KURU**, İstinaf Sistemine Göre Yeniden Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017, s. 15. (**KURU**-Ders Kitabı); **Hakan PEKCANITEZ/Oğuz ATALAY/Muhammet ÖZEKES**, Medenî Usûl Hukuku (Ders Kitabı), İstanbul 2017, s. 25.

¹³⁰ **Süha TANRIVER**, Medeni Usul Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara 2016, s. 75. (**TANRIVER**-Medeni Usul).

¹³¹ **TANRIVER**-Medeni Usul, s. 77.

¹³² **Baki KURU/Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 25. Baskı, Ankara 2014, s. 56; **Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ/Sema TAŞPINAR AYVAZ**, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017, s. 78.

hallerde, Devlet mahkemeleri yerine hakem mahkemelerine gitmek mecbur tutulduğu gibi, bazı durumlarda da tarafların iradi olarak tahkim yoluna gidebilmesi mümkündür¹³³.

II. Uyuşmazlıkların Devlet Mahkemeleri Yoluyla Çözümü

Mahkemeler temel olarak, Devlet tarafından görevlendirilen ve adalet dağıtım işi ile uğraşan, bir veya birden fazla hakimden oluşan ve uyuşmazlıkları objektif hukuk kuralları çerçevesinde verdiği kararlar vasıtasıyla çözüme kavuşturmakla görevlendirilen kuruluşlardır¹³⁴. Bu suretle, subjektif hakkı ihlal edilen veya tehlikeye düşen kimse ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümü için mahkemeden hukuki korunma talep edebilecektir¹³⁵.

Anayasa'nın 142 nci maddesi gereğince, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir. Söz konusu anayasal hükme benzer düzenleme 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK)'nin birinci maddesinde yer alır. Mahkemelerin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinde nazara alınacak ilkelerden birisi de “*tabii hakim ilkesi*” olup, bu ilke gereğince yargılamaya konu edilen uyuşmazlığın ortaya çıkmasından evvel, yürürlükteki kanunlar aracılığıyla mahkemenin görev, yetki ve işleyişi belirlenir¹³⁶.

¹³³ **Gökçen TOPUZ**, Türkiye Futbol Federasyonu Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun Yargı Yetkisi Üzerine Düşünceler, (Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi C. 19, Özel Sayı-2017, s. 1901-1926), s. 1910.

¹³⁴ **Ramazan ARSLAN/Süha TANRIVER**, Yargı Örgütü Hukuku Ders Kitabı, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2001, s. 36; **TANRIVER**-Medeni Usul, s. 78; **Abdurrahim KARSLI**, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Basım, İstanbul 2012, s. 121; **Kemal BAŞLAR**, Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı, Ankara 2005, s. 9. Mahkeme kavramına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Hakan HASIRCI**, Medenî Usul Hukuku Bağlamında Tabii Hâkim İlkesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013, s. 17.

¹³⁵ **Hakan PEKCANITEZ**, Medeni Usul Hukuku C. II, (PEKCANITEZ-Usul, Editörler: Hakan PEKCANITEZ/Muhammet ÖZEKES/Mine AKKAN/Hülya TAŞ KORKMAZ, İstanbul 2017), s. 923.

¹³⁶ Tabii hakim ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **TANRIVER**-Medeni Usul, s. 83-100.

Devlet yargısı, özellikle son yıllarda uyuşmazlık çözümünde klasik bir yöntem olarak kabul edilmekte olup, taraflardan birinin uyuşmazlığı yargıya sevk etmesi, uyuşmazlığın çözüm sürecinin başlaması açısından yeterlidir. *Tanrıver*'e göre, yargılamaya esas karakterini kazandıran özelliklerin, hukuki uyuşmazlıkların veya hukuka aykırılık iddialarının, yargısal usuller kullanmak suretiyle çözümlenmesi ve bu sürecin sonucunda ortaya çıkan çözümün, ilgili hukuki uyuşmazlık ya da hukuka aykırılık iddiası bakımından, “*kesin hüküm*” teşkil etmesidir¹³⁷. *Yılmaz* ise, hukuk yargılamasının amacının, adaletli karar vermek biçiminde özetlenebileceğini; kararın adaletli olması hususunun ise, kararın taraflar arasındaki uyuşmazlığı, tarafları tatmin edecek biçimde tümüyle ortadan kaldırmasının yanında toplumsal barışı sağlamaya yönelik olduğu belirtilmiştir¹³⁸.

Öte yandan, devlet yargısı vasıtasıyla uyuşmazlığın ele alınmasında, karşı tarafın isteğinin kural olarak bir önemi bulunmaz. Anılan halde uyuşmazlığın tarafları, kendi hakkının üstünlüğünün iddiası ekseninde ve yargılama için öngörülen usul hükümleri kapsamında birbirleriyle mücadele eder¹³⁹. Yargılamada taraflar dışında bir üçüncü kişi mevcut olmakla birlikte, söz konusu üçüncü kişi tarafların kontrolü dışında süreci yönetip uyuşmazlık hakkında karar verir¹⁴⁰.

III. Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü

A. Genel Olarak Tahkim Kurumu ve Niteliği

Tahkim¹⁴¹ esas itibarıyla hukuk mahkemelerinde çözümlenebilecek bir hukuki uyuşmazlığın, tarafların anlaşmasına dayanılarak, özel hakem/ler tarafından

¹³⁷ **Süha TANRIVER**, Türk Hukuku Bağlamında Çekişmesiz Yargı ve Noterlik, (Noterlik Hukukuna İlişkin İncelemeler, (1993-2011), Ankara 2011, s. 147-160), s. 148.

¹³⁸ **Ejder YILMAZ**, Medenî Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 2010, s. 30-31. (YILMAZ-Islah).

¹³⁹ **Aytül İpek POLAT**, Finansal Ombudsman Hizmeti, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü, Ankara 2007, s. 50.

¹⁴⁰ **ÖZEKES** -PEKCANITEZ Usul C. III, s. 2814.

¹⁴¹ Türk Tahkim hukukunun genel çerçevesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Nuray EKŞİ**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim (6100 sayılı HMK md. 407-444), İstanbul 2013, s. 1-6. (**EKŞİ**-HMK Tahkim).

çözümlemesidir¹⁴². *Postacıoğlu*, tahkimi, tarafların anlaşması üzerine, aralarındaki hukuki uyuşmazlığın “hakem” denilen özel kişiler tarafından halledilmesi şeklinde ifade etmiştir¹⁴³. *Yeğengil*, bu tanıma “kanunun tahkim yoluyla çözümüne izin verdiği konular kapsamında” ibaresini de eklemektedir¹⁴⁴. Tahkim anlaşmasıyla, sözleşme konusu uyuşmazlık açısından hakem mahkemesi münhasır yetki sahibi olmakta ve devlet mahkemelerinin yargı yetkisi bertaraf edilmektedir¹⁴⁵.

Belirtmek gerekir ki, hukukumuzda iç tahkim HMK.’nın 407 ila 444 üncü maddelerinde; milletlerarası tahkim ise 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda düzenleme altına alınmıştır. HMK’nın iç tahkime ilişkin düzenlemeleri Milletlerarası Tahkim Kanunu ile karşılaştırıldığında, tahkime ilişkin iki ayrı kanundaki düzenlemelerin önemli benzerlikler taşıdığını söylemek mümkündür¹⁴⁶.

¹⁴² **Necip BİLGE/Ergun ÖNEN**, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 247; **Saim ÜSTÜNDAĞ**, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, s. 933 vd.; **Baki KURU**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. VI, İstanbul 2001, s. 5875; **Ergin NOMER/Nuray EKŞİ/Günseli ÖZTEKİN-GELGEL**, Milletlerarası Tahkim, 3. Bası, İstanbul 2003, s. 1; **İsmail DOĞANAY**, Türk Ticaret Kanunu ile Tatbikat Kanunu ve Tahkim Müessesesi, Ankara 1964, s. 774. KURU, hakemlerin kendilerine tevdi edilen uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak bakımından hiçbir resmi sıfatının bulunmadığını haklı olarak ifade etmiştir (**KURU-Ders Kitabı**, s. 324). Tahkimin tarihçesi hakkında bilgi için bkz. **Yavuz ALANGOYA**, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973, s. 1-19; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYYAZ**, s. 762-763; **Ali YEŞİLIRMAK**, Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim, İstanbul 2011, s. 58; **Ziya AKINCI**, Milletlerarası Tahkim, 4. Baskı, İstanbul 2016, s. 58; **Turgut KALPSÜZ**, Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Ankara 2012, s. 1-3; **PEKCANITEZ, Hakan/YEŞİLIRMAK, Ali**, Pekcanitez Usul - Medeni Usul Hukuku, C. II, İstanbul 2017, s. 2597.

¹⁴³ **İlhan POSTACIOĞLU**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975, s. 783.

¹⁴⁴ **Rasih YEĞENGİL**, Tahkim (l’arbitrage), İstanbul 1974, s. 7. Aynı yönde bkz. **İzzet KARADAŞ**, 6100 Sayılı HMK’nda Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim, Ankara 2013, s. 25.

¹⁴⁵ **Gülgün ILDIR**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003, s. 57; **Şanal GÖRGÜN/Mehmet KODAKOĞLU**, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 2. Bası, Ankara 2012, s. 359.

¹⁴⁶ **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYYAZ**, s. 762.

Hukuk uyuşmazlıklarının tarafları, hukuk mahkemelerine giden yolu kapatarak uyuşmazlıklarını ikame yargı niteliğindeki tahkim kuralları çerçevesinde uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümlemek ve bir hükümle haklarını elde etmek amacını taşır¹⁴⁷.

B. Tahkimin Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Arasında Değerlendirilebilirliği

Alternatif uyuşmazlık çözümü kavramı genel olarak mahkeme dışı çözüm yollarının tamamını karşılamak üzere kullanılan bir üst kavram olmakla birlikte, tahkimin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında kabul edilebilirliğine yönelik doktrinde görüş ayrılıkları söz konusudur¹⁴⁸. Doktrinde bir görüşe göre, tahkim, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birisi ve en etkin ve yaygın olarak işlerlik kazananıdır¹⁴⁹. Konuya ilişkin olarak Özbek, yargısal işlevin temel unsurunun mahkemelerce yerine getiriliyor olma şeklinde ortaya çıktığı göz önünde tutulduğunda, hakemlerin tahkim çerçevesindeki faaliyetlerinin organik anlamda yargısal işlev içerisinde düşünülemeyeceğini ifade etmektedir¹⁵⁰.

Üstündağ'a göre ise, tahkim, Devlet mahkemelerinde yapılan yargılamanın yerine ikame edilmesi ve ona nazaran istisnai bir yargısal yol konumunda bulunması nedeniyle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilemeyecektir¹⁵¹. Tanrıver'e göre, tahkim hukuki niteliği itibarıyla, alternatif bir uyuşmazlık

¹⁴⁷ **ALANGOYA/ YILDIRIM/ DEREN-YILDIRIM**, s. 597; **Sabri Şakir ANSAY**, Hukuk Yargılama Usulleri, 6. Bası, Ankara 1960, s. 404.

¹⁴⁸ Tahkimin dostane uyuşmazlık çözümlerinden farkları için bkz. **PEKCANITEZ/YEŞİLİRMAK**, **PEKCANITEZ** Usul C. III, s. 2600-2601.

¹⁴⁹ **Ejder YILMAZ**, Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, (75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki KURU Armağanı, Ankara 2005, s. 843-856), s. 845; **Şamil DEMİR**, Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, Ankara 2014, s. 15.

¹⁵⁰ **ÖZBEK-C. I**, s. 100. Aynı yönde bkz. **Ergun ÖNEN**, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s. 350.

¹⁵¹ **ÜSTÜNDAĞ**, s. 933 vd.; **ILDIR-ADR**, s. 17 vd. **Hakan PEKCANITEZ**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, (Hukuki Perspektifler Dergisi, s. 12-16), s. 15; **Ziya AKINCI**, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, (BATİDER, C. 18, 1996/4, s. 93-109), s. 100 dn. 30.

çözümünden ziyade istisnai bir yargısal yol konumundadır. Çünkü, hakemlerin görevi de taraflar arasındaki maddi hukuk ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlığı, Devlet mahkemesi hakimi gibi bir yargılama yaparak çözüme kavuşturmaktan ibarettir¹⁵². *Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım* da benzer şekilde, devlet mahkemelerinin tahkim yargılamasının muhtelif kademelerinde kontrol imkanını ve bazı usuli işlemleri icra durumunda olmasını sağlayan HMK hükümlerinin bulunması ve hükmün tarafları bağlayıcı nitelikte olması hallerini yargı tarifi kapsamında olduğunu belirtmiştir¹⁵³. *Ekşi* ise konuya ilişkin değerlendirmesinde, tahkim sonucunda verilen karar taraflar açısından uyulması zorunluluk teşkil etmekte iken, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin genellikle uyulması zorunlu olmayan bir yöntem olduğunu vurgulamıştır¹⁵⁴.

Kanımızca, tahkim yoluyla sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümünde, uyuşmazlık konularının nitelikleri de nazara alındığında, tahkim yoluna başvurunun hukuk yargılamasını tamamlamaktan ziyade ayrıntılı usul kurallarıyla düzenlenmiş olmasının hakem tarafından yapılan incelemelerin yargısal faaliyet olarak nitelendirmesine neden olmaktadır.

§ 2. UYUŞMAZLIKLARIN COZUMUNDE ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARINA BAŞVURULMASI

Alternatif uyuşmazlık çözümü (ADR) geçmişte mahkemelere alternatif olan her türlü uyuşmazlık çözüm yöntemini içerecek şekilde kullanılmaktaydı. Bu nedenle

¹⁵² **Süha TANRIVER**, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, (TBBD, S. 2006/64, s. 151-177), s. 171.

¹⁵³ **ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM**, s. 596-597. Aynı yönde bkz. **PEKCANITEZ/YEŞİLİRMAK**, PEKCANITEZ Usul C. III, s. 2600.

¹⁵⁴ Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi kapsamı dahilinde yer alan hakem-bilirkişilik ve uyuşmazlık çözüm kurulu kararları bağlayıcı nitelikte olmakla birlikte, kesin hüküm etkisi bulunmamaktadır (**Nuray EKŞİ**, Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları, İstanbul 2015, s. 7).

doktrinde ADR, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak da kullanılmakla birlikte, yargıyı ortadan kaldıracak alternatif bir yönteme izin verilmemektedir¹⁵⁵.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, taraflar arasındaki uyuşmazlığı sonuca bağlayacak olan birbirlerinden farklı ve birden fazla özelliğe sahip yöntemleri bünyesinde barındırır. Müzakere, uzlaştırma ve arabuluculuk belli başlı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri olmakla birlikte, sözü edilen çözüm yöntemleri bunlarla sınırlı değildir. Diğer taraftan, uyuşmazlığın taraflarının, uyuşmazlığın niteliğini ve somut uyuşmazlık koşullarını gözetmek suretiyle bu mekanizmaların bir ya da birkaçını bir araya getirerek hibrid yöntemler oluşturması da mümkündür¹⁵⁶.

Öte yandan, doktrinde alternatif uyuşmazlık çözümünün sadece özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından uygulama alanı bulacağı ileri sürülmekte birlikte¹⁵⁷, kamu hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar bakımından da kanunlar tarafından izin verildiği ve düzenlendiği takdirde alternatif uyuşmazlık çözümü uygulama alanı bulabilecektir¹⁵⁸. Nitekim 12.10.2017 tarih ve 7036 sayılı Kanun değişikliği ile, arabuluculuk müzakerelerinde idareyi, üst yönetici tarafından belirlenen iki üye ile hukuk birimi amiri veya onun belirleyeceği bir avukat ya da hukuk müşavirinden oluşan komisyonun temsil edeceği düzenlenerek, İdarenin taraf olduğu iş sözleşmelerinden kaynaklanan hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk yoluna başvurulması mümkün hale gelmiştir. Bununla birlikte, HUAK kapsamındaki arabuluculuk yöntemiyle idare ve ceza hukuku kapsamındaki uyuşmazlıklar çözüme kavuşturulamaz¹⁵⁹.

¹⁵⁵ PEKCANITEZ-Alternatif, s. 15.

¹⁵⁶ Mehmet Kamil YILDIRIM, İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözümü Hakkında, (Prof.Dr. Yavuz ALANGOYA İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 337-360), s. 342.

¹⁵⁷ İLDIR-ADR, s. 17.

¹⁵⁸ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesinde “uzlaşma kurumu” düzenlenmiş olup, anılan maddenin birinci fıkrasında belirtilen suçlarda ve ilgili maddenin ikinci fıkrasının kapsamına giren suçlarda bir alternatif uyuşmazlık çözümü yolu olan uzlaşma kurumundan yararlanılabilecektir.

¹⁵⁹ DEMİR-Uzlaşma, s. 36.

I. Adalete Erişimin Genişletilmesi

Hak arama hürriyeti yalnızca adalete erişim hakkının unsurlarından biri olan “mahkemelere erişim hakkı”nın dayanağı iken, adalete erişim hakkı bundan daha geniş bir kavramdır¹⁶⁰. Günümüzde, genişlemiş bir Avrupa pazarında, uyuşmazlık çözümünde finansal tüketicilerin/tüketicilerin finansal hizmet sağlayıcılara (*financial services providers*) yönelimi artmaktadır. Tüketiciler artık internetin de yardımıyla, Avrupa Birliği üyesi ülkelerde daha kolay ve yüksek miktarda finansal işlemler gerçekleştirmekte ve gerçekleştirilen işlemler de zaman zaman sınır ötesi şikayetlere de sebep olabilmektedir. Ancak şikayetin doğrudan bir finansal hizmet sağlayıcısına başvuru yoluyla çözülememesi halinde, yargılama masrafları, karmaşık ve uzun usuli süreçler gibi diğer engeller dolayısıyla tüketiciler genelde mahkemede bir dava açmaya isteksiz hale gelir.

Bu bağlamda, tüketici uyuşmazlıklarında hızlı ve ucuz bir biçimde tazmini sağlayan mahkeme dışı mekanizmalar, mahkemelere önemli birer alternatif olarak görülür¹⁶¹. Bu mekanizmalar, genel ifadeyle ADR olarak ifade edilmekte olup, hakem, arabulucu ya da ombudsman gibi üçüncü bir tarafın müdahalesi yoluyla bir uyuşmazlığın çözümüne giden mahkeme dışı sistemleri kapsar. Söz konusu tarafsız üçüncü kişi uyuşmazlığın giderilmesine yönelik bir çözüm önerebilir, bir çözümü taraflara empoze edebilir veya diğer durumlarda sadece tarafları bir araya getirmek suretiyle taraflara bir çözüm bulmada yardımcı olabilir.

ADR sistemleri uyuşmazlıkları dostane bir yolla çözmeyi hedeflemekte olup, olağan yargılama usullerinden daha esnektir. ADR usullerinin önemi 1970’lerdeki adalet hareketine küresel erişimle daha önce vurgulanmıştır. Bu alanda öncülük eden akademisyenlerden biri olan *Cappelletti*, mahkemelerin ötesinde adalete erişim konseptini genişletmeye, medeni yargılamanın önemli bir kısmı olarak alternatif

¹⁶⁰ ÖZBEK-İlkeler, s. 131.

¹⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. OECD, Recommendation on Consumer Dispute Resolution and Redress (OECD, Paris 2007).

uyuşmazlık çözümünü yaygınlaştırma fikriyle katkıda bulunmuřtur¹⁶². *Cappelletti*'ye göre, alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmaları adaleti daha geniş bir vatandaş grubu için erişilebilir kılmak ve taraflar arasında dostane ilişkiyi korumaya yardım etmek açısından önemlidir¹⁶³.

Son on beş yılda, ADR'nin adalete erişime yardımcı olmaya bir araç olmasıyla ilgili tartışma, bu mekanizmaların özellikle küçük parasal talepler (*small monetary claims*) içeren tüketici uyuşmazlıkları bakımından yararlı oldukları ortaya konulduğundan Avrupa Birliği (AB) Üye ülkelerinde daha da yaygınlaşmıştır. Zira, yargı dışı tazmin sistemleri, adalete erişimin güçlendirilmesi ve yatırımcıların etkin biçimde korunması amacıyla önemli bir öge haline gelmiştir¹⁶⁴. Dahası, son finansal kriz, özellikle sigorta alanında şikayetlerin çözümü ve finans piyasasının daha güçlü biçimde denetimi için yeni ilkelerin benimsenmesine sebep olan, tüketicinin korunmasına ve finansal sektörde etkili uygulamalara yeni bir soluk kazandırmıştır. Bu kapsamda, Avrupa Komisyonu, mahkeme dışı uzlaşma usullerinin geliştirilmesinin aktif destekçisi olmuştur, ki bu durum tüketicinin korunması alanında birtakım kritik tedbirlerin benimsenmesine yol açmıştır¹⁶⁵.

II. Alternatif Uyuşmazlık özüm Yollarının Gelişimi

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri önce Amerika Birleşik Devletlerinde, sonrasında ise Birleşik Krallıkta gelişim göstermiştir¹⁶⁶. Yaklaşık on yıl önce AB düzenlemeleri kapsamında yatırım şirketleri arabuluculuğa teşvik edilmekte iken,

¹⁶² **Mauro CAPPELLETTI**, Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of The World-Wide Access To Justice Movement, (The Modern Law Review, Vol. 56, May 1993, s. 282-296), s. 287.

¹⁶³ **CAPPELLETTI**, s. 287.

¹⁶⁴ **Iris BENÖHR**, Alternative Dispute Resolution for Consumers in the Financial Services Sector, (Resolving Mass Disputes: ADR and Settlement of Mass Claims, Editors: Christopher HODGES/Astrid STADLER, 2013, s. 247-269), s. 267.

¹⁶⁵ **Iris BENÖHR**, Alternative Dispute Resolution in the EU, (Consumer ADR in Europe, United Kingdom 2012), s. 7-18. (**BENÖHR-ADR**).

¹⁶⁶ **ÖZBAY**, s. 462.

2005 ve devamında AB mevzuatı arabuluculuk kurumunu taraflarca başvurulması gerekli bir yöntem olarak öngörmüştür¹⁶⁷.

Hukuk yargılaması süreci içerisinde harcanan zaman, emek ve masrafların büyüklüğüne bir tepki olarak, İngiltere’de 1985 yılında *Lord Challengor* tarafından gündeme getirilen “*Medeni Yargının Yeniden İncelemesi*” (*Civil Justice Review*) anılan problemlerin ortadan kaldırılmasına dair çeşitli önerilerde bulunmuştur¹⁶⁸. Çalışmanın temel amaçları arasında usul ve uygulama arasındaki gereksiz ayrımları ortadan kaldırmak, düzenlemelerin kompleks yapısını azaltmak ve adalete erişimi geliştirmek yer almaktadır¹⁶⁹.

III. Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilen mekanizmaların temelinde, tarafların karşılıklı doğrudan iletişimi veya üçüncü kişinin araya girerek tarafları uzlaştırması veya arabuluculuk yapması vasıtasıyla uyuşmazlıkların çözümlenmesi bulunur. Bu kapsamda, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ve buna bağlı olarak arabuluculuk yönteminin karakteristik özelliklerini gönüllü katılım, bağlayıcı olmayan tavsiyelerde bulunma ve sonuçtan tatmin olmama halinde tarafların yargıya başvuru hakkının mevcudiyeti teşkil eder¹⁷⁰. Uygulamada, uyuşmazlık çözümünde verimliliğin artması ve taraf menfaatlerinin gözetilmesi amacıyla, tahkim yargılaması öncesinde dahi müzakere veya arabuluculuk gibi alternatif çözüm yöntemlerine başvurulmasının taraflarca sıklıkla kararlaştırıldığına rastlanılmaktadır¹⁷¹.

¹⁶⁷ Christopher HODGES/Astrid STADLER, *Resolving Mass Disputes: ADR and Settlement of Mass Claims*, 2013, s. 26.

¹⁶⁸ ÖZBAY, s. 462.

¹⁶⁹ Law Reform Commission, *Consultation Paper, Alternative Dispute Resolution*, Dublin 2008, s. 29.

¹⁷⁰ Meral SUNGURTEKİN-ÖZKAN, *Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi*, (MİHDER, 2005/2, s. 353-369), s. 355.

¹⁷¹ Mine TAN DEHMEN, *Tahkim Öncesi Müzakere ya da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi*, (MHB, Y: 2005-2006, s. 451-471), s. 451.

Öte yandan, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri denildiğinde, adı geçen “*alternatif*” teriminin anlamının incelenmesinde yarar vardır. Uyuşmazlık çözüm yollarına genel olarak bakıldığında, temelde devletin yargı organları aracılığıyla yargılama yapılarak uyuşmazlığın çözümü yerine devlet yargısına başvurulmadan ve yargılama yapılmadan uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması söz konusudur¹⁷². Özbek’e göre, “*alternative*” kelimesiyle kastedilen, dava yoluyla uyuşmazlığın çözümüne ilaveten kişilere seçimlik olarak sunulan uyuşmazlık çözüm yollarıdır¹⁷³. Yıldırım tarafından uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin sadece adli yargıyı tamamlayıcı fonksiyonu olduğu ve fakat onun yerini alamayacağı ifade edilmiştir¹⁷⁴. Ekşi’ye göre ise, buradaki alternatif kelimesi, tarafların sahip olduğu diğer seçenekleri vurgulamak için kullanılmış olup, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kapsamı tahkim dışındaki arabuluculuk ve uzlaştırmayı ifade edecek şekilde daraltılmıştır¹⁷⁵.

Kanımızca, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile kastedilen uyuşmazlığın yönetiminde tarafların serbestçe tasarruf edemeyeceği hususlar haricinde, tarafların uyuşmazlığın çözüm yönteminde ve özellikle süreç üzerinde aktif olarak söz sahibi olmasının anlaşılması yerinde olacaktır.

IV. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Sınıflandırılması

A. Arabuluculuk

Arabuluculuk, en temel özellikleri ile tarafsız üçüncü bir kişinin/arabulucunun, tarafları menfaatleri doğrultusunda yönlendirme ve taraflar arasında iletişimi sağlama, açıklamada bulunma, ikna etme ve tarafları dinleme suretiyle üzerinde anlaşılan bir

¹⁷² PEKCANITEZ-Alternatif, s. 12; ÖZMUMCU-Uzakdoğu’da Arabuluculuk, s. 327; TANRIVER-ADR ve Arabuluculuk, s. 151; Çiğdem YAZICI TIKTIK, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013, s. 5; Melis TAŞPOLAT-TUĞSAVUL, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012, s. 23-24.

¹⁷³ Mustafa ÖZBEK, Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk, (Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı, s. 107-154), s. 127. (ÖZBEK-İlkeler).

¹⁷⁴ YILDIRIM-Mahkeme Dışı, s. 358.

¹⁷⁵ EKŞİ-Tahkim Öncesi, s. 3.

sonuca ulaşmak için müzakerede bulunmaya yönlendiren bir süreçtir¹⁷⁶. Doğal olarak taraflar ve arabulucu arasında bir arabulucu anlaşması sayesinde, en baştan uyuşmazlığı tanımlamak, zamanlama gibi temel kuralları belirleme, sürecin maliyetini ele alma imkanı sağlanır.

Arabuluculuk kurumu salt tarafların anlaşmak suretiyle üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği hukuk uyuşmazlıkları bakımından uygulanma alanı bulur¹⁷⁷. Nitekim mer'î mevzuatımız çerçevesinde tarafların üzerinde sulh olabilecekleri veya tahkim yoluna gidebilecekleri konular da böyledir¹⁷⁸. Öte yandan, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği işler yahut kamu düzenine ilişkin işler kavramı mevzuatımıza yabancı olmayıp, bir uyuşmazlığın ADR yoluyla çözüme kavuşturulabilmesi için kamu düzeni çerçevesine dahil olmamanın bir ön koşul olarak öngörüldüğünü söylemek mümkündür.

Kaldı ki, böylesi bir ayırım statik değil dinamik bir nitelik taşıyacağından, gelişime ve değişime açık bir yapıyı da bünyesinde barındırır. İletişim zorlukları, duygusal konular, devam ettirilmesi gereken mevcut ilişkiler içeren uyuşmazlıklar arabuluculuk için uygundur. Menkul kıymet uyuşmazlıklarının çoğu anılan unsurlardan birisini veya daha fazlasını içerdiğinden, tarafların arabuluculuktan faydalanması mümkündür.

Arabuluculuğun etkili çözümler üretebileceği alanların esas olarak teknik yönü yargısal yönüne nazaran ağır basan uyuşmazlık tipleri olduğu görülmekte olup¹⁷⁹,

¹⁷⁶ **Bahadır YAKUT**, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ve Arabuluculuk, (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 67-68, s. 35-63), s. 35; ¹⁷⁶ **Şükran ŞİPKA**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, (İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y:6, S:12, Güz 2007/2, s. 163-175), s. 165.

¹⁷⁷ **ILDIR**-ADR, s. 41.

¹⁷⁸ **Ejder YILMAZ**, Arabuluculuğun Yasa ile Düzenlenmesi, (Makaleler (1973-2013), C. 2, Ankara 2014, s. 1949-1970), s. 1959.

¹⁷⁹ **Mustafa ÖZBEK**, Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler, (AÜHFD/2006, C. LV, S. 1, s. 207-292), s. 235.

sermaye piyasası uyuşmazlıklarının da bu kapsam içerisinde değerlendirilebileceği görülür.

Özellikle uluslararası finansal uyuşmazlıklar bakımından Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*, ICSID), Milletlerarası Tahkim Divanı (*International Chamber of Commerce*, ICC), ABD Tahkim Birliği (*American Arbitration Association*, AAA), Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (*London Court of International Arbitration*, LCIA) ve Finans Alanında Tanınmış Uluslararası Piyasa Uzmanları Heyeti (*The Panel of Recognized International Market Experts in Finance*, PRIME Finance)¹⁸⁰ gibi arabuluculuk ve tahkim hizmetleri sağlayan kuruluşların belirli somut düzenlemeleri bulunur ve arabulucular bu düzenlemeler uyarınca tayin edilir¹⁸¹.

1. Arabuluculuk, Tahkim ve Hukuk Davası

Finansal hizmetler sektöründe, arabuluculuğa¹⁸², hukuk davası veya tahkime alternatif bir çözüm tekniği olarak bir yönelim söz konusudur. Bu süreç, uyuşmazlık içindeki taraflardan her birine uzlaşmada yardımcı olmak için çaba gösterecek tarafsız üçüncü bir kişinin atanması hususunda ortak bir karar alınmasına dayanır. Mahkemeler nezdinde yapılan hukuk yargılamasına alternatif olarak tahkimin temel amacının hızlı, etkili ve daha az masrafla sonuç almak olduğu ifade edilse de, modern menkul

¹⁸⁰ Bankacılık ve finans sektöründeki anlaşmazlıkların çözümlenmesi için özel yetkilere sahip kuruluşlara en yeni örnek olarak kuralları UNCITRAL Tahkim Kurallarının çeşitli değişiklikler yapılmış versiyonu olan P.R.I.M.E. Finans gösterilmektedir. P.R.I.M.E. Finans, finansla ilgili uyuşmazlık çözümüne daha sofistike bir yaklaşım sağlamaya adanmış ve sektörün türev araçlar ve diğer karmaşık finansal ürünler için standart belgeleri ve piyasa uygulamaları konusunda belirli bir odağa sahip bir merkez olmayı hedeflemektedir (**Gerard. J. MEIJER/Camilla M. L. PERERA-DE WILT**, Fostering Stability and Confidence in the Financial Markets-A Global Affair: P.R.I.M.E. Finance, Hague Yearbook of International Law, Vol. 25 (2012), s. 241).

¹⁸¹ **Tony WILLIS/William Wood QC**, Alternative Dispute Resolution, (International Financial Disputes Arbitration and Mediation, Editorler: **Jeffrey GOLDEN/Carolyn LAMM**, 2015, s.71-81), s. 73.

¹⁸² Arabuluculuk faaliyetinin hukuki niteliğine ilişkin olarak arabuluculuğun vekalet, hizmet veyahut hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilebilecek olursa da, ortak nokta özen borcudur (**YILMAZ** s. 1963).

kıymetler tahkiminin hukuk yargılamasının arzu edilmeyen pek çok özelliğini içinde barındırdığı görülür¹⁸³.

Bununla birlikte, uyuşmazlık yargısal bir faaliyetle ve hakim tarafından çözüme kavuşturulduğunda kullanılacak yetkiyle arabuluculukta arabulucunun kullanacağı yetkiler aynı değildir. Zira, arabulucu, uyuşmazlığın çözümünde taraflara yardım eden, çözüm ortamını hazırlayan kişi olmasına karşın uyuşmazlık hakkında karar veren kişi değildir¹⁸⁴. Bu çerçevede, hakimin yargılama faaliyetinin yürütümüne yönelik işlemler arabulucu tarafından yapılamayacak olup, aşağıda yer verilen tabloda tarafların uyuşmazlık çözüm süreçlerini etkileme gücü gösterilmektedir.



Gerçekte arabuluculuk, uyuşmazlıkları çözmeye yönelik teşebbüslerin özünde var olan normal müzakere sürecinin bir uzantısı gibidir. Arabulucunun rolü basitçe, arabuluculuk ile elde edilebilecek anlaşmaların söz konusu olduğu müzakerelerde bir noktaya varılmasına yardımcı olacak bir kanal vazifesi görmektir. Uygulamada, arabuluculuğun nasıl yürütüleceğine dair katı kurallar bulunmamakla birlikte, süreç genellikle belirli bir yapıda seyreder. Aslında, arabuluculuğun felsefesi, kanuni olmayan, dolaylı ve yaratıcı bir yaklaşımla uyuşmazlığın sona erdirilmesine dair çözümleri sunmaktır¹⁸⁵.

Anglosakson veya Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde, yargılama usulü kuralları hakimlerin arabuluculuğu bir alternatif olarak görmeleri ve dolayısıyla da

¹⁸³ POSER/ FANTO, §31, s. 3.

¹⁸⁴ YILMAZ-C. II, s. 1964; ÖZBAY, s. 465.

¹⁸⁵ Lucy WALKER, Accessing Compensation, (McMeel and Virgo on Financial Advice and Financial Products, New York 2014, s. 717-786), s. 724.

‘*alternatif uyuşmazlık çözümü*’ ifadesini de kullanmalarını teşvik etmek için düzenli olarak onlara yetki verilmektedir. Artık mahkemeler, arabuluculuğun gerçekleşmesini sağlamak için duruşmaların ertelenmesini sağlayacak yetkilere dahi sahiptir¹⁸⁶. Bu sebeple, bu tür bir yaklaşım salt finansal hizmetler sektöründeki uyuşmazlıklar bakımından değil hukuk davasının neredeyse tüm alanlarında hüküm sürecektir.

ABD hukuk sisteminde ise, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri bugüne kadar sıklıkla tahkimi içeriyor şeklinde düşünülmekte olup, İngiltere’de ise 1999 yılından beri Hukuk Usulü Kuralları (*Civil Procedure Rules*) konuya ilişkin belirli tanımlar içerir. Birleşik Krallıkta genellikle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri tarafsız bir üçüncü kişi aracılığıyla yürütülen bir çeşit arabuluculuk şeklini ifade eder. Tahkim, bazı durumlarda gizlilik, hakem heyeti seçimi ve süreçlere ilişkin daha büyük esneklikler gibi özellikler açısından fark göstermekle beraber, hukuk yargılamasına çok yakın bulunmaktadır.

2. Uyuşmazlık Çözümleri İçerisinde Arabuluculuğun Yeri

Anglo-Sakson sistemindeki hukuk davalarında ve giderek artan düzeyde Kıta Avrupası Hukuk sisteminin benimsendiği ülkelerde arabuluculuk, hakimlerin eğitimli ve tecrübeli bir arabulucu aracılığıyla tarafların uyuşmazlıklarını kendilerinin çözmesi için tarafları arabuluculuk yöntemini kullanmaya teşvik ettiği bir araç haline gelmiştir.

Amerika Birleşik Devletlerinde 1970’lerin sonlarından ve Birleşik Krallıkta ise 1980’lerin sonlarından itibaren arabuluculuğa dair profesyonel ilgi ve daha sonraları yargısal menfaatler, arabulucuların profesyonel olarak eğitilmesine ve hakimler için de bununla ilgili farkındalık eğitimi sunulmasına yol açmıştır¹⁸⁷. Konuya ilişkin olarak, New York’ta *International Institute for Conflict Prevention & Resolution*¹⁸⁸

¹⁸⁶ HMK md. 140, II düzenlemesinde, “*Uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkim, tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder; bu konuda sonuç alınacağı kanaatine varırsa, bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin eder.*” hükmü yer almaktadır.

¹⁸⁷ WILLIS/WOOD QC, s. 73.

¹⁸⁸ Uyuşmazlık çözümü için CPR Enstitüsü hakkında bilgi ilişkin bilgi için bkz. <http://www.cpadr.org>

ve Londra’da *Centre for Effective Dispute Resolution*¹⁸⁹ gibi enstitüler kurulmuş ve hayli tecrübeli ve profesyonel aracılar ekibi oluşturulmuştur. Aynı ilerlemeler, gelişmiş çoğu Anglosakson hukukundaki ve Kıta Avrupası’ndaki hukuk yargılamalarında da yaşanmıştır.

2008 tarihli AB Arabuluculuk Direktifi¹⁹⁰ bağlamında, AB ülkeleri tarafından arabuluculuğu zorunlu kılma konusu uzun süre değerlendirilmiş olup, hakimlere geniş yetkiler verilerek tarafları arabulucuya başvurmaya teşvik hususunda yetkiler verilmiştir¹⁹¹. Uygulamalar göstermektedir ki, arabuluculuk, tarafların sürece katılmaya istekli olduğu hallerde daha iyi işlemektedir ve katılım iradesinin bulunması nedeniyle daha iyi bir çözüm sunma ihtimali daha yüksektir.

İngiltere’de yakın zamanlarda medeni usul kurallarının devam eden gelişiminin bir parçası olarak, 2013 ve 2014 yıllarında *Jackson Reformları*, hukuk davasının tüm kategorilerinde arabuluculuğun etkinliğini vurgulamıştır¹⁹². Nitekim, *case law*, arabuluculuğun kullanımını daha da teşvik etmiş olup, taraflardan arabuluculuk tekliflerini kabul etmeyenleri, yüksek maliyet külfetleriyle baş başa bırakmıştır¹⁹³.

3. Tamamlayıcı Bir Disiplin Olarak Arabuluculuk

Arabuluculuk kavram itibarıyla, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir uyuşmazlıkta, tarafların kendilerinin belirleyeceği tarafsız ve güvenilir bir arabulucu/arabulucular önünde müzakere gerçekleştirmek suretiyle uyuşmazlığı

¹⁸⁹ Etkili Uyuşmazlık Çözüm Merkezi hakkında için bkz. <http://www.cedr.com> erişim: 1.4.2018.

¹⁹⁰ Bkz. web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF> Avrupa Parlamentosu’nun 2008/52 sayılı Direktifinde hukuk uyuşmazlıklarında ve ticari uyuşmazlıklarda çeşitli yönlerden arabuluculuk hükümlerine yer verilmiştir.

¹⁹¹ Hakimlere verilen tarafları arabuluculuğa sevk etme konusundaki zorlamaya ilişkin yetkiler nedeniyle ortaya çıkan kaygılara ilişkin bkz. **Cameron GREEN**, Jackson ADR Handbook, Bond University ADR Bulletin Vol. 12, No:3, 2010.

¹⁹² **WILLIS/WOOD QC**, s. 73.

¹⁹³ **WILLIS/WOOD QC**, s. 73-74.

çözmeyi amaçlayan dostane bir çözüm mekanizmasıdır¹⁹⁴. Bununla birlikte, arabuluculuk, tahkim veya hukuk yargılamasının yerini alma amacını taşımamasının yanı sıra, onlarla rekabet içerisinde de değildir. Bu sebeple, arabuluculuk kurumunun varlığının, her iki yargılama faaliyetini tamamlar nitelikte olduğunu söylemek mümkündür.

Bazı tür arabuluculuklar, daha-önceden var olan hukuk davası veya tahkime verilen özel bir alanda gerçekleşmekle birlikte, çoğu hukuk yargılaması ve tahkimden önce ya da onlarla yan yana yürütülür. Arabuluculuk faaliyetinin maliyeti, temel yargılama veya tahkimin maliyetiyle karşılaştırılamayacak kadar düşüktür. Kaldı ki, arabuluculuğun tahkimden daha ucuz olduğunu söylemek yanlış bir kıyaslama olacaktır. Zira, oldukça düşük olan maliyet unsurunun yanı sıra; arabuluculuk, tarafların bu süreçte haklarına dair bir risk oluşturmaksızın üzerinde mutabık olunan hızlı bir çözüm elde etme gibi büyük bir olanağı elde etmelerini sağlar¹⁹⁵.

B. Doğrudan Görüşme

Doğrudan görüşme tarafların makul beklentilerinin olduğu, avukatlarının uyumlu müzakere stillerine sahip olduğu ve pozitif ilişkilerinin bulunduğu hallerde çok etkili bir çözüm yöntemidir¹⁹⁶. Doğrudan görüşme, alternatif uyuşmazlık çözüm

¹⁹⁴ Türk hukukunda benzer tanımlar için bkz. **Süha TANRIVER**, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış, (Fikret EREN'e Armağan, Ankara 2006, s. 821-847), s. 843; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 1094; **Serhat SARISÖZEN**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Getirdikleri, İcra Edilebilirlik Belgesi ve Arabuluculuğun Avukatın Tekel Hakkına Aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu, (EÜHFD, C: XV, S: 1-2, 2011), s. 256; **SUNGURTEKİN-ÖZKAN**-Uzlaşma, s. 358; **Cengiz Topel ÇELİKOĞLU**, 6325 Sayılı HUAK'a Göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usûlleri İle İlişkisi, (Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. I, Ankara 2014, s. 669-723), s. 678; **ÖZBAY**, s. 465; **KARSLI**, s. 897-898; **TAŞPOLAT TUĞSAVUL**, s. 26 vd; **KEKEÇ**-Arabuluculuk, s. 23 vd.

¹⁹⁵ **WILLIS/WOOD QC**, s. 74.

¹⁹⁶ **Joan Stearns JOHNSEN**, Mediation in the Futures Industry, (Alternative Dispute Resolution in the Futures Industry, New York 2013, s. 93-107), s. 93. (JOHNSEN-Mediation).

yolları arasında en az resmi olanıdır¹⁹⁷. Doğrudan görüşme (müzakere) herhangi bir konuda uyuşmazlık halindeki tarafların yapılacak görüşmeler yoluyla uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaları veya uyuşmazlıklara ilişkin genel bir sözleşme hazırlamaları amacına dayanır. Öte yandan, müzakereler, daha önceki bir tarihte ortaya çıkan uyuşmazlıkların konu edildiği ve gelecekte yapılması planlanan sözleşme hükümlerine yönelik müzakere olmak üzere iki türdür¹⁹⁸.

Alternatif çözüm yöntemlerinde tarafsız bir üçüncü kişinin varlığı uyuşmazlığın çözümü açısından temel unsur olmakla birlikte, müzakere yöntemine rengini veren husus uyuşmazlığın yalnızca tarafların katılımıyla gerçekleştirilebilmesidir¹⁹⁹. Doğrudan görüşme, telefon, faks, e-posta veya yüz yüze görüşme şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi belirli doğrudan görüşme yöntemlerini kullanarak daha sistematik olarak da görüşmeler yapılabilir²⁰⁰.

C. Uzlaştırma

Hukukumuzda, Avukatlık Kanunu md. 35/A ve Avukatlık Yönetmeliği md. 16 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde²⁰¹, avukatların ele alacağı iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle sonuca varabilecekleri konularda, müvekkilleriyle birlikte uyuşmazlığın diğer tarafını uzlaştırmaya daveti ve bunu müteakiben uzlaştırma müzakereleri vasıtasıyla avukatlara uzlaştırma yetkisi verilmiştir²⁰². Bununla birlikte, uzlaştırıcı, arabulucu ile kıyaslandığında, çözüm sürecinde daha etkin bir rol

¹⁹⁷ KARSILI, s. 897; ÇALIŞIR, s. 11.

¹⁹⁸ CEYLAN, s. 297.

¹⁹⁹ Şamil DEMİR, Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, Ankara 2011, s. 26; TANRIVER- Hukuk Uyuşmazlıkları, s. 160; Yavuz KAPLAN, Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış, (Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 28, S. 1-2, Y. 2008, s. 115-146), s. 118.

²⁰⁰ YEŞİLİRMAK, s. 13.

²⁰¹ YILMAZ-Uzlaşma, s. 848; DEMİR-Uzlaşma s. 78 vd.

²⁰² ILDIR-ADR, s. 140; ÖZMUMCU-Uzakdoğuda Arabuluculuk, s. 263.

oyynamakta olup, uzlaştırıcının asıl görevi uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması için çözümler önerileri sunmaktır²⁰³.

Uzlaştırma kavramı çoğu zaman arabuluculuk ile arasındaki ayrımın yapılmasının zor olduğu, arabuluculuk yöntemine nazaran daha eskiye dayanan bir yöntemdir²⁰⁴. Söz konusu ayrımın Milletlerarası Ticaret Odası (*International Chamber of Commerce, ICC*), Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu (*United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL*), Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (*International Centre for Settlement of Investment Disputes, ISCID*) gibi kuruluşlarca hazırlanan düzenlemelerde netlikle ortaya konulmadığı gözlemlenmiřtir²⁰⁵.

Öte yandan, iki çözüm metodunu birbirinden ayıran bir diğer temel farklılık, arabuluculuk sürecinin taraf menfaatlerinin dengelenmesi esasına dayalı olması iken, uzlaşmanın ise daha çok haklılık esasına dayalı olmasıdır. Buna ilaveten, uzlaşma sürecinde hukuk kuralları daha baskın bir şekilde çözüm sürecinde bir araç olarak kullanılmakta iken, arabuluculuk sürecinde ise hukuk kuralları, deliller ve delillerin değerlendirilmesinin daha arka planda olduğu görölmö²⁰⁶.

Diğer taraftan, *the Construction Industry Council*²⁰⁷ ve *Academy of Experts*²⁰⁸ gibi kuruluşlar tarafından arabuluculuk ve uzlaştırma için ortak bir tanım getirildiği görölmö. Buna göre, uzlaştırma veya arabuluculuk, iki veya daha fazla kişi ya da şirket arasındaki uyuşmazlığın, taraflara tamamen tatmin edici bir çözüm bulabilmeleri

²⁰³ POLAT, s. 25.

²⁰⁴ CEYLAN, s. 308.

²⁰⁵ POLAT, s. 39 dn. 77.

²⁰⁶ Süha TANRIVER, Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açıdan İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi, (Prof.Dr. Fırat ÖZTAN'a Armağan C. II, Ankara 2010, s. 2025-2036), s. 2027; TAşPOLAT TUğSAVUL, s. 29. Arabuluculuk ve uzlaşmanın farkları için bkz. Süha TANRIVER-Sosyolojik Bakış, s. 828-829.

²⁰⁷ Bkz. web: <http://cic.org.uk/> erişim: 10.12.2017.

²⁰⁸ Bkz.web: <https://www.academyofexperts.org/> erişim: 10.12.2017.

yönünden yardımcı olma görevini ifa eden tarafsız bir üçüncü kişiye havale edilmesi yoluyla çözümlenmesine ilişkin usulü ifade eder²⁰⁹. Hukukumuzda ise konuya ilişkin olarak, HUAK md. 2, I (b) ve md. 17, VI ile Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği (HUKY) md. 17, VI hükümleri dikkate alındığında, arabulucunun görüşmelerin sonuçsuz kalacağının anlaşılması halinde taraflara çözüm önerilerinde bulunabileceği hususunun düzenlenmesiyle birlikte, arabuluculuk ve uzlaştırma kurumları arasındaki ayırım bakımından net bir ölçütün bulunmadığını söylemek kanaatimce mümkündür.

Sermaye piyasası uyuşmazlıkları bağlamında uzlaşma kurumu ele alındığında, mer'î mevzuat hükümleri çerçevesinde Sermaye Piyasası Kurulu'nun sermaye piyasası mevzuatını ihlal eden piyasa oyuncularıyla uzlaşma yetkisi bulunmaz. Söz konusu eksikliğe Dünya Bankası tarafından hazırlanan "*Türkiye'de Banka Dışı Finansal Kuruluşlar ve Sermaye Piyasası Raporu*"nda değinilmiş olup, Sermaye Piyasası Kurulu'nun IOSCO prensipleri arasında tavsiye edilen bazı yetkilere sahip olmamasına bağlı olarak Sermaye Piyasası Kurulu'nun (SPK) düzenleme alanındaki etkinliğini azalttığı ifade edilmiştir²¹⁰.

D. Kısa Yargılama

Kısa yargılama, konsept olarak '*yargılama*' kavramını içermesine rağmen bir yargılamadan ziyade, müzakere, arabuluculuk ve tahkimin birleştirilmesinden oluşan bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir²¹¹. Kısa yargılamanın usulü, davadan davaya farklılık göstermekte olup, taraflar her zaman gizlilik konusunda bir anlaşma yapar²¹². Kısa yargılamada, tüm uyuşmazlık çözüm süreci boyunca taraflara yardımcı olması

²⁰⁹ POLAT, s. 37-38.

²¹⁰ Kübra ÇELİK, Sermaye Piyasalarında Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Olarak Uzlaşma Kurumu, Yurtdışı Uygulamaları ve Türkiye İçin Öneriler, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü, İstanbul 2011, s. 18. Bkz. web: <http://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/105> erişim:12.3.2018.

²¹¹ Müjgan KARYAĞDI, Amerika Birleşik Devletleri'nde Uygulanmakta Olan Arabuluculuğun Yasal Düzenlemesi ve Türk Hukuku ile Mukayesesi, (GÜHFD, C. XI, Sa.1, 2, Y.2007, s. 919-964), s. 958.

²¹² KARYAĞDI/ÖZTÜRK, s. 67.

için tarafsız bir danışman tayin edilir²¹³. Ancak, yapılan duruşma esasen gerçek bir duruşmadan ziyade uyuşmazlık taraflarının yöneticilerine, daha sonra bir anlaşmaya varılabilmesi için dosyanın belirleyici noktalarının sunulması niteliğini tanımaktadır²¹⁴.

Uyuşmazlığın tarafları anlaşma yetkisine sahip olan şirketi temsile yetkili yönetim kurulu üyeleri, uyuşmazlığa dair taleplerini hukuk davasındaki gibi ileri sürer²¹⁵. Kısa yargılamada, taraflar, anlaşmak suretiyle tarafsız üçüncü kişiye oturumlara başkanlık etmek, arabuluculuk faaliyetini yürütmek, görüş bildirmek ve bağlayıcı bir biçimde nihai karara varmak gibi yetkiler vermesi mümkündür²¹⁶.

Kısa duruşmadan sonra dava açılması halinde dahi, uyuşmazlığın çözümü evresinde tartışılan delillerin ve meselelerin yeniden incelenmemesi ve ileri sürülmemesi nedeniyle kısa yargılama sonucunda hukuk davasındaki yargılama evresinin daha kısa süreceğini söylemek mümkündür²¹⁷.

E. Vakıaların Saptanması

Vakıaların saptanması yöntemine genellikle diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini desteklemek ve vakıaların saptanmasına gerek duyulması halinde başvurulur²¹⁸. Taraflarla yapılan görüşmeler sonrasında vakıa saptayıcısı tarafından vakıalara dayanan bir rapor hazırlanacak olup, talep edilmesi halinde vakıa saptayıcısının rapora bağlayıcı olmayan çözüm önerisi eklemesi de mümkündür.

Taraflar arasında vakıa saptayıcısının yürüteceği faaliyetin yöntemine yönelik bir belirleme yapılmadığı takdirde, vakıa saptayıcısı izleyeceği yöntemi kendisi tayin

²¹³ **ÖZBEK**-Noterlerin Uyuşmazlık Çözümündeki İşlevi, s. 53.

²¹⁴ **ÖZEKES-PEKCANİTEZ** Usul C. III, s. 2811; **ÇALIŞIR**, s. 15.

²¹⁵ **Orhan DÜR**, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Ankara 2017, s.52.

²¹⁶ **ILDIR**-ADR, s. 108-109.

²¹⁷ **KARYAĞDI**, s. 957.

²¹⁸ **ÖZEKES-PEKCANİTEZ** Usul C. III, s. 2810.

eder²¹⁹. Vakıaların saptanması yöntemi, tarafsız ön değerlendirme yöntemiyle benzerlikler içerse dahi, uyuşmazlığın sonraki bir aşamasında işlerlik kazanması ve daha derinlemesine bir araştırmayı gerektirmesi açısından tarafsız ön değerlendirme yönteminden ayrılır²²⁰.

F. Ombudsmanlık Müessesesi

Ombudsman²²¹, idarenin eylemleri, işlemleri ve davranışları üzerinde, hukuka aykırılık ve yerindelik denetimi yapmaya ve hukuka aykırı bulduğu veya yerinde bulmadığı işlemlerin geri alınması/kaldırılması veya bu işlem veya eylemlerden doğan zararların giderilmesi ve yurttaşlara yönelik uygunsuz davranışların düzeltilmesi için idare nezdinde girişimlerde bulunmaya ve bağlayıcı olmayan kararlar almaya yetkili olan, bağımsız bir devlet organıdır²²².

Ombudsmanlık müessesesi uygulandığı ülkedeki öteki denetim kurumları ve insan hakları örgütlerinin alternatifi olmaktan ziyade, tamamlayıcı bir mekanizma olarak görülür²²³. Ombudsmanlık sistemi arabuluculuk yöntemiyle

²¹⁹ **ILDIR**-ADR, s. 80.

²²⁰ **TANRIVER**-Hukuk Uyuşmazlıkları, s. 162.

²²¹ Ombudsman kavramının mahkeme dışı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kökeni İsveç'e dayanmakta olup, parlamento kralın yokluğunda ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözümlemesi için bir temsilci tayin etmiştir. İşte bu olay kamu sektörü ombudsmanının ortaya çıkmasını sağlamış ve ombudsman kötü yönetimden kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili incelemelerde bulunmuştur (**Naomi CREUTZFELDT**, The Origins and Evolution of Consumer Dispute Resolution Systems in Europe, (Resolving Mass Disputes ADR and Settlement of Mass Claims, Edited by Christopher HODGES/Astrid STADLER, 2013, s. 223-247), s. 226).

²²² **Tufan ERHÜMAN**, Türkiye İçin Nasıl Bir Ombudsman Formülü?, (AÜHFD, Yıl: 2000, C: 49 S: 1-4, s. 155-180), s. 159; **Seriye SEZEN**, Ombudsman: Türkiye İçin Nasıl Bir Çözüm?, (Amme İdaresi Dergisi, S: 34/4, s. 71-96), s. 79; **Doğan KESTANE**, Çağdaş Bir Denetim Organizasyonu Olarak Ombudsmanlık (Kamu Denetçiliği), (Maliye Dergisi, S: 151, Temmuz-Aralık 2006, s. 128-142), s. 131; **ÖZBEK**-C. II, s. 959.

²²³ **Tahsin ERDİNÇ**, Ombudsman ve Türkiye'de Kamu Denetçiliği, İstanbul 2015, s. 32. Ombudsman dar anlamda, yargı-dışı uyuşmazlık çözüm yöntemi kapsamına girmez. Zira ombudsmanın görevi, uyuşmazlıklar hakkında karar vermektan ziyade kendisine yapılan şikayetleri incelemek ve idareye gerektiğinde tavsiyede bulunmaktır. Bununla birlikte, ombudsmanın görevinin tarafları mümkün

karşılaştırıldığında, ombudsmanlık sistemi kolektif bir ADR yöntemi, arabuluculuğu kolaylaştırıcı ADR yöntemi olarak nitelendirmek mümkündür.

Amerika Birleşik Devletleri'nde ise ombudsmanlık kurumu, yerel yönetimler ve federe devletler düzeyinde uygulanma alanı bulan bir denetim mekanizması olup, federal düzeyde ombudsmanlık kurumu bulunmaz²²⁴. ABD'de ombudsmanlar, incelenme alanı bağlamında halktan gelen şikayetleri dinleyerek, salt şikayet edilen idare hakkında incelemelerde bulunur. Bu kurum, günümüzde geleneksel yargı denetimi sistemini tamamlama yolunda önemli gelişmeler kaydetmiş olup, İngiltere'de finansal hizmetler sektöründe ortaya çıkışı 1986 yılına dayanır²²⁵.

1. Ombudsman Türleri

Ülkeden ülkeye değişiklik göstermekle birlikte, devlet düzeyinde veya bankacılık ombudsmanı gibi sektörel bazda ticari ombudsmanlara rastlanılmakta olup²²⁶, ombudsmanların ilgi ve çalışma alanlarına göre kategorizasyonuna aşağıda yer verilmektedir.

1.1. Genel Amaçlı Ombudsmanlar

Belirli bir hizmet alanıyla sınırlı olmaksızın, yönetim düzeyi ne olursa olsun bütün yönetsel eylem ve işlemlerle ilgili şikayetleri kabul eden türdür. Genel amaçlı ombudsmanlar ulusal düzeyde olabileceği gibi bölgesel veya yerel düzeyde de

olduğunca uzlaştırmayı içerdiğinden, ombudsmanlık müessesesini geniş anlamda yargı-dışı çözüm yolları kapsamında değerlendirmek mümkündür (**Zehra ODYAKMAZ**, İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları, (Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu, Ankara, 3-5 Nisan 2006, s. 63-83), s. 68-69).

²²⁴ **Djahan MURADOVA**, Ombudsmanlık Kurumu ve Türkiye'de Uygulanabilirliği, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013, s. 114.

²²⁵ **CREUTZFELDT**, s. 227.

²²⁶ Bankacılık Ombudsmanı uygulamasının en iyi örneklerinden birisi ABD olarak kabul edilmektedir. Hazine Bakanlığı bünyesinde yapılandırılan Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu içinde 1993 yılında bir ombudsmanlık birimi oluşturulmuştur (**Zakir AVŞAR**, Ombudsman İyi Yönetilen Türkiye İçin Kamu Denetçisi, İstanbul 2012, s. 180).

örgütlenebilir. Örneğin, yerel yönetim ombudsmanları, belli bir bölgede ya da kentte yerel yönetimlerin kötü işleyişinden kaynaklanan sorunları çözmesinin yanı sıra, yerel yönetimlerin daha iyi çalışması amacıyla yönetimin düzeltilmesi için önerilerde bulunur²²⁷.

1.2. Tek veya Özel Amaçlı Ombudsmanlar

Denetim alanının kapsamına yönetimin belirli bir alanının girdiği veya yalnızca bir şikayetçi grubunun çıkarlarını korumakla sorumlu ombudsmanlar özel amaçlı ombudsman olarak nitelendirilir. Anılan kategorideki ombudsmanlar, çevre, sağlık, silahlı kuvvetler gibi belirli kamusal alanlardan sorumlu olmakta veya özürölüler, etnik azınlıklar gibi belirli bir grubun gereksinimleriyle ilgilenmektedir²²⁸.

İngiliz hukukunda, Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu'nun 16 ncı bölümünde Finansal Ombudsmanlık Hizmetinin genel yapısına ilişkin düzenlemelere yer verilmiş olup, Finansal Ombudsman Hizmeti kendisinden önce mevcut olan Sigorta Ombudsman Ofisi, Bankacılık Ombudsmanı, Menkul Kıymetler ve Vadeli İşlemler Şikâyet Bürosu ve Tahkim Hizmeti, Finansal Hizmetler Otoritesi Şikâyet Birimi gibi 8 ayrı organizasyonu tek bir çatı altında toplamıştır²²⁹. Finans sektörünün önceden var olan uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının Finansal Ombudsman Hizmeti çatısı altında birleştirilmesinde, Finansal Ombudsman Hizmeti, yatırımcılarca uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına ulaşılabilirliğin yararlarından ve seleflerinin halihazırda sağlamış olduğu uyuşmazlık çözümündeki uzmanlığından faydalanmaya devam etmiştir. Ayrıca, tek noktadan başvuru yapılması şikayetlerin bir örnek değerlendirilmesi bakımından son derece önemli olup; sektörün düzenlenmesi ve iş

²²⁷ BÜYÜKAVCI, s. 11.

²²⁸ SEZEN, s. 74.

²²⁹ FERRAN, s. 26. Tüketicilerin başvurabileceği şikayet mercileri, Almanya'da İngiliz uygulamasına benzer şekilde sektörel bazlı olarak ayrılmıştır. Finansal hizmetlerdeki uyuşmazlıkların çözümünde, bankalar hakkındaki şikayetler açısından bankaların üye olduğu birliklerin ombudsmanına başvurulabilir (Sefa USTA/Abdulvahap AKINCI, Kamu Yönetiminde Hesap Verebilirlik Mekanizması Olarak Ombudsmanlık Kurumu: Almanya Örneği, (Journal of Human Sciences, 13(2), 2016, s. 2735-2749), s. 2741.

hayatının iç işleyişi bakımından yararlıdır²³⁰.

Ülkemizde ise tüketici haklarının korunması için 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunla kurulan Tüketici Sorunları Hakem Heyeti, başka ülkelerde kurulmuş bulunan tüketici hakları ombudsmanıyla benzerlikler taşır²³¹. Bununla birlikte, İsveç ve Finlandiya gibi ülkelerin ombudsmanları idari organların yanı sıra özel kurum ve şirketler hakkındaki şikayetleri de alması, Kamu Denetçiliği Kurumu bakımından söz konusu değildir²³².

1.3. Ulusal veya Uluslararası Düzeydeki Ombudsmanlar

Ombudsmanlık kurumu günümüzde uluslararası veya uluslararası örgütlerin de kullandığı bir denetim aracıdır. Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Dünya Bankası, OECD gibi uluslararası örgütlerde görev alanı geniş ölçüde bu örgütlerde çalışanların şikayetleriyle sınırlı ombudsmanlar bulunur²³³. Uluslararası düzeydeki ombudsmanın örneği ise Avrupa Birliği içinde kurulan “*Avrupa Ombudsmanı*”dır²³⁴.

G. Arabuluculuk-Tahkim

1. Genel Olarak

Hüküm verici nitelik taşımayan diğer ADR’ler içerisinde, arabuluculuk yönteminin aksine, uyuşmazlığın kaynaklandığı alanda yetkin bilgiye sahip bir uzman tarafından bağlayıcı bir karar vermek üzere atanacağı uzman kararı süreci önemli bir yer tutar. Bu teknik gereğince uzman tarafından verilecek karar, bir konuyu hızlı bir şekilde nihai çözüme kavuşturmak için düşünülebilecek olup, uzman kararına uyulmaması halinde, bu kararın icrasını gerçekleştirmek için yeni bir dava açılması

²³⁰ Financial Ombudsman Service Annual Report 1999/2000. **FERRAN**, s. 20.

²³¹ Tüketici hakem heyetlerinin Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) kurumu ile benzerlik ve farklılıkları için bkz. **ŞAHİN**, s. 95-97.

²³² **ERDİNÇ**, s. 63, **Kemal ÖZDEN**, Ombudsman (Kamu Denetçisi) ve Türkiye’deki Uygulamalar, Ankara 2010, s. 53 vd.

²³³ **SEZEN**, s. 74.

²³⁴ Avrupa Ombudsmanı kurumu Maastricht Anlaşması’nın 195 inci maddesiyle kurulmuştur.

gerekir. Hakem kararından farklı olarak, uzman kararında genellikle hiçbir neden gösterilmez ve istinaf yolu için müracaat söz konusu değildir²³⁵.

Sıklıkla kullanılan diğer bir süreç ise, Arabuluculuk-Tahkim (*Mediation-Arbitration, Med-Arb*) olarak bilinen arabuluculuk ve tahkimin birlikte kullanıldığı uygulaması olup, sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümünde bu yöneme artan oranda başvurulması nedeniyle, arabuluculuk-tahkim yönteminin esaslarına ve sermaye piyasası uyuşmazlıklarındaki uygulamasına aşağıda yer verilecektir²³⁶.

2. Arabuluculuk-Tahkim Sisteminin İşleyişi

Med-Arb kavramı, arabuluculuk ve tahkimin kısaltılmış hali olup, arabuluculuk ve tahkimi bir sistem içinde birleştiren hibrit bir tekniktir²³⁷. *Med-Arb*'ın birkaç farklı versiyonu bulunmakla birlikte, bu sistemin ana fikri arabuluculuk ve tahkimi tek bir oturumda gerçekleştirmektir. Taraflar, uyuşmazlık çözümünde hem arabulucu hem de hakem olması için tarafsız bir kişi tayin eder²³⁸. Sonrasında uyuşmazlık çözüm süreci sırasıyla arabuluculuk ve tahkimi yansıtan iki farklı aşamayla ilerler. Birinci aşamada, taraflar sorunların arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde mutabıklarsa bir arabuluculuk oturumu yapılır. Ancak, arabuluculuk aşaması tüm sorunları sona erdirmeye başarısız olursa, format ikinci aşamasıyla, sıradan arabuluculuktan farklı bir yolda ilerlemeye başlar. İkinci aşama, tek hakem atanmış bir tahkim sürecine benzer. Tahkim yargılamasının katıyet kuralı ile, ikinci safha normal tahkimde olduğu gibi bağlayıcı sonuçlarla arta kalan sorunları özetler.

²³⁵ **Mustafa ÖZBEK**, Uzman Görüşünün Yargılamada Değerlendirilmesi, (TNB Hukuk Dergisi, 2017, Y. 4, S.1, s. 63-163), s. 73.

²³⁶ *Med-Arb* yöntemi ABD'de iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda ve patent uyuşmazlıklarında yaygın olarak kullanılmaktadır (**Sherry LANDRY**, *Med-Arb: Mediation with a Bite and an Effective ADR Model*, *Defense Counsel Journal* 63 (April):263-9, 1996).

²³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **John T. BLANKENSHIP**, *Developing your ADR Attitude: Med-Arb, a Template for Adaptive ADR*, (42 Tennessee Bar Journal 28, November 2006, s. 28-42); **ÖZBEK**-Arabuluculuk-Tahkim, s. 22.

²³⁸ **EKŞİ**-Tahkim Öncesi, s. 5.

3. Arabuluculuk-Tahkim Sisteminin Etkilerine İlişkin Doktrinel Görüşler

Doktrinde karma sistemin etkileri üzerinde farklı görüşler bulunmakta olup, bir görüşe göre bu yöntemin taraflara arabuluculuk sürecinde uzlaşmak için daha fazla baskı uygulayarak sadece arabuluculuğu kuvvetlendireceği ve tahkim safhası için tarafların çaba harcamasını engelleyeceği ileri sürülmektedir²³⁹. Bu görüşü savunanlar, tarafların söz konusu hibrid sistemin arabuluculuk safhasında ne yaparlarsa yapsınlar uyuşmazlığı sonlandıracağını, bu şekilde de tarafların sorunları bunlara görece özgürlük sağlayarak arabuluculuk safhasında çözmeye çalışacağını kabul etmektedir²⁴⁰.

Diğer bir görüşe göre ise²⁴¹, yeni sürecin iki ayrı sistemin karakteristiğini değiştirmeyeceğini savunur. Bu görüşü savunan yazarlara göre, sistem iki aşamayı tamamen ayrı tutar ve bu yüzden iki yöntemin birbiri içerisine geçme düzeyi önemsizdir. Böylece, akademik yapı sistemik ayrımın sadece iki yöntemin farklılığını koruyacağı ve böylece yöntemin iki farklı sistemi bir günde hallederek sadece zaman kazandıracağı görüşündedir.

Sonuncu görüş ise²⁴², iki sistemin özelliklerini birleştirir ve mahkeme temelli davalara daha basit bir alternatif sağlayarak mevcut iki sistemden daha iyi olan ADR'nin esas amacını karşılayan bir sistem yaratır. Bu görüşü savunanlar, arabuluculuk ve tahkim arasındaki mevcut ayrımın, her iki sistemin yargılama sistemine ekonomik bir alternatif getirmek olan temel hedeflerinin yapay bir sulh oluşturduğuna inanır. Çünkü bu iki sistem harmanlanmakta ve iki ayrı yönetime ait gereksiz formaliteler ortadan kaldırılmaktadır. Arabuluculuk-tahkimin tüm bu üç

²³⁹ **Hyung Kyun KWON**, Adopting Med-Arb to FINRA: The New Avenue for Securities Disputes, (Dispute Resolution Journal, Vol. 71, No.1, 2016, s. 123-135), s. 129. (KWON-Adopting Med-Arb).

²⁴⁰ **Thomas J. BREWER/Lawrence R. MILLS**, Med Arb: Combining Mediation and Arbitration, 54(4) Dispute Resolution Journal, November 1999, s. 32-39), s. 32-34; **David J. McLEAN/Sean-Patrick WILSON**, Compelling Mediation in the Context of Med-Arb Agreements, Dispute Resolution Journal 63(3), 2008, s. 28-34), s. 28-30.

²⁴¹ **Allan BARSKY**, "Med-Arb": Behind The Closed Doors Of A Hybrid Process, (51 Family Court Review, 2013, s. 637-650), s. 637-638.

²⁴² **KWON**-Adopting Med-Arb, s. 130.

önerilen özelliği de içerdiği anlaşılmalıdır. Arabuluculuk, ikinci safha ile garanti edilen kararları mutabakat hakkından daha fazla yetki sağlar.

Kanımızca, arabuluculuk-tahkim sisteminin uygulanmasıyla iki ayrı sistemin mevcut özelliklerinin tümüyle korumasından söz edilemez. Söz konusu hibrid sistemde her ne kadar “gizlilik” prensibine yönelik tereddütler dahi, uyuşmazlığın tarafları perspektifinden bakıldığında, esas olarak iki ayrı uyuşmazlık çözüm mekanizmasının pratik yönlerinin bir araya getirildiği bir metod olarak değerlendirilmelidir.

Arabuluculuk-tahkim yöntemi formal ve informal uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının faydalarına ulaşmak için efektif ve kreatif bir yöntem olarak görülür²⁴³. Arabuluculuk-tahkim metoduna rengini veren öge, uyuşmazlığın taraflarının, genellikle esas sözleşmeye konulacak bir klozla, uyuşmazlığın çözümüne kadar alternatif uyuşmazlık çözüm sürecine devam etme hususunda bağlayıcı olmasıdır²⁴⁴. Bununla birlikte, kademeli uyuşmazlık çözüm klozunun (*escalation clause*) dikkatli bir biçimde tasarlanması gereklidir²⁴⁵.

²⁴³ **Brian A. PAPPAS**, Med-Arb and Legalization of Alternative Dispute Resolution, Harvard Negotiation Law Review, Vol.20:157, Spring 2015, s. 157-203), s. 169. (web: http://www.hnlr.org/wp-content/uploads/HNR104_crop.pdf, erişim:11.10.2017).

²⁴⁴ **Malike POLAT**, Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2010, s. 47.

²⁴⁵ Örneğin, hakem mahkemesi, bu tipteki bir klozun arabuluculuk yönteminin kullanılmasıyla tahkimin taliki şarta bağlı olduğu yönünde bir değerlendirmeye yol açmamalıdır. Zira, Yargıtay 15 HD 15.9.1994 ,722/4938 sayılı kararında, “...Anılan sözleşmenin 5. sayfasında yazılı olduğu üzere taraflar ‘işbu sözleşme ile ilgili herhangi bir konuda ihtilaf çıktığında taraflar mahkemeden önce bilirkişi ve hakeme müracaat etmeyi kabul ederler’ kuralı benimsenmiştir. Davanın hakemde görülmesi istisnai bir yoldur, bu nedenle tahkim şartının kesin olması gerekir. ...” şeklinde karar tesis edilmiştir (**KARADAŞ**, s. 69). Bu kapsamda, tahkimden ve geçerli bir tahkim şartından söz edilebilmesi için uyuşmazlığın mutlak anlamda hakem nezdinde çözüleceği hususunun taraflarca kararlaştırılma koşulu aranmakta; aksi halde tahkim sözleşmesi geçersiz kabul edilmektedir. Fakat Yargıtay, taraflar arasındaki sözleşmede, uyuşmazlığın hakemde çözüleceğinin kararlaştırılmasına karşın, hakeme başvurulmadan evvel mühendise başvurulacağına ilişkin kaydın tahkim şartı olarak geçerli olacağını kabul etmektedir. 15 HD 15.9.1994, 1854/4946: **KARADAŞ**, s. 69-70. Anılan yöntem, inşaat mühendislerinin oluşturduğu topluluğunun bazı bölümlerinde ve temel olarak ABD’de ve daha yaygın olarak da Kıta Avrupası

Böylesi kademeli bir uyuşmazlık çözüm yönteminde, arabuluculuk faaliyeti normal bir şekilde ilerler ve eğer anlaşmaya varılırsa süreç sona erer. Ancak arabuluculuk süreci neticesinde taraflarca anlaşmaya varılamadığı takdirde, tarafların açık iradesinin varlığı halinde arabulucu devreye girer ve konuyu hakem kararı yoluyla çözmek üzere hareket eder²⁴⁶. Bir diğer değişken de, ilk olarak tahkim yargılaması başlatılır ve tahkim süreci arabuluculuğun ilerlemesi için (tahkimin resmi süreçleri boyunca mevcut bulunan) durdurulur iken, arabulucunun her zamanki gibi arabuluculuğu başlatması üzerine karşılıklı tekliflerin sonuçlandırılması noktasına kadar devam eder. Çözüm elde edildiği takdirde, *med-arb* süreci sonuçlanacak olup; aksi halde, her zamanki gibi hakem uyuşmazlık hakkında karar verir. Bu sürecin avantajı, mekanizmalardan biri ya da diğeri yoluyla uyuşmazlığın sona ermesi durumunun önceden garanti edilmiş olmasıdır.

4. Kademeli Uyuşmazlık Çözüm Modeli

Çok aşamalı bir alternatif uyuşmazlık çözüm sisteminin kullanımı uygulamada sıklıkla “*zamanında ve bütçenin altında*” kriterleriyle ifade edilir. Örneğin, Hong Kong’da inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan bir uyuşmazlıkta çok aşamalı bir arabuluculuk programı önerilmiştir²⁴⁷. Nitekim, havalimanına dair bir uyuşmazlıkla ilgili çözüm mekanizmasında ilk evre mühendis kararı olarak kabul edilmiştir. İkinci

Hukuk sistemini benimseyen ülkelerde kullanılır. Bu süreçte öncelikle arabulucu olarak bir şahsın görevlendirilmesi yapılmakta ve bir anlaşmaya varılamadığı takdirde, daha sonra bu kişi hakem olarak görevlendirilmekte ve uyuşmazlığı karara bağlamaktadır²⁴⁵. Bu suretle, her iki mekanizmadan birinin kullanılması suretiyle, uyuşmazlığın erken evrede sona erdirilmesi teminat altına alınmış olacaktır (WILLIS/WOOD QC, s. 80).

²⁴⁶ Edna SUSSMAN, Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process, (New York Dispute Resolution Lawyer, Spring 2009, Vol. 2, No. 1, s. 71-74), s. 72; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s. 150.

²⁴⁷ ÖZMUMCU-Uzakdoğuda Arabuluculuk, s. 209. Projenin on ikiden fazla farklı inşaat tarafını içermesi gerçeği ele alındığında, Hong Kong hükümeti geciktirilmiş olan, maliyeti önemli şekilde arttıran veya hatta bu muazzam taahhüdün tamamlanmasını engelleyen geniş bir dizi problemden kaçınmak, yönetmek ve bunları çözmek için dikkatli bir şekilde oluşturulmuş alternatif çözüm yöntemlerinin karışımını kullanmıştır.

kademe ise arabuluculuktur²⁴⁸. Anılan uyuşmazlıkta taraflarca yapılan arabuluculuk sözleşmesi kapsamında taraflardan biri mühendisin kararından hoşnut kalmazsa, uyuşmazlığın tarafı diğerine arabuluculuk talebini tebliğ edebilecektir.

Söz konusu arabuluculuk talebi; (1) uyuşmazlığın mahiyetinin kısa bir açıklamasını, uyuşmazlık konusunun miktarı (varsa), tazmin edilmesi talep edilen tutarı ve (2) teklif edilen arabulucunun ücretinin ve bu atamaya ait diğer şartların belirtilmesiyle arabulucunun gösterilmesini içermek zorundadır. Şayet diğer taraf arabuluculuğu kabul etmez ve mühendisin kararında ısrar ederse, taraflar bir sonraki çözüm aşamasına ilerler²⁴⁹.

Çok aşamalı uyuşmazlık çözüm modelinin üçüncü aşaması, hukuk yargısı veya tahkim seçimine dayanır. Nitekim örnek verildiği üzere, Hong Kong Uluslararası Havaalanı modelinde hukuk yargılaması sadece uyuşmazlık basit parasal talepleri içermesi halinde mümkündür. Diğer taraftan tahkim ise, uyuşmazlık karmaşık hukuki veya tasarımsal sorunlar içerdiğinde uygulanır.

Dolayısıyla, hemen hemen tüm ADR mekanizmaları arabuluculuk ve uzlaşma gibi temel uyuşmazlık çözümü tekniklerini başlangıç aşamasında kullanmaktadır. Birçok sistem, kademeli düzende birkaç tekniği entegre etmek üzere tasarlanmıştır. Böylece, ilerlemenin hakem(ler) veya hakim(ler)in takip edecekleri düzenlemeleri içeren daha yargısal ve böylece daha masraflı ve yavaş tekniklerle yapılmasına izin verirken, farklı unsurlar içeren ADR yöntemlerinin her biri en hızlı ve en ucuz yöntemlerle ilk olarak çözülebilen uyuşmazlıkların piramit yapısı içerisinde bir arada yürütülmesini sağlar. Bu tür durumlarda, alternatif uyuşmazlık çözümü bir ön adım olarak değerlendirilecek olup²⁵⁰, taraflar kanunda öngörülen alternatif uyuşmazlık

²⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Airport Core Programme Mediation Rules (1992). **ALI/KWOK**, s. 171; **Onur KALKAN**, Anonim Şirketlerde Şirket-İçi Uyuşmazlık Çözümünde Arabuluculuk, (Legal Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C. 6, S. 22, 2017, s. 565-582), s. 575.

²⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hong Kong Monetary Authority, Lehman Brothers-Related Investment Products Dispute Mediation And Arbitration Scheme, (web: http://www.info.gov.hk/hkma/eng/new/lehman/lehman_dispute_f.htm, erişim:22.4.2017).

²⁵⁰ **ILDIR**-ADR, s. 65.

çözüm yolunu tüketmeden devlet yargısına başvuramaz. Aksi halde, taraflarca direkt yargıya başvurulduğu takdirde, davanın dava şartı yokluğundan reddedilmesi gerekir.

H. Tarafsız Ön Değerlendirme Metodu

Tarafsız ön değerlendirme metodu, arabuluculuk yönteminde olduğu gibi çeşitli ve kompleks yapıdaki hukuk davalarına uygulanabilir. Bununla birlikte, grup davaları ve uyuşmazlık konusu hakkında bir değerlendirme yapmadan önce, önemli ölçüde tahkikat yapılmasını gerektiren davalarda tarafsız ön değerlendirme yöntemine başvurulması uygun görülmez²⁵¹.

Tarafsız ön değerlendirme (*early neutral evaluation*) yönteminde, taraflar genellikle uyuşmazlığa temel teşkil eden vakıaların objektif biçimde yorumlanması amacıyla uyuşmazlık hakkında uzman olan tarafsız bir üçüncü kişi tayin eder²⁵². Tayin edilen kişinin görevi, tarafların kendi durumlarını ayrı ayrı değerlendirmekten ibarettir. Uyuşmazlığın çözümüne ilişkin nasıl bir yol izleyeceği hakkında bilgi sahibi olmayan taraflar genellikle bu yönteme başvurur. Tarafsız üçüncü kişinin sunacağı raporun, taraflara, uyuşmazlığın çözümü için dava açma, tahkime başvurma veya alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını kullanma gibi öneriler getirmesi mümkündür²⁵³. Taraflar bu usule birlikte başvurabileceği gibi herhangi bir taraf özel olarak da bu yönteme başvurabilir. Bu usulde, tarafların dinlendiği muhakeme kesitleri ve ihtilafın belirli noktalarının tespiti amaçlı görüşmeler bulunmaz²⁵⁴.

²⁵¹ **ÖZBEK**-C. I, s. 485.

²⁵² Tarafsız ön değerlendirme yönteminde genellikle hakimler veya alanında yetkin kişiler tarafsız üçüncü kişi olarak tayin edilir (Consultation Paper s. 68). **ÖZBAY**, s. 467; **ILDIR**-ADR, s. 83; **TANRIVER**-Hukuk Uyuşmazlıkları, s. 161; **DEMİR**-Uzlaşma, s. 28; **ÇALIŞIR**, s. 17.

²⁵³ **Mehmet DOĞAR**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008, s. 38.

²⁵⁴ **Mustafa ÖZBEK**, Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, (AÜHFD C: 51, S: 2, 2002, s. 121-162), s. 141. (web: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/286/2611.pdf> erişim:21.11.2016, erişim:10.10.2017).

Genel olarak tarafsız ön değerlendirme yöntemi, özellikle tazminat taleplerini içeren uyuşmazlıklar için uygun bir çözüm yolu olarak kabul edilir²⁵⁵. Arabuluculuk yöntemi yıllardır uygulanmakta olsa dahi, tarafsız ön değerlendirme yönteminin uygulanması oldukça yenidir²⁵⁶. Konuyla ilgili olarak, ABD’de 1996 yılında *Ruder Komitesi* FINRA’nın tarafsız ön değerlendirmeyi uyuşmazlık çözüm programının bütünleyici bir unsuru olarak kapsamına almasını tavsiye etmiştir²⁵⁷.

²⁵⁵ **ILDIR**-ADR, s. 87; **ÖZBAY**, s. 468.

²⁵⁶ 1982 yılında Kuzey California (Kaliforniya) Amerika Birleşik Devletleri Bölge Mahkemesi, hukuk yargılamasının masrafını ve gecikmelerini azaltmanın yollarını bulmak için avukatlardan oluşan bir çalışma kolu görevlendirmiştir. Çalışma kolunun bir alt komitesinden alternatif uyuşmazlık çözümü gelişmelerini incelemesi istenmiştir ve komite bu süreçte tarafsız ön değerlendirmeyi tasarlamıştır. Ruder Komitesi programın bir incelemesinin Kuzey California Amerika Birleşik Devletleri Bölge Mahkemesindeki tarafsız ön değerlendirmede (San Francisco’da bulunan) görevlendirilenlerin üçte ikisi işlemde memnun kalmışlardır ve tarafsız ön değerlendirmeye yöneltilen uyuşmazlıkların yarısı programın dışındaki uyuşmazlıklarla karşılaştırıldığında daha hızlı çözümlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Joshua D. ROSENBERG/H. Jay FOLBERG**, *Alternative Dispute Resolution: An Ampirical Analysis*, (Stanford Law Review, Vol:46, July 1994, s. 1487-1551).

²⁵⁷ Tarafsız ön değerlendirmedeki usuli adımlar aşağıdaki biçimde başlıklar halinde açıklanmıştır: **(1)** Söz konusu uyuşmazlık konusunda önemli ölçüde tecrübeye sahip yetenekli bir değerlendirici, taraflardan uyuşmazlığın temel meselesini özetleyen kısa bir yazılı beyan talep eder. **(2)** Daha sonra taraflar, bizzat ya da konferans araması vasıtasıyla değerlendiriciyle müzakere eder ve her bir taraf uyuşmazlığın çok kısa bir anlatımını sunar. Bu sunum, duruşmanın başlangıcında bir delil sunmaya benzer. Bazen taraflar, ABD hukukunda tanıklardan veya uzmanlardan özetlenmiş şekilde uyuşmazlığın çözümüne katılımını sağlayabilir. **(3)** Sunumlar sırasında ve sonrasında değerlendirici, taraflara soru sorabilir, üzerinde uzlaşılan meselelerle ilgili taahhüt isteyebilir, uyuşmazlığın mevcut meselelerine açıklık getirebilir. Dolayısıyla, değerlendirici, bir anlamda uyuşmazlık çözülmediğinde uyuşmazlık alanlarını azaltmak için uyuşmazlıktaki temel meselelerin açıklık kazanmasını ister. Sunumlar tamamlandıktan sonra ise değerlendirici, kısa bir değerlendirme hazırlayacak olmakla birlikte, değerlendirici hazırladığı raporu taraflarla paylaşmayacaktır. **(4)** *Ruder Komitesine* göre değerlendirici, anlaşma müzakeresi dışında, daha sonrasında iki tarafın da uyuşmazlık içerisindeki durumlarının güçlü ve zayıf yanlarının kısa ve tarafsız bir değerlendirmesini yapar. Değerlendirici genellikle, bu uyuşmazlığın yazılı, kısa bir özetini sağlayacak olmasının yanı sıra, bu değerlendirme uyuşmazlığın muhtemel sonuçlarını tahmin etmeye yönelik bir girişim de içerebilir. Buradaki temel amaç, uyuşmazlığın tarafsız bir değerlendirmesini sunmak olup, bu ‘gerçeğe uygunluk’ (*reality check*) incelemesi tarafların her birini, durumunun daha tarafsız ve gerçekçi bir değerlendirmesini yapmaya zorlamaktadır.

Aşağıda ayrıntılı olarak yer verileceği üzere ²⁵⁸, ABD hukukunda, bu uyuşmazlık metodunun sermaye piyasası uyuşmazlıklarına uygulanabilirliği incelendiğinde, tarafsız ön değerlendirmeye ilgili bilinmesi gereken ilk husus FINRA'nın böylesi bir programı oluşturmamış ve uygulamamış olmasıdır. İkinci olarak, tarafsız ön değerlendirme yöntemi yine de FINRA bünyesinde hâlihazırda var olan arabuluculuk programının bir parçası olabilecektir. Çalışmanın bu kısmında, tarafsız ön değerlendirmenin tarihi gelişimi kısaca ele alınmasını müteakip tarafsız ön değerlendirmeye ilişkin olarak FINRA Tahkim Politikası Çalışma Kolu (*Ruder Committee, Ruder Komitesi*) 1994 Tavsiyelerine yer verilecek ve nihayetinde FINRA'nın bu metodu neden arabuluculuk programına entegre etmeme kararı verdiği açıklanacaktır.

Arabuluculukta, uyuşmazlık çözümünde eğitim görmüş tarafsız bir üçüncü kişi, tarafların kendi menfaatlerini tanımlamasına ve birbirlerinin çıkarlarını anlamalarına yardımcı olur²⁵⁹. Arabulucunun uyuşmazlık konusunda uzmanlık sahibi olması şart değilken, tarafsız ön değerlendirme arabuluculuktan temelde farklıdır. Tarafsız ön değerlendirme, tarafsız üçüncü kişiden güçlü bir değerlendirmeyi '*girdi*' olarak kabul eder²⁶⁰.

V. Hukuk Uyuşmazlıklarında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerine Dair Düzenlemeler

Hukukumuzda çeşitli kanunlarda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine dair düzenlemelere yer verilmiş olmakla birlikte²⁶¹, çalışmamızın kapsamıyla ilişkili

²⁵⁸ Bkz. § 3.II.

²⁵⁹ Arabuluculuk ve tarafsız ön değerlendirme yöntemi arasındaki temel fark arabuluculukta hedef, tarafların bir çözüme varmasında yardımcı olacak, eleştirel olmayan bir arabulucuya sahip olmak iken; tarafsız ön değerlendirme buna tarafsız bir üçüncü kişinin (değerlendirici) görüşüne bağlı olarak ulaşmayı amaçlar.

²⁶⁰ Değerlendirici, uyuşmazlığın muhtemel sonucuna ilişkin görüşünü belirttiğinde uyuşmazlığın tarafları değerlendirmesine daha büyük önem atfedilmesi için uyuşmazlık konusu olan meselede hatırı sayılır tecrübeye sahip olmalıdır.

²⁶¹ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253, I ve 7036 sayılı İş Kanunu md. 3, I düzenlemeleri arabuluculuk kurumuna cevaz vermekle birlikte, anılan düzenlemeler çalışma konusu itibarıyla kapsam dışında bırakılmıştır.

düzenlemelerden Avukatlık Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu’nun (TKHK) ilgili hükümleri açıklanacaktır.

Hukukumuzda ilk olarak, 1993 yılında Meclise sunulan “*Uzlaştırma Kurullarının Kuruluş, Görev ve Yetkilerine Dair Kanun Tasarısı*” ile idare ve özel kişiler arasındaki adli yargıya tabi parasal talepleri içeren uyuşmazlıkların uzlaştırma kurullarınca basit bir yargılamadan sonra karara bağlanması öngörülmüştür. Hukukumuzda en yaygın olarak uygulanma alanı bulan düzenlemeler olan Avukatlık Kanunu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve İş Kanunu’nun ilgili hükümlerine aşağıda başlıklar halinde yer verilmektedir.

A. Avukatlık Kanunu

19.03.1969 tarihli 1136 sayılı Avukatlık Kanununda değişiklik yapılmasına dair 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanunun 23 üncü maddesi ile²⁶² avukatlara arabuluculuk yoluna başvurmak suretiyle uyuşmazlıkları sulhen çözümleme yetkisi tanınmıştır. Daha açık ifadeyle, anılan hüküm gereğince avukatlara, aldıkları işlerde, dava açılmadan veya dava açılmışsa duruşmaya başlanmadan önce uzlaşma sağlanması konusunda karşı tarafı ‘*davet etme yetkisi*’ verilmiştir²⁶³. Avukat olmayan kişiler tarafından da tarafların uzlaşmaya varmaları mümkün olmakla birlikte, böyle

²⁶² 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’na, 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanun’un 23. maddesi ile eklenen yeni düzenleme uyarınca; “*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 Kanunu’nun 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğindedir.*” (Avukatlık Kanunu md. 35/A).

²⁶³ **Alper BULUR**, Avukatlık Kanunu Md. 35/A’nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi, (TBB Dergisi 2010 (89), s. 196-241), s. 209. (BULUR-Avukatlık Kanunu).

bir faaliyet neticesinde varılan çözüm anlaşması Avukatlık Kanunu md. 35/a hükmü anlamında ilam niteliğinde belge vasfını taşımaz²⁶⁴.

Avukatlık Kanunu md. 35/A hükmüyle getirilen düzenlemede, taraflar arasında uzlaşma sağlanabilmesi belirli bir zaman kesitiyle sınırlı tutulmuştur. Söz konusu durum şu şekilde ifade edilmiştir: “*Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda ... müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler*”. Burada kullanılan ölçüt bakımından, “*duruşma başlamadan*” ifadesini, “*ilk duruşmadan önce*” şeklinde anlamak daha yerinde olacaktır²⁶⁵.

Avukatlık Kanunu md. 35/A’da düzenlendiği biçimiyle uzlaşma sağlamanın, tarafların uyuşmazlığı karşılıklı görüşmelerle çözüme kavuşturmaya çalıştıkları bir “*müzakere*” yöntemi olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır²⁶⁶. Bununla birlikte, Avukatlık Kanununda öngörülmemesine karşın arabulucunun olmadığı bir arabuluculuk süreci Avukatlık Kanunu Yönetmeliği’nin md. 16, II hükmüyle düzenlenmiş olup, taraf avukatları birlikte hareket ederek arabuluculuk faaliyeti yürütmekle yetkili kılınmıştır²⁶⁷.

B. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

Tüketici uyuşmazlıklarının çözümünde asli yargı mercilerinin ve yargılama usullerinin fonksiyonel olmadığının anlaşılması neticesinde, tüketicilerin haklarını araması teşvik ve tarafların uzlaşması amacıyla Tüketici Sorunları Hakem Heyeti kurulmuştur²⁶⁸. Başlangıçta 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunla ismi “*Tüketici Sorunları Hakem Heyeti*” iken 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunla “*sorunları*” ifadesi kaldırılmış ve “*Tüketici Hakem Heyeti*” olarak

²⁶⁴ ÖZMUMCU-Uzakdoğuda Arabuluculuk, s. 264; BULUR-Avukatlık Kanunu, s. 227.

²⁶⁵ DEMİR-Uzlaşma, s. 89; BULUR-Avukatlık Kanunu, s. 209.

²⁶⁶ Semih GÜNER, Avukatlık Hukuku, Ankara 2009, s. 135; DEMİR-Uzlaşma, s. 116.

²⁶⁷ ILDIR-ADR, s. 140-141.

²⁶⁸ İ. Yılmaz ASLAN, Tüketici Hukuku Dersleri, Bursa 2016, s. 307.

adlandırılmıştır. Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri, merkezi idare teşkilatı içinde yer alan Bakanlık tarafından oluşturulacak olup, Hakem Heyetinin teknik anlamda arabuluculuk faaliyeti olmadığı vurgulanmalıdır²⁶⁹. Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri fonksiyon itibariyle mahkeme niteliğinde olmadığından, söz konusu Heyet tarafından yürütülen faaliyetler de birer yargılama faaliyeti olarak nitelendirilemez²⁷⁰.

Hukukumuzda ilk olarak Mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un²⁷¹ 22 nci maddesinde öngörülen düzenleme ile, tüketici mahkemelerinin yanında yer alan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi ihdas edilmiştir²⁷². Tüketici Hakem Heyeti, tüketicinin daha basit ve hızlı işleyen bir uyuşmazlık çözüm sürecini kullanarak korunması ve yargı organlarının iş yükünün azaltılması amacıyla kurulmuş olup, hukuk sistemimizde ilk defa hukuk yargısına getirilen yargı dışı bir sistemdir²⁷³. *Pekcanitez*'e göre, Tüketici Hakem Heyeti bu sebeple, tüketici mahkemelerinin yanında yer alan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilmektedir²⁷⁴.

Anılan Kanun ile alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi, hakem heyetine başvuru yolunun belirli uyuşmazlıklar bağlamında zorunlu hale getirilerek adeta bir dava şartı olarak öngörülmesi nedeniyle arabuluculuk olarak nitelendirilemez²⁷⁵. Zira, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile, belirli miktar veya değere

²⁶⁹ **ÖZMUMCU**-Uzakdoğuda Arabuluculuk, s. 273.

²⁷⁰ **İbrahim ERMENEK**, Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri, (GÜHDF, C. XVII, Y.2013, S. 1-2, s. 563-630), s. 575.

²⁷¹ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 11 Mayıs 2014 itibariyle yürürlüğe girerek, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu yürürlükten kaldırmıştır.

²⁷² **Hakan PEKCANITEZ**, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti, (İzmir Barosu Dergisi, 1996/3, s. 40-58), s. 41; **Ali Cem BUDAK**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Hakem Heyetleri, (Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 77-103 (Basım Yılı: 2015)), s. 79.

²⁷³ Tüketici Hakem Heyetinin hukuki nitelik bakımından mecburi tahkim niteliğinde olduğuna ilişkin açıklamalar için bkz. **TOPUZ**, s. 26.

²⁷⁴ **PEKCANITEZ**-Tüketici, s. 41.

²⁷⁵ **KONURALP**- İspat Sınırları, s. 7; **TAŞPOLAT TUĞSAVUL**, s. 512.

ilişkin tüketici uyuşmazlıkları bakımından hukuk mahkemelerine başvurma yolu kapatılarak; tüketici hakem heyetlerine başvurmak kural olarak zorunlu hale getirilmiştir²⁷⁶. Bu suretle, anılan halde Tüketici Hakem Heyetine başvuru zorunlu olup, özel bir dava şartıdır²⁷⁷. Buna ilaveten, ADR yoluna teşvik amacıyla 6502 sayılı TKHK’nda Tüketici Hakem Heyetine başvuru zorunluluğunun bir istisnası olarak “*Bu madde tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmasına engel değildir*” hükmü getirilmiştir (TKHK md. 68, V).

C. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu

07.06.2012 tarih ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile getirilen arabuluculuk kurumu, hukuk sistemimizde köklü değişimin ilk adımı olarak kabul etmek mümkündür. Bununla birlikte, hukukumuzun HUAK yürürlüğe girmeden önceki dönemde de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yabancı olmadığını söylemek mümkündür. Nitekim, ön inceleme aşamasında, tarafların hakim tarafından sulhe veya arabuluculuğa teşvik edilmesi gerekir.

HUAK ile, özel hukuk uyuşmazlıklarında tarafların serbest iradeleri ile hukuk yargılaması sırasında veya dava açılmasından önceki evrede tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla, tarafların uyuşmazlığa temel teşkil eden vakıaları daha iyi anlamalarını ve buna bağlı olarak çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuk kurumu hukuk uygulamamıza dahil edilmiştir. Anılan Kanunun uygulanmasına yönelik olarak “*Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği*” ise 26.01.2013 tarih ve 28540 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. 02.06.2018 tarih ve 30349 sayılı Resmi Gazete’de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği yayımlanmış olup, anılan Yönetmeliğin 59 uncu maddesiyle önceki HUAK Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmıştır.

²⁷⁶ TKHK m. 68(1). İstisna için bkz. m. 68(5).

²⁷⁷ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s. 67.

§ 3. SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARINDA ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARININ KULLANILMASI

Uyuşmazlık türleri içerisinde en yaygın olanlar, iletişimdeki aksaklıktan veya güven ilişkisindeki azalmadan kaynaklanan yatırım kuruluşu temsilcisinin temsil yetkisini hatalı kullanmasına yönelik iddialar, yatırım kuruluşu temsilcilerince yatırımcıların niteliğine uygun olmayan tavsiyeler verilmesi ve güvene dayalı sorumlulukların ihlali gibi konular yer alır²⁷⁸. Genellikle yatırımcı ve yatırım kuruluşu temsilcisi hesap yönetimi ve işlemlerinin uygunluğuna ilişkin çok farklı görüşlere sahiptir. Arabulucu iki tarafın kendi duygularını ve çıkarlarını açıklamalarını mümkün kılar ve her bir tarafın diğerinin durumunu anlamasına yardımcı olur.

Sermaye piyasasındaki gelişmelerin varlığına karşın, Avrupa Birliği Üye ülkelerinde finansal hizmetler alanındaki boşluklar ve kalite standartlarındaki farklılaşma devam etmiştir. Avrupa piyasasının genişlemesi ve ilerlemeci entegrasyonu, tüketicilere ve finansal hizmet sağlayıcılara daha geniş bir seçim alanı sunmuştur²⁷⁹.

Finansal hizmetlerin yerine getirilmesinden kaynaklanan şikayetlerde, uyuşmazlığın finansal hizmet sağlayıcısı konumunda olan -genellikle- yatırım kuruluşlarıyla doğrudan çözümlenememesi halinde, yatırımcılar söz konusu uyuşmazlıkları yargılama giderleri ve usuli kurallar zincirinin uzun süre takip edilmesi zorunluluğu nedeniyle hukuk yargısına sevk etmeye isteksiz hale gelmiştir. Bu bağlamda, yargı dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri, sermaye piyasası uyuşmazlıklarının hızlı ve dostane bir biçimde çözümüne katkı sunması nedeniyle hukuk yargısının önemli bir alternatifi olarak görülmüştür. Bu durum, tarafların özellikle uzun dönemli sözleşmesel ilişkiyle bağlı olduğu finansal uyuşmazlıklarda daha yaygındır²⁸⁰.

²⁷⁸ BADER/WIAND, §12, s. 10.

²⁷⁹ BENÖHR-Disputes in Financial Services, s. 248.

²⁸⁰ BENÖHR-Disputes in Financial Services, s. 248.

Yatırımcıların adalete erişimini kolaylaştıran alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, özellikle 2008 yılındaki finansal krizle birlikte tüketicinin korunması anlamında yeni bir bakış açısı ortaya koymuş ve sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümünde yeni ilke ve standartların benimsenmesine yol açmıştır²⁸¹. Bu sebeple, günümüzde arabuluculuk, tahkim ve uzlaştırma usulü dışında pek çok ülkede “*yargı reformu*” adı altında, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri geliştirilmektedir²⁸².

I. Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğun Uygulanabilirliği

Arabuluculuk, iş ilişkisinin haksız sonlandırılması veya ayrımcılık iddialarını içeren duygusal ögeler içeren uyuşmazlıklar açısından kesin bir seçenektir. Güçlü duygular karar verme gücünü negatif yönde etkiler. Konuları saran duyguları yatıştırarak, arabulucu tarafların probleme bir çözüm bulmaya odaklanmalarına yardımcı olur. Örneğin, yatırım kuruluşu personelinin, bünyesinde çalıştığı yatırım kuruluşu ile arasındaki iş ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ileri sürülecek talepler bakımından uyuşmazlık konusunda bilgi birikimi olan, yatırım kuruluşu personellerinin istihdamı gibi hususlarda geniş tecrübeye sahip arabulucuların bir listesi sunulmalıdır. Yatırım kuruluşu personelinin arabuluculuk yöntemine başvurmasında temel etken genellikle iş ilişkisinin devamının sağlanması olduğu nazara alındığında, arabuluculuk yöntemi bu amaca ulaşılmasını kolaylaştırır²⁸³.

Yatırımcı taleplerine ek olarak, arabuluculuk finans sektörü-içi uyuşmazlık bakımından da uygundur. Zira, arabuluculuk yöntemi, yatırım kuruluşlarının devam etmekte olan ilişkilerini yürütmelerinde yardımcı olur. Arabuluculuk yönteminden faydalanarak ve karşıtlığın ilerlemesinden kaçınarak, taraflar nihai çözüm ve önemli iş ortaklıklarını koruma ihtimalini artırır.

²⁸¹ BENÖHR-Disputes in Financial Services, s. 248.

²⁸² ŞANLI, s. 436.

²⁸³ V. James MANN, The Mediation Paradox: Collaborative Combat, JAMS (Nov. 2011), s. 13. (web: <https://www.jamsadr.com/files/uploads/documents/articles/mann-mediation-paradox-2011.pdf> erişim: 8.8.2018).

Arabuluculuğun doğasını göz önünde bulundurarak, taraflar uzlaşmaya hazırlıklı olmalıdır. Eğer müzakere için bir ihtimal bulunmamakta ise, yatırım kuruluşunun sicil kaydı (*registration record*) bakımından açılacak bir hukuk davasının tamamıyla reddini talep etmeyi gerektirdiği durumlarda veya hem tarafın hem de avukatının kazanacaklarından emin oldukları davalara benzer vakıalarda, tahkim daha iyi bir alternatif olabilecektir²⁸⁴. Ancak, taraflar uyuşmazlığın ne şekilde sonuçlanacağı hususunda hiçbir garantinin söz konusu olmadığını kabul etmelidir. Dahası, tarafın kazanılacağı kesin olarak düşünülen vakıalarda bile, duruşmalar neticesinde elde edilecek hakem kararı ile talebinin karşılanmasına rağmen büyük miktarda giderlerle karşılaşacağı açıktır.

II. Sermaye Piyasası Hukukunda Tarafsız Ön Değerlendirme Yönteminin Uygulanabilirliği

1994 yılında Ulusal Aracı Kuruluşlar Birliği (*National Association of Securities Dealers, NASD*) tarafından menkul kıymetler²⁸⁵ tahkiminin doğasının ayrıntılı bir incelemesini yapması ve gelecek için bir yol haritası önermesi için önceki Menkul Kıymetler ve Borsalar Komisyonu Başkanı *David S. Ruder* liderliğinde bir Çalışma Grubu kurulmuştur. Anılan Çalışma Grubu, Yüksek Mahkemenin 1980'ler sonundaki uyuşmazlık öncesi tahkim anlaşmalarını uygulanabilir kılan kararından bu yana, ilk kapsamlı menkul kıymetler tahkimi değerlendirmesi olarak kabul edilir²⁸⁶.

²⁸⁴ BADER/WIAND, §12, s. 11.

²⁸⁵ ABD hukukunda sermaye piyasası kavramının, zaman zaman “*menkul kıymetler piyasası*” (*securities market*) kavramı yerine kullanıldığı görülmektedir. Doktrinde bazı yazarlarca, her ne kadar sermaye piyasası ile menkul kıymetler piyasasının eş anlamlı olduğunu ileri sürülmüşse de, öğretilerdeki hakim görüş sermaye piyasası ile menkul kıymetler piyasası kavramlarının eşdeğer olmadığı yönündedir. Zira, menkul kıymetler piyasası, sermaye piyasasının ancak bir alt kümesi olabilir. Kaldı ki, sermaye piyasasının varlığından söz edebilmek için bir menkul kıymetler piyasasının bulunması da zorunlu değildir (**Mustafa Sencer KARA**, Sermaye Piyasası Aracılık Faaliyetlerinde Yatırımcının Korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006, s. 10).

²⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Arbitration Task Force Issues 70 Recommendations in Largest Revamping of Securities Arbitration Since Its Start More Than a Century Ago, web: <http://www.finra.org/newsroom/1996/arbitration-task-force-issues-70-recommendations-largest-revamping-securities>, erişim: 3.11.2017).

Ruder Komitesi olarak adlandırılan çalışma grubu tarafından hazırlanan raporda²⁸⁷, FINRA (Eski adıyla NASD), programı desteklemek için kaynaklar ilave ederek ve arabuluculuktan faydalanılmasını aktif olarak savunularak gönüllü arabuluculuk programını genişletmiştir²⁸⁸. FINRA (Eski adıyla NASD), potansiyel masrafları, gecikmeleri ve mevcut arabuluculuk programındaki işten çıkarmaları analiz ettikten sonra tarafsız ön değerlendirmeyi uyuşmazlık çözüm hizmetlerine eklememeye karar vermiştir²⁸⁹.

Ruder Komitesi tarafsız ön değerlendirmede, zarar tazminatının 30.000 \$'ı geçtiği davalarının %25'inde rastlantısal olarak tarafsız ön değerlendirmeyi görevli kılarak, iki yıllık bir deneme süreci başlatılmasını tavsiye etmiştir²⁹⁰. Komite, anılan durumlar kapsamında tarafsız ön değerlendirmeye başvurunun zorunlu olması gerektiğini tavsiye etmiştir. *Ruder Komitesi*, FINRA'nın tarafsız ön değerlendirme programı için aşağıda ayrıntısına yer verilen yapıyı tavsiye etmiştir²⁹¹:

1. Uyuşmazlık tahkim sürecinde devam etmekte ise, tarafsız ön değerlendirmeye geçmeleriyle aynı zamanda hakem ve duruşma tarihleri planlamak da dahil olmak üzere, taraflar süreci tahkim yöntemiyle devam ettirmelidir. Tarafsız ön

²⁸⁷ Söz konusu Rapor, *Menkul Kıymetler Tahkim Reformu*, menkul kıymetler tahkimini yeniden canlandırmak için kapsamlı teklifler önermiştir. Rapordaki tavsiyeler FINRA'nın mevcut uyuşmazlık çözüm politikası ve kural koyma kılavuzlarının çerçevesini oluşturmuştur. FINRA'nın kendi web sitesinde belirttiği üzere, neredeyse tüm anahtar tavsiyeleri uygulamış, adil ve etkili bir uyuşmazlık çözüm sisteminin temel unsurlarını korumaya ve bunlara saygı duymaya çalışmıştır. FINRA'nın Haziran 2007'de yayınlanan *Tahkim Politikası Çalışma Grubu Raporunda* yer alan öneriler içerisinde uygulanmayan birkaç tavsiyeden biri tarafsız ön değerlendirmedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **David S. RUDER**, The Arbitration Policy Task Force Report-A Report Card, 2007. web: <https://www.finra.org/sites/default/files/Industry/p036466.pdf> erişim: 13.11.2017).

²⁸⁸ NASD Dispute Resolution, The Arbitration Policy Task Force Report -A Report Card, 27 July 2007, s. 14.

²⁸⁹ **David E. ROBBINS**, Securities Arbitration Procedure Manual, 5th Edition, New York 2015, §16-12, s. 3.

²⁹⁰ **RUDER**, s. 14.

²⁹¹ **ROBBINS**, § 16-12, s. 1-3.

değerlendirme, *Ruder Komitesinin* keşif (*discovery*) üzerine olan kısmında tavsiye ettiği üzere gerekli belgelerin otomatik olarak üretilmesinden hemen sonra gerçekleşmelidir. Uyuşmazlığın taraflarına, değerlendiriciyi kendilerini seçmesi veya FINRA personelinin kendileri için birini seçmeleri opsiyonu sunulmalıdır.

2. Taraflar iddia, cevap ve bu beyanlara ekli belgelerin nüshalarını değerlendiriciye sunmalıdır. Bununla birlikte, tarafların veya değerlendiricinin seçimiyle, her bir taraf uyuşmazlık için önemli olan ilave belgeler sunabilir. Değerlendirici, materyalleri aldıktan kısa zaman sonra yapılacak bir değerlendirme oturumu planlar. Değerlendirme oturumu, müzakere çağrısıyla gerçekleştirilebilirken, kanaatimizce tarafsız ön değerlendirmenin önemli bir unsuru sadece avukatları değil taraflar arasında da yüz yüze iletişimi sağlamaktır²⁹².

3. Değerlendirme oturumunda her bir taraf uyuşmazlığın, tüm iddia ya da savunmaları sunarak ve tarafın bir tahkim duruşmasında sunmayı beklediği delilin ana hatlarını belirterek kısaltılmış bir özetini sunar. Değerlendirici, sonrasında uyuşmazlığın bir değerlendirmesini tercihen yazılı olarak formüle eder ve taraflara yapılan değerlendirmenin bir kopyası verilir. Değerlendirici, kendi yetkisiyle, sunumlar ışığında makul bulduğu bir çözüm önerebilir. Değerlendirme, asgari olarak her bir tarafın konumunun güçlü yönlerini ve zayıflıklarını belirlemeli ve tahkimde varılması muhtemel bir sonuç açısından bir öneri sunmalıdır.

Günümüzde FINRA'nın etkili tarafsız ön değerlendirme programları oluşturabileceği ve etkin şekilde uygulayabileceği hususu halen tartışmalıdır. Bununla birlikte, arabuluculuğa başvuran birçok taraf sıklıkla arabulucunun kendi fikrini ya da bir uyuşmazlığın ve bu uyuşmazlığın muhtemel sonucunun değerlendirmesini sunmasında ısrar ettiğinden, tarafsız ön değerlendirme yöntemi fiilen değerlendirici arabuluculuk kisvesi altında gerçekleşmektedir²⁹³.

²⁹² ROBBINS'e göre, deneysel, düşük maliyetli bir program olması gereken bir menfaat çatışması için taraflara önemli seyahat masrafları yüklenmemelidir. Yazar bu nedenle, yüz yüze oturumun, tarafların ve değerlendiricinin uygun bir toplantı alanına 100 milden (160 kilometreden) az seyahat etmesi gerektiğinde teşvik edilmesi gerektiğini belirtmiştir (ROBBINS, §16-12, s. 2).

²⁹³ Michael P. COAKLEY/Mary A. BEDIKIAN, De-mystifying Securities ADR: Reform and Resurgence after McMahon, (Michigan Bar Journal, February 2007, s. 176-182), s. 180.

III. Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk-Tahkim Yönteminin Uygulanabilirliği

A. Amerika Birleşik Devletlerinde Arabuluculuk-Tahkim'in Fonksiyonu ve Uygulaması

Arabuluculuk-tahkim gibi yenilikçi bir sistemin varlığı FINRA'nın arabuluculuğa olan genel talebini arttırmasına katkı sunması olasıdır. Açıklandığı üzere, iki geleneksel yöntemin mevcut uygulamasının niteliğine uygun düştüğü ölçüde bir araya getirilmesi suretiyle yeni bir yöntem belirlenmesi FINRA alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının genel yapısını geliştirebilir. Arabuluculuk-Tahkim uygulaması ortaya çıkarılabilecek yeni bir uyuşmazlık çözüm yöntemi için en işlevsel mekanizma olarak kabul edilmelidir. FINRA'nın arabuluculuk-tahkim uygulamasına yönelik olarak, bir arabulucunun arabulucu sıfatıyla görev yaptığı bir uyuşmazlıkla ilgili devam eden bir FINRA tahkiminde, genel uygulamanın aksine²⁹⁴, hakem sıfatıyla yer alamayacağı açık bir biçimde hükme bağlanmıştır²⁹⁵.

1. Avantajları

Arabuluculuk-tahkim yönteminin daha esnek, maliyet-faydalı ve etkin olması, bu alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminin avantajları olarak kabul edilir²⁹⁶. Bu avantajlardan en dikkat çekenleri sırasıyla şu şekilde belirtmek mümkündür. Birincisi, yöntem tarafların yönetimine ve uyuşmazlığa esneklik getirir. Yapısal format açıkça arabuluculuk-tahkimin sistematik esnekliğini ortaya çıkarır. Arabuluculuk-tahkimin

²⁹⁴ Uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulamaması halinde, yine aynı üçüncü kişi bu kez hakem sıfatıyla uyuşmazlık hakkında bağlayıcı karar verir (**Ömer ULUKAPI/Emre KIYAK**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Model Etik ve Uygulama Kuralları Çerçevesinde Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi, (Prof.Dr. Ramazan ARSLAN'a Armağan, C. II, Ankara 2015, s. 1645-1698), s. 1672).

²⁹⁵ FINRA Manual, 14107- (d) maddesinin orijinal metni şu şekildedir: “*No mediator may serve as an arbitrator of any matter pending in FINRA arbitration in which he served as a mediator; nor may the mediator represent any party or participant to the mediation in any subsequent FINRA arbitration relating to the subject matter of the mediation.*”

²⁹⁶ **SUSSMAN**, s. 73; **ÖZBEK**-Arabuluculuk-Tahkim, s. 22.

iki aşamalı yapısı, katılımcıların ilk arabuluculuk aşamasında tarafların bağımsız kararlar alması ve sonraki tahkim aşamasının da gerekli ise meseleleri zorla sonuçlandırmasıyla birleştirilmiş iki sistemin avantajlarından yararlanmalarına izin verir²⁹⁷. Bu yapıyla birlikte, arabuluculuğun iletişim dostu unsurları ve tahkimin sistematik ve otoriter unsurları, beraberce temsil edilen taraflar için esnekliği mümkün kılar.

Sistemin düzenleyicisi konumunda bulunan arabulucu-hakem, bu sistemin sağladığı esnekliği, kendisi erken safhada kullanıcı dostu bir düzenleyici şapkası, sonraki safhada da kuvvetli bir karar alıcı şapkası giymiş gibi kullanır²⁹⁸. Bu esneklik daha önce belirtilmiş olan tarafların kaynak asimetrisinin yol açtığı eşitsizliği hafifletmek için sağlıklı bir çözüm olabilir. Esneklik rolüyle arabulucu-hakem, iki tarafı arabuluculuk safhasında eşitlemek için yeterince otoriter olacak ve taraflar üstün gelen doğrudan uzlaşmalara göre daha koruyucu bir alternatifi elinde bulundurur.

Buna ilaveten, *Med-Arb* genel olarak FINRA ADR'sinin parasal maliyetlerini azaltır. Yukarıda belirtildiği üzere, arabuluculuk-tahkimin geleneksel arabuluculuğun bir varyasyonu olarak anlaşılabilir; taraflar başından itibaren sorunlarının kesin olarak sona ereceğini bilir ve tali harcamaları minimize etmek için erken safhalarda taraflar uzlaşmaya teşvik edilir²⁹⁹. Arabulucu ayrıca güçlendirilmiş otoritesiyle taraflara kılavuzluk yaparak daha hızlı çözüm için taraflara yardım eder. Uzlaşma için daha güçlü bir teşvik edicinin yanında sistemin kaynak tahsisi ilgili maliyetleri düşürür.

Uyuşmazlıklar tahkim aşamasına geçse dahi, çözüme ilişkin süreci organize eden tüm katılımcıların gerekli unsur ve kuralları biliyor olmasından kaynaklanan maliyet en azından geleneksel tahkimden daha düşük olur³⁰⁰. Son olarak belirtmek gerekir ki, arabuluculuk-tahkim yöntemi iki mevcut yöntemle göre yapısal olarak daha

²⁹⁷ PAPPAS, s. 157-203.

²⁹⁸ BLANKENSHIP, s. 33-34.

²⁹⁹ Hyung Kyun KWON, Med-Arb Adoption in Securities Law Disputes: Advantages and Costs, (Concordia Law Review: Vol. 2, No. 1, Article 3, 2017, s. 44-68), s. 59. (KWON-Advantages and Costs).

³⁰⁰ KWON-Advantages and Costs, s. 60.

etkindir³⁰¹. Esneklik ve maliyet etkinliği bir kenara bırakılacak olursa, FINRA, arabuluculuk-tahkim yöntemini benimsemesiyle yapısal olarak gelişir. Arabuluculuk-tahkim iki farklı yöntemi konsolide ederek taraflara sunduğundan, tarafların usule ait hususları oldukça basitleşecek; aynı anda tahkim ve arabuluculuk dosyası açma veya tahkim dosyası açtıktan sonra doğrudan uzlaşma oluşturma gibi muhtemel prosedüre ait sonuçların sayısı yeni *Med-Arb* ile değişir³⁰².

2. Dezavantajları

Arabuluculuk-tahkim başvurusunda bulunulması gizlilik seviyesinin korumasına zarar verebileceği ve ayrıca iki mevcut metodun sistematik faydalarını tehlikeye atabileceği gerekçesiyle bu sistemin dezavantajları olarak kabul edilebilir³⁰³. İlk olarak, genel gizlilik koruması seviyesinin zarar görmesi olasıdır. Çünkü arabuluculuk safhasının gizliliği, tahkim safhasının gizlilik seviyesine düşürülerek, iki uyuşmazlık çözüm yönteminde nihai aşamada eşit hale getirilir. Belirtildiği gibi, arabuluculuk, tahkimle kıyaslandığında daha yüksek bir gizlilik seviyesi sağladığından taraflar tahkimde olduğundan daha fazla bilgi paylaşmaya eğilimlidir.

FINRA kuralları ayrıca arabuluculuk için tahkimde olduğundan daha güçlü bir gizlilik seviyesini garanti eder³⁰⁴. Gizlilik koşullarındaki değişim tüm sürecin güvenilirliğini zayıflatabilir. Çünkü arabulucu-hakem uygun olmayan bir şekilde arabuluculuk safhasında elde ettiği bilgiyi sonraki tahkim safhasında karar vermek üzere kullanabilir³⁰⁵. Ancak bu tür bilgi kullanımı iki sebepten ötürü mümkün görünmez. Zira, FINRA kuralları taraflara arabuluculuk aşamasında gizlilikten feragat

³⁰¹ **Edna SUSSMAN**, Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process, (The Neutral Corner, Volume 2, 2018, s. 1-3), s. 3. (SUSSMAN-Process).

³⁰² **BLANKENSHIP**, s. 34.

³⁰³ **KWON**-Adopting Med-Arb, s. 133.

³⁰⁴ FINRA Manual, 14109, 2008.

³⁰⁵ **ÖZEKES-PEKCANITEZ** Usul, C. III, s. 2812.

etmelerine izin verir. Aksi halde, mahkemeler gizlilik ihlalleri içeren Med-Arb kararlarını kabul etmekte isteksizdir³⁰⁶.

İkinci olarak, her iki mevcut yöntemin usule ilişkin avantajları tehlikeye girebilir. Daha önce belirtildiği üzere, arabuluculuk ve tahkimin mahiyeti oldukça farklıdır. Nitekim, arabuluculuk daha gayri resmi ve tarafa bağılyken, tahkim daha resmi ve otoriterdir³⁰⁷. Böylece, oldukça farklı nitelikteki yöntemlerin karıştırılması her ikisinin de avantajlarına zarar verebilir. İlk olarak arabuluculuk kısmı eklenen formalitelerle kendi gayri-resmi tabiatını kaybedebilir. İkinci olarak, tahkim yargılamasındaki kurallardan kaynaklanan otoritesini kaybedebilir³⁰⁸. Daha geniş bir bakış açısı ile, sistem FINRA alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında usule ait özelliklerini somut düzenlemelere bağlayabilir³⁰⁹. Böylesi bir benimseme, yasallaştırma kaygısından uzak olan arabuluculuğun yasallaştırmasına yol açabilir. Ancak kanımızca, bu çekincelerin olumsuz yanları uygulamanın faydalarını azaltacak gibi görünmemektedir.

FINRA Uyuşmazlık Çözümü Kurulu arabulucu ve hakemler listesini sağladığında, FINRA'nın gözetim sistemi, arabulucu-hakem güvenilirliğinin yüksek

³⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kristen M. BLANKLEY**, Keeping a Secret From Yourself? Confidentiality When the Same Neutral Serves Both as Mediator and as a Arbitrator in the Same Case, (Baylor Law Review, Vol. 63:2, 2011, s. 317-67). (web: <http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1121&context=lawfacpub>, erişim: 11.10.2017). FINRA kılavuzu “gizli bilgiyi veren tarafça bunu yapmaya yetkili kılınmadığı sürece” gizli bilgiye temas etmeyi ve bu nitelikteki bilgiyi kullanmayı yasaklamıştır. Böylece arabulucu-hakem bilgi makul ve gerekli görüldüğünde problemi basitçe izin talep ederek çözebilir. Dahası, Ohio Temyiz Mahkemesi ve New Jersey Yüksek Mahkemesi tarafından verilen gizli nitelikteki bilgiyi tahkim safhasında kullandığı arabuluculuk-tahkim kararlarını reddeden kararlar göstermektedir ki, mahkemeler gizlilik ilkesi ihlal edildiğinde kararları tasdik etmeyecektir (**KWON**-Adopting Med-Arb, s. 133). Mahkemelerden alınan icra edilebilirlik şerhi arabuluculuk-tahkim kararlarının icra edilebilmesi için gerekli olduğundan, gizlilik seviyesi ikinci bir kilit olarak yerel mahkemelerce teminat altına alınmaktadır).

³⁰⁷ **KWON**-Adopting Med-Arb, s. 134.

³⁰⁸ **PAPPAS**, s. 172.

³⁰⁹ **KWON**-Advantages and Costs, s. 68.

bir seviyede kalmasını sağlamak için tecrübeli ve güvenli olmalıdır³¹⁰. Bu kapsamda, arabuluculuk-tahkim uygulamasının avantajlarının potansiyel dezavantajlarına baskın geldiği görülmekle birlikte, önerilen projeksiyonları doğruluğunun tespiti bakımından daha fazla bilgiye ihtiyaç vardır.

Bununla birlikte, Türk hukuku bakımından konu ele alındığında, sermaye piyasası uyuşmazlıklarında bağımsız, tarafsız ve özerk bir kurum olan İstanbul Tahkim Merkezi tarafından kademeli uyuşmazlık çözümünün en belirgin örneğini oluşturan arabuluculuk-tahkim yönteminin benimsenerek bireysel ve kurumsal yatırımcıların bilinçlendirilmesinin, yatırımcıların korunması amacına katkı sunacağı tartışmasızdır.

B. Amerika Birleşik Devletlerindeki FINRA Tarafından Uygulanan Arabuluculuk-Tahkim Yönteminin İngiltere'deki Finansal Ombudsman Hizmetiyle Karşılaştırılması

İngiltere'de Finansal Ombudsman Hizmeti³¹¹, menfaat odaklı düzenleyici-arabulucu yaklaşımını ve hakemlerin yetki bazlı yaklaşımını hakemler kadar etkin kullanır. Finansal Ombudsman Hizmeti şikâyet değerlendiricileri (*Financial Ombudsman System adjudicators*) fonksiyon olarak düzenleyici şikâyet araştırmacılarıyla (*complaint investigators*) oldukça benzer nitelikte olup, benzer dosya yüklerine sahiptir³¹².

³¹⁰ KWON-Advantages and Costs, s. 54.

³¹¹ Finansal Ombudsman Hizmetinin çalışma sistemi ön sıra soruşturmaları ve ilk şikâyetler (müşteri temas bölümü), şikâyetleri gayri resmi olarak çözen şikâyet değerlendiricileri (sosyal hizmet işlemleri); ve resmi kararlar veren ombudsmanlar (sigorta ve yatırımlar, bankacılık, krediler, tüketici kredileri ve ipotekler ve yasal poliçeler bakımından ombudsmanların oluşturduğu ve üç lider ombudsman tarafından yönetilen geniş bir ombudsman heyeti, Finansal Ombudsman Hizmeti'nin iki yönetici ombudsman ve baş yönetici ombudsman ve baş ombudsman idaresinde) olmak üzere üç aşamada ele alınmaktadır (Financial Ombudsman Service, Our Organisation Chart, bkz. web: www.financial-ombudsman.org.uk/about/organisation-chart.htm, erişim: 1.6.2018).

³¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. TAN-Ekonomik Kamu, s. 198-203, s. 280-283; **Daniel Benjamin SCHWARCZ**, The British Approach to Consumer Financial Disputes: A Model for Reform in Insurance Law and Beyond, (ExpressO (2008), s. 1-61), s. 29: (web: http://rmi.robinson.gsu.edu/wp-content/blogs.dir/185/files/2013/10/Schwarcz_SSRN-id1183482-1.pdf, erişim: 14.12.2016).

Şikâyet değerlendircisi mertebesinde arabuluculuk çözümlerindeki bu etkinlik Finansal Ombudsman Hizmeti'nin başarısı bakımından kritik öneme sahiptir. Arabuluculuk sadece tarafların karşılıklı tatmini ile son bulma eğiliminde olmayıp, karşılaştırmalı olarak düşük işlem maliyetlerini de içerir³¹³. Finansal Ombudsman Hizmeti bakımından uyuşmazlıkların büyük çoğunluğunun ombudsman incelemesine gelmeden şikâyet değerlendircisi tarafından ve görece olarak daha çabuk -genellikle üç ay içinde- çözüme kavuşturulması anlamına gelir. Ombudsmanların şikâyet değerlendircilerine göre belirgin şekilde tecrübeli olması ve koşulları varsa hızlı tazmin kararı almaları yatırımcılar açısından temel unsur olduğundan, bu özellik finansal ombudsmanlık müessesinin altyapısını oluşturur.

Finansal Ombudsman Hizmeti şikâyet değerlendircilerinin ABD hukukundaki muadilleriyle karşılaştırıldığında, ombudsmanların daha yüksek uyuşmazlık çözüm oranına sahip olmasının esas nedeni, Finansal Ombudsman Hizmeti'nin tahkim versiyonu olarak arabuluculuk mahiyetindeki girişimlerini takip eden bir ombudsman aşamasına bağlı olmasıdır³¹⁴.

Şikâyet değerlendircileri/arabulucular ve ombudsman/tahkim hakemlerinin karar alma süreçleri arasındaki bu bağlantı, arabuluculuğun etkinliğini önemli ölçüde arttırır. Yatırım şirketleri ve tüketiciler genellikle şikâyet değerlendircilerinin kararlarını tam olarak kabul etmek arzusundadır. Zira, sermaye piyasası uyuşmazlığını ombudsmana intikal ettirmenin tipik olarak sonucu değiştirmeyecek olmasının yanı

³¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **William L. URY/JEANNE M. BRETT/Stephen B. GOLDBERG**, *Getting Disputes Resolved*, San Francisco 1993.

³¹⁴ **SCHWARCZ**, s. 45. Ombudsmanlar münferit uyuşmazlıklarda karar verme ile şikâyet değerlendircilerini eğitme ve tavsiye verme şeklindeki çifte rolleri olması sebebiyle, ombudsmanlar ayrıca karar verme sezgiselliğini ve bireysel olarak şikâyet değerlendircilerin güdülerini etkileyen kurumsal bir kültürün şekillenmesine yardımcı olur. Bu kapsamda, şikâyet değerlendircilerinin daha önce birçok benzer nitelikteki uyuşmazlığı ele aldığını ve ombudsmanın uyuşmazlığı nasıl değerlendireceği hakkında fikir sahibi olduğunu söylemek mümkündür (Financial Ombudsman Service, Information for Businesses Covered by the Ombudsman Service, (Bkz. web: http://www.financialombudsman.org.uk/faq/businesses/answers/decide_cases_a2.html erişim: 12.2.2018).

sıra, uyuşmazlık çözüm süreci her iki taraf için artan gecikme, maliyet ve stresle sonuçlanır. Şikayet değerlendiricileri uyuşmazlık hakkında karar verme sürecinde tüketicilerle iletişim kurmakta olup, uyuşmazlık çözüm merci, şikayet değerlendiricilerinin vereceği kararların ve ombudsman kararlarının muhtemelen ne şekilde sonuçlanacağı konusunda tüketicileri bilgilendirir³¹⁵.

Finansal Ombudsman Hizmeti şikâyet değerlendiricilerinin otorite benzeri bir yapı içerisinde yer alması, arabuluculuk sürecinin genellikle her iki tarafı da bağlayabilecek bir hüküm vermeye dayalı olmadığı Amerika Birleşik Devletlerindeki düzenleyici tarafından başlatılan arabuluculuk yöntemiyle dikkat çekici bir zıtlık yaratır. Finansal Ombudsman Hizmeti yetkililerinin aksine, ABD hukukunda düzenleyici arabulucular (*regulatory mediator*) genellikle tarafların bir uyuşmazlığı gönüllü olarak çözmeleri için tamamen taraf menfaatlerinin dengelenmesine dayanır³¹⁶.

IV. Sınır Ötesi Finansal Uyuşmazlıklarda Finansal Uyuşmazlık Çözüm Ağına Başvurulması

Avrupa Komisyonu, finansal hizmetler sektörü bakımından Finansal Uyuşmazlık Çözüm Ağı (*Financial Dispute Resolution Network, FIN-NET*) adıyla özel bir ulusal ADR organı (bir nev'i uyuşmazlık çözüm ağı) oluşturmuştur³¹⁷. *FIN-NET* finansal hizmetler alanına yönelik olarak 2001 yılında kurulmuş olup, tüketicilerle Avrupa Birliği, Norveç, İzlanda ve Lihtenştayn'da finansal hizmet sağlayıcıları arasındaki sınır ötesi uyuşmazlıkların yargı dışı çözümüyle iştigal eder³¹⁸.

³¹⁵ SCHWARCZ, s. 44.

³¹⁶ SCHWARCZ, s. 48.

³¹⁷ David THOMAS/Francis FRIZON, Consultation Draft Resolving Disputes Between Consumers And Financial Businesses: Current Arrangements in Central and Eastern Europe, June 2011, The World Bank, s. 6. (web: http://siteresources.worldbank.org/EXTFINANCIALSECTOR/Resources/Financial_Ombudsmen_Vol2.pdf erişim:20.11.2017).

³¹⁸ Bkz. http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/index_en.htm Alternative Dispute Resolution in The Area of Financial Services, Consultation Document, European Commission Internal Market and Services DG, 2008, s. 4; Jean-Jacques HEINTZ, Alternatif İhtilaf Çözüm Yollarına Genel Bakış,

FIN-NET'in temel amacı, ulusal ADR organlarının işbirliği ve yardımıyla sınır ötesi uyuşmazlıklarda tüketicilere ADR sistemlerine daha kolay erişim imkanı sağlamaktır³¹⁹. *FIN-NET* ayrıca, ADR sistemlerinin kalitesini arttırmayı ve bunların ortak bir prensipler dizisi kapsamında işlemlerini sağlamayı da hedefler³²⁰.

Şayet bir tüketicinin başka bir ülkeden bir finansal hizmet sağlayıcısıyla ilgili bir şikayeti bulunmakta ise, tüketicinin ülkesindeki *FIN-NET* üyesi finansal hizmet sağlayıcısının ülkesindeki ilgili şikayet mekanizmasını belirlemeye yardım eder³²¹. Ayrıca, *FIN-NET* üyesi, şikayet usulü hakkında tüketiciye detaylı bilgi sağlar³²². Tüketici daha sonra şikayetçi olmaya karar verirse, *FIN-NET* üyesi, şikayeti servis sağlayıcının ülkesindeki ilgili mekanizmaya sevk eder veya tüketicinin o sınır ötesi sistem hakkında doğrudan şikayetçi olmasını sağlar³²³.

Bir uyuşmazlık çözüm sistemini, *FIN-NET*'in bir üyesi olarak kabul edilebilmek için, tüketici ve finansal hizmet sağlayıcıları arasındaki uyuşmazlıkların mahkeme dışı çözümünü sağlaması gerekir³²⁴. Buna ilaveten, *FIN-NET* üyesi olacak kurumun mutabakat zaptı imzalaması gerekli olup, yukarıda tanımlanmış olan Komisyon Tavsiyesi 98/257/EC'de belirtilmiş kalite standartlarına uyması gerekir³²⁵.

(Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu, Ankara, 3-5 Nisan 2006, s. 21-25), s. 24.

³¹⁹ **Niamh MOLONEY**, How To Protect Investors, Lessons From the EC and the UK, New York 2010, s. 454.

³²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Report on the Evaluation of FIN-NET, Centre for Strategy & Evaluation Services, Commissioned by DG Internal Market and Services, 2009.

³²¹ **BENÖHR**-Disputes in Financial Services, s. 251.

³²² **ANDREOTTI**, s. 96-97.

³²³ **BENÖHR**-Disputes in Financial Services, s. 251.

³²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. web: ec.europa.eu/internal_market/fin-net/members_en.htm erişim: 18.9.2017.

³²⁵ **THOMAS/FRIZON**, s. 21. 2009 yılında FIN-NET 1.523 uyuşmazlığı raporlamış olup, bunlardan 884'ü bankacılık sektörüne; 244'ü sigorta sektörüne ve 410'u yatırım hizmetleri sektörüne ve 4'ü diğer uyuşmazlık türlerine aittir (**Christopher HODGES/Iris BENÖHR/Naomi CREUTZFELDT-BANDA**, European Civil Justice Systems, Consumer-to-Business ADR Structures:^[17]^[18] Harnessing the Power of CADR for Dispute Resolution and Regulating Market Behaviour, The Foundation for Law, Justice and Society, Oxford 2012, s. 3).

Bu, bir Üye Ülke otoritesinin, söz konusu ADR sisteminin, Tavsiye Kararının yedi ilkesinin (örneğin, bağımsızlık, şeffaflık, çekişmeli prosedür, etkililik, yasallık, özgürlük ve temsiliyet) her birine riayet ettiği hususunu Komisyona onaylatması gerekir³²⁶.

Buna ilaveten, Rapor, ağın kapsamında büyük boşluklar ortaya çıkarmıştır. Örneğin, bazı AB üye ülkeleri belirli finansal hizmet sektörleri yönünden ADR sistemlerine sahip olmayıp, birtakım sistemler *FIN-NET* üyesi değildir. Daha önemlisi, bazı çözüm sistemleri zaman zaman, Komisyon Tavsiyesi 98/257/EC’de belirlenmiş ADR kalite standartlarına uymadıkları için üye statüsünde değildir. Anılan hususlar, tüketicilerin halen bazı durumlarda, ADR sistemlerinin mevcut olmaması veya düşük kalitesi sebebiyle finansal hizmet uyuşmazlıklarının mahkeme dışında çözümünde engellerle karşılaşabildiklerini ortaya koymaktadır³²⁷.

§ 4. ARA DEĞERLENDİRME

Alternatif uyuşmazlık çözümleri bireylerin adalete erişimini kolaylaştırmaya yönelik çabalar ışığında aktüel bir konu haline gelmiş olup, Dünya’da finansal hizmetler sektöründe de kapsamlı gelişmeler ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Hukuk yargılamasıyla kıyaslandığında, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm mekanizmaları genellikle ucuz ve süratli bir alternatif olarak görülür.

Ülkeden ülkeye değişiklik göstermekle birlikte, finansal uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yargılamasının yanı sıra; alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden uzlaşma, arabuluculuk ve ombudsmanlık sistemleri ağırlıklı olarak benimsenmiştir. Özellikle son on yılda AB üye ülkeleri uyuşmazlık çözümlerinde daha aktif bir hale gelmiş olup, yatırımcıların korunmasına yönelik düzenlemeler bağlayıcı nitelikte olmayan tavsiyelerden bağlayıcı nitelikteki tedbirlere doğru evrilmiştir. Buna ilaveten, artan oranda AB üyesi devletlerin finansal hizmet alanında uzmanlaşmış ADR mekanizmaları oluşturduğu söylenebilecektir. Örneğin Almanya, Fransa gibi ülkelerde finansal hizmetler alanında sektörel bazda ADR mekanizmaları bulunmakta iken, İngiltere’de Finansal Ombudsman Hizmeti finansal hizmetlerin bütün büyük ölçekli alanlarını kapsayacak şekilde yapılandırılmıştır.

³²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. www.fin-net.eu.

³²⁷ **BENÖHR-ADR**, s. 6.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARININ ARABULUCULUK YONTEMIYLE ÇÖZÜMLENMESİ

§ 1. GİRİŞ

Günümüzde finansal işlemlerin hesaplanamayacak miktarda gerçekleştiği ve sınır ötesi işlemlere de konu edildiği bilinmektedir. Anılan işlemlerin çoğu karmaşık yapıda olmakla birlikte, yatırımcılar tarafından klasik sermaye piyasası araçları üzerinden de işlem yapılmaktadır. Böylesi finansal işlemlerin bazıları uluslararası olarak, İngiliz veya New York Hukuku uyarınca yazılmış olmalarına rağmen, etkileri bakımından neredeyse dünyadaki her ülkeyi yakından ilgilendirmektedir³²⁸. Özellikle bir uyuşmazlığın, benzer işlemlerin binlercesinin geçerliliğini etkileyebileceği mahiyetteki durumlarda sonuçları ciddi olabilmektedir. Çok az sayıda ulusal mahkemenin, böylesi sorunları çözme tecrübesine, bilgisine ve kapasitesine sahip olduğu bilinen bir gerçektir. Ayrıca, bu mahkemelerce kullanılan deneyim, gösterilen özen ve harcanan enerjiden şüphe duyulmamakla birlikte, böylesi bir yargılamanın maliyeti, yaşanan gecikme ve belirsizlikler de göz ardı edilemez.

Anılan sebepler, arabuluculuğun neden hukuk yargılaması veya tahkime nazaran net bir seçim olarak mevcut olduğunu açıklamaktadır. Arabuluculuk, uzlaştırma gibi *ad hoc* nitelikte olabileceği gibi kurumsal nitelikte de olabilir³²⁹. Nitekim ABD hukukunda FINRA Arabuluculuk Kuralları sayesinde, kurumsal nitelikte ve spesifik olarak sermaye piyasası uyuşmazlıklarına yönelik kurallar kapsamında uyuşmazlıklar ele alınmaktadır.

§ 2. HUKUKİ VE TİCARİ MESELELERDE ARABULUCULUK

Arabuluculuk yöntemi, bir ADR türü olarak Avrupa Birliği üye ülkelerinde artan oranda ilgi görmektedir. Avrupa Komisyonu tarafından arabulucular için yönetim (*conduct*) kuralları ortaya konulmuş ve anılan kurallar geniş bir hakimler ve uzlaştırma uzmanları grubuyla birlikte geliştirilmiştir. Söz konusu kurallar 2004

³²⁸ AKINCI-Tahkim, s. 36.

³²⁹ EKŞİ-Tahkim Öncesi, s. 8.

yılında kabul edilmiş ve hangi bireysel arabulucuların hukuki ve ticari meselelerde gönüllü olarak hizmet sunmaya karar verebileceklerine ilişkin birtakım prensipler belirlemiştir. Ayrıca, söz konusu kurallar kapsamında, arabuluculuk organizasyonları, arabulucuların bilgi, eğitim ve gözlenmesi yoluyla arabuluculuğun kalitesinin artırılması amaçlanmıştır.

Daha sonraki evrede, Avrupa Parlamentosu tarafından 2008 yılında hukuki ve ticari meselelerin uzlaştırılmasının belirli açılarına ilişkin olarak AB Arabuluculuk Direktifi kabul edilmiştir³³⁰. AB Arabuluculuk Direktifi'nin birinci maddesi kapsamında, Direktif, arabuluculuğun kullanımını teşvik ederek ve aracılık- adli muamele arasında dengeli bir ilişki sağlayarak uyuşmazlıkların dostane çözülmesini desteklemeyi amaçlar. Arabuluculuk Direktifi incelendiğinde, arabuluculuk yönteminin teşvik edilmesi, arabulucunun ve arabuluculuk sürecinin kalitesi, arabuluculuk uzlaşma anlaşmalarının statüsü ve arabuluculuk sürecinde ileri sürülen delillerin yargısal süreçte kabul edilebilirliği hususlarının geniş kapsamlı olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır³³¹.

Arabuluculuk Direktifi, arabuluculuk ve medeni yargılamanın bazı unsurlarıyla ilgili ulusal kuralları uyumlaştırmakta olup, söz konusu Direktifin kapsamı sadece sınır ötesi arabuluculukla kısıtlıdır³³². Bununla birlikte, AB Üyesi Ülkeler de Direktifi düzenleyen hükümlerin uygulamasını sadece ulusal arabuluculuk usullerine teşmil edebilecektir. AB Arabuluculuk Direktifi, Üye Ükelere, arabuluculara ve arabuluculuk hizmetleri sunan organizasyonlara nasıl ulaşılacağıyla ilgili kamuya bilgi sağlama yükümlülüğü verir. Dahası, arabulucular için uygun eğitim şartı koşarak hem arabulucular hem de arabuluculuk faaliyeti için ortak tanımlar sağlayarak arabuluculuğa ahenkli bir yaklaşım sağlamayı hedefler.

³³⁰ *EU Mediation Directive* 2008/52.

³³¹ **Nadja ALEXANDER**, *Harmonisation and Diversity in the Private International Law of Mediation*, (Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, Editors: **Klaus J. HOPT/Felix STEFFEK**, Oxford 2013, s. 131-205), s. 174.

³³² **COLOMBUS**, s. 74.

AB Arabuluculuk Direktifi, arabuluculuk yöntemini isteğe bağlı bir süreç olarak görmekte birlikte, ulusal hukuk düzenlemeleriyle tarafların arabuluculuk süreci içerisinde yer almamasına bağlı olarak yaptırımlar ya da teşvikler öngörülmektedir. AB Arabuluculuk Direktifi, sınır ötesi bir uyuşmazlıkta iki ya da daha fazla tarafın gönüllü biçimde, bir arabulucunun yardımıyla uyuşmazlıklarının çözümünde dostane bir anlaşmaya varmaya çalıştığı süreçler bakımından geçerlidir. AB Arabuluculuk Direktifi, tarafların bir hakim tarafından arabuluculuk yöntemine başvurmayla sevk edildiği ve arabuluculuğun kanun tarafından önerildiği durumları da kapsar³³³.

Bu çerçevede, Arabuluculuk Direktifi hukuki ve ticari meseleler için sınır ötesi uyuşmazlık çözümünü daha etkili kılar. Arabuluculuk Direktifi global anlamda değerlendirildiğinde, Direktifin, arabuluculuk ve adli muamele arasında dengeli bir ilişki sağlayan uyumlu bir Avrupa Birliği çerçevesi oluşturduğunu söylemek mümkündür. Arabuluculuk Direktifi, Üye Ülkelerin Direktifteki gereksinimlerin ötesine gitmesi için arabuluculuğu tamamen ulusal bağlamda destekleyerek bir teşvik de sağlar.

§ 3. SERMAYE PİYASASINDA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNE İLİŞKİN AVRUPA BİRLİĞİ DÜZENLEMELERİ

I. Finansal Hizmetlerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Kalite Şartları ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümüne Dair Düzenleme ve Kararlar

1998 yılından itibaren Avrupa Komisyonu tüketici ADR'sine başvurmayı teşvik etmek için iki Tavsiye Kararı almıştır³³⁴. Söz konusu Tavsiye Kararları, ADR

³³³ Arabuluculuk Direktifi, AB üyesi ülkelerin kontrol mekanizmaları, gizlilik gereksinimleri ve arabuluculuk işlemlerinin tarafsız ve yetkin bir şekilde yürütülmesini sağlamak için arabulucuların eğitimini desteklemek suretiyle arabuluculuğun kalitesini güçlendirmelerini şart koşar. Direktif, arabuluculuk yoluyla varılan anlaşmaların uygulanması zamanasını süreçlerinde etkinliğini de düzenler (BENÖHR-ADR, s. 5).

³³⁴ Tüketici ADR (Consumer ADR) kavramının esasen ne anlama geldiği konusunda yaygın bir fikir ayrılığı hâlâ mevcuttur. Tüketici ADR mekanizmalarının, tüketici ombudsmanları veya benzer hizmet sağlayıcıları (mahkeme sürecine ekli arabuluculuk olmayan ve genellikle ayrı tahkim olmayan) içerir. Aşağıdaki sorunların ele alınması gerekmektedir:

sistemleri tarafından sağlanması gereken bağımsızlık ve etkinlik gibi birtakım asgari garanti unsurlar getirmektedir.

a. Tüketici Uyuşmazlıklarının Mahkeme Dışında Uzlaştırılmasından Sorumlu Organlara Uygulanabilir Prensiplerle ilgili Tavsiye Kararı³³⁵ 1998 yılında kabul edilmiştir. Anılan Tavsiye Kararı, ADR uyuşmazlıklarını bağımsızlık, şeffaflık, mücadeleci sistem (*adversarial system*), etkinlik, yasallık, özgürlük ve temsiliyeti kapsayan yedi asgari garanti unsur şeklinde belirlemektedir³³⁶.

- 1998 ve 2001 Tavsiye Kararlarında bulunan temel gerekliliklerin gözden geçirilmesi ve güncellenmesi. Bağımsızlık, bütünlük, açıklık, adillik, her iki tarafın dinlenmesi, etkinlik, yasallık, özgürlük ve temsil ilkelerinin halen doğru ilkeler olup olmadığı değerlendirilmelidir.

- Tüm ADR sistemlerini bu kriterlere göre değerlendirmek ve tüm sistemlerin temel gereklilikleri gözetmesine ve en iyi uygulamaları benimsemesine olanak tanınmalıdır.

- Yapısal özelliklere değinmek gerekirse, özellikle iş hayatının ADR sistemlerine katılımının ve sistemin fonlamanasının nasıl teşvik edileceği; ADR taslaklarının daha fazla sektörü kapsayacak şekilde nasıl genişletileceği; etkin sınır ötesi çözümlerin nasıl sağlanacağı. İkinci soruna yönelik bir örnek vermek gerekirse, özel sektör uyuşmazlık çözümü sistemlerinin gerçek anlamda bağımsız ve tarafsızlığı sorgulanmalıdır. Bunu başarmak için teknikler geliştirilmiştir. Onlar öncelikle temel gerekliliklerin düzenleyiciler ve müşterilerce yapılan dikey tetkikler ve rakipler; piyasa ve medya tarafından yapılan yatay tetkiklerin kombinasyonları yoluyla uygulanmasına dayanmışlardır. Önde gelen örnekler, Birleşik Krallıkta telekomünikasyon sektörü için *Ofcom* tarafından yapılan ve genel tüketici sektörü için Adil Ticaret Ofisi (*Office of Fair Trading*) tarafından yapılan ve Hollanda da *Stichting Geschillecomissie* tarafından oluşturulan kriterler ve sistemlerdir.

- taraflar arasında doğrudan müzakere;

- Meslek Odası, ombudsman veya bağımsız bir taraftan gelen uzlaştırma veya arabuluculuk.

- Bir yargısal usul başlatmaya alternatif olarak tahkim yolu ile (bir hakim, uyuşmazlık çözümü kurulu veya ombudsman tarafından) bağımsız bir tarafça verilecek bağlayıcı bir karara başvurma seçeneği.

³³⁵ 98/257/EC: Commission Recommendation of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes. **THOMAS/FRIZON**, s. 17.

³³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. AB Komisyon Tavsiye Kararı 98/257/EC md. 1-7.

b. 2001 yılında benimsenen 2001/310/EC Tavsiye Kararı³³⁷ uyuşmazlıkların daha uzlaşmacı bir şekilde çözümünü içeren ADR sistemleri bakımından geçerlidir. Anılan Tavsiye Kararında, tahkim yolu bırakılarak, üçüncü taraf sıfatıyla uyuşmazlıkta yer alan organların bir uyuşmazlığı, tarafları bir araya getirip ortak rızayla çözüm bulmaya ikna etmeye yönelik tüketici uyuşmazlık çözüm usullerinden sorumlu olduğu mahkeme dışı mekanizmaların önemini vurgular³³⁸. Tavsiye Kararının ikinci kısmı ise, ADR sistemleri tarafından karşılanması gereken tarafsızlık, şeffaflık, etkililik ve adaleti içeren dört asgari unsuru belirlemektedir.

Bu kapsamda, yukarıda yer verilen her iki Tavsiye Kararı da uyuşmazlıklarda sıklıkla asgari kalite güvencesini benimsemiş olan AB üyesi ülkelerdeki tüketici ADR sistemlerini olumlu yönde etkilemiş olup, özel amaçlı arabuluculuğun meydana gelen uyuşmazlıklarda uygulanmasını teşvik etmiştir³³⁹. Dahası, belirli sektörlerde etki eden birtakım Direktifler AB üyesi ülkeleri yeterli ve etkili mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm usulleri belirlemeye teşvik etmektedir. Finansal hizmetler alanındaki ADR uygulama çerçevesini genişleten temel düzenlemeler, Finansal Hizmetlerin Mesafeli Satışı Direktifi³⁴⁰, Sigorta Arabuluculuğu Direktifi³⁴¹ ve Finansal Araçlar Piyasaları Direktifi(MIFID)³⁴² gibi direktiflerdir. Buna ilaveten, yeterli ve etkili ADR sisteminin devreye koyulmasını gerektiren AB tedbirleri, Tüketici Kredisi Direktifi³⁴³ ve Ödeme Hizmetleri Direktifi³⁴⁴ içermektedir.

³³⁷ Bkz. web: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001H0310:EN:HTML> erişim: 1.5.2017.

³³⁸ **Giorgio Fabio COLOMBO**, Alternative Dispute Resolution (ADR) in Italy: European Inspiration and National Problems, (Ritsumeikan Law Review, No. 29, 2012, s. 71-80), s. 73.

³³⁹ **Mustafa ÖZBEK**, Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması, (Prof.Dr. Özer SELİÇİ'ne Armağan, Ankara 2006, s. 441-502), s. 456. (ÖZBEK-Avrupada Arabululuk).

³⁴⁰ *Distance Marketing of Financial Services Directive* 2002/65/EC.

³⁴¹ *Insurance Mediation Directive* 2002/92/EC.

³⁴² *Markets in Financial Instruments Directive* 2004/39.

³⁴³ *Consumer Credit Directive* 2008/48.

³⁴⁴ *Payment Services Directive* 2007/64.

Söz konusu Direktifler, AB hukukunda finansal hizmetler sektöründe alternatif tazmin mekanizmalarıyla ilgili hükümlere yer vermek yönünde bir trend olduğunu göstermektedir. Yürürlükten kalkmış olan Tüketici Direktifleri mahkeme dışı uyuşmazlık çözümlerine nadiren yer vermekte iken, yeni AB Direktiflerinde üye ülkeler sıklıkla söz konusu sistemleri desteklemeye teşvik etmektedir³⁴⁵.

II. Medeni Hukuk ve Ticaret Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Hakkında Yeşil Kitap

Öte yandan, 2002 yılında Avrupa Komisyonu tarafından alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yönelik olarak, “*Medeni Hukuk ve Ticaret Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Hakkında Yeşil Kitap*” adlı çalışma³⁴⁶ hazırlanmıştır. Anılan çalışmada alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içerisinde en sık kullanılan yöntem olan arabuluculukla ilgili genel prensipler belirlenmiştir³⁴⁷. Yeşil Kitap’ın (*Green Paper*) amaçları doğrultusunda, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, tahkim dışında tarafsız bir üçüncü kişi tarafından yürütülen mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak tanımlanmıştır³⁴⁸. Kural olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi başarılı olmadığı takdirde, arabulucu, mahkeme evresinde tanıklık yapamayacaktır³⁴⁹. Bu yaklaşım, ABD’de “*mediator privilege*” olarak formalize edilmiştir. Yeşil Kitapta, yapılandırılmış bir aksiyon planı oluşturularak uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin

³⁴⁵ **İris BENÖHR**, Alternative Dispute Resolution for Consumers in the Financial Services Sector: A Comparative Perspective, (European Policy Analysis, April, Issue 2013:6, s. 1-16), s. 3. (web: http://www.sieps.se/sites/default/files/2013_6epa.pdf erişim:19.11.2016).

³⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Commission of the European Communities, Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, Brussels 2002; **Alper BULUR**, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi, (ABD, Y:65, S:4, Güz 2007, s. 30-46), s. 35; **ÖZBEK**-Avrupa’da Arabuluculuk, s. 443; **AZARKAN**, s. 46.

³⁴⁷ **ŞİPKA**, s. 166; **TAŞPOLAT TUĞSAVUL** s. 41. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Evrin ERİŞİR/Ceren TEKİN**, Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Üzerine Kitap, (MİHDER 2008/1, S. 9, s. 131-165).

³⁴⁸ **BULUR**-Alternatif, s. 35.

³⁴⁹ Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Matters COM/2002/0196 Final at para. 82. Bkz. <http://eurlex.europa.eu/> erişim: 23.5.2017.

güçlendirilmesi amacıyla iş hukuku ve tüketici hukuku dahil olmak üzere medeni hukuk ve ticaret hukuku alanlarına dair düzenlemeler de yer almaktadır³⁵⁰.

§ 4. SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK

I. Genel Olarak

Finansal hizmetlere ilişkin bazı tür uyuşmazlıklar, ulusal düzenleyici otoriteleri ilgilendirmesinin yanı sıra, yatırımcı ve finansal kuruluş arasında özel hukuk uyuşmazlığı da ortaya çıkması mümkündür. Günümüzde uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk yönteminin düzenleyici otoriteler vasıtasıyla kullanımı ABD ve İngiltere’de yaygındır.

Birleşik Krallıktaki Finansal Yönetim Otoritesi (*Financial Conduct Authority*) sulhu desteklemesi ve uyuşmazlığın sulh aşamasına doğru ilerletilmesi bakımından, örneğin suç oluşturan hareket veya ihtiyati tedbir (*injunctive protection*) gibi bazı istisnalar hariç olmak üzere, çoğu icrai işlemlerde (*enforcement proceedings*) arabuluculuğun önemini kabul eder. ABD’de, 1990 ve 1996 yıllarındaki İdari Uyuşmazlık Çözüm Yasaları ve 1998 yılındaki Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yasası Federal Birimleri, ADR’yi yargılamaya bir alternatif olarak sunmaya zorlamıştır.

II. Türk Hukukunda

Türk hukuku bakımından konu değerlendirildiğinde ise, ülkemizde finans alanında uzmanlık mahkemeleri bulunmamaktadır. Ülkemizde yatırımcı ile yatırım kuruluşu arasındaki işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar asliye ticaret mahkemesi, asliye hukuk mahkemeleri ve son dönemde tüketici mahkemeleri³⁵¹ nezdinde görülür.

³⁵⁰ HEINTZ, s. 22-23; COLOMBUS, s. 72; Melis TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yüksek Lisans Tezi, 2009, s. 22; BULUR-Alternatif, s. 35.

³⁵¹ Dava, taraflar arasında akdedilen "Kaldıraçlı Alım Satım Alım İşlemleri Çerçeve Sözleşmesinin" feshi ile uğranılan zararın tazminine ilişkindir. Mahkemece yazılı gerekçe ile görevsizlik kararı verilmiş ise de, dava tarihinde yürürlükte olan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3/k ve l maddelerinde, tüketici ve tüketici işlemi tanımlanmıştır. Buna göre tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi, tüketici işlemi ise, mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere, ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da

Buna karşılık, Borsa İstanbul ve Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği'nin sermaye piyasası uyuşmazlıklarını en etkili şekilde çözüme kavuşturacağından hareketle, Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn) ile anılan kurumlar uyuşmazlık çözüm mercii olarak tayin edilmiştir. Sermaye piyasası uyuşmazlıklarının Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) kapsamında çözülmesi ise her zaman mümkündür.

§ 5. FİNANSAL HİZMETLERDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUĞUN ZORUNLU KILINABİLİRLİĞİ

Son yıllarda taraflara hizmetlerini ücret karşılığı sunan bir profesyonel arabulucu kadrosunun ortaya çıktığı gözlemlenmiştir. Yasama organları ve mahkemeler arabuluculuğun uyuşmazlık çözümü sağlama gücüne önem vermelerine bağlı olarak, bazı durumlarda ADR'nin tabiatıyla çelişkili gibi duran “zorunlu arabuluculuk” kurumu uygulamaya konulmuştur. Zorunlu arabuluculuk, tarafların bir

hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere, her türlü sözleşme ve hukuki işlemi ifade eder. Aynı Yasanın "Diğer Tüketici Sözleşmeleri" başlıklı 5. bölümünde yer alan 49.maddesi, "Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler" başlığını taşımaktadır. Bu maddenin 1. fıkrasına göre finansal hizmetler, her türlü banka hizmeti, kredi, sigorta, bireysel emeklilik, yatırım ve ödeme ile ilgili hizmetleri ifade eder. Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşme ise, finansal hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, sağlayıcı ile tüketici arasında uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir. Yine aynı Yasanın 73/1. maddesi, "Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir." hükmünü, 83. maddesi ise, "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümler uygulanır.

Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili, diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez." hükmünü amirdir. Bütün bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, taraflar arasındaki ilişkinin, tüketici işlemi kapsamında kaldığı ve bu ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Tüketici Mahkemelerinin görevli olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu nedenle, mahkemece davaya bakmakla görevli olduğunun kabulü ile işin esasına girilip, gerekli araştırma ve değerlendirme yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde Asliye Ticaret Mahkemesi görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir..." (11. HD 23.6.2016, 90/6987 : lexpera.com.tr).

usul hukuku kurumu aracılığıyla, mahkemeye veyahut hakeme başvurmadan evvel katılmaları gerekli bulunan arabuluculuk sürecini ifade eder³⁵². Dolayısıyla, arabuluculuk faaliyetinin zorunlu olması, uyuşmazlığın çözümünde yargılama faaliyetinin ön aşamasını oluşturarak tarafları uyuşmazlığın çözümü hakkında düşünmeye sevk eder³⁵³.

Aile hukukundaki boşanma, nafaka ve velayet uyuşmazlıkları, alternatif uyuşmazlık çözümüne yönelik girişimlerin en sık görülen örnekleridir. Bir görüşe göre, arabuluculuğun bu bağlamdaki popüleritesi, doğası gereği bazı aile hukuku uyuşmazlıklarının arabuluculuk için ideal olduğu gerçeğini yansıtmaktadır³⁵⁴. Başka bir görüşe göre ise, bazı hakim ve avukatlar tarafından bu tür uyuşmazlıklara verilen düşük önemi göstermektedir. Ayrıca unutmamak gerekir ki, arabulucunun makul şekilde davranmayan taraflardan birini veya diğerini hakime bildirmekle ihtar ettiği arabuluculuk olarak tanımlanan bazı girişimler de (bazı mahkeme usul kuralları tarafından yasaklanan bazen “*güce dayalı arabuluculuk*” (*muscle mediation*³⁵⁵) olarak ifade edilen ağır baskı altında varılan anlaşmalar olarak tanımlansa dahi) arabuluculuk yöntemine başvurmada bir etkidir.

I. ABD Hukukunda

ABD’de bazı eyaletler davaların duruşma günü alınmadan evvel arabuluculuğa sunulmasını zorunlu kılmıştır. Federal hukukta 1998 tarihli Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanunu 28 U.S.C. §§651 (*Alternative Dispute Resolution Act of 1998*) ve devamındaki maddeler her bir federal bölge mahkemesinin kendi alternatif uyuşmazlık çözüm programını tasarlamasını ve uygulamasını zorunlu tutmuştur. Mevzuatın

³⁵² **Betül AZAKLI ARSLAN**, Medeni Usul Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018, s. 29.

³⁵³ Tarafların arabuluculuğa başvurmalarının yanı sıra, arabuluculuk faaliyeti neticesinde anlaşma yapmaya da zorlanmalarının Anayasa’ya aykırılık teşkil edeceğine ilişkin görüş için bkz. **Mustafa GÖKSU**, Mandatory Mediation in Labour Disputes, (Press Academia Procdia (PAP), Vol.3, 2017, s. 378-386), s. 381.

³⁵⁴ **ÖZBEK-C. I**, s. 668 dn 195.

³⁵⁵ **Hugh F LANDERKIN/Andrew J PIRIE**, What’s the Issue? Judicial Dipsute Resolution in Canada, (Law in Context, Vol:22, Issue:1, 2005, s. 25-63), s. 32.

amacı, bölge mahkemelerine “*hukuk davalarında tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm sürecine başvurmalarının yargılamadaki uygun bir aşamada zorunlu kılınması*” ve “*davanın taraflarına tüm hukuk davalarında en az bir alternatif uyuşmazlık çözümü süreci sağlanması*” şeklinde bir yerel düzenleme benimsenmesi yönündeki talimatıyla gayet açık hale gelmektedir. Ayrıca, mevzuat, tarafların anlaşmaya varmasına yardım edecek “*tarafların*” eğitimini de düzenlemektedir³⁵⁶.

II. Avrupa Birliği Hukukunda

Finansal hizmetlerin yürütümünden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, ADR yoluna başvurunun zorunlu olup olamayacağı veya bunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) md. 6 kapsamındaki mahkemeye erişim hakkını ihlal edip etmeyeceği sorunu zaman zaman gündeme gelmektedir. Mahkeme, Evrensel Hizmet Direktifi’nin (*Universal Service Directive, USD*) kesin içerik veya ulusal seviyede sunulması gereken belirli mahkeme dışı usulü düzenlemediğine hükmetmiştir. Evrensel Hizmet Direktifi md. 34’de belirlenen kriterler; etkinlik ilkeleri, yasallık, serbestlik ve temsildir³⁵⁷. Mahkeme, anılan ilkelerin hiçbirinin Üye ülkelerin tüketici ve finansal hizmet sağlayıcıları arasındaki telekom uyuşmazlıklarının çözümü için zorunlu mahkeme dışı usuller oluşturma gücünü sınırlamadığını hükme bağlamıştır. Bununla birlikte, öngörülen tek koşul, uyuşmazlıkların çözümü için mahkeme önünde dava açma hakkının korunması ve Direktifin yürürlükte kalmasının sağlanmasıdır.

III. İtalyan Hukukunda

Finansal uyuşmazlıkların çözümlenmesine yönelik olarak İtalya, Avrupa ülkelerinin bir kısmıyla benzer şekilde, iç hukukta arabuluculuğun uygulanmasının genişletilmesi bakımından 2008/52/EC Arabuluculuk Direktifini uygulamıştır³⁵⁸.

³⁵⁶ Stephen C. YEAZELL, Civil Procedure, 8th Edition, New York 2012, s. 541.

³⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. web: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32002L0022>, erişim:20.9.2017.

³⁵⁸ İtalya’da Zorunlu Arabuluculuk Sistemine İlişkin Gelişmeler için bkz. ÖZMUMCU-Zorunlu Arabuluculuk, s. 812 vd.

20.3.2010 tarih ve 28 sayılı Kanun Hükmünde Kararname³⁵⁹ ile parlamento belirli türdeki hukuk uyuşmazlıkları açısından zorunlu arabuluculuk sistemini getiren bir yasayı onaylamıştır³⁶⁰.

Anılan Direktif hükümleri gereğince, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri uyuşmazlıklar hariç olmak üzere, sınır ötesi ticari ve medeni uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk uygulanma alanı bulacaktır³⁶¹. Nitekim, Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2008/52/EC sayılı Direktifi'nin 14. Şartı, *“Bu Direktifteki hiçbir düzenleme, arabuluculuk yöntemine başvurulmasını zorunlu kılan veyahut teşvik eden veyahut yaptırıma bağlayan milli mevzuata, tarafların yargı sistemine erişim hakkının kullanmalarının engellemek kaydıyla karşı değildir”* hükmünü içerir³⁶².

Bununla birlikte, Direktif, zorunlu arabuluculuk yönteminin kabul edilip edilmemesi hususunu üye devletlerin kendisine bırakmış olup, tarafların arabuluculuk sürecine başvurusunun zorunlu olduğu hallerde dahi arabuluculuk süreci neticesinde uzlaşılması zorunluluk arz etmez. Finansal uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk yöntemine başvurulmasına karşı doktrinde, bireylerin Anayasal hakkı olan adalete erişimine izin verilmediği gerekçesiyle yoğun eleştirilerde bulunulmuştur³⁶³. İtalyan

³⁵⁹ Bkz. web: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0492> erişim: 20.9.2017

³⁶⁰ İtalya'da arabuluculuk yöntemine başvuru zorunluluğunun getirilmesinin ardından toplam 196.247 uyuşmazlık açısından %46 oranında başarı sağlanmıştır (**Ersin ERDOĞAN/Nurbanu ERZURUMLU**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı, Ankara 2016, s. 37. (web: <http://setav.org/assets/uploads/2016/12/Turkiyenin-Arabuluculuk-Tecrubesi-PDF.pdf>, erişim: 1.2.2017).

³⁶¹ **Seda ÖZMUMCU**, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış, (İÜHF C. LXXIV, S. 2, 2016, s. 807-842), s. 811. (ÖZMUMCU-Zorunlu Arabuluculuk).

³⁶² **DÜR**, s. 130.

³⁶³ **Baki KURU**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüşler ve Öneriler, (MİHDER, 2010/2, s. 237-246), s. 239.

Anayasa Mahkemesi 24.10.2012 tarihinde verilen kararla³⁶⁴, hukuk davası açılmadan önce dört aylık zorunlu arabuluculuk sürecine başvurulmasına karşı usuli gerekçelerle (yetki aşımı) İtalya Hükümeti'nin kanun yapma yetkisini aştığı gerekçesiyle düzenlemeyi anayasaya aykırı bulmuştur.

IV. Türk Hukukunda

Dava şartı olarak arabuluculuk kurumunun hukukumuzdaki son dönemdeki uygulaması ise iş hukukunda karşımıza çıkmaktadır. 25.10.2017 tarihli ve 30221 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 7036 sayılı İş Kanunu ile, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabuluculuk kurumuna başvurulması “dava şartı” olarak düzenlenmiştir³⁶⁵. Zorunlu arabuluculuğun ilk olarak iş hukukunda düzenlenmesinin sebebi ise, iş hukukunda artan iş yüküden kaynaklandığı değerlendirilmektedir.

Doktrinde *Kuru*, arabuluculuk sürecinin taraflara zorunlu bir başvuru yolu öngörülmesine ilişkin olarak, en azından belirli bir miktarı aşan uyuşmazlıklar bakımından tarafların öncelikli olarak arabuluculuk yöntemine başvurmalarının zorunlu olması ve anlaşmaya varılamaması halinde, dava açılmasının mümkün olması gerektiğini ifade etmiştir³⁶⁶.

Hukukumuzda, Anayasanın hak arama hürriyetine ilişkin 36 ncı maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu

³⁶⁴ İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin 24.10.2012 tarih ve 272/2012 sayılı kararı. (web: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62011CC0492> erişim:9.6.2018).

³⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **İpek TÜRKYILMAZ KABAKTEPE**, Açıklamalı Arabuluculuk Kanunu ve Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2017, s. 215-225. ERBAŞ, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı içerisindeki “zorunlu arabuluculuk” ifadesine verilmiş iken, 7036 İMK md. 3'ün “dava şartı olarak arabuluculuk” başlığı altında düzenlenmesini dikkat çekici bulmuştur (**C. Gökhan ERBAŞ**, Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk, (Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Editörler: Tahir MURATOĞLU/M. Burak BULUTTEKİN, Ankara 2018, s. 187-197), s. 193.

³⁶⁶ **KURU**-Tasarı, s. 239.

düzenlenmiştir³⁶⁷. Anayasanın 9 uncu maddesinde ise, yargı yetkisinin Türk milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı düzenleme altına alınmıştır. Bu bağlamda, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri seçiminin tamamen gönüllülük esasına dayanması anayasal bir gerekliliktir. Her ne kadar bazı uyuşmazlıkların çözümünde Türk hukuk sisteminde zorunlu tahkim uygulaması bulunmakta ise de, bu durumun Anayasaya aykırılığı konusunda Anayasa Mahkemesi'nin önemli bir kararı mevcuttur. Konuya ilişkin olarak, avukatlık sözleşmesinden ve vekalet ücretinden kaynaklanan her türlü uyuşmazlığın ilgili baronun hakem kurulu tarafından çözümleneceğini öngören düzenlemenin iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin 03.03.2004 tarih ve E.2003/98, K.2004/31 sayılı kararında³⁶⁸, yargı yolunun kapatılmasının Anayasanın 9 ve 36 ncı maddelerine aykırılık teşkil ettiği vurgulanmıştır³⁶⁹.

Öte yandan, 07.06.2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun muhtelif maddelerinin iptali için Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmış; ancak, dava tüm talepler yönünden Anayasa Mahkemesi tarafından 10.07.2013 tarih ve E.2012/94, K.2013/89 sayılı kararı ile oybirliğiyle reddedilmiştir³⁷⁰. Söz konusu kararda Anayasa Mahkemesi, dava şartı arabuluculuğun gündemde olmadığı dönemde dahi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru zorunluluğunun hak arama özgürlüğüne aykırı kabul edilemezliğini değerlendirmiştir.

A. Dava Şartı Olarak Arabuluculuğun Anayasaya Aykırılık Sorunu

İş Mahkemeleri Kanunu ile arabuluculuk kurumunda yapılan yeniliklerin bazılarına ilişkin olarak Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen “hak arama

³⁶⁷ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s. 128 vd. Anayasa Mahkemesi'nin ADR yollarında hak arama hürriyetine ilişkin kararları için bkz. ÖZBEK-C. I, s. 314 vd.

³⁶⁸ Anılan Anayasa Mahkemesi kararı 10.07.2004 tarih ve 25518 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

³⁶⁹ Zorunlu Arabuluculuğun Anayasaya Aykırılığı Sorunu için bkz. Kürşat KARACABEY, Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, (ABD 2016/1, s. 458-489), s. 465-470.

³⁷⁰ Anılan Anayasa Mahkemesi kararı 25.01.2014 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

özgürlüğü”ne aykırılık ve adalete erişim hakkını sınırladığı ifade edilmiş ve anılan Kanunla getirilen yeniliklerin Anayasa aykırılığı iddia edilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, İş Mahkemeleri Kanunu’nun hak arama özgürlüğü bakımından getirilen yeniliği, arabuluculuk faaliyetinin zorunlu kılınmakla birlikte sürece başlangıç açısından iradilikten vazgeçilmesidir³⁷¹. Bu sebeple, İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilen zorunlu arabuluculuğun hak arama özgürlüğünü ihlal ettiği söylenemez. Nitekim, Anayasa Mahkemesi tarafından 11.07.2018 tarih ve E.2017/178, K.2018/82 sayılı kararında ³⁷² , “...Arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun, kişilerin hak aramalarını imkânsız hâle getiren veya aşırı derecede zorlaştıran etkisiz ve sonuçsuz bir sürece neden olmadıkça hak arama hürriyetinin özüne dokunduğu söylenemez...” şeklinde değerlendirme yapılmış olup, iş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümleri (İşK. m. 3) Anayasa’ya aykırı bulunmamıştır.

B. Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Uygulanırılığı

19.12.2018 tarih ve 30630 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun ile Türk Ticaret Kanunu’na eklenen 5/A maddesi uyarınca ticari uyuşmazlıklarda Kanun’da belirtilen konularda arabuluculuğa başvurmak dava şartı haline getirilmiştir. Böylece bu uyuşmazlıklarda dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunlu hale gelmiştir. Ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edilmesine bağlı olarak, anılan türdeki uyuşmazlıkların kısa sürede çözülmesinin sağlanması, asliye ticaret mahkemelerinin iş yükünün azalması hedeflenmiştir³⁷³.

Anılan Kanun ile 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’na eklenen 18/A maddesi, “Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif

³⁷¹ AZAKLI, s. 181.

³⁷² Anılan Anayasa Mahkemesi kararı 11.12.2018 tarih ve 30622 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

³⁷³ Nesibe KURT KONCA, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, (SETA Perspektif, Aralık 2018, Sayı:225, s. 1-6), s. 2.

uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz” şeklindedir. Dolayısıyla, taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının varlığı halinde, dava şartı olarak yargılama öncesinde arabuluculuğa gidilmiş olması aranmaz.

Sermaye piyasası uyuşmazlığının tarafı olan bireysel yatırımcılar tarafından tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılıp yapılamayacağı bakımından konunun ele alınması önem arz eder. 6502 sayılı TKHK md. 68(1) hükmü gereğince, 8.480-TL’nin altında bulunan tüketici uyuşmazlıklarında tüketici hakem heyetlerine başvurulması zorunludur. Kanımızca, anılan parasal sınırın altındaki uyuşmazlıklarda HUAK md.18/A hükmü gereği hakeme başvurulması zorunlu olan hallerde arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanamayacağından dava şartı arabuluculuk söz konusu olmaz. Kanımızca anılan Kanunla belirlenen parasal sınırın üzerindeki tüketici uyuşmazlıkları ise, TTK md. 4 veya özel kanunlara göre ticari dava sayıldığı takdirde, dava şartı arabuluculuğa tabidir.

Türk Ticaret Kanunu’nun 4’üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartıdır. Buna göre uyuşmazlığın konusunun mutlaka “bir miktar paranın ödenmesi” olması gerekir. Paranın miktarı veya türüne ilişkin herhangi bir sınırlama getirilmemiştir.

Konumuz bakımından ticari dava türleri incelendiğinde, borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo gibi ticarete özgü yerlere ilişkin özel hükümlerde öngörülen uyuşmazlıklardan doğan davalar mutlak ticari dava olarak kabul edilmiştir. Bu anlamda, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ve bu Kanunla ilgili diğer düzenlemelerden doğan hukuk davaları ticaridir.

§ 6. SERMAYE PİYASALARINDA ARABULUCULUĞUN ADİLLİĞİ

Adillik kavramı hukuk sistemlerinde finansal kurumların yatırımcılarıyla olan ilişkilerinin merkezinde bulunması gereken bir husustur³⁷⁴. Özellikle finansal hizmet

³⁷⁴ CARTWRIGHT, s. 1.

sağlayıcılarının yatırımcıların taleplerinin yerine getirilmesi sürecinde, yatırımcılara karşı adil olmak önem arz eder. Sermaye piyasası uyuşmazlıklarında yatırımcıların uğradıkları mağduriyetin giderilmesi açısından finansal hizmet sağlayıcılarla resmi olmayan yollarla uzlaşmanın sağlanamadığı hallerde, hukuk davası açılması olağan bir yoldur³⁷⁵. Ancak günümüzde, yatırımcılar tarafından sermaye piyasası uyuşmazlıklarının niteliği itibarıyla esasen alternatif yollarla çözüme kavuşturulmasının en etkin yöntem olduğu kabul edilir³⁷⁶.

Nitekim ABD uygulamasında, FINRA, sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim yargılamasını ve arabuluculuğu etkin bir biçimde kullanmaktadır³⁷⁷. ABD hukukunda ilk ortaya çıkan ADR yöntemi olan arabuluculuk, genel olarak taraf görüşmelerinin çıkmaza girdiği bir dönemde, uyuşmazlık çözümüne dair tarafların ortak kararı ile başlar³⁷⁸. Arabuluculuk süreci, uyuşmazlığın taraflarının anlaşması halinde, bir arabulucu tayin edilerek arabulucu tarafından arabuluculuk faaliyetinin yerine getirilmesidir³⁷⁹.

I. Taraf İradesi

Arabuluculukta adaleti³⁸⁰ sağlamanın ilk boyutu ve belki de en önemlisi, katılımcıların arabuluculuk faaliyetine ilişkin *"aydınlatılmış iradeleriyle rıza göstermesi"*nin (*informed consent*) mahiyeti ve kapsamını incelemektir³⁸¹. Menkul kıymetler sektöründe arabuluculuk faaliyeti, uyuşmazlık içerisindeki tarafları, onların

³⁷⁵ CARTWRIGHT, s. 12.

³⁷⁶ CARTWRIGHT, s. 12.

³⁷⁷ KWON-Adopting Med-Arb, s. 123.

³⁷⁸ ÖZBAY, s. 466.

³⁷⁹ ILDIR-ADR, s. 88; ÖZBAY, s. 466.

³⁸⁰ Arabuluculuk yönteminde elde edilen sonucun özel hukukun adalet sağlama faaliyeti olarak görülebileceğine ilişkin bkz. **Abdurrahman KAVASOĞLU**, Alman Usul Hukukunda Uyuşmazlıkların Mahkeme Dışı Çözüm Yolları ve Mediation, (İÜHFM C. LXVIII, S.1-2, s. 197-218, 2010), s. 213.

³⁸¹ **Jacqueline NOLAN-HALEY**, Informed Consent in Mediation: A Guiding Principle for Truly Educated Decisionmaking, (Notre Dame L. Rev. 775 (1998-1999), Vol. 74:3, s. 775-840), s. 840.

sonuca katılmak için bir fırsatı olduğu hissi içinde güçlü bir şekilde bırakarak taraf iradesinin ve kendi kaderini tayin hakkının etrafında dönmektedir.

Menkul kıymet arabuluculuğunun karşılıklı mutabakata dayalı mahiyeti katılımcılara süreç sırasında sunulan seçenekler yelpazesiyle ifade edilir. Örneğin, FINRA, tarafın seçimini maksimize etmek için, bünyesindeki arabulucuları çeşitli tekniklerle eğitmekte olup, FINRA'nın arabulucu kadrosu değerlendirici ve kolaylaştırıcı bir tarz dizisi içerir³⁸². Bunun sonucunda, tarafların arabuluculuk heyetince sağlanacak bir listeden kendi arabulucularını ve arabuluculuk biçimlerini seçebilme imkanı bulunur. Bu liste, arabulucunun *"iş hayatı, eğitimi ve mesleki geçmişi ile ilgili olduğu kadar arabulucun tecrübesi, bu hususta aldığı eğitim ve arabuluculuk sicili"* ile ilgili bilgileri de açıklar³⁸³. Hukukumuzda ise, HUAK md. 15, II gereğince, tarafların, emredici hükümlere aykırılık bulunmadığı surece, uyuşmazlıklarında kendileri için en uygun arabuluculuk yöntemini bulmak için farklı arabulucu stilleri arasından seçebilme imkanı, tarafın süreç üzerindeki kontrolünü meşru kılar.

Tarafların ayrıca arabuluculuk sürecinin zaman dilimini seçme şansı da bulunur. Mahkeme katımlı arabuluculuk oturumları³⁸⁴ genellikle kısa bir süre içinde yerinde gerçekleşmelidir. Tahkimde, taraflar bir duruşmanın planlanmasından önce keşfin bitmesini beklemek zorundadır. Buna ilaveten, taraflar bakımından duruşma oturumunun planlanması genellikle hakemlerin programına bağlı olup, tarafların kontrolünde değildir. Aksine, arabuluculuğun yürütülmesi bakımından kararlaştırılan zaman dilimi tamamen taraflarca belirlenecek olup, arabuluculuk faaliyeti tarafların arzuladığı şekilde hızlı veya yavaş ilerleyecektir³⁸⁵. Bu kapsamda, tarafın

³⁸² **Jill I. GROSS**, Securities Mediation: Dispute Resolution for the Individual Investor, (21 Ohio State Journal on Dispute Resolution 329 (2006), s. 329-381), s. 367. (web: <http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/56/> erişim:19.9.2016).

³⁸³ NASD Madde 10404 (b).

³⁸⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZBEK**- C. I, s. 441.

³⁸⁵ **GROSS**, s. 369.

uyuşmazlığın kaderini tayin etmesi üzerine yapılan vurgu, menkul kıymet arabuluculuğunun adilliğinin güçlü bir göstergesidir³⁸⁶.

II. Yargısal Adalet

Yargısal adalet boyutu tarafların yasal olarak hangi yollara başvuru hakkı olduğunu ve sürecin bu beklentileri karşılayıp karşılamadığını inceler. Başlangıçta, katılımcılar arabuluculuk sürecine uzlaşma ruhuyla, uyuşmazlığın anlaşma yoluyla çözümüne ulaşma umuduyla dahil olmaktadır. Başka bir deyişle, arabuluculuk sürecine dahil olma tercihi, hem yatırımcının hem de yatırım kuruluşunun uyuşmazlığın devamının her iki taraf için de nihai sonuç olmadığını yansıtmakta olup, uyuşmazlığın nüansları ve karmaşıklığı bir üçüncü tarafın bir ortak zemin bulmasını gerektirir.

Yargısal adalet potansiyelini azaltan bir diğer husus ise, tarafları hukuk parametreleriyle uyuşan bir uzlaşmaya yönlendirmeyi kendi rolü olarak görmeyen bir kolaylaştırıcı arabulucunun süreci yönetmesidir³⁸⁷. Bunun yerine, kolaylaştırıcı bir arabulucu, tarafları uyuşmazlığı çözmek amacıyla yasal haklarından ödün vermelerine odaklanan bir uzlaşmaya yönlendirecektir. Sonuç olarak, kolaylaştırıcı arabuluculuk uyuşmazlıkları yatırımcı memnuniyetsizliğine bağlı olarak yargısal adalet boyutunda çözmekte fazla potansiyele sahip olmasa dahi, uyuşmazlıkları tatmin edici şekilde çözme potansiyeline sahiptir³⁸⁸.

III. Taraflarca Elde Edilen Maddi Sonuç

Arbuluculuk faaliyeti neticesinde ortaya çıkan maddi sonuç unsuru, arabuluculuğun yatırımcılar bakımından süreç sonucunda ölçülen zorunlu tahkim alternatiflerinden daha karlı olup olmadığını incelemektedir. ABD uygulamasında, uyuşmazlık çözümünde tahkim ilk bakışta daha cazip bir seçenek olarak görünmekte

³⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Nancy A. WELSH**, Remembering the Role of Justice in Resolution: Insights from Procedural and Social Justice Theories, (Journal of Legal Education, Vol. 51, Number 1, March 2004, s. 49-59), s. 56 vd.

³⁸⁷ **GROSS**, s. 373.

³⁸⁸ **ALI/ROZA**, s. 514.

olup, istatistikler tahkim heyetine giden davaların yaklaşık yüzde ellisinde yatırımcıların bir miktar maddi tazminata hak kazandığını göstermektedir. Anılan istatistikler, sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümünde yatırımcı yanlısı bir tahkim heyetinin varlığına işaret eder³⁸⁹. Oysa tahkim oturumları incelendiğinde görülmektedir ki, tahkim süreci daha çok hukuk yargılamasına dönüştüğünden ve hakemler uyuşmazlıkları karara bağlamak için katı yasal standartlar uyguladığından, tahkim daha az yatırımcı dostu bir yöntem dönüşebilmektedir³⁹⁰.

Yatırımcılar tatmin edici bir sonuca ulaşılması bakımından arabuluculuğun yüzde seksenlik bir oranla, yüzde ellinin altında başarı şansına sahip olan tahkimden daha yüksek bir şansa sahip olduğunu göz önünde bulundurmalıdır³⁹¹. Sonuç olarak, arabuluculuk yönetiminde sürecin de sonucun da gizli olmasına bağlı olarak ampirik verilerin yokluğunda, menkul kıymetler arabuluculuğunun asli adaletine ilişkin her sonuç tahmini niteliktedir³⁹².

Sermaye piyasası uyuşmazlıklarını çözmek için arabuluculuk yöntemine başvurmaya rızası bulunan yatırımcılar, uyuşmazlıklarının pür yasal standart ışığında değerlendirilmesi ihtimallerinden vazgeçmektedir. Bu yüzden arabuluculuktaki maddi sonuçların herhangi bir biçimde analizi, tahkimin neticeleriyle adil olarak karşılaştırılmaz.

³⁸⁹ NASD Dispute Resolution, Inc., Dispute Resolution Statistics, Results of Customer Claimant Arbitration Award Cases, web: <http://www.nasd.com/web/idcplg?IdcService=SSGETPAGE&nodeId=516&ssSourceNodeId=12> erişim:20.9.2017.

³⁹⁰ **Barbara BLACK/Jill I. GROSS**, Making It Up As They Go Along: The Role of Law in Securities Arbitration, (Cardozo Law Review, Vol.23:3, 2002, s. 991-1047), s. 998-1005.

³⁹¹ **GROSS**, s. 374.

³⁹² **E. Patrick McDERMOTT/Ruth OBAR**, What's Going On" In Mediation: An Empirical Analysis of The Influence of A Mediator's Style on Party Satisfaction and Monetary Benefit, (Harvard Negotiation Law Review, Spring 2004, Vol. 9, s. 75-115), s. 77.

IV. Usuli Adalet

Bir uyuşmazlık sürecinin usul olarak katılımcılara karşı adil olup olmadığını belirleyen unsurun tespitinde, öncelikle katılımcıların mahkemeye serbest bir biçimde erişim imkanının bulunması önem arz eder. Menkul kıymetler arabuluculuğu meselesinde yatırımcılara ve yatırım kuruluşlarına mahkemeye eşit erişim sağlanır. Menkul kıymetler uyuşmazlığında taraflar arabuluculuk sürecine çeşitli yollardan dahil olabilir³⁹³.

Usuli adalet açısından arabuluculuk yöntemine dair getirilen en önemli eleştiriler arasında, tarafsız üçüncü kişi konumdaki kişinin bağlayıcı karar verme yetkisi bulunmadığından, taraflardan birisi bakımından zorlayıcı türdeki uyuşmazlıklarda bireysel hakların korunmasının mümkün olmadığı ve taraflar arasındaki güç farklılıkları nedeniyle arabuluculuğun uygun olmadığı hususu yer alır³⁹⁴. Arabuluculuk usulü, hukuk ilke ve kurallarına uymayı gerektirmemesine karşın, taraf iradesinin egemen olmasına bağlı olarak uyuşmazlığın taraflarına usuli adaletin yüksek derecede gerçekleşmesini sağlar³⁹⁵.

§ 7. ABD HUKUKUNDA SERMAYE PİYASASI ALANINDAKİ ARABULUCULUK DÜZENLEMELERİ

Arabuluculuk ve uzlaştırma kavramları, ABD hukuku uygulamasında zaman zaman birbirlerinin yerine kullanılabilmektedir. ABD yaklaşımında, uzlaştırma daha az formel bir yöntem iken, arabuluculuk süreci daha kurallara dayalı ve inisiyatifli esas alan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak ifade edilir³⁹⁶.

³⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. web: <https://www.finra.org/sites/default/files/Education/p117486.pdf> (erişim: 22.4.2017).

³⁹⁴ Seda ÖZMUMCU, Usuli Adalet (Procedural Justice) ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri (Alternative Dispute Resolution) Üzerine Bir Değerlendirme, (Prof. Dr. Ramazan ARSLAN'a Armağan, C. II, Ankara 2015, s. 1275-1301), s. 1294. (ÖZMUMCU-Usuli Adalet).

³⁹⁵ ÖZMUMCU-Usuli Adalet, s. 1292 dn. 74.

³⁹⁶ Özge AKSU, Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu İle Çözümü (İngiltere Örneği ve Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde Bir Değerlendirme), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009, s. 65.

1983 yılında Federal Medeni Usul Kuralları'nın 16. maddesi, dava öncesi müzakerelerde uyuşmazlığı çözmek için mahkeme dışı usullerin kullanımı veya anlaşma olasılığını göz önünde bulundurarak, mahkemelere teşvikte bulunma yetkisi tanımak amacıyla değiştirilmiştir³⁹⁷. 1998 tarihli ADR Kanunu (ADR Act 1998), Amerika Birleşik Devletleri'nde bölge mahkemelerine uygun ADR işlemleri olarak arabuluculuğu desteklemek amacıyla, alternatif uyuşmazlık çözüm programları tesis etmek için yetki vermiştir. Anılan kanun hükümlerine ilaveten emsal yargı kararları ve federal mahkeme kararları alternatif uyuşmazlık çözüm faaliyetlerinde uygulamayı şekillendirmiştir. Buna ilaveten, Uyuşmazlık Önleme ve Çözümü İçin Uluslararası Enstitü ve Uyuşmazlık Çözüm Birliği gibi organizasyonlar; arabuluculuk ve tahkim açısından ABD Tahkim Birliği kuralları uyuşmazlık çözüm süreçlerinde uygulamaya ışık tutmaktadır³⁹⁸.

I. Finans Sektörü Düzenleyici Otoritesinin Arabuluculuk Programı

Ulusal Aracı Kuruluşlar Birliği (*National Association of Securities Dealers, NASD*, günümüzdeki adıyla *FINRA*) 1989 yılında ABD Tahkim Birliği ve ABD Tahkim ve Arabuluculuk Şirketi adındaki bir özel şirketle işbirliği içinde bir pilot program başlattığından beri arabuluculuğu aktif olarak desteklemektedir³⁹⁹. Ulusal Aracı Kuruluşlar Birliği bu program kapsamında, tahkime başvuran tarafların uyuşmazlıklarını anılan harici organizasyonların birinden sağlanacak bir arabulucunun kullanılması yoluyla arabuluculuğa yönlendirmelerine teşvik etmiştir. Ulusal Aracı Kuruluşlar Birliği yatırımcıların arabuluculuk maliyetlerini sübvans etmiştir⁴⁰⁰.

³⁹⁷ ÖZMUMCU-Zorunlu Arabuluculuk, s. 802.

³⁹⁸ DÜR, s. 240.

³⁹⁹ FINRA 2015 yılının ilk sekiz ayında 312 arabuluculuk uyuşmazlığı sona erdirdiğini (2014 yılında aynı dönemde 372 dava ve 2013 yılında aynı dönemde 368 dava) ve uyuşmazlıkların yüzde 80'inin uzlaşma ile sonuçlandığını (2014 yılında aynı dönemde yüzde 83, 2013 yılında aynı dönemde yüzde 81) bildirmiştir. (<http://www.finra.org/ArbitrationAndMediation/AboutFINRADR/Statistics/> erişim: 13.12.2016)

⁴⁰⁰ Getting Serious About Mediation, An Interview with Kenneth L. Andrichik, 7. Sec. Arbitration Commentator, Nos. 9 and 10, 1995, s. 1-2.

Anılan Birlik, iki yıl sonra program bünyesine eski hakimlere arabulucu olarak yer veren bir organizasyon olan *Judicate*'i dâhil etmiştir⁴⁰¹.

Ulusal Aracı Kuruluşlar Birliği 1995 yılında ABD Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu tarafından onaylanan kurallar kapsamında üyelerine, onların çalışanları ve müşterilerine arabuluculuk hizmeti sunmaya başlamıştır⁴⁰². Ulusal Aracı Kuruluşlar Birliği'nin arabuluculuktaki menfaatinin altını çizmek için FINRA tahkim departmanındaki adını "*FINRA Uyuşmazlık Çözümü*" olarak değiştirmiş ve sermaye piyasası hukukuyla ilişkili yatırımcı uyuşmazlıklarını yönetmesi için bir Arabuluculuk Direktörü tayin etmiştir⁴⁰³. FINRA programını aktif olarak belirlenen bölgelerde, FINRA arabuluculuk hizmetlerini kullanan taraflara "*maliyet azlığı*" unsurunu öne çıkararak tanıtmıştır.

FINRA Arabuluculuk Usul Kanunu, NYSE ve NASD 2007 yılında birleştiğinden beri, FINRA'ya sunulan arabuluculuk yoluyla uyuşmazlık çözüm yöntemine uygulanmaktadır. FINRA Arabuluculuk Usul Kanunu, arabuluculuğun tahkim usullerinde, tarafların temsilinde, arabulucunun seçiminde, temel kurallarda ve ücretler üzerindeki etkisine ilişkin detaylı bir yol haritası sunmaktadır. FINRA, taraflara, arabulucu ve arabuluculuğun yapılacağı yeri belirlemelerine yardım etmektedir. FINRA arabuluculuk çalışanları, tahkim çalışanları ile gerekli olduğu durumlarda tahkim duruşmasının ertelenmesi için gayret göstermektedir. Ayrıca, FINRA, arabuluculuğun teşviki için genellikle yılda bir kez, yatırımcılara önceden belirlenen bir ay içerisinde yürütülen arabuluculuk faaliyetleri bakımından indirimli ücretler sunmaktadır⁴⁰⁴.

Öte yandan, FINRA Arabuluculuk kuralları kapsamında, kural olarak hiçbir arabulucunun aynı konuda bir hakem olarak hizmet vermesine izin verilmemesinin

⁴⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Deborah MASUCCI**, Securities Arbitration- A Success Story: What Does the Future Hold?, (Wake Forest Law Review, Vol.31, Number 1, 1996, s. 183-203).

⁴⁰² **BADER/WIAND**, § 12-2.

⁴⁰³ FINRA Arabuluculuk Usul Kanunu md. 14100 (c).

⁴⁰⁴ **BADER/WIAND**, §12, s. 5.

yanı sıra, arabulucu, arabuluculuğun konusuyla bağlantılı bir FINRA tahkim sürecinde bir tarafı temsil edemez⁴⁰⁵. Arabuluculuk yönteminde tarafların bir avukat tarafından temsil edilmesi mümkün olup, taraflar arabuluculuk sürecinde bizzat yer alabilir. Eyalet yasaları yasaklamadığı veya avukat olmayan kişi menkul kıymetler sektöründen geçici uzaklaştırılmış veya men edilmiş olmadığı müddetçe, taraflar avukat olmayan kişilerce de temsil edilebilecektir.

FINRA kuralları, taraflar, heyet ve arabulucu için davranış standartları olması amaçlanan “*Arabuluculuk Temel Kuralları*”nı (*Mediation Ground Rules*) içerir. Ancak, taraflar, söz konusu temel kuralları herhangi bir zaman diliminde anlaşarak değiştirebilir⁴⁰⁶. Arabuluculuk temel kuralları herhangi bir tarafın yazılı bir uzlaşma anlaşması imzalanmadan önceki herhangi bir zaman diliminde arabuluculuk sürecinden geri çekilebileceğini belirtmektedir. Dahası, arabulucu tarafsız, nötr bir arabuluculuk sürecinin kolaylaştırıcısı olup, arabulucunun sorunları saptaması neticesinde karar verme ve diğer bir şekilde sorunu çözme yetkisi bulunmaz. Anılan hüküm FINRA’nın arabuluculuk programını yürüten arabulucunun değerlendirici bir rolden ziyade kolaylaştırıcı bir işlev gördüğü gerçeğini yansıtır⁴⁰⁷.

II. Amerikan Tahkim Birliği’nin Menkul Kıymetler Arabuluculuk Programı

Amerikan Tahkim Birliği (*American Arbitration Association, AAA*⁴⁰⁸) 1983 yılından bu yana arabuluculuk hizmetleri sunmaktadır. Amerikan Tahkim Birliği menkul kıymet uyuşmazlıkları için, FINRA arabuluculuk kurallarına benzeyen ayrı bir

⁴⁰⁵ FINRA Arabuluculuk Usul Kanunu md. 14107 (d).

⁴⁰⁶ FINRA Arabuluculuk Usul Kanunu md. 14109 (a).

⁴⁰⁷ Özünde, FINRA, bir arabulucunun uyuşmazlığa dair kendi değerlendirmesini sunmak şeklinde bir yöntem izlenmesinden ziyade, taraflara kendi çözümlerini bulmada yardımcı olacak şekilde bir sistem tasarlamıştır (**POSER**, § 31, s. 16).

⁴⁰⁸ Finansal anlaşmazlıklar için AAA Tahkim Kuralları herhangi bir finansal anlaşmayı, finansal ürünü veya bununla ilgili uygulamayı içeren anlaşmazlıkların çözümlenme biçimine dair kurallar dizisidir. Kurallar, bazı finansal anlaşmazlıklardaki zaman kısıtlamalarını göz önünde bulundurarak duruşmaları hızlandırmak için çeşitli mekanizmalar ortaya koyar.

arabuluculuk kuralları bütünü benimsenmiş olmakla birlikte, AAA kurallarının bazı hususları FINRA'ya nazaran daha spesifiktir⁴⁰⁹. AAA kuralları tarafların arabuluculuk yöntemine başvurmalarını teşvik için birtakım model arabuluculuk klostarı ortaya koymuştur⁴¹⁰. Amerikan Tahkim Birliği, bir anlaşmanın tarafları sözleşmeye dayalı uyuşmazlık çözüm usullerinin bir parçası olarak arabuluculuğa başvurmayı istiyorlarsa, tarafların arabuluculuk maddesini tahkim maddesi ile birlikte anlaşmalarının içine dâhil edebileceklerini ifade etmektedir.

Amerikan Tahkim Birliği, arabulucuların uygulamalarına yönelik bir rehber görevi gören, Arabulucular İçin Uygulama Model Standartları'nın (*Model Standards of Conduct for Mediators*) arabuluculuğa katılan tarafları bilgilendirmek ve arabuluculuk sürecinde kamu güvenliğini sağlamak için geliştirilmesine yardımcı olmuştur. Menkul kıymetlere ilişkin talepler bakımından, Amerikan Tahkim Birliği kendi genel ticari tahkim kuralları ve arabuluculuk usullerini kullanmaktadır.

III. Hukukumuzda Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarının Genel Arabuluculuk Kurallarıyla Çözümlemesi

Mevzuatımızda sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik spesifik kurallar ihdas edilmemiştir. Bununla birlikte, uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlemesine yönelik kuralları mevcut olup, uyuşmazlığın tarafları diledikleri takdirde Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu çerçevesinde uyuşmazlıklarının çözümlemesi yoluna başvurabilirler. Anılan Kanun, Birleşmiş Milletler Ticaret Komisyonu'nun üyelerine önerdiği UNCITRAL Model Kanun⁴¹¹, Avrupa Birliği'nin 2008/52 sayılı Arabuluculuk Direktifi, Özel Hukukta Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Yeşil Kitap⁴¹² gibi temel düzenlemeler esas alınarak hazırlanmıştır. Buna ilavaten, arabuluculuk konusunda, Avrupa Komisyonu tarafından 2004 yılında

⁴⁰⁹ POSER, §31, s. 18.

⁴¹⁰ Jay E. GRENIG, *Alternative Dispute Resolution*, Eagan, MN 2015, § 14-30.

⁴¹¹ UNCITRAL Model Kanun ile Birleşmiş Milletler üyesi tarafından arabuluculuk hakkında hazırlanacak kanunların mümkün olduğu ölçüde yeknesak olması amaçlanmıştır.

⁴¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. web: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2002/com2002_0196de_01.pdf erişim: 4.6.2017.

“Arabulucular İçin Etik Davranış Kuralları” (European Code of Conduct for Mediators) yayımlanmıştır. Söz konusu kurallarla Avrupa Birliği genelinde yüksek düzeyde arabuluculuk hizmetlerinin sağlanması hedeflenmiş olup, arabuluculuk mevzuatının oluşturulma sürecinde anılan davranış kurallarından da yararlanılmıştır⁴¹³.

Öte yandan, tarafların uyuşmazlığın çözümü bakımından belirli bir kurum üzerinde anlaşmak suretiyle arabulucu seçiminde söz konusu kurumu etkin kılabilenlerdir⁴¹⁴. İstanbul Finans Merkezi projesi çerçevesinde İstanbul Tahkim Merkezi’nin daha işlevsel hale gelebilmesi açısından finansal uyuşmazlıklar bakımından arabulucu listelerinin oluşturulması, arabulucular tarafından uyulması gereken etik kuralların bulunması gibi hususlarda finansal uyuşmazlıkların çözümüne özgü kuralların öngörülmesi gereklidir. Uygulamamıza bakıldığında, İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk Kuralları bağlamında, ABD Hukukunda FINRA tarafından sermaye piyasası alanına özgü ayrı bir arabuluculuk kuralları ihdas edilmesi yerine, genel arabuluculuk kurallarının uygulama alanı bulduğu görülmektedir.

Kanımızca, uyuşmazlıkların değerlendirilmesinde kurumsal bazlı düzenlemeden ziyade sektörel bazlı düzenlemelere yer verilerek, genel nitelikteki arabuluculuk düzenlemelerine ek olarak, FINRA düzenlemeleri de göz önünde bulundurulmak suretiyle, menkul kıymetler sektöründeki piyasa profesyonelleri ile yatırımcılar arasında doğacak olan uyuşmazlıklarda sektöre özgü davranış kuralları setinin oluşturulması faydalı olacaktır.

§ 8. ARABULUCULUK İÇİN DOĞRU ZAMANIN BELİRLENMESİ

Tarafların dava sürecinde arabuluculuk yöntemine başvuruları somut olay bazında incelenmesi gereken bir husustur. Ancak, esas olarak taraflar gönüllü bir biçimde temel belgelerin karşılıklı değişimine katılmasını müteakiben arabuluculuk sürecine başlamalıdır⁴¹⁵. Arabulucuya uyuşmazlığa dair yeterli bilgilendirme

⁴¹³ ÖZMUMCU-Zorunlu Arabuluculuk, s. 810.

⁴¹⁴ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s. 176.

⁴¹⁵ GRUBMAN, s. 2.

yapabildiğinde ve taraflarca anlamlı bir müzakere gerçekleştirildiğinde en iyi zamanlama söz konusu olacaktır. Zira, arabulucular ancak uyuşmazlık süreç içinde olgunlaştığında veya arabuluculuk sürecine başlamanın zamanı geldiğinde arabuluculuktan söz edecektir⁴¹⁶.

FINRA, tahkim sürecinde iki noktada arabuluculuk önermektedir⁴¹⁷. Bunlar; bir dava açıldıktan hemen sonra taraflara arabuluculuğa teşvik eden bir tebligat gönderilmesi ve taraflara hakimin ilk inceleme duruşması çağrısı sırasında arabuluculuğu göz önüne almaları önerisi şeklindedir. İkinci olarak, FINRA personeli, hakem listesinden arabuluculuğa uygun uyuşmazlıklar arar ve proaktif olarak taraflarla iletişime geçerek arabuluculuğu önerir. Üçüncü olarak, tahkim sürecini bekleyen taraflar kendileri arabuluculuğu denemeye karar verebilir. Son olarak, taraflar hiç tahkime gitmeden arabuluculuk sürecini başlatabilir. Arabuluculuk heyetine erişimin bu çoklu kademesi, uyuşmazlıkların çözümü amacıyla arabuluculuk yöntemine başvurmak isteyen tarafların reddedilememesini güvenceye almaktadır⁴¹⁸.

Uyuşmazlığın hakemin kararıyla sonuçlandırılmasından önce taraflar tahkimin (veya hukuk davasında) herhangi bir aşamasında arabulucuya başvurabilirler. Arabuluculuk faaliyetinin başlatılabileceği çeşitli aşamalar ABD hukukunda FINRA sistemindeki arabuluculuk süreci esas alınarak ve hukukumuzdan ayrılan noktaları belirtilmek suretiyle aşağıda belirtilmiştir;

I. Tahkim Davası Açılmadan Önce

Hukukumuzda konuya ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte, ABD hukukunda yatırım kuruluşu temsilcilerinin kendilerine iletilen yatırımcı şikâyet ve taleplerini düzenleyici otoriteye bildirmesinin gerekliliği, iddiada bulunan yatırımcıların resmi şikâyet mekanizmasını işletmesinden önce müzakerede bulunmaya istekli olmaları ile sonuçlanmaktadır.

⁴¹⁶ WILLIS/WOOD QC, s. 77.

⁴¹⁷ GROSS, s. 375.

⁴¹⁸ GROSS, s. 375.

II. Çok Yönlü Bir Keşfe Başlamadan Önce

ABD hukukunda arabuluculuk faaliyetinin yürütümünde keşif (*discovery*) imkânı bulunmakla birlikte, hukukumuzda mevcut olmayan bu evrede, taraflar uyuşmazlığın çözümü için keşfe başlamadan ve keşfin beraberinde getirdiği kaçınılmaz problemlerin gerçekleşmesinden önce arabuluculuğa başvurulduğu takdirde maliyet tasarrufları maksimum düzeye çıkarılır. Rutin hususlarda, ancak asgari düzeyde bilgi ve belge alışverişinden sonra anlamlı bir müzakere başarılı bir şekilde yürütülebilecektir⁴¹⁹.

III. Keşiften Sonraki Aşamada

ABD hukukunda bulunmakla birlikte, hukukumuzda mevcut olmayan bu evrede, taraflar ve karşı tarafça sağlanan bilginin yanı sıra uyuşmazlıklarda ileri sürecekleri vakıaların ve ortaya konulması gereken delillerin bilincinde olacaktır. Her bir taraf kendi güçlü ve zayıf yönlerini değerlendirmek üzere, arabuluculuk sürecinde pozisyon alacak olup, keşifte ortaya konan bilgiler genellikle tarafların uzlaşmaya dair tutumlarını değiştirmektedir.

IV. Tahkim Duruşmasından Önce

Taraflar ve avukatları davalarını hazırlarken, tahkimle ilgili sürece dahil olan riskleri dikkatlice göz önünde bulundurarak, duruşma için detaylı bir biçimde hazırlanarak, tarafı etkin müzakereye hazırlarlar. Tahkim süreci başlatıldıktan sonra arabuluculuk için en etkin zaman dilimi, son duruşmadan (*final hearing*) önceki bir veya iki aylık süreçtir⁴²⁰.

Son zamanlarda, dava sırasında arabuluculuğa, yani duruşmadan hemen sonra olana karşı, davadan önce arabuluculuğun görece faydalarına dair bir tartışma hüküm sürmektedir. Dava sürecinden önce arabuluculuk, önemli miktardaki yargılama ve

⁴¹⁹ BADER/WIAND, §12, s. 12.

⁴²⁰ GRUBMAN, s. 2.

tahkim maliyetlerinden tasarrufta bulunmayı sağlarken, uyuşmazlığı tüm yönleriyle tam olarak anlayamamış ve bu nedenle müzakereye hazır olmayan tarafların varlığı ise arabuluculuğun dezavantajını oluşturmaktadır⁴²¹. Geç yapılan arabuluculukta, taraflar uyuşmazlık hakkında bilmeleri gereken çoğu şeyi bilme avantajına sahip olmakla birlikte, büyük meblağda masraf edilmiş olunması ihtimali, tarafların başarılı bir sonuç elde etmeye dair keskin bakış açısına sahip olmaları ve uzlaşma hakkında konuşmaya uzak durabilmeleri gibi bazı dezavantajlar da mevcuttur.

§ 9. SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCUNUN SEÇİMİ

Yatırımcının yatırım kuruluşu ile arasındaki ilişkiden kaynaklanan bir hak iddiasını arabuluculuk yöntemi vasıtasıyla çözümlemesinin ilk adımı arabulucunun seçimidir. Arabulucu taraflarca yapılan anlaşmayla tayin edilecek olmakla birlikte, genellikle arabuluculuk hizmeti sağlayan heyetlerce belirlenir⁴²². Tecrübeli avukatlar, arabulucu seçiminden önce sektörde kapsamlı ve etkin tecrübeye sahip önde gelen arabuluculardan haberdar olmalı ve arabulucunun uyuşmazlık hakkında değerlendirme yapmaya istekli olmasına önem göstermelidir⁴²³.

Arabulucu, arabuluculuk konusunda uzman bir arabulucu olmak zorundadır. Arabulucunun uyuşmazlık konusuna ilişkin bilgi sahibi olması faydalı olmakla birlikte, arabulucunun uyuşmazlık konusuna dair uzmanlığa sahip olması şart değildir⁴²⁴. Nitekim doktrinde, arabulucunun seçimine yönelik olarak asıl önemli konunun arabulucunun deneyimi ve bu yöntemdeki yeteneği olduğu ifade edilmiştir⁴²⁵. Zira, hakemin genellikle ilgili sermaye piyasası uyuşmazlığı konusunda

⁴²¹ WILLIS/WOOD QC, s. 77.

⁴²² WALKER, s. 724.

⁴²³ GRUBMAN, s. 3.

⁴²⁴ WILLIS/WOOD QC, s. 78.

⁴²⁵ John LINDEN, The Expert Mediator Versus The Subject Expert, November 2004: (web: <http://www.mediate.com/articles/linden20.cfm?nl=66> , s. 2, erişim:1.2.2017).

uzman olmaları gerekirken, arabuluculuk yönteminde arabulucunun uzman olması daha fazla önem taşır⁴²⁶.

I. Amerikan Hukukunda Arabulucunun Seçilme Yöntemi

FINRA, taraflara kendi arabulucular listesinde yer alan kişiler arasından tarafsız arabulucular listesi sunar⁴²⁷. Taraflar arabulucularını o listeden seçebileceği gibi listenin dışındaki bir arabulucu üzerinde de anlaşmaya varabilirler veya FINRA'nın dışından da arabulucuyu seçebilmeleri mümkündür⁴²⁸. Taraflar FINRA listesi dışından bir seçim yapmaları halinde, FINRA'ya onay vermesi için ortak bir talepte bulunmaları gerekir⁴²⁹. İstisnai hallerde, FINRA'nın arabulucuyu onaylaması mümkündür. Benzer şekilde, Amerikan Tahkim Birliği taraflardan birine arabulucu listesi sağlayabilir. Tarafların listelerindeki arabulucuları sıraya koymak için 20 günü bulunmakta olup, söz konusu aşamadan sonra Amerikan Tahkim Birliği çalışanları, tarafların sıralamalarına göre arabulucuyu tayin etmektedir⁴³⁰.

⁴²⁶ Aksi görüş için bkz. **Selçuk ÖZTEK**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı, Tasarı Üzerine Genel Tartışma ve Değerlendirme, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-VI, Ankara 2008, s. 275. (web: http://tbbYayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/MedeniUsul_6.pdf erişim: 1.9.2016).

⁴²⁷ Taraflar, arabulucuların listesi ellerine geçmeden önce, FINRA bünyesindeki arabuluculuk çalışanlarına, bir arabulucuda bulunmasını istedikleri özgeçmiş, deneyim ve tarzla ilgili bilgi vermelidir. Örneğin, uyuşmazlık çözüm sürecinde bir hak iddiasının temelini oluşturan konuya ilişkin bilgi sahip olunmasının mı, arabuluculuk sürecine ilişkin becerilerin mi daha kritik öneme sahip olduğu, arabulucunun kolaylaştırıcı tarzda uzlaşmayı mı; daha değerlendirici bir yaklaşım mı benimsenmesi gerektiği sorularına karşılık gelecek cevaplar taraflar bakımından son derece aydınlatıcı bir işleve sahiptir. (**POSER/FANTO**, §31.03, s. 13-14). Taraflar uyuşmazlığın çözümü bakımından kendi yaklaşımlarını değerlendirmeye istekli menkul kıymetler arabulucularını tayin etmelidir. FINRA bünyesindeki çalışanlar, sürecin başarısı için yüzde yüzlük bir tarafsızlığın gerekliliğini göz önünde bulundurarak, talep edilen ihtiyaçlara en uygun tecrübeli tarafsız arabulucular listesini oluşturur. (**GRUBMAN**, s. 3).

⁴²⁸ FINRA Arabuluculuk Usul Kanunu md. 14107 (a)(1)-(2).

⁴²⁹ Mediator selection, (web: <https://www.finra.org/arbitration-and-mediation/mediator-selection> erişim:12.3.2018).

⁴³⁰ AAA CARMP Md. M-4.

FINRA'nın listesinden atanan veya seçilen herhangi bir arabulucu için taraflar, arabulucunun iş deneyimi, eğitimi ve katıldığı eğitimler ve diğer ilgili yeterlilik belgeleriyle ilgili olarak bilgilendirilecektir⁴³¹. FINRA listesi içerisinde seçilsin ya da seçilmesin tüm arabulucular Arabulucu Müşteri ve Sektör Kurallarında yer alan arabulucu bildirim hükümlerine uymak ve tarafsızlıklarını etkileyebilecek veya önyargı izlenimi verecek herhangi bir ilişki söz konusu ise bu durumu bildirmek zorundadır⁴³². Her arabulucu, önceki iş deneyimlerine, arabuluculuk tarzına ve mutad ücret oranına ilişkin bir açıklama sunacaktır. Böylelikle, taraflar gerekli bilgileri edinmiş olarak tarafsız arabulucularını tayin edebilecektir. Arabuluculuk usulünün temeli, uyuşmazlığın tarafları arasında isteğe bağlı bir müzakere ortamının oluşmasıdır. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünü sağlamakla yükümlü olan arabulucunun kabiliyetine, uzmanlığına ve arabuluculuk sürecine etkin biçimde dahil olma potansiyeline güven duyulabilmesi şarttır⁴³³.

II. Hukukumuzda Arabulucunun Seçilme Yöntemi

Arabuluculuk sürecinin resmi olarak başlaması, arabulucunun taraflarca veya bir kurumun müdahalesiyle atanması sonucunda gerçekleşir⁴³⁴. Taraflar, arabulucunun bir üçüncü kişi veya kurum tarafından seçimi gibi başka bir usul belirtmemişlerse, eşitlik ilkesi gereğince arabulucu veya arabulucular taraflarca birlikte seçilir⁴³⁵ (HUAK md. 14; HUAKY md. 18). Taraflar uyuşmazlığın konu ve niteliğine bağlı olarak birden fazla meslekten uzmanın varlığının faydalı olacağını düşündükleri takdirde, ortak arabuluculuk yapmak üzere birden fazla arabulucunun tayin edilmesi de mümkündür⁴³⁶. Ayrıca belirtmek gerekir ki, uyuşmazlığın tarafları, arabulucunun

⁴³¹ FINRA Arabuluculuk Usul Kanunu md. 14107 (b).

⁴³² FINRA Arabuluculuk Usul Kanunu md. 14107 (c).

⁴³³ Why Mediate Through FINRA, (<https://www.finra.org/arbitration-and-mediation/why-mediate-through-finra> erişim:12.3.2018).

⁴³⁴ ÖZBEK-C. I, s. 670.

⁴³⁵ Hükümet Gerekçesi “*Madde 14- Maddede arabulucunun seçim yöntemi düzenlenmiştir. Taraflar, arabulucunun bir üçüncü kişi ya da kurum tarafından seçimi gibi başka bir usul belirtmemişse, arabulucu veya arabulucuları birlikte seçeceklerdir.*” şeklinde kaleme alınmıştır (ÇALIŞIR, s. 44).

⁴³⁶ ÖZBEK-C. II, s. 1214, ULUKAPI/KIYAK, s. 1671.

İstanbul Tahkim Merkezince tayin edilmesini kararlaştırabilir (İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu md. 2).

Öte yandan, taraflar, uyuşmazlığın çözümü bakımından güvendikleri ve üzerinde mutabık kaldıkları arabuluculuk siciline kayıtlı olmayan bir üçüncü kişiyi de arabulucu olarak tayin edebilirler. Ancak, bu kişiler geçici arabuluculuk yapıyorlar ise, arabulucu unvanını ve Kanunda belirtilen hak ve yetkileri resmi olarak kullanamaz⁴³⁷. Zira, HUAK md. 2, I-(a) maddesinde “arabulucu” kavramı, arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişi olarak tayin edilmiş olup, bu tanımda yer verilen niteliği haiz olmayan bir kişi tarafından yürütülen arabuluculuk faaliyetinin HUAK kapsamında değerlendirilemez.

§ 10. SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCUNUN NİTELİKLERİ

Arabuluculuk sürecindeki tartışmaların genellikle bireylerin kişilik özelliklerinden kaynaklandığı görülmekte olup, başarı veya başarısızlıkla sonuçlanan arabuluculuk faaliyetleri temelde bu hususa dayanır. Müzakere yöntemlerinin; coğrafi farklılıklar, etnik gelenekler, aile etkileri ve gizli önyargı gibi etmenlerden kaynaklanan kültürel farklılıklardan etkilenmesi olasıdır.

Bir arabulucu farklı kişisel dinamiklerle arabuluculuk faaliyetini yürütme hususunda kapsamlı tecrübeye sahip olmalıdır. Böylesi becerilere sahip arabulucular daha etkin bir biçimde taraflarla iletişim kurmakta ve zorlu duygusal dinamikler ve kişilik çatışmalarıyla daha verimli bir biçimde başa çıkmaktadır⁴³⁸.

I. Amerikan Hukukunda Arabuluculuk İçin Aranılan Kriterler

Genel olarak sermaye piyasası araçlarında ve vadeli işlem sözleşmesi özelinde finansal uyuşmazlıkları çözecek olan arabulucuda aranması gereken niteliklerden biri, arabulucunun uyuşmazlık konusundaki uzmanlığı olacaktır. Arabulucuların özgeçmişi büyük çeşitlilik gösterir. ABD uygulamasında arabulucular havuzu, iş adamları ve

⁴³⁷ Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları md. 6.

⁴³⁸ JOHNSEN-Mediation, s. 95.

terapistler gibi avukat olmayan arabulucuların yanı sıra eski hakimleri ve eski davacıları da içerir. Vadeli işlemler alanının karmaşıklığı sebebiyle vadeli işlemler uyuşmazlığını çözmesi için tayin edilen arabulucuların, değiştirildiği şekliyle Emtia Borsası Yasası'na (*Commodity Exchange Act, CEA*) ilişkin aşinalığa sahip olmalarının yanı sıra düzenleme yaklaşımı (*regulatory scheme*) ve vadeli işlem araçlarının ve vadeli işlemlerle ilgili ürünlerin alım-satımıyla ilgili olarak ortaya çıkan konuları kavrayabilmeleri gerekir⁴³⁹.

Herhangi bir uyuşmazlık çözüm oturumunda olduğu gibi, tarafsız arabulucuların niteliği arabuluculuk faaliyetlerinin başarısında önemli bir faktördür. FINRA yeterlik süreci, FINRA'nın Ulusal Tahkim ve Arabuluculuk Komitesince, sektörün hem yatırımcı hem yatırım kuruluşu temsilcileriyle birlikte hazırlanan görüşünü içerir. Anılan Komite, potansiyel arabulucuların her birinin geçmişini ve tecrübesini gözden geçirir. Potansiyel arabulucuların almış oldukları resmi arabuluculuk eğitimi ve sahip oldukları uyuşmazlık çözümüne ilişkin tecrübesi, kişilerin arabulucu olarak kabul edilebilmesinde önemli rol oynar.

Buna ilaveten, adaylar, başvuru sahibinin arabuluculuk tekniğini gözlemlemiş taraflarca hazırlanmış dört referans mektubu temin etmek zorundadır⁴⁴⁰. Dolayısıyla, arabulucunun seçiminde arabulucudan faydalanan kişilerden gelen referanslar da

⁴³⁹ Vadeli işlemler alım-satımına ilişkin hususlar, finansal ürünün yapısına bağlı olarak kendine has ve karmaşık yapıdadır. Bu sebeple, vadeli işlemler konusuna yeterince aşina olmayan kişiler açısından terminoloji de oldukça problemlidir. Örneğin, menkul kıymetler bağlamında yalnızca '*marjin*' kavramına aşina olanlar, alım-satımı yapılan araçların vadeli işlemler sözleşmeleri olduğu durumda terimin oldukça farklı bir anlamı olduğunu fark edememesi ihtimal dahilindedir (*JOHNSEN-Mediation*, s. 95). Arabulucu, yasal çerçeveye ve vadeli işlemler sektörüne aşina olmasının yanı sıra, vadeli işlemler piyasası ve sektör kültürünü de kavramalıdır. Kanımızca, finans sektöründe daha önce iş deneyimi olanlar ve vadeli işlemler konusunda rutin bir şekilde tahkim ve arabuluculuk faaliyeti yürüten kişilerin arabuluculuğun yapılacağı konuda gerekli görülen uzmanlığa sahip olmaları daha olasıdır. Anılan sebeplerle, bir arabulucuyu eğitmeye harcanacak zaman ve masraftan kaçınmak bakımından, uyuşmazlık çözümünde tecrübeli bir vadeli işlemler arabulucusu seçilmesi daha makul bir yoldur.

⁴⁴⁰ **BADER/WIAND**, §12, s. 14.

arabulucu tayinine yardımcı olur. Bu suretle, taraflara, her arabulucunun, arabuluculuk süreciyle ilgili kapsamlı bilgiye sahip olduğuna ve taraflara uyuşmazlıkları çözmede yardımcı olmak için gerekli olan beceri çeşitliliğini sergilediklerine dair güvence verilir.

II. Hukukumuzda Arabuluculuk İçin Aranılan Kriterler

Hukukumuzda ise arabulucunun niteliklerine ilişkin olarak, Arabuluculuk Kanunu'nun '*Arabulucular siciline kayıt şartları*' başlıklı 20 nci maddesinde⁴⁴¹, arabulucuların meslek itibarıyla en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olma şartına yer verilmiş olmakla birlikte, arabulucunun tayin edilmesinde belirli bir uzmanlık alanına göre bir sınıflandırmanın yer almadığı görülür.

Doktrinde Özbek'e göre, bir arabulucu, somut uyuşmazlıkta gerekli olan mesleki yeterliliğe sahip değilse veya tarafların beklentilerini karşılayamayacak ise arabuluculuk yapmamalıdır⁴⁴². *Tanrıver* ise, somut uyuşmazlığın çözümü bağlamında daha net bir öneri getirerek, arabuluculuğun niteliklerinin uyuşmazlığın giderilmesi

⁴⁴¹ 5.6.2017 tarih ve 691 sayılı KHK'nın 9 uncu maddesiyle, bu fıkra (ç) bendinden sonra gelmek üzere (d) bendi eklenmiş ve mevcut (d) bendi (e) bendi şeklinde teselsül ettirilmiş olup, 6352 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun '*Arabulucular siciline kayıt şartları*' başlıklı 20 nci maddesi şu şekildedir:

(1) Sicile kayıt, ilgilinin Daire Başkanlığına yazılı olarak başvurması üzerine yapılır.

(2) Arabulucular siciline kaydedilebilmek için; **a)** Türk vatandaşı olmak, **b)** Mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak, **c)** Tam ehliyetli olmak, **(ç)** (Değişik: 12/10/2017-7036/25 md.) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık, gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkûm olmamak, **d)** (Ek: 5/6/2017-KHK-691/9 md.) Terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmamak, **(e)** Arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı (...) (2) sınavda başarılı olmak gerekir."

⁴⁴² ÖZBEK- C. II, s. 1218.

açısından önemini göz önünde tutarak taraflara gerçekten katkı sağlayacak bir ara mekanizmanın oluşturulmasına yönelik herhangi bir düzenleme bulunmamasını önemli bir eksiklik olarak nitelendirmiştir⁴⁴³.

Öte yandan, İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk Kuralları kapsamında arabuluculuk faaliyeti yürütülmesi bağlamında özel şart ve kurallar belirlenmemiştir. Bunun yerine, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar hariç olmak üzere, arabulucuların, Adalet Bakanlığı siciline kayıtlı gerçek kişiler arasından, uyuşmazlığın çözümüne yönelik olarak görev almak üzere seçilmiş veya Divan tarafından tayin edilmiş kişiler olduğu hükme bağlanmıştır⁴⁴⁴.

§ 11. SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK SÜRECİ

Taraflar arabuluculuğun başlatılması ve daha sonrası için finansal uyuşmazlıkların çözümünde uygulanabilir bir model ortaya koyan özel finansal arabuluculuk kurallarından veya genel arabuluculuk düzenlemelerinden faydalanabilecektir⁴⁴⁵. Bilindiği üzere, pek çok arabuluculuk süreci belirli kurallar olmaksızın doğaçlama meydana gelmesine karşın nispeten düzgün işlemektedir. Özellikle sermaye piyasası uyuşmazlıklarında, prensip anlaşmasında ilk adım arabuluculuk sürecine başlamak ve sonrasında gelecekteki süreci yönetecek tecrübeli bir arabulucu tayin etmek olacaktır.

I. Arabuluculuk Sözleşmesi

Uygulamada arabulucu ve arabuluculuk sözleşmesinin birbirinden kesin çizgilerle ayrılmasının çok kolay olmadığı görülür. Zira, taraflar aralarındaki mevcut veya potansiyel bir uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözüme kavuşturulması açısından öncelikle bir arabuluculuk sözleşmesi yapmaları gerekir⁴⁴⁶. Daha sonraki

⁴⁴³ TANRIVER-Arabuluculuk Tasarı, s. 195.

⁴⁴⁴ İTM Arabuluculuk Kuralları md. 6.

⁴⁴⁵ WILLIS/WOOD QC, s. 77.

⁴⁴⁶ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s. 101.

evrede ise, uyuşmazlığın tarafları ve arabulucu arasında ve esas olarak arabulucunun yükümlülüklerini düzenleyen bir arabulucu sözleşmesi yapılır.

Arabuluculuğa hazırlık aşamasında taraflar arabulucuyla, arabuluculuğun usul ve esaslarını içeren bir arabulucu sözleşmesi imzalayabilir⁴⁴⁷. Kısa bir arabuluculuk sözleşmesi genellikle somut bir adım olarak kabul edilir. Tarafların bir araya gelmesini müteakiben arabulucu, taraflara arabuluculuk sözleşmesini sağlar⁴⁴⁸. Hakem sözleşmesi ya da tahkim şartının aksine arabuluculuk sözleşmesi herhangi bir şekle tabi olmayıp, bu sözleşme için belirlenmiş bir düzenleme de bulunmamaktadır⁴⁴⁹. Tarafların bu sözleşmeyi yazılı olarak yapmaları, aralarındaki uyuşmazlığın alternatif uyuşmazlık çözümüyle hallini arzu ettiklerinin somut bir göstergesidir⁴⁵⁰.

Arabuluculuk için yazılı anlaşma bir geçerlilik şartı olmamakla birlikte, arabuluculuk sözleşmesinin (*mediation submission agreement*) uygulanmasıyla süreç başlar⁴⁵¹. Söz konusu sözleşme ile taraflar belirlenir, uyuşmazlık tanımlanır, zamanlama, gizlilik, arabulucunun ücreti dahil olmak üzere sürecin maliyetleri ve görevi kötüye kullanma veya sahtekarlık durumları hariç olmak üzere arabulucunun kendi yükümlülüklerinden muaf tutulma hususları düzenlenir⁴⁵². Taraf temsilcilerinin

⁴⁴⁷ Arabuluculuk sözleşmesinin, maddi hukuka ilişkin hükümler ihtiva ettiği gibi usûl hukukuna ilişkin hükümleri de ihtiva etmesi nedeniyle sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, arabuluculuk sözleşmesi hem maddi hukuka hem de usul hukukuna ilişkin hususları içermekle birlikte, öncü etkisini maddi hukuk alanında doğurmaktadır. Diğer bir görüşe göre ise, arabuluculuk sözleşmesinde düzenlenen tarafların müzakerelere katılma yükümlülüğü, taraflar arasındaki sır saklama yükümlülüğü gibi hususlar maddi hukuka ilişkin, müzakereler devam ederken adli yargı yoluna başvurmaktan kaçınma yükümlülüğü ya da delil sözleşmesi gibi hususlar da usul hukukuna ilişkin hükümler olduğundan arabuluculuk sözleşmesi karma karakterli bir sözleşme olarak kabul edilmelidir (YAZICI TIKTIK, s. 166'da yer alan yazarlar).

⁴⁴⁸ BURKE, s. 99.

⁴⁴⁹ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s. 103; ERDOĞAN/ERZURUMLU, s. 13.

⁴⁵⁰ ILDIR-ADR, s. 66.

⁴⁵¹ Seth E. LIPNER/Joseph C. LONG, Securities Arbitration Desk Reference, Eagan, MN 2015, s. 283.

⁴⁵² WILLIS/WOOD QC, s. 78.

müzakerede bulunmaya tam yetkili olmaları ve tarafların iyiniyetle görüşmelere katılmaları ve müzakerede bulunmaları gereklidir.

ABD’de tecrübeli arabulucular, bir taslak olarak kullanılmak üzere, niyet arabuluculuğu sağlayıcıları olarak bir öneri anlaşılmaya sahip olmaktadır. Türkiye’de ise Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından hazırlanmış arabuluculuk anlaşma belgesinin de içerisinde bulunduğu şablonlar sayesinde arabuluculuk sürecinin yürütümü daha kolay hale gelmiştir⁴⁵³.

Türk Hukukunda ise, HUAK md. 3, I gereğince, arabuluculuk sözleşmesini imzalayan taraflar, sözleşmeye rağmen hukuk mahkemelerine veya tahkim yoluna başvurmakta serbesttir⁴⁵⁴. Dolayısıyla, uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk yöntemine başvurmak yerine doğrudan mahkemeye başvurmak mümkündür. Bunun istisnasını ise dava şartı olan arabuluculuk oluşturur. Ancak, sözleşme gereğince arabuluculuk yönteminin uygulanmamasından zarar gören taraf, zararını sözleşme hükümlerine dayanarak talep edebilecektir⁴⁵⁵.

II. Arabuluculuk Sürecinin Başlatılması

Arabuluculuk sürecinin başlatıldığı evrede, arabulucu, taraflara ilişkileri ve tarafları ayıran konular hakkında verimli tartışmalara başlamaları konusunda yardımcı olur⁴⁵⁶. ABD hukukunda ise, menkul kıymetler uyuşmazlıklarının çoğunluğunun çözümü için öncelikle tahkim yoluna başvurulduğu görülür. Taraflar tahkim sürecinin başlatılmasından önce arabuluculuk yoluna başvurabileceği gibi, tahkim talebinden

⁴⁵³ Arabuluculuk faaliyeti süresince kullanılabilecek şablon metinler için bkz. web: <http://www.adb.adalet.gov.tr/sablonlar/index.html> erişim:1.6.2017.

⁴⁵⁴ ILDIR’a göre, uyuşmazlığın taraflarından birinin adli yargıya başvurusu, alternatif uyuşmazlık sözleşmesinin zımni olarak ortadan kalkması anlamını taşır (ILDIR-ADR, s. 65).

⁴⁵⁵ DOĞAR, s. 57.

⁴⁵⁶ Christopher W. MOORE, Arabuluculuk Süreci (The Mediation Process) (Çeviri Editörleri: Tarkan KAÇMAZ/Abbas TÜRNUKLÜ, Ankara 2016), s. 301.

sonraki her evrede arabuluculuğun başlatılması mümkündür⁴⁵⁷. Arabuluculuk süreci taraflar aksi yönde anlaşmadığı takdirde, tahkimi geciktirmez⁴⁵⁸.

Yatırımcının bekleme sürecindeki konumunu kaybetmeyeceği güvencesi, yatırımcıyı arabuluculuğa yönelmeye teşvik eder. Bununla birlikte, tahkim süreci (hakimlerin seçimi, duruşma öncesi toplantılar, duruşma tarihinin ayarlanması) paralel düzlemde ilerler⁴⁵⁹. Uygulamada, arabuluculuk görüşmeleri hızlı bir şekilde ayarlandığı ve tamamlandığı için zamanlamaya dair uyuşmazlıklar az sayıdadır.

A. Arabuluculuğun Karşı Tarafa Doğrudan Önerilmesi

Uyuşmazlığın taraflarından biri arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlığın çözümlenmesine karar verdiği takdirde, diğer tarafın bu karara katılımının sağlanması önem arz eder. Arabuluculuk sürecinin herhangi bir taraf veya uyuşmazlığın tarafı olan yatırım kuruluşu personeline başlatılması mümkündür. Uygulamada, müşteri temsilcileri bir alternatif olarak arabuluculuğun önerilmesinde ilk adımı atmaktadır. Sıklıkla, yatırım kuruluşu, çalışanının karşı tarafa arabuluculuk teklifini yapacağını bilerek arabuluculuğa dair ilgisini yatırımcıya iletir⁴⁶⁰. Anılan yöntemle hiçbir taraf kendini karşı tarafa zayıf göstermiş gibi hissetmez⁴⁶¹. Genellikle, basit bir biçimde arabuluculuğu önererek taraflar arasında doğrudan görüşmelere kapı açılmakta olup, pek çok uyuşmazlık taraflar arabuluculuk görüşmesine varmadan uzlaşmayla sonuçlandırılır.

⁴⁵⁷ **Thomas H. OEHMKE/Joan M. BROVINS**, Arbitrating and Mediating Customer Securities Disputes at FINRA, (American Jurisprudence Trials 313, Eagan, MN 2008), s. 104, westlaw.

⁴⁵⁸ FINRA Arabuluculuk Usul Kanunu md. 14105 (a).

⁴⁵⁹ Initiate a Mediation, (web: <https://www.finra.org/arbitration-and-mediation/initiate-mediation-0> erişim:12.3.2018).

⁴⁶⁰ AAA CARMP Md. M-2.

⁴⁶¹ **BADER/WIAND**, § 12-4(1).

B. Online Arabuluculuk Başvurusunda Bulunulması

ABD hukukunda geçerli olan söz konusu başvuru yolunda⁴⁶², FINRA, talep formunu almasını müteakip, FINRA personeli uyuşmazlıkların çözümü amacıyla diğer tarafla iletişime geçer⁴⁶³. FINRA uyuşmazlığın diğer tarafına başvuru formunun bir kopyasını sağlar. Arabuluculuk ücretleri formla birlikte sunulamayacak olup, taraflar arabuluculuk konusunda anlaşmaları halinde ücretlendirilir.

Başvuru formunda talep eden tarafça uyuşmazlığın açıklanması, uyuşmazlığın ne şekilde gerçekleştiğine ilişkin detaylı bir özetin hazırlanması, taraf isimleri, yatırım hesabı numaraları ve söz konusu olan menkul kıymetler hesabının bulunduğu yatırım kuruluşu ve şubesi, uyuşmazlığın hangi gün/lerde gerçekleştiği ve uyuşmazlık kapsamına dahil olan kişilerin isim ve unvanlarına yer verilmesi gereklidir. Tüm bu hususların yanı sıra, uyuşmazlıktan kaynaklandığı iddia edilen mağduriyetin ne şekilde giderilmesinin istendiği hususu da açıkça belirtilmelidir⁴⁶⁴. Başvuran tarafça parasal olmayan bir biçimde mağduriyetin giderilmesi talep ediliyorsa, tarafın söz konusu talebinin net bir biçimde açıklanması önem arz eder. Tüm bu hususlar neticesinde arabuluculuk talebi arabuluculuk yöneticisine yönlendirilir. FINRA Arabuluculuk yöneticisinin uyuşmazlığın taraflarınca arabuluculuk sözleşmesinin iletilmesini müteakiben uyuşmazlık arabuluculuğa sevk edilir⁴⁶⁵.

⁴⁶² FINRA online arabuluculuk başvuru formu bakımından arabuluculuğun kabul edilmesini talep eden tarafın uyuşmazlığın FINRA kuralları uyarınca çözüme kavuşturulmasına ilişkin talebi teyit edilmelidir. Talep eden tarafın, avukatla temsili halinde, taraf avukatının iletişim bilgilerine formda yer verilmelidir. Öte yandan, FINRA tahkimi devam etsin veya etmesin, tarafların arabuluculuk başvurusunu yapması mümkündür. ODR, eADR veya siber-ADR yöntemleri, uyuşmazlığın alternatif yollarla, elektronik ortamda ve özellikle e-mail aracılığıyla iletişim kurularak çözümünü ifade etmekte olup, alternatif uyuşmazlık çözüm metodlarının sanal ortamda kullandığı platform ve forumların tümü ODR olarak adlandırılmaya başlanmıştır.

⁴⁶³ Initiate a Mediation, (web: <https://www.finra.org/arbitration-and-mediation/initiate-mediation-0> erişim:12.3.2018).

⁴⁶⁴ **ROBBINS**, §16-3, s. 2.

⁴⁶⁵ FINRA Arabuluculuk Usul Kanunu md. 14104 (c).

Hukukumuzda benzer nitelikteki düzenleme İstanbul Tahkim Merkezi (İTM) Arabuluculuk Kuralları md. 4, I-II de yer almakta olup, anılan düzenleme:

“1. Arabuluculuk Kuralları kapsamında yürütülecek arabuluculuk sürecini başlatmak isteyen taraf, Sekretarya’ya yazılı olarak şahsen veya posta yolu ile ya da elektronik ortamda başvuruda bulunur. Bu başvuruda asgari olarak aşağıdaki hususlar yer alır: a) Tarafların adı, soyadı, unvanı, adresleri, telefon ve faks numaraları ile elektronik posta adresleri; b) Var ise temsilcileri ve vekillerinin adı, soyadı, adresi ve diğer iletişim bilgileri; c) Uyuşmazlık konusu, nitelik ve özelliklerine ilişkin açıklamalar; d) Talep sonucu ile birlikte miktarı belirli olan taleplerin tutarları ve değer tayini mümkün olmayan hallerde bu taleplerin yaklaşık parasal değerleri; e) İlgili diğer sözleşmelerle birlikte, var ise arabuluculuk sözleşmesi ve/veya arabuluculuk şartının nüshaları; f) Belirlenmiş ise arabuluculuk yeri, arabuluculuk dili, arabulucuların sayısı ve arabulucuların uzmanlık alanları gibi konulara ilişkin taraflar arasında uzlaşılan hususlar ve/veya tarafın bu konudaki beyanları; g) Bu Kurallar’ın 13. maddesinin 2. fıkrası uyarınca idari masrafların ödendiğini gösteren belge.

2. Arabuluculuk talebine ilişkin dilekçe ve ekleri ile arabuluculuk sürecinde taraflarca Sekretarya’ya sunulacak her türlü belge, diğer taraf ve arabulucu sayılarının toplamından bir nüsha fazla olacak biçimde teslim edilir... ” şeklindedir.

Öte yandan, tarafların bir araya gelmesi ise, uyuşmazlığın tarafların doğrudan müzakere yoluyla çözümünden ziyade arabuluculuk kararından kaynaklanır⁴⁶⁶. Arabuluculuk kararı alındığı zaman, taraflar, arabuluculuk çalışanlarıyla arabuluculuğa başvuru hazırlayıp sunacaktır⁴⁶⁷. Arabuluculuk başvurusuna dahil edilsin veya sonraki bir evrede sözleşmeye dercedilsin, taraflar ayrıca, açıklanan herhangi bir bilginin, yapılan kabullerin veya önerilen uzlaşmaların keşfinin mümkün olmadığı ve ortaya çıkarılamaz olduğunu temin eden bir gizlilik anlaşması imzalar⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ BURKE, s. 99.

⁴⁶⁷ FINRA Arabuluculuk Usul Kanunu md. 14100 (i). FINRA Dispute Resolution, Mediation Submission Agreement, (<http://www.finra.org/sites/default/files/ArbMed/p018658.pdf> erişim: 2.6.2017).

⁴⁶⁸ POSER, §12, s. 3.

III. Arabuluculuk Öncesinde Gerçekleştirilen Faaliyetler

A. Arabuluculuğun Planlanması

ABD hukukunda uyuşmazlığın taraflarının arabuluculuk yöntemine başvurmaya ve arabulucu seçmeye karar vermelerini müteakip taraflarca yapılacak ilk iş “*tahmini bir zaman çizelgesi*” belirlemektir⁴⁶⁹. Arabuluculuk Kanunu ve Yönetmeliğinde konuya ilişkin somut bir düzenleme bulunmamakla birlikte⁴⁷⁰, söz konusu çizelge, arabuluculuk görüşmelerinin ne zaman başlayacağını, tarafların ne zaman birbirlerine veya arabulucuya konuyla ilgili kısa bilgilendirmede bulunacağı hususlarını somutlaştırır. Bazı bilgilendirmeler yalnızca belgelerin taraflarca birbirlerine iletilmesi eğilimi göstermekle birlikte, bazen arabulucu yazılı olarak veya şahsen bilgilendirilme talebinde bulunabilir. Hakem/lerin veya hakimlerin aksine, arabulucu uyuşmazlığın esasına dair hüküm vermediğinden, arabulucular adil yargılama kurallarıyla bağlı değildir⁴⁷¹.

Tarafların ve arabulucunun hazır bulunma durumlarına bağlı olarak, ilk görüşme günler veya haftalar içerisinde başlatılabilir. Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti için karşılıklı olarak uygun tarih ve yer seçmek için taraflarla birlikte hareket eder. Mevzuatımızda Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Yönetmeliğinde taraflara mekan temini sağlanmasına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. ABD hukukunda ise, sermaye piyasası uyuşmazlıkları bakımından tarafların hazır bulunma durumlarına göre, FINRA’ya ait yerlerde hiçbir ücret talep etmeden görüşmeler için mekan imkânı sunulur⁴⁷².

⁴⁶⁹ WILLIS/WOOD QC, s. 78.

⁴⁷⁰ Arabuluculuğun zaman çizelgesi, arabuluculuk için kaç gün tahsis edileceği, mekân, arabuluculuk ücretleri, ödeme şartlarının onaylanması ve genellikle arabulucunun bir davranış kuralı gözetme taahhüdü gibi hususlar hakkında da tartışmalar olacaktır (Adalet Bakanlığı’nın Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Eylül 2017, <http://www.adb.adalet.gov.tr/arabuluculukkatilimcielkitabi.pdf> s. 99)

⁴⁷¹ WILLIS/WOOD QC, s. 78.

⁴⁷² Bkz. web: <http://www.finra.org/arbitration-and-mediation/benefits-finra-mediators> erişim: 19.4.2018.

Arabuluculuk toplantıları, yüz yüze, telefonla veya video konferans yoluyla gerçekleştirilebilir⁴⁷³. Daha küçük meblağlı talepleri içeren uyuşmazlıklarda, taraflar yolculuk maliyetlerinden kaçınmak için telekonferans yoluyla arabuluculuğu gerçekleştirmeyi seçmektedirler. Konferans aramaları, ortak görüşmelerin; özel bağlantılar ise gizli görüşmelerin yerini almaktadır.

B. Arabuluculuk Sürecine Hazırlık

Arabuluculuk için hazırlık süreci arabuluculuğun en önemli kısmı olmakla birlikte, bu kesit genellikle ihmal edilir. Zira arabuluculuğun %80'i hazırlık safhasını oluşturmakta iken, yalnızca %20'si arabuluculuk yönteminin kendisini oluşturur⁴⁷⁴. Dolayısıyla, herhangi bir müzakerede olduğu üzere, detaylı bir hazırlık yapılması arabuluculuğun başarı ihtimalini arttırır. Bu evrede avukat, yatırımcının arabuluculuk süresince nasıl katılımda bulunacağına karar vermeli ve bundan yatırımcıyı haberdar etmelidir. Avukatlar, yatırımcının arabuluculuk faaliyeti süresince kullanılan işbirlikçi yaklaşımı idrak ettiğinden emin olmalıdır. Anılan husus, özellikle avukat geçmişte yatırımcıyı temsil ederken muhalif bir rol oynadığı takdirde, herhangi bir yanlış anlaşılmayı ortadan kaldırır.

Yatırımcı, avukat tarafından arabuluculuk süreci hakkında detaylı bir biçimde bilgilendirilmelidir. Taraflar, arabulucunun her bir tarafın güçlü ve zayıf yönlerini derinlemesine inceleyip araştıracağından haberdar olmalı ve temelde yatan menfaatlerini açıklamaya hazır ve gönüllü olmalıdır. Katılımcılar, risk faktörlerini değerlendirme ihtiyacını ve çözüme yönelik alternatifleri önceden göz önünde bulundurmalı ve yaratıcı uzlaşma opsiyonlarını düşünebilmelidir.

ABD hukukunda Türk hukukundan farklı olarak, uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümünde taraflar, tanıklarını genellikle kullanmakta olup, uzman bilirkişilerden ise nadiren faydalanmaktadır. Ancak, arabuluculuk görüşmelerinde görünsünler ya da görünmesinler, bu tanıkların veya dinlenen

⁴⁷³ KEKEÇ-Arabuluculuk, s. 154.

⁴⁷⁴ BURKE, s. 100.

kişilerin duruşmada ortaya koyacakları ifadelerin doğası ve içeriğini taraflar öngörebilmelidir.

Arabuluculuk sürecinin başarılı olabilmesindeki önemli unsurlardan biri de uyuşmazlığın çözülmesi bakımından gerekli kişilerin arabuluculuk görüşmelerinde yer almasıdır⁴⁷⁵. Arabuluculuk müzakerelerinin tıkanmasının en yaygın sebebi, çözüm bulmak için tarafların veya onların temsilcilerinin HUAK md. 8 ve md. 15, VI kapsamında tam yetkiyle müzakere masasında bulunmamasıdır⁴⁷⁶. Bu çerçevede, arabuluculuk sürecinde tarafları temsil eden kişilerin uyuşmazlığı nihayete erdirecek ölçüde yetkilendirilmiş olması, gerek görüşmelerin etkinliğini gerek çözüm olasılığını artırır.

C. Arabulucuya Sunulacak Bilgi ve Belgeler

Arabuluculuk yönteminde hazırlık aşamasının temel amaçlarından biri uyuşmazlığın çözümü bakımından gerekli olan tüm bilgi ve belgelerin toplanmasıdır⁴⁷⁷. Arabuluculuk görüşmesinden önce arabulucu, genellikle tarafların arabulucunun uyuşmazlığa ve kendi görece çıkarlarına aşina olması açısından gerekli gördüğü tüm bilgileri sunmalarını talep eder⁴⁷⁸. Anılan talep tamamen isteğe bağlı bir eylem olup, taraflar bu fırsatı stratejik bir biçimde değerlendirmelidir. Zira, taraflarca arabulucuya uyuşmazlığın çözümünde etkili belgelerin, yatırım hesabına dair belgeleri, kar veya zarar beyanları ile dilekçelerin sunulması, arabuluculuk görüşmelerinin başlamasından evvel özellikle değerlendirci arabulucunun uyuşmazlık hakkında değerlendirme yapmasına yardımcı olur⁴⁷⁹.

Tahkim yargılamasındaki dilekçeler teatisinin kullanımının aksine, taraflar önemli konu ve hedeflere dair uyuşmazlık konusu olayın arka planına ilişkin bilgi sunan kısa özetler sunmalıdır. Anılan özetlerde, taraflar, arabulucunun görüşmeye

⁴⁷⁵ KEKEÇ-Arabuluculuk, s. 167.

⁴⁷⁶ ÖZBEK-C. II, s. 1240.

⁴⁷⁷ YEŞİLIRMAK, s. 22.

⁴⁷⁸ Philip S. COTTONE, Mediating a FINRA Securities Case: A Practical Guide, PLI (NY) Course Textbook, Securities Arbitration, New York 2011, s. 7.

⁴⁷⁹ GRUBMAN, s. 4.

hazırlanmasına yardımcı olmak ve kendi görüşlerine ilişkin olarak arabulucunun sempatisini kazanmak için hakikatlere ve yükümlülöklere dair kendi bakış açılarını bir anlamda hikayeleştirerek arabulucuya iletebilir.

Öte yandan, taraflardan biri diğör tarafa izin vermediğı müddetçe, arabulucu tüm materyal, bilgi ve diğör dokümanları gizli tutacak olup, arabuluculuk toplantılarında hiçbir şekilde kayıt tutulmayacaktır⁴⁸⁰. Hukukumuzda da, 26.01.2013 tarih ve 28540 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan mülga Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğı’nin md. 6, II hükmünde, arabuluculuk faaliyeti sırasında fotoğraf çekilemeyeceğı, ses ve görüntü kaydı yapılamayacağı hükme bağlanmıştı.

Bununla birlikte, 02.06.2018 tarih ve 30439 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğı’nin 6 ncı maddesinde böylesi bir sınırlamanın bulunmadığı görölmektedir. Dolayısıyla, yürürlüğe giren yeni düzenleme kapsamında gizlilik ilkesine ilişkin sınırlamalara riayet edilmek kaydıyla, arabuluculuk faaliyeti yürütölürken fotoğraf çekilemeyeceğı, ses ve görüntü kaydı yapılamayacağına ilişkin yasağın ortadan kaldırıldığını söylemek mümkün hale gelmiştir.

D. Tarafsız Arabulucu ile Doğrudan İletişim

Bazı arabulucular, arabuluculuk görüşmesinden önce taraflarla bireysel olarak temasa geçmekte olup, bu kapsamdaki iletişimler, arabuluculuk görüşme sürecindeki özel görüşme gibi arabuluculuk sürecinin doğal bir parçası olarak nitelendirilmektedir⁴⁸¹. Fakat, tahkim ortamında tarafların ve tarafsız arabulucuların net bir şekilde olmasına alışık olan taraflar ve avukatlar için söz konusu durum uygunsuz bir davranış olarak görölmektedir⁴⁸². Uygulamacılar, arabulucuların bu tekniğı mümkün olan en iyi şekilde hazırlanmak için kullanıp kullanmadığını öğrenmek için çalışanlardan bu konuda bilgi edinmelidir.

⁴⁸⁰ BADER/WIAND, § 12-04(5).

⁴⁸¹ BADER/WIAND, § 12-04(5).

⁴⁸² BADER/WIAND, § 12-04(5).

IV. Arabuluculuk Görüşmeleri

Arabuluculuk sürecindeki esas amaç her zaman için anlaşmaya yönelik olarak yapıcı müzakeredir. Arabulucuların bu süreçte arabulucular için model davranış standartlarına bağlı kalması gereklidir⁴⁸³. Arabuluculuk görüşmesi tipik olarak tüm katılımcıları içeren ortak bir görüşmeyle başlar. Arabulucu, tarafların arabuluculuk anlaşmasını, gizlilik anlaşmasını imzalamasını ve eğer ayrı ise, taraflardan arabuluculuk görüşmesi başlamadan önce uygun düşen masrafları önceden tahsis etmelerini talep eder.

Herhangi bir arabuluculuğun olmazsa olmazları arasında, bazen hep birlikte arabulucunun öncülüğünde tarafların yetkili temsilcileriyle veya bazen de arabulucu ile kendi başlarına yapılan müzakereler yer alır⁴⁸⁴. Arabuluculuk süreci günler alan kısa bir dönem olabileceği gibi, nadiren de olsa aylar süren bir süreç olarak gelişebilir. Arabuluculuk sürecince yeni bir bilgi veya belgenin dikkate alınması için veya daha geniş bir kitlenin katılımıyla konsültasyon amacıyla süreç içerisinde ertelemeler de söz konusu olabilir⁴⁸⁵.

Arabuluculuk sürecinde yapılan görüşmelerde stenografik kayıtlar alınmamalı ve arabuluculuk sürecinin herhangi bir kısmında ses kaydı yapılmamalıdır⁴⁸⁶. Zira arabuluculuk sürecinde ses kaydı yapılmasına bağlı olarak delil başlangıcının⁴⁸⁷ maddi unsurunun ortaya çıkarılması, arabuluculukta gizlilik prensibine ve dolayısıyla arabuluculuk sürecine zarar verecektir. Nitekim HUAK'nun '*Beyan veya belgelerin kullanılamaması*' başlıklı 5 inci maddesinde arabuluculuk sürecinde elde edilen delillerin kullanılamayacağına dair hükümle arabuluculuk sürecinin etkin bir şekilde

⁴⁸³ OEHMKE/BROVINS, s. 104.

⁴⁸⁴ POSER/FANTO, §31.03, s. 13.

⁴⁸⁵ WILLIS/WOOD QC, s. 77.

⁴⁸⁶ ROBBINS, §16-2, s. 10; GRANT, s. 5.

⁴⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Salih KESER**, Medeni Yargılama Hukukunda Delil Başlangıcı, İstanbul 2016, s. 125-128; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**-Ders Kitabı, s. 377.

teminat altına alınmıştır. Kanımızca, arabulucu ve katılanların arabuluculuk sürecince kişisel notlar alınmasına ise izin verilmelidir.

Arbuluculuğun, yatırım kuruluşu-müşteri ilişkisinin sonlandırılmasını kolaylaştırmak amacıyla yapıldığı veya bir yatırım kuruluşuyla personeli arasındaki iş ilişkisinin sona erdirildiği ve anılan personelin yeniden görevlendirilmeyeceği vadeli işlem sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından avukatlar, müşteriler ve hatta arabulucular uygulanacak olan oturumun formatı konusunda çok daha rahat hareket eder⁴⁸⁸.

A. Ortak Görüşme

Arbulucunun sahip olduğu taraflarla konuşma ve iletişim kurma hakkı bağlamında ortak görüşme arabulucu tarafından yapılan açılış konuşmasıyla başlar⁴⁸⁹. Arabulucu ilk görüşme öncesinde kayıtlarını kontrol ederek, yürüteceği arabuluculuk faaliyeti öncesinde taraflarla herhangi bir ilişkisinin bulunup bulunmadığı bilgisini ortak görüşmede paylaşır⁴⁹⁰. Uyuşmazlığın çözümüne dair taraflarda olumlu bir his uyandırmak amacıyla arabulucu özgeçmişini özet biçimde açıklar⁴⁹¹. Böylesi bir ilk toplantıda genellikle tüm tarafların temsilcileri (yatırım kuruluşu müdürler ile yatırım kuruluşu nezdindeki önemli karar vericilerin avukatlarıyla birlikte yer aldığı) katılır⁴⁹². Söz konusu açılış konuşmasında, arabulucu sınırlı bir gündem belirlemek suretiyle arabulucu görüşmenin çerçevesini açıklayabilir ve görüşmeye tüm tarafların katılımını teşvik edebilir⁴⁹³. Açılış oturumunda arabulucu fazla aktif bir rol üstlenmemekle birlikte, söz konusu süreç ilerledikçe arabulucu daha aktif bir konuma sahip olur⁴⁹⁴.

Ayrıca arabulucu tarafından uzlaşma müzakerelerinin gizliliği vurgulanacak ve tüm katılımcıların uyuşmazlığın çözülmesine yönelik ortak hedefe bağlı kalmaları

⁴⁸⁸ BURKE, s. 97.

⁴⁸⁹ ÖZMUMCU-Uzakdoğuda Arabuluculuk, s. 336.

⁴⁹⁰ COTTONE, s. 5.

⁴⁹¹ COTTONE, s. 5.

⁴⁹² WILLIS/WOOD QC, s. 78.

⁴⁹³ POSER/FANTO, §31.03, s. 12.

⁴⁹⁴ KEKEÇ-Arbuluculuk s. 180.

talep edilecektir⁴⁹⁵. Dolayısıyla, açılış oturumunun temel amacı, taraflar arasında iletişim ve arabulucuya güvenin sağlanması olmalı ve arabulucu bu amacın temini için gayret göstermelidir⁴⁹⁶. Zira, nihai karar verici konumunda tarafların olması nedeniyle, tarafların sürecin bir parçası olması önem arz eder⁴⁹⁷.

Öte yandan, arabulucuların sermaye piyasası aracı veya vadeli işlem sözleşmelerine ve ilgili mevzuata dair yeterince bilgiye sahip olmayan tarafları ve avukatlarını bilgilendirmek adına risk analizlerini kullanabilmesi mümkündür⁴⁹⁸. Taraflar ve avukatları, ortak görüşme sırasında gerçekleştirilecek böylesi bir bilgilendirmede, ilgili finansal alanda donanımlı olmamaları nedeniyle kendilerini güçlü hissetmemesi olasıdır.

Açılış konuşmasının ardından arabulucu genellikle ilk söz hakkını iddia sahibine verir. Zira, uyuşmazlığı ileri süren taraf, yatırım kuruluşundan daha fazla zamana gereksinim duyar⁴⁹⁹. Ortak görüşme süresince, arabulucu, her bir taraf avukatına sunum yapma fırsatı verir. Sunum, o zaman sürecinde uygun ise maddi vakıaların özetini, tarafların uyuşmazlıkta aldıkları konumları ve anlaşma talebini içermelidir. Arabulucu, tarafların aldığı konumun netleşmesi için bazı sorular sorabilecek olup, etkili bir avukat, gerçekleştirilen sunumlara dair sorunları hem arabulucuya hem de diğer taraflara eşit bir biçimde yöneltir. Bununla birlikte, arabulucunun süreçte taraflardan birinin lehine olacak şekilde uyarılarda bulunması arabulucunun hukuki sorumluluğunu doğurması olasıdır⁵⁰⁰. Zira arabulucu tarafsız olmak zorundadır.

⁴⁹⁵ Mediation Sessions, (web: <https://www.finra.org/arbitration-and-mediation/mediation-sessions> erişim:12.3.2018).

⁴⁹⁶ **Allan H. GOODMAN**, Basic Skills For The New Mediator, Maryland 2005, s. 53.

⁴⁹⁷ **COTTONE**, s. 7.

⁴⁹⁸ **BURKE**, s. 97.

⁴⁹⁹ **COTTONE**, s. 6.

⁵⁰⁰ **Şamil DEMİR**, Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu, (Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, İstanbul 2014, s. 115-146), s. 139. (**DEMİR**-Hukuki Sorumluluk).

B. Özel Görüşme

Ortak görüşmeden sonra, taraflar 'özel görüşme' olarak adlandırılan ayrı görüşmelere yönlendirilir. Özel görüşmelere yönelik olarak mevzuatımızda, arabulucunun taraflardan her biriyle ayrı ayrı görüşüp iletişim kurabileceği hususu açıkça ifade edilmiştir (HUAK md. 8, HUAK Yönetmeliği md. 11, I). Arabulucu, bu süreci tarafların her biriyle ardı ardına ayrı görüşmeler şeklinde yürütür⁵⁰¹. Bu görüşmeler, konuların sayısı ve karmaşıklığına bağlı olarak değişmekle birlikte, normalde 20 ila 45 dakika sürer⁵⁰². Arabulucunun tarafsızlık ilkesinin zedelenmemesi açısından taraflara eşit süreler ayırmaya ve uyuşmazlık taraflarının her biriyle görüşme yapmaya özen göstermesi gerekir. Ayrıca, arabulucu, tarafların her biriyle yapacağı görüşmelere ve kuracağı temasa yönelik olarak taraflara bildirimde bulunmalıdır⁵⁰³.

Özel görüşmeler, tarafların karşı tarafın önünde açıklamaya isteksiz olduğu bilgileri açıklama, arabulucuya her türlü olasılığı değerlendirme fırsatını sunma ve sonuncu olarak da tarafların, uzlaşma opsiyonlarını açık ve gerçekçi bir şekilde dikkate almalarını mümkün kılma amaçlarına hizmet eder⁵⁰⁴.

Özel görüşmelerde, taraflarca değinilen ve somut olarak ortaya konulan bilgiler tabiatı gereği gizli olduğundan, taraflar uyuşmazlığa ilişkin hususlarda açık ve net olmalıdır. Bu durum, arabulucunun taraflara uyuşmazlığın güçlü ve zayıf yönlerini incelemelerine ve dikkate almalarına, riski objektif bir şekilde analiz etmelerine ve uzlaşma için opsiyonlar geliştirmelerine yardımcı olur. Arabulucu ancak bilgiyi veren taraf izin verdiği takdirde, gizli görüşmelerde iletilen bilgileri açıklayabilir⁵⁰⁵. Bir dizi

⁵⁰¹ KEKEÇ-Arabuluculuk, s. 184.

⁵⁰² BADER/WIAND, §12, s. 16.

⁵⁰³ FINRA Arabuluculuk Usul Kanunu md. 14109 (e).

⁵⁰⁴ POSER/FANTO, §31.03, s. 12.

⁵⁰⁵ Arabulucu gizli bilgileri şu şekilde tespit edebilir: (1) Taraflara, özel toplantıda verdikleri bilgilerden hangilerinin açıklanabileceğini sorar; (2) Taraflara, özel toplantıda verdikleri bilgilerden hangilerinin karşı tarafa açıklanmasını istemediklerini sorar; (3) Diğer tarafa verilmesi faydalı olabilecek özel bilgileri belirleyerek, bunları gerektiğinde aktarmak ve kullanmak için taraflardan izin ister (ÖZBEK-C. I, s. 691).

özel görüşme sürecinde arabulucu, uzlaşmaya dair beklentileri göz önünde bulundurur ve taraf beklentilerini karşılaştırır.

Buna ilaveten, arabulucu, uzlaşma tekliflerinden tarafları haberdar ederek ve tarafların ortak bir zeminde mutabakata varmasına yardımcı olur⁵⁰⁶. Uyuşmazlığın çözümüne yönelik arabuluculuk süreci devam etmesine rağmen, tarafların arabuluculuk sürecinden ayrı olarak kendi aralarında doğrudan anlaşma görüşme (*settlement discussions*) ve müzakerelerine girişmesi de mümkündür⁵⁰⁷.

Gizlilik ilkesi arabuluculuğun temel bir özelliği olup⁵⁰⁸, arabuluculuğun anılan prensibi, arabuluculuk faaliyetinin başarısı için belirli hükümlere yer verilmesini gerektirecek kadar önemlidir⁵⁰⁹. Ancak, ABD hukukunda hukukumuzdan farklı olarak, menkul kıymetler hususunda gizliliğin korunmasında iki temel istisna bulunur. Birincisi, üyelerin, yatırımcı ile yatırım kuruluşu arasındaki uyuşmazlıklarda, 10.000 \$'lık veya daha yüksek meblağlardaki sulh anlaşmalarını raporlamaları gerekir. Arabuluculuğun gizliliği, böylesi uzlaşmaların, menkul kıymetler sektör temsilcilerinin daimi kayıt sicili olan merkezi kayıt kuruluşuna (*ABD hukukunda Central Registration Depository, CRD*; hukukumuzda *Merkezi Kayıt Kuruluşu A.Ş., MKK*) bildirilmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmaz⁵¹⁰.

Hukukumuzda ise, yatırım kuruluşu tarafından MKK'ya böylesi bir bildirimde bulunma yükümlülüğünün bulunmaması bir eksiklik olarak nitelendirilebilir. Zira, böylesi bir bilgilendirme neticesinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların niteliği ve yatırım kuruluşunun mevzuata aykırı faaliyetleri hakkında düzenleyici otorite haberdar

⁵⁰⁶ Bu tip bir yaklaşım daha çok kolaylaştırıcı tarzdaki arabuluculuğu ifade eder. Değerlendirici arabuluculuk, arabulucunun adil bir anlaşmanın yapılması için tavsiye ve analizleri içerir. Taraflar arabulucunun teklifini kabul etmek zorunda olmayıp, arabulucunun görevi taraflar arasında köprü kurulana dek ortaya çıkabilecek çözümü kolaylaştırmaktır (**POSER**, §12, s. 3).

⁵⁰⁷ FINRA Arabuluculuk Usul Kanunu md. 14109 (f).

⁵⁰⁸ **Bahadır YAKUT**, Arabuluculuğun Kanunla Düzenlenmesi Bakımından Amerika Birleşik Devletleri Örneği, (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S:1, Ankara, Nisan 2010, s. 29-79), s. 35.

⁵⁰⁹ FINRA Arabuluculuk Usul Kanunu md. 14109 (g), AAA CARMP Md. M-12.

⁵¹⁰ **BADER/WIAND**, §12, s. 17.

olmaktadır. İkinci istisna, arabuluculuk süreci, düzenleyici otoritelerce yürütülen inceleme ve soruşturmalar sırasında talep edilecek belge ve bilgileri saklı tutamaz.

Türk Hukukunda HUAK md. 17, IV düzenlemesi çerçevesinde, arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlediği son tutanağın bir örneğini arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde Genel Müdürlüğe gönderir. Dolayısıyla, Genel Müdürlük nezdindeki kayıtlarda son tutanak yer alacak ve bu suretle arabulucu tarafından düzenlenen tutanakların saklanması yükümlülüğünün kayıp, ziya vb. nedenlerle yerine getirilmemesine karşı bir sigorta vazifesi görecektir.

Başarılı bir arabulucu, tarafların arabuluculuk sürecinde kendi aldıkları konum ve çözüme ilişkin tekliflerini birbirlerine iletmelerinde yardımcı olur⁵¹¹. Ayrıca arabulucu taraflara uyuşmazlığa ilişkin hususların kapsamının daraltılmasında ve konu dışı unsurlara ilişkin kaygıların bertaraf edilmesine katkıda bulunur. Arabulucu taraflardan gelebilecek gerçekdışı talepleri makul hale getirmek ve özel müzakerelerde sıkça görülen gereksiz duruş sergilenmesi/pozisyon alınmasını azaltmak için çaba göstermelidir. Bu sebeple, arabulucu uyuşmazlığın incelenmesi aşaması olarak da nitelendirilebilecek bir sürecin ardından tarafların konumlarına ilişkin bildiği hususlardan yola çıkarak olası bir anlaşma alanı arayışı içerisinde olur⁵¹².

V. Risk Analizi ve Müzakereler

Ortak görüşmeyi veya karşılıklı hal-hatır sormayı takiben resmi bir ortak görüşmenin söz konusu olmaması halinde, arabulucu muhtemelen tarafları özel ve ayrı şekilde istişare etmek üzere ayırır. Taraflarca adil ve tarafsız olarak algılandığı müddetçe, arabulucunun hangi taraf ile görüşmeye başlayacağı problem teşkil etmez⁵¹³. Buna ilaveten, arabulucunun tarafları aydınlatma yükümlülüğü bulunmakla birlikte, arabuluculuk süreci boyunca arabulucunun taraflara hukuki danışmanlık hizmeti vermesi “*tarafsızlık ilkesine*” zarar verebileceğinden yerinde olmaz⁵¹⁴.

⁵¹¹ POSER/FANTO, §31.03, s. 13.

⁵¹² WILLIS/WOOD QC, s. 79.

⁵¹³ JOHNSEN-Mediation, s. 104.

⁵¹⁴ DÜR, s. 330; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s. 154; ÖZBEK-C. I, s. 605.

Değerlendirici arabuluculuk yönteminin benimsendiği uyuşmazlıklarda, arabulucu süreç içerisinde ayrıca gerçeklik testi ve risk analiziyle meşgul olur⁵¹⁵. Gerçeklik testi ve risk analizi, arabulucunun her iki tarafın da uyuşmazlığı daha geniş bir perspektifle görmelerine yardımcı olmak için gayretli bir avukat rolünü üstlendiği bir süreçtir⁵¹⁶. Bu süreçte, arabulucu belgelere dayanan delillerin yanı sıra, ABD hukuku uygulamasında (varsa) tanıkların ifadelerini de analiz eder⁵¹⁷. Ayrıca, açık uçlu sorgulama ile arabulucu tarafların ve avukatların uyuşmazlığı daha objektif bir biçimde görmelerine yardımcı olur.

Arabulucu tarafından uygun bir aşamada, genellikle de ortak görüşmeyi takip eden gizli görüşmede, arabulucu tarafları müzakere sürecine başlamaya teşvik eder. Arabulucu müzakereyi kontrol etmeden veya sonuçlara dair önceden bir yönlendirme yapmaksızın, müzakerenin çözüme kavuşması ve çıkmaza girmemesi için müzakereye dair bazı tavsiyelerde bulunmak suretiyle sürece katkı sunar. Müzakereler boyunca arabulucu, genellikle bazı ek gerçek yasal bilgilerin yanı sıra rakamı açıklayan bir mesajla birlikte, teklifleri ve talepleri taraflara iletmede yardımcı olur⁵¹⁸.

Menkul kıymet ve vadeli işlem arabulucuları, genellikle arabuluculuğun sonuçlandırılmasına doğru veya müzakere durma noktasına geldiğinde bir değerlendirme sunar⁵¹⁹. Bu değerlendirme, arabulucunun muhtemel sonuca veya uygun bir uzlaşma hedefine dair kişisel görüşüdür. Etik olarak arabulucular aynı değerlendirmeyi her iki tarafa da sunmalı ve değerlendirmelerinde tutarlı olmalıdır. Anılan değerlendirmelerde inandırıcılığa sahip olmak için, değerlendirici arabuluculuk yürüten kişinin genel anlamda finans sektörüne, arabuluculuk yöntemlerinin uygulanmasına ve tahkim sürecine ilişkin aşinalığı bulunmalıdır⁵²⁰.

⁵¹⁵ COTTONE, s. 8.

⁵¹⁶ JOHNSEN-Mediation, s. 104.

⁵¹⁷ ROBBINS, §16-7, s. 6.

⁵¹⁸ JOHNSEN-Mediation, s. 105.

⁵¹⁹ JOHNSEN-Mediation, s. 105.

⁵²⁰ JOHNSEN-Mediation, s. 105.

VI. Uzlaşma Aşaması

Arabuluculuk süreci boyunca, arabulucu tarafların birbiriyle iletişime geçmelerine ve müzakerede bulunmalarına yardım eder. Arabuluculuk vasıtasıyla uzlaşmaya varmaya yönelik gösterilecek çabalar **(a)** taraflar uzlaşmaya razı olduklarında ve yazılı bir uzlaşma uygulanıncaya, **(b)** uyuşmazlık görüşmelerinin tıkanıdığı bir durumda taraflar müzakere bildiriminde bulununcaya veya **(c)** herhangi bir taraf veya arabulucu herhangi bir sebepten ötürü arabuluculuk sürecinden çekilinceye kadar devam eder⁵²¹.

A. Uzlaşma Sürecinin Başarılı Olması

Taraflar anlaşmaya vardıklarında arabulucu, taraflara düşüncelerini ve rızalarını tarafsız ve dengeli bir terminoloji içinde düzenli olarak açıklamalarına yardımcı olur. Tecrübeli bir arabulucu, taahhütlerin gerçekçi olduğundan ve anlaşma metninin başka anlamlara gelmeyen kelimelerle kaleme alındığından emin olmak suretiyle anlaşmanın sonradan hükümsüz hale gelmesinin önüne geçebilir⁵²².

Taraflarca karşılıklı olarak kabul edilen bir anlaşmaya varıldığında, sulhun tüm koşullarını detaylandıran bir belge kaleme alınır⁵²³. Taraflar bu koşullara uymayı kabul ettiğinde, yazılı anlaşma metnini imzalayacaktır. Bununla birlikte, uyuşmazlığın tarafları, anlaşma belgesiyle diğer tarafa emredici hukuk kurallarına ve ahlaka aykırı

⁵²¹ HUAK md. 17’de arabuluculuğu sona erdiği haller açıkça hükme bağlanmış olup, anılan madde hükmü şu şekildedir: “ (1) Aşağıda belirtilen hâllerde 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. (d) (Değişik: 12/10/2017-7036/23 md.) Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığının tespit edilmesi.”

⁵²² **Elif Kısmet KEKEÇ**, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Uygulanan Temel Taktikler, (Haluk KONURALP Armağan, C. 1, Ankara 2009, s. 519-552), s. 712.

⁵²³ **KEKEÇ**-Arabuluculuk, s. 197.

edimler yükleyemeyecektir⁵²⁴. Taraflar, anlaşma belgesini yürürlüğe koyduğunda, bu anlaşma nihai ve bağlayıcı niteliktedir. Hazırlanan sözleşmede açık ifadelere yer verilmesi gereklilik arz etmekte olup, aksi takdirde muğlak ifadelerin varlığı sebebiyle, varılan çözümün farklı şekilde yorumlanması ve bunun sonucunda yeni bir uyuşmazlığın doğması olasıdır⁵²⁵.

Hukukumuzda arabuluculuk görüşmeleri başarıyla sonuçlandığında HUAK md. 17 gereğince hazırlanması zorunlu olan sona erme tutanağı düzenlenir. Buna ilaveten, HUAK md. 18 düzenlemesi kapsamında anlaşma belgesi düzenlenmesi ise ihtiyaridir. Anılan iki belge, düzenlenme amaçları ve içerikleri itibarıyla farklı olduğu gibi HUAK kapsamında bağlanan sonuçlar da farklıdır⁵²⁶. Taraflarca sona erme tutanağından başka bir anlaşma belgesi imzalanmadığı takdirde, arabulucu tarafından hazırlanan sona erme tutanağı, anlaşma belgesi niteliğinde olacaktır⁵²⁷.

Arabuluculuğa temel teşkil eden uyuşmazlığın çözümlenmesi halinde, taraflar kendi anlaşma metnini kaleme alır. Arabulucu, genellikle taraflara belgelendirme sürecinde yardımcı olur. Tahkim sürecinin işbu süre zarfında devam etmesi halinde, tahkim heyetinde yer alan hakemlere arabuluculuk edilen uyuşmazlığa dair yapılan anlaşma hakkında bildirimde bulunur⁵²⁸. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edildiğinde, mahkeme uyuşmazlığın sona erdiğinden haberdar olur⁵²⁹.

⁵²⁴ **Hakan SEMİZOĞLU**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yasa Tasarısı Kapsamında, Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebilecekleri İş veya İşlemlerden Doğan Özel Hukuk Uyuşmazlıkları, (İBD, Y: 2008, C: 82, S: 5, s. 2411-2415), s. 2412- 2413.

⁵²⁵ **Cengiz Serhat KONURALP**, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2011, s. 34 dn. 160. (KONURALP-Tahkim).

⁵²⁶ **Ferhat BÜYÜKAY**, Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi, Ankara 2018, s. 97.

⁵²⁷ HUAK madde gerekçeleri md. 18, s. 14.

⁵²⁸ **OEHMKE/BROVINS**, s. 103.

⁵²⁹ HUAK md. 18, II.

B. Uzlaşma Sürecinin Başarısız Olması

Arabuluculuk faaliyeti neticesinde tam uzlaşmanın sağlanamadığı durumlarda dahi, taraflar genelde arabuluculuk sürecine dair olan memnuniyetlerini dile getirmektedir. Arabuluculuk faaliyetinden netice alınamasa dahi, arabuluculuk taraflara ve onların avukatlarına uyumsuzluklarını daha iyi kavrama olanağı sunar⁵³⁰. Bunun sonucunda, tarafların tahkim veya hukuk yargılaması için hazırlanma sürecini daha kolaylıkla geçirebilmeleri mümkündür⁵³¹. Ayrıca, taraflar arasındaki gelişmiş iletişim hatları tarafları daha sonraki bir zamanda davanın çözümü için daha iyi bir konuma getirirken, arabuluculuk süreci, tahkimi veya hukuk yargılamasını geciktirmez.

Tarafların arabuluculuk yöntemine ilişkin isteklerinin sonraki süreçte kaybolması halinde, arabulucunun yürütmekte olduğu süreci sona erdirmek üzere hareket etmesi yerinde olur⁵³². Taraflarca anlaşma sağlanması mümkün değil ise, tarafların arabulucuya geri dönüp herhangi bir müzakere başlatmak istemesi söz konusu olacak olsa dahi, taraflardan biri veya daha fazlası veya arabulucunun süreci sonlandırabilmesi mümkündür⁵³³. Nitekim, HUAK md. 17, I kapsamında taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi; taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi ve tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi üzerine arabuluculuk faaliyetine devam edilmeyeceği hükme bağlanmıştır.

C. Arabuluculuk Sürecinden Vazgeçme

Arabuluculuk isteğe bağlı gerçekleşmekte olup, taraflar, arabuluculuğun tahkimden önce tamamlanacak bir husus olduğu konusunda anlaşamadılar ise

⁵³⁰ Bkz. web: <https://www.finra.org/arbitration-and-mediation/impasse> erişim:12.3.2018.

⁵³¹ KEKEÇ-Arabuluculuk, s. 195.

⁵³² TANRIVER, s. 206; ÖZBEK-C. I, s. 702.

⁵³³ WILLIS/WOOD QC, s. 79.

bir uyuşmazlığı, arabuluculuk yoluyla çözmek zorunda değildir. Buna uygun olarak, taraflardan biri, yazılı anlaşma belgesinin icra edilebilir hale gelmesinden önceki aşamada, istediği zaman anlaşmadan çekildiğine dair arabulucuya, diğer taraflara yazılı bildirimde bulunarak arabuluculuk sürecinden çekilebilecektir⁵³⁴. (FINRA Arabuluculuk Usul Kanunu md. 14109(b)).

§ 12. SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK UZLAŞMA ANLAŞMALARI

Arabuluculuk genel olarak isteğe bağlı bir süreç olarak kabul edildiğinden taraflar süreçten ayrılmak bakımından özgürdür. Aynı şekilde, arabulucunun da ayrıca süreci sonlandırma hakkı bulunmaktadır. Mahkeme katımlı (*court-annexed mediation*) arabuluculuğun söz konusu olması şart konulmuş ise, sürecin başlangıcını ayarlamak ve süreci devam ettirmek bir açıdan zorlama olmaktadır. Ancak hiçbir hakimin, herhangi bir tarafın belirli bir sonucu kabul etmesi veya reddetmesi gerektiğini belirtmeye hakkı bulunmaz. Arabuluculuk anlaşmaları bu sebeple bağlayıcı olup, ödenmesi gereken ücret düşünülünce arabuluculuk yöntemi uygulanabilir niteliktedir. Bunun yanı sıra, arabuluculuk faaliyetleri uyuşmazlığı tanımlar ve gizliliği teyit eder. Arabuluculuk suretiyle uyuşmazlıkların çözümünde çoğu durumda arabulucuya davadan muafiyet sağlanmakta ve belirli görüşme yeri ve zamanı sunmaktadır.

Arabuluculuğun en temel amacı, anlaşmanın, tümüyle veya bazen de uyuşmazlığın kritik kısımlarına ilişkin olarak sağlanmasıdır. Anlaşma sağlandığında ve uyuşmazlığın çözüme kavuşturulduğu hususu belgelendirildiğinde, bağlayıcı anlaşmanın yapılmış olması oldukça muhtemeldir. Bazı durumlarda, 2008 AB

⁵³⁴ FINRA Arabuluculuk Usul Kanunu md. 14109(b)'un orijinal metni şu şekildedir: “*Mediation is voluntary and any party may withdraw from mediation at any time prior to the execution of a written settlement agreement by giving written notice of withdrawal to the mediator, the other parties, and the Director.*”. NASD Code of Mediation Procedure. Bkz. **OEHMKE/BROVINS**, s. 108, westlaw; **Constantine N. KATSORIS**, Roadmap to Securities ADR, (Fordham Journal of Corporate & Financial Law, Vol. 11, Number 2, 2006, s. 413-524), s. 477; **Practising Law Institute**, American Arbitration: Principles and Practice, §8, s. 68.

Konvansiyonu uyarınca, arabuluculuk yöntemiyle elde edilen çözüm, mahkemenin anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi vermesi sonrasında kesin hüküm gibi icrai bir güce sahip olacaktır⁵³⁵.

I. Anlaşmanın Yazılı Şekilde Olmasının Gerekliliği

Arbuluculuk süreci sona erdiğinde, arabulucu mevcut durumu bir tutanakla belgelendirmelidir. Anılan tutanakta yalın bir şekilde surecin nasıl sona erdiği ortaya konularak zorunlu içeriğe yer verilmesidir⁵³⁶. Bu suretle, arabuluculuk faaliyetinin sona erip ermediği veya hangi aşamada sona erdiği konusu açıklığa kavuşturulur⁵³⁷. Söz konusu anlaşmanın yazılı şekilde yapılması tarafların iradesine bağlı olmakla birlikte, anlaşmanın yazılı biçimde yapılması çözümün sürekliliğini sağlar⁵³⁸. Nitekim, 7036 sayılı Kanunla arabuluculuk faaliyeti neticesinde anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında dava açılmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır (İşMK md. 24, HUAK md. 18, V, HUAK Yönetmeliği md. 21, VII). Anılan Kanun hükmüyle arabulucu huzurunda anlaşmaya varılan hususlarda dava açılmaması, dava şartlarından biri olan hukuki yarara ilişkindir⁵³⁹.

Taraflar eğer uzlaşma anlaşmasının yapılmasından önce anlaşmanın mali hususları üzerinde anlaşmaya varsalar ve hatta gelecekte daha resmi ve detaylı bir anlaşma hazırlanacak bile olsa, arabuluculuğu bırakmamalıdır. Tecrübeli arabulucular ve avukatlar arabuluculuğa getirebilecekleri örnek bir anlaşma belgesini yanlarında bulundurur. Taraflar her ne şekilde kararlaştırılmış olursa olsun arabuluculuğu bırakmadan önce arabuluculuk anlaşması imzalandığı sürece, elde edilecek sonuca dair şüpheler söz konusu olmayacaktır. Buna ilaveten, taraflar arasında bağlayıcı olmayan bir anlaşma imzalanmak suretiyle, anlaşmanın resmileştirilmesinden önce

⁵³⁵ **WILLIS/WOOD QC**, s. 79.

⁵³⁶ **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI**, s. 91.

⁵³⁷ Bkz. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Hakkındaki Rec(2002) 10 sayılı Tavsiye Kararının 6. ilkesinin 16. maddesi.

⁵³⁸ **DÜR**, s. 363; **TAŞPOLAT TUĞSAVUL**, s. 191.

⁵³⁹ **DEMİR-Uzlaşma**, s. 195; **BÜYÜKAY**, s. 117.

“bekleme süresi” (cooling off period) öngörmek suretiyle, mutabık kalınan çözüm üzerinde derinlemesine düşünme imkanı verilmesi de mümkündür⁵⁴⁰.

Taraflar arasında gerçekleştirilen oturumlar neticesinde arabuluculuk sürecinin başarı ile tamamlanması halinde arabulucu tarafından bir tutanak imzalanacak ve kural olarak arabulucu, taraflar veya vekillerince imzalanacaktır (HUAK md. 18). Ancak, taraflar söz konusu anlaşmayı imzalamak istemedikleri takdirde, tutanak, nedeni belirtilmek kaydıyla yalnızca arabulucu tarafından imzalanacaktır (HUAK md. 17, II).

Anlaşmanın yazılı biçimde yapılması gerekliliğine ilişkin olarak, *Willinboro Mall, Ltd v. 240/242 Franklin Avenue, L.L.C.* davasında⁵⁴¹, New Jersey Yüksek Mahkemesi arabuluculuk anlaşmalarının arabuluculuk faaliyeti tamamlanmadan önce anlaşmanın yazılı ve imzalanmış olmadıkça uygulanır nitelikte olmadığını belirtmiştir⁵⁴². Anılan karar doğrultusunda, FINRA, aynı gün içerisinde imza için anlaşmanın yazılı koşullarına dair gereksinimlerini tamamlamak güç olduğu takdirde,

⁵⁴⁰ Jens M. SCHERPE/Bevan MARTEN, *Mediation in England and Wales Regulation and Practice*, (Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, Editors: Klaus J. HOPT/Felix STEFFEK, Oxford 2013, s. 365-455), s. 407.

⁵⁴¹ 215 N.J. 242, 71 A.3d 888 (2013).

⁵⁴² Mahkemenin sunduğu gerekçelerin satır başları şu şekildedir:

“1. Kamu düzeni uyusmazlıkların çözümlenmesinden yanadır ve yargı sistemi arabuluculuğu çözüm için önemli bir araç olarak teşvik etmektedir.

2. Arabuluculuk Kanunu ve ispat kurallarının her ikisi de aynı dilde olmak üzere arabuluculuk temalarında eşitlik sağlamak ve ayrıcalığa ilişkin çok az istisna sunmaktadır. İlki imzalı-yazılı istisnası (signed-writing exception) olup, söz konusu istisna yazıya indirgenmiş ve taraflarca uygun şekilde benimsenmiş anlaşma belgesinin, anlaşmanın geçerliliğini ispatlamak için delil olarak kabul edilmesini sağlamaktadır.

3. Arabuluculuğun tarafları, uyusmazlıkların çözümü için anlaşmaya varırsa, uzlaşmanın koşulları arabuluculuk sonlandırılmadan önce yazıya dökülmeli ve imzalanmalıdır. Dahası, arabuluculuk sırasında varılan ve fakat yazılı anlaşma formuna dönüştürülmeyen uzlaşma uygulanamayacaktır. İmzalanmış ve yazılı metne çevrilmiş bir anlaşmanın varlığına duyulan gereksinim, hukuk davası açılması potansiyelini minimuma indireyecektir.”

arabuluculuğun, anlaşmanın imzalanmasına izin verecek kısa ve makul süre zarfında devam etmesi gerektiği şeklinde tavsiyede bulunmuştur⁵⁴³.

II. Anlaşma Belgesinin Etkisi

Arabuluculuk sürecinin sonucunda taraflarca yapılan bu anlaşma niteliği itibariyle bir maddi hukuk sözleşmesidir⁵⁴⁴. Arabuluculuk kurumunun temelinde, sulh kurumunun bulunduğu kabul edilirse, anılan sözleşmenin bir sulh sözleşmesi olup olmadığının belirlenmesi bakımından sulh sözleşmesinin unsurlarının incelenmesi gerekir⁵⁴⁵.

Sulh, henüz bir dava konusu olmadan, tarafların anlaşarak uyuşmazlığı ortadan kaldırması şeklinde gerçekleşebilir. Buna ilaveten, sulh, bir dava sırasında dava konusu yapılan uyuşmazlığın taraflarca sona erdirilmesi ve davayı sona erdiren işlem olarak da karşımıza çıkabilir. Mahkeme içi sulh ise, kendisine temel teşkil eden yargısal karakterli bazı hukuki ilişkileri de etkileyerek bunları değiştirir ya da sonlandırır⁵⁴⁶. Bu ilişkiler davanın açılmasıyla tarafların kendi aralarında ve taraflarla mahkeme arasında doğan bağlantılardır. Bununla birlikte, arabuluculuk süreci sonunda taraflarca yapılan anlaşma mahkeme huzurunda gerçekleşmediği için burada mahkeme dışında yapılan sulh esas alınarak bir değerlendirilme yapılması gerekir⁵⁴⁷.

Anlaşma belgesinin taraflarca düzenlenmesi sonrasında, söz konusu belgenin arabulucu ve taraflarca imzalandığı an itibariyle 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK)

⁵⁴³ Bkz. <http://www.finra.org/web/groups/arbitrationmediation/@arbmed/@arbtors/documents/arbmed/p351219.pdf>. erişim:12.3.2018.

⁵⁴⁴ DÜR, s. 365; ÇELİKOĞLU, s. 707.

⁵⁴⁵ TANRIVER-ADR ve Arabuluculuk, s. 172. Arabuluculuğun temelinde de sulh kurumu bulunmaktadır. Bu konuda bkz. SUNGURTEKİN-ÖZKAN-Uzlaşma, s. 356; YILMAZ-Uzlaşma, s. 846.

⁵⁴⁶ Mahkeme içi sulhün hukuki niteliği hakkında doktrindeki görüşler için bkz. TANRIVER-Medeni Usul, s. 1025. Sulhün yapılacağı yere ilişkin açıklamalar için bkz. Ergun ÖNEN, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972, s. 87 vd.

⁵⁴⁷ YAZICI TIKTIK, s. 51; TUĞSAVUL, s. 155; ÖZBAY, s. 472; ERDOĞAN/ERZURUMLU, s. 23-24.

md. 38 bağlamında ilam niteliği⁵⁴⁸ kazanması söz konusu değildir⁵⁴⁹. Anlaşma mahkemeye ibraz edilmek suretiyle, mahkeme tarafından icra edilebilirlik şerhi verildiği anda bu niteliğe sahip olur⁵⁵⁰. İcra edilebilirlik şerhini tarafların birlikte talep etme zorunluluğu bulunmaz. Öte yandan, HUAK md. 18, IV hükmünde 12.10.2017 tarih ve 7036 sayılı Kanunla yapılan değişiklik neticesinde, taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılmıştır.

Amerikan hukukunda ise, Taraflar FINRA düzenlemeleri kapsamında ve FINRA'nın yetki alanı içerisinde arabuluculuk süreci içerisinde bulunduktan sonra yazılı ve imzalı bir anlaşma imzaladıkları takdirde, FINRA'nın söz konusu anlaşmayı icra etme gücü söz konusudur⁵⁵¹. FINRA, tam anlamıyla icra edilebilecek nitelikteki anlaşmada (*fully executed settlement agreement*) kabul edilen yükümlülüğü yerine getirmeyen üye şirketi veya kayıtlı temsilcinin faaliyetlerini askıya almaya yetkisini haizdir⁵⁵².

⁵⁴⁸ İlam ve ilam niteliğindeki belgeler hukuki nitelik ve etkileri bakımından birbirinden farklı olup, ilam niteliğindeki belgeler maddi anlamda kesin hüküm gücünden yoksundur (TANRIVER-İlamlı İcra, s. 83).

⁵⁴⁹ Emre KIYAK, Arabuluculuk Sonunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği, (TAAD, C: 6, S: 21, 2015, s. 523-548), s. 529. ERDOĞAN/ERZURUMLU'ya göre, Arabulucunun imzasını içermeyen bir belgenin geçersiz sayılması yerine, dürüstlük kuralı gereğince borçlar hukuku bağlamında sulh olarak kabulü yerinde olacağına dair görüş için bkz. (ERDOĞAN/ERZURUMLU, s. 24).

⁵⁵⁰ TANRIVER, s. 205.

⁵⁵¹ ROBBINS, §16, s. 14.

⁵⁵² Thomas E. L. DEWEY, New York Hukuk Dergisi'nde yer alan "Uygulanmamış Uzlaşma Anlaşmaları-Uygulanabilirler mi? Uygulanamazlar mı?" başlıklı makalesinde, "New York mahkemelerinin, taraflardan biri, uyuşmazlığın çözümlenmesine razı geldiğine mahkeme önünde basitçe yemin ettiğinde imzasız uzlaşma anlaşmalarını genellikle yürürlüğe koyduğunu belirtmiştir." Winston-Mediafare Entertainment Corporation davasında, 2. Daire testi halen uygulanır nitelikte olup, aşağıda yer verilen sorular uyuşmazlığın çözümlenmesinde esas alınmıştır; (1) Yazılı olarak bulunmaması durumunda hakkın bağlayıcı olmayacağına ilişkin açık veya dolaylı bir ifade mevcut mudur? (2) Sözleşmenin kısmen gerçekleştirilmesi söz konusu mudur? (3) İddia edilen sözleşmenin tüm koşulları üzerinde anlaşmaya varıldı mı? (4) Söz konusu anlaşma, genellikle yazıya verilen, kontrat

Uyuşmazlığın taraflarının adi yazılı şekilde bir anlaşma metni imzaladığı halde, söz konusu metin ileride bir sorun ortaya çıktığında adi senet niteliğinde olmasına bağlı olarak bir dava veya icra takibinde adi senede ilişkin sonuçlar gerçekleşecektir⁵⁵³.

Mahkeme tarafından anlaşmaya icra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin süreçte, uyuşmazlık konusunun tarafların serbestçe tasarruf edebileceği işlerden olup olmadığı ve anlaşmanın cebri icraya elverişliliği üzerinde inceleme yapılacak olup, mahkeme bu konular dışında inceleme yapamaz ve başka bir gerekçeyle şerh istemini reddedemez (HUAK md. 18, III)⁵⁵⁴. Bununla birlikte, arabuluculuk sürecinde taraflarca yapılan her anlaşma bakımından icra edilebilirlik şerhi alınması zorunlu olmayıp, tarafların çözümü herhangi bir metne dökmeksizin uyuşmazlığı sona erdirmeleri de mümkündür⁵⁵⁵.

Buna ilaveten, Arabuluculuk Kanunu'nun 18, III düzenlemesi gereğince, taraflar arasındaki anlaşmaya icra edilebilirlik şerhinin verilmesinin çekişmesiz yargı işi olduğu ve buna ilişkin incelemenin dosya üzerinden yapılacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Bunun sonucunda, icra edilebilirlik şerhi verilmesinin bir çekişmesiz yargı işi olması nedeniyle, yapılacak inceleme sonucunda verilen karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez⁵⁵⁶. Ayrıca belirtmek gerekir ki, icra edilebilirlik şerhinin reddi halinde ise istinaf yoluna gidilmesi mümkündür.

çeşidinde midir? Yüksek Mahkeme tarafından verilen sonraki tarihli kararlarına göre, tek başına hiçbir etmen belirleyici değildir, fakat taraflar arasında bir tarafın bağlanmak istemediğini belirten yazılı bir belge bulunması halinde, mahkemeler imzalanmamış anlaşmayı yürürlüğe koymayacaktır.

⁵⁵³ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s. 96.

⁵⁵⁴ DEMİR, s. 52.

⁵⁵⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES-Ders Kitabı, s. 612; Alper BULUR, 6326 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler, s. 2-3. (web: <http://www.tahkim.hacettepe.edu.tr/alperbulurteblig.pdf>, erişim: 9.10.2017).

⁵⁵⁶ ÖZBEK-C. II, s. 1262.

Yabancı ülkelerde gerçekleşen arabuluculuk faaliyetinin ülkemizde ne gibi sonuçlar doğuracağına dair mer'i mevzuatımızda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Şayet arabuluculuk yoluyla verilen karar, yabancı mahkemede mahkeme içi sulhe dönüştürüldüğü takdirde, ülkemizde söz konusu yabancı mahkeme kararı tanıma veya tenfize konu edilebilecektir⁵⁵⁷.

§ 13. SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK GÖRÜŞMELERİNE DAVET EDİLEBİLECEK KİŞİLER

Arabuluculuk sürecinde öncelikle üzerinde karara varılması gereken hususlardan biri arabuluculuk görüşmelerine kimlerin iştirak edebileceğidir⁵⁵⁸. ABD hukukunda FINRA uygulamasında arabuluculuk görüşmelerine taraflar bizzat veyahut avukatları veya avukat olmayan kişilerce temsil edilebilirler⁵⁵⁹. Hukukumuzda ise, arabuluculuk sürecinde, arabuluculuk müzakerelerine, tarafların vekilleri veya kanuni temsilcileri bulunsan dahi tarafların bizzat katılması sürecin olumlu sonuçlanması bakımından faydalıdır⁵⁶⁰. Uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişiler de müzakerelerde hazır bulundurulabilir (HUAK md. 15, VI). Arabuluculuk görüşmelerine taraflar ve avukatları dışında, yalnızca gerekli olması halinde diğer kişilerin katılımına imkan sağlanır. Anılan görüşmelere üçüncü kişilerin katılımı gerekli hallerle sınırlandırılmalı ve mümkünse oturumlar başlamadan önce karara bağlanmalıdır⁵⁶¹.

Bununla birlikte, HUAK konuya bir sınırlama getirerek, “*Niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz*” hükmüne yer vermiştir (HUAK md. 15, IV). Bu sebeple, arabulucunun tanık dinlemesi, keşfe gitmesi ve bilirkişiye müracaata karar

⁵⁵⁷ **EKŞİ**-Tahkim Öncesi, s. 11.

⁵⁵⁸ **ÖZBEK**-C. I, s. 671.

⁵⁵⁹ FINRA Kuralları 12208(c)-13208(c). **David A. LIPTON**, Broker-Dealer Regulation, (Vol. 15 & 15A, Securities Law Series), Eagan, MN 2016, § 4:12, s. 1.

⁵⁶⁰ **TANRIVER**, s. 203; **ÖZEKES**-PEKCANITEZ Usul, C. III, s. 2837.

⁵⁶¹ **Jay FOLSBERG/Alison TAYLOR**, Mediation, A Comprehensive Guide To Resolve Conflicts Without Litigation, San Francisco 1984, s. 40.

verebilmesi mümkün değildir (HUAK Yönetmeliği md. 19, IV). Esasen bu tür bir kısıtlama arabuluculuk kurumuyla da bağdaşmamaktadır⁵⁶². Ancak taraf, görüşme ve müzakere esnasında uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek bir kimsenin de dinlenmesini isterse veya bir uzmandan aldığı görüşü karşı tarafa sunarsa buna da bir engel bulunmamaktadır. Burada özellikle vurgulamak gerekir ki, arabuluculuk sürecinde yapılacak söz konusu usuli işlemler teknik manada tanık veya bilirkişi raporu gibi değerlendirilemez.

Öte yandan, 12.10.2017 tarih ve 7036 sayılı Kanunun 18 inci maddesiyle HUAK.'nın 5, II değiştirilmeden önce, HUAK'nda tarafların iradesi ile arabuluculuk sürecine katılabilecek üçüncü kişiler açısından 4. madde anlamında gizlilik yükümlülüğü düzenlenmemiştir. Ancak HUAK Yönetmeliği'nin 6 ncı maddesinin dördüncü fıkrasında gizlilik yükümlülüğünün arabulucunun yanında çalışan kişilerle denetim ve gözetiminde ilgili mevzuatı çerçevesinde staj yapanları da kapsadığı düzenlenmiştir. 6325 sayılı Kanun'un 4. maddesinde yapılan değişiklikle gizlilik açısından yalnızca arabulucu ve taraflar değil görüşmelere katılan diğer kişilerin de sorumlu olacağı düzenlenmiştir⁵⁶³. Diğer taraftan, arabuluculuk görüşmelerine katılabilecek kişilere aşağıda başlıklar halinde yer verilmektedir.

I. Yatırım Kuruluşu Yetkilisi

ABD uygulamasında yatırım kuruluşu yetkilisinin arabulucunun sorularını makul bir şekilde cevaplandırması halinde, arabulucu şikayet eden taraf ve avukatına yatırım kuruluşu yetkilisinin makul açıklamalar yaptığını ve düzgün bir tanıklık yapacağını ifade edebilecektir. Diğer taraftan, yatırım kuruluşu yetkilisi arabuluculuk sürecine katılmadığı takdirde, hak iddiasında bulunan ve avukatına yatırım kuruluşu yetkilisinin arabuluculuğa katılması halinde zayıf bir tanık olarak anlaşılabileceği ve arabulucunun sorularına maruz kalmaktan çekindikleri şeklinde bir algı yaratacaktır.

⁵⁶² ERDOĞAN/ERZURUMLU, s. 22.

⁵⁶³ 6325 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile yalnızca taraflar ve arabulucu açısından gizlilik ve yaptırım düzenlenmiş iken, Yönetmelik ile arabulucu yanında çalışan üçüncü kişiler ile tarafların vekillerinin de bu gizliliğe riayet etmesi gerektiği benimsenmiştir. Kanun ile düzenlenmeyen bir hususun Yönetmelik ile düzenlenmiş olması doğru olmayıp Taslak ile getirilen düzenleme yerindedir.

Mevzuatımızda arabuluculuk faaliyeti yürütülürken uyuşmazlığın çözümüne katkı sunacak üçüncü kişilerin tanık olarak kabulü mümkün değildir. Bununla birlikte, HUAK md. 15, VI uyarınca, gereken hallerde yatırım hesabındaki işlemi gerçekleştiren yatırım kuruluşu personelinin dinlenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyim. Ancak burada yatırım kuruluşu personelinin sürece katkısının HUAK md. 15, IV maddesine uygun şekilde ve uyuşmazlık içerisindeki rolüyle bağlantısıyla sınırlı olması önem arz etmelidir.

Yatırım kuruluşunun avukatı yatırım kuruluşu personelinin uyuşmazlığın hukuk yargısına intikal etmesi olasılığında, söz konusu personelin kendileri açısından olumsuz yönde bir tanıklık yapacağına inanıyorsa, arabuluculuk seçenekler arasında en iyi yöntemdir. Yatırım kuruluşu bünyesinde doğru karar verme potansiyeline sahip profesyonellerin bulunması halinde, yatırım kuruluşu temsilcisinin nasıl bir performans sergileyeceğini ilk elden görebilme imkanı mevcut olabilecektir. En azından arabulucu tarafından özel oturumda söz konusu olan sınırlamalar dahilinde değerlendirme gerçekleştirilebilir⁵⁶⁴.

II. Uzman Kişi

Türk hukukunda uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması aşamasında arabulucunun bilirkişiye başvurması mümkün olmamakla birlikte (HUAK m. 19, IV), arabuluculuk sürecinde uzman kişiye başvurulması mümkündür (HUAK md. 15, VI). Taraf avukatının arabuluculuk sürecinde uzman bilirkişi davet etmesi halinde son derece dikkatli olunmalıdır. Konusunda uzman kişi, avukata arabuluculuk için hazırlanma sürecinde yardım edebilmekle birlikte, uzman bilirkişilerin varlığı genellikle arabuluculuk sürecine zarar vermektedir⁵⁶⁵. Zira uzman bilirkişilerin müzakerelerin son kısmında görüş bildirmek suretiyle gelirlerinin çoğunluğunu elde ettikleri göz önünde tutulduğunda, arabulucuların bazen kendilerine ait gündemleri

⁵⁶⁴ GRUBMAN, s. 6.

⁵⁶⁵ GRUBMAN, s. 5.

olabilmektedir. Doktrinde bu sebeple, konusunda uzman bir menkul kıymetler arabulucusunun uzman bilirkişiden nadiren yararlanacağı ifade edilmektedir⁵⁶⁶.

Burada önem arz eden husus, süreçte yer alan üçüncü kişiler, uzman olsalar dahi eş arabulucu veya bilirkişi değildir⁵⁶⁷. Arabuluculuk oturumunda görüşlerini ifade eden bir uzman bilirkişi olarak sürece katkı sunmanın haricinde, uzman kişinin uzlaşma görüşmelerine veya arabuluculuk sürecine yardım edip edemeyeceği sorusu mevcuttur. Burada, uzman görüşüne başvurulması arabulucunun tercihinin yanı sıra, büyük oranda uzman bilirkişinin varlığı, avukat ve müvekkil arasındaki ilişkiye bağlıdır⁵⁶⁸.

Tipik olarak uzman kişi müvekkilin beklentilerini ılımlı hale getirmek ve yönetmek, karşı tarafı ve arabulucuyu yükümlülük, zarar türleri ve miktar hususlarında bilgilendirmek ve karşı tarafın uzman kişinin sorumluluk ve zararlar konularındaki görüşlerinin aksini ortaya koymak amacıyla kullanılabilir⁵⁶⁹. Buna rağmen, uzlaşma görüşmelerinin ve arabuluculuğun özel dinamikleri göz önünde tutulursa, uzlaşma görüşmeleri veya arabuluculukta bir uzman bilirkişi kullanma kararı uyuşmazlığın taraflarına aittir.

III. Arkadaş ve Akrabalar

Arabuluculuk görüşmelerine hak iddiasında bulunan kişinin arkadaşları ve akrabaları da manevi destek vermek amacıyla nadiren görüşmeye getirilmektedir. Ancak, arkadaş ve akrabaların katılımı hususu mümkünse oturumlar başlamadan önceki aşamada kararlaştırılmalı ve lüzumlu hallerle sınırlandırılmalıdır⁵⁷⁰. Bununla birlikte, uygulamada akraba ve arkadaşların bu süreçte uyuşmazlığa yönelik kendi

⁵⁶⁶ GRUBMAN, s. 6.

⁵⁶⁷ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s. 64.

⁵⁶⁸ BURKE, s. 91.

⁵⁶⁹ BURKE, s. 92.

⁵⁷⁰ ÖZEKES-PEKCANITEZ Usul, C. III, s. 2837.

duygularıyla hareket ettikleri durumlarda, arabuluculuk sürecinin zarar verici bir biçimde etkilendiği görülmüştür⁵⁷¹.

Hak iddiasında bulunan taraf avukatının, hak talep eden kişinin kendisiyle birlikte üçüncü bir kişinin arabuluculuk sürecine katılımını önceden kararlaştırması önem arz eder. Eğer söz konusu kişi/lerin uyuşmazlık çözümünü engelleyeceği değerlendirilmesi yapılması halinde, avukat, diplomatik bir şekilde anılan kişinin gelmemesini ifade etmelidir.

§ 14. ARABULUCULUK ÜCRETİ

Arabulucunun taraflardan ücret ve masraf talep hakkının kaynağı arabulucu sözleşmesidir⁵⁷². Dolayısıyla, ücret konuşmasının ilk oturumda veya ilk görüşmede yapılması gerekli olup, ilk oturumda imzalanacak tutanak sayesinde de detayları belirlenir⁵⁷³. Kural olarak, taraflar arabulucunun ücretini ve gerekli harcamaları eşit olarak ödeyecektir. Aksi kararlaştırılmadıkça, arabulucunun ücreti arabuluculuk sürecinin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan ve Arabuluculuk Daire Başkanlığınca hazırlanmış olan tarife göre belirlenir (HUAK m. 7, II).

Türk hukukunda olduğu gibi, ABD hukukunda da arabuluculuğun tarafları uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için öncelikli olarak dosya ücreti öder. Çok istisnai durumlarda, FINRA Arabuluculuk Yöneticisi finansal sıkışıklık içinde olan taraf bakımından ücretten muaf tutma yönünde karar alabilir.⁵⁷⁴ Hukukumuzda ise ABD hukukundaki anlayışın 12.10.2017 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 7036 sayılı Kanun'un 21 inci maddesi ile HUAK md. 13/III olarak eklenen *“Arabuluculuk ücretini karşılamak için adli yardıma ihtiyaç duyan taraf, arabuluculuk bürosunun bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesinin kararıyla adli yardımdan yararlanabilir.”* hükmü ile benimsenmiştir.

⁵⁷¹ GRUBMAN, s. 6.

⁵⁷² YAZICI-TIKTIK, s. 166; DÜR, s. 389.

⁵⁷³ KABAKTEPE, s. 62.

⁵⁷⁴ OEHMKE/BROVINS, s. 103.

İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk Kuralları gereğince, arabuluculuk masrafları, İstanbul Tahkim Merkezi idari masrafları ile arabulucu ücretini içerir (İTM Arabuluculuk Kuralları md. 13). Arabuluculuk süreci için başvuruda bulunan taraf, bu başvuru ile birlikte İstanbul Tahkim Merkezi idari masrafları için 500 TL ödeyecek olup, bu masraf iade edilmeyecektir. Divan, ilgili tüm hal ve şartları dikkate alarak ek bir masrafın ödenmesini isteyebilecektir.

Bu kapsamda, ilk arabuluculuk oturumunun başlangıcından evvel taraflar tahmin edilen harcamalara yönelik ücret ve masrafları eşit olarak yatıracaktır. Arabuluculuk yöneticisi arabuluculuk harcamalarını tahmini olarak somut olay bazında belirleyecektir⁵⁷⁵.

§ 15. SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK SÜRECİNİN GİZLİLİĞİ

Arabuluculuk faaliyetinin güvene dayalı olması ve başarısı tarafların tam ve açık katılımına bağlı olduğu için bu sürecin gizli tutulmasının gerekliliği kendi doğasının açıkça ortaya koyduğu bir şarttır. İşte bu sebeple, gizlilik ilkesi arabuluculuğun önemli bir unsuru olarak kabul edilir.

I. Amerika Birleşik Devletleri Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Yönteminde Gizliliğe İlişkin Düzenlemeler

FINRA ve Amerikan Tahkim Birliği düzenlemeleri arabuluculuğun gizliliğini açıkça korumaktadır. Öncelikle, söz konusu düzenlemeler sayesinde arabuluculuk görüşmelerinin özel olduğu net bir şekilde ortaya konulmuştur. Benzer şekilde, Amerikan Tahkim Birliği, tarafların tümünün ve arabulucunun rızasının bulunmaması halinde, yalnızca taraflar ve onların temsilcilerinin arabuluculuk görüşmelerine katılabileceğini açıkça ifade etmiştir⁵⁷⁶. İkinci olarak, Amerikan Tahkim Birliği Arabuluculuk Kuralları gereğince, arabuluculuk sürecinin detaylı bir şekilde kayıt altına alınması mümkün değildir. Bununla birlikte, hukuka aykırılığın önlenmesi ve

⁵⁷⁵ OEHMKE/BROVINS, s. 103.

⁵⁷⁶ POSER/FANTO, § 31, s. 23.

kamu düzeni veyahut kamu güvenliğine verilecek bir zararın ortaya çıkabileceği durumlar gizlilik konusunun istisnalarını oluşturur⁵⁷⁷.

Vadeli işlem sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ise, gizlilik prensibi standart olma eğilimi gösterir. Gizlilik, uyuşmazlık sona erdirilirken anlaşmayla ilgili bir problem yaratmaksızın gündeme getirilecek bir kavramdır. Daha az yaygın olan hususlar ödeme şekli (*payment terms*) gibi özellikle mali içeriğe sahip konular daha önceden gündeme getirilmelidir⁵⁷⁸. Müzakerede, “*nihai sonuçta*” daha büyük etkiye sahip olan konu, daha önce görüşülmelidir⁵⁷⁹.

A. Gizliliğe İlişkin FINRA Düzenlemesi

FINRA düzenlemeleri tarafların ve arabulucunun arabuluculuk faaliyetinin yürütümü sırasında ortaya çıkan hususlara ilişkin açıklama yapmalarını yasaklamıştır⁵⁸⁰. Bununla birlikte, FINRA üyelerinin, yatırımcı ile yatırım kuruluşu arasındaki uyuşmazlıklarda, hatalı sektörel uygulamaların veya aracı kurumun gerçekleştirdiği uyuşmazlık doğuran işlemlerin tespiti bakımından 10.000 \$’lık veya daha yüksek meblağlardaki sulh anlaşmalarını raporlamaları gereklidir.

⁵⁷⁷ **Andrew T. KENYON/Megan RICHARDSON**, New Dimensions in Privacy Law-International and Comparative Perspectives, United Kingdom 2006, s. 230 vd.

⁵⁷⁸ **JOHNSEN**-Mediation, s. 105.

⁵⁷⁹ **JOHNSEN**-Mediation, s. 105.

⁵⁸⁰ Gizlilik prensibine ilişkin olarak FINRA; “*Taraflar ve arabulucu, taraflardan biri veya arabulucu tarafından arabuluculuk sırasında elde edilen veya ortaya çıkarılan fikirleri, önerileri, teklifleri veya kabulleri bir delil olarak herhangi bir davada, hukuk davası veya tahkim de dahil olmak üzere diğer adli muamelelerde arabuluculuğun tüm taraflarınca yazılı olarak yetkilendirilmedikçe veya kanunla zorunlu tutulmadıkça ve gerçekleşen arabuluculuğun gizli olarak düşünülmemesi gerektiği durumlar hariç açıklamama, aktarmama, öne sürmeme veya aksi yönde kullanmama hususunda mutabık olmaktadır.*” şeklinde açık bir düzenleme ihdas etmiştir (FINRA Arabuluculuk Usul Kanunu md. 14108 (g)(1). Ancak belirtmek gerekir ki, FINRA Arabuluculuk Usul Kanunu md. 14108 (g) 2 gereğince, söz konusu gizlilik hükmü düzenleyici otoritelerin bilgi ve belgeleri incelemesine engel olamayacaktır).

B. Gizliliğe İlişkin ABD Tahkim Birliği Düzenlemesi

Gizlilik prensibine ilişkin olarak, FINRA düzenlemesine benzer şekilde Amerikan Tahkim Birliği Kuralı ise şu şekildedir⁵⁸¹: “*Taraflarca veya tanıklarca arabuluculuk oturumları sırasında arabulucuyla paylaşılan gizli bilgiler arabulucu tarafından ifşa edilemez. Arabulucu sıfatıyla çalışmada bulunurken arabulucu tarafından alınan tüm kayıtlar, raporlar veya diğer dokümanlar gizli tutulmak zorundadır. Arabulucu, herhangi bir taraf işleminde (adversary proceeding) veya adli davada böylesi kayıtları ifşa etmeye veya arabuluculuğa dair tanıklıkta bulunmaya zorlanamaz.*”

Arabuluculuk işlemlerinin gizli tutulmasına dair yapmış olduğu anlaşmaya riayet etmeyen arabulucu veya taraf, davada ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulabilmesine rağmen; mahkeme, arabuluculuk kuruluşunun kurallarına veya taraflar ve arabulucular tarafından yapılan arabuluculuğu gizli tutma anlaşmasına bağlı değildir⁵⁸². Gizlilik kurallarının ve anlaşmanın uygulanabilirliği konusunda hakim takdir hakkına sahiptir. Nitekim Mahkemece bir uyuşmazlıkta, belirli bir bilginin açıklanmasını öngören kamu düzeninin, arabuluculuk sürecinin gizliliğini gözetken kamu düzeninden daha önemli olduğuna hükmedilmesi mümkündür⁵⁸³.

II. Hukukumuzda Arabuluculuk Yönteminin Gizliliğine İlişkin Düzenlemeler

Sermaye piyasası uyuşmazlıklarında arabuluculuğun gizliliğiyle ilgili olarak, özel bir düzenleme bulunmamakta olup, arabuluculuğun bir yargılama faaliyeti olmamasına bağlı olarak gizlilik ilkesinin korunması esastır⁵⁸⁴. Bununla birlikte, HUAK’ta genel olarak arabuluculuk faaliyetlerinde gizlilikle ilgili düzenlemeler

⁵⁸¹ AAA SMR Madde 12.

⁵⁸² POSER/FANTO, §31, s. 24.

⁵⁸³ Kenneth R. FEINBERG, Mediation - A Preferred Method of Dispute Resolution, (16 Pepperdine. Law Review 5 (1989), s. 5-42), s. 31-32. web: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1780&context=plr>, erişim: 10.4.2018.

⁵⁸⁴ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s. 134-135.

bulunur. Gizlilik ilkesinin bir gereği olarak, arabulucunun sır saklama yükümlülüğü bulunmakta olup, arabulucu yapılacak yargılamada tanıklıktan çekilme hakkına sahiptir⁵⁸⁵. Nitekim, Arabuluculuk Kanunu'nun 'Gizlilik' başlıklı 4 üncü maddesinde,

“1) Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür.

(2) Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar da bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar.”

hükümleri yer almaktadır. HUAKY'nin md. 6, II fıkrasında, “Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar, kanuni temsilcileri, avukatları ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadır.” düzenlemesi; anılan maddenin dördüncü fıkrasında ise, “Gizlilik kuralına aykırı hareket eden arabulucunun; hukuki ve cezai sorumluluğu saklı olup, sicilden silinmesine de karar verilebilir.” denilmektedir.

Anılan HUAK.'nın “Beyan ve belgelerin kullanılamaması” başlıklı 5 inci maddesinin beşinci fıkrasında ise, söz konusu maddenin birinci fıkrasında belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen delillerin, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmeyeceği açık bir biçimde hükme bağlanmıştır⁵⁸⁶. Aynı şekilde İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk Kuralları md. 9, V gereğince, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabuluculuk sürecinin gizli olduğu düzenlenmiştir. Bununla birlikte, taraflarca aksini kararlaştırılmış ise, tarafların bu hususu hazırlık tutanağına geçirmesi gereklilik arz eder⁵⁸⁷.

III. Arabuluculuk Gizlilik Anlaşması

Arabuluculuk oturumu gerçekleştirilmeden önce, taraflar, arabuluculuk sürecinde sarf edilen cümleler, teklifler, talepler ve diğer herhangi bir tartışmanın ve

⁵⁸⁵ KABAĞTEPE, s. 53; ÖZMUMCU-Uzakdoğuda Arabuluculuk, s. 358.

⁵⁸⁶ DÜR, s. 281.

⁵⁸⁷ KABAĞTEPE, s. 43.

görüş alışverişinin kati suretle gizli tutulacağı ve bekleyen veya bir sonraki tahkim yargılaması veya mahkemelerdeki yargılama sürecinde uygulanamaz nitelikte olacağını kabul eder⁵⁸⁸. Sürecin gizli olma niteliği, tarafları, görüşmelerde arabulucu ve birbirleriyle daha açık bir ilişki içerisinde olmalarını sağlar. Görüşme masasında gerçekler daha çok ortada olduğundan taraflar birbirlerinin ihtiyaçlarını, güçlü ve zayıf yönlerini anladığında, uzlaşmanın sağlanma olasılığı artar. Ayrıca, tarafların bilgiyi karşı tarafla paylaşmadan yalnızca arabulucuyla paylaşması mümkündür. Bu sebeple, gizlilik anlaşmalarıyla tarafların gelecekte alabilecekleri aksiyonların kontrol altına alınması amaçlanır⁵⁸⁹.

Gerekli dokümanlara imzalarını atmış olan taraflar, arabuluculuğa başvurma hususunda mutabakata varmıştır. Arabuluculuğun gizliliğini sürdürmek için, arabuluculuk oturumuna katılan tüm kişilerin, oturum başlamadan önce aşağıdaki anlaşmayı imzalamaları gerekir. Söz konusu anlaşma uyarınca, arabuluculuk süresince yapılan tüm ifadeler ve arabuluculuk için veya arabuluculuk sırasında hazırlanan belgelerin tüm katılımcılar böylesi bir açıklamaya razı değil ise, herhangi bir hukuk davasında veya tahkimde açıklanması söz konusu değildir⁵⁹⁰. Dahası, taraflar aşağıdaki hususlardan haberdar olup, söz konusu hususları bilmekte ve kabul etmektedir:

“1. Görevi, taraflara birbirleri veya kendi aralarında görüşme yoluyla ihtilaflarının ve davalarının çözülmesi için taraflara yardımcı olmak olan arabulucu, tarafsız bir aracıdır. Arabulucu bir uzlaş dayatmasında bulunamayacak olmakla birlikte, kendi çözümlerini sağlamaları için taraflara yardımda bulunacaktır.

2. Bu kısımda aksi belirtilmediği sürece, yasaya ilişkin olarak tanık (testimony) gösterilmesinin gerekebileceği herhangi bir hukuk davasında arabuluculuk süresince söylenen veya kabul edilen herhangi birşey kanıt olarak kabul edilemez, keşfe tabi olamaz veya ifşa edilmesine yönelik bir zorlamada bulunulamaz.

⁵⁸⁸ FINRA Arabuluculuk Usul Kanunu md. 14109(g)(1).

⁵⁸⁹ YEAZELL, s. 553.

⁵⁹⁰ ÖZBEK-C. I, s. 294.

3. Bu kısımda aksi belirtilmediği sürece, arabuluculuğa sunulan, onun için hazırlanan, bu süreçte ve onunla alakalı hazırlanan hiçbir belge veya kopyası delil olarak kabul edilemez veya keşfe tabi değildir ve böyle bir belgenin ifşası, yasaya ilişkin olarak tanık (testimony) olarak gösterilmesinin gerekebileceği herhangi bir hukuk davasında talep edilemez.

4. Şahıslar yalnızca uzlaşma, çözüm sağlama ve anlaşma amacıyla arabuluculuğu yürütme ve arabuluculuğa katılmaya razı olduklarında, katılımcılar arasındaki ve katılımcılarla arabulucu arasındaki tüm iletişimler, görüşmeler veya uzlaşma tartışmalar tamamen gizli kalmak durumundadır.

5. Arabuluculuğa katılan tüm taraflar rıza gösterir ise, aksi takdirde ayrıcalıklı veya gizli kalacak olan tüm veya kısmi iletişim ve belgeler açıklanabilecektir.”

Sermaye piyasası uyuşmazlıklarında *Facebook v. ConnectU davası*⁵⁹¹ arabuluculuk anlaşmasının önemini gösteren bir karar olarak karşımıza çıkmaktadır. Tüm arabuluculuk anlaşmalarında ve çoğu arabuluculuk faaliyetinin başlangıcında, görüşme öncesinde arabulucuya sunulan her hususun ve arabuluculuk sırasında görüşülen tüm konuların gizli kalacağı vurgulanır. Anılan konuya ilişkin olarak, *Facebook* ile ilgili bir uyuşmazlıkta *Marc Zuckerberg*'e dava açan ve arabuluculuk sürecinde *Zuckerberg*'in şirketin değeri hakkında yanlış sunumlar ve usulsüzlükler (*fraud*) yaptığını iddia eden ve arabuluculuk anlaşmasında bunlara inandıklarını belirten ünlü *Winklevoss* kardeşleri gizlilik ilkesinin koruması engeliyle karşılaşmıştır⁵⁹².

⁵⁹¹ Bkz. web: <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2011/04/11/08-16745.pdf> erişim: 3.2.2017.

⁵⁹² *Winklevoss*, el yazılarıyla yazılmış bir sayfalık “Ön Protokol & Uzlaşma Anlaşması”nın (Uzlaşma Anlaşması) hile ve menkul kıymetler yasasının ihlal edildiğine yönelik iddialarda bulunmuştur. Uzlaşma, nihai anlaşma evraklarının formatına dair görüşmeler sırasında sekteye uğramış ve *Facebook* anlaşmayı uygulamak maksadıyla bölge mahkemesine (*district court*) başvuruda bulunmuştur. *ConnectU*, uzlaşma anlaşmasının esaslı koşullarının (*material terms*) eksik olduğu ve hileyle oluşturulduğu gerekçeleriyle uygulanamaz olduğunu iddia etmiştir.

Mahkeme tarafından arabuluculuk sürecinde ortaya konulan delilin (*permit evidence*) kullanılmasına cevaz verilmeyerek davacıların talebinin reddine karar verilmiştir⁵⁹³. Mahkemenin anılan kararı, adil bir sonuca ulaşılması açısından usulsüzlüklere ilişkin sermaye piyasası düzenlemelerinin arabuluculuk sürecindeki gizlilik prensibine üstün gelmesi gerektiği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁵⁹⁴.

IV. Gizlilik İlkesine Yönelik Riskler

Arabuluculuğun bir anlaşmayla sonuçlanmadığı hallerde, her ne kadar gizlilik ilkesi mevcut olsa dahi, paylaşılan bilgi veya düşüncelerin daha sonra bunları açıklayan taraf aleyhine kullanılması riski bulunmaktadır⁵⁹⁵.

Arabuluculuk uzlaşması veya uzlaşma önerisinin arabuluculuk kapsamında değerlendirilmesi neticesinde yargısal işlemlerde veya tahkim işlemlerinde arabuluculuk görüşmesinin açıklanması veya resmedilmesi kabul edilemez⁵⁹⁶. Gizlilik prensibi tarafların uzlaşma müzakereleri süresince “*özgür ve açık*” görüşmelerini sağlamak için tasarlanmıştır. Bununla birlikte, ispat kurallarının kapsamı ve uygulanabilirliğine ilişkin hukuk yargılamasında bazı belirsizlikler söz konusudur. Nitekim gizlilik prensibine ilişkin düzenlemeler, delilin, yalnızca ihtilaf konusu talebin geçerliliğini ispatlamak için öne sürüldüğü durumlarda kabulünü yasaklar⁵⁹⁷. Doktrinde, anlaşma belgesinin kendisine itiraz için veya arabuluculuğa taraf olmayan bir kişinin yer aldığı hukuk davasıyla bağlantılı olarak, uzlaşma müzakerelerinin kabulüne yasaklama getirmez⁵⁹⁸.

Kanımızca, arabuluculukta sarf edilen sözlerin ve ortaya konulan belgelerin ileride açılacak hukuk davasında celp edilmesine maruz kalmayacağına dair kesin

⁵⁹³ KAVASOĞLU, s. 214.

⁵⁹⁴ Christopher TAO, Exchanging Shares To Settle A Lawsuit: Should A Confidentiality Agreement Bar Evidence of Securities Fraud?, (Cardozo Journal of Conflict Resolution, Vol. 14:, 2013, s. 973-998), s. 998.

⁵⁹⁵ KEKEÇ-Arabuluculuk, s. 239.

⁵⁹⁶ POSER/FANTO, § 31, s. 25.

⁵⁹⁷ KABAĞTEPE, s. 53.

⁵⁹⁸ FEINBERG, s. 34.

bir teminatın mevcut olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira, arabuluculuk görüşmelerine katılan yatırımcılardan yalnızca bir kısmının yatırım kuruluşuyla anlaşması halinde, hukuk mahkemesine intikal eden uyuşmazlıklar bakımından anlaşma sağlayan yatırımcıların yatırım kuruluşu lehine tanıklık yapması mümkündür. Böylesi bir durumda, bir tanığın ifadesinin gerçeğe aykırı olduğunun ortaya konulması veyahut müştereken davalı veya davacı olan kişileri kapsayan benzer nitelikteki uzlaşmaların açıklanmasına ilişkin olarak Arabuluculuk Kanunu'nun "*Gizlilik*" başlıklı 6 ncı maddesine açık hüküm eklenmesi, bu tür tereddütleri ortadan kaldırması açısından yararlı olacağı tereddütsüzdür.

V. Gizliliğin İhlali Halinde Yaptırım Uygulaması

ABD hukukunda gizliliğin ihlali halinde, gizliliği ihlal eden tarafa uygulanabilecek yaptırımlar, sözlü veya yazılı ihtar da bulunma, avukatlık ücretinin azaltılması, arabuluculuk masraflarından sorumlu tutma veya arabuluculuk yöntemleri ve etik kuralları hakkında zorunlu bir eğitime tabi tutma şeklinde olabilmektedir⁵⁹⁹.

Hukukumuzda ise Arabuluculuk Kanunu'nun 4, II düzenlemesinde, aksi kararlaştırılmadıkça, tarafların arabuluculuk faaliyetinin gizliliği ilkesine riayet etmesinin hukuki bir zorunluluğa dönüşeceği hususuna açıkça vurgu yapılmıştır⁶⁰⁰.

Arabuluculuk Kanunu'nun 33 üncü maddesinin birinci fıkrasında gizlilik prensibine bağlı kalınması bakımından özel bir cezai hükme yer verilmiştir⁶⁰¹. Anılan düzenlemeye göre, arabuluculuk süreci bağlamında gizliliği ihlal etmek suretiyle bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olanlar, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılırlar. Arabulucu açısından Kanun'da öngörülen yükümlülükler riayet edilmemesi sicilden silinmeye kadar varan disiplin yaptırımına bağlanmıştır (HUAK md. 21/II).

⁵⁹⁹ ÖZBEK-C. I, s. 550.

⁶⁰⁰ Süha TANRIVER, Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi, (Makalelerim II (2006-2010), Ankara 2011, s. 183-211), s. 188; ÖZEKES-PEKCANITEZ Usul, C. III, s. 2820.

⁶⁰¹ DÜR, s. 277; ÇALIŞIR, s. 62.

Anılan suç nedeniyle soruşturma veya kovuşturma yapılması, zarar gören kişinin şikayetine bağlı kılınmıştır. Gizlilik yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle hukuken korunan menfaatin zarar görmesine neden olan kişi hakkında açılan kamu davası aleni olacağından, kovuşturma süresinde arabuluculuk müzakerelerinin gizliliğine zarar verilmemesine özen gösterilmeli, müzakerelerde paylaşılan bilgilerin üçüncü kişilerce öğrenilmesinin önüne geçilmelidir⁶⁰².

§ 16. SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCUNUN SORUMLULUĞU

Arabulucunun hukuki sorumluluğuna dair doktrinde kapsamlı çalışmaların sayısı hızla artarken, arabulucunun görevini icra ederken esnekliğe sahip olması, karar verici bir mercii olmaktan ziyade tarafların sulhe teşvikinin ön planda olması gibi sebeplerle sorumluluk şartlarının ispatının güç olduğunu söylemek mümkündür⁶⁰³.

ABD hukukunda arabulucuların, arabuluculuk süresince yürüttükleri faaliyetlere ilişkin sorumluluktan muaf olup olmaması gerektiği ve böylesi bir muafiyetin koşulları ve kapsamı incelenmesi gereken konular arasında yer alır. Arabuluculuk uyuşmazlıkların çözülmesi için genel bir yöntem olarak kullanılacak ise, kanımızca arabuluculara belirli kısıtlar dahilinde muafiyet tanınması gerekli olabilecektir.

I. ABD Hukukunda

FINRA arabuluculuk kuralları, kurumun çalışanlarının ve herhangi bir arabulucunun FINRA arabuluculuğu ile bağlantılı olarak herhangi bir eylemden veya kusurdan sorumlu tutulmasının önüne geçer⁶⁰⁴. Konuya ilişkin olarak Amerikan

⁶⁰² ÖZBEK-C. II, s. 1247.

⁶⁰³ DÜR, s. 452, YAZICI TIKTIK, s. 179 vd.

⁶⁰⁴ FINRA Arabuluculuk Usul Kanunu md. 14108. OEHMKE/BROVINS, s. 110. İngiliz hukukundaki Finansal Ombudsmanlık Sisteminde de, aynı şekilde finansal ombudsmanın uyuşmazlık çözüm sürecindeki faaliyetlerinden veyahut ihmalinden kaynaklanan iddialarda geniş bir muafiyet tanınmıştır (FERRAN, s. 18).

Tahkim Birliği'nin de sorumluluğa yönelik benzer nitelikte bir düzenlemesi mevcuttur⁶⁰⁵.

Sorumluluktan muafiyet konusu arabuluculuk kuruluşlarının kendi kusursuzluğunu ortaya koyan kurallardan bağımsız olarak mahkemelerin karar vereceği bir husustur. Son yıllarda, mahkemeler, arabulucuların muafiyet derecesini yargısal veya yarı-yargısal faaliyet icra eden şahıslara ait diğer kategorilerin sahip olduğu tam muafiyet kategorisine çıkartmıştır⁶⁰⁶.

Konuya ilişkin olarak, *Butz-Economua* davasında ABD Yüksek Mahkemesi böylesi yarı-yargısal muafiyetin belirli davalarda uygulanıp uygulanamayacağını belirlemek için kullanılan ve üç kısımdan oluşan bir test ortaya koymuştur⁶⁰⁷. Mahkeme ayrıca muafiyet talep eden tarafın kendisine muafiyet tanınmasının uygun olduğu hususunda ispat yükünü üstlendiğine karar vermiştir.

Wagshal-Foster davasında ise, Kolombiya Bölgesi Temyiz Mahkemesi, Kolombiya Bölge Yüksek Mahkemesi'nin zorunlu-bağlayıcı olmayan ADR programındaki arabulucuların muafiyetini, tam bir yarı-yargısal muafiyet şeklinde genişletmek için üç kısımdan oluşan bir *Butz testi* uygulamıştır⁶⁰⁸. Zira, arabuluculara

⁶⁰⁵ AAA SMR md. 15.

⁶⁰⁶ **POSER/FANTO**, § 31, s. 27.

⁶⁰⁷ Bunlar; **(1)** muafiyet talep eden kişi tarafından gerçekleştirilen işin hakim tarafından gerçekleştirildiği eylemlerle kıyaslanabilir olup olmadığı, **(2)** uyuşmazlığın doğasının davalı tarafından gelecekte bir rahatsızlığa veya tehdiye sebep olacağı ihtimalinin yeterince güçlü olup olmadığı, **(3)** sistemin, Anayasaya aykırı işlemlerin kontrolüne yönelik özel tazminat davalarını gereksiz kılmayı mazur gösterebilecek kadar yeterli korunmayı içerip içermediği şeklindedir. (438 US 478 (1978))

⁶⁰⁸ 28 F. 3D 1249 (D.C. Cir. 1994) İlk Butz etmenine ilişkin olarak, mahkeme, uzlaşma müzakerelerine yoğun derecede müdahil olmanın federal bölge hakimleri arasında artık yaygın bir durum olması sebebiyle, arabulucu ve değerlendiricilerin yargısal işlev sergiledikleri sonucuna varmıştır. İkinci Butz etmenine değinecek olursak, *Wagshal mahkemesi* duruşma öncesi değerlendirme faaliyetinin ve arabuluculuğun, hayal kırıklığına uğramış davacıları, zararlarını tanzim etme çabasına yöneltebileceğini veya herhangi bir şekilde arabulucuyu ikinci oturumda rahatsız etmeyi düşünebileceğini belirtmiştir. Son olarak, mahkeme, bir tarafın duruşma hakimine başvurarak arabulucunun herhangi bir hatalı eylemi

sorumluluktan tam bir muafiyet getiren *Wagshal kararı* uygulamada eleştirilere maruz kalmıştır. Bir görüşe göre, anılan dava sonucunda, arabuluculara hukuki sorumluluk yüklenmesi aracılığıyla yapılabilecek kalite kontrolünün yargı sistemindeki tıkanıklığı açmak için tali konuma dahil edilmiştir⁶⁰⁹. Diğer bir yazara göre ise, arabulucuya tam bir muafiyet verilmesi, arabulucunun bir hakimin aksine uyuşmazlıkları çözme ve bağlayıcı karar verme gücünden yoksun olduğu gerekçesiyle uygun olmayacaktır⁶¹⁰.

II. Türk Hukukunda

Arabulucu ve uyuşmazlık tarafları arasında kurulan arabulucu sözleşmesi niteliği itibarıyla tam iki tarafa borç yükleyen ve sürekli borç doğuran iş görme sözleşmeleri kapsamındadır⁶¹¹. Arabulucu sözleşmesinde tarafların amaçladıklarına uygun bir tablonun ortaya çıkmasından ziyade müzakereleri temel ilkelere uygun bir biçimde yürütme şeklinde iş görme borcunun ifası borçlanılır⁶¹².

Arabulucuların uyuşmazlık çözümünde yer aldığı uyuşmazlıklarda, süreç içerisindeki faaliyetlerinin sonuçlarından sorumlu olmalıdır⁶¹³. Bununla birlikte, arabuluculuk görüşmeleri sonuçtan ve sonucun içeriğine yönelik olarak arabulucunun

nedeniyle uğradığı mağduriyetin giderilmesini isteme hakkı olacağını düşünebilmesinin üçüncü koşulu sağladığını ifade etmiştir.

⁶⁰⁹ **Kevin C. GRAY**, Torts-Wagshal V. Foster: Mediators, Case Evaluators, and Other Neutrals- Should They Be Absolutely Immune? (University of Memphis Law Review, 759, Vol:26, 1996), s. 1229.

⁶¹⁰ TURNER tam muafiyet ile tüm sorumluluk arasında bir uzlaşmanın yapılmasını önermektedir. Bu, resmi görevlileri baskı altına alan veya boş yere açılan davalardan koruma ihtiyacı ile görevin kötüye kullanılmasını önleme ihtiyacı arasında denge kuran nitelikli muafiyettir. Nitelikli muafiyet prensibi uyarınca, arabulucu, mantıklı bir insanın bilebileceği net bir şekilde belirlenmiş temel ve anayasal hakları çiğnemeyeceği ölçüde muafiyet ile korunacaktır. **Caroline TURNER**, (Stretching The Doctrine of Absolute Quasi-Judicial Immunity: Wagshal v. Foster), (George Washington Law Review, Vol:63, 1998), s. 759; **POSER/FANTO**, §31, s. 28 dn. 119'dan naklen.

⁶¹¹ **DEMİR**-Hukuki Sorumluluk, s. 115.

⁶¹² **Mustafa ÖZBEK**, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, (Prof.Dr. Ali Rıza OKUR'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2014, C. 20, s. 1119-1156), s. 1144.

⁶¹³ **ÖZBEK**-Avrupada Arabuluculuk, s. 482.

hiçbir sorumluluğu bulunmayıp, sonuca yönelik sorumluluğu bütünüyle uyuşmazlığın taraflarına ait olduğu nüansı gözden kaçırılmamalıdır⁶¹⁴.

Arabulucunun hukuki sorumluluğu arabuluculuk sözleşmesinden kaynaklanabileceği gibi Kanundan da kaynaklanabilir⁶¹⁵. Arabulucunun bu sorumluluğu, niteliğine uygun düştüğü ölçüde vekalet sözleşmesinin uygulanacağı arabulucu sözleşmesinden kaynaklanır. Söz konusu sorumluluk, yükümlülüğün hiç ifa edilmemesi; gereği gibi ifa edilmemesi veya süresinde ifa edilememesi şeklinde gerçekleşebilmektedir⁶¹⁶. Arabulucunun gizlilik yükümlülüğünün ihlali gibi arabuluculuk faaliyeti sürecindeki kusurlu fiilleri sebebiyle hukuki sorumluluğu mevcut olup, söz konusu fiilleri nedeniyle doğan zararların tazmini istemiyle arabulucuya karşı dava açılması mümkündür⁶¹⁷.

Kanaatimizce TSPB Müşteri Uyuşmazlıkları Hakem Heyeti düzenlemesi kapsamında sunulan hizmet, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) md. 115, III hükmü kapsamında değerlendirilebilecektir. Nitekim, TBK'nun 115 inci maddesindeki *“Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan dahi sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”* hükmü dikkate alınarak söz konusu Hakem Heyeti ve Birlik yetkililerinin hukuki sorumluluğunun bulunmadığından söz edilemez. Zira, arabulucu bir danışman gibi iken; hakim ise esasen bir karar verici mercii konumundadır.

⁶¹⁴ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s. 155.

⁶¹⁵ Arabulucunun sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğu için edimini tam veya gereği gibi ifa etmeyerek taraflara zarar vermesi, zarardan dolayı kusurlu olması, sözleşmeye veya hukuka aykırı fiili ile zarar arasında illiyet bağı olması gereklidir (DEMİR-Hukuki Sorumluluk, s. 124); ÖZBEK-C. II, s. 1235.

⁶¹⁶ Arabulucunun sözleşmeden doğan sorumluluk halleri hakkında bilgi için bkz. DÜR, s. 453-458; DEMİR-Hukuki Sorumluluk, s. 123.

⁶¹⁷ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s. 61; ÖZBEK-C. II, s. 1235; KEKEÇ-Arabuluculuk, s. 211; DÜR, s. 453-456.

Yargısal karar verme işlevinin, bir hakimin muafiyet elde etmesinin temel dayanağını oluşturduğu ve arabulucunun karar alma sorumluluğunun bir hakimin hukuki sorumluluğuyla kıyaslanmayacağı hususları birlikte göz önünde tutulduğunda, hakimlerin işlevleri ile arabulucunun işlevleri arasında benzerlik kurarak arabuluculara tam muafiyet tanınması desteklenmemelidir.

§ 17. ARABULUCULUĞUN GELECEĞİ

Arabuluculuk, yalnızca uyuşmazlık çözümü için taraflara daha fazla seçenek yaratmada kullanılan bir adımdır. Taraflar ve taraf avukatları arabuluculuk sürecinin esnekliğini tecrübe ettikçe, uyuşmazlık çözümünde daha yaratıcı çözümler bulma eğiliminde olacaktır. Tarafsız üçüncü kişiler ve arabuluculuk forumları, her türden taraflara ve uyuşmazlığa ilişkin olarak ADR mekanizmalarını tüm yönleriyle sunmaya hazırlıklı olmalıdır.

Teknolojideki ilerleme, arabuluculuğun gelecekte gerçekleştirilme şeklini muhakkak ki etkileyecektir. Günümüzde ABD uygulamasında, hayli yaygınlaşmakta olan telefonla arabuluculuk⁶¹⁸ yalnızca bir başlangıç olarak kabul edilmelidir. Amerika Birleşik Devletlerinde, uyuşmazlığın tarafları bugün elektronik ortamda, internet arabuluculuk sitelerinde birbirleriyle teklif ve talep alışverişinde bulunabilmekte olup, bazı arabulucular gizli görüşmeler için elektronik posta kullanımını savunmaktadır⁶¹⁹. Buna ilaveten, video konferans yöntemi de müzakere yönteminin bir anlamda izinden gitmektedir.

Arabuluculuk kendi başına menkul kıymetler uyuşmazlıklarının çözümünde önemli bir alternatif olmaya devam etmektedir. Buna ek olarak, yatırım kuruluşu temsilcileri tarafından uyuşmazlık çözümünün maliyetini kontrol etmek için yatırımcılar ve çalışanlarıyla olan sözleşmelerde arabuluculuk klotlarını kullanmaları daha da gerekli bir hal almaktadır⁶²⁰. Uyuşmazlıkların çözümü

⁶¹⁸ Bkz. web: <https://www.finra.org/newsroom/2013/finra-launches-small-claims-telephonic-mediation-pilot-program> erişim: 23.1.2017.

⁶¹⁹ BADER/WIAND, §12.05.

⁶²⁰ BADER/WIAND, §12.05.

bakımından işbirliği içinde çalışma stratejisi, pozitif bir şirket imajı yaratacağından yatırım kuruluşu temsilcileri bakımından faydalıdır.

§ 18. ARA DEĞERLENDİRME

Sermaye piyasası uyuşmazlıklarının finansal hizmet sağlayıcı konumundaki yatırım kuruluşları ile direkt iletişime karşın çözülemediği durumlarda, yatırımcılar hukuk yargılamasının maliyetlerine, kompleks ve uzun süren usuli süreçlere bağlı olarak, uyuşmazlıklarını mahkemeye taşımak konusunda isteksizdir. Bu bağlamda, alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının en yaygını olarak kabul edilen arabuluculuk yöntemiyle, uyuşmazlıklar tarafsız bir üçüncü kişinin katılımıyla sonuçlandırılır. Arabulucu, tercih edilen arabuluculuk yöntemi doğrultusunda tarafları bir araya getirerek ve taraflara çözüm bulmada yardımcı olarak uyuşmazlığı dostane bir biçimde sona erdirmeye çalışacaktır.

Arabuluculuk organizasyonlarının belirli kanunlara sıkı sıkıya bağlı olabilmesinin yanı sıra, arabulucuların eğitilmesi, izlenmesi ve uyuşmazlık çözümü sürecinde belirli prensiplere riayet edilmesi hususları uyuşmazlık taraflarının ortaya çıkacak sonucu benimsemesinde kritik öneme sahip faktörlerdir. Yurtdışı uygulamaları nazara alındığında, sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuk yoluna başvurmak gönüllü bir şekilde yürütülen bir süreç olduğu görülür. Bununla birlikte, her ne kadar Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş olsa dahi İtalya örneğinde görüldüğü üzere finansal hizmetler sektöründe ortaya çıkan uyuşmazlıklarda arabuluculuk yöntemine başvurulması zorunlu kılınabilmekte veya arabuluculuk yöntemine başvurulmaması yaptırıma tabi tutulabilmektedir ya da is hukuku uyuşmazlıklarında olduğu gibi dava şartı olarak düzenlenmektedir.

Arabuluculuk sürecinin tarafsız ve yetkin bir biçimde yürütülmesini teminen, gizliliğe ilişkin sınırlamalar ve arabulucuların eğitiminin teşvik edilmesi yoluyla arabuluculuğun kalitesinin güçlendirilmesi sağlanmalıdır⁶²¹. Özellikle arabuluculuk anlaşmasının icra edilmesi ve arabuluculuk yöntemine başvurulduğunda zamanaşımı

⁶²¹ PEKCANITEZ-Alternatif, s. 16.

ve hak düşürücü sürelerin kesilmesi hususları, hukuk yargılaması ve arabuluculuk yöntemine başvuru arasında tutarlı bir dengenin korunmasını sağlar.

Amerika Birleşik Devletlerinde, İngiltere'deki muadili Finansal Ombudsman Hizmeti'ne benzer şekilde, sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümünde hukuk yargılamasına nazaran düşük maliyetli ve daha az formal bir sistem olan arabuluculuk temelli bir mekanizma öngörülmüştür. FINRA Arabuluculuk Programı, FINRA Tahkim Programı'nın genişletilmiş biçimi olup, taraflar arabuluculuk sürecine diledikleri zaman diliminde başvurabilirler. Sermaye piyasası uyuşmazlıklarında FINRA'nın uyuşmazlıkları çözme oranı yüzde 80'i aşmış olmakla birlikte⁶²², ülkemizde HUAK kapsamında arabuluculuk yöntemine başvurulmasının oldukça düşük olduğu düşünülmektedir. Hukukumuzda sermaye piyasası uyuşmazlıklarında tarafların arabuluculuk yöntemine başvurmasına bir engel bulunmamakla birlikte, sermaye piyasası uyuşmazlıklarında yatırımcıların daha çok Borsa İstanbul veya Türkiye Sermaye Piyasaları Birliğine şikâyet başvurusu yaptığı bilinmektedir.

⁶²² **Cory ALPERT**, Financial Services in the United States and United Kingdom: Comparative Approaches to Securities Regulation and Dispute Resolution, (International Law&Management Review, Vol. 5, Issue:1, 2008, s. 75-98), s. 87.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARININ YETKİLENDİRİLMİŞ KURULUŞLARCA ÇÖZÜMLENMESİ

§ 1. GİRİŞ

Ülkemizde, idare hukukunda yargı dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden Kamu Denetçiliği Kurumu’nun özel sektör uyuşmazlıklarını ele almadığı hususu göz önünde tutulduğunda, yatırımcı haklarının korunmasına yönelik olarak sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümünde Borsa İstanbul ve Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği’nin koruyucu bir işlev üstlendiğini söylemek mümkündür.

Sermaye piyasası uyuşmazlıklarının borsa işlemlerinden kaynaklanıp kaynaklanmadığına bağlı olarak öz düzenleyici kuruluşlar olarak Borsa İstanbul ve Türkiye Sermaye Piyasası Birliği’nin uyuşmalıkları incelemesi şeklinde bir modelleme öngörülmüştür. Finansal Ombudsmanlık Hizmetinden farklı olarak, Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği ve Borsa İstanbul’da uyuşmazlık hakkında karar verici mekanizmalar, sektörün kendi üyelerinden oluşan bir heyettir. Anılan Kuruluşların kararları Borsa Üyeleri bakımından bir nev’i bağlayıcı nitelikteki kararlar olarak değerlendirilir.

Ombudsman kavramının ülkemizdeki kavramsal karşılığı olarak “kamu denetçisi”, “arabulucu” ve “kamu hakemi” gibi ifadeler kullanılmaktadır⁶²³. Türk hukukunda, bankacılık, finans ve sigorta gibi alanlarda özel sektör ombudsmanlığı gibi bir denetim mekanizması bulunmamaktadır. Ombudsmanlık kurumunun Türkiye’deki yansıması Kamu Denetçiliği Kurumu olup, Ombudsmanlık, İdare ve birey arasındaki ilişkilerin çözümlenmesinde etkin ve hızlı bir alternatif yöntemidir.

İngiltere’de finansal ombudsman hizmeti, finansal hizmetler gibi belirlenen bir alanda faaliyet göstermekte iken, hukuk mahkemelerinin geniş bir yetki alanını

⁶²³ ŞAHİN, s. 121.

kapsayan uyuşmazlığa ilişkin karar verme yetkisine sahiptir⁶²⁴. Finansal ombudsman hizmeti⁶²⁵, erişilebilirlik⁶²⁶, etkinlik ve eşitlik gibi önemli prensipler temelinde faaliyet gösterir⁶²⁷. Ombudsmanlık sisteminde, hukuk mahkemesinde taleplerini ileri sürebilme imkanını muhafaza eden iddia sahiplerinin büyük finans kuruluşları karşısında eşit olmayan pazarlık konumlarını değerlendirme, kararların önyargısız bir şekilde verilmesini sağlama hususları amaçlanır. Zira, taraflar bu yola başvuru sürecinde ve devamında eşit olduklarını hissettikleri ölçüde sürecin başarılı olması ve ortaya çıkan sonucun benimsenmesi mümkün olacaktır⁶²⁸.

İngiliz hukukunda Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu tüm finans sektörü için tek bir düzenleyici otorite olan Finansal Yönetim Otoritesince (*FCA, Financial Conduct Authority*) finansal hizmetlerin düzenlemesini güçlü kılar. Tüketici koruması, Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu'nun (*Financial Services and Markets Act, FSMA 2000*) yasal amaçlarından biri olarak kabul edilmekte olup, tüketicinin korunması amacı yatırımcılar için uygun derecede korumayı sağlar. İngiliz Finansal

⁶²⁴ **Walter MERRICKS**, Financial Ombudsman Service: Not Just An Alternative To Court, (Journal of Financial Regulation and Compliance, Vol. 15, No:2, 2007, s. 135-142), s. 136.

⁶²⁵ İngiltere'de Ombudsmanların tarihi, ulusal hükümete dair kaygıların ve kötü yönetim suçlamalarının ele alınmasıyla geleneksel olarak ilişkilendirilen uzun bir dönemi kapsamaktadır. Böylesi ilk örgüt 1967'de Parlamento Temsilcisi/Yetkilisi Yasası (Parliamentary Commissioner Act) ile yürürlüğe girmiştir. Parlamenterler ve Sağlık Hizmeti Ombudsmanı, Parlamento Temsilcisi/Yetkilisi (Parliamentary Commissioner for Administration) ve İngiltere Sağlık Hizmeti Yetkilisinden (Health Service Commissioner for England) oluşmuştur. İngiltere ve Galler için Yerel Hükümet Ombudsmanı 1973 yılında ve İskoçya için benzer bir Ombudsman 1974 yılında oluşturulmuştur. Hükümetin gözetimine ilaveten, İngiltere'de, Telekomünikasyon Ombudsman Ofisi, Emeklilik Aylıkları Ombudsmanı ve Finansal Ombudsman Hizmeti dahil olmak üzere pek çok belirli alanda sektörel ombudsmanları mevcuttur.

⁶²⁶ 2008 yılında *Lord Hunt* tarafından hazırlanan Finansal Ombudsman Hizmetine dair değerlendirme yazısı yayımlanmış olup, anılan görüş esas alınarak Finansal Ombudsman Hizmeti'nin açıklığına ve erişilebilirliğine odaklanarak öteden beri uygulanmakta olan hususlarda belirli bazı değişiklik önerileri getirilmiştir (**Judith SUMMER**, Insurance Law and the Financial Ombudsman Service, Informa Law from Routledge; 1st Edition, Great Britain 2010, s. 11).

⁶²⁷ **THOMAS/FRIZON**, s. 45 vd.

⁶²⁸ **BULUR**-Alternatif, s. 43.

Yönetim Otoritesi neyin uygun olduğunu nazara alırken, düzenleyici risk, uzmanlık, bilgi ve tavsiye ihtiyacı ile yatırımcıların kararları için sorumluluk alması genel prensibini dikkate almalıdır.

§ 2. TÜRK ve İNGİLİZ HUKUKUNDA SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARININ YARGI DIŞINDA ÇÖZÜMLENMESİ

Bilindiği üzere, Londra, tahkimin önde gelen merkezleri arasında yer almasının yanı sıra, alternatif uyuşmazlık çözümü de Londra’da son derece iyi yapılandırılmış bir nitelik taşır. Alternatif uyuşmazlık çözümü uzun zamandır Birleşik Krallık mahkemeleri usul hukukunun kapsamı içerisinde yer alır. Örneğin, ‘*aktif dava yönetimi*’ kavramı, mahkemenin, tarafları ADR’yi kullanmaya teşvik etmesini ve uygun olduğu durumlarda ADR’nin kullanılmasını içerir. Hukuk yargılaması (*civil proceedings*) sürecinde, taraflar, ADR yoluyla uzlaşma sırasında yargılama sürecinin durdurulması için yazılı talepte bulunabilir ya da mahkemece uygun görüldüğü takdirde alternatif olarak kendi inisiyatifiyle böyle bir karar alabilir. Özellikle arabuluculukta, bir tarafın geçerli bir sebep olmaksızın arabuluculuğu reddetmesi durumunda, reddeden taraf mahkemece, yargılama giderlerini karşılamakla cezalandırılabilir⁶²⁹.

Arabuluculuk Direktifi incelendiğinde, Direktif gereğince, yalnızca her iki tarafın da farklı iki üye devlette ikamet ettiği sınır ötesi uyuşmazlıklara uygulanır. Üye ülkelerce Arabuluculuk Direktifi’nin ulusal mevzuatları ile uyumlu olabilmesi amacıyla iç hukukunda ve sınır ötesi uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuğa yönelik kapsamlı değişikliklere gidilmiştir ⁶³⁰ . Buna ilaveten, “*zorunlu arabuluculuğun yaygınlaşmasının Avrupa Arabuluculuk Direktifi ile desteklendiği... Direktifte hiçbir hususun Üye Devletleri, yerel uyuşmazlıkları kapsamak için*

⁶²⁹ Birleşik Krallık Medeni Usul Kuralları md. 44.5 (3) (a)(ii)

⁶³⁰ ALEXANDER, s. 182.

geçirdikleri uygulama mevzuatının kapsamını genişletmekten alıkoymadığı” ifade edilmiştir⁶³¹.

Hukukumuzda ise, sermaye piyasası uyuşmazlıklarının ⁶³² yargı dışında çözümlenmesinde uyuşmazlığın borsa işleminden kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususu belirleyici faktördür. Zira, uyuşmazlığın Borsa işleminden kaynaklanmaması halinde Borsa İstanbul’a yapılan başvurular bakımından görevsizlik kararı verilir. Yatırımcılar tarafından HUAK veya sözleşmede tahkim klozunun bulunması halinde tahkim yoluna başvurulabilmesi mümkündür.

Öte yandan Kamu Denetçiliği Kurumu’nun yalnızca tarafı idare olan uyuşmazlıkları ele almasına bağlı olarak, yatırımcıların hukuk mahkemesine başvurmak yerine Borsa İstanbul ve Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği’ne başvurmak suretiyle uyuşmazlıklarını sermaye piyasası alanında uzman kişilerce çözümlenmesine imkan tanınmaktadır.

⁶³¹ Rhys CLIFT, (The Phenomenon of Mediation: Judicial Perspectives and an eye on the future, The Journal of International Maritime Law, 15, 2009, s. 508-517), s. 511. (web: [http://www.cpradr.org/Portals/0/Resources/Articles/The%20phenomenon%20of%20mediation%20-%20judicial%20perspectives%20and%20an%20eye%20on%20the%20future%20\(JIML\).pdf](http://www.cpradr.org/Portals/0/Resources/Articles/The%20phenomenon%20of%20mediation%20-%20judicial%20perspectives%20and%20an%20eye%20on%20the%20future%20(JIML).pdf), erişim: 19.10.2016).

⁶³² Finansal hizmet sağlayıcı konumundaki yatırım kuruluşlarıyla yatırımcılar arasındaki sözleşmesel ilişkide, adillğin sağlanması bakımından yatırımcılara önerilebilecek en iyi finansal ürünü önermek, ortaya çıkabilecek hatalı uygulamalar neticesinde yatırımcıların mağduriyetlerini hızlı bir biçimde gidermek, her bir yatırım hizmetine ilişkin sözleşmede açıklığı sağlama, yatırımcıların taleplerini karşılarken esneklik, empati ve denk bir karşılığın alınması esaslarının göz önünde tutulması önem arz eder (CARTWRIGHT, s. 17). Öte yandan, Borsa üyeleri arasındaki sermaye piyasası uyuşmazlık türlerine örnek olarak, alım-satım işlemlerin tasfiyesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, menkul kıymetlerin veya fonların teslimine, hesapların devrine dair uyuşmazlıklar gösterilebilir (GRANT, s. 201).

§ 3. UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM MERKEZİ İLE DÜZENLEYİCİ OTORİTE ARASINDAKİ İLİŞKİ

I. İngiltere’de Finansal Ombudsman Hizmetinin Finansal Yönetim Otoritesiyle İlişkisi

İngiltere’deki Finansal Ombudsman Hizmeti⁶³³, düzenleyici otorite olan Finansal Yönetim Otoritesi’nden bağımsız olup, farklı ve ayrı bir fonksiyonu yerine getirir. Bununla birlikte, Finansal Yönetim Otoritesi’nin, Finansal Ombudsman Hizmeti’nin işleyişine ilişkin olarak belirli yönetsel yetkileri ve denetim yükümlülükleri bulunur⁶³⁴. Örneğin, Finansal Ombudsman Hizmeti’nin işleyiş kurallarının hazırlanması veya onaylanması, Finansal Ombudsman Hizmeti yönetim kurulu üyelerinin atanması ve görevlerinden alınması ve Finansal Ombudsman Hizmeti bütçesinin onaylanması hususları Finansal Yönetim Otoritesi’nin Finansal Ombudsman Hizmeti üzerindeki etkisini gösterir⁶³⁵. Finansal Ombudsman Hizmeti, düzenleyici otoriteden bağımsız olmakla birlikte, piyasanın sağlıklı işlemlerini sağlamak için onunla yakın ilişkili olarak çalışır⁶³⁶.

Bu kapsamda, düzenleyici otorite ile Finansal Ombudsman Hizmeti’nin görev ve sorumluluklarının sınırı açıkça çizilmeli ve kurumlar arasındaki bilgi akışının ne şekilde sağlanacağı belirlenmelidir. Bazı durumlarda, Finansal Ombudsman Hizmeti kapsamında değerlendirilmek üzere iletilen şikayetin etkileri sadece şikayetin taraflarıyla sınırlı kalmayacak olup, finansal sistemin bütünü açısından sonuç doğuracak nitelikte olabilir. Bu durumda, finansal ombudsman kurumu ile düzenleyici otorite bir araya gelerek konu hakkında bir düzenleme yapılmasına gerek olup

⁶³³ Finansal Ombudsman Hizmetinin oluşumu ve tarihçesi için bkz. **Judith SUMMER**, Insurance Law and the Financial Ombudsman Service, Great Britain 2010, s. 1-2.

⁶³⁴ **Nusret ÇETİN**, Sermaye Piyasalarında Yatırımcı Uyuşmazlıklarının Çözümüne Yönelik Türk ve İngiliz Modellerinin Karşılaştırılması, (GÜHFD, C. XIII, Y. 209, S. 1-2, s. 21-40), s. 31.

⁶³⁵ **SUMMER**, s. 38.

⁶³⁶ **Sharon GILAD**, Juggling Conflicting Demands: The Case of the UK Financial Ombudsman Service, (Journal of Public Administration Research and Theory 19 (3), 2009, s. 661-680), s. 661. (GILAD-Financial).

olmadığına karar verir⁶³⁷. Hukukumuz bakımından konu ele alındığında ise, Kamu Denetçiliği Kurumu düzenleyici otoritenin işlemlerine yönelik bir tavsiye kararı vermekle yetinmekte olup, Sermaye Piyasası Kurulu ile doğrudan bir istişare yapılmamaktadır.

Doktrinde Finansal Ombudsman Hizmeti'nin her zaman düzenleyici bir rol oynamadığı vurgulanmıştır⁶³⁸. Buna ilaveten, Finansal Ombudsman Hizmetiyle aynı çizgide olan *Lord Hunt* görüşünde, Finansal Ombudsman Hizmeti'nin yarı düzenleyici bir role büründüğünü varsaymaktan sakınması gerektiği çağrısında bulunmuştur⁶³⁹.

Detaylı olarak incelendiğinde, Finansal Ombudsman Hizmeti'nin faaliyetlerinde uygulamada ortaya çıkan duruma göre şekil alan düzenleyici bir rol oynadığı açıktır. Nitekim Finansal Ombudsman Hizmeti, erkenden uyarma görevini üstlenmekte ve kendi vakıa analizinde Finansal Yönetim Otoritesi'nin düzenleyici veya disiplin eylemi gerektirebilen modellerini belirlemektedir. Finansal Ombudsmanlık Hizmeti düzenli olarak kendi vakıa incelemesinde düzenleyici rehberlik ve sektöre ilişkin kuralları uygulamakta olup, söz konusu düzenlemeleri revize etmek suretiyle bağlayıcı yükümlülük haline çevirir. Ayrıca, Finansal Ombudsman Hizmeti, iş uygulama standartlarını geliştirmek için düzenlenen ikna edici örnekler külliyatı (*corpus*) oluşturmaya başlamıştır.

⁶³⁷ SUMMER, s. 39.

⁶³⁸ Philip E. MORRIS, The Financial Ombudsman Service and the Hunt Review: Continuing Evolution in The Dispute Resolution, The Journal of Business Law, Issue 8, 2008, s. 785-808), s. 790. Finansal Ombudsman Hizmeti'nin yarı-düzenleyici rol üstlendiği varsayımının karşısında yer alan tavsiye, *Hunt Görüşünde (Hunt Review)* yer alan detaylı kararlar yayımlamanın yanı sıra prensip ve örnekler kılavuzu geliştirilmesi önerisi ile çelişir gibi görünmektedir. Konuya ilişkin olarak, MORRIS, bu önerileri Finansal Ombudsman Hizmeti'nin karar verme sürecinin tutarlılığındaki eksikliklere ve yasal temellerden ayrı olarak belirlemeler yapabilme gücüne ilişkin özellikle neyin yasal ve makul olarak değerlendirileceğine dair nosyonlarla birlikte ortaya koymuştur (MORRIS, s. 792).

⁶³⁹ The Hunt Review, The Independent Review of the Financial Ombudsman Service, Opening Up, Reaching Out And Aiming High an Agenda for Accessibility and Excellence in the Financial Ombudsman Service, s. 12.

II. Borsa İstanbul'un Sermaye Piyasası Kurulu İle İlişkisinin Niteliği

Menkul kıymetler borsası, tek başına sermaye piyasasını ifade etmekten ziyade, sermaye piyasası içinde yer alan bir yapı olarak kabul edilmelidir⁶⁴⁰. Organize ve esas itibarıyla ikincil piyasaların temelini oluşturan borsalar, sermaye piyasası açısından özellikle menkul kıymetler borsaları, ülke ekonomisiyle yakından ilişkili olup, genel ekonomik durumun temel göstergelerinden biri olarak kabul edilir⁶⁴¹.

27.12.1985 tarihinden itibaren İstanbul Menkul Kıymetler Borsası adı altında faaliyet gösteren borsa, 30.12.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6362 sayılı SPKn'nun 138. maddesi uyarınca Borsa İstanbul A.Ş. (BİST, BİAŞ, Borsa) adını almıştır⁶⁴². Sermaye piyasamızda borsaları tek çatı altında toplayan BİST⁶⁴³, esas sözleşmesinin Kurulca hazırlanıp ilgili Bakanın onayı sonrasında 3 Nisan 2013 tarihinde doğrudan tescil ve ilan edilmesiyle faaliyet izni almıştır.

⁶⁴⁰ **Berna TANER/Cenk AKKAYA**, Sermaye Piyasası Faaliyet Alanı ve Menkul Kıymetler, Ankara 2009, s. 83.

⁶⁴¹ **Selman DURSUN**, Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, İstanbul 2010, s. 75.

⁶⁴² Çalışma konusu itibarıyla Borsa'nın en önemli görevi kendisine iletilen alım ve satım emirlerinden birbirine en uygun olan fiyatlı olanları eşleştirmektir. Bu ise Borsa'nın gelişmiş bilgisayar sistemleri aracılığıyla yapılabilmektedir. Bununla birlikte, anonim şirket şeklinde kurulan BİST esas sözleşmesinin “Şirketin merkezi” başlıklı 4 üncü maddesi uyarınca, BİST'in merkezi İstanbul'da bulunmakta olup, “Reşitpaşa Mahallesi Tuncay Artun Caddesi 34467 Emirgan/İstanbul” adresinde faaliyet göstermektedir. Dolayısıyla BİST'in veri depolayıcıları dahil tüm bilişim sistemi altyapısı İstanbul'da bulunmaktadır.

⁶⁴³ Borsa İstanbul'un görev ve yetkileri SPKn'nun 3 üncü maddesinin (ç) bendi gereğince, ‘Anonim şirket şeklinde kurulan, sermaye piyasası araçları, kambiyo ve kıymetli madenler ile kıymetli taşların ve Kurulca uygun görülen diğer sözleşmelerin, belgelerin ve kıymetlerin serbest rekabet şartları altında kolay ve güvenli bir şekilde alınıp satılabilmesini sağlamak ve oluşan fiyatları tespit ve ilan etmek üzere kendisi veya piyasa işleticisi tarafından işletilen ve/veya yönetilen, alım satım emirlerini sonuçlandıracak şekilde bir araya getiren veya bu emirlerin bir araya gelmesini kolaylaştıran, bu Kanuna uygun olarak yetkilendirilen ve düzenli faaliyet gösteren sistemleri ve pazar yerleri’ olarak tanımlanmaktadır. Bir ülkede menkul kıymetler borsasının varlığı, gelişmiş bir sermaye piyasasının göstergesi olmayabilir ancak sağlıklı bir sermaye piyasasından söz edebilmek için menkul kıymetler borsasının bulunması ve işlerliliği gerekli görülür.

Diğer bir deyişle, Borsa İstanbul⁶⁴⁴, İstanbul'un New York, Chicago, Frankfurt ve Tokyo gibi bir finans merkezi olma çalışmalarına katkıda bulunmak amacıyla kurulmuş ve bu amaca gerçekleştirilmesine yönelik olarak İzmir Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsası ile İstanbul Altın Borsası tek çatı altında BIST'te toplanmıştır⁶⁴⁵. Ayrıca Borsa İstanbul bünyesinde gerekli altyapıyı kurmak ve dünya borsalarıyla işbirliğine gidip stratejik ortaklıklar kurma çalışmaları yapılmakta olup, 20 Ocak 2014 tarihinde *NASDAQ OMX* ile Borsa İstanbul arasında stratejik işbirliği anlaşması imzalanmıştır. Bu anlaşma neticesinde, Borsa İstanbul bünyesindeki mevcut piyasa uygulamalarının ve teknolojik altyapının yenilenmesi planlanmaktadır⁶⁴⁶.

A. Borsa İstanbul'un İdare Hukuku Perspektifinden Sermaye Piyasası Kurulu İle İlişkisi

Sermaye Piyasası Kurulu tarafından SPKn'nun 37 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentleri kapsamında yatırım hizmetleri ve faaliyetlerinde bulunmak üzere faaliyet izni verilmiş olan yatırım kuruluşları ile diğer yetkili kurum ve otoriteler tarafından kuruluşuna veya faaliyetine izin verilenlerden Sermaye Piyasası Kurulu tarafından uygun görülenler borsalara üye olabilecektir⁶⁴⁷. İşte bu noktada, SPKn'nun 67 nci maddesinde verilen yetki gereğince uyumsuzlukları çözüme kavuşturan Borsa İstanbul tarafından üyeleri hakkında verilen kararın tarafsız olmayacağı uygulamada eleştirilmektedir.

⁶⁴⁴ Borsa İstanbul bünyesinde pay piyasası, borçlanma araçları piyasası, gelişen işletmeler piyasası, vadeli işlem ve opsiyon piyasası ve kıymetli madenler ve kıymetli taşlar piyasası olmak üzere beş temel piyasa bulunur.

⁶⁴⁵ İşlevi itibariyle Borsa İstanbul piyasanın denetimine belirli ölçülerde katılmakta olup, borsada düzeni ve disiplini bozanlar hakkında disiplin cezaları tesis edebilir. Ayrıca Borsa İstanbul'un denetim ve gözetimine dönük çalışmalarda alınan kararlar da, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin uygunluk bakımından ele alınabilir. Nitekim, üyeler hakkında verilen çıkarma kararları ile bir menkul kıymete ilişkin işlemlerin durdurulmasını da Borsa'nın uyguladığı bir tedbir olarak nitelendirmek mümkündür (**Reha TANÖR**, Türk Sermaye Piyasası, C. I, Taraflar, İstanbul 1999, s. 158).

⁶⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.borsaistanbul.com/bistechdestek?qepeihvxbmfbdgm> erişim: 12.3.2018.

⁶⁴⁷ Borsalar ve Piyasa İşleticilerinin Kuruluş, Faaliyet, Çalışma ve Denetim Esasları Hakkında Yönetmelik md. 24.

Kanımızca Borsa İstanbul, kendi üyelerinin tarafı olduğu bir uyuşmazlıkta vereceği kararın tarafsızlıktan uzak olması eleştirilerine karşın, Sermaye Piyasası Kurulu'nun bir itiraz mercii olarak Borsa Yönetim Kurulunun konuya ilişkin kararını denetlemesi İdari Mercilerce verilen karara oranla güveni artırmaktadır. Kaldı ki, BİAŞ Yönergesi'nin “*Katılma yasağı*” başlıklı 19 uncu maddesinin birinci fıkrası gereğince, Uyuşmazlık Komitesi üyelerinin kendilerini ve temsil ettikleri kuruluşları ilgilendiren konulara ilişkin komite çalışmalarına ve karar oylamalarına katılamayacağına ilişkin düzenlemenin Borsa İstanbul'un tarafsızlığın güçlendirilmesini sağlamayı amaçlayan bir düzenlemesi olarak kabul etmek mümkündür.

6362 sayılı SPKn md. 65, X gereğince, borsaların bu Kanunla verilen görev ve yetkileri kendi sorumlulukları altında bağımsız olarak yerine getireceği ve kullanacağı hükme bağlanmıştır. Anılan hüküm ile borsaların yönetsel anlamda bağımsızlığı açık olarak düzenlenmiştir. Borsa İstanbul her ne kadar bir özel hukuk tüzel kişisi olsa dahi, sermaye piyasası zincirindeki aktif rolü onun kamusal bir yapıya ve kamusal bir denetime tabi olmasını da beraberinde getirir⁶⁴⁸. Anılan denetimin bir yansıması olarak, Borsa İstanbul tarafından sermaye piyasası uyuşmazlıklarına dair verilen kararlar SPK denetimine tabidir. Bu kapsamda, Borsa İstanbul-Sermaye Piyasası Kurulu ilişkisinin halen bazı yönleriyle idare hukuku kavram ve kurallarına tabi olduğunu söylemek mümkündür.

B. Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği'nin Sermaye Piyasası Kurulu ile İlişkisi

Sermaye Piyasası Kanunu ile 2001 yılında kurulmuş olan Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği (TSPB, eski adıyla Türkiye Sermaye Piyasaları Aracı Kuruluşlar Birliği) kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşudur. Sermaye piyasası alanında faaliyet gösteren yatırım kuruluşlarının üyesi bulundukları meslek kuruluşu olan Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği'nin bu alanı düzenleyen ve denetleyen kamu

⁶⁴⁸ Ezgi AVCIOĞLU AKSOY, Borsa İstanbul, (İdare Hukuku Açısından Sermaye Piyasası, Editör: Meltem KUTLU GÜRSEL, Ankara 2016, s. 175-205), s. 201.

otoritesi olan Sermaye Piyasası Kurulu ile ilişkilendirilerek aralarında bir vesayet ilişkisi kurulmuştur⁶⁴⁹.

Sermaye Piyasası Kurulu'nun TSPB işlem ve hesaplarına dair inceleme yetkisi; '*onaylama*', '*bozma*', '*yürürlüğünü erteleme*' gibi yetkileri içerir. Doktrinde TSPB işlem ve eylemleri üzerinde kanun ile getirilen idari vesayet yetkisinin, hiyerarşik denetime evrilmemesi ve kuruluşların özerkliğini ortadan kaldıracak bir uygulamanın yapılmaması gerektiği belirtilmiştir⁶⁵⁰.

§ 4. SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIĞINI ÇÖZMEYE YETKİLİ KURUMLAR

I. İngiliz Hukukunda Finansal Ombudsmanlık Sistemi Uygulaması

A. Genel Olarak

Ombudsmanlık sistemi yasal düzenlemelerin bir parçası olarak, finansal hizmetlerde yatırımcı güvenini desteklemek amacıyla oluşturulmuştur⁶⁵¹. Finansal Ombudsman Hizmeti 2000 yılında kanunlaştırılan Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu⁶⁵² kapsamında kurulan dört kurumdan birisi olup, anılan kanunla ortaya çıkan

⁶⁴⁹ **Melikşah YASİN**, Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri, Ankara 2002, s. 178.

(YASİN-Sermaye Piyasası).

⁶⁵⁰ **Ezgi PALAS DAĞLI**, Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği, (İdare Hukuku Açısından Sermaye Piyasası, Editor; **Meltem Kutlu GÜRSEL**, Ankara 2016, s. 391-412), s. 405.

⁶⁵¹ **MERRICKS**, s. 135.

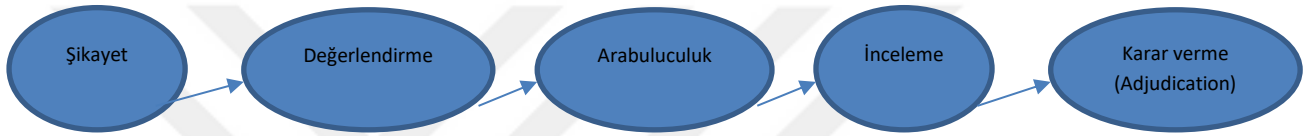
⁶⁵² Finansal Ombudsman Hizmeti, 2000 tarihli Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu ve 2006 tarihli Tüketici Kredisi Kanunu uyuşmazlık çözüm planı olarak oluşturulmuştur. Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu'nun 226 ncı maddesinde Finansal Ombudsman Hizmeti'nin zorunlu yetki alanı; anılan Kanun'un 227 nci maddesinde ise Finansal Ombudsman Hizmetinin gönüllü yetki alanı hükme bağlanmıştır (**Caroline MITCHELL**, The Financial Ombudsman Service -A Fair and Reasonable Alternative to the Court, (European Journal of Commercial Contract Law, 2011-3/4, s. 65-74), s. 66. (web:<http://www.ingentaconnect.com/content/plp/ejcl/2011/00000003/F0020003/art00001?crawler=true&mimetype=application/pdf>, erişim:10.8.2017).

diğer kurumlar Finansal Hizmetler ve Piyasalar Mahkemesi, Finansal Hizmet Tazmin Merkezi ve Finansal Hizmetler Otoritesidir⁶⁵³.

B. Kademeli Uyuşmazlık Sisteminin Benimsenmesi

Finansal Ombudsmanlık Hizmeti aşağıdaki şekilde yer verileceği üzere esas olarak (i) yatırım kuruluşunca şikâyetin değerlendirilmesi (ii) çağrı merkeziyle iletişime geçme (iii) şikâyet değerlendiricisinin uyuşmazlığı değerlendirmesi⁶⁵⁴ ve arabuluculuk (iv) ombudsman kararı şeklinde tezahür eder⁶⁵⁵.

Şekil 3: Finansal Ombudsman Hizmeti'nin Ombudsman Kararı Öncesinde Şikayeti Ele Alma Süreci



Anılan şekilden anlaşılacağı üzere, finansal ombudsman hizmeti, finansal ombudsman tarafından uyuşmazlığın incelenmesinden evvel birkaç kademedен oluşacak şekilde tasarlanmıştır⁶⁵⁶. Şikayetin⁶⁵⁷ finansal ombudsman hizmeti

⁶⁵³ MERRICKS, s. 135.

⁶⁵⁴ Finansal uyuşmazlıkların yaklaşık %90'ı nihai karar verilmesi için ombudsmana başvurulmaksızın, şikâyet değerlendiricisi evresinde sonuçlandırılır (**Sharon GILAD**, Accountability or Expectations Management? The Role of Ombudsman in Financial Regulation, (Law and Policy, Vol: 30, Issue 2, April 2008, s. 227–253), s. 233. (GILAD-Ombudsman).

⁶⁵⁵ SCHWARCZ, s. 28.

⁶⁵⁶ Şikâyetin esasına ilişkin ombudsmanlık kurumu nezdinde yapılan iç değerlendirme, adil ve makul olana atıfta bulunarak uyuşmazlıkların çözümü için kanuni yetki bağlamında büyük önem taşır (**BENÖHR**-Disputes in Financial Services, s. 261). Mahkemelerin hiçbir şekilde müdahalede bulunamaması yaklaşımı, Ombudsman kararlarının (*determination*) etkisini güçlendirilmesine ve özellikle finansal hizmet alanında faaliyet gösteren kuruluş karşı verilen kararların nihailiğini artırma amacına hizmet eder. (**GILAD**-Financial, s. 666). Aynı zamanda, tüketiciler şikâyetlerinin hem şikâyet değerlendiricisi (*adjudicator*) hem de ombudsman tarafından değerlendirilmesinin faydalarından yararlanmış olur.

⁶⁵⁷ Finansal Ombudsman Hizmetine iletilen şikâyetler genel olarak; bankacılık ve kredi (cari hesap, kredi kartları, rehin/ipotek, teminatsız kredi, tüketici kredisi ürünleri ve hizmetleri, mevduat hesabı ve diğer bankacılık hizmetleri), sigortacının avans ödemesi (*production payment*), araba sigortası, bina

tarafından değerlendirilebilir nitelikte olduğunun tespiti sonrasında, şikayet öncelikle müşteri iletişim birimi tarafından ele alınır. Şikayetçiye uyuşmazlık hakkında gerekli bilgilerin verilmesini müteakip bilgi eksikliğine bağlı olarak ortaya çıkan veyahut hukuken dayanağı bulunmayan şikayetler bu evrede çözülür⁶⁵⁸.

Şikayet değerlendiricisinin uyuşmazlığı ele alma yöntemi şikayetin niteliğine göre değişiklik göstermekle birlikte, uyuşmazlık öncelikle arabuluculuk ve uzlaşma yöntemleriyle çözüme kavuşturulmaya çalışılır⁶⁵⁹. Şikayet değerlendiricisi yatırımcının şikâyetini ilgili bilgi ve belgeleri toplamak ve anılan belgeleri tahkik etmek suretiyle inceler⁶⁶⁰. Finansal ombudsman ise, şikayetçi veya yatırım kuruluşunca şikayet değerlendirici tarafından alınan kararın gözden geçirilmesi talebi üzerine devreye girer⁶⁶¹. Bununla birlikte, finansal ombudsman kararına karşı itiraz

sigortası, seyahat sigortası, gelir koruması, mahkeme masrafları, özel sağlık ve diğer sigorta hususları; yatırım ve emeklilikler [hayat boyu poliçeleri ve tasarruf bağışları/teberrü (*savings endowments*), bireysel emeklilik planları, borsa aracılığı (*stockbroking*), kara iştirakli tahviller, portföy yönetimi, garanti edilen gelir tahvilleri, yıllık gelir sigortası (*annuities*) ve bireylerce kendi kendine yapılan yatırım emeklilikleri (*self-invested pensions*), türev araçları, yapılandırılmış finansal ürünler ve hayat sigortası (*endowment*) gibi diğer finansal ürünlerden kaynaklı hususları kapsar (**FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER**, Financial Services: Investigations and Enforcement, Great Britain 2014, s. 519). Financial Ombudsman Service (2009-2010) Annual Review 2009/2010. Bkz. www.financial-ombudsman.org.uk/publications/ar10/ar10.pdf erişim:14.3.2018.

⁶⁵⁸ POLAT-Ombudsman, s. 22.

⁶⁵⁹ Şikayet Değerlendirici uyuşmazlığı telefon yoluyla çözümleyebileceği gibi daha nitelikli uyuşmazlıklarda taraflara konuyla ilgili görüş ve çözüm önerisini içeren yazılı bir bildirimde bulunulur (POLAT-Ombudsman, s. 29). 2004 yılında yapılan araştırmada 400'ün üzerinde şikayet değerlendiricisinin Finansal Ombudsman Hizmeti kapsamında görev aldığı belirlenmiştir (GILAD-Ombudsman, s. 232). MERRICKS, Finansal Ombudsman Hizmeti personeli tarafından şikayet başvurusu alınır alınmaz esasa ilişkin araştırmaların ve taraflara uyuşmazlığın muhtemel sonuçlarına ilişkin ilk kanaatlerini paylaşması, tarafsız erken değerlendirme tekniği olarak nitelendirilmiştir (MERRICKS, s. 137).

⁶⁶⁰ SCHWARCZ, s. 30.

⁶⁶¹ Finansal Ombudsman Hizmeti tarafından çözüme kavuşturulan uyuşmazlıkların çoğu uzlaşma ve hüküm verme sürecinde çözüme kavuşturulurken, şikâyet değerlendiricisi (*adjudicator, low-level complaint handlers*) ve ombudsmanları içeren çok aşamalı uyuşmazlık çözümüne ilişkin yapı Finansal

edilmek suretiyle uyuşmazlığın başka bir ombudsman incelemesine tabi tutulabilmesi mümkün değildir⁶⁶².

C. Finansal Ombudsman Hizmeti'nin Gözetimi

2000 tarihli Finans Hizmetleri ve Piyasalar Kanunu uyarınca, hem sistem işleticisi hem de Baş Ombudsman'ın Finansal Yönetim Otoritesi'ne işlevlerini nasıl yerine getirdiklerine dair yıllık bir plan sunmaları gerekmektedir. Finansal Yönetim Otoritesi ve Finansal Ombudsman Hizmeti arasındaki anlayışa ilişkin mutabakat zaptı aşağıdaki hususları belirlemektedir⁶⁶³:

- Finansal Ombudsman Hizmeti, sistemin yürütümüne ilişkin yasal yükümlülüklerini yerine getirebilmek için Finansal Yönetim Otoritesi'nin talep ettiği bilgileri sunacaktır⁶⁶⁴.

- Finansal Ombudsman Hizmeti rutin bir şekilde Finansal Yönetim Otoritesi'ne, ilgilenilen şikayetlerin çeşit ve sayısına ilişkin düzenli olarak bilgi verecektir⁶⁶⁵.

- Tereddütlerin olduğu durumlarda, Finansal Ombudsman Hizmeti tarafından finansal hizmetler alanında faaliyet gösteren bir kuruluşun şikayetlerle ilgilenmesinde görülen aksaklıklara ve Finansal Yönetim Otoritesi'nin harekete geçmesini gerektiren diğer hususlara ilişkin Finansal Yönetim Otoritesi'ne bilgi verilecektir⁶⁶⁶.

Ombudsman Hizmeti prosedürlerinde kurum içerisinde etkin bir “iç denetim” niteliğinde ifade edilen aşamayı sağlar (ANDREOTTI, s. 121-122).

⁶⁶² POLAT-Ombudsman, s. 30.

⁶⁶³ 2006 tarihli Tüketici Kredisi Kanunu uyarınca, Finansal Ombudsman Hizmeti ve Adil Ticaret arasında birbirleriyle örtüşen inceleme yetkisine ve ayrıca 1998 tarihli Rekabet Yasası'nın, Girişim 2002 Yasası'nın Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Koşullar-1999 Düzenlemeleri uyarınca ve Finans Hizmetleri ve Pazarları 2002 Yasasının belirli hükümleri uyarınca rekabetle ve finans hizmetleri firmalarıyla alakalı olduğundan, benzer bir memorandum mevcuttur. Yukarıda belirtilenlere paralel hükümler, memorandumumun 13 (a), 13 (d), 14, 19 (a), 19 (b), 19 (c) ve 19 (d) paragraflarında sırasıyla yer almaktadır.

⁶⁶⁴ Mutabakat Zaptının “İşbirliği” başlıklı 14 (e) maddesi.

⁶⁶⁵ Mutabakat Zaptının “İşbirliği” başlıklı 14 (c) maddesi.

⁶⁶⁶ Mutabakat Zaptının “Bilgi Paylaşımı” başlıklı 19 (c) maddesi.

Bu kapsamda, İngiliz hukukunda Finansal Yönetim Otoritesi ve Finansal Ombudsman Hizmeti arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi mutabakat zaptıyla ayrıntılandırılmış iken, hukukumuzda sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümüne ve bilgi akışına dair taleplerin yerine getirilmesi genel düzenlemeler ve kurumsal ilişkiler vasıtasıyla yürütülmektedir.

II. Türk Hukukunda Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarının Yetkili Kuruluşlarca Çözümü

Mevzuatımızda 6362 sayılı SPKn'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, bazı kanunlarda uyuşmazlıkların yetkilendirilmiş olan kuruluşlar tarafından çözümlenmesine yönelik hükümler öngörülmüştür⁶⁶⁷. Örneğin, Mülga 91 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 13 üncü maddesine göre⁶⁶⁸, borsa üyeleri arasındaki borsa işlemlerinden doğan ihtilafların çözüm mercii Borsa Yönetim Kurulu'dur⁶⁶⁹. Borsa Yönetim Kurulu kararlarına karşı Sermaye Piyasası Kurulu itiraz mercii olarak tayin edilmiştir. Borsa Yönetmeliğinde aracılar arasında ortaya çıkan ve borsa işleminden kaynaklanan uyuşmazlıkların zorunlu olarak Borsa bünyesinde çözümlenmesi gerekir⁶⁷⁰. Doktrinde *Ulusoy*, borsa uyuşmazlıklarının Borsa Başkanlığı aracılığıyla çözümünü tahkim usulü çerçevesinde gerçekleştirileceği şeklinde değerlendirmiştir⁶⁷¹.

Bununla birlikte, Danıştay İdari Davalar Genel Kurulu'nun 26.6.1988 tarih ve E.1998/355, K.1998/277 sayılı kararında, 91 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) md. 13 düzenlemesinin, Sermaye Piyasası Kanunu'nda herhangi bir biçimde tahkim usulünü öngörmediği, kaldı ki Sermaye Piyasası Kurulu'nun kamu hizmeti görevi çerçevesinde inceleme görevini yerine getirdiği şeklinde değerlendirmede bulunulmuştur⁶⁷².

⁶⁶⁷ **EKŞİ**-HMK Tahkim, s. 47. Aynı yönde bkz. ÖZBEK'e göre de, Borsa Yönetim Kurulu'nu ADR yollarından idari veya kanuni mercilerce gerçekleştirilen uyuşmazlık çözüm yöntemine benzetmek mümkündür (ÖZBEK-C. II, s. 982).

⁶⁶⁸ 6.10.1983 tarih ve 18183 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁶⁶⁹ **YASİN**-Sermaye Piyasası, s. 173.

⁶⁷⁰ **KONURALP/KONURALP**, s. 604.

⁶⁷¹ **Erol ULUSOY**, Finans Hukukunda Tahkim, (II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", 14 Şubat 2009, Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, s. 203-251), s. 246-248.

⁶⁷² **TURAN**, s. 20.

Buna ilaveten, Borsa üyeleri ile yatırımcılar arasındaki uyuşmazlıklar bakımından da Borsa Yönetim Kuruluna başvurulabilecektir. Anılan türdeki uyuşmazlıklar bakımından adli yargıya başvurma imkanı saklı tutulmuş olup, aynı yaklaşımın 6362 sayılı SPKn'da da benimsendiği görülür. Bu kapsamda, borsa uyuşmazlıklarının çözümünde kullanılan uyuşmazlık çözüm metodunun arabuluculuk yönteminden tamamen bağımsız olduğu, ombudsman yöntemiyle benzerlikler taşıdığını söylemek mümkündür.

Uyuşmazlıkların Borsa kanalıyla çözümlenmesindeki temel amaç, yatırımcıların yapmış oldukları sermaye piyasası işlemlerinin ekonomik gayesini kaybetmeden uyuşmazlığın konuya ilişkin uzman kişiler tarafından en hızlı şekilde çözülmesidir. Bu yöntemle, özel hukuk ilişkisinden doğan ve borsada gerçekleştirilen her türlü işlemin nihai çözüm yerinin idari yargı olarak belirlenmesi gibi bir sonucun hedeflenmediği ortadadır.

Kanımızca, uyuşmazlıkların çözümünde, Borsa Yönetim Kurulunun yargısal bir faaliyette bulunmadığını da vurgulamak gereklidir. Görüldüğü gibi, burada sermaye piyasası alanında teknik anlamda olmamakla birlikte, alternatif bir uyuşmazlık çözüm mekanizması oluşturulmuştur. Bu suretle yatırımcının talebinin haklı olması halinde, yargı mercilerine başvuruda bulunulmasında lüzum kalmaksızın yatırımcı haklarının korunması hedeflenmiştir⁶⁷³.

III. Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarında Yetkilendirilen Kuruluşların Yatırımcı Güvenine Katkısı

Türkiye'de konuya ilişkin somut bir çalışma bulunmamakla birlikte, sermaye piyasası uyuşmazlıkları hakkında Borsa İstanbul veya TSPB tarafından verilen kararın nitelik itibarıyla İngiltere'deki Finansal Ombudsman Hizmetiyle benzerlikler taşıdığını söylemek mümkündür. Anılan hususa yönelik olarak, Finansal Ombudsman Hizmetine dair yapılan çok sayıda bağımsız incelemenin sonuçlarına göre, erişilebilirliği, şikâyet değerlendiricisinin (*adjudicator*) yetkinliği ve şikâyetçiye karşı

⁶⁷³ TEVETOĞLU, s. 321.

hiçbir önyargı olmaksızın gelişen karar verme aşamasının bütününde finansal istikrara katkıda bulunduğu ortaya çıkmıştır. Birleşik Krallıkta *Oxera Consulting Ltd. (OXERA) İncelemesi*⁶⁷⁴, Kanunun rekabet üzerinde olumlu etki yarattığı ve özellikle de Finansal Ombudsman Hizmeti ve Finansal Hizmetler Tazmin Sisteminin (*Financial Services Compensation Scheme*) tüketici güvenini arttırdığı için faydalı oldukları sonucuna varmıştır.

Sermaye piyasası uyuşmazlıklarının yetkilendirilen kuruluşlar tarafından ele alınması, uyuşmazlık çözüm sürecinin yatırımcılara sunduğu eşit şartlar nedeniyle, hukuk mahkemelerinde böylesi tazmin talepleriyle sürekli karşılaşmasına bağlı olarak yatırım kuruluşları tarafından faydalanılan bazı avantajları tüketici lehine dengelemektedir⁶⁷⁵. Diğer bir çalışma ise, Finansal Ombudsman Hizmeti sürecinin tüketicinin beklentilerine yönetilmesini aktif olarak içerdiğini ortaya koymuştur, ki bu nihayetinde eğer sonuç tüketicinin lehine olmasa dahi şikayet sürecinde tüketici güvenini arttırabilecektir⁶⁷⁶.

§ 5. TÜRK HUKUKUNDA SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARININ ALTERNATİF YÖNTEMLERLE ÇÖZÜMÜ

Türk hukukunda uygulanma alanı bulan ombudsman ya da kamu denetçisi hukuki niteliği itibariyle bir denetim kurumu olup, yalnızca şikayet üzerine uyuşmazlığı ele almakta ve uzlaştırma amaçlı inceleme ve denetim yapmaktadır⁶⁷⁷. 14.06.2012 tarihinde kanunlaştırılan 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ile, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını, adalet, insan haklarına saygı, hukuka uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve yine idareye

⁶⁷⁴ Finansal Hizmetler ve Piyasalar Yasası-2000'in iki yıllık incelemesine göre, Adil Ticaret Bürosu, Yasanın finansal hizmetlerdeki rekabet üzerindeki etkisini derinlemesine değerlendirme görevini üstlenmek için OXERA'yı kullanmıştır. İnceleme temyiz mekanizması fikrini reddetmiş olmakla birlikte, mahkemeye götürülen emsal davalara yönelik hükümlerin olabilirliğini incelemiştir. Emsal dava mekanizmasının bu inceleme sonucunda ortaya çıktığı görülmektedir.

⁶⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. GILAD-Ombudman, s. 227-253.

⁶⁷⁶ ALI, s. 63.

⁶⁷⁷ ERDİNÇ, s. 49-68.

önerilerde bulunmak üzere, Kamu Denetçiliği Kurumu başlığı altında yeni bir denetim kurumu ihdas edilmiştir⁶⁷⁸.

Kanımızca, Türkiye’de ombudsmanlık (kamu denetçiliği) kurumunun oldukça yeni olmasına bağlı olarak henüz klasik ombudsmanlık müessesesinin gelişme evresindedir. Bunun sonucunda, ülkemizde henüz sektörel bazda bir ombudsmanlık türü bulunmayıp, özel kurum ve şirketlerin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan sermaye piyasası uyuşmazlıkları Kamu Denetçiliği Kurumu nezdinde incelenmez.

I. Kamu Denetçilerince Verilen Kararların Sermaye Piyasası Mevzuatına Etkisi

Ülkemizde, ombudsmanlık sisteminin işleyişine ilişkin olarak İngiltere’nin aksine, finans sektörü, emeklilik, sigorta, telekomünikasyon gibi alanlardaki şikayetleri incelemekle yetkili ombudsman kurumları bulunmaz⁶⁷⁹.

Bireyler tarafından, yargı makamlarına intikal ettirilen uyuşmazlıklarda konuyla ilgili ombudsman kararının ileri sürülmesi, uyuşmazlığın davacı taraf lehine sonuçlanmasına katkıda bulunacağı şüphesizdir. Teknik anlamda yatırımcı uyuşmazlığı kapsamında olmamakla birlikte, yatırımcıların uğradıklarını iddia ettikleri hak kayıplarına ilişkin uyuşmazlıklarda, Kamu Denetçiliği Kurumu’nun Şikayet No:2013.1501 ve 31.1.2014 tarihli kararında, “...sermaye piyasası mevzuatındaki kaydileştirme uygulamasının, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin mülkiyet hakkına ilişkin hükümlerine ve Sermaye Piyasası Kanunu’nun amacı ile temel ilkelerine aykırılık oluşturduğu için 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 13 üncü maddesinin 4 üncü fıkrasına ilişkin olarak, söz konusu 7 yıllık sürenin bitiminden itibaren yapılacak olan hisse senedi satışlarının tüm bilgileri ile Yatırımcı Tazmin Merkezi tarafından takip edilmesi ve bu pay senetleri

⁶⁷⁸ Ombudsman denetim biriminin görevi, hesap incelemesi yapan Sayıştay’dan oldukça farklı olup, daha çok TBMM Dilekçe Komisyonu ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu’nun çalışma alanına giren konuları kapsamaz (**Selahattin TUNCER**, Kamu Denetçiliği Kurumu Yasası Yürürlüğe Girdi, (Yaklaşım Dergisi, Y: 14 S: 168, Aralık 2006, s. 9-15), s. 15).

⁶⁷⁹ **Şükrü Mert KARCI**, Ombudsman İskandinav Modelleri ve Türkiye Uygulaması, Ankara 2016, s. 89.

üzerindeki mülkiyet haklarının herhangi bir zamanda ispat edilmesi durumunda hak sahibine gerekli hak iadesinin yapılmasına olanak sağlayacak yeni bir yasal düzenleme yapılması için gerekli çalışmaları yapması hususunda Sermaye Piyasası Kurulu'na tavsiyede bulunulması...” önerilmiştir.

Kamu Denetçiliği Kurumu’nun anılan kararında, “... 26. Diğer taraftan, şikayetçi ve şikayetçi ile benzer durumda bulunan kişilerin söz konusu pay senetlerinin, "kaydileştirme işleminin" belli bir süre içerisinde tamamlanması ile sermaye piyasasının daha etkin ve güvenli işleminin sağlanması amaçlandığından anılan işlemde kamu yararının bulunduğu anlaşılmakta olup, tesis edilen işlemde hakkaniyete de aykırılık bulunmadığı” sonucuna varılmış olsa dahi, konunun Anayasa Mahkemesine intikal ettirilmesi neticesinde Anayasa Mahkemesi’nin 12.11.2015 tarih ve 29530 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 22.10.2015 tarih ve E.2015/29, K.2015/95 sayılı kararıyla Anayasa’nın 13 üncü ve 35 inci maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir⁶⁸⁰. Bu kapsamda, yatırımcı başvurusu sonrasında Kamu Denetçiliği Kurumunca verilen karar doğrudan etki çözüme kavuşturulmamakla birlikte, yatırımcı şikayetinin çözümüne katkı sunar.

II. Mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Uyarınca Borsa Uyuşmazlıklarının Çözümüne Kavuşturulması

28.7.1981 tarih ve 2499 sayılı mülga Sermaye Piyasası Kanunu’nun (Mülga SPKn) “Borsalar ve Teşkilatlanmış Diğer Borsalar” başlıklı 40 ncı maddesi uyarınca “Sermaye piyasası araçlarının işlem göreceği borsalar, özel kanunlarında yazılı esaslar çerçevesinde teşkilatlanarak, menkul kıymetlerin ve diğer sermaye piyasası araçlarının güven ve istikrar içinde serbest rekabet şartları altında kolayca alınıp satılabilmesini sağlamak ve oluşan fiyatları tespit ve ilan etmekle yetkili olarak kurulan kamu tüzel kişiliğini haiz kurumlardır.”

⁶⁸⁰ Bkz: web: <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/11/20151112.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/11/20151112.htm> erişim: 15.12.2016.

Menkul kıymetlerin güven ve istikrar içinde işlem görmesi için menkul kıymetler borsalarının açık, düzenli ve dürüst çalışmasını sağlamak üzere; kuruluş, yönetim, çalışma esasları ve denetlenmelerini düzenlemek suretiyle sermaye piyasasının ekonomik gelişmede etkin bir rol oynamasını sağlamak amacıyla 6.10.1983 tarihli ve 18183 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 91 sayılı Menkul Kıymetler Borsaları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin "*İhtilaflar*" başlıklı 13. maddesinde;

"Borsa üyeleri arasındaki borsa işlemlerinden doğan ihtilafların hal mercii Borsa Yönetim Kurullarıdır. Borsa Yönetim Kurullarının kararlarına karşı Sermaye Piyasası Kurulu'na itirazda bulunulabilir. Sermaye Piyasası Kurulu'nun bu ihtilaflar konusundaki kararları nihaidir.

Borsa üyeleri ile müşterileri arasındaki ihtilaflar için de Borsa Yönetim Kurullarına başvurulabilir. Bu tür ihtilaflar için tarafların yargı mercilerine başvurma hakları saklıdır."

hükmü yer alır. 91 sayılı KHK'nın 9. maddesine dayanılarak hazırlanan 2.10.1984 tarihli ve 84/8581 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmeliğini yürürlükten kaldıran Menkul Kıymet Borsalarının Kuruluş ve Organlarına İlişkin Yönetmelik⁶⁸¹'in "*Yönetim kurulunun görev ve yetkileri*" başlıklı 14. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde, "*Borsa işlemlerinde çıkabilecek uyuşmazlıkları inceleyerek sonuçlandırmak*" borsa yönetim kurulunun görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

91 sayılı KHK'nın 11 inci maddesine dayanılarak çıkarılan ve İstanbul Menkul Kıymetler Borsası (İMKB) kuruluş ve çalışma esas ve kurallarının belirlendiği 19.2.1996 tarihli ve 22559 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan İMKB Yönetmeliği'nin 42. maddesinde Borsa üyeleri arasında veya Borsa üyeleri ile müşterileri arasında

⁶⁸¹ 26.4.2012 tarih ve 28275 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların bu Yönetmelikte belirtilen usul ve esaslar içinde çözümleneceği belirlendikten sonra, Yönetmeliğin 43. maddesinde,

“Borsaya getirilen uyuşmazlıkların çözümlenmesinde, Yönetim Kurulu yetkilidir; bu konuda, Yönetim Kuruluna Uyuşmazlık Komitesi yardımcı olur.

Yönetim Kurulunun kararlarına karşı SPK’ya itiraz edilebilir. SPK’nın uyuşmazlıkları çözümlemeye dair kararları nihaidir. Bu kararlara karşı idari yargı mercilerine başvurulabilir.”

şeklinde düzenlemeye yer verilmek suretiyle uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Dolayısıyla, borsa üyeleri ile müşterileri ve borsa üyelerinin kendi aralarında, borsa işlemlerinden doğan tüm uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin İMKB yönetim kurulu kararları üzerine Kurul’a itiraz edilmekte olup, konuya ilişkin Kurul kararı aleyhine idari yargıda dava açılmaktaydı.

III. 558 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname Kapsamında Uyuşmazlık Çözümü

Mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda değişiklik yapan, ancak Anayasa Mahkemesi’nin 24.11.1995 tarih ve 22473 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 13.11.1995 tarih ve E.1995/45, K.1995/58 sayılı kararı ile iptal edilen 558 sayılı KHK’de⁶⁸² uyuşmazlıkların çözümlenmesiyle ilgili olarak da hükümler bulunmakta idi. Buna göre, halka açık anonim ortaklıkların, Kanun’un 7 nci, 15 nci ve 16/a maddesinde düzenlenen hususlarla, sermaye piyasası kurumlarının borsa işlemleri dışındaki sermaye piyasası faaliyetleri nedeniyle taraf oldukları uyuşmazlıklarda tarafların, tahkim yoluyla çözüm için yazılı olarak Kurul’a başvurabilecekleri, başvurunun, uyuşmazlığa konu olayın öğrenilmesini izleyen üç ay ve her halükarda olayın gerçekleşmesini izleyen bir yıl içinde yapılmasının zorunlu olduğu ve Kurul’un incelemenin tamamlanması için verilen süreler hariç, başvuruyu izleyen altı ay içinde karar vermek zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır.

⁶⁸² Bakanlar Kurulu’nun 8.6.1995 tarih ve 4113 sayılı Yetki Kanunu’na dayanarak çıkan ve 27.6.1995 tarih ve 22326 sayılı RG’de yayımlanan 558 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi hem yetki kanununu hem de KHK’yi iptal edilmiştir.

Ayrıca aynı maddede tarafların doğrudan doğruya adli yargı yoluna başvurularının mümkün olduğu, Kurulun kararlarına karşı Kararnamenin yürürlükte olduğu dönemde yürürlükte olan HUMK'nun 532 ve 533'ncü maddeleri uyarınca kararın tebliğini izleyen 15 gün içinde Yargıtay'a başvurulabileceği de hüküm altına alınmıştı. Kurula, aracılardan arasında ve borsa işleminden kaynaklanan uyuşmazlıkların dışında olma şeklinde iki ölçütle sınırlandırılarak verilen bu uyuşmazlık çözüm yetkisinin tatbikinde uygulanması gerekli olan usul ve esasların yanı sıra tahkim masraflarının tahsil ve miktar yöntemlerinin belirlenmesi bakımından da Kurul tarafından bir yönetmelik çıkarılarak konunun düzenlenmesi öngörülmüştü⁶⁸³. Ancak söz konusu düzenlemenin Anayasa Mahkemesince iptali neticesinde böyle bir yönetmeliğin yürürlüğe girmesi mümkün olamamıştır.

Öte yandan, gelişmekte olan piyasamızda karşılaşılan uyuşmazlıkların borsa işlemlerinden kaynaklananları İMKB tarafından seri bir şekilde çözümlenmekteydi. Ancak, ABD Hukukunda olduğu gibi yatırımcıların mahkemeye başvurmadan evvel tahkime gitmesi için yatırım kuruluşlarının müşterileri ile yaptıkları sözleşmeye tahkim şartı koyma konusunda teşvik edilmesi gerekmektedir. Böylece yalnızca sözleşmede böyle bir hüküm bulunduğu hallerde, yatırımcı uyuşmazlıkla ilgili olarak doğrudan tahkim yoluna başvuracak ve uyuşmazlık daha uzman bir kurul tarafından çözümlenmiş olacaktır⁶⁸⁴. Bu noktada, yatırımcının 'tüketici' olarak addedildiği durumlarda sözleşmeye tahkim şartının konulmuş olması halinde, bu maddenin haksız şart olarak nitelendirilmesi olasıdır. Böylesi bir halde, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 30 uncu maddesiyle kurulan Sigorta Tahkim Komisyonunda benimsenen çözüm metodunu uygulamak mümkündür⁶⁸⁵. Zira, uyuşmazlığın temelini

⁶⁸³ TEVETOĞLU, s. 310.

⁶⁸⁴ Hamdi YASAMAN, Sermaye Piyasası ve Menkul Kıymetler Borsası ile İlgili Bazı Hukuki Sorunlar, İMKB ve TKHD tarafından ortak olarak düzenlenen Ekonomik ve Hukuki Açısından Sermaye Piyasası ve Menkul Kıymetler Borsası, 1996.

⁶⁸⁵ TOPUZ, s. 21-22. Sigorta tahkimine başvuru sahibinin niteliği bakımından gerçek ya da tüzel kişi, tacir veya tüketici olması arasında herhangi bir fark bulunmaz (Ali Cem BUDAK, Sigortacılık Kanununda Tahkim: Sigortacılık Kanunu'nun 30. Maddesi, HMK'nun Yürürlüğe Girmesi ve 6327

oluşturan sözleşmede tahkim şartı haksız olarak nitelendirilerek geçersiz kabul edilse dahi⁶⁸⁶, tahkim usulünden yararlanma konusunda yatırımcıya imkan tanınmalıdır.

Anılan dönemde, söz konusu KHK'nın Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi nedeniyle “*borsa işlemi*” dışındaki uyuşmazlıklarda tarafların tahkim için konusunda uzman bir kuruluşa başvurma imkanı kalmamıştır⁶⁸⁷.

IV. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Kapsamında Uyuşmazlıkların Çözümü

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun “*Uyuşmazlıkların çözümü ve borsa işlemlerinin gözetimi*” başlıklı 70, I maddesi uyarınca, sermaye piyasasının daha etkin ve adil bir şekilde işleyebilmesi amacıyla ihtilafların çözümünde Borsa İstanbul yetkili kılınmıştır.

Kanımızca, Borsa İstanbul tarafından gerçekleştirilecek sermaye piyasası uyuşmazlığı incelemesi, yatırım kuruluşlarının faaliyetlerinin SPKn ile belirlenen standartları ihlal edip etmediğine dair karmaşık sorunlarda, hukuk mahkemelerine gerçek bir alternatif teşkil eder. Borsa İstanbul tarafından uyuşmazlık çözümünün en etkin yollarından biri ise, katı usul kurallarına tabi olmaksızın incelemelerin hızlı bir biçimde yapılabilmesidir.

A. Borsa İstanbul'un Borsa İşlemleri Bakımından Yetkili Mercii Olarak Tayini

Borsa üyeleri arasında veya Borsa üyeleri ile üyelerin müşterileri arasında Borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde, Borsa Yönetim Kurulu yetkili

Sayı Kanun Değişikliğinden Sonra Nasıl Yorumlanmalıdır?, (Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Y:2013, C. 2 S. 2, s. 53-71), s. 57.

⁶⁸⁶ **Cenk AKİL**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı, (Prof.Dr. Ejder YILMAZ'a Armağan, C. I, Ankara 2014, s. 75-126), s. 96-97.

⁶⁸⁷ **ERATALAY**, s. 264.

olup; bu konuda, Yönetim Kuruluna Uyuşmazlık Komitesi⁶⁸⁸ yardımcı olacaktır⁶⁸⁹. Nitekim, uyuşmazlığın çıkması üzerine yatırımcı tarafından bir dilekçe ile Borsa İstanbul'a uyuşmazlığın çözümü talebiyle başvurulmasını müteakip, dosya incelenmek üzere uyuşmazlık komitesine havale edilir ve komite tarafından rapor hazırlanır. Borsa Yönergesi'nin "*Komitenin görev ve yetkileri*" başlıklı 8 inci maddesinin birinci fıkrası gereğince söz konusu Komite, borsa işlemlerine ilişkin olarak, üyeler ve üyelerle müşterileri arasında çıkan uyuşmazlıkların idari yoldan çözümü için Yönetim Kuruluna görüş bildirir.

Kanımızca, sermaye piyasası uyuşmazlıklarında Borsa İstanbul'a başvurulması taraflar açısından güvenilir olmakla birlikte, Borsa İstanbul'a başvuru sonrasında tarafların uyuşmazlık üzerindeki kontrolü, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile kıyaslandığında kısmen sona erer. Buna bağlı olarak, taraflar başvuru sonrasında, Borsa İstanbul tarafından uyuşmazlık hakkında karar verilene kadar uyuşmazlık incelemesinin yürütülmesine dair bilgi sahibi olamaz.

Borsa üyesi olan yatırım kuruluşlarının kendi aralarındaki uyuşmazlıkların Borsa İstanbul nezdinde çözümü zorunludur. Anılan zorunluluğa uyulmaksızın doğrudan yargı yoluna gidilmesi halinde, mahkemece işin esası hakkında bir karar verilmeyerek, dava bu usulü eksiklik nedeniyle reddedilir⁶⁹⁰.

Anılan düzenleme uyarınca, yatırım kuruluşlarının kendi aralarında veya müşterileriyle SPKn'nun 67, I-(b) ve (c) maddelerinde yer alan emrin iletilmesi ve eşleştirilmesi, gerçekleştirilen işlemlere ilişkin yükümlülüklerin zamanında yerine getirilmesine ilişkin borsa işlemlerinden kaynaklanmakta olup, bu kapsam içerisindeki uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasına ilişkin usul ve esasların Borsa Yönetim

⁶⁸⁸ Borsa İstanbul Anonim Şirketi Uyuşmazlık Komitesi Çalışma Usul ve Esasları Yönergesi'nin Komitenin kuruluşu ve yapısı başlıklı 7 nci maddesinin birinci fıkrasında, "*Uyuşmazlık Komitesi, Yönetim Kurulunca sıra belirtilerek seçilecek iki üye ve bir başkandan oluşur. Yönetim Kurulunca yine sıra belirtilerek ayrıca üç yedek üye seçilir.*" hükmü yer almaktadır.

⁶⁸⁹ Yönerge'nin "*Uyuşmazlıkların Çözümünde Yetki*" başlıklı 6 ncı maddesi.

⁶⁹⁰ 11. HD, 30.5.1995, 1621/4433 (KARYAĞDI/ÖZTÜRK, s. 194).

Kurullarınca belirlenir. İtiraz mekanizmasının alt sınırının Yatırımcı Tamin Merkezi tarafından bir yatırımcıya ödenecek azami tazmin tutarına paralel olarak belirlendiği anlaşılmaktadır⁶⁹¹. Taraflar; uyuşmazlığa ilişkin Yönetim Kurulu kararında yer alan tutarın, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 84 üncü maddesinin beşinci fıkrasına göre 2016 yılı için belirlenen 120.823 (Yüz yirmi bin sekiz yüz yirmi üç) TL'den fazla olması hâlinde, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde Borsa kanalı ile Sermaye Piyasası Kurulu'na itiraz edebilecektir⁶⁹².

Söz konusu düzenlemeyle, yatırımcıların uyuşmazlıklarının çözümüne dair SPK incelemesine başvurma hakkına sınırlama getirilmiş olup, yalnızca Kanun'un 84, V fıkrasında belirlenen tutarı aşan taleplere ilişkin kararlara karşı Sermaye Piyasası Kuruluna itirazda bulunulabilecektir⁶⁹³. Dolayısıyla, mevzuatımızda öngörülen sistemle, Finansal Ombudsman Hizmeti'nin aksine, itiraz için bir alt limit getirilmesinin yatırımcıların öngörülen tutarın altındaki uyuşmazlıklar bağlamında, yatırımcıların hukuk yargısına bir anlamda başvurmaya sevk edildiğini söylemek mümkündür.

Bununla birlikte, yatırımcıların kanunda belirlenen tutarın altında kalan uyuşmazlıklarının çözümü konusunda Birliğe itirazda bulunabilmeleri ihtimali değerlendirilecek olursa, Birliğin bu konuda yetkili ve görevli kılınması şarttır. Ancak, SPKn md. 74, II hükmünde Birliğe bu konuda açık bir yetki verilmediği görülmektedir.

⁶⁹¹ Mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde borsa kararlarına karşı herhangi bir itiraz sınırı öngörülmemişken, 6362 sayılı SPKn döneminde itiraz imkanının 100.000 TL ve üzerindeki uyuşmazlık tutarları bakımından tanındığı görülmektedir.

⁶⁹² Borsa İstanbul tarafından verilen kararlara SPK nezdinde itiraz edilmesi hususunda getirilen 100.000 TL'lik alt sınır belirlemesine dair, HMK hükümleri çerçevesinde temyiz yoluna başvurulabilecek kararlara ilişkin belirlenen miktarların esas alınmasının makul bir çözüm olduğu ileri sürülmüştür (**Nusret ÇETİN/Hatice Ebru TÖREMİŞ/Zeynep CANTİMUR**, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Sistematiği Analizi, Ankara 2014, s. 190).

⁶⁹³ SPKn md. 84/5 gereğince, hak sahibi her bir yatırımcıya ödenecek azami tutar 100.000 TL olup, anılan tutar her yıl ilan edilen yeniden değerlendirme katsayısı oranında artırılmaktadır.

Kanımızca, ancak anılan hükmün (ğ) bendi uyarınca Kurul tarafından Birliğin görevleri arasına, bu hususun eklenmesi halinde Birlik tarafından bu tür uyuşmazlıkların itiraz yoluyla incelenmesi mümkündür. Ancak belirtmek gerekir ki, müşteriler ile yatırım kuruluşları arasındaki uyuşmazlıkların Türkiye Sermaye Piyasaları Birliğince tahkim yoluyla çözülmesi halinde, bir meslek kuruluşu çatısı altında bulunan ve önemli kısmının yatırım kuruluşlarının oluşturduğu üyeler ile müşteriler arasında çıkan uyuşmazlığın çözüme bağlanmasında yaşanacak menfaat çatışmasının Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği nezdinde dengelenmesinin önemli zorluklar barındıracağı göz ardı edilmemesi gerekir.

1. Borsa İstanbul'un Uyuşmazlıkları Çözme Yetkisinin Hukuki Niteliği

Borsa işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü bakımından Borsa Yönetim Kurulunun görevli olması bir alternatif çözüm yolu olmakla birlikte, Yargıtay'ın bazı kararlarının aksine bir tahkim yolu olarak nitelendirilemez⁶⁹⁴. Zira, konuyla ilgili düzenlenmelerde tahkimden söz edilmediği gibi, uyuşmazlık çözüm süreci de tahkim yargılaması biçiminde gerçekleştirilmemektedir⁶⁹⁵.

Doktrinde *Özbek* tarafından yatırım kuruluşlarının kendi aralarında veya müşterileriyle aralarında borsa işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların Borsa'da ADR yoluyla çözümlenmesinin SPKn md. 70, I hükmü kapsamında zorunlu⁶⁹⁶ olduğu ifade edilmişse de ⁶⁹⁷, anılan görüşe Borsa üyeleri ile müşterileri arasındaki uyuşmazlıkların çözümü yönünden katılmak mümkün değildir. *Ergün*'e göre ise, borsa

⁶⁹⁴ Danıştay 10. Dairesi'nin 25.11.1996 tarih ve 6027/7741 sayılı kararı (**KONURALP/KONURALP**, s. 608); 11. HD, 2.3.1996, 1902/2336 (İstanbul Menkul Kıymetler Borsası s. 482).

⁶⁹⁵ **ÖZBEK**- C. II, s. 981.

⁶⁹⁶ **ÖZKAN**'a göre, Borsa üyeleri arasındaki borsa işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların Borsa İstanbul nezdinde çözümünü zorunlu tutan düzenlemelerin Anayasaya aykırı olduğu görüşü, Anayasa Mahkemesi'nin 03.03.2004 tarih ve E.2003/98, K.2004/31 sayılı kararı ile de desteklenmektedir. Kararda da belirtildiği üzere, mahkemelerin yükünün hafifletilmesi amacıyla mahkeme dışı çözüm sistemlerinin geliştirilmesi gerekir. Ancak bu düzenlemelerin yargı yolu kapatılmadan yapılması son derece önemlidir (**ÖZKAN**, s. 26).

⁶⁹⁷ **ÖZBEK**- C. II, s. 980.

üyeleri ile müşteriler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda Borsa Yönetim Kurulu'nun uyuşmazlıkları çözüme yetkisinin ihtiyari tahkim olarak kabul edilmesi gereklidir⁶⁹⁸.

Kanımızca, borsa işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde Borsa Yönetim Kurulu'nun görevlendirilmesi ADR benzeri bir mekanizma olmakla birlikte, anılan uyuşmazlık çözüm mekanizmasını tahkim olarak nitelendirmek hukuken mümkün değildir. Nitekim, sermaye piyasası mevzuatında uyuşmazlık çözümüne yönelik olarak herhangi bir tahkim düzenlemesi bulunmadığından, uyuşmazlığın çözümü tahkim yargılaması biçiminde gerçekleşmez. Kaldı ki, uyuşmazlığın çözümünün tahkim kuralları çerçevesinde yapılması halinde karara karşı adli yargıya başvurulması gerekmekte iken, SPK kararına karşı idari yargıya başvurulacağının hükme bağlanması söz konusu görüşümüzü açıkça destekler mahiyettedir.

2. Borsa Uyuşmazlık Komitesinin Yapısı

Uyuşmazlık komitesi, bir başkan ve iki üyeden meydana gelmekte olup, Komite en az iki üyenin hazır bulunması ile toplanır (BİAŞ Yönergesi md. 7, I)⁶⁹⁹. Uyuşmazlık hakkında karar verilebilmesi için en az iki üyenin olumlu oyu gerekmekte olup, çekimser yönde oy kullanılamaz (BİAŞ Yönergesi md. 19, I). Uyuşmazlık komitesinin başkan ve üyeleri kendileriyle ilgili uyuşmazlıklarda çalışmalara ve kararlara katılamazlar. Anılan durumun varlığı nedeniyle, Yönetmelikte öngörülen toplantı ve karar nisaplarının sağlanamaması halinde, dosyanın uyuşmazlık komitesine intikal ettirilmeksizin her türlü incelemenin Borsa Başkanlığınca yapılması yerinde olacaktır.

Borsa Yönetim Kurulu, Uyuşmazlık Komitesi görüşünün kendisine sunulmasını izleyen ilk toplantısında uyuşmazlığı karara bağlar. Dolayısıyla, itiraz

⁶⁹⁸ Şebnem ERGÜN, Borsa İşlemlerinden Doğan Zararların Tazmini, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlilik Etüdü, Ankara 1991, s. 115.

⁶⁹⁹ Web: <http://www.borsaistanbul.com/docs/default-source/yonergeler/borsa-istanbul-as-uyusmazlik-komitesi-calisma-usul-ve-esaslari-yonergesi.pdf?sfvrsn=6> , erişim:10.8.2017.

üzerine Kurul tarafından incelenen uyuşmazlık hakkındaki Borsa kararı, Borsa Uyuşmazlık Komitesi kararı değil, Borsa Yönetim Kurulu kararı olarak kabul edilir. Bu nedenle, Borsa Uyuşmazlık Komitesi kararlarının, başlı başına idari işlem niteliğinde olan ve itiraz edilebilir kararlar olmadığı kanaatindeyiz. Kararlarda toplantı nisabı beş olup, kararlar üye sayısının çoğunluğu ile alınır. Eşitlik olması halinde, Başkanın görüşü kabul edilmiş sayılır.

B. Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği'nin Borsa İşlemleri Haricindeki Uyuşmazlıklar Bakımından Yetkili Mercii Olarak Tayini

Sermaye Piyasası Kanunu'nda sermaye piyasasında faaliyet gösteren kurumların meslek örgütünün "*Birlik*" statüsünde kurulması tercih edilmiştir⁷⁰⁰. Anılan tercihten hareketle, ülkemiz sermaye piyasasında aracılık faaliyetinde bulunmak üzere Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yetkilendirilmiş kurumların üye olacağı, tüzel kişiliği haiz kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olan Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği (yeni adıyla Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği, Birlik) Mülga SPKn'nun 15.12.1999 tarihli ve 4487 sayılı Kanun ile eklenen 40/B ve 40/C maddelerine dayanılarak, kurulmuş ve yatırım kuruluşlarının Birliğe üyeliği zorunlu kılınmıştır.

Mülga 2499 sayılı SPKn döneminden farklı olarak, sermaye piyasasında faaliyet gösteren tüm banka, aracı kurum, portföy yönetim şirketleri ve yatırım ortaklıkları TSPB'ye üyedir. Anılan hususa ilişkin olarak, SPKn'nun 74, I maddesinde, yatırım hizmet ve faaliyetlerinde bulunmaya yetkili kılınmış kuruluşlar ve sermaye piyasalarında faaliyet gösteren kurumlardan SPK tarafından uygun görülenlerin TSPB'ye üye olmak zorunda oldukları açıkça hükme bağlanmıştır. Buna ilaveten, kamu kurumu niteliğindeki bir meslek kuruluşu olan TSPB meslek örgütü olmasına bağlı olarak birtakım kamusal yetkileri kullanabilmektedir. Bu yönüyle

⁷⁰⁰ Tekin MEMİŞ/Gökçen TURAN, Sermaye Piyasası Hukuku, Ankara 2015, s. 174.

TSPB, mesleği devlet adına denetleyen ve yaptırım uygulama yetkisine sahip bir idaredir⁷⁰¹.

1. Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği'nin Uyuşmazlık Çözme Fonksiyonu

Yatırım kuruluşları ile yatırımcı arasında borsa işlemi dışındaki sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde de ADR yolunun kullanılması gerektiği, bu konuda Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği'nin (eski adıyla Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği, Birlik) aktif rol üstlenmesi gerektiği haklı olarak ileri sürülmüştür⁷⁰².

Yatırım kuruluşları ile müşterileri arasında yaşanan ve şikayete konu olan uyuşmazlıkların etkin ve hızlı bir şekilde çözülebilmesi piyasaya duyulan güven bakımından büyük önem taşır. 6362 sayılı SPKn'nun öngördüğü yapı çerçevesinde son yıllarda başta kaldıraçlı işlemler⁷⁰³ olmak üzere borsa dışı işlemlerin yaygınlaşmasıyla birlikte, borsa uyuşmazlıklarının çözümüne benzer bir

⁷⁰¹ Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği'nin amacı; sermaye piyasasının ve aracılık faaliyetlerinin gelişmesini, üyelerinin dayanışma ve sermaye piyasasının gerektirdiği özen ve disiplin içerisinde çalışmalarını, haksız rekabetin önlenmesini ve mesleki konularda üyelerin aydınlatılmasını sağlamaktır. Bu kapsamda, Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği (eski adıyla Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği), 2001 yılında öz düzenleyici bir meslek kuruluşu olarak kurulmuş olup, 6362 sayılı SPKn'nun dördüncü kısmının ikinci bölümünde, sermaye piyasalarında faaliyet gösteren mesleki birlikler arasında TSPB'ye de yer verilmiştir (**PALAS DAĞLI**, s. 408).

⁷⁰² Aynı yönde bkz. **EKŞİ-HMK** Tahkim, s. 47; **ÖZER**, s. 34.

⁷⁰³ Kamuoyunda "*foreks*" olarak bilinen, döviz, mala ve kıymetli madenlere dayalı olarak gerçekleştirilen kaldıraçlı alım satım (KAS, Foreks) işlemlerinin gerçekleştiği piyasa; dünyanın en büyük tezgahüstü piyasası olarak ifade edilmektedir. Foreks piyasasında dövizler fiziksel olarak el değiştirmemekte ve işlemler kurlar üzerinden kaydi olarak yapılmaktadır. Söz konusu işlemler, paritelerdeki değişimlerden ve arbitraj imkanlarından yararlanarak kar amaçlı alım-satım yapılmasına olanak sağlamaktadır. Foreks piyasasında borsa benzeri işlem merkezleri bulunmamaktadır. Tezgahüstü ve interbank (bankalararası) döviz piyasasının birleşimi olan foreks piyasasının en önemli özelliği ise organize bir nitelik göstermemesidir (**Yasin CEVİZ**, Forex Piyasaları Yurtdışı Uygulamaları ve Türkiye İçin Öneriler, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü, Ankara 2010, s. 4).

mekanizmanın borsa dışı işlemler bakımından da oluşturulması bir gereklilik olarak ortaya çıkmıştır.

Birliğin kullandığı uyuşmazlık çözüm yöntemleri, uyuşmazlık çözümüne doğrudan yardımcı olmak amacıyla Müşteri Şikayetleri Hakem Heyeti, ikincisi ise hakem listesi oluşturmak ve uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi yolunun tercih edilmesi durumunda, uyuşmazlık konusu olayın esasına yönelik doğrudan bir girişimde bulunmadan, hakem listesinden hakem veya hakemleri atamak olmak şeklinde ayırmak mümkündür⁷⁰⁴. Nitekim, bu amaçla 2.4.2014 tarih ve 28960 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan TSPB Statüsü’nün 7 nci maddesinin birinci fıkrasının (i), (j) ve (k) bentlerinde⁷⁰⁵;

“i) Üyelerinin kendi aralarında ve müşterileriyle olan ve Kanun kapsamındaki faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne ilişkin gerekli altyapıyı kurmak ve yönetmek.

j) Üyeleri arasında veya üyeleri ile müşterileri arasında borsa işlemleri dışındaki işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümüne yardımcı olmak; bu amaçla hazırlanacak ve Kurul tarafından onaylanacak usûl ve esaslar dâhilinde hakem heyeti ve gerekli alt yapıyı oluşturmak.

k) Üyeleri hakkında yapılan şikâyetleri değerlendirmek ve yapılan işlemin sonuçlarını Kurul tarafından belirlenecek usul ve esaslar doğrultusunda Kurula bildirmek”

hükümlerine yer verilmiş olup, Birlik tarafından uyuşmazlıkların tahkim yoluyla, hakem heyeti yoluyla ve Birlik tarafından çözüme kavuşturulması yönünden üçlü bir ayrıma gidilmiştir. Birlik tarafından üyeleri arasında veya üyeleri ile

⁷⁰⁴ ÖZKAN, s. 28.

⁷⁰⁵ Tahkim hizmetinin Birlik tarafından verilmesine ilişkin olarak benzer mahiyetteki düzenlenme, Mülga Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği (TSPAKB ya da Birlik) Statüsü’nün, Birliğin görev ve yetkilerini düzenleyen 6 ncı maddesinin (g) bendinde, “Üyeleri arasında veya üyeleri ile müşterileri arasında borsa işlemleri dışındaki işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümüne yardımcı olmak; bu amaçla, hakem listesi oluşturarak, tarafların mutabakatı halinde hakem veya hakemleri atamak suretiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde tahkim hizmeti vermek” şeklinde yer alır.

müşterileri arasında borsa işlemleri dışındaki sermaye piyasası faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü için “*tahkim kuralları*” oluşturulmuştur⁷⁰⁶. Bu kapsamda, sermaye piyasası uyuşmazlıklarında uygulaması çok sınırlı olmakla birlikte, 6362 sayılı SPKn md. 74, II-(g) ve Birlik Statüsü md. 7, (i) hükümlerinde düzenlenen tahkim usulünde tarafların yazılı bir sözleşmeyle uyuşmazlığın çözümü için tahkim usulünü kullanacaklarına karar vermesi halinde, tahkim yargılaması gerçekleşecektir. Tahkime ilişkin usul ve esaslar ise, Birlik tarafından hazırlanan tahkim bir düzenleyici işlemle belirlenmiştir⁷⁰⁷.

Borsa işlemi dışındaki uyuşmazlıkların çözümüne yönelik olarak, SPK’nın Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği ile birlikte yürüttüğü çalışmalar sonucunda; Sermaye Piyasası Kurulu’nun 24.6.2016 tarih ve 20 sayılı toplantısında, yatırımcıların menfaatlerinin daha etkin bir şekilde korunması ve uyuşmazlıklara ilişkin tazmin taleplerinin hızlı bir şekilde çözüme kavuşturulmasını teminen Birlik nezdindeki Müşteri Uyuşmazlıkları Hakem Heyeti (Hakem Heyeti) uygulaması ile ilgili çerçeveye son hali verilmiş ve yatırım kuruluşları ile müşterileri arasında borsa dışı işlemlerden doğan uyuşmazlıklara ilişkin başvuruların Birliğe yapılmasına karar verilmiştir.

2. Müşteri Uyuşmazlıkları Hakem Heyetinin Yapısı

Müşteri Uyuşmazlıkları Hakem Heyeti, Birlik bünyesinde görev yapmak üzere Birlik Yönetim Kurulunca oluşturulur. Uyuşmazlık konularının çeşitliliği ve sayısına göre birden fazla Heyet kurulması mümkündür. TSPB Yönergesi md. 5, I düzenlemesi gereğince, “*birden fazla Heyet oluşturulması halinde, sadece heyetler arası koordinasyonun sağlanması ve usulü işlemlerde yardımcı olması amacıyla, Birlik*

⁷⁰⁶ TSPB tahkim yargılamasında bizzat hakemlik yapmaktan ziyade sekretarya hizmeti vermektedir (Barış AKSOY/Selahattin KOÇ/Derviş BOZTOSUN, Analysis of Mediation Practices in The Solution of Financial Disputes in Turkey, (International Journal of Social Sciences and Education Research, 3(5), 2017, s. 1868-1880), s. 1873).

⁷⁰⁷ PALAS DAĞLI, s. 408.

Yönetim Kurulu bir Heyet Başkanı'nı, Birlik ile herhangi bir istihdam ilişkisi yaratmayacak şekilde, koordinatör olarak belirleyebilir”⁷⁰⁸.

Öte yandan, tarafsızlık ilkesinin sağlanması bağlamında, Heyet üyeleri kendilerini, temsil ettikleri kuruluşları ve önceden çalıştıkları kuruluşlarla bağlantılı konulara yönelik olarak Heyet çalışmalarına ve karar oylamalarına iştirak edemezler (TSPB Yönergesi md. 5, V).

§ 6. YATIRIM KURULUŞUNA BAŞVURU VE YATIRIM KURULUŞUNUN ŞİKAYETİ ELE ALMA YÖNTEMLERİ

Yatırımcı şikayetlerinin gözden geçirilmesi bakımından yatırım kuruluşlarının dahili şikâyet değerlendirme süreci ve sonraki evrede Borsa İstanbul/Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği'nin değerlendirmeleri arasındaki bağlantı, söz konusu kuruluşların katmanlaşmış olarak dizaynı ucuz ve etkin bir uyuşmazlık çözümü oluşturmak için kullanılır. Yatırım kuruluşları tarafından kendisine doğrudan yapılan şikâyet başvurularında temel gereksinim, yatırım kuruluşunca söz konusu başvurunun yetkin, gayretli ve tarafsız bir biçimde araştırılması ve şikâyetin adil, tutarlı ve hızlı bir şekilde değerlendirilmesidir⁷⁰⁹. Usul açısından, yatırım kuruluşunun bir sermaye piyasası uyuşmazlığını kendi oluşturacağı dahili şikâyet değerlendirme mekanizması çerçevesinde ele almasında temel gereklilik, etkin bir dahili şikâyet çözüm usulü çerçevesinde uyuşmazlığın yerinde çözümlenmesi amacına hizmet eder⁷¹⁰.

Yatırım kuruluşları, müşterilerinin verilen hizmetlerden kaynaklanan her türlü sorusuna cevap vermekle birlikte, müşteri şikâyetlerinin nedenlerini araştırarak, haklı şikâyetlerin tekrarlanmaması için gereken önlemleri almakla da yükümlüdür⁷¹¹. Bu sebeple, yatırım kuruluşu ayrıca, şikâyete neden olan hatalı uygulamaların

⁷⁰⁸ Web: <https://www.tspb.org.tr/wp-content/uploads/2016/08/Genelge-34-M%C3%BC%C5%9Fteri-Uyu%C5%9Fmazl%C4%B1klar%C4%B1-Hakem-Heyeti-Y%C3%B6nergesi-Hk..pdf>, erişim: 15.8.2017.

⁷⁰⁹ FRESHFIELDS, s. 508.

⁷¹⁰ FRESHFIELDS, s. 508.

⁷¹¹ Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği Üyelerinin Sermaye Piyasası Faaliyetlerini Yürütürken Uyakaları Meslek Kuralları md. 20.

düzeltilmesi ve benzer nitelikteki şikayet konularının yeniden meydana gelmesinin önlenmesi amacı ile çalışanlarını bilgilendirmelidir.

Yatırım kuruluşlarının dahili şikayet dosyalarının, Borsa İstanbul/Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği'nin yatırımcı uyuşmazlıkları incelemelerinin temelini oluşturması nedeniyle, yatırım kuruluşlarının bu süreci ciddiye almaları gerekir. Öncelikle, uyuşmazlık dosyası nihayetinde Borsa İstanbul/Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği veyahut Sermaye Piyasası Kuruluna intikal ettiği takdirde, yatırım kuruluşu nezdindeki eksik dahili şikayet dosyası, bir yatırım kuruluşunun uyuşmazlıktaki konumuna zarar verebilecektir. Diğer bir açıdan, Borsa İstanbul/Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği tarafından uyuşmazlık dosyasının ilgili mevzuat hükümlerinin ihlal edildiğinin tespit edildiği gerekçesiyle Sermaye Piyasası Kuruluna havale edilmesine sebep olabilecek ve yatırım şirketinin Sermaye Piyasası Kurulu nezdindeki saygınlığına zarar verecektir. Bu kapsamda, dahili şikayet değerlendirme mekanizmaları, müşteri şikayetlerinin araştırılması konusunda yatırım kuruluşlarının teşvik edilmesi ve yatırım kuruluşlarınca ihtilafların çözümünün geliştirilmesi bakımından büyük bir potansiyele sahiptir.

İngiltere uygulamasına bakıldığında ise, Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu düzenlemeleri kapsamında, Finansal Ombudsman Hizmetine başvurmadan önce yatırım şirketine başvuru yapılması ve anılan başvurudan sonuç alınamamış olması koşulunun aranmasıdır⁷¹². Bir yatırımcının⁷¹³ şikayetini iletmeksizin Finansal Ombudsman Hizmeti kapsamında başvuru yapması durumunda, şikayet yatırım

⁷¹² **ALPERT** s. 79, **BENÖHR-ADR**, s. 261; **ALPERT**, s. 88.

⁷¹³ Sermaye piyasası uyuşmazlıklarına ilişkin değerlendirmelerde tüketici olan bir birey, bir mikro-girişim, 1 milyon Pounddan daha az yıllık geliri sahip bir yardım kuruluşu veya 1 milyon Pounddan daha az net aktif değeri olan bir yediemin/kayyum (*trustee*) şikâyetçi niteliğini haizdir (FCA Handbook DISP 2.7.3). Finansal uyuşmazlık bağlamında, şikayetçi, sermaye piyasası uyuşmazlıklarında müşteri, ödeme hizmeti kullanıcısı, kolektif yatırım planı sahibi/hamili veya intifa hakkı sahibi, bireysel emeklilik planı yararlanıcısı veya emeklilik planına sahip olmak, ipotek veya kredi kefili/garantörü, tröstün yararlanıcısı veya hakkında şikayette bulunulan kurumun mülkünün yararlanıcısı olmak durumundadır. (Jurisdiction of the Financial Ombudsman Service, s. 13).

kuruluşuna yönlendirilir⁷¹⁴. Şikayet değerlendiricilerin kararından tatmin olunmadığı takdirde, yatırım kuruluşu tarafından şikayet değerlendiricisinin kararının ombudsman tarafından incelenmesi talep edilir. Bu doğrultuda, finansal ombudsman tarafından deliller yeniden değerlendirilir ve gerektiği takdirde ilave delil toplanması yoluna başvurulabilir⁷¹⁵. Finansal Ombudsman Hizmeti, bir şikayetin araştırılmasında gizli mahiyetteki bilgiler de dahil olmak üzere yatırım kuruluşundan bilgi talep etmesi mümkündür⁷¹⁶. Yatırım kuruluşunca sağlanan bilginin kötüye kullanılmaktan ne ölçüde korunacağı ve ne tür kullanımlara konu edilebileceği meseleleri aşağıda ele alınmaktadır⁷¹⁷. Öte yandan, Finansal Yönetim Otoritesi el kitabında (*Hand Book*) yetkili kuruluşların düzenlemeleri gereken dahili şikayet çözüm usullerine ilişkin ilkeler düzenlemiş olup, söz konusu usullerde, zarara uğrayan yatırımcıların zararının adil şekilde tazmini, şikayetin çözümüne ilişkin sürelerin belirlenmiş olması ve kayıt tutulması esaslarına yer verilmesi gerekir⁷¹⁸.

Kanımızca, tüm yatırımcı şikayetlerinin yatırımcı tarafından Borsa İstanbul/Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği şikayet süreci başlatılmadan önce, müsebbibi olan yatırım kuruluşuna yapılması önem arz eder. Söz konusu dahili şikayet çözüm mekanizması, Borsa İstanbul/Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği'ne ulaşan şikayet sayısını azaltma amacını taşısa dahi, yatırım kuruluşlarına müşterileri tarafından yapılan başvuruların neredeyse tamamının reddedildiği gözlemlendiğinden, söz konusu süreçten beklenen fayda sağlanamamaktadır. Ülkemizde yatırım kuruluşu nezdindeki dahili şikayetlerin çözülmesinde etkinliğin sağlanması, yatırım

⁷¹⁴ **POLAT**-Ombudsman, s. 19.

⁷¹⁵ **GILAD**-Financial, s. 231. Anılan durumda ombudsmanın bilgi ve belge talebi için dosyayı şikayet değerlendiricisine göndermesi de mümkündür (**Elaine KEMPSON/Sharon COLLARD/Nick MOORE**, Fair and reasonable, An Assessment of the Financial Ombudsman Service, Personal Finance Research Centre University of Bristol, 2004, s. 20-21). Finansal Ombudsman Hizmeti müşterilerine oranla yatırım kuruluşlarından daha yüksek bir kayıt tutma standardı bekler. Eğer bir yatırım şirketi mevzuat tarafından belirlenen nitelikte kayıt ve dokümanlar hazırlamadığı takdirde, bu durum yatırım kuruluşunun aleyhine olabilecektir.

⁷¹⁶ **FERRAN**, s. 19.

⁷¹⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm § 15.III.

⁷¹⁸ **FRESHFIELDS**, s. 508.

kuruluşu tarafından şikayet unsuru vakıaların objektif biçimde ve titizlikle değerlendirilmesinin ardından Borsa İstanbul/TSPB ve nihai olarak Sermaye Piyasası Kurulu'nun kademeli uyuşmazlık çözüm süreci aracılığıyla gerçekleştirilmesi, yatırımcının korunması ve yatırımcının piyasaya güven duyması bakımından önem arz eder.

§ 7. UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNDE KANUNLA YETKİLENDİRİLMİŞ KURULUŞLARA BAŞVURU

I. İngiltere’de Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu ile Yetkilendirilen Finansal Ombudsman Hizmetine Başvuru

A. Finansal Ombudsman Hizmetine Başvuru

Finansal Ombudsman Hizmeti'nin uyuşmazlıkları çözme yetkisinin kapsamı, bir şikayetin ilişkili olduğu eylemin çeşidine, şikayet edilen eylemin gerçekleştirildiği yere, şikayetçinin uygunluğuna (*eligibility*) ve şikayetin Finansal Ombudsman Hizmetine uygun süre içerisinde yapılıp yapılmadığına bakılarak belirlenir⁷¹⁹. Finansal Ombudsman Hizmetinin zorunlu yetki, gönüllü yetki ve tüketici kredisi yetkisi şeklinde üçlü sistem farklı hukuki kapsam ve temellere dayalı iken, anılan sistemler neredeyse eş bir biçimde yürütülür⁷²⁰.

⁷¹⁹ FCA Handbook DISP 2.8.1. **FRESHFIELDS**, s. 519-520.

⁷²⁰ **FRESHFIELDS**, s. 507. (1) Zorunlu yetki alanı Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu'nun 226, II maddesindeki şartları ihtiva eden ve zorunlu yetki kurallarının uygulandığı faaliyetleri yürüten bir kişinin davranışına veya ihmeline ilişkin tüm şikayetleri kapsar (**Julian DAVIS**, Judicial Review of the Financial Ombudsman Service: Permission to Proceed and the Availability of an Alternative Remedy, (Judicial Review, Vol:15:3, 2010, s. 263-266), s. 263). Zorunlu yetkinin uygulandığı işlemler, Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu'nda düzenlenen faaliyetler (*regulated activities*) çerçevesinde, ödeme hizmetleri, tüketici kredi eylemleri, arazi ipoteği karşılığında ödünç verme, ödünç verme, plastik kart ile ödeme, tali bankacılık hizmetleri sağlamak veya tavsiye verilmesi dahil yan hizmetler olarak belirtilebilecektir (FCA Handbook DISP 2.3.1). (2) Tüketici kredisi yetkisi, faaliyetin zorunlu yetkisi alanını kapsamadığı durumlara ve tüketici kredisi eylemleri veya tavsiye de dahil yan hizmetler yürütürken, 1974 tarihli Tüketici Kredisi Kanunu (*Consumer Credit Act 1974*) uyarınca, lisansa dayanan faaliyetlere veya lisanstan kaynaklanan kusurlara uygulanır (**ALI**, s. 46). (3) Gönüllü yetki, zorunlu yetki altında bahsedilen faaliyetler listesindekilere benzeyen faaliyetlere (ne zorunlu yetkisi ne de tüketici kredisi yetkisinin ele almadığı faaliyetlere) uygulanmaktadır (**MERRICKS**, s. 135).

Finansal Ombudsman Hizmeti'nin devreye girmesi için yatırım kuruluşunun şikayete ilişkin nihai cevabını yatırımcıya bildirmiş olması ve şikayetçinin bu cevaptan tatmin olmaması veya şikayetin iletilmesinden itibaren belirlenen süre geçmiş olmasına rağmen yatırım kuruluşunun nihai cevabını iletmemiş olması gerekir⁷²¹.

Şayet Finansal Ombudsman Hizmeti, hakkında şikayette bulunulan kuruluş tarafından şikayet mahkemece reddedildikten sonraki altı aylık süre zarfında şikayetçinin masraf ve harcamalarını ödemeyi üstlenmesi kaydıyla, şikayetin neden ve hangi gerekçelerle mühim sonuçlar doğuracağını ifade eden bir yazılı bildirim alırsa, şikayetin esasına bakılmaksızın mahkemenin şikayeti emsal uyuşmazlık (*test case*) olarak değerlendirmesini mümkün kılmak amacıyla şikayetleri reddedilebilecektir⁷²². Dolayısıyla, emsal uyuşmazlığın mevcut olduğu değerlendirmesinin yapıldığı hallerde⁷²³, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasında önemli sonuçlar doğuracak ilke ve kuralların söz konusu olması nedeniyle, Finansal Ombudsman Hizmetine yapılan şikayetin mahkemelerce değerlendirilmesi daha uygun olacaktır⁷²⁴. Buna ilaveten,

⁷²¹ **FRESHFIELDS**, s. 516 vd.

⁷²² **ALI**, s. 48.

⁷²³ Emsallerle ilgili teamül hukuku sistemi, mahkemelerin kararlarını onları yüksek mahkemelerce karara bağlanmış önceki davaları takip etmeye zorunlu tutmak suretiyle denetlemektedir. Sistem, hem sonuçlarının teamül hukuku ilkelerinin uygulamasına bağlı olan uyuşmazlıklar, hem de sonuçlarının bir kanun hükmünün yorumuna bağlı olduğu uyuşmazlıklar için geçerlidir. Eğer Finansal Ombudsman Hizmeti kararını kanuna dayandırmayı seçerse, bu emsalin yürütülmesi ile bağlı olacaktır. Ancak, *Equitable Lift* test davalarında kanıtlanmış olduğu üzere, eğer takip edilen emsal şüpheli olmakla birlikte karara dayanak yapıldığı takdirde, uygulamada mühim derecede zorluk çıkabilecektir. Bu tür durumlarda, hukukun sıkı sıkıya uygulanması, adil ve makul standardın bir karara alternatif bir temele önderlik edebilecek iken, şüpheli emsalin takip edilmesini gerektirmektedir (**Ian MacNeil**, *Broad Standards As a Vehicle for Consumer Rights: The Case of Financial Products in United Kingdom*, (The Future of Consumer Credit Regulation Creative Approaches to Emerging Problems, (Editors: Michelle KELLY/Louw, James P. Nehf/Peter ROTT, 2008, s. 29-48), s. 42-43).

⁷²⁴ FCA Handbook DISP 3.3.54

bazı durumlarda ombudsman şikayeti değerlendirmeye almaksızın reddetme hakkına da sahiptir⁷²⁵.

B. Şikayetin Finansal Ombudsman Tarafından İncelenmesi

Finansal Ombudsman Hizmeti'nin yatırım şirketine yaklaşımı, hakkında ileri sürülen iddia ve dayanılan vakıalara bağlıdır. Ancak genel olarak Finansal Ombudsman Hizmeti, şikayeti arabuluculuk veya uzlaşma yoluyla çözmeye çalışır⁷²⁶. Uyuşmazlık konusuyla ilgili belgeler değerlendirildiğinde böylesi bir uzlaşma veya arabuluculuk mümkün değil ise, şikâyet değerlendircisinin uyuşmazlığın nasıl çözülmesi gerektiğine dair görüşü yazılı olarak iki tarafa da iletilir⁷²⁷. Bir tarafın, şikâyet değerlendircisinin kararından hoşnut olmadığı durumda, ombudsman tarafından gerçekleştirilecek durumun yeniden incelenmesi ve ona dair nihai karar verilmesi talebinde bulunabilecektir. Bu aşamada, duruşma talebi göz önünde bulundurulabilecek olup, ombudsmanın, şikayete dair yeniden bağımsız bir inceleme gerçekleştirmesi mümkündür⁷²⁸.

Yukarıda da belirtildiği üzere, ombudsman, mevcut durumda neyin adil ve makul olduğunu değerlendirerek ve sektör uygulamalarını gözeterek şikayetleri karara

⁷²⁵ FCA Handbook DISP 3.3.4. Örneğin, ombudsman, (a) Şikayetçinin şikayete konu fiil ya da ihmalin sonucunda bir zarara uğramadığı ya da uğramayacağı, (b) Şikayetin asılsız veya kötüniyetli olduğu, (c) Şirketin şikayetçiye zararının telafisi için makul ve adil bir iyiniyet ödemesi (goodwill payment) önerisinde bulunduğu, (d) Şikayetin daha önce Finansal Ombudsman Hizmeti kapsamında değerlendirilmiş ya da reddedilmiş olduğu, (e) Şikayetin başka bir alternatif çözüm yöntemi kapsamında değerlendirildiği ya da değerlendirilmekte olduğu, (f) Konunun yargıya intikal etmiş olduğu, (g) Şikayetin tahkim, yargı yolu ya da başka bir yöntem ile çözülmesinin daha uygun olacağı, (h) Şikayet konusunun şirketin ticari bir kararının sonucu olduğu, (i) Şikayetin şirketin yatırım performansına ilişkin olduğu kanaatine varması halinde, şikayeti reddedebilir. Bu durumda da ombudsman şikayetçinin kendi iddialarını sunmasına fırsat vermeli ve şikayetçiye şikayeti değerlendirmeyi reddetme nedenlerini açıklamalıdır (MITCHELL, s. 66).

⁷²⁶ ALI, s. 47; FRESHFIELDS, s. 522.

⁷²⁷ FRESHFIELDS, s. 523.

⁷²⁸ ALI, s. 47.

bağlar⁷²⁹. Ombudsman, neyin adil ve mantıklı olduğuna karar verirken, ilgili yasa ve düzenlemeleri, düzenleyici otoritelerin düzenlemelerini, tavsiye/rehberlik standartlarını, usul kurallarını ve mevcut zamanda neyin sektör için iyi bir uygulama olacağını dikkate alır⁷³⁰.

Öte yandan, Finansal Ombudsman Hizmeti, nezdlerinde daha önce yapılan benzer mahiyetteki bir başvuruya verdiği yanıt veya önerdiği çözümle bağlı olmayıp her başvuru için farklı sonuca ulaşabilir. Bu kapsamda, Finansal Ombudsman Hizmetine yapılan başvurularda, finansal ombudsman tarafından daha önceden verilmiş kararların emsal gösterilebilmesi mümkün olmayıp, uyuşmazlığa yönelik üretilen çözüm somut olaya özgüdür⁷³¹. Bununla birlikte, finansal ombudsman tarafından aynı nitelikteki uyuşmazlıkların ne şekilde çözümlendiği hususuna yakından önem atfedildiğini söylemek mümkündür⁷³². Anılan konuya ilişkin olarak, farklı Ombudsmanların birbirinden farklı kararlar verme riskinin azaltılmasını ve kararlar arasında yeknesaklık sağlanabilmesini teminen aynı uzmanlık alanındaki Ombudsmanlar haftalık düzenli toplantılar yapmak suretiyle görüş alışverişinde bulunmaktadır.

II. Türk Hukukunda Sermaye Piyasası Kanununca Yetkilendirilmiş Kuruluşlara Başvuru

A. Borsa İstanbul Tarafından İnceleme Yapılması

Borsa İstanbul'un uyuşmazlıkları çözme yetkisinin kapsamı, bir şikayetin ilişkili olduğu eylemin çeşidine ve şikayetin Borsa İstanbul'a yasal süresi içerisinde yapılıp yapılmadığına bakılarak belirlenir.

⁷²⁹ FCA Handbook DISP 3.6.1. **CARTWRIGHT**, s. 13.

⁷³⁰ FCA Handbook DISP 3.6.4. **BENÖHR**-Disputes in Financial Services, s. 261.

⁷³¹ **Tolga CEYLANTEPE**, Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde Sigorta Ombudsmanı Uygulamaları ve 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu'nun Sigortacılıkta Tahkim Düzenlemesi, (Reasürör, Ocak 2008, s. 10-20), s. 10. (web: http://www.millire.com/dergi/SAYI_67.pdf, erişim: 30.6.2016).

⁷³² **CARTWRIGHT**, s. 13.

Yatırımcı, başvuru dilekçesinde; tarafların isim ve adresleri, uyuşmazlığın konusu, maddi olaylar, hukuki sebepler, ispatlayıcı deliller, uyuşmazlık müşteri ile üye arasında ise müşteri, emir numarasını veya üye tarafından kendisine verilen makbuz ile nihai talebini yazan ve bu konudaki belgeleri dilekçesine eklemelidir⁷³³. Başvuru, Komite Raportörü tarafından ön değerlendirmeye tabi tutulur. Dilekçede veya belgelerde eksiklik bulunması halinde tamamlanması için başvuru sahibine onbeş gün süre verilir. Yatırımcıya verilen süre içerisinde eksikliklerin tamamlanmaması halinde, başvuru yapılmamış sayılır⁷³⁴.

Örneğin, yatırımcı hesabında talimatsız işlemler gerçekleştirildiği iddiasını içeren bir şikayet mevcut ise, yatırımcının Borsa Başkanlığı'na gönderdiği şikayet dilekçesi üzerine, Borsa Başkanlığı tarafından yatırımcıya, hesabında talimatı olmaksızın gerçekleştirildiği iddia edilen satım işlemlerinin tek tek tarih ve miktar bazında belirtilmek suretiyle netleştirilmesi gerektiğine ilişkin bir yazı gönderilmesi halinde, yatırımcı tarafından talimatsız gerçekleştirildiğini iddia ettiği işlemlerin açıkça belirtilmesi gerekir. Bununla birlikte, yatırımcı bir dönem belirtmeksizin hesabında yapılan pay senedi satım işlemlerine itiraz etmesi halinde, Borsa Yönetmeliği'nin 45. maddesine aykırı olarak uyuşmazlık konusunun belirliliği kuralına riayet edilmesi önem arz eder.

Borsa İstanbul tarafından borsa işleminden kaynaklanan şikayetler Uyuşmazlık Komitesi aracılığıyla çözüme kavuşturulur⁷³⁵. Bazı tür şikayetler, şikayet süresinin geçmiş olması gibi sebeplerle Borsa İstanbul'un değerlendirmesine uygun nitelikte olmayabilirken, diğerlerinin ise yatırım kuruluşunun kendi dahili şikayet çözüm

⁷³³ Borsa İstanbul Anonim Şirketi Uyuşmazlık Komitesi Çalışma Usul ve Esasları Yönergesi, md. 10, II.

⁷³⁴ Borsa İstanbul Anonim Şirketi Uyuşmazlık Komitesi Çalışma Usul ve Esasları Yönergesi, md. 10, III. Aksi görüş için bkz. TURAN'a göre başvuru dilekçesinin şekil şartları hakkındaki Yönetmelik maddesi emredici mahiyette olmayıp, anılan şartları taşımayan dilekçenin 'usulden reddi' söz konusu değildir (TURAN, s. 21).

⁷³⁵ TURAN, s. 21.

sürecinden geçmemiş olmasına bağlı olarak zamanı gelmemiş olabilir (BİAŞ Yönergesi md. 10, III).

Komite Raportörünün ön değerlendirmesi neticesinde yatırımcı şikayetlerinde usuli açıdan eksiklik bulunmaması neticesinde, yatırım kuruluşu, bir şikayetin Borsa İstanbul tarafından değerlendirilmesine karşı çıkacak dayanağa sahip olmalıdır. Daha sonra uyuşmazlığa ilişkin yapılacak değerlendirmede ilk aşamaların anahatları belirlenir ki, bu değerlendirme evresi Borsa İstanbul'un şikayeti araştırıp araştırmayacağına karar vermesinde bir ölçüttür. Özellikle bir şikayetin ne zaman Borsa İstanbul'a yapılabileceği, ne tür şikayetlerin Borsa İstanbul tarafından değerlendirilebileceği ve Borsa İstanbul'un şikayeti incelemek zorunda olup olmadığı hususları incelemenin birinci aşamasını oluşturur.

B. Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği Tarafından İnceleme Yapılması

Hukukumuzda Borsa İstanbul tarafından çözümlenecek uyuşmazlıklara yönelik olarak, yatırımcının yatırım kuruluşuna yapacağı başvuruların değerlendirilme yöntem ve usulüne dair sermaye piyasası mevzuatımızda somut bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği Müşteri Uyuşmazlıkları Hakem Heyeti Yönergesinde⁷³⁶ (TSPB Yönergesi) İngiltere'deki Finansal Ombudsmanlık Hizmeti'ne yönelik düzenlemeler de nazara alınarak yatırımcının yatırım kuruluşuna başvurusuna ve Birlik üyesi⁷³⁷ kuruluş tarafından yapılacak işlemlere ilişkin somut düzenlemelere yer verilmiştir.

TSPB Müşteri Uyuşmazlıkları Hakem Heyetine iletilecek uyuşmazlıkların kapsamına ilişkin olarak, TSPB Hakem Heyeti, Birlik üyeleri arasında veya Birlik üyeleri ile müşterileri arasında borsa işlemleri dışındaki sermaye piyasası faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıkları inceleyecek olup, TSPB sekreteryası tarafından

⁷³⁶ Yönerge, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 74 üncü maddesi ve Birlik Statüsü'nün 7 nci maddesinin birinci fıkrasının (j) ve (k) bentlerine dayanılarak hazırlanmıştır.

⁷³⁷ Yönerge'nin 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince, "*birlik üyesi*", Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği üyesi olan aracı kurum, banka, portföy yönetim şirketi ve payları borsada işlem gören yatırım ortaklığını ifade etmektedir.

dosyanın incelenmesi neticesinde belirli hallerde TSPB Hakem Heyetine ileilmeksizin şikâyet başvurusu reddedilir⁷³⁸.

Nitekim söz konusu Yönergenin “*Birlik üyesine başvuru*” başlıklı 9 uncu maddesi gereğince, Heyete başvurulmadan önce başvuru sahibi tarafından Birlik üyesine uyuşmazlık ile ilgili bir başvurunun uyuşmazlığa konu işlem veya eylemin gerçekleştiği tarihten itibaren en geç beş yıl içinde yapılması zorunludur. İlgili uyuşmazlık başvurusu, başvuru sahibi tarafından Birlik üyesine yazılı olarak veya elektronik ortamda Birlik üyesinin internet sitesinde oluşturduğu uyuşmazlık bildirim sistemi üzerinden iletilir.

Birlik üyeleri tarafından müşterilerinin elektronik ortamda şikayetlerini⁷³⁹ iletebilmelerini teminen internet sitelerinde uyuşmazlık bildirim sistemini oluşturması zorunludur. Birlik üyesine başvuru yapılmaksızın doğrudan Heyete iletilen uyuşmazlıklar ise, cevabın başvuru sahibine ve Birliğe bildirilmesi amacıyla sekreteryaya tarafından ilgili Birlik üyesinin genel müdürlüğüne yönlendirir. Öte yandan, Birlik üyesi, başvuru sahibine yazılı başvurusunun alındığına dair bir belge verecek

⁷³⁸ Dosyanın sekteterya tarafından reddini gerektiren halleri (a) Birlik üyesinin cevabının başvuru sahibine ulaştığı veya tebliğ edildiği tarihi izleyen altmış gün içinde TSPB Hakem Heyetine ileilmeyenler, (b) Başvuru sahibi tarafından uyuşmazlığa konu işlem veya eylemin gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl içinde TSPB Hakem Heyetine ileilmeyenler, (c) Yargıya veya tüketici hakem heyetine intikal etmiş olanlar, ç) Sermaye piyasası faaliyetleri dışında olanlar, (d) İflas veya tasfiyesine ya da faaliyetlerinin tamamen durdurulmasına karar verilen Birlik Üyesi hakkındaki uyuşmazlıklar, (e) Kanunlarda suç olarak öngörülen fiiller, (f) Daha önce TSPB Hakem Heyetine tarafından incelenmiş ve karara bağlanmış olanlar, (g) Başvuru sahibinin itiraz hakkı saklı kalmak kaydıyla, başvuru sahibi ile Birlik üyesi arasında çözüme kavuşturulmuş olan uyuşmazlıklar, (h) Başvuru sahibi ile Birlik üyesi arasında yazılı mutabakat sağlanmış olan konular ile yazılı olarak ibra edilen işlemler, (i) Adli yargı yerinin görev alanı içinde olan talep konuları şeklinde sıralamak mümkündür.

⁷³⁹ Müşteri şikâyetlerine ilişkin olarak, kayıtların yazılı veya elektronik olarak tutulması gerekir. İlgili kayıtların, her bir şikâyete ilişkin asgari olarak (a) Şikâyet sahibinin adı, soyadı, adresi ve hesap numarası (b) Şikâyet tarihi (c) Şikâyetin özeti ve mevzuatın hangi hükümlerine aykırılık iddiasında olduğu (d) Varsa şikâyete konu personelin ismi (e) Şikâyete ilişkin olarak yatırım kuruluşu tarafından yapılan işlemlerin özetine ilişkin bilgileri içermesi gerekir.

olup, başvurunun internet sitesi üzerinden elektronik ortamda gerçekleştirilmesi durumunda, başvurusunun alındığı başvuru sahibine aynı yolla bildirilir.

Birlik üyesi, uyuşmazlık başvurusunun alındığı tarihten başlayarak otuz gün içinde başvuru sahibine, uyuşmazlık hakkında olumlu ya da olumsuz bir cevap vermek zorundadır. İlgili uyuşmazlık, Birlik üyesinin teftiş veya iç kontrol bölümlerince incelemeye tabi tutulur. Birlik üyesinin teftiş veya iç kontrol bölümlerince önceden incelenmiş ve müşteri aleyhine sonuçlanmış bir uyuşmazlığın Birlik üyesince tekrardan incelenmesine gerek bulunmaz (TSPB Yönergesi md. 10, I).

Yatırım kuruluşunca olumsuz veya kısmen olumlu verilen cevaplarda, başvuru sahibinin Birlik üyesinin cevap tarihini izleyen altmış gün içinde uyuşmazlığını TSPB Müşteri Uyuşmazlıkları Hakem Heyetine iletme hakkı olduğu konusunda bilgilendirilmesi zorunludur (TSPB Yönergesi md. 10, II). Buna ilaveten, Birlik üyesi tarafından, internet sitesinde TSPB Müşteri Uyuşmazlıkları Hakem Heyetine yer vererek borsa işlemleri dışındaki sermaye piyasası faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıkların Birlik bünyesindeki Müşteri Uyuşmazlıkları Hakem Heyetinde çözülebileceği konusunda müşterilerini bilgilendirme zorunluluğu bulunmaktadır. Ayrıca, yatırım kuruluşları, müşteri şikâyetlerinin incelenmesine ilişkin olarak üretilen bilgi ve belgeleri 10 yıl süreyle saklamakla yükümlüdür.

Diğer taraftan, yatırımcı tarafından uğranıldığı iddia edilen maddi zararın tazmin talebini içeren bir başvuruda aynı zamanda uyuşmazlık konusu kapsamı dahilinde manevi tazminat talebinin bulunması halinde, TSPB Hakem Heyeti sadece maddi zarar tazmini talebini inceler. TSPB Hakem Heyetinin alternatif bir çözüm mekanizması içerisindeki fonksiyonunun yargılama niteliğinde olmadığından manevi tazminat talepleri yönünden görevsizlik kararı verilir (TSPB Yönergesi md. 8, II).

TSPB Hakem Heyeti borsa işleminden kaynaklanmayan uyuşmazlıklarda vereceği kararlarda, yatırımcı şikâyetine ilişkin olarak hangi belgelerin incelendiği, ulaşılan sonuçların neler olduğu ve kararın tutar içermesi halinde hesaplamaların nasıl yapıldığına ilişkin detay bilgiler yer almalıdır. Ayrıca; şikâyetle ilişkin yatırım kuruluşu

açıklaması, çerçeve sözleşmeler, dönemsel hesap ekstreleri, müşteri emrine ilişkin formlar, ses kayıtları, log kayıtları, şikâyetle ilişkin yatırım kuruluşunun teftiş birimi tarafından hazırlanmış rapor, ilgili personelin lisans durumu ve konuya ilişkin bilgi ve belgeler sayılmalıdır. Bu suretle, yatırımcı ile yatırım kuruluşu arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde, delillerin titizlikle incelenmesi suretiyle taraflarda uyuşmazlık çözüm yöntemine olan güven unsuru güçlendirilmiş olur.

Hukukumuzda konuya ilişkin somut bir düzenleme bulunmamakla birlikte, İngiliz hukukunda yatırım kuruluşunun dahili şikâyet mekanizması dahilinde uyuşmazlığı değerlendirirken Finansal Ombudsman Hizmeti personeline konuyla ilgili resmi olmayan bir temelde görüş sorması mümkündür⁷⁴⁰. Kanaatimizce, mevzuatımız kapsamında böyle bir uygulamanın bulunmaması sermaye piyasası uyuşmazlıklarının henüz başlangıç evresinde çözülmesi imkanını azaltıcı niteliktedir.

§ 8. GENİŞ ETKİ ALANINA SAHİP UYUŞMAZLIKLAR BAKIMINDAN İNCELEME

Finansal Ombudsman Hizmeti'nin vereceği karar neticesinde "*daha geniş etki alanına sahip uyuşmazlıklara*" (*wider implication cases*) dahilîyetinin bireysel uyuşmazlıkları çözmek yerine düzenleyici standartlar oluşturması konusunda bazı finansal kurumlar kaygılarını dile getirmiştir⁷⁴¹. Anılan görüşe göre, Finansal Ombudsman Hizmeti, finansal kurumlar ve tüketiciler için geniş etki alanına sahip uyuşmazlıklardan ziyade, bireysel bir uyuşmazlık hakkında karar verebilir. Dolayısıyla finansal ombudsman benzer nitelikteki birçok uyuşmazlıkta ortaya çıkan ve muhtemelen bu uyuşmazlıklarda takip edilmesi gereken sorunlarla ilgilenir.

Buna ilaveten, Finansal Ombudsman Hizmeti'nin yeni hukuki meseleleri içeren uyuşmazlıkları mahkemeye sevk etme konusunda test vakıa prosedürünü işletme yetkisi de mevcuttur⁷⁴². Bu noktadan hareketle, Finansal Ombudsman

⁷⁴⁰ FRESHFIELDS, s. 509.

⁷⁴¹ MacNEIL, s. 522.

⁷⁴² ALL, s. 53.

Hizmeti'nin rolü, bireysel uyuşmazlıklarda hüküm verme ile sınırlandırıldığında kendisinin bir düzenleyici gibi hareket etmesidir⁷⁴³.

Belirli bir alandaki şikayetlerde böylesi bir sayısal üstünlük, tipik bir uyuşmazlıktaki Finansal Ombudsman Hizmeti kararının diğer uyuşmazlıklara göre daha geniş etki alanına sahip olacağı şeklinde değerlendirilir. İlave bir etken ise, prensip olarak Finansal Ombudsman Hizmeti'nin ve Finansal Yönetim Otoritesi'nin ilk etapta rollerinin farklı olması, gerçekte ise anılan kurumların bazı örtüşen yanlarının bulunmasıdır. Örneğin, Finansal Yönetim Otoritesi bu yetkiyi zarara uğrayan tüketiciler lehine kullanarak tazminata hükmedebilmekte olup, emeklilik sigortalarının hileli satışına dair bir uyuşmazlıkta, kendilerine uygun olmayan emeklilik sigortaları satılan tüketicilerin zararlarının tazmin edilmesinde birkaç milyar poundluk tazminat sağlamak için iyi bir etki yaratmakta kullanmıştır. Bu seçenek, Finansal Ombudsman Hizmeti için geçerli olmadığı halde, Finansal Yönetim Otoritesi ayrıca, bir kural ihlali olduğunda, yetkili bir kişiye disiplin cezası da uygulayabilmektedir.

Hukukumuzda ise, sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde gerek yatırım kuruluşu-yatırımcı gerek Borsa üyeleri arasındaki uyuşmazlıkların çözümlenmesi sürecinde vakıanın etki alanına yönelik bir değerlendirme yapılmaksızın uyuşmazlıklar hakkında karar verilir. İngiliz hukukundaki uygulamanın aksine, Borsa İstanbul kendisine intikal eden uyuşmazlığın etki alanını gözeterek hukuk uygulaması bağlamında benzer tipteki uyuşmazlıkların çözümünde yeknesaklığın sağlanması amacıyla uyuşmazlığı adli yargıya sevk etme yetkisi bulunmamaktadır.

§ 9. SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARINDA ÇÖZÜM SÜRECİ

I. Uygulanacak Hükümler

Mülga 2499 sayılı SPKn'da yer verildiği üzere, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği'nin (İMKBY) “Çözümüne dair Kurallar” başlıklı 58. maddesinde, uyuşmazlıkların mevcut mevzuat, örf ve adet ve teamül ile hakkaniyet ilkeleri uyarınca karara bağlanacağı belirtilmiş, 91 sayılı KHK ile Genel Yönetmelik'in 2.

⁷⁴³ Bkz. web: <http://www.financial-ombudsman.org.uk/publications/ombudsman-news/57/57-wider-implications.html> erişim:10.8.2018.

maddelerinde de bu KHK ve Genel Yönetmelikte hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler göz önünde bulundurularak karar vermeye, uygulamayı düzenlemeye ve yönlendirmeye Sermaye Piyasası Kurulu'nun yetkili olduğu hükme bağlanmıştır.

Dolayısıyla, Borsa İstanbul'un kurulması öncesindeki dönemde İMKB, borsa ve sermaye piyasasında hakim olan ilke ve kurallar uyarınca; uyuşmazlıkları, mevzuat, örf-adet ve teamüllere göre çözümlemiştir. Bununla birlikte, 6362 sayılı SPK'n döneminde ve yürürlükteki Borsa Mevzuatı düzenlemelerinde bilinçli boşluk bırakılmak suretiyle uyuşmazlıkların çözümünde mevcut mevzuat hükümleri kapsamında değerlendirme yapılabileceği sonucuna varılabilecektir. Kanaatimizce karar alma sürecindeki böylesi esaslı bir konuda hangi düzenlemelerin esas alınacağını somutlaştırılmaması yatırımcının uyuşmazlık çözüm sistemine olan güvenini etkileyebilecek esaslı bir husustur.

Öte yandan, uyuşmazlığın çözümüne yönelik olarak, Borsa mevzuatında hüküm bulunmadığı hallerde Borçlar Kanunu'nda yer alan vekalet ve komisyon hükümleri işletilerek tarafların hak ve borçları tespit edilir⁷⁴⁴. Belirtilen hükümler çerçevesinde, Borsa İstanbul ve Sermaye Piyasası Kurulu tarafından uyuşmazlıklara ilişkin yapılan incelemelerde Borsa mevzuatı yanında, borsa işlemlerine ilişkin Sermaye Piyasası Kurulu tebliğleri uygulanmakta olup, bu çerçevede tarafların sorumlulukları tespit edilmektedir. Ancak tarafların sorumluluklarının tespitinde ve zararın tazminine karar verilmesinde, “sorumluluk”, “kusur”, “zarar” ve “tazmin” kavramlarının asıl olarak genel hükümlerde düzenlendiği; sorumluluklarının tespit edilmesinin sadece yargısal bir faaliyet olmayıp, denetim faaliyetinin de bir fonksiyonu olduğu; Borsa ve SPK düzenlemelerinde yer alan özel hükümlerin temelinde, genel hükümlerin mantığının bulunduğu göz ardı edilmemelidir⁷⁴⁵.

⁷⁴⁴ AYDIN, s. 210.

⁷⁴⁵ Örneğin, yatırım kuruluşu tarafından yatırımcıya ait hesaplarda bulunan paylar üzerinde mevzuata aykırı satış işlemleri gerçekleştirildiğinde, yatırım kuruluşunun tazmin yükümlülüğü, yatırım kuruluşunca mevzuata aykırı olarak gerçekleştirilen ve haksız fiil teşkil eden re'sen satış işleminden doğmuş olacaktır. Yatırım kuruluşunun haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğu söz konusu

Diğer taraftan, Borsa İstanbul A.Ş. Borsacılık Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Yönetmeliği'nin uyuşmazlıkların çözümü için başvuru esaslarını düzenleyen 48. maddesinde de, Borsa Yönetim Kurulu tarafından şekli belirlenen başvuru dilekçesinde; uyuşmazlığın konusunun, maddi olayların, hukuki sebeplerin ve ispatlayıcı delillerin yer alması gerektiği hükme bağlanmıştır. Burada ifade edilen “*hukuki sebep*” sadece borsa mevzuatı ile sınırlandırılmamalıdır. Zira, SPKn ve Borsa mevzuatında “*ticari alım-satım*”, “*zarar*” ve “*tazminat*”a ilişkin hükümler yer almamaktadır.

Kanımızca, borsa işleminin niteliğini ticari alım-satım işlemlerinden ayırmak ve tamamen özel hukuk hükümlerinden soyutlanarak, idari denetime konu olmasından bahisle sadece kamu hukukunun ve borsa mevzuatının uygulanacağını savunmak Sermaye Piyasası Kurulu'nun uyuşmazlık çözme yetki ve görevinin yürütümünü işlemez hale getirecektir. Bu sebeple, sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümünde borsada yapılan işlemlerin salt Borsa mevzuatı çerçevesinde değerlendirerek karara varılması yerinde olmayacaktır.

Diğer taraftan, Borsa İstanbul ve TSPB Hakem Heyeti kararlarındaki emsal kararların rolü incelenecek olursa, söz konusu uyuşmazlık çözüm merkezlerinin karar alımlarında tutarlı olduğu sonucuna varılması, bu kuruluşların kendine ait önceki kararı takip etmesi için hiçbir açık veya düzenleyici bir gerekliliğin bulunmamasına karşın mümkündür. Bununla birlikte, Borsa İstanbul ve TSPB Hakem Heyeti kendini bir mahkeme gibi önceki kararları takip etmekle bağlı görmez. Bu nedenle, Borsa İstanbul ve TSPB Hakem Heyeti, önceki tarihli kararlarını emsal göstermemekle birlikte, belirli bir konuya ilişkin bakış açısını diğer uyuşmazlık çözümlerinde de mümkün olduğunca uygular. Buna ilaveten, Borsa İstanbul ve TSPB Hakem Heyetine yapılan birçok şikayetin temel unsurları hususundaki benzerlik, tutarlı bir yaklaşım geliştirmeyi kolaylaştırır.

olduğundan, yatırım kuruluşunun tazmin sorumluluğunun kapsamı belirlenirken taraflar arasındaki sözleşme hükümleri değil; sorumluluk hukukuna ilişkin genel hükümlerle ilgili mevzuat hükümleri uygulama alanı bulmalıdır.

Kanımızca Borsa İstanbul ve TSPB Hakem Heyetince verilen kararların emsal niteliğinde yorumlanamayacağı hususunda tereddüt bulunmakla birlikte, önceki tarihli kararları takip etmemek, herhangi bir durumda daha sonra alınacak kararda genel uygulamadan ayrılınması neticesinde, kararın yargısal inceleme neticesinde iptal edilme olasılığını da içinde barındırır.

Bu kapsamda, sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümünde karşılaşılan usul sorunlarının genel hükümlerin kıyasen uygulanması suretiyle çözüme kavuşturulacağına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Daha açık bir ifadeyle, Borsa İstanbul tarafından verilen kararın denetiminde idari usul ilkelerinin yahut medeni yargılama ilkelerinin ne ölçüde uygulanacağı dahi açık bir biçimde düzenlenmemiştir. Kurul tarafından yargı benzeri bir faaliyet yürütülmekte iken, hangi usul hükümlerinin uygulanacağının belirsizlik arz etmesi, yatırımcıların alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından ziyade hukuk yargısına başvuru eğilimini kanaatimizce artırır.

II. Uyuşmazlığa İlişkin Taraf Teşkilinin Sağlanması

Uyuşmazlık taraflarının doğru bir biçimde tespit edilmesi, uyuşmazlığın çözümünde kolaylık sağlayacağından, aşağıda uyuşmazlık taraflarına ilişkin bilgilere yer verilmektedir.

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan sermaye piyasası uyuşmazlıklarının bir kısmı ise, yatırımcı tarafından sermaye piyasası faaliyetleri ve bankacılık faaliyetlerini yürüten bir finans grubu çatısı altındaki şirketler vasıtasıyla işlemler gerçekleştirildiğinde karşımıza çıkar. Yatırım kuruluşunun acentesi sıfatıyla yatırımcıdan aldığı pay senedi alım-satım emirlerini yatırım kuruluşuna ileten (emir iletimine aracılık) kurum konumunda olan bankalar, alım-satım aracılığı yetkisine sahip değildir. Bu kapsamda, sermaye piyasası uyuşmazlığının yatırımcının bilgisi ve talimatı dışında hesabında bulunan paylarının satıldığı iddiasından kaynaklandığı hallerde, uyuşmazlığın tarafı ile nezdindeki yatırımcıya ait payların yatırımcı talimatı olmaksızın satan yatırım kuruluşu arasında kabul edilecektir.

A. Yatırımcı

Çalışmamız kapsamında, yatırım kuruluşu ile bireysel nitelikteki yatırımcılar arasında sermaye piyasası uyumsuzluklarının gerçekleştiği görülür. Bireysel yatırımcılar, kendi yatırım tercihleri doğrultusunda sahip oldukları fonları borsada değerlendiren yatırımcılardır. Bu yatırımcılar küçük fon sahibi yatırımcılar olabileceği gibi büyük fonları yöneten ancak kendi nam ve hesaplarına işlem yapan tüzel kişiler de olabilir⁷⁴⁶.

Yatırımcılar tarafından müşteri hesaplarının müşterek biçimde açılması da mümkündür⁷⁴⁷. Doktrinde, müşterek hesap tek imzalı (teselsüllü), birlikte imzalı ve bölünebilir olmak üzere üçe ayrılmaktadır⁷⁴⁸. Bankada açılan müşterek hesabın niteliğinin belirlenmesine ilişkin olarak Yargıtay kararlarında tarafların banka ile yapmış olduğu sözleşmenin içeriğine bakılması gerektiği belirtilmektedir.

Tek imzalı müşterek hesap⁷⁴⁹; müşterek hesap sahiplerinden her birinin tek başına hesabın tamamı üzerinde tasarruf edebildiği, hesaptan diğer hesap sahiplerinin

⁷⁴⁶ **İsmail ALTAY**, Türk Menkul Kıymetler Borsası Hukukunda Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması Açısından Kotasyon Sistemi Ve Kottan Çıkarılan Şirket Yatırımcısının Hukuki Başvuru Yolları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 34.

⁷⁴⁷ Birden çok kişinin, bankaya/yatırım kuruluşuna para ya da kıymetli evrak tevdi ederek müştereken açtıkları ve anlaşmaya göre üzerinde münferiden veya birlikte tasarruf ettikleri hesaplara “müşterek hesap” denilmektedir. Müşterek hesapta hesap sahipleri, hesap üzerinde aralarındaki anlaşmaya göre çeşitli şekillerde tasarrufta bulunabilecek olup, söz konusu tasarrufun şekli, müşterek hesabın türünü de tayin edecektir. (**Ünal TEKİNALP**, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 2009, s. 455-457).

⁷⁴⁸ Hesap sahiplerinin ancak birlikte imza ile üzerinde tasarrufta bulunabildikleri hesaba birlikte imzalı müşterek hesap; birden çok kimse tasarruf yetkisini tek başlarına mı, yoksa birlikte mi kullanacaklarını belirtmeden hesap açmış ve bu halde her bir hesap sahibinin hesap üzerinde eşit paya sahip olduğu kabul edilebiliyorsa bu hesaba da bölünebilir hesap adı verilmektedir (**TEKİNALP**, s. 456-458).

⁷⁴⁹ Tek imzalı müşterek hesap olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Şöyle ki; çerçeve sözleşmede yer alan; “*Müşterek hesabın sahiplerinden her biri tek başına hesapta, hesap sahibi olarak, bu hesabın tamamı üzerinde tasarrufta bulunabilir...*”, ve “*Müşterek hesap sahipleri Aracı Kurum’a karşı olan borç ve yükümlülüklerinden ötürü müştereken ve müteselsilen sorumludurlar.*” düzenleme ile “*Aracı Kurum’un müşterek hesap sahiplerinden herhangi birine hesap ekstresi göndermesi veya hesapla ilgili işlemler konusunda ihbar, ihtar veya bildirimde bulunması diğer hesap sahiplerini de bağlar ve onlar da hesap*

iznine gerek kalmaksızın işlem yapabildiği hesaptır. Tek imzalı müşterek hesaba aktif teselsül hükümleri uygulanır⁷⁵⁰. Diğer bir deyişle, borcun tamamının ödenmesini isteme hakkına her bir alacaklı haiz olduğu gibi, borçlu tarafından alacaklılardan birine yapılan ödeme ile borçtan kurtulunmaktadır⁷⁵¹. Temel sorun ise, müşterek hesap üzerinden gerçekleştirilen işlemlerde, işlemlerin kimin tarafından gerçekleştirileceği ve tarafların hak ve yükümlülüklerinin nasıl belirleneceğidir⁷⁵².

Sermaye piyasası uyuşmazlıkları bağlamında konu ele alındığında, müşterek hesap sahiplerinden birinin önceki başvurusundan sonra, müşterek hesabın diğer sahibi tarafından Borsa İstanbul'a yapılacak uyuşmazlık başvurusunun daha önceden uyuşmazlık başvurusuna konu edilen işlemler ve uyuşmazlığa konu iddiaların birbiriyle aynı olduğu tespit edildiği takdirde, uyuşmazlık başvurusunun reddi gerekir. Dolayısıyla, müşterek hesap sahiplerinden birinin uyuşmazlık başvurusunun reddedilmesini müteakip diğer müşterek hesap sahibi tarafından aynı uyuşmazlığa ilişkin bir kez daha itirazda bulunulması ve itirazın tekrar inceleme konusu yapılması

ekstresini, ihbar, ihtar veya bildirim almış ve öğrenmiş sayılırlar. Müşterek hesap sahiplerinden her biri diğerlerini tebligat ve bildirim kabulü konusunda temsil eder.” hükümleri, tarafların bu konudaki iradelerini açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

⁷⁵⁰ TEKİNALP, s. 456-458.

⁷⁵¹ Tek imzalı müşterek hesaba aktif teselsül hükümleri uygulandığından, söz konusu müteselsil alacaklılıkta da, alacaklılardan birinin aldığı tedbirler diğer alacaklılar bakımından da geçerli olduğundan, müşterek hesap sahiplerinden birinin kendi iradesiyle imzaladığı çerçeve sözleşmede yer alan “*müşterek hesap sahiplerinin her birinin işleminin diğer tarafı da bağlayacağı*” düzenlemesinin doğurduğu sonuç açıktır.

⁷⁵² Müşterek hesabın niteliği gereği sözleşmeden doğan müteselsil alacağın tipik bir örnek olduğu ve müteselsil alacaklılıkta, alacaklılardan birinin aldığı tedbirlerin diğer alacaklılar bakımından da geçerli olduğu görülür. Örneğin, borçlunun alacaklılardan birinin ihtarıyla temerrüde düşürülmesi yahut zamanaşımının alacaklılardan biri bakımından kesilmesi halinde, borçlu diğer alacaklılara karşı da mütemerrit olduğu gibi, zamanaşımı onlara karşı da kesilmiş olmaktadır. Müteselsil alacaklılardan birinin icraya veya mahkemeye başvurduğunun borçluya bildirildiği andan itibaren diğer alacaklıların borçludan alacağı talep yetkileri sona erecektir. Bu andan itibaren diğer alacaklılar ya icra veya mahkemeye başvuran alacaklı ile birlikte borçluya karşı uyuşmazlığı yürütürler ya da uyuşmazlığın sona ermesini bekleyip aralarındaki iç ilişkiye göre icra ve mahkemeye başvuran alacaklıya müracaat ederler.

mümkün değildir. Yalnızca şikayetçi tarafından yapılan başvurunun yeniden incelemeye konu edilebilmesini gerektirecek ve haklılığını ortaya koyacak yeni deliller sunulması, şikayetin yeniden incelemeye konu edilebilmesi açısından gereklidir.

B. Yatırım Kuruluşu

6362 sayılı SPKn md. 3, V bağlamında yatırım kuruluşu kavramı; aracı kurumlar ile yatırım hizmeti ve faaliyetinde bulunmak üzere kuruluş ve faaliyet esasları Kurulca belirlenen diğer sermaye piyasası kurumlarını ve bankaları ifade eder⁷⁵³. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu⁷⁵⁴,’nun kabul ediliş gerekçeleri arasında; sermaye piyasası faaliyetine ilişkin olarak 2499 sayılı mülga SPKn’de yer alan *“kurum bazlı düzenleme yerine faaliyet bazlı düzenleme esası(nın) benimsenmesi”* de yer alır⁷⁵⁵.

Yatırım kuruluşları tarafından yürütecekleri asli hizmet ve faaliyetlerin yanı sıra, ayrıca, yan hizmetleri de yürütebilmektedirler. Ancak bu tipteki kuruluşların, yatırım hizmet ve faaliyetine ilişkin faaliyet izni için yaptıkları başvurular sırasında, sunmayı planladıkları yan hizmetleri de Kurul’a bildirmek yükümlülüğü bulunur⁷⁵⁶.

⁷⁵³ Sermaye piyasasında sermaye piyasası araçlarının halka arzına ve ihraç edilmiş menkul kıymetlerin alım-satımına yardımcı olmak aracılık faaliyeti olarak tanımlanabilir. Aracılık faaliyetleri, yetkili kuruluşlar tarafından kendi nam ve hesabına, başkası nam ve hesabına, kendi namına ve başkası hesabına alım satımı işlemidir (**Oğuz Kürşat ÜNAL**, Aracı Kurumlar: Türk ve Amerika Birleşik Devletlerinde Aracı Kurumlar, Ankara 1997, s. 58).

⁷⁵⁴ Sermaye piyasası hukukunun normatif yapısı incelendiğinde, esas olarak SPKn, İstanbul Borsası Yönetmelikleri ve tebliğ ve yönergeleri, SPK Tebliğleri ve Kurul ilke kararları üzerinden sermaye piyasalarının yürütüldüğünü söylemek mümkündür.

⁷⁵⁵ Söz konusu değişikliğin nedeni, *“gerek AB düzenlemelerinde gerekse finansal kriz sonrasında dünya genelinde görülen düzenleme yaklaşımındaki yeni eğilimlerin bu yönde olması”* şeklinde ifade edilmiştir (web: <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0638.pdf> erişim:15.11.2016).

⁷⁵⁶ **TANÖR**, s. 396-397. Borsa İstanbul’a Kurul tarafından aracılık faaliyetinde bulunmak üzere yetki belgesi verilmiş olan yatırım kuruluşları üye olabilirler. Yatırım Kuruluşlarına *“Borsa Üyelik Belgesi”*, gerekli incelemeler sonrasında Borsa Yönetim Kurulu tarafından verilmektedir. Yatırım kuruluşu, üzerinde hangi pazar ve piyasalarda işlem yapabileceğine dair bilgiler içeren söz konusu belgeyi tescil ve ilan ettirmek zorundadır.

Sermaye piyasası uyumsuzlukları açısından yatırımcıların bankalar ve bankalar tarafından kurulan yatırım kuruluşları ile sözleşmesel ilişkisinin bulunduğu hallerde, yatırımcının kredi ilişkisi çerçevesinde yatırım hesabı üzerinde tasarruflarda bulunulabilmektedir. Örneğin, bir bankanın kredi müşterisi olan bir yatırımcının hesabında temerrüt nedeniyle banka adına yatırım kuruluşu tarafından gerçekleştirilmiş pay senedi satış işlemlerini, yatırım kuruluşu ile yatırımcı arasında imzalanan alım satım aracılık çerçeve sözleşmesi hükümlerine dayandırılması hukuka uygun olmaz. Zira, söz konusu satış işlemleri Banka adına yatırım kuruluşu tarafından gerçekleştirilmiş olup, yatırım kuruluşunun yatırımcı hesabındaki payları, yatırımcının cari hesap ilişkisi içerisinde olduğu bankaya olan borcu nedeniyle, yatırımcı talimatı bulunmaksızın satma yetkisi bulunmaz. Dolayısıyla, banka ile yatırımcı arasındaki kredi sözleşmesi ve rehin sözleşmeleri uyarınca satılarak karşılıklarının kredi borcuna karşılık olarak banka hesaplarına aktarılması, sermaye piyasası mevzuatına uygun olmayan bir talimatla yatırımcının bilgisi dışında gerçekleştirilemez.

Kanımızca, bankanın gerek kredi borcu gerekse sair borçları nedeniyle kendisine borçlu olduğunu iddia ettiği yatırımcı aleyhine borçlar hukuku ya da ticaret hukuku hükümleri çerçevesinde, alacağını ispata yönelik açacağı dava sonunda işlem tesis ettirilmesi gereklidir. Yatırım kuruluşu ile arasındaki organik (finansal) ilişki sonucu bu yola başvurmaksızın re'sen menkul kıymetler hareketi yaratarak yatırımcıdan olan alacağını tahsil yoluna gidilmemelidir.

Ancak, yatırım kuruluşu lehine emir iletimine aracılık eden banka (Mülga SPKn dönemindeki ifadesiyle “*acente*”) ile yatırımcı arasında menkul kıymet alım satım kredi sözleşmesi imzalanmış olduğu da uygulamada görülmektedir. Borçlunun temerrüde düşmesi halinde, yatırımcı hesabındaki borç bakiyesinin tasfiye edilmesi amacıyla banka tarafından yatırım kuruluşuna yatırımcı hesabındaki payların satışı doğrultusunda talimat verilmektedir. Bunun sonucunda, yatırım kuruluşu tarafından banka adına ya da banka hesabına satış yapılarak satış bedelleri banka hesabına virmanlanabilmektedir.

Anılan konuya ilişkin olarak, yatırımcı hesabında ancak kendisi ya da hesabında işlem yapma yetkisi olan kişiler işlem yapabilir. Yatırım kuruluşu ile yatırımcı arasında bulunan komisyon ve vekalet ilişkisi çerçevesinde, yatırım kuruluşunun bankanın satış talimatı verme yetkisinin bulunup bulunmadığı hususunu teyit etmeksizin yatırımcı hesabında işlem gerçekleştirmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, yatırım kuruluşu tarafından Banka'nın yatırımcı hesabından satış yapılmasına ilişkin talimat verme yetkisinin bulunup bulunmadığı hususunun araştırılması önem arz eder⁷⁵⁷. Bu çerçevede, yatırım kuruluşu tarafından Banka'nın verdiği satış talimatının yatırımcının verdiği yetki kapsamında olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür. Nitekim, banka tarafından rehin sözleşmesinde rehin alınan menkul kıymetler, yatırımcının temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşme hükümlerine uygun olarak paraya çevrilmek suretiyle yatırımcının bankaya olan borcunun tasfiyesinde kullanılmış olacaktır.

III. Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarının Kanunla Yetkilendirilen Kurumlarca Çözüm Süreci

A. Uyuşmazlığın İncelenmesi

Borsa uyuşmazlığının çözümlenmesi sürecinde, karşı tarafın cevap vermesi veya kendisine tanınan süre zarfında sessiz kalması halinde, Borsa Başkanı dosyayı uyuşmazlık komitesine incelenmek üzere intikal ettirir veya konunun yeterince açık

⁷⁵⁷ Banka ile yatırımcı arasında imzalanan menkul kıymet alım satım kredi sözleşmelerinde “Müşteri Banka'nın merkez ve diğer şubelerinde bulunan ve ileride bulunulabilecek olan vadesi gelmiş veya gelecek tüm alacak, havale, mevduat hesapları ve özellikle Kredi'nin kullanılması amacıyla vadesiz mevduat/yatırım hesaplarından yapılan virman, bloke hesapları, nakit ve hisse senedi ve diğer menkul kıymetlerle, senet ve konişmentolar ve tahsile verilen kambiyo senetleri ve sair tüm kıymetli evrak üzerinde veya Kredi hesapları üzerinde, Banka'nın herhangi bir ihtara gerek olmaksızın rehin, virman, takas ve hapis hakkı olduğunu, bunların Banka'ya ve bu Sözleşme'den doğmuş veya Banka'nın tüm şubelerinde her ne şekilde ve mahiyette olursa olsun, doğmuş ve doğacak tüm borçlarının teminatını oluşturacağı, döviz hesaplarının da aynı hükümlere tabi olduğunu, bunların üzerinde Banka'nın her türlü tasarrufla bulunma yetkisinin bulunduğunu, Banka'nın Menkul Kıymetler'i borsada oluşacak rayiç bedel üzerinden paraya çevirmek suretiyle Kredi'den ve bu Sözleşme'den doğmuş ve doğacak her türlü borçlarının tasfiyesinde kullanmak hakkını haiz olduğunu kabul eder.” şeklinde düzenlemeler bulunmaktadır.

olduğu kanaatindeyse doğrudan Yönetim Kurulunu toplayarak konunun görüşülmesini sağlar⁷⁵⁸.

Borsa Yönetim Kurulu tarafından verilen ek savunma süresi içinde yatırım kuruluşu tarafından savunması sunulmadığı takdirde, uyuşmazlığın başvuru tarihi itibarıyla dosyada mevcut bilgi ve belgeler çerçevesinde esastan sonuçlandırılması gerekir.

Borsa İstanbul A.Ş. Uyuşmazlık Komitesi Çalışma Usul ve Esasları Yönergesi'nin (BİAŞ Yönergesi) "İlk İnceleme ve Cevap Süresi" başlıklı 12 nci maddesi⁷⁵⁹;

"Borsa Başkanlığı, uyuşmazlık hizmet bedelinin yatırıldığına ilişkin makbuzun Borsaya ibrazını izleyen üç iş günü içerisinde, dilekçe örneğini veya Komite Raportörlüğü tarafından hazırlanan talep özetini, cevap vermesi için karşı tarafa tebliğe çıkarır.

***Cevap süresi beş iş günüdür.** Talep halinde ilgililere, on iş gününü geçmeyecek şekilde ek süre verilebilir.*

Süresi içerisinde yazılı cevap dilekçesinin verilmesinden veya herhangi bir cevap verilmeksizin sürenin sona ermesinden sonra, dosya incelenmek üzere Başkanlık tarafından Komiteye sevk edilir."

⁷⁵⁸ ERGÜN, s. 112.

⁷⁵⁹ Borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların çözüm usulüne ilişkin olarak, Borsa Yönetmeliği'nin yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kaldırılan İMKB Yönetmeliği "İnceleme ve Karar" başlıklı 46 ncı maddesinin birinci fıkrası; "Borsa Başkanlığı, uyuşmazlığın çözümüne dair dilekçenin Başkanlığa iletilmesini izleyen en çok 3 iş günü içinde, cevabını vermesi için dilekçe örneğini veya komite raportörlüğü tarafından hazırlanan talep özetini karşı tarafa tebliğ eder. Cevap için en çok 5 iş günü beklenir. Cevap geldikten veya bu süre geçtikten sonra dosya incelenmek üzere Uyuşmazlık Komitesine intikal ettirilir veya konunun yeterince açık olduğu kanaatine varılır ise Başkanlıkça dosyanın ilk Yönetim Kurulunda görüşülmesi ve karara bağlanması sağlanır." hükmünü içermektedir. Anılan Yönetmeliğin 47 nci maddesinin dördüncü fıkrası ise; "Komite, konu ile ilgili her türlü incelemeyi yapmaya, tarafları ve tanıkları dinlemeye, Borsa Başkanlığından bilirkişi tayinini istemeye yetkili olup, gerekli incelemeyi tamamladıktan sonra, uyuşmazlık konusunda bulduğu çözüm yoluna ilişkin görüşünü, dayanağını teşkil eden belgelerle birlikte, en çok 5 işgünü içinde yazılı olarak, Borsa Başkanlığına sunar." hükmünü haizdir.

hükümünü içerir. Uyuşmazlık Komitesi süre yeterli gelmediği takdirde ek süre istemi ile Borsa Başkanlığına başvurabilecek olup, anılan süre beş iş gününden fazla olamaz.

BİAŞ Yönergesi'nin 12 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hüküm uyarınca, yatırım kuruluşları BİAŞ tarafından kendilerine gönderilen uyuşmazlığa ilişkin bildirim yazısını tebliğ aldıktan sonra konuya ilişkin savunmalarını ve delillerini 5 iş günü içerisinde BİAŞ'a göndermek zorundadır. Bu sebeple, BİAŞ Başkanlığı tarafından yatırım kuruluşunun talebi üzerine uzatılan sürenin geçmesinden sonra gönderilen savunmanın ve ekindeki bilgi ve belgelerin esas alınması sonucunda karar tesis edilmesi mevzuata aykırı olacaktır.

Anılan hükümde öngörülen 5 günlük süreye riayet edilmemesinin sonucu ise açıktır. Bu durumda, BİAŞ Uyuşmazlık Komitesi yatırım kuruluşunun savunmasını ve savunmasını destekleyen bilgi ve belgeleri dikkate almaksızın inceleme yapacak; bu çerçevede BİAŞ Yönetim Kurulu tarafından karar verilecektir. Yönerge hükmünde belirlenen sürenin önemini hatırlatmak amacıyla, BİAŞ Hukuk Müşavirliği her uyuşmazlık dosyasında yatırım kuruluşlarına gönderdiği savunma talebi yazısında ileri sürülen isnad ve iddialara ilişkin cevap süresinin 5 iş günü olduğunu, bu süre içinde gerekli bilgi ve belgelerin gönderilmesi gerektiğini, aksi takdirde dosyada mevcut belgeler üzerinden karar verileceği hususunu yatırım kuruluşuna ihtar eder. Bu çerçevede, yatırım kuruluşları söz konusu mevzuat hükmüne riayet etmedikleri takdirde, uyuşmazlığa dair savunma haklarını kullanamayacakları bildirilir.

Yukarıda ifade edildiği ve doktrinde kabul edildiği üzere, borsa uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin Borsa Yönetmeliği'nde öngörülen sistem, uyuşmazlıkların süratli bir biçimde çözülmesi amacını güden ve kendine özgü kuralları olan bir sistemdir⁷⁶⁰. Bu nedenle, hukuk davalarında olduğu gibi borsa uyuşmazlıklarında mevzuatta yer alan süreler genellikle hak düşürücü olarak değerlendirilmekte ve söz konusu süreler uyulmaması tarafların hak kaybına uğramasına neden olmaktadır. Bu çerçevede, BİAŞ Yönergesi'nin 12 nci maddesinde

⁷⁶⁰ KONURALP/KONURALP, s. 608; AYDIN, s. 240.

öngörülen sürelerin hak düşürücü süre niteliği taşıdığı tartışmasızdır. Nitekim, uygulamada Borsa Yönetim Kurulu kararlarına karşı BİAŞ Yönergesi'nin 18 inci maddesi uyarınca Kurul nezdinde itiraz eden kişi ve kurumların başvurularının madde hükmünde öngörülen süre içinde yapılmaması halinde, itirazların esasına girilmeksizin süre yönünden reddine karar verilir.

Öte yandan, İdare, uyuşmazlığın çözümünde yargı benzeri bir işlev görmekle birlikte, şikayet sahibi tarafından Borsa İstanbul veya Sermaye Piyasası Kurulu'nun uyuşmazlık hakkındaki kararının tanık dinlenmeden dosya üzerinden alındığını ve çözüm sürecinde savunma hakkının yeterince kullanılmasına olanak tanınmadığını, böylelikle delillerin değerlendirilmesinde hataya düşüldüğünün iddia edilmesi sağlam bir iddia olarak kabul edilmemelidir. Kanımızca, yatırımcının Borsa İstanbul tarafından verilen bir karara karşı Sermaye Piyasası Kurulu nezdinde itirazda bulunduğu, bilhassa itirazında daha önce yer verilen hususların yinelenildiği ve iddialarını kanıtlayacak nitelikte dosyaya yeni bir bilgi ve belge sunmadığı hallerde, tanık dinlenmesi zorunluluk arz etmez.

B. Taraflar ve İlgililerin Dinlenmesi

6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu'nda öngörülen keşif, bilirkişiye başvurma ve tanık dinleme gibi niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemlerin arabulucu tarafından yapılamayacağına ilişkin sınırlamadan farklı olarak, Borsa işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Raporun hazırlanması evresinde Uyuşmazlık Komitesi, konu ile ilgili her türlü incelemeyi yapma, tarafları ve tanıkları dinleme, Borsa Başkanlığından bilirkişi tayini isteme konularında Raportöre yetki verebilecektir (BİAŞ Yönergesi md. 13, II).

Borsa işlemi dışında uyuşmazlıkların çözümü sürecinde TSPB Hakem Heyeti, uyuşmazlığın taraflarının talebi üzerine veya re'sen, ilgilileri ayrı ayrı dinlemek üzere davet edebilecektir. Görüşme sonuçları ise tutanağa bağlanacak ve ilgililerce imzalanacaktır. Buna ilaveten, haklı bir gerekçeye dayanmaksızın davete uymayanların dinlenmesinden vazgeçilecektir (BİAŞ Yönerge md. 13, V).

C. Uyuşmazlığı Genişletme Yasağı

Borsa uyuşmazlıklarının Borsa Yönetim Kurulunca çözümlenmesinde ve söz konusu karara karşı itiraz edilmesi durumunda Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yapılan incelemede; mevcut mevzuat, örf, adet ve teamül kuralları ile hakkaniyet ilkeleri geçerli olduğundan, HMK.'ndaki usul ve kurallar da uygulama alanı bulmaktadır. Bu doğrultuda uyuşmazlıkların kapsamına ilişkin olarak HMK md. 141, II hükmü kıyasen uygulama alanı bularak⁷⁶¹, aracı kurumun rızası olmaksızın uyuşmazlığın kapsamını genişletmeyeceği veya mahiyetini değiştiremeyeceği ilkesi benimsenmiştir.

Yatırımcının herhangi bir iddiasının, uyuşmazlığın kapsamını genişletici nitelikte olduğu ve “*uyuşmazlığı değiştirme yasağı*” kapsamında değerlendirileceği hallerde, Sermaye Piyasası Kurulunca inceleme sırasında dikkate alınması mümkün değildir. Örneğin, yatırımcı tarafından, yatırım kuruluşunun yıllardır kendisini yanlış yönlendirdiği ve hesabında talimatı dışında satış işlemleri yapmak suretiyle zarara uğramasına sebep olduğu iddia edildiği bir uyuşmazlıkta, yatırımcının söz konusu iddiasının belirsiz ve uyuşmazlığı genişletme yasağı kapsamında olduğunun tespiti halinde Kurulca yapılan inceleme sırasında dikkate alınmaz.

D. Süre Kısıtlaması

Borsa uyuşmazlıklarının çözümü amacıyla BİAŞ'a başvuru açısından, Sermaye Piyasası Kanunu'nda herhangi bir süre sınırı getirilmemesinin eksiklik olduğu doktrinde ifade edilmiş olmakla birlikte, belge ve kayıtların yatırım kuruluşu

⁷⁶¹ HMK md. 141 hükmü, “(1) Taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe; ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia veya savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez.

(2) İddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi konusunda ıslah ve **karşı tarafın açık muvafakati hükümleri saklıdır.**” şeklinde düzenlenmiştir.

tarafından saklanma süresi dikkate alınarak işlemin öğrenildiği tarihten itibaren belirli azami sürenin tayin edilmesinin uygun olacağı belirtilmiştir⁷⁶². 6362 sayılı SPKn'nun yürürlüğe girmesini müteakiben yayımlanan BİAŞ Yönergesi'nin "*İhtilaflarda süre*" başlıklı 11 inci maddesi şu şekildedir:

“(1) Üyeler arasındaki ihtilaflarda usul hükümlerindeki genel dava zamanaşımı uygulanır.

(2) Borsa üyeleri ile müşterileri arasındaki ihtilaflarda, uyuşmazlığın olduğu tarihi takip eden ikinci takvim yılından sonra yapılan başvurular Borsa tarafından incelenmez.”

Öte yandan, borsa dışı uyuşmazlıklar bakımından konu incelenecek olursa, Birlik üyesi tarafından süresi içinde verilen cevabın olumsuz olması ya da başvuru sahibi lehine yeterli bir çözüm içermemesi veya ilgili Birlik üyesi tarafından otuz günlük cevap süresi içinde başvuru sahibine uyuşmazlığı ile ilgili herhangi bir cevap verilmemesi durumunda; Birlik üyesinin başvuru sahibine verdiği cevabın tebliği tarihinden itibaren veya cevap verilmesi gereken sürenin bitimini izleyen altmış gün içinde TSPB Hakem Heyetine başvuruda bulunulması gerekir (TSPB Yönerge md. 11, D).

İngiltere’de ise, Finansal Ombudsman Hizmeti yalnızca hakkında şikayette bulunulan kuruluşun, şikayetçiye şikayete dair kendi nihai yanıtını halihazırda göndermiş olduğu durumlarda veya yatırım kuruluşu şikayeti aldıktan itibaren sekiz hafta geçmesi durumunda şikayetleri nazara alır⁷⁶³. Finansal Ombudsman Hizmeti, nihai yanıtın gönderildiği günden itibaren altı aydan sonrası; şikayetçi, şikayetin sebebinin rasyonel bir şekilde farkında olmuş olması gereken zamandan üç yıl sonra yapılan şikayetleri veya şikayet edilen olaydan sonra altı yıl sonra yapılan şikayetleri dikkate almaz⁷⁶⁴. Finansal Ombudsman Hizmetinin zaman sınırlamaları bakımından belirli yetkilerin kullanmasına izin verilir. Ayrıca, finansal hizmet

⁷⁶² ÇETİN/TÖREMİŞ/CANTİMUR, s. 190-191.

⁷⁶³ FCA Handbook DISP 2.8.1. ALPERT, s. 88.

⁷⁶⁴ FCA Handbook DISP 2.8.2.

kuruluşunun geçmiş işlerinin değerlendirilmesine (*past time business*) ve mortgage bağlantılı bir tür hayat sigortasına (*mortgage endowment complaint*) dair zaman sınırlamalarına ilişkin istisnalar mevcuttur⁷⁶⁵.

E. Deliller ve İspat

1. Finansal Ombudsman Hizmeti Tarafından Nazara Alınabilecek Deliller

İngiliz hukukunda Finansal Ombudsman Hizmeti, belirli bir şikayetin değerlendirilmesinde talep edilecek veya kabul edilecek delillere ilişkin olarak, hangi uyuşmazlık konularının çözümünde hangi delilin gerektiğine, bu meselelerin kararlaştırılması için gerekli delillerin hangi derecede sözlü ya da yazılı olacağına ve delillerin ne şekilde sunulacaklarına dair yön gösterebilir⁷⁶⁶. Söz konusu kurallar⁷⁶⁷, Finansal Ombudsman Hizmeti’nin hukuk mahkemesinde kabul edilebilir mahiyetteki delili hariç tutmasına veya mahkemede kabul edilmeyecek bir delili kabul etmesine ya da sadece düzenlenmiş (bunun uygulanamayacağı durumda) ya da bir özet veya tasvirin diğer tarafa sunulması için gerekli veya uygun gördüğü yerde “gizli” olarak bilgi kabul etmesine izin vererek ilave bir esneklik sağlamaktadır. Sonuncu ögeye ilişkin olarak, taraflarca verilmiş bilgi veya belgenin üçüncü kişilere ya da kişiye ait güvenlik bilgisine⁷⁶⁸ dair gizli bilgi içerebileceğidir. Bu husus bireysel müşterilere gizli veya hassas mahiyetteki bilginin açıklanması konusunda çekinceleri olan yatırım kuruluşları için özel önem taşır. Fakat, nihai karar, bir tarafın ilgili delili görmesine izin verilmemiş ve hakkında değerlendirmede bulunma ya da itiraz etme fırsatı tanınmamış delillere göre verilmişse, karara itiraz edilmesi mümkündür.

Son olarak, yatırım kuruluşu uyuşmazlık çözümüne dair tüm bilginin şikayet sahibine açıklanabileceğini varsaymalıdır. Bilginin gizli olduğu durumlarda belge “gizli” olarak işaretlenmelidir ve yanında Finansal Ombudsman Hizmeti’nin neden bu

⁷⁶⁵ FCA Handbook DISP 2.8.6-2.8.7.

⁷⁶⁶ FCA Handbook DISP 3.5.8.

⁷⁶⁷ FCA Handbook DISP 3.5.9.

⁷⁶⁸ FCA Handbook DISP 3.5.10.

bilgiyi açıklamaması⁷⁶⁹ gerektiğine dair bir izah olmalıdır. Daha sonra Finansal Ombudsman Hizmeti bilgiyi açıklamamaya ya da bilgiyi düzenlenmiş halde açıklamakta karar kılması mümkündür. Ancak hangi delilin açıklanabileceği yatırım kuruluşundan ziyade Finansal Ombudsman Hizmeti'nin takdir yetkisi dahilinde olduğu yeniden belirtilmelidir⁷⁷⁰.

2. Hukukumuzda Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarında İspat

Sermaye piyasası uyuşmazlıklarında ispat yükünün hangi tarafa ait olduğu hususu uyuşmazlık çözümünde belirleyici bir faktördür. Zira, iddianın veyahut savunmanın temelini oluşturan bir vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediğinin ispat edilememesi halinde, karar merciinin aleyhte karar verme rizikosunun kimin katlanacağını belirlenmesini konu alan yüke “*ispat yükü*” denir⁷⁷¹.

Hukukumuzda ispat yüküne ilişkin temel kural Medeni Kanun'un 6 ncı maddesinde, “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte, MK. md. 6 hükmünün hangi vakılardan taraflardan hangisinin lehine olduğu hakkında bir çözüme ulaşılmış olmamaktadır⁷⁷².

Anılan hükmün tek başına ispat yüküne tam olarak çözmeye yeterli olmaması nedeniyle, HMK'nun 190 ıncı maddesinin birinci fıkrasında da konuya ilişkin düzenleme getirilmiş olup, madde hükmü şu şekildedir:

“(1) *İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.*

(2) *Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan*

⁷⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ombudsman News, Issue 14, February 2002.

⁷⁷⁰ FRESHFIELDS, s. 507.

⁷⁷¹ TANRIVER-Medeni Usul, 777; TAŞPINAR, s. 162; TOPUZ, s. 36; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES-Ders Kitabı, s. 331.

⁷⁷² ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 311.

vakıya ilişkin ispat yükü altındadır. Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanuni karinenin aksini ispat edebilir.”

Bu kapsamda, ispat yüküne ilişkin iki temel norm bulunmakta olup, HMK md. 190 hükmünün ispat yükünün tayininde daha ayrıntılı bir düzenleme içerdiğini söylemek mümkündür. Zira, burada somut olaya özgü değerlendirme yapılması gerekmekte olup, vakıyı hangi tarafın ileri sürmesinden ziyade, o vakıyadan hangi tarafın lehine hak çıkardığı önem arz eder⁷⁷³. Bununla birlikte, kanunla ispat yükünün kime düştüğünün belirlendiği haller de bulunur⁷⁷⁴. Ancak, aşağıda yer verileceği üzere Sermaye Piyasası Kurulu’nun ikincil düzenlemelerinde de ispat yüküne ilişkin hükümlerin varlığı dikkat çekmektedir. Kanımızca, ispat yüküne ilişkin düzenlemelerin kanun hükümleriyle belirlenmesi gerekli iken, Tebliğ hükümleriyle ispata hükümlerin düzenlenmesi yerinde olmayacaktır.

2.1. Genel Olarak

Borsa işlemlerinden kaynaklanmayan uyuşmazlıklarda, ilgili TSPB üyesinin konuya ilişkin açıklamaları ile gerekli bilgi ve belgeleri sekreteryanın talep yazısının kendisine tebliğini izleyen otuz gün içerisinde TSPB Hakem Heyetine iletmesi zorunludur. Birlik üyesi tarafından mücbir sebep belirtilmeden süresi içinde iletilmeyen bilgi ve belgeler dikkate alınmaz (Hakem Heyeti Yönergesi md. 13, II-III). TSPB Hakem Heyeti, elindeki bilgi ve belgeler doğrultusunda karar verir. Dolayısıyla, TSPB Yönergesinde süresi içerisinde TSPB Hakem Heyetine sunulmayan delillerin uyuşmazlık çözümünde nazara alınmayacağı hükme bağlanmışsa da, anılan düzenlemenin ifadesel olarak eksiklikler içerdiği kanaatindeyim. Zira, TSPB Yönergesinde süre sınırlamasına istisna tanınması bağlamında “*mücbir sebep*” şartı getirilmiş olsa dahi, anılan Yönergeye tâbi uyuşmazlıklarda mücbir sebep sayılabilecek bazı durum tiplerine yer verilmediğinden düzenlemenin “*geçerli sebep*” olarak hükme bağlanması yerinde olacaktır.

⁷⁷³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES-Ders Kitabı, s. 333.

⁷⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. TANRIVER-Medeni Usul, 780.

Borsa uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik olarak ise, Borsacılık Yönetmeliğinde yalnızca başvurunun şekli, dilekçede bulunması gereken unsurlar, uyuşmazlık komitesinin çalışma usul ve esasları ile uyuşmazlığın incelenmesine, çözümüne ve karara bağlanmasına ilişkin usul ve esaslar Yönetim Kurulu tarafından belirleneceği ve Kurulca onaylanacağı belirtilmiştir (Borsacılık Yönetmeliği md. 48, IV).

Öte yandan, çerçeve sözleşmelerde zaman zaman ‘*Yatırım kuruluşunun işlemlerinde mutad dikkati göstermiş olduğu karine olarak kabul edilir. Müşterinin aksini iddia etmesi halinde, ispat yükü kendisine aittir.*’ şeklinde hükümlere rastlanılmaktadır. Yatırım kuruluşlarına düşen ispat yükünün genel işlem şartları yoluyla yatırımcılara yüklenmesi halinde, 5.4.1993 Tarihli Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Şartlar Hakkında Avrupa Konseyi Direktifi md. 1/q’da “*mevcut hukuk düzeni uyarınca diğer tarafa düşen ispat yükünü tüketiciye yükleyen kayıtlar*” haksız sözleşme kayıtları olarak nitelendirilmiş olup, anılan sözleşme hükmü batıl sayılacaktır⁷⁷⁵. Bu çerçevede, delil sözleşmesinin ispat hakkının içini boşaltacak veya etkisizleştirecek mahiyette olması adil yargılanma hakkının “*hakkaniyete uygun yargılanma*” unsurunu ihlali sonucunu doğurur⁷⁷⁶.

2.2. Çerçeve Sözleşme

Yatırım kuruluşları; gerçekleştirdikleri aracılık faaliyetleri kapsamında, yürüttükleri faaliyetin niteliğine göre sınırları mevzuatta belirlenen yazılı sözleşmeler yapmak zorundadır. Sermaye piyasası mevzuatında içermesi gereken asgari hükümleri belirlemek suretiyle düzenlenen bu sözleşmeler, esas itibarıyla halka arza aracılık sözleşmesi, alım-satım aracılık sözleşmesi, yatırım danışmanlığı sözleşmesi, portföy yönetim sözleşmesi, kredili menkul kıymet işlemleri çerçeve sözleşmesi ve açığa satış çerçeve sözleşmesidir⁷⁷⁷. Yatırım kuruluşları, müşterileri

⁷⁷⁵ AB hukukunda tüketici, satıcı ve sağlayıcı kavramları hakkında bilgi için bkz. **TOPUZ**, s. 50-51.

Çiğdem ÖZBAY, Aracı Kurumlar Tarafından Hazırlanan Standart Sözleşmeler Karşısında Yatırımcıların Korunması, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü, Ankara 1999, s. 37.

⁷⁷⁶ **TANRIVER**-Medeni Usul, s. 805; **ATALAY**-PEKCANİTEZ Usul C. II, s. 1742.

⁷⁷⁷ **ÖZBAY**-Aracı Kurum, s. 7.

ile imzaladıkları çerçeve sözleşmenin sınırları içinde, müşterilerinin genel yatırım tercihlerini, portföyünün durumunu, kişisel ihtiyaçlarını, genel ekonomik ve finansal bilgilerini özellikle standart testlerin sonuçlarını göz önünde tutarak, müşteri talimatlarına uygun ve müşterinin çıkarlarını korumayı amaçlayan şekilde davranır⁷⁷⁸. Müşteri talimatlarının kesin, açık ve anlaşılır olması için üyeler gereken önlemleri alır.

Söz konusu sözleşme, yatırım kuruluşunun müşteriye gelecekte sunacağı her bir münferit yatırım tavsiyesine veya borsa emirlerinin yerine getirilmesine temel teşkil eder⁷⁷⁹. Ayrıca, çerçeve sözleşmelerde sermaye piyasası mevzuatına aykırı hükümlerle müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici ve yatırım kuruluşları lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayan ve emirlerin ispatının müşteriye yüklenmesine ilişkin hükümlere yer verilemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır (III-39.I sayılı Tebliğ md. 26, V). Örneğin, yatırım kuruluşu çerçeve sözleşmesinde, aracı

⁷⁷⁸ Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği Üyelerinin Sermaye Piyasası Faaliyetlerini Yürütürken Uygacakları Meslek Kuralları md. 14.

⁷⁷⁹ Çerçeve sözleşme genel olarak, ileride aynı mahiyette birden fazla sözleşme yapmaya niyeti olan kişilerin iradelerinin, genel olarak standartlaştırılmış bu sözleşmelerde kısmen veya tamamen bazı hususların yer alacağı konusunda uyuşmasını ifade eder (**Nami BARLAS**, Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri, Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2011, s. 807-829), s. 808). Borsada pay senedi alım-satım işlemlerine başlamadan önce borsa üyesi ile yatırımcı arasında imzalanan çerçeve sözleşmelerin kuruluşu, genel hükümlere tabi olacaktır. Alım-satıma aracılık çerçeve sözleşmesinin şekli konusunda Sermaye Piyasası Kanunu'nda bir düzenleme bulunmamakla birlikte, III-39.1 sayılı “Yatırım Kuruluşlarının Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Tebliğ”in 26 nci maddesi gereğince, akteedilecek çerçeve sözleşme, yatırım kuruluşuyla müşterisi arasındaki ilişkiyi genel olarak düzenleyen, başlangıçta bir kez akdedilen ve münferit işlemlerin esasını oluşturan bir akit olarak ifade edilmektedir. Çerçeve sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır (**Cemile DEMİR GÖKYAYLA**, Aracı Kuruluşların İkinci El Piyasalarındaki Alım-Satıma Aracılık Faaliyetlerinden Doğan İspat Sorunları, (Prof.Dr. Mahmut Tevfik BİRSEL'e Armağan, İzmir 2001, s. 177). **Mehmet Murat İNCEOĞLU**, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2004, s. 196; **BARLAS**, s. 817. Yatırım kuruluşları ancak bu sözleşme yapıldıktan sonra yatırımcılardan sermaye piyasası araçlarının alım-satımına yönelik emirleri kabul edebilecektir. Anılan sözleşme yazılı olarak akteedilmek zorunda olup, müteselsil sıra numaralı olarak düzenlenir ve sözleşmenin bir nüshası yatırımcıya verilir.

kurumun göndermiş olduğu hesap özetine bir ay içinde itiraz edilmediği takdirde hesap özetlerinde yer alan bilgi ve işlem muhteviyatının doğruluğunun kabul edilmiş sayılacağına dair bir hüküm, müşteri haklarını zedeleyici nitelikte kabul edilmelidir.

2.3. Taraflar Arasında Delil Sözleşmesi Bulunması Halinde

Taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde ispat araçları büyük bir öneme sahiptir. Taraflar arasında uyuşmazlıkların çözümü hususunda delil sözleşmesi bulunup bulunmamasına göre deliller değerlendirilecektir.

2.3.1. Delil Sözleşmesi Kavramı

İspat sözleşmeleri genel olarak, ispatın sözleşmeye dayalı olarak düzenlenmesi olarak ifade edilen veya belli bir delil sözleşmesinin veya sözleşmelerinin açıklanmasına yönelik olarak tanımlanan bir üst kavramdır⁷⁸⁰. Hukukumuzda delil sözleşmelerinin geçerli olduğu hususu HMK md. 193'te açıkça düzenlenmiştir. Delil sözleşmeleri, senetle ispat zorunluluğu ve senede karşı senetle ispat zorunluluğu kuralının en önemli istisnalarından birisidir⁷⁸¹. Delil sözleşmesi, belirli bir vakıanın, belirli bir delil veya diğer delillerin yanı sıra kararlaştırılan türdeki delillerle de ispat edilebileceği hususunda taraflar arasında aktedilen usuli bir sözleşmedir⁷⁸². Delil sözleşmesinin usuli bir sözleşme olmasına bağlı olarak, delil sözleşmelerinin geçerliliği medeni usul hukuku ilke ve esasları çerçevesinde belirlenir⁷⁸³.

⁷⁸⁰ İspat sözleşmeleri, delil sözleşmeleri, ikrar sözleşmeleri ve ispat yükü sözleşmeleri olarak üçe ayrılmakta olup, çalışmamız bakımından önem arz eden husus delil sözleşmesi olup, delil ikamesi belirli ispat vasıtaları ile sınırlandırılır (**Sema TAŞPINAR**, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s. 111-112).

⁷⁸¹ **TANRIVER**-Medeni Usul, s. 801; **KURU**-Ders Kitabı, s. 322.

⁷⁸² **PEKCANITEZ**-Usul, s. 1741; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**-Ders Kitabı, s. 354; **GÖRGÜN/KODAKOĞLU**, s. 270. KURU'ya göre bir hukuki işlemin her türlü delille ispatlanabileceğine yönelik delil sözleşmesi geçerlilik arz etmez (**KURU**-Ders Kitabı, s. 324).

⁷⁸³ **ATALAY-PEKCANITEZ** Usul C. II, s. 1741; **Ali Cem BUDAK/Varol KARAASLAN**, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017, s. 226.

Kanımızca, delil sözleşmelerini ispat araçlarını belirlemek için yapılan, kural olarak gönüllü olarak akdedilen, yargılama konusu uyuşmazlığın çözümünde kilit rol oynayan ve yerleşik yargı uygulamasının esaslı ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilen sözleşmeler olarak nitelendirmek mümkündür.

2.3.2. Yatırımcı ile Yatırım Kuruluşu Arasında Delil Sözleşmesi Yapılması

Yatırımcılarca verilen sözlü emirlerin ispatına ilişkin olarak, hukuki işlemlerin senetle ispatlanması zorunluluğundan kaynaklanan sorunlar yatırım kuruluşları tarafından genel işlem şartı niteliğinde olan delil sözleşmeleriyle çözümlenmektedir⁷⁸⁴. Daha açık bir ifadeyle, yatırım kuruluşları ile yatırımcılar arasındaki ispat hukukundan kaynaklanan belirsizliklerin giderilmesi amacıyla yatırım kuruluşlarınca çerçeve sözleşmelere delil sözleşmesine ilişkin klozların konulduğu görülmektedir.

Pay senedi alım satım emirlerine yönelik yatırım kuruluşu kayıtları tek taraflı delil olarak kabul edilemeyeceğinden, yatırım kuruluşu kayıtlarıyla mutabakat unsurları birbirlerini teyit ettiği takdirde, yatırım kuruluşu kayıtları delil olarak kullanılabilir. Böylesi durumlarda, III-45.I sayılı “*Yatırım Hizmet ve Faaliyetleri İle Yan Hizmetlere İlişkin Belge ve Kayıt Düzeni Hakkında Tebliğ*”le (III-45.I sayılı Tebliğ) aracılık faaliyetleri ve söz konusu faaliyetleri yürütecek kuruluşların aracılık faaliyetlerinde düzenleyecekleri belgeler ve muhasebe işlemlerinde uyacakları esaslar belirlenmiş olup, yatırım kuruluşu tarafından müşteri emir formlarının düzenlenip düzenlenmediği, yatırımcıya hesap durumundaki malvarlığının durumunu (*overalların*) iadeli taahhütlü mektupla gönderilip gönderilmediği ve hesabında yapılan işlemlerden haberdar olup olmadığı önem arz etmekle birlikte, söz konusu işlemlerin yatırımcının talimatıyla yapıldığının yatırım kuruluşunca ispatlanması gereklidir⁷⁸⁵.

⁷⁸⁴ Standart bir sözleşmeye taraf olan kişinin, sözleşme konusunda genel kapsamlı bir irade beyanının bulunması halinde, burada niteliği gereği açık irade beyanı gerektiren kimi koşullara da muvafakat edildiği sonucuna varılmamalıdır (**KONURALP**-İspat Sınırları, s. 66).

⁷⁸⁵ Ankara 3. Idare Mahkemesi’nin 8.8.2002, 1202/695 sayılı kararı (Yayımlanmamıştır).

Bununla birlikte, yatırım kuruluşları, delil sözleşmesinde öngörülen belge ve kayıtların, ses ve görüntü cihazlarıyla elde ettikleri kayıtların tek delil olduğu ve bundan başka delillerin uyuşmazlık çözümünde ileri sürülemeyeceğine ilişkin münhasır delil sözleşmesi⁷⁸⁶ klozları geçersiz kabul edilmelidir⁷⁸⁷. Kaldı ki, uyuşmazlıklarda zaman zaman uyuşmazlığın çözümünde temsil ettiği olayın ispatına doğrudan katkı sunabilecek ses kaydının yatırım kuruluşunca sunulmaması halinde dahi⁷⁸⁸, müşterinin zımni rızasının bulunduğu gerekçesiyle yatırımcı aleyhine kararların çıkması kuvvetle muhtemeldir.

Kanımızca böyle bir uyuşmazlıkta öncelikle delil başlangıcının sunulmamasına bağlı olarak, iddia konusu hukuki işlemin varlığını muhtemel gösteren esaslı bir ispat aracı ortadan kaldırılmış olacaktır. Bu sebeple, uyuşmazlığı inceleyen makamın “zımni kabul” değerlendirmesi yapmadan önce bütün delilleri değerlendirmesi ve yatırım kuruluşunun kendi ürettiği belgenin bulunmamasının kaynağı araştırılarak sonucuna göre karar verilmelidir. Kaldı ki, 6100 sayılı HMK.’nin 220 nci maddesi uyarınca; sermaye piyasası uyuşmazlığında ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu olan ses kaydının ibraz edilmesi için yatırım kuruluşuna kesin süre verilecek olup, yatırım kuruluşunun ilgili kaydı ibraz etmemesi halinde, yatırımcının belgenin içeriği konusundaki beyanı kabul edilmesi olasıdır.

Bununla beraber, birçok banka ve yatırım kuruluşunun, müşterileriyle akdettikleri delil sözleşmelerinde olduğu gibi⁷⁸⁹, yatırım kuruluşunun (bankanın)

⁷⁸⁶ Münhasır delil sözleşmesi gereğince, kanunda belirli delillerle ispatı öngörülmeleyen bir vakıa, yalnız delil sözleşmesiyle kabul edilmiş bulunan belirli delil veya delillerle ispat edilebilir (**KURU-Medeni Usul**, s. 323).

⁷⁸⁷ **AYDIN**, s. 193.

⁷⁸⁸ Belge olarak nitelendirilen ses kaydının düzenlenmesiyle birlikte delil başlangıcı vasfını kazanmış olup, bu belgenin karşı tarafa verilmesi veya gönderilmesine bağlı olmaksızın ses kaydının niteliğini değiştirmez (**KESER**, s. 151).

⁷⁸⁹ Uygulamada, yatırımcı ile yatırım kuruluşu lehine emir iletimine aracılık eden Banka arasında imzalanan Bireysel Bankacılık Hizmetleri Sözleşmesi’nde; “*Müşteri, işbu sözleşmenin uygulamasından çıkabilecek her türlü uyuşmazlıklarda, Banka’nın defter, mikrofilm, mikrofiş,*

kayıtlarının kesin delil olacağına dair kayıtlar, HMK md. 198 hükmü ile hakime tanınan delilleri takdir yetkisini ortadan kaldırıcı nitelikte olduğu⁷⁹⁰, müşterinin bu delilleri peşinen kabul ettiği ve her türlü itiraz haklarını kullanmaktan feragat ettiğine dair kayıtlar, dava ve savunma imkanını esaslı ölçüde zedeleyen, objektif iyiniyet kurallarına aykırı olduğu gerekçesiyle hakim tarafından geçersiz sayılabilecektir⁷⁹¹. Zira, delil sözleşmelerinin geçerliliği açısından “silahların eşitliği prensibi” bir sınırlama nedeni oluşturmakta olup, mer’i kanun hükümlerinin yanı sıra Anayasa’nın adil yargılanma hakkını düzenleyen 11 inci maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ilgili hükümleri doğrultusunda aynı sonuca ulaşmak mümkündür⁷⁹². Bu nedenle, bilgisayar ortamında gerçekleştirilen işlemlere ilişkin elektronik kayıtların mahkemede delil olarak dinlenebilmesi, yatırım kuruluşu (banka) ve yatırımcı arasında yapılan delil sözleşmesinin veya çerçeve sözleşmesindeki buna ilişkin kaydın geçersizlikle sonuçlanmayacak şekilde düzenlenmesine bağlı olacaktır.

Bu bağlamda, taraflar arasındaki delil sözleşmesinin de, HMK md. 198 hükmü ile hakime tanınan delilleri takdir yetkisini ortadan kaldırıcı nitelikte olduğuna, yatırım kuruluşu lehine emir iletimine aracılık eden Banka kayıtlarına kesin delil statüsünü

bilgisayar ve kayıtlarının HMK’nun 193. maddesi uyarınca, geçerli, bağlayıcı, kesin delil olacağını, bunlara karşı her türlü itiraz ve def’i haklarından ve dava dahilinde Banka defterlerinin usulüne uygun tutulduğu hususunda yemin teklif haklarından peşinen feragat ettiklerini kabul, beyan ve taahhüt eder.” hükmünü içeren delil sözleşmeleri yer almaktadır.

⁷⁹⁰ **KONURALP**-İspat Sınırları, s. 75.

⁷⁹¹ **KONURALP**-İspat Sınırları, s. 64; **BUDAK/KARAASLAN**, s. 226; **Ahmet BATTAL**, Bankacılık Sözleşmelerinde İspat Usulü ve Delil Sözleşmeleri, (BATİDER, 1997, C.XIX, S.2, s. 129-140), s.136; **Yeşim ATAMER**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul, Ağustos 1999, s. 285. AB üyesi devletler tarafından gerçek kişi yatırımcıların koruması amacıyla tüketici sözleşmelerinde yer alan hâksız şartlara yönelik olarak üye devletlerin iç hukuklarını uyumlu hale getirilmesini öngören bir AB direktifi hazırlanmıştır. Direktif, tarafların pazarlık gücünden ziyade mal ve hizmetleri üreten veya tedarik eden kişinin sahip olduğu yüksek ekonomik gücün kötüye kullanılmasıyla ilgilenmiştir. Bu kapsamda, tüketicinin katılımı dışında kaleme alınan ve tüketicinin şartın içeriğine etki etmesinin mümkün olmadığı, önceden formüle edilmiş standart sözleşme şartları taraflarca müzakere edilmemiş kabul edilmiştir (**Gülin GÜNGÖR**, Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara 2000, s. 50-51).

⁷⁹² **Emel HANAĞASI**, Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, Ankara 2016, s. 448.

tanıdığına ve müşterinin bu delillere karşı her türlü itiraz ve def'i haklarından peşinen feragat ettiğine dair kayıtlar içermesi halinde, sözleşme geçerli bir delil sözleşmesi olarak kabul edilemez. Zira, delil sözleşmesinin tarafın ispat hakkının kullanılmasını ortadan kaldırıci mahiyette olmaması gerekir⁷⁹³.

Öte yandan, yatırım kuruluşlarının elektronik ortamda yapılan emirler bakımından da gerekli defter ve kayıtları tutma yükümlülüğü bulunduğu halde, yatırım kuruluşu tarafından internet kanalıyla alınan emre ilişkin müşteri emir formu ve seans takip formunun sunulmadığı hallerde, yatırım kuruluşunun, uyuşmazlığa konu bir emrin belirli bir seans için verildiği hususunu ispatlanmış kabul etmek mümkün olmaz.

Diğer yandan, gizlilik yükümlülüğüne ilişkin olarak, elde edilen maddi vakıalara veya delil göstermeye ilişkin sınırlamaların delil sözleşmesiyle yapılması mümkündür. Böyle bir halde, gizlilik yükümlülüğü etkilerini usul hukuku alanında göstereceğinden bu konuda taraflarca yapılan bir sözleşme usul hukuku sözleşmesi vasfını taşır⁷⁹⁴.

2.4. Taraflar Arasında Delil Sözleşmesi Bulunmaması Halinde

Yatırım kuruluşları müşterilerden yazılı ya da sözlü olarak emir kabul etmektedir. Müşterilerden seanstan önce veya seans sırasında telefon, faks, otomatik para çekme makinesi (ATM) kullanılmak suretiyle, elektronik ortamda ya da benzeri şekillerde imza alınmaksızın emir alınan sözlü emir niteliğindedir⁷⁹⁵. Sözlü alım-satım emirlerine dayanılarak yapılan işlemlerde, sözlü emrin varlığını ispat yükü yatırım kuruluşuna aittir. Alım veya satım emri vermesine rağmen herhangi bir işlem gerçekleştirilmediğini iddia eden müşteri, söz konusu emri verdiğini ispatla yükümlüdür⁷⁹⁶. Ayrıca yatırım kuruluşları, alım satım aracılığı faaliyeti kapsamında elektronik ortamda emir kabul edebilmektedir. Söz konusu işlemler, müşterilerle

⁷⁹³ **TOPUZ**, s. 175.

⁷⁹⁴ **TAŞPOLAT TUĞSAVUL**, s. 137.

⁷⁹⁵ Sermaye Piyasası Kurulunca çıkarılan II-45.1 sayılı Yatırım Hizmet ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Belge ve Kayıt Düzeni Hakkında Tebliğ md. 8, II.

⁷⁹⁶ **AYDIN**, s. 164.

çerçeve sözleşme imzalanması, müşterilere hesap açılması ve MKK'dan sicil numarası alınması ile ilgili yükümlülöklere tabidir (III-37.1 sayılı Tebliğ md. 35).

Müşterilere gönderilecek hesap ekstresine yönelik olarak, yapılan bildirimlere erişim sağlandığına ilişkin ispat yükü yatırım kuruluşuna ait olup, yapılan bildirimlerin belirli süre geçtikten sonra müşteri tarafından kabul edilmiş sayılacağına dair sorumsuzluk kayıtlarına çerçeve sözleşmelerde ve ilgili diğer belgelerde yer verilemeyecek olup, bu tür kayıtlar Borçlar Kanunundaki sorumsuzluk anlaşması kapsamında değerlendirilerek hükümsüz sayılır⁷⁹⁷.

Bu kapsamda, müşterinin yatırım kuruluşu tarafından gerçekleştirilen işlem nedeniyle yapılacak şikayet bağlamında üç ihtimal söz konusudur. Bunlardan ilki müşteri ile yatırım kuruluşu arasında aracılık faaliyeti ilişkisinin aynı zamanda cari hesap sözleşmesi de teşkil etmesidir⁷⁹⁸. *Kırca*'ya göre ise, yatırım kuruluşlarıyla müşterileri arasında bir cari hesap ilişkisi bulunmadığı görüşündedir⁷⁹⁹. Zira, cari hesapta kimin alacaklı olduğu, hesap devresinin kapatılmasıyla değil; cari hesap sözleşmesinin sonunda hesabın kesilmesiyle belirli olur. Tespit edilen bakiyenin ödenmesi ise ancak hesabın ödenmesinden sonra talep edilebilir.

İkinci olarak, tarafların çerçeve sözleşme kapsamında müşterilerinin itirazlarına yönelik hususlarda düzenlemeye gidilmiştir. Son olarak, yukarıda yer verilen Yargıtay kararında da ifade edildiği üzere, müşterinin talimatsız olarak hesabında işlem gerçekleştirilmesine karşın itiraz etmediği işlemlere itiraz etmesi MK md. 2'de yer alan iyiniyet kurallarına aykırılık yaratır. Bu sebeple, müşterinin iyiniyet kuralları çerçevesinde makul bir süre içerisinde itiraz etmesi, borsa uyumsuzluğunun çözümünde kilit unsurlardan biri olarak nitelendirilir.

⁷⁹⁷ **AYDIN**, s. 100. Ayrıca ilgili dönem içinde herhangi bir işlem yapmayan müşteriler ile hesap ekstresi gönderilmemesi hususunda münhasıran sözleşme imzalanan müşterilere anılan belge gönderilmeyebilir.

⁷⁹⁸ **GÖKYAYLA**, s. 194.

⁷⁹⁹ **KIRCA**, s. 130-131. Aksi görüş için bkz. **İNCEOĞLU**, s. 158.

Konuya ilişkin olarak Yargıtay 19. HD bir kararında⁸⁰⁰, “...*Bu nedenle; talimatsız veya yönetmeliğe aykırı talimata göre yapılmış olsa bile müşteri, aracı kurumun yaptığı alım veya satım işlemini hesap ekstresinin kendisine tebliği veya başka bir şekilde öğrenmiş ve **itiraz etmeyerek işlemler yapmış ise önceki işlemlere icazet vermiş sayılır.** Bu aşamada, müşterinin önceki işlemlerin talimatsız yapıldığını veya talimatın yönetmelikte öngörülen şekle aykırı olduğundan işlemin geçersiz olduğunu savunması, objektif iyiniyet kuralı ile bağdaşmayacağından dinlenmez...*” şeklinde karar vermiştir⁸⁰¹.

Son olarak, yatırımcıların elektronik işlem platformu üzerinden yukarıda yer alan bilgilere erişimine imkân sağlanması zorunludur. Müşteri hesaplarına ilişkin olarak tutulan kayıtlar günlük periyotlarda dosya bütünlük değerleri zaman damgasıyla⁸⁰² düzenlenir ve saklanır. Yatırım kuruluşlarının tutmak zorunda oldukları

⁸⁰⁰ 19. HD’nin 17.10.1997, 6046/8544 sayılı kararı (YKD, C. 25, S. 3, 1999, s. 376).

⁸⁰¹ YHKG’nun 26.5.2004 tarih ve 19-305/309 sayılı kararında, “....*Taraflar arasında hisse senedi alım satımına ilişkin yazılı bir çerçeve sözleşme yapılmamıştır. Ancak öteden beri süregelen ilişki içinde alım satımın sözlü talimatlarla da yapılmış olması ve dava konusu pay senetlerini davalının sahiplenmiş bulunmasına göre akit geçerlidir. Bu pay senetlerinin bedellerinin alım bedellerinin ödenmesi yönünden davacı o tarihlerde yürürlükte olan İMKB Yönetmeliğinin 57. maddesine uygun hareket etmemiş, alım emri üzerine satın alınan pay senetleri bedellerinin ödenmesi için davalıya anılan yönetmelik çerçevesinde yazılı ihbarname göndermemiş ise de davacının pay senetlerini talimat olmadan ve yetkisiz olarak satması, davalıyı alım bedellerini ödeme yükümlülüğünden kurtaramaz. Kaldı ki davacı şirketin en son satış yaptığı 9.2.1994 günü sabah seansından sonra aynı gün öğleden sonra saat 15.00’de davalının çektiği, yazılı talimatı olmadan alım-satım yapılmaması yönündeki telgrafının eline ulaşması, davalının pay senetlerinin satışına sözlü olarak muafakat ettiği, davacı tarafından davalıya ait pay senetlerinin satış nedeninin davalının borcuna mahsuben yapıldığını göstermektedir. Davalı önceki alım ve satımlara ses çıkarmamakla, 9.2.1994 günü çektiği telgrafın vürudundan önce aynı gün yapılan satışa da icazet vermiş sayılır. Hal böyle olunca, davacı kurumca yapılan satışın İMKB Yönetmeliğinin 57.maddesine aykırı olduğunu söyleyebilme olanağı bulunmamaktadır. Bu durumda usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.*” şeklinde hüküm tesis edilmiştir.

⁸⁰² Zaman damgası, bir elektronik verinin, üretildiği, değiştirildiği, gönderildiği, alındığı veya kaydedildiği zamanın tespit edilmesi amacıyla, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından elektronik imzayla doğrulanan kaydı ifade eder.

belgelerin, yatırım kuruluşu ile yatırımcı arasındaki alım-satım ilişkisini ispatlayabilecek seviyede olduğu tespit edilmelidir. Fakat esas sorun, bu belgelerin yatırım kuruluşu tarafından tutulması ve yine onun lehine delil olarak kullanılabilir olmasıdır⁸⁰³. Ancak söz konusu belgelerin büyük bir kısmının imzalı bir örneğinin müşteriye verilmesi suretiyle, silahların eşitliği prensibinin sağlanması sonucunda itiraz edebilme imkanının mevcut olması potansiyel sorunları giderici nitelikte olacaktır. Bununla birlikte, söz konusu prensibin ispat yükü kuralları üzerinde doğurması beklenmemelidir⁸⁰⁴.

2.5. Talimatsız İşlemler Bakımından İspat Yükünün Yatırımcıya Ait Olması

Yatırımcı tarafından hesabında talimatın gereği gibi yerine getirilmediği iddialarında III-45.1 sayılı Tebliğ'in 8 inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, sözlü alım-satım emirlerine dayanılarak yapılan işlemlerde, sözlü emrin varlığını ispat yükü yatırım kuruluşuna aittir. Anılan halde ispat yükünün yatırım kuruluşuna verilmesi, ispat yükünü üzerinde taşıyan yatırımcının ispat zorluğu veya imkânsızlığı içerisinde olması halinde, silahların eşitliği ilkesinin gerçekleştirilmesinin bir gereğidir.

Bu kapsamda, yatırım kuruluşlarına düşen ispat yükü olumlu olguların ispatına yönelik olup, yatırım kuruluşu olumsuz olguları ispatla yükümlü tutulamaz⁸⁰⁵. Olumsuz olguların ispatını sağlamak üzere, delil sağlanması imkanının çoğu zaman bulunmadığı hususu yadsınamaz⁸⁰⁶. Zira, olumsuz olguların ispatı, özellikle olumlu olguların ispatına nazaran kolay olmamakla birlikte, bu gibi durumlarda ispat yükünün

⁸⁰³ GÖKYAYLA, s. 199.

⁸⁰⁴ Bilgehan YEŞİLOVA, Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği, (TBB Dergisi, Sayı 86, 2009, s. 47-101), s. 82.

⁸⁰⁵ ATALAY'a göre ispat yükünü taşımayan tarafı karşı delil sunmakla yükümlü tutmak, ancak ispat yükünü taşıyan tarafın iddiaları belirli bir ölçüde somutlaştırıldığı takdirde caizdir (Oğuz ATALAY, Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s. 159).

⁸⁰⁶ UMAR/YILMAZ, s. 247.

yer değiştirmediği kural olarak kabul edilir⁸⁰⁷. Bu halde, bir talimatsız işlem gerçekleştirildiği iddiasına dayanan bir uyuşmazlıkta yatırımcının ileri sürmüş olduğu menfi vakıanın niteliği gereği iddiasını yeterince somutlaştırma ve delil ikame imkânı bulamaması nedeniyle adaletsiz bir karar verilmesi olasıdır⁸⁰⁸. Bununla birlikte, somut olayın özellikleri dikkate alındığında, menfi bir durum olan alım/satım emrinin verilmediğinin ispatı yatırım kuruluşuna yüklenemeyecek olup, ispat yükü yatırımcının üzerindedir ve yatırımcı tarafından ilgili işlemin gerçekleştiği tarihteki ses kaydı ve log kayıtlarının yatırım kuruluşunca sunulması talep edilmelidir⁸⁰⁹.

Bu çerçeve, yatırımcının satım talimatı vermediği yönündeki (talimatsız işlem) iddiasını ispat yükü iddia sahibi yatırımcıya ait olup, yatırımcının söz konusu alım/satım emrini verdiğini genel hükümler, sermaye piyasası mevzuatı ve hayatın olağan akışının gerektirdiği şekillerde ispat etmesi mümkündür. İspat yükü kendisine düşen taraf bakımından bu bir yükümlölük değil sadece bir külfettir. Uyuşmazlığın tarafı kendisince ispatı gereken bir vakıayı ispat edemezse, karşı tarafın onu mutlaka ispat etmesini talep etmesi gerekmez. Bilakis kendisine ispat yükü düşen ve fakat bu yükümü yerine getiremeyen taraf iddiasını ispat edememiş sayılır⁸¹⁰.

Talimatsız işlemlerin gerçekleştirilmesinden sonraki evrede yatırımcının söz konusu işleme icazetinin bulunduğu iddiası ise, yatırımcının uyuşmazlık konusu işlemin kendi adına yapılmış sayılmasını istediği bu durumun somut olayın bütün şartlarından açık bir şekilde anlaşılması halinde kabul edilir⁸¹¹. Daha açık bir ifadeyle, yatırımcılar ile yatırım kuruluşu yetkilileri arasında yapılan görüşmelerde hesaptaki işlemlere icazet verildiği ve yatırım kuruluşunun sorumluluktan kurtarıldığı sonucuna ulaşabilmek için, görüşmelerdeki ifadelerin açık ve net olması, belirsizlik taşıması,

⁸⁰⁷ TANRIVER'e göre, ispat yükünü üzerinde taşıyan taraf, delil ikame yükünü de üzerinde taşımakla birlikte, bu durum, her zaman böyle değildir. Ancak vurgulamak gerekir ki, ispat yükü sabittir (TANRIVER-Ders Kitabı, s. 792).

⁸⁰⁸ ATALAY, s. 165.

⁸⁰⁹ ERDÖNMEZ'e göre aydınlatma ödevi ispat yükünün yer değiştirmesine neden olmayıp, ispat yükü aynı taraf üzerinde kalır (ERDÖNMEZ, s. 55)

⁸¹⁰ KARSLI, s. 552.

⁸¹¹ TEVETOğLU, s. 383.

hesapta daha sonra yapılan işlemlerin bu icazeti destekler mahiyette olması gerekir. Bu sebeple, sermaye piyasası uyuşmazlıklarında yatırımcının gerçekleştirilen işleme icazetinin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi muğlak ifadelerin varlığı halinde son derece güçtür.

Yatırımcının talimatsız olduğundan şüphe ettiği alım-satım işlemlerine karşı, hesap ekstresinden haberdar olduğu tarihlerde itirazda bulunmadan, işlem yapmaya devam etmesi hesabında talimatsız olarak yapıldığından şüphe ettiği işlemlere icazet verdiği anlamına gelir. Yatırımcının hiçbir ihtirazi kayıt koymaksızın yatırım kuruluşu nezdindeki hesabından virman talimatı vermesi ve hemen akabinde yatırım kuruluşu nezdindeki hesabını kapatarak “*ibraname*” imzaladıktan hemen sonra Borsa İstanbul’a şikayette bulunduğu uygulamada rastlanılmaktadır. Anılan halde, yatırım kuruluşu tarafından sunulan seans takip formları ve ordinolar, telefon kayıtlarından ihtilaf konusu emirlerin yatırımcı tarafından gerçekleştirildiğinin belirlenememesi halinde dahi, yatırımcının hesabından haberdar olmasına rağmen hesabında işlem gerçekleştirmeye devam etmesi, hesabını kat ederek ibraname imzalaması, hesabında yapılan işlemlere icazet verdiği anlamına geleceğinden borsa uyuşmazlıkları bağlamında yatırımcının şikâyetinin kabul görmeyeceğini söylemek mümkündür.

2.6. İspat Yükünü Taşımayan Yatırım Kuruluşunun Açıklama Ödevi

Sermaye piyasası uyuşmazlığının tarafı olan yatırımcının ileri sürdüğü vakıaları ispata yarayan araçlar bakımından yatırımcı bir belgeye dayandığında, belgenin hangi tarafın elinde bulunduğu önem arz eder. Nitekim, yatırımcı tarafından delil ikame yükünün yerine getirilmesinin imkânsız olması, ispat yükünü üzerinde bulunduran tarafın mağdur hale gelmesine otomatikman yol açmaz. Uyuşmazlığın gerçeğe uygun biçimde karara bağlanması için tarafların açıklama ödevine uyması ve yatırımcının delil ikamesinin engellenmemesi kritik bir öneme sahiptir⁸¹². İspat yükünü üzerinde bulunduran yatırımcı iddiasını ispatlamak için yatırım kuruluşu

⁸¹² **Mehmet Kamil YILDIRIM**, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 148-149.

elindeki belgeye dayandığında, kural olarak yatırımcı ibraz talebinde bulunmaya yetkilidir⁸¹³ (HMK md. 219, md. 220). Bu hususun yaklaşık olarak ispatı yeterlidir⁸¹⁴.

Uyuşmazlığın çözümünde ispat yükünü taşımayan yatırım kuruluşunun açıklama ödevi, usul hukukuna ilişkin dürüstlük kuralına dayanır⁸¹⁵. Medeni Kanun md. 2’de düzenleme altına alınan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, bir yandan maddi hukuk normu iken diğer yandan hukuk düzeninin merkezi kavramlarından birisi olarak kabul edilir. Bununla birlikte, yatırım kuruluşuna açıklama ödevinin yüklenmesi, ispat yükünün de yatırım kuruluşuna geçtiği anlamına gelmez. Ancak dürüstlük kuralına aykırı biçimde, yatırım kuruluşunca kendi özel konumu nedeniyle tam olarak bilgi sahibi olunmasına karşın, açıklama ödevinin yerine getirilmemesi halinde ispat yükünü üzerinde taşıyan taraf lehine karar verilmesi gündeme gelebilecektir. Buna ilaveten, tarafın ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu olan bir belgenin sunulmaması hususu HMK’nun “*Tarafın belgeyi ibraz etmemesi*” başlıklı 220 nci maddesiyle somut olarak düzenleme altına alınmıştır. Bu kapsamda, somut olayın koşullarına göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanı kabul edilebilir.

Medeni usul hukukunda karşı tarafın, ispat yükünü taşıyan tarafa asıl ispat faaliyetindeki delillerin ikamesine yardımcı olmakla yükümlü tutulması, ilgili tarafın daha geniş anlamda karşı delil ikamesiyle de yükümlü olduğu yönünde bir dayanak olarak değerlendirilebilecektir⁸¹⁶.

Uyuşmazlığın aydınlatılması açısından önem arz eden delillerin yatırım kuruluşu nezdinde bulunmasına karşın, yatırım kuruluşunca ibraz yükümlülüğünün yerine getirilmesinden kaçınılması olasıdır. Özellikle delil engellemesi söz konusu olduğunda, anılan durum yatırımcının lehine olan delilleri yok etmek veya gizlemek

⁸¹³ ERDÖNMEZ’e göre, tarafın ibraz talebinin hukuki dayanağı hakkında bilgi vermesi gerekmemektedir (**Güray ERDÖNMEZ**, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, İstanbul 2014, s. 145).

⁸¹⁴ **TANRIVER**-Ders Kitabı, s. 813.

⁸¹⁵ **ATALAY**, s. 148; **ERDÖNMEZ**, s. 53.

⁸¹⁶ **ATALAY**, s. 148.

şeklinde değerlendirileceğinden, sadece hareketsiz kalmaya nazaran yatırımcının iddialarının doğruluğu konusunda kuvvetli bir emare oluşturur⁸¹⁷. Bununla birlikte, Atalay’a göre, kasıtlı bir delil engellemesinin bir yaptırım olarak ispat yükünün yer değiştirmesine bağlanması yerinde değildir⁸¹⁸. Yargıtay’a göre, senetle ispat kuralının uygulandığı bir davada, ispat yükünü taşıyan tarafın ikame edeceği bir senedi ortadan kaldıran hasmının senetle ispat kuralı arkasına sığınmasına dürüstlük kuralı engel olacağından, uyuşmazlık konusu artık takdiri delillerle ispatlanabilecektir⁸¹⁹.

Konuya ilişkin olarak Sermaye Piyasası Kurulu bir kararında, “...Dosyaya sunulan ses kayıtlarının incelenmesinden, 21.9.2007 saat 17:14:22’de aracı kurum yetkilileri arasında geçen görüşmeden bir müşteriye ait satım emrinin aracı kurum genelindeki teknik arıza nedeniyle alınmadığının ve bu müşterinin sözü edilen durumu aracı kurum genel müdürlüğüne şikâyet ettiğinin belirtilmesi, teknik aksaklığın söz konusu olduğu anılan saatlerde başka yatırımcılarla gerçekleşen telefon görüşmelerine ilişkin ses kayıtları aracı kurumca dosyaya sunulduğu halde, şikâyet sahibinin uyuşmazlık konusu satım emrini verdiğini iddia ettiği telefondan yapılan görüşmelere ilişkin kayıtların “ses kayıt cihazının aynı teknik nedenlerle arızalı olduğu” gerekçesiyle sunulmamasından aracı kurumun kusurunu ortaya koyan bir delili uyuşmazlık dosyasına sunmaktan kaçındığı ihtimalini gündeme getirdiği, kaldı ki aracı kurumun teknik nedenlerle müşteri emirlerini kabul edememesinin başlı başına Seri:V, No:46 Tebliği’nin 9/(e) ve 11/(a) hükümlerine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle kusurunu ortaya koyduğu gerekçeleri dikkate alınarak, kararın bozulmasına ve konunun yeniden incelenmek için İMKB’ye gönderilmesine...” karar verilmiştir. Anılan karardan anlaşılacağı üzere, HMK md. 220, III düzenlemesi çerçevesinde, aracı kurumun tutmakla yükümlü bulunduğu belgelerin uyuşmazlık dosyasına

⁸¹⁷ ATALAY, s. 146.

⁸¹⁸ ATALAY, s. 146. Aynı görüşte bkz. ERDÖNMEZ, s. 74. Aksi Görüş için bkz. RAMAZAN ARSLAN, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 91-92.

⁸¹⁹ HGK 8.10.1958 tarih ve 4-45/43, SI 1959-40, 4071-4073 (ARSLAN, s. 90-91). (Borsa Uyuşmazlıkları s. 73-76).

sunulmamasının sermaye piyasası uyumsuzluğunun çözümünde etkili olduğu ve bu bağlamda aracı kurum aleyhine değerlendirilmesi gerektiği açıktır.

2.7. Yatırım Kuruluşlarınca Belgelerin Saklanması

Sermaye piyasası uyumsuzluklarının büyük çoğunluğunun çözümünde ses kayıtları hukuki işlemin ispatı konusunda ispat gücünü haizdir⁸²⁰. Buna bağlı olarak, borsa uyumsuzluklarının çözümünde önem arz edecek bir diğer husus ise, ihtilaflı olan belge ve kayıtların ihtilaf sonuçlanıncaya kadar saklanması zorunlu olduğudur⁸²¹.

Sermaye Piyasası Kurulu'nun III-45.1 sayılı Tebliği hükümleri gereğince, yatırım kuruluşlarının yatırım hizmet ve faaliyetleri ile yan hizmetler dolayısıyla; aldıkları ve ürettikleri elektronik olanlar da dahil her türlü belgeyi; gerçekleşip gerçekleşmemesine bakılmaksızın müşteri emirlerine ilişkin tüm emir formlarını; elektronik ortamda alınan emirleri ve bu emirlere ilişkin belgeler ile faks kayıtlarını 10 yıl süre ile saklamaları zorunlu olup, ses kayıtları bakımından saklama süresi 3 yıl ile sınırlanmıştır.

Ayrıca, Yatırım kuruluşları yukarıda yer alan her türlü belgenin, fotokopi, karbonlu kopya, mikrofiş, bilgisayar kaydı veya benzer şekildeki bir kopyasını yazılı, görsel veya elektronik ortamda saklamakla yükümlüdür. Yatırım kuruluşları tarafından elektronik ortamda üretilen;

- Anlık olarak kaydedilmesi zorunlu olan; gerçekleşmeyen, iptal edilen ve değiştirilen emirler de dahil olmak üzere gerçekleştirilen tüm işlemlere ilişkin tarih, zaman, miktar, fiyat, kullanılan kaldıraç oranı ve diğer tüm unsurları ve hesap hareketlerini ve zaman bilgisini gösterecek şekilde müşterilere yansıtılan fiyatlar ile likidite sağlayıcılardan alınan tüm fiyat bilgilerinin,

- Elektronik ortamda anlık olarak kaydedilmesi zorunlu olan, müşterilerin teminatları, alacak ve borçları, açık pozisyonları ve kar zarar durumlarına ilişkin

⁸²⁰ Haluk KONURALP, Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara 2009, s. 96. (KONURALP-Delil Başlangıcı).

⁸²¹ KONURALP-İspat Sınırları, s. 97.

kayıtların aylık periyotlarda dosya bütünlük değerleri zaman damgası ile düzenlenmesi ve saklanması zorunludur.

Anılan Tebliğ ile yatırım kuruluşları bakımından yatırımcı ile aralarında gerçekleşen sözleşmesel ilişkinin sermaye piyasası mevzuatına uygun olarak gerçekleştirildiğini ispata yarar delillerin saklanmasına ilişkin yükümlülüklerin, borsa uyuşmazlıklarının hızlı ve etkin bir biçimde sonuçlandırılmasını da kolaylaştıracağı kanaatindeyim.

2.8. Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarının Çözümünde Değerlendirilen Esaslı Deliller

Yatırım kuruluşları, yatırım hizmet ve faaliyetleri ile yan hizmetlere ilişkin muhasebe kayıt ve işlemlerine dayanak teşkil etmek üzere, III-37.1 sayılı Tebliğde açıklanan form ve belgeleri eksiksiz olarak düzenlemek ve saklamak zorundadır. Yatırımcı-aracı kuruluş arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde etkili olabilecek yatırım kuruluşları tarafından düzenlenmesi gereken belgeler nakit alındı/nakit ödendi belgesi, müşteri emir formu⁸²², türev piyasalar emir takip formu, seans takip formu⁸²³,

⁸²² Türev araç ve kaldıraçlı alım-satım işlemleri hariç olmak üzere borsalarda işlem gören sermaye piyasası araçları ile ilgili olarak iptal edilen, gerçekleştirilmeyen ve değiştirilenler de dahil olmak üzere alınan tüm emirlere ilişkin olarak düzenlenecek emir formunda asgari olarak aşağıdaki bilgilerin bulunması şarttır: (a) Müşteri numarası ve hesap numarası. (b) Müşterinin ve varsa müşteriye vekalet eden kişinin adı ve soyadı ya da unvanı. (c) Sıra numarası. (ç) İşleme konu sermaye piyasası aracı. (d) Emir tipi. (e) Emrin iletilme şekli (telefon, faks, internet ve benzeri). (f) Emrin alım ya da satım emri olduğu. (g) Emrin fiyat bilgisi veya nominal değeri. (ğ) Emrin miktarı. (h) Emrin alındığı ve iletildiği tarih ve zaman. (ı) Emrin verildiği seans ve geçerlilik süresi. (i) Emri alan yatırım kuruluşu görevlisinin adı, soyadı ve emrin yazılı olarak alınması halinde imzası. (j) Emir iletilen yatırım kuruluşu. (k) İşlem yapılacak borsa, pazar ve takas kurumu. (l) İşlem yapılacak para birimi (Türk lirası, ABD doları ve diğer). Öte yandan, emir formunda, emrin alındığı tarih ile asgari saniye bazında olmak üzere mümkün olan en küçük birimde zamanı gösteren bir ibarenin damga olarak veya bilgisayar marifetiyle basılması şarttır.

⁸²³ Alınan tüm müşteri emirleri öncelik sırasına göre, yatırım kuruluşunun merkez bürosunda bilgisayar ortamında düzenlenen Seans Takip Formuna, türev araçlar için alınan emirler ise Türev Piyasalar Emir Takip Formuna kanal bazında zaman önceliğine göre otomatik olarak kaydedilir. Buna ilaveten,

işlem sonuç formu⁸²⁴, türev araç işlem sonuç formu ve kaldıraçlı alım satım işlemleri işlem sonuç formu, işlem talimat formu, türev piyasalar teminat durum raporu, türev piyasalar pozisyon limit aşımı raporu ve hesap ekstresi⁸²⁵ (aylık bildirimler) şeklindedir.

2.8.1. Müşteri Hesabı Açılış Formu

Müşteri hesabı açılış formu, yatırımcı tarafından bir hesap açıldığında oluşturulur. Söz konusu form, hesap sözleşmesi veya marjin sözleşmesinin aksine müşterinin imzasının varlığını gerektirmez⁸²⁶. Bununla birlikte, hesabın açılmasında yetkili kılınması bakımından formda temsilcinin veya yatırım kuruluşu çalışanının imzasının varlığı gereklidir⁸²⁷. Müşteri hesabı açılış formu genellikle basit ve fakat yatırım deneyimi, hesap numarası, sosyal güvenlik ve vergi numarası ile yatırım amaçları gibi müşteriye ilişkin çok önemli bilgileri içerir.

geçerlilik süresi bir günden uzun olan emirlerden verildiği gün gerçekleşmeyenler, izleyen günlerde Seans Takip Formu veya Türev Piyasalar Emir Takip Formuna kaydedilir.

⁸²⁴ Yapılan alım satımların, verilen hizmetlerin ve bunlar için alınan nakdin mahiyetini göstermek üzere Tebliğin 3,4 ve 5 numaralı eklerinde yer alan İşlem Sonuç Formu, Türev Araçlar İşlem Sonuç Formu ve Kaldıraçlı Alım Satım İşlemleri İşlem Sonuç Formu gerektiğinde ibraz edilmek üzere elektronik ortamda tutulur. Kaldıraçlı Alım Satım İşlemleri İşlem Sonuç Formunda kaldıraçlı alım satım işlemleri ile ilgili olarak kabul edilmeyen, gerçekleştirilmeyen, iptal edilen ve değiştirilenler de dahil olmak üzere tüm emirlere ilişkin bilgiler yer alır.

⁸²⁵ Hesap ekstresi, müşterinin yazılı talebi üzerine; müşterinin elektronik posta adresine aynı süre içinde gönderilebilir ya da müşterilerin ekstrelerine elektronik ortamda erişimine imkân sağlanabilir. Müşterinin söz konusu talebinin uzaktan iletişim aracı ile alınması mümkündür. Müşterilere gönderilecek hesap ekstrelerinde, ilgili dönem içerisinde; **(a)** Alınan veya satılan tüm sermaye piyasası araçlarına ilişkin olarak, sermaye piyasası aracının adı, alım ya da satım tarihi, zamanı, fiyatı ve miktarına, **(b)** Yatırım kuruluşu nezdinde tutulan nakit, menkul kıymet ve diğer varlıklara ilişkin tüm hareketlere, **(c)** hesaba tahakkuk ettirilen her türlü komisyon, ücret ve vergilere ilişkin bilgilere anlaşılır ve açık bir biçimde yer verilmesi zorunludur.

⁸²⁶ **HOBLIN**, § 9, s. 9.

⁸²⁷ **HOBLIN**, § 9, s. 9.

2.8.2. Biyografik Veri

Müşterinin biyografik verileri (*biographical data*) yerindelik analizini yürütülmesinde önem taşır. Yaşlı müşteriler ve emekli müşteriler genellikle çok daha kısa zaman tercihin ve çok daha az risk toleransına sahip olup, yatırımlar neticesinde kaybedilen herhangi bir miktar para genelde kazançlarla geri getirilemez⁸²⁸. Dolayısıyla, yaşlı ve emekli müşterilere uzun zaman tercihl yatırımlar ya da yüksek volatiliteye sahip menkul kıymetler sunulmamalıdır⁸²⁹. Anılan durum, daha genç ve çalışan bireylerin yüksek riskli yatırımlara yönlendirilmesi gerektiği anlamına gelmez.

2.8.2.1. Yatırımcının Yatırım Deneyiminin Belirlenmesi

Bir müşterinin yatırım deneyimi, gerçekleştirilen yatırımın uygun olup olmadığını belirlemede önemli bir faktör olarak kabul edilir. Bir müşteri belli bir yatırımla ne kadar yatırım deneyimi kazanırsa, söz konusu yatırımın risklerini anlama ihtimali o kadar yüksek olur. Bununla birlikte, müşteri hesabı açılış formunun yatırımcının gerçek yatırım deneyiminin mutlak bir yansıması olmayabileceği hususunun göz önünde tutulmasında fayda vardır⁸³⁰.

Örneğin, birçok yatırımcının uzun yıllar içindeki yatırımlarını kapsayan emeklilik hesapları bulunmaktadır. Ancak, emeklilik hesabının bir finansal danışman tarafından yatırımcının neredeyse müdahalesi olmaksızın kontrol edilmesi mümkündür. Söz konusu yatırım kararının verilmesinde müşterinin sürece katılma eksikliğine ve yatırımcının çok az pratik eğitime sahip olmasına rağmen, müşteri, açılış hesap formunda yanlışlıkla uzun yıllara dayanan yatırım deneyimine sahip olduğunu belirtebilmektedir. Anılan şekilde yanlış bilgilendirmede bulunulması, yatırım kuruluşları tarafından yapılan savunmanın temeli olarak zaman zaman kullanılmaktadır.

⁸²⁸ Jason Ryan DOSS/Richard Stansislav FRANKOWSKI, *The Practitioner's Guide to Securities Arbitration*, 2013, s. 53.

⁸²⁹ DOSS/FRANKOWSKI, s. 53.

⁸³⁰ DOSS/FRANKOWSKI, s. 53.

2.8.2.2. Yatırımcının Yatırım Amacının Belirlenmesi

Müşteri hesabı açılış formu genellikle müşterinin yatırım amaçlarını tanımlaması için önemli bir ölçüt ihtiva eder. Anılan formlarda belirtilen ortak hedefler sermayenin korunması, anapara güvenliği, vergi avantajı veya vergi korunaklı gelir, gelir, büyüme, sermaye değerlenmesi ve spekülasyonu kapsar⁸³¹. Genellikle bu hususlar müşterinin uygun "*kutucuğu*" işaretlemesi gereken bölümler olarak görülmekte iken, çoğu zaman anılan bölümün yatırım danışmanları tarafından tamamlandığı görülür. Buna bağlı olarak, önceden belirlenmiş kısımlar yatırımcılar bakımından uyumsuzluk sebebi olması olasıdır⁸³². Zira, bu halde yatırım danışmanlarının tam anlamıyla yatırımcıların bütünsel amaçlarına hakim olabilecekleri söylenemez. Örneğin, çoğu kişi kendi yatırım hesaplarındaki miktarın hızla artacağı beklentisiyle yatırım danışmanlarına başvurur. Ancak, bu hedefe ulaşmak için yatırımcının kendi sermayesini kaybetme riskini göze almaya istekli olmayabileceği göz önünde tutulduğunda, yatırım hedef kategorileri kişinin riskten kaçınma eğilimini yansıtıcı nitelikte değildir.

2.8.2.3. Yatırımcının Risk Toleransının Belirlenmesi

Müşteri hesabı açılış formu üzerinde "*yatırım amacı*" bölümünün bir kopyası bazen risk tolerans bölümüne konulur. Söz konusu bölümün, bu formda konulmuş bir yatırım hedefine ulaşmak için bir yatırımcının ne kadar risk almak istediğini saptamaya yardımcı olması hedeflenmiştir. Tüm yatırımların bir ölçüde risk içerdiği bilinmekle birlikte, riskin derecesi yatırımlar arasında yaygın olarak değişmekte olup, müşteri hesabı açılış formu bu önemli değişikliği nadiren yansıtır.

Risk toleransı genel olarak "*tutucu*", "*ılımlı*", "*agresif*" ve "*spekülatif*" kategorilerini içermekte olup, anılan kategorilerdeki temel problem her bir kategorinin aslında ne anlama geldiğinin kesin bir ölçütünün olmamasıdır⁸³³. Örneğin, "*ılımlı*" kategorisi işaretlenmiş olmakla birlikte, müşterilerin "*ılımlı*" risk toleransının onları

⁸³¹ OEHMKE/BROVINS, s. 69.

⁸³² DOSS/FRANKOWSKI, s. 53.

⁸³³ DOSS/FRANKOWSKI, s. 54.

belirli piyasa risklerine maruz bırakabileceğini anlayamaması olasıdır. Ayrıca, risk toleransı kategorileri, hesap formu tamamlandığında müşteriye yapılan yatırım önerileri hakkındaki sözlü sunumlarla her zaman uyumlu değildir. Son olarak belirtmek gerekir ki, söz konusu risk açıklamaları, yatırımın müşteriye getirebileceği belirli risk(ler)in türlerini açıklamak açısından çok genel olabilir⁸³⁴.

2.8.3. Ses Kaydı ve Log Kayıtları

Telefon kayıtlarının delil olarak kabul edileceği, delil sözleşmesiyle açık olarak belirtilmişse, bu kayıtların çözümlemeleri mahkeme tarafından takdiri delil olarak değerlendirilir⁸³⁵. Yatırımcının emirlerini internet üzerinden, diğer bir ifadeyle işlem platformu aracılığıyla iletmesi halinde, telefon veya başka şekillerde verilmiş herhangi bir emir bulunmayacağından emirlere ilişkin ses kayıtları veya ordinoların varlığından söz edilemeyecektir. Yatırımcının emir iletimine ilişkin “*journal report*” dosyaları ve log kayıtları uyuşmazlıkların çözümünde etkili olacaktır. İnternet kanalıyla verildiğinde taraflarca da mutabık olunan söz konusu emir, III-45.1 sayılı Tebliğ’in 8 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca sözlü emir niteliğinde olup, bu tür emirlerde de sözlü emirlere ilişkin ispat kuralları geçerlidir.

Buna göre, III-45.1 sayılı Tebliğ md. 8, III uyarınca, yatırım kuruluşlarının müşterilerinden telefon ve benzeri iletişim araçlarıyla ya da sözlü olarak aldıkları emirlerde, ispat yükü aracı kuruluşa ait olup, yatırım kuruluşu tarafından sunulan ve fakat müşteri mutabakatı içermeyen yatırım kuruluşu kayıtları tek taraflı delil oluşturmaz. Anılan hüküm gereğince, örneğin, bir emrin 2. seansın bitiminden sonra saniyeler içerisinde ve 2. seans için verildiğini iddia eden yatırım kuruluşu, bu iddiasını ispatlamakla yükümlü olacaktır. Yatırım kuruluşu bu iddiasını ispata yönelik olarak “*internet alım satım emir takibi log kayıtları*”nı sunması halinde, “*log (giriş-çıkış) kayıtları*”nın, yatırım kuruluşunun bilgisayar kayıtlarından alınan ve imza, kaşe vs.

⁸³⁴ Söz konusu risklere örnek olarak; enflasyon riski, piyasa riski, marj riski, faiz oranı riski, piyasa zamanlaması riski ve yoğunlaşma riskini göstermek mümkündür.

⁸³⁵ KONURALP-İspat Sınırları, s. 100.

unsurları içermeyen bir bilgisayar çıktısından oluşan belgenin, HMK uyarınca delil olarak kabul edilip edilemeyeceğinin değerlendirilmesi gerekir.

Nitekim, telefon ile alınan müşteri emirlerine ilişkin ses kayıtları, faks yoluyla alınan emirlere ilişkin talimat ve gün içinde faks ile iletilen tüm emirlerin aracı kuruma ulaştığı tarih ve zaman bilgilerini içeren toplu döküm, internet üzerinden alınan emirlerde tarih, zaman ve müşteri bazında olmak üzere emri ileten müşterilere ilişkin IP (Internet Protokol) numaraları kayıtları, her ne türlü olursa olsun elektronik ortamda diğer şekillerde alınan emirlerde emri veren kaynağı gösterecek şekilde gerekli elektronik log kayıtları, gerektiğinde yazılı hale dönüştürülebilecek şekilde yatırım kuruluşu nezdinde tutulması zorunludur (III-37.1 sayılı Tebliğ md. 8, II). Bu kapsamda, sermaye piyasası uyuşmazlığının ortaya çıkması halinde söz konusu elektronik belgeler HMK md. 219, I gereğince, belgenin çıktısı alınarak ve talep edildiğinde incelemeye elverişli şekilde elektronik ortama kaydedilerek ibraz edilmelidir.

Bilgisayar ortamında saklanan kayıtlar ve bu kayıtlardan printer aracılığıyla alınan çıktılar, borç altına girenin (iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki tarafın) imzasını taşımadığından, senet vasfında kabul edilmez. Bu nedenle bu bilgisayar kayıtları ve bunlardan elde edilen çıktılar, HMK'nın "*belge*" başlıklı 199 uncu maddesi gereğince belge kapsamı altında değerlendirilmiştir⁸³⁶. Anılan hüküm kapsamında, delil başlangıcının maddi unsurunu oluşturan elektronik belgelerin varlığı nedeniyle hukuki işlemin senetle ispatı aranmaz⁸³⁷. Bunun sonucunda, senetle ispat kurallarının istisnalarından olan delil başlangıcı sayesinde, re'sen veya talep üzerine HMK'nda gösterilmemiş olan delillerin de dinlenmesi ve incelenmesine mahkemece karar verilebilir⁸³⁸.

Öte yandan, kaldırıcı alım satım işlemlerine ilişkin olarak tutulacak kayıtların anlık olarak müşteri bazında; (a) hesaplarda gerçekleşen tüm kaldırıcı alım

⁸³⁶ TANRIVER, HMK md. 199'da nelerin belge kapsamına dahil olduğuna yönelik düzenlemenin tahdidi değil, tadadi nitelikte olduğunu ifade etmiştir (TANRIVER-Ders Kitabı, s. 829).

⁸³⁷ KESER, s. 27.

⁸³⁸ ÜSTÜNDAĞ, s. 613-614.

satım işlemlerine, (b) tüm varlık giriş, çıkış ve transferlerine, (c) kapanan pozisyonlarda oluşan kesin kar ve zarar tutarlarına, (ç) açık pozisyonlara ilişkin olarak mevcut kar ve zarar tutarlarına, (d) hesaplara tahakkuk ettirilen her türlü komisyon, ücret ve vergi tutarlarına, (e) hesapların teminat durumlarına ilişkin bilgileri içermesi zorunludur.

2.8.4. Aylık Hesap Ekstresi

Aylık hesap ekstresi bir yatırımcının kendi hesabında halihazırda tuttuğu veya önceden tutmuş olduğu yatırımların mahiyetini göstermekte olup, ayrıca ekstrede hesap değeri, hesaptaki her menkul değer alışı veya satış fiyatı, hesabın toplam kayıp veya kazanç miktarı, yatırıma özel kayıp veya kazanç miktarı ve sıklıkla hesap varlık tayinine de yer verilir⁸³⁹.

2.8.5. İşlem Bildirimi

İşlem bildirimi (*trade confirmation*), bir menkul kıymet satın alındıktan veya satıldıktan sonra yatırımcıya gönderilen belgeler olarak ifade edilir. Bu bildirimler önemlidir; zira yatırımcıya bir yatırımın önerilip önerilmediğini ortaya koyar⁸⁴⁰. Yatırımcı tarafından istenen ve istenmeyen işlemler arasındaki ayrım, üye temsilcisinin yatırımcının hesabındaki yatırım kararları üzerindeki kontrol seviyesini göstermekte ve üye temsilcisinin müşteriye karşı güvene dayalı sorumluluğunun kapsamını tanımlamaya yardımcı olmaktadır⁸⁴¹.

2.8.6. Yazışmalar

Üye temsilcisi ve müşteri arasındaki mektuplar ve e-postalar dahil olmak üzere tüm yazışmalar, bir uyuşmazlığı değerlendirirken önem arz eder. Genelde bir

⁸³⁹ HOBLIN, §9, s. 9.

⁸⁴⁰ DOSS/FRANKOWSKI, s. 55.

⁸⁴¹ Örneğin, bir hesaptaki her işlem onayı "*yatırımcı tarafından verilmiş*" olarak işaretleniyorsa, (yani, tüm alışı ve satış kararlarını müşteri yapıyorsa) aracının (brokerin) göreve dayalı sorumlulukları işlem onaylarının "*talepli*" olarak işaretlenmiş olduğu (yani, tüm alışı ve satış kararlarının aracı (broker) tarafından verildiği) işlem onaylarına göre daha sınırlıdır.

yatırımcının bir yatırımla ilgili düşünce ve beklentileriyle bir üye temsilcisinin tavsiyeleri sonucunda bir alım veya satım emri gerçekleştirilmektedir. Önemle vurgulamak gerekir ki, üye temsilcisinin müşteriyle yapılan tüm yazışmaları yatırım kuruluşunun uyum departmanı tarafından onaylanması gerekmekte olup, böylesi bir yazışma iddianın ispat edilmesinde etkili olabilmektedir⁸⁴².

§ 10. UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNDE YETKİLİ KURULUŞÇA VERİLEN KARAR VE KARARIN ETKİLERİ

I. İngiliz Hukukunda

Finansal Ombudsman, şikayet başvurusu üzerine incelediği uyuşmazlığı şikayetçi lehine karara bağlayacağı hallerde, tazmin kararı ve/veya uyuşmazlığa dair belirli adımların atılması şeklinde şirketi yönlendirebileceği gibi, yatırım kuruluşundan uyuşmazlık konusu hakkında gerekli bilgi ve belgeleri talep etme gibi bağlayıcı yetkilere de sahiptir⁸⁴³.

Yatırımcılar bakımından şikayet başvurularında taleplerine ilişkin belirli bir miktar sınırlaması bulunmaktadır⁸⁴⁴. Bununla birlikte, Finansal Ombudsmanın hükmedebileceği maksimum tazminat tutarı, faiz ve masraflar hariç olmak üzere

⁸⁴² Yatırım kuruluşu uyum kılavuzu genellikle yatırım kuruluşunun müşteri yatırım hedeflerini ve risk toleranslarını periyodik olarak güncellemesini zorunlu tutar. Bu genellikle, yatırım kuruluşunun yeni hesap biçimindeki bilgileri tekrarladığı veya değiştirdiği ve müşterinin herhangi bir değişiklik olursa yatırım kuruluşu ile irtibat kurmasını istediği negatif yanıt mektupları yoluyla halledilmektedir. Anılan negatif yanıt mektupları genellikle etkisizdir; zira müşteri cevap vermemenin doğuracağı etkileri anlayamamaktadır. Yatırım kuruluşu genellikle yerindelik iddiasını içeren uyuşmazlığa savunma olarak, söz konusu evrakları müşterinin başlangıçtaki veya değiştirilen hedeflere ve yeni hesap formunda konulan risk toleranslarına onay verdiğinin ispatı olarak ileri sürmektedir.

⁸⁴³ ALI, s. 49; ALPERT, s. 90.

⁸⁴⁴ MERRICKS, s. 138.

150.000 Pound olup⁸⁴⁵, anılan tutarın üzerindeki miktarlar bakımından vereceği karar tavsiye niteliği taşır⁸⁴⁶.

Ombudsmanın nihai kararı Finansal Ombudsman Hizmeti'nin son evresini oluşturmakta olup, anılan karara karşı itiraz yoluna başvurmak suretiyle konunun başka bir ombudsman tarafından ele alınması sağlanamaz. Ayrıca, Ombudsman tarafından verilen kararların icrası şikâyetçiler tarafından mahkeme kanalıyla sağlanır⁸⁴⁷.

Finansal Ombudsman kararının etkisi ise, bütünüyle şikâyetçinin ombudsman kararına karşı alacağı tutuma bağlıdır. Şikâyetçi tarafından söz konusu ombudsman kararı reddedilecek olursa, şikâyetçi tarafın hukuk mahkemelerinde yargısal işlemleri başlatma hakkı mevcuttur⁸⁴⁸. Ombudsmanın kararı, şikâyetçi tarafından kabul edildiğinde, bu her iki taraf için de bağlayıcı bir nitelik taşır. Ancak, anılan karar kabul edilmezse, iki taraf içinde karar bağlayıcı mahiyette olmaz.

Şikâyet sahibi, Finansal Ombudsman Hizmeti kararında belirtilen zaman limiti içerisinde Finansal Ombudsman Hizmetine yazılı olarak belirtmek suretiyle kararı kabul eder. Şikâyet sahibi Finansal Ombudsman Hizmetine kararı reddettiğini bildirirse ya da belirtilen zamana kadar kabul etmezse karar reddedilir. Finansal Ombudsman Hizmeti yatırım kuruluşuna, şikâyet sahibinin verdiği yanıtı ya da yanıt verilmediğini bildirilir. İngiltere'de Temyiz Mahkemesi, bir müşterinin Finansal Ombudsman Hizmeti kararını kabul etmesi halinde, dayanılan uyuşmazlık sebebi karara bağlanan şikâyetle aynı olgulara dayanıyorsa, mahkemeler aracılığıyla yatırım kuruluşundan ilave tazminat isteyemeyeceğini belirtmiştir. Anılan kararın dayanağı, kesin hüküm doktrininin (*doctrine of res judicata*) Finansal Ombudsman Hizmeti

⁸⁴⁵ 1.1.2012 tarihindeki değişiklikten önce, Finansal Ombudsman Hizmeti'ne intikal eden uyuşmazlıklar bakımından Finansal Ombudsman Hizmeti tarafından hükmedilen tazminatlar, ancak 100.000 Pound'a kadar şirketler açısından bağlayıcı olmaktadır.

⁸⁴⁶ **FRESHFIELDS**, s. 507; **FERRAN**, s. 14. Aksi görüş için bkz. **GRAY**, s. 490.

⁸⁴⁷ FCA Handbook DISP 3.7.13.

⁸⁴⁸ **BENÖHR**, s. 9.

kararı bakımından geçerli olmasıdır⁸⁴⁹. Finansal Ombudsman Hizmeti'nin kararının verilebilecek azami tutar ya da daha az bir miktar yönünde olması ise farklılık arz etmez⁸⁵⁰.

Finansal Ombudsman Hizmeti'nin bağlayıcı nitelikteki kararı kapsamında verdiği bir karar, mahkeme tarafından Finansal Ombudsman Hizmeti kararının icra edilebilirliğine dair şerhi neticesinde uygulanabilir. Parasal bir tazmin kararı tıpkı mahkemenin bir kararı gibi icra yoluyla uygulanabilir ve aynı şekilde Ombudsmanın yönlendirme kararı da, mahkeme emriyle uygulanabilir niteliktedir⁸⁵¹. Söz konusu ombudsman kararı bakımından mahkemece yeniden uyuşmazlığın esasına girilmeksizin yalnızca kararın uygulanması yönünde karar tesis edilir⁸⁵².

II. Türk Hukukunda

Borsa İstanbul tarafından tazmin kararı verilmesi hususunda, uyuşmazlık çözüm merciin amacı yatırımcıyı yatırım kuruluşunun zarar doğurucu faaliyetlerinden önceki konumuna geri döndürmektir⁸⁵³. Bu suretle, Borsa İstanbul tarafından yatırımcının şikayetinin haklı olduğu yönünde karara varıldığı takdirde, anılan karar ticari alacaklar bakımından faiz, pay senedi alacakları bakımından ise pay senedinin getirilerini de içerir⁸⁵⁴. Uyuşmazlıkların öncelikli olarak Borsa İstanbul nezdinde çözümü için başvurulması suretiyle uyuşmazlıklar daha seri ve masrafsız olarak çözülecek olup, Borsa Yönetim Kurulunun kararı icra takibi yapılmasını

⁸⁴⁹ Bkz. *Clark v. In Focus Asset Management &Tax Solutions Ltd.* (2014) EWCA Civ 118. **WALKER**, s. 732.

⁸⁵⁰ **FRESHFIELDS**, s. 533.

⁸⁵¹ Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu md. 229(9).

⁸⁵² **M. Kubilay DAĞLI/Yasemin ÇAKIR**, Türk Sermaye Piyasasında Tahkim Uygulaması ve Etkinleştirilmesine Yönelik Öneriler, (Sayıştay Dergisi, Ocak-Mart 2009, S. 72, s. 27-50), s. 42. (<http://dergi.sayistay.gov.tr/icerik/der72m2.pdf> erişim:15.12.2016)

⁸⁵³ **SUMMER**, s. 23.

⁸⁵⁴ **Arzu GİRĞİN**, Borsa Üyeleri ile Menkul Kıymet Yatırımcıları Arasındaki Uyuşmazlıklar, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1996, s. 115.

gerektirmeden yatırım kuruluşunun borsaya yatırdığı teminatın⁸⁵⁵ kesilmek suretiyle yatırımcının etkin bir şekilde korunması sağlanır⁸⁵⁶.

Borsa Yönetim Kurulu tarafından uyuşmazlıkla ilgili verilen kararların uygulanması için Sermaye Piyasası Kuruluna itirazda bulunmuş ve kararın Kurulca onanmış olması veya itiraz edilmeksizin bu kararın kesinleşmiş olması gereklidir⁸⁵⁷. Sermaye Piyasası Kurulu tarafından verilen idari nitelikteki kararın bir gereği olarak, söz konusu karar kamu yetkisi ile yerine getirilecek olup, uyuşmazlığın çözümüne ilişkin kararın yerine getirilmesinde Borsaya herhangi bir sorumluluk atfedilemez (Borsacılık Yönetmeliği md. 47, II).

Bunun yanı sıra, yatırım kuruluşunun ‘borsa üyeliğinin’ Borsa Yönetim Kurulu kararıyla sona erdiği tarihten sonra, yatırımcı tarafından hesabında yatırım kuruluşunun ‘borsa üyeliğinin’ bulunduğu dönem içerisinde yapılan işlemlere karşı, şikayet yoluna başvurulmuş olması da mümkündür. Kanımızca böylesi bir durumda, Borsa İstanbul tarafından yatırımcı şikayetinin “Yatırım Kuruluşunun Borsa Üyeliğinden çıkarılmış olduğu” gerekçesi ile reddedilerek⁸⁵⁸, yatırımcının adli yargıya

⁸⁵⁵ Borsa mevzuatında, teminatın borsa işlemleri dolayısıyla müşterilerine ve borsaya verebilecekleri zararları karşılık olmak üzere verilmesi öngörülmüştür.

⁸⁵⁶ **KONURALP/KONURALP**, s. 608. Genel olarak yatırım kuruluşunun teminatından kesinti yapılarak yatırımcıya ödeme yapılabilmesi için (a) Üye (yatırım kuruluşu) tarafından kabul edilmesi veya (b) Borsa Uyuşmazlık Komitesinin tavsiyesi üzerine Borsa Yönetim Kurulunca kararlaştırılması veya (c) Borsa Yönetim Kurulu kararına itiraz üzerine Sermaye Piyasası Kurulu tarafından ödeme kararı verilmesi veya (d) Uyuşmazlığın bir yargı organınca karara bağlanması gereklidir. Dolayısıyla, talimatsız alım-satım işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, bir yatırımcının yatırım kuruluşuna borçlu olduğu ve payların borcuna mahsuben satıldığı hukuk mahkemesince kesin hükme bağlanmış ise, Sermaye Piyasası Kurulu kesin hükme aykırı olarak yatırım kuruluşu teminatından kesinti yapmak suretiyle yatırımcının talimatsız satıldığını iddia ettiği payların tazminini sağlaması mümkün olmayacaktır.

⁸⁵⁷ **AYDIN**, s. 214.

⁸⁵⁸ Borsalar ve Piyasa İşleticilerinin Kuruluş, Faaliyet, Çalışma ve Denetim Esasları Hakkında Yönetmelik’in 25 inci maddesinin ikinci fıkrasında, yatırılan teminatın miktarına, teminatların tahsiline, eksik kalan kısmının tamamlanmasına, kullanılmasına ve serbest bırakılmasına ilişkin usul ve esaslar

yönlendirilmesinden ziyade uyuşmazlık incelemesinin yapılması gereklidir. Bu çerçevede, yatırımcının şikâyet tarihi itibarıyla yatırım kuruluşlarının teminatlarının bulunması halinde, uyuşmazlık başvurularının “yatırım kuruluşlarının Borsa Üyeliğinden çıkarılmış olduğu” gerekçesiyle incelenmeksizin reddi mümkün değildir. Ancak yatırımcının, şikâyetinin yapılacak inceleme sonucunda borsa işleminden kaynaklanmadığının ⁸⁵⁹ tespit edilmesi üzerine adli yargıya yönlendirilmesi mümkündür.

Yatırımcının itiraza konu edilen uyuşmazlığı hakkında şikâyetin reddine karar verilmemesi halinde, Borsa İstanbul tarafından verilecek şikâyetin kabulüne ilişkin kararlarda, yatırımcı zararlarının tazmininde somut olayın özelliklerine göre aşağıdaki iki hususun özellikle göz önünde tutulması önem arz etmektedir:

a. Yatırım kuruluşunun ihtarda bulunmadan işlettiği temerrüt faizlerini iadesi gerekir⁸⁶⁰;

ile borsa üyeliğinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde üyelik teminatının geri verilme zamanı ile diğer hususların Borsa Yönetmeliğinde gösterileceği ifade edilmiştir. Aynı Yönetmeliğin 26 nci maddesinde ise, borsa tarafından yapılacak inceleme sonucuna göre, teminatından ödeme yapılmasına Borsa Yönetim Kurulu karar verecektir.

⁸⁵⁹ Yatırımcıların ancak Borsa işleminden kaynaklanmayan uyuşmazlıklar için bu şekilde adli yargıya yönlendirilmesi mümkündür. Borsa işleminden kaynaklanmayan uyuşmazlıkların çözüm yeri adli yargı olup, bu bağlamda özellikle taraflar arasındaki vekalet sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmediği, yapılan işlemlerin hesaba geçirilmediği, sahtecilik, nakdin iade edilmediği veya talimatsız virman şeklindeki iddiaların bulunması durumunda konunun adli yargı tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir.

⁸⁶⁰ İMKB Yönetim Kurulu’nun 22.7.1997 tarih ve 568 sayılı kararında, “...300.000 adet İntema hisse senedinin talimatsız satıldığı hususundaki ihtilafta Uye’nin hesaptaki açığı kapatmak gayesiyle satış işlemi yapıldığını beyan etmiş olması ve satış öncesinde Uye tarafından İMKBY’nin 39. maddesi hükmü uyarınca **herhangi bir bildirimde bulunulmamış olması nedeniyle yatırımcının talimatı olmaksızın satışı gerçekleştirilen 300.000 adet İntema hisse senedinin hesaba iadesine;** bu nedenle satışın gerçekleşmiş olduğu 30.4.1997 tarihinden itibaren 8.5.1997 tarihine kadar hesaptaki borç bakiyesine, sözleşmeyle belirlenmiş bir temerrüt faiz oranı bulunmadığından TCMB’nin avans işlemlerine uyguladığı %57 oranında faiz işletilmesine, ayrıca, borcun kapatılması yönünde yatırımcıya yapılacak bildirimin ardından senetlerin satılabileceği hususunda Uye’ye bildirimde bulunulmasına...” karar verilmiştir (Borsa Uyuşmazlıkları s. 947-948).

b. Talimatsız işlemlerden kaynaklanan zararın yanı sıra söz konusu işlemlerden önce alınmış, ancak satıcının talimatsız olan paya bağlı hakların kullanılamaması nedeniyle oluşan finansal kaybın da hesaplanması gerekir. Buna ilaveten, Borsa İstanbul tarafından yapılan uyuşmazlık incelemelerinde, salt şikâyetin kabulüne veya reddine karar verilmeyip, kabul kararının verildiği hallerde tazmin kararında somut olayın özelliklerine göre pay senedinin değerine dair belirlemeler de yapılabilir⁸⁶¹. Ayrıca, Borsa İstanbul'un yoksun kalınan tutarın tazminine ilişkin kararında, kısmi olarak faize hükmedilmesi halinde, anılan meblağ gelir vergisine tabi tutulabilecektir⁸⁶².

Diğer taraftan, Finansal Ombudsman Hizmeti uygulamalarına benzer şekilde, TSPB Hakem Heyetinin, tutarı Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği'nin 6 ncı maddesinde yer alan ve her yıl arttırılacak parasal en üst sınıra kadar olan uyuşmazlıklarla ilgili başvuru sahibi lehine kesinleşen kararların yargı yolu açık olmak üzere Birlik üyesi tarafından uygulanması zorunludur (TSPB Yönergesi md. 14, V). Birlik üyesi yatırım kuruluşu, kesinleşen kararın kendisine tebliğ edilmesini izleyen on iş günü içerisinde kararın gereğini yerine getirecek olup, konuyla ilgili başvuru sahibini ve Türkiye Sermaye Piyasaları Birliğini yazılı olarak bilgilendirir.

⁸⁶¹ İMKB Yönetim Kurulu'nun 24.7.2001 tarih ve 812 sayılı kararında, "...Yatırımcının borcunun tasfiyesine yönelik olarak verdiği 15.2.2001 tarihli 74 lot Ak Enerji satım talimatının Üye tarafından yerine getirilmemesinin herhangi bir yasal dayanağı bulunmadığı göz önünde bulundurularak, Yatırımcının 15.2.2001 tarihinde verdiği 74 lot Ak Enerji hisse senedinin 23.600 TL fiyatla satıldığının kabulü ile bu tutarın Yatırımcının borç bakiyesinden düşülmesine ve senetlerin anılan tarihte satılmaması nedeni ile hesaba işletilen faizlerin hesaba iadesine, karar gereğinin üye tarafından yerine getirilmemesi halinde Üye teminatından karşılanmak suretiyle İMKB tarafından yerine getirilmesine..." karar verilmiştir. İtiraz üzerine karar, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından onanmıştır (Borsa Uyuşmazlıkları s. 60-62). Aynı yönde bkz. "Yatırımcının borcunun tasfiyesine yönelik olarak 20.2.2001 tarihinde birinci seansta verdiği 130 lot BAKAB, 33 lot NETAS, 38 lot MGROS ve 1.000 lot GARAN hisse senetlerinin satım emirlerinin 20.2.2001 tarihindeki 1. seans ağırlıklı ortalama fiyatlarından gerçekleştirildiğinin kabulüyle, satım bedeli toplam tutarının, yatırımcı borç bakiyesinden düşülmesine ve senetlerin anılan tarihte satılmaması nedeni ile hesaba işletilen faizlerin hesaba iadesine..." karar verilmiştir (Borsa Uyuşmazlıkları, s. 77-79).

⁸⁶² SUMMER, s. 29.

Öte yandan, TSPB Hakem Heyeti tarafından yapılan incelemelerde, Birlik üyesinin iş ve işlemlerinde Sermaye Piyasası Kurulu düzenlemelerine aykırılıkların tespit edilmesi durumunda Kurul'a; Birlik Meslek Kurallarına ve Birlikçe alınan kararlara aykırılık tespit edilmesi halinde Birliğe veya diğer mevzuata aykırılıklar için ilgili diğer mercilere bildirim yapılır (TSPB Yönergesi md. 14, VI).

§ 11. UYUŞMAZLIK HİZMETİ KARŞILIĞINDA YAPILACAK ÖDEME

6362 sayılı SPKn'nun "*Borsacılık faaliyetlerine ilişkin esaslar*" başlıklı 67 nci maddesinin (f) bendinde borsa uyuşmazlıklarının çözülmesine ilişkin usul ve esasların ilgili borsa tarafından hazırlanan ve Kurulca onaylanan yönetmelikle belirleneceği düzenlenmiştir. BİAŞ Yönetmeliği'nin 37 nci maddesinde ise borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesine ilişkin usul ve esasların borsa yönetim kurulunca belirleneceği hüküm altına alınmıştır. BİAŞ Yönergesi'nin 10 uncu maddesinde de uyuşmazlık çözüm sürecinin hizmet bedelinin ödemesi ile başlayacağı ifade edilir.

Uyuşmazlık başvurusu, yazılı bir dilekçe ile Yönetim Kurulu tarafından belirlenip Sermaye Piyasası Kurulu tarafından onaylanan uyuşmazlık hizmet bedeli ödenerek yapılır. Borsa İstanbul tarafından küçük yatırımcının uyuşmazlık çözümü yoluna başvurmasına engel olunmaması ve düşük tutarlı uyuşmazlıklara ilişkin olarak yatırımcıların uyuşmazlık çözüm mekanizması dışında kalmaları riskinin ortadan kaldırılmasını teminen, uyuşmazlık tutarına göre değişecek oranlarda hizmet bedelleri öngörülmüştür. BİAŞ Yönetim Kurulu kararıyla belirlenip Sermaye Piyasası Kurulu tarafından onaylanan tarifeye göre uyuşmazlık hizmet bedeli⁸⁶³;

- Şikâyeteye konu borsa işleminin tutarının belirli olduğu durumlarda 500 TL (+ KDV)'den az, 2.000 TL (+ KDV)'den fazla olmamak üzere talep edilen miktarın %1'i (+ KDV) tutarında olacak,

⁸⁶³ Bkz. <http://www.borsaİstanbul.com/urunler-ve-piyasalar/duzenlemeler/uyusmazliklar> erişim: 29.9.2016).

- Şikâyeteye konu borsa işleminin tutarının belirli olmadığı durumlarda tutar belirleninceye kadar 750 TL (+ KDV) olarak tahsil edilecektir. İnceleme neticesinde tutar belirlendiğinde ise uyuşmazlık hizmet bedeli bu tutar üzerinden hesaplanacaktır.

Başvuru sahibinin kısmen veya tamamen haklı bulunması halinde, uyuşmazlık başvurusu hakkında verilecek karar kapsamında ödemiş olduğu hizmet bedelinin karşı tarafça kendisine ödenmesine karar verilir. Buna ilaveten, uyuşmazlık başvurusunun usulüne uygun olmaması ve verilen süre içerisinde usule ilişkin aykırılıkların giderilmemesi hâlinde, Uyuşmazlık Komitesi tarafından başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verir. Bu durumda, uyuşmazlık hizmet bedeli ödenmiş ise bu bedel ilgiliye iade edilir (Borsa Yönetmeliği md. 48, III).

Öte yandan, borsa işlemi dışındaki uyuşmazlıklar bakımından İngiliz Hukukundaki Finansal Ombudsmanlık Hizmeti ve Türkiye Bankalar Birliği Hakem Heyeti uygulamalarına paralel olarak, yatırımcıdan herhangi bir ücret talep edilmemesi⁸⁶⁴, bu faaliyetlerden kaynaklanacak giderleri şikâyeteye taraf olan yatırım kuruluşlarından karşılayacak bir sistem geliştirmesi öngörülmüştür. Zira, başvurunun ücrete bağlanması durumunda şikâyetelerin TSPB'ye yönlendirilmesi mekanizmasının işlevsel hale gelmesi mümkün olmayacağından, TSPB'ye başvurunun ücrete tabi olmaması esası benimsenmiştir. Ancak, başvuru hakkının haksız ve kötüye kullanılması hallerinin tespiti hallerinde uyuşmazlık çözümüne ilişkin gerçekleştirilen giderlerin başvuru sahibinden tahsiline ilişkin Birliğin dava ve talep hakları saklı tutulmuştur (TSPB Yönergesi md. 11, III). TSPB Hakem Heyeti faaliyetleri için yapılacak giderler ile TSPB Hakem Heyeti üyelerine ödenecek ücretler ise, Birliğin yıllık bütçesinden karşılanır.

⁸⁶⁴ Bireysel Müşteri Hakem Heyetinin sunduğu hizmetler ücretsizdir. Heyetin vereceği kararlara bankalar, **3.069- TL**'ye kadar uymak zorundadırlar. Bu tutar 2018 yılı için geçerli olup, her sene Ocak ayında Türkiye İstatistik Kurumu tarafından yayımlanan yıllık tüketici fiyat endeksi değişim oranında arttırılır (web: <https://www.tbb.org.tr/tr/faaliyetler/bireysel-musteri-hakem-heyeti/hakem-heyeti/91>, erişim:15.8.2018).

Birlik Yönetim Kurulu'nun önerisi ve Birlik Genel Kurulu'nun kararı ile belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde, Birlik bütçesinden karşılanacak bu giderlere ve ücretlere ilişkin uyumazlığa taraf üyelerden katılım payı alınır. Üyelerden alınacak katılım payı ise, her üye için bir önceki takvim yılı içinde gerçekleşen ve çözümü için Heyet'e intikal eden dosyalara göre belirlenir (TSPB Yönergesi md. 7, II).

İngilterede ise, Finansal Ombudsman Hizmeti'nin finansmanına ilişkin olarak, tüketiciler Finansal Ombudsman Hizmeti'ne şikayette bulunurken ödeme yapmakla yükümlü değildir. Finansal Ombudsman Hizmeti, kanunda belirtildiği gibi kapsadığı alandan ödenmesi gereken katkı payı ve şikayet ücretlerinden kaynak sağlar⁸⁶⁵. Katkı payı işletmenin ölçeğine göre belirlenmekte olup, yatırım kuruluşu hakkında şikayette bulunulmasa dahi katkı payının ödenmesi gereklidir. Yatırım kuruluşları bir yıl süresince çözüme kavuşturulan ilk üç şikayete ilişkin şikayet ücreti ödememekle birlikte, dördüncü ve bunu takip eden şikayetlerde 500 Poundluk bir ücret öder⁸⁶⁶. Yatırım Kuruluşları bakımından şikayet başına ücret alınmasındaki temel amaç şirketleri ortaya çıkan uyumazlıkları kendi bünyeleri içerisinde çözmeye sevk etmektir⁸⁶⁷.

§ 12. ARA DEĞERLENDİRME

Uyumazlığın idari yollardan çözümünde yatırımcının talebinin haklı olduğu sonucuna varılırsa, herhangi bir başka işleme başvurulmaksızın yatırımcının zararı, yatırım kuruluşunun borsaya yatırdığı teminattan kesilerek borsa tarafından ödenir. Uyumazlık hem yargı yoluna başvurulmasına kıyasen daha kısa bir süre içerisinde ve masrafsız olarak çözülmekte, mahkemelerin iş yükü azaltılmakta, hem de icra aşamasında takibe gerek kalmaksızın yatırımcıya tahsil imkânı tanınmaktadır.

Yatırımcı sermaye piyasası uyumazlığının çözümü için öncelikle finansal hizmeti sunan yatırım kuruluşuna problemi değerlendirmesi için başvuruda bulunmalıdır. Şayet yatırım kuruluşunun cevabı tatmin edici değilse veyahut belirli bir

⁸⁶⁵ SUMMER, s. 5.

⁸⁶⁶ SUMMER, s. 5.

⁸⁶⁷ POLAT, s. 25.

süre içerisinde cevap verilmezse yatırımcı şikâyetini uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına intikal ettirmektedir.

Borsa İstanbul'un uyuşmazlık çözme konusundaki görev alanı 'borsa işleminden kaynaklanan uyuşmazlıklarla' sınırlı olarak belirlenmiştir. Bu suretle, üye temsilcisi tarafından vekalet sözleşmesinin kötüye kullanımından kaynaklanan bir uyuşmazlıkta karar vermesi uygun olmayacaktır. Zira, yatırımcı ile vekili arasında aktedilen vekalet sözleşmesinin gerektiği gibi ifa edilip edilmediği ve/veya kötüye kullanıp kullanmadığı hususu borsa işlemi olarak nitelendirilemez. Böylesi bir durumda İngiltere'de Finansal Ombudsman Hizmetine başvurulmakta iken, Türkiye'de uyuşmazlık konusunun borsa işlemi olup olmamasına göre başvuru yapılacak kurum değişiklik gösterecek olup, somut örnekte yatırımcının Türkiye Sermaye Piyasaları Birliğine başvurması mümkündür. Borsa İstanbul veya Türkiye Sermaye Piyasaları Birliğine başvuru şeklindeki ikili bir ayırım yerine, yatırımcı şikâyetleri için tek başvuru noktasının oluşturulması, gerek yatırımcı güveninin artırılmasını gerek hesap verilebilirlik yönünden sınırların açıkça belirlenmesini sağlar.

İngiltere'de finansal ombudsman uyuşmazlık çözümünde yasalardan ziyade her koşulda adil ve makul olanı uygulamak zorundadır. Burada adil ve makul olanın yapılacak değerlendirmeye esas teşkil etmesi, Finansal Ombudsman Hizmeti'nin şikâyetleri ele alırken prensip bazlı düzenlemelere özen gösterdiğinin bir göstergesidir⁸⁶⁸. Bununla birlikte, ülkemizde ise Borsa İstanbul ve Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği esas olarak mevzuat düzenlemeleri çerçevesinde uyuşmazlıkları değerlendirir.

Diğer bir açıdan konu değerlendirildiğinde, hukuk davasında verilecek nihai kararların taraflara olan etkisine ilişkin araştırmalar, Finansal Ombudsman Hizmetinde yapılacak inceleme neticesinde yatırımcılar tarafından sahip olunacakların, hukuk mahkemesinde '*sahip olunmayacaklardan*' daha fazla olduğunu göstermiştir. Bunun bir örneği olarak da, yatırımcıların şikâyetlerine karşı sayısız defa benzer şekilde hareket eden piyasa oyuncularının (*repeat players*) taraf egemenliği sistemlerinin

⁸⁶⁸ ALPERT, s. 95.

yapısal avantajları ve kurumsal sınırlamaların sonucu olarak bireylerden veya bir defaya mahsus bu yola başvuranlardan (*one shotters*) daha iyi iş çıkardıkları belirtilir⁸⁶⁹. Zira, sermaye piyasası alanında benzer tipteki uyuşmazlıklara sıklıkla cevap veren yatırım kuruluşlarının, konuya dair uzmanlık içeren kaynaklara ve benzer uyuşmazlıklarla ilgilenilmesine tahsis edilmiş uzmanlığa ulaşma imkanı mevcuttur.



⁸⁶⁹ ALI, s. 53.

BEŞİNCİ BÖLÜM

SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIĞI HAKKINDA YETKİLENDİRİLMİŞ KURULUŞLARCA VERİLEN KARARLARIN DENETİMİ

§ 1. GİRİŞ

Sermaye Piyasası Kurulu'nun kamu kurumu sıfatıyla, menkul kıymet borsaları üzerindeki denetim ve gözetim yetkisi; borsada yapılan işlemlerin borsa mevzuatı çerçevesinde geçerliliğini saptama, gerektiğinde açıkça mevzuata aykırı bulunan işlemleri geçersiz sayma sonucunu doğurur. Sermaye piyasası mevzuatıyla kapsamı belirlenen söz konusu yetki, kamu hukukundan kaynaklanan, sermaye piyasasının düzenlenmesi, açıklık ve güven içinde bu piyasanın sürdürülmesi şeklindeki kamu hizmetinin gereği olarak Sermaye Piyasası Kuruluna tanınmıştır.

İngiliz hukukunda ise, Belirli nitelikteki önemli yatırımcı uyuşmazlıklarının yahut geniş etki ve sonuçlar doğurabilecek uyuşmazlıkların Finansal Ombudsman Hizmeti tarafından karara bağlandığı göz önünde bulundursak, nihai kararların yatırım kuruluşlarının itiraz edebileceği süreçler sonucu verilebileceği ihtimali bulunmaktadır. Örneğin, Finansal Ombudsman Hizmeti'nin (a) şikayeti kabul kararı; (b) adil tazminat ya da yatırım kuruluşlarının uyuşmazlığın çözümüne dair yönlendirildiği adımlara dair kararı; (c) şikayetin Finansal Ombudsman Hizmeti tarafından çözüme kavuşturulmasının elverişsiz olduğu ya da uygun olmadığını düşündüğü bir şikayeti reddetmeme kararı; (d) duruşma yapıp yapmamaya ve duruşmanın, özel bir şekilde yapıp yapılmayacağına dair kararları; (e) belirli delillerin uyuşmazlık incelemesinden hariç tutulmasına ya da incelemeye dahil edilmesine dair kararları; (f) şikayet sahibine ait belirli nitelikteki bilgileri kamuya paylaşmaya dair kararları; (g) belirli bilgilerin Finansal Yönetim Otoritesi'ne açıklanmasına ya da başka bir amaçla kullanılmasına dair kararları bu kapsam dahilindedir⁸⁷⁰.

⁸⁷⁰ FRESHFIELDS, s. 530 vd; MERRICKS, s. 137.

Dolayısıyla, Finansal Ombudsman Hizmeti'nin nihai bir kararını kural olarak temyiz etme hakkı olmamasına rağmen, istisnai hallerde anılan karara yargı denetimine başvurulması mümkündür⁸⁷¹. Finansal Ombudsman Hizmeti kararına karşı itiraz mekanizmasının işletilmesi kolay olmayıp, örneğin kararın usulsüz, uygunsuz veya sürecin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılama güvencesini ya da yatırım kuruluşunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki diğer haklarını ihlal etmesi gibi kısıtlı sebeplerle Finansal Ombudsman Hizmeti kararının denetimi yapılabilmektedir⁸⁷².

§ 2. SERMAYE PİYASASI KURULU'NUN UYUŞMAZLIĞA İLİŞKİN İTİRAZLARI İNCELEME YETKİSİ

Bağımsız idari otoriteler arasında olan Sermaye Piyasası Kurulu'nun özgün yanlarından biri, kendi alanlarında belirli tipteki uyuşmazlıkların çözümünde yetkili kılınmış olmasıdır. Sermaye Piyasası Kurulu'nun inceleme alanının teknik ve kompleks yapısı, yargı yoluna gidilmesi halinde çözümün uzun zaman alması gibi nedenler, Sermaye Piyasası Kurulu'na uyuşmazlık çözme yetkisi tanınmasına yol açmıştır⁸⁷³.

Sermaye Piyasası Kurulu ve benzeri mahiyetteki bağımsız idari otoritelerin yargı benzeri faaliyetlerde bulunmasının Anayasa md. 152'de kanunların anayasaya uygunluk denetiminde somut olayı çözümlemekle görevli “mahkeme” kavramının irdelenmesi gereklidir. *Gürsel*'e göre, idare, yargı benzeri kararlar verme ile yetkili kılınmış olsa dahi, bu kararlar organik ölçüt bağlamında idari işlem olarak nitelendirilemez⁸⁷⁴. Zira, Anayasa'nın 9'uncu maddesine göre yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır. Kanımızca, Sermaye Piyasası Kurulu'nun kararlarına karşı ilk derece mahkemesi sıfatıyla idare

⁸⁷¹ BENÖHR-Disputes in Financial Services, s. 263.

⁸⁷² FRESHFIELDS, s. 534.

⁸⁷³ Turgut TAN, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Ankara 2015, s. 253.

⁸⁷⁴ Meltem KUTLU GÜRSEL, (Sermaye Piyasası Kurulu'nun Denetimi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, Özel Sayı (2005), s. 493-554), s. 525-527. (web: <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz7-ozel/PDF/gursel18.pdf> erişim: 11.3.2018). (GÜRSEL-Denetim).

mahkemesine başvurulabilmesi SPK.nun bir yargı makamı olarak kabul edilemeyeceğinin açık bir göstergesidir

Doktrinde, Anayasa md. 152 kapsamında bağımsız idari otoritelerin iç hukukta “*davaya bakan mahkeme*” sayılmamasına rağmen, kararlarına karşı AİHM’ye gidileceği yönünde tereddüt bulunmamaktadır⁸⁷⁵. Zira, 1971 yılında kadar, kamu hukuku özel hukuk ayrımı yapılmak suretiyle kamu hukuku alanındaki hak ve yükümlülükler 6. madde kapsamında değerlendirilmemiş, idare mahkemeleri önündeki yargılamalar veya idare tarafından yürütülen karar alma süreçleri maddenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Bununla birlikte, *Ringeisen/Avusturya* kararı ile AİHM, pek çok kamu hukuku alanındaki uyuşmazlığı da 6. madde kapsamına dahil edecek bir yorum yöntemi benimsemiştir⁸⁷⁶.

Öte yandan, Sermaye Piyasası Kurulu’nun kamu hukukundan kaynaklanan ve denetim yetkisi kapsamında sonuç doğuran denetim ve gözetim yetkisi, borsada işlem yapan yatırımcı ve aracı kurumlar arasındaki özel hukuk ilişkisinin adli yargıda çözümüne engel oluşturmaz.

Yatırım kuruluşu ve yatırımcı arasındaki uyuşmazlıkların yanı sıra, yatırım kuruluşları arasındaki borsa işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Borsa İstanbul tarafından verilen karar karşı Sermaye Piyasası Kuruluna itiraz hakkı tanınmıştır. Sermaye Piyasası Kurulu tarafından verilen kararların nihai olduğu ve bu kararlara karşı ancak idari yargıda iptal davası açılabileceği belirtilmiştir⁸⁷⁷. Dolayısıyla, Sermaye Piyasası Kurulu’nun borsa uyuşmazlıklarına yönelik olarak karar verirken yargılama usulü kuralları esas alınarak incelemesi yapması, Kurulun kararlarının kesin hüküm etkisi niteliği taşımasını sağlamaz⁸⁷⁸. Buna ilaveten,

⁸⁷⁵ BAŞLAR, s. 62.

⁸⁷⁶ Sezin AKTEPE ARTIK, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Medeni Usul Hukuku Açısından Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2013, Yayınlanmamış Doktora Tezi, s. 36-37.

⁸⁷⁷ DİDDGK’nun 26.6.1998 tarih 355/277 sayılı kararı (Yayınlanmamıştır).

⁸⁷⁸ GÜRSEL-Denetim, s. 526-527.

Sermaye Piyasası Kurulu'nun işlemlerine karşı yargı yolu açık olduğundan yargı organlarınca bu işlem ve eylemler üzerinde gerekli yoğunlukta yargılama yapılması durumunda bu kurumlar tarafından adil yargılanma hakkının ihlali sorunlarının önüne geçilmiş olacaktır⁸⁷⁹.

§ 3. SERMAYE PİYASASI KURULU TARAFINDAN YAPILACAK İTİRAZ İNCELEMESİ

İtiraz mercii sıfatıyla Sermaye Piyasası Kurulu, HMK md. 31 hükmündeki hakimın davayı aydınlatma ödevine paralel olarak taraflarca iddia olunan vakıanın bütün unsurlarının belirtilmemiş olması halinde, hukuk yargılamasında olduğu gibi dava malzemesindeki boşlukları, belirsizlikleri gidermek amacıyla tamamlayıcı bir fonksiyona sahip olmalıdır⁸⁸⁰. Bu suretle, Sermaye Piyasası Kurulu, delillerini sunması için tarafları teşvik etmek ve eksik dava malzemesini tamamlattırmak yoluyla bir anlamda dava malzemesinin toplanmasına katkıda bulunur. Zira, ispat yükünü taşıyan yatırımcının uyuşmazlığı çözecek olan merciinin kararına etki edeceğini umduğu bir delil kendi elinde bulunmuyorsa, taraflarca hazırlama ilkesinin sınırlarına gelindiği kuvvetle muhtemeldir⁸⁸¹.

Bu kapsamda, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından itiraz incelemesinin sonuçlandırılabilmesini teminen taraflardan Borsa İstanbul'un incelemesine sunulmayan bilgi ve belgeler, yatırım kuruluşu kayıtları ile Borsa İstanbul nezdinde tutulan kayıtlar arasında uyumsuzluk olması halinde, uyumsuzluğun sebebini ve uyuşmazlığın esasına etkili hususlarda soru sorabilecek ve açıklama talep edebilecektir. Ancak kanımızca itiraz mercii olarak Sermaye Piyasası Kurulu somut bir vakıayı işaret ederek bunun neden itiraza konu edilmediği şeklinde soru sormak

⁸⁷⁹ **Göksel YÜZÜGÜLLÜ**, Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011, s. 43.

⁸⁸⁰ **ATALAY**, s. 149. Hakimın aydınlatma ödevi vakıaların tamamlanması amacına da yönelik olup, buradaki temel sınır tıpkı dellilerin ikamesinin kanunkoyucu tarafından emredilmesinde olduğu gibi tarafların iddia ve savunmalarıdır (**Yavuz ALANGOYA**, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 149).

⁸⁸¹ **ERDÖNMEZ**, s. 63-64.

suretiyle uyuşmazlığın temelindeki noksanlığın giderilmesini sağlayamaz. Bununla birlikte, Sermaye Piyasası Kurulu kamu denetçiliği uygulamasına paralel şekilde iletişim tekniklerine başvuramaz ve sözlü oturum gerçekleştirmez⁸⁸².

I. Sermaye Piyasası Kurulunca İtirazın Usuli Açıdan İncelenmesi

Öncelikli olarak, uyuşmazlığın esasına ilişkin inceleme yapılmasına geçilmeksizin, yatırımcı tarafından Borsa Yönetim Kurulu kararına karşı süresi içerisinde itiraz edilip edilmediği hususunun değerlendirilmesi gereklidir. Yatırımcı tarafından Borsa Yönetim Kurulu kararına karşı yapılan itiraza ilişkin Borsa Başkanlığı'na gönderilen itiraz dilekçesinin, kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten 15 gün geçirildikten sonra Borsa kayıtlarına girmiş olması halinde, uyuşmazlığın esasına girilmeksizin süresi geçirildikten sonra yapıldığı kabul edilen itiraz reddedilir.

Yatırımcı itirazını, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde Borsa kanalı ile Sermaye Piyasası Kurulu'na sunmalıdır. Anılan sürenin dolmasından sonra yapılan itirazlar esas yönünden incelenmeksizin süre yönünden reddedilecek olmakla birlikte, yatırımcının genel hükümlere göre başvuru hakkı saklıdır.

Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yerine getirilecek itiraz incelemesine ilişkin olarak gerek düzenleyici süre gerek kesin süre tayin edilmediği görülmekle birlikte, Kanun koyucu tarafından düzenleyici bir sürenin öngörülmesinin usul ekonomisi açısından gerekli olduğu kanaatindeyim. Nitekim Mülga İMKB Yönetmeliğinde Sermaye Piyasası Kurulu'nun itiraz başvurusu hakkında vereceği kararın 7 gün içinde sonuçlandırılacağı özel olarak uyuşmazlık prosedürü çerçevesinde hükme bağlanmış ise de⁸⁸³; hayatın olağan akışı içerisinde başvuruların bu sürede

⁸⁸² DÜR, s. 57.

⁸⁸³ Kurul'un itirazları sonuçlandırması bakımından öngörülen 7 iş günlük sürenin; İMKB'den ve/veya aracı kurum/yatırımcıdan eksik belgelerin istenmesi, eksik belgelerin Kurul'a ulaşması ve incelenmesi, yapılan inceleme sonucunda tesis edilen Kurul kararının taraflara bildirilmek üzere İMKB Başkanlığına bildirilmesi, İMKB Başkanlığı'nın Kurul kararını taraflara bildirmesi için geçen süreler dikkate alındığında yetersiz geldiği açıktır. Sözü edilen durumlarda, sürenin dosyanın tekemmül ettiği tarihte başladığı şeklinde bir uygulama mevcut olup, Kurul'un iş yükü de göz önüne alındığında, dosyalar

sonuçlandırılmayacağı, bu düzenleyici sürenin idareyi hızlı karar almaya sevk etme amacıyla getirildiği açıktır⁸⁸⁴. Ayrıca vurgulamak gerekir ki, burada öngörülen usul, idareye yapılan olağan başvuru ve idarenin yanıt vereceği 60 günlük süreden farklı bir usul olup, itiraz süresi içerisinde Sermaye Piyasası Kurulu tarafından cevap verilmediği gerekçesiyle işlemin zımnen reddedildiğini söylemek mümkün değildir. Nitekim, mevcut uygulamalarda da Sermaye Piyasası Kurulu'nun itiraz süresi hakkındaki kararına karşı nadiren de olsa idari yargıda dava açılmakta olup, söz konusu davalar da Kurul tarafından itiraz başvuruları sonuçlandırıldıktan ve taraflara tebliğ edildikten sonraki 60 günlük dava açma süresi içinde açılmakta ve görülmektedir.

Bununla birlikte, yatırımcının itirazı hakkında alınan Sermaye Piyasası Kurulu Kararının tebliğinden itibaren 60 gün içerisinde dava açılmadığının tespiti halinde, idari yargıda dava açan davacı hakkında verilen Sermaye Piyasası Kurulu Kararı da kesinleşir. Söz konusu dava ile talep edilen zımni red işleminin iptali talebi, açılan davadan sonra verilmiş Sermaye Piyasası Kurulu Kararına teşmil edilemez.

II. Sermaye Piyasası Kurulunca İtirazın Esas Açısından İncelenmesi

Yatırımcının yatırım kuruluşu tarafından tazmini gerekli bir zararının bulunduğu kanaat getirilmesi halinde dahi, zararın miktarının ve belirlenen bu zarara uygulanacak faizin başlangıç tarihinin hesaplanmasında, taraflar arasındaki ilişkinin bütünü dikkate alınmak suretiyle, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda belirlenen prensiplere uyulup uyulmadığı; uyulmamış ise bunun gerekçesine dair değerlendirme yapılmalıdır. Aksi durum, eksik inceleme nedeniyle Borsa İstanbul tarafından verilen kararın bozulmasını gerektirir.

Diğer taraftan, doktrinde borsa uyuşmazlıklarının çözümünün esas olarak özel hukuk uyuşmazlıklarının konusunu oluşturduğu, Sermaye Piyasası Kurulu kararına

üzerinde ayrıntılı incelemenin sağlanması açısından Kurulun bu süreyle bağlı olmadığı, sürenin kesin süre olmayıp, idareyi uyuşmazlık hakkında daha hızlı biçimde karar almaya sevk etmek üzere getirildiği ortadadır.

⁸⁸⁴ ERGÜN, s. 114.

karşı idari yargı yoluna gidilmesinin 'yargı yolu' kavramına aykırı olacağı savunulmaktadır⁸⁸⁵. Anılan iddiaya gerekçe olarak da, yatırımcının seçiminin idari başvuru yönünde yapılması halinde uyuşmazlık idari yargıda sonlanırken, uyuşmazlığın çözümü için doğrudan adli yargıya başvurması halinde uyuşmazlık adli yargıda sonlanacağı savı gösterilmiştir⁸⁸⁶. Bu noktada Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nca verilen bir karara değinilmesi gerekir. İlk derece mahkemesince uyuşmazlığın özel hukuk uyuşmazlığı olduğu gerekçesiyle verilen görevsizlik kararının Danıştay 10 uncu Dairesince bozulması üzerine⁸⁸⁷ ilk derece mahkemesince alınan ısrar/direnme kararının Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nda incelenmesi sonucunda verilen bu karara göre;

"Sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulan, kamu hizmeti yapan, menkul kıymetler borsaları için gözetim ve denetim organı olan SPK'nun bu hizmeti yürütmek için tesis ettiği işlemler idari niteliktedir.

SPK'nun kamu kurumu sıfatıyla, menkul kıymet borsaları üzerindeki gözetim ve denetim yetkisinin, borsada yapılan işlemlerin borsa mevzuatı çerçevesinde geçerliliğini saptama, gerektiğinde açıkça mevzuata aykırı bulunan işlemleri geçersiz sayma sonucunu doğurduğu açıktır.

Kapsamı belirtilen söz konusu yetki, kamu hukukundan kaynaklanan, sermaye piyasasının düzenlenmesi, açıklık ve güven içinde bu piyasanın sürdürülmesi şeklindeki kamu hizmetinin gereği olarak davalı kuruma tanınmıştır. Kuşkusuz davalı kurumun kamu hukukundan kaynaklanan ve denetim yetkisi kapsamında sonuç

⁸⁸⁵ **KONURALP/KONURALP**, s. 607, **Turgut TAN**, Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu, (Prof.Dr. Ahmet Türk'e Armağan, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara 1996, s. 1-15), s. 15; **AYDIN**, s. 212.

⁸⁸⁶ **GÜRSEL**, s. 216.

⁸⁸⁷ Bir yatırımcı ile aracı kuruluş arasındaki uyuşmazlık hakkında Kurul tarafından verilen karara karşı Ankara 8. İdare Mahkemesinde açılan iptal davasında, Mahkemenin uyuşmazlığın adli yargının görev alanına girdiği gerekçesiyle verdiği görev yönünden red kararı, Danıştay 10. Dairesi'nin 25.11.1996 tarih ve E.1995/6027, K.1996/7741 sayılı kararı ile bozulmuştur.

doğuran bu yetkisi, borsada işlem yapan yatırımcı ve aracı kurumlar arasındaki özel hukuk ilişkisinin adli yargıda çözümüne engel oluşturmamaktadır⁸⁸⁸”. Bu kapsamda, Danıştay 10 uncu Dairesi’nin kararı ile birlikte, konuya ilişkin tartışmaların çözümlendiğini söylemek mümkündür⁸⁸⁹.

Kanaatimizce de, Sermaye Piyasası Kurulu kararına karşı idari yargıda dava açmak mümkün olmakla birlikte, burada tarafların uyuşmazlıklarının çözüme kavuşturulmasından ziyade Sermaye Piyasası Kurulu kararının hukuka uygunluğu denetleneceğinden ve tarafların her koşulda adli mahkemelerde hukuk davası açma imkanı mevcut olduğundan, doktrindeki görüşlere katılmak mümkün değildir.

III. Sermaye Piyasası Kurulunca Ceza Davasının Açılmasını Gerektiren Bir Vakıanın Bekletici Mesele Yapılması

Sermaye piyasası uyuşmazlığının temelini borsa işleminden kaynaklanması halinde, yatırımcı talebi doğrultusunda açılacak bir ceza davasında belgelerin geçerliliğinin incelenmesi iddialarının gündeme gelmesi olasıdır. Böyle bir halde, uyuşmazlığı çözüm mercii olan Borsa Yönetim Kurulu tarafından ceza mahkemesince yapılacak incelemeyi bekletici mesele yaparak mahkemece bu hususta bir karar verilinceye kadar tahkikat ertelenmelidir. Borsa İstanbul tarafından sahtecilik iddiasını⁸⁹⁰ ileri süren tarafa davayı açması için belli bir süre verilerek adli yargıda açılan davanın sonuçlandırılmasının beklenmesinin, öngörülen süre içinde adli yargı yoluna başvurulmadığı takdirde, uyuşmazlığın, sahtelik iddiaları dikkate alınmaksızın, mevcut belgeler çerçevesinde çözüme kavuşturulması gereklilik arz eder.

Bu kapsamda, uyuşmazlık incelemesi devam ederken bir uyuşmazlıkta ileri sürülebilecek sahtelik iddiaları Savcılığa yapılan suç duyuruları ile adli yargıya intikal ettirildiği takdirde, yatırımcı tarafından sunulan itiraz dilekçesi ve protokolün sahteliğine ilişkin suç duyurusu hakkında takipsizlik kararı verilse dahi, söz konusu kararın kesinleşmesi beklenmelidir.

⁸⁸⁸ DİDDGK’nin 26.6.1998 tarih ve 355/277 sayılı kararı (Danıştay Dergisi, Y: 1999, S. 98, s. 66-67).

⁸⁸⁹ TURAN, s. 24.

⁸⁹⁰ AYDIN, s. 160.

IV. Sermaye Piyasası Kurulunca Verilen Kararın Hukuki Niteliği

Sermaye Piyasası Kurulu'nun uyuşmazlığa ilişkin vereceği karar, idarenin ekonomik kolluk yetkisinin kullanımı niteliğindedir⁸⁹¹. Kurulun itiraz mercii sıfatıyla vereceği kararla bir idari işlemin varlığından söz edilecek olmasının yanı sıra, idari işlemin temelinde özel hukuk uyuşmazlığının bulunduğu nazara alınmalıdır. Sermaye Piyasası Kurulu'nun verdiği kararın idari işlemin icrai ve kesin olması unsurlarını içinde barındırmasına bağlı olarak idare mahkemelerinde iptal davası açılması mümkündür⁸⁹². Bununla birlikte, Borsa İstanbul tarafından uyuşmazlık hakkında verilen karar ise bu bakımdan hazırlık işlemi olarak kabul edilebilecek olup, direkt olarak iptal davasına konu edilmesi mümkün değildir.

Sermaye Piyasası Kurulu'nun uyuşmazlığa ilişkin kararı idari yönden nihai olup, Borsa Yönetim Kurulunu bağlayacaktır⁸⁹³. Burada, “*nihai*”likten anlaşılması gereken Borsa İstanbul'un Sermaye Piyasası Kurulu kararına uymak zorunda olmasıdır. Daha açık bir ifadeyle, Sermaye Piyasası Kurulu bir borsa uyuşmazlığına dair bozma kararı verdiği takdirde, Borsa İstanbul'un söz konusu karara karşı direnememesi ve Sermaye Piyasası Kurulu'na başvurması mümkün olmayıp, Borsa İstanbul tarafından Sermaye Piyasası Kurulu kararı çerçevesinde hareket edilecektir⁸⁹⁴. Nitekim, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 26.6.1998 tarih ve E.1998/355, K.1998/277 sayılı kararında;

“91 sayılı KHK.’nın 13. maddesinin 2. fıkrasında, “Borsa üyeleri ile müşterileri arasındaki ihtilaflar için Borsa Yönetim Kuruluna başvurulabilir. Bu tür ihtilaflar için tarafların yargı mercilerine başvurma hakları saklıdır.” hükmü öngörülmektedir. Anılan hüküm ile, aracı kurum ile müşteri arasındaki ihtilafların ihtiyari olarak Borsaya getirilmesine imkan sağlanmakta birlikte, tarafların yargı

⁸⁹¹ YASİN-Sermaye Piyasası, s. 229.

⁸⁹² YASİN-Sermaye Piyasası, s. 233.

⁸⁹³ KARYAĞDI/ÖZTÜRK, s. 198.

⁸⁹⁴ AYDIN, s. 212.

mercilerine başvurabilecekleri özel olarak belirlenmiş olup bununla kastedilen, özel hukuk ilişkisine tabi olan tarafların doğal yargı yeri olan adliye mahkemeleridir.”

şeklinde hüküm tesis etmiştir⁸⁹⁵. Anılan kararda da açıkça ifade edildiği üzere, yatırımcı-yatırım kuruluğu uyuşmazlıklarında yargı yolu ve Borsa nezdinde uyuşmazlıkların çözümü farklı yollar olarak açıkça ifade edilmiş ve anılan yöntemlerin birbirinden bağımsız olduğu vurgulanmıştır. Söz konusu kararda ayrıca, “91 sayılı KHK’nın 13. maddesi herhangi bir şekilde tahkim usulünü öngörmemektedir. Esasen tahkim usulünün olabilmesi yasal düzenlemede bu usulün açıkça yer almasına ve ayrıntılı biçimde düzenlenmesine bağlı olup adli yargının yetkisini de kısmen sınırlar nitelikte olan bu usul söz konusu düzenlemede yer almamaktadır. Sermaye Piyasası Kurulu hakem sıfatıyla hareket etmeyip, denetim organı sıfatıyla mevzuatta tanınan yetkisini kullanmaktadır.” denilmektedir.

Anılan hüküm gereğince, Sermaye Piyasası Kurulu kamu kurumu sıfatıyla menkul kıymetler borsaları üzerindeki gözetim ve denetim yetkisi, borsada yapılan işlemlerin borsa mevzuatı çerçevesinde geçerliliğini saptama sonucunu doğurur. Konuya ilişkin olarak *Darendeli*, yasal düzenlemeler ışığında açıkça adli yargıdan söz edilmemesine rağmen, idari işlem ve eylemlerin adli yargıda denetimine bir anlamda cevaz verildiğini ifade etmiştir⁸⁹⁶.

Diğer taraftan, Sermaye Piyasası Kurulu’nca uyuşmazlık hakkında verilen karar neticesinde yapılan itiraz üzerine, idare mahkemesince Kurul kararının hukuka uygunluğu hakkında karar verildiğini daha önce yer verilmişti. Buna ilaveten, mevzuatımızca sermaye piyasası uyuşmazlıklarında idare mahkemesinin kararının varlığına karşın uyuşmazlığın hukuk yargılamasına da konu edilmesi mümkündür. İşte bu noktada, idare mahkemesince verilen kararın hukuk yargısına etkisinin önem arz ettiği kanaatindeyim.

⁸⁹⁵ CEVİZ-Tahkim, s. 101.

⁸⁹⁶ **Vahap DARENDELİ**, Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi İçtihatları Işığında Adli Yargı Yerlerinde Görülen İdari Uyuşmazlıklar ve Davalar, Ankara 2004, s. 269.

Hukuk yargısı ve idari yargının konusu aynı olmamasına bağlı olarak, mahkemelerce verilecek kararın birbirine karşı kesin hüküm itirazı şeklinde ileri sürülemez⁸⁹⁷. Kaldı ki, idari yargılama usulünde iptal davalarının reddine dair kararların kesin hüküm teşkil etmeyeceği kabul edilir⁸⁹⁸. Bu kapsamda, hukuk mahkemesinde tarafça ileri sürülen davada, idare mahkemesi nezdinde görülen iptal davasının konusunu oluşturan işlem hakkında verilen kararın kesin delil ya da Yargıtay tarafından “güçlü delil”⁸⁹⁹ olarak nitelendirilmek suretiyle bağlayıcı olacağını söylemek mümkündür⁹⁰⁰.

V. Sermaye Piyasası Kurulu Tarafından Uyuşmazlığın Esasına İlişkin Verilebilecek Kararlar

Borsa İstanbul’un uyuşmazlık hakkında verdiği karara karşı Sermaye Piyasası Kuruluna itiraz edilebilmesi ve Sermaye Piyasası Kurulu’nun Borsa İstanbul kararını inceleyerek “bozma”, “onama”, “kısmen onama kısmen bozma” veya “gerekçesini düzelterek onama” yönünde karar vermesi, Sermaye Piyasası Kurulu’nun sermaye piyasasının önemli bir bölümünü oluşturan menkul kıymet borsaları üzerindeki genel

⁸⁹⁷ **Bilge UMAR**, Türk Medeni Usul Hukukunda İadei Muhakeme, İÜHF 1963, C. XXIX, S. 1-2, s. 261-297), s. 285.

⁸⁹⁸ Danıştay 6. Dairesi’nin 3.12.2002 tarih ve E.2001/5641, K. 2002/5733 sayılı kararı için bkz. **Melikşah YASİN**, İdari Yargılama Usulünde İspat, İstanbul 2015, s. 151. (YASİN-İspat).

⁸⁹⁹ Güçlü delil kavramıyla kastedilenin güçlü delilin hakimi ikna etme gücüyle doğrudan ilişkilidir (**KESER**, s. 32). **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**-Ders Kitabı, s. 354.

⁹⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Recep AKCAN**, Yargıtay Kararlarındaki “Güçlü Delil Kavramının Hukuki Niteliği, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12 (1-2), s. 7-24). **Ahmet Cahit İYİLİKLİ**, Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, Ankara 2016, s. 484-485; **Ejder YILMAZ**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2013, s. 1351. Yargıtay’ın yerleşik içtihatları uyarınca, dava sebebi ve dava konusu aynı ancak tarafların farklı olduğu ikinci davada dahi, ilk dava hükmü ancak güçlü bir takdirli delil oluşturabilir (**Baki KURU**, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. V, 6. Basım, İstanbul 2001, s. 5084). Farklı görüş için bkz. BUDAK’a göre, hukukumuzda kesin deliller ve takdirli delillerden farklı olarak, güçlü delil adı altında bir delil türünün olmadığını belirtmiştir. Yazara göre, taraflar için kesin hüküm teşkil eden bir karar, taraflardan biri ile üçüncü bir kişi arasında görülen başka davalarda yalnızca takdirli delil oluşturur ve bu takdirli delil, hayat tecrübelerine göre, hakim tarafından önemle değerlendirilmesi gereken, ispat gücü (delil değeri) yüksek, kuvvetli bir takdirli delildir (**Ali Cem BUDAK**, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000, s. 19).

gözetim ve denetim yetkisinin bir parçası olarak kabul edilir⁹⁰¹. Sermaye Piyasası Kurulu burada bir yargı organı gibi değil, denetim görevini yerine getiren bir idare organı olarak hareket eder. Nitekim bu husus Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 26.6.1998 tarih ve 26.6.1998 tarih ve E.1998/355, K.1998/277 sayılı kararında da tespit edilmiştir⁹⁰².

Sermaye Piyasası Kurulu'nun uyuşmazlığın çözümüne dair kararı, mer'i sermaye piyasası mevzuatı ve genel hükümler çerçevesinde verilir⁹⁰³. Kurulun nihai kararlarına karşı idari yargı yoluna başvurulması mümkündür (BİAŞ Yönergesi md. 18, II). Kurul kararlarına karşı idare mahkemesinde açılan davalar acele işlerden kabul edilir (SPKn md. 134). Yatırımcı tarafından Borsa İstanbul'un da davalı taraf olarak gösterildiği davalarda, Borsa İstanbul'un hasım mevkiinden çıkarılma talebi yerinde görülmez⁹⁰⁴.

Bununla birlikte, yatırımcının idare mahkemesi nezdinde dava açmakta korunması gereken menfaatinin bulunması şarttır. Yatırımcı tarafından zarara uğradığı iddia edilmesine karşın, hukuk mahkemesi kararıyla, yatırım kuruluşunun sözleşmeye ve mevzuata aykırı bir işlemi bulunmadığı tespit edildiği hallerde, mahkeme kararı şekli anlamda kesinleşmiş ise maddi anlamda kesin hükmün varlığından söz edilebilecektir.

Bununla birlikte, idari yargı nezdinde yapılacak bir incelemede, adli yargı nezdinde verilen bir mahkeme kararı sebebiyle kesin hüküm itirazı ileri sürülemeyeceği kanaatindeyim. Zira, her iki davanın taraflarının, konusunun ve dava sebebinin aynı olması koşullarının kümülatif olarak sağlandığından söz edilemez. Adli yargı nezdinde görülen davanın diğer tarafı yatırım kuruluşu iken, idare mahkemesi nezdinde görülen tarafını Sermaye Piyasası Kurulu oluşturur. Adli yargı nezdinde açılan davanın konusunu genellikle alacak davası oluşturmakta iken, idare mahkemesi

⁹⁰¹ KARYAĞDI/ÖZTÜRK, s. 199.

⁹⁰² TURAN, s. 20.

⁹⁰³ ÇETİN, s. 35.

⁹⁰⁴ Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin 29.9.2005 tarih ve 1362/1305 sayılı kararı (Yayımlanmamıştır).

nezdinde açılan dava iptal davası niteliğindedir. Ayrıca her iki davanın sebebi farklı olacağı gibi dayanağı olan hukuki sebepler ve talepler de farklı olacaktır.

A. Onama Kararı Verilmesi

Yatırımcının şikâyetinin reddine veya kabulüne ilişkin Borsa Yönetim Kurulu kararının hukuka uygun olduğu sonucuna varılması halinde Sermaye Piyasası Kurulunca Borsa İstanbul tarafından verilen kararın onanmasına karar verilir.

Borsa İstanbul tarafından borsa işleminin dar yorumlanması sebebiyle yatırımcının borsa işlemiyle ilişkili diğer ilişkileri bakımından görevsizlik kararı verildiğine sıkça rastlanmaktadır. Nitekim, Sermaye Piyasası Kurulunca Borsa Yönetim Kurulu kararının onanmasına karar verildiği hallerde, uyuşmazlık konusuna bağlı olarak, örneğin yatırımcının vekilinin aralarındaki güven ilişkisini kötüye kullandığı şeklindeki iddiasını adli yargıda öne sürebileceği hususunda yatırımcının bilgilendirilmesine de karar verilebilmektedir.

B. Bozma Kararı Verilmesi

Sermaye Piyasası Kurulu yaptığı inceleme sonucunda uyuşmazlık hakkında bozma kararı verir ise, Borsa İstanbul'dan bozma kararına konu edilen hususlarla ilgili yeniden karar vermesini ister⁹⁰⁵. Sermaye Piyasası Kurulu, uyuşmazlıkla ilgili incelemesinde, yatırım kuruluşunun sermaye piyasası mevzuatına ve Kurul kararlarına aykırı fiil ve işlemlerini tespit ederse, konuyu ilgili olarak yatırım kuruluşu nezdinde denetim yapılmasını da talep eder.

Buna ilaveten, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından verilecek bozma kararlarında, adli yargı nezdinde açılan hukuk davalarının etkisinin bulunması halinde, kararın içeriği daha da önem kazanır. Örneğin, talimatsız pay senedinin satılmasından kaynaklanan bir uyuşmazlıkta, satışı uygun bulunmayan pay senedinin yatırımcı hesabına geçilmesine karşın, yatırım kuruluşunun yatırımcıdan alacağı olduğu iddiası nedeniyle söz konusu paylar üzerinde hapis hakkının bulunduğunu iddia edebilir. Aynı

⁹⁰⁵ **TURAN**, s. 21.

zamanda, taraflar arasındaki borsa işleminden kaynaklanmayan bir uyuşmazlık nedeniyle alacak-borç ilişkisinin ve buna bağlı olarak faiz ve benzeri hususların adli yargıda çözüme kavuşturuluncaya dek yatırım kuruluşunun teminatından bir ödeme yapılmamasına karar verilebilecektir. Böyle bir durumda, hukuk mahkemesince verilecek karara karşı ilgili tarafça temyiz başvurusunda tehir-i icra talebi Yargıtayca kabul edilmediği takdirde, yatırım kuruluşunun teminatından kesinti yapılarak yatırımcıya ödeme yapılması mümkündür.

C. Kısmen Onama Kısmen Bozma Kararı Verilmesi

Yatırımcının yatırım kuruluşu nezdinde gerçekleşen işlemlere ilişkin olarak uyuşmazlığın birden fazla iddiaya dayanması mümkündür. Böylesi hallerde, yatırımcının her talebinin kaynağının borsa işlemlerinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı incelenerek karar verilir. Örneğin, yatırımcının aracı kurum tarafından yapılan satış işlemine ve uygulanan faize icazet verdiği sonucuna varılması halinde, yatırımcı şikayetinin reddine; bu bağlamda, Borsa Yönetim Kurulunun hisse senedi satış işlemine ilişkin olarak verdiği kararın onanmasına karar verilirken, faiz yönünden faizin itiraz konusu borsa işlemine bağlı bir hak olması dolayısıyla, borsa işleminin ayrı, bundan doğan faiz işleminin ayrı değerlendirilmesinin mümkün olmaması nedeniyle, faize ilişkin iddia hakkında verilen bir görevsizlik kararının ise bozulmasına karar verilebilir.

Benzer şekilde, yatırımcı tarafından belirli bir döneme konu edilen işlemler hakkında şikayet söz konusu olduğunda, dosyanın belirli tarihler arasındaki işlemlerin incelenebilmesi amacıyla kısmen bozma kararı verilerek Borsa İstanbul'a iade edilmesine; belirli tarihler arasında gerçekleşen işlemlere dair taraflarca yargı yoluna başvurulduğunda, dava sonuçlanıncaya kadar dosyanın Borsa'da işlemde kaldırılabileceğinin düzenlenmiş olduğu dikkate alınarak, Borsa Yönetim Kurulu kararının dosyanın belirli bir dönemdeki işlemleri kapsayan kısmının onanmasına karar verilebilir.

D. Düzelterek Onama Kararı Verilmesi

Sermaye Piyasası Kurulunca Borsa İstanbul tarafından verilen kararın gerekçesinin yerinde olmadığı veya uygulamanın doğru yönlendirilmesini teminen gerekçe nedeniyle düzelterek onama kararı verildiğine de nadiren rastlanmaktadır. Ayrıca, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından verilen kararlar uyuşmazlık taraflarına doğrudan bildirilmesi yerine, Borsa İstanbul'dan SPK tarafından verilen kararın uyuşmazlık taraflarına bildirilmesi istenmekte olup, Sermaye Piyasası Kurulunca verilen kararın idari davaya konu edilebilmesi için kararın gerekçeli olarak yatırımcıya tebliği gerekmez.

VI. Sermaye Piyasası Kurulu Kararının Tavzihi

Mahkeme tarafından tesis edilen hükmün açık olmaması, hükmün uygulanmasının içerdiği ifadeler nedeniyle bazı tereddütler yaratması veya birbiriyle çelişen fıkralar içermesi mümkündür⁹⁰⁶. Hükmün tavzihe konu kılınacak kısmı HMK md. 305 gereğince hüküm fıkrası olup, gerekçe hükmün tavzihi kurumunun uygulanma alanında kabul edilmez⁹⁰⁷. İşte bu noktada, uyuşmazlığın taraflarına mahkemeye başvurarak hükmün açıklığa kavuşturulmasını, varsa çelişkilerin ortadan kaldırılmasını talep imkanı tanınmıştır⁹⁰⁸. Bununla birlikte, mahkeme tavzih yoluyla açıkladığı kararın esas ve mahiyetini değiştiremez⁹⁰⁹. Nitekim bu husus, HMK md. 305, II düzenlemesinde, “*Hüküm fıkrasında taraflara tanınan haklar ve yüklenen borçlar, tavzih yolu ile sınırlandırılmaz, genişletilemez ve değiştirilemez*” şeklinde teminat altına alınmıştır. Hükmün tavzihi talebi genellikle hükme dayanılarak icrası aşamasında ortaya çıkar. Burada, icradan maksat hükümle emredildiği anlaşılan

⁹⁰⁶ TANRIVER-Medeni Usul Hukuku, s. 996; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s. 705.

⁹⁰⁷ TANRIVER-Medeni Usul Hukuku, s. 997; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s. 705; KURU-Ders Kitabı, s. 582.

⁹⁰⁸ Murat ATALI, PEKCANITEZ Usul C.II, s. 2002.

⁹⁰⁹ Mustafa Reşit BELGESAY, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi I Teoriler, 3 üncü Cilt, İsbat Teorisi, İstanbul 1950, s. 217.

edanın yerine getirilmesi olup, hükmün cebri icra yoluyla veya rızaen icrası arasında bir ayırım yapılmamıştır⁹¹⁰.

Borsa uyuşmazlıklarına ilişkin olarak, Borsa Yönetim Kurulu kararlarına karşı yapılan itirazlar üzerine Sermaye Piyasası Kurulu tarafından verilen kararlardan sonra, bu kararların icrası Borsa tarafından ve gerekirse yatırım kuruluşunun üyelik teminatından kesinti yapılmak suretiyle yerine getirilir.

HMK uygulamasına paralel olarak, Sermaye Piyasası Kurulunca Borsa İstanbul tarafından verilen karara karşı taraflarca yapılan itirazın⁹¹¹ incelenmesi neticesinde verilen karar sonrasında, uyuşmazlığa ilişkin kararın icrası safhasında tereddüt ortaya çıktığı hallerde, ortaya çıkan çekişmenin açıklığa kavuşturulması amacıyla Borsa İstanbul tarafından yeniden Kurula başvurmak mümkündür⁹¹². Burada dikkat edilmesi gereken husus ise, Borsa İstanbul'un verdiği kararı itirazen inceleyen Sermaye Piyasası Kurulu kararlarına karşı iptal davası açılmamakla birlikte, ilgili tarafça Sermaye Piyasası Kurulu kararının uygulanması konusunda ortaya çıkan çekişmenin açıklığa kavuşturulmasında kendini gösterir.

Nitekim, Sermaye Piyasası Kurulu kararının uygulanması konusunda bilgi verme amaçlı bir görüş bildirimi niteliğini taşıyan bir idari işlemin varlığı halinde, kararının kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olmadığı ve idari davaya konu edilemeyeceği açıktır⁹¹³. Örneğin, Sermaye Piyasası Kurulu'nun yatırımcı ile yatırım kuruluşu arasındaki uyuşmazlığa dair adli yargı kararlarına atıf yapılmak suretiyle

⁹¹⁰ İlhan E. POSTACIOĞLU, Türk Hukukunda Hükümlerin Tavzihi, (Muammer Raşit SEVİĞ'e Armağan, s. 295-302), s. 296. (POSTACIOĞLU-Tavzih).

⁹¹¹ UMAR, tavzih kararının taraflardan birinin başvurusu üzerine verilebileceği; re'sen verilemeyeceği gibi, başka kimsenin tavzih talebinde bulunamayacağını ifade etmiştir (Bilge UMAR, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 896).

⁹¹² Hükmün infaz edilmesinden sonra, müphemiyet, açık olmama veya çeliskiden bahsedilemeyeceğinden, artık tavzih yoluna müracaat edilemeyeceği kabul edilmektedir (16. HD 31.3.1991, 90/11429-4136 : YKD 1991/10, s. 1542).

⁹¹³ Ankara 10. Idare Mahkemesi, 8.7.2004, 1155/1419 (Yayımlanmamıştır).

veya daha önce tesis edilen idari işlemleri açıklamak amacıyla aldığı ve Borsa İstanbul'a bildirilen Sermaye Piyasası Kurulu kararları, yatırımcının hukuki durumunda bir değişiklik yaratmaz. Bununla birlikte, Sermaye Piyasası Kurulunca tesis edilen işlemi açıklamak amacıyla yapılan bildirim, esasen açıklanan kararda mevcut farz edilerek, kararın farklı şekilde anlaşılmasına veya yorumlanmasına engel olur⁹¹⁴.

Bu kapsamda, Sermaye Piyasası Kurulu kararının uygulanması konusunda yol gösterici ve açıklayıcı mahiyetteki görüşlerin bildirici mahiyetteki bir idari işlem olacağından, Sermaye Piyasası Kurulu kararının iptal davasına konu edilebilir mahiyette olmamasına bağlı olarak İdare Mahkemelerince “*davanın incelenmeksizin reddine*” karar verilir⁹¹⁵.

§ 4. SERMAYE PİYASASI KURULU KARARLARININ YARGISAL DENETİMİ

Sermaye piyasası uyuşmazlıklarının özel hukuk uyuşmazlığı niteliğinde olduğu konusunda tartışma bulunmamakla birlikte, idari başvuru yolunun seçilmesinin ardından verilecek karar Sermaye Piyasası Kurulu kararı olacağından, idari işlem mahiyetindeki Kurul kararı aleyhine adli yargı yoluna başvurulması mümkün değildir⁹¹⁶. Dolayısıyla, Sermaye Piyasası Kurulu'nun kamu hizmetinin yürütümüne yönelik olarak tek taraflı ve ayrıcalıklı yetkiler kullanarak tesis ettiği işlemlerin idari işlem niteliğinde olduğundan hareketle; anılan idari işlemlerin yargısal denetiminin idare mahkemelerince yapılması gerekir⁹¹⁷.

⁹¹⁴ POSTACIOĞLU-Tavzih, s. 300.

⁹¹⁵ Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin 30.6.1997 tarih ve E.1996/1464, K.1997/884 sayılı kararında, “*idarelerin kendiliklerinden ya da kendilerine başvuru üzerine, belli bir konuda bünyesi içindeki ve dışındaki idari makamları ve üçüncü kişileri aydınlatmak, bilgi vermek ya da onlara yol göstermek üzere tesis ettikleri, tek başına kişilerin hukuki durumunda değişiklik yaratmayan açıklayıcı, bilgi verici ve görüş bildiren işlemlerin iptal davasına konu edilemeyeceği idare hukukunun temel kurallarındandır*” şeklinde karar verilmiştir (Yayımlanmamıştır).

⁹¹⁶ YASİN-Sermaye Piyasası, s. 228.

⁹¹⁷ Genel olarak, bağımsız idari otoritelerin işlemlerine karşı açılacak davalarda, hangi mahkemenin görevli olduğu hususunda açık düzenlemeler bulunur. Örneğin, Rekabet Kurulu kararlarına karşı

Öte yandan, tam yargı davasında ön koşul davacının/yatırımcının hakkının ihlal edilmiş olmasıdır. İkinci şart ise, davacının zararına idarenin işlem veya eylemlerinin sebep olmasıdır. Mahkemece yapılacak inceleme sonucu hak ihlalinin gerçekleşmediği ve yatırım kuruluşunun işlem ve eylemleriyle dahi davacının hak kaybına uğramadığının yargı kararıyla sabit olduğu hallerde, tam yargı davasına ilişkin ön şart gerçekleşmeyecektir. Sermaye Piyasası Kurulu kararının İdare Mahkemesince iptal edilmesi halinde ise, yalnızca Borsa İstanbul kararının kesinleşmesi için iptal kararına uygun yeni bir karar vermesi gerekir⁹¹⁸.

Ayrıca, Sermaye Piyasası Kurulu'nun işlemlerinin yargısal denetiminin incelenmesi evresinde üzerinde durulması gereken konu, Kurulca tesis edilen işlemler üzerinde yapılacak yargısal denetimin yoğunluğudur⁹¹⁹. Gözübüyük/Tan'a göre, bağımsız idari otoriteler gibi teknik alanlarda karar alan kuruluşların kararlarının yargısal denetimi de özellik göstermekte olup, bu nedenle anılan kurullarca yapılan işlemlerin, diğer idari işlemlerin yargısal denetiminden farklı olabileceği kabul edilmelidir⁹²⁰. Bu çerçevede, idarenin takdir yetkisinin denetiminde, özellikle teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren alanlarda idarenin değerlendirme serbestisi kabul edilerek, uzman kurulların yaptıkları değerlendirmelere ilişkin olarak sınırlı denetimin yapılması gerektiği kabul edilmelidir⁹²¹.

2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun'un 63 üncü maddesiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 55 inci maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklikle, idari yaptırım kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılabilir. Benzer şekilde, Sermaye Piyasası Kurulunca tesis edilen işlemlere karşı açılacak davaların 6362 sayılı SPKn'nun 134 üncü maddesi gereğince idare mahkemelerince görüleceği hükme bağlanmıştır.

⁹¹⁸ **TURAN**, s. 24.

⁹¹⁹ **YÜZÜGÜLLÜ**, s. 36.

⁹²⁰ **Şeref GÖZÜBÜYÜK/Turgut TAN**, İdare Hukuku, Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara 2008, s. 617. Rekabet hukukuyla ilgili olarak Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, hakim durumun tespiti ve kötüye kullanılması konusunda tek otoritenin Rekabet Kurulu olduğunu kabul ederek minimum bir denetim yapılması gerektiği sonucuna varmıştır (**Ali ULUSOY**, Bağımsız İdari Otoriteler, Ankara 2003, s. 50).

⁹²¹ Fransız Danıştay tarafından anılan hususlarda yapılan denetimlerde idari işlemin yetki, şekil ve amaç unsurları üzerinde yoğunlaşılması; takdir yetkisinin odaklaştığı sebep ve konu unsurları

İngiltere uygulamasında ise, Finansal Ombudsman Hizmeti'nin yetkisini aştığı ya da hukuka uygun olmayan bir karar verdiği durumlarda mahkemelerin Finansal Ombudsman Hizmeti kararına müdahale edebileceği durumlar da söz konusudur⁹²². Uygulamada, Ombudsman kararının yargısal denetime gidilip gidilmemesinin seçimi, ortaya çıkan sermaye piyasası uyuşmazlığının Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu'nun yorumlanması, DISP kuralları ya da Finansal Ombudsman Hizmeti'nin kendi adil veya makul görmesine göre uyuşmazlık hakkında karar vermesi gibi bir takdir hakkının söz konusu olup olmadığına göre yapılır⁹²³. Ancak vurgulamak gerekir ki, bir Finansal Ombudsman Hizmeti kararına karşı yapılacak yargısal denetimin başvuran taraf lehine olması oldukça nadirdir⁹²⁴. Zira, Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu kapsamında Finansal Ombudsman Hizmeti tarafından uygulanan testler mahkemelerin kolay kolay müdahil olmayacağı, ombudsman kararının uygulanması için hatırı sayılır bir pay bırakır⁹²⁵.

Kanımızca, hukukumuzda benimsenen işbu sistem gereğince, tarafların uyuşmazlığı mahkeme önüne taşımadan evvel, aralarındaki uyuşmazlığın adil ve kısa sürede çözüme kavuşturulması amaçlanmakta iken, uyuşmazlığın nihai olarak karara bağlandığı Sermaye Piyasası Kurulu kararından sonra yargı mekanizmasının olaya dahil olması, sistemi teknik anlamda bir alternatif çözüm yöntemi olmaktan çıkarır. Kaldı ki, Sermaye Piyasası Kurulu kararına karşı idare mahkemesinde dava açılması halinde, uyuşmazlık hakkındaki Sermaye Piyasası Kurulu kararı ve dolayısıyla Borsa İstanbul kararı kesinleşmemekte ve haklı olan tarafın alacağına kavuşması ya da zararının giderilme süreci gecikmektedir. Buna ilaveten, idare mahkemesince

üzerindeki denetimin de “açık hata” ile sınırlı tutulmaya çalışılması prensip olarak benimsenmiştir (GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 612). Diğer bir görüşe göre ise, kişilerin bu kurumların işlemlerine karşı açılacak davalarda, yargısal denetimin sadece yetki ve şekil açısından yapılabileceğinin kabul edilmesi, davacıların adil yargılanma hakkına ve hak arama hürriyetine aykırılık tehlikesiyle karşı karşıya kalabilir (YÜZÜGÜLLÜ, s. 37).

⁹²² SCHWARCZ, s. 34.

⁹²³ FRESHFIELDS, s. 535.

⁹²⁴ DAVIS, s. 264.

⁹²⁵ FRESHFIELDS, s. 535.

yürütmeyi durdurma ve iptal kararı verilmesi halinde ise, uyuşmazlığın çözümünde kat edilen yolun başına dönülmesi sonucunu doğurur.

İdare Mahkemeleri tarafından zaman zaman Sermaye Piyasası Kurulu'nun uyuşmazlığa ilişkin kararlarının eksik incelemeye dayalı olarak işlem tesis edildiği gerekçesiyle iptal edilmesi de mümkündür. Böylesi hallerde, itiraz aşamasında dosyaya sunulan belgeler ve mahkeme kararı doğrultusunda yeniden değerlendirme yapılması gereklilik arz eder. Bu suretle, taraflar arasındaki uyuşmazlık dosyası, uyuşmazlık konusu döneme ilişkin gerekli bilgi ve belgelerin yeniden incelenmek üzere, Sermaye Piyasası Kurulunca –idare mahkemesi kararı doğrultusunda- Borsa Yönetim Kurulu kararının ilgili kısmının bozulmasına karar verilir. Anılan karar neticesinde, uyuşmazlık dosyası Borsa İstanbul'a iade edilecektir.

Sermaye Piyasası Kurulu tarafından verilecek karara karşı dava açma süresi geçtikten sonra yatırımcılar tarafından Sermaye Piyasası Kurulu'na daha önceden reddedilen talepleriyle başvuran ve taleplerinin reddedildiği gerekçesiyle idare mahkemeleri nezdinde dava açıldığına da uygulamada rastlanılmaktadır. İdari yargıda “hak düşürücü süre” nitelikte kabul edilen dava açma süresi idari eylem ve işlemlerin istikrarını sağlamak amacıyla ve kamu yararı için getirilmiş bir usul kuralı olup, “kamu düzeni” kavramı içinde mahkemelerce re'sen göz önünde bulundurulacak hususlar arasında yer alır.

İYUK md. 10 düzenlemesi, süresi içinde dava açılmayarak kesinleşen idare kararının değiştirilmesini sağlamak için yeniden dava açılmasına imkan verecek şekilde işletilemez. Süresi geçmiş olan dava açma süresini düzeltmek ve yeniden başlatmak olanağı bulunamayacağından, yatırımcının aynı taleple Sermaye Piyasası Kuruluna müteaddit defalar başvurarak yeniden idari davaya konu olabilecek bir idari işlem yapılması talebinde bulunması ve dolayısıyla geçmiş olan dava süresini yeniden başlatması mümkün değildir.

§ 5. SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIĞI HAKKINDA KARAR VERİLMESİNDEN ÖNCE ADLİ YARGI YOLUNA BAŞVURULMASI

Sermaye piyasası uyuşmazlıklarının ağırlıklı olarak talimatsız işlemlerden kaynaklandığı göz önünde tutulduğunda, yatırımcı adına pay senedi alan ve satan

yatırım kuruluşuna karşı yatırımcılar tarafından söz konusu alım-satımları bilgisi ve talimatı dışında yapıldığı iddia edilerek uğranılan zarara itiraz ve bu zararın giderilmesi talep edilir⁹²⁶. Bu haliyle ihtilafın kamu hukukuna dahil olmadığı ve idari yargının görev alanı içerisinde yer almadığı açıktır. Yatırım kuruluşu, yatırımcının talimatı ve bilgisi dışında veya yatırımcının talimatıyla ve onun bilgisi dahilinde pay senedi alması ve satması ve bu pay senedi alım-satımı sırasında vekalet görevini kötüye kullanması⁹²⁷ tamamıyla özel hukuk hükümlerine tabi olur. Dolayısıyla, yatırımcı tarafından vekalet görevinin kötüye kullanılması sebebiyle uğranılan zararın tazmini talebi de adli yargının bakacağı bir davadır.

I. Yatırımcı Tarafından Açılan Hukuk Davasının Borsa İstanbul'un İncelemesine Etkisi

Borsa İstanbul A.Ş. Borsacılık Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Yönetmeliği'nin (Borsacılık Yönetmeliği) "*Uyuşmazlık Dosyasının İşlemden Kaldırılması*" başlıklı 50 nci maddesinin birinci fıkrası gereğince, Borsa üyeleri⁹²⁸ ile üyelerin müşterileri arasındaki uyuşmazlıklarda, yargı yoluna başvurulması halinde, dosyanın işlemden kaldırılacağı açıkça hükme bağlanmış olup, Borsa yönetim kurulu kararının uyuşmazlıkların çözüm sürecinde bir ön koşul olmadığı anlaşılmaktadır. Buradaki temel amaç, idari ve adli yargıda çift başlı içtihat oluşumuna engel olmak amacına hizmet eder⁹²⁹.

Borsa Yönetmeliği'nin açık hükmü uyarınca uyuşmazlık dosyası Borsa incelemesindeyken dahi, tarafların adli yargı yoluna başvurma haklarına halel gelmez.

⁹²⁶ **AYDIN**, s. 168.

⁹²⁷ Yatırımcının hesabında yapılan işlemlerin, kendisi tarafından verilmiş olan yetki belgesine istinaden vekili tarafından yapılması ve yetki belgesinin geçersizliğinin de ileri sürülmediği hallerde, yatırımcı şikayetinin bir anlamda vekaletin kötüye kullanılmasına yönelik olduğu şeklinde değerlendirme yapılması mümkündür.

⁹²⁸ Borsa İstanbul üyeleri, sermaye piyasasında faaliyet göstermek üzere yetkilendirilmiş aracı kuruluşlardan ve Kıymetli Madenler ve Kıymetli Taşlar Piyasasında faaliyet göstermek üzere yetkilendirilmiş kuruluşlardan oluşur.

⁹²⁹ **USCA/TÖREMİŞ**, s. 81.

Zira, yatırımcı-yatırım kuruluğu uyuşmazlıklarında yargı yolu ve Borsa çözümü farklı yollar olarak açıkça ifade edilmiş ve birbirinden bağımsız olduğu vurgulanmıştır. Bu takdirde uyuşmazlık dosyasının hukuk yargılamasının varlığı nedeniyle Borsa tarafından işlem den kaldırılması gereklilik arz etmekle birlikte, ceza yargılamasının varlığı halinde uyuşmazlık dosyasının işlem den kaldırılmasına karar verilmez⁹³⁰.

Görüldüğü üzere, aynı uyuşmazlık hakkında hem borsa bünyesinde bir inceleme yapılmasını hem de adli yargıda bir inceleme yapılmasını engellemek amacıyla yargıya başvurulması halinde, çözüm olarak dosyanın işlem den kaldırılmasına karar verilmesi öngörülmüştür. Bu şekilde, Sermaye Piyasası Kurulu kararına karşı açılacak idari dava açılmasına bağı olarak, bir uyuşmazlık için iki ayrı yargı yolunun aynı anda açık olması ve iki ayrı mahkemenin aynı anda yetkili kılınması, aynı uyuşmazlık hakkında biri idari biri adli yargı kararı niteliğinde olan iki hükmün ortaya çıkmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Ancak yukarıda söz konusu edilen düzenleme, uyuşmazlığın Borsa nezdinde incelendiğı aşamaya ilişkindir.

Uyuşmazlığın borsa yönetim kurulunca karar bağlanmasından sonra ve/veya Sermaye Piyasası Kuruluna itiraz aşamasında yargı yoluna başvurulması veya yargı yoluna başvurulduğunun bildirilmesi halinde, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından dosyanın işlem den kaldırılacağı yolunda somut bir düzenleme bulunmamaktadır. Nitekim, uyuşmazlığın taraflarından birinin adli yargı yoluna başvurmakla birlikte, durumu İMKB (BİAŞ)’ye bildirmediğı benzer olaylara ilişkin olarak; Danıştay 13. Dairesi’nin 23.2.2005 tarih ve E.2005/5549, K.2005/951 sayılı kararıyla, *“Uyuşmazlığın borsa yönetim kurulunca karara bağlanmasından sonra **SPK’na itiraz aşamasında yargı yoluna başvurulması veya yargı yoluna başvurulduğunun bildirilmesi halinde ise, SPK’nca dosyanın işlem den kaldırılacağı yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda SPK’nca itiraz aşamasında taraflardan birinin adli yargı yoluna başvurulduğı belirtilerek dosyanın işlem den kaldırılması olanağı bulunmadığından İdare Mahkemesince uyuşmazlığın esasının incelenerek***

⁹³⁰ USCA/TÖREMİŞ, s. 82.

bir karar verilmesi gerekirken dosyanın işlemde kaldığı gerekçesiyle işlemin iptali yolunda verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır.” denilerek Kurulun esasa ilişkin inceleme yaptığı işlemin hukuka uygun olduğuna karar verilmiştir⁹³¹.

II. Yatırımcı Tarafından Açılan Hukuk Davasının Sermaye Piyasası Kurulu’nun İncelemesine Etkisi

Borsa Yönetmeliği’nin 50 nci maddesinin birinci fıkrası ve BİAŞ Yönergesi’nin 15 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, tarafların yargı yoluna başvurusu halinde, Uyuşmazlık Komitesi tarafından uyuşmazlık dosyasının işlemde kaldırılmasına karar verilir. Özellikle kredili işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, yatırımcının, genellikle aracı kurum ile aralarında organik bağ bulunan bankanın da yer aldığı üç taraflı bir ilişkisi bulunur.

Örneğin, banka tarafından adli yargıda açılan davanın hukuki sebebi, banka ile yatırımcı arasındaki kredi ilişkisi ve bu ilişkiye dayanan menkul rehni sözleşmesi olmaktadır. Aracı kurum ile yatırımcı arasındaki uyuşmazlıklar ise, yatırımcı tarafından satın alınan payların takas süresi (t+2) beklenmeksizin ihbarsız olarak satılmasına dayanmaktadır. Bu durum ise, kredi ilişkisinden ziyade gerçekleşen alım işlemlerinin tasfiyesine yönelik borsa işlem kuralıdır.

Bu kapsamda, Banka ile yatırımcı arasındaki kredi ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlığa dair mahkeme kararının, yatırımcı ile aracı kurum arasındaki gerçekleşen alım emrinin tasfiyesine ilişkin borsa işlem kuralının ihlalden kaynaklanan uyuşmazlığın çözümünde esas alınması hukuken mümkün değildir. Bu çerçevede, anılan düzenleme gereğince taraflarca (yatırımcı veya aracı kurum) adli yargı yoluna gidilmesi haline münhasır olup, taraflardan biri farklı olan dava, uyuşmazlık

⁹³¹ Benzer şekilde, Danıştay 13. Dairesi’nin 23.2.2005 tarih ve 619/954 sayılı kararıyla “...davacı tarafından konunun adli yargıya intikal ettirildiği ileri sürülmüş ise de, **açılan davanın İstanbul Menkul Kıymetler borsasına bildirilmemesi nedeniyle bu iddianın mevzuatça belirlenen çerçeveye uygun olmadığı...**” gerekçesiyle davanın reddine ilişkin ilk derece mahkemesi kararının onanmasına karar vermiştir.

dosyasının Borsa’da işlem den kaldırılmasını gerektirmez. Zira, tarafların farklılığı nedeniyle teknik anlamda derdestlikten söz edilemez⁹³².

Borsa Yönetmeliği’nin 50 nci maddesinin ikinci fıkrasında ise, tarafların yargı yoluna başvurusu hâlinde, işlem yapma yetkisi verilenlerin durumu öğrendiği tarihten itibaren üç iş günü içinde Borsaya yazılı olarak bildirim yükümlülüğü bulunur⁹³³. Bununla birlikte, Borsa Yönetmeliği’nin 50 nci maddesi ve BİAŞ Yönergesi’nin 15 inci maddesinde, uyuşmazlığın Borsa Yönetim Kurulu tarafından karara bağlanmasından sonra Kurula itiraz aşamasında yargı yoluna başvurulduğunun bildirilmesi halinde, SPK tarafından dosyanın işlem den kaldırılacağı yönünde somut bir düzenleme bulunmamaktadır.

Tarafların yargı yoluna başvurusu halinde, durumun öğrenildiği tarihten itibaren üç iş günü içinde Borsaya yazılı olarak bildirme yükümlülüğü yatırım kuruluşuna ait olup, yatırım kuruluşu bu yükümlülüğünü yerine getirmemiş ve dava açıldığının bilgisini Sermaye Piyasası Kuruluna itiraz aşamasında ileri sürmesi halinde, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından itiraza konu uyuşmazlığın esasına girilerek yatırım kuruluşunun itirazları çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır⁹³⁴.

Bu kapsamda, uyuşmazlığın esasına etkili olacak şekilde, Borsa Yönetim Kurulu tarafından karara bağlanmasından önceki bir tarihte adli yargıya intikal etmiş olmakla birlikte, anılan hususun üç iş günü içinde bildirilmediği hallerde, Borsa Yönetmeliği md. 50 hükmü çerçevesinde, uyuşmazlık dosyasının işlem den kaldırılması söz konusu değildir. Bu doğrultuda, Sermaye Piyasası Kurulunca uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bir karar alınması gerekir. Nitekim, Ankara 2. İdare Mahkemesi’nin, Sermaye Piyasası Kurulu kararlarının hukuka uygun olduğuna hükmeden 29.5.2002 tarih ve E.2001/1524, K.2002/771 sayılı kararında da, “İMKBY

⁹³² Görülmekte olan her iki davanın taraflarının aynı olması gerektiğine ilişkin açıklamalar için bkz. **Süha TANRIVER**, Medeni Usul Hukukunda Derdestlik, Ankara 2007, s. 62-71.

⁹³³ **USCA/TÖREMİŞ**, s. 87.

⁹³⁴ Aksi görüş için bkz. **USCA/TÖREMİŞ**, s. 87.

md. 44 hükmünün, İMKB tarafından bir karara varılincaya kadar uygulanma niteliğini haiz olduğu, bu aşamadan sonra taraflarca adli yargı yoluna başvurulmasının, Kurul'un uyuşmazlığın çözümüne ilişkin karar alınmasına engel teşkil etmeyeceğine" hükmedilmiştir⁹³⁵.

Öte yandan, yatırımcı ve yatırım kuruluşu arasındaki borsa işleminden kaynaklanan bir uyuşmazlığa ilişkin olarak, ihtilafın alacak davası çerçevesinde yatırımcı tarafından adli yargıya intikal ettirilmesi de mümkündür. Böyle bir dava devam ederken, taraflar arasında sulh sözleşmesi yapılmasını müteakip davacının/yatırımcının davasından feragat etmesine karşın sulh sözleşmesinin gereklerinin yatırım kuruluşu tarafından yerine getirilmemesi sorunu gündeme gelebilir. Böyle bir durumda, adli yargıya intikal etmiş olan ve yargılama aşamasında taraflar arasında akdedilen sulh sözleşmesine binaen sulhle sonuçlandırılmış kabul edilen ihtilafı ilgili olarak, yatırımcının somutlaştırma yükü kapsamında ortaya koyması gereken iddialarını, sulh sözleşmesine dayalı olarak yine adli yargıda dava konusu yapması gerekir. Bu çerçevede, sulh sözleşmesinin yerine getirilmemesinin etkisine ilişkin iddiasından kaynaklanan bir uyuşmazlıkta, uyuşmazlığın Borsa İstanbul ve Sermaye Piyasası Kurulu tarafından borsa uyuşmazlığı kapsamında ele alınarak çözümlenmesi mümkün değildir.

Diğer taraftan, Borsa İstanbul'a yapılan şikayet başvurusunun yanı sıra yatırım kuruluşu aleyhine asliye ticaret mahkemesi nezdinde dava açılması halinde, uyuşmazlığın esasa etkili olacak şekilde adli yargıya intikal etmiş olduğu tespit edilerek, sermaye piyasası uyuşmazlık dosyası işlemden kaldırılır.

A. Yatırım Kuruluşu Tarafından Menfi Tespit Davası Açılması

Uyuşmazlığın belirli bir kesitinin şikayete konu edilmesi halinde, Sermaye Piyasası Kurulu bir uyuşmazlığı itirazen inceleme süreci içerisinde iken, yatırım kuruluşunca hariç tutulan uyuşmazlık konularından kaynaklanan iddialarda müşteriyle anlaşma müzakereleri devam etmelidir. Ancak müşteriye karşı şikayete ilgili herhangi

⁹³⁵ Ankara 2. İdare Mahkemesi'nin 29.5.2002 tarih ve 1524/771 sayılı kararı (Yayımlanmamıştır).

bir dava açılmamalıdır. Söz konusu halde uyuşmazlık çözümünün İngiltere’deki Finansal Ombudsman Hizmetinden farklı olarak⁹³⁶, yatırımcıya herhangi bir zamanda yapabileceği herhangi bir teklif veya herhangi bir revize edilmiş teklif de dahil olmak üzere, herhangi bir ilgili gelişmenin Sermaye Piyasası Kuruluna bildirilmesi veya teklifin Kurul vasıtasıyla yapılma zorunluluğu bulunmaz. Yatırım kuruluşu Sermaye Piyasası Kuruluna tüm uyuşmazlık dosyasını sunmak zorunda olmakla birlikte, Finansal Ombudsman Hizmeti uygulamasının aksine, yatırımcı ile uyuşmazlığın konusuyla ilgili doğrudan irtibat kurması süreç boyunca mümkündür⁹³⁷.

Sermaye piyasası uyuşmazlığı sebebiyle Borsa İstanbul’a yapılacak şikayet başvurusu öncesinde yatırımcılar genellikle yatırım kuruluşlarına müracaat ederek bu konudaki taleplerini ilettikleri için, yatırımcıların şikayet başvurusunda bulunacağını öğrenen yatırım kuruluşlarının, özellikle de incelemenin sonunda muhtemelen haksız bulunacağını düşündükleri durumlarda, uyuşmazlığın Borsa İstanbul’a intikalinden önce adli yargıda dava açmak suretiyle uyuşmazlık incelemesini bertaraf etmeleri olasıdır. Böylesi bir durumda, Borsa Yönetmeliği’nde uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen yol kapatılmış olacak ve Borsa İstanbul’un “*uyuşmazlık çözümü*”, Kurulun ise “*itiraz mercii*” olarak yetki ve görevi işlemez hale gelecektir.

Uygulamada yatırımcı-yatırımcı kuruluşu uyuşmazlıklarının yatırımcı tarafından adli yargıya taşındığı görülmekle birlikte, zaman zaman yatırım kuruluşu tarafından da uyuşmazlığa dair hukuk davası açılması mümkündür. Örneğin, yatırım kuruluşunun yatırımcı aleyhine asliye ticaret mahkemesi nezdinde, “*yatırımcının mevzuata ve sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmiş işlemlerinden bazıları istediği karı sağlayamadığı için, işlemlerin zararlı sonuçlarını yatırım kuruluşuna yükleme gayesi ile hesap ekstresi mutabakatını imzalamaktan imtina ettiği*” gerekçesiyle menfi tespit ve akdin feshi talepleriyle hukuk davaları açılmaktadır. Böyle bir halde, BİAŞ Yönergesi’nin “*Uyuşmazlıkların Çözüm Yeri*” başlıklı 5 inci maddesinde tarafların

⁹³⁶ SUMMER, s. 31.

⁹³⁷ SUMMER, s. 30.

yargı mercilerine başvuru haklarının saklı olduğu belirtilmiş olup⁹³⁸, taraflarca yargı yoluna başvurulduğunda, dava sonuçlanıncaya kadar dosyanın Borsada işlemde kaldırılabileceği düzenlenmiş bulunmaktadır. Zira, bir uyuşmazlığın adli yargıya yansımış olması sebebiyle, asliye ticaret mahkemesi nezdinde devam eden bir yargılamanın varlığına bağlı olarak tarafların hak ve borçları mahkemece tespit edilecek olup, Borsa İstanbul ve Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yapılacak bir işlem bulunmamaktadır.

Konuya ilişkin olarak, Danıştay 13. Dairesi'nin 09.12.2009 tarih ve E.2006/3424, K.2009/10924 sayılı kararı ile; *"...Menkul Kıymetler Borsaları Yönetmeliği'nin 13 üncü maddesi ile İMKB Yönetmeliği'nin 44 üncü maddesinde yer alan düzenlemelerin, yasal düzenlemeye uygun olduğuna ve dayanağı yasal düzenlemeye aykırılık teşkil etmediğine, ... para alacağının tahsili amacı ile yapılan ilamsız icra takibinin yargıya intikal etmiş bir dava olarak kabulüne olanak bulunmadığının görüldüğü, sonuç olarak; Aracı Kurum tarafından davacıdan alacaklı olduğundan bahisle icra müdürlüğü nezdinde yapılan icra takibinin yargı yoluna başvuru olmadığı gibi, davacı tarafından icra takibine süresi içinde itiraz edilmek yerine anılan icra takibine karşı İcra Mahkemesi'ne yapılan başvuru sonucu verilen Mahkeme kararının uyuşmazlığın esasına ilişkin bir yargı kararı olarak kabulüne olanak bulunmadığından, uyuşmazlığın esasına ilişkin olarak adli yargı yerine başvurulduğundan bahisle uyuşmazlığa ilişkin dosyanın kesin olarak işlemde kaldırılmasına ilişkin Borsa Yönetim Kurulu işleminin onaylanmasına ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka uyarlık bulunmadığına"* karar verilmiştir⁹³⁹.

⁹³⁸ BİAŞ Yönergesi'nin "Uyuşmazlıkların çözüm yeri" başlıklı 5 inci maddesi şu şekildedir: "(1) Borsa üyeleri arasında, borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların Borsada çözümü zorunludur. (2) Üyeler ile üyelerin müşterileri arasında borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar, tarafların başvurusu halinde Borsada çözümlenir. Tarafların yargı mercilerine başvuru hakkı saklıdır. (3) Borsa işlemi, borsada işlem gören sermaye piyasası araçlarına ait emirlerin, borsaya iletilmesi, bu emirlerin borsa kurallarına göre eşleştirilmesi ve bu surette gerçekleştirilen işlemlere ilişkin yükümlülüklerin borsanın, ilgili takas kuruluşlarının ve saklamacı kuruluşların düzenlemelerinde belirtilen yöntem ve sürede yerine getirilmesini ifade etmektedir."

⁹³⁹ USCA/TÖREMİŞ, s. 93.

Danıştay 13. Dairesi'nin anılan kararını, tespit davaları sonucunda bir edaya mahkumiyet söz konusu olmadığından, hüküm fıkrasında, '... 'ya mahkum edilmiştir' şeklinde bir ifade kullanılmamasına bağlamak mümkündür. Zira, davayı esastan çözümleyen tespit hükümlerindeki hüküm fıkrası salt '*davacının iddia ettiği hukuki ilişkinin mevcut olduğunun (veya olmadığının) tespitine karar verildi*' şeklindedir⁹⁴⁰. Dolayısıyla, tespit davası sonucunda yalnızca hukuki ilişkinin mevcut olduğu tespit edilecek olup, aynı zamanda bu hukuki ilişkiden doğan talepler yönünden bir karar verilmez⁹⁴¹.

B. Yatırım Kuruluşu Tarafından Açılacak Menfi Tespit Davasının Medeni Kanun Madde 2 Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Yatırımcı tarafından Borsa Yönetim Kurulu kararına itiraz edilmemiş olmakla birlikte, yatırım kuruluşu aleyhine asliye ticaret mahkemesi nezdinde alacak davası açıldığında, uyuşmazlığın esasa etkili olacak şekilde adli yargıya intikal ettirildiği kabul edilir. Dolayısıyla, böyle bir durumda, uyuşmazlık konusu esasa etkili olacak şekilde adli yargıya intikal ettiğinden, Borsa Yönetmeliği'nin 50, I maddesi uyarınca uyuşmazlık dosyasının işlemden kaldırılmasına karar verilir.

Öte yandan, yatırım kuruluşunun, yatırımcının Borsa İstanbul'a uyuşmazlık başvurusunda bulunmasına engel olmak amacıyla henüz ortada bir ihtilaf bulunmazken, adli yargı yoluna başvurusu ve bu gerekçeyle dosyanın işlemden kaldırılması talebinde bulunması MK md. 2, II hükmü çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması teşkil eder⁹⁴².

⁹⁴⁰ **Baki KURU/Ali Cem BUDAK**, Tespit Davaları, İstanbul 2010, s. 340.

⁹⁴¹ TANRIVER, tespit hükümlerinin maddi anlamda kesinliğe elverişli bir yapı gösterecekleri dahi, icra edilebilme kabiliyetinden yoksun olduğunu ifade etmiştir (**Süha TANRIVER**, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996, s. 67).

⁹⁴² Uyuşmazlık İMKB nezdinde aleyhine sonuçlanan tarafın, tesis edilen kararı beğenmeyerek SPK'ya itiraz aşamasında veya itiraz ettikten sonra dosyayı adli yargıya intikal ettirmesi hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilebilecek niteliktedir (**USCA/TÖREMİŞ**, s. 88). Hakkın kötüye kullanılması bütün haklar için söz konusu olabilecek olup, hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı ise, hakkın kötüye kullanılmasının kanunen korunmaması, kötüye kullanılan hakka dayanan taleplerin veya savunmaların nazara alınmamasıdır (**Kemal OĞUZMAN/Nami BARLAS**, Medeni Hukuk, İstanbul

Yargılama ve takip hukukundaki esaslar üzerinden konu incelendiğinde de, aynı sonuçlara varılmaktadır. Anayasanın 36'ncı maddesi, herkesin meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Söz konusu hükümler anayasa güvencesine kavuşan dava hakkı, ancak dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanılması halinde korunması mümkündür. Bir hakkın dürüstlük kuralına göre belirlenen içeriğinin, kapsamı ve sınırları aşarak kullanılması halinde kötüye kullanımı söz konusu olur⁹⁴³. Bu yüzden davacının haksız olduğunu bilerek dava açmaması gerekir.

Dolayısıyla, mahkemeden hukuki korunma talebi hukuk düzeninin koruduğu bir menfaat için istenebileceğinden⁹⁴⁴, dava açma hakkının dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanılması durumunda, açılan davanın dinlenmemesi gerekir. Yargıtay da dava açma hakkının dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanıldığı durumlarda davacının dava hakkının bulunmadığı yönünde karar vermektedir⁹⁴⁵. Hatta Yargıtay

2010, s. 244 vd). Bir hakkın kullanılmasının başka bir kimsenin menfaatini haleldar etmesi gayet tabiidir. Buna mukabil hak sahibi, haklarını kullanırken tümüyle serbest davranamaz. Buradaki en önemli kriter, hakların bunların tanınmasındaki amaca uygun olarak kullanılmasıdır. Dolayısıyla bir hak tanınma amacına aykırı olarak kullanılırsa bu, dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz ve söz konusu hak kötüye kullanılmış olur (MK md. 2, II).

⁹⁴³ **ARSLAN**, s. 34.

⁹⁴⁴ Dava açma hakkının dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanıldığı hususunun ortaya konulabilmesi bakımından hukuki yarar ölçütü de son derece önemlidir. Bir hukuki ilişkinin varlığı, tek başına bir tespit davası açılabilmesi için yeterli değildir. Bunun yanında ayrıca, söz konusu hukuki ilişkinin var olup olmadığının mahkeme tarafından hemen tespit edilmesinde, davacının korunmaya değer (meşru) bir hukuki yararının bulunması gerekmektedir. Bir hukuki ilişkinin hemen tespit edilmesinde hukuki yararın bulunması üç şartın varlığına bağlı bulunmaktadır: (a) Davacının bir hakkı veya hukuki durumu güncel (halihazır) bir tehlike ile tehdit edilmiş olmalı, (b) Bu tehdit nedeniyle, davacının hukuki durumu tereddüt içinde olmalı ve bu husus davacıya zarar verebilecek nitelikte bulunmalı, (c) Yalnız kesin hüküm etkisine sahip olup, cebri icraya yetki vermeyen tespit hükmü, bu tehlikeyi ortadan kaldırmaya elverişli olmalıdır.

⁹⁴⁵ **ARSLAN**, s. 73 vd. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da kötünietli dava açılması hallerine ilişkin olarak usuli bazı cezalar öngörülmüştür. HMK md. 329, I'de hiçbir hakkı olmadığı halde dava açan davacının, davada mahkemece haksız bulunmuş olması nedeniyle ödemeye mahkum edileceği

perspektifinden dava açma hakkının kötüye kullanılması bir haksız fiil teşkil ediyorsa, bu durumda davacıya karşı tazminat davası dahi açılması mümkündür⁹⁴⁶. Yargıtay’a göre, ayrıca dava açma hakkının kötüye kullanılması ile Kanun’un öngördüğü bir sonucun ortaya çıkması önlenmeye çalışılırsa, dava açılarak bu amaca ulaşılamayacaktır. Diğer bir ifadeyle, dava hakkı kullanılarak kanunun korumayacağı bir sonuç elde edilemez⁹⁴⁷.

Yatırım kuruluşunun menfi tespit davasını açabilmesi için gerekli olan hukuki yararın somut olayda bulunup bulunmadığının tespiti önem arz eder⁹⁴⁸. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, menfi tespit davasının açılabilmesi için davacının bu davayı açmaktan başka hiçbir çaresinin kalmaması, hukuki menfaatini olumsuz bir şekilde etkileyecek ciddi bir tehlikeyle karşı karşıya kalmış olması, ayrıca iddia ve savunmalarını başka türlü ortaya koyma imkanına sahip bulunmaması gerekir. Oysa

yargılama giderlerinden başka, davalının vekili ile arasında kararlaştırdığı vekalet ücretinin tamamına yahut bir kısmına mahkum edilebileceği hükmüne yer verilmiştir. Bunun gibi hiçbir hakkı olmadığını bilen veya bilebilecek durumda olan davacı ayrıca HMK md. 329, II hükmü gereğince de disiplin para cezasına mahkum edilecektir.

⁹⁴⁶ **ARSLAN**, s. 75; “...Davalı hiç hakkı olmadığı halde davacı aleyhine haksız rekabet davası açmış ve bu davayı kaybetmiştir. Davacı açılan bu dava dolayısıyla davalının kötü niyetli hareketleri ile maddi ve manevi yönden zarara uğradığını bildirerek haksız rekabet davası açmıştır. (...) Dava hakkının yasalarda kabul edilmesi, o hakkın kötüye kullanılmasından dolayı diğerinin bu yüzden uğradığı munzam zararlarının ihkakına engel teşkil etmeyeceği gibi, **görülen davada usulün tayin ettiği müeyyideler** (HUMK md. 421-422) dışında doğan zararların tazmin ettirilmesine de engel olmaz. Herkes kanunun tayin ettiği hakları kullanmakta iyi niyet kaidelerine uymakla yükümlüdür. Bir hakkın sırf gayri ızzar eden kötüye kullanılmasını kanun himaye etmez...” (TD 12.3.1971 tarih ve 4888/1896 sayılı kararı: İBD 1971/3-4; s. 331-332).

⁹⁴⁷ **ARSLAN**, s. 77; 2. HD 21.9.1978, 5622/6316 (KİBB).

⁹⁴⁸ Tespit davası açılmak suretiyle elde edilebilecek hukuki koruma başka bir yolla veya başka bir davayla da sağlanabiliyorsa, tespit davası açmakta hukuki yarar bulunmamaktadır. Ayrıca bir dava içerisinde iddia ve savunma olarak ileri sürülebilecek hususlar, tespit davasına konu edilemeyecektir. Sonuç olarak, tespit davasının açılabilmesi için davacının hukuki durumuna ilişkin olarak güncel bir tehlikenin mevcut olması, bu tehlikenin bertaraf edilebilmesi için de, tespit davası açmaktan başka bir çarenin bulunmaması gerekmektedir. Dava açmada, davacının hukuken korunmaya değer bir yararı bulunmuyorsa, bu davanın dava şartının bulunmaması nedeniyle usulden reddi gerekmektedir (**ARSLAN**, s. 73-74).

yatırım kuruluğu tarafından menfi tespit davası açılabilmesi için davalının (yatırımcının) hukuki ilişkinin varlığını iddia edecek şekilde yapılmış bir uyuşmazlık başvurusu da söz konusu olmadığında, yatırım kuruluşunun maruz kalabileceği tek tehlike yatırımcının uyuşmazlığa dair Borsa İstanbul/TSPB’ye başvurmasıdır. Anılan durumun bir tehlike olarak görülmesi ise mümkün değildir. Zira, uyuşmazlık incelemesinde yatırım kuruluşunun hukuki menfaatini olumsuz yönde etkileyebilecek hiçbir husus bulunmamaktadır.

Yatırım kuruluşu uyuşmazlık incelemesi sırasında gerek Borsa İstanbul gerekse Sermaye Piyasası Kurulu nezdinde iddia ve savunmalarını hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın ortaya koyabilecektir. Bu noktadan hareketle, yatırım kuruluşu tarafından menfi tespit davasının açılabilmesi için gerekli olan hukuki yarar kriterinin tespit edilmesi son derece kritiktir.

Bu kapsamda, yatırım kuruluşu tarafından daha ortada bir uyuşmazlık başvurusu yok iken menfi tespit davası açması, açılan davayı derhal Borsa İstanbul’a bildirmesi, yatırımcı uyuşmazlık yoluna başvurduğunda ise Borsa Yönetmeliği md. 50 kapsamında İMKB tarafından kendisinden talep edilen bilgi ve belgelerin “*dosyanın adli yargıya yansıdığı*” gerekçesiyle gönderilmemesi, yatırım kuruluşunun yatırımcının Uyuşmazlık Yönergesi md. 10, III hükmü çerçevesinde Borsa İstanbul’a yapacağı uyuşmazlık başvurusunu daha baştan engellemek amacıyla menfi tespit davasını açtığının açık bir göstergesidir.

Kanaatimce, yatırım kuruluşunun MK md. 2, II’de ifadesini bulan hakkın kötüniyetle kullanılması yasağına aykırı hareket ettiği ve adli yargıda dava açma hakkını kötüniyetli bir şekilde kullandığı sonucuna varılması halinde, *Borsa İstanbul A.ř. Borsacılık Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Yönetmeliği* md. 50, I hükmü uygulanmamalı ve dosyanın esasına girilerek uyuşmazlık başvurusunun esastan sonuçlandırılmalıdır.

Ş 6. BORSA İSTANBUL VE TÜRKİYE SERMAYE PİYASALARI BİRLİĞİ TARAFINDAN BİLGİNİN KULLANIMI

Borsa işlemlerinden kaynaklanmış olsun olmasın Borsa İstanbul veya TSPB'nin bir şikayetin değerlendirilmesi ve araştırılmasına ilişkin olarak edindiği bilgilerin kullanılmasında tarafların mahremiyet haklarını hesaba katmasını şart kılar⁹⁴⁹. Bu, Borsa İstanbul veya TSPB'nin⁹⁵⁰ bilgiyi (tam veya düzenlenmiş şekliyle) gerektiği dereceye kadar (örneğin, yasalarca yetki verildiğince ya da bir şikayetin dinlenmesinde) açıklamasına engel olmaz. Bununla birlikte, Uyuşmazlık Yönergesi kapsamında itirazı incelemeye yetkili mercii tarafından bilginin kullanılabilirliğinin sınırını ise, sır saklama yükümlülüğü oluşturur⁹⁵¹.

Borsa İstanbul veya TSPB'nin tarafların haklarını ve mahremiyetlerini göz önünde bulundurduğu müddetçe işlevlerini yerine getirmek etmek amacıyla Sermaye Piyasası Kuruluna ve diğer düzenleyici veya yasal organlara bilgi açıklamasını da engellemez. Bu durum, doğrudan AİHS'nin 8 inci maddesi kapsamında mahremiyete saygı hakkını yansıtmayı amaçlar. İşbu bilgi üzerine, güvenilir olduğu derecede ve maddede vurgulanan kısıtlamaları; Medeni Kanunun gizli nitelikteki bilgiye verdiği olağan korumaları, yatırım kuruluşunun herhangi bir durumda kötüye kullanımını kısıtlamak için mahkemece tedbir kararı alma da dahil olmak üzere görüş belirtmelidir. Gerçi, Borsa İstanbul veya TSPB, sermaye piyasası mevzuatında anılan kuruluşların edindiği gizli bilgilerin kullanımı konusunda herhangi bir somut kısıtlamaya tabi değildir. Bu nedenle, yatırım kuruluşu tarafından kendisine sağlanan gizli bilgilerin

⁹⁴⁹ FCA Handbook DISP 3.8.

⁹⁵⁰ Benzer şekilde, İngiliz hukukunda bilginin açıklanmasına ilişkin karar herhangi bir personel tarafından değil, Ombudsman tarafından verilmek zorundadır (FCA Handbook DISP 3.9.1A(2)).

⁹⁵¹ BİAŞ Yönergesi'nin 9 uncu maddesinde, *“(1) Komite üyeleri, sıfat ve konumları dolayısıyla öğrendikleri; Borsaya ve Borsa ile ilişkisi olan şirket, ortaklık, kurum ve diğer her türlü gerçek ve tüzel kişilere ait sırların gizliliğine uymak ve sırları mevzuatla görevli ve yetkili kılınmış kişi ve mercilerden başkasına herhangi bir suretle açıklamamak, kendilerinin veya üçüncü kişilerin yarar ve zararına kullanmamakla yükümlüdürler.*

(2) Bu yükümlülük, ilgililerin Komitedeki görevlerinden ayrılmalarından sonra da devam eder.” hükmü yer almaktadır.

Borsa İstanbul veya TSPB tarafından hatalı bir biçimde paylaşımı veya kullanımına yönelik genel nitelikteki düzenlemelere tabidir.

§ 7. KARARIN KAMUYLA PAYLAŞIMI

Sermaye piyasası uyuşmazlıklarının kamuya paylaşılmasına ilişkin olarak şeffaflık ilkesi, hukuken karar verici mercilerin faaliyetlerine ve global olarak hukuk sisteminin etkinliğine büyük fayda sağlar⁹⁵². Finansal ombudsman uyuşmazlık hakkında salt hukuk kurallarını uygulamaktan ziyade, somut olayın özelliklerine göre adil ve makul bir çözüme ulaştığından, finansal ombudsman kararları nadiren gerçek anlamda emsal değeri taşır⁹⁵³.

Öte yandan, sermaye piyasası uyuşmazlıkları neticesinde verilen kararlarda, yatırım kuruluşlarının repütasyonunun mümkün olduğunca korunması açısından gerek İngiliz hukukunda gerek Türk hukukunda otoriteler hassas davranmaktadır⁹⁵⁴. Örneğin, Finansal Ombudsman Hizmeti tarafından tüketici gruplarının sermaye piyasası uyuşmazlıklarının diğer yatırım kuruluşlarıyla karşılaştırmalı olarak yayımlanmasına yönelik taleplere olumlu bakılmamaktadır⁹⁵⁵. Bu bağlamda, mevcut uygulamada alternatif uyuşmazlık çözümünde sıklıkla karşımıza çıkan gizlilik ilkesi esas alınarak uyuşmazlık kararlarının sadece özet kısımlarına yer verilmek suretiyle yayımlanması faydalı olacaktır. Bununla birlikte, yayımlanan metinde şirket tüzel kişiliğinin belirtilmemesi gereklidir⁹⁵⁶.

I. İngiliz Hukukunda

Finansal Ombudsman Hizmeti tarafından kararların yayımlanmasına karar verilmesi, anılan kurumun tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesine dair

⁹⁵² ANDREOTTI, s. 122.

⁹⁵³ ALPERT, s. 91.

⁹⁵⁴ GILAD-Ombudsman, s. 242.

⁹⁵⁵ GILAD-Ombudsman, s. 242.

⁹⁵⁶ ALPERT, s. 91; MERRICKS, s. 141.

yatırımcıların öngörü sahibi olmasını sağlar⁹⁵⁷. Finansal ombudsman tarafından kararın yayımlanmamasına dair bir karar verilmesi halinde, finans sektörünün aşırı informal bir kültüre teşvik edilir ve yatırım kuruluşları tarafından yatırımcı şikayetlerine karşı verilen kararın sektör uygulamalarıyla uyumlu olup olmadığının kontrolü güçleşir⁹⁵⁸. Bu noktadan hareketle, İngiltere’de 1 Nisan 2013 itibariyle sistem uygulayıcısının kural olarak nihai kararlarını yayımlamasını gerektiren yeni bir hüküm yürürlüğe girmiştir⁹⁵⁹. Bunun sonucunda Haziran 2013’te Finansal Ombudsman Hizmeti, kurumlarına yapılan şikayetlere ilişkin ombudsman kararlarını düzenli olarak yayımlamaya başlamıştır. Anılan düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce, Finansal Ombudsman Hizmeti’nin kurumlarınca verilen kararların kamuya paylaşılması hususunda oldukça seçici olduğunu söylemek mümkündür⁹⁶⁰.

Yukarıda belirtildiği üzere yatırım kuruluşlarının, pratikte kolay olmasa dahi bu kararlara aşına olması gerekir. Ayrıca Finansal Ombudsman Hizmeti web sitesinde, altı aylık dönemlerle yatırımcıların şikayetlerinin yatırım kuruluşlarınca nasıl değerlendirildiği hususunda açıklık sağlanması amacıyla, Finansal Ombudsman Hizmetine müracaat etme oranlarıyla birlikte, yatırım kuruluşları için onay oranlarını da içeren şikayet istatistiklerini yayımlar⁹⁶¹. Söz konusu oran, Finansal Ombudsman Hizmeti’nin ‘müşterinin lehine verdiği’ kararların olduğu uyuşmazlıkları gösterse

⁹⁵⁷ **Anthony QC SPEAIGHT/Peter HAMILTON**, Restoring The Rule of Law to Financial Services Compensation, The Defects of the Financial Ombudsman Service and Constructive Proposals for Reform, 2011, s. 10. (web: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/81413/consult_finregrespo_nses_0a.pdf erişim:12.2.2017).

⁹⁵⁸ **MITCHELL**, s. 72-73.

⁹⁵⁹ Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu md. 230A.

⁹⁶⁰ Önceki dönemde haber bültenlerindeki çok kısa raporlardan ve son derece sınırlı bir kararlar seçmesinden oluşmakta iken, durum günümüzde çok farklıdır. Haziran 2013’ü takip eden ilk üç ayda Finansal Ombudsman Hizmeti aylık ortalama iki binin üzerinde karar yayımlamıştır. Yayımlanan kararların kapsamına yalnızca nihai bir ombudsman kararı aşamasına gelmiş davalar dahil edilmiştir (**FRESHFIELDS**, s. 535).

⁹⁶¹ **BENÖHR**-Disputes in Financial Services, s. 262.

dahi, örneğin müşterilerin yeni bilgi sağladıkları için Finansal Ombudsman Hizmeti'ne sevk edildikten sonra anlaşmaya varılan uyuşmazlıkları da içerir⁹⁶².

Bu kapsamda, Finansal Ombudsman Hizmeti'nin gizlilik prensibine koşulsuz bir öncelik tanıdığını söylemek mümkündür. Bununla birlikte, Finansal Ombudsman Hizmeti kararında şikayet olunan aracı kurumun ismi zikredilmese dahi, şikayetçi/yatırımcıların kendi lehine verilen kararın medyanın veya tüketici gruplarının dikkatini çekmesi hususunda Finansal Ombudsman Hizmeti kontrole sahip değildir⁹⁶³.

II. Türk Hukukunda

Borsa uyuşmazlıklarının çözümünde yetkili kuruluşlar tarafından verilen kararlar ile 6362 sayılı SPKn ile itiraz mercii olarak tayin edilen Kurulun verdiği kararların kamuya paylaşımına yönelik somut bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimce, İngiltere uygulamasına paralel olarak, borsa uyuşmazlıklarının çözümü açısından da, söz konusu uyuşmazlık kararlarının tarafların isim/unvanları gizli tutulmak kaydıyla belirli periyotlarla yayımlanması sektör uygulamalarına yön verecek ve yatırımcıların haklarının korunmasına katkı sağlayacaktır⁹⁶⁴.

Bireysel idari işlemlerin kural olarak kamuoyuna duyurulması gereklilik arz etmemekle birlikte, Kurul kararı yalnızca ilgililere tebliğ edilir. Bununla birlikte, bireysel nitelikli kararların kamuoyuna duyurulmasında kamunun menfaati olduğu yönünde değerlendirme yapılması halinde bulunulduğu hallerde, Kurul tarafından alınan kararın Kurulun haftalık bülteniyle ilgili kişi ve kuruluşlara duyurulması zorunluluk arz eder⁹⁶⁵.

⁹⁶² FRESHFIELDS, s. 536.

⁹⁶³ GILAD, s. 17.

⁹⁶⁴ GILAD-Financial, s. 677.

⁹⁶⁵ YASİN-Sermaye Piyasası, s. 194.

Öte yandan, Borsa İstanbul tarafından yıllık yayımlanan sürdürülebilirlik raporlarıyla sermaye piyasası uyuşmazlıklarına dair istatistiki bilgiler paylaşılır. Nitekim, Borsa İstanbul tarafından çözüme kavuşturulan 2015 yılı içinde incelenen 13 adet uyuşmazlık dosyasından 10'u 2015 yılı içinde sonuçlandırılmış olmakla birlikte uyuşmazlık dosyalarının 3'ü ise 2016 yılına devredilmiştir⁹⁶⁶. Ancak belirtmekte fayda bulunmaktadır ki, Borsa İstanbul tarafından verilen kararlar kamuya açık değildir. Birçok uyuşmazlık raporunun yazılıp yayınlanması konusunda planlar olsa dahi, paylaşılan bazı örnek olaylar ana hatlarıyla gerçek şikayetlere dayanmaktadır.

Borsa İstanbul, uyuşmazlığa dair raporu yayımlamayı tercih etmediği sürece, Borsa İstanbul'un uyuşmazlık konularına ilişkin yaklaşımı açık olmayacaktır. Anılan durumun diğer bir yansıması ise, sektör veya akademisyenler tarafından sermaye piyasası uyuşmazlıklarına dair herhangi bir yorum veya geri bilgi akışı yapılamamasıdır. Raporlardaki gizlilikle, konuya dair yatırım kuruluşlarına karşı şikayet verilerinin yayımlanması yoluyla değişebilecek olsa dahi, mevcut uygulamada yatırım kuruluşlarının Borsa İstanbul'un konuya ilişkin yaklaşımını takip etmeleri için kısıtlı bir imkan bulunmaktadır.

Diğer taraftan, borsa dışı uyuşmazlıklar bağlamında, Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği Müşteri Uyuşmazlıkları Hakem Heyeti Yönergesi'nde (TSPB Yönergesi) borsa dışı uyuşmazlık kararlarının kamuya paylaşımına yönelik açık bir düzenleme yapılmıştır. Anılan Yönerge'nin "*Bilgilendirme*" başlıklı 20 nci maddesi gereğince, Birlik, uyuşmazlıklar ile ilgili olarak sektörünün ve kamunun bilgilendirilmesi amacıyla internet sitesinde gerekli duyuruları, Heyetin işleyişi hakkında bilgileri, Heyete başvuru şartlarını yayımlayacaktır. Heyete intikal eden ve nihai çözüme bağlanan uyuşmazlıklarla ilgili istatistiki bilgiler, örnek teşkil edecek olaylar ve bu olaylarla ilgili alınan kararlar Sermaye Piyasaları Birliği'nin internet sitesinde yayımlanabilecektir. Birlik tarafından kamuya yapılacak yayımlarda, hiçbir durumda tarafların, hukuki temsilcilerinin ve Heyet üyelerinin kimliklerine veya uyuşmazlık çözümüne özgü bilgilere yer verilemeyecektir.

⁹⁶⁶ Web: <http://www.borsaistanbul.com/docs/default-source/Yayinlar/borsa-İstanbul-2015-surdurulebilirlik-raporu.pdf>, erişim:10.11.2017.

TSPB Yönergesi'nin 21 inci maddesi kapsamında ayrıca, Birlik üyeleri, kendilerine iletilen uyuşmazlıkların sayıları, konuları ve bunlara ilişkin TSPB Hakem Heyeti kararlarını her üç aylık dönemin sonunu takip eden 5 gün içinde Birliğe iletir. Birlik, bu bilgiler ve Heyete intikal eden ve nihai bir çözüme bağlanan uyuşmazlıklar ile Heyete iletilmekle birlikte, yargıya da intikal eden uyuşmazlıklara ilişkin istatistiki bilgileri içeren TSPB Hakem Heyeti yıllık faaliyet raporunu en geç her yılın Mart ayı sonuna kadar kendi internet sitesinde yayımlar.

§ 8. SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜM SİSTEMİNE YÖNELİK ELEŞTİRİLER

I. Duruşmaya Duyulan Gereksinim

İngiliz hukukunda Finansal Ombudsman Hizmeti usulünde ve sermaye piyasası mevzuatımızda uyuşmazlık çözümünde tarafların dinlenebileceği düzenlenmiştir⁹⁶⁷. İngiltere'deki Finansal Ombudsmanlık Hizmeti tarafından tarafların yazılı duruşma talepleri incelenirken yatırımcının duruşmada talebine gerekçe oluşturan hususların esaslı olup olmadığı ve duruşmanın özel yapılıp yapılmayacağı hususları göz önünde tutulur⁹⁶⁸. Uyuşmazlığın çözümüne temel teşkil edilen delillerin ihtilaflı olması halinde ise, duruşma yapılması ihtiyacı artar⁹⁶⁹.

Bunun birlikte, duruşma uygulaması nadir olarak görülmekte olup⁹⁷⁰, anılan duruma Hunt Değerlendirmesi'nde değinilmiştir⁹⁷¹. Ancak, *Morris*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi uyarınca adil yargılanma hakkının, kamuya açık resmi bir yargılamayı gerektirebileceği ve böylesi usullerin ADR sürecindeki hızlı

⁹⁶⁷ Borsa Uyuşmazlık Yönergesi'nin 8, II maddesi gereğince, Uyuşmazlık Komitesi veya Komite adına Raportör, uyuşmazlık ile ilgili her türlü incelemeyi yapmaya, tarafları ve tanıkları dinlemeye, Borsa Başkanlığından bilirkişi tayinini istemeye yetkilidir.

⁹⁶⁸ **SUMMER**, s. 5; **ALPERT**, s. 89.

⁹⁶⁹ **Peter DUNNE**, Crossing the Legal Rubicon: The Battle for Control Over Oral Hearings at the Financial Services Ombudsman Bureau, *Hibernian Law Review* 32, 2014, s. 32-57), s. 37.

⁹⁷⁰ **SUMMER**, s. 5. Finansal Ombudsman Hizmeti Başombudsmanı söz konusu uyuşmazlık çözümünde duruşma yapılmasına 10.000 finansal uyuşmazlığın yalnızca 1 tanesinde karar verildiğini belirtmiştir (**SPEAIGHT QC/HAMILTON**, s. 12).

⁹⁷¹ Sermaye Piyasası Kurulu tarafından itiraz incelemesi sırasında duruşma evresi bulunmamaktadır.

sonuç almayı ve gizliliği azaltacağı gerekçeleriyle duruşma talebinin hukuka aykırılık iddialarının reddedildiğini belirtmiştir⁹⁷².

Anılan husus, bir yatırım kuruluşunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 ncı maddesi uyarınca Finansal Ombudsman Hizmeti tarafından duruşma talebinin reddine itiraz ettiği Heather Moor-Edgecomb davasında, “maddi vakıalar üzerinde uyumsuzluğa düşmek” ölçütü esas alınarak çözüme kavuşturulmuştur⁹⁷³. Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeal*) 6 ncı maddenin ‘adillik ilkesi’ kapsamında, maddi vakıaların ortaya konulması ve yazılı beyan çerçevesinde duruşma yapılmamasına karar verildiği hallerde⁹⁷⁴, Finansal Ombudsman Hizmetince duruşma yapılmamasının hukuka aykırılık teşkil etmeyeceğini belirtmiştir⁹⁷⁵. Ayrıca, mahkeme kararında, Finansal Ombudsman Hizmeti süreçleri yargısal denetimle güvence altına alındığı için Finansal Ombudsman Hizmetinin bu konudaki yaklaşımının anılan maddeyle uyum içerisinde olduğu ifade edilmiştir⁹⁷⁶. Finansal Ombudsman Hizmeti'nin, uyumsuzlukları çözerken, neyin adil ve makul olduğunu belirleme yetkisinin, adil yargılanma hakkı uyarınca kamuya açık duruşma gerekliliği kapsamında bir zorluk doğurup doğurmayacağı gelecekte görülecektir⁹⁷⁷.

II. Grup Davaları veya Toplu Şikayetler

Ombudsmanlık sisteminin toplu şikayetleri değerlendirebilecek kadar iyi tasarlanmadığı yönünde doktrinde eleştiriler bulunmasına karşın; yine de ombudsmanlık sistemi ‘*birçok kötü alternatifi en iyisi*’ olarak nitelendirilir⁹⁷⁸.

⁹⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. **MORRIS**, s. 785-808.

⁹⁷³ *Heather Moor & Edgecomb Limited v. the United Kingdom*–Başvuru No: 1550/09, 20.6.2011 (**MITCHELL**, s. 7); **DUNNE**, s. 51.

⁹⁷⁴ ÖZEKES'e göre duruşma yapılmaması her zaman hukuki dinlenilme hakkının ihlali sayılmamalıdır (**Muhammet ÖZEKES**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2013, s. 143).

⁹⁷⁵ **MITCHELL**, s. 7; **THOMAS/FRIZON**, s. 23.

⁹⁷⁶ **ALI**, s. 62.

⁹⁷⁷ **ALI**, s. 62.

⁹⁷⁸ **Adam SAMUEL**, With Arbitration Facing Restrictions, its time to look at a UK Solution for Consumer Disputes, ([Alternatives to the High Cost of Litigation](#), Vol.28, Issue 5, May 2010, s. 105-118), s. 134.

Öte yandan, İngiltere’de grup davalarının kanunlaştırılması talebi reddedilmiş olup, çok sayıda şikayetçinin oluşturduğu grupların menfaatleri aynı anda ileri sürülebilmesine rağmen, bu şekildeki bir hukuk davasına yönelik eleştiriler arasında (a) hukuk yargılaması sürecinin maliyetleri (ki özellikle ADR’nin varlığı halinde, grup davalarının ilk alternatif olarak kabulü son derece düşüktür), (b) kötüye kullanılma riskleri ve (c) belirli tipteki davalarla baş etmede görülen zorluklar bulunmaktadır⁹⁷⁹.

Bununla birlikte, sermaye piyasası uyuşmazlıklarından kaynaklanan grup davalarının, özellikle finans sektöründe başlatılması ihtimali tamamıyla gözden çıkarılmamalıdır⁹⁸⁰. *Hodges*, Avrupa’da bu şekildeki yargılamaya olan ilgiden bahsetmiş olup, Finansal Ombudsman Hizmeti’ndeki temel anlayışı şikayetlerin bireyselleştirilmiş bir yaklaşımla ele alınması şeklinde tezahür etmesi nedeniyle, toplu şikayetlerle baş etmedeki yeterli olmayacağını vurgulamıştır⁹⁸¹. Böylesi fazla sayıdaki şikayetlere örnek olarak, şikayetler için tazminat elde edebilmek için hükümet ve düzenleyici otorite müdahalesi gerektiren Hong Kong ve Singapur’daki *Lehman Minibonds* davası gösterilebilir. Bu bağlamda, finans sektöründe ADR tekniklerine ilişkin diğer bir eleştiri *Hodges* tarafından yapılmıştır. *Hodges*’a göre, ADR tekniklerinin başlıca dezavantajı, uzlaşma ile uyuşmazlıkların temelinde yatan

⁹⁷⁹ Örneğin; grup üyeleri arasında, bireysel davaların (güven, illiyet veya hasar) geniş çeşitlilik göstermesi ve finansal ürün güvenilirliği veya bazı yanlış yorumlama davaları veya miktarın fazladan belirlenmesi, tasdik etme veya küçük bireysel yekünlerin dağıtılması- yatırım kuruluşlarına karşı yapılan şikayetlerin büyük bir kısmını oluşturur.

⁹⁸⁰ Yatırım kuruluşlarına karşı grup davası açma önerilerinin aslında Finans Hizmetleri Yasası-2010 uyarınca dahil edilmiştir. Grup davalarının açılabilmesi, FCA’nın hükmettiği tazminatın uygun olup olmadığı hususunun tespiti, hukuk mahkemesinde toplu şikayetler için bir yön çizilmesini sağlayacaktır. Kısaca, yatırım kuruluşları düzenleyiciden ve tüketiciden olmak üzere iki yönlü ikiye katlanmış bir tehlikeyle karşılaşır. Birleşik Krallıkta böylesi bir davanın önerilmesi ve reddedilmesi ilk değildir. Nitekim Hükümet Temmuz 2009’da, grup davası kurallarını getirmek için Hukuk Mahkemeleri Konseyince yapılan öneriyi reddetmiştir. Hükümet öneriyi reddederek, böylesi değişikliklerin sektör bazında yapılması ve ADR’nin görüşlerini ve her sektörde düzenleyici alternatifleri içermesi gerektiğini belirtmiştir (Ayrıntılı bilgi için bkz. **Christopher HODGES**, Collective Redress in Europe: the new model, (Civil Justice Quarterly, 29 (3), 2010, s. 370-395).

⁹⁸¹ **ALI**, s. 60 dn. 91.

menfaatler arasında zayıf bir bağlantı olması olup, arabulucuların çözüme ulaşmak için taraflara uygunsuz baskıda bulunma olasılığı mevcuttur.

Birleşik Krallıktaki banka masrafları uyuşmazlığının gösterdiği gibi, halihazırda emsal uyuşmazlık (*test case*) sistemi yeterli olabilir. Uyuşmazlıkta iddia edildiği şekliyle haksız banka masraflarına dair bireysel şikayetlerin birçoğu, öncelikle Finansal Ombudsman Hizmeti tarafından incelenmiştir. Bazı sermaye piyasası uyuşmazlıklarında Finansal Ombudsman Hizmeti'nin şikayetçi lehine bulduğu husus, daha sonra devlet mahkemelerinde Finansal Ombudsman Hizmetince verilen kararı hukuki yönden bağlayıcıymış gibi değerlendirilmiştir⁹⁸².

Hodges, grup davasının ABD'deki şekliyle aynen uygulanacak ise, ABD ve Avrupa sistemleri arasında üstesinden gelinmesi gerekecek önemli bir farklılığın mevcut olduğunu belirtir. Zira, ABD sisteminin tek ana noktası, mahkemelerde görülecek dava süreçlerinin kolaylaştırılmasıdır. Şayet anlaşma belgesinin yüksek miktartlı tazminatlar içerdiği takdirde, anılan çözümün genel olarak piyasalar ve sermaye piyasası aktörleri üzerinde arzu edilen caydırıcı bir etkiye sahip olabilmesi olasıdır⁹⁸³.

III. Bilginin Şikayet Sahibi Tarafından Kullanılmasına Yönelik Belirsizlikler

Bilginin şikayet sahibi/yatırımcı tarafından kötüye kullanılması bu bağlamda karşılaşılabilecek bir diğer sorundur. Yatırım kuruluşu tarafından Finansal Ombudsman Hizmetine sağlanan gizli bilgi ve şikayet sahibine açıklananlar belirli bir biçimde Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu kapsamında özel olarak korunmamaktadır. Ayrıca Finansal Ombudsman Hizmeti düzenlemelerinde müşterinin böylesi bir bilgiyi gizli tutmasını gerektiren bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte, şikayet sahibi yine de bir mahkemenin haklı bulacağı⁹⁸⁴, kendisini

⁹⁸² HODGES, s. 23.

⁹⁸³ HODGES, s. 22.

⁹⁸⁴ Yatırım kuruluşu (i) bilginin doğası gereği gizli sayıldığı, (ii) yetkisiz bir kullanımın söz konusu olduğu, (iii) gizlilik mükellefiyeti dahilinde bilginin nakledilmiş olduğu hakkında bilgi sahibi olmalıdır.

bilgiyi açıklamaktan ya da kötüye kullanmaktan ⁹⁸⁵ alıkoyacak bir gizlilik yükümlülüğüyle bağlı olabilecektir. Böyle bir yükümlülüğün olması durumunda, yatırım kuruluşu bir ihlali ve/veya ihlale yönelik zararları engelleyecek nitelikte bir mahkeme kararı alabilecektir.

Bu sebeple, yatırım kuruluşu açısından açık bir koruma eksikliği söz konusudur. Anılan husus, özellikle yatırım kuruluşlarının Finansal Ombudsman Hizmetiyle işbirliği yapma zorunlulukları ve Finansal Ombudsman Hizmeti'nin kanuni yetkisinin finansal kuruluşlara bilgi ve doküman sağlamayı zorunlu kılması göz önünde bulundurulduğunda önem taşır. Diğer hususların arasında, şikâyet sahibinin Finansal Ombudsman Hizmeti'ni hukuk mahkemelerinde dava açmadan önce, bir yatırım kuruluşundan etkin olarak dava öncesinde açıklama (*pre-action disclosure*) edinerek kullanma tehlikesi bulunur⁹⁸⁶.

§ 9. ARA DEĞERLENDİRME

Yatırımcının yatırım kuruluşuna karşı hukuki taleplerini sözleşmeden doğan sorumluluk veya haksız fiil sorumluluğuna başvurmak suretiyle hukuk mahkemesinde ileri sürmesi mümkündür. Dolayısıyla, yatırımcının yatırım kuruluşuna karşı hukuk davası açma imkânının yanı sıra, sermaye piyasası uyuşmazlığının tarafı olan bir yatırımcının yatırım kuruluşuna başvurmak suretiyle zararın tazminini doğrudan talep etme, tahkim veya arabuluculuk yoluna başvurma, uyuşmazlığa konu olayın borsa işleminden kaynaklanıp kaynaklanmamasına göre Borsa İstanbul veya Türkiye Sermaye Piyasaları Birliğine başvurması mümkündür.

İngiltere'de yatırımcılar şikâyetlerini finansal ombudsmana iletmekte olup, hukukumuzda ise Ombudsmanlık (Kamu Denetçiliği) müessesine başvurunun sermaye piyasası uyuşmazlığının çözümüne doğrudan etki etme gücü bulunmaz.

İlgili kararlar için bkz. *Coco v. AN Clark (Engineers) Ltd.* 1969 RPC 41 ve *A-G v. Observer Ltd.* 1990 AC 109 hl.

⁹⁸⁵ Bilginin kötüye kullanımı “*atlama tahtası*” (springboard) gibi gizli nitelikteki bir bilginin bilgi sahibi aleyhine faaliyetlerde kullanılmasını içerir. “*Springboard*” olarak adlandırılan doktrin için bkz. *Terrapin Ltd. v. Builders Supply Co (Hayes) Ltd* (1967) RPC 375.

⁹⁸⁶ **FRESHFIELDS**, s. 515.

İngiltere’deki Finansal Ombudsman Hizmeti yasal bir alternatif çözüm yöntemi olarak uyuşmazlıkların adil ve makul bir biçimde çözülmesine katkı sağlar. Finansal Ombudsman Hizmetinde son derece kısıtlı hallerde ombudsman kararının yargısal denetimi yapılmakta iken, Borsa İstanbul veya Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği kararlarına karşı Sermaye Piyasası Kuruluna; Kurul kararlarına karşı ise idari yargı yoluna başvurulması mümkündür. Dolayısıyla, Sermaye Piyasası Kurulu’nun Borsa İstanbul veya Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği tarafından verilen kararlar üzerinde de etkisini sürdürdüğünü söylemek mümkündür.

Borsacılık Yönetmeliğinde taraflarca, yargı yoluna başvurulduğunda dosyanın işlemiden kaldırılmasına yönelik hüküm, sadece dosyanın Borsa nezdinde olması haliyle sınırlandırılmıştır. Bu halde, taraflar aleyhine olduğunu düşündükleri Borsa İstanbul kararının verilmesinden sonra adli yargı yoluna başvurarak, dosyanın işlemiden kaldırılmasını engellemektedir. Bu bağlamda, Borsa İstanbul tarafından karar verildikten sonra ilgili mevzuatla kendisine tanınan yetkiler çerçevesinde Sermaye Piyasası Kuruluna yansıyan uyuşmazlıklarda, tarafların adli yargı yoluna başvurmaları, uyuşmazlığın çözümüne ilişkin Borsa İstanbul kararına karşı yapılan itirazın Sermaye Piyasası Kurulu tarafından incelenmesine engel teşkil etmez. Dolayısıyla, Borsa İstanbul kararına itiraz yoluyla dosya Sermaye Piyasası Kurulu’na intikal etmiş olacağından, tarafların yargı yoluna başvurma hakları saklı kalacak ve fakat dosya Borsa İstanbul tarafından Sermaye Piyasası Kuruluna intikal ettiği için dosya işlemiden kaldırılmayacaktır.

SONUÇ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına taraflarca başvurulabilmesi için klasik gerekçe hızlı, efektif, esnek ve ucuz uyuşmazlık çözümü ve güven söz konusu olduğunda önemli olabilen, tarafları *“her iki tarafın da karlı çıktığı”* bir çözüme ulaştırma faktörlerini bir araya getirmektir. Sistemik finansal ürünlerin satışına dair problemler doğduğunda, kurumlaşmış bir ADR mekanizması, yatırımcıların zararlarını tazmin etmekte özel yargılama veya Sermaye Piyasası Kurulu tarafından tesis edilecek disiplin cezalarına nazaran daha etkili olacaktır.

Öte yandan, yatırımcıların şikayetlerine ilişkin verilerin kamuya paylaşılmasına yönelik girişimler uyuşmazlığın aleniyete kavuşması riskini artırır. Buna karşın, ADR, yatırım kuruluşlarına şikayetlerini kamuya açıklıktan özele taşımalarına ve daha fazla şeffaflığın getireceği itibar risklerinden kaçınmalarına cevaz verir. Kamunun bilgisine sunulmayan uzlaşmalar, sermaye piyasasının işleyişine dair muğlaklığa yol açmaktadır ki, bu husus özellikle ilkelere dayalı bir çevrede sorun teşkil etmekte ve yatırım kuruluşlarına kusurlarını inkar etme şansı verdiği bir realitedir. Aksine, kamuya paylaşılan kararlar şikayetçi/yatırımcılar ve yatırım kuruluşları tarafından daha gerçekçi beklentilere yol açarken, bu kararlar yatırım kuruluşlarının kararlara uymaya istekli olmaması ve uzun süreli yargılamalara yol açması riskini arttırır.

Riskler ne olursa olsun, yatırım hizmetleri uyuşmazlıkları da dâhil olmak üzere müşteri uyuşmazlıkları için tahkim (bir üçüncü tarafın bunlar kapsamında karara verdiği yargılama mekanizmaları içeren) ve/veya arabuluculuk (tarafların bir anlaşmaya varmasına yardım edildiği) öğeleri içeren ADR usulleri günümüzde oldukça yaygındır. Ancak bunlar arabuluculuk veya tahkim hizmetlerini veya bunların ikisini birden sağladıkları kapsam ve bu yöntemlerin formatı bakımından oldukça çeşitlidir. Ombudsman modeli, tüketici şikayet kurulları, tüketici tahkim kurumları ve uzlaştırıcı şikayet yöntemlerine baskın çıkmasına rağmen, bunların tümü finansal ve yatırım hizmetleri alanında kullanılır. Bunlar genel tüketici şikayetlerinden bankacılıkla ilgili sektöre özel şikayetler, sigorta, ödemeler ve menkul kıymetlere kadar olan kapsamı hususunda değişir. Usuller ayrıca, örneğin maliyetler, kanuni

yardım, şikayet süreçleri, formaliteler, deliller, gizlilik, zaman sınırlamaları, kararlardaki parasal limit ve kararların bağlayıcı olan veya bağlayıcı olmayan mahiyeti konularında farklı yaklaşımlara sahip farklı mekanizmalarla farklılaşır. Bunlar ayrıca tespitlerin nasıl yapıldığı konusunda da değişiklik göstermekte olup, bazı yöntemler genel prensipler çerçevesinde faaliyetlerini yürütmekte iken, bazı yöntemler ilgili kuralların uygulanmasına dayanır.

Bu nedenle, ADR, Avrupa Birliği'nin yerel uyuşmazlıklar için tazmin rejimi seçimi olarak karşımıza çıkar. Ancak çalışmamızda vurgulandığı üzere, ADR risklere açıktır ve dikkatli bir değerlendirme ve kalibrasyon gerektirir. Ayrıca 1998 Önerisi ile uyumun değişken olduğu ve yerel ADR planlarının Avrupa Birliği Üye Devletlerince tatminkar olmaktan uzak olduğu görülmektedir. Komisyonun 2008 ADR Tavsiyesi ayrıca finansal hizmetlerin yamalı kapsamının ve birçok Üye Ülkede firmalar için ADR planlarında yer alma veya bunların varlığını yatırımcılara açıklama zorunluluğunun bulunmadığının altını çizmiştir. Ancak, ulusal sistemlerin yatırımcıların menfaatlerini korumakta ne kadar etkili olduğu hususu, sınır-ötesi temelde ADR mekanizmalarına olan güven ve tazmin politikasının en önemli faktörü haline gelir.

İşbu çalışmada esas olarak, sermaye piyasası uyuşmazlıklarında gerek İngiliz hukukundaki Finansal Ombudsmanlık Sistemi gerek ABD hukukundaki FINRA uygulamaları ile hukukumuzdaki uyuşmazlık çözüm müesseselerince uyuşmazlık çözüm usul ve esasları karşılaştırmalı olarak ele alınmaya çalışılmıştır. Anılan sistemler arasındaki benzerlik ve farklılıkların, yabancı hukuk sistemlerindeki mahkeme kararları ve farklı finansal araçlara dair uyuşmazlık çözüm örneklerine de yer verilmek suretiyle incelenmesi neticesinde varılan sonuç ve değerlendirmelere aşağıda yer verilmektedir:

(1) Alternatif uyuşmazlık çözümü, adalete erişimin geliştirilmesi sürecinin bir parçası olarak güncel bir konu haline gelmiş olup, finansal hizmetler sektöründe büyük gelişmeler yaşamaktadır. Arabuluculuk ve hukuk yargısı arasındaki dengelenmiş bir ilişki, arabuluculuk anlaşmalarının kolaylıkla icra edilebilirliğini gerekli kılar. Bu

sebeple adalete erişim prensibi hukuk yargısına başvuru kadar arabuluculuk yöntemi gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvuruyu da kapsamalıdır. Diğer bir deyişle, tüm uyuşmazlık çözüm yöntemlerine eşit davranılmalıdır.

(2) Arabuluculuk yöntemi hukuk yargılamasına nazaran farklı bir modelle faaliyet göstermekte olup, bu yöntemde genellikle tarafların ayrı ayrı menfaatleri konusunda bilgilendirilmesi ve gerektiğinde çözüm üretilmesi söz konusudur. Arabuluculuk yönteminin hukuk yargısında daha üstün olup olmadığının tartışılmasından ziyade, bu yöntemin sermaye piyasası uyuşmazlıklarında uygulanabilir olması ve faydalarının anlaşılması önem arz eder.

(3) Arabuluculuk faaliyetinin adil olduğu algısının kamuoyunda ortaya çıkması, arabuluculuk yönteminin yaygınlaşmasında önem arz eder. Şöyle ki, arabuluculuk çözüm sürecinin dağıtıcı adalet bağlamında ölçümünün bugün için mümkün olmadığı, arabuluculuk sürecinin gizli olduğu ve sonucun kamuyla paylaşılmadığı hususları birlikte göz önünde tutulduğunda, kamuoyunda böylesi bir algının mevcudiyeti arabuluculuk yöntemine başvurulmasına doğrudan etki eder.

(4) Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun öngörülebilirlik ve kolaylığı teşvik etmesi, arabuluculuğun artan oranda kullanımını özendirmektedir. Zira, hukuk yargılamasının tek seçenek olmaktan çıkarılarak uyuşmazlığın taraflarına otonomi verilmesinde toplumsal yarar da bulunmaktadır. Ayrıca HUAK, arabuluculuk sürecini yargısallaştırmadan, arabulucu ve taraflara minimum hukuki çerçeve sunmak suretiyle tarafların arabuluculuk yöntemine başvurmalarını kolaylaştırır.

(5) Finansal uyuşmazlıkların çözüm sistemlerine ilişkin farklı yaklaşımlar ABD, İngiltere ve ülkemizin farklı yasal, düzenleyici ve yargı geçmişinden kaynaklanır. Özellikle sınır-ötesi halka arzlar ve global ölçekte faaliyet gösteren yatırım kuruluşları karmaşıktıkça ve uluslararası sermaye piyasalarıyla iç içe geçtikçe yatırım kurulusu-yatırımcı uyuşmazlıkları sıkça gerçekleşmektedir. Bu ortamda uyuşmazlıkların arabuluculuk temelli çözümü hukuk mahkemesine nazaran daha az formal ve düşük maliyetli bir yaklaşım sağlar.

(6) Borsa uyuşmazlık çözüm yönteminin -uluslararası literatürdeki terminolojiyle alternatif uyuşmazlık çözümünün- yargı dışı uyuşmazlık çözümü olarak nitelendirilmesi mümkündür. Yargı dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin temel özellikleri ise, uyuşmazlığın çözüm süresinin kısalması, uyuşmazlığın konunun uzmanları tarafından çözülmesine imkan tanınması, masrafların düşmesi, taraflara özgürlük sağlanması ve hukuk yargısına başvuruyu engellememesidir. Dolayısıyla, yargı dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulması kural olarak ihtiyaridir. Bir başka deyişle, yargı dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde gönüllük esası geçerlidir; zira, hak arama özgürlüğü Anayasal bir haktır.

(7) Uyuşmazlığın taraflarınca adli yargı yoluna başvurulması halinde, dava sonuçlanıncaya kadar dosya Borsa'da işlemde kaldırılır. Adli yargı yoluna başvurulduğunda, yatırım kuruluşunun durumu öğrendiği tarihten itibaren 3 iş günü içerisinde Borsaya bildirme, nihai kararı da aynı süre içerisinde ibraz etme yükümlülüğü bulunur. Uyuşmazlığın çözümüne dair Borsa Yönetim Kurulu'ndan önce adli yargı nezdinde dava açılmakla birlikte, anılan durumun Borsa İstanbul ve SPK'ya bildirilmediğinden dosyanın işlemde kaldırılmasının söz konusu olamadığı durumlar da vuku bulabilmektedir. Anılan halde, uyuşmazlığın adli yargıya intikal etmiş olması nedeniyle dava sonuçlanıncaya kadar dosyanın SPK tarafından işlemde kaldırılması gerekli olup, aksi durumda SPK tarafından uyuşmazlığın çözümüne yönelik karar alınmasında mevzuata uyarlık bulunmayacaktır.

(8) Sermaye piyasası uyuşmazlıklarının temel kaynakları incelendiğinde, yatırımcıların kendi hesaplarına ilişkin bilgilere erişim imkanının bulunması ve yatırımcılara periyodik olarak ve düzenli hesap özetleri gönderilmesi uygulamasının, yatırımcı uyuşmazlıklarının çözüme kavuşturulmasında önem arz ettiği kabul edilir. Öte yandan, yatırımcılarla adil ve dürüst ilişkiler kurma yükümlülüğünün yatırımcıları yatırım kararları konusunda aldatmayan veya onlara gereksiz baskılar uygulamayan satış uygulamaları kullanma yükümlülüğünü de içerdiği konusunda genel bir uzlaşma bulunmakla birlikte, uygulamada uyuşmazlıkların büyük bir kısmının anılan unsurların tam olarak uygulanmamasından kaynaklandığı görülür. Yatırım kuruluşu ve/veya yatırım danışmanı, yatırımcının açıkladığı durumları ve yatırımcı hakkında

kendisinin bildiği diğer önemli hususları dikkate alarak yatırımcıya sunulan tavsiye, ürün veya hizmetlerin o yatırımcıya uygun olmasını sağlamalıdır.

(9) Borsa uyuşmazlığı aracı kurum⁹⁸⁷ tarafından talimatsız olarak yatırımcı hesabına işlem gerçekleştirildiği iddialarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda, müşteri hesap durumundaki malvarlığıyla (*overall*) yatırımcının mutabık olduğunu gösterir yazı ve imzanın genellikle bulunduğu görülür. Anılan hallerde yatırımcının hesap ekstrelerinden haberdar olduğu açık olmakla birlikte, yatırımcının doğrudan hesap ekstrelerinde yer alan işlemler üzerinde mutabık kaldığını söylemek mümkün değildir. Zira, yatırımcının ihmali sonucunda hesap ekstrelerine itiraz edilmemesi tek başına icazet anlamına gelmemelidir. Böyle bir değerlendirme yapılabilmesi için icazet anlamına gelecek nakit, virman veya havale gibi işlemlerin varlığı nazara alınmalıdır.

(10) Borsa uyuşmazlıklarının çözümünde yetkili kuruluşlar tarafından verilen kararlarla SPKn ile itiraz mercii olarak tayin edilen Kurulun verdiği kararların kamuya paylaşımına yönelik mevzuatımızda bir düzenleme bulunmamaktadır. Borsa uyuşmazlıklarının çözümü açısından da Finansal Ombudsmanlık sistemiyle paralellik arz edecek biçimde, söz konusu uyuşmazlık kararlarının tarafların isim/unvanları gizli tutulmak kaydıyla belirli periyotlarla yayımlanması sektör uygulamalarına yön verecek nitelikte ve yatırımcıların haklarının korunması bağlamında pozitif etkileri olacaktır. Nitekim, borsa dışı uyuşmazlıklar bağlamında TSPB uyuşmazlıklarıyla ilgili olarak sektörün ve kamunun bilgilendirilmesi amacıyla internet sitesinde gerekli duyuruları, söz konusu Heyetin işleyişi hakkında bilgileri, Heyete başvuru şartlarını yayımlayacaktır. Heyete intikal eden ve nihai çözüme bağlanan uyuşmazlıklarıyla ilgili istatistiki bilgiler, örnek teşkil edecek olaylar ve bu olaylarla ilgili alınan kararların Birlik internet sitesinde yayımlanabilecektir.

⁹⁸⁷ Ülkemizde “*dealer*” ve “*broker*” kavramları zaman zaman ABD piyasalarındaki anlamıyla kullanıldığından belirsizliğe yol açmaktadır. Müşteri Temsilcisi/Dealer/Broker kavramları ülkemiz uygulamasında aynı anlamda kullanılmaktadır. Dealer, müşteri emirlerini aracı kurum temsilcisine (*broker'a*) yollayan kişidir. Müşteri temsilcisi anlamında kullanılan bir kavramdır. ve bu kelimeler bizim ülkemizdeki anlamlarının tersini taşımaktadır.

(11) Borsacılık Yönetmeliği'nin 50 nci maddesi gereğince yargıya başvurulması halinde, Uyuşmazlık Komitesi tarafından uyuşmazlık dosyasının işleminden kaldırılmasına karar verilecek olup, tahkim ya da yargı yoluna başvurulması halinde aynı uyuşmazlık hakkında Borsaya yeniden başvuru yapılamaz. Sermaye Piyasası Kurulu'nun yerleşik uygulamasında, henüz Borsa İstanbul nezdinde incelenmekte olan ve hakkında Borsa Yönetim Kurulu tarafından bir karar tesis edilmemiş olan uyuşmazlık dosyalarının söz konusu hükmün kapsamına dâhil olduğu kabul edilir.

Uygulamada yatırım kuruluşlarının, adli yargı yoluna başvurulduğundan bahisle uyuşmazlık dosyalarının işleminden kaldırılmasına ilişkin talepleri, uyuşmazlık hakkında Borsa İstanbul Yönetim Kurulu tarafından karar verilmesinin ardından adli yargıya başvurulmuş olmasının yatırımcıların mağduriyetine yol açtığı ve Medeni Kanun'un 2 nci maddesinde ifadesini bulan hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil ettiği gerekçeleriyle reddedilmelidir.

Bu kapsamda, yatırım kuruluşu tarafından, Borsa İstanbul Yönetim Kurulu'na uyuşmazlık hakkında kendisi aleyhine bir karar tesis edilmesinin ardından örneğin menfi tespit davası açılması amacıyla adli yargı yoluna başvurulması halinde, yatırım kuruluşunun dosyanın işleminden kaldırılmasına yönelik talebinin reddine karar verilmelidir. Daha açık bir ifadeyle, icra takibine karşı icra mahkemesine yapılan başvuru sonucu verilen mahkeme kararının uyuşmazlığın esasına ilişkin bir yargı kararı olarak kabulüne olanak bulunmadığından, uyuşmazlığın esasına ilişkin olarak adli yargı yerine başvurulduğundan bahisle dosyanın işleminden kaldırılmasına karar verilmemelidir.

(12) FINRA kuralları incelendiğinde, uyuşmazlığın çözümüne katkıda bulunulması açısından yatırım kuruluşu temsilcileri tanık olarak arabuluculuk görüşmelerine katılmakta iken, HUAK'da açık bir biçimde arabulucunun yargısal nitelikteki bir yetkiyi kullanamayacağı hükme bağlanmıştır. Anılan hükmün geniş yorumlanmak suretiyle, yatırım kuruluşu yetkilisi gibi üçüncü kişilerin arabuluculuk sürecinde görüşüne başvurulması faydalı olacaktır. Buna ilaveten, ABD

uygulamasında FINRA'nın uyuşmazlık taraflarına görüşmeler için mekan temini, gerek arabuluculuk kurumunun kurumsallaşması gerek tarafların ADR yöntemine olan güveninin artırılması açısından önem arz eder. Hukukumuzda ise Borsa İstanbul veya TSPB nezdinde böylesi bir mekan teminin sağlanması yatırımcı güveninin sağlanmasına katkı sunacaktır. Ayrıca mevzuatımızda hüküm bulunmamakla birlikte, FINRA uygulamasında arabuluculuk sürecinde zaman çizelgesinin hazırlanması tarafların görüşmelerinin belirli bir çerçeve içerisinde yürütülmesi amacına hizmet edecektir.

(13) İngiltere'deki Finansal Ombudsman Hizmeti şikâyet değerlendiricilerinin otorite benzeri bir yapı içerisinde yer alması, arabuluculuk sürecinin genellikle her iki tarafı da bağlayabilecek bir hüküm vermeye dayalı herhangi bir haktan tamamen bağımsız olduğu Amerika Birleşik Devletlerindeki düzenleyici tarafından başlatılan arabuluculuk ile dikkat çekici bir zıtlık yaratır. Finansal Ombudsman Hizmeti yetkililerinin aksine, ABD hukukunda düzenleyici arabulucular (*regulatory mediator*) genellikle onları bir uyuşmazlığı gönüllü olarak çözmeleri için tamamen tarafların menfaatlerinin dengelenmesine dayanır. Ülkemiz uygulamasının ise, Borsa İstanbul ve Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği tarafından sermaye piyasası uyuşmazlıklarında tarafları uzlaştırmaktan ziyade uyuşmazlık hakkında karar verildiği göz önünde tutulduğunda, Finansal Ombudsman Hizmetiyle benzerlikler taşıdığını söylemek mümkündür.

(14) Sermaye piyasası mevzuatımızda, finansal ürün ve finansal hizmetler alanında yatırımcıların korunmasına dair açık ve net düzenlemeler getirilmeli ve küçük yatırımcıları koruyucu nitelikteki kuralların uygulanması ve icrası için yeterli kurumsal düzenlemeler yapılmalıdır. Bu amaçtan hareketle, yatırımcıların korunması için etkin ve etkili bir rejim ortaya konulabilmesi amacıyla belirli kanun veya ikincil düzenlemeler yapılmalıdır. Bu sebeple, sermaye piyasası uyuşmazlıklarında itiraz mercii konumunda bulunan SPK'nın uyuşmazlıkların çözümüne yönelik uygulama ilke ve esaslarının somutlaştırılarak belirli hale getirilmesi gereklilik arz eder.

Bu kapsamda, yatırımcılar ile hesaplarının bulunduğu yatırım kuruluşları veya yatırım danışmanları arasında meydana gelen uyuşmazlıkların çözülmesi saikiyle yeni ve bağımsız bir uyuşmazlık çözüm mekanizması oluşturulmalıdır. Zira, bağımsız uyuşmazlık çözüm sisteminin, Sermaye Piyasası Kurulundan ve sektörden bağımsız ve tarafsız olması gerekmekte olup, Borsa İstanbul ve TSPB tarafından gerçekleştirilen uyuşmazlık çözüm metotlarının bağımsız ve tarafsız bir şekilde yürütüldüğü konusunda yoğun eleştiriler bulunmaktadır. Buna ilaveten, mevcut yapıda, uyuşmazlık çözüm mercii olan Borsa İstanbul ve TSPB'nin finans kuruluşlarının birer uzantısı olarak görüldüğünden ve finansal kuruluşların kar edimlerinin ön planda tutularak yatırımcıların korunması amacının ikinci plana atıldığı düşünüldüğünden yatırımcı güveninin tam anlamıyla sağlandığını söylenemez. Anılan sebeplerle, mevcut uyuşmazlık çözüm sisteminin etkinlikten uzak olduğundan hareketle, İngiltere'deki Finansal Ombudsmanlık Sistemi ülkemizde model alınmalı ve uyuşmazlık çözüm sisteminin tüm finans alanındaki tüm uyuşmazlıkların çözümünü içeren kapsamlı bir sistem oluşturulmalıdır.

Finansal Ombudsmanlık Sistemi yapısındaki bir uyuşmazlık çözüm mekanizması uyuşmazlık çözümünde kurumsal bir öncülük yapmasının yanı sıra, finans sektörü içindeki yatırımcılara ve piyasa katılımcılarına düşük maliyet sağlayacak ve faydalı, usul ve esasları belirli bir uyuşmazlık incelemesine imkan tanıyacaktır. Ayrıca, borsa işlemi olsun olmasın tüm sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümü amacıyla yapılacak tek noktadan başvurunun, şikayetlerin bir örnek değerlendirilmesiyle finans sektörünü düzenleyici ve iş hayatının realitelerine dönük şekilde bir yapı oluşturulmasının İstanbul Finans Merkezi Projesinin başarılı bir şekilde hayata geçirilmesine katkı sunacağı değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

- AKCAN, Recep** : Yargıtay Kararlarındaki “Güçlü Delil Kavramının Hukuki Niteliği, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12 (1-2), s. 7-24).
- AKİL, Cenk** : Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Kapsamı, (Prof.Dr. Ejder YILMAZ’a Armağan, C. I, s. 75-126), Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- AKINCI, Müslüm** : Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, Beta Yayınları, İstanbul 1999. (AKINCI-Ombudsman).
- AKINCI, Ziya** : Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, (BATİDER, C. 18, 1996/4, s. 93-109).
- AKINCI, Ziya** : Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, 4. Baskı, İstanbul 2016. (AKINCI-Tahkim).
- AKSOY, Barış/
KOÇ, Selahattin/
BOZTOSUN, Derviş** : Analysis of mediation practices in the solution of financial disputes in Turkey, (International Journal of Social Sciences and Education Research, 3(5), 2017, 1868-1880).
- AKSU, Özge** :Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu İle Çözümü (İngiltere Örneği ve Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde Bir Değerlendirme), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009.
- AKTEPE ARTIK, Sezin** : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Medeni Usul Hukuku Açısından Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2013, Yayımlanmamış Doktora Tezi.
- ALANGOYA, Yavuz /
YILDIRIM, M. Kamil /
DEREN-YILDIRIM, Nevhis** : Medeni Usul Hukuku Esasları, Tıpkı 8. Baskı, Beta

- Yayınları, İstanbul 2009.
- ALANGOYA, Yavuz** : Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.
- ALANGOYA, Yavuz** : Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul Üniversitesi. Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1973.
- ALEXANDER, Nadja** : Harmonisation and Diversity in the Private International Law of Mediation, (Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, Editors: Klaus J. HOPT/Felix STEFFEK, Oxford University Press, Oxford 2013, s. 131-205).
- ALI, Shahla F. / KWOK, John Koon Wang** : After Lehman: International Response to Financial Disputes – A Focus on Hong Kong (Richmond Journal of Global Law and Business, Vol. 10, No. 2, 2011, s. 151-177).
- ALI, Shahla F.** : Consumer Financial Dispute Resolution in a Comparative Context, Principles, Systems and Practice, Cambridge University Press, New York 2013.
- ALI, Shahla F. / Da ROZA, Antonio** : Alternative Dispute Resolution Design in Financial Markets-Some More Equal Than Others: Hong Kong's Proposed Financial Dispute Resolution Center in the Context of The Experience in The United Kingdom, United States, Australia, and Singapore, (Pacific Rim Law & Policy Journal, Vol. 21, No. 3, 2012, s. 485-531).
- ALPERT, Cory** : Financial Services in the United States and United Kingdom: Comparative Approaches to Securities Regulation and Dispute Resolution, (International Law&Management Review, Vol. 5, Issue:1, 2008, s. 75-98).

- ALTAY, İsmail** : Türk Menkul Kıymetler Borsası Hukukunda Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması Açısından Kotasyon Sistemi Ve Kottan Çıkarılan Şirket Yatırımcısının Hukuki Başvuru Yolları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- AMERY, Brian F.** : Defense of Product Cases, (Securities Arbitration 2015, s. 155-158).
- ANDREOTTI, Tiago** : Dispute Resolution in Transnational Securities Transactions, Bloomsbury, Hart Publishing, Portland 2017.
- ANSAY, Sabri Şaki /** : Hukuk Yargılama Usulleri, 6. Bası, AÜHF Yayınları, Ankara 1960.
- ARNER, Douglas W.** : The Global Financial Crisis and the Future of Financial Regulation in Hong Kong 77 (AIIFL Working Paper, No. 4, 2009). (web:<http://ssrn.com/abstract=1349625> erişim:1.3.2017)
- ARSLAN, Ramazan** : Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Sevinç Matbaası, Ankara 1989.
- ARSLAN, Ramazan/**
YILMAZ, Ejder/
TAŞPINAR AYVAZ, Sema: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2017.
- ARSLAN Ramazan /**
- TANRIVER Süha** : Yargı Örgütü Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2001.
- ASLAN, İ. Yılmaz** : Tüketici Hukuku Dersleri, Bursa 2016.
- ATALAY, Oğuz** : Menfi Vakıaların İspatı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 2001.

- ATAMER, Yeşim** : Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul, Ağustos 1999.
- AVCIOĞLU AKSOY, Ezgi** : Borsa İstanbul, (İdare Hukuku Açısından Sermaye Piyasası, Editor: Meltem KUTLU GÜRSEL, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 175-205).
- AVŞAR, Zakir** : Ombudsman İyi Yönetilen Türkiye İçin Kamu Denetçisi, Hayat Yayınları, İstanbul 2012.
- AYDIN, Sema** : Borsa İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıklar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.
- AZAKLI ARSLAN, Betül** : Medeni Usul Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- AZARKAN, Necat** : Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Milletlerarası Ticari Tahkim, (Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Editörler: Tahir MURATOĞLU/M. Burak BULUTTEKİN, Ankara 2018, s. 41-50).
- BABÜROĞLU, Oğuz /**
HATİPOĞLU, Nevra : Ombudsman (Kamu Hakemi) Kurumu İncelemesi: Devlette Bir Toplam Kalite Mekanizması Örneği, TÜSİAD Yayını, İstanbul 1997.
- BADER, W. Reece /**
WIAND, Burton W. : Securities Arbitration Practice and Forms, Jurisnet, New York 2015.
- BARLAS, Nami** : Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri, Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2011, s. 807-829).
- BARSKY, Allan** : “Med-Arb”: Behind The Closed Doors of a Hybrid Process, (51 Family Court Review, 2013, s. 637-650).

- BATTAL, Ahmet** : Bankacılık Sözleşmelerinde İspat Usulü ve Delil Sözleşmeleri, (BATİDER, 1997, C.XIX, S.2, s. 129-140).
- BAŞLAR, Kemal** : Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı, Roma Yayınları, Ankara 2005.
- BEATRICE, Siu** : Minibond Investors Fear Move Spells End For Claims, The Standard, 2009.
- BELGESAY, Mustafa Reşit** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi I Teoriler, 3 üncü Cilt İsbat Teorisi, Şaka Matbaası, İstanbul 1950.
- BENÖHR, Iris** : Alternative Dispute Resolution in the EU, (Consumer ADR in Europe, Bloomsbury Publishing, UK 2012). (BENÖHR-ADR).
- BENÖHR, Iris** : Alternative Dispute Resolution for Consumers in the Financial Services Sector, (Resolving Mass Disputes: ADR and Settlement of Mass Claims, Editors: Christopher HODGES/Astrid STADLER, 2013, s. 247-269).
- BİLGE, Necip /**
ÖNEN, Ergun : Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, AÜHF Yayınları, Ankara 1978.
- BLACK, Barbara /**
GROSS, Jill I. : Making It Up As They Go Along: The Role of Law in Securities Arbitration, (Cardozo Law Review, Vol.23:3, 2002, s. 991-1047).
- BLANKENSHIP, John T.** : Developing your ADR Attitude: Med-Arb, a Template for Adaptive ADR, (42 Tennessee Bar Journal 28, November 2006, s. 28-42).
- BLANKLEY, Kristen M.** : Keeping a Secret From Yourself? Confidentiality When the Same Neutral Serves Both as Mediator and as Arbitrator in the Same Case, (Baylor Law Review, Vol. 63:2, 2011, s. 317-67). (web: <http://digitalcommons.baylor.edu/llr/vol63/iss2/art12/>).

unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1121&context=lawfacpub, erişim:11.10.2017).

BLUMBERG CANE, Marilyn /

A. SHUB, Patricia : Securities Arbitration: Law and Procedure, BNA Books, 1991.

BREWER, Thomas J. /

MILLS, Lawrence R. : Med Arb: Combining Mediation and Arbitration, 54(4) Dispute Resolution Journal, November 1999, s. 32-39).

BUDAK, Ali Cem : 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Tüketici Hakem Heyetleri, (Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 77-103).

BUDAK, Ali Cem : Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, Beta Basım Yayım, İstanbul 2000

BUDAK, Ali Cem : Sigortacılık Kanununda Tahkim: Sigortacılık Kanunu’nun 30. Maddesi, HMK’nun Yürürlüğe Girmesi ve 6327 Sayılı Kanun Değişikliğinden Sonra Nasıl Yorumlanmalıdır?, (Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Y:2013, C. 2 S. 2, s. 53-71).

BUDAK, Ali Cem /

KARAASLAN, Varol : Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

BULUR, Alper : Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi, (ABD, Y:65, S:4, Güz 2007, s. 30-46). (BULUR-Alternatif).

BULUR, Alper : Avukatlık Kanunu Md. 35/A’nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi, (TBB Dergisi 2010 (89), s. 196-241). (BULUR-Avukatlık Kanunu).

BULUR, Alper : 6326 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler.

(web:<http://www.tahkim.hacettepe.edu.tr/alperbulurteblig.pdf>, erişim: 9.10.2017).

BURKE, Louis F. /

WYBIRAL, Leslie : NFA Arbitrations: Foundation and Procedure, (Alternative Dispute Resolution In The Futures Industry, Juris Publications, New York 2013, s. 1-28).

BÜYÜKAVCI, Mustafa : Ombudsmanlık Kurumu, (ABD, Y: 66, S: 4, s. 10-13).

BÜYÜKAY, Ferhat : Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi, Ankara 2018.

CADDEN, Hugh J. /

LARRIMER, Bruce I. : Using Experts in Alternative Dispute Resolution, (Alternative Dispute Resolution in the Futures Industry, Juris Publication, New York 2013, s. 77-92).

CAPPELLETTI, Mauro : Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of The World-Wide Access To Justice Movement, (The Modern Law Review, Vol. 56, May 1993, s. 282-296).

CANSEL, Erol : Türk Menkul Rehni Hukuku, C. 1 Teslim Şartlı Menkul Rehni, Sevinç Matbaası, Ankara 1967.

CEYLANTEPE, Tolga : Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde Sigorta Ombudsmanı Uygulamaları ve 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu'nun Sigortacılıkta Tahkim Düzenlemesi, (Reasürör, Ocak 2008, s. 10-20). (web:http://www.millire.com/dergi/SAYI_67.pdf, erişim: 30.6.2016).

CARTWRIGHT, Peter : Fairness, Financial Services and The Costumer in an Age of Principles-Based Regulation: Position and Consultation Paper, 2008. (web: <https://www.nottingham.ac.uk/business/businesscentres/crbfs/documents/researchreports/paper52.pdf>, erişim: 20.10.2017).

- CEVİZ, Resul** : Uluslararası Menkul Kıymet Yatırım Uyuşmazlıklarında Tahkim, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016. (CEVİZ-Tahkim).
- CEVİZ, Yasin** :Forex Piyasaları Yurtdışı Uygulamaları ve Türkiye İçin Öneriler, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü, Ankara 2010.
- CEYLAN ŞAHİN, Şule** : Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.
- CHAMBERS, Nurgül** : Türev Piyasalar, Beta Yayınları, 4. Basım, İstanbul 2007.
- CHUNG, Josephine /
NG, Tom /
NG, Calvin** : Hedge Funds and Mediation, July 2010. (web: <http://www.complianceplus.hk/wpcontent/uploads/2013/06/Hedge-Fund-and-Mediation.pdf>, erişim: 10.9.2016).
- CLIFT, Rhys** : The Phenomenon of Mediation: Judicial Perspectives and an eye on the future, (The Journal of International Maritime Law, 15, 2009, s. 508-517). web: ([http://www.cpradr.org/Portals/0/Resources/Articles/The%20phenomenon%20of%20mediation%20-%20judicial%20perspectives%20and%20an%20eye%20on%20the%20future%20\(JIML\).pdf](http://www.cpradr.org/Portals/0/Resources/Articles/The%20phenomenon%20of%20mediation%20-%20judicial%20perspectives%20and%20an%20eye%20on%20the%20future%20(JIML).pdf), erişim: 19.10.2016).
- COAKLEY, Michael P. /
BEDIKIAN, Mary A.** : De-mystifying Securities ADR: Reform and Resurgence after McMahon, (Michigan Bar Journal, February 2007, s. 176-182).
- COHEN, Hilary Huebsch** : The Suitability Doctrine: Defining Stockbrokers' Professional Responsibilities, (Journal of Corporation Law, Summer 78, Vol. 3, Issue 3, s. 533-579).

COLOMBO, Giorgio Fabio: Alternative Dispute Resolution (ADR) in Italy: European Inspiration and National Problems, (Ritsumeikan Law Review, No. 29, 2012, s. 71-80).

COŞKUN, Yener : Küresel Kriz Dersleri Işığında Aracı Kurumlarda Finansal Dayanıklılığı Artıran Düzenlemelerin Gözden Geçirilmesi, (Ekonomi Bilimleri Dergisi, C. 2, S. 2, 2010, s. 157-165).

COTTONE, Philip S. : Mediating a FINRA Securities Case: A Practical Guide, PLI (NY) Course Textbook, Securities Arbitration, New York 2011.

CREUTZFELDT, Naomi : The Origins and Evolution of Consumer Dispute Resolution Systems in Europe, (Resolving Mass Disputes ADR and Settlement of Mass Claims, Edited by Christopher HODGES/Astrid STADLER, 2013, s. 223-247).

ÇAKIN, Tuğba : Yatırımcıların Korunması Kapsamında Aracılık Faaliyetlerinde İş Yapış Kurallarına İlişkin Yurtdışı Düzenlemeler ve Türkiye İçin Öneriler, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü, Ankara 2010.

ÇELİK, Kübra : Sermaye Piyasalarında Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Olarak Uzlaşma Kurumu, Yurtdışı Uygulamaları ve Türkiye İçin Öneriler, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü, İstanbul 2011.

ÇELİKOĞLU TOPEL, Cengiz: 6325 Sayılı HUAK'a Göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usûlleri İle İlişkisi, (Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. I, Ankara 2014, s. 669-723).

ÇETİN, Nusret /

TÖREMİŞ, Hatice Ebru /

- CANTİMUR, Zeynep** : 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Sistematik Analizi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- ÇETİN, Nusret** : Sermaye Piyasalarında Yatırımcı Uyuşmazlıklarının Çözümüne Yönelik Türk ve İngiliz Modellerinin Karşılaştırılması, (GÜHFD, C. XIII, Y. 209, S. 1-2, s. 21-40).
- DAĞLI, M. Kubilay/**
KENAVLI, Oya : Türk Sermaye Piyasalarında Uyuşmazlık Çözümleri, (İBD, C. 91, S. 6, 2017, s. 225-241).
- DAĞLI, M. Kubilay /**
ÇAKIR, Yasemin : Türk Sermaye Piyasasında Tahkim Uygulaması ve Etkinleştirilmesine Yönelik Öneriler, (Sayıştay Dergisi, Ocak-Mart 2009, S. 72, s. 27-50). (web: <http://dergi.sayistay.gov.tr/icerik/der72m2.pdf> erişim: 15.12.2016).
- DARENDELİ, Vahap** : Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi İçtihatları Işığında Adli Yargı Yerlerinde Görülen İdari Uyuşmazlıklar ve Davalar, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.
- DAVIS, Julian** : Judicial Review of the Financial Ombudsman Service: Permission to Proceed and the Availability of an Alternative Remedy, (Judicial Review, Vol:15:3, 2010, s. 263-266).
- DEMİR GÖKYAYLA, Cemile**: Aracı Kuruluşların İkinci El Piyasalarındaki Alım-Satıma Aracılık Faaliyetlerinden Doğan İspat Sorunları, (Prof.Dr. Mahmut Tevfik BİRSEL'e Armağan, İzmir 2001, s. 173-199).
- DEMİR, Şamil** : Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, Adalet Yayınevi, Ankara 2014. (DEMİR-Uzlaşma).

- DEMİR, Şamil** : Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu, (Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, Sümer Kitabevi, İstanbul 2014, s. 115-146). (DEMİR-Hukuki Sorumluluk).
- DOĞANAY, İsmail** : Türk Ticaret Kanunu ile Tatbikat Kanunu ve Tahkim Müessesesi, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1964.
- DOĞAR, Mehmet** : Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008.
- DOSS, Jason Ryan/**
- FRANKOWSKI, Richard Stansislaw**: The Practitioner's Guide to Securities Arbitration, American Bar Association, 2013.
- DUNNE, Peter** : Crossing the Legal Rubicon: The Battle for Control Over Oral Hearings at the Financial Services Ombudsman Bureau, (Hibernian Law Review 32, 2014, s. 32-57).
- DURSUN, Selman** : Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- DÜR, Orhan** : Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- EKŞİ, Nuray** :Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları, Beta Yayınları, İstanbul 2015. (EKŞİ-Tahkim Öncesi).
- EKŞİ, Nuray** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim (6100 sayılı HMK md. 407-444), Beta Yayınları, İstanbul 2013. (EKŞİ- HMK Tahkim).
- ERATALAY, Süleyman** : Öz Düzenleyici Kuruluşlar ve Uyuşmazlıkların Çözümünde Öz Düzenleyici Kuruluşların Rolü-Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği İçin Bir Örnek Statü, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü, Ankara 1998.

- ERBAŞ, C. Gökhan** : Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk, (Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Editörler: Tahir MURATOĞLU/M. Burak BULUTTEKİN, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 187-197).
- ERDİNÇ, Tahsin** : Ombudsman ve Türkiye’de Kamu Denetçiliği, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015.
- ERDOĞAN, Ersin /**
ERZURUMLU, Nurbanu : Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye’nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı, SETA Yayınları, Ankara 2016, s. 1-65). (web:<http://setav.org/assets/uploads/2016/12/Turkiyenin-Arabuluculuk-Tecrubesi-PDF.pdf>, erişim: 1.2.2017).
- ERDÖNMEZ, Güray** : Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- ERGÜN, Şebnem** : Borsa İşlemlerinden Doğan Zararların Tazmini, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlilik Etüdü, Ankara 1991.
- ERHÜMAN, Tufan** : Türkiye İçin Nasıl Bir Ombudsman Formülü?, (AÜHFD, Yıl: 2000, C: 49 S: 1-4, s. 155-180).
- ERİŞİR, Evrim /**
TEKİN, Ceren : Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Üzerine Kitap, (MİHDER 2008/1, S. 9, s. 131-165).
- ERMENEK, İbrahim** : Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Ön İnceleme, (İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. 2, S. 1, 2011, s. 139-175).
- ERMENEK, İbrahim** : Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri, (GÜHDF, C. XVII, Y.2013, S. 1-2, s. 563-630).
- FEINBERG, Kenneth R.** : Mediation-A Preferred Method of Dispute Resolution, (16 Pepperdine Law Review S.5, 1989, s. 5-42). web:

<https://digitalcommons.pepperdine.edu/cgi/viewcontent.cgi? article= 1780&context=plr> , erişim:10.4.2018.

- FERRAN, Eilis** : Dispute Resolution Mechanisms in the UK Financial Sector (Civil Justice Quarterly 2002, 21, s.135-155).
- FLEMING, Michael J. /**
SARKAR, Asani : The Failure Resolution of Lehman Brothers, Federal Reserve Bank of New York Economic Policy Review, December 2014, s. 175-206).
- FOLSBERG, Jay /**
TAYLOR, Alison : Mediation, A Comprehensive Guide To Resolve Conflicts Without Litigation, Jossey-Bass; 1st Edition, San Francisco 1984.
- FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER:** Financial Services: Investigations and Enforcement, Bloomsbury Professional, Great Britain 2014.
- GILAD, Sharon** : Juggling Conflicting Demands: The Case of the UK Financial Ombudsman Service, (Journal of Public Administration Research and Theory 19 (3), 2009, s. 661-680). (GILAD-Financial).
- GILAD, Sharon** : Accountability or Expectations Management? The Role of Ombudsman in Financial Regulation, (Law and Policy, Vol: 30, Issue 2, April 2008, s. 227–253). (GILAD-Ombudsman).
- GİRGİN, Arzu** : Borsa Üyeleri ile Menkul Kıymet Yatırımcıları Arasındaki Uyuşmazlıklar, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 1996.
- GOODMAN, Allan H.** : Basic Skills For The New Mediator, Solomon Publications, Second Edition, Maryland 2005.
- GÖKSU, Mustafa** : Mandatory Mediation in labour disputes, (Press Academia Procdia (PAP), Vol.3, 2017, s. 378-386).

GÖRGÜN, Şanal /

KODAKOĞLU, Mehmet : 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 2. Bası, Ankara 2012.

GRANT, J. Kirkland : Securities Arbitration for Brokers, Attorneys and Investors, Quorum Books, Westport, Connecticut, 1994.

GRAY, Kevin C. : Torts-Wagshal V. Foster: Mediators, Case Evaluators, and Other Neutrals- Should They Be Absolutely Immune? (University of Memphis Law Review, 759, Vol:26, 1996).

GREEN, Cameron : Jackson ADR Handbook, Bond University ADR Bulletin Vol. 12, No:3, 2010.

GRENIG, Jay E. : Alternative Dispute Resolution, Thomson West, Eagan, MN, 2015.

GROSS, Jill I. : (Securities Mediation: Dispute Resolution for the Individual Investor, (21 Ohio State Journal on Dispute Resolution 329 (2006), s. 329-381). (web: <http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/56/> erişim: 19.9.2016)

GÜRSEL, Meltem KUTLU : Sermaye Piyasası Kurulu'nun Denetimi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C7/Özel Sayı (2005), s. 493-554). (web: <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz7-ozel/PDF/gursel18.pdf> erişim: 11.3.2018).

GÜNER, Semih : Avukatlık Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

GÜNGÖR, Gülin : Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.

HANAĞASI, Emel : Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

- HASIRCI, Hakan** : Medenî Usul Hukuku Bağlamında Tabiî Hâkim İlkesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013.
- HAZEN, Thomas Lee** : Treatise on the Law of Securities Regulation, 7th (Practitioner Treatise Series), Thomson West, 2016.
- HEINTZ, Jean-Jacques** : Alternatif İhtilaf Çözüm Yollarına Genel Bakış, (Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu, Ankara, 3-5 Nisan 2006, s. 21-25).
- HOBLLIN, Philip J.** : Securities Arbitration: Procedures, Strategies, Cases, New York Institution of Finance; Subsequent Edition, New York 1992.
- HODGES, Christopher/
STADLER, Astrid** : Resolving Mass Disputes: ADR and Settlement of Mass Claims, Edward Elgar Publications, 2013.
- HODGES, Christopher** : Collective Redress in Europe: The New Model, (Civil Justice Quarterly, 29 (3), 2010, s. 370-395).
- HODGES, Christopher/
BENÖHR, Iris/
CREUTZFELDT-BANDA, Naomi** : European Civil Justice Systems, Consumer-to-Business ADR Structures: ^[1] Harnessing the Power of CADR for Dispute Resolution and Regulating Market Behaviour, The Foundation for Law, Justice and Society, Oxford 2012.
- ILDIR, Gülgün** : Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Seçkin Yayınları, Ankara 2003. (**ILDIR-ADR**).
- İldır, Gülgün** : Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü (75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 385-401). (**ILDIR-Hak Arama Özgürlüğü**).
- İNCEOĞLU, Mehmet Murat** : Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.

- İYİLİKLİ, Ahmet Cahit** : Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- JOHNSEN, Joan Stearns** : Mediation in the Futures Industry, (Alternative Dispute Resolution in the Futures Industry, JurisNet, New York, 2013, s. 93-107).
- JOHNSEN, Joan Stearns** : Telephonic Mediation An Overview, (American Bar Association Section of Dispute Resolution Ninth Annual Spring Conference “ADR in Bloom” Washington, D.C. April 25-28, 2007, s. 1-7). (JOHNSEN-Overview).
- KALKAN, Onur/
ONUR, Mehmet** : Yatırımcının Korunması Kapsamında Yatırım Kuruluşlarının İç Denetim Faaliyetleri ve Öneriler, (Bankacılar Dergisi, S. 103, Aralık 2017, s. 57-81).
- KALKAN, Onur** : Anonim Şirketlerde Şirket-İç İ Uyuşmazlık Çözümünde Arabuluculuk, (Legal Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C. 6, S. 22, s. 565-582).
- KALPSÜZ, Turgut** : Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, 2. Bası, BATHAE, Ankara 2012.
- KAPLAN, Yavuz** : Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış, (Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 28, S. 1-2, Y. 2008, s. 115-146).
- KARA, Mustafa Sencer** : Sermaye Piyasası Aracılık faaliyetlerinde Yatırımcının Korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006.
- KARADAŞ, İzzet** : 6100 Sayılı HMK’nda Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- KARCI, Şükrü Mert** : Ombudsman İskandinav Modelleri ve Türkiye Uygulaması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- KARSLI, Abdurrahim** : Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Basım, Alternatif Yayınları, İstanbul 2012.

- KARYAĞDI, Müjgan** : Amerika Birleşik Devletleri’nde Uygulanmakta Olan Arabuluculuğun Yasal Düzenlemesi ve Türk Hukuku ile Mukayesesi, (GÜHFD, C. XI, Sa.1, 2, Y.2007, s. 919-964).
- KARYAĞDI, Müjgan / ÖZTÜRK, İlhami** : Vergi ve Sermaye Piyasası Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul Altın Borsası Yayınları, İstanbul 2009.
- KARACABEY, Kürşat** : Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, (ABD, 2016/1, s. 458-489).
- KARATAŞ, İzzet** : Uygulamada İhtiyari Tahkim, Turhan Kitabevi, Ankara 1999.
- KATSORIS, Constantine N.:** Roadmap to Securities ADR, (Fordham Journal of Corporate & Financial Law, Vol. 11, Number 2, 2006, s. 413-524).
- KAVASOĞLU, Abdurrahman** : Alman Usul Hukukunda Uyuşmazlıkların Mahkeme Dışı Çözüm Yolları ve Mediation, (İÜHFM C. LXVIII, S.1-2, s. 197 - 218, 2010).
- KEKEÇ, Elif Kısmet** : Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- KEKEÇ, Elif Kısmet** : Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Uygulanan Temel Taktikler, (Haluk KONURALP Anısına Armağan, C. 1, Ankara 2009, s. 519-552).
- KEMPSON, Elaine / COLLARD, Sharon/ MOORE, Nick** : Fair and reasonable, An assessment of the Financial Ombudsman Service, Personal Finance Research Centre University of Bristol, 2004.
- KENYON, Andrew T. /**

- RICHARDSON, Megan** : New Dimensions in Privacy Law-International and Comparative Perspectives, Cambridge University Press, United Kingdom, 2006.
- KESER, Salih** : Medeni Yargılama Hukukunda Delil Başlangıcı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- KESTANE, Doğan** : Çağdaş Bir Denetim Organizasyonu Olarak Ombudsmanlık (Kamu Denetçiliği), (Maliye Dergisi, Sayı: 151, Temmuz-Aralık 2006, s. 128-142).
- KIRCA, İsmail** : Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara 2000.
- KIYAK, Emre** : Arabuluculuk Sonunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği, (TAAD, C: 6, S: 21, 2015, s. 523-548).
- KONURALP, Cengiz Serhat:** Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2011. (KONURALP-Tahkim).
- KONURALP Haluk /**
- KONURALP, Aynur** : Borsa Uyuşmazlıkları, (Prof.Dr. Ali BOZER'e Armağan, BATHAE, Ankara 1998, s. 591-608).
- KONURALP, Haluk** : Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Yetkin Yayınları, Ankara 2009. (KONURALP-İspat Kuralları).
- KONURALP, Haluk** : Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009. (KONURALP-Delil Başlangıcı). (KONURALP-Delil Başlangıcı).
- KURU, Baki/**
- ARSLAN Ramazan/**
- YILMAZ, Ejder** : Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 25. Baskı, Ankara 2014.

- KURU, Baki** : İstinaf Sistemine Göre Yeniden Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017. (KURU-Medeni Usul).
- KURU, Baki** : Hukuk Muhakemeleri Usulü C. V, 6. Basım, Demir-Demir Yayıncılık, İstanbul 2001.
- KURU, Baki** : Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüşler ve Öneriler, (MİHDER, 2010/2, s. 237-246). (KURU-Tasarı).
- KURU, Baki /**
BUDAK, Ali Cem : Tespit Davaları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- KURT KONCA, Nesibe** : Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, (SETA Perspektif, Aralık 2018, Sayı:225, s. 1-6).
- KUTLU GÜRSEL, Meltem** : İdari Yargının Görev Alanı ve Borsa Uyuşmazlıkları, (2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Danıştay Yayını, 2000, s. 207-217).
- KUTLU GÜRSEL, Meltem** : Sermaye Piyasası Kurulu'nun Denetimi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, Özel Sayı (2005), s. 493-554).
- KWON, Hyung Kyun** : Adopting Med-Arb to FINRA: The New Avenue for Securities Disputes, (Dispute Resolution Journal, Vol. 71, No.1, 2016, s. 123-135).
- KWON, Hyung Kyun** : Med-Arb Adoption in Securities Law Disputes: Advantages and Costs, (Concordia Law Review: Vol. 2, No. 1, Article 3, 2017, s. 44-68).

LANDERKIN Hugh F /

PIRIE, Andrew J

: What's the Issue? Judicial Dispute Resolution in Canada, (Law in Context, Vol:22, Issue:1, 2005, s. 25-63).

LANDRY Sherry

: Med-Arb: Mediation with a Bite and an Effective ADR Model, Defense Counsel Journal 63(April):263-9, 1996.

LIND E., Allan /

TYLER, R. Tom

: The Social Psychology of Procedural Justice, Springer Science+Business Media, New York 1988.

LINDEN, John

: The Expert Mediator Versus The Subject Expert, November 2004: (web: <http://www.mediate.com/articles/linden20.cfm?nl=66>, erişim:1.2.2017).

LIPNER, Seth E. /

LONG, Joseph C.

: Securities Arbitration Desk Reference, Thomson West, Eagan, MN 2015.

LIPTON, David A. ^[L]_[SEP]

: Broker-Dealer Regulation, (Vol. 15 & 15A, Securities Law Series), Thomson West, Eagan, MN 2016.

MacNEIL, Iain

: Consumer Dispute Resolution in the UK Financial Sector: The Experience of the Financial Ombudsman Service, (Law and Financial Markets Review, Vol. 1, 2007, Issue 6, s. 515-524). (**MacNEIL**-CDR).

MacNeil, Ian

: Broad Standards As a Vehicle for Consumer Rights: The Case of Financial Products in United Kingdom, (The Future of Consumer Credit Regulation Creative Approaches to Emerging Problems, (Editors: Michelle KELLY/Louw,James P. Nehf/Peter ROTT, 2008, s. 29-48).

MANN, V. James

: The Mediation Paradox: Collaborative Combat, JAMS (Nov. 2011). (web: <https://www.jamsadr.com/files/uploads/documents/articles/mann-mediation-paradox-2011.pdf> erişim: 8.8.2018).

- MANAVGAT, Çağlar** : Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, BATHAE, 1. Baskı, Ankara 2016.
- MASUCCI, Deborah** : Securities Arbitration- A Success Story: What Does the Future Hold?, (Wake Forest Law Review, Vol.31, Number 1, 1996, s. 183-203).
- McDERMOTT, E. Patrick /**
OBAR, Ruth : What's Going On” In Mediation: An Empirical Analysis Of The Influence Of A Mediator's Style On Party Satisfaction And Monetary Benefit, (Harvard Negotiation Law Review, Spring 2004, Vol. 9, s. 75-115).
- McLEAN, David J. /**
WILSON, Sean-Patrick : Compelling Mediation in the Context of Med-Arb Agreements, Dispute Resolution Journal 63(3), 2008, s. 28-34).
- MEIJER, Gerard. J. /**
PERERA-DE WILT, Camilla M. L. : Fostering Stability and Confidence in the Financial Markets-A Global Affair: P.R.I.M.E. Finance, Hague Yearbook of International Law, Vol. 25, 2012.
- MEMİŞ, Tekin/**
TURAN, Gökçen : Sermaye Piyasası Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2015.
- MERRICKS, Walter** : Financial Ombudsman Service: Not Just An Alternative To Court, (Journal of Financial Regulation and Compliance, Vol. 15, No:2, 2007, s. 135-142).
- MITCHELL, Caroline** : The Financial Ombudsman Service -A Fair and Reasonable Alternative to the Court, (European Journal of Commercial Contract Law, 2011–3/4, s. 65-74).
(web:<http://www.ingentaconnect.com/content/plp/ejccl/2011/00000003/F0020003/art00001?crawler=true&metatype=application/pdf>, erişim:10.8.2017).

- MOLONEY, Niamh** : How To Protect Investors, Lessons From the EC and the UK, Cambridge University Press, New York 2010.
- MOORE, Christopher W.** : Arabuluculuk Süreci (The Mediation Process) (Çeviri Editörleri: Tarkan KAÇMAZ/Abbas TÜRNUKLÜ, Nobel Yayınları, Ankara 2016).
- MORRIS, Philip E.** : The Financial Ombudsman Service and the Hunt Review: Continuing Evolution in Dispute Resolution, (The Journal of Business Law, Issue 8, 2008, s. 785-809).
- MURADOVA, Djahan** : Ombudsmanlık Kurumu ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013.
- NOLAN-HALEY, Jacqueline** : Informed Consent in Mediation: A Guiding Principle for Truly Educated Decisionmaking, (Notre Dame L. Rev. 775 (1998-1999), Vol. 74:3, s. 775-840).
- NOMER, Ergin /**
EKŞİ, Nuray /
- ÖZTEKİN-GELGEL, Günseli** : Milletlerarası Tahkim, Beta Yayınları, 3. Bası, İstanbul 2003.
- ODYAKMAZ, Zehra** : İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları, (Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu, Ankara, 3-5 Nisan 2006, s. 63-83).
- OEHMKE/ Thomas H.**
BROVINS, Joan M. : Arbitrating and Mediating Customer Securities Disputes at FINRA, (American Jurisprudence Trials Eagan, MN, 2008), westlaw.
- OĞUZMAN, Kemal/**
BARLAS, Nami : Medeni Hukuk, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2010.

- OKUTAN NILSSON, Gül** : Sermaye Piyasası Hukukunda Birleşme Amaçlı Ortaklık, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- ÖNEN, Ergun** : Medeni Yargılama Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara 1979.
- ÖNEN, Ergun** : Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, AÜHF Yayınları, Ankara 1972.
- ÖZBAY, İbrahim** : Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, (EÜHFD, C. X, S. 3-4, 2006, s. 459-475).
- ÖZBAY, Çiğdem** : Aracı Kurumlar Tarafından Hazırlanan Standart Sözleşmeler Karşısında Yatırımcıların Korunması, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü, Ankara 1999. (ÖZBAY-Aracı Kurum).
- ÖZBEK, Mustafa Serdar** : Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, (Prof.Dr Ali Rıza OKUR'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2014, C. 20, s. 1119-1156).
- ÖZBEK, Mustafa Serdar** : Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler, (AÜHFD/2006, C. LV, S. 1, s. 207-292).
- ÖZBEK, Mustafa Serdar** : Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. I, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 128. (ÖZBEK-C. I).
- ÖZBEK, Mustafa Serdar** : Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. II, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- ÖZBEK, Mustafa** : Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk, (Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı, s. 107-154). (ÖZBEK-İlkeler).
- ÖZBEK, Mustafa** : Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, (AÜHFD, C. 51, Sa. 2, 2002, s. 121-162).

- ÖZBEK, Mustafa** : Avrupa’da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması (Prof.Dr. Özer SELİÇİ’ye Armağan, Ankara 2006, s. 441-502).
- ÖZBEK, Mustafa** : Uzman Görüşünün Yargılamada Değerlendirilmesi, (TNB Hukuk Dergisi, 2017, Y. 4, S.1, s. 63-163).
- ÖZDEN, Kemal** : Ombudsman (Kamu Denetçisi) ve Türkiye’deki Uygulamalar, Seçkin Yayınları, Ankara 2010.
- ÖZEKES, Muhammet** : Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- ÖZER, Işık** : Sermaye Piyasasında İşlem Yapan Yatırımcıların Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Korunup Korunamayacakları Sorunu Üzerine Bir İnceleme, (BATİDER, C. XXXIV, S. 1, 2018, s. 37-92).
- ÖZKAN, Aşlı** : Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, (Sermaye Piyasasında Gündem, Ocak 2007, S:53, s. 20-33).
- ÖZMUMCU, Seda** : Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- ÖZMUMCU, Seda** : Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış, (İÜHFM C. LXXIV, S. 2, 2016, s. 807-842).
- ÖZMUMCU, Seda** : Usuli Adalet (Procedural Justice) ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri (Alternative Dispute Resolution) Üzerine Bir Değerlendirme, (Prof. Dr. Ramazan ARSLAN’a Armağan, C. II, Ankara 2015, s. 1275-1301).
- ÖZTEK, Selçuk** : Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı’nın Tanıtımı, Tasarı Üzerine Genel Tartışma ve Değerlendirme, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-VI, Ankara 2008. (web: <http://tbbYayinlari>).

barobirlik.org.tr/TBBBooks/Medeni_Usul_6.pdf
erişim: 1.9.2016).

PALAS DAĞLI, Ezgi : Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği, (İdare Hukuku Açısından Sermaye Piyasası, Editor: Meltem Kutlu GÜRSEL, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 391-412).

PAPPAS, Brian A. : Med-Arb and Legalization of Alternative Dispute Resolution, Harvard Negotiation Law Review, Vol.20:157, Spring 2015, s. 157-203). (web: http://www.hnrlr.org/wp-content/uploads/HNR104_crop.pdf, erişim:11.10.2017).

PASLI, Ali : Yatırımcı mı Tüketici mi?, (4. Tüketici Hukuku Kongresi Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Ankara, Bilge Yayınevi, Ankara 2015, s. 624-637).

**PEKCANITEZ, Hakan/
ATALAY, Oğuz/**

ÖZEKES, Muhammet : Medenî Usûl Hukuku (Ders Kitabı), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017. (PEKCANITEZ/ATALAY/OZEKES-Ders Kitabı).

PEKCANITEZ, Hakan : Medeni Usul Hukuku Cilt II, (PEKCANITEZ-Usul, Editörler: Hakan PEKCANITEZ/Muhammet ÖZEKES/Mine AKKAN/Hülya TAŞ KORKMAZ, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017).

**PEKCANITEZ, Hakan/
YEŞİLIRMAK, Ali**

: Pekcanitez Usul - Medeni Usul Hukuku, C. II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

PEKCANITEZ, Hakan : Tüketici Sorunları Hakem Heyeti, (İzmir Barosu Dergisi, 1996/3, s. 40-58). (PEKCANITEZ-Tüketici).

- PEKCANITEZ, Hakan** : Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, (Hukuki Perspektifler Dergisi, 2005/5 s. 12-16). (PEKCANITEZ -Alternatif).
- POLAT, Malike** : Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.
- POLAT, Aytül İpek** : Finansal Ombudsman Hizmeti, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü, Ankara 2007.
- POSER, Norman S. / FANTO, James A./** : Broker Dealer Law and Regulation, Wolters Kluwer, New York 2007 (2016 Supplement).
- POSTACIOĞLU, İlhan** : Medeni Usul Hukuku Dersleri, Sulhi Garan Matbaası, 6. Bası, İstanbul 1975.
- POSTACIOĞLU, İlhan** : Türk Hukukunda Hükümlerin Tavzihi, (Muammer Raşit SEVİĞ'e Armağan, s. 295-302). (POSTACIOĞLU-Tavzih).
- QC SPEAIGHT, Anthony/ HAMILTON, Peter** : Restoring The Rule of Law to Financial Services Compensation, The Defects of the Financial Ombudsman Service and Constructive Proposals for Reform, 2011, (web: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachmentdata/file/81413/consult_finregresponses_0a.pdf erişim:12.2.2017)
- ROBBINS, David E.** : Securities Arbitration Procedure Manual, Mathew Bender, 5th Edition, New York 2015.
- ROSENBERG, D. Joshua/ FOLBERG, H. Jay** : Alternative Dispute Resolution: An Ampirical Analysis, (Stanford Law Review Vol. 46, No:6, July 1994, s. 1487-1551).

- RUDER, David S.** : The Arbitration Policy Task Force Report-A Report Card, 2007. web: <https://www.finra.org/sites/default/files/Industry/p036466.pdf> erişim: 13.11.2017).
- SAMUEL, Adam** : With Arbitration Facing Restrictions, its time to look at a UK Solution for Consumer Disputes, ([Alternatives to the High Cost of Litigation](#), Vol.28, Issue 5, May 2010, s. 105-118).
- SARISÖZEN, Serhat** : Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Getirdikleri, İcra Edilebilirlik Belgesi ve Arabuluculuğun Avukatın Tekel Hakkına Aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu, EÜHFD, Cilt: XV, Sayı: 1-2, (2011).
- SCHERPE, Jens M./**
MARTEN, Bevan : Mediation in England and Wales Regulation and Practice, (Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, Editors: Klaus J. HOPT/Felix STEFFEK, Oxford University Press, Oxford 2013).
- SCHWARCZ, Daniel Benjamin** : The British Approach to Consumer Financial Disputes: A Model for Reform in Insurance Law and Beyond, (*ExpressO* (2008), s. 1-61). (web: http://rmi.robinson.gsu.edu/wp-content/blogs.dir/185/files/2013/10/Schwarcz_SSRN-id1183482-1.pdf, erişim: 14.12.2016).
- SEMİZOĞLU, Hakan** : Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yasa Tasarısı Kapsamında, Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebilecekleri İş veya İşlemlerden Doğan Özel Hukuk Uyuşmazlıkları, (İBD, Y: 2008, C: 82, S: 5, s. 2411-2415).
- SEZEN, Seriya** : Ombudsman: Türkiye İçin Nasıl Bir Çözüm?, (Amme İdaresi Dergisi, C: 34, S. 4, 2001, s. 71-96).

- SHERMAN, Edward F.** : Court-Mandated Alternative Dispute Resolution: What Form of Participation Should Be Required?, SMU Law Review, Vol:46, 1993, s. 2081-2111).
- SOO, Gary / ZHAO, Yun / CAI, Dennis** : Better Ways of Resolving Disputes in Hong Kong-Some Insights From The Lehmanbrothers Related Investment Product Dispute Mediation and Arbitration Scheme, (The Journal of International Business & Law, s. 137-152). (Web: https://law.hofstra.edu/pdf/academics/journals/jibl/jibl_vol9no1_soo_zhao_cai_hong_kong.pdf, erişim:23.1.2018).
- SUMER, Ayşe** : Türk Sermaye Piyasası Hukuku, Alfa Yayınları, İstanbul 1999.
- SUMMER, Judith** : Insurance Law and the Financial Ombudsman Service, Informa Law from Routledge; 1st Edition, Great Britain 2010.
- SUNGURTEKİN-ÖZKAN, Meral** : Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, (MİHDER, 2005/2, s. 353-369). (SUNGURTEKİN-Uzlaşma).
- SUSSMAN, Edna** : Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process, (New York Dispute Resolution Lawyer, Spring 2009, Vol. 2, No. 1, s. 71-74).
- ŞENOL, Ömer Faruk** : Hukuki Açıdan Bankaların Tezgahüstü Piyasada Taraf Olduğu Türev İşlemler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- ŞİPKA, Şükran** : Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, (İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y:6, S:12, Güz 2007/2, s. 163-175).

- TAN DEHMEN, Mine** : Tahkim Öncesi Müzakere ya da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi, (MHB, Y:2005-2006, s. 451-471).
- TAN, Turgut** : Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu, (Prof.Dr. Ahmet Türk'e Armağan, Sermaye Piyasası Kurulu 1996, s. 1-15).
- TAN, Turgut** : Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Turhan Kitabevi, Ankara 2015. (TAN-Ekonomik Kamu).
- TANER, Berna/
AKKAYA, Cenk** : Sermaye Piyasası Faaliyet Alanı ve Menkul Kıymetler, Detay Yayıncılık, Ankara 2009.
- TANÖR, Reha** : Türk Sermaye Piyasası, C. I, Taraflar, Beta Yayınları, İstanbul 1999.
- TANRIVER, Süha** : Medeni Usul Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Yetkin Yayınları, Ankara 2016. (TANRIVER-Medeni Usul).
- TANRIVER, Süha** : Türk Hukuku Bağlamında Çekişmesiz Yargı ve Noterlik, (Noterlik Hukukuna İlişkin İncelemeler, 1993-2011, Ankara 2011, s. 147-160).
- TANRIVER, Süha** : Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, (TBBD, S. 2006/64, s. 151-177). (TANRIVER-ADR ve Arabuluculuk).
- TANRIVER, Süha** : Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, (Fikret EREN'e Armağan, Ankara 2006, s. 821-847). (TANRIVER-Sosyolojik Bakış).
- TANRIVER, Süha** : Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi (ICC Türkiye Milli Komitesi, Milletlerarası Tahkim Semineri, 21 Mart 2008, Ankara, s. 77-106).

- TANRIVER, Süha** : Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açıdan İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi, (Prof.Dr. Fırat ÖZTAN’a Armağan C. II, Ankara 2010, s. 2025-2036).
- TANRIVER, Süha** : Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi, (Makalelerim II (2006-2010), Ankara 2011, s. 183-211).
- TANRIVER, Süha** : Medeni Usul Hukukunda Derdestlik, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.
- TANRIVER, Süha** : İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.
- TAO, Christopher** : Exchanging Shares To Settle A Lawsuit: Should A Confidentiality Agreement Bar Evidence of Securities Fraud?, (Cardozo Journal of Conflict Resolution, Vol. 14:, 2013, s. 973-998).
- TAŞPINAR, Sema** : Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2001.
- TAŞPINAR AYVAZ, Sema** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis** : Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yüksek Lisans Tezi, Yüksek Lisans Tezi, 2009.
- TEKİNALP, Ünal** : Banka Hukukunun Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

- TEVETOĞLU, Mete /**
KAYNAK KOÇ, Selva : Sermaye Piyasasında Bir Uyuşmazlık Tipi Olarak Churning, (İBD, C. 86, Eylül-Ekim 2012, s. 186-197).
- TEVETOĞLU, Mete** : Sermaye Piyasasında Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim, Adalet Yayınevi, Ankara, Ekim 2010.
- THOMAS, David /**
FRIZON, Francis : Resolving Disputes Between Consumers And Financial Businesses: Fundamentals for a Financial Ombudsman, (The World Bank Global Program on Consumer Protection and Financial Literacy January 2012, s. 1-75), (web:http://siteresources.worldbank.org/EXTFINANCIALSECTOR/Resources/Financial_Ombudsmen_Vol1_Fundamentals.pdf erişim tarihi: 18.9.2017).
- TOPUZ, Gökçen** : Tüketici Mahkemeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- TOPUZ, Gökçen** : Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- TOPUZ, Gökçen** : Türkiye Futbol Federasyonu Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun Yargı Yetkisi Üzerine Düşünceler, (Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi C. 19, Özel Sayı-2017, s. 1901-1926).
- TUNCER, Selahattin** : Kamu Denetçiliği Kurumu Yasası Yürürlüğe Girdi, (Yaklaşım Dergisi, Y: 14 S: 168, Aralık 2006, s. 9-15).
- TURAN, Gökçen** : Sermaye Piyasasında Bir Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Tahkimin Uygulanabilirliği ve ABD Sermaye Piyasasında Tahkimin Uygulanış Şekline Örnek Olarak NYSE ve NASD Düzenlemeleri, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü, Ankara 2002.

- TURNER, Caroline** : (Strechng The Doctrine Of Absolute Quasi-Judicial Immunity: Wagshal v. Foster), (George Washington Law Review, Vol:63, 1998).
- TÜRKYILMAZ KABAKTEPE, İpek:** Açıklamalı Arabuluculuk Kanunu ve Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2017.
- ULUKAPI, Ömer /**
KIYAK, Emre : Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Model Etik ve Uygulama Kuralları Çerçevesinde Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi, (Prof.Dr. Ramazan ARSLAN’a Armağan, C. II, Ankara 2015, s. 1645-1698).
- ULUSOY, Ali** : Bağımsız İdari Otoriteler, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.
- ULUSOY, Erol** : Finans Hukukunda Tahkim, (II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, 14 Şubat 2009, Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, s. 203-251).
- UMAR, Bilge** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- UMAR, Bilge** : Türk Medeni Usul Hukukunda İade-i Muhakeme, İÜHFM 1963, C. XXIX, S. 1-2, s. 261-297).
- UMAR, Bilge /**
YILMAZ, Ejder : İsbat Yüğü, İkinci Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1980.
- URY, William L. /**
BRETT, JEANNE M. /
GOLDBERG, Stephen B. : Getting Disputes Resolved, Jossey-Bass Inc. Publishers, San Francisco, 1993.
- USCA, Enver/**
TÖREMİŞ, Ebru : Adli Yargıda Açılan Davanın Aracı Kurumla Yatırımcı Arasındaki Uyuşmazlık Çözüm Prosedürüne Etkisi, (GÜHFD C. XV, Y. 2011, S. 1, s. 75-98).

USTA, Sefa /

AKINCI, Abdulvahap

: Kamu Yönetiminde Hesap Verebilirlik Mekanizması Olarak Ombudsmanlık Kurumu: Almanya Örneği, (Journal of Human Sciences, 13(2), 2016, s. 2735-2749).

ÜSTÜNDAĞ, Saim

: Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000.

ÜNAL, Oğuz Kürşat

: Aracı Kurumlar: Türk ve Amerika Birleşik Devletlerinde Aracı Kurumlar, Ankara 1997.

WALKER, Lucy

: Accessing Compensation, (McMeel and Virgo On Financial Advice and Financial Products, Oxford University Press, 3rd Edition, New York 2014, s. 717-786).

WEIXIA, Gu

: ADR and Financial Disputes In Hong Kong: The Lehman Brothers Experience And The Way Forward, (Asian Dispute Review January 2011, s. 20-23).

WELSH, Nancy A.

: Remembering the Role of Justice in Resolution: Insights from Procedural and Social Justice Theories, (Journal of Legal Education, Vol. 51, Number 1, March 2004, s. 49-59) NASD Dispute Resolution, Inc., Dispute Resolution Statistics, Results of Customer. Claimant Arbitration Award Cases, web: <http://www.nasd.com/web/idcplg?IdcService=SSGETPAGE&nodeId=516&ssSourceNodeid=12> erişim: 20.9.2017).

WESSELS, Bob

:Mediation in Restructuring and Insolvency, (Eurofenix, Spring 2016, s. 24-25). (web: <file:///Users/onur/Downloads/SR - Int - Mediation in Restructuring and Insolvency. pdf> erişim:23.11.2017).

WEYL, Stephen /

OGDEN, Rudolph W.

: Lehman Alternative Dispute Resolution Procedures: A Path To Swap Monetization, October 2009.

WILLIS, Tony /

QC, William Wood : Alternative Dispute Resolution, (International Financial Disputes Arbitration and Mediation, Editorler: Jeffrey GOLDEN/Carolyn LAMM, 2015, s. 71-81).

YAKUT, Bahadır : Arabuluculuğun Kanunla Düzenlenmesi Bakımından Amerika Birleşik Devletleri Örneği, (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S:1, Ankara, Nisan 2010, s. 29-79).

YAKUT, Bahadır : Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ve Arabuluculuk, (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 67-68, s. 35-63).

YANG, Stephanie : 5 Years Ago Bernie Madoff Was Sentenced to 150 Years In Prison—Here's How His Scheme Worked, 2014.

YASAMAN, Hamdi : Sermaye Piyasası ve Menkul Kıymetler Borsası ile İlgili Bazı Hukuki Sorunlar, İMKB ve TKHD tarafından ortak olarak düzenlenen Ekonomik ve Hukuki Açından Sermaye Piyasası ve Menkul Kıymetler Borsası, 1996.

YASİN, Melikşah : Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002. (YASİN-Sermaye Piyasası).

YASİN, Melikşah : İdari Yargılama Usulünde İspat, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015. (YASİN-İspat).

YAZICI TIKTIK, Çiğdem : Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

YEAZELL, Stephen C. : Civil Procedure, 8th Edition, Aspen Casebook Series, New York 2012.

YEĞENGİL, Rasih : Tahkim (l'arbitrage), İstanbul 1974.

YEŞİLIRMAK, Ali : Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

- YEŞİLOVA, Bilgehan** : Yargılama Diyalektiği Ve Silahların Eşitliği, (TBB Dergisi, Sayı 86, 2009, s. 47-101).
- YILDIRIM, Mehmet Kamil** : İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözümü Hakkında, (Prof.Dr. Yavuz ALANGOYA İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 337-360). (YILDIRIM- Mahkeme Dışı).
- YILDIRIM, Mehmet Kamil**: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1990. (YILDIRIM- Delillerin Değerlendirilmesi)
- YILDIZ, Burçak** : Sermaye Piyasası Hukukunda Genel Yatırım Tavsiyesi Sunma Faaliyeti ve Yatırım Danışmanlığı Faaliyeti Kapsamında Yatırım Tavsiyeleri, BATHAE, Ankara 2016.
- YILMAZ, Ejder** : Medenî Yargılama Hukukunda Islah, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.
- YILMAZ, Ejder** : Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, (75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki KURU Armağanı, Ankara 2005, s. 843-856).
- YILMAZ, Ejder** : Arabuluculuğun Yasa ile Düzenlenmesi, (Makaleler (1973-2013), C. 2, Ankara 2014, s. 1949-1970).
- YÜZÜGÜLLÜ, Göksel** : Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011.

Kullanılan İnternet Kaynakları

web: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001H0310:EN:HTML>
web: http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/schemes_en.htm
web: http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/index_en.htm
web: ec.europa.eu/internal_market/fin-net/members_en.htm
web: www.fin-net.eu
web: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32002L0022>
web: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0492>
web: <http://www.cpadr.org>
web: <http://www.cedr.com>
web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF>
web: <https://www.finra.org/arbitration-and-mediation/Mediation/Overview>
web: http://www.finra.org/web/groups/rules_regs/documents/rules_regs/p036466.pdf
web: http://www.info.gov.hk/hkma/eng/new/lehman/lehman_dispute_f.htm
web: <http://www.finra.org/Newsroom/NewsReleases/2013/P197693>
web: http://info.gov.hk/hkma/eng/new/lehman/lehman_dispute_f.htm



ABSTRACT

Disputes arising from financial markets are characterised as complex issues requiring peculiar solutions as well as technical knowledge. Some of the main underlying reasons are peculiarities stemming from legal nature of activities conducted by financial institutions, technical aspects and complexity of financial markets. Efforts for new legal regulations have recently gained momentum in the context of protection of investors in financial services sector. Different approaches to solution systems regarding financial disputes are linked to diverse legal, regulatory and judicial background of the USA, England and Turkey. As cross-border public offerings and investment institutions operating at a global scale get more sophisticated and international capital markets get intertwined, disputes between investment firms-investor take place frequently. In this environment, the solution of the disputes through mediation offers less formal and low-cost approach.

In the first chapter of this study, the parties involved in many type of disputes in capital markets are to be mentioned. Afterwards, mediation practices that are carried out in hedge fund disputes exercised in the US and mediation practices in commodity futures and structured notes are to be discussed. In this way, a general framework is to be drawn up regarding disputes that are likely to arise in capital markets, and the compensation scheme that was written concerning especially the structured products like mini-bonds that were structured during the period following the bankruptcy of Lehman Brothers is to be explained in detail. Additionally, the contribution of a roadmap to be applied in the resolution of the capital markets disputes is to be revealed.

In the second chapter of this study, several explanations regarding judicial function that is among main functions of the state, and concept of disputes in dispute resolution are provided. Afterwards, admissibility of arbitration within the framework of alternative dispute resolution methods and concept of compulsory mediation are discussed, referring to practises in European Union and the USA comparatively.

In the third chapter of this study, mediation rules which is under the administration of Financial Industry Regulatory Authority in United States, and principles that should be deemed as fundamental in solving disputes arising from various capital markets instruments are presented. As sector mediation rules have not been created in Turkish law with regard to capital markets disputes, provisions of Law on Mediation in Legal Disputes are taken as a basis.

In the fourth chapter of this study, the Financial Ombudsman Service, set up by Parliament, is to be discussed comparatively, as the Financial Ombudsman Service in English Common Law bears resemblance to the analysis of Borsa Istanbul A.Ş. and The Turkish Capital Markets Association.

In the last chapter of the study, the issues that are taken into account by authorities for complaints during the examination of the award given by authorized bodies are to be clarified as well as subject matter that arise depending on the assessment of the procedural issues in practice and on legal nature of awards by Capital Markets Board of Turkey.



ÖZET

Finansal piyasalarda ortaya çıkan uyuşmazlıklar genel olarak karmaşık, çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektirir niteliktedir. Bunun altında yatan temel nedenlerden bazıları, finans kurumları tarafından yürütülen faaliyetlerin hukuki niteliğinden kaynaklanan özellikler, finans piyasalarının teknik boyutu ve karmaşıklığı olarak sıralanabilecektir. Finansal hizmetler alanında yatırımcıların korunması bağlamında son dönemde hukukumuzda yeni yasal düzenleme çalışmalarına hız verilmiştir. Finansal uyuşmazlıkların çözüm sistemlerine ilişkin farklı yaklaşımlar ABD, İngiltere ve ülkemizin farklı yasal, düzenleyici ve yargı geçmişinden kaynaklanır. Özellikle sınır-ötesi halka arzlar ve global ölçekte faaliyet gösteren yatırım kuruluşları karmaşıktıkça ve uluslararası sermaye piyasalarıyla iç içe geçtikçe yatırım kuruluşu-yatırımcı uyuşmazlıkları sıkça gerçekleşmektedir. Bu ortamda uyuşmazlıkların arabuluculuk temelli çözümü hukuk mahkemesine nazaran daha az formal ve düşük maliyetli bir yaklaşım sağlar.

Çalışmamızın birinci bölümünde sermaye piyasası uyuşmazlıklarının taraflarına ve uyuşmazlık türlerine değinilmesini müteakiben ABD uygulama alanı bulan hedge fon uyuşmazlıklarında, vadeli işlemler ve yapılandırılmış tahvil uyuşmazlıklarında arabuluculuk faaliyeti uygulamalarına yer verilecektir. Bu suretle, sermaye piyasasında ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıklara ilişkin genel bir çerçeve çizilecek olup, özellikle Lehman Brothers'ın iflasından sonraki süreçte yapılandırılmış tahvillere ilişkin çözüm planı ayrıntılı biçimde açıklanarak, sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümünde uygulanacak yol haritasının uyuşmazlıkların giderilmesine katkısı ortaya konulacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde uyuşmazlıkların çözümünde Devletin başlıca fonksiyonları arasında yer alan yargı fonksiyonuna ve uyuşmazlık kavramına dair açıklamalarda bulunulacaktır. Sonrasında tahkim kurumunun alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kapsamında değerlendirilebilirliği ve zorunlu arabuluculuk kavramlarına Avrupa Birliği ve Amerika uygulamasıyla karşılaştırmalı olarak yer verilecektir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ABD hukukunda Finans Sektörü Düzenleme Kurumu'nun (*Financial Industry Regulatory Authority, FINRA*) idaresi altındaki arabuluculuk kurallarına ve çeşitli sermaye piyasası araçlarından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde esas alınması gereken prensipler ortaya konulacaktır. Hukukumuzda sermaye piyasası uyuşmazlıkları açısından sektör arabuluculuk kuralları ihdas edilmediğinden, uyuşmazlık çözümünde Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hükümleri esas alınacaktır.

Çalışmamızın dördüncü bölümünde, İngiliz hukukundaki Finansal Ombudsman Hizmeti'nin, hukukumuzdaki Borsa İstanbul A.Ş. ve Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği incelemesiyle benzerlik taşıması nedeniyle, söz konusu kuruma karşılaştırmalı olarak yer verilmeye çalışılacaktır.

Çalışmamızın son bölümünde ise yetkilendirilmiş kurumlarca verilen kararın itiraz mercilerince incelenmesinde nazara alınana hususlara, uygulamada karşılaşılan usuli sorunların değerlendirilme biçimi ve Sermaye Piyasası Kurulu kararlarının hukuki niteliğine bağlı olarak uygulamada ortaya çıkan uyumsuzluk konularına açıklık getirilmeye çalışılacaktır.

