

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

SERMAYE ŞİRKETLERİNDE ZORUNLU ARABULUCULUK

DOKTORA TEZİ

Banu ULUSAN

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Güray ERDÖNMEZ

OCAK 2024

ÖNSÖZ

Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında doktora tezi olarak hazırlanan bu çalışma, Sermaye Şirketlerinde Zorunlu Arabuluculuk başlığını taşımaktadır.

Tez danışmanım olmayı kabul ederek beni onurlandıran, bilgisi ve bilgisini aktarım biçimiyle bana her zaman destek olan ve katkılarıyla beni aydınlatan değerli hocam Prof. Dr. Güray Erdönmez'e en içten teşekkürlerimi sunarım.

Tez izleme komitesinde yer alarak benden çok değerli katkılarını esirgemeyen sayın hocalarım Prof. Dr. Sıtkı Anlam Altay ve Prof. Dr. Hülya Taş Korkmaz ile jürimde yer alarak beni onurlandıran kıymetli hocalarım Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez ile Doç. Dr. Nur Bolayır'a sonsuz şükranlarımı sunarım.

Son olarak doktora sürecinde karşılaştığım her tür zorlukta yanımda olan, bugünlere erişmemde asla desteklerini esirgemeyen ve beni her zaman güvende hissettiren annem ve babam Filiz Ulusan ve Orhan Mehmet Ali Ulusan'a da her zaman en derin minnetlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	i
İÇİNDEKİLER	ii
KISALTMALAR	xii
RÉSUMÉ	xiii
ABSTRACT	xvii
ÖZET	xxi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ZORUNLU ARABULUCULUK KAVRAMI

1. Genel Olarak	4
1.1 Arabuluculuk Hakkında Genel Bilgiler	4
1.2 Zorunlu Arabuluculuk Hakkında Genel Bilgiler.....	10
1.2.1 Tanım	10
1.2.2 Zorunlu Arabuluculuğun Düzenlenme Şekilleri.....	11
1.2.3 Zorunlu Arabuluculuğun Getirdiği Yükümlülük ve Bu Yükümlülüğe Aykırılığın Olası Yaptırımları	13
1.2.4 Zorunlu Arabuluculuğun İşleyişi İçin Gerekli Hususlar	17
1.2.4.1 Taraflara Serbest Hareket Etme İmkânı Sağlanması... ..	17
1.2.4.2 Ölçülülük.....	18
1.2.4.3 Güç Dengesi	18
1.2.4.4 Zorunlu Arabuluculuğun Niteliği	19

1.2.4.5 Zorunlu Arabuluculuğun Tarafların Arabuluculuk Hakkındaki Çekincelerini Aşmalarındaki Rolü	20
1.2.4.6 Zorunlu Arabuluculuğun Geçici Olarak Düzenlenmesi Gerekliliği	21
1.2.5 Zorunlu Arabuluculuğun Avantajları ve Dezavantajları	22
2. Karşılaştırmalı Hukukta Zorunlu Dostane Uyuşmazlık Çözümü ve Zorunlu Arabuluculuk Kavramları.....	27
2.1 Almanya’da Zorunlu Uyuşmazlık Çözüm Yolları.....	27
2.1.1 Alman Hukukunda Arabuluculuk	27
2.1.1.1 Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ve Arabuluculuğun Alman Hukukundaki Yeri.....	28
2.1.1.2. Hâkimin Tarafları Uyuşmazlık Çözümüne Yönlendirmesi	30
2.1.2 Zorunlu Uyuşmazlık Çözümü	37
2.2 İsviçre’de Zorunlu Uyuşmazlık Çözüm Yolları.....	43
2.2.1. İsviçre Hukukunda Arabuluculuk	43
2.2.2 Mahkeme İçi Uyuşmazlık Çözüm Süreci.....	45
2.2.2.1 Genel Olarak Uyuşmazlık Çözüm Süreci	45
2.2.2.2 Uyuşmazlık Çözüm Sürecinin Uygulanamayacağı Haller	53
2.2.2.3 Uyuşmazlık Çözüm Sürecinin Sonuçlanması	56
a. Tarafların Anlaşması	56
b. Dava Aşamasına Geçilmesi İzni Verilmesi.....	58

c. Uyuşmazlık Çözüm Mercisinin Nihai Karar Tesisi Teklif Etmesi	62
d. Uyuşmazlık Çözüm Mercisinin Nihai Karar Vermesi.....	67
2.3 Amerika Birleşik Devletleri'nde Zorunlu Uyuşmazlık Çözüm Yolları....	70
2.3.1 Amerika Birleşik Devletleri Yargılama Sistemi ve Dostane Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Yaklaşımı	70
2.3.1.1 Amerika Birleşik Devletleri'nde Yargı Örgütü	70
2.3.1.2 Dostane Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Amerikan Hukukundaki Yeri	72
2.3.2 Amerika Birleşik Devletleri'nde Zorunlu Dostane Uyuşmazlık Çözüm Yolu Anlayışı	75
2.3.2.1 Florida	78
2.3.2.2 Kaliforniya	80
2.3.2.3 Illinois	84
2.3.2.4 New York	86
2.4 Kanada'da Zorunlu Uyuşmazlık Çözüm Yolları.....	88
2.5 Avustralya'da Zorunlu Uyuşmazlık Çözüm Yolları	91
2.6 Fransa'da Zorunlu Uyuşmazlık Çözüm Yolları.....	95
2.7 İtalya'da Zorunlu Uyuşmazlık Çözüm Yolları.....	96
2.8 Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi.....	99
3. Türk Hukuku'nda Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi.....	101
3.1 Türk Hukukunda Zorunlu Arabuluculuğun Gelişimi	101

3.2 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 18A, İş Mahkemeleri Kanunu m. 3 ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 73A Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk.....	102
3.3 Zorunlu Arabuluculuğun Medeni Usûl Hukukuna Hâkim İlkelerle İlişkisi.....	106
3.3.1 Adil Yargılanma Hakkı ve Hak Arama Hürriyetiyle İlişkisi ...	107
3.3.2 Usûl Ekonomisi İlkesiyle İlişkisi	117
3.3.3 Aleniyet İlkesiyle İlişkisi	123
3.3.4 Tasarruf İlkesi ve Yargılamanın Sevk ve İdaresi ile İlişkisi	126
3.3.4.1 Zorunlu Arabuluculuğun Kaynağını Bulduğu Yargılama Sistemi Bakımından.....	128
3.3.4.2 Tasarruf İlkesinin Maddî Hukuk ile Bağlantısı ve Arabuluculuğun Niteliği Bakımından	131
3.3.5 Dürüst Davranma Yükümlülüğüyle İlişkisi	133
3.3.5.1 İyi Niyetle Katılım (Good Faith Participation) Kavramı.....	133
3.3.5.2 Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 29 Hükmüyle Zorunlu Arabuluculuk Arasındaki İlişki	136

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK TİCARET KANUNU KAPSAMINDA DAVA ŞARTI OLARAK ZORUNLU ARABULUCULUK

1. Zorunlu Arabuluculuğun Uygulama Koşulları	141
1.1 Ticari Dava Olması	141
1.1.1 Genel Olarak Ticari Dava	141
1.1.2 Ticari Davaların Ticaret Mahkemelerindeki Yeri	147

1.1.2.1 Karşılaştırmalı Hukukta Ticaret Mahkemeleri ve Ticari Davalar	148
a) Almanya	149
b) İsviçre	151
c) Fransa	154
1.1.2.2 Türk Hukukunda Ticaret Mahkemeleri	157
1.1.3 Ticaret Mahkemelerinin İşlevselliği ve Zorunlu Arabuluculuk	160
1.2 Ticari Davanın Konusunun Bir Miktar Para Ödenmesine İlişkin Alacak ve/veya Tazminat Talebi Olması	166
1.2.1 Dava Konusu Kavramı	166
1.2.2 Türk Ticaret Kanunu m. 5A Hükmü Bakımından Dava Konusu	167
2. Zorunlu Arabuluculuğun Medeni Usûl Hukuku Bakımından Gösterdiği Özellikler	173
2.1 Dava Şartı Olması Bakımından	173
2.1.1 Dava Şartı Kavramı	173
2.1.2 Türk Ticaret Kanunu m. 5A Hükmüyle Düzenlenen Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi.....	174
2.2 Dava Türleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Gösterdiği Özellikler.....	180
2.2.1 Objektif Dava Birleşmesi	180
2.2.2 Belirsiz Alacak Davası	181
2.2.3 Kısmi Dava	183

2.2.4 Terditli Dava	184
2.2.5 Karşı Dava	187
3. Zorunlu Arabuluculuğun Ticaret Hukuku Bakımından Gösterdiği Özellikler.....	188
3.1 Basiretli Tacir Gibi Davranma ve Yönetim Kurulunun Özen Yükümlülüğü Bakımından.....	188
3.1.1 Basiretli Tacir Gibi Davranma Bakımından	188
3.1.2 Yönetim Kurulunun Özen Yükümlülüğü Bakımından.....	191
3.2 Ticari Sırların Korunması Bakımından	194
3.2.1 Ticari Sır Kavramı	194
3.2.2 Türk Ticaret Kanunu ve Şirketler Hukuku Bakımından Ticari Sır.....	198
3.2.3 Zorunlu Arabuluculuk Sürecinde Ticari Sırların Korunması...	201
3.2.3.1 Zorunlu Arabuluculuk Sürecinde Gizlilik İlkesi Karşısında Ticari Sırrın Durumu	201
3.2.3.2 Zorunlu Arabuluculuk Sürecinde Elde Edilen Ticari Sırların Dava Aşamasında Belgelerin İbrazı Zorunluluğu Kapsamında Durumu	204

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SERMAYE ŞİRKETLERİNE ÖZGÜ DAVALAR AÇISINDAN ZORUNLU ARABULUCULUK

1. Şirketle Pay Sahipleri Arasındaki Menfaat İhtilaflarından Doğan Davalar	209
1.1. Genel Bakış	209
1.1.1 Sermaye Şirketleri Uyuşmazlıkları	209

1.1.1.1 Şirket Uyuşmazlıkları	209
1.1.1.2 Sermaye Şirketlerinde Pay Sahipleri Davaları	212
a) Genel Olarak Pay Sahipleri Davaları.....	212
b) Türk Hukukunda Sermaye Şirketleri Bakımından Pay Sahipleri Davaları.....	220
1.1.2 Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğun Gösterdiği Özellikler	222
1.2 Sermaye Payı Taahhüdü Alacağının Tahsiline Özgü Davalar	230
1.2.1 Pay Sahibinin Sermaye Payı Taahhüdü	230
1.2.2 Sermaye Payı Taahhüdünün Ödenmesine İlişkin Alacak Davası ve Zorunlu Arabuluculuk Faaliyeti	235
1.2.2.1 Sermaye Payı Taahhüdünün Ödenmesine İlişkin Alacak Davası.....	235
1.2.2.2 Sermaye Payı Alacaklarında Zorunlu Arabuluculuk	237
1.3. Tâlî Yükümlülüklerle Özgü Davalar	241
1.3.1 Anonim Şirketlerde Tâlî Yükümlülükler	241
1.3.2 Tâlî Yükümlülüklerle Aykırılık ve Zorunlu Arabuluculuk	244
1.4 Ek Ödeme Yükümlülüklerine ve Yan Edim Yükümlülüklerine Özgü Davalar.....	245
1.4.1 Ek Ödeme Yükümlülükleri	245
1.4.2 Yan Edim Yükümlülükleri	249

1.4.3 Ek Ödeme Yükümlülükleri ve Yan Edim Yükümleri Dolayısıyla Açılacak Davalar ile Zorunlu Arabuluculuk	251
1.5 Pay Sahipleri Sözleşmesinden Kaynaklanan Alacak Davaları.....	252
1.5.1 Pay Sahipleri Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği	252
1.5.2 Pay Sahibi Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümü ve Zorunlu Arabuluculuk.....	256
1.6 Kâr Payı ve Tasfiye Payına Özgü Davalar	259
1.6.1 Kâr Payı ve Kâr Payına Özgü Uyuşmazlıklar	259
1.6.1.1 Kâr Payı Kavramı ve Kâr Payı Dağıtımının Koşulları	259
1.6.1.2 Kâr Payı ile İlgili Uyuşmazlıklar ve Zorunlu Arabuluculuk	265
a) Pay Sahibinin Ödenmeyen Kâr Payından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar	265
b) Haksız Alınan Kâr Payının ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Haksız Kazanç Payının İadesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar	266
1.6.2 Tasfiye Payı ve Tasfiye Payına İlişkin Uyuşmazlıklar	271
1.7 Yapı Değişikliklerine Özgü Davalar	273
1.7.1 Yapı Değişikliği Hallerinde Ortakların ve Üçüncü Kişilerin Durumu	273
1.7.1.1 Birleşme Halinde Ortaklar ve Üçüncü Kişiler	273
1.7.1.2 Bölünme Halinde Ortaklar ve Üçüncü Kişiler	276
1.7.1.3 Tür Değiştirme Halinde Ortaklar ve Üçüncü Kişiler..	279
1.7.2 Yapı Değişikliklerine Özgü Davalar Hakkında Genel Bilgi ...	279

1.7.2.1 Denkleştirme Davası	279
1.7.2.2 İptal Davası	282
1.7.2.3 Sorumluluk Davası	283
1.7.3 Yapı Değişikliği Davalarında Zorunlu Arabuluculuk	284
1.8 Sorumluluk Davaları	286
1.8.1 Genel Olarak	286
1.8.2 Doğrudan Doğruya Zarara Dayanan Sorumluluk Davaları ...	290
1.8.2.1 Şirketin Doğrudan Doğruya Zararı Dolayısıyla Açacağı Davalar	290
1.8.2.2 Pay Sahiplerinin ve Alacaklıların Doğrudan Doğruya Zararları İçin Açacakları Davalar.....	292
1.8.3 Dolayısıyla (Şirketin Zararının Tazminine Özgü) Sorumluluk Davaları.	293
1.8.4 Denetçinin ve Tasfiye Memurunun Sorumluluğuna Özgü Davalar	297
1.8.5 Sorumluluk Davalarında Zorunlu Arabuluculuk	300
1.8.5.1 Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından	300
1.8.5.2 Genel Kurulun İbra Yetkisi Bakımından	304
1.8.5.3 Farklılaştırılmış Teselsülün Zorunlu Arabuluculuk Bakımından Değerlendirilmesi	307
1.9 Özel Durumlar	309
1.9.1 Rekabet Yasağı	309
1.9.1.1 Anonim Şirketlerde	309
1.9.1.2 Limited Şirketlerde	313

1.9.2 Sır Saklama ve Sadakat Yükümlülüğü	314
1.9.2.1 Anonim Şirketlerde Sır Saklama ve Sadakat Yükümlülüğü.....	314
1.9.2.2 Limited Şirketlerde Sır Saklama ve Sadakat Yükümlülüğü.....	316
1.9.3 Rekabet Yasağı, Sır Saklama Yükümlülüğü ve Sadakat Yükümlülüğünden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar	317
2. Sermaye Şirketlerinde Zorunlu Arabuluculuk Bakımından De Lege Ferenda Görüşümüz	318
2.1 Zorunlu Arabuluculuğun Uygulama Alanının Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarıyla Uyumluluğu Açısından	318
2.2 Zorunlu Arabuluculuğa Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Açısından.....	323
SONUÇ	328
KAYNAKÇA	339

KISALTMALAR

Abs.	:	Absatz
ADR	:	Alternative Dispute Resolution
AIHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AktG	:	Aktiengesetz
Art.	:	Artikel
BaySchlG	:	Bayerisches Schlichtungsgesetz
BGB	:	Bürgerliches Gesetzbuch
BGG	:	Bundesgerichtsgesetz
BGH	:	Bundesgerichtshof
bkz.	:	bakınız
BW SchlG	:	Baden Württemberg Schlichtungsgesetz
CC	:	Code de Commerce
CPC	:	Code de Procédure Civile
CPR	:	Civil Procedure Rules
dn.	:	dipnot
EC	:	European Commission
EGZPO	:	Einführungsgesetz Zivilprozessordnung
ETTK	:	Eski Türk Ticaret Kanunu
GmbHG	:	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit Beschränkter Haftung
GVG	:	Gerichtsverfassungsgesetz
HMK	:	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	:	Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
İİK	:	İcra İflas Kanunu
karş.	:	karşılaştırınız
LG	:	Landesgericht
m.	:	madde
MedG	:	Mediationsgesetz
MTK	:	Milletlerarası Tahkim Kanunu
OR	:	Obligationenrecht
Rn.	:	Randnummer
s.	:	sayfa
Sec.	:	Section
TBK	:	Türk Borçlar Kanunu
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
TKHK	:	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	:	Türk Medeni Kanunu
TTK	:	Türk Ticaret Kanunu
vd.	:	ve devamı
Vol.	:	Volume
Yön.	:	Yönetmelik
ZPO	:	Zivilprozessordnung

RÉSUMÉ

Cette étude se concentre sur l'application de Code du Commerce l'art. 5A, qui est modifié par le Code Nr. 7155 en 2018, aux sociétés de capitaux propres. Code du Commerce l'art. 5A réglemente la médiation obligatoire pour les affaires commerciales avec des réclamations pécuniaires au début. Cependant, grâce à un amendement avec le Code Nr. 7445 en 2023, les actions déclaratives négatives, les actions en annulation d'oppositions et les actions en restitution ont été incluses dans le champ d'application de ce règlement.

Médiation obligatoire, qui peut également être appelée médiation comme cause d'action selon Code du Commerce l'art 5A, peut être considéré comme un nouveau contexte dans le droit Turc. Réglementé pour la première fois pour certains conflits du droit du travail avec le Code Nr. 7036 en 2017, la médiation obligatoire est également réglementée pour les conflits commerciaux ainsi que pour les conflits liés au droit de la consommation. Ainsi, on peut observer que la portée de la médiation obligatoire en droit turc a tendance à s'étendre dans le temps. Par conséquent, en tant que concept sujet à diverses critiques, la médiation obligatoire doit être évaluée dans le contexte des sociétés par actions dans le cadre de cette étude.

Bien que la médiation obligatoire soit considérée comme un concept relativement nouveau en droit Turc, dans le cadre du droit comparé, elle a une longue histoire d'application et fait l'objet de critiques depuis longtemps. On constate qu'en droit comparé, notamment en droit Américain, qui peut être considéré comme la source, la médiation obligatoire a été prise en considération sous de nombreux aspects. Le premier chapitre de cette étude procède à une évaluation dans ce cadre et vise à fixer les critères d'une meilleure application de la médiation obligatoire. Ces critères sont importants pour l'évaluation dans les chapitres suivants de cette étude. Par ailleurs, on observe les variations des médiations obligatoires et les sanctions appliquées aux actes contraires aux médiations obligatoires.

La médiation obligatoire et les applications similaires dans différents systèmes juridiques sont également examinées. À la lumière de cet examen, le CCP §278 et l'EGZPO §15a du droit Allemand sont pris en considération, ainsi que le CCP §197 et

suivants. en droit Suisse. Les deux systèmes ne réglementent pas la médiation obligatoire mais réglementent plutôt le processus de résolution des litiges dans leur code de procédure civile. Bien que la médiation obligatoire soit réglementée dans les systèmes juridiques Italien et Français, ces réglementations ont une portée strictement limitée. Le droit Américain, à l'origine de la médiation obligatoire, applique également d'autres moyens de résolution des litiges. De plus, la médiation obligatoire en droit Américain n'est pas réglementée par un code ; il est orienté vers le tribunal en général. Le point commun de ces pays est qu'aucun d'entre eux n'applique une médiation obligatoire dans un large champ aux litiges commerciaux.

Bien que la médiation ne puisse être considérée comme un acte de justice, la médiation obligatoire étant une démarche devant les tribunaux, elle doit être évaluée au regard des principes du droit de la procédure civile. Dans ce contexte, on observe que la médiation obligatoire a donné lieu à de nombreux arguments liés au procès équitable et à l'accès au tribunal. En outre, des évaluations sont menées sur les principes d'économie procédurale, de publicité, de pouvoir de disposition et d'honnêteté. En ce qui concerne le principe de publicité, on peut considérer que le principe de confidentialité de la médiation est un avantage. Les évaluations sur le principe du pouvoir de disposition sont faites dans le cadre du droit matériel et procédural. En outre, en prenant les caractéristiques du droit de procédure civile américain, on conclut que la médiation obligatoire n'est pas compatible avec le rôle du juge en droit turc. En ce qui concerne le principe d'honnêteté, une évaluation à la lumière du droit substantiel est également effectuée et il est conclu que les règles visant à maintenir l'honnêteté dans la médiation obligatoire ne sont pas suffisantes dans le droit turc. En complément, il est également indiqué que la sanction dans Code de la Médiation §18A/11 est disproportionnée dans le contexte du principe d'honnêteté devant les tribunaux.

Le deuxième chapitre de cette étude se concentre sur les conditions de CC §5A. A cet égard, une évaluation comparative des actions commerciales est réalisée. Actions commerciales, réglementées par CC §4 du droit Turc, sont réglementées par rapport aux tribunaux de commerce d'autres systèmes juridiques. Avec cette évaluation, on constate que les tribunaux de commerce, qui visent à résoudre les litiges de manière économique, rapide et efficace, cèdent la place à des juges qui n'ont pas de notion

judiciaire dans d'autres systèmes juridiques. Dans la littérature Turque, on souligne à juste titre qu'une telle application n'est pas appropriée au droit turc.

CC §5A est également examiné dans le cadre de la procédure civile et du droit commercial. Dans le cadre du droit de la procédure civile, le concept de cause d'action est examiné, ainsi que les caractéristiques de CC §5A en ce qui concerne les réclamations dans les actions. Dans le cadre du droit commercial, puisque l'accord conclu dans le cadre de la médiation est un contrat de droit substantiel, la notion de commerçant prudent est évaluée. De plus, la médiation obligatoire présente des caractéristiques à la lumière de Code de la Médiation §5 et principe de confidentialité, une évaluation des secrets commerciaux est également menée.

Le troisième et dernier chapitre se concentre sur l'examen de la médiation comme cause d'action dans les litiges relatifs aux sociétés par actions. Ainsi, une action appelée action des actionnaires en droit allemand, qui est clarifiée par la notion d'actio pro socio, est évaluée. Selon cette évaluation, il est conclu que, contrairement aux sociétés de personnes simples, les actionnaires doivent présenter leurs réclamations contre la personne morale des sociétés par actions et non contre les autres actionnaires. Néanmoins, on constate également que dans certains cas, les actionnaires ont le droit de présenter les outils de défense des sociétés par actions pour les intérêts de la société. Cette évaluation est essentielle afin de déterminer les parties en conflit et les personnes concernées par l'accord conclu à l'issue du processus de médiation obligatoire.

Suite à cette évaluation, les types de litiges dans les sociétés par actions qui entrent dans le champ d'application de §5A, sont déterminés et les caractéristiques qu'ils démontrent dans le cadre d'une médiation en tant que cause d'action sont définies. Afin de se conformer à cette évaluation, des informations sur chaque sujet d'action sont données, les caractéristiques des actions concernées sont expliquées et à la lumière de toutes les évaluations, les conditions d'application de la médiation comme cause d'action sont expliquées.

Enfin, à la lumière des évaluations réalisées dans le cadre de cette étude, nos avis de lege ferenda sur la médiation obligatoire dans les sociétés de capitaux sont

fixés. Dans ce cadre, étant donné que les litiges dans les sociétés par actions sont soumis aux limitations du droit des sociétés par actions et aux règles juridiques impératives, il est indiqué qu'ils ne sont pas toujours compatibles avec la médiation comme cause d'action. En outre, d'éventuels problèmes découlant du manque de contrôle juridique dans le processus de médiation sont également mentionnés. En conséquence, il est conclu qu'il serait plus pratique de réglementer les outils de règlement des litiges annexés aux tribunaux, à l'instar des exemples de l'Allemagne et de la Suisse. En ce qui concerne les procédures de faillite, il est conclu que d'éventuels problèmes liés à Code de la Faillite §226 sont mis en évidence et il est suggéré que, afin d'éliminer de tels problèmes, les réglementations nécessaires soient prises par le législateur. Enfin, compte tenu des objectifs de la médiation, pour atteindre efficacement ces objectifs, il apparaît essentiel de donner aux parties la possibilité de choisir d'autres modes de règlement des différends que la médiation obligatoire. Ainsi, le processus de règlement des différends se déroulera de manière rapide et peu coûteuse et les parties auront la possibilité de choisir une méthode de règlement des différends adaptée à leurs besoins et intérêts.

ABSTRACT

This study focuses on application of Turkish Commercial Code Art. 5A, which is amended with Code Nr. 7155 in 2018, to equity companies. TCC Art. 5A regulated mandatory mediation for commercial cases with monetary claims at the beginning. However, through amendment with Code Nr. 7445 in 2023, negative declaratory actions, actions for annulment of objections and actions for restitution were taken into scope of this regulation.

Mandatory mediation, which can also be named mediation as cause of action according to TCC m. 5A, can be deemed as a new context in Turkish law. Regulated for the first time for some labour law conflicts with Code Nr. 7036 in 2017, mandatory mediation is regulated also for commercial conflicts as well as consumer law conflicts. Thus, it can be observed that scope of mandatory mediation in Turkish law has a tendency to spread within time. Therefore, as a concept subject to various critics, mandatory mediation is to be evaluated in context of equity companies within this study.

Although mandatory mediation is considered to be a relatively new concept in Turkish law, in frame of comparative law, it has a long history of application and has been subject to critics for a long time. It is observed that in comparative law, especially in American law, which can be considered as the source, mandatory mediation has been taken into consideration with many aspects. The first chapter of this study conducts an evaluation within this frame and aims to set the criterias for a better application of mandatory mediation. These criterias are important for evaluation in following chapters of this study. In addition, the variations of mandatory mediations and sanctions applied to the acts contrary to mandatory mediations are observed.

Mandatory mediation and similar applications in different law systems are also examined. Within light of this examination, ZPO §278 and EGZPO §15a in German law is taken into consideration, as well as ZPO §197 ff. in Swiss law. Both systems do not regulate mandatory mediation and instead, regulated dispute resolution process within their Civil Procedure Codes. Although mandatory mediation is regulated in Itâlian and French law systems, these regulations have strictly limited scope. American

law, the origin of mandatory mediation, applies other means of dispute resolution as well. Moreover, mandatory mediation in American law is not regulated by a code; it is court oriented in general. The common point of these countries is that none of them applies mandatory mediation within a wide scope on commercial disputes.

Although mediation cannot be considered as an act of adjudication, since mandatory mediation is a step before courts, it should be evaluated with regard of principles of civil procedure law. In this context, it is observed that mandatory mediation gave reason to many arguments related to fair trial and access to court. In addition, evaluations on principles of procedural economy, publicity, power of disposition and honesty are conducted. With regard of principle of publicity, it can be considered that principle of confidentiality of mediation is an advantage. The evaluations on principle of power of disposition are made in frame of substantial and procedural law. Furthermore, taking the features of American civil procedure law, it is concluded that mandatory mediation is not compatible with the role of judge in Turkish law. With regard of principle of honesty, an evaluation in the light of substantial law is also made and it is concluded that rules to maintain honesty in mandatory mediation are not sufficient in Turkish law. As an addition, it is also stated that sanction in Code of Mediation Art. 18A/11 is unproportionate in context of principle of honesty before courts.

The second chapter of this study focuses on conditions of TCC Art. 5A. With this regard, a comparative evaluation on commercial actions is made. Commercial actions, regulated with TCC Art. 4 in Turkish law, are regulated in relation with commercial courts in other law systems. With this evaluation, it is noted that in commercial courts, which aims to solve disputes in a cheap, quick and effective manner, gives place to judges who have not a judicial notion in other law systems. In Turkish literature, it is rightly emphasized that such an application is not appropriate for Turkish law.

TCC Art. 5A is also examined within frame of civil procedure and commercial law. Within civil procedure law frame, the concept of cause of action is examined, as well as features of TCC Art 5A in relation to claim in actions. Within commercial law frame, since the agreement concluded within mediation is a contract in context of

substantial law, the notion of prudent merchant is evaluated. Furthermore, for mandatory mediation demonstrates features within light of Code of Mediation Art. 5 and principal of confidentiality, an evaluation of trade secrets are also conducted.

The third and last chapter concentrates on examination of mediation as a cause of action in equity company disputes. Thus, an action named shareholders' action in German law, which is clarified using notion of *actio pro socio*, is evaluated. According to this evaluation it is concluded that, unlike simple partnerships, shareholders shall submit their claims against legal entity of equity companies and not against other shareholders. Nevertheless, it is also observed that in some cases shareholders are entitled to submit the tools of defence of equity companies for interests of company. This evaluation is essential in order to determine the parties of dispute and the persons effected from the agreement reached at the end of mandatory mediation process.

Following this evaluation, the kinds of disputes in equity companies, which fall into scope of TCC Art. 5A, are determined and the features demonstrated by them in context of mediation as a cause of action are defined. In order to comply with this evaluation, information on each subject of action is given, features of the relevant actions are explained and in the light of all evaluations, conditions of application of mediation as a cause of action are explained.

Finally, in light of evaluations made within this study, our *de lege ferenda* opinions on mandatory mediation in equity companies are set. Within this frame, since dispute in equity companies are subject to limitations on equity company law and compulsory legal rules, it is stated that they might not always compatible with mediation as a cause of action. In addition, possible problems arisen from lack of legal supervision in mediation process are also mentioned. As a result, it is concluded that, it would be more convenient to regulate court annexed dispute resolution tools, similar with examples of Germany and Switzerland. With regard to bankruptcy proceedings, it is concluded that possible problems in relation to Turkish Code of Bankruptcy and Enforcement Art. 226 are highlighted and it is suggested that, in order to eliminate such problems, necessary regulations by legislator should be made. Lastly, taking the goals of mediation into consideration, in order to reach these goals effectively, the importance of giving parties the opportunity to be able to choose other means of

dispute resolution apart from mandatory mediation, is found to be essential. Thus, dispute resolution process will take place in a quick and cheap manner and parties will have the chance to be able to choose a dispute resolution method that suits their needs and interests.



ÖZET

Çalışma 06.12.2018 tarihinde 7155 sayılı Kanun ile Türk Ticaret Kanunu'na eklenen TTK m. 5A hükmüyle getirilmiş zorunlu arabuluculuğun, sermaye şirketleri çerçevesinde incelenmesini konu almaktadır. TTK m. 5A hükmüyle önce, ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan, alacak ve tazminat davalarının zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu düzenlenmiştir. Daha sonra, 28.02.2023 tarihli ve 7445 sayılı Kanun ile yine ticari dava olmaları kaydıyla, menfi tespit, itirazın iptâlî ve istirdat davalarını da zorunlu arabuluculuk kapsamına almıştır.

TTK lafzıyla dava şartı arabuluculuk olarak da nitelendirilen zorunlu arabuluculuk kavramı, Türk hukuku bakımından yeni bir kavram sayılabilir. İlk olarak 2017 yılında 7036 sayılı Kanun ile iş uyuşmazlıkları için düzenlenen zorunlu arabuluculuk kavramı, daha sonra ticari uyuşmazlıklar ve tüketici uyuşmazlıkları için de düzenlenmiştir ve Türk hukukunda zorunlu arabuluculuğun uygulama alanı git gide genişleme eğilimi göstermektedir. Bu sebeple, doktrinde pek çok eleştiriye de uğrayan zorunlu arabuluculuk kavramının, özellikle sermaye şirketleri bağlamında incelenmesi amaçlanmıştır.

Her ne kadar Türk hukukunda yeni bir kavram olsa da, karşılaştırmalı hukukta zorunlu arabuluculuk uzun zamandan beri uygulanan ve tartışılan bir konu olagelmıştır. Karşılaştırmalı hukuk bağlamında bir inceleme yapıldığında öncelikle, özellikle zorunlu arabuluculuğun menşei sayılabilecek Amerikan hukukunda, konu özellikle doktrinde farklı açılardan ele alınmıştır. Çalışmanın birinci bölümünde bu çerçevede bir inceleme yapılmış, zorunlu arabuluculuğun tabi olması gereken kıstaslar ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu kıstaslar, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde yapılacak değerlendirmeler için de önem taşımaktadır. Bunun yanı sıra zorunlu arabuluculuğun türleri ve zorunlu arabuluculuğa aykırı davranışlara bağlanan yaptırımlar üzerinde de durulmuştur.

Zorunlu arabuluculuğun ve benzeri uygulamaların farklı hukuk sistemlerinde ne şekilde yer aldığı değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmeler kapsamında Alman hukuku bakımından ZPO §278 ile EGZPO §15a incelenmiştir. İsviçre hukuku bakımından ise ZPO §197 vd. hükümleri incelenmiştir. Her iki hukuk sistemi de

zorunlu arabuluculuğu düzenlememiş, bunun yerine medeni usûl kanunlarında davanın görüleceği mahkemeler nezdinde uyuşmazlık çözüm sürecini düzenlemiştir. İtalya ve Fransa’da ise zorunlu arabuluculuk uygulamaları mevcut ise de bu, Türk hukukunun aksine, son derece sınırlı bir şekilde gerçekleşmiştir. Zorunlu arabuluculuğun kaynağı olan Amerikan hukukunda ise arabuluculuk, zorunlu tutulan tek uyuşmazlık çözüm yöntemi olmamıştır. Ayrıca zorunluluk hususu kanunla değil, genellikle her bir dava için mahkemenin yönlendirmesiyle sağlanmaktadır. Tüm bu ülkelerin ortak özelliği ise ticari uyuşmazlıkları zorunlu arabuluculuğa ya hiç tabi tutmamaları ya da çok dar bir kapsamda tabi tutmalarıdır.

Arabuluculuk her ne kadar bir yargılama faaliyeti olmasa da zorunlu arabuluculuk dava öncesinde yer alan bir aşama olduğundan, kanaatimizce medeni usûl hukukuna hâkim olan ilkeler bakımından da incelenmelidir. Bu kapsamda zorunlu arabuluculuğun öncelikle adil yargılanma ilkesi ve mahkemeye erişim hakkı kapsamında tartışmalara sebep olduğu görülmektedir. Bunun yanı sıra usûl ekonomisi ilkesi, aleniyet ilkesi, tasarruf ilkesi ve dürüst davranma yükümlülüğü bakımından da değerlendirmelere yer verilmiştir. Aleniyet ilkesi bağlamında arabuluculuğa hâkim olan ilkelerden gizlilik ilkesinin ticari uyuşmazlıklar bakımından bir avantaj oluşturduğu söylenebilir. Tasarruf ilkesinde yapılandırma maddî hukuk ve usûl hukuku çerçevelerinde yapılmıştır. Ayrıca zorunlu arabuluculuğun menşei Amerikan hukukunda hâkimin ve avukatların rolleri de dikkate alınarak, zorunlu arabuluculuğun Türk hukukundaki hâkimin yargılamayı sevk ve idaresi ilkesiyle tamamen bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır. Dürüstlük ilkesi bakımından yine maddî hukukla da bağlantı kurularak bir değerlendirme yapılmış, zorunlu arabuluculuk süreci sonunda varılacak anlaşmanın dürüstlük kuralına uygun yapılması için yeterli mekanizmaların bulunmadığı kanaatine varılmıştır. Bunun dışında HUAK m. 18A/11 hükmü uyarınca zorunlu arabuluculuk sürecinin ilk toplantısına mazeretsiz katılmayan tarafın her durumda yargılama giderlerinin tümünden sorumlu olması ve lehine vekalet ücretine hükmedilememesinin orantısız bir yaptırım olduğu, ayrıca bu sebeple hiçbir durumda yargılama giderlerinden sorumlu olmayacağını bilen tarafın, açılacak dava sürecinde davayı uzatacak veya yanlış yönlendirecek ve dürüstlük kuralına uymayacak her tür davranışı yapabileceği kanaatine varılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümü TTK m. 5A hükmünün uygulama koşullarına yoğunlaşmaktadır. Bu kapsamda, ticari davalar bakımından karşılaştırmalı bir değerlendirme yapılmak istenmiştir. Türk hukukunda TTK m. 4 hükmüyle ayrıca düzenlenen ticari davalar, diğer hukuk sistemlerinde ticaret mahkemeleriyle ilişkili olarak düzenlenmiştir. Bu değerlendirmede dikkat çeken husus, davaların ucuz, hızlı ve etkin bir şekilde sonuçlandırılmasının amaçlandığı diğer hukuk sistemlerinde hukukçu olmayan hâkimlerin de görev yaptığıdır. Türk doktrininde ise böyle bir uygulamanın uygun olmayacağı haklı olarak belirtilmiş, bu bağlamda zorunlu arabuluculuk uygulamasının daha uygun olduğu kanaatine varılmıştır.

Ticari davalarda dava şartını düzenleyen TTK m. 5A hem medeni usûl hukuku hem de ticaret hukuku bakımından incelenmiştir. Medeni usûl hukukun bakımından yapılan incelemede dava şartı kavramı ve hükmün dava türlerine göre gösterdiği özellikler incelenmiştir. Ticaret hukuku bakımından ise, arabuluculuk süreci sonucunda varılacak anlaşmanın bir maddî hukuk sözleşmesi oluşundan da yola çıkarak basiretli tacir kavramı incelenmiştir. Ayrıca zorunlu arabuluculuğun HUAK m. 5 hükmü ve gizlilik ilkesi nedeniyle göstereceği özellikler nedeniyle, ticari sırların korunması bağlamında da bir değerlendirme yapılmıştır.

Çalışmanın üçüncü ve son kısmı sermaye şirketlerinde zorunlu arabuluculuğun incelenmesine ayrılmıştır. Bunun için öncelikle Alman hukukunda pay sahipleri davaları olarak adlandırılândavalar hakkında değerlendirme yapılmaya çalışılmıştır. Bu değerlendirmeye adi şirketlerden farklı olarak pay sahipleri davalarının genel olarak ortağa değil şirket tüzel kişiliğine yöneltilmesi gerektiği, bunun yanı sıra pay sahiplerinin şirketin menfaatleri için dava haklarını kullanabildiği görülmüştür. Bu değerlendirmenin, sermaye şirketleri uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk sürecinde başvuru yapacak taraflar ve anlaşmanın etkileyeceği kişilerin tespitinde yararlı olduğu kanaatindeyiz.

Bu değerlendirmenin ardından TTK m. 5A kapsamına girebilecek sermaye şirketi uyuşmazlıkları tespit edilerek, her biri için zorunlu arabuluculuğun göstereceği özelliklerin belirlenmesine çalışılmıştır. Bu belirleme yapılırken her bir uyuşmazlık konusu hakkında genel bir çerçeve sunulmuş, açılabilir davalar hakkında bilgi

verilmiş ve bu bilgiler ışığında zorunlu arabuluculuğun uygulama koşulları ile doğurabileceği sakıncalar üzerinde durulmuştur.

Son olarak, yapılan tüm değerlendirmeler ışığında sermaye şirketlerinde zorunlu arabuluculukla ilgili de lege ferenda görüşümüze yer verilmiştir. Bu kapsamda sermaye şirketleri uyuşmazlıklarının, dava konularının şirketler hukuku kısıtlarına ve emredici kurallara tabi olması sebebiyle, zorunlu arabuluculuğa her zaman uyumlu olmayabileceği sonucuna varılmıştır. Üstelik, bazı arabuluculuk türlerinde yapılması elzem hukuki denetimin ve arabulucunun bu denetimi yapamayacak olmasının yaratacağı sakıncalara da değinilmiştir. Bunun sonucunda İsviçre ve Almanya örneklerinde olduğu gibi mahkeme bağlantılı uyuşmazlık çözümlerinin düzenlenmesinin daha uygun olduğu kanaatine varılmıştır. İflas bakımından bir değerlendirme yapıldığında ise, İİK m. 226 hükmü nedeniyle doğabilecek sorunlara dikkat çekilmiş, bu bağlamda zorunlu arabuluculuğa başvuru kapsamında düzenleme yapılması önerilmiştir. Son olarak zorunlu arabuluculuk ile varılmak istenen amaçlar da dikkate alındığında, bu amaçlara ulaşmak için taraflara arabuluculuk dışında uyuşmazlık çözüm yollarına başvurabilmelerine imkân verilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır. Bu şekilde hem çabuk ve ucuz bir şekilde uyuşmazlıkların çözümü amacına ulaşabilecek, hem de tarafların ihtiyaçlarına daha uygun bir yöntem seçmelerine imkân tanınacaktır.

GİRİŞ

Türk hukukunda esasen iradilik esasına dayanan arabuluculuk kurumu, ilk defa 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile dava şartı olarak düzenlenmiş, bu düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı doktrinde her ne kadar dile getirilmişse de¹, daha sonrasında 7155 sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usûlü Hakkında Kanun ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na eklenen 5/A maddesi ile ticari uyuşmazlıklar hakkında da dava şartı zorunlu arabuluculuğun uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu durum, gerek dava türleri bakımından uygulanması gerekse de anayasal haklar çerçevesinde birçok ilmî ve kazaî içtihatın doğmasına sebep olmuş, olmaya da devam etmektedir.

Çalışma, zorunlu arabuluculuğun sermaye şirketleri kapsamında doğabilecek dava türleri bakımından göstereceği özellikler ve kısıtlamaları ortaya koymayı amaçlamaktadır. Üç ana bölümden oluşan çalışma ilk bölümünde, zorunlu arabuluculuk hakkında genel bilgiler, uygulanma koşulları, türleri, olumlu ve olumsuz yönleri doktrindeki görüşlerden de faydalanılarak karşılaştırmalı olarak ortaya konulması amaçlanmıştır. Bu bağlamda, her ne kadar daha çok *court oriented mediation* olarak adlandırılânyöntem geçerli olsa da, zorunlu arabuluculuğun menşei olan Amerikan hukuku kaynakları ağırlıklı olarak incelenmiş, eğer bir zorunlu arabuluculuk uygulaması getirilecekse hangi unsurlara dikkat edilmesi gerektiği sistematik bir biçimde ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Türk hukukunun aksine, birçok hukuk sisteminde zorunlu arabuluculuk düzenlenmemiştir. Zorunlu arabuluculuğa yer veren hukuk sistemlerinde ise oldukça sınırlayıcı bir yaklaşım benimsenmiştir. Bununla birlikte birçok ülkede mahkemelerin iş yükünü azaltmak, toplumsal barışı sağlamak ve benzeri amaçlarla, farklı tür uyuşmazlık çözüm yollarının zorunlu olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu sebeple farklı hukuk sistemlerinin hangi yöntemleri hangi uyuşmazlıklar için ne koşullarda düzenlediği de incelenmiş, özellikle Amerikan hukuku bakımından Türk hukukundaki durumu aydınlatmaya yarayacak eyaletlerin seçilerek mevcut durumun incelenmesine çalışılmıştır. Böylece Türk hukukundaki zorunlu arabuluculuk uygulamasının eksik

¹ Muhammet Özekes, **Pekcanıtez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, 15. Baskı, İstanbul 2017, On İki Levha Yayıncılık, s. 2847.

yönlerinin örnekler üzerinden aydınlatılarak, bu uygulamanın getirilme amaçlarına hizmet edebilecek diğer modellere bir bakış sağlanmasına gayret edilmiştir.

Bunun yanı sıra zorunlu arabuluculuk sürecinin devamında bir davanın söz konusu olması sebebiyle, medeni yargılama hukukuna hâkim ilkeler kapsamında da bir değerlendirmeye yer verilmiştir. Bu kapsamda zorunlu arabuluculuk uygulamasının bu ilkelere ne kadar uyum sağladığının, bu ilkelerin uygulanmasında engel teşkil edip etmediğinin veya bu ilkelerle çelişki yaratıp yaratmadığının ortaya konulması amaçlanmıştır.

İkinci bölümde Türk hukukunda dava şartı olarak düzenlenen zorunlu arabuluculuğun gelişimi ve nitelikleri üzerinde durulmakla birlikte, esasen TTK m. 5A hükmünün uygulama koşullarını ve hem medeni yargılama hukuku hem de ticaret hukuku bakımından gösterebileceği özellikleri aydınlatma amaçlanmıştır². Bu kapsamda ticari dava üzerinde durulmuş, karşılaştırmalı hukuk ışığında ticari davanın özellikleri ortaya konulmaya çalışılmıştır. Belirtilmelidir ki Türk hukukunda TTK m. 4 ile düzenlenen ticari davalar, ele alınan ülkelerde ticaret mahkemeleri bağlamında düzenlendiğinden, bu çalışmada da ticaret mahkemeleri kapsamında ele alınmıştır; böylece hem karşılaştırmalı değerlendirmenin yapılabilmesi sağlanmaya çalışılmış hem de ticari davanın usûlî özellikleri üzerinde durulması amaçlanmıştır. Bunun yanı sıra medeni yargılama hukukunda yer alan dava türleri bakımından hem doktrindeki gelişmeler hem de yargı kararları üzerinden bir değerlendirme de yapılmıştır. Arabuluculuk faaliyetinin bir yargılama faaliyeti olmaması ve sonucunda varılacak anlaşmanın en nihayetinde bir borçlar hukuku sözleşmesi olması nedeniyle maddî hukuka da etkili olacağı düşünülmüş, ticaret hukuku bakımından önemli olduğu düşünülen noktalarda bir inceleme yapılmaya çalışılmıştır.

Üçüncü bölüm dava şartı (zorunlu) arabuluculuğun, sermaye şirketlerinde uygulanması üzerinde durmaktadır. Bu sebeple öncelikle bu şirketlerde arabuluculuğun nasıl özellikler gösterebileceği yine karşılaştırmalı hukuk dikkate alınarak değerlendirilmiştir.

² Belirtmek gerekir ki ilk bölümde kullanılan “zorunlu arabuluculuk” terimi yerine Türk kanunkoyucusunun tercihi olması sebebiyle bu bölümde “zorunlu arabuluculuk” terimi de kullanılmıştır.

Üçüncü bölümde aynı zamanda sermaye şirketlerinde *pay sahipleri davalarının* da özellikle Alman hukukunda ele alınma şeklinin üzerinde durulmuştur. Bunun sebebi, Türk hukukunda adi şirketler bakımından değerlendirilen bu dava türünün karşılaştırmalı hukukta sermaye şirketlerinde de ele alınmasından yola çıkarak, hangi durumlarda kabul edilebileceği veya kabul edilip edilemeyeceği noktasında bir değerlendirme yapılabilmesini sağlamaktır. Böylece sermaye şirketi uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğun tarafların ve arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılacak anlaşmanın etkileyeceği kişilerin açıkça anlaşılabilmesine fayda sağlanması amaçlanmıştır.

Buna ek olarak TTK m. 5A'nın Türk sermaye şirketleri bağlamında hangi dava türlerinde bir dava şartı olarak uygulanması gerektiği tespit edilmiş; bu bağlamda öncelikle bu davaların her biri özelinde zorunlu arabuluculuğun göstereceği özellikler, sağlayabileceği faydalar ve yol açabileceği sakıncalar üzerinde durulmaya çalışılmıştır. Bu amaçla yine karşılaştırmalı hukuktan faydalanılmış, ilgili müesseselerin yanı sıra, çıkacak uyuşmazlıkların çözümüyle ilgili de karşılaştırmalı bir değerlendirme yapılmasına gayret edilmiştir. Bu değerlendirmelerden sonra sermaye şirketlerinde arabuluculukla ilgili *de lege ferenda* olarak görüşümüzün ortaya konulmasına çalışılmıştır.

A. ZORUNLU ARABULUCULUK KAVRAMI

1. Genel Olarak

1.1 Arabuluculuk Hakkında Genel Bilgiler

Arabuluculuk, mahkeme yargılaması dışında kalan ve *alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi* olarak adlandırılan çözüm yöntemlerinden biridir³. Diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından farklı olarak arabuluculuk ile mahkeme yargılaması, menfaat çatışmasının giderildiği anlamlı iki farklı kurumu temsil ederler. Mahkeme yargılamasında olağan ve anlamını kanun koyucu tarafından getirilen normatif tâlimatlardan alan bir seçenek söz konusuysa, arabuluculuğu uyuşmazlık çözümünde bağlayıcı bir araç olarak tercih edebilmek için, odak noktasının mahkeme yargılaması olduğu bir hukuki sistemde tarihi, dogmatik ve hukuk politikasına ilişkin sebeplerin olması gerektiği ifade edilmektedir.⁴

Arabuluculuğun alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içerisinde tercih edilmesinin tarihi sebebi esasen “alternatif uyuşmazlık çözümü hareketi”nin “arabuluculuk hareketi” olarak anlaşılmış olmasıdır. Arabuluculuk bu hareketin yalnızca ilk zamanlarında değil, bugünkü halinde de hem doktrinde hem de uygulamada odak noktasıdır. Örneğin Almanya’da mahkeme bağlantılı alternatif uyuşmazlık çözüm yolları söz konusu olduğunda, eyaletlerin yaklaşımı hemen hemen arabuluculuk çerçevesinde gelişmiştir.⁵ Hukuk politikasına ilişkin sebep alternatif uyuşmazlık yöntemlerinin tanıtılması, dogmatik sebep ise hem alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasında hem de medeni yargılama hukuku bakımından eşitler arasında birinci niteliğe sahip olması (primus inter pares) olarak gösterilmiştir⁶.

Arabuluculuğun tanımı 07.06.2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun ikinci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde “*sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle*

³Matthias Wendland, **Mediation und Zivilprozess**, 2017 Tübingen, Mohr Siebeck, s. 129.

⁴ Wendland, s. 138-139.

⁵ Wendland, s. 139.

⁶ Wendland, s. 140.

çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi” olarak yapılmıştır. Kanundaki tanım bu olmakla birlikte, doktrinde arabuluculuğun tanımı farklı şekillerde yer alabilmektedir. Bir tanıma göre arabuluculuk, bağlayıcı karar verme yetkisi veya gücüne sahip olmayan tarafsız üçüncü kişi yardımıyla, üstünde anlaştıkları esaslara göre karşılıklı iletişimle tarafların ortak menfaati esas alınarak uyuşmazlığın çözümlenmesidir⁷. Yine arabuluculuğun *asiste edilmiş müzakere* şeklinde tanımlandığına da rastlanmaktadır⁸. Doktrindeki çeşitli tanımlar da dikkate alındığında⁹ arabuluculuğun, uyuşmazlığa düşen tarafların karşılıklı olarak üstüne anlaşma sağlayacakları bir çözüme ulaşmalarında tarafsız bir üçüncü kişinin yardımcı olduğu süreç olduğunu söylemek mümkündür.¹⁰

Arabuluculuğu tahkimden ve mahkeme yargılamasından ayıran başlıca özelliklerden biri, bir yargılama faaliyeti olmamasıdır. Gerçekten de arabulucunun bu faaliyeti sonucunda bağlayıcı bir karar verme yetkisi bulunmaz; arabuluculuk faaliyeti sonucunda elde edilen bir karar değil, tarafların anlaşmasıdır.¹¹ Bu uyuşmazlık çözüm yolunda haklılık tamamen göz ardı edilmese de, asıl ön planda tutulan taraf menfaatleridir. Yargılama faaliyetinin yer aldığı yolların aksine, tarafların ve uyuşmazlığın geçmişi başlı başına önem taşımaz; sadece şimdiki zamana etkisi düzeyinde ve uyuşmazlığın çözümünde atılacak adımların belirlenmesi bağlamında önem taşır. Amaç her ne kadar uyuşmazlığı çözmek olsa da bu, her iki tarafın da kazanacağı şekilde yapılır.¹²

Arabuluculuğun yargısal yollara göre belli başlı avantajları bulunur. Bunlara örnek olarak zamandan ve paradan tasarruf, öngörülebilir sonuçlar elde edebilme, tarafların sürece hâkimiyeti, güvenilirlik ve gizliliğe önem verilmesi, tarafların daha

⁷ Ömer Ekmekçi/ Muhammet Özkes/ Murat Atalı/ Vural Seven, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 17.

⁸ Emre Kıyak, **Dönüştürücü Arabuluculuk- Problem Çözücü Arabuluculuk ile Uyumlaştırılması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.55.

⁹ Doktrinde yer alan diğer tanımlar için, Mustafa Serdar Özbek, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Cilt 1)**, Ankara 2016, Yetkin Basımevi, s. 591-592.

¹⁰ Özbek, s.592.

¹¹ Özbek, s.607. Arabulucunun başarısız bir arabuluculuk girişimi sonrası karar verebilme yetkisinden bahsediliyorsa ortada “arabuluculuk-tahkim” yolu bulunduğundan söz edilebilir (Özbek, **a.g.e.**, s.608).

¹² Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven, s. 20.

çok tatmin olması, sürece katılântüm süjelerin uyuşmazlığın mnde değişik yaklaşımlar getirebilmesi gibi avantajlar sayılabilir.¹³ Gerçekten de arabuluculuk dava yolunun aksine aylar veya yıllarla ifade edilen sürelerde değil, haftalar içinde uyuşmazlığın lmesine, böylece zamandan tasarruf edilmesine olanak sađlar¹⁴. HUAK m. 15/3'te arabulucunun *uyuşmazlığın hızlı bir şekilde mlenmesi için gereken usûl ve esasları göz önüne* alması gerekliliğinin, arabuluculuğun bu avantajının sağlanmasına yönelik olduğu söylenebilir. Dava sürecinde ödenecek harç ve masraflar ile avukatlık ücretinin arabuluculuk yolunda ödenmeyecek olmasından ötürü paradan da tasarruf edilmesinin¹⁵ yanı sıra, yargının iş yükünü de azaltır. Zamandan ve paradan tasarruf etmenin yanı sıra arabuluculuğun, diğer uyuşmazlık m yollarının aksine, geçmişten ziyade geleceğe odaklanmayı teşvik etmesi, tarafların anlaşması için gereken etkiyi sağlayabilmektedir. Taraflar arabuluculuk sürecinin sonunda uyuşmazlığın m konusunda anlaşamaları bile tarafların uyuşmazlığa bakış açısı açığa çıkmış ve kopmuş olan iletişimin tekrar kurulmasına fırsat verilmiş olur.¹⁶ Tüm bu avantajların ortaya çıkması için elbette arabuluculuğun doğru uygulanması gerekmektedir.¹⁷

Arabuluculuğun tabi olduğu belli ilkeler bulunmaktadır. Bunlar iradilik, eşitlik ve gizliliktir. HUAK m. 3 vd. maddelerinde bu ilkeleri düzenlemiştir. Bunlardan *iradi olma ve eşitlik* başlıklı m. 3'te, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya süreçten vazgeçmek hususlarında iradiliğin yanı sıra (m.3/1), gerek başvuru gerekse süreç boyunca tarafların eşit haklara sahip olduğunu da (m.3/2) düzenlemektedir. Buradaki eşitlik yargılamadaki eşitlikten farklıdır; arabuluculukta eşitlik tarafların dengeli ve sağlıklı yürütülen bir süreçte kendilerini gerçekten eşit hissederek menfaatlerini koruyan bir anlaşmaya varabilmesiye, yargılamadaki eşitlik, adil yargılanma hakkı kapsamında usl eşitlik ile silahların eşitliğini ifade etmektedir¹⁸. Arabulucu, taraflar arasındaki eşitliği gözetmekle yükümlüdür (HUAK Yön. m.11/4). Eşitliğin sağlanmasında önemli olan bir husus da arabulucunun tarafsızlığıdır. Bu bağlamda arabulucunun tüm önyargılarından arınmış olması ve taraflardan birinin çıkarlarını diğerine tercih etmemesi gerektiği gibi, arabuluculuk

¹³ Ekmekçi/zekes/Atalı/Seven, s. 20.; zbek, s. 596.

¹⁴ zbek, s.597.

¹⁵ zbek, s.597.

¹⁶ zbek, s. 595

¹⁷ Ekmekçi/zekes/Atalı/Seven, s. 21.

¹⁸ Ekmekçi/zekes/Atalı/Seven, s. 31.

faaliyeti sonucuyla ilgili bir menfaati de olmamalıdır. Bunun gibi, taraflardan herhangi biriyle bir bağlantısının olmaması da gerekir.¹⁹ Özellikle HUAK m.15/7 hükmü uyarınca çözüm önerisinde bulunurken tarafsızlığını yitirmemeye dikkat etmelidir; arabulucunun getireceği öneri tarafsızlığına gölge düşürmemeli, ayrıca kendi kararını taraflara benimsetmeye çalışmamalıdır.²⁰

Arabuluculukta kanunda veya sözleşmede aksine hüküm olmadıkça gizliliğe uyulması esasen zorunlu değildir²¹. Ancak hukukumuzda bu hususa dair bir kanun hükmü bulunmaktadır. *Gizlilik* başlığını taşıyan HUAK m. 4, hem arabulucuya hem de taraflar ve sürece katılândığer kişilere, aksi kararlaştırılmadıkça arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde edinilen bilgi ve belgelerin gizliliğini ihlal etmeme yükümü getirmektedir. Gizlilik ilkesi, arabuluculuk sürecini yargılamadan ayıran bir ilkedir. Yargılamada olduğunun aksine arabuluculukta aleniyet ilkesi geçerli değildir. Bu ilke ile tarafların ticari sırlarının, aile sırlarının ve mahremiyet taşıyan benzer bilgilerinin aleni şekilde tartışılması önlenerek, onların daha gerçekçi ve samimi bir çözüme yönelik hareket etmesi, ileride açılması olası bir davada bu gibi bilgilerin kendileri aleyhine kullanılması endişesi olmaksızın sürecin sağlıklı yürütülmesi sağlanabilmekte, taraflar hem birbirlerine hem de üçüncü kişilere karşı korunmuş olmakta, böylece anlaşmayı sağlayacak zeminin oluşması için gerekli bilgilerin çekincesiz şekilde temini sağlanmaktadır.²² Ancak her şeyin de tamamen gizli kalması, bazı sorunlara sebep olabilir; örneğin arabuluculuğun iyi niyetle yürütülüp yürütülmediğinin tespiti veya arabuluculuk sonundaki anlaşmaya ilişkin delillerin incelenmesi mümkün olmayabilir.²³ Bu gibi sebeplerle gizlilik ilkesi mutlak değildir; HUAK m.4/1’de belirtildiği gibi tarafların aksini kabul etmelerinin dışında diğer istisnalar, kanunun emrettiği haller ile arabuluculuğun sonunda varilânanlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olan durumlardır (HUAK m.5/3). Bu istisnalardan *kanunun emrettiği hallerin açık olması*, dolaylı yorumla veya zımnî olarak emir barındırmaması gerekir. Yine *arabuluculuğun sonunda varilânanlaşmanın uygulaması ve icrası* için gizliliğin kaldırılması, sadece icra için gerektiği ölçüde mümkündür.²⁴

¹⁹ Özbek, s. 602.

²⁰ Özbek, s. 605.

²¹ Özbek, s. 611.

²² Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 33; Özbek, s. 612.

²³ Özbek, s.613.

²⁴ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 34.

Arabuluculuğun kendi içinde türleri mevcuttur. *Arabulucunun niteliğine göre* adi ve nitelikli arabuluculuktan bahsedilebilir. Adi arabuluculukta arabulucu kanunun koyduğu niteliklere göre görev almamakta, buna bağlı olarak da bu arabulucunun sürdürdüğü arabuluculuk faaliyeti de kanunda belirtilen sonuçları doğurmamaktadır. Nitelikli arabuluculukta ise kanunun aradığı nitelikleri haiz, belirtilen şekilde eğitim almış arabulucunun yine kanundaki düzenlemelere göre süreci yürüttüğü, bu sürecin sonuçlarının da kanundaki sonuçlar olduğu arabuluculuk türüdür.²⁵ Bu ayırıma göre HUAK ile düzenlenen arabuluculuk türünün nitelikli arabuluculuk olduğu kuşku götürmemektedir.

Arabuluculuk faaliyet türüne göre ise kolaylaştırıcı, değerlendirici ve dönüştürücü arabuluculuktan bahsetmek mümkündür. Kolaylaştırıcı arabuluculukta arabulucunun taraflara müdahalesi azdır. Arabulucu tarafların ortak menfaatlerini esas alarak çözüme ulaşmalarında yardımcı olurken herhangi bir çözüm dayatmaz, tavsiyede de bulunmaz; arabulucunun rolü, tarafların çözüme ulaşmasını kolaylaştırmaktan ibarettir. Buna karşılık değerlendirici arabuluculukta arabulucunun müdahalesi daha fazladır; tarafların güçlü ve zayıf yönlerine dikkat çeker, açılması olası davalar hakkında bilgi verir, gerektiğinde tavsiye de verir. Bu tür arabuluculukta arabulucu, taraflara yardım eden, esas konu hakkında bilgili bir üçüncü kişi konumundadır²⁶. HUAK m. 15/7’de arabulucuya verilmiş “çözüm önerisinde bulunma” yetkisi ile hukukumuzda değerlendirici arabuluculuk anlayışının geçerli olduğunu söylemek mümkündür.²⁷ Dönüştürücü arabuluculuğu ise, tarafların karşılıklı birbirini anlayarak farklı bakış açıları kazanmak suretiyle yürütülen arabuluculuk olarak tanımlamak mümkündür; bu da arabulucu için standart üstü bir uzmanlık ve çaba gerektirir.²⁸

Arabuluculuk özellikle dava yolunda geçerli olan aleniliğin sebep olduğu tedirginlik nedeniyle, ticari uyuşmazlıklarda tercih edilmektedir. Alman hukukunda

²⁵ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 64.

²⁶ Seda Özmmucu, “Arabulucunun Rolü, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXI, S. 1, s. 1369-1390, s. 1375.

²⁷ Adem Albayrak, “Türk Hukukunda Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk”, **Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu (6-7 Aralık 2018)** (Editör: ersin Erdoğan), Ankara 2019, s. 203-210, s. 209.

²⁸ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 64; Seda Özmmucu, **Arabuluculuk Modelleri**, İstanbul 2021, On İki Levha Yayıncılık, s. 7-8.

arabuluculuğun özellikle tercih edildiği alanların inşaat hukuku, uluslararası nitelik taşıyan ticari işlemler ve ticari işletmenin devrine ilişkin olduğuna, bunun yanı sıra iki veya daha fazla işletme arasındaki ticari uyuşmazlıklarda da arabuluculuğun uygulama alanı bulunduğu dikkat çekilmektedir.²⁹

Ticari uyuşmazlıkların arabuluculuk ile çözümünde, belli menfaat gruplarının temsil edilmesi söz konusudur. Bu noktada önemli olan temsilcilerin şahsi menfaatlerinden ziyade, temsil ettikleri grubun menfaatini gözetmeleridir. Bunun yanı sıra, diğer bazı tür uyuşmazlıkların aksine, bir çözüme ulaşabilmek için yalnızca iletişim veya psikoloji alanlarında değil, uyuşmazlığın gerektirdiği teknik konularda da uzmanlığın bulunması önem taşımaktadır.³⁰ Bu arabuluculuk türünde, örneğin aile uyuşmazlıklarının aksine duygusallık geri planda, ekonomik meseleler ise daha ön plandadır³¹. Masrafların sarf edileceği alanlar ve alınacak risklerin tartılması ayrıca önem taşır. Tacir halihazırda menfaat odaklı olarak ve ekonomik açıdan düşünmeye, hareket etmeye ve çabuk karar vermeye alışkındır; bu açıdan arabuluculuk vasıtasıyla uyuşmazlık çözümünün ticari düşünme ve hareket etme ilkesiyle uyumlu olduğu söylenebilir³².

Ticari arabuluculuklarda öncelikle dikkat edilmesi gereken, hangi alanlarda özel bilginin gerektiğidir. Bu alanlar hukuka, ekonomiye veya politikaya ilişkin olabilir. Bu alanlarda uzman kişilerden görüş almanın ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk açısından karakteristik özellik taşıdığı ifade edilmektedir. Bahsi geçen uzman kişiler, taraflar arası güç dengesizliğinin önüne geçilebilmesinde rol oynamaktadır.³³

Ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk bakımından gizlilik ilkesi de özel bir önem taşır. Bu nedenle genelde taraflar, kurum içi danışmanlarıyla hareket etmektedirler.³⁴

²⁹ Frauke Prengel, **Die Rolle des Juristischen Beraters in der Mediation**, Hamburg 2009, Verlag Dr. Kovač, s. 56; Frank H. Schmidt/ Thomas Lapp/ Hans-Georg Monßen, **Mediation in der Praxis des Anwalts**, Münih 2012, Verlag C. H. Beck, s. 207.

³⁰ Prengel, s. 56.

³¹ Prengel, s. 57.

³² Schmidt/ Lapp/ Monßen, s. 209.

³³ Prengel, s. 58.

³⁴ Prengel, s. 58.

Ticari arabuluculuk çerçevesinde bahsedilebilecek bir başka alan da şirket ve ortakları arasındaki uyuşmazlıklardan kaynaklanabilecek uyuşmazlıklardır. Bu uyuşmazlıklarda ortaklar arabuluculuk sürecine doğrudan dahil olurken, şirket dolaylı şekilde dahil olmaktadır. Kurum içi uyuşmazlıklarda tipik olduğu üzere burada da taraflar birbiriyle ilgili ve bağlantılı olmaya devam etmekteyken, ekonomik açıdan ve hukuki olarak menfaatleri çatışan iki ayrı süje olarak süreçte yer alırlar.³⁵

1.2 Zorunlu Arabuluculuk Hakkında Genel Bilgiler

1.2.1 Tanım

Arabuluculuk, esasen gönüllülük içeren yapısıyla tanınmaktadır. Arabuluculuğun ihtiyari oluşu, gizlilik, tarafsızlık ve kendine özgü çözümleriyle birlikte, arabuluculuğun yapı taşlarından biri sayılabilir³⁶. Bu itibarla zorunlu arabuluculuğun bir tezat teşkil ettiği ve hatta arabuluculuğun temel unsurlarına aykırı olduğu dahi savunulmaktadır³⁷. Gerçekten de ilk bakışta zorunluluk unsuru, arabuluculuğun ihtiyari yapısı ve uygulamasıyla pek de bağdaşmamaktadır. Öte yandan, dava ve davanın sebep olacağı masrafların oluşturduğu tehdit olmaksızın arabuluculuğun işleyemeyeceği de öne sürülmüştür.³⁸

Zorunlu arabuluculuk, esasen tarafların dava açmadan önce katılmaları gereken arabuluculuk olarak kabul edilmelidir. Bu arabuluculuk yolunun en belirgin özelliği gönüllülük esasına tabi olmayışı olup, mahkeme kuralıyla veya kanunla hatta mahkeme kararıyla³⁹ gönüllülüğe tabi olmadığı belirlenmiş olabilir.⁴⁰ Mahkeme tarafından zorunlu kılınan arabuluculuğa dava açıldıktan sonra tarafların yönlendirilmesi halinde *mahkeme bağlantılı arabuluculuktan* söz edilir. Bu tür arabuluculuğa tarafların rızalarıyla başvurmaları halinde gönüllü, tarafların rızası

³⁵ Schmidt/ Lapp/ Monßen, s. 208.

³⁶ Julia Sidoli del Ceno, “Compulsary Mediation: Civil Justice, Human Rights and Proportionality”, **International Journal of Law in the Built Environment**, Vol. 6 No. 3, 2014, s. 286-299, s. 288.

³⁷ Dorcas Quek, “Mandatory Mediation: An Oxymoron- Examining the Feasibility of Implementing a Court Mandated Mediation Program”, **Cardozo Journal of Conflict Resolution**, Vol. 11 No. 2, 2010, s. 479-510, s. 484; Ceno, s. 288.

³⁸ Ceno, s. 288.

³⁹ Andreas Nelle, “Making Mediation Mandatory: A Proposed Framework”, **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, Vol. 7:2, 1992, s.288.

⁴⁰ Betül Azaklı Arslan, **Medeni Usûl Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk**, Ankara 2018, Yetkin Yayıncılık, s. 29.

olmaksızın kanun hükmü veya mahkeme emriyle başvurulması halinde ise zorunlu mahkeme bağlantılı arabuluculuk söz konusudur. İster hâkim takdiri isterse de kanun hükmü bulunsun, mahkeme bağlantılı arabuluculuğun zorunlu kılındığı durumlarda arabuluculuk yargılamanın bir aşaması haline gelir ve arabuluculuğa başvurulmaması, hukukumuz açısından usûlden ret sebebidir.⁴¹

1.2.2 Zorunlu Arabuluculuğun Düzenlenme Şekilleri

Karşılaştırmalı hukuk dikkate alındığında, arabuluculuk yükümlülüğünün üç şekilde ortaya çıkabileceğinin ifade edildiği görülmektedir. Bunlar *genel bir kural ile düzenlenme* (mahkeme kuralı veya kanun), *mahkemenin emri* veya *arabuluculuk sözleşmesidir*. Bu yollardan en tercihe şayan olan, bireyler arasındaki ilişkide, bir mahkemenin değerlendirmesine bağlı olarak oluşabilecek herhangi bir gecikme veya belirsizliği yaratmayacak olması itibariyle, arabuluculuk sözleşmesidir. Ancak, tarafların hukuki bir ilişkiye girmeden önce uyuşmazlık ihtimalini göz ardı etmeleri veya hâlihazırda anlaşmaya engel durumların bulunması nedeniyle arabuluculuk kaydının kullanımı mümkün olmayabilir.⁴² Üstelik böyle bir durumda esasen ihtiyari arabuluculuk söz konusu olacaktır.

Zorunlu arabuluculuk, hukukumuzda da olduğu gibi genel bir kuralla getirilmiş olabilir. Genel kuralla getirilen arabuluculuk şartı, kanun hükmünün emredici olmaması dolayısıyla taraflara zorunlu olmayabileceği gibi⁴³, yine hukukumuzda olduğu gibi emredici hukuk kurallarıyla zorunlu kılınan ve başvurmadan yargılamaya devam edilemeyecek bir zorunlu arabuluculuk da olabilir.⁴⁴ Arabuluculuğun kanun hükmü gibi genel bir kuralla zorunlu kılınması halinde, belli bir alandaki tüm

⁴¹ Azaklı Arslan, s. 40.

⁴² Nelle, s. 300.

⁴³ Bu noktada arabuluculuğu *dikkate almayı* zorunlu kilânkurallardan da bahsetmek gerekir. Bu tip kurallar arabuluculuğu zorunlu kılmamakta, taraflara yalnızca arabuluculuk yolunu da dikkate almalarını mecburi kılmaktadır. Yine de uygulamada, bu kurallara eşlik eden diğer kurallarla birlikte, zorunlu arabuluculuk kurallarına benzer etkiler doğurabildikleri de ifade edilmektedir. Örneğin taraf vekilleri dava öncesi arabuluculuk yolunu gündeme getirmekte, müvekkilleri ve karşı taraf ile bu hususta görüşme yapmakta ve mahkemeye arabuluculuk yolunu kullanma veya kullanmama yönündeki planlarını açıklamaktadır; bu durumda dahi genelde mahkemeler arabuluculuk sürecini zorunlu kılabilmektedir. Bu uygulamanın rutin bir hal alması üzerine de taraflar dava öncesi arabuluculuk yolunu “ihtiyari” olarak seçebilmektedir. (Edward Brunet/Charles B. Craver/ Ellen E. Deason, **Alternative Dispute Resolution: The Advocate’s Perspective**, Durham North Carolina, Carolina Academic Press, 2016, s. 1048)

⁴⁴ Azaklı Arslan, s. 40.

uyuşmazlıkların arabuluculuğa tabi kılınması söz konusu olur⁴⁵. Bunlardan biri belli konuların kendiliğinden ve zorunlu olarak arabuluculuğa tabi tutulmasıdır ki bu tip arabuluculuk genelde kanun ile düzenlenir. Bu tip zorunlu arabuluculuk için tarafların belli bazı kıstasların sağlanmaması veya rızalarının bulunmaması sebebiyle faydalanabilecekleri istisna hükümlerinin bulunması gerekliliği de ifade edilmiştir.⁴⁶ Bu tür zorunluluğun taraflar açısından mahkeme tarafından zorunlu kılınmasına nazaran avantajı, önceden arabuluculuğa başvurmak zorunda olmalarından haberdar oluşlarıdır. Böylece taraflar mahkemeye başvurmadan önce çekişmelerini sona erdirebilecek ve hatta hukuki ilişki sürecinde hasmane tavırların düzeyini de düşürebileceklerdir. Bu tür zorunlu arabuluculuğun yegâne sakıncalı tarafı, kuralın açıklığını kaybetmeksizin her davada eşit olarak uygulanamayabilecek olmasıdır. Bu sakıncayı bertaraf edebilmek için çözüm olarak da taraflara zorunlu arabuluculuktan *müşterek* iradeleriyle çekilmelerine imkân verilmesi gösterilmiştir.⁴⁷ Bu süreçten tek taraflı olarak çekinebilme imkanının bulunduğu hallerdeyse, arabuluculuğa başvuru yükümlülüğünden bahsetmek doğru olmayacaktır⁴⁸. Bu tür bir çekilme imkânı bir genel kural ile ya hukuki ilişkinin başında veya uyuşmazlık çıktığında getirilebilir. Uyuşmazlık çıktığında çekilme imkânının getirilmesi ise tarafların şüphecililiği, güçsüz görünme kaygısı ve taraf vekillerinin olası menfaatleri de varsa, tarafların çekilmeyi tercih etmesine sebep olabilir. Bu nedenle eğer böyle bir çekilme hakkı verilecekse, hukuki ilişki tesis edilirken verilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmekte, bu şekilde “olumsuz” bir arabuluculuk kaydı konulmasının, tarafların arabuluculuğun rolünü hukuki ilişkinin başında tartabilmeleri açısından yararlı bir yöntem olabileceği ifade edilmektedir. Yine de çekilme hakkının gerekliliği, genel bir kuralla getirilen zorunlu arabuluculuğun da zaten oransallık prensibine bağlı olması gerekmesi nedeniyle, tartışmaya açıktır.⁴⁹

Arbuluculuğun zorunlu kılınmasının bir başka yolu, her bir uyuşmazlık mahkemece bakımından arabuluculuğa gitme yükümü ve bunun kapsamının belirlenerek, arabuluculuğun zorunlu kılınması şeklinde gerçekleşir. Bu arabuluculuk tipinde hâkim, tarafların rızasını aramaksızın, tarafların derdest dava için

⁴⁵ Nelle, s. 300-301.

⁴⁶ Azaklı Arslan, s. 41; Melissa Hanks, “Perspectives on Mandatory Mediation”, **University of South Wales Law Journal**, Vol. 35 No. 3, 2012, s. 929-952, s. 931.

⁴⁷ Nelle, s. 300-301.

⁴⁸ Nelle, s. 301, dn. 51.

⁴⁹ Nelle, s. 301.

arabuluculuğa gitmelerini zorunlu kılar.⁵⁰ Deneyimli ve tarafsız olan hâkimin, arabulucuya gitme yükümünü davanın özelliklerine göre uyarlayabilmesi ve güç dengesinin sağlanması bağlamında ciddi bir risklerin bertaraf edilmesi bakımından, bu yöntemin daha faydalı bir yöntem olduğu belirtilmiştir. Bunun yanı sıra, arabuluculuğun zorunlu kılınması için yapılacak değerlendirmede, ölçülülük ilkesinin de daha etkin bir biçimde gözetileceğine dikkat çekilmiştir; yine de mahkemece getirilen bu yükümlülüğün, belirsizlik oluşması bakımından diğer yöntemlere nazaran daha riskli olabileceğini de dikkate almak gerekmektedir.⁵¹

1.2.3 Zorunlu Arabuluculuğun Getirdiği Yükümlülük ve Bu Yükümlülüğe Aykırılığın Olası Yaptırımları

Zorunlu arabuluculuk söz konusu olduğunda, olası bir yaptırımın caydırıcılığı bakımından, zorunlu arabuluculuk ile getirilen yükümlülüğün kapsamı ve yorumu ile yükümlülüğe aykırılık halinde uygulanacak yaptırımın, yeterince açık bir şekilde ve mümkün olduğunca erken bir zamanda belirlenmesi önem taşımaktadır.⁵²

Zorunlu arabuluculukta iradiliğin bulunmayışı başvuru açısından geçerli olup, anlaşmaya varma açısından gönüllülük esası devam etmektedir.⁵³ Diğer bir deyişle zorunluluk, arabuluculuk sürecini başlatma ve ilk toplantıya katılma için geçerlidir.⁵⁴ Gerçekten de arabuluculuğa başvurma zorunluluğu ile arabuluculuk sonunda anlaşmaya varma zorunluluğu arasında belirgin bir fark bulunmaktadır. Anlaşmaya varma zorunluluğunun da yargılama hukukuna ilişkin sorunlar çıkarabileceği belirtilmektedir.⁵⁵ Zorunlu arabuluculukta “zorunluluk”, *arabuluculuğa zorunlu kılma* veya *arabuluculuk içerisinde zorunluluk* şeklinde iki farklı kavram olarak da ele alınmıştır. Buna göre, *arabuluculuk içerisinde zorunluluğun* benimsenmesi, tarafları arabuluculuk süreci sonunda bir anlaşmaya varmaya zorlayıp adil olmayan sonuçlar doğurabilir. Dolayısıyla tarafların tatminkâr bir sonuç alması için arabuluculuk sürecinin zorlama unsurunun bulunmaması ve süreçte tarafların menfaatlerine dikkat edilmesi gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki, zorunluluk unsuru bakımından bahsi

⁵⁰ Hanks, s. 931.

⁵¹ Nelle, s. 301.

⁵² Nelle, s. 307.

⁵³ Azaklı Arslan, s. 42; Nelle, s. 287.

⁵⁴ Süha Tanrıver, “Zorunlu arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2020/147, s.112-142, s.113.

⁵⁵ Ceno, s. 289.

geçen bu iki kavram arasında net bir sınır ve hatta anlamlı bir fark bulunmadığına dair birtakım eleştiriler de bulunmaktadır. Bu bağlamda dayatılmış bir anlaşmanın sağlanması yönünde bir beklentinin, arabuluculuk sürecinde yer alan tüm aktörler için arabuluculuğun anlamını değiştireceği öne sürülmüştür. Buna karşılık *arabuluculuğa zorunlu kılma* ile *arabuluculuk içerisinde zorunlu kılmanın* arasında bariz bir ayrım bulunduğunu, buna göre zorunlu arabuluculuğun tarafları yalnızca bir anlaşmaya varma denemesi yapma hususunda zorunluluk getirdiği, zorunlu arabuluculuğun mahkeme önünde yargılamanın yerine geçmediği, onu sadece ertelediği savunulmuştur.⁵⁶

Her ne kadar anlaşmaya varma zorunluluğunun daha yüksek oranda anlaşma ile sonuçlanacağı çıkarımına varmak mantıklı görülebilirse de, uygulamada bu durumda dahi anlaşmaya varma oranlarında bir fark bulunmadığı, hatta ihtiyari arabuluculuk halinde daha yüksek bir anlaşmaya varma oranının bulunduğu ifade edilmektedir.⁵⁷

Bir başka zorunlu arabuluculuk halinde ise aslında “yarı zorunlu” arabuluculuk⁵⁸ söz konusudur; bu durumda esasen arabuluculuk zorunlu olmasa da davadan önce arabuluculuğa başvurmayan taraf aleyhine bazı masraflara hükmedilmesi dolaylı olarak arabuluculuğu zorunlu kılmaktadır. Buna göre arabuluculuğa yaklaşmayan taraflar için ciddi anlamda maddî tedbirler uygulanmaktadır.⁵⁹

Zorunlu arabuluculuğa gitme yükünün içeriğinin, arabuluculuk sürecinin aşamalarına göre farklılık gösterebileceği de ifade edilmektedir. Bunlardan *inceleme aşamasında katılım zorunluluğu*, arabuluculuk hakkında bilginin verildiği ve uyuşmazlığın arabuluculuk açısından taşıdığı potansiyelin incelendiği aşamaya katılım zorunluluğudur. Aslında burada arabuluculuk sürecine zorunluluk özelliği getirecek kadar ağır bir yükümlülük de bulunmamaktadır. Bu aşamada, tarafların şüphesizliği ve iletişim eksikliği gibi arabuluculuğa engel olabilecek bazı durumların üstesinden gelmeye çalışılıp, taraflar kendi iradeleriyle arabuluculuğa yönlendirilebilmektedir.

⁵⁶ Quek, s. 485

⁵⁷ Ceno, s. 290.

⁵⁸ Ceno, s. 288.

⁵⁹ Hanks, s. 931

Arabuluculuk faaliyetinin henüz başlamadığı bu aşamada tarafların bulunması faydalı olacaktır. Zorunlu arabuluculuk ile getirilebilecek bir diğer yükümlülük *tüm tarafların arabuluculuk oturumunda hazır bulunması zorunluluğudur*. Arabuluculuk oturumunda hazır bulunma zorunluluğundan kasıt, tarafın bizzat hazır bulunması veya vekille temsili olabilir. Tarafların bizzat hazır bulunmaları yükümlülüğü ise taraflara uyuşmazlığın çözümü konusunda daha fazla inisiyatif verir. Bu tür bir zorunluluk, taraf vekillerinin şahsi menfaatlerinin zorunlu arabuluculuk için bir engel teşkil etmesi ve arabuluculuk sürecinin bu nedenle sağlıklı bir şekilde yürütülememe riskinin olduğu hallerde gerekli olacaktır. Bu yükümlülük herhangi bir arabuluculuk girişimi için ön koşuldur. Taraf vekillerinin ise anlaşmaya varma konusunda tam yetki sahibi olmaları sebebiyle arabuluculuk sürecini en sağlıklı şekilde sürdürmeleri mümkün olsa da tarafların, güçsüz veya taviz vermeye hazırmış gibi görünme endişesiyle, anlaşmaya varma konusunda vekillerine tam yetki vermekten kaçınabilecekleri ifade edilmektedir.⁶⁰

Son olarak zorunlu arabuluculuğun *iyi niyetle girişimde bulunma* (good faith effort) yönünde bir yükümlülük yükleme de mümkündür. Bu tür bir yükümlülüğün sakıncası da taraflara anlaşma hususunda bir baskı oluşturup, anlaşmaya varma hususundaki gönüllülük esasını zedeleyebilecek olmasıdır. Zorunluluk unsurunun bu şekilde anlaşılmasını gerektirecek durum, taraflar açısından, arabuluculuk sürecine katılım halinde diğer hukuki ilişkilerin zarar görme ihtimalinin bulunması endişesi gibi, arabuluculuğa gitmeyi önleyecek ölçüde engeller bulunmasıdır. Bu tip bir yükümlülüğün tarafları anlaşmaya zorlama yönünde baskıdan ayrılabilmesi için, iyi niyetle girişimde bulunmaktan anlaşılması gerekenin, arabuluculuktaki engelleri ortadan kaldırma ile sınırlı olarak anlaşılması gerektiği de ifade edilmiştir.⁶¹

Arabuluculuğun zorunlu oluşunun taraflara yüklediği yükümlülük nasıl anlaşılırsa anlaşılsın, bu yükümlülüğün dengesinin, arabuluculuk süreci için süre sınırı koymak suretiyle etkin olarak sağlanabileceğine dikkat çekilmiştir. Buna göre, eğer zorunlu arabuluculuk süreci, kısa bir süre ile sınırlandırılırsa, uzun bir bekleme süresine göre daha hafif bir yük oluşturacaktır. Süre sınırı, zorunlu arabuluculuğun yüklediği yükümlülükler bakımından adeta “ince ayar” için kullanılabilecek bir araç

⁶⁰ Nelle, s. 303.

⁶¹ Nelle, s. 304.

olacaktır. Taraflar zorunlu arabuluculuğa tabi tutulurken, zorunlu arabuluculuk ile davanın gereksiz yere açılmasının önüne geçilip böylece etkinlik sağlanırken, ölçülülük ile bu etkinin aşırıya kaçmasının önlenmesi ve tarafların anlaşması konusunda olası bir baskıdan korunması sağlanmalıdır. Zorunlu arabuluculukla getirilen yükümlülüğün kapsamı açıkça belirlenmesine rağmen taraflardan biri bu yükümlülüğe aykırı davranırsa, başarısızlıkla sonuçlanan arabuluculuk girişiminden doğacak masrafın bu tarafa yüklenmesi söz konusu olabilir; bu durumda yükümlülüğüne aykırı davranan ve böylece zorunlu arabuluculuğun amacını zedeleyen tarafa yalnızca bundan kaynaklanan masrafın yüklenmesinin oranlı bir yaptırım olabileceği belirtilmiştir. Ancak taraflardan biri zorunlu arabuluculuğa başvurmayı reddettiğinde, arabuluculuk süreci hiç olmayacağından masraflar da buna bağlı olarak düşük olabilir; böyle bir durumda ise söz konusu tarafa masrafları yüklemek etkili bir yaptırım olmayacaktır.⁶²

Zorunlu arabuluculuğun etkinliğinin sağlanması bakımından, eğer zorunlu arabuluculuğun iyi niyetle girişimde bulunma yükümlülüğü yüklediği kabul edilirse, arabulucunun mahkemeye vereceği bir raporun bu yönde iyi bir araç olduğu düşünülebilirse de arabuluculuk sürecinde gizliliğin ihlali ve tarafları anlaşmaya zorlama gibi sonuçları olabileceğinden, bu yaptırımın tarafların arabuluculuk sürecinde yer alması amacı ile oranlı olmayacağı da belirtilmiştir. İyi niyetle girişimde bulunma yükümlülüğünün söz konusu olduğu hallerde dahi arabuluculuğun mutlaka anlaşmayla sonuçlanması gerekmektedir. Bu nedenle zorunlu arabuluculuğa başvurmayı açıkça reddetme halinde, tarafın da durumuna bağlı olarak farklı yaptırımların uygulanması doğru olacaktır. Örneğin bir hukuki ilişkide değişiklik yapılmasında menfaati bulunacak olan taraf, mahkeme önünde veya tahkim yolu ile de bu talepte bulunamayabilir. Zorunlu arabuluculuk hükümlerinin ve arabuluculuğu zorunlu kilân mahkemelerin en fazla öngördüğü yaptırım şekli, davanın reddi veya arabuluculuğun bekletici mesele yapılmasıdır. Daha az zorlayıcı olan bir yaptırım türü de talepte bulunacak tarafın gereken hukuki yollara erişiminin ertelenmesidir.⁶³

Arabulucuya, zorunlu arabuluculuk yükümlülüğüne aykırı davranan tarafın yokluğunda, sürece başlayıp devam etme yetkisinin verilmesi ise, arabuluculuğun

⁶² Nelle, s. 305.

⁶³ Nelle, s. 305-306.

tabiatıyla çelişecektir. Anlaşmaya varma zorunluluğu olmadığından, eğer arabuluculuğa katılım sağlansaydı nasıl bir yarar elde edilebileceğini ölçmek de mümkün olmayacak, dolayısıyla neden olunan zararın tazmini de uygun bir yaptırım olmayacaktır. Özellikle dava yoluna gitmek zorunda kalınmayacağı şeklinde bir değerlendirme yapmak mümkün olmayıp, tespiti mümkün yegâne zararın katılmayan tarafın katılımını sağlamak için yapılan masraf olduğu söylenebilir. Tespit edilebilecek yegâne zarar, karşı tarafın arabuluculuğa katılmayan tarafın katılımını sağlamak için yapmış olabileceği masraflar olabilir.⁶⁴

1.2.4 Zorunlu Arabuluculuğun İşleyişi İçin Gerekli Hususlar

1.2.4.1 Taraflara Serbest Hareket Etme İmkânı Sağlanması

Zorunlu arabuluculuğun amacına ulaşması bakımından doktrinde bazı noktalara dikkat edilmesi önerilmiştir. Öncelikle eğer zorunlu arabuluculuk yoluna başvurulacaksa, bu arabuluculuk süreci anlamlı ve ciddi bir şekilde dikkate alınması, davaya giden yolda bir pürüz olarak algılanmaması gerekmektedir. Taraflardan her birinin arabuluculuk sürecinden makûl sebeplerle çekilebilme imkanına sahip olması, arabulucuları tarafların bizzat seçebilmesi, tarafların arabulucuyu seçmesi mümkün olmadığı takdirde mahkemenin arabulucu atayabilmesi, arabulucu listesinin tüm mahkemeler için yeknesak olması- yani belli bir hakimin seçtiklerinden ibaret olmaması; arabuluculuk listesine kaydolacak arabulucuların deneyim veya eğitime dayanan asgari düzeyde uzmanlıklarının bulunması, mümkünse hakimin tarafları ve vekillerinin arabuluculuk sürecinin idaresindeki yüklerini hafifletmesi; tarafların kendi çözümlerini şekillendirebilmeleri ve arabulucuların onları anlaşmaya zorlamamaları; tarafların arabuluculara not vermesi ve mahkemenin buna dayanarak hangi arabulucunun daha etkin olduğunu tespit edebilmesi ve arabuluculuk süreci başarısızlıkla sonuçlandığında arabulucunun herhangi bir yorum katmadan mahkemeye sadece bu hususu bildirmesi gibi çözüm önerileri getirilmiştir.⁶⁵

⁶⁴ Nelle, s. 306.

⁶⁵ Campbell C. Hutchinson, "The Case for Mandatory Mediation", *Loyola Law Review*, Vol. 42 No.1, 1996, ss. 85-96, s.93-94.

1.2.4.2 Ölçülülük

Bir uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuğa tabi kılınması için, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli oluşunun yanı sıra, arabuluculuğa elverişli bir uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuğa konu edilmesinin, başka açılardan da uygun olması aranmıştır. Örneğin haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişlidir; ancak aile içi şiddetten kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculuğa tabi olabilmesi, taraflar arasındaki güç dengesi açısından uygun değildir⁶⁶. Bu bağlamda, doktrinde belirtildiği üzere, zorunlu arabuluculuk faaliyeti sonunda varılacak anlaşmanın, sağladığı faydanın, neden olduğu risk ve masraflara ağır basması ve tek amacın mahkemelerin dava yoğunluğunu azaltmak olarak düşünülmemesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle bir uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamına sokulabilmesi için öncelikle arabuluculuğa elverişli olması, sonra da uyuşmazlık için arabuluculuğun zorunlu kılınmasının *ölçülü* olması gerekmektedir. Bu kriterleri sağlayacak uyuşmazlıkların başında ise konusunun maddî değeri düşük olan uyuşmazlıklar gelmektedir.⁶⁷ Bunun dışında, eğer uyuşmazlık konusunda bir içtihat ihtiyacı varsa, dava yolunun zaruri olduğu da ifade edilmiştir. Bu gibi durumlarda yargılamanın aleniliği de arabuluculuğun sağladığı gizliliğe nazaran daha tercih edilesidir.⁶⁸

1.2.4.3 Güç Dengesi

Devlet yargısının aksine, arabuluculuk sürecinde taraflar için standart bir koruma vaat edilmemekte, tarafların menfaat ve ihtiyaçlarına göre çözüm üretilmesine öncelik verilmektedir. Tarafların kendilerine en uygun çözüme erişebilmeleri ise güç dengesinin sağlanabilmesinden geçmektedir⁶⁹.

Arabuluculuk zorunlu kılınırken taraflar arası güç dengesizliklerinin de dikkate alınması gerekmektedir. Zorunlu arabuluculuğun, güç dengesizliğinin açık olduğu aile içi şiddet ve diğer şiddet olaylarında istisna tutulması gerekmektedir, dengesizliğin bu kadar açık olmadığı diğer uyuşmazlıklarda ise arabulucunun yapması gerekenin

⁶⁶ Nelle, s. 293. Hukukumuzda da HUAK m.1/2 uyarınca aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa *elverişli olmadığı* düzenlenmiştir.

⁶⁷ Nelle, s. 290.

⁶⁸ Hutchinson, s.90.

⁶⁹ İbrahim Ermenek, **Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması**, Ankara 2021, Yetkin Yayınları, s. 184. Arabuluculuk sürecinde zayıf tarafın korunmasına ilişkin görüşler hakkında bkz. Ermenek, s. 150-182.

zayıf tarafı koruyacak şekilde hareket etmesi olduğu öne sürülmüştür.⁷⁰ Bahsi geçen güç dengesizlikleri ifade yeteneği, güven duygusu, bilgi, dava deneyimi veya maddi kaynakların eksikliği gibi durumlar olabileceği gibi, taraflardan birinin diğerine karşı tehdidi de olabilir⁷¹. Güç dengesizliği, tüketici uyuşmazlıklarında ekonomik açıdan zayıf durumda olan tüketici için de geçerli olabilir⁷². Bunun yanı sıra zorunlu arabuluculuk sürecine iyi niyetle katılım da önem taşımakta; bu da özellikle mahkeme bağlantılı arabuluculukta söz konusu olabilmektedir. Mahkeme bağlantılı zorunlu arabuluculukta hâkim, taraflardan birinin iyi niyetli olmadığına kanaat getirdiğinde, o tarafı parasal olarak cezalandırabildiği gibi, aleyhine karar da verebilmektedir. İyi niyetle katılım, diğer zorunlu arabuluculuk hallerinde söz konusu değildir.⁷³

Hukukumuzda ise geçerli olan kanunun emredici hükümlerle getirdiği zorunlu arabuluculuk olsa da ve bu kapsamda iyi niyetle katılımın bu zorunlu arabuluculuk hallerine uygulanmayacağı söylenebilirse de, yargılama faaliyetinin bir aşaması olan zorunlu arabuluculuğun HMK m. 29 hükmüyle birlikte değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz⁷⁴. Bunun yanı sıra, doktrinde de ifade edildiği üzere, güç dengesinin tesisi için zayıf tarafın belirlenmesinde, tarafların tasarruf yetkisinin ve talep haklarının kullanımı ve sınırlarının da belirlenmesinin elzem olduğu düşüncesindeyiz⁷⁵.

1.2.4.4 Zorunlu Arabuluculuğun Niteliği

Zorunlu kılınan arabuluculuğun niteliği de önemlidir. *Menfaat odaklı arabuluculuk* söz konusuysa, ya her iki tarafın da menfaatlerini kapsayan ya da taraflardan birinin ödün vermesinin karşı taraf için daha elzem olduğu bir anlaşmaya varılması amaçlanır. *Hak odaklı arabuluculukta* ise (bir trafik kazası örneğinde olduğu gibi) menfaatlerin uzlaşması ihtimali yoktur veya çok düşüktür ve yargılama fonksiyonu menfaat odaklı arabuluculuğa göre daha fazladır. Bu tür arabuluculuğun

⁷⁰ Roselle L. Wissler, “The Effects of Mandatory Mediation: Empirical Research on the Experience of Small Claims and Common Pleas Courts”, *Willamette Law Review*, Vol. 33 No.3, 1997, ss. 565-604, s. 573.

⁷¹ Wissler, s.574, dn. 41.

⁷² Nur Bolayır, “Tüketici Hukuku Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk”, *Tüketici Hukukunun Güncel Meseleleri 2023*, İstanbul 2023, Aristo Yayınları, s. 6.

⁷³ Azaklı Arslan, s. 41.

⁷⁴ Bkz. Birinci Bölüm § 3.3.5.

⁷⁵ Ermenek, s. 84.

yararlı olması, tarafların karşılıklı haklarını tespit edip tanımaya bağlıdır; bu da hak odaklı bir arabuluculuk sürecini, esas görevi hakların tespiti olan mahkeme yargılamasına yakınlaştırır. Bu iki farklı nitelikli arabuluculuk süreçlerinden hak odaklı arabuluculuğun zorunlu kılınması, mahkemelerin hakların tespitinde daha yetkin olması ve yargılama sisteminde gerekli olabilecek birtakım reformların yapılmasını geciktirebileceği gerekçeleriyle eleştirilmiş, mahkemelerin tarafların menfaat odaklı arabuluculuk anlamında menfaatlerini koruma amacı olmayışı da dikkate alınarak, menfaat odaklı arabuluculuğun zorunlu tutulmasının daha uygun olduğu savunulmuştur.⁷⁶

1.2.4.5 Zorunlu Arabuluculuğun Tarafların Arabuluculuk Hakkındaki Çekincelerini Aşmalarındaki Rolü

Tarafların arabuluculuğa başvurmalarına engel durumlar ve zorunluluğun bu engelleri aşmadaki işlevi de dikkate alınması gereken başka bir kriterdir. Bu engeller tarafların bilgilerinde ve durumu değerlendirmelerinde ortaya çıkan farklılıklar, uyuşmazlığın hızlı bir şekilde sona erdirilmesine dair ilgisizlik, taraflar arasındaki iletişimsizlik, arabuluculuğa yaklaşımın tereddütlü olması⁷⁷, taraf vekillerinin dava sürecindeki şahsi menfaatleri, arabuluculuk teklif edildiğinde bunun güçsüzlük olarak algılanabileceği endişesi gibi haller olabilir.⁷⁸ Tüm bunların yanı sıra doktrinde de yargılama giderlerinden tasarruf etme imkanı; arabuluculuğun daha hızlı bir uyuşmazlık çözüm yolu olması; tarafları kutuplaştıran dava yolunun aksine, tarafların işbirliği yapmasına zemin hazırlaması; tarafların aleniliğin geçerli olduğu dava yolunda karşılayamadığı mahremiyet ihtiyacını karşılayabilmesi; hâkimlerin ve taraf vekillerinin dava sürecinde görev yaparken sahip olduğu kısıtlamaların olmaması ve arabulucuların taraflara anlaşmaları için daha yaratıcı çözümler sunabilmesi ve tarafların uzman bir arabulucu ile uyuşmazlık çözümüne gidebilmesi açısından zorunlu arabuluculuğun yararlı yönlerinin bulunduğu ifade edilmiştir.⁷⁹

⁷⁶ Nelle, s. 291-292. Burada bahsedilen hak ve menfaat arasındaki fark, hakların hukuken korunan, belirli, evrensel ve açık nitelikte oluşu, buna karşılık menfaatlerin çok sayıda, değişken ve duruma özgü oluşu noktasındadır. (Nelle, s. 291, dn. 20)

⁷⁷ Hutchinson, s. 89.

⁷⁸ Quek, s. 483; Nelle, s. 294-296.

⁷⁹ Hutchinson, s.87-89.

Arabuluculuğun kesin bir şekilde gönüllülük esasına tabi olması ve mahkemelerce veya kanunlar tarafından zorunlu kılınmaması esastır; ancak tarafların ve yargılamanın diğer süjelerinin yanlış değerlendirmeleri ve arabuluculuk sürecine aşına olmamaları nedeniyle, arabuluculuktan kaçınmalarının sonucu olarak, zorunlu arabuluculuğun uzmanlaşmaya ve arabuluculuğun kullanımını sıklaştırmasıyla, ihtiyari arabuluculuğa talebi arttıracak fikri de savunulmaktadır.⁸⁰ Buna ek olarak, arabuluculuk sürecine gönülsüzce katılântarafların dahi bu süreçten yarar sağladığına ve adete “arabuluculuğun gücü”nden etkilenerek, sürece nasıl başladıklarını da göz ardı ettiklerine dair çalışmaların bulunduğuna da dikkat çekilmiştir.⁸¹

1.2.4.6 Zorunlu Arabuluculuğun Geçici Olarak Düzenlenmesi Gerekliliği

Gönüllü arabuluculuğa katılımın az olması, bu sebeple de arabuluculuğun yararlarını tecrübe edebilmeleri için zorunlu arabuluculuğun *geçici önlem mahiyetinde* bir ihtiyaç olduğu da savunulmuştur. Bunun anlamı, özellikle mahkeme bağlantılı zorunlu arabuluculuğun, arabuluculuğun daha az geliştiği yargı sistemlerinde kısa süre için yer alması, toplumun arabuluculuk hakkındaki farkındalığının tatmin edici boyuta gelmesiyle de kaldırılması gerektiğidir.⁸²

Türk doktrininde de dava şartı olarak getirilen zorunlu arabuluculuğa yönelik birtakım eleştiriler öne sürülmüştür. Zorunlu arabuluculuğun uygulama alanının genişletilerek, adeta genel bir dava şartı haline getirilmesinin sağlıklı bir yaklaşım olmayacağı belirtilmiş; iş ve ticaret hukuku uyuşmazlıklarının yanı sıra, tüketici ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklara da dava şartı olarak zorunlu arabuluculuğun uygulanması halinde, bu özel dava şartının genel bir dava şartı görünümüne bürüneceği belirtilmiştir. Eğer bir dava şartı getirilecekse, dava şartı ile uyuşmazlık arasında hukukî ve mantıksal bir bağ olması gerektiği, getirilen dava şartı zorunlu arabuluculuğun işe bu gerekliliği yerine getirmediğine dikkat çekilmiştir.⁸³

⁸⁰ Hutchinson, s. 90; Quek, s. 483; Richard C. Reuben, “Tort Reform Renews Debate over Mandatory Mediation”, **Dispute Resolution Magazine**, Vol. 13 No.2, 2007, s. 13-15, s.13.

⁸¹ Quek, s. 484.

⁸² Quek, s. 484.

⁸³ Tanriver, **Düşünceler**, s.119. Belirtmek gerekir ki 28.07.2020 tarih ve 7251 sayılı kanunla getirilen 6502 sayılı TKHK m.73/A, tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı olarak zorunlu arabuluculuğu ve bu dava şartının istisnalarını düzenlemektedir. Bu değişiklikle burada bahsedilen genel nitelikli dava şartına benzerlik açısından bir adımın daha atıldığı söylenebilir.

1.2.5 Zorunlu Arabuluculuğun Avantajları ve Dezavantajları

Arabuluculuk esasen tarafları daha fazla tatmin eden, daha az masraflı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak görülmektedir. Buna rağmen tarafların arabuluculuğa aşına olmaması ve güçsüz görünme endişesi gibi sebepler ihtiyari arabuluculuğa olan katılımı düşük seviyede tutmaktadır.⁸⁴ Zorunlu arabuluculuk sayesinde ihtiyari arabuluculuğa aşinalığın da artacağı ve böylece uygulamasının yaygınlaşabileceği de belirtilmiştir⁸⁵. Arabuluculuk zorunlu hale getirildiğinde tarafların ikisi de anlaşmaya varmak isteyebilir, taraflardan biri isteyebilir veya iki taraf da anlaşmak istemeyebilir. Görüldüğü gibi arabuluculuğun zorunlu oluşu tarafların mutlaka anlaşmak istemeleri anlamına gelmeyecektir. Yine de arabuluculuğun zorunlu kılınmasıyla, zaten arabuluculuğa sıcak bakan ancak güçsüz görünme endişesiyle arabuluculuğu gündeme ilk getiren olmaktan çekinen tarafların teşvikinin sağlanmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir.⁸⁶

Her ne kadar zorunlu arabuluculuğun anlaşmayla sonuçlanma oranının ihtiyari arabuluculuğa kıyasla daha düşük olduğunu ifade eden çalışmalar bulunsa da bunun aksine zorunlu arabuluculuğun tarafların anlaşma oranını düşürmediğine dair çalışmaların olduğu da ifade edilmektedir. Özellikle anglo sakson hukukunda yer alan konusu boşanma olan zorunlu arabuluculuk süreçlerinde, tarafların, arabulucuların kendilerini anlaşmaya varma konusunda, bir ihtiyari arabuluculuk sürecinde olduğundan daha fazla zorladıklarına dair dönüş alınmadığına dikkat çekilmiştir. Buna ek olarak tarafların da ayrıca ihtiyari arabuluculukta olduğu kadar zorunlu arabuluculuk sürecinden de memnun kaldığı da görülmüştür. Elbette tüm bu argümanlara karşılık tam aksini gösteren çalışmalara da rastlanılmıştır.⁸⁷

Zorunlu arabuluculuğun, hukuk mahkemelerinde fazla olan iş yükünün de azalması yönünde faydalarının da olacağı belirtilmektedir. Bu bağlamda, mahkemelerde dava konusu olan birçok uyuşmazlığın bir yargılama faaliyeti

⁸⁴ Wissler, s.570.

⁸⁵ Hakan Albayrak, “Eşitlik ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu”, **Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı 17, 2018, ss. 12-24, s.19.

⁸⁶ Albayrak, **a.g.e.**, s.18; Gary Smith, “Unwilling Actors: Why Voluntary Mediation Works, Why Mandatory Mediation Might Not.”, **Osgoode Hall Law Journal**, Vol. 36 No. 4, 1998, s. 847-886, s.873; Wissler, **a.g.e.**, s.570.

⁸⁷ Wissler, **a.g.e.**, s.577.

sürdürmeye değmeyeceği çünkü emsal değeri fazla olmayan özel nitelikli uyuşmazlıklar oldukları veya kurallara sıkı sıkıya bağlı mahkemelerdense, karar verme hususunda daha fazla esneklik sağlayabilecek diğer yolların daha uygun olduğu ifade edilmiştir. Zorunlu arabuluculuk ile bu yolların tüketilmesi sağlanırken, tarafların bu tür uyuşmazlık çözüm yollarından elde ettikleri sonuçlarla tatmin olmamaları halinde yine dava yoluna dönebilmeleri de mümkün olabilecektir.⁸⁸

Türk hukuku bakımından alternatif çözüm yolları ve özellikle arabuluculuk ele alınırken, tarafların bir uyuşmazlık çıktığında ilk tercihlerinin mahkemeye başvurmak olduğu, bu durumun da fazla masrafa ve gereksiz zaman kaybına yol açtığı, bunun yanı sıra mahkemelerin iş yoğunluğunu da arttırdığı ifade edilmekte, bu durumda da mahkemeye başvurmadan önce alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yönelmenin daha yerinde olduğu ifade edilmektedir. Ancak tarafları gereksiz masraftan ve zaman kaybından kurtaracak bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan (ihtiyari) arabuluculuk, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) yürürlüğe girmesinden sonra dahi yaygın olarak kabul görmemiştir.⁸⁹ Zorunlu arabuluculuk ise 2017 yılında iş uyuşmazlıklarında dava şartı olarak getirilene kadar hukukumuzda uygulanmamıştır. İş mahkemelerinde artan iş yükü ise zorunlu arabuluculuğun getirilmesinde en büyük etken olmuştur.⁹⁰ Kısacası hukukumuzda mahkemelerin iş yükünün azaltılarak, sağlıklı kararlar alınmasının kolaylaştırılması ve davaların öngörülen sürelerde bitirilebilmesine⁹¹ katkıda bulunulması, zorunlu arabuluculuğun bir avantajı olarak düşünülmüştür. Ne var ki arabuluculuğun yargının iş yükünü azaltmak gibi bir amacı olmadığı, yargının iş yükünün azalmasının ancak bir sonuç olabileceği de belirtilmiştir⁹². Avukatların ve diğer meslek sahiplerinin de bilgisinin artması, düşünülen bir başka avantajdır⁹³.

Zorunlu arabuluculuğun uygulanmasında gözetilecek esaslar ve zorunlu arabuluculuğun olası faydalarının yanı sıra, birtakım dezavantajlarının olabileceği de

⁸⁸ Reuben, s. 13.

⁸⁹ Mehmet Saim Aşçı, "Zorunlu Arabuluculuk Uygulamasının Olumlu ve Olumsuz Yönleri", **Uluslararası Hukuk ve Sosyal Bilim Araştırmaları Dergisi**, Cilt 1 Sayı 2, 2019, s. 80-91, s.82.

⁹⁰ Aşçı, s.84.

⁹¹ Aşçı, s. 84; Kürşat Karacabey, "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar", **Ankara Barosu Dergisi**, 2016 Sayı 1, s. 457-489, s. 474.

⁹² Muhammet Özekes/ Murat Atalı: "7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler", **"Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine" Toplantısı**, Editör: Ömer Ekmekçi ve diğerleri, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 41-122, s. 81; Tanrıver, **Düşünceler**, s. 120.

⁹³ Albayrak, s.18.

öne sürülmüş, hatta zorunlu arabuluculuğun sağlayacağı faydaların abartıldığı ve bahsi geçen faydaların bulunup bulunmadığı hususunda yeterince titiz bir incelemenin yapılmadığı dahi düşünülmüştür⁹⁴. Bunun yanı sıra, arabuluculuğun en temel unsuru olan, tarafların kendi kaderini tayin etmesi ve gönüllülüğünü baltaladığı görüşüne de rastlanmaktadır; bu bağlamda arabuluculuğa tarafları zorlamak, anlaşma esasına dayanan arabuluculuk kavramıyla tutarsızlık göstermekte ve hatta zıt düşmektedir.⁹⁵ Gerçekten de ihtiyariliğin esas olduğu arabuluculuk yolu ve dava yolu arasındaki fark, iletişim unsurudur. Arabuluculuğa sıcak bakmayan taraflar için, eğer arabuluculuk süreci anlaşma ile değil de zor kullanarak yürütülmekeyse, iletişime açık olmak çok daha zor olacaktır. Üstelik bu durumda arabulucunun rolü, ihtiyari arabuluculuğa nazaran daha karmaşık ve zor bir hal alabilecek, hatta arabulucu süreci adeta savunmak durumunda kalacak; bu sebeple arabulucu, taraflara karşı değilse de sürece karşı objektif tutumunu koruyamayabilecektir. Bu da arabulucunun tarafları arabuluculuğa ikna etmesi zaruretinin doğurabilecektir.⁹⁶

Bir başka dezavantaj olarak, zorunlu arabuluculuğun mahkemeye erişim hakkını engellediği argümanı öne sürülmüştür.⁹⁷ Bunun karşılık öne sürülen görüş ise mahkemeye erişim hakkının engellenmediği, sadece belli bir süre için ertelendiğidir.⁹⁸ Zorunlu arabuluculuğun “zorunluluğunu” sürekli hissedecek olan taraflar, süreçte gereken rollere bürünemeyecek, esas aşama olarak gördükleri dava aşamasında kendilerine bir zarar gelmemesi için arabuluculuk sürecinde açığa vuracakları hususlarda çok dikkatli davranacaklardır⁹⁹; bu durumun da mahkemeye erişim hakkının ertelenmesinin yanı sıra arabuluculuk sürecini de olumsuz etkileyeceği söylenebilir. Özellikle uzlaşma kültürünün yaygın olmadığı ülkemizde, bu olumsuz etkinin daha fazla hissedilebileceği yönünde daha çok görüş bulunmaktadır¹⁰⁰.

⁹⁴ Quek, s. 481.

⁹⁵ Quek, s. 484.

⁹⁶ Smith, s. 874.

⁹⁷ Karacabey, s.476; Tanrıver, **Düşünceler**, s.121. Zorunlu arabuluculuğun mahkemeye erişim hakkı bağlamında kapsamlı değerlendirmesi için bkz. Birinci Bölüm §3.3.1.

⁹⁸ Reuben, s. 13.

⁹⁹ Smith, s. 875.

¹⁰⁰ Albayrak, s. 20. Zorunlu arabuluculuğun mahkemeye erişim hakkı bakımından doğurabileceği sonuçların önlenmesine yönelik, Alman ve İsviçre hukuklarında benimsenen dostane uyuşmazlık çözüm yöntemine benzer olarak (bkz. §2.1.1.2 ve §2.2.2) zorunlu arabuluculuğun, mahkeme nezdinde yürütülen yargılamanın bir parçası olarak düzenlenmesi, böylece tarafların önce mahkemeye başvurmalarının sağlanması yönünde öneriler dile getirilmektedir (Cengiz Derdiman/ Emirhan Derdiman, “Anayasal Hak ve İlkelerle Uyumlu Bir Model Önerisi: Muhakeme Sürecinde Arabuluculuk”, **Arabuluculuk Yılı**, Editör: Begüm Kocamaz/Baybüke Kurtuluş, Ankara 2020, Seçkin Yayıncılık, s. 27-54, s. 42).

Bir diğ er dezavantaj, zorunlu arabuluculuğ un, söz konusu sürecin anlaş ma esaslı olma özelliğ ine ters dü ştüğ üdür.¹⁰¹ Buna göre, arabuluculuğ un anlamı, emredici hükümlerin veya yargılamadaki süjelerin konumlarından ziyade, tarafların uyuşmazlıklarını kendi menfaatleri, ihtiyaçları ve ilgileri çerçevesinde ilerlemesinde ve tarafların bu sürecin sonunda dostane bir anlaşmaya doğrudan varması çerçevesinde değ erlendirilirken¹⁰²; tarafları bu sürece mecbur kılmak, arabuluculuğ un taraflara sunduğ u *kendi kaderlerini tayin etme* imkanını da anlamsız kılacaktır. Taraflar arasında güç dengesizliğ i de ö ne sürülen diğ er bir dezavantajdır. Taraflar arası güç dengesinin ustaca sağ lanamayacağı hallerde arabuluculuğ un zorunlu kılınması ve tarafların bu sürece dahil edilmesi uygun olmayacaktır.¹⁰³ Türk hukuku bakımından güncel durum dikkate alınacak olursa, Arabuluculuk Daire Başkanlığ ı'nın internet sitesinden alınan verilere göre iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk uygulamasında 02.01.2018 ila 31.12.2019 tarihleri arasında anlaş mayla sonuçlanma oranı yüzde altmış dört iken¹⁰⁴, ticari uyuşmazlıklarda dava şartı olarak zorunlu arabuluculuk uygulamasında bu oran %56 olarak görölmektedir¹⁰⁵. İş uyuşmazlıklarında bu oranın 02.01.2018-27.05.2018 tarihleri arasında (yine çok büyük farklılık göstermeyerek) yüzde altmış beş olduğ u¹⁰⁶ dikkate alındığ ında, işçi tarafının güçsüz taraf olarak kabul edildiğ i bu uyuşmazlık türünde, daha yüksek anlaş ma oranı olması, buna karş ılık *basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğ ünün bulunduğ u* ve nispeten taraflar arası güç dengesizliğ inin daha az olduğ u düşünölebilecek ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk faaliyetinin daha düşük oranda anlaş mayla sonuçlanması, zorunlu arabuluculuk uygulamasında taraflar arası güç dengesinin daha dikkatli ele alınması gereken önemli bir unsur olduğ unu düşöndörmektedir. Kanaatimizce, bu iki uyuşmazlık türü arasında, işçi gibi bir zayıf tarafın bulunduğ u uyuşmazlığ ın anlaş ma ile daha fazla sonuçlanması, zorunlu

¹⁰¹ Aşçı, s.88.

¹⁰² Ulrich Goll, "Obligatorische Streitschlichtung im Zivilprozess: Chancen und Probleme", **Zeitschrift für Rechtspolitik**, 31. Jahrg. H. 8, August 1998, s. 314-318, s. 316.

¹⁰³ Albayrak, s.18; Reuben, s. 13-14.

¹⁰⁴ <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/712021154549%C4%B0%C5%9E%20DAVA%20%C5%9EARTI.pdf> (Erişim tarihi:07.04.2021)

¹⁰⁵ <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/712021154523T%C4%B0CAR%C4%B0%20DAVA%20%C5%9EARTI.pdf> (Erişim tarihi:07.04.2021) Doktrinde adeta bir "başarı göstergesi" olarak sunulan istatistiklerin yanıltıcı olduğ una, daha sonraki süreçte dava açma ya da anlaşmaya uymama gibi durumların istatistiklere dahil edilmediğ ine dikkat çekilmektedir (Muhammet Özekes/ Pınar Çiftçi, "Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğ a Dahil Saymanın Gereksizliğ i Üzerine (İstanbul BAM Kararları Örneğ inden Bir Bakış)", **Türkiye Barolar Birliğ i Dergisi**, Sayı 148, 2020, s. 101-134, s. 119).

¹⁰⁶ Albayrak, s.19.

arabuluculuk sürecinde, güçlü tarafın güçsüz tarafa kendi koşullarını daha rahat dayatabileceği ihtimalini akıllara getirmektedir. Bunun dışında, böyle bir dayatma gerçekten mevcut olmasa bile güçsüz taraf süreçten sonrası için endişeler taşıyabilecek, bu da güç dengesinin sağlanamadığı zorunlu arabuluculuk sürecinde, güçsüz tarafın menfaatlerini yeterinde koruyamaması sonucunu doğurabilecektir.

Zorunlu arabuluculuk ile uzlaşma ortamının sağlanmasının önüne geçildiği, tarafların anlaşmaya varmasının daha da zorlaştığı fikri de öne sürülmüştür. Taraflar, zorunlu arabuluculuk süreci başlamadan önce ciddi bir şekilde anlaşmaya varma niyeti taşımamaktadırlar. Arabuluculuk yolu, her ne kadar uyuşmazlıkların çözümünde sağlıklı bir yol olsa da kendi kaderini tayin edebilmelerinin bir sonucu olarak, her koşulda en iyi ikinci alternatif olarak kalmalıdır.¹⁰⁷

Tüm bunların yanı sıra, arabuluculuk yoluna başvuran tarafların mutlaka arabuluculuğu dava yolundan daha avantajlı gördüğü veya üstün tuttuğunun düşünülmemesi gerektiği ve arabuluculuk sonucunda elde edilen anlaşmaların tarafların uyuşmasına mutlaka yardımcı olmadığı veya sonraki aşamalarda uyuşmazlık çıkma ihtimalini azaltmadığını tespit eden çalışmaların olduğuna da dikkat çekilmiştir¹⁰⁸.

Ayrıca zorunlu arabuluculuk iyi niyet bakımından da sakınca arz etmektedir. Taraflar veya vekilleri arabuluculuğa sıcak bakmadıkları takdirde bu süreci bir anlaşmaya varmaktan ziyade, dava sürecinde avantaj elde edebilmek için kullanacaklardır. Bu da salt ispat hususunda veri elde etmek veya sadece usûlî bir formaliteyi aşma amacı gütmelerine sebep olabilecektir. Bu sebeple iyi niyetin de her durumda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır.¹⁰⁹ Türk hukuku bakımından ise davalarda avantaj elde etmenin ötesinde, mahkemenin taraflardan biri hakkında vereceği olumsuz kararlardan kaçınmak için zorunlu arabuluculuk yönteminin kullanılabileceğinin düşünüldüğü söylenebilir. Örneğin iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk uygulamasının, iş davalarında işveren aleyhine verilen kararların fazlalığı karşısında bir çıkış yolu olarak görüldüğü ve iş

¹⁰⁷ Reuben, s. 14.

¹⁰⁸ Quek, s. 482.

¹⁰⁹ Reuben, s. 14.

hukukunda yer alan işçi lehine yorum ilkesinin bu şekilde bertaraf edilmek istendiği yönündeki görüşler, kanımızca yerinde olarak ileri sürülmektedir.¹¹⁰

Arabuluculuğun zorunlu kılınması, arabuluculuk sürecini menfaat odaklı olmaktan çıkarıp, değerlendirci bir mahiyete de büründürebilecek, diğer bir deyişle arabulucunun sürece müdahalesini arttırarak, tarafların rolünü kısıtlayacaktır. Her ne kadar zaman zaman tarafların isteği bu yönde olabilirse ve daha önce belirtildiği gibi Türk hukukunda da değerlendirci arabuluculuğun kabul edildiğinden bahsedilebilirse de, arabuluculuğu alternatif bir yol yapan ve bu sürece işlerlik kazandıran esas husus tarafların menfaatlerine, ihtiyaçlarına ve endişelerine yönelik bir tatmin sağlamasıdır. Nihayet, arabuluculuk sürecinde devlet müdahalesi oluşu da belli bir dezavantaj oluşturabilecektir- bu durumda kişilerin sürece hakimiyetini ve sürecin demokratik niteliğini zedelenebilecektir.¹¹¹ Tüm bu dezavantajlar dikkate alındığında, zorunlu arabuluculuğun sağladığı faydaların, bu yolun uygulanmasına değmeyeceği ifade edilmiştir¹¹². Kanımızca da arabuluculuk sürecinde esas olan, tarafların menfaatleri doğrultusunda bir anlaşmaya varması olduğu dikkate alındığında, zorunlu arabuluculuk uygulamasının, ileride de değinileceği üzere¹¹³, tarafların tamamen serbest iradeleriyle bir anlaşmaya varmasıdır. Dolayısıyla eğer bu özellikleri haiz arabuluculuk süreci zorunlu kılınacaksa, tarafların sürece hakimiyetinin ve süreçteki serbestisinin korunmasına da dikkat edilmesi gerekmektedir.

2. Karşılaştırmalı Hukukta Zorunlu Dostane Uyuşmazlık Çözümü ve Zorunlu Arabuluculuk Kavramları

2.1 Almanya’da Zorunlu Uyuşmazlık Çözüm Yolları

2.1.1 Alman Hukukunda Arabuluculuk

¹¹⁰ Aşçı, s. 89.

¹¹¹ Reuben, s. 14.

¹¹² Ancak belirtmek gerekir ki, zorunlu arabuluculuğun alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yeni uygulanmaya başlandığı zamanlarda uygun ve hatta gerekli bir hukuki çare olabileceğine de dikkat çekilmiştir (Reuben, s. 15). Arabuluculuğun dahi henüz yeni sayılabileceği Türk hukuku bakımından bu sayılânde avantajlar değerlendirilirken, bu hususun da dikkate alınması gerekeceği kanaatindeyiz.

¹¹³ Bkz. Birinci Bölüm, §3.3.4.2.

2.1.1.1 Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ve Arabuluculuğun Alman Hukukundaki Yeri

Alman hukukunda hukuki uyuşmazlıkların dostane yolla çözülmesi ve zorunlu mahkeme dışı uyuşmazlık çözümü yollarının yanı sıra, uyuşmazlıkların çözümünde dava öncesi veya davaya ek olarak başka uyuşmazlık çözüm yöntemleri de geliştirilmiştir. Tahkim, arabuluculuk ve hakem bilirkişi uygulamaları hâlihazırda sayıca oldukça fazladır. Bu itibarla hem kavramsal yönden hem de içerik yönünden müzakere (das Verhandeln), arabulma (das Vermitteln), uzlaştırma (das Schlichtung) ve hüküm verme (das Richten) arasındaki farkı ortaya koymak gerekmektedir. *Müzakere*, belli bir usûle bağlı kalmaksızın ve tarafsız bir üçüncü kişiye ihtiyaç duymaksızın, iki veya daha fazla tarafın bir tartışma, pazarlık ve mütalaa amacıyla aynı masaya oturup görüşmesini ifade eder. *Arabulma*, özellikle de bilinen anlamıyla arabuluculuk, taraflar arasındaki uyuşmazlığın, tarafsız bir üçüncü kişinin de desteğiyle pazarlık ve mütalaa yoluyla dostane bir çözüme ulaştırma amacı güden bir yoldur. Bu bağlamda arabuluculuk yolunun gösterdiği özellikler, arabulucunun taraflara baskı yapmaması ve bizzat karar vermemesi ile tarafları sülhe varma veya tahkime başvurma gibi yöntemlere ikna etmemesidir. *Uzlaştırma*, yine tarafsız bir üçüncü kişinin, bu defa taraflar üzerinde uzlaşmaları veya anlaşmaya varmaları yönünde kendi otoritesini kullanabildiği bir çözüm yoludur. *Hüküm verme* ise genel mahkemelerin veya tahkim mahkemelerinde uygulanan, uyuşmazlıkların bir otoritenin karar vermesiyle çözüme kavuşturulması yöntemidir.¹¹⁴ Bu kavramların ilk ikisinin dava yoluyla doğrudan bir bağlantısı bulunmazken, bahsi geçen tahkim yolu dava sürecini devre dışı bırakmaktadır¹¹⁵.

Alman hukukunda arabuluculuğa ilişkin düzenlemelerin yapılması ise Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi'nin 19.04.2002 tarihli ve 2008/52 EC sayılı direktifi üzerine gerçekleşmiştir¹¹⁶. Arabuluculuğa ilişkin ilk hukuki düzenleme, 21.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren arabuluculuğa ve diğer mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yollarına teşviki konu edinen Arabuluculuk Kanunu (das Mediationsgesetz) olmuştur.

¹¹⁴ Hanns Prütting, "ZPO § 278 Gültliche Streitbeilegung, Güteverhandlung, Vergleich", **Münchener Kommentar zur ZPO** (Herausgeber: Thomas Rauscher, Wolfgang Krüger), Münih 2020, Rn. 64.

¹¹⁵ MüKo ZPO/Prütting, **ZPO § 278**, Rn. 65.

¹¹⁶ Merve Uysal, "Alman ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğun Tanımı, Türleri ve Zorunlu Arabuluculuk", **Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, 2019, Cilt 15 Sayı 44, s. 885-960, s. 888.

Aynı zamanda 21.05.2008 tarihli hukuki ve ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğa ilişkin bir yönetmelik de yürürlüğe girmiştir. Bu düzenleme yalnız milletlerarası arabuluculuğu değil, her tür arabuluculuğu kapsamaktadır. Her ne kadar kanun yönetmeliğin ötesinde düzenlemeler içermekteyse de iki düzenleme bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Arabuluculuk kanunu esas olarak arabuluculuk kavramı, arabulucuların mesleki nitelikleri, arabulucuların eğitimi ve arabuluculuğa teşvik ile bunun değerlendirmesini düzenler.¹¹⁷ Esasen aile uyuşmazlıkları, sigorta uyuşmazlıkları hizmet ilişkisine dair uyuşmazlıklar ve ticari uyuşmazlıklar için uygulanan dostane uyuşmazlık çözüm yollarına EGZPO Art. 15a ve ZPO Art. 278 hükümlerinde rastlamak mümkündür¹¹⁸. Arabuluculuğun amaçları arasında kanun gerekçesinde uyuşmazlık çözümünün hızlandırılması, hukuki barışın sağlanması ve mahkemelerin iş yükünün azalması sayılmıştır¹¹⁹.

Alman Arabuluculuk Kanunu, uygulama alanı bakımından, 2008/52 EC direktifine rağmen yerel veya uluslararası nitelikte uyuşmazlıklar bakımından bir ayırım yapmamıştır. Bunun sebebi hukuki anlamda herhangi bir farklılaşmadan kaçınmaktır. Bunun ötesinde uyuşmazlıkları özel hukuk uyuşmazlığı veya idare hukuku uyuşmazlığı olması arasında da bir ayırım gözetmemiştir.¹²⁰

MedG, arabuluculuk sürecini gizlilik esasına göre yürütülen bir süreç olarak tanımlamış (Art. 1), bununla da tarafların anlaşmaya varmak için gereken her tür bilgiyi rahatça paylaşabilmesini amaçlamıştır. Arabulucu ise bağımsızlık ve tarafsızlık niteliklerini haizdir ve karar verme fonksiyonu yoktur. Tarafların arabulucunun mesleki nitelikleri, eğitimi ve deneyimi hususunda bilgi isteme hakları vardır ve eğer daha önce taraflardan biriyle herhangi bir şekilde bağlantısı olmuşsa, ancak iki tarafın da icazetiyle arabuluculuk görevine devam edebilir.¹²¹

¹¹⁷ MüKo ZPO/Prütting, **ZPO § 278**, Rn. 69.

¹¹⁸ Uysal, s. 890.

¹¹⁹ Thomas Rauscher, “Einleitung”, **Münchener Kommentar zur ZPO** (Herausgeber: Thomas Rauscher, Wolfgang Krüger), Münih 2020, Rn. 80; Uysal, s. 891. 7155 sayılı Kanun ile getirilen ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk için ise Adalet Komisyonu’nda toplumsal konsensüs sağlanmadan “yangından mal kaçırıcısına” özel bir kanun içinde getirilmesinin ciddi zararlara yol açacağına dair endişeler dile getirilmiştir (7155 s. Kanun Adalet Komisyonu Raporu, s. 17).

¹²⁰ Anette Guckelberger, “Einheitliches Mediationsgesetz auch für Verwaltungsrechtliche Konflikte?”, **Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht**, 2011, Heft 7, s. 390-396, s. 391.

¹²¹ Guckelberger, s. 391.

Daha önce 2008/52 EC direktifini iç hukuka uyarlama amacıyla ZPO Art. 796d ile getirilen, tarafların ikisinin de talebi veya karşı tarafın icazeti olmak kaydıyla taraflardan birinin isteği üzerine alınacak icra edilebilirlik şerhi uygulaması daha sonra kaldırılmış, böylece arabuluculuk süreci sonunda varılânanlaşmanın icra edilebilmesi için herhangi bir izne gerek kalmamıştır¹²².

Almanya zorunlu arabuluculuk düzenlemelerini, aşağıda incelenecek EGZPO Art. 15a kapsamında yapmıştır. Uygulama alanı son derece sınırlı olan bu düzenlemenin ötesinde Haksız Rekabet Kanunu (Unlauterer Wettbewerb-Gesetz, UWG) ile ve bazı inşaat sözleşmeleri uyuşmazlıklarında hâkime, taraflara dostane bir şekilde uyuşmazlığı çözme yönünde emir verme yetkisi tanınmıştır; bunun ötesinde zorunlu arabuluculuğun ticari uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulunmamaktadır¹²³.

2.1.1.2. Hâkimin Tarafları Uyuşmazlık Çözümüne Yönlendirmesi

Bu düzenleme 2002 yılında Alman Medeni Usûl Kanunu'nda yapılan bir değişiklikle getirilmiş olup, her tür yargılama için yürütülmesi zorunlu olan bir süreci¹²⁴ düzenlemiştir. Bu değişiklikle kanun koyucunun uyuşmazlık çözüm yollarının her türünü kapsayacak bir düzenleme getirme amacının yanı sıra, uzlaşma anlayışını bir kanunla daha da güçlendirme gayesi taşıdığı da doktrinde ifade edilmiştir.¹²⁵

Alman hukukundaki ZPO Art. 378 ile hukukumuzdaki HMK m. 137/1'e benzer şekilde, hâkimin tarafları öncelikle anlaşma yoluna (sûlhe) teşvik edeceği düzenlenmiştir (Abs. 1). Bunun üzerine, taraflar eğer ayrıca zaten sûlhe varmayı denemişse veya tarafların anlaşma ihtimali açıkça bulunmuyorsa, mahkeme bir duruşma ile tarafları dinleyip tarafların uzlaşabilmesi için uyuşmazlığa esas unsurlar üzerinde durur (Abs. 2). Bu duruşmaya iki tarafın da katılmaması halinde yargılama durur (Abs. 4). Hâkim bu duruşmada sadece tarafları yönlendirecek, herhangi bir karar

¹²² Guckelberger, s. 392; MüKo ZPO/Rauscher, **Einleitung**, Rn. 81.

¹²³ Stefan Rützel/Gerhard Wegen/Stephan Wilske, **Commercial Dispute Litigation in Germany**, Münih 2016, C. H. Beck, s. 197.

¹²⁴ Ingo Saenger, "ZPO §278 Gültliche Streitbeilegung, Güteverhandlung, Vergleich", **Zivilprozessordnung Handkommentar** (Herausgeber: Ingo Saenger), 9. Auflage, 2021 Baden-Baden, Rn. 1; Klaus Bacher, "ZPO §278", **Beck'sche Online Kommentare ZPO** (Herausgeber: Volter Vorwerk, Christian Wolf), 41. Edition, Rn. 1.

¹²⁵ MüKo ZPO/Prütting, **ZPO § 278**, Rn. 69.

vermeyecektir; burada hâkim arabuluculuk da dâhil olmak üzere her tür yöntemden faydalanabilir (Abs. 5). Tarafların anlaşmaya varıp bunu yazılı olarak mahkemeye sunmaları da mümkündür (Abs. 6).

Hâkim bu duruşma zamanını resen belirler ve tarafları duruşmaya davet eder (ZPO Art. 216 Abs. 1; Art.214). Uyuşmazlık çözümü duruşması da sözlü yargılama aşaması gibi mümkün olan en erken tarihte yapılmalıdır (ZPO Art. 272 Abs. 3).¹²⁶ Ancak yargılamanın her aşamasında yapılabilmesine hukuken bir engel de bulunmamaktadır; uygulamada tahkikat aşamasında ve hatta üst derece mahkemesinde dahi bu duruşmalar yapılabilmektedir¹²⁷. Sözlü yargılama aşamasından sonra dahi, uyuşmazlık üzerinde beyanlarda bulunulmuş olmasına rağmen, uyuşmazlık çözüm duruşması yapılması talebinde bulunulabilir¹²⁸. Tarafların duruşmaya katılması şarttır (ZPO Art. 278 Abs. 3) ve tarafların bulunmasının davayı aydınlatmak için elzem olup olmamasının bir önemi yoktur (Karş. ZPO Art. 141).¹²⁹ Burada hazır bulunmaktan kasıt tarafların bizzat bulunması değildir; avukatla temsil edilmeleri de mümkündür. Yine de dostane bir çözüme ulaşma ihtimalinin artması bakımından kendilerinin hazır bulunması tercih edilmelidir; öte yandan uzak mesafe gibi makûl sebeplerle tarafların hazır bulunması beklenemeyecekse bu tercihe gerek yoktur. Benzer şekilde büyük ölçekli şirketlerin veya bankaların temsilcilerinin ya da yönetim kurulu üyelerinin, karşı tarafta birden çok kişi bulunması halinde her biri için duruşmaya bizzat çağırılması ya da ticari kiralarda mülk sahibinin birden çok kiracıyla olan davada duruşmaya davet edilmesi makûl olmayacaktır.¹³⁰ Tarafların duruşmaya gelmemesi halinde yargılama durur (ZPO Art. 278 Abs. 4). Bunun yanı sıra gelmeyen taraf aleyhine idari para cezasına da hükmedilir (ZPO Art. 141). Uygulamada ise bu yaptırımın uzlaşmaya varmak istemeyen taraftan ziyade belli konuları aydınlatması için çağırılântaraf aleyhine hükmedildiği görülmektedir¹³¹. Taraflardan birinin

¹²⁶ BeckOK ZPO/Bacher, **ZPO § 278** Rn. 7. Uygulamada ise uyuşmazlık çözüm duruşmasının sonuç vermeme ihtimaline karşı, pratik sebeplerle sözlü yargılama duruşması ile aynı tarihin sıklıkla verildiğine dikkat çekilmektedir. Bu iki duruşma için aynı tarih verilmeyip yalnız Art. 278 uyarınca yapılacak duruşma için tarih verildiği halde tarafların yokluğunda karar verilemeyeceği de vurgulanmaktadır. (Hk-ZPO/Saenger **§278**, Rn. 9).

¹²⁷ MüKo ZPO/Prütting, **ZPO § 278**, Rn. 11.

¹²⁸ Hk-ZPO/Saenger **§278**, Rn. 8.

¹²⁹ BeckOK ZPO/Bacher, **ZPO § 278** Rn. 8.

¹³⁰ Hk-ZPO/Saenger, **§278**, Rn. 13; Musielak/Voit/Foerste, **ZPO § 278** Rn. 5; MüKo ZPO/Prütting, **ZPO § 278**, Rn. 25.

¹³¹ Hk-ZPO/Saenger **§278**, Rn. 13.

gelmemesi halindeyse, mahkeme usûle uygun biçimde tarih belirleyip davetiye gönderdiği sürece, sözlü yargılama aşamasına geçilir (ZPO Art. 279 Abs. 1).

Uyuşmazlık çözüm duruşması kural olarak davanın görüldüğü mahkemece yapılır ancak başka bir hâkime göndermesi de mümkündür (Art. 278 Abs. 5). Tarafların bu duruşmada yetkili hâkimi seçmesi söz konusu değildir. Ticaret mahkemelerinde mahkeme başkanının tek başına duruşma yapması mümkün olduğu gibi¹³², heyetten bir hâkimin görevlendirilmesi de söz konusu olabilir¹³³. Mahkemenin bu duruşma için tarafları sevk ettiği hâkim bir arabulucu değildir. Bu sebeple Arabuluculuk Kanunu'na (das Mediation Gesetz) tabi değildir. Yine de arabuluculuk da dâhil olmak üzere tüm uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin tekniklerden faydalanabilir¹³⁴. Taraflar mahkeme dışı arabuluculuktan kaçınmış olsalar dahi onları mahkeme içi arabuluculuğa yönlendirebilir. Ancak hâkim arabulucunun kısıtlarına tabi değildir. Bu kapsamda hâkimin uyuşmazlığı hukuki açıdan değerlendirme, çözüm önerilerinde bulunma ve tarafların rızasını aramaksızın dava dosyasını incelemeye yetkisi vardır. Hâkim müzakereler esnasında gördüğü cezai takibat gerektirecek hususları gereken yerlere bildirmek zorundadır. Uyuşmazlığın değerini ise takdir edemez.¹³⁵ Eğer duruşma uyuşmazlık çözülmeden sona ererse hâkim, davayı gören mahkemeye bu hususu belirterek ancak gerekçe sunmadan dosyayı geri gönderir.¹³⁶

Eğer duruşma davayı gören mahkemece yapıyorsa aleni olarak yapılır ancak başka bir hâkime gönderilmişse aleni yapılmaz.¹³⁷ Aynı şekilde ZPO Art. 78 ile düzenlenen bölge mahkemelerinde (das Landgericht) avukatla temsil zorunluluğu da başka bir hâkim nezdinde devam eden uyuşmazlık çözüm duruşmalarında uygulanmaz.¹³⁸ Bunun dışında avukatla temsil zorunluluğuna aykırı olarak yapılandırılma sonucunda düzenlenecek anlaşmaların icra kabiliyeti bulunmamaktadır¹³⁹.

¹³² BeckOK ZPO/Bacher, **ZPO § 278** Rn. 9.

¹³³ Musielak/Voit/Foerste, **ZPO § 278** Rn. 10.

¹³⁴ Hk-ZPO/Saenger **§278**, Rn. 20; Musielak/Voit/Foerste, **ZPO § 278** Rn. 15 MüKo ZPO/Prütting, **ZPO § 278**, Rn. 33; Susanne Lehmann, **Hinwirken im Einvernehmen- Die Interessenbasierte Güteverhandlung im Zivilprozess**, Wolfgang Metzner Frankfurt, 2017, Band 13, s. 16.

¹³⁵ Hk-ZPO/Saenger **§278**, Rn. 20.

¹³⁶ Musielak/Voit/Foerste, **ZPO § 278** Rn. 15; MüKo ZPO/Prütting, **ZPO § 278**, Rn. 42.

¹³⁷ BeckOK ZPO/Bacher, **ZPO § 278** Rn. 10.

¹³⁸ BeckOK ZPO/Bacher, **ZPO § 278** Rn. 11; MüKo ZPO/Prütting, **ZPO § 278**, Rn. 17.

¹³⁹ MüKo ZPO/Prütting, **ZPO § 278**, Rn. 17.

Duruşmada uyuşmazlığın ve taraflar arası ilişkilerin ne durumda olduğu üzerinde durulur. Mahkeme gerekirse taraflara sorular yöneltir. Mahkemede hazır bulunan taraflar bizzat dinlenilmelidir (ZPO Art. 278 Abs. 2).¹⁴⁰ Mahkemenin tarafları dinlememesi bozma sebebidir¹⁴¹. Burada amaç tarafların anlaşabilmelerine zemin hazırlamaktır. Mahkemenin bu aşamada amacı tüm koşullardan bağımsız bir şekilde görüşmelerin yapılmasını sağlamak olduğundan, delil toplaması ya da tahkikata yönelik diğer faaliyetleri gerçekleştirmesi söz konusu değildir. Davanın reddi ihtimalinin yüksek olması dahi bu aşamadaki görüşmeleri etkilemez.¹⁴² Ancak dilekçelerde belirsiz veya eksik görülen hususlar mahkemece taraflara sorulabilir¹⁴³. Bunların yanı sıra tarafların dostane uyuşmazlık çözümüne varabilmeleri açısından yeterli ölçüde bilgilendirilmeleri, uyuşmazlık çözümünün sağlıklı bir biçimde sonlandırılabilmesinin yanı sıra, adil yargılanma hakkı açısından da önem taşımaktadır¹⁴⁴.

Taraflar iddia ve savunmalarını sözlü yargılama aşamasında ileri sürebilirler. ZPO Art. 278 kapsamında yapılandırılmasında bu ve usûl işlemlerini yapmaları mümkün değildir. Ancak davanın geri alınması, feragat, kabul ve sülh yapılabilir. Eğer bu duruşma davanın devam ettiği mahkeme nezdinde gerçekleşmişse, tarafların yargılamanın ilerleyen aşamalarında bu duruşmadaki beyanlarına dayanmaları mümkündür.¹⁴⁵ Mahkeme ise eğer uyuşmazlığın çözümü sonucunu doğurmayacaksa geçici hukuki korumalara karar verebilir. Bu aşamada davaya müdahale de mümkün değildir.¹⁴⁶ Öte yandan tarafların bu duruşmalardaki ikrarlarının yargılamanın ilerleyen aşamalarında bağlayıcı olmayacağını da belirtmek gerekir¹⁴⁷.

Her ne kadar bu duruşmanın yapılması zorunluysa da¹⁴⁸ tarafların anlaşabilmesi açık bir şekilde imkânsız görünüyorsa yapılmaması da mümkündür. Bu

¹⁴⁰ BeckOK ZPO/Bacher, **ZPO § 278** Rn. 12; MüKo ZPO/Prütting, **ZPO § 278**, Rn. 26.

¹⁴¹ BeckOK ZPO/Bacher, **ZPO § 278** Rn. 12.1.

¹⁴² Hk-ZPO/Saenger **§278**, Rn. 14; Musielak/Voit/Foerste, **ZPO § 278** Rn. 10; MüKo ZPO/Prütting, **ZPO § 278**, Rn. 27.

¹⁴³ Musielak/Voit/Foerste, **ZPO § 278** Rn. 11.

¹⁴⁴ Hk-ZPO/Saenger **§278**, Rn. 4.

¹⁴⁵ BeckOK ZPO/Bacher, **ZPO § 278**, Rn. 13; Hk-ZPO/Saenger **§278**, Rn. 12.

¹⁴⁶ Hk-ZPO/Saenger **§278**, Rn. 12.

¹⁴⁷ Musielak/Voit/Foerste, **ZPO § 278** Rn. 12; Hk-ZPO/Saenger **§278**, Rn. 12.

¹⁴⁸ Belirtmek gerekir ki bu zorunluluk duruşmanın yapılması bakımından olup, tarafların anlaşmaya varma hususunda herhangi bir yükümü yoktur (Alexander Knauss, "Der "Zwang" zur Gültlichen Einigung- Für Eine Reform des §278 ZPO", **Zeitschrift für Rechtspolitik** 08.10.2009, 42. Jahrg., H. 7, ss. 206-209, s. 206.; Lehmann, s. 16).

ise tarafların karşılıklı icazetiyle değil, hâkimin kararıyla mümkündür; hâkimin bu kararı kesindir¹⁴⁹. Burada hâkimin rolü sadece karar vermek olmayıp, tarafların anlaşmaya varabilmesini sağlayarak hukuki barışı sağlamak ve mahkemenin üzerindeki yükü hafifletmektir. Bu yönüyle ZPO Art 278'in zorunlu bir anlaşma süreci öngördüğünü söylemek de mümkündür.¹⁵⁰ Tarafların anlaşabilmesinin açıkça imkânsız görünmesinden kasıt, uyuşmazlığın dostane bir çözüme kavuşması için çabalamanın dahi anlamsız görünmesidir. Bu durum dilekçeler aşamasında, hatta aynı taraflarla sürdürülmüş bir önceki davada tarafların tutumundan dahi anlaşılabilir. Taraflar bu durumlarda anlaşma niyetleri olmadığını açıkça belirtebilecekleri gibi iddia ve savunmalarını ileri sürme şekillerinden de bu sonuca varılabilir¹⁵¹. Burada anlaşmaya varmanın imkânsız olduğunun kuvvetle muhtemel görünmesi yeterlidir¹⁵². Mahkemenin duruşma yapmaktan kaçınma kararının gerekçesini taraflara bildirme zorunluluğu yoktur; bu karar kesin olmasına rağmen tarafların davanın her aşamasında uyuşmazlık çözümünü ileri sürebilmesiyle bu husustaki herhangi bir eksiklik ya da hatanın telafi edilebilmesi mümkündür¹⁵³.

Belirtmek gerekir ki tarafların hâlihazırda mahkeme dışı bir uyuşmazlık çözüm yoluna başvurmuş olmaları halinde ya da EGZPO Art. 15a uyarınca (ve tabi oldukları eyalet hukukunda düzenlendiği üzere) dava şartı olarak zorunlu uyuşmazlık çözüm yoluna başvurmalarının gerekli olduğu hallerde, bu maddeye göre duruşma yapılmasına gerek yoktur¹⁵⁴. Henüz böyle bir süreç başlatılmamışsa ancak başlatılacağı açıkça ortadaysa, mahkeme yine yapacağı duruşmanın başarıya ulaşmasını, duruşmanın en fazla birkaç dakika süreceğinden dolayı imkânsız göreceğinden, duruşma yapmamaya karar verebilir¹⁵⁵.

¹⁴⁹ BeckOK ZPO/Bacher, **ZPO § 278** Rn. 5; Musielak/Voit/Foerste, **ZPO § 278**, Rn. 4; MüKo ZPO/Prütting, **ZPO § 278**, Rn. 10. Yürütülen uyuşmazlık çözüm duruşması veya hiç yapılmamış olması Art. 278'e aykırıysa da bu kural olarak nihai kararı da etkilememelidir (BeckOK ZPO/Bacher, **ZPO § 278**, Rn. 7.2). Bu duruşmanın hiç yapılmamış olması bir bozma sebebi de değildir (MüKo ZPO/Prütting, **ZPO § 278**, Rn. 19).

¹⁵⁰ MüKo ZPO/Prütting, **ZPO § 278**, Rn. 1; Ulrich Foerste, "§278 Gültliche Streitbeilegung, Güteverhandlung, Vergleich", **Zivilprozessordnung mit Verfassungsgesetz Kommentar** (Herausgeber: Hans-Joachim Musielak, Wolfgang Voit), Münih 2023, C. H. Beck, Rn. 1.

¹⁵¹ Musielak/Voit/Foerste, **ZPO § 278**, Rn. 3.

¹⁵² MüKo ZPO/Prütting, **ZPO § 278**, Rn. 20.

¹⁵³ MüKo ZPO/Prütting, **ZPO § 278**, Rn. 22.

¹⁵⁴ Musielak/Voit/Foerste, **ZPO § 278**, Rn. 2a; MüKo ZPO/Prütting, **ZPO § 278**, Rn. 20; Hk-ZPO/Saenger, **§278**, Rn. 10.

¹⁵⁵ Hk-ZPO/Saenger, **§278**, Rn.10.

Uyuşmazlık çözüm duruşması sonucunda taraflar anlaşmazsa sözlü yargılama aşamasına geçilir (ZPO Art. 279). Fakat bu aşamadan önce ZPO Art. 227 kapsamındaki şartların oluşması ya da uyuşmazlık çözüm duruşmasında bulunmayan tarafın bulunmamasında kusuru yoksa veya usûlüne uygun davet edilmemişse, Art. 278 kapsamında bir duruşma yapılmasında bir engel yoktur. Taraflardan biri bu yönde itirazda bulunduğu ise bu duruşmanın yapılması zorunludur.¹⁵⁶

Hukuki barışı sağlamanın yanı sıra, yine mahkemelerin iş yükünü ve masrafları düşürmek ile gelecekte çıkabilecek hukuki sorunların önüne geçebilmek gibi amaçları da vardır¹⁵⁷. Dostane uyuşmazlık çözüm yollarıyla davaya konu olmayan uyuşmazlıklar ve hukuki olmayan meseleler de görüşülebildiğinden, bu durum hem mahkemelerin iş yükünü azaltacak hem de zamandan ve paradan tasarruf sağlayacaktır. Ne var ki Alman kanun koyucu toplumdaki uzlaşma kültürünün eksikliğine dikkat çekmiştir; bu sebeple de Art. 278 Abs. 2 ile tarafların bu sürece başlamasından önce bir duruşma yapılması gerektiğini düzenlemiştir.¹⁵⁸ Belirtmek gerekir ki bu duruşma yargılamanın sözlü aşamasının bir parçası değildir¹⁵⁹; burada kanun koyucunun amacı sözlü aşamanın bir kesitini düzenlemekten ziyade yargılamanın mümkün olan en erken evresinde uyuşmazlık çözüm sürecinin denenmesini ve böylece mahkemenin gereksiz iş yükünden kurtulmasını sağlamaktır¹⁶⁰.

Bu maddeye göre uyuşmazlık, taraflar arası çekişmenin olmadığı bir uzlaşma ortamında, en nihayetinde tarafların davadan feragati, davayı kabulü veya sülhe varması yollarıyla sona erebilmekte, varılânsönüç bir mahkeme kararı ile eşit derecede etkili olduğundan icra kabiliyetine de sahip olmaktadır¹⁶¹. Tarafların feragat, sülh ve kabulün ise, Türk hukukunda olduğu gibi, davanın her aşamada yapılması mümkündür.¹⁶² Esasen ilk derece mahkemesi için geçerli olan bu düzenlemenin üst derece mahkemelerince uygulanması şart değildir¹⁶³.

¹⁵⁶ Hk-ZPO/Saenger, §278, Rn. 18.

¹⁵⁷ MüKo ZPO/Prütting, ZPO § 278, Rn. 2; Hk-ZPO/Saenger, §278, Rn.1.

¹⁵⁸ Musielak/Voit/Foerste, ZPO § 278, Rn. 1

¹⁵⁹ BeckOK ZPO/Bacher, ZPO § 278 Rn. 2; Hk-ZPO/Saenger, §278, Rn.1.

¹⁶⁰ Musielak/Voit/Foerste, ZPO § 278, Rn. 11; MüKo ZPO/Prütting, ZPO § 278, Rn. 6.

¹⁶¹ MüKo ZPO/Prütting, ZPO § 278, Rn. 3; Hk-ZPO/Saenger, §278, Rn. 6.

¹⁶² Musielak/Voit/Foerste, ZPO § 278 Rn. 1

¹⁶³ BeckOK ZPO/Bacher, ZPO § 278 Rn. 6; Musielak/Voit/Foerste, ZPO § 278, Rn. 2.

Mahkemenin Alman ZPO Art. 278 uyarınca tarafları yönlendirebileceği farklı uyuşmazlık çözüm yolları bulunmaktadır. Buna göre uyuşmazlık çözüm duruşması için bir hâkime gönderebilir, yargılamayı durdurup arabuluculuk gibi mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yollarına sevk edebilir (ZPO Art. 278a Abs. 1) veya uyuşmazlık çözüm duruşmasından sonra çekişmeli yargıya tekrar dönmekle birlikte yine de tarafların anlaşmaya varması için çalışmaya devam edebilir.¹⁶⁴

Hâkimin tarafları anilân hüküm uyarınca uyuşmazlık çözümüne yönlendirebilmesi için tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde tasarruf yetkisi olması gerekir. Düzenlemenin amaçlarından biri hukuki barışı sağlamak olduğundan, tarafların haklarının farkında olması önem taşır. Bu sebeple tarafların uyuşmazlığı dostane yolla çözümlemesi sürecinde tarafların kesinlikle baskı altında olmaması ve hâkimin taraflara gerekli bilgileri sağlaması da önem taşımaktadır.¹⁶⁵ Buna uygun olarak, baskıcı bir tutumdan kaçınmak hâkimin görevi olmalıdır; bu bağlamda hâkim, taraflara dava hakkının kaybedileceğini veya anlaşmaya varılması ya da varılamaması halinde ortaya çıkacak riskleri baskı oluşturacak bir şekilde dayatmamalıdır. Alman hukukunda maddenin getirdiği sorumluluğun uygulamada yanlış anlaşıldığı ifade edilmekte, hâkimin bahsi geçen bu temel yükümlülüklerini yerine getirmeyerek tarafsızlığını da zedelediğine dikkat çekilmektedir.¹⁶⁶

Dava konusu uyuşmazlık aynı zamanda EGZPO Art. 15a ile düzenlenen ve dava şartı olan zorunlu uyuşmazlık çözümü yoluna tabiyse bile bu, ZPO Art. 278 Abs. 2 uyarınca mahkemenin duruşma yapmasına engel değildir. EGZPO Art. 15a ile düzenlenen uyuşmazlık çözüm yolunun aksine Art. 278 ile düzenlenen duruşmanın yapılmasının yargılama sürecinde herhangi bir gecikmeye neden olmayacağı, hatta bu duruşmanın yine EGZPO Art. 15a'nın aksine geçici hukuki koruma söz konusu olduğunda dahi yapılmasının gerektiği ifade edilmektedir.¹⁶⁷ EGZPO Art. 15a ile ZPO Art. 278 arasındaki bir başka fark, uygulama alanları bakımındandır. EGZPO Art. 15a ile getirilen dava şartı olarak zorunlu uyuşmazlık çözümü süreci maddede sayılan uyuşmazlık türleri için geçerliyken¹⁶⁸, ZPO Art. 278 her tür uyuşmazlık

¹⁶⁴ MüKo ZPO/Prütting, **ZPO § 278**, Rn. 8.

¹⁶⁵ MüKo ZPO/Prütting, **ZPO § 278**, Rn. 4.

¹⁶⁶ MüKo ZPO/Prütting, **ZPO § 278**, Rn. 5.

¹⁶⁷ BeckOK ZPO/Bacher, **ZPO § 278**, Rn. 5.1.

¹⁶⁸ MüKo ZPO/Prütting, **ZPO § 278**, Rn. 15.

açısından uygulama alanı bulabilir¹⁶⁹. Bunun istisnası, evlilikten doğan uyuşmazlıklarda, tarafların duruşmada bizzat bulunması zorunluluğunun (Art. 278 Abs. 3) bulunmamasıdır (FamFG Art. 113 Abs. 4). Bunun sebebiyse, uyuşmazlığın niteliğidir. Yine de bu, tarafların Art. 278 Abs. 6 uyarınca mahkemeye yazılı bir sülhe vardıklarını bildirmelerine engel değildir (FamFG Art. 36 Abs. 3).¹⁷⁰ Bir başka fark, davaya konu uyuşmazlığın görüldüğü mahkeme bakımındandır; EGZPO Art. 15a yalnız ilk derece mahkemeleri için geçerliyken, ZPO Art. 278 açısından böyle bir sınırlama yoktur¹⁷¹. İlk derece mahkemeleri için ZPO Art. 278 Abs.2 uyarınca duruşma yapmak zorunluyken, üst derece mahkemeleri açısından bu zorunluluk bulunmamaktadır.¹⁷² Ancak her mahkemenin bu madde uyarınca duruşma yapması mümkündür.

2.1.2 Zorunlu Uyuşmazlık Çözümü

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının Alman hukukunda zorunlu kabul edilmesi, esasen yakın zamana kadar gerçekleşmemiştir. Hukuk yargılamasının rahatlatılması amacıyla bu doğrultuda önerilerin ortaya çıkışı, doksanlı yılların ortalarına kadar uzanmaktadır. Ekim 1996'da Federal Konsey'ce bu yönde kanun düzenlenmesi için bir girişimde bulunulmuştur. Adalet Bakanlığı'nca yapılaboğun çalışmayı takiben, Hukuk Komisyonu'ndan da görüş alınarak, 17.06.1998 tarihinde kanun taslağı sunulmuştur. Bu taslak da Federal Meclis tarafından 18.07.1998 tarihinde kabul edilmiştir. Ne var ki, Federal Konsey'in itirazı üzerine on üçüncü yasama döneminde yürürlüğe girmesi mümkün olmamış, 1999 yılında kanun taslağı tekrar görüşülmüştür. Sonuçta kanun 15.12.1999 tarihinde Federal Meclis'ten geçmiş, 01.01.2000 tarihinde de yürürlüğe girmiştir,¹⁷³ Alman Medeni Usûl Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Kanun'a (Einführungsgesetz ZPO- EGZPO) Art. 15a eklenmiştir. Söz konusu maddeyle, eyalet hukuklarınca mahkemede, belli uyuşmazlıklar açısından, dava yoluna başvurulmadan önce belli bürolar nezdinde *dostane uyuşmazlık çözümü* yoluna başvuruyu bir dava şartı olarak öngören, "deneysel" mahiyette bir düzenleme getirilmiştir.¹⁷⁴

¹⁶⁹ Lehmann, s. 16.

¹⁷⁰ Hk-ZPO/Saenger, §278, Rn. 2; Musielak/Voit/Foerste, ZPO § 278, Rn. 2.

¹⁷¹ MüKo ZPO/Prütting, ZPO § 278, Rn. 15.

¹⁷² MüKo ZPO/Prütting, ZPO § 278, Rn. 23.

¹⁷³ MüKo ZPO/Prütting, ZPO § 278, Rn. 61.

¹⁷⁴ MüKo ZPO/Prütting, ZPO § 278, Rn. 60.

Alman hukukunda zorunlu uyuşmazlık çözümü için getirilen bu düzenleme yalnız bir maddeden ibaret olup ne bir zorunluluk ne de bir yasak getirmektedir; sadece bir imkân sunmakla yetinmiştir. Getirilen bu düzenlemeyle Alman hukukuna hâkim olan “uyuşmazlığın mutlaka mahkeme önünde çözümlenmesi gerektiği” anlayışından da vazgeçilmeye başlanıldığı da ifade edilmiştir.¹⁷⁵

Belirtmek gerekir ki bu düzenlenme imkânı yalnızca davalar için getirilmiş, geçici hukuki korumalar açısından zorunlu dostane uyuşmazlık yolunun düzenlenmesi amaçlanmamıştır.¹⁷⁶ Ayrıca Federal Mahkeme’nin de bir kararında¹⁷⁷ belirttiği üzere, bu zorunluluk yalnızca ilk derece mahkemesi nezdinde açılacak davalar için getirilebilecek olup, düzenlemenin lafzı gereği, bölge mahkemelerinde açılan davalar için zorunlu dostane uyuşmazlık çözüm yolu şartı getirilemez¹⁷⁸.

Alman Medeni Usûl Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Kanun (EGZPO) Art. 15a, belli bazı uyuşmazlık türlerinde eyalet hukuklarınca, dava yoluna başvurulmadan önce ilgili eyalet adalet idaresince (die Landesjustizverwaltung) tanınmış ya da kurulmuş dostane uyuşmazlık çözümü büroları nezdinde uyuşmazlığın çözümünün zorunlu kılınabileceğini düzenlemiştir. Buna göre bu kapsamda düzenlenebilecek uyuşmazlıklar şunlardır:

- Sûlh mahkemeleri (das Amtsgericht) nezdinde görülecek konusu para olan uyuşmazlıklardan toplam değeri 750 Avro’yu aşmayan uyuşmazlıklar,¹⁷⁹

- Ticari bir faaliyet olmamak kaydıyla, Alman Medeni Kanunu’nun (BGB) Art. 910, 911, 923 ile Art. 906’nın yanı sıra, Alman Medeni Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Kanun (EGBGB) Art. 124 uyarınca düzenlenmesi eyalet hukukuna bırakılmış komşuluk hukuku uyuşmazlıkları,

¹⁷⁵ Reinhard Greger, “Obligatorische Schlichtung- Erfahrungen und Zukunftsperspektiven”, **Zeitschrift für Schiedsverfahren**, Heft 2 2005, ss. 76-80, s. 76.

¹⁷⁶ Michael Stöber, “Das Obligatorische Schlichtungsverfahren nach § 15a EGZPO”, **Juristische Arbeitsblätter** 2014 Heft 8, ss. 608-612, s. 607.

¹⁷⁷ Bkz. dn. 143.

¹⁷⁸ Stöber, s. 607.

¹⁷⁹ Her ne kadar EGZPO eyaletlere bu tür uyuşmazlıklar açısından bir imkân sağlamışsa da önceleri bu uyuşmazlıklar için de zorunlu dostane uyuşmazlık yolunu düzenleyen eyaletlerin zamanlar bu düzenlemeleri ilga etmesiyle, EGZPO Art. 15a Abs. 1 anlamını yitirmiş bulunmaktadır (Stöber, s. 608).

- Basın, radyo veya televizyon kanalıyla gerçekleşmesi durumu hariç, kişinin şerefine (die persönlicher Ehre) karşı ihlallerden doğan uyuşmazlıklar,

- Alman Genel Eşit Muamele Kanunu'nun (das Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz) üçüncü kısmı ile ilgili uyuşmazlıklar.

Bu tür dostane uyuşmazlık çözüm yoluna giden davacı, uyuşmazlık çözüm süreci bir anlaşmayla sona ermediği takdirde bu yola başvurduğuna dair bir belgeyi mahkemeye ibraz etmek durumundadır. Başvurulan dostane uyuşmazlık çözüm bürosu, bu belgeyi başvurudan itibaren üç ay içinde düzenlemekle yükümlüdür (EGZPO Art. 15a/1 (2)).

Zorunlu dostane uyuşmazlık çözümü, kararın tadili (ZPO Art. 323, Abänderung von Urteilen), ZPO Art. 794 uyarınca yapılan uzlaşmalar ve belgelerin tadili (ZPO Art. 323a, Abänderung von Vergleichen und Urkunden), ZPO Art. 324 uyarınca öne sürülecek teminat talepleri (ZPO Art. 324- Nachforderungsklage zur Sicherheitsleistung), yabancı mahkeme kararlarının tanınması (ZPO Art. 328- Anerkennung ausländischer Urteile) talepli davalar ile bunlara ilişkin karşı davalarda; yargılamanın yenilenmesinde; belgelere özgü takip (der Urkundenprozess) ya da kambiyo senetlerine özgü takip (der Wechselprozess) dahilinde ileri sürülen iddialar hakkında; ihtar usûlünde (der Mahnverfahren) bir talep ya da iddiada bulunulduğunda, bu iddia hakkında ve Alman ZPO sekizinci bölümdekiler başta olmak üzere, icra hukukuna ilişkin tedbirlerde, uygulama alanı bulmaz (EGZPO Art. 15a/2). Aynı şekilde, uyuşmazlığın tarafları aynı eyalette ikamet etmiyor ya da merkezi veya şubesi aynı eyalette değilse de eyalet hukukunca bu durumda dostane uyuşmazlık çözümü zorunlu kılınamaz (EGZPO Art. 15a Abs. 2(2)).

Tarafların hâlihazırda bir dostane uyuşmazlık çözüm bürosunda uyuşmazlık çözümü yoluna başvurmaları halinde, bahsedilen zorunlu uyuşmazlık çözümü uygulanamaz. Tüketici uyuşmazlıkları açısından, tarafların tüketici tahkim kuruluna, ilgili alandaki bir uyuşmazlık çözümü bürosuna ya da ticaret ve esnaflar odalarına bağlı bürolara başvuru halinde de zorunlu dostane uyuşmazlık çözümü uygulanmaz.

Bu durumda da daha sonra dava açıldığında, bu uygulamalara ilişkin belgelerin sunulması gerekir (EGZPO Art. 15a Abs. 3).

Görüldüğü üzere federal kanun, eyalet hukuklarına belli başlı davalara ilişkin olarak, dava öncesinde dostane uyuşmazlık çözümü yollarını zorunlu kılma yetkisi vermekle yetinmiştir. Geçen zaman içinde Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen-Anhalt ve Schleswig-Holstein eyaletleri bu doğrultuda düzenlemeler yaparken, diğer sekiz eyalet düzenleme yapmayı tercih etmemiştir. Eyaletlerin bu düzenlemeleri zaman açısından sınıra tabi tuttuğuna da dikkat çekilmelidir. Esasen bu düzenlemelerin 31.12.2005 tarihine kadar geçerli olması öngörülmüşken, daha sonraki genel eğilim bu süreyi önce 31.12.2008, daha sonra da 31.12.2011 tarihine kadar uzatmak olmuştur. Süre sınırlaması ise artık Baden-Württemberg, Brandenburg, Nordrhein-Westfalen ve Schleswig-Holstein eyaletlerinde uygulanmamaktadır. Bu düzenlemelerin ve sürelerinin uzatılmasının gerekli olup olmadığı da tartışma konusudur.¹⁸⁰

Örneğin Baden Württemberg eyaleti bağlamında uygulayıcılardan temkinli bazı yaklaşımlar olmuşsa da ilk derece mahkemelerinin iş yükünü hafifletmek, dava yolundan daha az masraflı ve daha hızlı bir şekilde uyuşmazlık çözümünü sağlayabilmek ve dostane uyuşmazlık çözüm yollarına vatandaşlarını teşvik edebilmek amaçların söz konusu düzenlemeleri gerekli kılabileceğine vurgu yapılmıştır¹⁸¹. Zaten Federal nitelikteki EGZPO §15a ile eyaletlere belli bazı

¹⁸⁰ MüKo ZPO/Prütting, **ZPO § 278**, Rn. 62.

¹⁸¹ Winkler Knodel, “Obligatorische Streitschlichtung- Hilfreich oder Lastig?”, **Zeitschrift für Rechtspolitik**, Heft 6/2008, ss. 183-186, s. 183. Ancak söz konusu düzenleme Baden- Württemberg eyaleti açısından beklentileri karşılayamamıştır. Özellikle eleştiri alan husus, bu düzenlemeden sonra yürütülen mahkeme dışı uyuşmazlık çözümü sayısında dramatik bir düşüşün gözlemlenmiş olmasıdır; 2001 yılında 3000 civarı olan bu sayı, 2011 yılına gelindiğinde 1990 civarındadır. Buna ek olarak bu süreçlerin yüzde yirmisinden de azı başarıyla sonuçlanmıştır. Sonuç olarak zorunlu uyuşmazlık çözümü bir formalite olmaktan ileri gidememiş, hukuki korumaya ulaşma yolunda aşılması gereken bir zorluk olarak algılanmaktan kurtulamamıştır (Christian Deckenbrock/ Roman Jordans, “Die Obligatorische Streitschlichtung nach §15a EGZPO Eine Aktuelle Bestandsaufnahme”, **Monatsschrift für Deutsches Recht**, Heft 16 2013, ss. 945-948, s. 945). Bu düzenleme sonrası duruma bakıldığında, hukuki koruma talep eden kişilerin ya da hukukçuların zorunlu dostane uyuşmazlık çözüm yollarını çok da benimsemediği sonucuna ulaşılmıştır. Bunun sonucunda düzenlemeden beklenen verim alınmadığından, mahkemelerin de iş yükünde bir hafifleme söz konusu olmamıştır. Üstelik SchlG Art. 4 uyarınca her ne kadar uyuşmazlık çözümü sürecinde dostane uyuşmazlık çözüm bürolarının denetimi öngörülmüşse de madde kapsamı dışında kalan hususlarda ilk derece mahkemesine fazladan iş yükü oluşmuştur (Knodel, a.g.e, s. 183.).

Buna karşılık Bavyera eyaletinde zorunlu uyuşmazlık çözümü, Baden- Württemberg’un aksine gelişim göstermiş, yapılandırılmış, geçerliliğinin sona ereceği tarih olarak belirlenen 31.12.2011 tarihine kadar eyalet hukukunun bir parçası haine gelirken, konusu belli bir miktarın altındaki para

uyuşmazlıklar açısından dava açılmadan önce zorunlu dostane uyuşmazlık m getirilmesi imkânının verilmesinin amacının da yine daha basit nitelikteki uyuşmazlıkların yükünü mahkemelerin üzerinden alarak, mahkemelerin iş yükünü azaltmak ve uyuşmazlıkların uzlaşmacı bir ortamda mlenmesi yolunu topluma aşılayarak hukuki barış ortamının oluşmasına katkıda bulunmak olarak belirtilmektedir. Alman doktrinde bu amaçların bulunduğu ortaya konulmakla birlikte, iç hukukta farklı yorumlanma ve zorunlu arabuluculuktan sıklıkla kaçınma gibi ciddi sorun ve risklere gebe olduğuna da dikkat çekilmektedir. Bu riskin de bilhassa taraflardan birinin ihtar usl sürecinde (das Mahnverfahren) ne süreceği iddialar bakımından geçerli olabileceğine dikkat çekilmektedir. Diğer hukuk sistemlerinde de yer alan endişelere benzer olarak, arabuluculuğun ve diğer dostane uyuşmazlık mlerinin zorunlu kılınışının, onun gönüllülük özelliğine ters düşeceği, ayrıca zaman kaybı ve masrafa sebep olabileceğine de dikkat çekilmekte, 2002-2004 yılları arasında EGZPO Art.15a uyarınca uygulanmış uyuşmazlık m sreclerinin yüzde birinden azının başarıya ulaşıldığına da vurgu yapılmaktadır.¹⁸²

Parasal talep içeren uyuşmazlıkların zorunlu uyuşmazlık mne tabi tutulabilmesi EGZPO Art. 15a Abs. 1 ile mümkün kılınmışsa da bu yönde bir tercihin sakıncalı olabileceğine de dikkat çekilmiştir. Bu uyuşmazlıklar açısından Almanya’da zorunlu uyuşmazlık mnn başarısı, beklenenin çok altında seyretmiştir. Bunun sebebi olarak bu zorunluluğu bertaraf etmek için kanunu dolanma yoluna gidilebileceğinin kanun koyucu tarafından hesaba katılmamış olması gösterilmiştir. Kanunun getirdiği bu zorunluluğu dolanmak için başta ihtar usl (das Mahnverfahren) olmak üzere alternatif yolların denenmesi beklenen başarı düzeyine ulaşılmasını engellemiş, fazladan masrafa ve gecikmelere sebep olmuştur. Parasal talep içeren malvarlığı uyuşmazlıkları açısından durum bu olmakla beraber, komşuluk hukuku alanında daha müspet sonuçların alındığı da if edilmiştir.¹⁸³ Bu sebeplerle komşuluk hukuku ve kişilik haklarının korunmasına ilişkin uyuşmazlıkların zorunlu uyuşmazlık mne tabi tutulması olumlu bulunurken, belli bazı malvarlığı uyuşmazlıkları için salt uyuşmazlık değerine göre zorunlu uyuşmazlık m getirilmemesi önerilmiştir.¹⁸⁴

alacaklarının ödenmesi olan malvarlığı uyuşmazlıkları hariç, zorunlu uyuşmazlık mne tabi tutulan uyuşmazlıklarda kayda değer bir başarı artışı gözlemlenmiştir (Deckenbrock/ Jordans, s. 946).

¹⁸² MüKo ZPO/Prütting, **ZPO § 278**, Rn. 63; Stber, s. 607.

¹⁸³ Greger, s. 78.

¹⁸⁴ Greger, s. 79.

Her ne kadar EGZPO Art. 15a Abs. 1 ile belli miktarda paranın ödenmesine ilişkin uyuşmazlıklarda zorunlu dostane çözüm yolunun getirilmesine imkân sağlanmışsa da bu tür uyuşmazlıklar açısından bu koşulun getirilmesinden artık vazgeçilmiştir¹⁸⁵. Federal mahkeme bir kararında¹⁸⁶ konusu belli bir miktarın altındaki paranın ödenmesi olan uyuşmazlıkların dışından tüm ödeme talepli uyuşmazlıkların EGZPO Art. 15a kapsamında olup olmadığını tartışmış, ilgili eyaletin önceleri ödeme talepleri için de EGZPO Art. 15a Abs.1 uyarınca zorunlu dostane uyuşmazlık çözümü yolunu düzenlemişken, söz konusu düzenlemenin 01.01.2008 tarihinde yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte eyalet hukukunun amacının tüm ödeme talepli uyuşmazlıkları zorunlu dostane uyuşmazlık çözümü kapsamı dışına almak ve bu koşuldaki tüm para ödenmesi talepleri için vazgeçmek olduğu kanaatine vararak, bu tür uyuşmazlıkların hiçbirinin zorunlu dostane uyuşmazlık çözümüne tabi sayılamayacağı sonucuna varmıştır.

Ne var ki, doktrinde Federal Mahkeme'nin bu kararını yerinde bulmayan görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlere göre, öncelikle EGZPO Art. 15a Abs.1 herhangi bir ayırım yapmaksızın 750 Avroya kadar olan tüm parasal talepler için düzenleme yapılması imkânını getirmiştir.¹⁸⁷ Bunun yanı sıra madde kapsamında yer alan diğer

¹⁸⁵ Örneğin BaySchlG §1, 2013 tarihinde yapılandırılarak 750 Avro altı uyuşmazlıkları kanun kapsamından çıkarmıştır. Niedersachsen ise diğer eyaletlerin aksine, düzenlemenin yürürlüğe girmesinden itibaren belli bir miktarın altındaki paranın ödenmesini konu alan uyuşmazlıkları zorunlu arabuluculuk kapsamı dışında tutmuştur (Deckenbrock/ Jordans, s. 946).

¹⁸⁶ BGH, Urte. V. 02.03.2012 – V ZR 169/11 (OLG Köln) (<https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fnzm%2F2012%2Fcont%2Fnzm.2012.435.1.htm&anchor=Y-300-Z-NZM-B-2012-S-435&readable=2&VorgaengerDokumentStrefker3=Urteil%20vom%2014.03.2012%20-%20VIII%20ZR%20113%2F11&VorgaengerDokumentFullname=bibdata%2Fzeits%2Fnzm%2F2012%2Fcont%2Fnzm.2012.432.1.htm>, erişim tarihi: 30.08.2021).

¹⁸⁷ Bölge Mahkemesi bir kararında, davacının ortak çamaşırhanede kullandığı makinenin üzerinde “Çöpünü eğer bir daha makinemin arkasında bulursam başın gerçekten derde girecek, seni çirkin aptal!” yazan davalı tarafça bırakılmış bir notu bulması üzerine ilk derece mahkemesinde açtığı kişilik haklarının ihlaline dayanan 750 Avroluk davanın (AG Bersenbrück, Urteil vom 23.08.2018- 4 C 21/18), zorunlu uyuşmazlık çözümüne tabi olmaması nedeniyle kabul edilebilir olduğuna hükmetmiştir. Buna göre, her ne kadar NSchlG belli bir miktar paranın ödenmesine ilişkin uyuşmazlıkları zorunlu uyuşmazlık çözümü yoluna tabi kılmamışsa da, Art. 1 Abs. 2 No. 3 gereği hakarete dayanan tazminat taleplerini de kapsam dışında bırakmayı amaçlamamaktadır. Ne var ki bu düzenleme de dar yorumlanmalıdır. Federal Mahkeme'nin hakarete dayanan kişilik haklarının ihlali konulu uyuşmazlıklarda tazminat sebebiyle para ödenmesi talebinde bulunulan uyuşmazlıkların zorunlu uyuşmazlık çözümüne tabi tutulabilmesi için açık düzenleme gerektiği yönündeki kararı (BGH Urteil vom 08.07.2008- IV ZR 221/07) ve diğer eyaletlerin tecrübeleri dikkate alındığında, NSchlG'nin tercihi para ödenmesi talebini içeren uyuşmazlıkları kapsam dışında tutmak olmuştur. (LG Osnabrück 3. Zivilkammer, Urteil vom 12.02.2019- 3 S 301/18) (<https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fents%2Fbeckrs%2F2019%2Fcont%2Fbeckrs.2019.2147.8.htm&pos=1&hlwords=on> , erişim tarihi: 01.09.2021)

uyuşmazlıklar bakımından, taleplerin parasal talepler ve diğer talepler olarak bir ayırma tabi tutulması, mahkeme dışı uyuşmazlık çözümünün amacıyla ve mantığıyla örtüşmemektedir; eğer söz konusu uyuşmazlıklar dostane yollardan özülecekse, para taleplerinin mahkeme nezdinde incelenmesi, bu talepler dışında kalanların ise uyuşmazlık çözüm yollarının konusu olması anlamsız olacaktır. Üstelik belli bir miktarın altındaki parasal taleplerin zorunlu uyuşmazlık çözümü yoluna tabi tutulmasının sebeplerinden biri, bu talepler mahkeme nezdinde öne sürüldüğünde masrafların kolaylıkla dava konusunu aşabilmesidir ve bunun diğer uyuşmazlık türlerinde yer alan parasal taleplerle de bir ilgisi bulunmamaktadır. Bunun dışında komşuluk hukuku ve kişilik haklarının ihlaline ilişkin uyuşmazlıkların mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yoluna tabi tutulmasının bir sebebi, geçmişteki bir vakıa üzerine mahkemenin vereceği karardansa tarafların bir uzlaşma ortamında varacağı sonucun çok daha yerinde sonuçlar vereceği fikridir; bu sebeple de bu uyuşmazlık türlerinde talepler açısından bir ayırım yapılması yerinde değildir.¹⁸⁸

Eyaletlerin zorunlu dostane uyuşmazlık çözümü yolunu düzenlerken dikkat çeken bir husus da, uygulama alanlarını belirlerken ticari nitelikteki uyuşmazlıkları kapsam dışında bırakmalarıdır (BW SchlG §1, BaySchlG §1).

2.2 İsviçre’de Zorunlu Uyuşmazlık özüm Yolları

2.2.1. İsviçre Hukukunda Arabuluculuk

Uyuşmazlıkların mahkeme dışında dostane yollarla özölmesine ayrı bir önem atfedilen İsviçre hukukunda arabuluculuk, adaletin ve barışın sağlanması yanısıra mahkemelerin de iş yükünü azalttığı, özellikle aile ve ticaret hukuku uyuşmazlıkları için giderek daha da tercih edilen bir uyuşmazlık çözüm yolu olduğu ifade edilmektedir. Bilhassa karmaşık uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla özölmesinin mahkemelerin iş yükünü hafifletmede büyük bir rolünün olacağından bahisle, arabuluculuğun bu gelişimi teşvike değer bulunmaktadır.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Winfred van der Grinten, BeckOK GVG/van der Grinten, 11. Ed. 15.5.2021, JustG NRW § 53 Rn. 16-16.3 (erişim tarihi: 30.08.2021).

¹⁸⁹ Botschaft zur Schweizerische Zivilprozessordnung, 06.062, 28.06.2006, s. 7243.

Diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi İsviçre’de de mahkeme dışı dostane uyuşmazlık çözüm yollarının amacı mahkemelerin iş yükünü ve tarafların üstleneceği masrafları azaltma gayesi taşıdığından, mahkeme nezdinde dava aşamasına geçilmeden önce uyuşmazlık çözüm sürecine veya arabuluculuğa başvurulması gerekli kılınmıştır. Bu aşama olmaksızın doğrudan dava açma imkânı istisnai haller dışında mümkün değildir.¹⁹⁰

Yargı dışı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuk, İsviçre hukukunda zorunlu kılınan uyuşmazlık çözüm sürecine nazaran daha kurumsallaşmış durumdadır. Arabuluculuk usûlünde taraflarla arabulucular arasında aynı zamanda daha yatay bir ilişki bulunmaktadır. Bunun anlamı arabulucunun hiçbir karar verme yetkisi bulunmamasıdır.¹⁹¹

Federal kanunun hazırlanması aşamasında yapılaneleştirilerden biri, arabuluculuğa yeteri kadar önem verilmemesi olmuştur. Federal Meclis bu eleştiriye dikkate alarak arabuluculuğu Federal Usûl Kanunu kapsamına almıştır. Ancak bu düzenleme, arabuluculuk süreci ile arabulucunun profesyonel veya kişisel niteliklerinin düzenlenmesi için uygun olanın usûl kanunu ile düzenlenmesi olmaması nedeniyle, kapsayıcı ve nihai bir düzenleme olmamıştır. Bu anlayış genel olarak kabul görmüş, herhangi bir itirazla da karşılaşmamıştır. Bu sebeple Federal Usûl Kanunu arabuluculuğun yargıyla ilişkisini düzenlemekle yetinmiş, böylece mahkemelerin iş yükünü azaltma amacına uygun bir tutum sergilemiştir.¹⁹²

Bahsi geçen çerçevede arabuluculuk, ZPO Art. 213-218 ile düzenlenmiştir. Buna göre arabuluculuk ZPO Art. 197 vd. ile düzenlenen mahkeme içi uyuşmazlık çözüm sürecine bir alternatif olabileceği gibi (Art. 213), dava devam ederken mahkemenin önerisi ya da tarafların bu yönde ortak¹⁹³ karar vermesiyle başvurulabilecek bir yol da olabilir (Art. 214). Gizlilik esasına göre yürütülecek arabuluculuk süreci (Art. 216) için gerekli organizasyonun yapılıp sürecin devam ettirilmesi taraflara bırakılmıştır (Art. 215). Son olarak Federal Usûl Kanunu

¹⁹⁰ Botschaft ZPO, s. 7327.

¹⁹¹ Botschaft ZPO, s. 7335.

¹⁹² Botschaft ZPO, s. 7335.

¹⁹³ Jacques Haldy, “Les Procédures Spéciales”, **Le Code de Procedure Civile Aspects Choisis** (Edité par: Bénédicte Foët, Nicolas Jeandin), s. 131-152, s. 136.

arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmanın mahkemece onaylanması şartını (Art. 217) ve arabuluculuk masraflarının taraflar arasında dağılımını da (Art. 218) düzenlemiştir.

2.2.2 Mahkeme İçi Uyuşmazlık Çözüm Süreci

2.1.2.1 Genel Olarak Uyuşmazlık Çözüm Süreci

İsviçre hukukunda olağan yargılama yolu öncelikle bir uyuşmazlık çözüm süreci ile başlar¹⁹⁴. Federal Medeni Usûl Kanunu öncesine dayanan mahkeme önünde görülecek dava öncesi uyuşmazlık çözüm süreci, Bern, Neuchâtel, Jura ve Basel kantonları hariç, farklı terminolojilerle (der Friedensrichter, der Vermittler) ve ilgili usûllere verilmiş farklı isimlerle (der Aussöhnungsversuch, das Sühnverfahren, das Vermittlungsverfahren, der Versöhnungsversuch) kantonlar bazında benimsenmiş bir uygulama olarak süregelmiştir.¹⁹⁵ İsviçre hukukunda önceden mevcut bulunan yargılama öncesi uyuşmazlık çözümü anlayışı, diğer bir deyişle “önce anlaş sonra dava aç” (zuerst schlichten, dann richten) mottosu¹⁹⁶, özellikle buna benzer yöntemleri geçmişte uygulamış kantonların yaşadığı olumlu deneyimlerin de etkisiyle, federal kanunda da devam ettirilmiş, böylece yeknesak bir uygulama elde edilmiştir.¹⁹⁷ Bu itibarla İsviçre’nin halihazırda bir “sûlh hakimi” ya da “uzlaşma geleneği” olduğundan bahsedilebilir¹⁹⁸. Aynı anlayış devam ettirilmekle birlikte, Federal Kanun’un uyuşmazlık çözüm mercilerinin yargısal işlevlerini kayda değer ölçüde genişlettiği de

¹⁹⁴ Eva Bachofner, “Überblick über die Schweizerische Zivilprozessordnung, (‘İsviçre Usûl Hukukuna Genel Bir Bakış’),” çn: Abdurrahman Kavasoglu, Ömer Çön), **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol. 1, 2018, s. 49-58, s. 55.

¹⁹⁵ Botschaft ZPO, s. 7328; Jörg Honegger, “ZPO Art. 197”, **Grundsatz, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)** (Herausgeber: Thomas Sutter-Somm, Franz Hasenböhler, Christoph Leuenberger), Zürich-Basel-Genf 2016, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, s. 1459; Egli Urs, “ZPO 197- Art. 197 Grundsatz”, **ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar** (Herausgeber: Alexander Brunner, Dominik Gasser, Ivo Schwander), Zürich/ St. Gallen 2016; Dike Verlag, s. 1638. Federal Kanun öncesi örneğin Bern ve St. Gallen kantonlarında “uzlaştırma girişimi” (der Aussöhnungsversuch), Zürih kantonunda “mutabakat usûlü” (das Sühnverfahren) terimleri kullanılmaktaydı (Martin Frey, “ZPO 197”, **Schweizerische Zivilprozessordnung Handkommentar** (Herausgeber: Baker & McKenzie), Bern 2010, Stämpfli Verlag, s. 762).

¹⁹⁶ Botschaft ZPO, s. 7328.

¹⁹⁷ Claude Schrank, **Das Schlichtungsverfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)**, Basel 2015, Helbing Lichtenhahn Verlag, s. 1; Peter James Thomas, “Gerichtsnahe Mediation”, **Kommentar zur Mediation in der ZPO**, Bern 2011, Stämpfli Verlag, s. 43; Urs, Art. 197, s. 1638.

¹⁹⁸ Schrank, s. 3. İsviçre’de gerçekten de uyuşmazlıkların dostane çözümünde istatistiksel olarak olumlu sonuçların elde edildiği görülmüştür. Ülke genelinde 2012 yılında ihtiyari uyuşmazlık çözüm yoluna başvuru oranı %50,4, bunların da başarıya ulaşma oranı %62,3 iken 2011 yılında ihtiyari uyuşmazlık çözüm yoluna başvuru oranı %48,8, bunların da başarıya ulaşma oranı %60,4 olarak tespit edilmiştir. Sadece Basel kantonunda 2011 yılında %19,6, 2012 yılında %22 ve 2013 yılında %23 oranında dava aşamasına devam izni verildiği ifade edilmiştir (Schrank, s. 5).

ifade edilmektedir. Örneğin değeri iki bin frankın altında olan uyuşmazlıklar açısından uyuşmazlık çözüm merciinin, davacının talebi halinde karar verebilmesi mümkün kılınmıştır (ZPO Art. 212 Abs. 1). Benzer şekilde ZPO Art. 210 ile sayılânhallerde uyuşmazlığa ilişkin bir hüküm tesisi de teklif edebilmektedir; burada yetkisi her ne kadar “teklif edebilmek” ile sınırlı olsa da, yine de icra kabiliyeti olan, yargı yetkisi kullanılarak oluşturulacak bir karar verme imkânı bulunmaktadır. Bunun yanı sıra ZPO Art. 128 uyarınca duruşmanın huzurunu bozan kişilere disiplin yaptırımları uygulama yetkisine de sahiptir. ZPO Art. 203 Abs. 2 uyarınca belli hallerde delil dahi toplayabilmektedir.¹⁹⁹

Burada düzenlenen uyuşmazlık çözüm süreci arabuluculuktan farklıdır. Bu farklılıklar daha çok uyuşmazlığın çözümü noktasında taraflara uygulanacak baskı ve uyuşmazlık çözümünde üçüncü kişinin işlevi bakımından ortaya çıkmaktadır. Arabulucu tarafların mümkün olan en iyi sonucu elde etme çabalarına destek olmaktadır. Bu sonucun nasıl olacağı ve uyuşmazlığın çözülüp çözülmeyeceği tarafların tasarrufundadır. ZPO ile düzenlenen uyuşmazlık çözüm sürecinde ise ilk hedef taraf menfaatinin sağlanmasından ziyade toplumsal dengenin sağlanabilmesidir; toplumun çıkar çatışmalarının tırmandırılmamasında menfaatinin bulunduğu ifade edilmektedir. Arabuluculuk ve uyuşmazlık çözüm süreci arasındaki çizgi burada biraz daha netleşmektedir: Uyuşmazlık çözüm sürecinde toplumsal baskının taraflar üzerinde etkinliği daha fazladır. Uyuşmazlık çözüm sürecinde arabuluculuğa nazaran tarafların süreç ve sonuç üzerindeki hâkimiyeti azalmakta, hukuk kurallarının hâkimiyeti ise artmaktadır. Ancak kanun koyucu ZPO Art. 213-218 ile arabuluculuğun da bir uyuşmazlık çözüm süreci olarak uygulanabileceğini kabul etmektedir.²⁰⁰ Uygulamaya bakıldığında, arabuluculuğa kıyasla hukuk ile bağı çok daha kuvvetli olan ZPO anlamındaki uyuşmazlık çözüm sürecinde bilinen anlamda arabuluculuk ile “ara bulma” amacından ziyade, uyuşmazlığın hukuka uygun sona erdirilmesi gayesinin taşınmakta olduğu görülmektedir. Taraflar eğer bir arabulucunun da desteğiyle tamamen kendilerinin belirleyeceği bir sonuca ulaşmak isterlerse, daha fazla emek isteyen ama aynı zamanda da daha sürdürülebilir çözüme götürecek

¹⁹⁹ Botschaft ZPO, s. 7328; Frey, **Art. 197**, s. 762; Christine Möhler, “ZPO 197- Art. 197 Grundsatz”, **ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung OFK-** Orell Füssli Kommentar (Herausgeber: Myriam A. Gehri, Ingrid Jent-Sørensen, Martin Sarbach), Zürih 2015, Orell Füssli Verlag, s.424; Urs, **Art. 197**, s. 1641.

²⁰⁰ Urs, **Art. 197**, s. 1640.

arabuluculuk yolunu seçmelidirler.²⁰¹ Taraflar hem ZPO Art. 197 anlamında uyuşmazlık çözüm yolunu, hem de Art. 213 uyarınca arabuluculuk yolunu seçtiklerinde aynı etkiler ortaya çıkacak ve derdestlik sonucu doğacaktır²⁰².

Diğer dostane uyuşmazlık çözüm yollarının amaçlarına benzer amaçlar taşıyan bu uyuşmazlık çözüm süreci, tarafların anlaşması, hukuki barışın sağlanması, kaynaklardan tasarruf etme, mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesi, uyuşmazlıkların yargı dışı çözümü²⁰³ gibi amaçlarla düzenlenmiştir.²⁰⁴ Mahkemelerin iş yükü açısından uyuşmazlık çözüm sürecinin uyuşmazlığın filtrelenmesi sonucunu doğurduğu söylenebilir; uyuşmazlık çözüm sürecine başvuru ile ya da en geç dava aşamasına devam izniyle uyuşmazlığın ne olduğu netleşir²⁰⁵. Toplumsal açıdan bakıldığında hukuki bir uyuşmazlık arzu edilmeyen bir durum olarak algılandığı, uyuşmazlık çözüm sürecinin hukuki barışı sağlamada daha işlevsel olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca yargılama sürecinin, nihai karar elde edilene kadar taraflara hem zaman hem de para açısından daha fazla harcamaya sebep olduğu, üstelik verilen kararın en azından taraflardan birini tatmin etmeyeceği, böylece gerginlik ve düşmanlığa yol açabileceği de belirtilerek, zaman açısından, parasal açıdan ve psikolojik olarak kaynakların çokça harcanmasına sebep olacağı öne sürülmektedir. Dolayısıyla uyuşmazlık çözüm yoluyla yargılamanın yaratabileceği bu yüklerin mümkün olduğunca azaltılması amaçlanmaktadır.²⁰⁶

İsviçre Federal Medeni Usûl Kanunu (ZPO) Art. 197 vd. ile bir uyuşmazlık çözüm mercii nezdinde mahkeme içi uyuşmazlık çözüm arayışını zorunlu tutmuştur (Art.197). Uyuşmazlık çözüm süreci ZPO Art. 1 uyarınca Federal Usûl Kanunu'nun uygulanacağı her tür özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanır²⁰⁷. Olağan yargılama Usûlü (das ordentliche Verfahren) ve basitleştirilmiş yargılama usûlü (das vereinfachte Verfahren) için geçerli olan bu uygulama, hızlandırılmış usûl (das summarische Verfahren) için geçerli değildir (ZPO. Art. 198); bunun sebebi, bu usûl ile amaçlanan yargılama hızının sekteye uğratılmaması amacıdır²⁰⁸. Yetkili ve görevli

²⁰¹ Urs, Art. 197, s. 1641.

²⁰² Möhler, ZPO 197, s.423.

²⁰³ Schrank, s. 3.

²⁰⁴ Möhler, ZPO 197, s.423; Honnegger, Art. 197, s.1461.

²⁰⁵ Schrank, s. 3.

²⁰⁶ Honnegger, Art. 197, s.1461.

²⁰⁷ Urs, Art. 197, s. 1640.

²⁰⁸ Honnegger, Art. 197, s.1462.

bir uyuşmazlık çözüm mercii nezdinde bu süreç işletilmeden dava açılırsa, dava şartı eksikliği nedeniyle²⁰⁹ hâkim davayı reddedecektir. Davalı taraf bunu itiraz olarak da öne sürebilir.²¹⁰ Değeri yüz bin frankın altındaki malvarlığı uyuşmazlıklarında tarafların ortak kararıyla bu süreçten vazgeçmeleri mümkündür (ZPO Art. 199 Abs. 1). Bu vazgeçme kararı, taraflarca uyuşmazlık çıkmadan da verilebilir²¹¹.

Her ne kadar bugün geçerli olan federal kanunda kural buysa da federal kanun öncesi bazı kantonların da benimsediği şekilde²¹², ilk taslakta taraflar her zaman bu süreçten ortak icazetleriyle vazgeçebilmekte, bu imkân değerinin yirmi bin frankın üzerine çıktığı tüm uyuşmazlıklar açısından geçerli kabul edilmekteydi. Ancak bu yaklaşım dostane uyuşmazlık çözüm yönteminin önemini azalttığından eleştiriye uğramıştır. Benzer bir eleştiri arabuluculuk açısından da gereken ilginin bu uyuşmazlık çözüm yoluna gösterilmediği yönünde getirilmiştir. Bu eleştiriler daha sonra dikkate alınmış, federal kanun ile uyuşmazlık çözüm yöntemleri tasarlanıp, mahkemelerin o zamanki sorunu olan iş yükünün hafifletilmesi amaçlanmıştır.²¹³ Diğer amaçlar ise taraflara uyuşmazlıklarını bağımsız bir şekilde çözebilmeleri için onlara bir fırsat vermek, hukuki barışı sağlamak ve masrafları azaltmak olarak ifade edilmiştir.²¹⁴

Uyuşmazlık çözümünün organizasyonu kantonlara bırakılmıştır (ZPO Art. 3). Bu konuda kantonlara yeni bir mahkeme kurma zorunluluğu veya sülh mahkemesi hâkimleri atama zorunluluğu getirilemeyeceği gibi herhangi bir tür uyuşmazlık çözüm yetkilisi atamak zorunluluğu da getirilemez. Kantonların belirleyeceği uyuşmazlık çözüm mercileri yargı mercileri olabileceği gibi idari merciler de olabilir²¹⁵. Hatta federal kanun öncesi mevcut kanton hukukuna göre bir uyuşmazlık çözüm mercii kurulmuş bulunuyorsa, onu da muhafaza edebilir²¹⁶. Hukuk mesleği dışından kişileri dahi kantonlarca atanabilir. Buradaki odak noktası hukuki barışın devamlılığıdır. Ayrıca kantonların bu konuda düzenleme yapabilmelerinin sınırı uyuşmazlık çözüm sürecinin gerektirdiği asgari koşullardır. Örneğin uyuşmazlık çözüm mercileri tarafsız ve bağımsız olmalıdır, hâkim ve yargı görevlilerinin çekinmesine ilişkin sebepler

²⁰⁹ Möhler, **ZPO 197**, s.424.

²¹⁰ Honnegger, **Art. 197**, s.1462; Urs, **Art. 197**, s. 1639.

²¹¹ Haldy, s. 132.

²¹² Urs, **Art. 197**, s. 1638.

²¹³ Thomas, s. 41.

²¹⁴ Thomas, s. 42.

²¹⁵ Haldy, s. 133.

²¹⁶ Urs, **Art. 197**, s. 1639.

mevcutsa (ZPO Art. 47) çekinmelidirler.²¹⁷ Bunun dışında kantonlar ne düzenleme yaparsa yapsınlar, atanacak kişiler idareden bağımsız olmalı veya en azından tâlîmat almamalıdır. Atanacak kişiler yargılama faaliyetinde bulunan kişiler olmadığından, her bir durum için usûl kanunun uygulanabilir olup olmadığı da incelenmelidir.²¹⁸

Kantonların yetkilendirdiği kişi veya kurumların yer bakımından yetkisi ZPO Art. 9 ile görevi ise kantonlarca düzenlenir (ZPO Art. 4). Uyuşmazlık çözüm merciinin görevi, davayı yürütmeye yetkili mahkemeye bağlıdır. Esasen uyuşmazlık çözümüne yetkili kişi veya kurum, kendi yetki ve görevini incelemekten alıkonulamaz ve yetkisiz olduğuna kanaat getirirse, davacıyı bilgilendirir. Davacı buna rağmen kişi veya kurumun yetkili ya da görevli olduğu fikrinde diretirse, ZPO Art. 212 haricinde yetkisizlik ya da görevsizlik kararı veremez.²¹⁹ Uyuşmazlık çözüm merciinin başvuruyu almasıyla birlikte görevi hususunda bir inceleme yapıp yapamayacağı konusunda ZPO bir açıklık getirmemektedir. Ancak ZPO Art. 60 dolayısıyla kanunun lafzından bu incelemeyi mahkemenin yapacağını söylemek mümkündür. Burada uyuşmazlık çözüm merciinin hangi fonksiyonla çalıştığını tespit etmek önemlidir. Eğer ZPO Art. 211 uyarınca hüküm veriyor veya hüküm tesisi teklif ediyorsa ve böylece *yargı mercii* olarak hareket ediyorsa, görevi hususunda kendisi karar verecektir. Ancak böyle bir işlevi olmadan salt uyuşmazlık çözüm mercii olarak hareket ediyorsa, bu hususu mahkeme incelemelidir.²²⁰ Uyuşmazlık çözüm merciinin kendisinin görevli olduğuna karar vermesi ise bu durum davayı görece mahkemenin görevinden kaynaklansa bile mümkün değildir. Örneğin ZPO Art. 198 kapsamında görevli sayılmadığı hallerde mahkeme görevli olsa bile uyuşmazlık çözüm merciinin görevli olduğuna karar vermesi olanak dışıdır²²¹; ZPO Art. 198 ile sayılan haller, uyuşmazlık çözüm merciinin yetkisiz ve görevsiz olduğuna kendisinin karar vereceği hallerdir²²². Uyuşmazlık çözüm merciinin kendi görevsizliğine karar vermesi ise ancak kanundan kaynaklanıyorsa söz konusu olur; mahkemenin görevini dikkate alarak

²¹⁷ Frey, **Art. 197**, s. 762; Honnegger, **Art. 197**, s.1463. Hâkimlerin ZPO anlamında uyuşmazlık çözüm sürecinde yer almaları başlı başına bir yasaklılık sebebi değilken, uyuşmazlığın çözümünde arabulucu olarak yer almaları yasaklılık sebebidir (ZPO Art. 47 Art. 1, 2). Uyuşmazlık çözüm sürecinde yer alan hâkimin yasaklı olması için ayrıca sebeplerin olması gerekir. Buna örnek olarak uyuşmazlık çözüm sürecinde ZPO Art. 210 uyarınca hüküm tesisi teklif eden hâkimin yasaklı olması gerekliliği gösterilebilir (Möhler, **ZPO 197**, s.424).

²¹⁸ Honnegger, **Art. 197**, s.1462; Thomas, s. 43; Urs, **Art. 197**, s. 1640.

²¹⁹ Möhler, **ZPO 197**, s.425; Thomas, s. 43.

²²⁰ Möhler, **ZPO 197**, s.425.

²²¹ Thomas, s. 43.

²²² Thomas, s. 48.

değerlendirme yapamaz. Görevsizlik ise uyuşmazlığın konusundan ya da hız ihtiyacından kaynaklanır (karş. ZPO Art. 198 a-e ve h). Bu hallerde mahkemenin görevine bağlı olarak uyuşmazlık çözüm merciinin kendini görevli sayması mümkün değildir. Bu durumda davalının itiraz etmemiş olması da uyuşmazlık çözüm merciini görevli kılmayacaktır. Zaten bu hallerde uyuşmazlık çözüm sürecinin amaçladığı uyuşmazlığın daha basitleştirilmiş bir süreçle sonlandırılması sonucuna da ulaşmak mümkün olamaz. Uyuşmazlık çözüm merciinin görevsizlik kararı üzerine dava aşamasına geçilir.²²³

Uyuşmazlık çözüm sürecinin davacı açısından belli bazı avantajlarının bulunduğu ifade edilmektedir. Öncelikle davacı bu süreci başlatırken yalnızca karşı tarafı, hukuki talebini ve uyuşmazlık konusunu belirtmekle yetinebilmektedir (ZPO Art. 202 Abs. 2). Bu, dava açılırken ZPO Art. 221 uyarınca verilecek dava dilekçesine göre çok daha basit bir yöntemdir.²²⁴ Ayrıca uyuşmazlık çözüm yöntemine başvuru ile dava derdest hale gelir (ZPO Art. 62. Abs. 1)²²⁵ Derdestlik sonucunun doğabilmesi için davacı başvuranın talebini, uyuşmazlık konusunu ve tarafları çok açık bir şekilde ortaya koyması yeterlidir²²⁶. Bunun dışında başvurudaki eksiklikler derdestliğin doğmasına engel değildir²²⁷.

Usûle ilişkin bir yanlışlık veya eksiklik bulunsa dahi başvuru ile derdestlik doğar. Ancak görevsiz ve yetkisiz mercie başvuru halinde durum farklıdır²²⁸. Şöyle ki, uyuşmazlık çözüm merciinin görevsizlik kararı üzerine davacı, bu kararın verilmesinden itibaren bir ay içinde ya görevli uyuşmazlık çözüm merciine ya da görevli mahkemeye başvuruda bulunmak durumundadır; aksi takdirde derdestlik ortadan kalkar²²⁹. Bu süreye uyan davacı için derdestlik, görevsiz uyuşmazlık çözüm merciine ilk başvurduğu zamandan itibaren başlar. Ancak ZPO Art. 198 dışında uyuşmazlık çözüm mercii görevsizliğine karar vermek durumunda olmadığından,

²²³ Gasser/ Rickli, s. 193; Thomas, s. 44.

²²⁴ Honnegger, Art. 197, s. 1461; Schrank, s. 226; Thomas, s. 43. Belirtmek gerekir ki uyuşmazlık çözüm sürecine başvuruyla birlikte derdestlik sonucu da doğacağından, tarafın her durumda uyuşmazlığı ve talebini netleştirmesi ve bunun için gerekli her hususu belirtmesi gerekmektedir. Ancak bu gerekliliğe aykır davranması da uyuşmazlık çözüm sürecini sekteye uğratmaz; aynı zamanda öneride de bulunabilen uyuşmazlık çözüm mercii, bu işlevinden faydalanarak durumu açıklığa kavuşturabilir (Schrank, s. 226-227).

²²⁵ Thomas, s. 43.

²²⁶ Schrank, s. 244.

²²⁷ Schrank, s. 247.

²²⁸ Schrank, s. 247.

²²⁹ Schrank, s. 247.

mahkeme ilgili uyuşmazlık hakkında kendi görevsizliğine karar verene kadar dava derdest kalacaktır.²³⁰

Uyuşmazlık çözüm sürecine başvurunun, davayı görmeye yetkili mahkemenin yetkisine de etkisi bulunmaktadır. Başvuru ile derdestliğin başlamasıyla birlikte başvuran davacının yetkili mahkemeyi de belirlediği ve daha sonra bunun değişmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Bu sebeple dava aşamasına devam izni verildiği takdirde başka bir yerde dava açmasına imkân bulunmamaktadır.²³¹

Taraflar uyuşmazlık çözüm sürecinde talep ve iddialarının yerinde olduğunu ortaya koymak için bazı belgeler sunabilirler ancak bu yönde bir yükümlülükleri yoktur. Belge sunmaları halinde gizlilik esasına dayanan uyuşmazlık çözüm süreci kapsamında karşı tarafa bu belgelerin iletilmesinin ancak belgeyi sunan tarafın en azından zımnî icazeti halinde mümkün olduğunun kabulü gerekmektedir. Burada sunulan belgenin bir ispat faaliyetinden ziyade, uyuşmazlık çözüm merciini tarafların anlaşması yönünde hazırlık yapabilme imkanının sunulması olarak algılamak gerekir. Bunun yanı sıra, uyuşmazlık çözüm merciinin ZPO Art. 212 uyarınca nihaî karar verdiği haller hariç, belgelerin dosyada tutulmaması da gerekir. Eğer karşı tarafa bir kopyası da gönderilmemişse sunulan tüm belgelerin uyuşmazlık çözüm süreci sonunda imha edilmesi yerinde olacaktır.²³²

Davacının uyuşmazlık çözüm sürecine başvurusuyla davalının da karşı dava ileri sürme imkânı doğar. Davalı karşı davasını uyuşmazlık çözüm sürecinde ileri sürebileceği gibi mahkemede de ileri sürebilir. Karşı dava uyuşmazlık çözüm mercii nezdinde yazılı veya sözlü olarak ileri sürülebilir ancak ne zaman ileri sürüldüğü dikkatle kayıt altına alınmalıdır. Sözlü olarak ileri sürülmesi halinde davacı başvuran, yeni çıkan bu uyuşmazlığı daha önce bilmediği için, yeni bir uyuşmazlık çözüm görüşmesi için tarih verilmesini talep edebilir.²³³

Uyuşmazlık çözüm sürecinin ortaya çıkardığı derdestlik sonucu, aynı zamanda asli ve ferî müdahale için de fırsat yaratır. Ancak uyuşmazlık çözüm sürecinde üçüncü

²³⁰ Gasser/Rickli, s. 193; Thomas, s. 44.

²³¹ Schrank, s. 249.

²³² Schrank, s. 235.

²³³ Schrank, s. 250-251.

kişi asli müdahalede bulunduğunda merciin nasıl hareket edeceğine dair farklı görüşler bulunmaktadır. Asli müdahale için ayrı bir süreç başlatıp her iki uyuşmazlık çözüm sürecini birlikte yürütebileceği veya asli müdahaleyi bekletici mesele yapabileceği yönünde görüşler olduğu gibi her iki sürecin birleştirilebileceği yönünde de görüşler bulunmaktadır. Eğer asli müdahil esas uyuşmazlık çözüm sürecindeki davacı başvurana karşı bir talepte bulunuyorsa, usûl ekonomisi ilkesi gereği, asli müdahilin başlatacağı süreç ile esas sürecin birleştirilmesi gerektiği de ifade edilmiştir.²³⁴

Feri müdahale açısından ise ZPO Art. 74 dikkate alındığında, her aşamada yapılması kabul edilen ferî müdahalenin uyuşmazlık çözüm sürecinde de yapılabileceği kabul edilebilir. Aynı madde ferî müdahilin başvuracağı yerin mahkeme olduğunu da açıkça belirtmişse de burada kastedilenin derdest bir yargılama süresince her zaman ferî müdahale yapılabileceği olduğundan, bunun uyuşmazlık çözüm sürecinde de ferî müdahalenin mümkün olduğu yönünde yorumlanabileceği belirtilmiştir. Öte yandan uyuşmazlık çözüm merciinin ferî müdahil olarak başvurulamayacağına dair bir karar vermesi de mümkün olmadığından, bu kararı mahkemeye bırakmasının daha uygun bulunduğu da ifade edilmektedir. Ancak uyuşmazlık çözüm merciinin adeta bir ilk derece mahkemesi gibi hareket edip nihai karar verebildiği hallerde (ZPO Art. 212) merciin bu konuda karar verebilmesi gerektiğine de dikkat çekilmiştir. Davanın üçüncü kişiye ihbarı da uyuşmazlıktan etkilenen tüm kişilerin uyuşmazlık çözüm sürecine katılımı sürecin amaçlarının gerçekleşmesi açısından gerekli olacağından, zorunlu uyuşmazlık çözüm süreci esnasında mümkün kabul edilmektedir.²³⁵

Uyuşmazlık çözüm sürecine başvuru, zamanaşımını keser (OR Art. 135 Abs. 2). Zamanaşımının kesilmesi açısından, hakkın kötüye kullanılması ihtimali de göz önünde bulundurularak, farklı bir değerlendirme yapılmaktadır. Federal Yüksek Mahkeme'ye göre zamanaşımın kesilmesi sonucu davalının uyuşmazlık çözüm sürecine başvurmasıyla değil, davalının bu sürece dâhil olmasıyla gerçekleşmiş kabul edilmelidir. Ancak Federal Yüksek Mahkeme'nin bu görüşü, yetkisiz icra dairesinden ödeme emri gönderildiğinde dahi zamanaşımının kesildiği de göz önüne alınarak, önemli olanın resmi bir işlem vasıtasıyla yapılacak ihtar olmasından hareketle

²³⁴ Schrank, s. 252.

²³⁵ Schrank, s. 252-253.

eleştirilmiştir. Üstelik zamanaşımının kesilmesinde önemli olan davalının davranışı değildir (OR Art. 135 Abs. 2). Özellikle uyuşmazlık çözüm merciinin görev hususunda karar veremediği ve bunun mahkemece yapılması gereken hallerde görevsiz uyuşmazlık çözüm merciine başvurunun zamanaşımını kesmeye yetmeyeceğini söylemenin hukuki belirsizliğe yol açacağı da savunulmuştur. Sonuç olarak borçlu/davalı uyuşmazlık çözümüne başvurulduğunun farkında olacağından, görevsiz uyuşmazlık çözüm merciine başvurunun da zamanaşımını kestiğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.²³⁶

2.1.2.2 Uyuşmazlık Çözüm Sürecinin Uygulanamayacağı Haller

İsviçre ZPO Art. 198 hükmünde uyuşmazlık çözüm sürecinin işletilmesinin zorunlu olduğu hallerin istisnaları tahdidi olarak²³⁷ sayılmıştır. Bu hallerde uyuşmazlık çözüm sürecini uygulamak ya fuzuli ya da yargılamayı aksatan bir durum olacağı için doğrudan dava açılması yerinde görülmüştür. Bu hallerde davacı yine de ZPO Art. 197 vd. uyarınca uyuşmazlık çözüm sürecine başvurursa, uyuşmazlık çözüm mercii görevsiz olacaktır.²³⁸

Buna göre uyuşmazlıkla ilgili doğrudan mahkemeye erişimin zorunlu olduğu haller ile hızlandırılmış usûl (das summarisches Verfahren) uygulanacak hallerde bu süreç uygulanamaz (Abs. 1). Özellikle hızlandırılmış usûl açısından (geçici hukuki koruma veya doğrudan iflas halleri gibi) yargılama faaliyetinin amaçladığı hıza engel teşkil etmemesi için bu istisnanın düzenlenmesi söz konusu olmuştur.²³⁹

²³⁶ Thomas, s. 44-45.

²³⁷ Jörg Honegger, “ZPO Art. 198- Art. 198 Ausnahmen”, **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)** (Herausgeber: Thomas Sutter-Somm, Franz Hasenböhler, Christoph Leuenberger), Zürich-Basel-Genf 2016, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, s. 1466; Thomas, s. 47.

²³⁸ Martin Frey, “ZPO 198”, **Schweizerische Zivilprozessordnung Handkommentar** (Herausgeber: Baker & McKenzie), Bern 2010, Stämpfli Verlag, s. 764; Christine Möhler, “ZPO 198- Art. 198 Ausnahmen”, **ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung OFK-** Orell Füssli Kommentar (Herausgeber: Myriam A. Gehri, Ingrid Jent-Sørensen, Martin Sarbach), Zürich 2015, Orell Füssli Verlag, s. 427; Egli Urs, “ZPO 198- Art. 198 Ausnahmen”, **ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar** (Herausgeber: Alexander Brunner, Dominik Gasser, Ivo Schwander), Zürich/ St. Gallen 2016; Dike Verlag, s. 1644.

²³⁹ Botschaft ZPO, s. 7328; Frey, **ZPO 198**, s. 765; Möhler, **Art. 198**, s. 427; Thomas, s. 48.

Doğum, ölüm, hısımlık ve evlilik gibi kişisel duruma ilişkin uyuşmazlıklar da istisnalar arasında sayılmıştır (Abs. 1-b)²⁴⁰. Bunun sebebi, bu tür uyuşmazlıkların tarafların anlaşmasına elverişli olmamasıdır. Tarafların kişisel durumlarını bir anlaşmayla düzenlemeleri imkânsız olduğundan uyuşmazlık çözüm sürecinin zorunlu tutulmasının da anlamı yoktur²⁴¹. Yine boşanma ve kayıtlı partnerliğin sona erdirilmesine ilişkin uyuşmazlıklar da (Abs. 1-c,d) istisnalardan sayılmıştır. Bunun sebebi, boşanmanın ya da partnerliğin sonlandırılmasının yaratacağı olumsuz etkiyi sınırlamaktır²⁴². Anlaşmalı boşanma davalarında davaya devam edilirken, çekişmeli boşanma davalarında mahkeme tarafların anlaşmaya varması için ayrı bir duruşma tertip edebilip, tarafların bir boşanma protokolü üzerinde mutabık kalmaları amaçlanabilir.²⁴³ Her halükârda, boşanma ister anlaşmalı ister çekişmeli olsun, zorunlu uyuşmazlık çözüm sürecine tabi değildir²⁴⁴. Nafaka talebi içeren uyuşmazlıklar ise Art. 198 ile belirlenmiş istisnalardan sayılmaz; bu hususta dava açılmadan önce mutlaka uyuşmazlık çözüm yoluna başvurmak gerekir²⁴⁵. Ancak örneğin babalık davasında ayrıca nafaka talebinde de bulunulan hallerde, uyuşmazlık çözüm süreci bu uyuşmazlıkların hiçbirine zorunlu tutulmaz²⁴⁶. Boşanma sonrası mahkeme kararında değişiklik yapılmasına ilişkin davalar açısından bir istisnanın bulunup bulunmadığı konusu ise İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi tarafından açıkta bırakılmış bir husustur²⁴⁷.

Uyuşmazlık çözüm süreci icra hukukuna ilişkin yargılama faaliyetlerinde de uygulama alanı bulmaz (Abs. 1-e). Bu istisnanın sebebi yine sayılânyargılama faaliyetlerinin hızla sonuçlandırılması gerekliliğidir²⁴⁸. İcra takibi ve iflastaki istihkak davaları ile itirazın iptâlî davaları, derdest takibi sürüncemede bırakabileceğinden, istisnalar arasına alınmıştır.²⁴⁹

²⁴⁰ Federal kanun öncesi dönemde Zürih kantonu, babalık davasından önce uyuşmazlık çözümünü yoluna başvuruyu zorunlu tutmaktaydı (Urs, Art. 198, s. 1644).

²⁴¹ Frey, ZPO 198, s. 765; Möhler, Art. 198, s. 428; Thomas, s. 50; Urs, Art. 198, s. 1644.

²⁴² Honegger, Art. 198, s. 1467.

²⁴³ Botschaft ZPO, s. 7329; Honegger, Art. 198, s. 1467; Thomas, s. 50.

²⁴⁴ Haldy, s. 132.

²⁴⁵ Urs, Art. 198, s. 1644.

²⁴⁶ Möhler, Art. 198, s. 428.

²⁴⁷ Honegger, Art. 198, s. 1467. Kararda Federal Yüksek Mahkeme, Federal Medeni Usûl Kanunu yürürlüğe girmeden önce zamanında açılmış bir değişiklik davasının, eğer yeni kanun uyarınca ilgili dava uyuşmazlık çözüm sürecinin zorunlu uygulamasının istisnası sayılmışsa, bu zorunluluğun uygulanıp uygulanmadığının incelenmesine gerek olmadığı kanaatine varmıştır (BGer. 5A_306/2012, 14.11.2012, <https://www.swisslex.ch/de/doc/claw/8d79624f-66af-47ba-9774-fc22559e7fe1/search/142908926>, erişim tarihi: 17.09.2021).

²⁴⁸ Urs, Art. 198, s. 1645.

²⁴⁹ Botschaft ZPO, s. 7329.

Kanton hukukuna tabi uyuşmazlıklar da istisnalar arasında sayılmıştır (Abs. 1-f). Kanton hukukuna tabi uyuşmazlıklarda da esasen fikri mülkiyet, rekabet ve anti tröst davaları bu düzenleme açısından anlamlıdır (ZPO Art. 5) ve bu tür uyuşmazlıklarda olduğu gibi çözümü özel bilgi gerektiren bir uyuşmazlık için genel geçer bir zorunluluk getirilemeyeceği, ayrıca uyuşmazlık çözüm merciinden de bu bilginin beklenemeyeceği düşüncesiyle bu istisna kabul edilmiştir²⁵⁰. Kanun tasarısı görüşmelerinde, eğer kantonda bir ticaret mahkemesi mevcutsa, ticari uyuşmazlıkların uyuşmazlık çözüm sürecinin istisnalarından sayılması da önerilmiştir. Bu durum ticari uyuşmazlıklar da dahil tüm uyuşmazlıkların zorunlu uyuşmazlık çözümüne tabi olduğu Zürih için büyük bir yenilik iken, ticari uyuşmazlıklarda yalnızca ihtiyari olarak uyuşmazlık çözümünü kabul eden St. Gallen ve Aargau için böyle bir durum yaratmamıştır.²⁵¹ Sonuç olarak, ZPO Art. 6 Abs. 1 uyarınca kanton hukukuna göre ticaret mahkemesi kurulmuşsa, bu mahkeme nezdinde görülecek davalarda da zorunlu uyuşmazlık çözüm süreci uygulanmaz²⁵².

Son olarak asli müdahale, karşı dava ve davanın ihbarı halleri de istisnalar arasındadır (Abs. 1-g). Karşı dava açıldığında ortada derdest bir dava bulunacağından, karşı dava için önce uyuşmazlık çözüm sürecinin işletilmesi gecikmeye neden olacak, böylece usûl ekonomisi ilkesine aykırı bir durum teşkil edecektir.²⁵³ Davalı karşı davayla birlikte uyuşmazlık çözüm süreci başvurusunda da bulunursa, açtığı dava artık bir karşı dava olarak değil bağımsız açılmış ayrı bir dava olarak değerlendirilir²⁵⁴.

Objektif dava birleşmesi halinde ise, Federal Yüksek Mahkeme'ye göre uyuşmazlık çözüm sürecinin istisnalarından sayılacak bir durum bulunmamaktadır.

²⁵⁰ Botschaft ZPO, s. 7329; Frey, **ZPO 198**, s. 766; Thomas, s. 51; Urs, **Art. 198**, s. 1645. Ancak tarafların arabuluculuk yolunu seçmelerinde bir engel bulunmamaktadır çünkü arabulucu seçimi yaparken gerekli uzmanlık, bilgi ve eğitimi haiz bir arabulucu seçme imkanları bulunmaktadır. Öte yandan ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğa en gel olunmasının mahkeme dışı arabuluculuk uygulamasını azaltacağı ve ticaret mahkemelerinin yükünü daha da arttıracığı ifade edilmektedir (Thomas, s. 51).

²⁵¹ Urs, **Art. 198**, s. 1643.

²⁵² Möhler, **Art. 198**, s. 429; Urs, **Art. 198**, s. 1646.

²⁵³ Frey, **ZPO 198**, s. 767; Möhler, **Art. 198**, s. 429; Thomas, s. 51; Urs, **Art. 198**, s. 1646. Türk hukukunda benzer bir görüş ve mesele hakkında benzer düzenlemenin yapılması gereği hakkında bkz. Murat Atalı, "Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar", **Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu**, Editör: Ersin Erdoğan, Ankara 2018, s. 137-170, s. 148; Çiğdem Yazıcı Tıktık, "Usûl Hukuku Bakımından Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk- Tartışmalar", **Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk**, Editör Ceyda Süral Efeçinar/ Mehmet Ertan Yardım, s. 141-156, s. 154.

²⁵⁴ Thomas, s. 51.

Buna göre eğer uyuşmazlık konusu taleplerden biri uyuşmazlık çözüm sürecine tabiyken diğeri bu sürecin istisnalarındansa, davanın objektif dava birleşmesi olarak devam edebilmesi için uyuşmazlık çözüm sürecine tabi olan uyuşmazlığın öncelikle bu sürece tabi tutulması, dava aşamasına geçilebileceğine dair karar verilmesi ve bunun geçerliliğinin sona ermemiş olması gerekmektedir.²⁵⁵

Bazen mahkeme davacıya dava açması için süre verebilir. ZPO Art. 263 uyarınca dava açılmadan önce geçici hukuki koruma kararı verilmesi halinde ve ZGB Art. 961 Abs. 3 uyarınca tedbir şerhi uygulanan hallerde böyle bir imkân bulunmaktadır. Mahkemenin davacıya bu şekilde dava açmak için süre vermesi halinde, dava açmadan önce uyuşmazlık çözüm süreci zorunlu olarak uygulanmaz (Art. 1-h). Bu durumun istisna kabul edilmesinin sebebi, dava açılana kadar zaten bir yargılama faaliyetinde bulunulması ve tarafların anlaşacak olsalardı bunu gerçekleştirecek imkana sahip oldukları düşüncesidir.²⁵⁶

Burada dikkat edilmesi gereken husus, sayılânhallerde uyuşmazlık çözümünün yasaklanmadığı, yalnızca ZPO Art. 197 vd. anlamında uyuşmazlık çözüm sürecinden istisna sayıldıklarıdır. Hâkimin taraflara sülh teklif etmesinde veya onları arabuluculuğa yönlendirmesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır.²⁵⁷

2.1.2.3 Uyuşmazlık Çözüm Sürecinin Sonuçlanması

a. Tarafların Anlaşması

Zorunlu uyuşmazlık çözüm süreci sonunda taraflar anlaşmak suretiyle uyuşmazlığı sona erdirirse, uyuşmazlık çözüm süreci başarıyla sonuçlanmış sayılır²⁵⁸. Bu durumda uyuşmazlık çözüm mercii tarafların akdettiği sülh sözleşmesinin kayıtlarını, davalının davayı kabul ettiğini ya da davacının davadan şarta bağlı

²⁵⁵ Honnegger, **Art. 198**, s.1466. Vaud Kantonu Yüksek Mahkemesi bir kararında, bir davada eğer istisnalara giren bir talep ile parasal bir talep objektif dava yığılması şeklinde ileri sürülmekeyse, tüm talepler için uyuşmazlık çözüm sürecinin yürütülmesinin zorunlu olduğu kanaatine varmıştır (Cour d'appel Civil Vaud, 05.10.2011, E. 4c). Zürih Kantonu Yüksek Mahkemesi ise objektif dava yığılmasının karşı davayla ileri sürülmesi halini her koşulda istisnalar arasında kabul etmiştir (BezG1470ZH, 07.05.09.2011, CG110051-L, E. 4.2c) (Honnegger, **Art. 198**, s.1467).

²⁵⁶ Frey, **ZPO 198**, s. 767; Urs, **Art. 198**, s. 1646.

²⁵⁷ Botschaft ZPO, s. 7329; Frey, **Art. 198**, s. 764; Möhler, **ZPO 198**, s.427; Thomas, s. 48; Urs, **Art. 198**, s. 1646.

²⁵⁸ Botschaft ZPO, s. 7332; Honnegger, **Art. 208**, s. 1515; Möhler, **Art. 208**, s. 445.

olmaksızın feragat ettiğini tutanağa geçirir (ZPO Art. 208 Abs. 1). Bahsi geçen sülh, kabul veya feragat kesin hüküm niteliğindedir (Abs. 2). Tarafların ikisinin de imzasını içerdiği andan itibaren²⁵⁹ icra şerhine ihtiyaç duymadan icra kabiliyetini haizdir²⁶⁰. Borçlar hukuku kurallarına göre oluşturulacak bu anlaşmanın icra edilebilmesi için tek gereken, yetkili uyuşmazlık çözüm merciince tutanağa geçirilmesidir. Bu uyuşmazlık çözüm mercii nezdinde sözleşme akdetme şeklinde gerçekleşebileceği gibi tarafların ayrıca bir sözleşme yapıp tutanağa geçirilmesini istemeleri de mümkündür.²⁶¹ Mercii dışında yapılan feragat ve kabulün de aynı şekilde tutanağa geçirilerek geçerli kılınması mümkün kabul edilmelidir²⁶². Uyuşmazlık çözüm süreci sonunda akdedilen sülh sözleşmesinin geçersizliği veya iptâlî maddî hukuk kurallarına göre mümkün olabilir²⁶³. Her ne kadar kanunda açıkça belirtilmese de uyuşmazlık çözüm mercisinin sülh sözleşmesinin butlan sebepleri içerip içermediği hususunda bir inceleme yapması gerekliliği de kabul edilmelidir²⁶⁴.

Madde lafzından da anlaşılabileceği üzere tarafların vardığı anlaşma sülh, kabul veya feragat şeklinde gerçekleşebilir. Davacının davadan feragati ile uyuşmazlık çözüm sürecinden vazgeçmesini karıştırmamak gerekir; zorunlu uyuşmazlık çözüm sürecinden vazgeçme ile davacının dava açma imkânı sona ermez. Bu sebeple davacının hangisini amaçladığının çok iyi anlaşılması gerekmektedir.²⁶⁵ Aynı zamanda dostane bir uyuşmazlık çözüm yolunun taraflara yargılama hukuku açısından bir dezavantaj sağlamaması açısından da bu açıklığın sağlanması önem taşır²⁶⁶. Davacının geçici olarak feragat ettiğini beyan etmesi gerçek anlamda bir feragatten ziyade, uyuşmazlık çözüm yolundan vazgeçme olarak algılanmalıdır²⁶⁷. Diğer bir deyişle buradaki feragat, Türk hukukundaki geri alma müessesesine denk düşmektedir. Feragat kayıtsız şartsız yapılmalıdır. Davalının davayı kabulünde de aynı sebepten ötürü yeterli açıklığın sağlanması önemlidir²⁶⁸.

²⁵⁹ Feragatte davacının, kabulde davalının imzası yeterlidir (Honegger, **Art. 208**, s. 1516).

²⁶⁰ Honegger, **Art. 208**, s. 1518; Möhler, **Art. 208**, s. 446; Schrank, s. 331; Urs, **Art. 208**, s. 1688.

²⁶¹ Honegger, **Art. 208**, s. 1515; Urs, **Art. 208**, s. 1690.

²⁶² Honegger, **Art. 208**, s. 1518.

²⁶³ Urs, **Art. 208**, s. 1691.

²⁶⁴ Honegger, **Art. 208**, s. 1518; Möhler, **Art. 208**, s. 446.

²⁶⁵ Honegger, **Art. 208**, s. 1518; Schrank, s. 333; Urs, **Art. 208**, s. 1688.

²⁶⁶ Schrank, s. 333.

²⁶⁷ Honegger, **Art. 208**, s. 1515.

²⁶⁸ Urs, **Art. 208**, s. 1688.

Tarafların vardığı sülh, uyuşmazlık konusu dışında hususları da içerebileceği gibi, üçüncü kişiler hakkında kayıtlar da içerebilir. Bunun için uyuşmazlık çözüm süreci sonucunda anlaşmaya varılânbu hususların ZPO Art. 198 ile sayılânistisnai durumlardan olmaması gerekir.²⁶⁹ ayrıca uyuşmazlık dışı konuları içeren sülh sözleşmesinin mutlaka uyuşmazlık konusunu da tam olarak içermesi gerekir²⁷⁰. Buna benzer şekilde uyuşmazlık konusu dışındaki hususlar üzerinde de anlaşmaya varmak mümkündür²⁷¹. Sülhun ayrı bir sözleşme olarak akdedebileceği gibi bir başka sözleşmede bir kayıt ya da bölüm olarak da düzenleyebilirler²⁷². Tarafların, dava konusunun bir kısmı üzerinde anlaştıktan sonra, geri kalan kısmı için dava aşamasına geçme izni verilmesini talep etmeleri de mümkündür²⁷³. Sülh sözleşmesinin akdedilmesiyle birlikte olağan yargılama sürecinde verilen ZPO Art. 241 Abs. 3 uyarınca davanın görülmesine yer olmadığı kararı burada verilmez; derdestlik hali doğrudan ortadan kalkar²⁷⁴.

Kesin hüküm niteliğinde olan (ancak maddî anlamda kesin hüküm olmayan) sülh, feragat ve kabul ile uyuşmazlığın sona ermesi halinde tarafların başvurabileceği kanun yolu, en nihayetinde ortada bir maddî anlamda kesin hüküm olmamasından da hareketle, ZPO Art. 319 ile düzenlenen itiraz (die Beschwerde, le recours) kanun yoludur.²⁷⁵ Bunun dışında, uyuşmazlık çözüm süreci sonunda varılânanlaşmanın geçersizliği, yargılamanın yenilenmesi sebebi (ZPO Art. 328 Abs. 1) olabilir²⁷⁶.

Sülh ve kabul, itirazın kesin kaldırılmasında kullanılabilecek belgelerdir.²⁷⁷

b. Dava Aşamasına Geçilmesi İzni Verilmesi

Uyuşmazlık çözüm süreci bir anlaşmayla ya da ZPO Art. 210 uyarınca hüküm tesisi teklifiyle sona ermezse veya ZPO Art. 212 uyarınca uyuşmazlık çözüm merciinin de bir hüküm tesis etmesi mümkün değilse, yani kısaca uyuşmazlık çözüm süreci

²⁶⁹ Haldy, s. 134; Schrank, s. 323; Urs, **Art. 208**, s. 1688.

²⁷⁰ Schrank, s. 323.

²⁷¹ Möhler, **Art. 208**, s. 446.

²⁷² Möhler, **Art. 208**, s. 446; Urs, **Art. 208**, s. 1688.

²⁷³ Möhler, **Art. 208**, s. 446.

²⁷⁴ Honegger, **Art. 208**, s. 1515; Möhler, **Art. 208**, s. 446.

²⁷⁵ Honegger, **Art. 208**, s. 1518.

²⁷⁶ Botschaft ZPO, s. 7332; Schrank, s. 334.

²⁷⁷ Honegger, **Art. 208**, s. 1515.

başarısızlıkla sonuçlandıysa²⁷⁸, dava aşamasına geçilmesi için, kira artışına ilişkin uyuşmazlıklarda kiralayana, diğer tüm haller için ise davacıya izin verilir (ZPO Art. 209 Abs. 1). Bu iznin düzenlenmesinin anlamı, uyuşmazlık çözüm sürecinin başarıya ulaşmadığı ne bir anlaşma sağlanabildiği ne de nihaî hüküm tesisi teklifinde bulunulabileceğidir²⁷⁹. Bu kapsamda uyuşmazlık çözüm süreci sonucunda düzenlenecek belge, uyuşmazlığın esas noktalarını ve mahkemeye davanın görülebileceği yönündeki ifadeyi içerir.²⁸⁰ Eğer taraflar dava konusunun bir kısmı üzerinde anlaşma sağlarsa, kalan kısım için dava aşamasına geçilmesine izin verilir²⁸¹.

Dava aşamasına geçilmesi izni verilmesinin ilk şartı uyuşmazlık çözüm yolunun başarıyla sonuçlanmamış olmasıdır. Bu, davalının hazır bulunmamasından da kaynaklanabilir (ZPO Art. 206 Abs. 2). Bu durumun ortaya çıkması için de uyuşmazlık çözüm merciinin ZPO Art. 212 anlamında nihaî karar vermiyor veya veremiyor olması da gerekir. Ayrıca eğer taraflar arabuluculuğa başvurmuşsa, arabuluculuk süreci gerçekten yürütülmüşse ancak arabuluculuk anlaşmayla sonuçlanmamışsa, taraflar buna ilişkin belgeyi uyuşmazlık çözüm merciine sunacak, bunun üzerine uyuşmazlık çözüm mercii dava aşamasına geçilmesi izni verecektir.²⁸²

Dava aşamasına geçilmesi için izin verilmesinden itibaren üç ay içinde, davacı davasını açmak zorundadır (Abs. 3). Kanun tasarısının ilk halinde bu sürenin adli tatilde durmayacağı düzenlenmiştir. Bu husus Federal Meclis'te değiştirilmiş, üstelik iki aylık dava açma süresi üç aya çıkarılmıştır.²⁸³ Kira artırımına ilişkin uyuşmazlıklarda ise kiralayan için belirlenen dava açma süresi otuz gündür (Abs. 4). Birden fazla yetkili mahkeme olsa dahi dava, uyuşmazlık çözüm sürecinin yürütüldüğü yerde açılmalıdır²⁸⁴.

Dava aşamasına geçilmesi izninin dava üzerinde bazı etkileri bulunmaktadır. Öncelikle geçerli bir iznin bulunması bir dava şartıdır; davaya bakan mahkeme bu

²⁷⁸ Schrank, s. 362.

²⁷⁹ Honegger, **Art. 208**, s. 1521.

²⁸⁰ Egli Urs, "ZPO 209- Art. 209 Klagebewilligung", **ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar** (Herausgeber: Alexander Brunner, Dominik Gasser, Ivo Schwander), Zürich/ St. Gallen 2016; Dike Verlag, s. 1693.

²⁸¹ Urs, **Art. 209**, s. 1694.

²⁸² Schrank, s. 363.

²⁸³ Urs, **Art. 209**, s. 1693.

²⁸⁴ Haldy, s. 135.

sebeple bu iznin olup olmadığını resen inceler²⁸⁵. Bunun dışında davacı davasını ancak izin belgesinde geçerli olan dava değeri üzerinden açabilecektir. Bu dava değerinin üzerinde dava açılması, talebin arttırılması esasına göre (ZPO Art. 227) değerlendirilir²⁸⁶. Öte yandan uyuşmazlık çözüm sürecine başvurunun aksine, dava aşamasına geçilmesi izni zamanaşımını kesmez.²⁸⁷

Bu izin üzerine dava açabilecek taraf davacıdır. Davalı karşı davaya devam etmek isterse, davacı da süresi içinde dava açmazsa, kendi davası için ayrıca uyuşmazlık çözüm sürecine başvurmak durumundadır. Dava açma izninin davacıya verilmesi kuralının istisnasını, kira artırımına ilişkin davalarda kiralayana dava açma izni verilmesi oluşturmaktadır. Belirtmek gerekir ki bu istisna sadece kira artırımını için geçerlidir; kira sözleşmesinin sona erdirilmesi veya uzatılmasına ilişkin uyuşmazlıklar genel kurala tabidir.²⁸⁸

Esasen dava aşamasına devam izni, davalı esas uyuşmazlığı uyuşmazlık çözüm merciine getiren taraf olmadığından, davacıya verilmektedir. Ancak karşı dava öne süren davalıya da bu belgenin verilip verilemeyeceği, esas uyuşmazlığı öne süren taraf olmadığı için, özellikle de kiracılara ilişkin uyuşmazlıklar açısından tartışmalıdır.²⁸⁹ Federal Yüksek Mahkeme bir kararında, davacı kiracıların bu izni aldıktan sonra süresi içinde mahkemeye başvurdıklarını, bölge mahkemesinin önce (uyuşmazlık çözüm sürecine bu talepleri için başvuruda bulunmamış ancak yine de kendileri için de dava aşamasına devam izni düzenlenmiş olan) karşı dava olan davalının tahliye talebini ele aldığını, davalı kiralayanın tahliye talebinin, doktrindeki izin belgesinin kime verileceği hususundaki tartışmalara da gönderme yaparak, kabul edilemez olduğunu belirtmesi üzerine, bu dava özelinde kiralayan ve kiracının davacı ve davalı rollerini değişmiş gibi devam ettiklerini, kiracıların davalı olmasında (özellikle de yargılama giderleri) açısından dezavantajlı bir konumda olmadıklarını da belirterek, davacı kiracının bu hususa ilişkin itirazını incelemeye değer bulmamıştır²⁹⁰.

²⁸⁵ Möhler, **Art. 209**, s. 448.

²⁸⁶ Haldy, s. 135; Urs, **Art. 209**, s. 1693.

²⁸⁷ Urs, **Art. 209**, s. 1693.

²⁸⁸ Urs, **Art. 209**, s. 1694.

²⁸⁹ Honegger, **Art. 208**, s. 1522.

²⁹⁰ BGer 4A 499/2013 (<https://www.swisslex.ch/de/doc/claw/e31ac56e-8e88-45d1-bfa8-d8559e4702ec>), erişim tarihi: 21.09.2021). Yine Federal Yüksek Mahkeme'ye göre, dava aşamasına devam iznine karşı gidilebilecek bir kanun yolu da bulunmamaktadır (Honegger, **Art. 209**, s. 1524).

Dava aşamasına devam izni için düzenlenecek belgenin geçerli olabilmesi için uyulması gereken bazı hususlar bulunmaktadır. Eğer davacı başvuran merci nezdinde bulunmazsa, ZPO Art. 206 uyarınca işlem yapılarak başvuranın uyuşmazlık çözüm sürecinden feragat ettiği kabul edilmeli, izin belgesi düzenlenmemelidir. Uyuşmazlık çözüm sürecini yürütecek kişinin çekinmesini gerektirecek nedenlerin bulunması da uyuşmazlık çözüm süreci sonucunun bu durumdan etkilenmiş olma ihtimallerini akıllara getirecek, uyuşmazlık çözümünün amacını sakatlamış olma ihtimali doğacaktır; bu durum da yine izin verilmemesini gerektirir. Yine merci açıkça uyuşmazlığı görmeye yetkili değilse düzenlediği izin belgesi de geçersiz kabul edilecektir. Son olarak üç ay içinde davacının dava açmaması halinde, düzenlenen izin belgesi geçerliliğini yitirir.²⁹¹

İzin belgesinde tarafların isim ve adresleriyle belirtilmesi gerekir. Ticaret şirketlerinin ise unvanlarının ticaret sicilindeki şekliyle yazılması şarttır. Tüzel kişiliği bulunmayan kişi toplulukları için (adi şirket veya miras ortaklığı gibi) topluluğu oluşturan tüm kişilerin isimlerinin tek tek yazılması gerekir. Uyuşmazlık çözüm sürecinde yer aldıkları takdirde yasal temsilcilerin de belirtilmesi gerekmektedir.²⁹² Tarafların kimliklerine ilişkin bilgiyi yine taraflar sunmakla yükümlüdür; uyuşmazlık çözüm merciinin ayrıca araştırma yapma zorunluluğu yoktur²⁹³. Bunların yanı sıra eğer bir karşı dava mevcutsa bunun da izinde yer alması gerekir²⁹⁴.

Dava açma izninden uyuşmazlık konusunun tümü hakkında izin verildiği açıkça anlaşılmalıdır. Bundan sonraki aşamada dava dilekçesinin yazılması her ne kadar davacının sorumluluğunda olsa da uyuşmazlık çözüm mercii gerektiğinde bu konuda davacıya yardımcı da olmalıdır.²⁹⁵ Ayrıca davalı tarafın hak ve menfaatlerinin zedelenmemesi açısından, davalıya da iznin tebliğ edilmesi yerinde olacaktır²⁹⁶.

ZPO Art. 209 Abs. 2 ile belirlenen gerekliliklere uyulmadan düzenlenen ve böylece geçersiz olan bir izin dava açmak için yeterli olmayacaktır. Aynı şekilde uyuşmazlık çözüm sürecini yürütmeye kanton hukukunca yetkili kılınmamış bir merci

²⁹¹ Honegger, **Art. 208**, s. 1521; Möhler, **Art. 209**, s. 448.

²⁹² Honegger, **Art. 209**, s. 1522; Urs, **Art. 209**, s. 1694.

²⁹³ Urs, **Art. 209**, s. 1695.

²⁹⁴ Möhler, **Art. 209**, s. 449.

²⁹⁵ Urs, **Art. 209**, s. 1695.

²⁹⁶ Honegger, **Art. 209**, s. 1522.

tarafından düzenlenen izin ile de dava açılmaz. Ancak böyle bir izin, en azından davalının zorunlu uyuşmazlık çözümü sürecine aykırı davranmadığını ve devam edecek davanın derdestliğini belgeler.²⁹⁷

Davacı veya kiralayan, kanunda belirlenen dava açma süreleri içinde dava açmazsa, davadan feragat etmiş sayılmazlar. Ancak tekrar dava açacakları zaman uyuşmazlık çözüm sürecini tekrar başlatmak zorundadırlar. Süresi içinde açılmayan dava, derdestlik durumunu da ortadan kaldırır²⁹⁸. Eğer zamanaşımı süreleri diğer kanunlarda ZPO Art. 209 ile düzenlenen dava açma sürelerinden daha kısa olarak belirlenmişse bunlar uygulanır (SchKG Art. 279 uyarınca ihtiyati haciz üzerine verilen on günlük dava açma süresi buna örnek gösterilebilir).²⁹⁹ Dava açılabilmesi için belirlenen bu süreler hem davalının durum hakkında aydınlatılmasını sağlayacak ve onun belirsiz bir süreyle dava tehdidi altında olmasının önüne geçecek hem de davacıya davasına hazırlanabilmesi için yeterli fırsatı vermiş olacak, böylece taraflar arası denge kurulmuş olacaktır.³⁰⁰

Dava aşamasına devam iznine karşı gidilebilecek bir kanun yolu bulunmamaktadır ancak bu iznin geçersizliği dava aşamasında bir itiraz olarak ileri sürülebilir. Bu durumda mahkeme bu iznin geçerli olup olmadığını, bir dava şartı olarak inceleyecektir. Ancak dava aşamasına devam izninde yer alan yargılama giderlerine ilişkin kısma karşı itiraz kanun yoluna (ZPO Art. 319) gidilebilir.³⁰¹

c. Uyuşmazlık Çözüm Merciiinin Nihai Karar Tesisi Teklif Etmesi

Uyuşmazlık çözüm merciiinin asıl fonksiyonu her ne kadar uyuşmazlığın yargılama dışında dostane bir yolla sonuçlandırılmasıysa da ZPO bu mercilere bazı yargısal görevler de vermiştir. Buradaki amaç uyuşmazlık çözüm merciiini bir mahkeme olarak görmekten ziyade, tarafların bir anlaşmaya varabilmesi için onlara son bir şans sunmaktır. Teklif edilen karar, tarafların menfaatleri dikkate alınarak ve

²⁹⁷ Honegger, **Art. 209**, s. 1520; Urs, **Art. 209**, s. 1696.

²⁹⁸ Botschaft ZPO, s. 7333.

²⁹⁹ Honegger, **Art. 209**, s. 1524; Möhler, **Art. 209**, s. 449; Urs, **Art. 209**, s. 1696.

³⁰⁰ Botschaft ZPO, s. 7333; Honegger, **Art. 209**, s. 1524; Möhler, **Art. 209**, s. 449; Schrank, s. 362.

³⁰¹ Möhler, **Art. 209**, s. 449.

uyuşmazlık çözüm merciinin takdir yetkisiyle oluşturulup, taraflar arasındaki dengeyi bu şekilde sağlamayı amaçlar.³⁰²

ZPO Art. 210 ile nihaî karar tesisi teklifi düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca hareket etme imkânı olan uyuşmazlık çözüm mercii, adeta bir ilk derece mahkemesi hâkimi gibi delil toplayabilir, yazışma yapabilir. Bu durum teorik olarak sakıncalı addedilebilmekteyse de uygulamada bireysel uyuşmazlığa nüfuzu daha etkin olan uyuşmazlık çözüm merciinin fonksiyonunu arttıracak, bu da hem mahkemelerin iş yükünü azaltacak hem de tarafların ekonomik yükünü hafifletecektir.³⁰³

Bu düzenleme uyarınca uyuşmazlık çözüm merciinin tesis edeceği karar esasen kanundaki delil gösterme veya somutlaştırma yükü gibi bazı hususlar olmaksızın verilmekteyse de kanun koyucunun tercihi yine de nihaî karar tesisi teklifini bir hüküm ile denk kılmak olmuştur. Vakıaların ve hukukun etraflıca ele alınıp, salt hukuki bir incelemenin yapılarak oluşturulduğu hükmün aksine, uyuşmazlık çözüm merciinin verdiği karar, hukuki unsurlar dışında, örneğin tarafların menfaatlerine uygun bir anlaşmaya varabilmeleri açısından, taktiksel bazı yöntemlere de yer verebilir.³⁰⁴

Tarafların veya taraflardan birinin dahi³⁰⁵ merciin teklif ettiği kararı hiçbir sebep belirtmeden reddetmesi mümkündür³⁰⁶ ve ancak kanunda belirtilen şekilde sessiz kalmaları üzerine teklif edilen kararın bağlayıcı olması söz konusu olur. Reddedilen nihaî karar tesisi teklifi, gizlilik ilkesi gereği dava aşamasında kullanılamaz³⁰⁷.

Belirtilmelidir ki teklifin reddedilmekle birlikte bağlayıcı olabilmesi için tarafların bu hususta aydınlatılması gereklidir. Tarafların özellikle de nihaî karar tesisi teklifinin olağan bir hükümden farklı olarak hukuki temellendirme esasına göre yapılmadığı, bir yargılama faaliyeti sonucunda verilen hükümden farklı olduğu konusunda bilgilendirmeleri önemlidir. Nihayet taraflar nihaî hüküm tesisi teklifinin

³⁰² Schrank, s. 337.

³⁰³ Honegger, **Art. 210**, s. 1527; Urs, **Art. 210**, s. 1698.

³⁰⁴ Urs, **Art. 210**, s. 1670.

³⁰⁵ Honegger, **Art. 211**, s. 1533.

³⁰⁶ Bu, tam bir yargılama faaliyeti gerçekleştirilmeden ve gerekçesiz bir şekilde nihaî karar verilebiliyor oluşunun taraflar açısından bir tür telafisidir (Honegger, **Art. 210**, s. 1532; Urs, **Art. 210**, s. 1706).

³⁰⁷ Möhler, **Art. 211**, s. 454.

sonuçları konusunda da bilgilendirilmelidirler.³⁰⁸ Ayrıca uyuşmazlık çözüm mercii nihaî karar tesisi teklifinde bulunurken ne kadar ayrıntılı bir gerekçe sunarsa, tarafların da kararı reddetme ihtimali o kadar düşük olacaktır³⁰⁹.

Uyuşmazlık çözüm mercii nihaî karar tesisi teklifi yetkisiyle adeta mahkeme ve dostane uyuşmazlık çözüm mercii arasında bir konuma sahip olmaktadır. Buna bağlı olarak nihaî karar tesisi teklifi de sülh teklifi ile hüküm arasında bir yerde konumlanır³¹⁰. Bu durumda merci, ilk önerisini taraflara bir sülh teklifi gibi sunmaktadır³¹¹. Buna rağmen elbette nihaî karar tesisi teklifi, olağan bir sülh teklifinden farklıdır; tarafların belirli bir süre içinde reddetmemesi, uyuşmazlığın bir anlaşma olmaksızın, bir otorite tarafından çözümlenmesine yetmektedir. Teorik olarak nihaî karar tesisi teklifi hükme yaklaşmakla birlikte bir yargılama faaliyetinin tüm gerekliliklerini karşılamaz.³¹² Nihaî karar tesisi teklifi kabul edildiğinde veya edilmiş sayıldığında mahkemede dava açılmasını engelleyen bir mahiyette olmakla birlikte, aynı zamanda bir sülh teklifi gibi de reddedilebilmektedir³¹³.

ZPO Art. 211 uyarınca teklif edilen bu nihaî kararın taraflarca yirmi gün içinde reddedilmemesi halinde artık bu teklif bağlayıcı hale gelmektedir (ZPO Art. 211 Abs. 1). Bu süreden sonra tarafların teklifi kabul etmeleri mümkün değildir³¹⁴. Taraflara bu teklifin tebliği yerinde olacaktır (karş. ZPO Art. 138). Taraflara bu teklif tebliğ edilmemiş olsa dahi, eğer merci onlara böyle bir teklifi tebliğ edeceğini belirtmiş ise taraflar zamanında reddetmedikleri bu teklif ile bağlı olacaklardır.³¹⁵ Taraflar (veya taraflardan biri)³¹⁶ yazılı olarak veya sözlü olmakla beraber tutanağa geçirilmesini sağlamak kaydıyla (ZPO Art. 202 Abs. 1)³¹⁷ teklifi reddederse, merci dava açma izni tesis eder (ZPO 211 Abs. 2). Bunun dışında bir sonuç mümkün değildir; tüm koşulları mevcut olsa dahi uyuşmazlık çözüm mercii ZPO Art. 212 uyarınca nihaî karar da veremez³¹⁸. Dava açması gereken taraf süresi içinde dava açmazsa, ZPO Art. 210 Abs.

³⁰⁸ Honegger, **Art. 211**, s. 1533; Möhler, **Art. 210**, s. 451; Urs, **Art. 210**, s. 1670.

³⁰⁹ Urs, **Art. 210**, s. 1703.

³¹⁰ Botschaft ZPO, s. 7333; Möhler, **Art. 210**, s. 450; Schrank, s. 339.

³¹¹ Urs, **Art. 210**, s. 1699.

³¹² Urs, **Art. 210**, s. 1701.

³¹³ Möhler, **Art. 210**, s. 450.

³¹⁴ Möhler, **Art. 210**, s. 453.

³¹⁵ Honegger, **Art. 211**, s. 1531.

³¹⁶ Honegger, **Art. 211**, s. 1533.

³¹⁷ Honegger, **Art. 211**, s. 1532; Urs, **Art. 210**, s. 1706.

³¹⁸ Schrank, s. 357.

1-b ile düzenlenen uyuşmazlıklarda, reddedilen nihaî karar tesisi teklifi artık bağlayıcı bir hükme dönüşür (ZPO 211 Abs. 3); bunun dışında derdestlik ortadan kalkar ve dava açılmamış sayılır.³¹⁹ Uyuşmazlık çözüm merciinin, teklifin süresinde reddedilmediği için kabul edilmiş sayıldığını tutanak ile yazılı olarak belirtmesi gerekir³²⁰. Reddedilen nihaî karar tesisi teklifi hakkında karşı tarafın da bilgilendirilmesi gerekir³²¹. Tarafın nihaî karar tesisi reddi beyanı, yargılama hukuku alanında sonuç doğuran, şarta bağlı olmayan, geri dönülemeyen ve varması gereken bir beyandır; teklifin kısmen reddi mümkün değildir³²². Teklifin kısmen reddi halinde uyuşmazlık çözüm mercii tüm uyuşmazlık için dava aşamasına devam izni vermelidir³²³.

Uyuşmazlık çözüm merciinin nihaî karar tesisi teklifi sunabileceği uyuşmazlıklar ZPO Art. 210 Abs. 2 ile sayılmıştır. Bu düzenlemenin yoğunlaştığı uyuşmazlıklar cinsiyet eşitliği, kiracı ve kiracının korunması ile değeri 5000 CHF'a kadar olan malvarlığı uyuşmazlıklarıdır. Sayılâneşitlik ve kira uyuşmazlıkları haricinde malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklarda nihaî karar tesisi teklif edilemez. Malvarlığı uyuşmazlığına ilişkin bir talebin yanı sıra malvarlığına ilişkin olmayan bir talep de öne sürülürse (kişilik hakkının ihlalinin durdurulmasının yanı sıra maddî zararın tazmini gibi) tüm uyuşmazlık için değil, talepler ayrı ayrı değerlendirme yapılarak nihaî karar tesisi teklif edilmelidir.³²⁴

Belirtmek gerekir ki uyuşmazlık çözüm merciinin teklifte bulunabileceği uyuşmazlıklar bunlar olmakla birlikte, nihaî karar tesisi teklifinde bulunup bulunmamak merciinin takdirindedir.³²⁵ Merci bu takdir yetkisini kullanırken uyuşmazlığın yapısını ve tarafların tutumunu da dikkate almalıdır. Örneğin uyuşmazlık fazla karmaşık değilse ve taraflarda sülh olma niyeti belli bir ölçüde gözlemlenebiliyorsa ya da sülh olma ihtimali ucu ucuna kaçırılmışsa nihaî karar tesisi teklifi yapılması yerinde olabilir³²⁶. Genelde nihaî karar tesisi teklifi, tarafların anlaşmaya gönüllü olmalarına rağmen bir türlü anlaşamadıkları hallerde gündeme

³¹⁹ Honegger, **Art. 211**, s. 1533; Möhler, **Art. 211**, s. 454; Schrank, s. 357.

³²⁰ Möhler, **Art. 210**, s. 452.

³²¹ Honegger, **Art. 211**, s. 1533.

³²² Honegger, **Art. 211**, s. 1532; Möhler, **Art. 210**, s. 453; Schrank, s. 355.

³²³ Schrank, s. 355.

³²⁴ Schrank, s. 342.

³²⁵ Urs, **Art. 210**, s. 1699.

³²⁶ Botschaft ZPO, s. 7333; Honegger, **Art. 210**, s. 1527; Möhler, **Art. 210**, s. 451; Urs, **Art. 210**, s. 1701.

gelir; böylece tarafların çekişmeli durumu daha fazla devam ettirmemeye teşvik edilmeleri amaçlanır³²⁷.

Nihaî karar tesisi teklifi için ayrıca makûl bir çözüm görünür olmalı ve bunun için hukuki değerlendirme yapılması elzem bulunmamalıdır.³²⁸ Tüm bunların yanı sıra eğer kapsamlı bir delil incelemesi gerekli görünüyorsa uyuşmazlık nihaî karar tesisi teklifine elverişli değildir çünkü sürecin önemli ölçüde gecikmesi ile sonuçlanabilir.³²⁹ Son olarak taraflar uyuşmazlık çözüm süreci başında bir nihaî karar tesisi teklifini kabul etmeyeceklerini belirtseler dahi merci bununla bağlı olmayacak, yine de gerekirse nihaî karar tesisi teklifinde bulunabilecektir³³⁰.

Uyuşmazlık çözüm merciinin nihaî karar tesisi teklifi kabul edildiğinde veya edilmiş sayıldığında, ortaya çıkan karar kesin hüküm etkisi yaratır ve icraya elverişlidir. Para alacakları için yapılacak icra takipleri açısından itirazın kesin kaldırılmasına elverişli bir belgedir.³³¹

Nihaî karar tesisi teklifi sonucunda verilen karara karşı kanun yolu açık değildir. Ancak tarafların bu teklife karşı kullanabilecekleri yegâne araç, tarafların karar tesisini reddetmesidir.³³² Bu ret tarafların kararı kabul etmemesinden kaynaklanabileceği gibi birtakım şekli eksiklikler veya karşılanması gereken bazı şartların karşılanmamasından da kaynaklanabilir. Bu durumlarda dahi taraflar sessiz kalmak suretiyle karar teklifini kabul etmiş sayılırlarsa, karar artık kesin hüküm niteliğinde olup, kesin hüküm etkisini gösteren diğer işlemler gibi³³³ yargılamanın yenilenmesi (ZPO Art. 328) haricinde³³⁴ kanun yoluna gidilemez.³³⁵ Bu aynı zamanda uyuşmazlık çözüm merciine, taraflar talep etse dahi gerekçesiz olarak karar tesis edebilme imkânı da vermektedir (ZPO Art. 210 Abs. 2).³³⁶

³²⁷ Möhler, **Art. 210**, s. 451.

³²⁸ Honegger, **Art. 210**, s. 1527; Urs, **Art. 210**, s. 1701.

³²⁹ Urs, **Art. 210**, s. 1701.

³³⁰ Urs, **Art. 210**, s. 1706.

³³¹ Urs, **Art. 210**, s. 1705.

³³² Honegger, **Art. 211** s. 1533; Urs, **Art. 211**, s. 1709.

³³³ Schrank, s. 360.

³³⁴ Honegger, **Art. 211** s. 1534; Möhler, **Art. 211**, s. 453; Schrank, s. 360; Urs, **Art. 211**, s. 1710.

³³⁵ Urs, **Art. 211**, s. 1709.

³³⁶ Botschaft ZPO, s. 7334; Honegger, **Art. 210**, s. 1529.

Taraflardan biri süresi içinde nihaî karar tesisi teklifini reddetmiş olmasına rağmen merciin nihaî karar tesis ettiğini öne sürecekse, bunu davanın görüleceği mahkemede açacağı esas davayla birlikte, reddettiğini de ispat ederek yapmalıdır. Tarafın bu iddiasını ispat etmesiyle tesis edilen nihaî karar geçersiz hale gelir.³³⁷

d. Uyuşmazlık Çözüm Mercii'nin Nihaî Karar Vermesi

Uyuşmazlık konusunun değerinin azami 2000 CHF olduğu hallerde uyuşmazlık çözüm mercii, başvuranın da talebi üzerine bir nihaî karar verebilir (ZPO Art. 212 Abs. 1) ve bu halde süreç sözlü olarak yürütülür (Abs. 2). Federal kanun öncesi zamanda da kantonların benimsemiş olduğu bu düzenleme, daha da düşük miktarlar için kabul edilmekteydi. Federal kanun tasarısı görüşmelerinde bu kuralın kanuna alınmasında herhangi bir görüş ayrılığı olmamakla birlikte, dava değerinin üst sınırı arttırılarak 2000 CHF olarak belirlenmiştir.³³⁸

Bu madde uyarınca yürütülecek süreç, tam bir yargılama faaliyetidir. Bu sürecin küçük miktarlar için uygulanabilir olması, basit, çabuk ve ucuz olması gerekliliği bu özelliğini değiştirmez. Mahkemeler ile uyuşmazlık çözüm mercii arası yazışmalar haricinde bu yargılama tamamen sözlülük esasına tabi olarak ilerler.³³⁹ Merci, yaptığı yargılamayı fazla uzatmayacak şekilde her tür delili toplayabilir ve inceleyebilir. Bunu yaparken bir yargılama faaliyetinde olduğu gibi yargılama hukuku kurallarına uyarak, tarafların haklarını gözetmek durumundadır.³⁴⁰ ZPO Art. 203 Abs. 3 ile düzenlenen duruşmanın gizlilik esasına tabi olması kuralı burada uygulanmaz; artık bir yargılama faaliyeti bulunduğundan aleniyet ilkesi geçerlidir³⁴¹.

Bu kararın verilebilmesi için gereken ön koşullardan biri, başvuran davacının talebidir. Bu talep uyuşmazlık çözüm sürecine başvuru ile yazılı olarak öne

³³⁷ Honegger, **Art. 211**, s. 1534; Schrank, s. 361.

³³⁸ Botschaft ZPO, s. 7334; Urs, **Art. 212**, s. 1711.

³³⁹ Urs, **Art. 212**, s. 1712. Her ne kadar bu sürecin basitleştirilmiş usûl (das vereinfachtes Verfahren) kurallarına tabi olması yönünde kanun değişikliği yapılması teklif edilmişse de bu teklif kanuna alınmamıştır; ancak basitleştirilmiş usûle ilişkin kuralların kıyasen uygulanması gerektiği ifade edilmektedir (ZPO Art. 234 vd.) (Honegger, **Art. 212**, s. 1537; Möhler, **Art. 212**, s. 456).

³⁴⁰ Honegger, **Art. 212**, s. 1537; Urs, **Art. 211**, s. 1714.

³⁴¹ Möhler, **Art. 212**, s. 456; Honegger, **Art. 212**, s. 1538.

sürülebileceği gibi süreç devam ederken sözlü olarak da talepte bulunulabilir. Başvuran davacı, karar verilmediği sürece başvurusundan her zaman vazgeçebilir³⁴². Davalı talebin mercie iletilmesi esnasında hazır bulunmuyorsa, dava değerinin 2000 CHF'yi aşmadığı hallerde onun yokluğunda da merciin karar verebileceği hususunda bilgilendirilmesi gerekir.³⁴³ Bu bilgilendirme yapılmadığı sürece de uyuşmazlık çözüm merciinin nihaî karar vermesi mümkün değildir³⁴⁴. Bu nedenle davalının yokluğunda davacı salt bir hüküm elde etme amacı güderek talebini 2000 CHF altına düşüremez³⁴⁵. Başvuru ile birlikte ileri sürdüğü talepte davalının adını geçirmese dahi daha sonra bildirmesi gerekmektedir; her durumda merci davalıyı bu talepten haberdar etmelidir³⁴⁶.

Ancak uyuşmazlık çözüm mercii davacı başvuranın talebine rağmen süreci ZPO Art. 209 ve Art. 210 uyarınca sonlandırma hususunda takdir yetkisine sahiptir.³⁴⁷ Uyuşmazlık çözüm merciinin karar verebilmesi için başvuranın talebi ile uyuşmazlık konusunun değerinin en fazla 2000 CHF olması gerekliliğinin³⁴⁸ yanı sıra, uyuşmazlık hakkında zorunlu çözüm sürecinde karar verilebiliyor olması ve bunun fazla çaba gerekmeksizin yapılabilir olması da lazımdır. Delillerin toplanıp değerlendirilmesi uzun ve kapsamlı olmalıysa veya tarafların anlaşmaları için birçok defa görüşme yapılması gerekiyorsa, uyuşmazlığın merciin karar vermesi için elverişli olduğu söylenemez.³⁴⁹ Özellikle ilk duruşmada karar verilebilen uyuşmazlıklar, uyuşmazlık çözüm merciinin nihaî karar verebileceği uyuşmazlıklardır³⁵⁰.

³⁴² Schrank, s. 403.

³⁴³ Schrank, s. 404; Urs, **Art. 212**, s. 1712.

³⁴⁴ Ama nihaî karar tesisi teklifinde bulunmasına da bir engel yoktur. (Botschaft ZPO, s. 7334; Schrank, s. 405)

³⁴⁵ Möhler, **Art. 212**, s. 455. “Davalının duruşmada hazır bulunmadığı halde sülh hakiminin (burada uyuşmazlık çözüm mercii) değeri 2000 CHF tutarına indirilmiş uyuşmazlığa ilişkin bir karar verip veremeyeceği hususu muallakta kalmış olabilir. Davalı hazır bulunmuyorsa, sülh hâkimi de karar veremez. Davalı duruşmaya değeri 2000 CHF tutarını aşan bir uyuşmazlık için çağırılmıştır. Yargılama faaliyetinin sınırlı olmasından ötürü sülh hâkimi bir karar vermemeli, davacıya dava aşamasına devam izni vermeli ya da nihaî karar tesisi teklif etmelidir. Bu durumda nihaî karar vermesi hem sülh hakiminin yargılama işlevinin sınırını aşacak, hem de davalının hukuki dinlenilme hakkını ihlal edecektir. Davalıya eksik ve yanlış gönderilmiş davetiyede miktara bakılmaksızın karar verilebileceği ihtarinin bulunması, bu durumu değiştirmeyecektir.” (ObGer/ZH v. 06.05.2014 RU 140005) (<https://www.swisslex.ch/de/doc/claw/030d59fb-7298-4a8c-b32a-39083be7cfe>, erişim tarihi: 23.09.2021). Dava değerinin düşürülebileceği veya kısmi dava olarak devam ettirilebileceği, ancak bu ihtimalin davalıya mutlaka bildirilmesi gerektiği yönünde bkz. Schrank, s. 407.

³⁴⁶ Honegger, **Art. 212**, s. 1536; Möhler, **Art. 212**, s. 455.

³⁴⁷ Botschaft ZPO, s. 7334; Honegger, **Art. 212**, s. 1536; Möhler, **Art. 212**, s. 455; Urs, **Art. 212**, s. 1712

³⁴⁸ Möhler, **Art. 212**, s. 455.

³⁴⁹ Honegger, **Art. 212**, s. 1536; Möhler, **Art. 212**, s. 456; Urs, **Art. 212**, s. 1712.

³⁵⁰ Möhler, **Art. 212**, s. 456; Schrank, s. 409.

Karar verilmesi talebi ileri sürüldüğünde ve uyuşmazlık çözüm mercii karar verme sürecine girdiğinde, başvuran davacının sürece devam etme yükümü doğar. Bunun anlamı, olağan bir zorunlu uyuşmazlık çözüm sürecinin aksine, davacı burada süreci yürütmekten vazgeçtiğinde, bunun davadan feragat sonucunu doğurabileceğidir. Feragat sonucunun doğması, davacının bu konuda bilgilendirilmiş olmasına da bağlıdır³⁵¹. Davanın geri alınması sonucu da doğabilir ancak bunun için davalı tarafa henüz tebligat yapılmamış olmalı veya davalının davanın geri alınmasına açık icazeti bulunmalıdır.³⁵²

Uyuşmazlık çözüm sürecinde nihaî karar verilmesi için talepte bulunulması üzerine uyuşmazlık çözüm mercii, yine önce tarafların anlaşmasını sağlamaya çalışır. Bunun mümkün olmaması üzerine de karar verme sürecine geçer.³⁵³ Karar verme sürecini başlattığı dakikadan itibaren, merciiin zorunlu uyuşmazlık çözüm sürecini yürütme aşaması sona ermiştir.³⁵⁴ Bu aşamadan itibaren uyuşmazlık çözüm mercii bir ilk derece mahkemesi hâkimi gibidir³⁵⁵; bir mahkemenin temel özelliklerini de barındırmalıdır³⁵⁶. Bu noktadan itibaren artık uyuşmazlık çözüm sürecine dönüp ZPO Art. 210 uyarınca nihaî karar tesisi teklifinde bulunamaz ya da ZPO Art. 209 uyarınca dava aşamasına geçilmesi izni veremez³⁵⁷. Uyuşmazlık çözüm merciiinin işlevinin bu değişimi kayda değerdir; özellikle hukuk eğitimi almamış ve uyuşmazlık çözümünde rol alan kişiler için bu durum özellikle geçerlidir.³⁵⁸

³⁵¹ Möhler, **Art. 212**, s. 456.

³⁵² Honegger, **Art. 212**, s. 1538; Möhler, **Art. 212**, s. 456; Urs, **Art. 212**, s. 1712.

³⁵³ Möhler, **Art. 212**, s. 456; Urs, **Art. 212**, s. 1712.

³⁵⁴ Honegger, **Art. 212**, s. 1537.

³⁵⁵ Botschaft ZPO, s. 7334; Honegger, **Art. 212**, s. 1537; Urs, **Art. 212**, s. 1711. Uyuşmazlık çözüm merciiinin bu fonksiyonuna rağmen ilk işlevinin her zaman tarafların anlaşmasının olduğu, karar verme yetkisi verilmesinin uyuşmazlık çözüm merciiini mahkemeye dönüştürmediği, kanun koyucunun bu yetkiyi vermekteki amacının tarafların, verilen karara karşı çıkılması halinde yargılamadaki rollerinin belirlenmesi olduğu da belirtilmektedir. Buna göre uyuşmazlık çözüm merciiinin esas amacı tarafların anlaşmasını sağlamak olduğuna göre, karar verme yetkisi de buna göre değerlendirilmelidir. Bu kararın kesin hüküm etkisi kararı veren makamın etkisinden ziyade, tarafların anlaşmaya zımni icazeti olarak anlaşılmalıdır; merci uyuşmazlık üzerinde bir karar verirken taraflara aslında anlaşmaya varmaları için üstü kapalı bir şekilde anlaşmaya varmaları için son bir şans vermekte, bunu da kesin hüküm etkisiyle sağlamaktadır. (BGE 135 III 253 06.02.2009, <https://www.swisslex.ch/de/doc/claw/0a33dc73-4197-456e-9532-f29b3e3dec66/search/143091880> , erişim tarihi: 23.09.2021; BGE 121 III 266 10.07.1995, <https://www.swisslex.ch/de/doc/claw/115aa661-01f9-4083-998e-86ffabf679a1/search/143091880> , erişim tarihi: 23.09.2021).

³⁵⁶ Schrank, s. 401.

³⁵⁷ Schrank, s. 411; Urs, **Art. 212**, s. 1713.

³⁵⁸ Urs, **Art. 212**, s. 1713.

Uyuşmazlık çözüm mercii bu yargılama sonunda taraflara bir kısa karar verebilir. Ancak bunu takip eden on gün içerisinde taraflardan birinin talebi üzerine gerekçeli kararı da taraflara iletilmelidir (ZPO Art. 239 Abs. 2).³⁵⁹ Kararın taraflara iletilmesi ZPO Art. 239 uyarınca tefhim veya tebliğ ile mümkündür. Tarafların on gün içinde gerekçeli karar talep etmemesi kanun yolundan feragat sonucunu doğurur.³⁶⁰

Kanun yollarına başvuru süresi de gerekçeli kararın tefhim veya tebliğinden itibaren başlar (ZPO Art. 239 Abs. 2). Uyuşmazlık konusunun miktarı 2000 CHF'nin altında olacağından, bu karara karşı yalnız itiraz kanun yoluna başvurulabilir (ZPO Art. 319, karşı. ZPO Art. 208 Abs. 2). Kanun yoluna başvuru, hukukun yanlış uygulanması veya vakıaların yanlış değerlendirilmesine dayandırılabilir (ZPO Art. 320). Uyuşmazlık çözüm mercisinin kararı kesinleşmeden icra edilebilir ancak icranın merci tarafından geri bırakılması da mümkündür (ZPO Art. 325 Abs. 2).³⁶¹

2.3 Amerika Birleşik Devletleri'nde Zorunlu Uyuşmazlık Çözüm Yolları

2.3.1 Amerika Birleşik Devletleri Yargılama Sistemi ve Dostane Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Yaklaşımı

2.3.1.1 Amerika Birleşik Devletleri'nde Yargı Örgütü

Yasama, yürütme ve yargı organlarının şekillendirilmesinde çifte egemenlik ilkesinin (dual sovereignty) geçerli olduğu Amerikan hukukunda, öncelikle bu ilkeyi anlamak, yargılama sisteminin anlaşılması bakımından önem taşımaktadır. Bu ilke, kendi coğrafi bölgesinde egemenlik sahibi olup, kendi seçtiği görevlilerce atanan eyaletler ile bir arada bulunan federal hükümetin oluşturduğu devlet sistemidir.³⁶² Bu ilkenin mahkeme sistemine etkisi ise çifte mahkeme sistemidir. Buna göre federal yargı ve eyalet yargısı olmak üzere iki ayrı yargı sistemi bulunmaktadır. Genel yargılama yetkisine sahip olan eyalet mahkemeleri her tür uyuşmazlığa bakmaya ehildirler. Federal mahkemelerin yetkisi ise tahdidi olarak belirlenmiştir.³⁶³

³⁵⁹ Urs, Art. 212, s. 1714.

³⁶⁰ Möhler, Art. 212, s. 457; Urs, Art. 212, s. 1715.

³⁶¹ Honegger, Art. 212, s. 1539; Urs, Art. 212, s. 1715.

³⁶² Özbek, s. 411.

³⁶³ Özbek, s. 412.

Federal bölge mahkemeleri, tüm eyaletlerde kurulmuş olup, üç dereceli federal yargı sisteminin ilk basamağıdır. İlk olarak iki farklı eyalet vatandaşları arasında geçen uyuşmazlıklarda ilk derece mahkemesi olarak görevlidirler.³⁶⁴ Federal bölge mahkemesinin bir diğer görevi, federal mevzuatın yorumu veya uygulamasından kaynaklanan her tür hukuki ihtilafın çözümüdür. Bu tür uyuşmazlıklarda herhangi bir parasal sınır söz konusu değildir. Parasal sınırın bulunmadığı bir diğer görevi, bir devlet görevlisi veya federal kurumun bu sıfatıyla taraf bulunduğu tüm hukuk davalarıdır.³⁶⁵

Federal bölge mahkemeleri de kendi içinde iki özel nitelikte mahkemeyi barındırır. Bunlardan biri uluslararası ticaret hukuku ve gümrük uyuşmazlıklarını çözen uluslararası ticaret mahkemesidir. Diğeri ise federal nitelikte sözleşmelerden, federal hükümetçe devralınan özel mülkiyetten ve diğer bazı parasal alacaklardan doğacak uyuşmazlıkları çözen federal alacak mahkemeleridir.³⁶⁶

Federal bölge mahkemelerinde Federal Usûl Kanunu uygulanmakla birlikte, her bir federal bölge mahkemesinin tabi olduğu bölgenin yerel kurallarını kabul etmesi de mümkündür. Hatta federal bölge mahkemesi hakimlerinin dahi usûlî bazı işlemlerin uygulama şekline dair kural koymaları mümkün olabilmektedir. Federal bölge mahkemelerinde uygulanan kanun Federal Usûl Kanunu'dur (Federal Rules of Civil Procedure).³⁶⁷ Federal bölge mahkemelerinin yanı sıra, bazı uyuşmazlıkları çözmekle görevli olan özel federal mahkemeler de bulunmaktadır ki, bu mahkemeler de esasen federal bölge mahkemesidir.³⁶⁸

Üç aşamalı federal yargı sisteminin ikinci basamağı, federal temyiz mahkemeleridir. Federal bölge mahkemelerinde verilen nihaî kararlar için kanun yoluna kural olarak bu mahkemelere başvurulur.³⁶⁹ Teknik olarak bir istinaf mahkemesi sayılmayan bu mahkemelerin hukuka uygunluk denetimi yapmak ile

³⁶⁴ Leonidas Ralph Mecham, **The Federal Court System in United States**, Administrative Office of the U.S. Courts, Washington 2001, s.16; Özbek, s. 415.

³⁶⁵ Özbek, s. 416.

³⁶⁶ Mecham, s. 12.

³⁶⁷ Özbek, s. 416.

³⁶⁸ Özbek, s. 419.

³⁶⁹ Mecham, s. 12; Özbek, s. 418.

kanunların açıklanmasını sağlamak şeklinde iki temel işlevi bulunmaktadır.³⁷⁰ Belirtmek gerekir ki federal bölge mahkemeleri, ayrıca tahkikat yapmaz³⁷¹. Federal yargı sisteminin üçüncü basamağı olan Yüksek Mahkeme (Supreme Court) ise federal temyiz mahkemelerinden gelen taleplerle eyalet yüksek mahkemesince verilen ve anayasa ile federal kanunlarla ilgili bir karar olması gerekmektedir.³⁷²

Eyalet yargısı açısından ise eyalet ilk derece mahkemeleri, eyalet temyiz mahkemeleri ve eyalet yüksek mahkemesi olmak üzere yine üç dereceli bir sistemin varlığından söz edilebilir. Hukuki uyuşmazlıkların büyük bölümü bu mahkemelerde çözümlenir. Görev hususu eyaletlerce düzenlenmekle birlikte³⁷³, eyalet ilk derece mahkemelerinde küçük talepler mahkemesinde belli bir miktara kadar olan uyuşmazlıklar uygulanır ve daha esnek, yargılama kurallarına daha az tabi bir yargılama faaliyeti uygulanır. Diğer bir ilk derece mahkemesi görünümü üst mahkemeler (Superior Courts) olup, genel ve sınırsız yargılama yetkisiyle, olağan yargılama kurallarıyla yargılama yaparlar. Eyalet temyiz mahkemeleri ile eyalet yüksek mahkemeleri, federal sistemde yer alan federal temyiz mahkemeleri ile Yüksek Mahkeme'nin muadilleridir.³⁷⁴

2.3.1.2 Dostane Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Amerikan Hukukundaki Yeri

Amerika Birleşik Devletleri'nde ilk defa 1938 yılında yürürlüğe giren Federal Usûl Kanunu, zaman içerisinde birçok eleştiriye maruz kalmıştır. Diğer ülkelerden farklı bir sistem olan Amerikan hukukunda, Kara Avrupası sistemindeki bazı ülkelerle olan farklılıkların da etkisiyle, usûl kanunundan beklenen fayda sağlanamamıştır. Bu kanunun daha çok avukatlara para kazandırmaya yaradığı, mahkeme ve adalet reformu yapılmadan yalnızca usûlî işlemlerin düzenlenmesinin beklenen başarıya ulaşamayacağı anlaşılmıştır.³⁷⁵ Almanya gibi ülkelerde yer alan vakıaların taraflarca getirilip hâkimin hukuku getirilen vakıalara uygulaması anlayışının Amerikan hukukunda uygulanmaması, Amerikan hukukunda vakıaların ve uygulanacak

³⁷⁰ Özbek, s. 419.

³⁷¹ Mecham, s. 13.

³⁷² Özbek, s. 420.

³⁷³ Geoffrey J. Hazard Jr./ Michele Taruffo, **American Civil Procedure- An Introduction**, New York 1993, Yale University, s. 48.

³⁷⁴ Özbek, s. 421-422.

³⁷⁵ James R. Maxeiner, "The Federal Rules at 75: Dispute Resolution, Private Enforcement or Decisions According to Law", **Georgia State University Law Review** 30(4), 2014, ss. 983-1026, s. 1008.

hukukun mahkemede tespit edilmesi, uyuşmazlık konusu vakılarda çekişme tespit edilmezse kısa karar verilebilmesi, çekişmeli olduğu tespit edilirse tarafların delillerini sunması, mahkemenin sunulan delillerin davaya katkısı olmadığı kanaatine vardığında delilleri reddedebilmesi ama bu hususun kanun yoluna başvuru ile ileri sürülebilmesi karşısında bu ret için de gönülsüz olması gibi sebeplerle Amerikan usûl hukuku çıkmaza girmiştir. Öte yandan Kara Avrupası sistemindeki anlayışın Amerikan hukukunda benimsenmesi, kapsamlı bir hukuki ve kurumsal değişiklikler bütünü gerektireceğinden, basit bir mesele de olmadığına dikkat çekilmiştir.³⁷⁶

Bu itibarla, Amerika Birleşik Devletleri'nde dava yolunun fazla yavaş, pahalı, avukat odaklı, ulaşılmaz, belirsiz ve güdümlü olduğu yönünde şikayetler ile Amerikan yargılamasının bir kriz içinde olduğu ifade edilmiş³⁷⁷ bir reformun yapılması gerekliliği uzun bir süre ifade edilmiştir³⁷⁸. Kara Avrupası hukuk sistemlerinden daha farklı bir sistem olmasına karşın, Amerikan hukukunda da dostane uyuşmazlık çözüm yollarının benimsenmesinde etkili olan amaçlar, şu ana kadar incelenen sistemlerle benzerlik göstermektedir. Federal Usûl Kanunu'nun amaçlarından olan ancak salt bu kanunun yürürlüğe girmesiyle ulaşılamayan³⁷⁹ zaman ve para tasarrufu, mahkemelerin iş yükünü azaltma, uyuşmazlık taraflarının ihtiyaç ve hatta insani değerlere daha verimli şekilde karşılık veren bir süreç benimseme gibi amaçlar, dostane uyuşmazlık çözüm yollarının benimsenmesi için geçerli sebepler olmuştur.³⁸⁰ Gerçekten de Amerikan mahkemelerinde bulunmayan etkinlik, insancılık ve yaratıcılığın alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında bulunduğu genel bir kanı olarak ifade edilmiştir³⁸¹.

Dostane uyuşmazlık yolları arasında yapılacak seçim ise sadece uyuşmazlık türü ile değil, tarafların kişiliği, uyuşmazlığa yaklaşımı ve özellikle bu etkenlerden hangisinin baskın geleceği ile ilgilidir.³⁸² Nitekim, 1998 tarihli Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanunu ile barolarca desteklenen, gereken eğitim ve altyapıya sahip tarafsız

³⁷⁶ Maxeiner, s. 1016-1017.

³⁷⁷ Lucy V. Katz, "Alternative Dispute Resolution and Voluntarism: Two-Headed Monster or Two Sides of the Coin", **Journal of Dispute Resolution**, 1993(1), ss. 1-56, s. 3; Maxeiner, s. 1005.

³⁷⁸ Mandatory Mediation and Summary Jury Trial: Guidelines for Ensuring Fair and Effective Processes (ADR Methods), Harvard Law Review Vol 103(5), 1990, ss. 1086-1104, s. 1087; Steven Lubet, "Some Early Observations on an Experiment with Mandatory Mediation", **Ohio State Journal on Dispute Resolution** 4(2), 1988-1989, s. 235-254, s. 235.

³⁷⁹ Maxeiner, s. 990-991.

³⁸⁰ Leonard L. Riskin, "The Special Place of Mediation in Alternative Dispute Processing", **University of Florida Law Review**, Vol 37 No. 1, 1985, s. 19-28, s. 19.

³⁸¹ Lubet, s. 235.

³⁸² Riskin, "Special Place", s. 20.

kişilerce mahkemelerin idaresi altında yürütülen alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının, tarafların tatmini, uyuşmazlıkların daha yenilikçi bir bakış açısıyla çözümlenmesi ve tarafların anlaşmaya varmasının kolaylaşması açısından potansiyel taşımasının yanı sıra, mahkemelerin iş yükünü de azaltarak, ellerindeki davaları daha yetkin bir şekilde incelemeleri için fırsat yaratacağı belirtilmiştir (Sec. 2).³⁸³

Federal bölge mahkemelerinde dostane uyuşmazlık çözüm yolları 1970’li yıllardan itibaren tasarlanmaya ve denenmeye başlanmışsa da bu konuda esas atılım 1990 tarihli Hukuk Mahkemeleri Reform Kanunu (Civil Justice Reform Act of 1990) ile gerçekleşmiştir. 1970’li ve 1980’li yılların sonlarında mahkemeler dostane uyuşmazlık çözüm yollarından bazılarını oluşturmuşsa da Yargı Kongresi (Judicial Conference) tarafından 1980’li yılların başında seçilmiş üç federal bölge mahkemesine mahkeme bağlantılı zorunlu tahkim (mandatory court annexed arbitration) denenmiş, daha sonra bu mahkemelerin sayısı ona çıkarılmıştır. Daha sonra 1990 yılında çıkarılân Hukuk Mahkemeleri Reform Kanunu ile federal bölge mahkemelerine masraf ve zamandan tasarruf edilmesini sağlayacak tedbirler geliştirmeleri yönünde bir yükümlülük yüklenmiştir. Bu kapsamda kanunun belirlediği altı yükümlülüğün altıncısı ise dostane uyuşmazlık çözüm yollarıdır. Bunun üzerine doksan dört federal bölge mahkemesinin çoğunluğu dostane uyuşmazlık çözüm yolları için usûl kuralları düzenlemiş, oluşturdukları programları yönetmek için profesyonellerden yararlanmışlardır.³⁸⁴ Daha sonra 1998 yılında çıkarılân Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Kanunu ile kişilere dostane uyuşmazlık çözüm yolu sunma hizmeti federal bölge mahkemelerine bir yükümlülük olarak getirilmiştir.³⁸⁵

³⁸³ 1997 tarihli Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına İlişkin Öneriler Konferansı ile dostane uyuşmazlık çözüm yollarının uygun biçimlerde kullanımının devamı desteklenmiş, birçok mahkemede uygulanan mahkeme bağlantılı dostane uyuşmazlık çözüm yollarının mahkemelerin ihtiyaçlara daha rahat cevap verebilmesi ve adil oluşu üzerinde olumlu etki yarattığı, buna karşılık masraf ve gecikmeye yol açmadığına da dikkat çekilmiştir (Donna Stienstra, “ADR in the Federal District Courts: An Initial Report”, **Federal Judicial Center**, November 16, 2011, Appendix One).

³⁸⁴ Stienstra, Initial Report, s. 1.

³⁸⁵ Stienstra, Initial Report, s. 2. Mahkeme İdaresi ve Dava Yönetimi Komitesi’nin 1997 tarihli raporunda, düzgün işleyen bir mahkeme bağlantılı alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun bazı özellikleri sıralanmıştır. Bunlar: 1. Program hedefleri ve özelliklerinin tanımlanıp yazılı kurallar halinde yayımlanması, 2. Program yönetiminin sağlanması, 3. Alternatif uyuşmazlık çözüm sürecini yönetecek tarafsız kişilerin özel eğitim ve deneyimine ilişkin şartların konulması, 4. Alternatif uyuşmazlık çözüm sürecini yönetecek tarafsız kişiler için yazılı etik kuralların benimsenmesi, 5. Yargılama giderlerini belirleme yöntemi ve sınırlamaların açık olması, ihtiyaçlı halde bulunanların ödemedi muaf tutulması, 6. Talepleri alma ve kuralları uygulama için bir sitemin oluşturulması, 7. Gizliliğin kapsamının belirlenmesi, 8. Program başarısını değerlendirme ve ölçmedir (Stienstra, Initial Report, Appendix 2).

Birleşik Devletler Kanunu (U.S. Code) Title 28 Chapter 44 §651 ile eyalet mahkemelerine, ilgili mahkemenin çıkaracağı kurala dayanarak, iki taraflı iflas işlemleri de dâhil tüm özel hukuk uyuşmazlıklarında dostane uyuşmazlık çözüm yollarının kullanımı hakkında karar vereceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin (c) bendinde ise 1998 tarihli Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Kanunu tarihinde dostane uyuşmazlık yollarını hâlihazırda düzenlemiş olan mahkemelere, mevcut sistemlerinin etkinliğinin incelenmesinden sonra, Birleşik Devletler Kanunu'nun alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin hükümlerine aykırı olmayacak ve bu hükümlerin amacına uyacak şekilde yeniden düzenleme yapılması gerektiği belirtilmiştir. §652 (a) ile de aksi düzenleme olmadıkça her federal bölge mahkemesinin, koyacağı yerel kurallar ile davanın taraflarının yargılamanın uygun bir aşamasında tarafların davaya uygun bir dostane uyuşmazlık çözüm yolunu düşünmelerini şart koşması gerektiği düzenlenmiştir. Düzenlemenin lafzından anlaşılânmahkemenin dostane uyuşmazlık çözüm sürecini zorunlu tutması değil, tarafları bu yollara yönlendirmesi ve bu yolları denemeyi düşünmelerini sağlamasıdır. Nitekim, her eyalette dostane uyuşmazlık çözüm yolları zorunlu nitelik taşımamaktadır.

Mahkeme bağlantılı dostane uyuşmazlık çözüm yolları açısından Amerikan hukukunda farklı yöntemler kabul edilmektedir. Bunlar arabuluculuk, tarafsız ön değerlendirme³⁸⁶, sülh haftası, dava değerlendirmesi (Michigan arabuluculuğu) ve arabuluculuk-tahkimdir.³⁸⁷ Bu yollardan arabuluculuk, mahkeme nezdindeki sülh toplantılarından sonra en yaygın dostane uyuşmazlık çözüm yoludur.³⁸⁸

2.3.2 Amerika Birleşik Devletleri'nde Zorunlu Dostane Uyuşmazlık Çözüm Yolu Anlayışı

³⁸⁶ Özbek, s. 431.

³⁸⁷ Robert D. Niemic/ Donna Stienstra/ Randall E. Ravitz, "Guide to Judicial Management of Cases in ADR", **Federal Judicial Center** 2001, s. 128. Mahkeme bağlantılı alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasında kısa yargılama, kısa jüri yargılaması ve tahkim de sayılmışsa da bunlar birer dostane uyuşmazlık çözüm yolu değildir. Bahsi geçen dostane uyuşmazlık çözüm yolları ile ilgili bkz. Niemic/ Stienstra/ Ravitz, Guide, s. 128-135; Özbek, s. 429-435. Bu tür alternatif uyuşmazlık çözüm yolları karar odaklı prosedürler (decision oriented procedures) olarak nitelendirilirken, bu çalışmada dostane uyuşmazlık çözüm yolları olarak geçen çözüm yolları mutabakata dayalı prosedürler (consensual procedures) olarak nitelendirilmiştir. Mutabakata dayalı prosedürler ile kastedilen, arabuluculuk, kısa jüri yargılaması, tarafsız ön değerlendirme ve sülh toplantılarıdır. Tüm alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasından tarafların kendilerine en uygun seçeneği değerlendirmesini amaçlayan sisteme de "çok kapılı mahkeme" (the multidoor courthouse) denmektedir (Katz, s. 7-16).

³⁸⁸ Katz, s. 11.

Amerikan hukukunda zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının uygulaması, 1998 tarihli Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Kanunu öncesi dönemde de görülmüştür. Bu dönemde mahkemelerin böyle bir zorunluluk getirirken, her ne kadar Federal Anayasa böyle bir uygulamayı yasaklamamışsa da yeknesak veya yeterince açık bir dayanakları bulunmadığı, bazı mahkemelerin kendi alanlarına ilişkin düzenleme yapabilme yetkilerine ve Federal Usûl Kanunu §16'ya dayandıklarına rastlanmıştır. Buna karşılık zorunluluk getirebilmeleri için bu konuda açık bir düzenleme gerektiği görüşünde olan mahkemelere de rastlanmıştır.³⁸⁹ 1990 tarihli Reform Kanunu ile mahkemelere yalnızca masraf ve gecikmeleri azaltmaya yönelik tedbirler alınması görevi verilmiştir; bu kanun salt zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yolunu düzenlememekle beraber³⁹⁰, bazı mahkemelere bazı davalarda belli dostane uyuşmazlık çözüm yollarına yönlendirme imkânı düzenlenmiştir³⁹¹.

Amerikan hukukunda federal bölge mahkemelerinin arabuluculuğu, dava için bir ön şart olarak³⁹² zorunlu tuttuğu haller günümüzde de bulunmaktadır.³⁹³ Mahkeme bağlantılı arabuluculuk ihtiyari olabilir ya da hâkim emriyle veya mahkeme kuralıyla³⁹⁴ arabuluculuk zorunlu da tutulabilir³⁹⁵. Taraflar için bu şekilde zorunlu dostane uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru söz konusu olduğunda genellikle yerel kurallar gereği, tarafların tek taraflı veya müşterek olarak aralarındaki uyuşmazlığın yönlendirildikleri dostane uyuşmazlık çözüm yolundan çekilmesini talep edebilmektedirler³⁹⁶. Aile hukuku uyuşmazlıkları gibi bazı uyuşmazlıklarda arabuluculuğa yönlendirme yargılamanın belli bir aşamasında yapılmaktadır. Bu yönlendirmenin yapılacağı önceden kabul edildiğinden, bu arabuluculuk programları zorunlu olarak kabul edilebilir.³⁹⁷

³⁸⁹ ADR Methods, s. 1089; Katz, s. 31. Federal Usûl Kanunu §16 ile ön duruşma (pretrial) düzenlenmiş, (a) bendinde amaçları arasında tarafların sülh olmasını sağlamak da sayılmıştır.

³⁹⁰ Kenneth F. Dunham, "The Future of Court Annexed Dispute Resolution Is Mediation", **Jonas Law Review**, 5, 2001, s. 35-50, s. 39.

³⁹¹ Katz, s. 10.

³⁹² ADR Methods, s. 1087.

³⁹³ Özbek, s. 424.

³⁹⁴ 1998 tarihli Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Kanunu'nun gereklilikleri arasında, U.S. Code Title 28 Chapter 44 §652 ile de düzenlendiği üzere, mahkemelerin tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını kullanmalarını zorunlu tutabileceği, bazı dava veya uyuşmazlık türlerini de alternatif uyuşmazlık çözüm yolları dışında tutabileceği de belirtilmiştir (Stienstra, Initial Report, Appendix 4).

³⁹⁵ Amerikan hukuku bakımından mahkeme bağlantılı olmayan arabuluculuk her zaman ihtiyari iken, mahkeme bağlantılı arabuluculuk ihtiyari veya zorunlu olabilir (ADR Methods, s. 1087).

³⁹⁶ Niemic/ Stienstra/ Ravitz, Guide, s. 9.

³⁹⁷ Özbek, s. 425; Stienstra, Initial Report, s.8.

Dostane uyuşmazlık çözüm yoluna yönlendirmenin zorunlu olmasından kasıt, mahkemenin veya yerel kuralın bu yönlendirmesinde tarafların rızasının aranmayışıdır. Bu sebeple zorunluluk yerel kurallarla “varsayım” olarak getirilip, belli davalarda kendiliğinden dostane uyuşmazlık çözüm yolları devreye girebileceği gibi, birçok bölge mahkemesinde olduğu gibi hâkimin resen veya taraflardan birinin talebi üzerine de zorunluluk durumu doğabilmektedir.³⁹⁸ Dostane uyuşmazlık çözüm yollarının bir başka yönü ise bağlayıcı olup olmayacağıdır. Bağlayıcılık meselesi uyuşmazlık çözüm yolunun sonucuyla ilgilidir. Mahkeme değil, ancak taraflar dostane uyuşmazlık çözüm süreci sonucuyla bağlı olma konusunda irade gösterebilir. Örneğin arabuluculukta taraflar yalnızca anlaşma için müzakere etmek durumunda olup, sonuçta bir anlaşmaya varmak zorunda değildirler³⁹⁹; anlaşmaya varma hususunda gönüllülük esası devam etmektedir⁴⁰⁰. Buradan da anlaşılabilirliği gibi dostane uyuşmazlık çözüm yollarının zorunlu olmasından anlaşılması gereken, başvurunun zorunlu oluşudur.

Dostane uyuşmazlık çözüm yollarına tarafların rızası olmaksızın yönlendirme hususunda, Amerikan hukukunda bölge mahkemeleri ve iflas mahkemeleri ayrı özellikler gösterebilmektedir. Bölge mahkemeleri açısından Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Hakkında Kanun (ADR Kanunu) ile taraf rızası olmaksızın yönlendirme yapılabilecek uyuşmazlık çözüm yolları yalnız tarafsız ön değerlendirme ve arabuluculuktur. Bu düzenleme karşısında yapılan bazı yorumlar, başka hiçbir dostane uyuşmazlık çözüm yolunun zorunlu tutulamayacağı yönünde olmuştur. Kanunun alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasında kabul ettiği (ve yargılama faaliyeti içeren) kısa yargılama ve tahkime yönlendirme ise tarafların rızası olmadan mümkün değildir.⁴⁰¹

İflas mahkemeleri açınsındansa her durumda ADR Kanunu uygulama alanı bulamayabilir; bu mahkemeler için zorunlu uyuşmazlık çözümü hakkında başka düzenlemeler de olabilmektedir. Bunlardan biri, mahkemenin yargılama öncesi uyuşmazlığın çözülmesine yardımcı olacak sülh ve özel usûllerin kullanılmasına

³⁹⁸ Niemic/ Stienstra/ Ravitz, Guide, s. 48.

³⁹⁹ Jacqueline Nolan-Haley, “Mediation Exceptionality”, *Fordham Law Review* 78 No. 3, 2009, s. 1247-1264, s. 1254; Niemic/ Stienstra/ Ravitz, Guide, s. 10.

⁴⁰⁰ David S. Winston, “Participation Standarts in Mandatory Mediation Statutes: You Can Lead a Horse to Water”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 11(1), 1996, s.187-206, s.189.

⁴⁰¹ Niemic/ Stienstra/ Ravitz, Guide, s. 54.

yönelik uygun şekilde hareket etmesine imkân veren Federal Usûl Kanunu §16 (c) gereği düzenleme yapan Federal İflas Kanunu'dur. Bir iflas davasında veya iflasa ilişkin bir işlem esnasında iflas mahkemesinin, iflasın hızlı ve ekonomik şekilde yürütülmesi için uygun göreceği bir emir verme konusunda geniş bir yetkisi bulunmaktadır (U.S. Code Chapter 11 §105). Bu düzenleme iflas mahkemelerine zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına tarafları yönlendirmesi için geniş bir yetki verildiği şeklinde yorumlanmıştır.⁴⁰²

Federal düzeyde eyaletlere bu koşullarla zorunlu dostane uyuşmazlık çözüm yollarına yönlendirme imkânı verilmiş ve bazı eyaletlerde bu imkâna ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.⁴⁰³

2.3.2.1 Florida

Mahkemelerin her tür uyuşmazlığı arabuluculuğa sevk edebileceğini ilk kabul eden eyalet olan Florida'da⁴⁰⁴, dostane uyuşmazlık çözüm yollarının zorunlu tutulması uzun zamandan beri uygulama alanı bulmuştur. Bu kuralı ilk olarak 1987 yılında ülkedeki en kapsayıcı uyuşmazlık çözüm kanunu ile düzenleyen Florida, mahkemelerin, bazı istisnalar hariç, baktığı tüm davaları tamamen veya kısmen zorunlu arabuluculuğa, hâkimin arabuluculuğun mahkeme ya da tarafların yararına olduğuna kanaat getirmesi halinde sevk edebileceğini düzenlemiştir (Florida Usûl Kuralları Rule 1.700 (a)).⁴⁰⁵ Böylelikle eyalet, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını yargılama öncesi aşamanın bir parçası olarak, en azından teorik bir düzeyde de olsa düzenlemiştir. Ne var ki Florida eyaletinin mevzuatının yoruma fazlaca muhtaç olduğu, bu sebeple gerçek bir başarı elde edilebilmesi için iyi eğitilmiş arabulucuların çabası, yardımı ve kavrayışının gerekli olduğu da belirtilmiştir. Yine de Florida'nın

⁴⁰² Niemic/ Stienstra/ Ravitz, Guide, s. 55.

⁴⁰³ Kolorado eyaletinde hâkimin uyuşmazlığı tarafsız ön değerlendirme ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yönlendirme imkânı (Civil Rules 16.6); Batı Oklahoma'da mahkemenin tarafları arabulucuya yönlendirme yetkisi (Local Court Rules 16.3); Vermont eyaletinde tarafsız ön değerlendirmenin istisna tutulan davalar hariç uygulanmasının zorunlu olması (Local Rules of Procedure 16.1); Minnesota eyaletinde yargılama başlamadan önce aracılı sülh toplantısının (mediated settlement conference) kural olarak zorunlu tutulması ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına mahkemece resen yönlendirme imkânı (Local Rules 16.5); Batı Missouri'de kural olarak her özel hukuk uyuşmazlığının arabuluculuk ve değerlendirme programına (Mediation and Assesment Program) tabi tutulması (§IV); Hawaii eyaletinde hakimin sülh toplantısı (settlement conference) düzenleme yükümü, bu uygulamalara örnek olarak verilebilir.

⁴⁰⁴ Bruner/ Craver/ Deason, s. 1019.

⁴⁰⁵ Lubet, s. 235; Quek, s. 505.

yaptığı bu düzenleme, zamanında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yaklaşımın geleceğine dair bir ışık tutmuştur.⁴⁰⁶

Florida Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanunu ile mahkemelere arabuluculuğu zorunlu kılmaları hususunda izin vermekle ve mahkeme bağlantılı arabuluculuğun Florida Yüksek Mahkemesi'nin koyacağı usûl kurallarına uygun olarak yürütüleceğini belirtmekle (Florida Kanunu 5. Başlık 44. Bölüm §44.102 (a)) yetinilmiş, zorunlu arabuluculuğa yönlendirmenin nasıl yapılacağına dair herhangi bir düzenleme yer almamıştır. Bu kanunun amacı arabuluculuğa zorunlu yönlendirmeyi mümkün kılmaktan ibarettir. Bu kanuna dayanarak Florida Yüksek Mahkemesi mahkeme bağlantılı arabuluculuk ile ilgili bazı kurallar koymuştur (Florida Rules of Civil Procedure) ancak bu kurallar da bazı davaları zorunlu arabuluculuk kapsamı dışına çıkarmakla yetinmiştir.⁴⁰⁷

Kanun ile bir düzenleme yapılmadığından, mahkemelerin dava türlerine göre arabuluculuğu zorunlu tutmalarının önünde bir engel bulunmamaktadır. Bu sınıflandırma dava sebebi, konusu veya değerine göre belirlenip mahkeme kuralı ile düzenlenebilir. Florida Yüksek Mahkemesi'nin kuralları uyarınca belirtilen istisnalar dava değerine göre düzenlenmemiştir. Ancak değeri düşük davalar için arabuluculukta ayrı bir usûl öngörülmüş, arabulucuların nitelikleri ayrıca düzenlenmiştir. Dava konusu bakımından ise aile hukukuna ve evliliğin tasfiyesine ilişkin uyuşmazlıklara ayrıca değinilmiştir.⁴⁰⁸

Tarafların hâkimden talepte bulunarak zorunlu arabuluculuğun uygulanmamasını isteme hakları (opt-out) bulunmaktadır. Bu talepte bulunurken daha önce arabuluculuğa başvurulduğu, uyuşmazlığın hukuki değerlendirmeye muhtaç olduğu veya başka makûl bir sebep de belirtmek zorundadırlar (Florida Usûl Kuralları Rule 1.700 (b)). Buna rağmen bu imkânı kullanmayıp zorunlu arabuluculuğa başvurma oranının kayda değer olduğu gözlemlenmiştir.⁴⁰⁹ Bu duruma sebebi olarak gösterilen hususların başında, Florida'nın en dikkat çeken özelliklerinden biri olarak tarafların arabulucuyu kendilerinin seçmesi gösterilmiştir. Taraflara verilen bu imkân

⁴⁰⁶ Lubet, s. 235-236.

⁴⁰⁷ Lubet, s. 239.

⁴⁰⁸ Lubet, s. 240.

⁴⁰⁹ Sharon Press, "Institutionalization of Mediation in Florida: At the Crossroads", **Penn State Law Review**, 108(1), s. 43-66, s. 49; Quek. 505.

onların arabuluculuk süreci üzerindeki hâkimiyetini sağlamakta, onlara esneklik tanımaktadır. Böylece arabuluculuk zorunlu oluşunun oluşturduğu gerilim bir ölçüde azaltılmaktadır. Bir diğer sebep, tarafların arabulucuları şikâyet edebilme imkânıdır. Amerikan hukukunda ilk olarak Florida’da düzenlenen bu imkân, zorunlu arabuluculuk sürecinde taraflara itiraz fırsatı yaratmış, arabuluculuğun denetlenmesini kolaylaştırmış ve zorunlu arabuluculuğun taraflara gereksiz masraf çıkarmasının bir nebze de olsa önüne geçmiştir. Ancak şikâyet imkânının kullanımının da fazla olmadığı gözlemlenmiş, bu durumun Florida’daki zorunlu arabuluculuk uygulamasından duyulan memnuniyeti yansıttığı sonucuna varılmıştır.⁴¹⁰ Tarafların zorunlu arabuluculuktan vazgeçilmesi talebinde fazla bulunmamalarının son sebebi olarak da zorunlu arabuluculuğun getirdiği yükümlülüğün ne zaman tamamlanmış sayılacağı hususunda yeterince açık düzenlemeler bulunması gösterilmiştir. Buna göre yükümlülüğe uygun davranmanın esası, arabuluculuk sürecinde tarafın hazır bulunması ya da kanunen hazır bulunmuş sayılmasıdır.⁴¹¹ Tüm bunların bir değerlendirilmesi yapıldığında, zorunlu arabuluculuğun Florida’da olduğu gibi kapsamlı düzenlendiğinde, zorunluluğun getirdiği tatminsizliği kontrol edebildiğine ilişkin bir örnek ortaya koyduğu sonucuna varılmıştır.⁴¹²

2.3.2.2 Kaliforniya

Kaliforniya eyaletinde, Amerikan yargılama sisteminin genelinde olduğu gibi mahkemelerin iş yükü, dava masrafları ve zaman kayıpları büyük bir sorun olagelmıştır.⁴¹³ Mahkemelerin işleyişi hususunda her ne kadar eyalet bazında düzenlemeler yapılmışsa da bunlar sorunun çözümünde etkili olmamış, bu durumla bağlantılı olarak ortaya çıkan masrafların yüksekliği, taraflar üzerindeki gerilim ve belirsizlik duygusu, taraflara anlaşmaları yönünde hatırı sayılır bir baskı unsuru olarak ortaya çıkmıştır. Bu koşullarla varılânanlaşmalar, özellikle taraflar dava yoluna büyük bir yatırım yaptıktan sonra nadiren tatmin edici mahiyette olmuştur.⁴¹⁴ Her ne kadar alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri mahkeme işleyişine dâhil edilmişse ve

⁴¹⁰ Arabulucuları şikâyet edebilme imkânı masraflı ve etkisiz olduğu yönünde eleştiriler de almıştır (Reuben, s. 15).

⁴¹¹ Quek, s. 506-507. Hazır bulunma açısından uygulamadaki anlayışın “on beş dakika görünmek” olduğu, bunun da iyi niyet kuralıyla bağdaşmadığına da dikkat çekilmiştir (Reuben, s. 14).

⁴¹² Quek, s. 507.

⁴¹³ Jay Folberg/ Joshua Rosenberg/ Robert Barrett, “Use of ADR in California Courts: Findings and Proposals”, *University of San Francisco Law Review*, 26 No. 3, 1992, s. 343-444, s. 349.

⁴¹⁴ Folberg/ Rosenberg/ Barrett, s. 350.

uyuşmazlıkların çözümünde fayda sağlamışsa da dava açıldıktan ve taraflar yine kayda değer masraflara katlandıktan sonra devreye girmişlerdir. Bu sebeple dava sürecinin en başında uyuşmazlık çözümünü sağlayacak ve böylece hem tarafların ve devletin masrafını azaltacak, aynı zamanda anlaşmayla sonuçlanamayacak davaların mahkeme nezdinde özömlenmesini kolaylaştıracak tatmin edici bir sistemin şart olduğu ifade edilmiştir.⁴¹⁵ Bu durum karşısında 1991 yılında bir alternatif uyuşmazlık çözümü eylem planı tasarlanmış, her uyuşmazlığın en geç davanın açılması esnasında uyuşmazlık çözümüne yönlendirilmesi gerekliliğinin bulunup bulunmadığını açıklığa kavuşturmanın zamanının geldiği ifade edilmiştir.⁴¹⁶

Zorunlu arabuluculuğun anılan sebeplerle tüm ölkece benimsenmeye başlandığı zamanlarda, bu konuda en ilerici tutumu Kaliforniya eyaleti göstermiştir. Mahkemeler başta aile hukuku olmak üzere hukukun birçok alanında zorunlu arabuluculuğu uygulamışlardır. Örnek olarak boşanma hakkında nihaî karar verilmeden önce tarafların arabuluculuğa başvurmasının zorunlu olduğu hallere rastlanmıştır. Bunun dışında federal yüksek mahkemelerinde de zorunlu arabuluculuk uygulanmış, Birinci Bölge Federal Yüksek Mahkemesi deneme süresi belirleyip bedensel zarardan kaynaklanan, ticari/sözleşmesel, hizmet sözleşmesinden kaynaklanan, gayrimenkulden kaynaklanan, aile hukukundan kaynaklanan, vasiyetten kaynaklanan ve sigorta hukukundan doğan uyuşmazlıkları zorunlu arabuluculuğa tabi tutmuştur. Anlaşma oranının yüksek oluşu ve tasarruf edilen yüksek meblağlar sebebiyle de bu uygulamasını kalıcı hale getirmiştir.⁴¹⁷

Kaliforniya kanun koyucusu alternatif uyuşmazlık çözümün daha geniş kullanımını benimsemiş, hatta uzun bir süre boyunca Kaliforniya kanunlarında evliliğin sona ermesi ve velayet uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk uygulaması benimsenmiştir. Buna göre çocuğun velayeti veya çocukla kişisel ilişki tesisi ile üvey ya da büyük ebeveynin çocukla kişisel ilişki tesisi hakkındaki tüm uyuşmazlıklar, Kaliforniya Medeni Kanunu §4607 4351.5 hükmü uyarınca zorunlu arabuluculuğa tabi tutulmuştur.⁴¹⁸ Akabinde ocukla ilgili bu uyuşmazlıklar Kaliforniya Aile Kanunu

⁴¹⁵ Folberg/ Rosenberg/ Barrett, s. 351.

⁴¹⁶ Folberg/ Rosenberg/ Barrett, s. 352.

⁴¹⁷ Kendall D. Isaac, "Pre-Litigation Compulsory Mediation: A Concept Worth Negotiating", **University of La Verne Review**, 32(2), 2011, s. 165-184, s. 167.

⁴¹⁸ Folberg/ Rosenberg/ Barrett, s. 352. Ancak, Kaliforniya eyaletinde bu uyuşmazlıklar için ilk defa zorunlu arabuluculuk uygulaması bu düzenlemeyle gelmemiştir. 1981 tarihinde getirilmiş bu düzenleme öncesinde de çocuğun velayeti veya çocukla kişisel ilişki tesisi konulu uyuşmazlıklarda kendi kuralları

(California Family Code) 8. Ayrım 2. Bölüm 11. Kısım §3170 hükmüyle düzenlenmiştir. Buna göre kalıcı veya geçici velayet ya da düzenlenmesi ya da çocukla kişisel ilişki tesisi hususunda çekişme olduğu tespit edilirse, mahkeme bu çekişmeli hususları arabuluculuğa sevk edecektir (§3170 (a)). Velayet veya çocukla kişisel ilişki tesisi hakkındaki uyuşmazlığın tarafının üvey veya büyük ebeveyn olması halinde de zorunlu arabuluculuk geçerlidir (§3171 (a)). Biyolojik veya evlat edinen ebeveyn çekişmenin tarafı değilse zorunlu arabuluculuğa tabi değildir ancak arabuluculuk sürecinde hazır bulunmazsa, daha sonra varılânanlaşmaya itirazda bulunma veya anlaşmayı dava konusu yapma hakkından vazgeçmiş sayılır (§3171 (b)). Aile içi şiddetten kaynaklanan uyuşmazlıklar zorunlu arabuluculuğa tabi değildir (§3170 (b)). Kanun, sayılânuyuşmazlıklara ilişkin bu düzenlemenin 01.01.2020 tarihinden itibaren geçerli olacağını da düzenlemiştir (§3170 (c)). Babalık davası arabuluculuğa engel değildir (§3172). Bir üst mahkemenin uyuşmazlığın görüleceği mahkemeyi yetkili kılması halinde arabuluculuk başvurusu mahkemeye de yapılabilir (§3173 (a)).

Çocuğun velayeti veya çocukla kişisel ilişki tesisi hususunda ve yalnızca bu uyuşmazlıklar ile sınırlı olarak⁴¹⁹ Kaliforniya genelinde arabuluculuk zorunlu olmasına karşın, bu uyuşmazlıklar dışındaki uyuşmazlıklar hakkında 01.10.2021 tarihinden itibaren geçerli olan Kaliforniya Mahkeme Kuralları 8. Ayrım 4. Bölüm §3.891 gereği mahkeme tarafından arabuluculuğa yönlendirme yapılması mümkündür. Buna göre çekişme konusunun en fazla 50.000 dolar olduğu uyuşmazlıklar, sorumluluk nedenleri, savunmalar ya da karşılıklı ihmal durumu önem arz etmeksizin, mahkemece arabuluculuğa sevk edilebilir. Mahkeme bu kararı, tarafların arabuluculuğa başvurma yükümlülüğü hususunda görüşlerini dinledikten sonra vermelidir. Mahkeme salt arabuluculuğa başvurma yükümlülüğü hususunda duruşma yapıp tarafları ya da vekillerini hazır bulunduramaz (§3.891 (a)(1))⁴²⁰. Belli bir davanın zorunlu arabuluculuğa tabi olması durumu kategoriler halinde önceden değil, mahkeme nezdindeki uyuşmazlığa göre belirlenmelidir (§3.891 (b)). Anılan mahkeme

ve yöntemleriyle zorunlu arabuluculuğu benimseyen mahkemelere rastlanmıştır. Örneğin San Diego’da bu uyuşmazlıklar bölgesel bir mahkeme prensibi haline gelmiş, yüzde yetmişin üzerinde bir anlaşma oranıyla başarılı bir uygulama olduğu görülmüştür. (Lester Cohen, “Mandatory Mediation: A Rose by Any Other Name”, **Mediation Quarterly** 9(1), 1991, ss. 33-46, s. 34; Susan C. Kuhn, “Mandatory Mediation: California Civil Code Section 4607”, **Emory Law Journal**, 33(3), 1984, s. 733-778, s. 739).

⁴¹⁹ Lincoln Clark/ Jane Orbeton, “Mandatory Mediation of Divorce: Maine’s Experience”, **Judicature**, 69 No.5, 1986, s. 310-311, s. 311.

⁴²⁰ Daha önceki dönemlerde, uyuşmazlığın arabuluculuğa yönlendirilmesi hususunun ele alındığı bir ön değerlendirme benzeri aşamayı düzenli uygulayan mahkemelere de rastlanmıştır (Folberg/ Rosenberg/ Barrett, s. 363).

kuralı öncesinde de bahsi geçen kurala benzer şekilde, değeri düşük uyuşmazlıkların ilk duruşmada mahkemenin bulunduğu adliyede hazır bulunan arabuluculara yönlendirildiği hallere rastlanmıştır.⁴²¹

Kaliforniya'daki zorunlu uyuşmazlık çözümü uygulamasına bakıldığında, çocuğun velayeti veya çocukla kişisel ilişki tesisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar haricinde, güney, kuzey ve merkez bölgelerinde farklılıklar gösteren uygulamaların bulunduğu görülmektedir. Bunlardan Kaliforniya Güney Bölge Mahkemesi Yerel Kuralları §16.1 ile tarafsız ön değerlendirme zorunlu tutulmuştur. Buna göre davalının cevabından itibaren kırk beş gün içinde taraflar ve vekilleri delil toplama prosedürünü (discovery) yürüten yargı görevlisinin nezdinde tarafsız ön değerlendirme toplantısında, anlaşmaya varma hususunu müzakere etmek ve bir anlaşmaya varmak amacıyla hazır bulunmak zorundadır. Belirtilen kırk beş günlük süre içinde taraflardan biri başvuruda bulunarak bu süreci başlatabilir (Local Rule 16.1 (c) (1)). Tarafsız ön değerlendirme sonucunda eğer anlaşma sağlanamazsa, bu aşamayı yürüten yargı görevlisi uyuşmazlığı kırk beş gün içinde arabuluculuğa ya da tahkime yönlendirebilir. Bunun için tahkim ya da arabuluculuğun uyuşmazlığı daha az masrafla çözeceği kanaatine varması veya tarafların tahkim veya arabuluculuk yollarını uygulama konusunda mutabık olması gerekmektedir (Local Rule 16.1 (c) (2)). Bundan başka, her davada, bölge hâkiminin davayı yürütmeye başlamasından önce bir sülh toplantısı yapılması da zorunlu tutulmuştur (Civil Rule 16.3). Kaliforniya Merkez Bölge Mahkemesi Kuralları da, taraflardan birinin itirazı üzerine mahkemece aksine karar verilmedikçe her davada bir sülh toplantısı yapılması gerektiğini düzenlemiştir (Local Rules §270).

Kaliforniya Kuzey Bölge Mahkemesi Kuralları ise taraflara çok seçenekli alternatif uyuşmazlık çözüm yolu (ADR Multi Option Program) imkânı sunmuştur. Buna göre Federal Medeni Usûl Kanunu ya da Bölge Kuralları ile istisna tutulan veya mahkemenin kararıyla hariç tutulan uyuşmazlıklar hariç, tüm uyuşmazlıklarda davaya başvurudan hemen sonra dava, taraflara da bildirilerek, çok seçenekli alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna sevk edilir. Dava dosyasında bulunmayan uyuşmazlıkların da bu programa veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna, tarafların mutabakatı veya tek bir tarafın talebi üzerine veya resen hâkim tarafından

⁴²¹ Folberg/ Rosenberg/ Barrett, s. 363.

yönlendirilmesi mümkündür. Davası resen çok seçenekli alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna yönlendirilmiş tarafın hâkimden bu programa tabi tutulmamasını talep etmesi mümkündür (Civil Local Rules §7, §16-2, §3-3). Ayrıca, davacının dilekçesinde belli bir uyuşmazlık çözüm yoluna yönlendirilmesini istemesi veya hâkimin kendiliğinden yönlendirmeye karar vermesi de mümkündür (Civil Local Rules §2-3).

2.3.2.3 Illinois

Doksanlı yılların sonları ve iki binli yılların başlarında Illinois eyaletinde medeni usûl hukuku alanında gerçekleşen yenilik hareketinin neticesi olarak, önemli sayılabilecek oranda özel hukuk uyuşmazlığı için mahkemelerce zorunlu kılınan arabuluculuk uygulaması eyalet mahkemelerinin neredeyse yarısı tarafından benimsenmiş, böylece tarafların rızası olmaksızın arabuluculuğa yönlendirilmesi hususunda mahkemeye yetki bahşedilmiştir.⁴²² Illinois Yüksek Mahkemesi Kuralları §99 uyarınca mahkemeler kendi arabuluculuk programlarını oluşturabilmektedir. 2001 yılında düzenlenen bu kural uyarınca mahkemelerin her tür özel hukuk uyuşmazlığı açısından arabuluculuğa yönlendirme yetkisi bulunmaktadır. Illinois Yüksek Mahkemesi Kuralları §218(a)(7) uyarınca, mahkeme tarafları arabuluculuğa yönlendirirken, taraflara, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını gerekliliği ve zamanlaması açısından muhakeme etmelerini emredebilir.⁴²³

Illinois mahkemelerinin her tür özel hukuk uyuşmazlığını arabuluculuğa yönlendirme yetkisi bulunsa da özellikle tarafların avukatla temsil edilmediği uyuşmazlıklarda arabuluculuk seçeneğinin daha büyük bir dikkatle ele alınmasının önemli olduğu ifade edilmiştir. Hâkimler uyuşmazlığı arabuluculuğa yönlendirirken ciddi bir sorumluluğun altındadır ve bir uyuşmazlığı arabuluculuğa yönlendirirken çok dikkatli bir muhakeme yapmaları gerekmektedir. Bu sebeple, mahkemelerin belli uyuşmazlıkları sınıflandırarak, gereksiz yere en başından zorunlu arabuluculuğa tabi tutmamaları gerekmektedir. Nitekim, birçok mahkeme kuralında, tarafların daha önce arabuluculuk yolunu denemiş bulunması, uyuşmazlık konusunun salt bir hukuki değerlendirme gerektirmesi, arabuluculuğa yönlendirmenin mahkemenin idari bir emrini ihlal edecek olması, tarafların arabuluculuğun anlaşma ihtimaline bir faydası

⁴²² Suzanne J. Schmitz, "A Critique of the Illinois Circuit Rules Concerning Court-Ordered Mediation", *Loyola University Chicago Law Journal*, 36(3), 2005, s. 783-818, s. 783.

⁴²³ Schmitz, s. 785-786.

olmayacağını ortaya koymaları veya başka bir makûl sebep ortaya konulması hallerinde, tarafların talebi üzerine mahkemenin arabuluculuğa yönlendirmeden vazgeçebileceği düzenlenmiştir.⁴²⁴

Mahkeme uyuşmazlığı arabuluculuğa yönlendirdiğinde arabuluculuk süreci Illinois Arabuluculuk Kanunu (Illinois Uniform Mediation Act- IUMA) uyarınca sürdürülmelidir. IUMA eyalet içerisinde yürütülen hem özel hukuk hem de kamu hukuku nitelikli uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümü süreçlerine uygulanmaktadır. Bunun yanı sıra mahkeme bağlantılı arabuluculuk da kanun kapsamındadır (IUMA Section 3 (a) (1)).⁴²⁵ Buna göre arabuluculuk süreci sonunda arabulucunun, arabuluculuğun anlaşmayla sonuçlanıp sonuçlanmadığı, arabuluculuk görüşmelerinin gerçekleşip gerçekleşmediği ve arabuluculuk görüşmeleri esnasında istismar oluşturan herhangi bir unsur dışında, uyuşmazlık hakkında bir hüküm etkisi yaratacak şekilde değerlendirme, raporlama, öneri ve tespitte bulunma ve benzer her tür faaliyette bulunması yasaktır (IUMA Section 7 (a), (b)). Her ne kadar bu hükümle düzenlenmemişse de arabulucunun, arabuluculuk sürecinin aldığı süre gibi istatistiki verileri de mahkemeyle paylaşması gerektiği de belirtilmektedir. Bahsi geçen hükme aykırı olan mahkeme kurallarının ise uygulanmaması gerektiği ifade edilmektedir.⁴²⁶

Illinois Yüksek Mahkeme Kuralları ile verilen yetki doğrultusunda Kuzey Illinois Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kuralları (ADR Local Rules) uyarınca, dava konusu olan bir uyuşmazlığın, davanın başında, tamamlanması gereken süreyi de belirterek arabuluculuğa yönlendirilebileceğini düzenlemiş, ancak davanın sonraki aşamalarında da arabuluculuğa mahkemece yönlendirme hususunda bir engel koymamıştır. Mahkeme bir uyuşmazlığı arabuluculuğa yönlendirirken arabuluculuğun faydalı olma ihtimali, arabuluculuk ile taraflar üzerinde doğacak yük ve onların üstleneceği masraf ile tarafların önerilerini dikkate alarak hareket edecektir. Bu unsurları dikkate alarak yapacağı değerlendirme sonucunda arabuluculuğun taraflara fayda sağlamayacağı kanaatine varan mahkeme, mevcut uyuşmazlığı arabuluculuk uygulamasına tabi tutmayacaktır (ADR Local Rules Rule 2-3 (a)). Her ne kadar bu kurallarda arabuluculuk düzenlenmekteyse de mahkemenin arabuluculuk programı

⁴²⁴ Schmitz, s. 790.

⁴²⁵ Thomas D. Cavenagh, "Survey of Illinois Law: The Uniform Mediation Act", **Souther Illinois University Law Journal**, 28 No. 4, 2004, s. 877-886, s. 878.

⁴²⁶ Schmitz, s. 799-800.

dışında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmak da mümkün kılınmıştır (ADR Local Rules Rule 2-3 (b)). Mahkeme, arabuluculuğa elverişli olduğu sürece her tür özel hukuk uyuşmazlık için tarafları, onların rızasını aramaksızın arabuluculuğa yönlendirebilir (ADR Local Rules Rule 4-2).

Güney Illinois Bölgesi ise bir zorunlu arabuluculuk programı (Mandatory Mediation Plan) düzenlenmiştir. Bu plana göre istisna olarak sayılânbazı kamu hukuku özellikli uyuşmazlık ve işlemlerin yanı sıra, sosyal güvenlik hukuku ve iflas başvuruları, özel mülkiyetin kaybı gibi konular haricinde (Rule 2), ilk duruşma gününün belirlenmesi üzerine davaya bakan mahkeme, uyuşmazlığı kendiliğinde arabuluculuğa yönlendirecektir (Rule 1). Hâkim uyuşmazlığın bu programa dâhil edilmemesine resen veya tarafların talebi üzerine karar verebilecektir. Taraflar taleplerini makûl sebeplerle birlikte ileri sürmelidir. Buradaki makûl sebepler salt ekonomik sebepler olmayıp (Rule 2.2), hukuki yarar kavramına denk bir şekilde ele alınmalıdır. Zorunlu arabuluculuk programına aykırı davranmanın yaptırımı ise kanunla düzenlenmemiş, toplantılara katılmayan veya iyi niyet kurallarına aykırı davranan tarafın, arabulucu tarafından düzenlenecek bir rapor aracılığıyla, hâkimin takdir edeceği bir yaptırıma uğrayacağı düzenlenmiştir (Rule 2.3).⁴²⁷

2.3.2.4 New York

New York eyaletindeki ve hatta New York şehrindeki nüfus dikkate alındığında şaşırtıcı olmayan bir şekilde mahkemeye intikal eden özel hukuk davaları mahkemelere fazla iş yükü yüklediği gibi, masrafların da kayda değer ölçüde artmasına neden olmuştur. Bu durumun sonucu olarak uyuşmazlıkların sülh yoluyla çözümlenmesi bir kamu politikası haline gelmiştir. Buna ek olarak 2013 ila 2017 yılları arasında alternatif uyuşmazlık çözüm yolları üzerinde yapılan çalışmalarında bu sürece intikal eden uyuşmazlıkların dörtte birinin ihtiyari, yarısının da mahkemece zorunlu tutulan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları sonucunda anlaşmayla sonuçlandığı görülmüştür.⁴²⁸

⁴²⁷ 2015 tarihli Batı Missouri Arabuluculuk ve Değerlendirme Programı (Western District of Missouri Mediation and Assessment Program) da Güney Illinois Zorunlu Arabuluculuk Programı ile büyük ölçüde paralellik gösteren düzenlemelere yer vermektedir.

⁴²⁸ Sarah Konnerth, "Pro Se No Say?: The Impact of Presumptive Mediation in the New York State Court System of Self Presented Litigants", *Fordham Law Review*, 88 No. 4, 2020, s. 1365-1394, s. 1367.

Tüm bu gelişmeler göz önünde bulundurularak, New York eyaletinde on sekiz aylık bir “ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk” uygulaması, New York Ticaret Dairesi Danışma Konseyi’nce deneysel mahiyette önerilmiştir. Beş ticari uyuşmazlıktan birinin arabuluculuğa intikal ettiği New York’ta, bahsi geçen doğrultudaki düzenleme ise 2012 tarihli New York Yüksek Mahkeme Başkanı’nın Ticari Davalar Hakkındaki Ekibi tarafından sunulan öneriler ve rapora⁴²⁹ dayanarak oluşturulmuştur.⁴³⁰ Bu raporun uyuşmazlığın erken çözümü hakkındaki önerilerinden biri zorunlu arabuluculuğa ilişkin bir pilot uygulamanın benimsenmesi olmuştur. Ticari uyuşmazlıkların yüzde doksanınin sülh ile sonuçlandığı, yine de tacirlerin çok fazla olan masraflardan sıkça yakındıklarına, bir ticari davanın sadece yargılama giderleri açısından değil, aynı zamanda işletmelerin işleyişini aksatması, önemli çalışanların odak noktalarını etkilemesi, elektronik verilerin saklanması ve hatta bazı bilgisayar sistemlerini eskitmesi nedeniyle de çok maliyetli olduğuna dikkat çekilmiştir. Ticari uyuşmazlıkların dava yoluyla çözülmesinin esas hakkında karar verilmesi ve kanun yollarının tüketilmesi de dikkate alındığında genellikle yıllar aldığı da belirtilmiştir.⁴³¹

Bu öneriden önceki dönemde de New York eyaletinde Ticaret Dairesi’nin yeknesak kurallarında (Rules of the Commercial Division of the Supreme Court), mahkemenin uyuşmazlığı arabuluculuğa yönlendirmesi (Rule 3) ve tarafların ön duruşma aşamasında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını değerlendirmesi (Rule 8) düzenlenmiş, böylece ticari uyuşmazlıklarda anlaşma yoluyla çözüm sağlamanın yolu açılmıştır. Bu kuralların getirisi olarak uyuşmazlıkların daha hızlı ve ucuz şekilde çözüme kavuştuğu, ayrıca tarafların da bu çözümlerden daha fazla tatmin olduğu da dikkate alındığında, arabuluculuğun ticari uyuşmazlıklarda başarılı sonuçlar verdiği sonucuna varılmıştır. Ancak dava sürecinin çekişmeli yapısı ve mahkemelerin davaları arabuluculuğa yönlendirme hususunda farklı yaklaşımlarda bulunmalarının, arabuluculuk imkânının gereğinden az kullanılmasına neden olduğu kanaatine de

⁴²⁹ The Chief Judge’s Task Force on Commercial Litigation in the 21st Century, Report and Recommendations to the Chief Judge of the State of New York, June 2012 (<http://nysbar.com/blogs/nybusinesslitigation/ChiefJudgesTaskForceOnCommercialLitigationInThe21stpdf2.pdf>), erişim tarihi: 19.10.2021).

⁴³⁰ Giuseppe De Palo, “Mediating Mediation Itself: The Easy Opt-Out Model Settles the Perennial Dispute Between Voluntary and Mandatory Mediation”, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 22 No. 3, 2021, s. 543-568, s. 554.

⁴³¹ Task Force Report, s. 25.

varılmıştır. Bu sebeple, tarafların arabuluculuk sürecine katılmama noktasında mutabık olmaları veya taraflardan birinin arabuluculuğun adaletsiz ya da etkisiz olacağı yönünde makûl sebep göstermesi halleri hariç, davanın açılmasını takip eden yüz seksen gün içinde, arabuluculuk sürecinin zorunlu olarak tamamlanacağı bir zorunlu arabuluculuk programının benimsenmesi önerilmiştir.⁴³² Önerilen bu program New York Yüksek Mahkemesi'nin 19.04.2017 tarihli emriyle yürürlüğe girmiş⁴³³, 22.01.2019 tarihli emriyle de⁴³⁴ devam edeceği belirtilmiştir.

Ticari uyuşmazlıklar dışındaki alanlar içinse New York'taki bölge mahkemeleri yine kendi düzenlemelerini yapmışlardır. 2006 yılında Batı New York Bölge Mahkemesi taraflar başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu seçmediği veya istisna oluşturan bir uyuşmazlık söz konusu olmadığı sürece, tüm özel hukuk davalarının zorunlu arabuluculuğa tabi olduğunu düzenlemiş, Batı New York'taki bu düzenlemenin başarılı sonuçlar vermesi üzerine Kuzey New York Bölge Mahkemesi de 2016 yılında benzer bir zorunlu arabuluculuk düzenlemesi yapmıştır.⁴³⁵ Kuzey New York açısından dikkat çeken bir düzenleme, avukatla temsil edilmeyen tarafların zorunlu arabuluculuk uygulaması açısından istisna kabul edilmesidir. Güney New York Bölge Mahkemesi, 2011 yılında benimsediği zorunlu arabuluculuk uygulamasıyla tarafların avukatla temsil edildiği bazı iş uyuşmazlıklarını da içeren belli uyuşmazlıkların kendiliğinden önce arabuluculuk sürecine tabi tutulacağını düzenlerken, Doğu New York Bölge Mahkemesi uyuşmazlıkların kendiliğinden zorunlu arabuluculuğa tabi olmasını düzenlememiş, mahkemelerin mevcut uyuşmazlığı arabuluculuğa yönlendirebileceğini düzenlemiştir.⁴³⁶

2.4 Kanada'da Zorunlu Uyuşmazlık Çözüm Yolları

Birçok ülkede olduğu gibi Kanada'da da uyuşmazlıkların dostane yollarla çözümlenmesi, dava yolunun çekişmeli doğası, zaman ve masraf yönünden dezavantajlı olması gibi sebeplerle uzun süre teşvik edilegelmiş, buna bağlı olarak özel

⁴³² Task Force Report, s. 27-28.

⁴³³ <https://www.nycourts.gov/LegacyPDFS/courts/comdiv/ny/PDFs/AO-MandMedLong42017.pdf> (erişim tarihi: 19.10.2021)

⁴³⁴ <https://www.nycourts.gov/LegacyPDFS/courts/ljd/supctmanh/AO-12219-MAND-MED.pdf> (erişim tarihi: 19.10.2021)

⁴³⁵ Konnerth, s. 1376.

⁴³⁶ Konnerth, s. 1377-1378.

olarak düzenlenen bazı alternatif uyuşmazlık çözüm yolları benimsenmeye başlamıştır.⁴³⁷ Zaman içinde Kanada’da da zorunlu arabuluculuğa doğru giderek büyüyen bir eğilim gözlemlenmiş, birçok uyuşmazlık açısından örneğin Toronto, Ottawa ve Windsor’da zorunlu arabuluculuk uygulanmaya başlanmıştır.⁴³⁸

Alternatif uyuşmazlık yollarının yargılama sürecine dâhil edilmesi, Kanada Barolar Birliği’nin 1996 tarihli Özel Hukuk Adalet Sistemleri Ekip Raporu ile masraf ve gecikmelerin yargılamadaki önemli engeller olarak belirlenmesine kadar gerçekleşmemiştir. Bu raporla her ne kadar uyuşmazlıkların anlaşma yoluyla çözümü daha çok mahkemeler nezdinde gerçekleşmekteyse de bu anlaşmalar daha çok yargılamanın zaman ve masraf yönünden avantaj sağlayamayacak kadar ileri safhalarında gerçekleşmektedir. Bu gerekçeyle rapor, dava yolunun son çare olarak görüldüğü, çok seçenekli bir alternatif uyuşmazlık çözüm sistemini savunmuştur. Rapora göre alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna taraflarca dilekçelerin teatisi aşamasından sonra başvurulması zorunlu tutulmalı, ilk duruşmada ise başvuru yapıp sürecin işletildiğine dair veya makûl sebeplerle işletilmesinin anlamsız olduğuna ilişkin taraflarca bir belge ibraz edilmelidir.⁴³⁹ Rapordaki bu önerilere karşılık, federal yapıda olan Kanada’da, ihtiyari alternatif uyuşmazlık çözüm yolları bazında, eyaletler arasında görece daha yeknesak bir tutum yakalanmışken, aynı durum zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yolları alanında geçerli olmamıştır. Üstelik zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yolu anlayışı, aile hukuku dışında kalan standart uyuşmazlıklar bakımından yalnızca üç eyalette kabul edilmiş, dört eyalet de mahkeme bağlantılı zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yolu ya da mahkeme nezdinde sülh toplantısı uygulamasını benimsemiştir; kalan eyaletlerin zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla ilgili herhangi bir düzenleme veya uygulaması bulunmamaktadır. Dava değerinin düşük olduğu uyuşmazlıklar bakımındansa zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının bir düzenleme ile uygulamaya konulması daha yaygın olup, bu düzenlemeler bazı eyaletlerde dava yoluna başvurmadan önce alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının uygulamasını kendiliğinden zorunlu tutarken, bazı eyaletlerde mahkemelere bu yönde yetki verilmesi şeklinde yer almıştır. Bu kapsamda özellikle dikkat çeken bir uygulama olarak British Columbia eyaleti, taraflardan birinin

⁴³⁷ Barbara Billingsley/ Masood Ahmed, “Evolution, Revolution and Culture Shift: A Critical Analysis of Compulsory ADR in England and Canada”, **Common Law World Review**, Vol. 45(2-3), 2016, s. 186-213, s. 191.

⁴³⁸ Isaac, s.174.

⁴³⁹ Billingsley/ Ahmed, s. 191.

çekeceği bir ihtarla diğer tarafı alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna katılmaya mecbur kıldığı bir yarı zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yolu anlayışını düzenlemiştir.⁴⁴⁰

Zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yolunu standart uyuşmazlıklar bakımından bir düzenlemeyle uygulamaya sokmuş eyaletler Ontario, Alberta ve Saskatchewan olmuştur⁴⁴¹. Saskatchewan eyaleti, aile hukuku uyuşmazlıkları dışında kalan uyuşmazlıklar için, dilekçeler teatisinden sonra bir arabulucunun atanmasını ve taraflar arabuluculuk sürecine katılım sağlayana kadar davaya devam edilmemesini düzenlemiştir. Aynı eyalet, eyalet hükümetince atanacak bir Arabuluculuk Hizmetleri Sorumlusu'nun, arabuluculuk sürecini davanın ileri bir aşamasına erteleyebilmesi ya da tarafları gerektiğinde arabuluculuk uygulamasından muaf tutabilmesine ilişkin takdir yetkisine sahip olduğunu da düzenlemiştir. Taraflardan birinin zorunlu arabuluculuk sürecine katılmaması halinde diğer taraf buna ilişkin bir belgenin düzenlenmesini isteyebilir. Bu belgenin düzenlenmesi üzerine mahkeme, katılmayan tarafa arabuluculuk sürecine katılmasını emredebilir ya da dava kapsamında ileri sürdüğü iddialarını dosya kapsamından çıkarabilir⁴⁴². 1994 yılında bu eyalette yalnız iki bölgede bir deneme programı olarak devreye sokulan bu düzenlemeler, zamanla eyalet çapında uygulanmaya başlanmış, akabinde Kanada'nın en uzun süreli uygulanan ve en yerleşik zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yolu sistemi haline gelmiştir.⁴⁴³

Ontario eyaletinde, cevap dilekçesinin tebliğinden itibaren yüz seksen gün içinde zorunlu arabuluculuk sürecinin başlatılması, kural olarak tüm özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından zorunlu tutulmuştur. Ancak, bu düzenleme tüm eyalet çapında geçerli olmayıp, Toronto, Ottawa ve Essex'te geçerlidir. Ontario sisteminde mahkemelere zorunlu arabuluculuk süresini uzatma veya zorunlu arabuluculuğa tabi davaları bu zorunluluktan muaf tutma yönünde takdir yetkisi de verilmiştir⁴⁴⁴.

⁴⁴⁰ Billingsley/ Ahmed, s. 192.

⁴⁴¹ Saskatchewan eyaletinde düzenlenen beş yargı merciinde; Ontario eyaletinde Ottawa, Toronto ve Windsor'da dava yoluyla çözümlenecek uyuşmazlıkların çoğunluğu için; Alberta eyaletinde belli aile hukuku programlarında davanın erken safhalarında arabuluculuk zorunlu tutulmuştur (Margaret A. Shone, "Civil Justice Reform in Canada 1996 to 2006 and Beyond", **Into the Future- The Agenda for Civil Justice Reform**, 2006, s.10).

⁴⁴² Julie MacFarlane/ Michaela Keet, "Civil Justice Reform and Mandatory Civil Mediation in Saskatchewan: Lessons From A Maturing Program", **Alberta Law Review**, Vol. 42 No. 3, 2005, 677-710, s. 682.

⁴⁴³ Billingsley/ Ahmed, s. 193.

⁴⁴⁴ 1994 yılında Toronto'da başlatılan pilot proje ile getirilen zorunlu arabuluculuk uygulamasından muafiyet için tarafların, daha önce bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolunu denediklerine ve başarısız

Tarafların zorunlu arabuluculuk sürecine katılım yükümlülüklerine aykırı davranma hallerinde ise mahkemelere bir toplantı yapma ve dava için bir zaman çizelgesi oluşturma, taraflarca verilmiş belgeleri dosya kapsamından çıkarma, yükümlülüğe aykırı davranan tarafın davacı olması halinde davayı reddetme, aykırı davrananın davalı olması halinde savunmasını dosya kapsamından çıkarma, taraflardan birine yargılama giderlerini yükleme veya takdir edeceği başka bir yaptırım uygulama yönünde yetki verilmiştir.⁴⁴⁵

Alberta eyaleti tarafların bir veya daha fazla uyuşmazlık çözüm yoluna iyi niyetle katılımını zorunlu tutmuştur. Bu yükümlülüğe aykırı davranmanın yaptırımı davaya devam edilmemesidir. Bu eyalette kabul edilen alternatif uyuşmazlık çözüm yolları bir arabulucu ya da hakemin sürece destek olmasını gerektirmektedir ve özellikle mahkeme nezdinde yapılmasını şart koşturmaktadır. Anlaşmayla sonuçlandırma amacı taşıyan böyle bir süreçten mahkeme kararıyla vazgeçilmesi ise sürecin faydalı olmayacağını tarafların daha önce bir uyuşmazlık çözüm süreci yürütmesi ya da uyuşmazlığın yapısı gereği anlaşılması, tarafların uyuşmazlık çözüm yoluna başvurmamasını engelleyecek bir zorlayıcı nedenin varlığı, mahkemenin uyuşmazlık çözüm yoluna başvurulmasının gereksiz olduğu kanaatine varması ve uyuşmazlığın mutlaka bir mahkeme kararı gerektirmesi sebeplerinden biri varsa mümkündür.⁴⁴⁶ Alberta'daki zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yolu uygulaması 2013 yılında, kaynak yetersizliğinden ötürü durdurulmuş⁴⁴⁷, 2019 yılında ise aile hukuku uyuşmazlıkları dâhil olmak üzere tüm özel hukuk uyuşmazlıkları için tekrar uygulamaya konulmuştur⁴⁴⁸.

2.5 Avustralya'da Zorunlu Uyuşmazlık Çözüm Yolları

olduklarına ya da alternatif uyuşmazlık çözüm yolunu dikkate aldıklarını ancak başarısız olacağını belli olduğuna ilişkin bir belgeyi müştereken ibraz etmesi koşulu aranmıştır (Randy A. Pepper, "Mandatory Mediation: Ontario's Unfortunate Experiment in Court Annexed ADR", *Advocate's Quarterly*, 20(4), 1998, s. 403-441, s.427).

⁴⁴⁵ Billingsley/ Ahmed, s. 193.

⁴⁴⁶ Billingsley/ Ahmed, s. 193.

⁴⁴⁷ Billingsley/ Ahmed, s. 194.

⁴⁴⁸ https://albertacourts.ca/docs/default-source/qb/npp/notice-to-the-profession-public-2019-03-lifting-suspension-of-adr.pdf?sfvrsn=f5abb380_6 (erişim tarihi: 26.10.2021)

Avusturalya hukukunda yirmi yılı aşkın süredir yer alan fakat yine de tartışmalara gebe bulunan zorunlu arabuluculuk müessesesi⁴⁴⁹, medeni hukuk ve aile hukuku uyuşmazlıkları başta olmak üzere ve çocuklar ile taraflara verilen bedensel zarardan kaynaklanan uyuşmazlıklar hariç, birçok alanda uygulanmaktadır. Dava öncesi taraflara arabuluculuğu zorunlu tutan Özel Hukuk Uyuşmazlık Çözümü Yasa Tasarısı Avustralya hükümetince 2010 yılında sunulmuştur.⁴⁵⁰

Avustralya yargılama sistemine⁴⁵¹ bakıldığında zorunlu arabuluculuğun ülkedeki yargısal veya kısmen yargısal nitelikteki mercilerin fazlalığına rağmen geniş bir kullanım alanı bulduğunu söylemek mümkündür. Avustralya adli yargı sisteminde çokça başvuru alan bir yöntem olmasının yanı sıra, zorunlu arabuluculuğun geçerli olduğu alanların sayısı da gün geçtikçe artmaktadır. Bu gelişmenin altında yatan sebepler adalete erişimin çoğaltılması ve adaletin tesisinin daha etkili bir şekilde gerçekleşmesi olarak ifade edilmekte, bu durumun da adli yargı sisteminin adil ve az masraflı bir şekilde adaleti sağlayamamasından kaynaklandığı belirtilmektedir.⁴⁵² Kanun koyucunun tarafların hukuka ve kendi haklarına dair bilgilendirilmeleri, hukuki sorunların oluşması ve büyümesinin önüne geçilmesi, uyuşmazlıkların en uygun çözüm yolunda çözülmesi ve sonucunda hakkaniyete uygun sonuçların elde edilebilmesi amaçlarına uygun olarak, düşük maliyetli ve yüksek oranda anlaşmayla sonuçlanmakta olan arabuluculuk sisteminin, esas uyuşmazlık çözüm yöntemi olması gerektiği yine kanun koyucu tarafından belirtilmiştir. Arabuluculuğu bu şekilde otomatik bir yönlendirmeyle devreye sokmadıkça, tarafların serbestçe bu çözüm yolunu seçmeyecekleri, bunun sonucu olarak da yargı mercilerinin gecikmeler ve masrafları bertaraf edemeyeceği endişesi ifade edilmiştir.⁴⁵³

Adaletin tesisindeki bu endişelerin etkisiyle Avustralya'daki tüm mahkemelere tarafların rızası aranmaksızın uyuşmazlıkları arabuluculuğa yönlendirme yetkisi verilmiştir. Buna ek olarak belirli sektör veya mesleklerin de zorunlu ya da yarı

⁴⁴⁹ Vicki Waye, "Mandatory Mediation in Australia's Civil Justice System", **Common Law Review**, 45 Issues 2-3, 2016, s. 214-235, s. 214.

⁴⁵⁰ Isaac, s.175.

⁴⁵¹ Avustralya'nın adli yargı sisteminin karmaşık ve son derece bölünmüş bir yapıda olduğu ifade edilmektedir. Eyalet temelli sekiz mahkeme bulunmakta, bunlar da Avustralya Federal Mahkemesi, Avustralya Aile Mahkemesi, Avustralya Federal Bölge Mahkemesi ve Avustralya Yüksek Mahkemesi'nden oluşan federal bir yargı örgütünün çatısı altında toplanmaktadır (Waye, s. 215).

⁴⁵² Waye, s. 215.

⁴⁵³ Waye, s. 216.

zorunlu arabuluculuğu düzenlemesi yönünde imkân da sağlanmıştır. Bu tür bir uygulama daha çok güç dengesizliklerinin bulunduğu, tüketici satım sözleşmeleri⁴⁵⁴ ve ticari kiralar, franchise, çiftçi kredileri⁴⁵⁵, işyeri kazaları ve ön alım hakkının kullanılması gibi alanlarda sosyal ve ekonomik eşitliği sağlamak amacıyla benimsenmiştir. Bu uygulamanın güç dengesizliğini ve hakkaniyete aykırı ticari işlemleri gerçekten engelleyebilip engelleyemediği ise ayrı bir tartışma konusu olmuştur. Örneğin tüketici satımlarında zorunlu arabuluculuk uygulamasının daha olumlu sonuçlar verdiği gözlemlenirken, franchise konulu uyuşmazlıklarda ya da çiftçi kredilerinde beklenen sonuçlara ulaşmada pek de etkin olmadığı vurgulanmıştır.⁴⁵⁶

Ticaret hukuku alanında yer alan bir başka uyuşmazlık çözüm uygulaması, Harici Uyuşmazlık Çözümü (External Dispute Resolution- EDR) düzenlemeleridir⁴⁵⁷. Bu düzenlemeler kapsamında bu uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmakla yükümlü olanlar, ilgili sektöre mensup olan kişiler olup, tüketiciler genellikle bu düzenlemelere tabi tutulmamaktadır. Bu düzenlemelere örnek olarak Avustralya Menkul Kıymetler ve Yatırım Komisyonu'nun (Australian Securities and Investment Commission- ASIC) düzenlemeleri ve Victoria eyaleti Taşımacılık Kaza Kanunu (Transport Accident Act 1986) tarafından düzenlenen dava öncesi uyuşmazlık çözüm hükümleri gösterilebilir.⁴⁵⁸ Avustralya hukukunda dava öncesi uyuşmazlık çözümünün daha çok EDR düzenlemeleriyle bağdaştırıldığı da ifade edilmektedir.⁴⁵⁹

⁴⁵⁴ 1973 tarihinde kurulan Küçük Alacaklar Mahkemesi (Small Claims Tribunal), tüketicilerin öne sürecekleri alacak taleplerinde görevli olup, taraflardan herhangi birinin aleyhine yargılama giderlerine hükmedememesi, genel ispat kurallarıyla bağlı olmaması gibi hususlar bakımından standart bir yargılama yürütmemektedir. Türk hukukundaki tüketici hakem heyetine benzeyen bu kurum, hakemleri ile faaliyet göstermektedir. Ancak bu hakemlerin tarafların sülh olmasını sağlamak için çaba sarf etme görevleri bulunmakta, taraflar sülhe varamadıklarında tahkim sürecine geçmeleri mümkün olmaktadır (Richard Ingleby, "Court Sponsored Mediation: The Case Against Mandatory Participation", **The Modern Law Review**, Vol. 56, 1993, s. 441-451, s. 444). Bu itibarla tüketici satım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda bir arabuluculuk/tahkim çözüm yolunun benimsendiği görülmektedir (Ingleby, s. 446).

⁴⁵⁵ New South Wales eyaletinde yürürlükte olan Çiftlik Borçlarında Arabuluculuk Kanunu (Farm Debt Mediation Act 1994) uyarınca, alacaklı taraf rehin hakkını kullanmadan önce, borçluyu koruma amacını taşıyan, alacaklının borçluyu arabuluculuğa davet etmesi (§18A (1)) veya borçlunun alacaklıdan arabuluculuk talep etmesi (§18B (1)) yönünde bir ihtar ile başlayacak arabuluculuğun, dava öncesinde yürütülmesi zorunlu tutulmuştur. Benzer bir uygulama Victoria eyaletinde yürürlükte olan Çiftlik Borçlarında Arabuluculuk Kanunu (Farm Debt Mediation Act 1994) ile de düzenlenmiştir (Tania Sourdin, "Resolving Disputes Without Courts?", **IAMA Journal**, May 2013, s. 25-40, s. 26).

⁴⁵⁶ Ingleby, s. 444.

⁴⁵⁷ Örneğin kişisel verilerin ihlali konulu uyuşmazlıkların çözümünde sektör bazında başvurulacak EDR düzenlemeleri ve yetkili kurumlar hakkında bkz. <https://www.oaic.gov.au/privacy/privacy-complaints/external-dispute-resolution-schemes> (erişim tarihi: 22.10.2021).

⁴⁵⁸ Sourdin, s. 28.

⁴⁵⁹ Sourdin, s. 29.

Ticari karakter taşıyan bu tür alanların dışında⁴⁶⁰ aile hukukuna ilişkin bazı uyuşmazlıklar için de zorunlu arabuluculuk benimsenmiştir.⁴⁶¹ Aile Hukuku Kanunu Bölüm 79(9) ile aile hukukuna ilişkin malvarlığı konulu uyuşmazlıklar, taraflar davanın ilişkili olduğu hususlarla ilgili bir toplantıya katılmadıkça davaya devam edilemez. Tarafların bu toplantıya bizzat veya vekilleri aracılığıyla katılması, tüm ilgili ve önemli belgeleri toplantıya getirmeleri ve bir anlaşmaya varma konusunda iyi niyetli çaba sarf etmeleri gerekmektedir. Federal Mahkeme bu düzenleme doğrultusunda uyuşmazlık çözüm yolu olarak tarafların seçimi ya da mahkemenin emriyle başlatılacak mahkeme bağlantılı arabuluculuğu önermiştir.⁴⁶²

Federal düzeyde mahkemelerin dava öncesi uyuşmazlık çözümü usûlleri, tartışmalı olmakla birlikte tam olarak zorunlu bir mahiyette değildir. 2011 tarihli Özel Hukuk Uyuşmazlıklarının Çözümü Hakkında Kanun (Civil Dispute Resolution Act) uyarınca davacıya uyuşmazlıklarını çözme konusunda bir zorunluluk getirmekten ziyade, bu hususta Federal Mahkeme ve Federal Bölge Mahkemeleri'nde görülecek davalar bakımından "içten" adımlar atmaları yönünde bir gereklilik getirilmiştir⁴⁶³. Buna karşılık olarak da davalı bu "içten" adımların atılmadığı yönünde savunma yapabilmektedir. Davacı bu yönde hiçbir faaliyette bulunmamışsa bunun sebeplerini açıklamak zorundadır; bu sebepler arasında durumun acil olması, bu adımların atılması halinde davacının cezai sorumluluğunun doğacak olması, davalının iyi niyetli olmaması ve bir çekişmenin bulunmaması sayılabilir⁴⁶⁴. Bu yükümün nasıl yerine getirileceği, diğer bir deyişle hangi adımların atılacağı ise kişisel koşullarla uyuşmazlığın doğası ve içinde bulunduğu şartlar dikkate alınmak kaydıyla taraflara bırakılmıştır.⁴⁶⁵ Kanun koyucu, arabuluculuk da dâhil olmak üzere, hiçbir uyuşmazlık

⁴⁶⁰ Ticari uyuşmazlıklar için eyalet hukuklarında dava açılmadan önce alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurunun zorunlu tutulduğu başka düzenlemeler de bulunmaktadır. Buna örnek olarak New South Wales eyaletinde önce 1984 yılında çıkartıla, daha sonra 2010 yılında değiştirilmiş Ticari Tahkim Kanunu (Commercial Arbitration Act) gösterilmektedir (Sourdin, s. 27).

⁴⁶¹ Waye, s. 217.

⁴⁶² Ingleby, s. 444. Ticari nitelik taşımayan uyuşmazlıklarda zorunlu uyuşmazlık çözümü yolunun benimsenmesine bir örnek de Queensland eyaletince düzenlenen Kişisel Yaralanmalarda Davalar Hakkında Kanun (Personal Injuries Proceedings Act 2002) olarak gösterilebilir. Bu kanun uyarınca dava öncesi tarafların toplantı yapması zorunlu tutulmuş (4. Bölüm §36), bu toplantının mutlaka arabuluculuk şeklinde yapılması şart koşulmamakla beraber, tarafların kararıyla arabuluculuk kurallarına göre yapılabileceği düzenlenmiştir (4. Bölüm §38) (Sourdin, s. 26).

⁴⁶³ Waye, s. 217; Lukas Wiget, "Compulsary Mediation as a Prerequisite Before Commencement of Court Proceedings- Useful Requirement to Save Resource sor Waste of Time and Money?", **University of South Wales Law Research Paper**, 2012-47, s. 4.

⁴⁶⁴ Sourdin, s. 33.

⁴⁶⁵ Sourdin, s. 33; Waye, s. 217. Bazı eyaletler daha sonra bu hükme uygun düzenlemeler yapmışlardır. New South Wales eyaletindeki düzenlemeler çok fazla eleştiriye maruz kalınca 2010 yılında değişikliğe

çözüm yöntemini açıkça benimsememiş, yürütülecek uyuşmazlık çözüm yönteminin süresi veya işleyişi hakkındaki kuralları özel olarak belirtmemiştir. Bu itibarla Özel Hukuk Uyuşmazlıklarının Çözümü Hakkında Kanun'un yarı zorunlu uyuşmazlık çözüm yolunu düzenlediği görülmektedir.⁴⁶⁶

2.6 Fransa'da Zorunlu Uyuşmazlık Çözüm Yolları

Uyuşmazlıkların dava öncesi anlaşma yoluyla çözümlenmesi zorunluluğu hususunda İsviçre gibi ülkelerin temel aldığı Fransa'da⁴⁶⁷, arabuluculuk tamamen ihtiyari olmasına ve Fransız hukukunda zorunlu arabuluculuk aleyhinde oldukça katı bir tutum bulunmasına rağmen, son zamanlarda bu konuda bazı denemelerin yapıldığı da görülmektedir. Öncelikle 2011 yılında getirilen düzenlemeyle, belirli aile hukuku uyuşmazlıklarında önce arabuluculuğa başvurma zorunluluğu getirilmiş, buna aykırı davranmanın yaptırımı olarak da hâkimin tarafların iddialarını kabul etmeyebileceği öngörülmüştür.⁴⁶⁸ Buna göre Fransa'da altı bölgenin mahkemesinde 2016 yılında yürürlüğe giren ve J21 kanunu olarak bilinen Adalet Reformu Kanunu (La Loi de la Modernisation de la Justice) ile 31.12.2019 tarihine kadar deneysel bir mahiyette olmak üzere, Medeni Kanun'da yapılan bir değişiklik ile, çocuk ile ebeveynin ilişkisi hakkında bazı hususlardan kaynaklanan belli uyuşmazlıklar için öncelikle aile arabuluculuğuna başvurulması gereği ortaya konulmuştur.⁴⁶⁹

uğramış, 2012 yılında da ilga edilmiştir. Victoria eyaletindeki düzenlemeler ise içten adım atma yükümlülüğünü genişleterek mahkemeleri, tarafları ve taraf vekillerini de bağlayan bir makul davranış zorunluluğu oluşturmaya çalışmıştır. Ancak Victoria eyaletindeki hükümetin değişmesiyle beraber bu düzenleme de 2011 yılında ilga edilmiştir (Sourdin, s. 35).

⁴⁶⁶ Birleşik Krallık'ta da zorunlu uyuşmazlık çözüm yolu kural olarak benimsenmemekte, ancak Avustralya'daki yarı zorunlu uyuşmazlık çözüm yollarına benzer uygulamalar bulunmaktadır. Ancak Birleşik Krallık hukukunda bu husus Avustralya'dan farklı olarak daha ayrıntılı olarak, uyuşmazlığın davalıya tebliği ve davalıya verilen cevap süresi, belgelerin ibrazı gibi hususları ayrıca düzenlemiştir (Hanks, s. 947; Waye, s. 218). Bunun dışında, İngiltere ve Galler için küçük alacaklar hakkındaki uyuşmazlıklar istisna olmak üzere, kanun ile getirilen veya mahkemelerin tarafların rızasını aramaksızın yönlendireceği arabuluculuk ya da başka bir çözüm yolu söz konusu değildir (European Parliament Directorate-General for Internal Policies, Policy Department C, Citizens' Rights and Constitutional Affairs, **Rebooting the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of Its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU**, 2014, s. 67. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf), erişim tarihi: 21.10.2021).

⁴⁶⁷ Schrank, s. 6-7.

⁴⁶⁸ EU Directorate- Rebooting, s. 27.

⁴⁶⁹ Natâlie Fricero, "Recourir À Un Mode Alternatif Préalablement À la Saisine d'une Jurisdiction", **Dalloz Action Droit et Pratique de Procedure Civile**, Chapitre 111, s. 4, para. 111.31.

Aile hukuku alanında yapılanbu denemenin dışında, 23.03.2019 tarihli kanunla J21 kanununa getirilen bir düzenleme, değeri 5000 Avro’yu aşmayan ve tüketici kredisi ile emlak kredisi hakkındaki uyuşmazlıklar haricindekiler olmak üzere, küçük miktardaki alacaklar hakkındaki uyuşmazlıklar için de dava öncesi zorunlu dostane uyuşmazlık çözüm yoluna başvuru gerekliliğini getirmiştir. Buradaki dostane uyuşmazlık çözüm yöntemi mutlaka arabuluculuk olmak zorunda değildir; uzlaşma (la conciliation) ya da tarafların avukatlarının da hazır bulunduğu anlaşma odaklı bir toplantı da olabilir. Dava açıldığında dava konusu uyuşmazlığın zorunlu dostane uyuşmazlık çözüm yoluna tabi olduğunu resen tespit eden hâkim, uyuşmazlığı tarafların talebi üzerine belirlenen dostane uyuşmazlık çözüm yoluna yönlendirecektir.⁴⁷⁰ Bu zorunluluğun istisnaları, tüketici ve emlak kredilerine ilişkin uyuşmazlıkların yanı sıra, uyuşmazlığın dostane uyuşmazlık çözüm yoluna yönlendirilmemesi için durumun acil olması veya uyuşmazlığın dostane uyuşmazlık çözümüne uygun olmaması gibi makûl bir sebep bulunması, uyuşmazlığın mutlaka mahkemece tesis edilen bir kesin hükme muhtaç bulunması, uyuşmazlık çözümünde yetkili olan kişilerin öngörülen süre içinde uyuşmazlık çözümünü sonlandıramayacak olmaları ve özel kanunlar gereği tarafların uzlaşması hususunda mutlaka mahkemelerin bir girişimde bulunmaları gerekliliğidir.⁴⁷¹

2.7 İtalya’da Zorunlu Uyuşmazlık Çözüm Yolları

İtalya dava öncesi zorunlu arabuluculuğu mahkemelerin iş yükünü önemli ölçüde azaltmak niyetiyle kabul etmiştir.⁴⁷² Dava sürecinin sürekli AİHS’e aykırılık teşkil edecek ölçüde uzaması nedeniyle AİHM’nin sürekli devlet aleyhine karar verdiği İtalya’da, bu durumun önüne geçmek için yüksek mahkemelerce bu husustan hareketle talepte bulunan taraflar lehine tazminat hükmedilebileceğine dair düzenlemeler dahi yapılmıştır. Ne var ki bu düzenlemelerle de davalardaki gecikmenin önüne geçilememiştir. Üstelik uyuşmazlıkların arabuluculuk ile çözülmesi fazla tercih edilmemiştir. Buna rağmen, düşük oranda da olsa sonucunda varılânanlaşmalardan

⁴⁷⁰ Fricero, s. 4-5, para. 111.41; Sophie Prosper, “Réformes de la Justice et Désengagement de l’État: la Mise À Distance du Juge”, **La Découverte**, 2020/1 No.9, s. 63-67, s.66.

⁴⁷¹ Fricero, s. 5, para. 111.42.

⁴⁷² William A. Herbert/ Giuseppe de Valo/ Ava V. Baker/ Apostolos Anthimos/ Natália Tereschenko/ Michale Judin, “International Commercial Mediation”, **International Lawyer**, Vol. 45 No. 1, 2011, s. 111-124, s. 113; Isaac, s.173.

duyulan memnuniyetin de etkisiyle⁴⁷³, arabuluculuk seçeneği ciddiyle tartışılmaya başlanmıştır.⁴⁷⁴

Her ne kadar arabuluculuk kavramı 1942'den beri gerek bir hakim nezdinde gerekse tarafsız üçüncü kişilerin katılımıyla yürütölmekteyse ve bu sebeple İtalyan hukukuna yabancı olmasa da⁴⁷⁵, İtalya'da 2011 yılında bir hükümet kararnamesiyle bankacılık ve sigorta sözleşmeleri, gayrimenkul uyuşmazlıkları ve malpraktis uyuşmazlıkları gibi belli bazı uyuşmazlıklarda dava şartı haline getirilmesinden önce, ticari uyuşmazlıklarda zorunlu ya da ihtiyari arabuluculuk uygulamasından bahsetmek pek mümkün olmamıştır.⁴⁷⁶ Gerçi bu kararname ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk konusunda ilk düzenleme değildir. İtalyan Ticaret Odaları'na 1993 yılında yürürlüğe giren bir kanun ile kendi bölgelerinde arabuluculuk merkezi kurma yükümlölüğü getirilmiş, arabuluculuk yönteminin tanıtımını hedefleyen bazı görevler bu kurumlara verilmiştir. Ne var ki bu kanun kapsamlı olmayışı, içerdiği tutarsızlıklar ve düzenlenme şekli yönünden çokça eleştiriye maruz kalmıştır.⁴⁷⁷

Mahkemelerin iş yükünü azaltma amacının yanı sıra ihtiyari arabuluculuğun teşvik edilmesi amacını da taşıyan⁴⁷⁸ bakanlık kararnamesiyle birlikte hem zorunlu hem ihtiyari arabuluculuk uygulaması artış göstermiş, Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir düzenlemenin kararname yapılamayacağına ilişkin 2012 yılının sonlarına doğru verdiği karardan sonra ise kayda değer ölçüde azalma gözlemlenmiştir.⁴⁷⁹ Anayasa mahkemesinin kararından sonra 2013 yılında İtalya'da zorunlu arabuluculuk, bu sefer bir kanun ile tekrar düzenlenmiştir. Kararnamede sayılânuyuşmazlıklar için getirilen zorunlu arabuluculuk uygulaması, önceki düzenlemeden farklı olarak tüm arabuluculuk sürecini yürütme konusunda bir zorunluluk getirmemiş, yalnızca ilk toplantıda bulunmayı gerekli kılmıştır.⁴⁸⁰ Taraflar ilk toplantıda hazır bulunacak,

⁴⁷³ Herbert et al., s. 113.

⁴⁷⁴ Tomaso Galetto/ Richard L. Mattiaccio, "Mediation in Italy: A Bridge Too Far?", **Dispute Resolution Journal**, 66(3), 2011, s. 78-88, s. 80.

⁴⁷⁵ Galetto/ Mattiaccio, s. 80.

⁴⁷⁶ Giuseppe de Palo/ Romina Canessa, "Sleeping- Comatose- Only Mandatory Consideration of Mediation Can Awake the Sleeping Beauty in the European Union", **Cardozo Journal of Conflict Resolution**, No. 16(3), 2014, s. 713-730, s. 722.

⁴⁷⁷ Galetto/ Mattiaccio, s. 81.

⁴⁷⁸ Herbert et al., s. 113.

⁴⁷⁹ Palo/ Canessa, s. 722.

⁴⁸⁰ Vittorio Indovina, "Why Mandatory Mediation Meets the Adversarial Legal Culture of Lawyers: An Empirical Study in Italy", **Harvard Negotiation Law Review**, Vol. 26:69, 2020, s. 69-111, s. 76; Palo/ Canessa, s. 723.

mutlaka İtalya Adalet Bakanlığı nezdinde tanınmak zorunda bulunan bir arabulucu görevlendirilmiş olacak, arabulucu arabuluculuk süreci hakkında bilgi verecektir⁴⁸¹. Bundan sonra taraflar ilk toplantıya katıldıktan sonra arabuluculuk sürecini sonlandırabilmekte, kararnamede yer alan arabulucunun tam ücretini ödeme zorunluluğu yerine⁴⁸² sembolik bir ödeme yapmakla yetinmektedirler.⁴⁸³

İlk toplantıya katılma yükümlülüğüne aykırı davranmanın yaptırımını da davaya devam edilmemesidir⁴⁸⁴. Tarafların dava açmadan önce zorunlu arabuluculuğa başvurmaları gerektiği düzenlenmiştir⁴⁸⁵. Başvurmamanın sonucu olarak da mali yaptırımlar öngörülmüştür. Zorunlu olduğu halde arabuluculuğa başvurmayan taraf aleyhine hâkimin, yargılama giderleri ve vekâlet ücretine hükmedebileceği düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra arabuluculuk sürecinde hazır bulunmayan taraf aleyhine değerlendirme yapılabilir. Eğer zorunlu arabuluculuk sürecinde teklif edilen anlaşma taraflardan biri tarafından reddedilir ve hâkimin kararı da bu anlaşma teklifiyle paralel mahiyette olursa, yargılama giderlerinin davayı kazanan tarafın üzerinde kalması dahi mümkündür.⁴⁸⁶

İtalya örneği ile gözlemlenen, ilk toplantıdan sonra arabuluculuk sürecinden ilk toplantıdan sonra çıkılabilmesi bakımından yarı zorunlu nitelikte sayılabilecek bu uygulamanın⁴⁸⁷, arabuluculuğun kullanımını arttırdığı ve hatta ihtiyari arabuluculuğa intikal eden uyuşmazlık sayısında da artışa ivme kazandırdığı olmuştur. Bu yönüyle İtalya uygulamasındaki zorunlu arabuluculuk sisteminden çıkış seçeneğinin tüm Avrupa Birliği üye ülkeleri için de bir örnek teşkil etmesi gerektiği dahi ifade edilmiştir.⁴⁸⁸ İtalya içinde ise başlarda esasen yoğun eleştirilere maruz kalan zorunlu arabuluculuk uygulaması, İtalyan hukukçularca 2013 yılındaki hali ile değerlendirilip olumlu bulunmaya başlamış, devamı önerilmekle beraber etkinliğinin arttırılması için belli başlı önerilerde dahi bulunulmuştur⁴⁸⁹.

⁴⁸¹ Indovina, s. 76.

⁴⁸² Indovina, s. 76. Ancak arabuluculuk sürecinde zorunlu olarak görev yapan avukatların ücretleri her durumda tam olarak ödenmektedir (Indovina, s. 77).

⁴⁸³ Palo/ Canessa, s. 723.

⁴⁸⁴ Indovina, s. 77.

⁴⁸⁵ Ancak hâkim, dava aşamasından önce arabuluculuğa başvurulmuş olsa bile, tarafların arabuluculuğa gitmeleri gerektiğine hükmedebilmektedir (Indovina, s. 77).

⁴⁸⁶ Isaac, s.173.

⁴⁸⁷ Indovina, s. 76.

⁴⁸⁸ Palo/ Canessa, s. 723.

⁴⁸⁹ Indovina, s. 77. Ne var ki İtalya Adalet Bakanlığı'nın yayınladığı istatistiklerde özellikle davayı devam ettirme gibi bir kaygısı olmayan davalıların ilk toplantıya katılmama oranlarının çok yüksek

2.8. Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi

Türk hukukunda zorunlu (dava şartı) arabuluculuk, 2017 yılından itibaren uygulanmaktadır. Bu sebeple henüz çok yeni sayılabilecek bu uygulamanın, hukukumuzda başka bir alternatifi de bulunmamaktadır.

Karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında ise, arabuluculuğun zorunlu kılınması noktasında farklı hukuk sistemlerinin çekinceleri olduğu görülmektedir. Almanya EGZPO §15a ile sınırlı sayıdaki uyuşmazlıklar için arabuluculuk olmayan bir yöntem düzenlemeleri için eyaletlere yetki vermekle yetinmiştir. Eyaletler ise farklı kapsamlarda düzenlemeler yapmış, zamanla parasal niteliği olan uyuşmazlıkları kapsam dışında bırakma eğilimi göstermişlerdir. Diğer bir deyişle Almanya'nın, parasal uyuşmazlıklar bakımından mahkeme öncesi uyuşmazlık çözüm yollarını zorunlu tutmaktan kaçındığı söylenebilir. Fransa'da ise belli bir miktara kadar parasal uyuşmazlıkların dostane uyuşmazlık çözüm yollarıyla çözülmesi, bazı istisnalar da getirilerek, zorunlu tutulmuştur.

Bunun dışında Almanya ve İsviçre'nin tarafların dava öncesi aşamada uyuşmazlıklarını yine mahkeme nezdinde sona erdirme taraftarı oldukları görülmektedir. Kanaatimizce burada dikkat edilmesi gereken husus, arabuluculuğu buradaki yöntemlere ancak hâkimin kendi takdiriyle uygulayacağı bir alternatif olarak kabul etmeleridir. Benzer bir şekilde Fransa da zorunlu uyuşmazlık çözüm yolu olarak yalnızca arabuluculuğu düzenlememiş, başka alternatifleri de kabul etmiştir.

İncelenen ülkeler arasında yalnızca İtalya'nın uyuşmazlık çözüm yolu olarak sadece arabuluculuğu zorunlu kıldığı görülmektedir. Ancak bu hukuk sistemi dahi

olduğu, üstelik hakimlerin de zorunlu arabuluculuk uygulamasının getirdiği yükümlülüğe aykırı davranan tarafa nadiren yaptırım uygulamasının bu durumu körüklediği belirtilmektedir. Ayrıca 2016 yılı için yapılan araştırmalarda sigorta hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından sigorta şirketlerinin zorunlu arabuluculuğa karşı bir tutum sergilediklerine, bu sebeple toplantılara katılmaktan sıklıkla kaçındıklarına da dikkat çekilmektedir. Tarafların ilk toplantıya katılıp arabuluculuk sürecini devam ettirdikleri hallerde de bankacılık ve sigorta hukuku uyuşmazlıkları ile malpraktis davalarında anlaşma oranının çok düşük olduğu, gayrimenkul ve aile hukuku uyuşmazlıklarında ise anlaşma oranının yüzde ellinin üzerinde seyrettiği 2018 yılında yürütülen çalışmalarla tespit edilmiştir (Indovina, s. 78-79).

uyuşmazlık türlerini son derece sınırlı bir şekilde kategorize etmiştir. Dolayısıyla, incelenen Avrupa ülkelerinin, hem zorunlu uyuşmazlık çözüm yolu türünde hem de uygulama alanlarında, Türkiye'nin aksine, tarafların dava hakları bakımından son derece temkinli ve sınırlı bir yaklaşım belirledikleri kanaatindeyiz.

Anglo sakson hukukunun uygulandığı ülkelerde ise zorunlu uyuşmazlık çözüm yöntemleri, daha etkin biçimde ele alınmıştır. Yine de tek yöntem olarak arabuluculuğun benimsendiğinden söz edilemez. Özellikle Amerikan hukukunda çeşitli eyaletler çeşitli yöntemleri benimsemiştir. Çalışmada ise arabuluculuğu düzenleyen eyaletler üzerinde yoğunlaşmıştır.

Ticari uyuşmazlıkların zorunlu uyuşmazlık çözüm yollarıyla çözümü bakımından ise görülmektedir ki, hiçbir ülke Türkiye kadar kapsayıcı bir tutum benimsememiştir. Almanya'da ticari nitelikte hiçbir uyuşmazlık için zorunlu uyuşmazlık çözüm yöntemi getirilmemiş, hatta EGZPO §15a komşuluk hukuku uyuşmazlıklarının, ticari olmamak kaydıyla zorunlu uyuşmazlık çözümüne tabi kılınabileceğini açıkça düzenlemiştir. Benzer şekilde İsviçre de ticaret mahkemelerinin kurulduğu kantonlarda uyuşmazlık çözüm yolunu zorunlu kılmamıştır. Fransa ve İtalya'nın da tutumu benzerdir.

Anglo sakson hukukunda ise ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk, Amerikan hukuku bakımından yalnızca New York eyaletinde düzenlenmiştir. Buradaki düzenleme de Türk hukukunda olduğu gibi emredici bir kanun hükmünden ziyade, mahkemelere takdir yetkisi verilmesi şeklindedir. Diğer bir deyişle mahkemenin, uyuşmazlığın nitelikleri elvermediği durumda arabuluculuğu zorunlu tutmaması mümkündür. Avustralya da ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğu bu şekilde düzenlemiş, üstelik arabuluculuğun zorunlu kılındığı ticari uyuşmazlıkları da son derece sınırlı bir çerçevede ele almıştır.

Tüm bu açıklamalar ışığında, karşılaştırmalı hukuk bakımından kanaatimizce şu üç sonuca ulaşmak mümkündür:

- Arabuluculuk, dava dışı zorunlu uyuşmazlık çözüm yöntemleri bakımından, genel olarak tek alternatif olarak kabul edilmemektedir.

- Hangi uyuşmazlık çözüm yöntemi olursa olsun, gerek uygulama alanı gerek zorunlu kılınma biçimi bakımından her hukuk sistemi, son derece titiz ve sınırlayıcı bir yaklaşım benimseme eğilimindedir.

- Ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk uygulaması daha çok anglo sakson hukuku ülkelerinde geçerlidir. Ancak bu ülkeler de emredici bir hükümle tüm ticari uyuşmazlıkları zorunlu arabuluculuğa tabi tutmamış, belli nitelikteki ticari uyuşmazlıkları uzun tartışmalardan sonra mahkeme bağlantılı arabuluculuk şeklinde düzenlemiştir.

3. Türk Hukuku'nda Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi

3.1 Türk Hukukunda Zorunlu Arabuluculuğun Gelişimi

Arabuluculuğa dair ilk düzenleme olan 2012 tarihli 6325 sayılı HUAK ile ihtiyari arabuluculuğun temel alınmasının ardından, 2017 yılında yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile ilk defa zorunlu arabuluculuk kavramı bir dava şartı olarak Türk hukukuna girmiştir. Bu kadar kısa bir sürede, üstelik ihtiyari arabuluculuğun sonuçları da tam olarak görülmemişken böyle bir düzenlemenin yapılmış olması doktrinde eleştirilmiş, arabuluculukla ilgili henüz yargı kararları dahi belirgin hale gelmemişken ve tam olarak tartışılmaksızın aceleyle zorunlu arabuluculuğun kabulünün başka sorunlar doğurmaya gebe olduğu belirtilmiştir.⁴⁹⁰ Üstelik zorunlu arabuluculuk düzenlemesinin sistematik açıdan ve kanun yapma tekniği bakımından da sorunlu olduğu, arabuluculuğu düzenleyen temel kanunun HUAK olmasına rağmen zorunlu arabuluculuğun bu kanunda düzenlenmesinin ve özel kanunlarda yalnızca işin niteliğine ilişkin düzenlemeler yapılmasının daha yerinde olacağı da savunulmuştur.⁴⁹¹

İş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğun getirilmesinden bir yıl gibi kısa bir süre sonra bu sefer 7155 sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usûlü Hakkında Kanun m. 20 hükmüyle Türk Ticaret Kanunu'na 5/A maddesi eklenmiş, bu şekilde ticari uyuşmazlıklarda dava şartı zorunlu arabuluculuk düzenlenmiştir. Yine 7155 sayılı Kanun'la HUAK'a

⁴⁹⁰ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 125.

⁴⁹¹ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 125-126.

zorunlu arabuluculuk hakkında genel bir düzenleme olan 18A maddesi eklenmiş, bu şekilde zorunlu arabuluculuk kavramı Türk hukukunda genel bir düzenlemeye kavuşmuştur. HUAK m. 18A en azından sistematik açıdan daha yerinde bir düzenleme olarak değerlendirilmişse de, bu düzenlemeden sonra İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki düzenlemenin kaldırılarak zorunlu arabuluculuğa ilişkin karışıklığa da bir son verilmesi gerekliliği vurgulanmıştır.⁴⁹²

Zorunlu arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlendiği en yeni alan ise tüketici uyuşmazlıkları olup, buna ilişkin düzenleme TKHK m. 73A hükmüyle düzenlenmiştir. Bu son gelişmeye ek olarak aile hukuku uyuşmazlıkları açısından da düşünölmeye başlandığı da ifade edilmektedir. Zorunlu arabuluculuğun uygulama alanının bu kadar genişletilerek, özel bir dava şartından ziyade adeta genel bir dava şartı haline getirilmeye başlanması doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Üstelik arabuluculuğun etkili olabilmesi için özellikle mali açıdan büyük ölçüde menfaat eşitsizliğinin bulunmaması gerektiği vurgulanmış ve zayıf tarafın korunmasını da içeren kamu düzeni kavramının bu şekilde içinin boşaltılmasına etken bir durumun ortaya çıktığı da öne sürölmüştür.⁴⁹³ Diğer hukuk sistemlerinin aksine uyuşmazlık konusu ve değeri açısından da sınırların son derece geniş tutulması karşısında, hukukumuzda dava şartı zorunlu arabuluculuğun kapsamının bu kadar genişletilmesi karşısında yöneltelen bu eleştirilerin yerinde olduğı kanaatindeyiz.

3.2 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 18A, İş Mahkemeleri Kanunu m. 3 ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 73A Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk

Yukarıda da vurgulandığı gibi zorunlu arabuluculuğa dair genel düzenleme HUAK m. 18A hükmüdür. Nitekim HUAK m. 18A/1 hükmünde “İlgili kanunlarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiş ise arabuluculuk sürecine ilişkin aşağıdaki hükümler uygulanır.” ifadesine yer vermiş, ilgili kanunlarda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin kabul edilen özel hükümleri ise saklı tutmuştur (HUAK m. 18A/19). Dava açılması için zorunlu arabuluculuğa başvurulduğuna ancak anlaşmaya varılamadığına ilişkin tutanağın aslının veya arabulucu tarafından

⁴⁹² Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 126-127.

⁴⁹³ Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 146; Tanrıver, **Usûl**, s. 298-299.

onaylanmış örneğinin dava dilekçesiyle birlikte ibraz edilmesi, aksi takdirde mahkemenin davayı dava şartı eksikliği nedeniyle usûlden reddedeceği açıkça belirtilmiştir (HUAK m. 18A/2). Zorunlu arabuluculuk süreci için arabulucu listelerinin oluşturulması (HUAK m. 18A/3) ile her bir süreç için arabulucunun görevlendirilme ve yetkili arabuluculuk bürosuna ilişkin hükümlere de yer verilmiş (HUAK 18A/4), görevlendirmeyi yapan büronun yetkili olup olmadığına dair nasıl bir inceleme yapılacağını da belirtmiştir (HUAK 18A/8). Buna göre büronun yetkisini arabulucu inceleyemeyecek ancak, yetki itirazını incelemek üzere dosyayı derhal ilgili sülh hukuk mahkemesine gönderecek, dosyayı alan sülh hukuk mahkemesi ise bir hafta içinde yetki itirazını karara bağlayacaktır. Yetki itirazının reddi halinde aynı arabulucu yeniden görevlendirilecek ve arabuluculuk sürecinin tamamlanma süresi olan üç haftalık süre (HUAK m.18A/9), yeniden görevlendirme tarihinden başlayacaktır. Yetki itirazının kabulü halinde ise, kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde yetkili büroya başvurulacak, başvuru tarihi ise yetkisiz büroya başvuru tarihi kabul edilecektir. Belirtmek gerekir ki HUAK m. 18A/8 arabuluculuğun tamamlanacağı azami süreyi düzenleyen HUAK m. 18A/9'a gönderme yapmakla yetinmiştir. Ancak TTK m. 5A kapsamında ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk için altı haftalık bir süre ve hatta gereken hallerde iki haftalık uzatma süresi düzenlenmektedir (TTK m. 5A/2). Yetki itirazı yapıldığı takdirde sülh hukuk mahkemesi bir hafta içinde itirazı inceleyecek, itiraz kabul edilmişse bir hafta içinde de yetkili büroya başvurulacaktır. Böylece TTK m. 5A/2'deki uzatma imkanıyla birlikte süreç neredeyse on hafta sürebilecektir ki⁴⁹⁴, kanaatimizce bu durum mahkemeye erişim hakkı ile bağdaşmamaktadır⁴⁹⁵. Ayrıca HUAK m. 18A/8'de yer alan “dokuzuncu fıkra da belirtilen süreler” ifadesi yerine arabuluculuğun sonuçlandırılacağı azami süreyi belirten bir ifadenin daha yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Bahsi geçen dokuzuncu fıkra da, arabulucunun süreci üç hafta içinde tamamlayacağı, bu süreyi en fazla bir hafta uzatabileceği ifade edilmektedir. Oysa

⁴⁹⁴ HUAK m. 18A/8'in süreçte herhangi bir rolü bulunmayan ve sadece idari bir görev üstlenen arabuluculuk bürolarının yetkisinin herhangi bir fonksiyonunun bulunmadığı ve bu düzenlemenin sadece fazladan masraf ve vakit kaybına sebep olacağı yönünde bkz. İlker Koçyiğit/ İzzet Yeşilkaya, **Ticari Davalarda, İş uyuşmazlıklarında, Tüketici Mahkemelerinde Zorunlu arabuluculuk Uygulamaları**, Ankara 2020, Adalet Yayınevi, s. 110. Yetkiyle ilgili bu işlemlerin ciddi zaman kayıplarıyla birlikte hak ihlallerine de sebep olacağı, ayrıca zaten iradi karakteri zedeleyen zorunlu arabuluculuk uygulaması için bir de başvuru yerinin sınırlanmasının iradiliği daha da engellediği yönünde Cafer Eminoglu/ Ersin Erdoğan, **Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk**, Ankara 2020, Adalet Yayınevi, s. 119.

⁴⁹⁵ Ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğun süresiyle ilgili benzer yönde görüşler için ve zorunlu arabuluculuğun tek başına hak arama özgürlüğüne aykırılık oluşturmamasına rağmen yetkiye ilişkin bu düzenlemenin orantısızlık oluşturma riski hakkında bkz. Koçyiğit/ Yeşilkaya, s. 119.

TTK m. 5A ile görülmektedir ki bu süreç ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk bakımından, yetki itirazı halinde on haftaya kadar uzayabilmektedir. Dolayısıyla, her ne kadar TTK m. 5A'nın özel hüküm olması nedeniyle HUAK 18A/9 ile herhangi bir kanunlar çatışmasının bulunmadığı yorumu yapılabilirse de, özellikle mahkemeye erişim hakkına doğrudan etki eden böyle bir hususun, yoruma gerek kalmayacak açıklıkta düzenlenmesi daha yerinde olacaktır.

Taraflardan birinin mazeret göstermeden ilk toplantıya katılmamasına HUAK m. 18A/11, dava sonunda kısmen veya tamamen haklı çıksa dahi tüm yargılama giderlerine mahkûm edilmesi ve lehine vekalet ücreti hükmedilememesi şeklinde yaptırım bağlanmış, her iki tarafın mazeretsiz katılması halinde yaptıkları yargılama giderlerinin üzerlerinde bırakılacağı düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki TKHK m. 73A/2 hükmü gereği tüketici uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk halinde tüketici aleyhine HUAK m. 18A/11 uygulanamaz. Burada iş uyuşmazlıkları ile ticari uyuşmazlıklardaki durumun aksine, tüketici uyuşmazlıkları bakımından bir istisna düzenlenmiştir. Bunun dışında genel olarak, bu düzenlemenin de ışığında, zorunluluk unsurunun esas itibarıyla arabuluculuk sürecinin başlatılması ve ilk toplantıya katılım hususlarında bulunduğunu söylemek mümkündür.⁴⁹⁶

Genel düzenleme olan HUAK m. 18A'nın kayda değer bir hükmü de on sekizinci fıkrasıdır. Buna göre “*Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz.*” Bu düzenlemede dikkat çeken, kanun koyucunun iki halde dava şartı zorunlu arabuluculuk hükümlerini devre dışı bırakmasıdır. Bunlardan biri “*özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun düzenlenmesi*”, diğeri ise “*tarafaların tahkim sözleşmesi yapması*” olarak belirtilmiştir.

Bu fıkra uyarınca taraflarca tahkime veya başka alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmaya herhangi bir engel olmadığı ifade edilmekle birlikte⁴⁹⁷, tarafların dava şartı zorunlu arabuluculuğa tabi olmayacakları tek iradi halin tahkim sözleşmesi akdetmek olduğu madde lafzından açıkça anlaşılmaktadır. Düzenleme, , iradi

⁴⁹⁶ Tanrıver, Arabuluculuk, s. 144.

⁴⁹⁷ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 136.

alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını değil, kanunla zorunlu tutulan tahkim dışı alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını dava şartı zorunlu arabuluculuğu bertaraf etmek için yeterli görmüştür. Buna göre tarafların, üstelik bir ilk itiraz konusu olan ve yargılama faaliyeti içeren tahkim sözleşmesi yapması, zorunlu arabuluculuğu bertaraf etmeleri için yeterlidir ancak, diğer uyuşmazlık çözüm yolları için bu imkânın varlığından bahsetmek mümkün değildir⁴⁹⁸. Öncelikle amaçlarından biri de uyuşmazlıkların hızla çözülmesi ve hukuki barışın sağlanması olduğu ifade edilen zorunlu arabuluculuğa, çekişme içeren ve uzun sürede tamamlanabilen tahkim yolunun tek ikame olarak gösterilmesi, kanaatimizce bir çelişkidir. Üstelik tarafların dava şartı zorunlu arabuluculuktan kurtulmaları için tahkim sözleşmeleri yapmaları yeterlidir; tahkime gerçekten başvurmaları gerektiğine ilişkin bir belirleme madde metninde bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bir tahkim sözleşmesi bulunsa dahi eğer tahkim yoluna gidilmemişse ve ilk itirazda da bulunulmamışsa, dava şartı yokluğundan reddedilmeden davaya devam edilebilmesinin yanı sıra⁴⁹⁹; diğer dava şartlarından daha önce karara bağlanacak olan zorunlu arabuluculuğun, tahkim sözleşmesi gündeme gelmeden davanın reddine sebep olabilmesi de bir ihtimaldir⁵⁰⁰. Tarafların kanun koyucunun iradesini bu şekilde yok saymaları mümkün olacağından ve kanun koyucunun amacınınsa tahkim şartının kararlaştırıldığı hallerin zorunlu arabuluculuk kapsamı dışına çıkartılmasından ibaret olduğu da dikkate alındığında⁵⁰¹, kanun koyucunun davanın tahkim mahkemesinde açılmasını açıkça düzenlemesi daha doğru olacaktır⁵⁰².

HUAK m. 18A/15 uyarınca, arabuluculuk sürecinin sonuna kadar zamanaşımı durur ve hak düşürücü süreler işlemez. Ayrıca, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz sonrası dava açma süreleri de işlemeyecektir (HUAK m. 18A/16).

⁴⁹⁸ Bu hüküm Amerikan hukukunda yer alan *multidoor courthouse* imkânını akla getirirse de, taraflara arabuluculuk dışında yalnızca tahkimi seçme imkanı vermektedir. Bu da örneğin, tarafların Avukatlık Kanunu 35A uyarınca uzlaşma seçeneğine yönelmesini anlamsız kılması sebebiyle, kendilerine uygun bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi seçememelerinden ötürü, kanun koyucunun taraflara *multidoor courthouse* imkanı sunduğundan bahsetmek de yerinde olmayacaktır.

⁴⁹⁹ Baybüke Kurtuluş, “Arabuluculuğa Başvuru Şartının Dava Dilekçesi Esas Alınarak İncelenmesinin Yaratabileceği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Arabuluculuk Yılı 2020**, Editör: Begüm Kocamaz/ Baybüke Kurtuluş, Ankara 2020, Seçkin Yayıncılık, s. 202-218, s. 215; Tanrıver, Arabuluculuk, s. 148.

⁵⁰⁰ Eminoglu/ Erdoğan, s. 127.

⁵⁰¹ Koçyiğit/ Yeşilkaya, s. 115.

⁵⁰² Tanrıver, s. 148.

Daha önce de belirtildiği üzere Türk hukukunda zorunlu arabuluculuğun getirildiği ilk alan iş hukuku uyuşmazlıklarıdır. HUAK m. 18A öncesinde iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğa dair düzenlemeler hem İş Mahkemeleri Kanunu hem de bazı özel hükümlerde yer almaktadır. Ancak özellikle İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki düzenleme HUAK düzenlemesiyle paraleldir.⁵⁰³

İş Mahkemeleri Kanunu m. 3/1 uyarınca *“Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.”* Bu maddenin uygulanması için iş ilişkisinin bulunması ve tarafların işçi ve işveren olması gerekir. Bu sebeple örneğin zorunlu staj ücretlerine ilişkin alacaklar bu düzenlemenin kapsamına girmez.⁵⁰⁴ TBK hükümlerine tabi işçilerin taraf oldukları iş uyuşmazlıkları ise, İş Mahkemeleri Kanunu uyarınca iş mahkemelerinin görev alanına girdiğinden, bu işçiler görevsiz olan asliye hukuk mahkemesinde dava açmış olsalar dahi zorunlu arabuluculuğa tabi olacaklardır.⁵⁰⁵

Son olarak zorunlu arabuluculuğa tüketici hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar da dahil edilmiştir. Buna göre, 2020 yılında 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 6502 Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a 73A maddesi eklenmiş, bu maddenin ilk fıkrasında sayılânuyuşmazlıklar hariç tüm tüketici hukuku uyuşmazlıkları dava şartı zorunlu arabuluculuğa tabi tutulmuştur. Bu maddeye göre tüketici hakem heyetinin görevine giren uyuşmazlıklar dışında kalan uyuşmazlıklar, dava şartı zorunlu arabuluculuğa tabidir (TKHK 73A/1(a)). Ancak TKHK m. 68/1 gereği, tüketici hakem heyetinin görevine girecek uyuşmazlıklar hakkında icra takibi yapılması halinde, bu uyuşmazlıklar hakkında açılânitirazın iptâlî, istirdat ve borçtan kurtulma davaları için tüketici hakem heyetine başvurulmayacağı, bu davaların TKHK m. 73A uyarınca dava şartı zorunlu arabuluculuğa tabi olacağı ifade edilmiştir.⁵⁰⁶

⁵⁰³ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 199.

⁵⁰⁴ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 204.

⁵⁰⁵ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 211. İşçi ve işveren açısından zorunlu arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklar hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. Koçyiğit/Yeşilkaya, s. 690-691.

⁵⁰⁶ Şebnem Akipek Öcal/ Abdülkerim Yıldırım/ İbrahim Ermenek/ Selda Kutluay, “Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk”, Editör: Şebnem Akipek Öcal/ Abdülkerim Yıldırım, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Ankara 2021, s. 121.

3.3 Zorunlu Arabuluculuğun Medeni Usûl Hukukuna Hâkim İlkelerle İlişkisi

Arabuluculuk ile mahkeme yargılaması, birbirine zıt ancak birbirini tamamlayan özellikler taşırlar. Merasimsiz, esnek, tarafların takdirinde yürütülen, işbirliğine dayalı ve menfaat odaklı arabuluculuğun karşısında; sıkı şekil kurallarına tabi, esnek olmayan, kanunla düzenlenen, çekişmeye dayalı ve hak odaklı medeni yargılama bulunur.⁵⁰⁷ Daha önceden de belirtildiği üzere bir yargılama faaliyeti olmayan arabuluculuğun, bu sebeple esasen yargılama hukukuna hâkim ilkelerine tabi olmayacağı belirtilse de⁵⁰⁸, dava şartı olan zorunlu arabuluculuğun dava süreciyle ilişkisinden ötürü yargılama ilkelerine ne derece uygun düştüğünün tespiti kanımızca önem taşımaktadır.

3.3.1 Adil Yargılanma Hakkı ve Hak Arama Hürriyetiyle İlişkisi

Esasen anglo-sakson hukukunda geliştirilmiş bir kavram olan âdil yargılanma hakkı, hukukumuzda (iç hukukun parçası haline getirilmiş) AİHS m.6 ve Anayasa m.36 ile güvence altına alınmıştır. Gerçekten de bu kavramın önem kazanması Amerikan hukukunda daha erken olmakla birlikte, AİHS m.6 ile daha fazla önem kazanmıştır. Her iki taraf için de geçerli olan adil yargılanma hakkı, bu bağlamda eşitlik temelinde, her iki tarafa da dava sürecine aktif olarak katılıp karşılıklı iddia ve savunmalarda bulunmanın yanı sıra alınacak kararlarda etkili olmayı da kapsar.⁵⁰⁹ Bu şekilde devlet kendi yargı fonksiyonunu sınırlandırarak, yargılamanın doğru ve adil bir şekilde yürütülmesini amaçlar.⁵¹⁰

Adil yargılanma hakkının üç temel işlevinden bahsetmek mümkündür. Bunlar, devletin yargı işlevinin sınırlandırılması ve böylece yargılamanın dürüst şekilde sürdürülmesi; tarafların birer nesne konumunda olmalarından ziyade, yargılama ile sonuca etki eden süjeler olmasının sağlanması ve yargılama esnasında oluşabilecek ağır insan hakları ihlallerinin önüne geçilmesidir.⁵¹¹ Adil yargılanma hakkının

⁵⁰⁷ Wendland, s. 184.

⁵⁰⁸ Albayrak, s.22.

⁵⁰⁹ Hakan Pekcanitez, “Medeni Yargıda Adil Yargılanma”, *İzmir Barosu Dergisi*, Nisan 1997, Sayı 2, s.35-55, s. 36 vd.; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku (Cilt I)*, Ankara 2020, Yetkin Yayınları, s. 405; Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, s. 846.

⁵¹⁰ Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, s. 845.

⁵¹¹ Pekcanitez, *Adil Yargılanma*, s. 39; Tanrıver, *Medenî Usûl*, s.406; Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, s. 846.

temelinde etkin hukuki koruma vardır; içeriği hakkında genelgeçer bir sayım yapmak mümkün olmadığından her somut olayda değerlendirilmesi gerekir⁵¹².

AİHS m.6, adil yargılanma hakkını genel olarak “*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makûl bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir.*” şeklinde düzenlemiştir. Buna göre adil yargılanma hakkının unsurları şu şekilde sıralanabilir: Yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma; makûl sürede yargılanma; kamuya açık (alenî) bir şekilde dinlenilme; hakkaniyete uygun yargılanma.⁵¹³

Adil yargılanma hakkının dört unsuru bulunmaktadır. Bunlar kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma, makûl sürede yargılanma, aleni surette yargılanma ve hakkaniyete uygun yargılanmadır. *Kanuni, bağımsız ve tarafsız mahkeme* ile kanunla kurulmuş, yürütme organı ve taraflar önünde tarafsız ve bağımsız yargı güvencesine sahip bir merci ifade edilmektedir. Bu merciin verdiği karar gerekirse cebri icra yoluyla yerine getirilir; yalnızca mütalaa veren merci mahkeme değildir.⁵¹⁴ Kanunilik unsuru, mahkemelerin kanunla ve uyuşmazlık çıkmadan önce kurulmuş olmasını, bağımsızlık ise hâkimin yargı dışında hiçbir organdan etkilenmemesini ifade eder. Tarafsızlık ise hâkimin davada objektif olması ve hukuku tarafsız bir şekilde uygulayabilmesidir.⁵¹⁵

Makûl süre içinde yargılanma, her somut olayda, AİHM’nin belirlediği davanın niteliği, başvuran tarafın tutumu ve yargılama makamının tutumu ölçütleri dikkate alınarak yapılacak değerlendirmeye belirlenecek süre içinde sonuçlandırılmasını ifade eder.⁵¹⁶ Makûl sürenin aşılma anının tespiti kolay

⁵¹² İlhan Postacıoğlu/ Sümer Altay, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, İstanbul 2020, Vedat Kitapçılık, s. 173; Pekcanitez, **Adil Yargılanma**, s. 39.

⁵¹³ Tanrıver, **Medenî Usûl**, s.407; Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 847; Sezin Aktepe Artık, **Medeni Usûl Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, Ankara 2014, Seçkin Yayıncılık, s. 171.

⁵¹⁴ Pekcanitez, **Adil Yargılanma**, s. 39; Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 847; Aktepe Artık, s. 174.

⁵¹⁵ Pekcanitez, **Adil Yargılanma**, s. 40; Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 848-850; Aktepe Artık, s. 249.

⁵¹⁶ ; Pekcanitez, **Adil Yargılanma**, s. 40; Postacıoğlu/Altay, s. 174; Tanrıver, **Medenî Usûl**, s. 409; Ejder Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara 2021, Yetkin Yayınları, s.1201; Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 852.

olmamakla beraber, başlangıç anının tespiti ilke olarak davanın açıldığı tarihtir⁵¹⁷. AİHM kararlarına göre yargılamaya katılânsüjeler üzerlerine düşeni yapmış olsa dahi, hâkim açığı, politik durum, fazla iş yükü gibi sebeplerle makûl süre aşıldığı takdirde, adil yargılanma hakkının gerçekleşmesi hususunda gerekli önlemleri alarak elverişli ortamı yaratma görevi nedeniyle, devletin sorumluluğu söz konusu olur. Dava makûl sürede bitirilecek olsaydı dahi sonucun değişmeyeceği ise bu sorumluluktan kurtulmak için ileri sürülebilecek bir savunma değildir⁵¹⁸. Öte yandan makûl sürede yargılanma çabuk yargılama anlamına gelmediğinden, davanın her ne pahasına olursa olsun bir an önce bitirilmesi gerekliliği şeklinde de anlaşılmaması gerekir. Davanın salt hızlı sonuçlandırılması amacıyla gerçeğe ulaşmaktan imtina edilmemeli, aynı nedenle usûl kanununda yapılacak değişiklikler de adil yargılanmanın diğer unsurları göz önünde tutularak yapılmalıdır.⁵¹⁹

Aleni surette yargılanma evrensel nitelikte bir ilke olup, amacı adalet dağıtımında kamusal denetimi sağlamak ve keyfiliğe elverişli gizli yargılamayı önlemek, böylece mahkemelere karşı duyulacak olası bir güvensizliğin önüne geçmektir. Aleniyet açık duruşmada karar verilmesini ve hükmün en azından kısa karar olarak taraflara bildirilmesini içermesinin yanı sıra hem ilk derece mahkemelerinde hem de üst derece mahkemelerde geçerlidir. Ancak, eğer duruşmaların aleni yapılması ilgilinin yararını ihlal ediyorsa ve aleni yapılmada ağır basan bir kamu yararı bulunmuyorsa, davaya katılanların ve tanıkların kişisel yaşamlarının tehlikeye düşmesi hallerinde duruşmanın gizli yapılmasına karar verilebilir.⁵²⁰

Adil yargılanma hakkının son unsuru *hakkaniyete uygun yargılanmadır*. Bu unsurun bulunduğu bahsedebilmek için hukuki dinlenilme hakkının güvence altına alınmış olması ve bu hakkın eşitlik temeline dayalı olarak kullanılıyor olması gerekmektedir. Bunun için ise yargılamanın başından itibaren tam bir eşitliğin kurulması, diğer bir deyişle hukuk devleti, sosyal devlet ve eşitlik ilkelerinin medeni usûl hukukundaki yansıması olan ve tarafların hâkim önündeki usûlî eşitliğini ifade eden silahların eşitliği ilkesinin yargılamanın her aşamasında uygulanması gerekir. Bu

⁵¹⁷ Pekcanitez, **Adil Yargılanma**, s. 42; Tanrıver, **Medenî Usûl**, s.411.

⁵¹⁸ Tanrıver, **Medenî Usûl**, s.411; Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 852.

⁵¹⁹ Pekcanitez, **Adil Yargılanma**, s. 43; Tanrıver, **Medenî Usûl**, s.411.

⁵²⁰ Pekcanitez, **Adil Yargılanma**, s. 44-45; Aktepe Artık, s. 305.

bağlamda mahkeme, taraflara eşit ve objektif biçimde davranacak, tarafların iddia ve savunmalarını ret veya kabul sebeplerini gerekçeli olarak bu ilkeye uygun olarak açıklayacak, tarafların karara etkili olacak vakıalar hakkında kusurları olmaksızın açıklama yapma haklarını çiğnemeyecektir. Böylece her bir taraf, karşı tarafa nazaran daha dezavantajlı bir konuma düşürülmeden iddialarını mahkeme nezdine taşıyabilmenin yanı sıra yargılama esnasındaki riziko ve yargılama giderlerini de paylaşacaktır. Hakkaniyete uygun yargılama yalnız devlet mahkemeleri nezdinde değil, tahkim mahkemeleri nezdinde de uygulanmak durumundadır (HMK m.423, MTK m.8, m15/a(g)). AİHM uygulamasına göre silahların eşitliği ilkesine uyulup uyulmadığı belirlenirken, somut durumda söz konusu eşitsizliğin yargılamayı fiilen ve gerçekten gayri adil kılması aranmaktadır. Hakkaniyete uygun yargılama unsurunun yerine getirilmesinde ise adli yardım kurumunun daha işlevsel hale getirilmesi ve hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillere davada geçerlilik tanınmaması gibi uygulamalar etkili olacaktır.⁵²¹

Zorunlu arabuluculuk uygulamasının adil yargılanma hakkıyla olan ilişkisi, doktrinde ilgi çeken bir husus olmuştur. Öncelikle, *mahkemeye erişim* kavramı söz konusu olduğunda, bu kavramdan mutlaka uyuşmazlık çözüm yoluna erişimin anlaşılmaması gerektiği vurgulanmış, birçok hukuk sisteminin yüksek masraflar, gecikmelerle, karmaşa ve belirsizliklerle boğuştuğu belirtilmiştir. Bu durumun en iyi ihtimalle adalete erişimi geciktirdiği en kötü ihtimalle de engellediği, bunun üstesinden gelmek üzere ise daha hızlı, ucuz ve etkili bir yöntem olan arabuluculuğun kullanıldığına dikkat çekilmiştir.⁵²² Özellikle uygulama alanı yeterince kontrollü düzenlenmeyen ve sadece uzayan davalara bir alternatif olarak görülen bir zorunlu arabuluculuk uygulamasının, taraflara daha fazla masrafa ve hak kaybına mal olacağı savunulmuştur⁵²³. Amerikan içtihadında ise, büyük masraflara ve gecikmelere neden olması, arabulucunun vardığı sonuçları açıklamaya zorlanması ya da anlaşmaya varılmadığında para cezası gibi yaptırımlar uygulanması gibi yargılamaya makûl olmayan engeller koymadığı veya anlaşma olması için lüzumsuz baskı uygulanmadığı sürece mahkemeye erişim hakkına bir engelin oluşmayacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda alınabilecek önlemler ise gizliliğin teminat altına alınması, tarafların

⁵²¹ Pekcanitez, *Adil Yargılanma*, s. 46-50; Tanrıver, *Medenî Usûl*, s.412-416.

⁵²² Stella Vettori, "Mandatory Mediation: An Obstacle to Access to Justice", *African Human Rights Law Journal*, Vol. 15 No.2, 2015, s. 355-377, s. 356.

⁵²³ Éric Heyer/ Pascal Lokiec/ Dominique Méda, *Une Autre Voie est Possible*, Paris 2018, Flammarion, s. 345.

arabuluculuk süreci hakkında iyice bilgilendirilmesi ve taraflara arabuluculuk sonucunda yapılacak olası bir anlaşmayı ret hakkı verilerek talepleri halinde mahkemeye dönme fırsatının sunulması şeklinde doktrinde sayılmıştır.⁵²⁴

Ancak arabuluculuk anlaşma odaklıdır ve bu yönüyle adaleti sağlama işlevi olan mahkeme yargısından farklıdır. Tarafların anlaşmaya gönüllü olmadığı durumlarda da arabuluculuğu uygulamak yerinde bir tutum olmayacaktır. Bu, zorunlu arabuluculuğun tüm uyuşmazlık türlerine adeta bir kalıp gibi uygulanmaması gereğinin sebeplerinden biridir. Zorunlu arabuluculuk, odak noktası anlaşma olan arabuluculuğun özünden de uzaklaşmaktadır. Arabuluculuğun gönüllülüğe tabi oluşu yalnız sürece gönüllü olarak başlamakla değil, sürecin sonucuna da tarafların gönüllü olarak ulaşmasıyla ilgilidir. Arabuluculuğun taraflara dayatılmasıyla sonuca gönüllü olarak ulaşıldığından bahsedilemez. Üstelik taraflara arabuluculuğun dayatılması da onların iş birliği yapmaya ve anlaşmaya olan isteksizliklerini kamçılayıcı bir etkiye de sahip olabilecektir. Bu durum arabuluculuğun adalete erişim bağlamında misyonuna aykırıdır. Sonuç olarak davaya giden yolda, taraflara ekstra masraf ve zamana mal olan, fazladan, mecburi ve beyhude bir basamak daha çıkmış olacak ve zorunlu arabuluculuk adalete erişimde bir pürüz haline gelecektir.⁵²⁵ Bu durumun ise adil yargılanma hakkının makûl sürede yargılanma unsuruna aykırı olduğu açıktır.

Makûl sürede yargılama açısından sakınca doğurabilecek bir diğer durum, dava şartı olan zorunlu arabuluculuğun kanun yolları açısından doğurabileceği sakıncalardır. Şöyle ki, resen gözetilecek olan bu dava şartı her nasılsa ilk derece mahkemesi ve bölge adliye mahkemesi incelemesinde gözden kaçmış ve fakat Yargıtay önüne geldiğinde bu dava şartının yerine getirilmediği görüldüğünde, bu durum mutlak bozma sebebi olacağından, bozma kararı verilip ilk derece mahkemesine geri gönderilecektir⁵²⁶. Bu durumun da makûl sürede yargılama unsuruna uymayacağı açıktır.

Devletin olmazsa olmaz varlık sebebinin ve en temel görevlerinin iç ve dış güvenliği sağlamak, adaleti gerçekleştirmek ve toplumun varlığıyla devamlılığını sürdürmek olduğu belirtilmiş, adaletin ise tüm bu görevlerin merkezinde olduğuna,

⁵²⁴ Wissler, s. 572.

⁵²⁵ Vettori, s. 357-358.

⁵²⁶ Tanrıver, **Düşünceler**, s.120.

devletin gücünü kullanırken ve devamlılığı sağlarken adil ve öngörülebilir olması gerektiğine dikkat çekilmiştir. Her ne kadar taraflar kamusal yönü olmayan özel hukuk uyuşmazlıklarını kendi aralarında çözebilirlerse de devletin, adalet sorununu doğru çözmekle yükümlü olduğunun ve bu görevin başka kurum veya yöntemlere devredemeyeceğinin altı çizilmiştir.⁵²⁷ Salt iş yükünün fazlalığı nedeniyle böyle bir yola başvurmak da devletin varlık sebebini tehlikeye düşürecektir.⁵²⁸ Bu bağlamda, Anayasa m.36'daki *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz"* ifadesiyle m.37'deki *"Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz"* değerlendirilmiş, özellikle Anayasa m.37'deki *"başka bir merci"* ifadesinden mutlaka yargısal bir kuruluşun anlaşılmasının gerekmediği, bağımsız mahkemelerin yerine geçebilecek her tür düzeneğin anlaşılabilmesi ifade edilmiştir. Tarafların kanunen belirlenen mahkemeler dışında bir merci önüne çıkarılmasının bu hükümlere aykırı bulunması sebebiyle, dava açmadan önce zorunlu arabuluculuk şartı getirilmesinin, özellikle mahkemeye erişimi geciktirdiği ölçüde⁵²⁹ Anayasa'ya aykırı olacağı öne sürülmüştür.⁵³⁰ Hatta bir adım daha ileri gidilerek, Anayasa m.3 ve m.6

⁵²⁷ Kişilerin hak ararken sosyal devlet ilkesinin gereği olarak hukuk sisteminin resmî kurumlarına ulaşabilme hakkını ifade eden adalete erişim hakkı bağlamında zorunlu arabuluculuk uygulamasının yerinde olup olmadığına ilişkin tartışmaların bulunduğu ve zorunlu arabuluculuğun yargı ile yarışan veya onun ikamesi bir kurum olarak düşünülmemesi gerektiği hakkında bkz. Melis Taşpolat Tuğsavul, *"Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılâna Anlaşmanın Hukuki Niteliği"*, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2019/1, s. 333-380, s. 338-341.

⁵²⁸ Özekes/Atalı, s. 81.

⁵²⁹ Derdiman/ Derdiman, s. 36.

⁵³⁰ Bolayır, s. 7; Karacabey, s. 471-472. Türk hukukunda iş yargılamasında ve ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğun, kişilerin mahkeme dışında hak aramaya zorlandıklarından ve böylece hak arama yollarının daha engelli ve dolambaçlı hale geldiğinden bahisle Anayasa m. 36'ya aykırı olduğu yönünde başka bir görüş için bkz. Baki Kuru, **Medeni Usûl Hukuku El Kitabı**, Ankara 2020, Yetkin Yayınları, s. 139 ve s. 1718. Anayasa Mahkemesi de 2013 yılında ihtiyari arabuluculuk hakkında verdiği kararda *"Alternatif uyuşmazlık çözümü kavramında geçen "alternatif" terimi, mahkemelere alternatif bir yol olarak kullanılamaz. Arabuluculuk, tarafların sorunlarını kendilerinin çözmesini amaçlayan gönüllülük esasına dayanan dostane bir çözüm yolu olup bir yargılama faaliyeti değildir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, uyuşmazlıkların çözümünde yargısal yolların yanında yer alan ve tarafların istemleri hâlinde işlerlik kazanan, esas itibarıyla ilişkilerin koparılmadan sürdürülmesini ve adil bir karardan ziyade, her iki tarafı da tatmin edici bir çözüme ulaşılmasını hedefleyen yöntemler bütünüdür. Bir başka ifadeyle, alternatif uyuşmazlık çözümleri, Devlete ait yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden işlerlik kazanan ve uygulama alanı bulan ek yöntemler bütünü olarak nitelendirilebilir... Bir başka ifadeyle, taraflar arasında arabuluculuk yöntemine başvurulmuş olması, Devletin yargılama yetkisini bertaraf edemez. Arabuluculukta iradilik ilkesi gereğince yargıya ve diğer çözüm yollarına başvuru yolu her zaman açık bulunmaktadır. Dolayısıyla, kuralın, Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırı bir yönü yoktur."* ifadelerine yer vererek, arabuluculuğun yargısal yollarının ikamesi olmayışını onun ihtiyarilik unsuruna bağlayarak açıklamıştır (AYM 2012/94E. 2013/89K.,

değiştirilmeden m.36 ve m.37'nin de zorunlu arabuluculuğa izin verecek şekilde değiştirilemeyeceği; Anayasa m.3 ve m.6'nın değiştirilmesi ise bir rejim değişikliği olacağından her durumda dava açma hakkının önüne bu şekilde maliyet ve zaman kaybı gibi yaptırımlar içerecek zorunlu arabuluculuk benzeri kurumların getirilmesinin imkansız olduğu savunulmuştur.⁵³¹ Bir başka eleştiri de, 7036 s. İş Mahkemeleri Kanunu özelinde getirilmiştir. Bu eleştiri, bunun gibi yargılama hukukuna ilişkin özel kanunlarda zorunlu arabuluculuğun düzenlenmesinin, onu adeta yargılamanın yerine oturtmak şeklinde görülebilmesi gibi sakıncalı bir sonuca yol açabileceği yönündedir.⁵³² Yine Anayasa m.36 bağlamında, kişilerin tarafsız ve bağımsız mahkemeler önünde dava açma hakkına sahip olduğu, bu hakkın tarafların anlaşması halinde dahi varlığını sürdürdüğü ancak bunun için dava şartlarından hukuki yararın aranması gerektiği de belirtilmiştir. Hukuki yararın varlığı da dava konusu olacak hakka ancak mahkeme kararıyla ulaşabilecek olmasına bağlıdır.⁵³³

Bunun yanında arabuluculuk sürecine başvurmaları zorunlu tutulan tarafların mahkemeye erişimlerinin engellendiği ve AİHS m.6'da koruma altına alınan bu haklarının önüne geçildiği yönünde eleştiriler mevcuttur. Hatta bu uygulamayla taraflara uyuşmazlık çözümü için alternatif yollar sunma anlayışına aykırılık oluşturulduğu ileri sürülmekle birlikte, tarafları hem bu yola mecbur tutup hem de masrafları onlara yüklemenin ne derece adil olduğu yönünde sorular da ortaya konulmuştur.⁵³⁴

Karar Tarihi: 10.07.2013, RG: 25.01.2014 S. 28893). Daha sonra 2018 yılında 7036 s. İş Mahkemeleri Kanunu m. 3/1'de yer alan dava şartı zorunlu arabuluculuğun Anayasa m. 36 ve m. 37'ye aykırılığının ileri sürülmesine karşılık, iptal istemine konu kuralın Anayasa m. 37 ile ilgili olmadığını, m. 36 bakımından ise ilgili kanun maddesinde getirilen dava şartı zorunlu arabuluculuğun hak arama hürriyeti ve mahkemeye erişim hakkının bir sınırlaması olduğunu kabul etmekle birlikte, bu sınırlamanın, arabuluculuğa yalnızca başvurunun zorunlu olmasından bahisle ölçülü olduğunu ve hakkın özüne dokunulmadığını öne sürerek, iptal istemini reddetmiştir (AYM 2017/178E. 2018/82K., Karar Tarihi:11.07.2018, RG: 11.12.2018, S. 30622). 2018 tarihli kararın yalnızca mevzuat çerçevesinde değerlendirme yaptığı ve 10.07.2013 tarihli karar başta olmak üzere hak arama, dava hakkı ve benzeri konularda daha önce verilen kararların hiçbirine değinmediği yönünde eleştiriler için bkz. Muhammet Özekes, "Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi", **Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu**, Editör: Ersin Erdoğan, Ankara 2018, s. 111-136, s. 122; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 146.

⁵³¹ Karacabey, s. 473-474.

⁵³² Özekes/Atalı, 83.

⁵³³ Azaklı Arslan, s.185.

⁵³⁴ Quek, s. 498.

Daha önce de değinildiği üzere⁵³⁵, zorunlu arabuluculuk uygulaması ilk olarak iş uyuşmazlıkları için getirilmiştir. Bu gelişme özellikle hak arama özgürlüğü bağlamındaki tartışmaları beraberinde getirmiştir. Söz konusu düzenleme bakımından tartışmaya açık en önemli yeniliğin, başvurunun zorunlu kılınmasıyla birlikte arabuluculuğun başındaki iradilik unsurundan vazgeçilmesi olduğu ileri sürülmüştür⁵³⁶. Buna karşılık, yalnızca başvuru aşamasında zorunluluk olmasının başlı başına hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil etmeyeceği; ayrıca tarafları anlaşma yapmaya zorlamanın aykırılık oluşturabileceğinden bahsedilebileceği de öne sürülmüş⁵³⁷; adalete erişimi engellemediği ancak sınırlandırdığı belirtilmiş⁵³⁸; tarafların süreci devam ettirme, anlaşmaya varma ve süreci derhal sona erdirip yargılamaya devam etme hususlarında serbestilerinin sürdüğüne dikkat çekilmiştir⁵³⁹. Bunun yanı sıra tarafların çözüm üretmediğinin anlaşılması halinde arabulucunun çözüm önerisi sunma yetkisinin (HUAK m.2/1(b), HUAK Yön. m.4/1(c)) bir dayatma anlamına gelmeyeceği; ayrıca dava açılmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğunun, hak arama hürriyetinin görünümlerinden olan cebri icraya başvuru hakkı önünde bir engel teşkil etmediği belirtilmiştir⁵⁴⁰.

Diğer yandan, tarafların dava açma haklarının zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işlemeyeceğine ilişkin hükümle (HUAK m.18/15) korunduğuna dikkat çekilmiştir. Yine de arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun tarafların doğrudan dava açma hakkını engellemediği ve mahkemeye erişim hakkına sınır koymadığı da ifade edilmiştir. Bu nedenle esas dikkat edilmesi gereken hususun, zorunluluk unsurunun mahkemeye erişim hakkına aykırılık yaratıp yaratmadığı olduğu savunulmuştur.⁵⁴¹ Ancak, Türk hukukunda zorunlu arabuluculuk bakımından bazı düzenlemelerin mahkemeye erişim hakkını sürüncemede bırakmaya çok müsait olduğuna dikkat

⁵³⁵ Bkz. §1.2.4.

⁵³⁶ Azaklı Arslan, s.181.

⁵³⁷ Azaklı Arslan, s.181.

⁵³⁸ AYM 2017/178E. 2018/82K., Karar Tarihi:11.07.2018, RG: 11.12.2018, S. 30622. Ayrıca benzer şekilde adalete erişimin yalnızca geciktiği yönünde Quek, s. 498; Reuben, s. 13. Mahkemenin zorunlu kıldığı alternatif çözüm yolları açısından, Hong Kong hukukunda, mahkemenin vereceği emrin mahkemeye erişim hakkını güvence altına alan Hong Kong Temel Kanunu Art.35'e aykırılık oluşturabileceği belirtilmiştir (Quek, s. 498). Kişilerin hak ararken sosyal devlet ilkesinin gereği olarak hukuk sisteminin resmî kurumlarına ulaşabilme hakkını ifade eden adalete erişim hakkı bağlamında, zorunlu arabuluculuk uygulamasının yerindeliğine ilişkin tartışmaların bulunduğu ve zorunlu arabuluculuğun, yargı ile yarışan veya yargının ikamesi bir kurum olarak düşünülmemesi gerektiği hakkında bkz. Taşpolat Tuğsavul, **Anlaşma**, s. 338-341.

⁵³⁹ Süha Tanrıver, **Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2. Bası, 2022, s.161.

⁵⁴⁰ Tanrıver, **Arabuluculuk**, s.162.

⁵⁴¹ Azaklı Arslan, s.182-183.

çekilmiştir. Bu düzenlemelerden biri, 7036 s. İş Mahkemeleri Kanunu m. 3/9 hükmüdür. Bu düzenlemeye göre arabulucu, yetki itirazında bulunulduğunda görevlendirme yapan büronun yetkisiyle ilgili karar vermeyecek, dosyayı derhal ilgili sülh hukuk mahkemesine bu itirazı incelemesi için gönderilmesi amacıyla büroya teslim edecek; sülh hukuk mahkemesi de harç alınmaksızın yapacağı inceleme sonucunda yetki itirazını reddederse dosyayı geri gönderecektir. Yetki itirazını kabul ettiği takdirde ise bir hafta içinde arabuluculuğa başvuran tarafın yetkili büroya başvurması gerekmektedir. Bu kural hem ilgili sülh hukuk mahkemesi ile tam olarak hangi sülh hukuk mahkemesinin kastedildiğinin anlaşılamaması hem de yetki itirazı üzerine yapılan işlemlerin süreci fazla uzatması yönünden eleştirilmiştir.⁵⁴² Gerçekten de yetki itirazı ister red ister kabul edilsin, dosyanın sülh hukuk mahkemesine gönderilmesi ve sülh hukuk mahkemesinin yetki itirazı incelemesi yapmasına ilişkin herhangi bir sürenin belirlenmemiş olması, tarafların mahkemeye erişim haklarını sürüncemede bırakmaya müsait görünmektedir.

Daha önce arabuluculuğa başvurma konusunda tarafları engelleyen bir unsur olarak ifade edilen taraflar arası güç dengesizliği de adil yargılanma hakkı ve özellikle silahların eşitliği hususunda önem taşımaktadır. Sonrasında dava açma hakkına engel olacak bir zorunlu arabuluculuk süreci söz konusu olduğunda, taraflar arası güç dengesizliği daha da büyük bir sorun olabilecektir. İhtiyari arabuluculuk söz konusu olduğunda dahi tarafların olası bir güç dengesizliğini kendi kendilerine giderebileceklerini düşünmek doğru olmayacakken, böyle bir halde daha güçlü olan taraf elbette mevcut gücünü herhangi bir denetim olmaksızın kullanmaya meyilli olacaktır. Durum böyleyken güç dengesi meselesi, tüketici sözleşmeleri örneğinde olduğu gibi, zorunlu arabuluculukta daha da büyük önem taşıyacaktır. Arabuluculuk sürecine katılım için gereken özenin gösterilmesi gerektiği düşünüldüğünde, güç dengesinin sağlanması daha büyük bir gereklilik olarak ortaya çıkacaktır.⁵⁴³

Arabulucular, eğitimleri esnasında katılımın artırılması ve güçsüz tarafların da kendi kaderlerini tayin edebilmelerinin sağlanması yönünde eğitilmektedirler. Ancak, arabulucuların gerçekte ve belki de farkında olmadan taraflar arasındaki güç

⁵⁴² Ersin Erdoğan, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 14 Sayı: 55, 2017, s. 1211-1242, s. 1219. Konunun HUAK m. 18A bakımından değerlendirilmesi için bkz. §3.2.

⁵⁴³ Nelle, s. 298.

dengesizliğini pekiştirebilmelerinin de mümkün olduğu, güç dengesinin sağlanmadığı bu hallerde de arabuluculuğun mevcut durumu daha da kötüleştirebileceği de savunulmuştur.⁵⁴⁴

Menfaat dengesinin önem taşıdığı arabuluculuk sürecinin temeli bu denge olarak düşünüldüğünde, her iki tarafın da tatmin edilmesi ve gerçek bir uzlaşının oluşması önem taşımaktadır. Bu nedenle, uyuşmazlığın özellikle mali açıdan büyük bir eşitsizliğin bulunmadığı menfaat ilişkilerinden kaynaklanması gerekmektedir. Bu unsur sağlandığında, tarafların pazarlık gücü de dengeli olacaktır. Diğer bir deyişle, tarafların aktif rol oynayabilmesi, müzakerelerde bulunabilmesi ve pazarlık gücüne sahip olabilmesi, mali açıdan taraflardan birinin diğerine iradesini dayatabilecek durumda olmamasına bağlıdır.⁵⁴⁵ Bunun yanı sıra tarafların bilgiye erişiminin yeterli olması ve haklarının yeterince farkında olmaları da önem taşımaktadır. Arabuluculuk sürecinin adil bir şekilde devam edip sonuçlanabilmesi için tarafların haklarını bilme konusunda eşitlik içinde bulunmasının yanı sıra, kişisel durumlarına ilişkin her tür bilgiye tam ulaşımlarının olması gerekmektedir ki, bu da bir avukatın hukuki yardımını gerekli kılar.⁵⁴⁶ Mali açıdan dengesizliğin bulunması hali, özellikle avukat yardımı alamayan güçsüz taraf için daha da hayati bir önem taşıyacaktır. Anlaşmaya varılması yönündeki bir baskı unsuru, taraflar arası dengesizliğin bulunması halinde tarafları elbette aynı şekilde etkilemeyecek, adaletsiz bir anlaşmaya varılmasına sebep olabilecektir. Halihazırda mevcut olan malî güçsüzlüğe eklenen bilgi ve teknik donanım yetersizliği, ihtiyaç haliyle de birleşerek, güçsüz olan tarafın yargılama sonucunda elde edebileceği miktardan çok daha altında bir tutara razı olması yönünde baskı oluşturmaları mümkün olabilecektir. O kadar ki, bu durum TBK m.28 uyarınca aşırı yararlanma iddialarının dillendirilmesine sebep olabilecektir.⁵⁴⁷

Bu durumun önüne geçmek için Amerikan hukukunda bazı eyaletler güç dengesizliğinin bulunduğu aile içi şiddetten kaynaklanan uyuşmazlıklar gibi⁵⁴⁸ uyuşmazlıkları zorunlu arabuluculuk kapsamı dışında tutarken, güç dengesizliğinin bu kadar belirgin olmadığı uyuşmazlıklarda ise arabulucuya zayıf tarafın menfaatlerini koruma görevini de verebilmektedir. Ancak güç dengesinin sağlanmasına yönelik bu

⁵⁴⁴ Reuben, s. 14.

⁵⁴⁵ Tanrıver, **Düşünceler**, s.121.

⁵⁴⁶ Heyer/ Lokiec/ Méda, s. 347.

⁵⁴⁷ Tanrıver, **Düşünceler**, s.122; Wissler, s. 573.

⁵⁴⁸ Karş. HUAK m. 1/2.

önlemler de suiistimal veya güç dengesini bozacak başkaca faktörlerin her zaman açık olmayacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Öte yandan hem arabulucunun böyle bir görevi ifâ etmek için yeterli donanımına sahip olamayabileceği hem de arabulucunun tarafsızlığı ile bu görevin bağdaşmayabileceği yönünde eleştiriler getirilmiştir.⁵⁴⁹

Zorunlu arabuluculuğa salt başvuru yapılmasının hak arama özgürlüğüne başlı başına aykırılık oluşturmadığı belirtilmekle birlikte, anlaşmaya varılması halinde, amaç ortadan kaldırılmış bir uyuşmazlığın tekrar dava konusu yapılması önlenerek mevcut ilişkilerin bozulmaması olsa da dava açmanın engellenmesinin, yani 2017 yılında getirilen HUAK m.18/5 hükmünün, hak arama özgürlüğünün özüne dokunduğuna da değinilmiştir.⁵⁵⁰ Bu düzenleme nedeniyle, ister zorunlu ister ihtiyari arabuluculuk söz konusu olsun, arabuluculuk sonunda yapılacak anlaşmaya konu hususlarda, dava hakkı dürüstlük kuralına uygun kullanılsa da, esas hakkında bir inceleme yapılamayacağından, hak arama özgürlüğüne aykırılığın olduğu ifade edilmiştir.⁵⁵¹ Her ne kadar zorunlu arabuluculuğun zorunluluk unsuru başvuru açısından geçerliyse de, amaç bakımından değerlendirme yapıldığında, anlaşmaya varılmasının hedeflendiği bir gerçektir. Arabuluculuğa başvuru yönünde getirilecek bir zorunluluğun, anlaşmaya mecbur kılmaya da yol açabileceği ifade edilmektedir.⁵⁵² Bu durumda eğer arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmazsa hem arabuluculuk süreci amacına varamayacak hem de taraflar dava haklarını gecikmeli olarak kullanabilecek ve bundan belki de birtakım zararlar doğabilecektir. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde HUAK m.18/5 hükmü dolayısıyla da mevzubahis uyuşmazlığı konu edinen bir davanın açılması mümkün olmayacaktır. Taraflar arasında güç dengesinin bulunmaması hallerinde ise varılânanlaşmaya adeta bir kesin hüküm niteliği verilmesi, özellikle zayıf tarafın hak arama özgürlüğü açısından ağır bir sonuç olacaktır. Bu sonuca özellikle iş uyuşmazlıklarında işçi açısından ulaşılabileceğini söylemek mümkündür. Kaldı ki, mali açıdan taraflar arasında eşitsizliğin bulunmasının en çok görüleceği hallerden biri işçi ve işveren uyuşmazlıklarıdır.⁵⁵³ Mali açıdan daha güçsüz olan işçi, örneğin gelecekte iş bulma imkanının da tehlikeye girmemesi için bazı haklarını talep

⁵⁴⁹ Wissler, s. 573-574.

⁵⁵⁰ Azaklı Arslan, s.184.

⁵⁵¹ Azaklı Arslan, s.186.

⁵⁵² Vettori, s. 358; Wissler, s.572.

⁵⁵³ Tanrıver, **Düşünceler**, s.121.

edemeyecek, esasen daha fazla miktarda alacaklı olmasına rağmen daha azına kanaat etmek zorunda kalabilecektir.⁵⁵⁴

3.3.2 Usûl Ekonomisi İlkesiyle İlişkisi

Hak arayanların yargılama işlemlerinin sürüncemede kalma ihtimaline karşı onları koruma işlevi taşıyan ve adil yargılanma ilkesinin makûl sürede yargılanma hakkının iç hukuktaki karşılığını oluşturan usûl ekonomisi ilkesi, davaların boş yere açılmasını önleme ve açılândavaların da en az giderle, mümkün olan en kısa sürede ve en az zorlukla sürdürülüp tamamlanmasını amaçlar.⁵⁵⁵ Burada dikkat edilmesi gereken husus, usûl ekonomisi ilkesinin bir amaç olmayıp, yargılamanın amacına hizmet eden bir araç olmasıdır. Yargılamanın amacı ise izlenen hukuk politikası ve benimsenen dünya görüşüyle sıkı ilişki içindedir. Buna göre yargılamanın amacı eğer iki kişi arasında çıkan bir uyuşmazlığın çözümünden ibaret olarak görülürse toplum menfaati, toplumsal barışın sağlanması olarak görülürse de kişi menfaati ihmal edilecektir.⁵⁵⁶ Yargılamanın amacının kişisel hakların yerine getirilmesi olduğu düşüncesi ise geçmişte kalmış olup, bugün davanın amaçlarından biri olduğu da belirtilerek; bunun yanı sıra özel hukuk düzenini de koruma amacı da taşıdığı savunulmaktadır.⁵⁵⁷ Üstelik sosyal devlet ilkesi gereği, toplumsal barışın sağlanması da taraflar arasındaki uyuşmazlığın onları tatmin edecek şekilde ortadan kaldırılması gibi yargılamanın amaçlarından biri olarak kabul edilmektedir.⁵⁵⁸

1925 tarihli Neuchatel Usûl Kanunu'ndan alınan⁵⁵⁹ ve Türk hukukunda anayasal dayanağını Anayasa'nın "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir." şeklinde düzenlenmiş 141. maddesinin dördüncü fıkrasında bulan usûl ekonomisi ilkesi, HMK m.30 ile medeni yargılama hukukunda açık düzenlemeye kavuşmuştur. "Hâkim, yargılamanın makûl süre içerisinde ve düzenli biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını

⁵⁵⁴ Heyer/ Lokiec/ Méda, s. 346.

⁵⁵⁵ Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 585; Tanrıver, **Medenî Usûl**, s. 392; Ejder Yılmaz, "Usûl Ekonomisi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 57 Sayı 1, 2008, s. 243-274, s. 245; Yılmaz, **Şerh**, s. 1177..

⁵⁵⁶ Yılmaz, **Usûl Ekonomisi**, s. 246.

⁵⁵⁷ Bilge Umar, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara 2014, Yetkin Yayınları, s. 137; Yılmaz, **Usûl Ekonomisi**, s. 247.

⁵⁵⁸ Yılmaz, **Usûl Ekonomisi**, s. 248.

⁵⁵⁹ Yılmaz, **Usûl Ekonomisi**, s. 244.

sağlamakla yükümlüdür.” ifadesini içeren HMK m. 30 hükmü uyarınca usûl ekonomisi ilkesinin davanın basitliği, ucuzluğu ve makûl süre içinde sonlandırılması şeklinde üç boyutu bulunmaktadır. Özellikle çok uzun süren bir yargılama sonunda ulaşılângerçeğin bir anlam ifade etmeyeceği ve kamu vicdanını yaralayacağı belirtilmekte, geciken adaletin adalet olmadığına da vurgu yapılmaktadır Öne çıkan boyutunun yargılamanın makûl sürede tamamlanması olduğu bu ilke, hâkimlere ve taraflara bu açıdan yükümlülükler getirmektedir⁵⁶⁰; ilkenin bu boyutuyla hem taraflara hem de yargılamaya yararı vardır⁵⁶¹.

Davanın basit ve çabuk bir biçimde yürütülmesi, usûl ekonomisi ilkesinin diğer bir boyutu olan ucuzluk unsurunun da sağlanmasına yarayacak en önemli etkidir. Davanın ucuzluk esasına dayalı yürütülmesiyle ilgili örnek bir kavram HMK m. 334-340 ile düzenlenen adli yardımdır. Ucuzluk boyutuna aykırı bir düzenleme olarak Türk doktrininde Harçlar Kanunu m. 28/a gösterilmekte, bu madde uyarınca peşin harç alınmasının HMK m. 30 anlamında gereksiz gider olduğu öne sürülmektedir.⁵⁶²

Çalışmanın önceki bölümlerinde de görüldüğü üzere, dünyanın birçok ülkesinde kanun koyucuları ya da mahkemeleri alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına sevk eden ilk düşünce, mahkemelerin iş yükünü azaltmak, diğeryse tarafların hem daha ucuz hem de daha çabuk bir şekilde uyuşmazlıkları sona erdirmelerini sağlamaktır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının iş yükü azaltma ve para tasarrufu gibi etkileri de göz önünde bulundurulduğunda⁵⁶³, hem kişilerin hem de devletin ekonomisini ilgilendiren bu ilkenin⁵⁶⁴, dava açılmadan önce getirilecek zorunlu arabuluculuk uygulamasıyla yakından ilgili olacağı açıktır. Ancak, zorunlu arabuluculuk kavramı her ne kadar usûl ekonomisi ilkesiyle yakından ilgiliyse de bu ilginin bahsi geçen ilke açısından ne derece yapıcı olduğu noktasında tartışmalar bulunmaktadır. Türk iş yargılamasında düzenlenen zorunlu arabuluculuğun davacı işçiler açısından masraflı ve uzun bir yol olduğu ileri sürülmektedir⁵⁶⁵. Bunun dışında, işe iade uyuşmazlıklarında dava şartı olan zorunlu arabuluculuğa alt işveren ve asıl

⁵⁶⁰ Tanrıver, **Medenî Usûl**, s. 393.

⁵⁶¹ Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 586.

⁵⁶² Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 587-588; Yılmaz, **Şerh**, s. 1213.

⁵⁶³ Özgür Oğuz, **Türk İş Hukuku’nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları**, İstanbul 2016, Seçkin Yayıncılık, s. 29.

⁵⁶⁴ Ece Ayçe Eker, “Usûl Ekonomisi İlkesi”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt: 18 Sayı: 207, 2020, s. 1093-1119, s. 1101.

⁵⁶⁵ Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 1718.

işveren ilişkisinin varlığı halinde başvurulduğunda, alt ve asıl işveren arasındaki ilişkinin geçersiz olduğu saptandığı takdirde davalı tarafın taraf sıfatı yokluğu sorunu ortaya çıkacaktır. Buna bağlı olarak da gerçek işverene bir aylık sürede yeni bir dava açmak zorunda olan işçinin aleyhine usûl ekonomisine aykırılık ve işçinin mağduriyeti oluşacaktır.⁵⁶⁶

Zorunlu arabuluculuk sürecinin (ve hatta dava öncesi zorunlu kılınan diğer dostane çözüm yollarının), sonunda anlaşmaya varma zorunluluğunun bulunmaması ve tarafların yürütülecek sürecin bir neticeye varmayacağı kanaatine vardıklarında anlaşma önerisini reddetme imkanının olması nedeniyle zaman kaybına sebep olmayacağı savunulmuştur.⁵⁶⁷ Ancak bazı hukuk sistemlerindeki içtihatlar, başvuruda zorunluluğun usûl ekonomisi ilkesine aykırı olup olmadığını, her durum bakımından değerlendirmek gerektiğini vurgulamıştır. Örneğin Alman Federal Mahkemesi bir kararında, ilk derece mahkemesinde açılması gerekirken bölge mahkemesinde açılan bir dava konusunun zorunlu uyuşmazlık çözümüne tabi olması halinde, ilk derece mahkemesinde görülmeye devam edilecek davanın zorunlu uyuşmazlık çözümü yoluna gidilmemiş olması sebebiyle reddedilmemesi gerektiğini, kanunun lafzında zorunlu uyuşmazlık çözümüne başvurunun ilk derece mahkemelerinde açılacak davalar için geçerli olduğunu ve bölge mahkemelerinde açılacak dava için geçerli olmadığını belirtmiştir. Federal Mahkeme her ne kadar ZPO Art 281 uyarınca görevli mahkeme bölge mahkemesi olmasa da ilk derece mahkemesine gönderilen davanın, yargılamanın yeknesaklığı sebebiyle derdest kabul edilmesi gerektiğine dikkat çekmiş, zorunlu uyuşmazlık çözümünün tamamlanamayan bir dava şartı olmasına⁵⁶⁸ rağmen,

⁵⁶⁶ Özgür Oğuz, **Türk İş Hukuku'nda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk**, İstanbul 2019, Legal Yayıncılık, s. 125, dn. 291.

⁵⁶⁷ Goll, s. 317.

⁵⁶⁸ Federal Mahkeme bir başka kararında (BGH, Urteil vom 22. 10. 2004 - V ZR 47/04 (LG Karlsruhe)) bu hususu tekrarlamış, zorunlu uyuşmazlık çözümü yoluna başvurmaksızın dava açılması halinde mahkemenin davayı reddetmesi gerektiğini belirtmiştir. Bunun gerekçesi olarak, tarafların dava öncesinde uyuşmazlık çözüm yoluna başvurmalarının gerçekten zorunlu kılınması gerekliliği, dava açıldıktan sonra uyuşmazlık çözümüne gidilebilmesinin bu zorunluluğu anlamsız kılması ve hem mahkemede hem de mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm sürecinde derdest olan iki sürecin bulunmasının yaratacağı sorun gösterilmiştir (Georg Bitter, "Die Crux mit der Obligatorischen Streitschlichtung nach §15a EGZPO- Zulässige und Unzulässige Strategien zur Vermeidung eines Schlichtungsverfahrens", **Neue Juristische Wochenschrift** Heft 18 2005, ss. 1235- 1239, s. 1235.); mahkemede derdest bir yargılama varken zorunlu uyuşmazlık çözüm yolunun başarılı olma ihtimali de düşüktür (Bitter, s.1237).

salt zorunlu uyuşmazlık çözüm yoluna başvurulmaması sebebiyle davanın reddinin usûl ekonomisiyle de bağdaşmayacağına karar vermiştir.⁵⁶⁹

Alman Federal Mahkemesi bir başka kararında⁵⁷⁰ usûl ekonomisi bakımından başka bir değerlendirme daha yapmıştır. Eğer dava açılmadan önce zorunlu uyuşmazlık çözüm yoluna başvurulmuş ancak bu süreç başarısızlıkla sonuçlanmışsa, dava konusunun değiştirilmesi veya genişletilmesi halinde yeniden zorunlu uyuşmazlık çözümü yoluna gidilmemelidir. Bunun aksi bir tutum, zaten başarısız olmuş bir süreci tekrarlamaya ve böylece gereksiz gecikmeye ve masraflara yol açacaktır.⁵⁷¹ Zorunlu uyuşmazlık çözümüne tabi bir uyuşmazlığın bu yola başvurulmaksızın dava yoluyla ile sürülmesi halinde ise dava konusu değişikliğinin veya dava değerinin artırılmasının, inandırıcı olmayan bir sebeple veya mesnetsiz bir şekilde ileri sürülmesi; diğer bir deyişle hakkın kötüye kullanılması halinde, son dava konusuna rağmen davanın reddedilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁵⁷²

Usûl ekonomisi ilkesi dikkate alınarak verilen bir başka kararda, zorunlu uyuşmazlık çözümüne tabi bir ihtilat bu yola başvurulmaksızın dava yoluyla ileri sürülmüş ve ilk derece mahkemesi bir karar vermişse, kanun yoluna başvurulduğunda artık bu eksikliğin dikkate alınamayacağı belirtilmiştir. Bunun aksi kabul edildiğinde ilk derece mahkemesinin yaptığı her faaliyetin hükümsüz kabul edilmesi gerekmesinin yanı sıra, uyuşmazlığa dair maddî bir hüküm varken dostane uyuşmazlık çözüm yoluna başvurmanın anlamsızlığına da dikkat çekilmiştir. Her ne kadar Federal Mahkeme zorunlu uyuşmazlık çözümüne gerektiği halde başvurulmamış olmasını tamamlanamayan bir dava şartı olarak kabul etmişse de, zorunlu uyuşmazlık çözümüne tabi bir uyuşmazlığın dava yoluyla ileri sürülmesi halinde de davanın reddi gerektiğini kabul etmektedir. Buradaki mesele, ilk derece mahkemesinin maddî hukuk yönünden bir karar vermeye fırsat bulmadan bu eksikliğin tamamlanması gerektiğidir.

⁵⁶⁹ BGH Urt. V. 30.04.2013 – VI ZR 151/12 (<https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fents%2Fbeckrs%2F2013%2Fcont%2Fbeckrs.2013.09813.htm&pos=4> , erişim tarihi: 28.08.2021). Türk hukukunda dava şartı zorunlu arabuluculuğun kanun yolu aşamasında eksikliğin dahi davanın reddi sebebi olduğu yönünde bkz. Tanrıver, **Düşünceler**, s.120.

⁵⁷⁰ Bkz. dn. 144.

⁵⁷¹ Bitter, s. 1236; Rützel/Wegen/ Wilske, s. 199.

⁵⁷² Bitter, s. 1237.

Kanun yoluna başvurulduğunda üst derece mahkemesi artık bu hususu gözetmiyor olmalıdır.⁵⁷³

Türk hukukunda da zorunlu arabuluculuk uygulamasının arabuluculuk sürecinin kendine özgü masraflarının, özellikle anlaşmaya varılamadığında usûl ekonomisi ilkesine uygun bir durum yaratmayacağı belirtilmektedir.⁵⁷⁴ Ancak, anlaşmaya varıldığı takdirde de usûl ekonomisi ilkesi bakımından tamamen sakıncasız bir durumun gerçekleşeceğinden söz etmek pek mümkün olmayacaktır. Çünkü zorunlu arabuluculuk süreci sonunda yapılan anlaşmanın icra kabiliyeti kazanabilmesi için ayrıca icra edilebilirlik şerhinin mahkemeden alınması gerekmektedir ki, bu durum da ayrıca zaman kaybına sebep olacaktır.⁵⁷⁵

Zorunlu arabuluculuğun usûl ekonomisi açısından özellik gösterdiği durumlardan bir diğeri olarak da HUAK 18/A-11 hükmünde düzenlenen, zorunlu arabuluculuk başvurusundan sonra yapılacak ilk toplantıya katılmayan tarafın, dava haklı çıksa dahi yargılama giderlerinin tamamından sorumlu tutulacağı ve lehine vekalet ücretine hükmedilemeyeceği yönündeki hükme dikkat çekilmektedir. Zorunlu arabuluculuk toplantısına katılmayan tarafa uygulanan bu yaptırımın, zorunlu arabuluculuğun amacıyla bağdaşmayacak ölçüde ağır olduğuna dikkat çekilmiştir.⁵⁷⁶ Üstelik bu yaptırım, yalnızca ilk toplantıya geçerli bir mazeret sunmaksızın katılmayan tarafa uygulanmakta olup, taraflara ulaşılamaması ya da ilk toplantıda herhangi bir sebeple anlaşma sağlanamaması hallerinde uygulanmaz. Toplantıya katılmayan tarafın da geçerli mazeret sunabildiği konusunda ilk değerlendirmenin arabulucu tarafından yapılacağı Adalet Bakanlığı'nın ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk hakkında çıkarttığı kitapta belirtilmiş, yani arabulucuya bu şekilde bir karar verme yetkisi verildiği ifade edilmiştir.⁵⁷⁷ Bu durumun arabuluculuğun yargılamaya alternatif oluşuyla ne ölçüde bağdaştığı konusunda tereddütlerin bulunduğu kanaatindeyiz.

⁵⁷³ LG Marburg, Urteil vom 13.04.2005- 5 S 81/04 (<https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fnjw%2F2005%2Fcont%2Fnjw.2005.2866.2.htm&pos=8&hlwords=on>), erişim tarihi: 01.09.2021)

⁵⁷⁴ Derdiman/ Derdiman, s. 38.

⁵⁷⁵ Mustafa Göksu, “İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk”, **PressAcademia Procedia**, V.3, 2017, s. 378-384, s. 383.

⁵⁷⁶ Taşpolat Tuğsavul, **Anlaşma**, s. 342.

⁵⁷⁷ İlker Koçyiğit/ Alper Bulur, **Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu arabuluculuk**, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını (Bakanlık Kitapçığı), Ankara 2019, s. 59. Geçerli sebebin ileriki yargılamada hâkim tarafından takdir edilmesi gerekliliğine ilişkin bkz. Talat Canbolat, “İş Hukukunda Arabuluculuk”, **Arabuluculuk Zirvesi II**, Editör: Yasemin Güllüoğlu Aydın, İstanbul 2020, On İki Levha Yayıncılık, s. 161-180, s. 171.

Ayrıca, haklı olan ve hakkını mahkeme yoluyla elde edecek olan tarafın salt ilk toplantıya katılmadığı için yargılamayı gereksiz meşgul etmiş sayılamayacağı, haksız olduğu halde, karşı tarafın hakkını vermeyen taraf yerine, haklı tarafın maddî külfete katlanmasının anlamsız olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır⁵⁷⁸. Buna ek olarak, her ne kadar madde gerekçesinde HMK m. 327/1 hükmündeki davanın gereksiz yere uzamasına ve gider yapılmasına neden olan taraf aleyhine, haklı çıkarsa dahi karar ve ilam harcı dışında yargılama giderlerinin tamamen veya kısmen hükmedilebileceği düzenlemesinden bahsedilmişse de, HUAK 18/A(11) hükmünün emredici olduğu ve hâkimin takdir yetkisinin bulunduğu HMK m. 327/1 ile bağdaşmadığı doktrinde haklı olarak belirtilmiştir.⁵⁷⁹

3.3.3 Aleniyet İlkesiyle İlişkisi

Aleniyet ilkesi mahkemelerde geçerli olup, duruşmaların herkese açık yapılmasını ifade etmektedir (Anayasa m. 141/1, HMK m. 28/1). Bu ilke sayesinde toplumun adalete olan güveni artmakta, başta hakimler olmak üzere yargılamaya katılântüm görevlilerin görevlerini daha dikkatli yürütmesi sağlanmaktadır.⁵⁸⁰ Kamuoyunun yargılama üzerinde bir nevi denetim sağlaması ve yargılamanın şeffaflaşması, böylece keyfilğin önüne geçilmesi sağlanmaktadır⁵⁸¹. Bu bakımlardan aleniyet ilkesinin adil yargılanma ilkesiyle bağlantılı olduğunu, yargılamaya ilişkin temel hakların bu ilkeyle korunduğunu söylemek mümkündür.⁵⁸²

⁵⁷⁸ Canbolat, s. 171. Bakanlık kitapçığında ise dava sonucunda haklı çıkacağını “hesap eden” tarafın ilk toplantıya katılmayarak, zorunlu arabuluculuğun tarafların bir masa etrafında toplanıp müzakere etme ve anlaşmaya varma gibi amaçlarına aykırı davranmasının yaptırımı olarak yargılama giderlerinin tümüne mahkûm edileceği belirtilmektedir (Bakanlık Kitapçığı, s. 58). Tarafın hakkını elde edemediği durumda geçerli bir sebebinin olmaması hallerine ise bir örnek verilmemiştir. Burada kanaatimizce taraflara haklarından feragat etme yönünde dolaylı bir dayatmadan söz edilebilir.

⁵⁷⁹ Taşpolat Tuğsavul, **Anlaşma**, s. 342. Aksi görüş için bkz. Erdoğan, s. 1238. Yazar, bu görüşü destekleyen bir husus olarak İngiliz hukukunda CPR Rule 36.17 düzenlemesini göstermektedir. Ancak bu kural, tarafın *sûlh görüşmeleri esnasında* karşı tarafın teklifine nazaran *dava sonunda daha az avantajlı bir sonuç elde etmesi* ve *hâkimin hakkaniyete aykırı olduğuna hükmetmemesi* halinde yargılama giderlerini faizleriyle birlikte teklifi kabul etmeyen tarafa yüklemektedir. Oysa HUAK m. 18/A(11) uyarınca yargılama giderlerine mahkûm edilebilmek için sadece ilk toplantıya katılmamak yeterlidir ve bu yaptırımın belirsiz bir geçerli mazeret kavramı dışında bir istisnası da düzenlenmemiştir.

⁵⁸⁰ Nesibe Kurt Konca, **Medeni Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi**, Ankara 2009, Adalet Yayınları, s. 24; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 112.

⁵⁸¹ Uğur Ersoy, **Aleniyet İlkesi ve Covid-19 Pandemisinin Aleniyet Etkisine Etkileri**, Ankara 2021, Seçkin Yayınları, s. 21; Nesibe Kurt Konca, “Medeni Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması”, **Süleyman Demirel Üniversitesi MİHDER Özel Sayısı**, s. 65-96, s. 66; Yılmaz, **Şerh**, s. 1130.

⁵⁸² Erdönmez, **Pekcanıtez Usûl**, s. 3003; Kurt Konca, **Aleniyet Kitap**, s. 24; Yılmaz, **Şerh**, s. 1130.

Yargının demokratik karakteri⁵⁸³ olarak nitelendirilebilecek olan aleniyet ilkesi, AİHS m. 6 hükmüyle de güvence altına alınmıştır. Buna göre herkesin taraf olduğu uyuşmazlıklarla ilgili kamuya açık bir yargılama yürütülmesini ve aleni şekilde karar verilmesini isteme hakkı vardır. Yargılamayla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, herkes bu ilkeye göre duruşmaları izleyebilmelidir.⁵⁸⁴ Bu sayede yargı erki toplum için kapalı bir kutu olmaktan çıkmakta, yargılamayı izleyen veya izlemeyen herkesin yargılamanın adil olduğuna inanması sağlanmaktadır.⁵⁸⁵

Mahkeme nezdinde uyuşmazlıkların çözümlenmesi sürecinde aleniyet ilkesinin geçerli olması, toplumun kanunların uygulanması hakkında fikir sahibi olmasını da sağlamaktadır. Bu sayede hukuk bilincine sahip olma imkânı da yakalayan bir toplumda hukuk kurallarına uyulması hususunda bir hassasiyetin de gelişeceği; böylece hukuka aykırı fiillerin ortaya çıkmasının engellenmesine katkıda bulunulacağı da doktrinde ifade edilmektedir.⁵⁸⁶

Aleniyet ilkesinin uygulanmayabileceği istisnai durumlar da söz konusu olabilir. HMK m. 28/2 “*Duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, ilgilinin talebi üzerine yahut resen mahkemece karar verilebilir.*” hükmünü düzenlemektedir. Elbette burada bahsi geçen gizlilik, tarafları ve onların vekillerini kapsamamaktadır⁵⁸⁷. Gizlilik kararının gerekçesi de mahkemenin vereceği hükümde açıklanmalıdır.⁵⁸⁸

Aleniyet ilkesiyle kamuoyu davayı takip etme imkânı bulurken aynı zamanda taraflara ilişkin bazı sırları da öğrenebilirler. Bu durum ise tarafların menfaatlerine uygun olmayabilir. Taraflar bu sebeple gizlilik talep etseler dahi, bu yöndeki iradeleri her zaman belirleyici olmayacak⁵⁸⁹, kanunda belirtilen koşulları taşıdıklarını ispatlamak zorunda kalacaklardır. Bu koşullar ise genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kılmasından ibarettir. Tarafların korunmaya değer

⁵⁸³ Karş. Winfried Hassemer, “Über die Öffentlichkeit Gerichtlicher Verfahren- Heute”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 46. Jahrg. H. 5, 2013, s. 149-151, s. 150.

⁵⁸⁴ Erdönmez, *Pekcanıtez Usûl*, s. 896; Ersoy, s. 21; Yılmaz, *Şerh*, s. 1133.

⁵⁸⁵ Kurt Konca, *Aleniyet Kitabı*, s. 26.

⁵⁸⁶ Kurt Konca, *Aleniyet Kitabı*, s. 26.

⁵⁸⁷ Kuru, *Usûl El Kitabı*, s. 114.

⁵⁸⁸ Erdönmez, *Pekcanıtez Usûl*, s. 899.

⁵⁸⁹ Ersoy, s. 52.

menfaati, Anayasa Mahkemesi'nin HMK m. 28 hakkında tesis ettiği ihlal kararı nedeniyle aleniyet ilkesinin bertaraf edilmesi için bir neden değildir⁵⁹⁰.

Buna karşılık arabuluculukta gizlilik ilkesi geçerlidir. Arabuluculukta gizlilik ilkesi, sürece katılanların sır saklama yükümlülüğü ile arabuluculuk sürecinde düzenlenen veya ortaya çıkan bilgi ve belgelerin yargılamada delil olarak kullanılamamasını ifade eder (Karş. HUAK m. 4, m. 5). Üstelik arabuluculuk bir yargılama faaliyeti olmadığından gizlilik ilkesi aleniyet ilkesine aykırılık da teşkil etmez.⁵⁹¹

Taraflar mahkeme nezdinde davaya devam ederken gizlilik talebinde bulunsalar dahi bu talep kanunda sayılân sebeplere dayalı olarak kabul edilebilecek ve reddedildiği takdirde ticari sırlar dahil olmak üzere her tür sır kamuoyu ile paylaşılmış olacaktır⁵⁹². Tabi olduğu gizlilik ilkesi sebebiyle, uyuşmazlığın aleniyet ilkesine tabi olan yargılama aşamasına taşınmasını istemeyen taraf için, arabuluculuk yolunun daha uygun olabileceği kanaatindeyiz. Dava sürecinde talep sonucunu haklı gösteren vakıaları ispat etmek için sırların açıklanması gerekebilir ve bu durum da taraflarda dava açıp açmama konusunda tereddüde neden olabilir⁵⁹³. Yargılama esnasında verilecek gizlilik kararına dayanak olarak 7251 sayılı Kanun'la HMK'da yapılandırılmışlıklarla (daha sonra Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen) “korunmaya değer üstün menfaatin”⁵⁹⁴ getirilmiş olması, dava esnasında tarafların endişelerini gidermeye yetmemiştir. Bahsi geçen değişikliğin muğlak olduğu, içtihat ve doktrinde yerleşmiş bir kavram olmadığı ve kişiye, olaya veya zamana göre değişebileceği doktrinde haklı olarak dile getirilmiş, bu durumun keyfiyete yol açma ihtimalinden bahsedilmiştir.⁵⁹⁵ Özellikle davalının böyle bir endişesi varsa, zorunlu arabuluculuğun bu endişenin bertaraf edilmesi açısından faydalı olduğu söylenebilir.

⁵⁹⁰ AYM 2020/73E. 2023/181K. 26.10.2023, RG: 23.12.2023.

⁵⁹¹ Çiğdem Yazıcı Tıktık, **Arabuluculukta Gizliliğin Korunması**, İstanbul 2013, On İki Levha Yayıncılık, s.77.

⁵⁹² Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 900.

⁵⁹³ Güray Erdönmez, “Alman Hukukunda Verilmiş Bazı Mahkeme Kararları Işığında Gizli Yargılama Kavramına Genel Bir Bakış”, **Haluk Konuralp Anısına Armağan**, Cilt 1, Ankara 2009, Yetkin Yayınları, s. 223-239, s. 224.

⁵⁹⁴ Bu kavramın 1086 sayılı HUMK zamanında ele alınışıyla ilgili bkz. Pınar Çiftçi, “Özel Hayatın Korunması Menfaati Kapsamında Medeni Yargılamada Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 20 Sayı 2, 2018, s. 159-189, s. 166; Kurt Konca, **Aleniyet**, s. 75-76.

⁵⁹⁵ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 3003; Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özkes, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 150, 2020, s. 247-299, s. 269. Değişikliğin karşılaştırmalı hukuk

Bir diğer açıdan, arabuluculuk sürecine katılantüm kişilere arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde elde ettikleri bilgi ve belgeleri gizli tutma yükümü getirilmesi (HUAK m. 4/2), taraflar arasında bir rekabet ilişkisinin bulunması halinde, sır niteliğinde olan konuların üçüncü kişilere aktarılması endişesini de bertaraf edebilecektir. Alman hukukunda mahkemeler bu durumda duruşmaları gizli yapma konusunda açık bir yetkiye sahip oldukları gibi, GVG §174 Abs. 3 uyarınca taraflardan duruşma esnasında öğrendikleri sırları saklamalarını da isteyebilmektedir. Ne var ki, Alman doktrininde bu önlemlerin dahi ancak sınırlı bir koruma sağlayabildiği çünkü duruşma gizli yapılsa bile tarafların duruşmaya katılma ve delil toplanırken hazır bulunma haklarına müdahale edilemeyeceği ifade edilmiştir.⁵⁹⁶

Davanın taraflarının sırları bakımından açık ve net bir düzenlemenin yapıldığı Alman hukukunda yapılmış bu tartışmalar dikkate alındığında, konuyla ilgili Türk hukukundaki muğlak durumun, yargılamada yer alan taraflar açısından mahkemenin keyfi karar verme ihtimalinin yanı sıra, karşı tarafın öğrendiği sırları üçüncü kişilerle paylaşması açısından da güvensizliğe yol açabileceği düşünülebilir. Bu noktada öncelikle zorunlu arabuluculuk yoluna başvurulacak olmasının, tarafların bu tür endişelere kapılmadan uyuşmazlıklarını sonlandırmalarına yardımcı olacağı düşüncesinde olmakla birlikte, aleniyet ilkesinin toplumdaki hukuk bilincini oluşturma ve kanunların uygulanmasını kavrama fırsatı verme fonksiyonları da dikkate alındığında, dava şartı zorunlu arabuluculuk kavramıyla bağdaşmadığı kanaatindeyiz.

3.3.4 Tasarruf İlkesi ve Yargılamanın Sevk ve İdaresi ile İlişkisi

Kaynağını özel hukuktan alan ve özel hukuk ilişkilerinde geçerli olan irade serbestisinin yargılama hukukundaki devamı olan⁵⁹⁷ tasarruf ilkesi, medeni yargılama

açısından değerlendirilmesi için de bkz. Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 269. Düzenlemenin İsviçre Medeni Usûl Kanunu ve İsviçre içtihatlarından yola çıkarak düzenlenildiği, İsviçre’de başarıyla uygulanan hükmün Türk hukukunda da herhangi bir belirsizliğe neden olmayacağı yönünde görüş için bkz. Selçuk Öztekin, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Aleniyet İlkesine İlişkin 28’inci Maddesi İle Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Veya Başka Yerde Duruşma İcrasına İlişkin 149’uncu Maddesinde 7251 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Hakkında Bazı Düşünceler”, **Adalet Dergisi** 2021/1 66.sayı, s. 641-665, s. 648.

⁵⁹⁶ Erdönmez, **Gizlilik**, s. 225-226.

⁵⁹⁷ HMK m. 24 Gerekçesi; Cengiz Topel Çelikoğlu, “6325 Sayılı HUAK’a Göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleri ile İlişkisi”, **Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan**, Ankara 2014, Yetkin Yayınları, s. 669-723, s. 707; Nedim Meriç, **Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi**, Ankara 2011, Yetkin Yayınları, s. 76; Postacıoğlu/Altay, s.

hukukunda genel olarak hak sahibinin hakkını dava yoluyla ileri sürüp sürmemekte, dava açtığında bunu sonlandırabilmekte ve hatta dava öncesi veya sonrası sülh, arabuluculuk ve benzeri dostane yollarla uyuşmazlığı çözmeyi deneyebilmesini ifade eder.⁵⁹⁸ Diğer bir deyişle taraflar bu ilke uyarınca yargılamanın başlangıcını, konusunu ve sona ermesini belirleyebilir ve dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebilirler.⁵⁹⁹ Davayı açıp açmamak hususunda serbestiye sahip olan tarafların başvurusuyla mahkemenin uyuşmazlığı inceleme zorunluluğu doğar. Öte yandan, tarafın dava yoluyla hakkını talep etmeyi tercih etmemesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmez. Kanun yolu aşamasında da geçerli olan tasarruf ilkesinin sonuçlarından biri olarak, mahkeme taraflar başvurmamakça dava dosyasını bölge adliye mahkemesine ya da Yargıtay’a gönderemez.⁶⁰⁰ Belirtilmelidir ki madde lafzında geçen “dava” tabiri, derdest dava içinde yer alan veya dava şeklinde ileri sürülmesi gerekmeyen tarafa ait her tür iş veya istem olarak geniş kabul edilmelidir.⁶⁰¹ Benzer şekilde, taraflar tahkim sözleşmesi yapsa dahi, uyuşmazlık hakem mahkemesinde açılmadan çözülemez.⁶⁰²

Davacının dava yoluyla hukuki koruma talep etmesinden vazgeçip davadan feragat etmesi de tasarruf ilkesiyle ilgilidir. Aynı şekilde tarafların sülh olarak uyuşmazlığı sona erdirebilmeleri de tasarruf ilkesinin sonucudur.⁶⁰³ Ayrıca, mahkemenin hukuki koruma sağlayabilmesi için, tarafların taleplerini belirlemeleri gerekir. Hâkimin taleple bağlılığı da tasarruf ilkesiyle açıklanabilir.⁶⁰⁴ Ancak diğer tarafın başka bir hakkının bulunduğunu tespit ederse, taraf kendisi dava açmadığı veya talepte bulunmadığı sürece, olaya kendiliğinden el koyup karar veremez.⁶⁰⁵

Davayı açma hususunda tasarruf ilkesinin bir istisnası bulunmamaktadır⁶⁰⁶; yani tarafların hukuki korumayı mutlaka talep etmesi gerekir. Ancak dava açıldıktan

153; Umar, s. 109; Ejder Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, (Cilt I), Ankara 2021, Yetkin Yayınları, s. 913.

⁵⁹⁸ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 783; Varol Karaaslan, “Hâkimin Tarafsızlığı İlkesi ile Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi Arasındaki İlişki”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı Sayı 4(2)**, 2014, s. 97-130, s. 101; Meriç, s. 54.

⁵⁹⁹ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 784; Yılmaz, **Şerh**, s. 913.

⁶⁰⁰ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 785.

⁶⁰¹ Yılmaz, **Şerh**, s. 915.

⁶⁰² Umar, s. 110.

⁶⁰³ Yılmaz, **Şerh**, s. 913; Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 786; Meriç, s. 208.

⁶⁰⁴ Yılmaz, **Şerh**, s. 913; Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 788; Umar, s. 110.

⁶⁰⁵ Yılmaz, **Şerh**, s. 917.

⁶⁰⁶ Yılmaz, **Şerh**, s. 917; Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 792.

sonra bazı durumlarda hâkim re'sen hareket edebilir. Boşanma davalarında hâkim eşlerin taleplerinden başka bir şeye, örneğin boşanma talep edildiyse ayrılığa karar verebilir (TMK m. 170/3)⁶⁰⁷. Çocukların çıkarını gözeterek, tarafların çocuklar hakkındaki talepleriyle bağlı olmaksızın karar verebilir. Eşlerin anlaşmalı boşanması halinde hâkim boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu hususunda yapılan anlaşmayla bağlı değildir (TMK m. 166/3)⁶⁰⁸. Anonim şirketlerde fesih talebinde bulunduğu zaman davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılması veya başka bir çözüme karar verilmesi (TTK m. 531) bir başka örnektir. Yargılama giderlerinin karşı tarafa yüklenmesi de hâkimin taleple bağlı olmadığı istisnai hallerden biridir.⁶⁰⁹

Yargılamanın sevk ve idaresi de (HMK m. 32) hâkimin görevlerinden olup, esasen tarafların bu konuda tasarruf yetkileri yoktur. Tasarruf ilkesi gereği davayı açmak ve konuyu belirlemek tarafların göreviyken, dava açıldıktan sonra davayı amaca ve hukuka uygun şekilde inceleyerek makûl süre içinde sona erdirmek hâkimin görevidir.⁶¹⁰ Buna göre hâkim soru sorma, tarafları çağırarak dinleme ve delilleri toplama yollarıyla davanın aydınlatılmasını sağlayabilmektedir.⁶¹¹ Hakimin davayı aydınlatma ödevi, özellikle avukatla temsil zorunluluğunun bulunmadığı Türk hukukunda hukuki bilgisi yeterli olmayan taraflar bakımından ayrıca önem taşımaktadır. Örneğin bir satım sözleşmesi gereği teslim borcunun yerine getirilmemesi durumunda, satım bedelinin ödenip ödenmediğinin açıklanmaması bir eksiklik olup hâkim bu konuyu aydınlatmak için soru sorabilir.⁶¹²

⁶⁰⁷ Meriç, s. 123; Postacıoğlu/Altay, s. 156; Umar, 111. Bu düzenlemenin amacı eşlerin tekrar birleşme ihtimali olduğu kanaatine varıldığına boşanmaya hükmedilmemesidir. Ayrılık kararı imkanının boşanmaya sıcak bakmayan İsviçre kilise hukukunun bir yansıması olduğu ve bu kuruma yönelik eleştiriler için bkz. Mehmet Erdem, **Aile Hukuku**, Ankara 2019, Seçkin Yayınları, s. 159 vd.

⁶⁰⁸ “Ailenin toplumun temeli olması nedeniyle boşanma davaları kamu düzeni ve yararını ilgilendirmektedir. Evlilik birliğinin kurulması gibi boşanma da her şeyden önce hukuksal bir olaydır. Boşanma, toplumu ve toplumun temelini oluşturan ailenin yapısını doğrudan ilgilendirmesi, sosyal düzeni bozucu bir özellik göstermesi nedeniyle aynı zamanda toplumsal bir olaydır... 166. maddenin üçüncü fıkrasında yasakoyucu zorunlu olarak gerçekleşmesini istediği ilkeleri açıkça belirtmek suretiyle boşanmanın, ilerde eşlerden biri ya da çocuklarla ilgili olarak adaletsizlik, haksızlık ve kimi sakıncalar doğurmaması için güvence getirmiş, tarafların ikrarlarıyla bağlı olan hâkimin boşanma isteğinin serbest iradeye dayanıp dayanmadığını saptamasını ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hakkında açık müdahalesini gerekli görmüştür...” (AYM 15.05.2008, 2005/26E. 2008/105K. RG: 15.11.2008-27045).

⁶⁰⁹ Erdönmez, **Pekcanıtez Usûl**, s. 793; Meriç, s. 121.

⁶¹⁰ Erdönmez, **Pekcanıtez Usûl**, s. 813.

⁶¹¹ Erdönmez, **Pekcanıtez Usûl**, s. 815; Karaaslan, s. 103.

⁶¹² Karaaslan, s. 105.

Zorunlu arabuluculuğun hem hâkimin yargılamayı sevk ve idaresi hem de tasarruf ilkesi açısından değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bunun için zorunlu arabuluculuğun ilk ortaya çıktığı koşulların ve tasarruf ilkesiyle hâkimin yargılamayı sevk ve idaresinin yargılama sistemimizdeki özelliklerinin de dikkate alınması gerekmektedir.

3.3.4.1 Zorunlu Arabuluculuğun Kaynağını Bulduğu Yargılama Sistemi Olması Bakımından

Zorunlu arabuluculuğun esas ortaya çıktığı sistem olan Amerikan hukukunda, medeni yargılama hukuku Kara Avrupası sisteminden farklı özellikler göstermektedir. Örneğin Kara Avrupası sisteminde hâkim hukuku re'sen uygulamakta, buna karşılık tarafların gösterdiği delillerle bağlı bir inceleme yapmaktadır. Buna karşılık, Amerikan hukukunda hâkimin delil araştırmasına başlama yetkisi bulunmaktadır.⁶¹³ Hâkimin yargılamadaki rolü hakkında da yeknesak bir uygulama bulunmayıp, minimum standart bir taraf vekili gibi davranmamak olup, hâkim bazen neredeyse tamamen pasif, bazen de çok daha aktif bir konumda olabilmektedir. Üstelik Kara Avrupası sisteminin aksine hâkim dava boyunca hukuki değerlendirme yapmayıp, sadece tarafların çekişmesini değerlendirmektedir.⁶¹⁴ Jürili yargılamalarda hâkim jüri için delilleri incelememekte, bu fonksiyonu taraf vekillerine bırakmaktadır. Jürisiz yargılamalarda ise taraf vekillerinin iddialarını dinlemekte ancak karar verirken delilleri tekrar dikkate almamaktadır.⁶¹⁵ Vakıaların tespiti jürili yargılamalarda jüri tarafından yapılır; jürisiz yargılamalarda hâkim tarafından yapılsa dahi karar verirken kapsamlı bir gerekçelendirme yapmak hâkimin takdirindedir.⁶¹⁶

Avukat odaklı olan Amerikan medeni yargılama hukukunda⁶¹⁷ taraf vekillerinin çok baskın bir rolü ve geniş yetkileri bulunmaktadır. Kara Avrupası hukukunda hukuku hâkim uygularken, Amerikan hukukunda hukuki değerlendirmeyi avukat yapmakta ve hatta yaptığı değerlendirmelerden birini hâkim seçmektedir. Yine avukatlar yargılamanın sevk ve idaresinin hâkimin görevi olduğu ve avukatın yalnızca

⁶¹³ Hazard Jr./ Taruffo, s. 86.

⁶¹⁴ Hazard Jr./ Taruffo, s. 89; James R. Maxeiner, "The Federal Rules at 75: Dispute Resolution, Private Enforcement or Decisions According to Law", *Georgia State University Law Review* 30(4), 2014, s. 983-1026, s. 1016.

⁶¹⁵ Hazard Jr./ Taruffo, s. 89.

⁶¹⁶ Hazard Jr./ Taruffo, s. 90.

⁶¹⁷ Hazard Jr./ Taruffo, s. 91.

tamamlayıcı rolünün bulunduğu Kara Avrupası sisteminin aksine, Amerikan yargılamasında davanın yürütülmesinde avukatlar geniş yetkilere sahiptir.⁶¹⁸ Örneğin temsil ettiği taraf ısrar etse dahi yalan söyleyeceğine kanaat getirdiği bir tanığa dayanmayı reddedebilir.⁶¹⁹ Avukatın bu kadar öne çıktığı bir sistemde taraf vekillerinin adeta partizanlaşması hatta duruşmalarda “kabalaşmaları” dahi söz konusu olmaktadır⁶²⁰. Avukatların bu saldırgan tutumunun bir amacı da müvekkillerinin davaya devam etmelerini sağlamak, onları yargılama sürecinde tutabilmektir; bu açıdan dava süreçleri uluslararası diplomatik süreçlere benzetilmektedir. Bu nedenle Amerikan hukukunda yetkin bir avukatın müvekkilinin davasında objektif de olabilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu özellik özellikle müvekkili karşı tarafla anlaşırken önem taşımaktadır. Taraflar anlaşırken avukatların partizan tavırlarının bulunmaması gerektiği ifade edilmekte, özel hukuk uyuşmazlıklarının yüzde doksandan fazlasının dava öncesinde anlaşmayla sonuçlandığına dikkat çekilmektedir.⁶²¹

Deliller Amerikan hukukunda yargılama öncesindeki bir aşamada *discovery* denilen bir yöntem ile “keşfedilip” toplanırken, Kara Avrupası sisteminde tarafların dava açarken gösterdikleri delillerin toplanıp incelenmesi söz konusudur. Avukatların bu aşamada da denetim dışı bir hakimiyetleri bulunmaktadır. Oysa vakıaların tespiti ve delillerin değerlendirilmesi Kara Avrupası sisteminde hâkimin görevidir.⁶²²

Amerikan hukukundaki avukat odaklı bu anlayış, özellikle ekonomik durumu yetkin bir avukatla temsil edilmesine engel olan bir tarafın bulunduğu davalar bakımından eleştirilmekte, en azından güç dengesinin sağlanamadığı durumlar için yargılamanın Kara Avrupası sistemindeki gibi hâkim odaklı olması gerektiği yönünde eleştiriler getirilmektedir.⁶²³

Amerikan medeni yargılama hukukunun bu özelliklerinin de etkisiyle, aşağıda da bahsedileceği üzere⁶²⁴, bazı reformlarla özel hukuk uyuşmazlıkları için eyaletlere zorunlu dostane uyuşmazlık çözüm yolları hakkında düzenleme yapma yetkisi

⁶¹⁸ Hazard Jr./ Taruffo, s. 124.

⁶¹⁹ Hazard Jr./ Taruffo, s. 92.

⁶²⁰ Hazard Jr./ Taruffo, s. 102; Maxeiner, s. 987

⁶²¹ Hazard Jr./ Taruffo, s. 102.

⁶²² Hazard Jr./ Taruffo, s. 125; Maxeiner, s. 987.

⁶²³ Hazard Jr./ Taruffo, s. 103.

⁶²⁴ Bkz. Birinci Bölüm §2.3.1.2.

verilmiştir. Amerikan hukuku bakımından zorunlu arabuluculuğun ortaya çıkması bu bağlamda anlamlı görünmektedir; üstelik zorunlu arabuluculuğun kanun koyucunun getirdiği bir düzenlemeden ziyade genellikle mahkemelerin tarafları zorunlu arabuluculuğa (veya diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine) yönlendirmeleri şeklinde uygulanmakta, bu da zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını ihtiyaca göre değerlendirme imkânı vermektedir. Ayrıca, avukat odaklı bir yargılama sisteminde tarafların vekilleriyle birlikte bu zorunlu süreçlere katılmalarının, avukatla temsil zorunluluğu olmayan bir sisteme göre daha faydalı olacağı açıktır. Nitekim yukarıda da belirtildiği üzere hâkimin davayı aydınlatma ödevinin avukatla temsil edilmeyen taraf için daha önemli olduğu açıktır.

3.3.4.2 Tasarruf İlkesinin Maddî Hukuk ile Bağlantısı ve Arabuluculuğun Niteliği Bakımından

HUAK m. 2(b) hükmü ve doktrinde yapılandırılmalardan⁶²⁵ hareketle, arabuluculuğun esasen tarafsız ve bağımsız üçüncü kişilerin nezdinde anlaşarak uyuşmazlığın çözüldüğü yöntem olarak tanımlamak mümkündür.⁶²⁶ Çalışmanın önceki kısımlarında bahsedildiği üzere bir yargılama faaliyeti olmayan arabuluculuğun⁶²⁷ sonunda taraflar, her iki tarafın karşılıklı irade beyanlarını içeren, borçlar hukuku anlamında⁶²⁸ ve mahkeme dışı sülh niteliğinde⁶²⁹ bir sözleşme akdetmiş olacaklardır. Bu sözleşmenin mutlaka yazılı şekilde olması gerekmemektedir ve bu sözleşmeyle ilgili bir ihtilaf ortaya çıktığı takdirde mahkemeye başvurmak mümkündür. Bahsi geçen sözleşmenin akdedildiği süreçte arabulucunun bulunması sözleşmenin mutlaka kanuna uygun olduğu veya tarafların hak ve menfaatlerinin en iyi şekilde korunduğu anlamına da gelmez.⁶³⁰

⁶²⁵ Bkz. Birinci Bölüm, §1.1.

⁶²⁶ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 17.

⁶²⁷ Bkz. Birinci Bölüm §1.1.

⁶²⁸ Hans Gummert, *Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht*, Münih 2019, C. H. Beck, Rn. 49; Ahmet Kılıçoğlu, *Arabuluculuk Sözleşmeleri*, Ankara 2020, Turhan Kitabevi, s. 89; Emre Kıyak, “Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 6 S. 21, 2015, s. 523-548, s. 531; Eva Nistler, “Die Mediation”, *Juristische Schulung*, Heft 8, 2010, s. 685-689, s. 688; Melis Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara 2012, Yetkin Yayınları, s. 184..

⁶²⁹ Çelikoğlu, s. 707.

⁶³⁰ Taşpolat Tuğsavul, *Anlaşma*, s. 344.

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılânanlaşma borçlar hukuku anlamında sözleşme olduğuna göre, borçlar hukuku kurallarının uygulanacak olması doğaldır. Öte yandan kamu düzenini ilgilendiren konularda tarafların serbestçe tasarruf edememelerinden dolayı arabuluculuk yoluna başvuramayacakları ve sülh olamayacakları da açıktır.⁶³¹ Dolayısıyla arabuluculuk faaliyetine başvurulabilecek konularda tarafların tasarruf yetkisi bulunmakla birlikte, yukarıda belirtilen medeni yargılama hukukundaki tasarruf ilkesinin maddî hukuk bağlantısı uyarınca bu konulardaki uyuşmazlıklar için dava yoluyla hukuki koruma isteme hususunda da serbestiye sahiptirler.

Arabuluculuk faaliyetinin amacı sonuçta bir anlaşmaya varmak olduğuna ve bu anlaşma da borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olacağına göre, burada da sözleşme özgürlüğün geçerli olacağı düşünülebilir⁶³². Anayasa m. 48 hükmü herkesin sözleşme özgürlüğüne sahip olduğunu ifade etmektedir. Sözleşme özgürlüğü kişilerin hukuki ilişkilerini özgür iradeleriyle düzenleyebilmelerini ifade eden irade serbestliği ilkesinin bir görünümü olup, unsurlarından biri sözleşme kurma özgürlüğüdür⁶³³. Sözleşme kurma özgürlüğü bağlamında zorunlu arabuluculuğun, yalnızca başvuru zorunlu olduğu için herhangi bir sakıncasının olmayacağı düşünülebilir.⁶³⁴ Ancak, özellikle tarafların eşit güçte olmadığı hallerde, zorunlu arabuluculuk faaliyetindeki zorunluluk unsuru yalnızca başvuruda kalmayıp, istekleri dışında bir sözleşme yapmalarıyla sonuçlanabilir⁶³⁵.

Daha önce belirtildiği gibi tarafların hak ve menfaatlerinin tam olarak korunamayabileceği bir arabuluculuk sürecinde tarafların iradeleriyle sözleşme yapmaları şüpheyle karşılanabilirse de, tarafların sözleşme yapma hususunda görüşme yapmaya zorlanmalarının mümkün olabileceği düşünülebilir. Ancak konu zorunlu arabuluculuk olduğunda, tarafların iradelerinin esasen Devlet yargısından hukuki

⁶³¹ Kıyak, **Anlaşma**, s. 533.

⁶³² Mine Akkan, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Anlaşılânhusurlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 20 Sayı 2, 2018, s. 1-31, s. 16; Çelikoğlu, s. 706; Taşpolat Tuğsavul, s. 190.

⁶³³ O. Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Cilt V/1, 1)**, Ankara 2019, Seçkin Yayınları, s. 125; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2017, Yetkin Yayınları, s. 16.

⁶³⁴ Nitekim sadece başvuru zorunluluğunun arabuluculuğun eşitlik ilkesini de zedelediği belirtilmekteyse de, zorunlu arabuluculuktaki yaptırımların orantısızlığı ve uygulamadaki güçlükler dikkate alındığında buna katılmanın mümkün olmadığı hakkında bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 151.

⁶³⁵ Bolayır, s. 9; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 151.

koruma istenmesi yönünde olduğunu da hatırlamak gerekmektedir. Üstelik daha önce incelenen bazı hukuk sistemlerinde olduğu gibi⁶³⁶, taraflara, makûl veya belirlenen sebeplerin varlığı halinde zorunlu arabuluculuğun kendilerine uygulanmamasını isteme (opt-out) gibi bir imkân da verilmemiştir. Oysa zorunlu arabuluculuk tarafları hak aramaları için esas başvuracakları yer olan Devlet yargısından uzak tutmaktadır⁶³⁷; dolayısıyla dava açıp açmama yönündeki iradelerine etki etmektedir. Üstelik Türk hukukunda zorunlu arabuluculuk uygulaması, hem 7036. s. Kanun hem TTK m. 5A hem de 6502 s. TKHK m. 73A hükmü bakımından özellikle dava konusunun değeri açısından çok geniş kapsamda düzenlenmektedir. Bu açıdan, mahkemeye erişim hakkı kapsamında tartışılacak zorunlu arabuluculuğun, tarafların dava açma yönündeki iradelerini etkileme ihtimali göz önüne alındığında, medeni yargılama hukukunda yer alan tasarruf ilkesi ile uyumlu olmayabileceği kanaatindeyiz.

3.3.5 Dürüst Davranma Yükümlülüğüyle İlişkisi

3.3.5.1 İyi Niyetle Katılım (Good Faith Participation) Kavramı

Anglo Amerikan hukukunda zorunlu arabuluculuk söz konusu olduğu zaman, tarafların doğruyu söylemeleri üzerine kurulmuş olan⁶³⁸ “tarafların iyi niyetle katılımı” (good faith participation) dikkat çeken bir husus olagelmıştır. Arabuluculuk doğruya ulaşma amacı taşıyan bir süreç değildir⁶³⁹; ancak ihtiyari arabuluculukta dahi güç dengesizliklerinin olabileceği, arabulucuların süreç öncesinde, esnasında ya da sonrasında taraflarca sektörden kişiler arasından seçilmesine rağmen, sektöre daha aşina olan tarafın bu seçimde dahi daha avantajlı olabileceği ifade edilmektedir. Üstelik arabuluculuğun (ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının) usûl hukukunda sağlanan koruyucu nitelikten de yoksun olduğuna dikkat çekilmektedir.⁶⁴⁰ Bunun dışında arabuluculuğun gizlilik ilkesine tabi oluşu⁶⁴¹ ve böylece kamusal ya da yargısal bir denetimden yoksun bulunması, sürecin taraflarca yanlış yönlendirilmesi

⁶³⁶ Bkz. Birinci Bölüm, §2.3.2.1, §2.4.

⁶³⁷ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 135.

⁶³⁸ Peter N. Thompson, “Good Faith Mediation in Federal Courts”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, No. 26 Issue 2-3, 2011, s. 363-428, s. 365.

⁶³⁹ Thompson, s. 365.

⁶⁴⁰ Maureen A. Weston, “Checks on Participant Conduct in Compulsary ADR: Reconciling the Tension in the Need of Good Faith Participation, Autonomy and Confidentiality”, *Indiana Law Journal*, 76:3, 2001, ss. 591-646, s. 603.

⁶⁴¹ Thompson, s. 365.

veya kötüye kullanılması halinde devreye girecek mekanizmaların bulunmayışına da değinilmektedir. Bu sebeple sürecin adil olmama ihtimalinin göz ardı edilmemesi gerektiği vurgulanmaktadır.⁶⁴² Sonuçta karşı tarafa kasten yanlış bilgi verilmesi ya da karşı tarafın kandırılması, gerçeği bilse kabul etmeyeceği bir anlaşmayı kabul etmesini sağlayabilir⁶⁴³.

Arabuluculuk süreci dürüstlük kuralına uygun olarak bilgiyi paylaşma yoluyla sürdürülebileceğinden, iyi niyetle katılım yükümlülüğünün, tarafların karşılıklı tatmin olması bakımından faydalı olabileceği ifade edilmektedir. Hatta iyi niyetle katılım yükümlülüğü olmaksızın, arabuluculuğun taraflar arası diyalog, ortak çözüm arayışı gibi, karakteristik özelliklerinin sağlanamayacağı şüphesi de dile getirilmektedir. Örneğin taraflardan birinin iş birliği yapmaktan kaçınması halinde, tarafların (ve onların avukatlarının) arabuluculuğu zaten yargılama kapsamında bir mücadele aracı olarak görüyor olmasının da etkisiyle arabuluculuk süreci yıpranacaktır.⁶⁴⁴

Arabulucunun menfaat çatışması, önyargıları ve yetersizliği, taraflara iddialarını açıklama fırsatı sunmaması, taraf vekillerini toplantılara almaması, taraflardan birine herhangi bir şekilde şiddet uygulaması ya da gözdağı vermesi veya taraflardan birine, önerilen koşulları kabul etmesi yönünde baskı yapması halinde, tarafların başvurabilecekleri yollar doktrinde tartışılmıştır.⁶⁴⁵ Bu hususta, her ne kadar bazı içtihatlarda arabuluculuğa iyi niyetle katılım yükümlülüğünün bulunmadığı ya da en azından böyle bir yükümlülüğü mahkemenin emredemeyeceği ifade edilmişse de⁶⁴⁶, doktrinde Amerikan hukukunda yapılandırılan düzenlemelerin yetersizliğine de dikkat çekilmiştir. İyi niyetle katılımın arabuluculukta bir yükümlülük olarak düzenlenmesinin arabuluculuğun amaçlarına daha uygun belirtilmiştir⁶⁴⁷. Bu yönde bir şart düzenlenmediği takdirde, her ne kadar tarafların sözleşme hukukuna ilişkin yanılma, aldatma, korkutma ya da aşırı yararlanma hallerine dayanarak arabuluculuk sürecinin sonunda varılânanlaşmanın feshi imkânı bulunmaktaysa da bunun, zaten masraf yapmış ve zorunlu arabuluculuk sebebiyle yine aynı yere başvuracak taraf için, usûl hukukunun sağlayacağı koruma olmadan anlamlı bir çare olmayacağı

⁶⁴² Weston, s. 604.

⁶⁴³ Kimberlee K. Kovach, "Lawyer Ethics in Mediation: Time For A Requirement of Good Faith", **Dispute Resolution Magazine**, Vol. 4 No. 2, 1997, s. 9-13, s. 10.

⁶⁴⁴ Kovach, s. 10.

⁶⁴⁵ Weston, s. 604.

⁶⁴⁶ Kovach, s. 9.

⁶⁴⁷ Kovach, s. 9.

belirtilmektedir. Üstelik yanıltma, aldatma, korkutma ya da aşırı yararlanma oluşturacak fiilleri gerçekleştiren tarafa bir yaptırımın düzenlenmediği de belirtilmiştir. Sadece bazı eyalet kanunlarında ya da mahkeme kurallarında iyi niyetli katılımın düzenlendiği ve mahkemelerin de toplantılara katılmama, avukata sülh olma konusunda tam yetki vermeme, gerekli bilgi ve belgeleri sunmama gibi süreci yavaşlatan, anlamsız, engelleyici ve suiistimal teşkil eden bazı fiilleri iyi niyetle katılım yükümlülüğüne aykırı gördüğü ifade edilmiştir. Böyle durumlarda mahkemeler, zorunlu arabuluculuğa yönlendirdikleri davalar için, kötü niyetle hareket edilmesi veya mahkemenin verdiği karara uymama sebebiyle davanın reddini, davanın önceki bir karardan bağımsız olarak baştan görülmesini (trial de novo) ya da giderleri iyi niyetle katılma yükümlülüğüne aykırı davranan tarafa yüklemesini yaptırım olarak uygulayabilirler. Herhangi bir eyalet kanunu ya da mahkeme kuralı bulunmasa dahi bazı mahkemelerin iyi niyetle katılım yükümlülüğünü dikkate aldıklarına da dikkat çekilmiştir.⁶⁴⁸

Anlaşmaya varma yönünde zorunluluk bulunmadığından, zorunlu arabuluculuk sürecinde iyi niyetle katılımın mahiyetinin kolayca tespit edilemeyebileceği hem Amerikan doktrinde hem de Amerikan içtihadında kabul edilmektedir.⁶⁴⁹ Bu nedenle arabuluculukta iyi niyetin tanımı hususunda bazı tereddütler oluşmuş, mahkemeler bu hususta her hukuki meselede olabileceği gibi kendi yorumlarını ortaya koymuşlardır.⁶⁵⁰ İyi niyetle katılım yükümlülüğü ele alınırken, hangi fiillerin kötü niyetli sayılması gerektiğine ilişkin bir belirlemeye gidilmesi gerekliliği vurgulanmış, bir işlem veya eylemin iyi niyetli oluşu kötü niyetli olmamasının tespitine bağlanmıştır.⁶⁵¹ Doktrinde, tarafların toplantılara katılımı, talep edilen belgelerin ibraz edilmesi, müzakerelere aktif katılım⁶⁵², gerçeğe aykırı beyanlardan kaçınma ve arabuluculuk sürecinde makûl bir süre boyunca yer alma, asgari şartlar olarak belirtilmiştir.⁶⁵³ Bu kapsamda örneğin salt delil toplanması (discovery) için toplantı yapılmasının, arabuluculuk sürecini yavaşlatma amacı taşıyabileceği ve karşı tarafın finansal açıdan zayıflamasına neden olabileceği belirtilmektedir.⁶⁵⁴

⁶⁴⁸ Weston, s. 608-611.

⁶⁴⁹ Winston, s. 197.

⁶⁵⁰ Kovach, s. 10.

⁶⁵¹ Weston, s. 628; Winston, s. 198.

⁶⁵² Kovach, s. 10; Weston, s. 628.

⁶⁵³ Weston, s. 628.

⁶⁵⁴ Kovach, s. 10.

Bu şartlara aykırı davranma halinde ise arabulucunun tarafları sadece dürüst davranmaya teşvik edebileceği ve gerekirse süreci bitirmekle yetinebileceğine ancak herhangi bir yaptırım uygulayamayacağına dikkat çekilmiştir. Bu nedenle ayrıca dava açılmasının mümkün olması gerektiği, bunun içinse iyi niyetle katılım yükümlülüğüne aykırılık iddiasında bulunan tarafın bunu somutlaştırarak ortaya koyması gerektiği belirtilmiştir.⁶⁵⁵

3.3.5.2 Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 29 Hükmüyle Zorunlu Arabuluculuk Arasındaki İlişki

Taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu medeni yargılama hukukunda davanın akıbeti taraflara bırakılmış, bu durum da yargılama esnasında dürüst davranmayan tarafın üstün gelmesine zemin hazırlamıştır. Etkili, hızlı ve ucuz yargılamaya ulaşmanın da gerekli olmasından hareketle taraflara dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü getirilmiştir.⁶⁵⁶

TMK m. 2 düzenlenen dürüstlük kuralı medeni yargılama hukukunda da geçerli olup, HMK m. 29 hükmünde dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü başlığı altında düzenlenmiştir. Bu maddenin ilk fıkrasına göre “taraflar dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadır.” Bu yükümlülük gereği taraflar, hak ve yetkilerini kullanırken birbirlerine ve mahkemeye karşı dürüst, iyi niyetli ve samimi olmalıdırlar⁶⁵⁷. Dürüst davranma yükümlülüğü adil yargılanmayı ve maddî gerçeğe ulaşmayı mümkün kılar. Bu yükümlülüğe aykırılık taraflarca ileri sürülebileceği gibi re’sen de dikkate alınabilir.⁶⁵⁸ İşlemlerin tamamlanması, yorumlanması, gözden geçirilmesi ve değiştirilmesinde dürüstlük kuralı geçerlidir. Bunun yanı sıra dava açarken de dürüst davranma yükümlülüğü geçerlidir; görünüşte dava açmak bu yükümlülüğe aykırılık teşkil eder.⁶⁵⁹ Benzer şekilde eksik bilgi vererek gerçeği

⁶⁵⁵ Weston, s. 632.

⁶⁵⁶ Acun Papakçı, “Dürüst Davranma ve Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 11 Sayı 137-138, 2016, s. 103-123, s. 104-105; Erdal Tercan, “Medeni Usûl Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 5 Sayı 1-2 Yıl 1996, s. 181-212, s. 193.

⁶⁵⁷ Papakçı, s. 109; Umar, s. 136; Tercan, s. 185; Yılmaz, **Şerh**, s. 1139.

⁶⁵⁸ Erdönmez, **Pekcanıtez Usûl**, s. 913; Papakçı, s. 109; Tercan, s. 185.

⁶⁵⁹ Erdönmez, **Pekcanıtez Usûl**, s. 913; Tercan, s. 191.

saptırmak da bu yükümlülüğe aykırılık oluşturur⁶⁶⁰. Dürüst davranma yükümlülüğü taraflar için olduğu kadar avukatlar için de geçerlidir⁶⁶¹ ve HMK'nın uygulandığı her yargılama için geçerlidir; bu kapsama her tür yargı yolu dahil edilebilir⁶⁶².

Dürüst davranma yükümlülüğüne aykırılığın yaptırımı, aykırılık teşkil eden işlem ve eylemlerin yapılmasının engellenmesidir. Bu tür işlem ve eylemlerin yaptırımı olarak madde gerekçesinde hukuki sonuç doğurmasının engelleneceği belirtilmiştir. Bu sonucun bağlayıcı olmayan gerekçeyle belirtilmesi ve söz konusu ifadenin belirsiz olması sebebiyle doktrinde eleştiriler yer almaktaysa da⁶⁶³, aykırılık oluşturan işlem ve eylemlerin yok sayılmayacağı, hâkimin bu işlemleri dinlenilebilir olmama ya da hukuki sonuç doğurmama gerekçeleriyle reddetmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir.⁶⁶⁴ Yargılama sürecinde benzer davranışlarla dürüst davranma yükümlülüğüne çeşitli maddelerde başkaca yaptırımlar da bağlanmıştır. Bu davranışlara örnek olarak davanın gereksiz yere uzatılmasına veya gider yapılmasına sebep olan tarafın, davada karar lehine verilmiş olsa dahi karar ve ilâm harcı dışında tüm yargılama giderlerine mahkûm edilebilmesidir (HMK m. 327/1)⁶⁶⁵.

HMK m. 29/2 ile de tarafların doğruyu söyleme ödevi düzenlenmiştir. Buna göre “taraflar, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdürler.” Taraflar her ne kadar menfaatlerine uygun olarak neyi ileri sürüp sürmeyecekleri konusunda serbest iseler de ileri sürdükleri hususların ve beyanlarının gerçeğe aykırı olmaması gerekir. Taraflar vakıaları en ince ayrıntısına kadar anlatmak zorunda değildir ancak ceza yargısının aksine yalan söyleme hakkına da sahip değildirler⁶⁶⁶. Bu yükümlülük hem taraflar hem de temsilcileri için geçerlidir. Taraflara bu ödevin yüklenmesindeki amaç mahkemenin vereceği hükmün gerçeğe uygun olmasını sağlamak⁶⁶⁷, böylece hakkaniyete uygun bir kararın verilmesine yardımcı olmaktır⁶⁶⁸.

⁶⁶⁰ Tercan, s. 185.

⁶⁶¹ Erdönmez, **Pekcanıtez Usûl**, s. 914; Tercan, s.188.

⁶⁶² Papakçı, s. 113; Tercan, s.187.

⁶⁶³ Papakçı, s. 115.

⁶⁶⁴ Erdönmez, **Pekcanıtez Usûl**, s. 915.

⁶⁶⁵ Erdönmez, **Pekcanıtez Usûl**, s. 914; Papakçı, s. 110.

⁶⁶⁶ Papakçı, s. 111.

⁶⁶⁷ Erdönmez, **Pekcanıtez Usûl**, s. 917; Papakçı, s. 110; Tercan, s.184.

⁶⁶⁸ Papakçı, s. 111; Tercan, s.184.

⁶⁶⁸ Erdönmez, **Pekcanıtez Usûl**, s. 917; Tercan, s.184.

Bu ödevin konusunu vakıalar oluşturur. Hukuku hâkim uygulayacağından, doğruyu söyleme ödevi sadece vakıalarla ilgilidir; hukuki açıklamalar hususunda bu tür bir yükümlülük bulunmamaktadır⁶⁶⁹. Karşı tarafın aleyhine olarak gerçek olmadığını bildiği vakıalar öne sürülmemeli, aynı şekilde karşı tarafın ileri sürdüğü ve gerçek olduğu bilinen vakıalara da karşı konulmamalıdır. İhtilaflı vakıaya ilişkin eksik bilgisi olan taraf eğer kendisinden bu bilgiye sahip olması beklenebiliyorsa, bilgisini güncellemesi gerekir. Buradaki esas mesele, kasıtlı olarak yanlış bilgi verilmesinden kaçınılmasıdır.⁶⁷⁰ Taraflar vakıaları aktarırken vakıaları ayıklayarak bambaşka bir kurgu yaratamazlar; bu anlamda doğruyu söyleme ödevi sübjektif doğruluğu içerir⁶⁷¹.

Davada re'sen araştırma ilkesinin ya da tasarruf ilkesinin geçerli olması önem taşımaksızın, hâkim tarafların doğruyu söyleyip söylemediğini kendiliğinden dikkate almalıdır⁶⁷². Vakıaların doğru bir biçimde açıklanması tarafların, davanın aydınlatılması da hâkimin ödevidir⁶⁷³.

HMK m. 29 ile yargılama esnasında tarafların dürüst davranma yükümlülüğü ve doğruyu söyleme ödevi düzenlenmiş olmasına karşın, dava şartı olarak kabul edilen zorunlu arabuluculuk açısından böyle bir yükümlülük düzenlenmemiştir. HUAK m. 18A/11 ve İş Mahkemeleri Kanunu m. 3/12 hükmü bulunduğu ve İş Mahkemeleri Kanunu m. 3 gerekçesinde “Dürüstlük Kuralına Aykırılık Nedeniyle Yargılama Giderlerinden Sorumluluk” başlıklı HMK m. 327’de benzer düzenleme olduğuna dikkat çekilmiştir. Ancak, ilk toplantıya katılmamaya uygulanan yaptırımın orantısızlığı bakımından bu husus haklı olarak eleştirilmiştir⁶⁷⁴. Üstelik HMK m. 327 açıkça dürüstlük kuralına aykırılık halini düzenlemekteyken, ne HUAK m. 18/A’da ne de İş Mahkemeleri Kanunu m. 3/12’de bu açıklık bulunmaktadır. Ayrıca, ilk oturuma mazeretsiz olarak katılmayan tarafa karşılık, karşı tarafın da yargılama aşamasında HMK m. 327’ye aykırı davranması halinde, özel hüküm olmasından dolayı HUAK m. 18/A’nın uygulanması gerektiğine dair görüşler mevcuttur⁶⁷⁵. HUAK m. 18/A

⁶⁶⁹ Papakçı, s. 113; Tercan, s.190.

⁶⁷⁰ Erdönmez, **Pekcanıtez Usûl**, s. 918; Tercan, s.185.

⁶⁷¹ Papakçı, s. 111.

⁶⁷² Erdönmez, **Pekcanıtez Usûl**, s. 920.

⁶⁷³ Papakçı, s. 111.

⁶⁷⁴ Bkz. Birinci Bölüm § 3.3.2.

⁶⁷⁵ Cenk Akil, “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hakkında Usûl Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 11 Sayı 41, 2020, s. 307-324, s. 318.

düzenlemesinin emredici olması sebebiyle bu görüşe katılmaktayız. Ancak bu durumun, karşı tarafın zorunlu arabuluculuk aşamasında ilk toplantıya katılmamasının doğuracağı sonuçların farkında olan tarafa HMK m. 327 hükmüne uygun davranması için bir sebep bırakmayacağı ve bu şekilde de yargılama sürecini baltalamasına katkıda bulunacağı da kanaatimizce açıktır.

Öte yandan arabuluculuk süreci devam ederken tarafların dürüst davranma yükümlülüğüne ilişkin herhangi bir düzenleme de bulunmamaktadır. Daha önce belirtildiği üzere, arabuluculuk faaliyeti sonucunda elde edilen anlaşma esasen borçlar hukuku anlamında bir sözleşmedir⁶⁷⁶ ve arabuluculuk sürecinde tarafların müzakereleri bu sözleşmenin yapılmasına yöneliktir. Dolayısıyla, bu sözleşmeye TMK m. 3 anlamında dürüstlük kuralının uygulanacağı açıktır. Dürüstlük kuralı her sözleşmede olduğu gibi arabuluculuk sürecinin sonunda oluşacak sözleşmenin kurulmasından öncesi, sonrası ve hatta sona ermesi hallerinde geçerli olacaktır⁶⁷⁷. Amerikan doktrininde ileri sürülen görüşlere paralel olarak, Türk hukuku açısından arabuluculuk sürecinde yanıltma, aldatma, korkutma ya da aşırı yararlanma sebepleriyle ayrıca dava açma ihtimali düşünülebilir⁶⁷⁸. Ancak bu durum, sözleşme ile çözümlenmek istenen uyuşmazlığa bir uyuşmazlık daha ekleyecektir. Buna bağlı olarak da uzun sürecek bir dava süreci daha başlayacaktır. Dolayısıyla kanaatimizce, dava şartı zorunlu arabuluculuğun uyuşmazlıkların hızla çözülmesi amacına aykırı bir durum oluşacaktır.

Zorunlu arabuluculuk sürecinde TMK m. 3 anlamında dürüstlük kuralının uygulanabilirliği açısından dikkate alınması gereken diğer bir husus HUAK m. 18/5 hükmüdür. Buna göre “Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılânhususlar hakkında taraflarca dava açılmaz.” Bu düzenlemenin gerekçeleri arasında, tarafların vardığı anlaşmanın bağlayıcı olması ve uyuşmazlığı sona erdirmesi sayılmış, anlaşmanın geçersizliğine ilişkin ya da iptal sebeplerinin bulunması halleri dışında dava açılmayacağına düzenlendiği belirtilmiştir. Bunun dışında tarafların artık ilam niteliğinde bir belge elde etmesinden ötürü dava açmakta hukuki yararlarının kalmaması da ayrı bir gerekçe olarak belirtilmiştir.⁶⁷⁹ Bu

⁶⁷⁶ Bkz. Birinci Bölüm, § 3.2.4.2.

⁶⁷⁷ Antalya, s. 234.

⁶⁷⁸ Benzer yönde bkz. Ermenek, s. 94; Taşpolat Tuğsavul, s. 198.

⁶⁷⁹ Akkan, s. 5.

düzenlemenin arabuluculuk faaliyeti sonucunda bir anlaşmaya varılması hususunda teşvik edici bir mahiyet taşıdığı da savunulmaktadır⁶⁸⁰. Ne var ki bu düzenleme, “dava açılmama” tabirinin nasıl anlaşılması gerektiğinin belirsiz olması, arabuluculuk sürecinde taraf iradesinin bir şekilde sakatlanması ve HUAK m. 18/5’in fazla şekli anlaşılması halinde bu sakatlanmanın dikkate alınması fırsatı olmadan davanın reddedilmesinin yaratacağı sakıncalar bakımından eleştirilere de uğramaktadır⁶⁸¹. Bunun dışında benzer bir düzenlemeye başka hiçbir hukuk sisteminde rastlanılmadığı, böyle bir düzenlemenin arabuluculukla bağdaşmadığı, arabulucunun hâkimin ikamesi olmadığı belirtilmekte, arabulucunun bu şekilde hakimle adeta eşdeğer tutulmasının hukuki denetim yollarını da kapattığı yönünde eleştiriler de getirilmiştir⁶⁸². Gerçekten de özellikle tarafların gönüllülük esasına göre başvurmadığı ve güç dengesizliğinin de bulunabileceği zorunlu arabuluculuk açısından, mevcut eleştirilerin yerinde olduğu kanaatindeyiz. Üstelik dava açmak için önce arabuluculuğa başvurmak zorunda bırakılândaha zayıf taraf açısından m. 18/5 hükmünün belirsizliğinin daha da bariz bir sakınca oluşturduğu düşüncesindeyiz. İş uyuşmazlıklarında işçinin, tüketici hukukunda tüketicinin zayıf taraf olmasının yanı sıra, ticari uyuşmazlıklarda dahi bu sakıncanın mevcut olduğu söylenebilir. Özellikle ekonomik açıdan zayıf olan ancak basiretli bir tacir olarak davranması da gereken taraf, örneğin bir bankanın karşısında daha savunmasız kalacak, ticari yaşamdaki akıbetini de düşünerek kendisine önerilen anlaşmayı kabul etmek zorunda kalabilecektir. Bu durumun HMK ile davanın taraflarına sağlanan dürüst davranma yükümlülüğünün getirdiği korumayı sağlamadığı ve zayıf tarafın artık dava yoluyla da hukuki koruma isteyemeyeceği ortadadır.

⁶⁸⁰ Akkan, s. 6.

⁶⁸¹ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 114.

⁶⁸² Seda Özmumcu, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 74 Sayı 2, 2016, s. 807-842, s. 837.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK TİCARET KANUNU KAPSAMINDA DAVA ŞARTI OLARAK ZORUNLU ARABULUCULUK

1. Zorunlu Arabuluculuğun Uygulama Koşulları

1.1 Ticari Dava Olması

1.1.1 Genel Olarak Ticari Dava

Ticari davalar, ticaret mahkemesi niteliğinde özel bir mahkemede görülen, bazı özel usûl kurallarına tabi davalar olarak tanımlandığı gibi⁶⁸³, çözümünün özel uzmanlık gerektirmesi dolayısıyla diğer hukuk uyuşmazlıklarından ayrılan, TTK ve diğer özel kanunlarda ticari olduğu belirtilen ya da tarafların ticari işletmelerini ilgilendiren davalar⁶⁸⁴ olarak da tanımlanmaktadır.

6102 ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 865 sayılı Kanunun aksine, ticari davaların neler olduğunu düzenlemişlerdir. 1926 tarihli 865 sayılı ticaret kanunu zamanında böyle bir düzenleme yapılmadığından, ticari nitelik taşıyan tüm işlerden doğan davalar ticari dava sayılmaktaydı⁶⁸⁵. 6102 sayılı TTK ise ticari davaların

⁶⁸³ Seyithan Deliduman/Yakup Oruç, “Ticari Davalar”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2012 Cilt 18 Sayı 2, s. 99-110, s.101; Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2018, s. 113.

⁶⁸⁴ Nesibe Kurt Konca, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Asliye Ticaret Mahkemeleri”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 4 Sayı 15, 2013, s. 79-125, s. 89.

⁶⁸⁵ Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2019, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.107; Ersin Çamoğlu, “Ticaret ve Hukuk Mahkemesi Ayırımının Sonuçları”, **Journal of İstanbul**

kapsamını 6762 sayılı TTK'ya kıyasla daraltmış, ticari iş karinesine atıf yaparak düzenlemek yerine, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın *mutlak ticari davaları* ve her iki tarafın da ticari işletmesi ile ilgili olan *nıspi ticari davaları* düzenlemiş, böylece eski kanun zamanında tek bir tarafın ticari işletmesiyle ilgili olduğu halde sözleşmeden kaynaklandığı için diğer taraf için de ticari iş sayılândurumlardan kaynaklanan davaların ticari dava olup olmadığı hususundaki karışıklığı sona erdirmiştir⁶⁸⁶.

6762 sayılı ETTK ise dördüncü maddesinde hangi davaların ticari dava sayılacağını düzenlemişti. Buna göre aynı kanunun yirmi birinci maddesinde her iki taraf için ticari sayılânhususlardan doğan davaların yanı sıra, aynı maddede sayılânbelli bazı davaların da ticari dava olduğu düzenlenmişti. Burada hâkim anlayış, ticari iş kavramına dâhil olabilecek tüm meselelerin değil, yalnızca hâkimin özel uzmanlığına ihtiyaç duyulacak meselelerin ticari dava olarak kabul edilmesidir⁶⁸⁷. Bu madde, kıstas olarak bir yandan her iki tarafın tacir olması ve uyuşmazlığın konusunu oluşturan bu nedenden ötürü ticari sayılması ile tarafların sifâtına bakılmaksızın işin ticari mahiyetinin kabul edilmesi yoluna gitmiştir. Örneğin satım, tüketim ödöncü, hizmet, eser sözleşmesi gibi hukuki işlemlerin ticari olarak vasıflandırılabilmesi her iki tarafın da tacir olmasına bağılyken, ticaret ortaklığı veya bir kambiyo senedinden kaynaklanan işlemler, ticaret hayatına özgü bir ihtisas konusudurlar. Bu sebeple ilk grup örnektekilerin aksine, ikinci grup örnekteki işlemler *mutlak* ticari davlardır.⁶⁸⁸Aynı anlayış 6102 sayılı TTK ile de sürdürölmüştür. TTK m.4, “Ticari Davalar, Çekişmesiz Yargı İşleri ve Delilleri” başlığı altında ticari davaların neler olacağını düzenlemiştir. Yine 6100 sayılı HMK m.382/1(e), ticaret hukukuna ilişkin çekişmesiz yargı işlerini sınırlayıcı olmayan bir biçimde saymıştır.

TTK m.4 incelendiğinde, üç çeşit ticari davanın düzenlendiğı görölmektedir. Bunlar *mutlak ticari davalar*- yani bir ticari işletmeyle ilgili olup olmadığına veya dava

University Law Faculty, 29(4), 1963, s. 1046-1062, s. 1049; Burhan Gürdoğan, “Ticari Usûl Hukuku”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakötesi Dergisi**, 13(1), 1956, s.172-193, s. 172.

⁶⁸⁶ Levent Börü/ İlker Koçyiğit, **Ticari Dava**, Ankara 2021, Adalet Yayınevi, s. 28; Ali Paslı, “Yargıtay Kararları Bağlamında Ticari Dava”, **Yürörlüğünün 8. Yılında Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu IV**, İstanbul 2021, On İki Levha Yayıncılık, s. 17-102, s. 20.

⁶⁸⁷ Gürdoğan, s. 173.

⁶⁸⁸ Hükümet Gereğesi, III,11 (A).

konusuna⁶⁸⁹ bakılmaksızın, işin mahiyeti gereği⁶⁹⁰ ticari dava kabul edilenler ile esasen hukuk davası olmakla birlikte⁶⁹¹, tarafların sıfâtı ile birlikte işin mahiyetine bakılarak ticari dava olarak kabul edilen⁶⁹² ticari dava sayılabilmesi için en azından bir ticari işletmeyle ilgili olması gereken davalar ve her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olan davalardır.⁶⁹³

Mutlak ticari davalar, kanuni düzenleme kriteri esas alınarak düzenlenmiş olup⁶⁹⁴, “konusu itibariyle” ticari dava olarak da anılmaktadır. Buna göre mutlak ticari davalar, “öz ticaret hayatına mahsus olup ayrı bir ihtisas cephesi arz eden meselelerden doğan davalar”dır⁶⁹⁵. TTK m.4/1’de sayılâna altı adet dava ile özel bazı kanun hükümlerinde ticari olduğu açıkça belirtilen davalardır⁶⁹⁶. Özel kanun hükümlerince mutlak ticari dava sayılanlara örnek olarak 1163 s. Kooperatifler Kanunu m. 99 verilebilir⁶⁹⁷.

TTK m.4/1 gereği mutlak ticari dava sayılanlar, (a) bendine göre öncelikle TTK’da düzenlenen hususlardan doğan davalardır. Bu davalar bakımından tek kıstas, TTK’da düzenlenmiş hususlara ilişkin olmasıdır; tarafları veya bir ticari işletmeyi ilgilendirmesi aranmaz. Örneğin kıymetli evraka ilişkin davalar bu kapsamda mutlak ticari davadır.⁶⁹⁸ Burada önemli olan, TTK’nın bir kurum olarak düzenlediği hususların bulunmasıdır. TTK’nın özel hüküm getirdiği işler TTK 4/1 kapsamında ticari davaya sebebiyet vermemektedirler. Örneğin TTK m. 20 uyarınca bir kişiye ticari işletmesiyle ilgili bir iş veya hizmet isteyen tacirin ücret isteme hakkına ilişkin açacağı dava, mutlak ticari dava sayılmaz.⁶⁹⁹ Bu kritere göre kambiyo senetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar da mutlak ticari dava olarak değerlendirilmelidir. Ancak Yargıtay bonodan kaynaklanan davalarda temel ilişkiye gitmekte ve buna göre hangi mahkemede davanın görülmesi gerektiğini değerlendirmektedir. Örneğin kira sözleşmesinin teminatı olarak verilen bono veya işçi tarafından işveren lehine

⁶⁸⁹ İsmail Kırca, “Nıspî Ticari Davaya Dair”, **BATIDER** Sayı 33 No. 1, Mart 2017, s. 55-64, s.56.

⁶⁹⁰ Deliduman/Oruç, s.103; Oruç Hami Şener, **Ticari Uyuşmazlıklarda Ticaret Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yetki Sözleşmesi**, Ankara 2021, Seçkin Yayınları, s. 10.

⁶⁹¹ Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 137.

⁶⁹² Deliduman/Oruç, s.103.

⁶⁹³ Arkan, s.107; Kurt Konca, **Ticaret Mahkemeleri**, s. 90.

⁶⁹⁴ Börü/ Koçyiğit, s. 33.

⁶⁹⁵ Gürdoğan, s. 173.

⁶⁹⁶ Arkan, s.108.

⁶⁹⁷ Arkan, s.113; Börü/ Koçyiğit, s. 33.

⁶⁹⁸ Deliduman/Oruç, s.104.

⁶⁹⁹ Gürdoğan, s.174; Şener, s. 12.

düzenlenen açık bono sebebiyle açılândavalar mutlak ticari dava sayılmayıp ticaret mahkemelerinin görev alanına girmez.⁷⁰⁰

Aynı düzenlemenin (b) bendinde ise TMK’da rehin karşılığı ödünç verme işiyle meşgul olanlar hakkındaki m.962-m.969 hükümlerinden doğan davalar ticari dava sayılmıştır. Bunun sebebi, bu tür faaliyetlerin esas itibarıyla esnaf faaliyetini aşması ve bu haliyle uzmanlık gerektirmesidir.⁷⁰¹

Aynı maddenin (c) bendinde ise 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş bazı hususlardan doğan davalar da mutlak ticari davalardan sayılmıştır. Buna göre; malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesine ilişkin m.202 ve m.203’den doğan davaların yanı sıra, aynı kanunun rekabet yasağına ilişkin 444. ve 447. maddelerinden kaynaklanan davalar da ticari davalardandır. Söz konusu maddelerden doğan davaların mutlak ticari davalar arasında yer almasının nedeni, ticari hayatta arz ettikleri önemin büyüklüğü olarak ifade edilse de, bu düzenlemelerin mutlaka bir ticari işletmeyi ilgilendirmesinin gerekmediği, bir esnaf işletmesi için de geçerli olabileceği, bu bağlamda açılacak bir davanın da esasen ticaret hayatına dair bir uzmanlık gerektirmemesine rağmen TTK m.4/1(c) gereği mutlak ticari dava sayılmasının yerinde olmadığına dair eleştiriler mevcuttur.⁷⁰²

Aynı bentte TBK m. 487 ilâ m.501 ile düzenlenen yayım sözleşmesinden kaynaklanan davalar mutlak ticari dava olarak düzenlenmiştir. Bunun sebebi ise yayımcının bir ticari işletme olacağı düşüncesidir.⁷⁰³ Bu davaların dışında aynı bent uyarınca TBK m.515-519, m.532-545, m.547-554, m.555-560 ve m.561-580’den kaynaklanan davalar mutlak ticari davalardan sayılmıştır.

Fikri mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuattan doğan (TTK m.4/1(d)); borsa, panayır, sergi ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin olan (TTK m.4/1(e)); bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerden doğan (TTK m.4/1(f)) davalar mutlak ticari

⁷⁰⁰ Şener, s. 34-35.

⁷⁰¹ Deliduman/Oruç, s.104.

⁷⁰² Deliduman/Oruç, s.104

⁷⁰³ Deliduman/Oruç, s.104

davalardır. Aynı madde herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin davaları istisna tutmuştur.

Mutlak ticari davalar TTK m.4'te sayılanlardan ibaret değildir. Bunun dışında özel kanunlarla mutlak ticari dava sayılândava türleri vardır. Örneğin Kooperatifler Kanunu m.99/1 ile “*Bu kanunda düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın ticari dava sayılır.*” düzenlemesini getirmiştir. Özel kanunlarda yer alan başka bir mutlak ticari dava ise, İİK m.154/3 dolayısıyla iflas davasıdır. 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu m.22’de, bu kanundan kaynaklanan davalarda ticaret mahkemelerinin görevli olduğunu düzenlemişken, bu kanunu ilga eden 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nda benzer bir düzenleme bulunmamaktadır.

Nıspî ticari davalar ise, konusu itibariyle ticari dava sayılânmutlak ticari davadan farklı olarak, “tarafların sıfatı itibariyle” ticari dava sayılândavalardır⁷⁰⁴. Bu davaların ticari niteliği davanın taraflarına veya bir ticari işletmeye dayandırılarak onlarla ilgili olması şartına dayanmakta olup⁷⁰⁵, TTK m.4/1’in ifadesiyle, her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davalarıdır⁷⁰⁶. Şu hâlde taraflardan yalnız birinin ticari işletmesiyle ilgili olan kira, eser, satış gibi sözleşmelerden kaynaklanan davalar, TTK m.19 uyarınca ticari iş mevcut kabul edilebilirse de ticari dava sayılmazlar⁷⁰⁷. Her iki tarafın da ticari işletmesi ile ilgili olması koşulu ise her iki tarafın da tacir olması sonucunu doğurmaktadır⁷⁰⁸. Bu

⁷⁰⁴ Gürdoğan, s. 176; Hacı Kara, “Yargıtay’ın Rekabet Yasağında Görevli Mahkeme Konusunda Verdiği Bir Karar Üzerine Değerlendirme”, **İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 6 Sayı 11, 2021, s. 45-60, s.50.

⁷⁰⁵ Börü/ Koçyiğit, s. 53; Kırca, s.56.

⁷⁰⁶ Kara, s. 51; Deliduman/Oruç, s.106.

⁷⁰⁷ Deliduman/Oruç, s.106.

⁷⁰⁸ Börü/ Koçyiğit, s. 32. Belirtmek gerekir ki her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olan ama her iki tarafın da tacir olmadığı (TTK m. 16/2 gibi) davalar nispi ticari dava sayılmalıdır. Dolayısıyla, ticari işletmenin bulunduğu her durumda mutlaka tacir olunmayabilir (Paslı, s. 22). Ancak, uygulamada nispi ticari davalar “6102 sayılı TTK’nın 4/1. maddesine göre, her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan ve *iki tarafı da tacir olan hukuk davaları*” olarak nitelendirilmektedir (14. HD 2016/5904E. 2016/9858K., 29.11.2016, <https://legalbank.net/belge/y-14-hd-e-2016-5904-k-2016-9858-t-29-11-2016-ticari-faaliyetleri-ilgilendiren-butun-davalarin-ticari/2668344/ticari+dava>, erişim tarihi: 02.03.2022). “6102 sayılı Ticaret Kanunu’nun 4/1. maddesi "Her iki tarafında ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ticari dava sayılır" 5/1. maddesinde ise "Aksine hüküm bulunmadıkça dava olunan şeyin değerine bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesinin tüm ticari davalara bakmakla görevlidir hükümlerini içerir. Davacı ile davalı bankanın tacir olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Davalılarından Ü. Ç. ise, dava dışı borçlu M... Ltd. Şti. ile yaptığı taşeronluk sözleşmesi ve bu ilişkiden kaynaklanan cari hesap ilişkisi nedeniyle borçludan alacaklı olduğu iddiasıyla takip başlatmıştır. Bu durumda, davalı Ünal, bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işlettiği için tacir sayılacağından uyuşmazlığın 6102 sayılı Kanun’un 4/1. maddesi

bağlamda, ticari işletme işleten adi ortaklık ile bu adi ortaklığın tacir ortakları arasında çıkan uyuşmazlık, adi sahası bulunmayan⁷⁰⁹ tüzel kişi tacirlerin tacirden salon kiralaması gibi hususlardan çıkan uyuşmazlıklar ticari davanın konusu olur. Hukuki işlemlerle ilgili bu kural, hukuki fiillerde de geçerlidir; haksız fiillerden kaynaklanan davaların ticari dava sayılması, her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili olmasına bağlıdır. Yine de belirtmek gerekir ki TTK tarafından düzenlenen haksız rekabet veya çatma gibi niteliği haksız fiil olan fiillerden kaynaklanan davalar, TTK m.4/1(a) uyarınca mutlak ticari davadır.⁷¹⁰

Nispi ticari davalarla ilgili olarak, 6762 sayılı TTK ve 6102 sayılı TTK arasında düzenleme açısından fark bulunmaktadır: 6762 sayılı kanunda m.4/1, “Ticaret Karinesi” başlıklı m.21’in ilk fıkrasına atıf yapmışken, 6102 sayılı TTK “her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları”ndan bahsetmiştir.⁷¹¹

Görüldüğü üzere TTK, nispi ticari davanın belirlenmesinde ticari işletmeyi ölçüt olarak göz önünde bulundurmaktadır. TTK’nın bu yaklaşımını doktrinde eleştirenler olmuştur. Bu eleştirilerin odağında, ticari davalarda özel uzmanlık alanının belirlenmesinde davanın taraflarından ziyade davanın türü olması gerektiği yer almaktadır. Bu görüşe göre eser sözleşmesinin tarafların sifâtına veya ticari işletmeyi ilgilendirip ilgilendirmedigine bakılmaksızın ya mutlak ticari dava sayılması ya da hiçbir koşulda ticari dava sayılmaması gerekir; güncel koşullar göz önünde bulundurulduğunda isabetli olanın ikinci seçenek olduğu savunulmaktadır.⁷¹²

uyarınca iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olması nedeniyle ticari dava olduğu 5/1 maddesi gereğince ticaret mahkemesinin görevi olduğu gözetilerek işin esasına girilmesi gerekirken yanılığlı değerlendirme ile görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiştir.” (23. HD 2014/536E. 2014/1780K., 11.03.2014, <https://legalbank.net/belge/y-23-hd-e-2014-536-k-2014-1780-t-11-03-2014-iki-tarafinda-ticari-isletmesiyle-ilgili-hususlardan-dog/1412173/ticari+dava>, erişim tarihi: 02.03.2022). “Bu açıklamalardan sonra somut olaya dönülecek olursa, dava konusu alacak mali müşavirlik ve muhasebe hizmetinden kaynaklanmakta olup, mutlak ticari davadan bahsedilemeyeceği gibi, keza iş bu hukuksal ilişki içerisinde *davacı taraf tacir konumunda olmadığından* nispi ticari davadan da bahsedilemez.” (İstanbul BAM 18. HD 2021/3085E. 2021/2692K., 23.12.2021, <https://legalbank.net/belge/istanbul-bolge-adliye-mahkemesi-18-dsi-e-2021-3085-k-2021-2692-t-23-12-2021-mali-musavirlik-ve-muhas/4245344/%22ticari+dava%22>, erişim tarihi: 02.03.2022).

⁷⁰⁹ Gürdoğan, s.176. Uygulamada ticari işletme işletmeyen birçok anonim şirketin bulunması, bunları taraf olduğu davada salt tüzel kişi tacir olmaları ve adi alanlarının bulunmamasından hareket edilmesinin kanunun nisbi ticari davayı ticari işletme kavramı üzerine kurgulaması ve nispi ticari dava düzenlenirken tacir kavramına atıf yapılmaması sebebiyle isabetli olmadığı ve davanın ticari işletme ile ilgisinin kurulması gerektiği yönünde bkz. Pashı, s. 21.

⁷¹⁰ Arkan, s. 115-116.

⁷¹¹ Kırca, s.56; Deliduman/Oruç, s.102.

⁷¹² Kırca, s.57.

Şarta bağlı olarak ticari dava sayıldıkları için nisbi ticari dava olarak nitelendirilecek bir dava ya bir ticari işletmeyi ilgilendirdiği ya da her iki taraf için de ticari sayılânhusustan kaynaklandıkları için ticari dava niteliğini alır. TBK m. 555-560 ile düzenlenen havale ile TBK m. 561-580 düzenlenen saklama sözleşmesine ilişkin hususlardan doğan davalar, bir ticari işletmeyi ilgilendirdiği sürece ticari dava sayılacaktır.⁷¹³

1.1.2 Ticari Davaların Ticaret Mahkemelerindeki Yeri

Bir davanın ticari dava sayılmasının birtakım sonuçları bulunmaktadır. Bunlardan biri TTK m. 5/1 hükmü uyarınca, aksine hüküm bulunmadıkça tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakacak mahkemenin, dava olunan şeyin konusu veya tutarına bakılmaksızın ticaret mahkemesi olmasıdır. Ticaret mahkemeleri, ticari uyuşmazlıkların gerektirdiği uzmanlık koşuluna göre oluşturulan⁷¹⁴, ticari uyuşmazlıkların daha hızlı çözüme kavuşturulması amacını taşıyan⁷¹⁵ mahkemelerdir. Bu mahkemelerin kuruluş amacı, diğer uyuşmazlıklardan daha farklı seyreden ve uzmanlık bilgisi gerektiren ticari uyuşmazlıkların, bu niteliğe uygun mahkemelerde görülmesi ve böylece yargılamanın taraflarına adaletle ulaşmaları için bir güvence sağlamaktır⁷¹⁶.

Yabancı hukuk sistemlerinde ticari davaların ticaret mahkemelerine ilişkin düzenlemelerde yer aldığına rastlanmaktadır. Bu sebeple ticaret mahkemelerinin ele alınması da önem taşımaktadır. Bazı hukuk sistemlerinde ticaret mahkemelerinde hukukçu olmayan hakimlerin de görev yaptığına rastlanabilmektedir. Örneğin İsviçre’de Aargau, St. Gallen, Bern ve Zürih kantonlarında durum böyledir. Bunun sebebi de ticaret mahkemelerindeki yargılamanın diğer uyuşmazlıklara nazaran daha kısa sürede sonuçlanmasıdır. Benzer şekilde Avusturya Mahkeme Teşkilatı Kanunu ve Alman Mahkeme Teşkilatı Kanunu da ticaret mahkemelerinde hukukçu olmayan hakimlerin bulunmasına imkân vermektedir. Fransa da bu imkânı düzenleyen

⁷¹³ Börü/ Koçyiğit, s. 54-55. Bankayla yapılan kiralık kasa sözleşmesi ise doktrinde saklama ve ağırlıklı olarak kira sözleşmesinin özelliklerini barındıran kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olarak nitelendirilmekte birlikte Bankacılık Kanunu m. 4/1-f kapsamında saklama hizmetlerinin de yer alması nedeniyle bu sözleşmeden kaynaklanan davaların mutlak ticari dava sayılması gerektiği belirtilmektedir (Börü/ Koçyiğit, s. 57).

⁷¹⁴ Gürdoğan, s.182.

⁷¹⁵ Çamoğlu, s. 1046.

⁷¹⁶ Kurt Konca, **Ticaret Mahkemeleri**, s. 82.

lkelerden biridir.⁷¹⁷ Türkiye’de ise ne ticaret mahkemelerinde hukukçu olmayan hakimlerin bulunmasına imkân veren bir düzenleme bulunmakta⁷¹⁸, ne de ticaret mahkemesinde görev alacak hakimlere gereken uzmanlığa yönelik bir eğitim verilmektedir. Uzmanlık gerektiren ve ticari uyuşmazlıklar gibi gecikmelerin yaratacağı sakıncanın fazla olduğu bir alanda hakimlerin uzmanlaşmamasının, örneğin ticari teamüle (TTK m.2) aşına olmayan bir hâkimin geç karar vermesine sebep olması ya da kanun yolunda kararın bozulması gibi bazı tehlikelere doktrinde dikkat çekildiğine de rastlanmıřtır⁷¹⁹. Bu hususta, özellikle somut olayın özelliklerine uygun adil bir kararın verilmesi ve bu kararın makûl sürede verilmesi açısından doktrinde hakimlere gereken eğitimin verilmesi veya bir öneri olarak ilgili alanda lisansüstü çalışma yapma gerekliliğinin getirilmesi nerisi sunulmuştur.⁷²⁰

1.1.2.1 Karşılaştırmalı Hukukta Ticaret Mahkemeleri ve Ticari Davalar

Yalnız Türk hukukunda değil, daha önce de değinildiği gibi diğer hukuk sistemlerinde de ticari davalara bakmakla görevli ticaret mahkemelerine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Avrupa’da XII. yüzyılda ilk olarak İtalya, Fransa ve Almanya Kutsal Roma İmparatorluğu’na kadar uzanan ticaret mahkemeleri, meşruiyet kaynaklı “tepeden inme” yargılama anlayışı yerine, tacirler ve vatandaşlar için adaleti sağlamaya yönelik “tabandan gelen” bir meşruiyet anlayışıyla kurulmuştur. Buradaki amaç sadece monarşik kuvvetten ayrılma değil, aynı zamanda günümüzde de

⁷¹⁷ Kurt Konca, **Ticaret Mahkemeleri**, s. 86-87.

⁷¹⁸ Cumhuriyet ncesi dönemde yabancı kanunların da etkisi ile ticaret mahkemelerinde tacirlerin yer aldığı bir dönem de olmuştur. Ancak bu kişiler mahkemede azınlıkta kaldığından davanın çözümüne bir katkılarının bulunmadığı ifade edilmiştir. (İlhan Postacıoğlu, “Bizde Ticaret Mahkemeleri Islaha Muhtaç Mıdır? I”, **İzmir Barosu Dergisi**, 1946/41, s. 8-15, s. 15). Halihazırda meslekten kişilerin “fahri hâkim” olarak görev yaptığı Almanya’da benzer bir sorun bulunmaktadır. Ticari dairelerde görev yapan fahri hakimlerin, ZPO Art. 349 nedeniyle, verilen kararların büyük bir çoğunluğunda payının bulunmadığı, bu kapsamda değerlendirilmeyecek uyuşmazlıklarda da tarafların istemiyle sadece hukukçu hakimlerin karar verebildiği de belirtilmektedir (Stephan Schulz, “Zivilprozessuale Probleme in Verfahren vor der Kammer für Handelssachen”, **Juristische Schulung**, Heft 10, 2005, s.909-912, s. 912). Hâkimden ziyade ekonomi danışmanına dönüşmesi istenmeyen bu hakimlerin, Zürih ve Avusturya’da uygulama alanı bulan bir havuz sistemi vasıtasıyla, elbette GVG dahilinde yapılacak bir değişiklikle, mahkeme başkanı veya taraflarca uzmanlık alanlarına göre seçilmesi dahi önerilmektedir (Rupprecht Podszun/ Tristan Rohner, “Die Zukunft der Kammern für Handelssachen”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 2019 Heft 3, s. 131-136, s.133).

⁷¹⁹ İlhan Postacıoğlu, “Bizde Ticaret Mahkemeleri Islaha Muhtaç Mıdır? II”, **İzmir Barosu Dergisi**, 1946/42, s. 11-15, s. 11; Podszun/ Rohner, s.132.

⁷²⁰ Kurt Konca, **Ticaret Mahkemeleri**, s. 87; İlhan Postacıoğlu, “Bizde Ticaret Mahkemeleri Islaha Muhtaç Mıdır? III”, **İzmir Barosu Dergisi**, 1947/43, s. 15-21, s. 17.

geçerliliğini koruyan, ticari ilişkilerin sağduyu ve ticari hayata dair pratik bilgiler çerçevesinde değerlendirilmesi yönünde bir ayırım yapmaktır.⁷²¹

Kara Avrupası hukuk sistemi kapsamındaki ülkelerde ticaret mahkemeleri, ticari işletmeler arasındaki uyuşmazlıklar üzerinde uzmanlaşma amacı taşımakta, bu uyuşmazlıkların en elverişli şekilde çözümüne odaklanmaktadır. Bu kapsamda hedeflenen, uyuşmazlıkların uygun, çabuk ve ucuz bir şekilde çözüme kavuşturulması olmaktadır.⁷²²

a) Almanya

Almanya’da 1879 yılında yürürlüğe giren Mahkeme Teşkilatı Kanunu (GVG) §§ 93-114 ile “Ticari Daireler”i (Kammern für Handelssachen) düzenlemiş, bu düzenlemeler günümüze kadar fazla bir değişikliğe de uğramamıştır⁷²³. Ticari daireler, eyalet düzenlemeleriyle kurulabilmektedir (GVG Art. 93). Ticari dairelerin kurulması için böyle bir ihtiyacın bulunması gerekmekte ve eyaletlerin bu ihtiyacın bulunup bulunmadığı hususunda da takdir yetkisi bulunmaktadır. Her eyalet bu yönde düzenlemeler yapmış ve ticari daireler her eyalette kurulmuştur. Ancak kurulmamış olsa dahi Türkiye’de olduğu gibi ticari davalar olağan mahkemelerde görülebilecekti.⁷²⁴

Ülkemizde olduğu gibi ticaret hukuku için ayrı bir yargılama usûlü bulunmayan⁷²⁵ Almanya’da daha önce de değinildiği üzere, ticaret mahkemelerinde hukukçu olmayan hakimler de bulunmaktadır. Buna göre ticari dairelerde bir başkan, iki de fahri hâkim bulunmakta, kanun yalnızca başkanın karar vereceğini düzenlemedikçe de her hâkimin eşit oy hakkı bulunmaktadır (GVG Art. 105). Hukukçu olmayan bu fahri hakimlerin nitelikleri de GVG Art. 109 ile düzenlenmiş, özetle tacir veya tüzel kişi tacirlerin temsile yetkili kişilerinden olmak kaydıyla, en az

⁷²¹ Alexander Brunner, “Erster Teil- Zur Konzeption eines Rechtsvergleichs der Handelsgerichtsbarkeit in Europa”, **Die Zukunft der Handelsgerichte in Europa** (Herausgeber: Alexander Brunner/ Isabelle Monferrini), Staempfli Verlag, Bern 2019, s. 13-18, s.15.

⁷²² Brunner, s. 16.

⁷²³ Podszun/ Rohner, s. 131.

⁷²⁴ Schulz, s. 909.

⁷²⁵ Eberhard Kramer, “Zweiter Teil- Länderberichte zur Handelsgerichtsbarkeit/ E. Grundlagen Deutschland” **Die Zukunft der Handelsgerichte in Europa** (Herausgeber: Alexander Brunner/ Isabelle Monferrini), Staempfli Verlag, Bern 2019, s. 67-75, s. 69; Schulz, s. 909.

otuz yaşında Alman vatandaşı olmaları aranmıştır. Diğer bir deyişle bu hakimlerin esas mesleğinin ticaret ile ilgili olması gerekmektedir. Hukukçu hakimlerin aksine bu hakimlerin görev yapması gönüllülük esasına tabidir ve tarafların mutabakatıyla hukukçu hâkimin karar vermesi mümkündür (ZPO Art. 349/3).⁷²⁶ Bu düzenlemenin sebebi, fahri hakimlerin görev alma amacının tarafların menfaatini korumak olması ve tarafların da bu korumadan vazgeçebilmeleridir⁷²⁷.

Alman Medeni Usûl Kanunu'nun ilgili hükümlerinin sağladığı esnekliğin, ticari davanın hızlı ve uygun şekilde sonuçlanmasına zemin hazırladığı ifade edilmektedir. Bu bağlamda hem hukukçu hem de fahri hakimlerin davayı ele almaları belirleyici rol oynamaktadır. Dosyaların ayrıntılı incelenmesi, yargılamanın seyrinin dikkatlice hazırlanması, mümkünse sözlü aşamadan önce vakıaların açıklanması, gerektiğinde tahkikat öncesi hakimlerle görüşme, duruşmanın şekli ve taraflar ve vekilleriyle yoğun fikir alışverişleri bu kapsamda değerlendirilebilir. Burada başkanın sorumluluğu özellik arz eder; uyuşmazlık konusunu sözlü aşamadan önce mahkeme huzurunda sülhe varılabilecek şekilde hareket etmekle sorumludur.⁷²⁸

Bir bölge mahkemesi niteliğinde olan (Landesgericht) ve hem ilk derece mahkemesi hem de ikinci derece mahkeme olarak görevli⁷²⁹ bu mahkemelerde bir ticari davanın görülebilmesi için dava dilekçesinde bu yönde bir talep bulunmalı (GVG Art. 96), karşı taraf da itiraz etmemiş bulunmalıdır. Mahkeme bu hususu resen inceleyemez (GVG Art. 98). Öte yandan beş bin avroya kadar olan uyuşmazlıklar, ilk derece mahkemelerinde görülmektedir (GVG Art. 23). Bu itibarla değeri beş bin avronun üzerinde olan uyuşmazlıklar ticari daireler önünde görüldüğü söylenebilir.⁷³⁰

Bir davanın ticari daire nezdinde görülmesi başka bir mahkemeden bir işlem ile veya herhangi bir şekle tabi olmaksızın⁷³¹ gönderilmesi suretiyle ya da davacının doğrudan ticari daireye başvurusu üzerine mümkün olabilir. Yargılamanın

⁷²⁶ Schulz, s. 911.

⁷²⁷ Kramer, s. 69.

⁷²⁸ Kramer, s. 75.

⁷²⁹ Schulz, s. 909.

⁷³⁰ Dieter Kunzler, "Zweiter Teil- Länderberichte zur Handelsgerichtsbarkeit/ F. Praxisvorschläge Deutschland", **Die Zukunft der Handelsgerichte in Europa** (Herausgeber: Alexander Brunner/ Isabelle Monferrini), Staempfli Verlag, Bern 2019, s. 77-91, s. 79.

⁷³¹ Burada kastedilen, davacının dava dilekçesini ticari daireye gönderilmek üzere olağan mahkemeye ibraz ettiğinde, olağan mahkemenin dosyayı doğrudan ticari daireye göndermesidir; davalının işbölümü itirazı etmesi üzerine verdiği gönderme kararından farklıdır (Schulz, s. 910).

gereklilikleri de mahkemeye nasıl geldiğine bağlı olarak değişmektedir. GVG Art. 101 uyarınca, ticari dairede görülmesi için kanunda sayılânkoşulların mevcut olması ve davalı tarafından bir itiraz olarak ileri sürülmesi gerekir. Dava konusunun sonradan genişletilmesi ve karşı dava açılması hallerinde de ticari daireye gönderme kararı söz konusu olabilir. Ticari daire gönderme kararıyla bağlıdır. Ticari daire ve olağan mahkeme arasındaki ilişki görev değil işbölümü ilişkisidir.⁷³² Davacının doğrudan ticari dairede dava açması halinde ise mahkeme davanın ticari dava olup olmadığını kendiliğinden inceler. Davacının ticari daireye başvuru yaptığını açıkça belirtmesi şarttır. Doğru mahkemede dava açması ise davalıya zaman kazandırmaması açısından önem taşımaktadır.⁷³³

b) İsviçre

Taraflardan en az birinin ticari faaliyetini ilgilendiren⁷³⁴, Federal Yüksek Mahkeme’de kanun yolu açık olan ve her iki tarafın da ticaret siciline kayıtlı olduğu davalar, İsviçre medeni yargılama kanununa göre ticari davadır. Kanunda sayılânşartları taşıyan davaların ticari olmadığına dair kantonların, federal kanun öncesi dönemdeki durumun aksine⁷³⁵, düzenleme yapma yetkisi olmadığı gibi, ticaret mahkemelerinin de bu yönde takdir yetkileri bulunmamaktadır. Tarafların da aralarında çıkacak bu tür uyuşmazlıklar için mahkeme belirleme yetkileri yoktur.⁷³⁶ Yalnız davalı ticaret siciline kayıtlı ise davacı ticaret mahkemesinde veya olağan mahkemede dava açabilir (ZPO Art. 6 Abs. 3). Böylece örneğin tüketici uyuşmazlıklarının da ticaret mahkemelerinde görülmesi mümkündür⁷³⁷.

⁷³² Schulz, s. 909.

⁷³³ Schulz, s. 910.

⁷³⁴ Bu düzenlemenin ticaret mahkemelerini profesyonel niteliği dışında diğer hukuk uyuşmazlıklarına da bakmakla yükümlü bir mahkeme haline getirdiği ifade edilmekte, örneğin ticari sicile kayıtlı bir boyacının, ticari sicile kayıtlı bir kişinin aile evini boyamasına ilişkin bir uyuşmazlığın da ticaret mahkemesinde görüleceği örneği verilmektedir. Ticari faaliyetin bulunup bulunmadığı ise mahkemeye sunulan vakıalara dayanılarak kanton hukukuna göre mahkemece tespit edilecektir (Berger, s. 467).

⁷³⁵ Meinrad Vetter, “Art. 6 Handelsgericht”, **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)** (Herausgeber: Thomas Sutter-Somm, Franz Hasenböhler, Christoph Leuenberger), Zürich-Basel-Cenevre 2016, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, s. 30-45, s. 34, Rn. 9.

⁷³⁶ Bernhard Berger, “Verfahren vor dem Handelsgericht: Ausgewählte Fragen, Praktische Hinweise”, **Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins**, 148/2012, s. 465-483, s. 466.

⁷³⁷ Christoph Leuenberger, “Zweiter Teil: Länderberichte zur Handelsgerichtsbarkeit/A. Grundlagen Schweiz”, **Die Zukunft der Handelsgerichte in Europa** (Herausgeber: Alexander Brunner/ Isabelle Monferrini), Stämpfli Verlag, Bern 2019, s. 19-32, s. 26.

İsviçre Medeni Usûl Kanunu, Art. 6 Abs. 2 ile ticari davaların neler olduğunu belirtmiş, Abs. 1 ile de bu uyuşmazlıkların görüleceği ticaret mahkemelerinin kuruluşuna ilişkin yetkiyi kantonlara vermiştir. Buna göre Zürih, Aargau, St. Gallen ve Bern kantonlarında ticaret mahkemeleri bulunmaktadır⁷³⁸. Bu mahkemelerin kurulmasında kanun kantonlara takdir yetkisi vermişse de bunun sınırı yine kanunun kendisi olacaktır. Diğer bir deyişle kantonlar kanunun sunduğu koşullarla kuracakları ticaret mahkemelerini uzmanlaşma esası üzerine kuracak, bunun dışında takdir yetkisi kullanarak teşkil edemeyeceklerdir.⁷³⁹

Ticaret mahkemeleri İsviçre’de genelde ticari işletmeler arasındaki uyuşmazlıkları görmektedirler. Bu nedenle mahkeme nezdindeki uyuşmazlık ister anlaşma ister mahkeme kararı ile sonuçlanacak olsun, tarafların kural olarak ticaret siciline kayıtlı olması gerekmektedir. Ancak kantonlar, yapacakları düzenlemeyle fikri mülkiyet, rekabet ve şirketler hukukuna ilişkin birçok uyuşmazlık için ticaret siciline tescil şartı gözetmeksizin ticaret mahkemelerini görevli kılabilirler (ZPO Art. 5 Abs. 1, Art. 6 Abs. 4). Nitekim bahsi geçen uyuşmazlıkların ticaret siciline tescil olmasının ticari dava niteliğinde olması ve tescil şartı aranmasa da bu tür uyuşmazlıkların taraflarının zaten bu şartı taşıyor olması nedeniyle, kantonlar bu yetkilerini yaygın bir şekilde kullanmaktadırlar.⁷⁴⁰

Ticaret mahkemelerinin yargı örgütü içindeki yerine bakıldığında, İsviçre hukukunda da yüksek kanton mahkemesine bağlı veya onun bir bölümü olduğu, böylece Alman hukukunda olduğu gibi ilk derece mahkemesi olarak görev yapan ikinci derece mahkeme statüsünde olduğu görülmektedir (BGG Art. 75 Abs. 2(b))⁷⁴¹. Bu durumun sonucu olarak ticaret mahkemeleri kanton içerisindeki tek mahkeme kalmakta, kanun yoluna ancak Federal Yüksek Mahkeme’ye başvurulmaktadır. Bu da ticari davaların ucuz ve hızlı sonuçlanmasına yarar sağlamaktadır.⁷⁴² Üstelik ticaret mahkemelerinin bu hiyerarşik durumunun, hukukçu olan ve olmayan hakimlerin

⁷³⁸ Berger, s. 465.

⁷³⁹ Alexander Brunner, “Art. 6 Handelsgericht”, **ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar** (Herausgeber: Alexander Brunner, Dominik Gasser, Ivo Schwander), Zürih/ St. Gallen 2016; Dike Verlag, s. 48, Rn. 2.

⁷⁴⁰ Leuenberger, s. 25.

⁷⁴¹ Berger, s. 465; Leuenberger, s. 26.

⁷⁴² Brunner, **ZPO Art. 6**, s. 52, Rn. 15; Leuenberger, s. 26.

bulunduğu bir ortamda verilen kararın güvenilirliğini arttırdığına da dikkat çekilmektedir⁷⁴³.

Diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi, İsviçre hukukunda da ticari yargının ucuz ve hızlı olması amacının yanı sıra, uyuşmazlığın hukukçu hakimler ve uzman hakimlerin eşit oy hakkının bulunduğu ve her iki tür hâkimin de kendi uzmanlığını kullandığı bir yargılama içerisinde en uygun şekilde çözümü amaçlanmaktadır. Bu nedenle İsviçre’de de ticaret mahkemeleri, ticaret mahkemelerinin uzmanlaşma esasına göre kuruluşuna paralel olarak⁷⁴⁴, iki hukukçu hâkim ve üç uzman hâkimden oluşmaktadır.⁷⁴⁵ Uzman hakimler (der Fachrichter) uyuşmazlığın ilgili bulunduğu sektördeki profesyonellerden ticaret odası veya ilgili meslek odalarınca önerilen adaylar arasından, kanton meclisince tıpkı hukukçu hakimler gibi seçilmekte olup⁷⁴⁶, her bir dava için ayrı ayrı görevlendirilir. Uzman hakimlerin “halktan” kişiler olmadığı, ilgili oldukları ticari alanda hem teorik hem pratik bakımdan uzman oldukları vurgulanmaktadır⁷⁴⁷. Her iki tür hâkimin kanton meclisince seçilmesi, tabii hâkim ilkesinin zedelenmemesini amaçlar.⁷⁴⁸ Bu iki tür hâkim arasındaki etkileşim, uyuşmazlığın anlaşma ile veya mahkeme kararı ile sonuçlanmasına göre farklılık göstermektedir.⁷⁴⁹

Uyuşmazlık eğer bir mahkeme kararı ile sonuçlanacaksa, hukukçu hakimler hukuk nosyonları ve hukuki sistem içerisindeki ilişkilere dair bilgileriyle uyuşmazlığı çözecektir. Uzman hakimler ise ilgili alandaki spesifik düzenlemelere dair bilgileri ve hukukun uygulanacağı vakıaları tespit etme yetkinlikleriyle bu süreçte rol oynamaktadırlar.⁷⁵⁰ Vakıaların tespiti nezdinde kendi alanı dışında kalan hukukçu hakimlerin aksine uzman hakimler, belli olgulara hâkim olup, bazen vakıaların ispatına da gerek duymazlar. Uzman hakimlerin “uzman hâkim görüşü” (das Fachrichtervotum) olarak adlandırılabilen oyları ise bilirkişi görüşü niteliğindedir. Bu sebeple uzman hâkim görüşü ZPO Art. 183 Abs. 3 uyarınca, taraflara itiraz

⁷⁴³ Brunner, **ZPO Art. 6**, s. 48, Rn. 1.

⁷⁴⁴ Brunner, **ZPO Art. 6**, s. 49, Rn. 5.

⁷⁴⁵ Brunner, **ZPO Art. 6**, s. 50, Rn. 8; Berger, s. 465; Leuenberger, s. 23; Vetter, **ZPO Art. 6**, s. 35, Rn. 10-11.

⁷⁴⁶ Leuenberger, s. 27; Vetter, **ZPO Art. 6**, s. 35, Rn. 12.

⁷⁴⁷ Brunner, **ZPO Art. 6**, s. 51, Rn. 12.

⁷⁴⁸ Leuenberger, s. 27.

⁷⁴⁹ Leuenberger, s. 23.

⁷⁵⁰ Brunner, **ZPO Art. 6**, s. 50, Rn. 9; Leuenberger, s. 24.

edebilmeleri için tebliğ de edilmelidir. Uzman hakimlerin de bilgisinin bulunmadığı bir hususta bilirkişiye başvurulması halinde, bu hakimler de bilirkişiye soru sorabilmektedir. Bu durumda uzman hakimlerin, bilgileri dolayısıyla hukukçu hakimlerden daha yerinde sorular soracakları da belirtilmektedir.⁷⁵¹

Ancak, İsviçre ticaret mahkemelerinde genelde mahkemelerin karar vermesine gerek kalmadığı, tarafların uyuşmazlığı kendi aralarında anlaşarak sonuçlandığı ifade edilmektedir. Buradaki anlaşma esasen arabuluculuk ile sağlanmamakta, sülh görüşmeleri yürütülmektedir⁷⁵². Belirtilmelidir ki burada ZPO Art. 197 vd. ile düzenlenen zorunlu mahkeme içi uyuşmazlık çözüm süreci uygulanmamaktadır. Dolayısıyla davacı dava açmaya yönelik eksiksiz bir dava dilekçesi sunmak zorundadır.⁷⁵³ Buna rağmen tarafların anlaşmaya varmak üzere görüşmeyi tercih etmesi halinde, bu süreçte hukukçu hâkim uyuşmazlığın çözümü ihtimalini hukuki yönden değerlendirirken, uzman hâkim kendi mesleği açısından değerlendirme yapmanın yanı sıra, olası bir uzman hâkim görüşünün veya bilirkişi raporunun nasıl şekillenebileceğine dair fikir de belirtir. Bu işleyiş sayesinde, mümkün olduğunda kısa bir zaman dilimi içinde yürütülecek anlaşma girişimi esnasında⁷⁵⁴ taraflar uyuşmazlığın hızlı ve nitelikli bir analizini yapabilmekte, uygulamada uzun ve masraflı dava yolu yerine hızlı ve hesaplı olan anlaşma yolunu yüksek oranda tercih etmektedirler.⁷⁵⁵

Taraflar ticaret mahkemesi nezdinde anlaşma yoluna girdikleri zaman, uyuşmazlığın dava yoluyla çözümlenmesi yönündeki seçenekleri yok olmamakta, benzer şekilde örneğin replik ve düplik dilekçeleri verildikten sonra da anlaşma yolunu tercih edebilmektedirler. Diğer bir deyişle, bu iki uyuşmazlık çözüm yöntemi arasında değişim imkânı bulunmaktadır. Bu işleyişin avantajının, bağımsız bir tahkim ya da arabuluculuk sürecinin daha pahalı olması ve bu süreçlerin, başarısız olmaları sonucu dava yoluna gidildiğinde tamamen faydasız durumda kalmaları karşısında daha ekonomik ve çabuk bir yöntem sunmasında olduğu ifade edilmektedir.⁷⁵⁶

⁷⁵¹ Leuenberger, s. 24.

⁷⁵² Bkz. §A, §2.2.

⁷⁵³ Berger, s. 481; Brunner, **ZPO Art. 6**, s. 50, Rn. 9; ayrıca bkz. §A.2.2.2.2.

⁷⁵⁴ Oscar Vogel, "Prozessuales Management am Handelsgericht", **Schweizerische Juristen Zeitung**, 88/1992, s. 18-22, s. 19.

⁷⁵⁵ Leuenberger, s. 25; Vogel, s. 18.

⁷⁵⁶ Leuenberger, s. 30.

c) Fransa

Ticaret mahkemelerinin Fransa'daki tarihi on altıncı yüzyıla kadar dayanmakta, Fransız ticaret hukukunun, Almanya ve İsviçre'den farklı olarak, özel hukuktan ayrışmasının bir sonucu olarak belirmektedir. Son birkaç on yılda özellikle şirketler ve iflas hukuku bağlamında ticaret hukuku alanında kodifikasyon çalışmalarının hızlandığı Fransa'da, yavaş yavaş tüm ticaret hukukunu kapsayıcı düzenlemeler de ortaya konulmaya başlanmıştır. Bu düzenlemeler yapılırken ticari hayattaki uygulamalardan ve ticaret mahkemelerinin içtihatlarından büyük ölçüde faydalanılmış, giderek karmaşıklaşan iktisadi hayat ve sözleşmelerde belli bir hukuki standart sağlama amacı taşımıştır.⁷⁵⁷

Fransa'da ticaret mahkemeleri seçilmiş hakimlerden ve katiplerden oluşan ilk derece mahkemeleridir. Görevli oldukları davalar, Fransız Ticaret Kanunu (Code de Commerce) ve diğer kanunlarla düzenlenir (Art. L721-1). Ticari davalar ise Fransız Ticaret Kanunu'nun L721-3 maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre tacirler, esnaflar, kredi kurumları, finans şirketleri arasındaki uyuşmazlıklar, ticaret şirketleri uyuşmazlıkları ile tacir olan ve olmayan tüm kişiler arası ticari işten kaynaklanan uyuşmazlıklar, ticaret mahkemelerinin görev alanındadır. Madde kapsamında önceden, ticari sicile kayıtlı olsun olmasın, tüm tacirlerin hem sözleşmeden kaynaklanan hem de sözleşme dışı borçlarına ilişkin uyuşmazlıklar yer almaktayken⁷⁵⁸, 01.01.2022 tarihinden itibaren ticaret mahkemelerinin görev alanına esnaflar arası uyuşmazlıklar da dahil edilmiştir. Tacirler veya esnaflar arası uyuşmazlıkların ticari davaya konu olabilmesi için uyuşmazlık konusunun tacir ya da esnaf faaliyeti ile ilgili olması şarttır.⁷⁵⁹ Ticaret mahkemeleri, ticari dava konusu olması için, uyuşmazlığın her iki taraf için de ticari nitelikte şartını aramaktadır.⁷⁶⁰ Görüldüğü üzere Fransız hukuku bir davayı ticari dava olarak nitelendirirken ticari iş ölçütünü gözönünde bulundurmıştır.⁷⁶¹ Tacir olan veya olmayan tüm kişiler arası

⁷⁵⁷ Yves Chaput, "Zweiter Teil- Landerberichte zur Handelsgerichtsbarkeit/ G. Objectifs en France", **Die Zukunft der Handelsgerichte in Europa** (Herausgeber: Alexander Brunner/ Isabelle Monferrini), Stämpfli Verlag, Bern 2019, s. 93-100, s. 95.

⁷⁵⁸ Didier Cholet, "Compétence Matérielle des Jurisdictions d'Exception", **Dalloz Action Droit et Pratique de la Procédure Civile 2021/2022**, Paris 2021, Dalloz Action, s. 245-275, s.246.

⁷⁵⁹ Daniel Bert/ Frédéric Planckeel, **L'essentiel du Droit Commercial et des Affaires** (Éditeur: Gualino), Paris 2017, s. 95.

⁷⁶⁰ Bert/ Planckeel, s. 96.

⁷⁶¹ Cholet, s. 247.

ticari işten kaynaklanan uyuşmazlıklar, CC Art. L110-1 ve L110-2 ile düzenlenmiş işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklardır. Bu hükmün ticaret mahkemesinin görevini genişletici etkisine karşın, tarafların genellikle tacir olduğu ticaret mahkemelerinde fazla uygulaması yoktur.⁷⁶²

Fransa'da da ilk derece ticaret mahkemelerinde, ilgili ticari alanda çalışan kişilerden seçilen hakimler bulunmaktadır. Bu şekilde ticari yaşama ilişkin düzenlemeler bizzat bu yaşamın içinde yer alan kişilerce, kendi profesyonel bakış açılarına göre yorumlanabilmektedir. Düzenlemelerin hukuka aykırı şekilde uygulanmasını önlemek içinse, üst derece mahkemelerde hukukçu hakimler bulunmaktadır. İlk derece mahkemesi ve üst derece mahkemeler kendi işlerinde aynı tür hakimlerden oluşmakta, böylece her mahkemede homojenite sağlanmaktadır.⁷⁶³ Tarafların uyuşmazlıklarının yüksek derece mahkemesinde görülmesi yönünde anlaşması ise, her ne kadar nadiren gerçekleşse de mümkündür. Ancak bunun için her iki tarafın da tacir olması şarttır; böyle bir sözleşme tacir olmayan tarafa karşı ileri sürülemez.⁷⁶⁴ Yine her iki tarafın tacir olması kaydıyla, Türk hukukunda olduğu gibi yetki sözleşmesi yapılması mümkündür (CPC Art. 48).

Ticaret mahkemelerinde, tarafların ilgili alanda yaşadıkları somut zorluklara da aşına olan hukukçu olmayan hakimlerin profesyonel altyapısı taraflarla iletişim kurmasını mümkün kılmaktadır. Ayrıca bu tür hakimlerin hem şirket yönetimine hem de piyasaya ilişkin bilgileri de bulunmaktadır. Tüm bu nitelikler, ticaret hayatının gerektirdiği ritmin bozulmadan adaletin tesisini mümkün kılmakta, diğer ülkelerde olduğu gibi hızlı bir şekilde uyuşmazlığın çözümünü sağlamaktadır.⁷⁶⁵

Fransa'da ticaret mahkemeleri bir kararnameyle (le décret) kurulur. Ticaret mahkemelerinin kurulmadığı yerlerde ise ticari davalar olağan mahkemelerde görülür (CC Art. L721-2). İlk derece ticaret mahkemeleri, birkaç özelliği dışında, medeni yargılama kanunu ile düzenlenen diğer ilk derece mahkemeleri ile birlikte Fransız mahkeme teşkilatı kanununa tabidir (CC Art. L721-1 para. 2). Bu mahkemelerde görev alacak hukukçu olmayan hakimler, iki aşamalı bir seçimle tacirler, ticari şirketler ve

⁷⁶² Cholet, s. 252.

⁷⁶³ Chaput, s. 96.

⁷⁶⁴ Bert/ Planckeel, s. 97.

⁷⁶⁵ Chaput, s. 96.

yargı mensuplarınca, otuz yaşını doldurmuş ve en az beş yıl deneyim koşulunu sağlayan adaylar arasından seçilmektedir. Bu hakimler hukukçu hakimlerle aynı statüde olmayıp, gönüllülük esasına göre görev yaparlar; diğer bir deyişle herhangi bir ücret almazlar. Yine de hukukçu hakimler gibi bağımsız ve tarafsız olup, hukuka ve hukuki dinlenilme hakkına saygılı bir biçimde davranmakla da yükümlüdürler. Gönüllülük esası, hukukçu olmayan hakimlerin tarafsız ve dürüst bir biçimde görev yapmalarını temin etmeye yöneliktir.⁷⁶⁶ Bu hakimler, hukukçu hakimlerin de eğitim aldığı Ulusal Hakimler Okulu'nda (l'Ecole Nationale de la Magistrature) kendilerine özel düzenlenen bir eğitimden geçmektedirler.⁷⁶⁷

İlk derece ticaret mahkemesi başkanı, en az altı yıl yargı hizmeti vermiş adaylar arasından mahkemede bulunan hukukçu olmayan hakimlerce seçilir.⁷⁶⁸ Başkanın acele işleri yapma, geçici hukuki koruma taleplerini değerlendirme ve hızlandırılmış yargılama usûlünde esastan karar verebilme yetkileri bulunmaktadır. Çekte ödeme yasağını kaldırma, geminin limandan ayrılmasını yasaklama gibi acele işleri yaparken, başkanın tarafların talep ve menfaatlerinden ziyade kamu yararını gözetmesi gerekmektedir.⁷⁶⁹ Bunların yanı sıra, tacirlerin ödeme güçlüğü hallerinde, CC Art. L611-1 vd. uyarınca borçlunun talebi üzerine bir uyuşmazlık çözüm süreci de başlatabilir (CC Art. L611-6 para. 2). Bu süreçte başkan tarafların anlaşmasında görev alacak kişiyi atayabilir ve görevine son verebilir. Tarafların anlaşması halinde de icra edilebilirlik şerhi verebilir.⁷⁷⁰

1.1.2.2 Türk Hukukunda Ticaret Mahkemeleri

Türk hukukunda 1086 sayılı HUMK zamanında dava konusunun maddî sınırına göre yalnız asliye hukuk mahkemelerinin görevine girecek davalara bakan ticaret mahkemeleri, bugün dava konusunun miktar ve değerine bakılmaksızın ticari davaların görüldüğü özel bir mahkeme niteliğindedir. Henüz yalnız büyük il ve ilçelerde kurulabilmiş ticaret mahkemelerinin olmadığı yerlerde asliye hukuk mahkemeleri asliye ticaret mahkemesi sifâtıyla karar vermektedir (TTK m. 5).⁷⁷¹

⁷⁶⁶ Chaput, s. 97.

⁷⁶⁷ Chaput, s. 98.

⁷⁶⁸ Chaput, s. 98.

⁷⁶⁹ Cholet, s. 255.

⁷⁷⁰ Cholet, s. 257.

⁷⁷¹ Akkan, **Pekcanitez Usûl**, s. 150.

6110 sayılı Kanun ile tek hakimli mahkeme haline getirilen ticaret mahkemeleri, 6545 sayılı Kanun ile Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 5/3'te yapılandırılmışla, belli davalar için tekrar toplu mahkemelere dönüşmüştür. Buna göre, dava değeri 2023 yılı için 1.000.000 TL üzerinde olan ve maddede ayrıca sayılândava ve işler⁷⁷², bir başkan ve yeteri kadar üyeden oluşan ticaret mahkemelerinde görülmektedir.⁷⁷³ Böylece, ticaret mahkemeleri toplu mahkeme olmasına rağmen, heyet halinde inceleyeceği davalar sınırlandırılmış olup⁷⁷⁴, daha önce heyet halinde görev yapan mahkemelerde tek hakimin tahkikat yapabilmesine rağmen hükmün heyet tarafından verildiği medeni yargılama hukuku bakımından bu sınırlandırmanın bir yenilik olduğuna dikkat çekilmektedir⁷⁷⁵. Diğer yandan, ticaret mahkemelerinin davayı tek hakimle veya kurul olarak incelemesi bir görev sorunundan ziyade, mahkemenin teşkili ve kanuni hâkim güvencesine aykırılık sorunu olarak değerlendirilmektedir⁷⁷⁶. Yine de her durumda verilen karar bir ticaret mahkemesi kararıdır ve toplu halde veya tek hakimle verilmesi gereken bir kararın bu hususa aykırı şekilde verilmesinin de bir yaptırımı bulunmamakta, böyle bir ayırımın yalnızca yargılamayı hızlandırma amacı taşıdığı belirtilmektedir⁷⁷⁷.

Asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemeleri arasında önceden mevcut olan işbölümü ilişkisi, 6335 sayılı Kanun ile görev ilişkisi haline getirilmiştir⁷⁷⁸.

⁷⁷² Bu dava ve işler şunlardır: 1. İflas, iflasın kaldırılması, iflasın kapatılması, konkordato ve yeniden yapılandırmadan kaynaklanan iş ve davalar, 2. 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda hâkimin kesin olarak karara bağlayacağı işler ile davalar, 3. Şirketler ve kooperatifler hukukundan kaynaklanan genel kurul kararlarının iptâli ve butlanına ilişkin davalar, yönetim organları ve denetim organları aleyhine açılacak sorumluluk davaları, organların azline ve geçici organ atanmasına ilişkin davalar, fesih, infisah ve tasfiyeye yönelik davalar, 4. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa ve 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa göre yapılan tahkim yargılamasında; tahkim şartına ilişkin itirazlar, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar ile yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davalar.

⁷⁷³ Akkan, **Pekcanitez Usûl**, s. 150.

⁷⁷⁴ Mustafa Akın, "Ticaret Mahkemesinin Kısa Tarihi, Yeni Yapısı, İş Dağılımı ve Islahı", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 89 Sayı 2015/4, 2015, s. 173-187, s. 177.

⁷⁷⁵ Sema Taşpınar Ayvaz, "Asliye Ticaret Mahkemeleri Hakkında YapılanDeğişiklikler Çerçevesinde Tahkimde Görevli Mahkeme", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan Özel Sayısı, 2014, s. 469-482, s. 477.

⁷⁷⁶ Akkan, **Pekcanitez Usûl**, s. 152-153.

⁷⁷⁷ Taşpınar Ayvaz, **Tahkim**, s. 477.

⁷⁷⁸ "Tasarının çerçeve 2'nci maddesiyle değiştirilmesi öngörülen 6102 sayılı Kanunun 5'inci maddesinde yapılandırılmışlık sonucu, 6102 sayılı Kanunda daha önce asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki işbölümü ilişkisi, görev ilişkisine dönüştürülmektedir. Hukuk yargılamamızda, mahkemeler arasındaki yargılama konusu bakımından öngörülen ilişki, temelde görev ilişkisidir. Genel sistemin dışında kalan ve aslında usûl hükmü olup 6102 sayılı Kanunda düzenlenen

Dolayısıyla ticaret mahkemesinde açılması gereken bir davanın asliye hukuk mahkemesinde açılması halinde bu husus yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi, hâkim de resen dikkate alabilir. Bu değişiklikte birlikte asliye hukuk mahkemesi ve diğer özel mahkemeler arasındaki ilişki, ticaret mahkemesi için de geçerli olmuştur. Böylece geçerli bir sebebi olmayan işbölümü ilişkisinin ortadan kaldırılmasını isabetli bulan görüşler haklı olarak öne sürülmüştür.⁷⁷⁹ Öte yandan ticaret mahkemeleri ile hukuk mahkemeleri arasındaki ilişkinin bir ilk itiraz sebebi olan işbölümü ilişkisi olmaktan çıkarılıp, mutlak bozma sebebi olan görev ilişkisi haline getirilmesinin esasî usûle feda etme sonucunu doğurabileceği⁷⁸⁰ ve ticari dava değerlendirmesi başta yanlış yapıldığında, bu hususun kararın bozulmasına sebep olacağından, bu durumun daha büyük zararlara sebep olabileceği⁷⁸¹ yönünde de görüşler bulunmaktadır. Her durumda bu görev ayırımının uygulanması, fiziki olarak ticaret mahkemesi ve genel mahkeme ayırımının bulunduğu yerlerde mümkün olacaktır; asliye ticaret mahkemelerinin kurulmadığı yerlerde asliye hukuk mahkemelerinin görevsiz olduğu söylenemez.⁷⁸² Bunun yanı sıra aynı yargı çevresindeki birden çok asliye ticaret mahkemesi arasındaki ilişki görev değil, işbölümü ilişkisidir⁷⁸³.

TTK m. 5/1’de “aksine hüküm bulunmadıkça” ifadesi açıkça yer almakta, böylece tüm ticari davalarda ticaret mahkemesinin görevli olmayabileceği de ortaya konulmaktadır.⁷⁸⁴ Örneğin fikri mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuatta düzenlenen

işbölümü ilişkisi, hem teorik bakımdan hem de uygulama bakımından sorunlar doğurmaktaydı. Çünkü, mahkemelerin görev alanı hukuk yargılaması bakımından kamu düzeninden kabul edilirken, ticari uyuşmazlıklar ve çekişmesiz yargı işleri bakımından özel mahkeme niteliğindeki asliye ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki ilişkinin işbölümü ilişkisi sayılması, işin niteliğine uygun düşmemektedir. Keza işbölümü itirazında bulunulmaması halinde, aslında ticari olan uyuşmazlıkların asliye hukuk mahkemelerinde görülmesi veya tersi durumla karşılaşılmaktaydı. Bu hususlar dikkate alınarak, asliye ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki işbölümünden çıkarılarak, diğer mahkemelerde olduğu gibi görev ilişkisine dönüştürülmüştür.”(Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Adalet Komisyonu Raporu, 1/630)

⁷⁷⁹ Akkan, **Pekcanitez Usûl**, s. 154.

⁷⁸⁰ İbrahim Ercan, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Asliye Ticaret Mahkemesi ile Asliye Hukuk Mahkemesi Arasındaki İşbölümü İtirazının Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 18 Sayı 2, 2012, s. 111-118, s. 113, dn. 1.

⁷⁸¹ Paşlı, s. 24

⁷⁸² Akkan, **Pekcanitez Usûl**, s. 157.

⁷⁸³ Kurt Konca, **Ticaret Mahkemeleri**, s. 112.

⁷⁸⁴ Börü/ Koçyiğit, s. 87; Koçyiğit/ Yeşilkaya, s. 119. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 54 ile 469 sayılı kanunun ilgası, TTK m. 5/1 ve 5235 sayılı Kanun m.5 dolayısıyla ve asliye ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki ilişkinin görev ilişkisine dönüştürülmesiyle, asliye ticaret mahkemelerinin özel mahkeme niteliği kazandığı yönünde bkz. Ercan, s. 113, dn. 1; Kurt Konca, **Ticaret Mahkemeleri**, s. 83. Ticaret mahkemeleriyle hukuk mahkemeleri arasındaki ayırımın, bu iki

hususlardan doğan davalar mutlak ticari dava olmakla birlikte, fikri ve sınai haklara ilişkin hukuk mahkemelerinde görülür⁷⁸⁵. TTK m. 5/1’de yer alan bu ifade karşısında, Yargıtay’ın TKHK m. 73/1 dolayısıyla daire satış sözleşmesi gereği verilen sıralı senetten doğan uyuşmazlığı senedin temelini tüketici işlemi olmasından bahisle görevli mahkemeyi tüketici mahkemesi olarak kabul etmektedir. Dolayısıyla mutlak ticari dava olarak nitelendirilebilecek pek çok hususun da ticaret mahkemeleri yerine tüketici mahkemelerinde görüleceği ifade edilmektedir⁷⁸⁶.

Ticari davalar HMK’ya tabi olup, yargılama usûlü veya delil sistemi bakımından belli başlı bir farklılık arz etmez. Ticari dava ayrımının davaya bakacak mahkemenin tayininden başka pratik bir öneminin bulunmadığı da ifade edilmiştir⁷⁸⁷. TTK m.4 ile düzenlenen ticari davalar genel olarak yazılı yargılama usûlüne tabi olup, ticaret şirketlerinde ortakların birbirlerine ve şirkete açacakları davalar ile şirket yönetici ve denetçileri aleyhine açılacak sorumluluk davalarında basit yargılama usûlü uygulanır⁷⁸⁸. Bunun dışında HMK m. 222 hükmü, ticari defterlerin ibrazı ve delil olmasını düzenlemiştir ki, ispat hukuku bakımından sağlanan bu kolaylığın ticari davaların yargılama hukukuna ilişkin bir özellik arz ettiği anlamına gelmeyeceği de vurgulanmıştır⁷⁸⁹. Buna göre eksiksiz ve usûlüne uygun tutulması, açılış ve kapanış onaylarının yaptırılması ve defter kayıtları birbirini tutması halinde, ticari defter sahibi ve onun halefleri ticari defterlerine kendi lehlerine delil olarak dayanabilirler. Bunun için ise diğer tarafın da defterindeki kayıtların da uyumlu olması, karşı tarafın defterlerini ibraz etmemesi ya da defter kayıtlarının aksinin kesin delillerle ispatlanmamış olması gerekir. Ayrıca tarafların birinin tacir olmaması halinde tacir olan taraf ticari defterlerindeki kayıtları kabul edeceğini belirtmesine rağmen ibrazdan kaçınırsa, tacir olmayan taraf iddiasını ispat etmiş sayılır (HMK m. 222/5). Yargıtay 15. HD 2016/2289E. 2017/4433K. sayılı kararında, HMK m. 222’deki tüm koşulların varlığını aramakta, bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirmek

mahkeme türü arasındaki ilişki görev ilişkisi olmadığından pratik bir anlamı olmadığı hakkında 6762 sayılı Kanun zamanından bir görüş hakkında bkz. Çamoğlu, s. 1050.

⁷⁸⁵ Börü/ Koçyiğit, s. 87, dn. 105; Koçyiğit/ Yeşilkaya, s. 119, dn. 159.

⁷⁸⁶ Şafak Narbay/ Muhammed Akkuş, “Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Zorunlu arabuluculuk Üzerine Düşünceler”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 11 Sayı 44, 2020, s. 301-333, s. 323.

⁷⁸⁷ Gürdoğan, s. 173.

⁷⁸⁸ Poroy/Yasaman, s.114.

⁷⁸⁹ Gürdoğan, s.180.

içinse, konu teknik bilgiyi gerektirdiğinden, bilirkişi deliline başvurulması gerektiğini belirtmektedir⁷⁹⁰.

1.1.3 Ticaret Mahkemelerinin İşlevselliği ve Zorunlu Arabuluculuk

Daha önce de bahsedildiği gibi ticari davalarda uyuşmazlığın hızlı, uygun ve ucuz bir şekilde çözümlenmesi büyük önem taşıdığı doktrinde belirtilmiştir. Dolayısıyla, ticari yargılamaya da uyuşmazlıkların bu şekilde çözümünü destekleyecek düzenlemelerin yapılması gerektiğine dikkat çekilmiştir.⁷⁹¹ Ancak, mahkemelerin taraflara sağladığı güvencenin sadece bu amaca feda edilmemesi gerektiği de vurgulanmış, ticari hayata daha vakıf süjelerin yer aldığı diğer uyuşmazlık çözüm yollarında, tarafların mahkemelerin sağlayacağı bu güvenceden mahrum kalabileceğine de dikkat çekilmiştir.⁷⁹² Buna benzer bir endişe Alman doktrininde de ifade edilmiştir. Ancak hukukçu olmayan fahri hakimlerin, mesleki bir sorumluluklarının bulunmamasının da etkisiyle, ücret almamaları ve bu sebeple masrafların azaldığına da dikkat çekilmekte⁷⁹³, aynı zamanda bu hakimlerin katılımının, taraflar arasında uyuşmazlığın çözümlenmesine fayda sağladığı ifade edilmektedir. Uygulamada ise bu hâkimlerin her zaman mahkemede hazır bulunmadıkları, duruşma tarihlerinin onların uygunluk durumuna göre ayarlanmaya çalışıldığı, bu sebeplerle de gecikmelerin yaşandığı da dile getirilmiş,⁷⁹⁴ bu bağlamda yapılacak reformların, her şeyden önce hem bireysel hem toplumsal ihtiyaçlara cevap verecek nitelikte olmasının aranması gerektiğine dikkat çekilmiştir. Ayrıca hem hukuki uyuşmazlığın çözümünün hem de mevcut kanunların uygulanmasının sağlanması gerektiği vurgulanmıştır.⁷⁹⁵

Ticari davalarda aleniyet ilkesinin bulunması da ticari sırların korunması bakımından, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında bulunmayan bir endişeye kaynaklık etmektedir.⁷⁹⁶ Tüm bu hususlar değerlendirildiğinde, Türk hukukunda ticaret mahkemelerinin uzmanlaşma hususunda ifade edilen eksiklikler ve ticari

⁷⁹⁰ Börü/ Koçyiğit, s. 88.

⁷⁹¹ Brunner, s. 16; Eberhard, s. 69.

⁷⁹² Postacıoğlu, **Ticaret Mahkemeleri II**, s. 12. Postacıoğlu burada esasen tarafların hakeme başvurmamasından söz etmektedir.

⁷⁹³ Kunzler, s. 79.

⁷⁹⁴ Podszun/ Rohner, s. 133; Schulz, s. 912.

⁷⁹⁵ Podszun/ Rohner, s. 132.

⁷⁹⁶ Podszun/ Rohner, s. 133.

uyuşmazlıkların çözümlenmesindeki hız ihtiyacı dikkate alındığında, TTK m. 5/A'nın bu bakımlardan kanımızca yararlı sayılabilir. Ne var ki bu yararın sağlanabilmesi bakımından zorunlu arabuluculuk hakkındaki düzenlemenin, bu çalışmanın ilk bölümünde ayrıntılı olarak incelenen hususların da dikkate alınarak ortaya konulması gerektiği kanaatindeyiz.

Türkiye'de ticaret mahkemelerinin her ne kadar uzmanlaşma temelinde faaliyet gösterdikleri ifade edilmekte ise de asliye ticaret mahkemesi hakimlerine, ticari uyuşmazlıkların çözümü hususunda herhangi bir eğitim şartı koşulmamaktadır. Uzmanlık bilgisi olmayan hakimlerin ise geç karar vermeleri nedeniyle ticaret mahkemelerinin işleyişini yavaşlattığı ise öteden beri ifade edilmektedir⁷⁹⁷. Öte yandan, diğer ülkelerde olduğu gibi ticari hayattan gelen ve hukukçu olmayan hakimlerin ise, içgüdüsel olarak davanın tacir taraflarına bir eğilimi olabileceğinden, ticaret mahkemelerinde görev almaları doktrinde uygun görülmemiş, örneğin Fransa'da olduğu gibi salt tacir hakimlerden oluşan bir ticaret mahkemesinin, bu tür hakimlerin hukuk yetkinliğinin şüpheli olması nedeniyle, Türk hukuk uygulamasına uygun olmayacağı yönünde bir kanaat belirtilmiştir.⁷⁹⁸

Zorunlu arabuluculuğun, ticari uyuşmazlıkların çözümünde uzmanlık bilgisinin gerekmesi bakımından avantajlı olduğu, taraf iradesine dayanan bu süreçte tarafların uzmanlıklarının arabuluculuk sürecinin başarısını büyük oranda etkileyeceği ifade edilmektedir.⁷⁹⁹ Bu fikre katılmakla birlikte, daha önce de değinilen olası güç dengesizlikleri⁸⁰⁰ de dikkate alındığında, ticaret mahkemelerinde tacir hakimlerin yokluğu karşısında en azından zorunlu arabuluculuk sürecinde yer alan arabulucuların bu niteliği haiz olması gerektiği kanaatindeyiz. Oysa arabulucu olma şartlarını düzenleyen HUAK m. 20 dışında, her ne kadar uzmanlık eğitimleri mevcut ise de⁸⁰¹

⁷⁹⁷ Postacıoğlu, **Ticaret Mahkemeleri II**, s. 11.

⁷⁹⁸ Postacıoğlu, **Ticaret Mahkemeleri III**, s. 17. Ancak Postacıoğlu, iki hukukçu bir de tacir hâkimden oluşan bir ticaret mahkemesi modelini de öneri olarak sunmaktadır (Postacıoğlu, **Ticaret Mahkemeleri III**, s. 18).

⁷⁹⁹ Eminoğlu/Erdoğan, s. 204.

⁸⁰⁰ Bkz. Birinci Bölüm §3.3.1.

⁸⁰¹ <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/7102020163604arbuzm.pdf> (erişim tarihi: 30.10.2023). Arabuluculuk Daire Başkanlığı her ne kadar bu duyurusunda, HUAK m. 6 dolayısıyla uzmanlık alanlarını belirleyerek, uzmanlık usûl ve esaslarını belirleme yetkisini haiz olduğunu ifade etse ve “...Bu kapsamda Daire Başkanlığımızca, iş hukuku, ticaret hukuku ve tüketici hukuku, genel uzmanlık alanları olarak belirlenmiş, ayrıca banka ve finans hukuku, sigorta hukuku, inşaat hukuku, fıkri ve sınai haklar hukuku, enerji hukuku ve spor hukukuna yönelik özel uzmanlık alanları oluşturulmuştur. Arabulucular iş hukuku, ticaret hukuku ve tüketici hukuku genel uzmanlık alanlarının herhangi biri veya tamamında eğitim alıp uzman arabulucu olabilecekleri gibi belirtilen üç genel

ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk için şart kılınan herhangi bir nitelik bulunmamaktadır⁸⁰².

Uzun bir sürede sonuçlanan devlet yargısı yerine, çok daha hızlı işleyecek ve sonunda ilam niteliğinde bir belge elde edilecek olan arabuluculuğun, zaman tasarrufu taşıması bakımından, ticari hayatın dinamik niteliğine uygun olduğu için, tercihe değer olduğu ifade edilmektedir. Ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğun azami süresinin TTK m. 5A uyarınca altı hafta olması, yargılama giderlerinden tasarruf edilecek olması ve gizlilik ilkesine tabi olması nedeniyle daha avantajlı olduğu fikri öne sürülmektedir.⁸⁰³ Ancak, TTK m. 5A/2 uyarınca altı haftalık azami sürenin yaratacağı gecikmenin ortaya çıkarabileceği sakıncalara⁸⁰⁴ ve HUAK m. 18A/11 düzenlemesi dolayısıyla dava aşamasında yargılama giderleri bakımından ortaya çıkacak sorunlara⁸⁰⁵ daha önce değinilmiştir.

TTK m. 5A ve HUAK m. 18A hükümleri dikkate alındığında, konusu bir miktar para ödenmesi olan alacak ve/veya tazminat talebi olan bir ticari dava açılacağı zaman (TTK m. 5A/1), davacı öncelikle yetkili mahkemenin bulunduğu yer arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu bulunmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne arabuluculuk başvurusu yapacaktır (HUAK m. 18A/4). Bir yargılama faaliyeti olmayan arabuluculuğa başvuru yapılırken, yetkili büronun belirlenmesinde HMK m. 5 vd. hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmektedir⁸⁰⁶. Görüldüğü üzere, zorunlu arabuluculuğa yalnızca başvurunun zorunlu olduğu ifade

uzmanlık alanı dışında özel uzmanlık alanlarından en fazla ikisinde de eğitim alarak uzman arabulucu olabileceklerdir. İş, ticaret veya tüketici hukukuna ilişkin bir uyuşmazlığın konusunun özel uzmanlık alanlarından herhangi birine girmemesi durumunda niteliğine göre iş hukuku, ticaret hukuku veya tüketici hukuku genel uzmanlık alanından arabulucular görevlendirilecektir..." ifadelerine yer verse de, buradan uzmanlığa ilişkin herhangi bir zorunluluk bulunduğu sonucu kanaatimizce çıkmamaktadır. Dolayısıyla örneğin belli bir yargı çevresinde uzman arabulucu bulunmaması durumunda uzmanlığı olmayan bir arabulucunun görev alması pekâlâ mümkün görünmektedir.

⁸⁰² Almanya'da hakimlerin eğitim süreciyle ilgili çalışmalara gösterilen örnekler için bkz. Üçüncü Bölüm §4.2.

⁸⁰³ Eminoglu/Erdoğan, s. 203.

⁸⁰⁴ Bkz. §A.3.2.

⁸⁰⁵ Bkz. Birinci Bölüm §3.3.2.

⁸⁰⁶ İlker Koçyiğit/ Alper Bulur, **Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu arabuluculuk**, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Ankara 2019, s. 49. Arabuluculuk bürolarının yetki alanı belirlenirken mahkemelerin yetkisinin dikkate alınmasının, yargılama faaliyetinden tümüyle farklı olan, kendine has mantığı felsefesi ve ilkeleri bulunan ve tamamen tarafların menfaatlerini dengelemeye yönelik arabuluculuk süreciyle bağdaşmadığı yönünde bizim de katıldığımız bir eleştiri için bkz. Tanrıver, **Düşünceler**, s. 125.

edilmekteyse de⁸⁰⁷ esasen tarafların gönüllü olarak devam ettirmeleri gereken bu süreç için bir de başvurulacak yer açısından zorunluluk getirildiği söylenebilir. HUAK m. 18A göz önünde bulundurulduğunda, ticari bir uyuşmazlık ortaya çıktığı zaman mutlaka dördüncü fıkra olduğu şekilde başvuru yapılması gerekliliği ve tarafların arabulucu seçme imkanının da son derece sınırlı olması karşısında, uyuşmazlığın taraflarının spesifik bilgi gerektiren uyuşmazlığın çözümünde etkin rol oynayacak bir arabulucu seçme imkanı yerine, belirtilen arabuluculardan birini seçecek olmasının, ticari uyuşmazlıkların çözümünde hedeflenen amaca uygun düşmeyeceği kanaatindeyiz. Kanımızca tarafların HUAK m. 18A hükmüyle belirlenen sınırlamalara uymaksızın ihtiyari arabuluculuk sürecini ve hatta başka bir dostane uyuşmazlık çözüm yolunu işletmeleri halinde de dava şartının sağlandığını kabul eden bir düzenleme, uyuşmazlığın hızla ve uzmanlık esasına çözümlenmesi amacına daha uygun düşecektir.⁸⁰⁸ Nitekim, Alman doktrininde de tarafların ticari yargı dahilinde uyuşmazlıklarını çözme yolunu tercih etmelerinin öncelikli olduğu belirtilmiştir. Ancak daha hızlı sonuç veren, ilgili sektöre özgü diğer uyuşmazlık çözüm yollarına yönelmeleri amaçlanacaksa, tarafların ihtiyaçlarına öncelik verilmesinin elzem olduğuna da dikkat çekilmiştir⁸⁰⁹. Bu görüş dikkate alınıp ticari davalarda zorunlu arabuluculuk kapsamında değerlendirildiğinde, tarafların kendi ihtiyaçlarına uygun bir biçimde arabuluculuk sürecini işletebilme seçeneğinin gerekliliğinin açık olduğu düşüncesindeyiz. Bu da kanaatimizce ticari uyuşmazlıkların çözümünde, ilgili sektörden kişilerin de rol alması yönünde düzenlemeler yapılması ile sağlanabilir.

Kanun koyucunun HUAK m. 18A hükmüyle zorunlu arabuluculuğa başvuruyu belli bir prosedüre bağlamasına dayanarak, arabulucunun da uyuşmazlığın ticari nitelikte olduğunu gözetip gözetmeyeceği kanaatimizce dikkate değer bir husustur. Taraflara bahsettiğimiz gibi, HUAK m. 18A uyarınca başvurulacak arabuluculuk süreci dışında başka bir başvuru imkânı sunulmadığına göre, zorunlu arabuluculuğa başvurulmuş sayılması için işletilmesi şart olan süreç içerisinde arabulucunun, önüne gelen uyuşmazlığın ticari olup olmadığını da gözetmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Öte yandan HUAK m. 15/4 ile getirilen “Niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı

⁸⁰⁷ 7155 s. Kanun Adalet Komisyonu Raporu, s. 13 (<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss16.pdf>, erişim tarihi: 11.03.2022).

⁸⁰⁸ Örneğin, çalışmamızda daha önce incelenen ABD New York eyaletinde, ticari davalar için alternatif uyuşmazlık çözüm yolları değerlendirilip, New York pilot bölge kabul edilirken, bu eyalette ticari arabulucuların (commercial mediators) görece fazla sayıda olması önemli bir etken kabul edilmiştir (Report to Chief Judge, s. 27).

⁸⁰⁹ Podszun/ Rohner, s. 132.

olarak sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz” hükmü de bu noktada dikkate alınmalıdır. Bu düzenleme karşısında, arabulucuların göreve ilişkin araştırma yükümlülüğünün mahkemenin re’sen araştırma yükümlülüğüne kıyasla daha sınırlı olması gerektiği belirtilmektedir⁸¹⁰. Arabulucuların geniş bir araştırma yükümlülüğünün olduğunun kabul edilmesi halinde, arabulucunun dava şartı kapsamında değerlendirmedeği ancak dava aşamasında mahkemenin zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu yönünde karar verip davayı reddettiği durumlarda, dava şartını sağlamaya yönelik başvuruda bulunan tarafların buna rağmen bazı kayda değer zararlarla karşı karşıya kalabileceğine dikkat çekilmektedir.⁸¹¹ Bu çerçevede arabulucunun, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişliliğini, konusunun bir miktar para olup olmadığını⁸¹² ve nispi ticari davalar bakımından, ortada ticari işletmenin bulunup bulunmadığının ve bu işletmeyi ilgilendiren faaliyetin uyuşmazlık konusu olup olmadığını değerlendirmesi, bunu yaparken de mevcut işletmenin gerçekten bir ticari işletme oluşunu da tespit etmesinin⁸¹³ gerektiği fikri ortaya konulmaktadır. HUAK m. 18A karşısında, arabulucuların bu yükümlülüğünü kabul etmekle birlikte, sınırlı da olsa arabuluculara bu şekilde bir karar verme yetkisi verilmesinin yine de arabuluculuğun tabiatıyla bağdaşmadığı kanaatindeyiz.

Daha önceden de değindiğimiz, tarafların dava şartını sağlamak için tek bir tür sürece mecbur kılınması durumunun sonucu olarak ortaya çıkan bu yükümlülük, arabuluculuğun yargısal bir süreç olmayışına ve uyuşmazlıkların hızla çözülmesi amacıyla kanımızca uygun düşmemektedir. Almanya’da da çalışmamızda daha önce incelemiş olduğumuz uyuşmazlık çözüm yoluna başvuru zorunluluğu mevcut ise de tarafların bu bürolar haricinde arabuluculuk yoluna başvurmaları da zorunluluğun yerine getirilmiş sayılması için yeterli kabul edilmektedir.⁸¹⁴ Hukukumuzda da benzer bir anlayışla zorunlu arabuluculuğa başvurunun yalnız arabuluculuk bürolarıyla sınırlı kalmaması, örneğin ad hoc arabuluculuğa başvuran tarafların da dava şartını sağladığını kabul eden bir düzenlemeyle, şekli açıdan daha serbest bir süreçte arabulucuların böyle bir değerlendirme yapma yükümü olmadan, ticari

⁸¹⁰ Harun Eryiğit, “Ticari Zorunlu arabuluculuk Başvurularında Nispi Ticari Davanın Tespiti”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 7(2), 2020, ss. 259-287, s. 269.

⁸¹¹ Eryiğit, s. 270.

⁸¹² Eryiğit, s. 272.

⁸¹³ Eryiğit, s. 278.

⁸¹⁴ Bkz. Birinci Bölüm §2.1.1.2.

uyuşmazlıkların daha hızlı bir şekilde çözümlenmesinde rol oynayacağı düşüncesindeyiz.⁸¹⁵

1.2 Ticari Davanın Konusunun Bir Miktar Para Ödenmesine İlişkin Alacak ve/veya Tazminat Talebi Olması

1.2.1 Dava Konusu Kavramı

Dava konusunun anlamlandırılması noktasında pek çok teori ileri sürülmüş, dava konusunun tanımına dair yeknesak bir tanım yapılmamıştır. Görevli ve yetkili mahkemenin belirlenmesi, derdestlik ve kesin hüküm, davanın değiştirilmesi ve genişletilmesi gibi medeni yargılama hukukunun esas noktası sayılabilecek birçok husus için belirleyici nitelikte olan dava konusunun, “usûl hukukunun merkezi kavramlarından birini oluşturduğu” söylenebilir.⁸¹⁶ Ne var ki hem diğer hukuk sistemleri hem de Türk hukuku bakımından dava konusu kavramı tam olarak açıklığa kavuşturulamamıştır. Oysa dava konusu kavramının açıklanması, talep ve dava konusu arasındaki bağın da açıklanması bakımından önem taşımaktadır.⁸¹⁷

Bu kavramla ilgili pek çok teori olmakla birlikte⁸¹⁸, Alman ve İsviçre hukukunda “iki unsurlu teori” geçerli olup, bu teori uyarınca dava konusu, eş değerli olarak hem talep hem de talebin dayanağı vakılardan oluşmaktadır.⁸¹⁹ Bu sebeple talebin de vakıaların da değiştirilmesi veya genişletilmesi, dava konusunun

⁸¹⁵ Uygulamada ihtiyari arabuluculuğa başvurulması halinde de zorunlu arabuluculuğun tamamlanmış sayılacağına dair: “İlk derece mahkemesince, davanın ticari dava olup arabulucuya başvurulmadan dava açıldığı, TTK'nın 5/A maddesindeki dava şartının bulunmadığı gerekçesiyle, HMK'nın 115/2. maddesi uyarınca dava usûlden reddine karar verilmiş, bu karara karşı davacı vekili tarafından istinaf kanun yoluna başvurulmuştur... Diğer taraftan, somut olayda davacının, iş bu davayı açmadan önce (ihtiyari olarak) arabulucuya başvurduğu, arabulucunun katılımıyla düzenlenmiş olan anlaşmaya varılamadığına ilişkin tutanağın dava dilekçesine eklendiği, istinafa konu kararın bu yönüyle de usûl ve yasaya aykırı olduğu anlaşılmaktadır. Açıklanan bu gerekçelerle, ilk derece mahkemesince dava şartlarına aykırı karar verildiği anlaşılmakla, HMK'nın 353/1.a.4. maddesi uyarınca, ilk derece mahkemesinin istinafa konu kararının kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın, kararı veren ilk derece mahkemesine gönderilmesine...” (İstanbul BAM 14. HD 2019/521E. 2019/423K., 21.03.2019, <https://legalbank.net/belge/istanbul-bolge-adliye-mahkemesi-14-hd-e-2019-521-k-2019-423-t-21-03-2019-ticari-islerde-menfi-tespit/3373275/menfi+tespit+davas%c4%b1> , erişim tarihi: 14.03.2022).

⁸¹⁶ Levent Börü, “Dava Konusu Kavramı ve Teorileri”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt XXVIII Sayı 2, 2012, s. 257-296, s. 258; Meltem Ercan Özler, **Medeni Usûl Hukukunda Dava Konusu**, İstanbul 2019, On İki Levha Yayıncılık, s. 59.

⁸¹⁷ Ercan Özler, s. 59.

⁸¹⁸ Börü, s. 261 vd.; s. 60 vd; Tanrıver, s. 485 vd.

⁸¹⁹ Börü, s. 265.

değiştirilmesi veya genişletilmesi sonucunu doğurmaktadır⁸²⁰. Türk hukukunda ise dava konusuna ilişkin teorik tartışmaların üzerinde Alman ve İsviçre hukukunda olduğu kadar durulmamışsa da dava konusu kavramının “dava konusu hak, yani dava ile elde edilmek istenen sonuç” olduğu yönünde görüş birliği olduğuna dikkat çekilmiştir.⁸²¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu bağlamında dava konusunun belirlenmesinde salt talep sonucunun esas alındığı belirtilmekte, m. 119’da yer alan dava konusu ile talep sonucunun ifade edilmek istendiğine dikkat çekilmektedir.⁸²² Buna benzer şekilde HMK m. 303/1 hükmünde maddî anlamda kesin hükmün unsurları sayılırken talep sonucundan açıkça bahsedilmesinin de, kanun koyucunun dava konusunu, vakıalarla herhangi bir organik bağ olduğunu kabul etmeksizin talep sonucuyla bağdaştırdığını gösterdiği öne sürülmektedir.⁸²³

Medeni yargılama hukuku bakımından dava konusu dava dilekçesinde yer alması gereken bir husustur. Davacı dilekçesinde somutlaştırma yükü çerçevesinde uyuşmazlık kapsamını sınırlayarak dava malzemesini ortaya koymakla yükümlüdür. Dava dilekçesinin içeriği, dava konusu ve dava konusunun değeri ile talep sonucunun belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Ancak, dava konusunun belirlenmesi için yalnızca talebin konusunun dava dilekçesinde düzenlenmesi yetmemekte, talep sonucunun da dilekçede yer alması gerekmektedir⁸²⁴. Sadece dava konusunun ayrıca ve açıkça yazılması, talep sonucunun açıkça yazıldığı anlamına gelmez. Örneğin dava konusunun tazminat olarak belirtilmesiyle yetinilmesi mümkün olmayıp, faiz gibi fer’i taleplerle beraber miktarının da mutlaka açıkça yazılması gerekmektedir. Aksi takdirde talep sonucunda talep edilmeyen esas talebin yanı sıra fer’i talepler hakkında da mahkemenin karar verebilmesi, taleple bağlılık ilkesi gereği mümkün olmayacaktır.⁸²⁵

1.2.2 Türk Ticaret Kanunu m. 5A Hükmü Bakımından Dava Konusu

⁸²⁰ Börü, s. 267.

⁸²¹ Börü, s. 274; Ercan Özler, s. 219.

⁸²² Börü, s. 281; Elif Irmak Büyük, “Karar İncelemesi: Ticari Dava Niteliğindeki İtirazın İptâlî Davasının Zorunlu arabuluculuğa Tabi Olup Olmadığına İlişkin Uyuşmazlığın Giderilmesine Yönelik Yargıtay 23. Hukuk Dairesi Kararının Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 27 Sayı 1, Haziran 2021, s. 777-797, s. 787; Tanrıver, **Medeni Usûl**, s. 492.

⁸²³ Tanrıver, **Medeni Usûl**, s. 493.

⁸²⁴ Ercan Özler, s. 261-263.

⁸²⁵ Ercan Özler, s. 273.

TTK m. 5A/2 hükmü ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğun uygulanabilmesi için, dava konusunun bir miktar paranın ödenmesiyle ilgili alacak ve tazminat talepleriyle ilgili olması gerektiğini düzenlemektedir. Bunun yanı sıra, 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, itirazın iptâlî, menfi tespit ve istirdat davalarının da zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu açıkça düzenlenmiştir.

TTK m. 5A kapsamında bir ticari uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuğa tabi olup olmadığı belirlenirken dava konusundan ne anlaşılması gerektiği elbette önem taşımaktadır. 7445 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesi, bazı mahkeme kararlarında dava konusunun salt talep sonucu olarak kabul edilmesi dolayısıyla, itirazın iptâlî ve menfi tespit davası bakımından zorunlu arabuluculuğun geçerli olmadığı ifade edilmiştir.⁸²⁶ Öte yandan arabuluculuğun davayı değil de uyuşmazlığı ele aldığı gerekçesiyle, hangi davaların arabuluculuğa tabi olduğunu belirlerken, dava konusundan ziyade değil dava sebebinin dikkate alınması gerektiği de öne sürülmüştür. Buna göre uyuşmazlığın hangi davaya sebebiyet verdiği önem taşımaksızın, menfi tespit davası da olsa, uyuşmazlık bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olduğu sürece zorunlu arabuluculuk kapsamında sayılması gerekir.⁸²⁷ Elbette 7445 sayılı Kanun ile yapılandırılan değişiklik sonrası, bu tartışmaların da son bulduğu açıktır.

Menfi tespit davası hususunda 7445 sayılı Kanun'a kadarki dönemde verilmiş farklı görüşlerde mahkeme kararları mevcuttur. Bazı kararlarda menfi tespit davası belli bir paranın ödenmesini konu alan bir alacak davası olmadığı gerekçesiyle TTK

⁸²⁶ İstanbul BAM 14. HD 21.03.2019, 2019/521E. 2019/423K. (Ali Cem Budak, "Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk", **Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, Cilt 15 Sayı 2, 2019/1, s. 25-40, s.32). İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi ise bir kararında şu şekilde görüş belirtmiştir: "Bu hukuki açıklamalar ışığında somut olaya dönüldüğünde: Davacının iş bu davadaki talebi, menfi tespit istemine ilişkindir. TTK'nın 5/A maddesine göre, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Davanın konusu (müddeabih), dava dilekçesindeki talep sonucu, yani netice taleb esas alınarak belirlenir. Netice talebin bir para alacağının tahsili veya tazminat olduğu durumlarda, arabulucuya başvuru yapılmış olması dava şartıdır. Menfi tespit davaları bu kapsamda değerlendirilemez. Çünkü, menfi tespit davalarında, bir miktar alacağın tahsili talebi yoktur. Yani, ticari dava niteliğindeki menfi tespit davalarının açılabilmesi için arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır. İlk derece mahkemesinin karar gerekçesi bu nedenle usûl ve yasaya aykırıdır..." (İstanbul BAM 14. HD 2019/521E. 2019/423K. 21.03.2019, <https://legalbank.net/bolge/istanbul-bolge-adliye-mahkemesi-14-hd-e-2019-521-k-2019-423-t-21-03-2019-ticari-islerde-menfi-tespit/3373275/menfi+tespit+davas%C4%B1> , erişim tarihi: 14.03.2022).

⁸²⁷ Bariş Toraman, "İflas Davasının Arabuluculuğa Elverişli ve Zorunlu arabuluculuk Kapsamında Olup Olmadığı Üzerine", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 28(3), 2020, s. 1027-1059, s. 1031.

m. 5A kapsamında değerlendirmezken⁸²⁸, bazı mahkeme kararlarında ise menfi tespit davalarının dava konusunu itibariyle zorunlu arabuluculuk kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir⁸²⁹. Benzer bir durum itirazın iptâlî davaları için de söz konusudur.⁸³⁰

⁸²⁸ İstanbul BAM, 16. HD 2019/2845E. 2019/2878K., 30.12.2019 (<https://legalbank.net/belge/istanbul-bam-16-hukuk-dairesi-kararlari-e-2019-2845-k-2019-2878-t-30-12-2019-alacak-davasi-niteligin/3500982/menfi+tespit+davas%c4%b1> , erişim tarihi: 14.03.2022); İstanbul BAM 15. HD 2021/1741E. 2021/1953K. 19.10.2021, UYAP Bilgi Bankası).

⁸²⁹ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi'nin bu yöndeki bir kararı şöyledir: "TTK'nın 5/A maddesi metni göz önüne alındığında, zorunlu arabuluculuğun "ticari davalarda konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri" yönünden dava şartı olarak öngörüldüğü düşünülebilir ise de, anılan maddede "talep sonucu" olan alacak ve tazminat istemlerine değil "dava konusuna" vurgu yapılarak, "konusu bir miktar paranın ödenmesi olan davalar" için dava şartı olan arabuluculuğun öngörüldüğünü belirtmek gerekmektedir. Alacak ve tazminat davaları yanında, menfi tespit davalarının da konusu bir miktar paranın ödemesine ilişkindir. Bu husus, alacak ve tazminat davalarında bir miktar paranın ödenmesi olarak tezahür ettiği gibi, menfi tespit davalarında ise bir miktar paranın ödenmemesi olarak ortaya çıktığından konu itibariyle menfi tespit davasının da dava şartı olan zorunlu arabuluculuk kapsamında kaldığının kabulü gerekir. Zira, kanun koyucunun amacı, uyuşmazlıkların yargı önüne gelmeden, taraflar arasında bir arabulucu vasıtasıyla görüşmeler yapılmak suretiyle, daha hızlı ve kesin olarak çözülmesi ve bu çözüm yolunun olabildiğince geniş uyuşmazlık ve dava türlerine uygulanmasıdır. Bu amaç göz önüne alındığında, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan menfi tespit davalarında da zorunlu arabuluculuğa başvurmanın dava şartı olduğu sonucuna varılmaktadır. Aksinin kabulü halinde kanun koyucunun amacına aykırı yorum yapılmış olacağından, bu yorum tarzı hukuka uygun düşmeyecektir..." (İstanbul BAM 15. HD 2019/2103E. 2019/1517K. 04.12.2019, <https://legalbank.net/belge/istanbul-bolge-adliye-mahkemesi-15-hd-e-2019-2103-k-2019-1517-t-04-12-2019-eser-sozlesmesinden-kayna/3499006/menfi+tespit+davas%c4%b1> , erişim tarihi: 14.03.2022). Benzer yönde, İstanbul BAM 15. HD 2021/3420E. 2021/2379K. 15.12.2021, <http://emsal.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> UYAP Bilgi Bankası).

⁸³⁰ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi'nin bu yöndeki bir kararında şu şekilde görüş bildirmiştir: "Yukarıda belirtildiği üzere; Yargıtay, genellikle itirazın iptâlî davasını bir tespit davası olarak kabul etmektedir (Aksi görüş: HGK.1966/4, 1134 E., 67/615 K. sayılı ve 13.12.1967 T. 'li kararı). Ancak, bu karar daha ziyade likid olan ve olmayan alacak konusunda olup, itirazın iptâlî ve eda davası arasındaki fark üzerinde durulmamış ve münakaşa edilmemiştir.

- Esasen bu bir eda davası olsa idi, maddenin değiştirilmesine ne gerek vardı? Eski şeklinde de eda davası idi.

- Bu bir eda davası olsa idi, son fıkrada eda davası hakkı niçin saklı tutulmuştur?

- Bu bir eda davası olsa idi, neden bir yıllık bir süre ile sınırlandırılın? Zamanaşımı geçinceye kadar [hatta zamanaşımı süresi geçtikten sonra da] eda davası açılabilir.

Kanun koyucunun, İİK'nin 67/1 ve son fıkralarında iki ayrı davadan bahsetmiş olmasına rağmen, aynı davayı (eda davasını) kastetmiş olduğunun kabulü, [Lex semper intendit, quod convenit rationi= kanun daima aklın gereğini amaçlar] hukuk mantığına da aykırı düşer.

O halde, kanun koyucunun, 18 Şubat 1965 tarih ve 538 sayılı Kanunla İİK'nun 72 maddesinde menfi tespit davasını ve İİK'nun 67/1. maddesinde ise yeni bir dava türü [Lex specialis], müspet tespit davasını düzenlediğini kabul etmek zorunludur...

Yukarıdaki ayrıntılı açıklamalarla birlikte icra takibiyle itirazın iptâlî davası arasındaki organik bağ da dikkate alındığında; [itirazın iptâlî] dava[sını] karakterize eden öğeler, borçlunun, itirazının iptâlîne ve takibin devamına karar verilmesiyle icra inkâr tazminatına çarptırılmasıdır (İİK m 67). Bu boyutları itibariyle sözü edilen dava, takip prosedürünün bütünü içinde yer alan, esas itibariyle onun ayrılmaz bir parçasını oluşturan ve takibin işleyişini sağlamaya yönelmiş bulunan bir dava konumunda bulunduğu için, zorunlu arabuluculuk kurumunun kapsamın dışında kalır. Hatta itirazın iptâlî davasının, hukuki niteliği itibariyle, sadece borçlunun, itirazının iptâlî ve takibin devamına karar verilmesiyle icra inkâr tazminatına çarptırılmasını hedefleyen bir tespit davası olduğu yönündeki düşünce kabul edilecek olursa, dava zaten bir alacak davası olma kimliğinden tümüyle soyutlanacağı için, yapılmış bulunan bu çözümlemeye, daha kolaylıkla ulaşılabilir (Prof. Dr. Süha Tanrıver; Zorunlu arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler: TBB Dergisi 2020 [147] Mart-Nisan, Yıl:32, s:123); itirazın iptâlî davasının, hukuksal niteliği itibariyle müspet tespit davası olduğu; bu kapsamda, müspet tespit davasının zorunlu arabuluculuk kapsamına girmediği, değerlendirilmiştir (Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak

TTK m. 5A hükmü bakımından “alacak ve tazminat talepleri” ifadesiyle medeni yargılama hukuku çerçevesinde, bir eda davasının kastedildiği söylenebilir.⁸³¹ Üstelik maddedeki eda davası yapma, yapmama veya para dışında verme borçlarına ilişkin eda davalarını kapsamayıp, yalnızca paranın ödenmesine ilişkin eda davalarıdır.⁸³² Arabuluculuk Daire Başkanlığı’nın TTK m. 5A’nın uygulamasına yönelik kitapçığında, bu maddenin usûl hukukuna ilişkin bir madde olduğu, HMK’nın şekli hukuku düzenlemesi nedeniyle dar yorumlanamayacağı gibi; bu maddenin de dar yorumlanmaması, aksine geniş yorumlanması gerektiği, 7155 sayılı Kanun’un

Arabuluculuk Hakkında Usûl Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirme: Doç. Dr. Cenk Akil; TAAD, Yıl: 11, Sayı: 41 (Ocak 2020) s:322).

Tüm bu açıklamalara, 6100 sayılı HMK’nın 355 ve 353/1-a-3 ve 4. Maddeleri uyarınca mahkemenin görevi ile diğer dava şartlarına ilişkin istinaf incelemesinin birlikte yapılmasına bir engel bulunmamasına göre; ilk derece mahkemesi kararının, yukarıda (A) bendinde açıklanan nedenlerle mahkemenin görevsiz olması, (B) bendinde açıklanan nedenlerle de eldeki davanın zorunlu arabuluculuk dava şartına tabi olmaması nedeni 6100 sayılı HMK’nın 353/1-a-3 ve 4 bentleri gereğince kaldırılmasına, davanın yeniden görülmesi için ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermek gerekmiştir...” (Sakarya BAM 7. HD 2020/808E. 2020/670 17.06.2020, <https://legalbank.net/belge/sakarya-bolge-adliye-mahkemesi-7-hd-e-2020-808-k-2020-670-t-17-06-2020-kooperatif-uyesinin-kooperati/3821547/menfi+tespit+davas%c4%b1> , erişim tarihi: 14.03.2022)

“İtirazın iptâli davasının açılması halinde aynı alacakla ilgili genel hükümlere göre alacak davası açılmasında hukuki yarar olmadığı, itirazın iptâli davası süresinde açılmamış ise veya başka bir nedenle alacaklı davaya alacak davası olarak devam etmek istediği takdirde itirazın iptâli davasını ıslah suretiyle alacak davasına dönüştürebileceği, itirazın iptâline karar verilmesi halinde ilamın icra dairesine ibrazı suretiyle duran icra takibine devam edilerek alacağın tahsilinin sağlanabileceği gözetildiğinde, itirazın iptâli davasının alacağın tahsilini sağlama, bir başka deyişle bir miktar para alacağının ödetilmesi (tahsili) amacını hizmet ettiği anlaşılmaktadır.

Yine itirazın iptâli davasında alacaklının *davadan* kısmen veya tamamen feragat etmek suretiyle alacağından vazgeçebileceği, buna karşılık borçlunun yargılama sırasında alacak tutarını kısmen veya tamamen ödemesinin geçerli olduğu, ödeme tutarının borcun sona ereceği, borçlunun icra takibine yaptığı itirazdan kısmen veya tamamen vazgeçmek suretiyle alacaklının alacağını kısmen veya tamamen kabul edebileceği gözetildiğinde, itirazın iptâli davasının 6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu’nun aradığı anlamda tamamen taraf iradelerinin hâkim olduğu ve tarafların *dava* konusu alacak hakkında serbestce tasarrufta bulunabileceği *dava* türlerinden olduğu herhangi bir kuşku ve duraksamaya yol açmayacak şekilde açıktır.

Bu nedenlerle ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğu öngören 7155 sayılı Kanun’un 20. maddesiyle eklenen Türk Ticaret Kanunu’nun 5/A maddesinin para alacağının tahsilini amaçlayan uyuşmazlıklar hakkında tarafların serbestce tasarruf etme imkanına sahip olduğu gözetilerek bu uyuşmazlıkları bir alternatif çözüm yöntemi olarak arabuluculuk yoluyla çözmeyi amaçladığı, bu şekilde daha az zaman, daha az emek ve masrafla alacağın tahsili amacına ve tarafların alacak miktarı üzerinde serbestce anlaşabilmelerine ve tasarrufta bulunabilmelerine imkân sağlamak istediği gözetildiğinde, ticari *dava* niteliğindeki itirazın iptâli davalarının zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğu ve bu nedenle başvuru konusu Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri arasındaki içtihat farklılığının ticari nitelikteki itirazın iptâli davalarının zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğu ve *davadan* önce arabulucuya başvurulmasının *dava* şartı olduğu yönünde birleştirilmesi gerekmiş, bölge adliye mahkemeleri daireleri arasındaki uyuşmazlığın bu şekilde giderilmesine karar verilmiştir...” (Yargıtay 23. HD 2020/1943E. 2020/4052K. 04.12.2020, <https://legalbank.net/belge/y-23-hd-e-2020-1943-k-2020-4052-t-04-12-2020-odeme-emrine-karsi-itarazin-iptali-istemi-bir-miktar-pa/3899960/menfi+tespit+davas%c4%b1> , erişim tarihi: 14.03.2022).

⁸³¹ Özkes/Çiftçi, s. 122; Ertan Yardım, “Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru”, **Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk**, Editör: Ceyda Süral Efeçinar/ Mehmet Ertan Yardım, s. 89-112, s. 99.

⁸³² Yardım, s. 99.

gerekçesinde de sadece alacak ve tazminat ödenmesine ilişkin eda davalarının madde kapsamında bulunduğu dair bir açıklama bulunmadığı ve tüm ticari davalarda zorunlu arabuluculuğun uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Bunun yanı sıra eda davasının tespit hükmü içerdiği, tespit davasının da eda davasının öncülü olduğu öne sürülerek, tespit davalarının da madde kapsamında olduğu belirtilmiştir.⁸³³ Bu görüşlere karşılık doktrinde, anılan maddenin yeterince açık olduğu, zorunlu arabuluculuğa tabi davaların sınırlandırıcı şekilde belirtildiği vurgulanmış; genişletici yorumun, zorunlu arabuluculuğun hak arama hürriyetini kısıtlaması sebebiyle uygulanamayacağına yerinde olarak dikkat çekilerek eleştiri getirilmiştir.⁸³⁴

Tüm bu tartışmalardan sonra kanun koyucu, 28.03.2023 tarih ve 7445 sayılı Kanun ile TTK m. 5A/1 hükmünde değişiklik yaparak, itirazın iptâlî, menfi tespit davaları ve istirdat davalarının da zorunlu arabuluculuğa tabi olacağını açıkça hükmeye bağlamıştır.

Dava konusunun talep sonucuyla belirlenmesi ve kanunun (değişiklikten önceki) lafzı bakımından kanaatimizce de TTK m. 5A hükmünün talep sonucu bir miktar paranın ödenmesi olan eda davalarında uygulanması gerekmektedir. Kanun maddesinin sınırlayıcı lafzı bir yana, kanaatimizce eda davaları dışında TTK m. 5A hükmüyle düzenlenen zorunlu arabuluculuğun uygulanması, arabuluculuk ve arabuluculuk sürecinin sonucunda ortaya çıkacak anlaşmanın tabiatıyla da bağdaşmamaktaydı.

Tespit davaları, bir hakkın ya da hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığını veya bir hukuki belgenin sahte olup olmadığını tespitini amaçlar. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, hukuki ilişkinin veya hakkın mevcudiyetine ilişkindir.⁸³⁵ Tespit davası açılabilmesi için hukuken korunmaya değer güncel bir yararın olması şarttır (HMK m. 106/2). Tespit davasında aranan hukuki yarardan kasıt, davacı için söz konusu tehlikenin veya tereddütlü durumun ancak tespit davasıyla giderilebilecek olması, bu

⁸³³ Bakanlık Kitapçığı, s. 141-142.

⁸³⁴ Büyük, s. 788; Özkes/Çiftçi, s. 104-106, dn. 1. Doktrinde menfi tespit davaları bakımından, belli bir meblağı ödemeye mahkûm edilen borçlunun, daha sonra menfi tespit davası açması durumunda dava konularının özdeş olması nedeniyle kesin hükmün bulunduğu dikkat çekilmiştir. Dava konularının özdeş olması hususunun zorunlu arabuluculuk ile değerlendirip, menfi tespit davalarının da TTK m. 5A'ya tabi olması gerektiği görüşü mevcuttur (Akil, s. 322). Oysa eda hükmü aynı zamanda bir tespit hükmü de içermektedir (Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 980; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 401).

⁸³⁵ Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 401; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 972.

tehlike veya tereddütün başka bir hukuki koruma veya davayla giderilemeyecek olmasıdır. Hukuki yarar tahkikatın sonuçlandırılmasına kadar var olmalıdır.⁸³⁶ Tespit davasındaki talep, salt usûl hukukuna ilişkindir. Maddî hukuk bakımından bir hukuki ilişki veya hakkın varlığı ya da yokluğunun tespiti şeklinde bir talep söz konusu olmaz.⁸³⁷ Kanaatimizce hukuki yarar bakımından zaten eda davalarına göre daha özel bir nitelik taşıyan tespit davalarında bir de arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlenmesi, yukarıda belirtildiği gibi hak arama hürriyetini fazlaca kısıtlayacak, dava açacak tarafın daha fazla tehlikeye maruz kalmasına neden olacaktır. Bu durum, çalışmanın ilk kısmında bahsedilen, zorunlu arabuluculuğun ölçülü olması⁸³⁸ gerekliliğine de uymayacaktır. Bunun yanı sıra tespit davası sonucunda verilen hüküm, ilamlı icraya konulamayan bir tespit hükmü olup, davacının maruz kaldığı tehlikenin ancak bu yolla giderileceği anlaşılmıyorsa, dava esasa girmeden reddedilecektir.⁸³⁹ Böyle bir hükümle dava öncesinde arabuluculuk şartı sonucunda tarafların varacağı muhtemel bir anlaşmanın söz konusu tehlikeyi bertaraf etmesi, hakimin hukuki tespitine muhtaç durumlarda uygulanamaması, arabulucunun da bu yönde bir yetkisinin bulunmaması⁸⁴⁰ ve HUAK m. 18/5 hükmüyle düzenlenen dava açma yasağı nedenleriyle, kanımızca zaten mümkün değildir. Tespit davasıyla amaçlanan hukuki korumanın zorunlu arabuluculuk sonucunda elde edilecek bir anlaşmayla da sağlanabileceği kabul edilmekteyse, zaten tespit davası açılmayacağından, ortaya çelişkili bir durumun çıktığı düşüncesindeyiz.

⁸³⁶ Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 977.

⁸³⁷ Ercan Özler, s. 302.

⁸³⁸ Bkz. §1.2.3.2.

⁸³⁹ Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 403; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 979.

⁸⁴⁰ Muhammet Sulu, “Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğun Uygulamasına İlişkin Güncel Sorunlar ve Tespitler”, **Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu** 14.11.2020, Bildiri Özeti Kitabı, 2021, İbn-i Haldun Yayınları,

2. Zorunlu Arabuluculuğun Medeni Usûl Hukuku Bakımından Gösterdiği Özellikler

2.1 Dava Şartı Olması Bakımından

2.1.1 Dava Şartı Kavramı

Dava şartı⁸⁴¹, 6100 sayılı Kanun öncesi dönemde Türk hukukunda hem doktrinde hem de uygulamada farklı şekillerde anlaşılmış bir kavramdır.⁸⁴² 1086 sayılı HUMK ile ayrıca düzenlenmeyen dava şartlarına kanun koyucu, HUMK m. 188/2’de “*hâkimin re'sen nazarı dikkate alması kanunen iktiza eden hususlarla 98 inci madde hükmü mahfuzdur.*” ifadesiyle değinmekle yetinmiştir⁸⁴³. 1086 sayılı kanun döneminde dava şartlarını açıkça düzenleyen bir hüküm bulunmaması karşısında, bir hususun dava şartı olup olmadığı, mahkemenin davanın esasına girip davayı incelemesine engel olup olmadığı ve hâkimin bu hususu kendiliğinden incelemesi gerekip gerekmediği yönünde bir değerlendirme yapılarak tespit edilmiştir.⁸⁴⁴

Türk hukukunda ilk kez 6100 sayılı HMK ile düzenlenmiş olan dava şartları veya başka bir deyişle davanın dinlenilme şartları⁸⁴⁵, davanın esasına ilişkin inceleme yapılabilmesi bakımından bulunması gereken şartlar olarak tanımlanabilir⁸⁴⁶. Dava

⁸⁴¹ Dava şartı medeni usûl hukukuna ilişkin bir kavram olup, davanın esası hakkında incelemeye geçilebilmesi için tüm koşulları incelenme yöntemleriyle beraber tespit ederek, davanın dava çabuk ve ekonomik şekilde sonuçlandırılmasına yönelik bir kavramdır (Baki Kuru, “Dava Şartları”, **Makaleler** (derleyen: Baki Kuru), Ankara 2006, Arıkan Yayınevi, s. 147-188, s. 149; Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, İstanbul 2001, Demir Yayıncılık, s. 1343). Nitekim 6100 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce tasarı üzerine yapılandırışmalarda bu dava şartlarının yargılamayı basitleştirme ve kısaltma amacına vurgu yapılarak, dava şartlarına ilişkin maddenin bu amaca uygun düzenlenmesi gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmüştür (Yusuf Doğan, “Dava Çeşitleri, Dava Şartları ve İlk İtirazlar”, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi** (editör: Mehmet Ertan Yardım), İstanbul 2008, İstanbul Barosu Yayınları, s. 113-120, s. 119).

⁸⁴² Kuru, **Dava Şartları**, s.149.

⁸⁴³ Doğan, s. 118; Kuru, **Dava Şartları**, s.150; Umar, s. 338; Yılmaz, **Şerh**, s. 2563.

⁸⁴⁴ Kuru, **Dava Şartları**, s.150.

⁸⁴⁵ Postacıoğlu/Altay, s. 202.

⁸⁴⁶ İsmail Aydın, **Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk**, İstanbul 2022, On İki Levha Yayıncılık, s. 60; Doğan, s. 118; Kuru, **Dava Şartları**, s.149; Kuru, **HMU**, s.1343; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 927; Postacıoğlu/Altay, **Medeni Usûl**, s. 201; Tanrıver, **Medeni Usûl**, s. 635; Yılmaz, **Şerh**, s. 2562.

şartlarının yalnız taraflarca ileri sürülmesi gerekmez; hâkimce re'sen dikkate alınmaları mümkündür. Olumsuz dava şartları davanın açılması sırasında bulunmaması gereken; olumlu dava şartları ise davanın açılması sırasında bulunması gereken şartlardır. Dava şartları esasa ilişkin olmadığından, esasa girilmeden önce ele alınmaları gerekir.⁸⁴⁷ Dava şartları davanın açılması için değil, davanın esasına girilebilmesi için aranan şartlardır. Buna bağlı olarak dava şartlarından biri olmadan açılânbir dava açılmış sayılır ve dava şartı eksikliği tespitinde verilecek karar davanın usûlden reddidir.⁸⁴⁸

HMK ile sayılândava şartları sınırlayıcı değildir. Dolayısıyla her ne kadar dava konusu talebin dava edilebilir olmaması 6100 sayılı Kanun'la belirtilmemişse de, buna uymayan bir dava açıldığında, dava şartı yokluğundan esasa girilmeden ret kararı verilmelidir.⁸⁴⁹ Bunun dışında HMK, bazı davalar için özel dava şartları düzenlenebileceğini de öngörmüştür (HMK m. 114/2). İş Mahkemeleri Kanunu m. 3 ile sayılândavalarda düzenlenen, davadan önce başvurulması gereken arabuluculuk bu tür bir dava şartıdır. Aynı şekilde TTK m. 5A hükmüyle getirilen arabuluculuk dava şartı da özel dava şartıdır.⁸⁵⁰

Dava şartlarının mevcut olması usûle ilişkin bazı sorunların aşıldığını gösterirse de esasa ilişkin bazı hususların da usûlî yönleriyle dava şartı olabileceği ifade edilmektedir. Ancak davanın esasına ilişkin olan hak ve sıfat kavramlarının dava şartı olmadığı, maddî hukuka ilişkin bu meselelerin esasa ilişkin tahkikat sonucunda çözümlenebileceğine de dikkat çekilmekteyse de, kiracının sınır tespiti davası açması örneğinde olduğu gibi, hakkın veya sıfâtın olmadığı davanın başında hemen anlaşılabiliriyorsa, esasa girilmeden davanın reddinin gerektiği de belirtilmektedir.⁸⁵¹

2.1.2 Türk Ticaret Kanunu m. 5A Hükmüyle Düzenlenen Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi

⁸⁴⁷ Kuru, **HMU**, s.1343-1344; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 927; Postacıoğlu/Altay, **Medeni Usûl**, s. 635; Umar, s. 356; Yılmaz, **Şerh**, s. 2562.

⁸⁴⁸ Aydın, s. 60; Kuru, **Dava Şartları**, s.149; Yılmaz, **Şerh**, s. 2562.

⁸⁴⁹ Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 950; Postacıoğlu/Altay, **Medeni Usûl**, s. 201.

⁸⁵⁰ Aydın, s. 64; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 950 Yılmaz, **Şerh**, s. 2635.

⁸⁵¹ Postacıoğlu/Altay, s. 202.

Alman hukukunda EGZPO Art. 15a hükmüyle düzenlenen uyuşmazlık çözüm yolunun tamamlanabilir bir dava şartı olup olmadığına dair görüşlere daha önce değinildi.⁸⁵² Dava şartının tamamlanamayan dava şartı olduğuna dair görüşlere rağmen, Alman doktrininde bu hususun tartışmalı olduğu da dile getirilmektedir. Tamamlanamayan dava şartı olduğu yönündeki görüşlerin dayanağı, dava devam ederken taraflara zorunlu tutulan dostane uyuşmazlık çözüm yolunun, davayı kaybetme endişesi nedeniyle başarısız olmaya yatkın olmasıdır.⁸⁵³ Tamamlanabilir dava şartı olarak değerlendirilenlerin gerekçesi ise, dava reddedilip taraflar uyuşmazlık çözümüne sevk edildiğinde anlaşamamaları ihtimalinde, tekrar dava açmalarının usûl ekonomisine aykırı olacağıdır. Buna ek olarak, EGZPO Art. 15a hükmüyle mahkeme dışı uyuşmazlık çözümü yollarının tanıtılması amaçlanmakta ve dava devam ederken tarafların anlaşma sağlama ihtimalleri düşük kabul edilmekte ise de zorunlu uyuşmazlık çözümü getirilmesinin, tarafların zaten dostane şekilde uyuşmazlığı çözmeye niyetlerinin olmadığı hallerde mutlak bir biçimde kabul edilmesinin anlamsız olacağı öne sürülmektedir.⁸⁵⁴

İsviçre medeni yargılama hukukunda da uyuşmazlık çözümü yolu dava şartı olup, uyuşmazlık çözüm mercii bir başvuru yapılmadığını tespit ettiğinde davaya devam edilemeyeceğine karar verir.⁸⁵⁵ Ancak uyuşmazlık çözümü yolu İsviçre hukukunda sadece taraflara yüklenen bir görev veya dava şartı olarak değil, aynı zamanda başarı şansı olmayan bir davadan kaçınma fırsatı olarak da değerlendirilmektedir.⁸⁵⁶ Ticaret mahkemelerinin bulunduğu yerlerde ise mahkeme içi

⁸⁵² Bkz. Birinci Bölüm §3.3.2.

⁸⁵³ Nürnberg ilk derece mahkemesi bir kararında, zorunlu uyuşmazlık çözüm yolunun tamamlanamayan dava şartı olduğunu belirtirken, buna gerekçe olarak BaySchlG'nin lafzına dayanarak, zorunlu dostane uyuşmazlık çözümüne sadece dava açılmadan önce gidilebileceğini belirtmiştir (AG Nürnberg Urteil vom 14.08.2001- 29 C 3887/01) (<https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Ffnjw%2F2001%2Fcont%2Ffnjw.2001.3489.1.htm&pos=1&lasthit=True>, erişim tarihi: 04.04.2022). Mahkeme dışı uyuşmazlık çözümünün amacının ilk derece mahkemelerinin iş yükünü azaltmak ve tarafların dostane uyuşmazlık çözüm yollarına yönelmesini sağlamak olduğu; ancak, bu amaçlara tarafların davayı açtıktan sonra, başta başvurmayı atladıkları uyuşmazlık çözüm yoluna zorunlu kılınmasıyla ulaşamayacağı, dava açıldıktan sonra uyuşmazlık çözüm yoluna başvurmak zorunda kalan tarafın, açıldavayı kaybetmeme endişesiyle uyuşmazlık çözüm sürecini baltalamaya müsait olacağı yönünde bkz. LG Ellwangen, Urteil vom 01.03.2002- 1 S 18/02 (<https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Ffnjw%2F2001%2Fcont%2Ffnjw.2001.3489.1.htm&pos=1&lasthit=True>, erişim tarihi: 04.04.2022).

⁸⁵⁴ Fabian M. Friedrich, "Zum Nachholen des Obligatorischen Streitschlichtungsverfahren gem. § 15a EGZPO nach Klageerhebung", **Neue Juristische Wochenschrift**, Heft 11, 2002, s. 798-800, s. 799.

⁸⁵⁵ Anette Dolge/ Dominik Infanger, **Schlichtungsverfahren**, Zürich-Basel-Cenevre 2012, Schulthess Juristische Medien AG, s.12.

⁸⁵⁶ Dolge/Infanger, s. 13.

uyuşmazlık sürecinin işletilmesi zorunlu değildir.⁸⁵⁷ Dava konusu belli bir miktar para olmayan ve tarafların da dava değeri hususunda anlaşamadığı veya bu konudaki bilgilerinin açıkça yanlış olduğu hallerde, mahkeme dava değerini kendisi belirler ve sonuçta dava değeri 100.000 Frank'ın kayda değer şekilde üzerinde çıkmazsa, mahkeme içi uyuşmazlık çözümüne gidilmesi davaya devam edilmesi için gerekli olmaz. Davacının talep sonucunu azaltması halinde dava şartı ortadan kalkmaz. Salt dava şartı mahkeme içi uyuşmazlık çözümünün devreye girmesi amacıyla dava değerini arttırması halinde de hakkın kötüye kullanılması söz konusu olur. Bu durumda dava mahkeme içi uyuşmazlık çözüm sürecinin yürütölmemiş olması sebebiyle dava şartı yokluğundan reddedilecektir.⁸⁵⁸ Mahkeme içi uyuşmazlık çözümü sonucunda verilecek geçerli bir dava aşamasına devam izninin bulunmaması davanın reddi sebebidir. Bu durumda uyuşmazlık çözüm süreci tekrarlanması, bekletici mesele yapılmaz.⁸⁵⁹ Mahkeme içi uyuşmazlık çözüm yolunun hiç işletilmemesi halinde ise bu yolun işletilmesi için süre vermek yerine, anlaşma ihtimali çok daha düşük olacağından, kural olarak davanın reddedilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁸⁶⁰ Ancak böyle bir durumda, yine de anlaşma ihtimalinin yüksek olup olmadığı değerlendirilip, ona göre süre verilip verilemeyeceği de değerlendirilmelidir.⁸⁶¹

Türk hukukunda yer alan zorunlu arabuluculuk HMK m. 114/1 hükmüyle düzenlenen genel dava şartları arasında olmayıp, belli uyuşmazlıklar için özel nitelikteki düzenlemelerle getirilmiş özel bir dava řartıdır⁸⁶². Bir hususun dava şartı

⁸⁵⁷ Bkz. Birinci Bölüm ř2.2.2.2. Yine de uygulamada ticaret mahkemelerinde mahkeme içi uyuşmazlık sürecinin yürütölmesinin seyrek rastlanan bir durum olmadığı ifade edilmekte, ancak bu durumda dahi davanın doğrudan ticaret mahkemesine başvuru ile açıldığı belirtilmektedir. Mahkeme içi uyuşmazlık çözüm yolu ticaret mahkemelerinde zorunlu olmamasına rağmen bu yolun işletilmesinin sebepleri arasında uyuşmazlığı daha ucuz ve hızlı bir şekilde sonlandırma isteği sayılmaktadır. Ticaret mahkemelerinde meslekten hakimlerin bulunması da tarafların bu yola başvurmada teşvik edici rol üstlenmektedir (George Daetwyler/ Christian Stalder, "Schlichtungsverhandlung bei Handelsgerichtlichen Streitigkeiten", **Schweizerische Juristen Zeitung**, 2019/115, s. 99-110, s. 100).

⁸⁵⁸ Schrank, s. 84, rn. 146.

⁸⁵⁹ Üstelik mahkeme sadece dava aşamasına devam izin belgesinin varlığını, geçerli olup olmadığı hususuyla birlikte kendiliğinden inceleyecektir. (Zürich OG LZ200012, 06.08.2020, <https://www.swisslex.ch/de/doc/claw/f2e4a525-74f8-4974-9aa3-cda74baa3aba>, erişim tarihi: 12.04.2022). Benzer yönde, BGH 141 III 159, 17.04.2015, <https://www.swisslex.ch/de/doc/claw/c570653c-faad-4811-9f70-ff438e7dad0d>, erişim tarihi: 12.04.2022.

⁸⁶⁰ Eric Pahud, "Art. 220 Einleitung", **ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar** (Herausgeber: Alexander Brunner, Dominik Gasser, Ivo Schwander), Zürich/ St. Gallen 2016; Dike Verlag, s. 1794; Schrank, s. 131, rn. 224.

⁸⁶¹ Pahud, s. 1794.

⁸⁶² Azaklı Arslan, s. 140; Aydın, s. 64; Pekcanitez, **Pekcanitez Usül**, s. 950; Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 159; Abdülhamit Yılmaz, "Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri", **Anadolu Üniversitesi Hukuk Faköltesi Dergisi**, Cilt 4 Sayı 1, 2018, s. 219-238, s. 224; Yılmaz, **şerh**, s. 2635. Kanunda yapılan "dava şartı"

olabilmesi için kuramsal bir değerlendirme yapıldığında, dava şartı olması öngörülen husus ile uyuşmazlık arasında hukuki ve mantıki bir bağ olması gerektiği ifade edilmektedir. Ancak, zorunlu arabuluculuk ile öngörülen hukuki uyuşmazlıklar arasında ne hukuki ne de mantıki bir bağ bulunduğu belirtilmekte, yine de kanunun açık düzenlemesi karşısında dava şartı kabul etmenin gerektiği de vurgulanmaktadır.⁸⁶³ Ayrıca, ilk derece mahkemesinin gözetmemiş olduğu zorunlu arabuluculuğun, kanun yolları aşamasında gözetilmesinin ciddi ve ağır sonuçlara sebep olabileceğine de dikkat çekilmektedir.⁸⁶⁴

HUAK m. 18A/2 hükmü, zorunlu arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına dair belgenin aslının veya arabulucu tarafından onaylanmış örneğinin dava dilekçesine eklenmesi gerektiğini; eklenmediği takdirde bir haftalık kesin süre içinde eklemesi gerektiğine ve eklenmediği takdirde davanın usûlden reddedileceğine dair davacıya ihtar gönderileceğini açıkça hükme bağlamıştır. Bunun yanı sıra davanın zorunlu arabuluculuğa başvurulmadan açıldığının anlaşılması halinde davanın herhangi bir işlem yapılmaksızın dava şartı yokluğundan reddedileceğini de düzenlemiştir (HUAK m. 18A/2 c.3). Buradan anlaşılabileceği üzere bu madde, söz konusu dava şartını tamamlanamayan bir dava şartı olarak kabul etmektedir.⁸⁶⁵

nitelendirmesinin “zorunlu arabuluculuk” kavramına yönelik olumsuz eleştirilerden kaçınmaya yönelik bir isimlendirme olduğu, arabuluculuğa başvurunun zorunlu kılınmasının onu bir dava şartı haline getirmediği, en fazla bir *dava engeli* olarak nitelendirilebileceği yönünde bkz. Atalı, **Sorunlar**, s. 138, d. 3; Eminoğlu/Erdoğan, s. 113-114. Dava şartlarının usûlî ilişkinin koşullarından olmadığı, dava şartlarının mevcut olup olmadığının yargılama kapsamında değerlendirileceği, ancak zorunlu arabuluculuğa başvurulduğuna dair belge olmaksızın özellikle UYAP üzerinden hiç dava açılmadığı hakkında bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 326, dn. 29.

⁸⁶³ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 153-154; Tanrıver, **Arbuluculuk**, s. 160. Bunun yanı sıra doğrudan bir yargılama faaliyeti olan tahkimin bile bir ilk itiraz olduğuna dikkat çekilmiştir. Devlet yargısının vazgeçilmezliği karşısında alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolunun ancak tarafların bu yöndeki iradelerini ileri sürmeleri halinde devreye girmesi gerektiği de vurgulanmıştır. Dolayısıyla her ne kadar kanunun açıklığı karşısında arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edilmesi gerekliyse de bu durumun yargılama hukuku bakımından doğru bir yaklaşım olmadığı hususunda bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 154.

⁸⁶⁴ Tanrıver, **Arbuluculuk**, s. 160-161. Alman hukuku bakımından bkz. Birinci Bölüm §3.3.2.

⁸⁶⁵ Anıl Köroğlu, “Görevsizlik Kararının Zorunlu arabuluculuk Üzerindeki Etkileri (Arbuluculuğa Başvurunun Zorunlu Olmadığı Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa Başvurmak Zorunlu Mudur?)”, **Selçuk Hukuk Kongresi 2020 Özel Hukuk Tebliğleri Tam Metni**, Ankara 2020, s. 521-535, s. 524; Bakanlık Kitapçığı, s. 48; Tanrıver, **Düşünceler**, s.112. “...Somut olayda davacının kâr payı talebi bir miktar paranın ödenmesi talebi niteliğinde olup zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu sabittir. Mahkememizce davacıya tensip zaptı ile 1 haftalık kesin süre içerisinde arabuluculuk son tutanağını sunmak üzere süre verilmiş, davacı vekilinin dosyaya sunduğu 11/01/2022 tarihli beyan dilekçesinde dava öncesinde arabuluculuğa başvurulmadığı ikrar edilerek dava tarihinden sonra, tensip zaptının tebliği sonrası arabuluculuğa başvuruda bulunulduğu beyan edilerek bir kısım yargı kararları emsal gösterilerek davanın dava şartı yokluğundan reddedilmemesi talep edilmiştir. Ancak dosyaya sunulan yüksek mahkeme kararları dosya kapsamı ile uyumlu değildir. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A-2 maddesi uyarınca arabuluculuk dava şartı tamamlanabilir bir dava şartı olmayıp mahkememizce tarafa bu hususta süre verilmesi mümkün değildir. İstisnai olarak 6100

Böylece Alman ve İsviçre hukukunda yapılandırılmelerden farklı olarak dava şartı olan arabuluculuğun tamamlanamaz niteliğinin, doğrudan kanundan kaynaklandığı söylenebilir. Arabuluculuk dava şartının yerine getirilmiş sayılması için salt arabuluculuğa başvuru yeterli kabul edilmemekte, anlaşmaya varılamadığına dair belgelerin ibraz edilmesi şart koşulmaktadır⁸⁶⁶. Zorunlu arabuluculuğa başvurulduğuna dair belgenin olmaması da diğer dava şartlarından farklı olarak, dava dilekçesi tebliğ dahi edilmeksizin, yani taraflara uyuşmazlığın dava şartı olan arabuluculuğa tabi bir uyuşmazlık olduğuna dair bir açıklama yapma imkanı verilmeksizin, usûlden ret sebebi olarak düzenlenmiştir.⁸⁶⁷ Bu durumun temel usûlî haklar bakımından sorun yarattığı, ne tabii hakime başvuran davacının ne de davalının, öne sürdüğü uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuğa tabi olmadığına dair açıklama yapma imkanının bulunduğu, bu hususu ancak istinaf aşamasında öne sürmek mecburiyetinde bırakıldığı⁸⁶⁸, ayrıca usûl ekonomisi ilkesi gereği davanın dava şartı eksikliği nedeniyle doğrudan reddedilmesi yerine arabuluculuğa başvurunun bekletici mesele yapılması gerektiği⁸⁶⁹ yönünde doktrinde haklı eleştiriler bulunmaktadır.

HUAK m. 18A hükmünün getirdiği bu düzenleme karşısında, zorunlu arabuluculuğun dava şartları arasında incelenme sırasındaki yeri akla gelmektedir. Ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuktan önce görev dava şartının incelenmesi gerektiği yönünde kararlar bulunmaktadır⁸⁷⁰. Genel dava şartlarının özel dava

sayılı HMK'nın 115/3. Maddesi uyarınca dava şartı noksanlığı mahkemece esasa girilmeden önce fark edilmemiş ve taraflarca da ileri sürülmemiş olması halinde şayet dava şartı noksanlığı tamamlanmış ise artık dava usûlden reddedilemeyecektir. Somut olayda mahkememizce esasa geçilmeden önce dava tensip zaptı düzenlenirken arabuluculuk son tutanağının dosyaya sunulmaması nedeniyle dava şartı eksikliği tespit edilmiş olup davacının sehven dosyaya arabuluculuk tutanağı sunmamış olma ihtimaline binaen 1 haftalık kesin süre verilmiştir. Arabuluculuk dava şartı HMK 115/2. Maddesi anlamında tamamlanabilir bir dava şartı olmayıp davacının tensip zaptının tebliği sonrasında arabuluculuk yoluna başvurmuş olmasının sonuca bir etkisi bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle kar payı alacağına yönelik davanın arabuluculuğa yönelik dava şartı yokluğu nedeniyle usûlden reddine karar verilmiştir..." (İzmir 2. ATM, 2021/1011E. 2022/51K., 18.01.2022, <https://emsal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi: 30.03.2022)

⁸⁶⁶ Yardım, s. 108; Yılmaz A., s. 224. Zorunlu arabuluculuğa başvurulduğu halde anlaşmaya varılamadığına dair tutanağın dosyaya eklenmemesi halinde, zaten arabuluculuğa başvuru tarafların tekrar aynı süreci işletmemeleri için ön inceleme aşamasında mahkemenin bu dava şartının yerine getirilip getirilmediğini taraflara sorması gerektiği yönünde görüş için bkz. Azaklı Arslan, s. 142.

⁸⁶⁷ Evrim Erişir, "Tüketici Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Kapsamının Belirlenmesindeki Güçlüklerin Ortaya Çıkardığı Bazı Meseleler", **Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Bildiri Özeti Kitabı**, Editör: Ali Yeşilirmak ve diğerleri, s. 309-357, s. 320.

⁸⁶⁸ Erişir, s. 321.

⁸⁶⁹ Akil, s. 310; Azaklı Arslan, s. 144; Budak, s. 27.

⁸⁷⁰ "...HMK 107. maddesi uyarınca belirsiz alacak davası olarak şimdilik 1.000,00 TL tazminatın tahsili ve önce açılândava ile birleştirilmesi talebi ile iş bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Mahkemenin arabuluculuk dava şartı eksikliğinden usûlden ret kararı verebilmesi için öncelikle görevli olması gereklidir. Göreve ilişkin dava şartı her zaman öncelikle ve mahkeme

şartlarından önce gözetilmesi gerektiği dikkate alındığında⁸⁷¹ aynı sonuca varmak isabetsiz olmayacaktır. Görev davanın niteliğinden yola çıkılarak belirlenebilen bir dava şartıdır. Ancak, davacı davanın niteliğinde hataya düşerek, zorunlu arabuluculuğa başvurmadan asliye hukuk mahkemesine başvurabilir veya ticari uyuşmazlık olduğu düşüncesiyle arabuluculuk yoluna başvurup asliye ticaret mahkemesine başvurabilir.⁸⁷² Görevsiz mahkemede açılânbu dava, bazı kararlara göre, görevli asliye ticaret mahkemesine gönderildiğinde, zorunlu arabuluculuğun önceki davanın açıldığı zamana göre dikkate alınması ve görevli mahkemedeki dava önceki davanın devamı olduğundan, davanın reddedilmesi gerektiği yönünde kararlar bulunmaktadır⁸⁷³. Bunun yanı sıra, görevli mahkemeye başvuru sırasında zorunlu arabuluculuğa başvurulmuşsa, davanın reddedilmemesi gerektiği, aksi takdirde hak arama hürriyetinin önemli ölçüde kısıtlanacağı yönünde kararlar da mevcuttur.⁸⁷⁴ Kanaatimizce de salt görevsiz mahkemede açılândavada zorunlu arabuluculuğa başvurulmamış olması nedeniyle görevli asliye ticaret mahkemesince dava reddedilmemelidir. Eğer görevli mahkemeye başvuru anında bu dava şartı tamamlanmışsa davanın görülmesine devam edilmelidir. Aksi yönde bir yaklaşım,

kendiliğinden incelenmelidir. Davada ticaret mahkemesinin görevli olabilmesi için uyuşmazlığın TTK 4. maddesinde belirtilen mutlak ticari davalardan olması veya davanın her iki tarafının da tacir olması ve uyuşmazlığın da ticari işletmeleri ile ilgili olması gerekir. Davada ZMMS sigortacısı taraf değildir. Bu nedenle TTK 4. madde anlamında davanın mutlak ticari dava olarak kabul edilemez. Her ne kadar davalı limited şirket ve bu nedenle tacir ise de davacı gerçek kişi olup, davalıya ait araç içinde bulunduğu göz önüne alındığında, davanın nispi olarak da ticari dava olması mümkün bulunmamaktadır. Dava ticari dava olmadığından Asliye Hukuk Mahkemesi görevlidir. Dolayısı ile ilk derece mahkemesinin davaya bakmaya görevli olduğunu kabul ile bir başka dava şartı eksikliği nedeniyle davanın reddine karar verilmesi isabetli olmamıştır...” (İstanbul BAM 8. HD 2020/1505E. 2020/3381K., 24.09.2020, <https://legalbank.net/belge/istanbul-bam-8-hukuk-dairesi-kararlari-e-2020-1505-k-2020-3381-t-24-09-2020/3850897/%22dava+%c5%9fart%4%b1+arabuluculuk%22%2b%22g%3%b6rev%22> , erişim tarihi: 14.04.2022). “Dava tarihi itibarı ile yürürlükte bulunan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4/1-a maddesi gereği her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olup olmadığına bakılmaksızın Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlar ticari davalardır. TTK 5/1. maddesi gereği ticari davalara bakmakla görevli mahkeme Asliye ticaret mahkemeleridir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden itibaren Yasanın 5/3. maddesi gereği asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişki işbölümü olmaktan çıkmış görev ilişkisi haline gelmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 1. maddesi gereği göreve ilişkin kurallar kamu düzeni ile ilgili olup mahkemece kendiliğinden dikkate alınması gerekmektedir... Bu durumda uyuşmazlığın mahkeme gerekçesinde yazı olduğu gibi ticari dava niteliğinde olmadığı, 6102 sayılı Kanun gereğince arabuluculuğa başvuru şartının aranmayacağı, asliye hukuk mahkemesinde davanın görülüp sonuçlandırılması gerektiği gözetilmeksizin yazılı şekilde eksik inceleme ve hatalı değerlendirme sonucu karar verilmesi doğru görülmemiş kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.” (Yargıtay 17. HD 2020/466E. 2020/8778K., 21.12.2020, <https://legalbank.net/belge/y-17-hd-e-2020-466-k-2020-8778-t-21-12-2020/4092697/%22dava+%c5%9fart%4%b1+arabuluculuk%22%2b%22g%3%b6rev%22> , erişim tarihi: 14.04.2020). Aksi yönde içtihatlar için bkz. Köroğlu, s. 526, dn. 4.

⁸⁷¹ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 153.

⁸⁷² Köroğlu, s. 525.

⁸⁷³ İstanbul BAM 8. HD 2020/1230E. 2020/2525K. 02.07.2020 (Köroğlu, s. 528 dn. 5).

⁸⁷⁴ İstanbul BAM 16. HD 2020/1691E. 2020/1570K. 02.10.2020 (Köroğlu, s. 528 dn. 6).

davasının her durumda reddedileceğini bilen davacının görevli mahkemeye başvurusunu engelleyeceği gibi, zorunlu olmamasına rağmen her tür uyuşmazlıkta zorunlu arabuluculuğa başvurusuna neden olacaktır.⁸⁷⁵ Bu da zorunlu arabuluculuğun uygulama alanını kanunun amaçladığından çok daha fazla genişletecektir. Üstelik bu, usûl ekonomisine de uygun olmayacaktır; zorunlu arabuluculuğa zaten başvurmuş olmasına rağmen görevli mahkeme davasını usûlden reddedecek, bunun üzerine davacı aynı mahkemede tekrar dava açmak durumunda kalacaktır. Bu nedenle, özellikle HMK m. 115/3 de dikkate alındığında, görevli mahkemeye kadar zorunlu arabuluculuğa başvurulması halinde, davanın reddedilmemesi yerinde olacaktır.⁸⁷⁶

2.2 Dava Türleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Gösterdiği Özellikler

2.2.1 Objektif Dava Birleşmesi

Objektif dava birleşmesi veya HMK m. 110 ile düzenlendiği ismiyle davaların yığılması, aynı yargı çeşidi içinde yer alan ve ortak yetkili bir mahkemenin bulunduğu birden fazla davanın aynı dava dilekçesinde ileri sürülmesidir. Burada tasarruf ilkesi gereği davacı isterse söz konusu taleplerini aynı dava dilekçesiyle ileri sürebileceği gibi, ayrı ayrı davalar açarak da ileri sürebilmektedir. Bu dava türünün kabul edilmesindeki amaç, usûl ekonomisinin sağlanması ve çelişkili kararlar verilmesinin önüne geçilmesidir.⁸⁷⁷ Yine de objektif dava birleşmesi bakımından, farklı hukuki ilişkilerden kaynaklanan davaların usûl ekonomisi ilkesine zarar vermesi ihtimaline de vurgu yapılmaktadır.⁸⁷⁸

Talep sayısı kadar dava ve hükmün bulunduğu bu dava türünde, zorunlu arabuluculuğun her bir talep için ayrı ayrı inceleneceği; birlikte ileri sürülen taleplerden hangisi için zorunlu arabuluculuk işlerlik kazanacaksa o talep için arabuluculuğa başvurulmasının gerektiği vurgulanmaktadır.⁸⁷⁹ Ancak, bu durumda

⁸⁷⁵ Köroğlu, s. 530.

⁸⁷⁶ Bakanlık Kitaplığı, s. 48; Köroğlu, s. 531.

⁸⁷⁷ Şanal Görgün/ Levent Börü/ Mehmet Kodakoğlu, **Medeni Usûl Hukuku**, 10. Bası, yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 284; Kuru, **HMU**, s.1496; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl (2021)**, s.1092.

⁸⁷⁸ Murat Atalı/ İbrahim Ermenek/ Ersin Erdoğan, **Medeni Usûl Hukuku**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 349.

⁸⁷⁹ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 192; Eminoglu/Erdoğan, s. 167; Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 176-177. Zorunlu arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklar için arabuluculuğa başvurunun, diğer talepler

davacı, zorunlu arabuluculuğa tabi talepleri için ayrı ayrı dava açma yoluna gitmek durumunda kalabilecektir.⁸⁸⁰ Üstelik taleplerden biri hakkında verilen kararın diğerini de etkileyeceği hallerde, arabuluculuğa tabi olmayan talepler hakkında karar verilmeksizin arabuluculuğa tabi talepler hakkında karar verilemeyecek olabilir; bu durumda arabuluculuğa tabi talepler hakkında tarafları arabuluculuğa zorlamanın anlamsız olacağı, bu tür tereddütlerin ise açık bir kanun hükmü ile giderilmesinin yerinde olacağı ifade edilmektedir.⁸⁸¹

2.2.2 Belirsiz Alacak Davası

HMK m. 107 ile düzenlenen belirsiz alacak davası, davacının alacağın miktarını ya da değerini tam ve kesin olarak belirlemesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu durumlarda, asgari bir miktar belirterek açabileceği dava türüdür. Davacı bu şekilde dava açtığında, alacağının değer veya miktarının belirlenmesinin mümkün olmasından sonra, hâkimin tahkikat sona ermeden vereceği iki haftalık süre içinde iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın

bakımından bekletici mesele yapılabilmesi yönünde görüş için bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 193; Yardım, s. 101. Yargıtay’ın ise zorunlu arabuluculuğa tabi bir taleple birlikte bu şarta tabi olmayan taleplerin de ileri sürülmesi halinde, arabuluculuğa başvurunun gerekmediğine ilişkin kararları bulunmaktadır: “...Hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yöntemi ile çözülmesi ihtiyari olmakla birlikte, 6325 sayılı Kanun’da 06.12.2018 tarihli ve 7155 sayılı Kanun ile yapılandırılmışla, mahkemelerin iş yükünün azaltılması için bazı tür uyuşmazlıklar için mahkemeye başvurmadan önce bir dava şartı olarak “zorunlu arabuluculuk” şartı getirilmiştir. Bu bağlamda aynı kanun ile 6102 sayılı TTK’nın 5/A maddesi ile getirilen düzenlemede, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması bir dava şartı olarak kabul edilmiştir. Davanın konusunun birden fazla olması ve bunlardan bir kısmının bir miktar para alacağına, bir kısmının ise miktara tabi olmaması halinde, yani HMK 110. maddesi anlamında bir dava yığılması ve talepler arasında da HMK 166. maddesi anlamında bağlantı bulunması halinde, uyuşmazlığın ne şekilde çözümleneceğine ilişkin bir hüküm bulunmamakta ise de, Anayasamız uyarınca, uyuşmazlığın çözümünde asıl olanın mahkeme yargısı olduğu dikkate alındığında, aralarında bağlantı bulunan ve miktara tabi olan ve olmayan talepleri bir arada içeren, talep yığılmasının söz konusu olduğu davaların arabuluculuğa tabi olmaksızın mahkemece çözüme kavuşturulması gerekir (aynı yönde bkz. Dairemizin 10.02.2020 tarih ve 2019/3048 – 2020/1093; 17.02.2020 T. ve 2020/197-2020/1578)...” (Yargıtay 11. HD 2020/933E. 2020/5776K. 09.12.2020, <https://legalbank.net/belge/y-11-hd-e-2020-933-k-2020-5776-t-09-12-2020/3984860/%22davalar%40b1n+y%40b1%40%9f%40b1lmas%40b1%22>, erişim tarihi: 27.04.2022). Aynı yönde Yargıtay 11. HD 2019/4851E. 2020/2732K 10.06.2020; Yargıtay 11. HD 2019/3611E. 2020/4734K. 04.11.2020 (www.legalbank.net), erişim tarihi: 27.04.2022).

⁸⁸⁰ Aydın, s. 162; Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 176-177. Objektif dava birleşmesi halinde taleplerden yalnızca biri dahi zorunlu arabuluculuğa tabi değil ise davanın tümü bakımından zorunlu arabuluculuğun geçerli olmayacağına dair Yargıtay’ın görüşü hakkında bilgi için bkz. Eminoğlu/Erdoğan, s. 163. Yargıtay’ın bu yaklaşımının kötüye kullanmaya müsait olduğu, zorunlu arabuluculuğu aşmak isteyen tarafların dava dilekçesine bu dava şartına tabi olmayan talepleri de ekleyebileceği hususunda nkz. Eminoğlu/Erdoğan, s. 164, dn. 178.

⁸⁸¹ Eminoğlu/Erdoğan, s. 165.

talebini arttırabilmektedir (HMK m. 107/2). Belirsiz alacak davası yalnızca para alacakları için açılabilen, bir çeşit kısmi eda davasıdır.⁸⁸²

Belirsiz alacak davası, dava konusu alacağın değer veya miktarının belirlenemeyeceği hallerde, kısmi davaya kıyasla daha kolay ve ucuz olan bir dava türüdür.⁸⁸³ Bu dava ile davacının yüksek yargılama giderine mahkum olması riskini, yanlış veya düşük talepte bulunma ihtimalini ve kısmi dava sonrasında talep sonucunun arttırılması halinde zamanaşımı süresinin geçme tehlikesini bertaraf etmek amaçlanmaktadır.⁸⁸⁴ Tüm bunların yanı sıra, gereksiz masraf yapılmasının, çelişkili hüküm verilmesinin ve ikinci bir dava açılmasının da önüne geçilerek, usûl ekonomisinin ve talep sonucunu tam belirleyemeyen davacının hakka ulaşımının sağlanması söz konusudur.⁸⁸⁵

Belirsiz alacak davalarında mahkeme içi yapılınsûlhler, alacak miktarı tam belirlenmemişse dahi, alacağın tümü üzerinde yapılmış sayılmalıdır⁸⁸⁶. Dolayısıyla, zorunlu arabuluculuğa başvurulması halinde de arabuluculuk şartının yalnız belirsiz alacak davasındaki asgari tutar için değil, alacağın tamamı için geçerli kabul edilmesi gerektiği görüşü öne sürülmüştür.⁸⁸⁷ Nitekim belirsiz alacak davası sonunda ortaya çıkan kesin hüküm de alacağın tamamı için geçerlidir⁸⁸⁸.

Davacı dava belirsiz alacak davası açmadan önce zorunlu arabuluculuk yoluna başvurmuş ve taraflar belli bir miktarın üzerinde müzakere etmiş, hatta davalı tarafça belli bir miktar belirtilmiş, ancak anlaşmaya varamamış olabilirler. Davacının alacak miktarını belirleyebilmesi için gereken bilgi ve belgeler karşı tarafın ya da üçüncü kişinin elinde olabilir ve davacı bunlara erişemediği için de belirsiz alacak davası açabilir.⁸⁸⁹ İsviçre doktrininde mahkeme içi uyuşmazlık çözüm sürecinde davalı dava konusunun değerine ilişkin beyanda bulunmadıkça, davacının dava değeri

⁸⁸² Postacıoğlu/Altay, s. 245; Hakan Pekcanitez, **Belirsiz Alacak Davası**, Ankara 2011, Yetkin Yayınları, s. 31; Hakan Pekcanitez, “Belirsiz Alacak Davası”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 11 Özel S: 2009, Yıl 2010, s. 509-552, s. 526; Cemil Simil, **Belirsiz Alacak Davası**, İstanbul 2013, On İki Levha Yayıncılık, s. 94.

⁸⁸³ Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s.1018; Simil, s. 143.

⁸⁸⁴ Pekcanitez, **Belirsiz Alacak Davası**, s. 542; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s.1020; Simil, s. 143.

⁸⁸⁵ Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s.1022; Postacıoğlu/Altay, s. 243; Tanrıver, **Usûl**, s. 598.

⁸⁸⁶ Pekcanitez, **Belirsiz Alacak Davası Kitap**, s. 61; Simil, s. 316.

⁸⁸⁷ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 188; Tanrıver, **Arbuluculuk**, s. 181.

⁸⁸⁸ Pekcanitez, **Belirsiz Alacak Davası Kitap**, s. 66; Simil, s. 343.

⁸⁸⁹ Tanrıver, **Usûl**, s. 606.

belirtmeksizin kademeli dava (die Stufenklage) engel olunamayacağı ifade edilmektedir.⁸⁹⁰ Türk hukukunda benzer bir durum belirsiz alacak davası kapsamında değerlendirildiğinde, davacı alacağının, davalı tarafça, HUAK m. 5/1 ile sayılânb Belgeler haricinde ibraz edilen ve dava açıldıktan sonra HMK m. 219 uyarınca ibrazı istenebilecek bir belge ile belirlenebilen miktarla sınırlı olmadığı düşüncesindeyse ve yine de tüm alacağının ne kadar olduğunu bilebilecek durumda olmadığından belirsiz alacak davası açma niyetindeyse, açacağı bu dava için de kanaatimizce arabuluculuk dava şartı tamamlanmış sayılmalıdır⁸⁹¹. Dava dilekçesinde göstereceği asgari tutarın ise zorunlu arabuluculuk esnasında edindiği bilgi uyarınca gösterilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

2.2.3 Kısmi Dava

HMK m. 109 hükmüyle düzenlenen kısmi dava, talep konusunun bölünebilir olduğu hallerde, davacının talebinin bir kısmını öne sürdüğü dava türüdür. Talep edilen hukuki korumaya göre eda davası olan kısmi dava, tarafların taleplerinin tamamını öne sürmek zorunda olmayışı bakımından tasarruf ilkesiyle de ilişkilidir.⁸⁹² Dava açılırken davacı fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak davasını açıkça kısmi dava olarak nitelendirebileceği gibi, kısmi dava olduğunu açıkça belirtmeden de bu davayı açabilir. Önemli olan dava dilekçesindeki açıklamalardan bunun kısmi dava olduğunun anlaşılmasıdır.⁸⁹³ Kısmi dava açılabilmesi için talebin bölünebilir olmasının yanı sıra, talep edilen kısım ile kalan kısmın aynı hukuki ilişkiden kaynaklanması gereklidir. Davaya konu talep ile kalan talep arasında aslilik fer’ilik ilişkisi varsa, örneği anapara alacağının fer’isi olan faiz, ana para alacağının bir kısmı

⁸⁹⁰ Sabine Baumann Wey, “IV. Zu Besonderen Verfahrensfragen”, **Die Unbezzifferte Forderungsklage Nach Art. 85 ZPO** (Herausgeber: Jörg Schmid), Schultess Juristische Medien 2013, s. 219-239, s. 226, rn. 599. Alman hukukunda ZPO Art. 254 ile düzenlenen, İsviçre’de ise içtihatlarla kabul edilen kademeli dava (die Stufenklage) Türk hukukundaki terditli dava (HMK m. 111) olmayıp, davacının talep değerini belirleyemediği ancak davalı tarafından talep değerinin belli olduğu, davacının hem alacağının ödenmesini hem de davalıdan beyanda bulunmasını talep ettiği bir tür objektif dava birleşmesidir (HMK m. 110). Kademeli dava hakkında bkz. H. Özden Özkaya Ferendeci, “Alman ve İsviçre Hukukları’ndaki Kademeli Dava (Stufenklage) ile 6100 Sayılı HMK’ya Göre Belirsiz Alacak Davası’nın Karşılaştırılması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 18 Sayı 1, 2012, s. 353-382, s. 360 vd.

⁸⁹¹ Benzer yönde bkz. Aydın, s. 147.

⁸⁹² Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 346; Kuru, **HMU**, s.1515; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl (2021)**, s. 989; Tanrıver, **Usûl**, s. 590.

⁸⁹³ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 347; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 289; Kuru, **HMU**, s.1519; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl (2021)**, s.1000; Tanrıver, **Usûl**, s. 593.

olmadığından, anapara alacağı için açılândava kısmi dava olarak değerlendirilemez.⁸⁹⁴ Dürüstlük kuralına aykırı olmadıkça ve hakkın kötüye kullanımına girmedikçe, kalan kısım için birden fazla kısmi dava açılmasında bir engel yoktur.⁸⁹⁵

Kısmi dava açılmasındaki hukuki yararın, ispat faaliyetinin zorluğu ve hukuki durumun belirsizliğinden kaynaklı yargılama giderleri rizikosu olduğu ifade edilmektedir. Ancak, bu dava türünün tek amacının bu olduğunu söylemenin doğru olmadığına da dikkat çekilmektedir. Buna göre, kısmi dava sonunda verilen hüküm üzerine taraflar, kalan kısım için sülhe varmak isteyebilecekleri gibi arabuluculuk yoluna başvurmayı da düşünebileceklerdir.⁸⁹⁶

Kısmi dava açıldığında davanın açılmasına bağlanan sonuçlar, yalnızca talep konusu kısım için geçerli olur.⁸⁹⁷ Derdestlik yalnız dava konusu miktar için geçerli olur, kalan kısım için ise olmaz. Kalan kısım için eda davası açılabileceği gibi, bu kısmın belirlenebilmesi için tespit davası da açılabilir.⁸⁹⁸ Zamanaşımı yalnızca dava konusu kısım için kesilir.⁸⁹⁹ Kısmi dava sonucunda verilen hüküm tam bir hüküm olup, kalan miktar için açılacak davada kesin delil teşkil eder.⁹⁰⁰

Kısmi dava açıldıktan sonra ıslah yapılarak ya da ek dava açılarak müddeabihin arttırılması halinde, dava konusu alacağın kısmi olup olmamasının bir önemi olmayacağı gerekçesiyle, önceden başvurulmuş zorunlu arabuluculuğun, bakiye alacağı da kapsadığı yönünde görüşler bulunmaktadır. Buna göre eğer arabuluculuk süreci anlaşma olmaksızın sona ermişse, bu tüm alacak bakımından geçerlidir. Arabuluculuk tutanağında hukuki ilişkiye atıf yapılarak alacak veya tazminat üzerine bir anlaşma sağlanamadığı belirtilmekte, alacak veya tazminat tutarına yer verilmemektedir.⁹⁰¹ Anlaşma sağlanması halinde ise bunun sadece anlaşmada belirtilen kısım için geçerli olduğunun kabul edilmesi gerektiği haklı olarak belirtilmektedir.⁹⁰²

⁸⁹⁴ Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 288; Kuru, *Usûl El Kitabı*, s. 430; Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl (2021)*, s. 991.

⁸⁹⁵ Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl*, s.1006.

⁸⁹⁶ Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl*, s. 990.

⁸⁹⁷ Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl*, s.1003; Tanrıver, *Usûl*, s. 594.

⁸⁹⁸ Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl*, s.1003.

⁸⁹⁹ Kuru, *Usûl El Kitabı*, s. 431.

⁹⁰⁰ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 346; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 290.

⁹⁰¹ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 188; Eminoğlu/Erdoğan, s. 161; Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 180.

⁹⁰² Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 180.

2.2.4 Terditli Dava

Davacının arasında ekonomik veya hukuki bir bağ ile aslilik fer'ilik ilişkisi bulunan taleplerini aynı dava dilekçesi ile ileri sürdüğü, mahkemenin asli talebi incelemeyen fer'i talebi inceleyemediği davalar terditli davalardır (HMK m. 111). Bu davalar da talep yığılmasının bir çeşidini oluşturur⁹⁰³. Terditli davalarda talepler şarta bağlanmaz; bir sıraya konulup, biri kabul edilmediği takdirde diğerinin talep edilmesi söz konusu olur.⁹⁰⁴ Vakıaların terditli olarak ileri sürülmesi ile terditli davanın karıştırılmaması gerekir. Vakıaların terditli olarak ileri sürülmesi halinde terditli davadan söz edilemez.⁹⁰⁵ Karşılık davanın ise terditli olarak ileri sürülmesi mümkündür⁹⁰⁶.

Terditli olarak ileri sürülen taleplerin aynı vakıalara dayanması mümkün olmakla beraber, bu şart değildir.⁹⁰⁷ Her iki tür talep bakımından derdestlik, davanın açılmasıyla birlikte başlar. Ancak, fer'i talebin incelenme koşulları oluşmazsa, bu talep bakımından derdestlik geçmişe dönük olarak ortadan kalkar.⁹⁰⁸

Asli talep hakkında verilen ve fer'i talep bakımından kesin hüküm teşkil etmeyen kararın verilmesinden sonra fer'i talebin incelenmesine geçilmesi, hem zaman kaybını önleyerek usûl ekonomisini sağlar hem de davacının fer'i talebi bakımından sürelerin korunmasını sağlayarak hakka erişimini kolaylaştırır.⁹⁰⁹ Mahkeme asli talebi esastan reddedip fer'i talebi incelemeye bir ara kararla geçmek zorunda değildir. Her iki tür talep için ortak yürütülen tahkikat aşaması sonucunda asli taleple ilgili olumsuz kanaate varıp fer'i talebi kabul eden hâkim, bu süreci nihaî kararda gerekçelendirecektir.⁹¹⁰ Belirtmek gerekir ki bu dava türünde talepler terditli olup, mahkemenin hükmü terditli değildir; verilen tek bir hükmüdür.⁹¹¹

⁹⁰³ Kuru, **HMU**, s.1484; Timuçin Muşul, **Medeni Usûl Hukukunda Terdit İlişkileri**, İstanbul 1984, Fakülteler Matbaası, s. 106.

⁹⁰⁴ Muşul, s. 105; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s.1085.

⁹⁰⁵ Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 418.

⁹⁰⁶ Muşul, s. 163.

⁹⁰⁷ Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 285; Kuru, **HMU**, s.1484-1494.

⁹⁰⁸ Kuru, **HMU**, s.1494; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 350.

⁹⁰⁹ Kuru, **HMU**, s.1484; Postacioğlu/Altay, s. 257.

⁹¹⁰ Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl (2021)**, s.1087.

⁹¹¹ Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 286; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 415; Tanrıver, **Usûl**, s. 629.

Hem asli hem fer'i talep için arabuluculuk süreci işletilmişse, terditli davanın açılabilceğı muhakkaktır. Asli talep zorunlu arabuluculuğa tabi ise her durumda dava şartı tamamlanacaktır. Fer'i talep bakımından ise zorunlu arabuluculuk geçerli değılse, davaya devam edilecektir. Ancak, dava şartı olan arabuluculuğa başvurmak gerekiyorsa, mahkemenin taraflara bu şartın tamamlanabilmesi açısından kesin süre verilmesi gerektiğı savunulmaktadır.⁹¹² Halbuki, tamamlanamayan bir dava şartı olan zorunlu arabuluculuğun, fer'i talebin asli talebin ileri sürüldüğü dava dilekçesiyle ileri sürüldüğü dikkate alındığında, kesin süre tanınarak tamamlanamayacağı kanaatindeyiz.

Terditli davalarda fer'i talebin zorunlu arabuluculuğa tabi sayılabileceğı durumlarda bu şartın eksikliğinden dolayı fer'i talebin reddedilmesinin, tarafların davalarını terditli olarak ileri sürmesini imkansızlaştıracğı doktrinde ifade edilmektedir. Buna göre söz konusu fer'i talep için tarafların arabuluculuğa başvurmaya zorlandığı hallerde, davacı esasen dava yoluyla talep etmediğı bir alacak için arabuluculuğa başvurmuş olacaktır. Bu durumda yalnızca asli talebi için dava açabilecek, ancak onun da reddedilmesi halinde fer'i talebi isteyebilecek, bu arada süreleri kaçırmış olabilecektir. Bu sebeple terditli davalarda zorunlu arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun yalnızca asli talep bakımından dikkate alınması gerektiğı ifade edilmiştir.⁹¹³ HUAK m. 18A/15 düzenlemesi karşısında zamanaşımı süresi ve hak düşürücü süre bakımından getirilen bu eleştirilerin yerinde olmadığı, eğer terditli davalarla ilgili bu sonuca ulaşılacak isteniyorsa, asli talep için zorunlu arabuluculuğa

⁹¹² Tanrıver, **Arbuluculuk**, s. 177-178.

⁹¹³ Eminoglu/Erdoğan, s. 169. İstanbul 13. Asliye Ticaret Mahkemesinin aksi yönde bir kararı şu şekildedir: “Davacının aynı davalıya karşı birden fazla talebini aralarında asililik fer'ilik ilişkisi kurmak sureti ile aynı dava dilekçesinde ileri sürebildiğı terditli davalarda isal veya fer'i taleplerden sadece birisinin konusunun bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebi içeren ticari dava olması yeterli olup bu durumda terditli olarak açılânişbu davada, dava açmazdan evvel arabulucuya başvurulması dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanır. (Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu arabuluculuk , Arabuluculuk Daire Başkanlığı, sayfa 69)...Somut durumda, davacı vekilinin, terditli olarak açtığı davada, taleplerinden biri bir miktar paranın tahsiline ilişkin olduğu halde, dava açmazdan evvel dava şartını yerine getirmediğı anlaşılmakla, davanın dava şartı yokluğu nedeni ile usûlden reddine karar verilerek aşağıdaki hüküm tesis edilmiştir...” (İstanbul 13. ATM, 2019/217E. 2019/344K. 15.04.2019, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/adli-yargi-ilk-derece-mahkemeleri/istnbl-13-asliye-ticaret-mahkemesi-e-2019-217-k-2019-344-t-15-4-2019> , erişim tarihi: 06.04.2023). Asli ve fer'i talepler bakımından arabuluculuğa ayrı başvurular yapılmasının gerekli olmadığı, arabuluculuğa başvurunun hem asli hem fer'i talepler bakımından müzakere konusu yapılması gerektiğı yönünde bkz. Fatma Nur Tekçe Barut, **Medeni Usûl Hukukunda Terditli Talep Yıgılması** (Yayınlanmamış doktora tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2022), s. 142.

başvurulmasının yeterli olduğunun kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

2.2.5 Karşı Dava

Karşı dava davalının aynı mahkeme ve dosyada, kendi hakkının da hüküm altına alınması talebiyle davacıya karşı açtığı davadır.⁹¹⁴ Cevap dilekçesiyle ya da cevap süresi içinde ayrı bir dilekçeyle karşı dava açılabilir (HMK m. 133/1). Karşı dava için ayrı bir dosya numarası verilmez ancak bağımsız bir dava gibi harç alınır ve dava şartları da ayrı incelenir.⁹¹⁵

Karşı davanın hangi şartlarda açılabileceği HMK m. 132 ile belirtilmiştir. Buna göre asıl dava derdest olmalı ve asıl dava ile karşı dava arasında takas veya mahsup ilişkisinin olması ya da bu iki dava arasında bağlantı bulunması gerekmektedir.

Karşı davanın asıl davadan ayrı bir dava olması nedeniyle dava şartları da ayrı incelenecektir. Bu durumda cevap süresinde tamamlanması mümkün olmayabilecek zorunlu arabuluculuk süreci nedeniyle, davalının karşı dava açma imkânının önemli ölçüde sınırlanmış olacağı, bunun ise aynı zamanda hak arama özgürlüğünün sınırlanması anlamına geleceği belirtilmiştir. Bunun da davalının karşı dava ile ileri sürebileceği talebini, cevap dilekçesinde bir savunma olarak ileri sürmek zorunda bırakabileceği ifade edilmiştir. Bu sebeple davalının, zorunlu arabuluculuğa başvurduktan sonra, talebini ayrı bir dava açarak ileri sürüp, daha sonra birleştirme talebinde bulunabileceği belirtilmiştir.⁹¹⁶ Ancak, arada sadece takas mahsup ilişkisi bulunduğu durumlarda, böyle bir halde karşı dava yoluyla sağlanmak istenen usûl ekonomisi sağlanamayacağından, davaların birleştirilmesinin mümkün olmayacağı, ayrıca çelişkili kararların ortaya çıkabileceği vurgulanmıştır.⁹¹⁷ Usul ekonomisinin sağlanması ve hatta adil yargılama hakkının korunması bakımından ileri sürülen bir

⁹¹⁴ Kuru, **HMU**, s.3889; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s.1028.

⁹¹⁵ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 406; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 408; Kuru, **HMU**, s.3958; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl (2021)**, s.1233.

⁹¹⁶ Eminoğlu/Erdoğan, s. 172; Tanrıver, **Arbuluculuk**, s. 182-183.

⁹¹⁷ Eminoğlu/Erdoğan, s. 172.

başka çözüm önerisi ise asıl dava için başvurulacak zorunlu arabuluculuk sürecinde, olası tüm karşı davalar için de tutanak düzenlenmesidir⁹¹⁸.

Karşı dava, Almanya’da EGZPO Art. 15a/2⁹¹⁹ ve İsviçre örneğinde ZPO Art. 198/1-g ile ilgili kurumlar bakımından, usûl ekonomisi gereği⁹²⁰ istisnalar arasında sayılmıştır. Kanaatimizce Türk hukuku bakımından da aynı durum geçerli olmalıdır. Ne var ki, yürürlükte olan kanunun açıklığı ve örnek verdiğimiz bu ülkelerdeki gibi düzenlemelerin bulunmayışı karşısında, mevcut düzenlemeler çerçevesinde karşı dava için de zorunlu arabuluculuğa başvurmak gerektiği sonucuna varılmalıdır.

3. Zorunlu Arabuluculuğun Ticaret Hukuku Bakımından Gösterdiği Özellikler

3.1 Basiretli Tacir Gibi Davranma ve Yönetim Kurulunun Özen Yükümlülüğü Bakımından

3.1.1 Basiretli Tacir Gibi Davranma Bakımından

TTK m. 18/2 hükmü basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünü düzenlemiştir. Basiret, tacirin ticari işletmesiyle ilgili olarak hem fiili hem hukuki işlemlerinde göstermesi gerek dikkat, tedbir ve objektif özen yükümlülüğünü ifade eder⁹²¹. Buna göre tacir, ticaret hayatının özelliklerini göz önünde bulundurarak, tedbirli, ileriye makûl bir oranda gören bir tacir olarak davranmak durumundadır. Tacir bu yükümlülük uyarınca, objektif bir ölçüye göre belli hallerde daha önce taahhüt etmediği bazı edimler yüklenmekte veya daha geniş ölçüde sorumluluk altına girmektedir.⁹²² Kısacası basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, tacirin ticari işlemlerdeki dikkat ve özen yükümlülüğü hakkında bir standart oluşturmaktadır⁹²³. Bu

⁹¹⁸ Çiğdem Yazıcı, **Medeni Usûl Hukukunda Karşı Dava**, İstanbul 2021, On İki Levha Yayıncılık, s. 220.

⁹¹⁹ Bkz. Birinci Bölüm §2.1.2.

⁹²⁰ Bkz. Birinci Bölüm §2.2.2.2.

⁹²¹ Mahmut Kizir, “Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İşadamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlarına Uyarlanmasının Etkisi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 19(2), 2011, s. 245-282, s. 249.

⁹²² Poroy/Yasaman, s. 158-159; Arkan, s. 153.

⁹²³ Felix Maultzsch, “HGB §347 (Sorgfaltspflicht)”, **Münchener Kommentar zur HGB** (herausgeber: Ingo Drescher/ Holger Fleischer/ Karsten Schmidt), 5. Band, 2021, Rn. 1.

standart ise, tacirlerin ticari işlemlerde bir profesyonel olarak yer almasından dolayı, diğer hukuki ilişkilerdeki dikkat ve özen yükümlülüğüne nazaran daha yüksektir⁹²⁴.

Basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğü, ticari nitelik taşıyan hukuki işlem veya eylemlerden kaynaklanan sorumluluğun derecesini belirler⁹²⁵. Bu kapsamda tacir, örneğin haksız rekabeti önlemek için gereken tedbirleri bu ölçüte göre almalı, ticari işletmesiyle ilgili sözleşmeleri yaparken ve bu sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirirken bu yükümlülüğe göre davranmalıdır. Basiretli iş adamı gibi davranma ölçütü, bir tacirin ticari işletmesiyle ilgili her tür faaliyetinde ve sadece faaliyet gösterdiği alanda geçerlidir.⁹²⁶

Basiretli iş adamı ölçütünün boşluk dolduran bir fonksiyonu vardır. Yargıtay’a göre ifâ imkansızlığı bulunmayan ancak şartların ağırlaştığı, komisyonların yükselmesi, devalüasyon ve benzeri hallerde tacirin bu ölçüte göre tedbir almalıdır. Ancak, bu tür hallerde ekonomik yıkım ölçüsünün kullanılması gerektiği de savunulmaktadır.⁹²⁷

TTK m. 18’in yanı sıra, başka bazı özel kanunlarda da basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Örneğin 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m.62/1’e göre “*Yönetim Kurulu, kooperatif işlerinin yönetim için gereken titizliği gösterir ve kooperatifin başarısı ve gelişmesi yolunda bütün gayretini sarfeder.*” Yine 5941 sayılı Çek Kanunu m.2/1 uyarınca da “*Bankalar, çek hesabı açılması ile ilgili olarak bu Kanunla kendilerine verilen görev ve yükümlülükleri yerine getirirken, çek hesabı açtırmak isteyen yasa dışı olup olmadığını bu Kanun hükümlerine göre araştırırlar; ayrıca ilgili kişinin ekonomik ve sosyal durumunun belirlenmesinde gerekli basiret ve özeni gösterirler.*”⁹²⁸ Görüldüğü üzere basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü yalnızca gerçek kişi tacirler için değil, tüzel kişi tacirler için de uygulama alanı bulmaktadır.

⁹²⁴ MüKo HGB §347, Rn. 2.

⁹²⁵ MüKo HGB §347, Rn. 3.

⁹²⁶ Arkan, s.153; Mustafa Alper Gümüş, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.18/II’de Yer Alan “Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı” Ölçütünün İyiniyetin (TMK m.3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22.3, 2016, s.1221-1240, s. 1225; Kizir, s. 253.

⁹²⁷ Poroy/Yasaman, s. 161.

⁹²⁸ Kizir, s. 249.

Basiretli tacir gibi davranma kuralı tacirin bizzat yürüttüğü işlemlerden ziyade, tacir yardımcılarının ya da şirket yöneticileriyle sorumlu ortakların, hukuki işlem veya eylemleri bakımından daha karmaşık bir görünüm sergilemektedir. Alman doktrininde bu kişilerin, kendi adlarına bir tacir olarak davranmadıkları, bu nedenle de sorumluluklarının basiretli tacir düzeyinde olmadığı ifade edilmektedir. Yine de bu kişilerin sorumluluğu basiretli tacir gibi davranma kuralına göre belirlenmektedir. Tacirin buradaki sorumluluğu da kendisini temsil eden kişinin öznel yeterliliğinden bağımsız olarak, objektif ve tipikleşmiş bir şekilde ortaya çıkmaktadır⁹²⁹. Kısacası, tacirin temsilcilerinin ya da yardımcılarının faaliyetleri, basiretli tacir gibi sorumlu olmasına engel teşkil etmemektedir. Üstelik diğer hukuki ilişkiler için yardımcı kişilerin seçiminde ve denetlenmesinde özen gösterilmesi yeterliyken, burada daha geniş kapsam bulunmakta, tacir için yardımcılarının işlem ve eylemlerinin her biri üzerinde inceleme yapmak gerekmektedir⁹³⁰.

Ticari şirketler bakımından basiretli tacir gibi davranma kuralı şirket içi ilişkilerde uygulama alanı bulmamaktadır. Şirket içi ilişkilerde sorumluluğa ilişkin uygulanacak kurallar, organlarla ilgili şirketler hukuku düzenlemelerine göre belirlenir. İflas durumunda atanacak tasfiye memurunun iflas edene karşı sorumluluğu ise kendisine uygulanacak özel düzenlemelere göre belirlenecektir.⁹³¹ Üçüncü kişilere karşı sorumluluk halinde ise bu kişilerin sorumluluğu, ancak kendileri de tacir ise ve üçüncü kişiyle arasındaki ilişki başlı başına bir ticari ilişki olarak nitelendirilebilecek ise basiretli tacir gibi sorumluluk söz konusu olacaktır.⁹³²

Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü sadece sözleşmeden ya da kanundan kaynaklanan bir borcun doğması halinde değil, TTK m. 18/2’de tacirin tüm faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi davranması gerektiğinden bahsedilmesinden hareketle, henüz bir borç doğmamışken de geçerli kabul edilmelidir⁹³³. Dolayısıyla, tacirin sözleşme müzakereleri esnasında da makûl bir tacir gibi davranması, diğer bir deyişle mevcut ve ileride değişebilecek şartları göz önünde bulundurması ve sözleşmeyi ifâ edip edemeyeceğini araştırması gerekmektedir⁹³⁴. Bundan dolayı

⁹²⁹ Kizir, s. 248; MüKo HGB §347, Rn. 7.

⁹³⁰ MüKo HGB §347, Rn. 7-9.

⁹³¹ MüKo HGB §347, Rn. 11.

⁹³² Joachim Gruber, *Handelsrecht*, Bremen 2019, Springer, s. 132; MüKo HGB §347, Rn. 12.

⁹³³ Muhammet Emin Bingöl, *Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Yükümlülüğü: Özellikle Tacirin Ücret ve Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi*, İstanbul 2018, On İki Levha Yayıncılık, s. 37.

⁹³⁴ Bingöl, s. 57.

arabuluculuk sürecinde de, bu sürecin sonunda akdedilecek borçlar hukuku sözleşmesi için yapılacak müzakerelerde basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü bulunmalıdır.

Tacirin ticari işletmesiyle ilgili tecrübesiz olması beklenemeyeceğinden, arabuluculuk sonunda yapılacak anlaşmada ancak müzayaka halinde kalınması durumunda aşırı yararlanma olabilecektir⁹³⁵. Buradaki müzayaka hali ise ancak mali durum bakımından kabul edilebilir⁹³⁶. Gerçekten de, zorunlu arabuluculuğun dezavantaj oluşturduğu noktalardan biri olarak güç dengesinin sağlanmasındaki zorluk da dikkate alındığında⁹³⁷, mali durumu karşı tarafa göre fazlaca zayıf taraf aleyhine müzayakaya dayalı bir aşırı yararlanma durumu doğabilecektir. Bunun dışında basiretli tacir gibi davranma kuralı gereği, zorunlu arabuluculuk sürecinde tarafların müzakerelerde özen yükümlülüğünün, diğer uyuşmazlık türlerine göre çok daha ağır olması gerektiği; bu durumun bir sonucu olarak da zorunlu arabuluculukla amaçlanan uyuşmazlığın anlaşma ile sonuçlanma ihtimalinin azalacağı kanaatindeyiz.

3.1.2 Yönetim Kurulunun Özen Yükümlülüğü Bakımından

Şirketler açısından yöneticilerin karar alırken sorumluluğunu sınırlayan “iş adamı kararı” (business judgement rule) uyarınca, şirketin yönetiminde söz sahibi olup şirket adına ticari karar alan kişilerin de belli bir özen yükümüne uygun hareket etmesi gerekmektedir⁹³⁸.

Bir yönetim kurulu üyesinin görevini yerine getirmesinde ihmalinin olup olmadığı değerlendirilirken, şirket faaliyetlerinin yürütülmesinde risk almanın gerekliliği ve yönetim kuruluna verilmesi gereken geniş takdir yetkisi de dikkate alınmalıdır. Buna karşılık, yönetim kurulunun da mevcut duruma uygun davranması, muhtemel riskleri hesaba katması beklenir. Bu nedenle iş adamı kararı yönetim kurulu üyelerinin adeta bir kumar oynarcasına afaki riskleri almalarına cevaz vermez.⁹³⁹

⁹³⁵ Bingöl, s. 72; Kizir, s. 254.

⁹³⁶ Bingöl, s. 73.

⁹³⁷ Bkz. Birinci Bölüm §1.2.4

⁹³⁸ Kürşat Göktürk, “Amerika, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İşadamı Kararı İlkesi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt 2 Sayı 2, 2011, s. 235.

⁹³⁹ Gerald Spindler, “AktG §93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder”, **Münchener Kommentar zur Aktiengesetz** (Herausgeber: Wulf Goette/ Mathias Habersack/ Susanne Kalss), 5. Auflage, Münih 2019, Rn. 63.

Dolayısıyla, eğer yönetim kurulunun eylemi kesinlikle kabul edilemez nitelikteyse ve bariz bir kusur söz konusuysa, yönetim kurulunun özen yükümlülüğünü ihlal ettiği söylenebilecektir. Bu da şirketin piyasa nezdindeki durumu, yapısı, karşı karşıya bulunduğu mevcut riskler ve şirketin yapısı gibi etkenler göz önünde bulundurularak belirlenecektir.⁹⁴⁰

İş adamı kararı kuralına göre yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğünden dolayı sorumlu tutulmamaları için aldıkları kararlarda şahsi menfaatlerinin olmaması; mevcut konuyla ilgili yeterli bilgiyi edinmiş olmaları ve şirketin menfaatine en uygun şekilde hareket etmeleri gerekmektedir⁹⁴¹. Bu kuralın geçerli olacağı faaliyetler, birden çok seçenek arasından seçilen ve ekonomik etkisi olan faaliyetlerdir⁹⁴². Ancak, kanun koyucu tarafından yönetim kuruluna getirilen yükümlülükler bakımından özen yükümlülüğü ve iş adamı kararı uygulama alanı bulmaz⁹⁴³. Objektif iyi niyet üzerine kurulu bu ilke, dürüstlük kuralına aykırılık hallerinde, hileli işlemlerde, şirketin amacı dışında kalan işlemlerde ve kanunun emredici hükümlerine aykırılık hallerinde uygulama alanı bulmaz⁹⁴⁴.

Her ne kadar Türk hukukunda bu prensip açıkça düzenlenmemişse de, TTK m. 369 ile *yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişilerin, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altında oldukları* öngörülmüştür. İlgili maddenin gerekçesinde ise “*Tedbirli yönetici ölçüsü, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak “işadamı kararı” (business judgment rule) verilebileceğini kabul eder ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayanır. Genel kabul gören kural uyarınca, duruma uygun araştırmalar yapıp, ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmiş olsa bile özensizlikten söz edilemez. Bu kurallar 553 üncü maddenin üçüncü fıkrasında yer alan hukuk kuralı ile somuta bağlanmış. Özen borcunun sözleşme ile ağırlaştırılabileceği şüphesizdir.*” ifadelerine yer verilerek, buradaki özen derecesinin işadamı kararı ölçütüne göre belirleneceğini ortaya konulmuştur. Ne var ki anilândüzenlemedeki tedbirli yönetici

⁹⁴⁰ MüKo AktG §93, Rn. 65.

⁹⁴¹ Göktürk, s. 209; MüKo AktG §93, Rn. 43.

⁹⁴² Göktürk, s. 225; MüKo AktG §93, Rn. 48.

⁹⁴³ MüKo AktG §93, Rn. 52.

⁹⁴⁴ Göktürk, s. 221.

kavramının Türk hukukuna yeni giren işadamı kararıyla açıklanmaya çalışılmış olması, işadamı kararı ilkesinin tedbirli yönetici kavramının yalnızca bir boyutunu açıklayabildiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁹⁴⁵

TTK m. 553/3 hükmünün gerekçesinde, gözetim yükümüne ilişkin sorumsuzluk halinin, işadamı kararıyla somutlaştırıldığı ifade edilmektedir. Bunun yanı sıra, söz konusu hükümde kontrol dışında kalan hukuka aykırılıklardan bahsedildiğinden ve iş adamı kararının hukuka aykırılıkları kapsamaması nedeniyle, iş adamı kararının uygulama alanı bulmayacağı da ifade edilmektedir.⁹⁴⁶ Sonuç olarak iş adamı kararı her ne kadar yöneticilerin ticari risk içeren faaliyetleri olabileceğini ve bundan dolayı sorumlu tutulmamasını kabul etse de, Türk hukukunda, yöneticilerin karar alırken gereken özen ve tedbiri de gösterip göstermediğine önem verilmektedir. Bu bağlamda, iş adamı ilkesi, yöneticinin takdirinin keyfiliğe mi yoksa belli bir özen derecesine mi dayandığını tespit etme noktasında önemlidir.⁹⁴⁷

Anonim şirketlerin taraf olduğu davalarda zorunlu arabuluculuk sürecinde şirketi TTK m. 365 hükmü uyarınca yönetim kurulu temsil edecektir⁹⁴⁸. Dolayısıyla, yönetim kurulu arabuluculuk sonunda yapacağı anlaşma koşullarını belirlerken, şirket adına ticari risk içeren faaliyetlerde bulunabilecektir. Hem müzakere sürecinde şirket menfaatlerini korumak hem de arabuluculuk süreci sonucunda yapılacak anlaşmayı bu menfaatlere en uygun şekilde oluşturmak bakımından, TTK m. 369 uyarınca özen yükümlülüğü olan yönetim kurulu üyelerinin, dürüstlük kuralına aykırı davranmadıkları ve yeterli bilgiyi edindikleri takdirde, özen yükümlülüğüne aykırı davranmadıklarının kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Aksi takdirde amacı taraflar arasındaki uyuşmazlığı dava açmadan çözmek ve mahkemelerin iş yükünü azaltmak olan zorunlu arabuluculuk süreci sonucunda kanımızca anlaşma sağlanma ihtimali azalacak, hızlı bir şekilde çözümlenmesi amaçlanan ticari uyuşmazlığın çözümü daha da gecikecektir.

⁹⁴⁵ Göktürk, s. 235.

⁹⁴⁶ Göktürk, s. 236-237.

⁹⁴⁷ Göktürk, s. 239-240.

⁹⁴⁸ Ömer Adil Atasoy/ Berk Olçum Bilgin, “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Konusunda Açılacak Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk Uygulaması ve Sorumluluk Davasına Etkisi”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), 2019, s. 111-165, s. 140.

3.2 Ticari Sırların Korunması Bakımından

3.2.1 Ticari Sır Kavramı

İşletme, banka ve müşteri sırrını kapsayan ticari sır kavramı, ekonomik, ticari ve mali sektörlerin tümünü ilgilendiren bir kavramdır.⁹⁴⁹ Ticari sırları genel sırlardan ayıran en önemli özellik, sahibine sağladıkları ekonomik menfaattir⁹⁵⁰. Bu sırlar sır sahibinin rakiplerince öğrenildiği takdirde sır sahibinin gerçek ve ciddi bir zarar görme ihtimali doğar⁹⁵¹. Ticari sırrın korunması Anayasal dayanağını temel insan haklarından kişisel alanın korunması kavramından almakta, ticari sırrın ekonomik şahsiyet alanı dahilinde bulunduğu belirtilmektedir.⁹⁵² Öte yandan, özellikle fikri mülkiyet hakları çerçevesinde, ticari sırların mülkiyet hakkı kapsamında da değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.⁹⁵³

Amerikan hukukunda Yeknesaklaştırılmış Ticari Sır Kanunu (Uniform Trade Secrets Act) ticari sırrı, genele malum olmaması ya da kullanımı veya açıklanmasından ekonomik menfaat elde edebilecek kişilerin erişiminin olmadığı ve gizli tutulmasına dair makûl şartların bulunduğu, bir formül, model, yazı, program, cihaz, metot, teknik ya da süreç içeren bilgi olarak tanımlanmıştır (Section 1 Art. 4). Bunun yanı sıra Amerikan hukukundaki diğer düzenlemeler incelendiğinde, ticari sır kavramının

⁹⁴⁹ Asuman Turanboy, “Ticari Sır”, **Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan** (Editörler: Sabih Arkan, Aynur Yongalık, Başak Şit), Ankara 2006, Turhan Kitabevi, s. 349-369, s. 349. Banka sırrı, bankanın faaliyet alanı içinde bulunan faaliyetlerinden ötürü elde ettiği, kamuya açıklamadığı veya açıklamamasında menfaatinin bulunduğu her tür bilgi ve belgedir (Maşallah Maral, “Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi ve Belgelerin Açıklanması Suçunda Kavramlar ve Sorunlar”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 94 Sayı 3 Yıl 2020, s. 194-208, s. 198). Müşteri sırrı ise, ticari işletmelerin faaliyetleri esnasında müşterileriyle olan ilişkilerinden dolayı elde ettikleri ve gizli tutmakla yükümlü oldukları bilgi ve belgelerdir (Maral, s. 199).

⁹⁵⁰ Aslı E. Gürbüz Usluel, **Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması**, İstanbul 2009, Vedat Kitapçılık, s. 29.

⁹⁵¹ Onur Can Saatcıoğlu, **Kanunlar İhtilafı Hukukunda Ticari Sırların İhlali**, Ankara 2020, Yetkin Yayınları, s. 42.

⁹⁵² Turanboy, s. 354.

⁹⁵³ Heinrich Amadeus Wolff Speyer, “Der Verfassungsrechtliche Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse”, **Neue Juristische Wochenschrift**, Heft 2, 1997, s. 98-101, s. 99.

işletmeye ait bilgilerin dikkate alınıp ekonomik değeri olan ya da olabilecek bilgiler olarak kabul edildiği görülmektedir.⁹⁵⁴

Almanya’da 21.03.2019 tarihinde Ticari Sırların Korunması Kanunu yürürlüğe girmiştir (Geschäftsgeheimnis Schutzgesetz- GeschGehG). Bu kanunla sır sahiplerinin, sır üzerindeki hakları ihlal edenlere karşı ileri sürebilecekleri haklar belirlenmiştir. Kanuna göre ticari sır herkesçe malum olmayan veya kolayca erişilemeyen ve bu nedenle ticari bir değeri olan; ticari sırların korunmasına dair alınacak makûl önlemlere dayanak olabilecek bilgiler ve sır olarak saklanması bir menfaate hizmet ettiği bilgiler olarak sınıflandırılmıştır (GeschGehG Art. 2 Abs. 1). Alman içtihadı da, söz konusu kanunla paralel olarak, bir bilgi işletmeyle ilgiliyse, aleni değilse, sır sahibinin iradesi bunu gizli tutmak yönündeyse ve sırrın saklanmasında hukuki menfaat varsa, bu bilginin ticari sır olarak nitelendirilebileceğini belirtmiştir.⁹⁵⁵ GeschGehG Art. 4, ticari sırların erişimine yetkisi olmayan kişilerce ve adil piyasa çerçevesinde dürüstlük kuralına aykırı şekilde elde edilmesini yasaklamıştır. Ancak basın özgürlüğü, kamu yararı ve işçilerin işçi temsilcilerine belli durumlarda açıklayabilmesi hallerinde bu yasaklar geçerli değildir (GeschGehG Art. 5).

Ticari sır Türk hukukunda kanuni tanımı olmayan bir kavramdır.⁹⁵⁶ Kavramın kişiden kişiye değişebilecek bir kavram oluşu, ve her somut olayda uzmanlarca değerlendirilmesi gerekliliği⁹⁵⁷, tanım yapılmasını zorlaştırmaktadır.⁹⁵⁸ Ancak bazen

⁹⁵⁴ Turanboy, s. 354.

⁹⁵⁵ Stefan Ernst, “Das Geschäftsgeheimnisgesetz- Praxisrelevante Aspekte der Umsetzung der EU Richtlinie 2016/943”, **Monatschrift für Deutsches Recht- Zeitschrift für Zivil- und Zivilverfahrensrecht**, 2019/15, s. 897-903, s. 898; Christoph Partsch/ Lauritz Rump, “Auslegung der “Angemessenen Geheimhaltungsmaßnahme” im Geschäftsgeheimnis-Schutzgesetz”, **Neue Juristische Wochenschrift**, Heft 3, 2020, s.118-121, s. 118.

⁹⁵⁶ Muhammet Sulu, **Ticari Sırların Korunması**, İstanbul 2020, On İki Levha Yayıncılık, s. 10; Turanboy, s. 359.

⁹⁵⁷ “Suç tarihinde, katılânsirket bünyesinde mühendis olarak çalışmakta olan sanığın, şirketin ana bilgisayara güvenlik sistemini devre dışı bırakıp uzaktan girerek kendi bilgisayarına veri transferi yaptığı ve 2490 adet dosyayı şifreleyerek ZIP formatında harici belleğe kopyalayıp yeni işe başladığı firmanın ana bilgisayarına aktardığı iddia edilen olayda sanık ve müdafin, kopyalandığı iddia edilen verilerin ticari sır veya müşteri sırrı niteliğinde olmadığını beyan ederek atılı suçlamayı kabul etmedikleri, katılan tarafın ise söz konusu bilgilerin ticari sır niteliğinde olduğunu beyan ettikleri, dosya arasında mevcut kayıtların teknik bilgi ve tecrübeyi gerektiren konulara ilişkin olduğu nazara alınarak; kopyalanan kayıtlarda yer alan bilgilerin ticari sır veya müşteri sırrı niteliğinde olup olmadığı hususlarında konusunda uzman bilirkişilerden rapor alınması ve hasıl olacak sonuca göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ve yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı şekilde hüküm kurulması...” (Yargıtay 5. CD 2014/7809E. 2017/118K. 12.01.2017, <https://legalbank.net/belge/y-5-cd-e-2014-7809-k-2017-118-t-12-01-2017/2701216/%22ticari+s%c4%b1r%22> , erişim tarihi: 22.05.2022).

⁹⁵⁸ Sulu, **Ticari Sır**, s. 10.

“üretim sırrı” bazen de “iş sırrı” veya “şirket sırrı” kavramlarının yerine kullanıldığı ticari sır için, Rekabet Kurumu Başkanlığı’nın 18.04.2010 tarihli 27556 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin 2010/3 numaralı tebliğinin on ikinci maddesinde *“teşebbüslerin faaliyet alanları ile ilgili olan ve gizli tutma iradesine sahip oldukları, yalnızca belirli ve kısıtlı bir kesim tarafından bilinen ve elde edilebilen, başta rakipleri olmak üzere üçüncü kişilere ve kamuya açıklanması halinde ilgili teşebbüsün ciddi zarar görme ihtimali bulunan her türlü bilgi ve belge”* şeklinde bir tanım yapılmıştır.⁹⁵⁹ “Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı”⁹⁶⁰ ise ticari sırrı *“Bir ticari işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, özellikle rakipleri tarafından öğrenilmesi halinde zarar görme ihtimali bulunan ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken, işletme ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan; iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağları, izne tâbi veya tâbi olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin veya bu gibi bilgi ve belgeler”* olarak tanımlamıştır (m. 2/1(a)). Yargı kararlarında ise ticari sır, genel metot ya da taslak gibi hatırlaması kolay olmayan hem rakip firmaların hem de toplumun bilgisi dışındaki gizli bilgi olarak nitelendirilmektedir.⁹⁶¹

Anayasal korumasının temeli Anayasa m. 20’ye dayandırılan⁹⁶² ticari sırlarla ilgili, daha önce de değinildiği üzere ayrı bir düzenleme yürürlükte bulunmamaktadır. Ticari sırlarla ilgili genel koruma TTK’daki haksız rekabet hükümleri ve TTK m. 527 hükmüyle⁹⁶³, özel nitelikteki korumalar ise Bankacılık Kanunu, Sermaye Piyasası Kanunu ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun gibi bazı özel düzenlemelerle⁹⁶⁴ sağlanmaktadır. Genel olarak haksız rekabet kavramıyla ilişkilendirilen ticari sır

⁹⁵⁹ Cengiz Topel Çiftçioglu, **Sırrın Korunması Boyutuyla Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrının Açıklanması Suçu**, Ankara 2017, Seçkin Yayıncılık, s. 93.

⁹⁶⁰ <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Tbmmkms/Tbmmkom/ticarisir.pdf> (erişim tarihi: 17.05.2022)

⁹⁶¹ Sulu, **Ticari Sır**, s. 12. Bu tanımların yanı sıra, 6762 sayılı Kanunun 363. maddesindeki iş sırları kavramının ortaklık sırrı olarak anlaşıldığı, şirketin malî durumu, iş bağlantıları ve ilişkileri gibi hususların da bu kavram kapsamına girdiği ifade edilmiştir (Turanboy, s. 360).

⁹⁶² Sulu, **Ticari Sır**, s. 51.

⁹⁶³ Sulu, **Ticari Sır**, s. 52 vd.

⁹⁶⁴ Sulu, **Ticari Sır**, s. 59 vd.

kavramı, her ne kadar bir ticari işletmenin gayri maddî mallarından sayılabilecekse de bu özelliğine ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından, bir fikrî mülkiyet hakkı ya da herkese karşı ileri sürülebilecek bir haktan bahsedilemez.⁹⁶⁵ Bu kavrama örnek olarak üretim tekniği, Ar-Ge bilgileri, stratejik planlar, müşteri listeleri, fiyat ve stok bilgileri kredi kaynakları, işletmenin maliyet yapısı ile karlılığı, çalışanların maaş tutarları örnek gösterilebilir. Bunlardan müşteri listesi gibi esasen bilinen bilgilerin ticari sır olmasının nedeni, bu bilgilerin toplanması, düzenlenmesi ve seçilmesinde zaman ve çaba harcanmış olması olarak ifade edilmektedir.⁹⁶⁶ Bunların yanı sıra terk edilen teknik çözümler, başarısız satış artırma girişimleri gibi bazı olumsuz nitelikteki bilgiler de ticari sır sayılmaktadır.⁹⁶⁷

Bir bilginin ticari sır olarak kabul edilebilmesi bazı nitelikleri haiz olmasına bağlıdır. Bunlardan ilki bilginin ticari nitelikte olmasıdır. Buna göre TTK m.3 hükmünde düzenlenen ticari işlerle ilgili tüm bilgilerin ticari nitelikte bilgi olduğu söylenebilir. Bu bağlamda, ticari işletmeyi ilgilendirmeyen devlet sırrı, meslek sırrı veya kişisel sırlar ticari sır olarak değerlendirilip bu şekilde korunamazlar.⁹⁶⁸

Ticari sır sayılmaya ilişkin bir başka nitelik, söz konusu bilginin gizli tutulması yönündeki iradedir. Ticari sırrın sahibi dışındakilerce bilinmemesi yönündeki⁹⁶⁹ irade, açık veya örtülü olarak dışa vurulabilir. Buna göre ticari sır sahibi, bu sırrın gizli tutulması için, ticari sırrın ekonomik değerine göre makûl ve elverişli önlemleri almalıdır.⁹⁷⁰ Sır teşkil eden bilgi herkesçe bilinebilir ya da fark edilebilir hale geldiği anda aleniyet kazanır.⁹⁷¹ Buradaki gizlilik nisbî olup, sır sahibinin gizliliğe zarar

⁹⁶⁵ Sulu, **Ticari Sır**, s. 9. Üstelik ticari sırların korunması diğer tacirlere yönelik olup, resmi kurumlara karşı ticari sırların korunmasından bahsedilemez: “*Dava, hakimın hukuki sorumluluğuna dayanan tazminat davasıdır. Davacı, distribütörlük anlaşması gereğince yurt dışından ithal ettiği tıbbi cihazlar ile ilgili ithalat faturasının; müdahil hakim tarafından usûlsüz olarak ele geçirilip kullanıldığını, böylece ticari sırlarının ihlal edildiğini ileri sürerek manevi tazminat talep etmiştir. Ticari sırların korunması ve saklanması sorumluluğu, kural olarak rakip tacirler aleyhine kabul edilmiştir. Yoksa kanunen yetkili resmi makamlara yönelik herhangi bir kısıtlama bulunmamaktadır. Yani yetkili resmi kurumlar tarafından talep edildiğinde, istenilen belgelerin gönderilmesi, incelemelerine tâbi tutulmaları gereklidir. Bu nedenle kanunen yetkili resmi kurumlar yönünden, ticari sırların saklanmasına dair herhangi bir kısıtlılık bulunmamaktadır...*” (Yargıtay HGK 2013/409E. 2013/771K., 29.05.2013, <https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2013-409-k-2013-771-t-29-05-2013/3093061/%22ticari+s%4%b1r%22>, erişim tarihi: 22.05.2022).

⁹⁶⁶ Sulu, **Ticari Sır**, s. 12.

⁹⁶⁷ Sulu, **Ticari Sır**, s. 13.

⁹⁶⁸ Sulu, **Ticari Sır**, s. 14.

⁹⁶⁹ Usluel, s. 29

⁹⁷⁰ Saatcioğlu, s. 51; Sulu, **Ticari Sır**, s. 15.

⁹⁷¹ Saatcioğlu, s. 47.

vermeden sırrın korunmasını taahhüt etmiş ortak ya da işçi gibi kişilerle sırrı paylaşırsa, bilginin ticari sır niteliği ortadan kalkmaz⁹⁷². Gizli tutma iradesi, ancak sır sahibinin sırrın korunmasındaki menfaati bulunması halinde anlam ifade eder⁹⁷³.

Somut olayın özelliklerine göre kapsamı belirlenecek olan gizlilik unsurunun tespitinde bazı kıstasların ele alınması gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür. Buna göre, bilginin aynı iş kolunda çalışanlarca bilinme ölçüsü, gizliliğin korunmasında sır sahibince alınan önlemler ve ticari sır teşkil eden bilginin hukuka aykırı şekilde edinilip çoğaltılmasının zorluk seviyesi, gizliliğin kapsamını belirlemede kıstas olarak alınabilir.⁹⁷⁴

Son olarak, bir bilginin ticari sır sayılabilmesi için sırrın, gerçek veya muhtemel⁹⁷⁵ ekonomik değere sahip olması ve sır sahibinin sırrın korunmasında ekonomik ve haklı bir menfaatinin bulunması gerekmektedir. Ticari bir işletmenin ekonomik sıkıntıya düştüğünün duyulmaması kredi imkanlarını azalmaması bakımından menfaat sağlayan bir durumdur. Ancak elbette bir bilginin gizli tutulması için, bilginin hukuka veya ahlaka aykırı bulunmaması gerekir. Ticari sırrın ekonomik değeri de gizli olmasından kaynaklanmalıdır; söz konusu bilgi eğer gizli olmasa bilgi sahiplerine rakiplerine karşı bir üstünlük sağlayamayacak ise ticari sırrın ekonomik değerinin bulunduğundan da bahsedilemeyecektir.⁹⁷⁶

3.2.2 Türk Ticaret Kanunu ve Şirketler Hukuku Bakımından Ticari Sır

Şirket sırrı ticari sırrın ayrı bir görünümüdür.⁹⁷⁷ TTK'da ticari sır kavramının şirketler hukuku alanında özellikle ortakların bilgi alma hakkı karşısında, yöneticilerin sır saklama yükümlülüğü kapsamında ele alındığı ifade edilmiştir.⁹⁷⁸ Şirketler hukuku bakımından değerlendirildiğinde, ortakların bilgi alma hakkı bakımından ticari sır bir sınır olarak nitelendirilebilir. TTK m. 437 hükmüyle düzenlenen ve pay sahiplerinin şirketin durumu hakkında aydınlatılması ve pay sahipliği haklarını bilinçli bir şekilde kullanmasını amaçlayan bilgi alma hakkı, bireysel, vazgeçilmez ve müktesep bir

⁹⁷² Saatcıoğlu, s. 45; Usluel, s. 30-31.

⁹⁷³ Saatcıoğlu, s. 53.

⁹⁷⁴ Usluel, s. 30-31.

⁹⁷⁵ Saatcıoğlu, s. 49.

⁹⁷⁶ Sulu, **Ticari Sır**, s. 17-19.

⁹⁷⁷ Usluel, s. 54.

⁹⁷⁸ Turanboy, s. 360.

haktır.⁹⁷⁹ Soru sormaya dayalı bilgi alma hakkı, şirketin ticari defter ve yazışmalarını inceleme hakkı ve bunların haksız reddi halinde bu bilgilerin mahkeme yoluyla elde etme hakkını kapsayan bilgi alma hakkı, anonim şirketler bakımından, istenilen bilginin şirket sırrı, yani ticari sır teşkil etmesi ve korunması gereken diğer şirket menfaatlerini tehlikeye sokma hallerinde sınırlandırılabilir. ⁹⁸⁰ Limited şirketlerde ise TTK m. 614 uyarınca, ortağın şirketin tüm işleri ve hesapları hakkında bilgi isteme hakkı bulunmaktadır. Limited ve anonim şirketler arasındaki bu fark ise, her iki şirket türündeki pay sahipliğinin yapısal farklılıklarından kaynaklanmaktadır. ⁹⁸¹ Yine de limited şirket ortakları açısından da, müdürlerin, ortağın elde ettiği bilgileri şirket zararına kullanması tehlikesi bulunuyorsa, bilgi alma ve incelemeyi engelleme yetkileri bulunmakta, bu konu hakkında ise genel kurul karar vermektedir (TTK m. 614/2).

Şirketler hukukundaki bu düzenlemeler bakımından da şirket sırrının bir tanımı verilmemiştir ⁹⁸². Ancak doktrinde şirket sırlarının mutlak ve nisbi olarak sınıflandırıldığına rastlanmaktadır. Bir şirketin sözleşme veya genel hükümlerden hareketle kimseye açıklama yükümlülüğü olmayan, pay sahiplerinin banka hesap numarası ya da diğer banka sırları gibi bilgiler mutlak; şirket menfaati gereği gizli tutulması gereken sırlar ise nisbi şirket sırları olarak tanımlanmıştır. ⁹⁸³

Bir sınır olarak şirket sırrı dikkate alınacağı zaman ise şirket menfaatine yönelik yakın bir zarar tehlikesinin varlığı yeterlidir. ⁹⁸⁴ Şirket sırrı sınırı ortaklar için geçerli olup, yönetim kurulu üyeleri için uygulanmaz. Şirket sırlarını diğer kişilere karşı görevde bulundukları süreden sonra da saklama yükümlülüğü bulunan yönetim

⁹⁷⁹ Sulu, **Ticari Sır**, s. 83-84.

⁹⁸⁰ Sulu, **Ticari Sır**, s. 85.

⁹⁸¹ Sulu, **Ticari Sır**, s. 86.

⁹⁸² “Hüküm, (esinlenen İsv. BK m. 697 (2)’de olduğu gibi) ne “şirket sırrı” ne de “korunması gereken şirket menfaati” kavramlarını tanımlamıştır. Bunun sebebi, dar veya geniş bir tanımla uygulamayı dondurmamak veya genişletmemek özenidir. Şirket sırrında, rakip bir şirketin bilmediği, öğrenmemesi gereken, şirketin zararına kullanabileceği, elde etmek için çalıştığı, peşinde olabileceği “bilgi” ölçüsü kabul edilebilir. Rakiplerin ulaşabileceği, çeşitli kaynaklar aracılığı ile elde edebileceği, verileri ve bilgileri kullanarak yorumlama/değerleme ile çıkarabileceği bilgiler sır olamaz. Şirket menfaatlerinin zarara uğraması, şirket işletmesinin, bağlı şirketlerinin, müşteriler çevresinin, dağıtım kanallarının ve ilişkilerinin vs.’nin kayba uğraması veya bu nitelikte pek de uzak olmayan bir tehlikenin varlığı demektir. Zarar ile sadece malvarlığı zararı kastedilmemiştir. Yabancı mahkeme kararları ve öğreti, bir taraftan kaybın somut nitelik taşımaması arayarak keyfi redlerin önüne geçmeye çalışmakta, diğer taraftan da menfaatler (şirket menfaati/bilgi alma menfaati) dengesinin kurulmasına çaba harcamaktadır.” (TTK m. 437 Gerekçesi)

⁹⁸³ Turanboy, s. 361; Usluel, s. 169.

⁹⁸⁴ Sulu, **Ticari Sır**, s. 86; Usluel, s. 167.

kurulu üyelerinin bilgi alma hakkı, şirket sırrı sebebiyle hiçbir şekilde sınırlandırılmaz veya engellenemez.⁹⁸⁵ Bunun sebebi, yönetim kurulu üyelerinin görevlerini yerine getirirken şirket sırlarını da öğrenmelerini gerektiren durumların varlığıyla açıklanmıştır. Yine de yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkının sadakat yükümlülüğü ve bilgi almanın fiili veya hukuki imkansızlığıyla sınırlandırılabilceği de ifade edilmektedir.⁹⁸⁶

Şirket sırrı nedeniyle bilgi alma hakkı engellenirken, ortaklık menfaatinin somut olayla bağlantılı ele alınması gerekmektedir. Kamunun tepkisi ve iş ilişkilerinin bozulması sebebiyle ciddi maddî kayba uğranabilecek iken, prestij kaybı gibi dayanaksız durumlar bir sebep olarak değerlendirilmemelidir.⁹⁸⁷ Şirket menfaatinin niteliğine ilişkin farklı teoriler mevcut olmakla birlikte⁹⁸⁸, bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip şirketin menfaatleri, kuruluş amaçları doğrultusunda şirketin değerini arttıran işlemlerin yapılmasını gerektiren menfaatler olarak düşünülebilir.⁹⁸⁹

Anonim şirketler bakımından pay sahipleri, esas sözleşmede aksi belirtilmedikçe şirketle rekabet etmeme yükümlülüğü taşımamaktadırlar. Bunun sebebi olarak da şahıs şirketlerine kıyasla şirketle pay sahipleri arasındaki bağın zayıf olması, pay sahiplerinin birbirini tanımaması ve şirketle ilgili her işlem ve olayı bilme imkanlarının bulunmaması gösterilmektedir. Yine de rekabet etme yasağına tabi olmayan bir pay sahibi bile şirketin faaliyet alanında iş yaparken, şirket sırlarının korunmasının geniş tutularak değerlendirilmesi ve TMK m. 2 uyarınca dürüst davranma kuralına uygun davranılması gerektiği görüşü haklı olarak öne sürülmektedir.⁹⁹⁰

Limited şirketlerde ise ortakların rekabet yasağı TTK m. 613/2 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre ortaklar şirket menfaatini zedeleyecek davranışlardan kaçınacak, şirket sözleşmesiyle de rekabet yasağı getirilebilecektir. Ancak, ortakların

⁹⁸⁵ Sulu, **Ticari Sır**, s. 86.

⁹⁸⁶ Usluel, s. 163.

⁹⁸⁷ Sulu, **Ticari Sır**, s. 88.

⁹⁸⁸ *Shareholder teorisi* uyarınca şirket menfaati ile pay sahibi menfaati paralel kabul edilirken, *stakeholder teorisi* pay sahiplerinin yanı sıra şirketle ilişkili üst düzey yöneticiler, işçiler, alacaklılar, tüketiciler ve devlet gibi kurum ve gruplar da esas alınmaktadır (Sulu, **Ticari Sır**, s. 88).

⁹⁸⁹ Sulu, **Ticari Sır**, s. 88.

⁹⁹⁰ Sulu, **Ticari Sır**, s. 89-90.

her durumda şirket sırlarını koruma yükümlülüğü devam etmekte, bu yükümlülük şirket sözleşmesi veya genel kurul kararıyla kaldırılamamaktadır (TTK m. 613/1).

3.2.3 Zorunlu Arabuluculuk Sürecinde Ticari Sırların Korunması

3.2.3.1 Zorunlu Arabuluculuk Sürecinde Gizlilik İlkesi Karşısında Ticari Sırrın Durumu

Doktrinde genel mahkemeler nezdinde yürütülen dava esnasında geçerli olan aleniyet, adil yargılanma hakkı ve sözlülük ilkelerinin ticari sırların korunması bakımından sakıncalı durumlara sebebiyet verebileceği ifade edilmiştir.⁹⁹¹ Konusu ticari sırların korunması olan davalarda dahi açıklama ve somutlaştırma yükümleri geçerli olmakta, taraflar her tür geçici koruma tedbiri ve diğer talepler için gerekli tüm bilgileri sunmak durumunda kalmaktadırlar. Ticari sırların açığa çıkmaması için gizli yargılama yapılmasını talep edebilmesi ise korunmaya değer bir ticari sırrının mevcudiyeti hususunda da kanaat uyandırma ile mümkün olabilmektedir.⁹⁹² Bu durumda ise sır sahibinin iradesi ve kontrolü dahilinde karşı tarafça söz konusu sırrın öğrenilmesi, yani ticari sırrın ihlal edilmesi bağlamında sübjektif hukuka uygunluk hali bulunmamaktadır. Burada daha çok, doktrinde *objektif hukuka uygunluk* hallerinden biri olarak ele alınan üstün nitelikte kamusal menfaatin bulunduğu kanaatindeyiz.⁹⁹³ Üstün nitelikte kamusal menfaat halinde ise herhangi bir yaptırım bağlanmamış olsa da genellikle bir ticari sır ihlali söz konusudur⁹⁹⁴.

Mahkemelerde geçerli olan aleniyet ilkesi karşısında arabuluculuğun en olumlu özelliklerinden biri gizliliklidir. Bu sayede tarafların ticari işletmeyi ilgilendiren

⁹⁹¹ Ulrich Schlack, “Das Neue Geschäftsgeheimnisgesetz, Schutz für Private vor Privaten- und Behörden?”, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 17(2), 2019, s.192-206, s. 197.

⁹⁹² Schlack, s. 198.

⁹⁹³ Ticari sırrın elde edilmesinde sübjektif hukuka uygunluk hali ve objektif hukuka uygunluk halleri hakkında bkz. Saatcioğlu, s. 82 vd.

⁹⁹⁴ Saatcioğlu, s. 90.

bilgilerin ve ticari sırların ifşa edilmesi endişesi önlenmektedir.⁹⁹⁵ Genel olarak sır saklama yükümlülüğü, avukatın müvekkiline karşı yüklendiği yükümlülük haline benzer olarak, arabulucuya menfaatlerini sağlayacağı yönünde duyulan güvene dayalı bir kavram olabileceği gibi, arabuluculuk yolunda olduğu üzere menfaatleri çatışan iki tarafın karşılıklı birbirinden beklediği bir yükümlülük de olabilir. Ancak, arabuluculuk sürecinde dahi arabulucunun taraflara karşı güvene dayalı bir sır saklama yükümünden söz edilebilir.⁹⁹⁶ Türk hukukunda arabulucunun sır saklama yükümü HUAK m. 4/1 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre *“taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür.”* Ancak, bu düzenleme olmasa dahi meslek sırrına ilişkin kurallar kıyasen uygulanarak ya da sözleşmeyle düzenlenerek arabulucuya sır saklama yükümü yüklenebilirdi.⁹⁹⁷

Arabuluculuk sürecinde geçerli olan gizlilik ilkesi gereği, taraflar kendilerinin ve bu sürecin gizli kalmasını istedikleri gibi arabulucunun müzakereler esnasında edindiği bilgileri ifşa etmemesini de güvence altına almak isterler. Ayrıca, arabulucunun özel oturumlarda bir taraftan edindiği bilgiyi açık rıza olmaksızın karşı tarafa açıklamaması da istenir.⁹⁹⁸ Tarafların sır olarak nitelendirmediği bilgiler ise gizlilik kapsamına girmeyecektir. Üstelik sır saklama yükümüne ilişkin hükümlerde kanun koyucunun sır sahibinin korunmaya değer bir menfaatinin olduğu düşüncesi görülebilir.⁹⁹⁹ Görüldüğü gibi bilgiyi sır olarak saklama iradesi ve korunmaya değer menfaatin varlığı, arabuluculukta gizlilik ilkesi ile ticari sırrın unsurları bakımından örtüşen noktalar. Dolayısıyla, TTK m. 5A kapsamında taraflara ilişkin ticari her tür bilginin değil, yalnızca bu tür bilgilerin gizli tutulacağı ve olası bir dava sürecinde kullanılamayacağı kanaatimizce açıktır.

Sır saklama yükümü esasen bir maddî hukuk meselesidir.¹⁰⁰⁰ Ancak, arabuluculuk sürecinde tarafların arabuluculuk süreci esnasında veya sayesinde elde ettikleri birbirlerine ilişkin sırları saklamaları ayrı bir önem taşımakta, amaçlanan

⁹⁹⁵ Yazıcı Tıktık, **Gizlilik**, s. 55.

⁹⁹⁶ Frank Peters, Vertraulichkeit In Der Mediation Und In Anderen Fällen Gegenläufiger Interessen, **Juristische Rundschau**, Vol. 2009 No. 8, 2009, s. 314-318, s.315.

⁹⁹⁷ Yazıcı Tıktık, **Gizlilik**, s. 56.

⁹⁹⁸ Yazıcı Tıktık, **Gizlilik**, s. 54; S. Hilal Üçüncü, **Medeni Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması**, İstanbul 2019, On İki Levha Yayıncılık, s.361.

⁹⁹⁹ Yazıcı Tıktık, **Gizlilik**, s. 58.

¹⁰⁰⁰ Peters, s. 314.

uzlaşma ortamı ancak bu koşulda sağlanabilmektedir. Öte yandan, örneğin Alman hukuku bakımından bir değerlendirme yapıldığında, medeni usûl kanununun taraflara yüklediği doğruyu söyleme yükümü ve dürüstlük kuralı (ZPO Art. 138, 139), tarafların iradelerinin dikkate alınmadığı bir yükümlülük doğurmaktadır. Diğer bir deyişle, arabuluculuk sürecinin aksine dava esnasında tarafların beyanda bulunma yükümlülüğü, taraf iradelerine bağlı değildir. Arabuluculuk esnasında elde edilen bu tür bilgiler yalnızca anlaşma sağlama amacı taşımaktadır. Devamında ise başlayacak olası bir dava sürecini şekillendirmemelidir. ZPO Art. 299 Abs. 2 ise muvafakat aranmaksızın taraflardan birinin karşı tarafa ilişkin bilgi ve belgelere erişimini hukuki yararın varlığı koşuluna bağlamaktadır. Arabuluculukta gizlilik ve sır saklamaya dair bu açıklamalar, bir anlaşmaya varma amacı taşıyan ZPO Art. 278 için de geçerlidir.¹⁰⁰¹ Arabuluculukta arabulucunun bir anlaşma zemini oluşmasını beklediği, uyuşmazlık çözüm süreci içinse hâkimin uyuşmazlığın yargılamaya müsait oluşunu hızlandırmaya yönelik çabası bulunduğu, bunun dışında ise ZPO Art. 278 uyarınca yürütülen uyuşmazlık çözüm süreci ile arabuluculuk arasında gizlilik ve sır saklama yükümlülüğü bakımından farklılık bulunmadığı vurgulanmaktadır.¹⁰⁰²

Arabuluculuk sürecinde taraflardan birinin gizliliği korunacağı zaman gözetilecek bazı hususların varlığı doktrinde ileri sürülmüştür. Bunlardan ilki, salt arabuluculuğun mahiyeti dolayısıyla taraflardan birinin sırrının korunmaya değer olup olmadığı; diğer bir deyişle, başka durumlarda da söz konusu sırrın korunacak olup olmadığıdır. Diğer bir husus, taraflardan birinin korunmaya değer bir sırrının olduğu tespit edildiğinde, bu korumanın temelinin belirlenmesidir. Bunun dışında, gizlilik ihlali halinde ihlal eden aleyhine uygulanacak yaptırımın mahiyeti de önem taşımaktadır. Bir başka husus, olası bir dava sürecinde, arabuluculuk ile sağlanan gizlilik ile korunan sırların, hangi usûl hukuku yöntemleri ile (arabuluculuk sürecinde yer alan üçüncü kişilerin tanıklık yapma yasağı gibi) koruma altına alınacağıdır.¹⁰⁰³

Bu açıklamalar ışığında zorunlu arabuluculuk ve ticari sır çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında, şu sonuçlara ulaşmak kanaatimizce mümkündür:

¹⁰⁰¹ Peters, s. 315.

¹⁰⁰² Peters, s. 316.

¹⁰⁰³ Peters, s. 315.

- Amacı borçlar hukuku anlamında bir sözleşme yapmak olan arabuluculuk sürecinde ticari sırrın niteliği ve unsurları, arabuluculuk süreci nedeniyle herhangi bir değişiklik göstermeyecek; daha önce yaptığımız açıklamalar dışında salt arabuluculuk sürecinden dolayı ticari sır kavramı daha geniş bir kapsamda anlaşılmayacaktır. Diğer bir deyişle, arabuluculukta ticari sır, diğer hukuki işlem ve olaylarda anlaşıldığı kapsamda dikkate alınmalıdır.

- İhtiyari arabuluculukta olduğu gibi zorunlu arabuluculukta da korunmaya değer bir menfaat ve sır saklama iradesinin olduğu hallerde arabulucunun ve tarafların, Alman ZPO Art. 278 hükmüyle yürütülecek uyuşmazlık çözüm yolunda olduğu gibi, gizlilik ilkesine uymaları ve sır saklama yükümü altına girmeleri söz konusudur; gizlilik ilkesi ve sır saklama yükümlülüğü, arabuluculuğun zorunlu kılınmasıyla değişiklik göstermemekte ve ortadan kalkmamaktadır.

- Ticari sır niteliğindeki bir ticari bilginin karşı tarafça kullanılabilmesi için ise, daha önce değindiğimiz¹⁰⁰⁴ subjektif veya objektif hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması gerekmektedir. Bu sebepler olmaksızın arabulucunun sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranması, HUAK m. 33 ve HUAK Yönetmeliği m. 6/4 uyarınca hukuki ve cezai sorumluluğunun yanı sıra, arabulucular sicilinden silinmesine de neden olabilecektir. Taraflar açısından ise karşı tarafa ait ticari sırrın sır saklama yükümüne aykırı kullanılması halinde cezai sorumluluk¹⁰⁰⁵ gündeme gelebileceği gibi, ilgili ticari sır hangi hukuki düzenleme ile korunuyorsa, o düzenlemeyle hukuki sorumluluk da doğabilecektir.¹⁰⁰⁶

¹⁰⁰⁴ Bkz. İkinci Bölüm §3.2.3.1.

¹⁰⁰⁵ TCK Madde 239- Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması:

(1) Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde de bu fıkra göre cezaya hükmolunur.

(2) Birinci fıkra hükümleri, fenni keşif ve buluşları veya sınai uygulamaya ilişkin bilgiler hakkında da uygulanır.

(3) Bu sırlar, Türkiye'de oturmayan bir yabancıya veya onun memurlarına açıklandığı takdirde, faile verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. Bu halde şikâyet koşulu aranmaz.

(4) Cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi bu madde kapsamına giren bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kilânkişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

¹⁰⁰⁶ Arabuluculuk sürecinde edinilen ticari sırrın ifşa edilememesi bakımından benzer bir görüş için bkz. Sulu, **Ticari Sır**, s. 91.

3.2.3.2 Zorunlu Arabuluculuk Sürecinde Elde Edilen Ticari Sırların Dava Aşamasında Belgelerin İbrazı Zorunluluğu Kapsamında Durumu

HUAK m. 5 hükmü uyarınca hukuk davası açıldığında veya tahkim yoluna başvurulduğunda, bazı beyan ve belgelerin delil olarak ileri sürülemeyeceğini ve bunlar hakkında tanıklık yapılamayacağını belirtmiştir. Bu belgeler, taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği; uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler; arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulüyle sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgelerdir (HUAK m. 5/1). Sayılan bu beyan ve belgeler hiçbir mahkeme, hakem veya idari makamca istenemez, hükme esas alınamaz. Ancak, kanun hükmünce emredildiği ya da arabuluculuk sonunda varılânanlaşmanın icrası gerektirdiği ölçüde bu beyan ve belgeler açıklanabilir (HUAK m. 5/3). Bu hükümlerin uygulanabilmesi için arabuluculuk sonrası açılândavanın arabuluculuğa konu uyuşmazlık ile ilgili olması aranmaz (HUAK Yönetmeliği m. 7/1).

Bu hüküm HMK m. 188/3 hükmüyle uyum içinde olmasına karşın, HUAK henüz tasarı halindeyken doktrinde tarafların anlaşamamaları halinde açılacak davada, arabuluculuk sırasında elde edilen delillerin gizli kalmasının zor olmasının yanı sıra gerekli de olmadığı ifade edilmiş, üstelik bu beyan ve belgelere delil olarak dayanılamamasının Anayasa m. 36 ile güvence altına alınan hak arama hürriyetine de aykırı olduğu fikri öne sürülmüştür¹⁰⁰⁷. Anayasa mahkemesi ise HUAK m. 5/1 ve m. 5/3 hükümlerinin anayasaya aykırılığı sebebiyle açılâniptal davasında¹⁰⁰⁸, maddedeki yasak ve sınırlamaların yalnızca sayılan belgeler için geçerli olduğunu, ayrıca her ne kadar iptal istemine konu olmasa da, HUAK m. 5/5 hükmünde “Birinci fıkrafta belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez” düzenlemesi dolayısıyla, arabuluculukta elde edilen bilgiler dava aşamasında da caiz delil olarak kullanılabilecekse, arabuluculuğun söz konusu delil için kısıtlama getirmeyeceğini belirtmiştir. Dolayısıyla, bu düzenleme tarafların ispat hakkını ortadan kaldıracak şekilde anlaşılmamalı; eğer bir bilgi veya belge

¹⁰⁰⁷ Baki Kuru, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler”, *Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 2010/2, s. 237-246, s. 240.

¹⁰⁰⁸ AYM 2012/94E. 2013/89K. 10.07.2013, RG: 28893, 25.01.2014.

arabuluculuk faaliyeti olmadan da elde edilebilecek denilebiliyorsa, bu bilgi veya belgenin salt arabuluculuk sürecinde kullanılması onun delil niteliğine halel getirmemelidir¹⁰⁰⁹.

Bu durumda, zorunlu arabuluculuk süreci sonucu bir anlaşmaya varılamadığında davaya devam edilmesi halinde, ticari sır içeren belgelerin HMK m. 219 kapsamında ibrazı noktasında bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. HMK m. 219 uyarınca taraflar, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandığı ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadır (HMK m. 219/1); ticari defterler gibi devamlı kullanılan belgelerin ise yalnızca ilgili kısımları ibraz olunur (HMK m. 219/2). Delil olarak dayatılan belge karşı tarafın ya da üçüncü kişinin elindeyse, mahkeme belgenin ibrazı bu kişilere kesin süre verir (HMK m. 220/1, m. 221/1). Bunun içinse, karşı tarafın elinde bulunan belgenin ispat için zorunlu olduğuna mahkemece kanaat getirilmesi ve karşı tarafın belgenin elinde olduğunu ikrar etmesi veya resmi bir belgeden bunun anlaşılması gerekir (HMK m. 220/2). Karşı taraf kesin sürede belgeyi ibraz etmez, HMK m. 220/2'e göre yemin etmez ya da belgeyi ibraz etmemek için geçerli bir mazeret sunmazsa, belgeye dayanan tarafın beyanı mahkemece kabul edilebilir (HMK m. 220/3). Üçüncü kişi ise belgenin ibrazından sebeplerini delillerle ortaya koyarak kaçınabilir; aksi takdirde mahkeme üçüncü kişiyi tanık olarak dinleyebilir (HMK m. 221/2). Üçüncü kişi tanıklıktan çekinme sebepleri mevcutsa tanıklık etmekten çekinebilir (HMK m. 221/3).

Dava aşamasında bir belgeye delil olarak dayanılması halinde, karşı tarafın ibrazdan kaçınmak için mazeret olarak ticari sırrın varlığını öne sürüp süremeyeceği hususunda HMK yeterli düzenlemelere yer vermemiştir¹⁰¹⁰. Ancak, maddî hukukça korunan ticari sırrların medeni yargılama hukuku ile de korunması gerektiği açıktır. Karşı tarafın ibraz etmesinin beklendiği belgenin eğer bir ticari sır içerdiği ileri sürülüyorsa, mahkeme önce bu sırrın korunmaya layık olup olmadığını değerlendirmelidir. Bunun için, ticari sır hakkında daha önce yapılan açıklamalara da uygun olarak, mahkemenin sır olarak öne sürülen bilginin ekonomik bir değerinin olup olmadığını ve belgeye dayanmak isteyen tarafın bu bilgiyi öğrenmesiyle sırrın değerini kaybedip kaybetmeyeceğini belirlemesi gerekir. Bunun için sır teşkil eden bilgiyi

¹⁰⁰⁹ Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 69; Yazıcı Tıktık, **Gizlilik**, s. 58.

¹⁰¹⁰ Güray Erdönmez, **Medeni Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti**, İstanbul 2014, On İki Levha Yayıncılık, s. 351.

öğrenen tarafın bu bilgiyi ekonomik yönden bir rakip gibi değerlendirip değerlendirmeyeceği veya bu amaçla üçüncü kişilere devretme ihtimali ile sır teşkil eden bilgilerin dava için değerinin dikkate alınması gereklidir.¹⁰¹¹ Sır içeren belgenin dava dosyasına ibraz edilebilmesi için sırrın korunması yönünde yeterli önlemlerin alınması da şarttır¹⁰¹².

Belge eğer üçüncü kişinin ticari sırrını içeriyorsa ve bu belgeyi elinde bulunduran davalı üçüncü kişiyle yaptığı sözleşme uyarınca bu sırrı açıklayamayacağını öne sürüyorsa, davalının belgeyi ibrazdan kaçınabileceği yönünde görüşler bulunduğu gibi, ispat yükü altındaki davacının, kötü niyetle söz konusu ticari sırları öğrenmesinin önüne geçilebilmesi açısından belgenin ibrazı için yeterli dayanaklarını sunabilmesinin ardından¹⁰¹³, aydınlatma yükü altında bulunan davalının salt ticari sırların korunması için belgeyi ibrazdan kaçınamayacağı da, kanaatimizce haklı olarak ileri sürülmüştür.¹⁰¹⁴

Delil olarak dayarılan ve ticari sır içeren belge üçüncü kişilerin de elinde olabilir. Söz konusu belgenin ibrazı, örneğin holding içindeki başka bir şirketin sırrını ortaya çıkaracaksa, belgenin ticari sır nedeniyle ibrazından kaçınılması mümkündür.¹⁰¹⁵

Bu açıklamalar ışığında, zorunlu arabuluculuk süreci işletildikten sonra dava sürecinde HMK m. 219 vd. gereği belge ibrazı gerektiğinde, öncelikle HUAK m. 5/5 gereği sadece arabuluculuk sürecinde kullanılması nedeniyle tarafların belgeyi ibrazdan kaçınması mümkün olmayacaktır. Bu belgelerin ticari sır içermesi halinde de sır sahibinin ticari sırrın gizli kalması yönünde örtülü bir iradesi dahi bulunmuyorsa, söz konusu belgeyi ibrazdan kaçınması için HMK m. 220/3 anlamında bir mazeretinin bulunmasından bahsedilemez. Ancak, bu hususta örtülü veya açık bir iradesinin bulunması da tek başına yeterli olmayacak, mahkemenin ayrıca sırrın korunmaya layık olup olmadığını da göz önünde bulundurması gerekecektir. Arabuluculuk sürecinde kullanılan belgelerin bu hususlar göz önünde bulundurulmadan salt ticari sır nedeniyle ibraz edilememesi, tarafların ispat hakkını ortadan kaldıracabilecek, hukuki dinlenilme

¹⁰¹¹ Erdönmez, **İbraz**, s. 352.

¹⁰¹² Erdönmez, **İbraz**, s. 353; Yazıcı Tıktık, **Gizlilik**, s. 58.

¹⁰¹³ Atalay, **Pekcanıtez Usûl (2021)**, s. 1814.

¹⁰¹⁴ Erdönmez, **İbraz**, s. 355.

¹⁰¹⁵ Erdönmez, **İbraz**, s. 354.

hakkını ise büyük ölçüde sınırlayabilecektir¹⁰¹⁶. Üstelik burada arabuluculuğun dava şartı olması bakımından bu değerlendirmelerin yapılması, kanaatimizce anlaşma niyeti olmayan tarafın, delil teşkil edebilecek tüm belgeleri müzakereler esnasında kullanıp karşı tarafın ispat hakkını kötü niyetle sınırlayabilecek olması bakımından ayrıca önem taşımaktadır.

Zorunlu arabuluculuk sürecinde görev alan arabulucunun belgeleri ibraz yükümlülüğü bakımından ise HUAK m. 4/1 hükmü, kanaatimizce HMK m.221/2 anlamında ibrazdan kaçınma için yeterli bir mazeret sayılmalıdır. Bunun sebebi, kanunun arabulucuya gizlilik ödevi yüklerken yalnızca tarafların aksini kararlaştırması halini istisna tutması, bu hal dışında ise emredici olmasıdır. Bir başka sebep ise maddenin özel hüküm niteliğidir. Bu durumda aynı hükme göre kıyasen yapılacak bir yorumla mahkemenin arabulucuyu tanık olarak dinlemesi mümkün olabilmeliyse de, arabulucu ile HMK m. 249 kapsamında, ticari sır sahibi sırrın açıklanmasına icazet vermediği sürece, tanıklıktan çekinebilmelidir.¹⁰¹⁷

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SERMAYE ŞİRKETLERİNE ÖZGÜ DAVALAR AÇISINDAN ZORUNLU ARABULUCULUK

Çalışmanın bu bölümünde zorunlu arabuluculuğun sermaye şirketlerinde uygulanacağı hallerde göstereceği özellikler üzerinde durulacaktır. Ancak öncesinde şirketler hukuku bağlamında ortaya çıkacak uyuşmazlıkların ve davaların genel hatlarıyla incelenmesinde fayda bulunmaktadır. Sermaye şirketlerinin birer tüzel kişilik olarak birbirlerine yönelttikleri ihtilafların, para ve tazminat alacaklarına dair olduğu sürece, mutlak ticari dava olması sebebiyle, TTK m. 5A hükmü gereği zorunlu

¹⁰¹⁶ Kuru, **Tasarı**, s. 240; Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 69.

¹⁰¹⁷ HMK m. 249 “*Kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kimseler, bu hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler. Ancak, 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükmü saklı kalmak üzere sır sahibi tarafından sırrın açıklanmasına izin verildiği takdirde, bu kimseler tanıklıktan çekinemezler.*” hükmünü içermektedir. Düzenlemede sır sahibinin izni olmasına rağmen tanıklıktan çekinme hakkının yalnızca avukatlara verilmiş olması dolayısıyla, arabulucuların da diğer sır saklama yükümü olan kişiler gibi çekinme hakkını kullanabilecekleri görüşündeyiz.

arabuluculuğa tabi olacağı hususu kanımızca açıktır. Yine kanaatimizce, esas mesele pay sahiplerinin açacağı davalar olduğundan, bu davaların niteliğini ele almak gereklidir.

Bu nitelendirmeden sonra, TTK m. 5A kapsamına dahil olabilecek uyuşmazlıklar ayrı ayrı ele alınacaktır. Bu kapsamda önce her bir uyuşmazlığın konusu hakkında ticaret hukukuna özgü bilgiler genel hatlarıyla verilecek, akabinde açılacak davalar ve zorunlu arabuluculuğun bu davalarda gösterebileceği özellikler üzerinde durulacaktır.

1. Şirketle Pay Sahipleri Arasındaki Menfaat İhtilaflarından Doğan Davalar

1.1. Genel Bakış

1.1.1 Sermaye Şirketleri Uyuşmazlıkları

1.1.1.1 Şirket Uyuşmazlıkları (Corporate Litigation)

Ticaret şirketlerinde farklı türlerde uyuşmazlıklar doğabilmektedir. Örneğin bir ortak sermaye borcuna veya şirkete karşı diğer borçlarına aykırı davranabilir veya esas sözleşmeye aykırı bir davranış ile şirket malvarlığına zarar verebilir. Ortaklar arası çıkan uyuşmazlıklar şirketin devamını anlamsız kılabilir veya uyuşmazlık sebebinin ortağın şirkette bulunmasını imkânsız hale getirmesinden ötürü, diğer ortakların o ortağın şirkete katılımını sona erdirmek istemesine sebep olabilir. Bunun dışında örneğin anonim şirketlerde organlar arasında veya organlarla pay sahipleri arasında pek çok uyuşmazlık ortaya çıkabilir.¹⁰¹⁸ Her ne kadar sermaye şirketlerinde yönetim organları ile genel kurul arasında, kanun koyucu tarafından, bağımsızlık ve esneklik sağlamak amaçlı yetki ve sorumluluk paylaşımı yapılmışsa da, bu durum organlar arası ve organ içi uyuşmazlıkların çıkmasına engel olamamaktadır¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁸ Martin Schwab, **Das Prozeßrecht Gesellschaftsinterner Streitigkeiten**, Tübingen 2005, Mohr Siebeck, s. 1-2.

¹⁰¹⁹ Cornelius Kruse, **Mediation im Aktienrecht**, Berlin 2014, Duncker&Humboldt, s. 61.

Şirketler hukukunda şirket içi uyuşmazlıklar, şirketin iç ilişkilerine ilişkin olan veya bu ilişkilerin kayda değer önem taşıdığı uyuşmazlıklardır¹⁰²⁰. Bu uyuşmazlıkların Türk doktrinde *korporatif düzlemdeki ve korporatif düzlem dışındaki* uyuşmazlıklar olarak nitelendirildiği de görülebilmektedir¹⁰²¹. Bu tür uyuşmazlıklar mahkeme nezdinde çözüme kavuşturulacağı zaman sürdürülecek yargılama süreci, yalnızca uyuşmazlık taraflarının niteliği dolayısıyla değil, aynı zamanda şirketin bir sözleşmeye dayalı olup daha sonra bağımsız bir tüzel kişilik kazanmasından ötürü de karmaşık bir özellik taşıyacaktır. Hangi uyuşmazlıkların genel hükümlere tabi uyuşmazlıklardan sayılacağı, hangilerinin şirketler hukuku uyuşmazlığı olarak kabul edilmesi gerektiği hususu, bir süre tartışma konusu olmuştur. Genel kurul kararlarının iptâlinde, karar veren çoğunluk pay sahiplerine yerine şirkete karşı veya limited şirketin feshi talebinde feshe karşı çıkan ortağa değil, şirkete davanın yöneltilmesi durumlarında olduğu gibi, bazı uyuşmazlıklar kanunla açıkça düzenlenmiştir.¹⁰²²

Şirket ve ortaklar/pay sahipleri arasındaki uyuşmazlıklar, şirketler hukuku bazında başlı başına karmaşık bir meseledir. Uyuşmazlık tarafı ortaklar/pay sahipleri genelde genel kurul toplantılarında alınan kararların icrası, pay bedellerinin tahsili veya ıskat gibi birçok prosedürle borç altına girmektedir. Şirket içi uyuşmazlıklarda genelde ikiden fazla suje devreye girmekte, bu da durumu daha da karmaşık hale getirmektedir; karşı karşıya gelen yalnız iki pay sahibi değil, tüm topluluk, yani şirkettir. Bu durum da uyuşmazlığın hangi noktalarda toplandığını tespitinde zorluk yaratmakta, mesele karmaşıklaştıkça sonuçlar netlikten uzaklaşmaktadır. Alman Anayasa Mahkemesi bu tür durumlarda taraf vekillerinin, olası bir çıkar çatışması halinde çekilmelerinin, hatta hakimlerin de aynı yönde karar vermesinin gerekli olduğunu belirtmiştir.¹⁰²³

Şirketler hukuku uyuşmazlıklarının konu olduğu davalarda taraflar, diğer tür davalarda olduğu gibi şekli taraflardır. Aynı şekilde taraf ehliyeti de hak ehliyetiyle

¹⁰²⁰ Nima Ghassemi-Tabar, Cornelius Wilk, **Einleitung**, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 7 (Herausgeber: Manfred Born, Nima Ghassemi-Tabat, Burkhard Gehle), Münih 2020, C.H. Beck, s. 2.

¹⁰²¹ Tolga Ayoğlu, **Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim**, İstanbul 2018, On İki Levha Yayıncılık, s. 1; Cafer Eminoğlu, “Anonim Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği ve Elverişliliğin Tespitinde Ölçüt Önerileri”, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, Cilt 7 Sayı 2, 2021, s. 271-291, s. 278.

¹⁰²² Schwab, s. 2.

¹⁰²³ Stefan Peitscher, “Die Mandatsannahme”, **Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 7** (Herausgeber: Manfred Born, Nima Ghassemi-Tabat, Burkhard Gehle), Münih 2020, C.H. Beck, s. 8.

paraleldir; gerçek kişilerin yanı sıra tüzel kişiliği haiz sermaye şirketleri de taraf ehliyetine sahiptir.¹⁰²⁴ Esas sözleşmenin imzalanmasından ticari sicile tescil arasındaki ön şirket olarak nitelendirilen dönemde şirketin taraf ehliyetine sahip olması ise tüzel kişilik olarak hukuken varlık kazanması halinde mümkündür.¹⁰²⁵ Ön şirket olarak adlandırılândönemde esasen borçlar hukukunun adi şirkete dair hükümlerinin değil, ileride dönüşeceği şirkete ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir.¹⁰²⁶ Dolayısıyla ön şirketin temsilcileri de yönetim kuruludur.¹⁰²⁷

Şirket uyuşmazlıklarında taraf olan şirketin nasıl temsil edileceği konusu da dikkate alınması bir diğer konudur. Aslen maddî hukuk meselesi kabul edilen temsil, olası bir yargılama faaliyeti sırasında mümkün olduğunca erken çözülmesi gereken bir sorundur. Anonim şirketler bakımından ise kanun koyucu şirketin organla temsilini düzenlemiştir. Bu şekilde temsil edilmeksizin şirketin yargılamaya ilişkin herhangi bir sonuç alabilmesi mümkün değildir.¹⁰²⁸ Limited şirketlerde birden fazla müdürün ve anonim şirketlerde yönetim kurulunun sahip olduğu temsil yetkisi, benzer mahiyette olup, birlikte temsil yetkisi olarak nitelendirilmektedir. Böyle bir durumda da vekil tayin edilebilmesi için tüm temsilcilerin imzası gerekmektedir. Birden fazla temsilciden birinin veya birkaçının temsil yetkisini yitirmesi durumu dışında, diğer temsil yetkisini haiz kişilerin adeta bir liderlik durumu yaratacak şekilde temsil yetkisini kullanması, esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe mümkün değildir.¹⁰²⁹

Bir uyuşmazlık halinde anonim şirketi temsil edecek olan yönetim kuruludur. Buna aykırı olarak dava açılması ise davanın reddi sebebi olacaktır. Ancak dava dilekçesinde hatalı yazılmasına rağmen gerçek temsilcilerin kim olduğu anlaşılabiliriyorsa ve dava dilekçesinin doğru kişilere tebliği mümkünse davanın reddedilmemelidir.¹⁰³⁰

¹⁰²⁴ Peitscher, s. 53.

¹⁰²⁵ Peitscher, s. 54.

¹⁰²⁶ Murat Can Atakan, “Ön Anonim Şirketin Tüzel Kişilik Kazanması”, **Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu**, İstanbul 2020, On İki Levha Yayıncılık, s. 495; Ceren Tarhanlı, **Türk ve Alman Hukukunda Ön Anonim Şirket**, İstanbul 2013, On İki Levha Yayıncılık, s. 60.

¹⁰²⁷ Atakan, s. 493; Emrullah Kervankıran, “Ön Şirket ve Hukuki Niteliği”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 18 Sayı 2 Yıl 2012, s. 349-370, s. 358.

¹⁰²⁸ Burkhard Gehle, **Gesetzliche Vertretung der Gesellschaft im gesellschaftsinternen Rechtsstreit**, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 7 (Herausgeber: Manfred Born, Nima Ghassemi-Tabat, Burkhard Gehle), Münih 2020, C.H. Beck, s. 66.

¹⁰²⁹ Gehle, s. 70.

¹⁰³⁰ Claudia Fischer, “Ordnungsgemäßheit der Klageerhebung (Anforderungen an die Klageschrift)”, **Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 7 (Herausgeber: Manfred Born, Nima Ghassemi-Tabat, Burkhard Gehle)**, Münih 2020, C.H. Beck, s. 123.

Limited şirket ortağı ve anonim şirket pay sahibi, müdür olmadığı veya yönetim kurulunda yer almadığı sürece tanık olarak dinlenilebilirler. Şirketin temsil organının üyeleri ise bu organın taraf olduğu uyuşmazlıklarda tanık olarak dinlenilemezler. Ancak, delil gösterildiği esnada üyelikleri sona ermişse tanık olarak dinlenilmeleri mümkündür. Burada önemli olan üyeliğin sona ermiş veya varsa hizmet sözleşmesinin ortadan kalkmış olmasıdır. Bu çerçevede yönetim kurulu eski başkanının tanık olmasında bir engel yoktur.¹⁰³¹

Tüzel kişiliği bulunan sermaye şirketlerinin şekli taraf olarak yer aldığı uyuşmazlıklarda ortaklık veya pay sahipliği sıfatının değişmesinin, uyuşmazlığın tarafı olanlara etkisi bulunmaz. Bu durumun yaratacağı bir etkidен söz edebilmek için ortaklığı ya da pay sahipliği sona eren kişinin uyuşmazlığın şekli tarafı olması gerekir. Payın devri halinde uyuşmazlığın tarafı olan devreden pay sahibinin mi yoksa devralan pay sahibinin mi mevcut davayı devam ettirebileceği hususu incelenmelidir.¹⁰³²

1.1.1.2 Sermaye Şirketlerinde Pay Sahipleri Davaları

a) Genel Olarak Pay Sahipleri Davaları

Bir şirketin ortağı, sermaye borcunu yerine getirerek, yönetime katılarak, rekabet etmeyerek ve benzeri yollarla, şirketin amacına ulaşması için üzerine düşeni yapabilir. Bu faaliyetleri esnasında ortağın katılım haklarını şirket içerisinde ileri sürmesi gündeme gelebilir. Bu hususta çıkabilecek uyuşmazlıkların diğer ortaklara mı şirkete mi yoksa her ikisine birden mi yöneltileceği sorusu önem taşımaktadır. Anonim ve limited şirketlerde sermaye payının ödenmesi, tâlî yükümlerin ifâsı, yasak ödemelerin iadesi gibi taahhüt edilen ödemeler, şirket yönetimine katılma kapsamında

¹⁰³¹ Claudia Fischer, “Vernehmung von Gesellschaftern und Organen”, **Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 7** (Herausgeber: Manfred Born, Nima Ghassemi-Tabat, Burkhard Gehle), Münih 2020, C.H. Beck, s. 153. Alman hukukunda istinaf aşamasında, ilk derece mahkemesi önünde dinlenilemeyen yönetim kurulu başkan ve üyelerinin dinlenilebilmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir (Fischer, **Vernehmung**, s. 153); Türk hukuku bakımından ise HMK m. 357/1 uyarınca bu durum geçerli değildir.

¹⁰³² Claudia Fischer, “Änderungen im Gesellschafterbestand”, **Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 7** (Herausgeber: Manfred Born, Nima Ghassemi-Tabat, Burkhard Gehle), Münih 2020, C.H. Beck, s. 167.

alınan kararlar ve yapılaneylemler ve bu sayılanlara aykırılıklardan kaynaklanan zararların tazmini özellikle bu tartışmanın konusunu teşkil etmiştir.¹⁰³³

Günümüzde pay sahiplerinin açtığı davalar, özellikle de sorumluluk davaları, Alman doktrininde *actio pro socio* ile ilişkilendirilerek açıklanmaktadır¹⁰³⁴. Bu davaların dogmatik temelinin önemi doktrinde, şirkete ait bir hakka dayandığının kabul edilmesi durumunda davacı pay sahibi/ortağın şirkete ait def'i ve savunmaları ileri sürebilmesi; dava sonucunda verilen hükmün şirkete karşı da kesin hüküm etkisi doğurması ve aynı konuya ilişkin diğer pay sahipleri/ortakların dava haklarının doğrudan etkilenmesi olarak ifade edilmiştir¹⁰³⁵.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, kökenini Roma hukukundan alan ve “ortağın kendi menfaati için açacağı dava” olarak tercüme edilebilecek¹⁰³⁶ *actio pro socio*, söz konusu sermaye şirketleri olduğunda esasen tartışmalı bir konu teşkil etmektedir. Pay sahiplerinin açabileceği davaların *actio pro socio* ile ilişkilendirilerek açıklanmasına rağmen, sermaye şirketleri söz konusu olduğunda, Alman hukukunda anonim ve limited şirketlerde *actio pro socio* açılmasına izin verildiği anlamı çıkmadığı, sadece sermaye şirketlerinde pay sahiplerinin açacağı davalarda bir referans olarak ele alınması gerektiği de öne sürülmektedir¹⁰³⁷. Bunun sebebi Roma hukukundaki durumdan farklı olarak, açılacak bireysel davalarla ileri sürülecek taleplerin esasen şirkete ait olması, şirketin malvarlığını ilgilendirmesidir. Güncel pay sahipleri davalarının (*die Gesellschafterklage*) aksine Roma hukukunda *actio pro socio* sözleşmesel bir ilişkiye dair olduğu, dolayısıyla pay sahipleriyle şirket arasında dava takip yetkisine ilişkin bir ikilem yaratmadığı doktrinde belirtilmektedir; yalnız kendi menfaatiyle yetinmeyip şirket menfaati için de dava açan pay sahibinin durumuyla Roma hukukundaki ortağın durumu bu bakımdan özdeş değildir.¹⁰³⁸ Ancak *actio pro socio*'nun yalnızca diğer ortaklara karşı ileri sürülebilecek taleplerle sınırlı olmaması

¹⁰³³ Schwab, s. 45.

¹⁰³⁴ Susanne Müller, *Die Gesellschafterklage als Rechtsformübergreifendes Institut*, Frankfurt 2022, Peter Lang, s. 4; Aynur Yongalık, *Şahıs Şirketlerinde Ortak Davası (Actio Pro Socio)*, Ankara 2010, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 47.

¹⁰³⁵ Yongalık, s. 52.

¹⁰³⁶ Christian Mencke, *Die Zivilprozessuale Beiladung im Klageverfahren gem. §148 AktG*, 2012 Tübingen, Mohr Siebeck, s. 47.

¹⁰³⁷ Mencke, s. 46.

¹⁰³⁸ Müller, s. 5. Yine de çalışmada taranan literatürde de görülebileceği gibi, özellikle yönetim kurulunun sorumluluğundan kaynaklanan tazminat davaları için, Alman doktrininde (Türk doktrininde olmayan bir şekilde) hem *Gesellschafterklage/Aktionärsklage* terimleri, hem de *actio pro socio* terimi kullanılmaktadır.

(die Sozialansprüche) gerektiği, organlara karşı ileri sürülebilecek taleplerin de bu kavrama dahil edilmesinin mantıklı olduğuna vurgu yapılmaktadır¹⁰³⁹. Sermaye şirketleri açısından ele alındığında *actio pro societate*¹⁰⁴⁰ teriminin geçerli olacağı bu tür davalar, bir pay sahibinin, şirkete karşı olan iddiasını kendi adına ve şirket hesabına dava yoluyla ileri sürdüğü davalar olarak tarif edilmektedir.¹⁰⁴¹ Diğer bir deyişle ortaklardan biri, temelini esas sözleşmeden doğrudan veya dolaylı bir şekilde alan ve topluluğa ait bir talep hakkını (der Anspruch) bu dava yoluyla ileri sürebilmektedir¹⁰⁴².

Şahıs şirketleri bakımından ele alındığında *actio pro socio*, ortaklar şirketin her fonksiyonunu yerine getirdiğinden, ortağın şirket yönetimini kontrol için kullanmasına müsait bir araçtır. Anonim şirketlerde ise şirket yönetiminin bir organca yürütülmesi esastır. Yine de *actio pro socio*'nun sermaye şirketlerine bir yansımasının bulunduğu bahsedilebilir. Yargılama hukuku bakımından arz edeceği fark ise esasen talepte bulunma hakkının şirket tüzel kişiliğine ait olmasıdır. Buradaki mesele, sermaye şirketlerindeki pay sahiplerinin, dava hakkına sahip olup olmadıkları ve olacaklarsa bunun sözleşmeyle mi yoksa kanun ile mi verileceğidir. Bu noktadaki kriterin, pay sahibinin veya ortağın böyle bir taleple şirkete karşı dava açıp açamayacağı olduğu ifade edilmekte, bu hususun her bir talep için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğine dikkat çekilmektedir.¹⁰⁴³ Örneğin bir görüşe göre sermaye borcunun yerine getirilmesi için açılacak davanın pay sahibi tarafından açılması talebin sosyal niteliğine (die Sozialanspruch) ters düşmese de, şirket tüzel kişiliğinin bağımsız oluşuna ve dolayısıyla şirketin kurulma amacına ters düşmektedir; bu nedenle bu talebin şirket tüzel kişiliğince ileri sürülmesi gerekmektedir¹⁰⁴⁴.

Pay sahibinin, şirkete karşı yerine getirilmesi gereken bir edime ilişkin iddiasının varlığı halinde, bu iddiasını mahkeme nezdinde ileri sürüp süremeyeceği

¹⁰³⁹ Mencke, s. 47.

¹⁰⁴⁰ Roma hukukunda *societas* terimi, asgari iki kişinin ortak ihtiyaca yönelik ortak bir amaç için hareket etmeyi taahhüt ettiği, yönetimde eşit olarak ortaklaşa yer aldıkları, kazanca ve zarara ortak oldukları, şekle bağlı olmayan karşılıklı bir borç ilişkisi olarak tanımlanmıştır. *Societas*, yalnızca ortaklar için hak ve borç doğurur. Hukuki eylem ve işlemler ise yalnız muhatapları arasında sonuç doğurur; tüm topluluk üzerinde sonuç doğurmaz (Müller, s. 4-5).

¹⁰⁴¹ Nicolai Behr, *Die Actio Pro Socio in der Aktiengesellschaft*, Baden-Baden 2010, Nomos Universitätschriften, s. 20; Olaf Schulz-Gardyan, *Die Sogannante Aktionärsklage*, Berlin 1990, Duncker & Humboldt, s. 73.

¹⁰⁴² Nima Ghassemi-Tabar, Cornelius Wilk, "Klageerhebung im Wege der actio pro socio", **Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 7** (Herausgeber: Manfred Born, Nima Ghassemi-Tabat, Burkhard Gehle), Münih 2020, C.H. Beck, s. 60.

¹⁰⁴³ Schulz-Gardyan, s. 81.

¹⁰⁴⁴ Mencke, s. 40.

sorusunun yanı sıra; şirketin de aynı iddiayı ileri sürmesi halinde ortağın öncelikle şirketin kendisine başvurmakla yükümlü olup olmadığı ve eğer yükümlü olduğu kabul edilecekse bunun sınırı akla gelebilecek bir husus olmuş, bunun yanı sıra ortağı açacağı davanın temelleri üzerinde de düşünülmüştür.¹⁰⁴⁵

Şahıs şirketlerinde ortakların şirket sözleşmesiyle yüklendikleri edimler, Roma hukukunda olduğu gibi¹⁰⁴⁶, Alman doktrininde BGB §705 uyarınca ortakların birbirine karşılıklı (synallagmatic) edimler mahiyetinde kabul edilmektedir¹⁰⁴⁷. Sermaye şirketlerinde ise pay sahiplerinin şahsi dava hakkının temeli pay sahipleri arasındaki sözleşmesel ilişki değildir. Sermaye şirketleri açısından söz konusu edimlerin alacaklısı, GmbHG §46(2) uyarınca sermaye alacağının genel kurulca talep edilmesinde ve müdürlerin tahsil etmesinde olduğu gibi, şirket tüzel kişiliğidir.¹⁰⁴⁸ Şu hâlde Alman doktrininde, sermaye şirketlerinde pay sahiplerinin açabileceği pay sahipleri davasının temellerinden biri, pay sahiplerinin birbirlerine ve şirkete karşı geçerli olan sadakat yükümlülüğüyle açıklanmıştır. Burada sadakat yükümlülüğüyle kastedilen, ileride bir uyuşmazlık kaynağı olarak ele alınacak sadakat yükümlülüğünden ziyade¹⁰⁴⁹, dürüstlük kuralıdır.¹⁰⁵⁰ Pay sahiplerinin “yoldaş” pay sahiplerine karşı ileri süreceği maddî taleplerinde kilit nokta, talep ileri süren pay sahibinin diğerlerine karşı sadakatidir¹⁰⁵¹. Öte yandan, pay sahibi ödenmeyen kâr payı, şirketin verdiği zarar veya ödenmemiş sermaye için dava açtığında, şirketin de dürüstlük kuralına aykırı davrandığını söylemek mümkündür¹⁰⁵². Sermaye borcunu yerine getirmeyen bir pay sahibinin yalnız şirkete karşı sorumluluğunu ihlal etmediği, diğer pay sahiplerinin aksine şirkete katılım sağlamadığı ve böylece şahsi malvarlığına fayda sağladığına dikkat çekilmektedir. Bunun gibi pay sahibinin, diğer pay sahibinin eylemleri yüzünden şirket menfaatini savunması da, kendi yatırımı şirkette

¹⁰⁴⁵ Schwab, s. 45.

¹⁰⁴⁶ Yongalık, s. 48.

¹⁰⁴⁷ Schwab, s. 46.

¹⁰⁴⁸ Schwab, s. 47.

¹⁰⁴⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm §3.2.

¹⁰⁵⁰ Schwab, s. 48.

¹⁰⁵¹ Limited şirketlerde önceleri ortaklar arasında herhangi bir ilişkinin varlığı kabul edilmezken, 1975 tarihli bir kararında Federal Yüksek Mahkeme, ortaklar arasında dikey bir sadakat yükümlülüğünün varlığına kanaat getirmiştir. Bunun gerekçesi, limited şirketlerin bağımsız tüzel kişiliği haiz olmalarına karşılık, ortakların şirketin örgütsel yapılanmasına ve ekonomik faaliyetlerine doğrudan etkisinin büyük olmasıdır. Ortakların şirket yönetimi üzerindeki etkilerini kullanarak yönetimin aksamasına neden olma ihtimalleri, mahkemeyi özellikle çoğunluğu oluşturan ortaklar bakımından bir “yatay sadakat yükümlülüğü” (horizontalen Treuepflicht) tanımaya sevk etmiştir (Mencke, s.43).

¹⁰⁵² Müller, s. 6.

olduğundan¹⁰⁵³ yerindedir. Buna göre zaten bir pay sahibinin kâr payı alma veya bilgi edinme haklarını kendi hakları olarak öne süren pay sahibinin, menfaatinin odak noktası olan şirket menfaatiyle desteklenmeyen hak iddiası bir çelişki yaratacaktır.¹⁰⁵⁴

Pay sahipleri davasının davacısı pay sahibi, kanuni veya iradi olarak, esasen şirket hesabına davayı yürütür. Pay sahibinin iradi olarak dava takip yetkisine sahip olmasının ise şirket sözleşmesinin yorumlanması sonucu mümkün olabileceği ifade edilmektedir. Ne var ki iradi dava takip yetkisinin kabul edilmesi halinde, yorumlamanın nasıl yapılabileceği Alman doktrininde tartışma konusu olmuştur. Şirket sözleşmesinde bu yönde bir hüküm olması halinde yoruma gerek olmayacak, pay sahibinin dava takip yetkisinin olmadığı açıkça belirtildiği hallerde ise pay sahibinin dava açabileceği yönünde bir yorum yapılamayacaktır. Öte yandan, dava açılması imkanının şirket sözleşmesiyle bertaraf edilemeyeceği, bu davanın sorumluluğu bulunan şirket yetkililerinin pay sahiplerinin -aynı zamanda şirketin de menfaatiyle ilişkili olan- haklarını ihlal etmeleri halinde açılacağına da vurgu yapılmakta, bunun temeli ise adi şirketlere ilişkin hükümlere (BGB §705; TBK m. 620 vd.) dayandırılmaktadır.¹⁰⁵⁵

Pay sahipleri davasının usûlî etkisi, dava takip yetkisinin kanuni veya iradi oluşuna göre değerlendirilmektedir. Buna göre, kanuni olarak pay sahiplerine dava açma hakkı verilmesinin esas gerekçesi, çoğunluğa karşı bir talebi öne sürebilecek olmasına rağmen bu talebini dava yoluyla ileri süremeyen azınlık pay sahiplerinin korunmasıdır. Öte yandan şirketin üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği talepler bakımından iki tür pay sahibinin içinde bulunacağı tehlike birbirine denk olacaktır. Yine de pay sahiplerine dava açma hakkının, çoğunluk pay sahiplerinin, şirketin menfaatine aykırı ancak şahsi menfaatlerine uygun hareket etme ihtimali karşısında, kanuni olarak düzenlenmesi mümkündür.¹⁰⁵⁶

Dava açma hakkı iradi olarak tanındığında, davacı pay sahibi olduğu halde, şirket dava takip yetkisini pay sahibine kendi iradesiyle verdiği için, verilen karar şirket hakkında da etkili olur. Şirket pay sahibine böyle bir yetki vermeyip dava takip

¹⁰⁵³ Mencke, s. 45; Schwab, s. 48.

¹⁰⁵⁴ Schwab, s. 48.

¹⁰⁵⁵ Schwab, s. 118.

¹⁰⁵⁶ Mencke, s. 46.

yetkisini uhdesinde tutarsa da pay sahibinin yürüteceği davanın şirket için derdestlik veya kesin hüküm etkisi yaratmayacağı da Alman doktrinde ifade edilmektedir.¹⁰⁵⁷ Bu durumda şirket kendi adına dava açıp nihayete erdirebilir. Bu halde pay sahibinin de dava açması halinde pay sahibinin davasının konusuz kalacağı görüşü bulunmaktaysa da, pay sahipleri davasının şirketi etkilememesi gerektiği, aksi takdirde pay sahibinin hukuki korumadan yoksun kalabileceği görüşü de öne sürülmektedir.¹⁰⁵⁸ Bu nedenle, diğer pay sahiplerinin veya şirket organlarının kusurları halinde pay sahibince açılânve amacı şirket menfaatlerini korumak olan bu davaların şirketi bağlayacağını kabul etmek gerekir.¹⁰⁵⁹ Ne var ki esas sözleşme ile pay sahibine tanınacak şirketin talebini ileri sürme hakkının, medeni yargılama hukuku esasları dahilinde karşı tarafça tanınmaması da mümkündür¹⁰⁶⁰.

Pay sahipleri davalarının anonim şirketler çerçevesinde değerlendirilmesi, Alman hukukunda Kraliyet Yüksek Ticaret Mahkemesi'nin (Reichsoberhandelsgericht- ROHG) kararlarıyla olmuş, şirket aleyhine açılan genel kurul kararlarının iptâlî davalarında bir mihenk taşı oluşturmuştur. ROHG 22.04.1873 tarihli bir kararında ilk defa, yıllık bilanço ile hesaplanacak kâr payının tespiti talebiyle, pay sahipliği hakkının kullanılabilmesi amacıyla pay sahibince şirkete karşı dava açılabilmesini kabul etmiştir. 13.09.1873 tarihli başka bir başka kararında ise yönetim kurulunun ya da genel kurulun verdiği kararların pay sahiplerinin haklarını zayıflattığı hallerde, pay sahiplerinin şirkete karşı dava hakkı bulunacağını karara bağlamıştır. Buna göre her bir pay sahibi, pay sahipliği haklarının korunması noktasında mahkeme koruması talep etme hakkına sahiptir. Bahsi geçen ikinci kararda esas sözleşmede yer alan kâr payı hakkının arttırılması konusunda yönetim kuruluna karşı pay sahibinin dava hakkı bulunmasa da, genel kurulun kâr payı dağıtım kararına karşı tek başına dava açabilmelidir.¹⁰⁶¹

ROHG, şirket organlarının ihlallerinden dolayı pay sahiplerinin açabilecekleri davaları iki temele oturtmuştur. Bunlardan biri, yönetim kurulunun eylem ve kararları ya da genel kurulun kararları sonucu ortaya çıkan ihlallerin, pay sahibinin şirketle olan ilişkisinden doğan hakları zedelediği yönündeki savunmadır. Bu savunmanın olumlu

¹⁰⁵⁷ Schwab, s. 119.

¹⁰⁵⁸ Schwab, s. 120.

¹⁰⁵⁹ Schwab, s. 121.

¹⁰⁶⁰ Mencke, s. 47.

¹⁰⁶¹ Behr, s. 22.

ve olumsuz iki niteliği bulunmaktadır: Pay sahibi hem hukuka aykırı bir eylem veya kararı öne sürebilir (olumsuz etki) hem de gereken tedbirlerin alınmasını, özellikle yıllık finansal tabloların onaylanmasını isteyebilir (olumlu etki). İkinci temel ise ROHG kararları uyarınca her bir pay sahibi şirketin kanuna ve şirket sözleşmesine uygun davranmasını isteyebilme imkânı olmuştur.¹⁰⁶²

Federal Yüksek Mahkeme ise bu dava türünde ilk kararını, pay sahibinin şirket içi sorumlulukların dağılımına ilişkin açtığı bir dava sonucunda vermiştir. Anonim şirketler hukukunda 1937 yılında yapılan yeniliklerden sonra anonim şirketlerin organları arasındaki yetki ve sorumlulukların dağılımı sıkı sıkıya düzenlenmiştir; denetim kurulu şirketin idaresini teftiş etmekle görevliken, genel kurul temel kararların alınmasında söz sahibidir. Şirketin idaresi ile alınacak temel kararlar ise keskin bir şekilde ayrılmadığı gibi, birçok alanda ayırım yapmak güçlük arz etmekteydi. Bu sebeple yönetim kurulunun, güçleri arttıkça yetkilerini daha da genişletme yoluna gitmeleri sonucu, işlem ve eylemlerinin gerçekten kendi yetkileri kapsamında mı yoksa genel kurulun alacağı basit kararlar kapsamında mı olduğu hususunda şüpheler oluşmuştur. Karara göre eğer yönetim kurulu eylem ve işlemleriyle şirketin temelini etkileyecek ise ve yine de bu işlem ve eylemlere devam edecek olursa bu durum pay sahiplerinin genel kurulda iradelerini ortaya koymalarını engelleyecek, böylece onların haklarını ihlal etmiş olacaktır.¹⁰⁶³

Alman hukukunda pay sahipleri davasının sermaye şirketleri bazında düzenlemeye kavuşmasına ilişkin ilk örneklerden biri, 1892 yılında GmbHG ile azınlık pay sahiplerinin ve hatta tek bir ortağın, korunması hususunda düzenlemeler yapmasıdır. 1971 yılında yapılan bir düzenleme ile de yönetim veya denetim kurulu üyelerinin, kanunda belirlenen bazı hallerde zarara neden olması durumunda, tek bir ortağın dahi bu kişilere karşı, taleplerini şirket hesabına yönelteceği bir dava açabileceği düzenlenmiştir. Her ne kadar dava şirket hesabına açılmalıysa da, bu davanın şirketçe feragat veya sülh ile sonlandırılmasının, davayı açan ortağın muvafakatine tabi kılındığı, 1971 taslağında belirtilmiştir.¹⁰⁶⁴ Anonim şirketler hakkında ise 1884 yılında şirket içi güvence sağlayan mekanizmalar ile pay sahiplerinin hukuki durumunun güvenceye alınması yönünde düzenlemeler

¹⁰⁶² Behr, s. 25.

¹⁰⁶³ Behr, s. 26.

¹⁰⁶⁴ Müller, s. 9.

getirilmiştir. Bu kapsamda pay sahibinin haklarının korunmasına yönelik, salt oy hakkından öte düzenlemeler gerektiği doktrinde de ifade edilmiştir. Buna rağmen bir süre Alman kanun koyucusu pay sahiplerine genel kurul için çağrıda bulunma veya gündeme madde ekleme dışında bir hak vermekte bir süre çekingen davranmış, bunun ötesinde haklar tanımayı gereksiz bulmuştur.¹⁰⁶⁵ Pay sahiplerinin şahsen uğradıkları zararın tazmini talebiyle, nüfuzlarını görevlerine aykırı şekilde kullanmak suretiyle zarara sebep olan yönetim veya denetim kuruluna dava açabilmesi ise 1937 yılında yapılandeğişikliklerden sonra mümkün olmuştur. 1965 yılında ise pay sahibinin doğrudan doğruya zararının tazminini isteyebileceği düzenlenmiş, dolayısıyla zarar için dava açma hakkı verilmemiştir. Bahsi geçen bu son değişiklikte dikkat çeken husus, Alman kanun koyucusunun pay sahibi davalarını ilk defa kurala bağlamış olmasıdır.¹⁰⁶⁶

Sermaye şirketlerinde pay sahipleri davasının belirgin faydalarından biri, genel önleyici etkisidir. Buna göre sorumluluğun doğma riski şirket yöneticilerini daha özenli davranmaya itecektir. Pay sahibinin sorumluluk davası açabilmesi imkânı, özen yükümlülüğüne aykırı davranma ve bundan sorumluluğun doğması noktasında caydırıcı bir etki taşır. Bu caydırıcı etki iki aşamada kendisini gösterir: hem şirket yöneticileri pay sahiplerinin dava açabileceğini bilecek ve buna göre özenle davranacak, hem de piyasadaki diğer şirketlerin yöneticileri, pay sahiplerinin benzer durumlarda açtığı davaları hesaba katacak, böylece şirketlerde uyumluluğun (compliance) sağlanması hususunda aşama kaydedilecektir. Öte yandan bahsi geçen caydırıcılığın girişimci düşünme şeklini ve gereken risklerin alınmasını da gereğinden fazla önlemesi, pay sahibinin açacağı davalar açısından bazı endişelere de yol açmaktadır. Bu endişeler yalnız şirket yöneticilerinin karar alma sürecini değil, kanun koyucunun yapacağı düzenlemeleri de etkilemektedir.¹⁰⁶⁷

Bu endişelerin ötesinde pay sahiplerinin yönetim kurulunun sorumluluğundan doğan dava haklarını bir tehdit unsuru olarak kullanma ihtimali akla gelmişse de, bu tür davaların reddedileceği ve en nihayetinde pay sahipleri bu şekilde dava açarak kendi zararlarına da sebep olacaklarından, şirket yöneticilerine bir tehdit unsuru

¹⁰⁶⁵ Müller, s. 11.

¹⁰⁶⁶ Müller, s. 12.

¹⁰⁶⁷ Max L. Kanzlow, **Aktionärsklagen in Deutschland und England**, 2016 Berlin, Duncker&Humboldt, s. 48-49.

oluşturmaktan uzak oldukları da ifade edilmiştir. Üstelik bu davaların örneğin sermaye veya şirket yapılanması üzerinde, bir genel kurul kararının iptâlî davasında olabileceği gibi doğrudan bir etkisi de bulunmamaktadır.¹⁰⁶⁸ Yine de pay sahiplerinin açabilecekleri davaların bir ölçüde kötüye kullanılması mümkündür. Gerçek dışı vakıalara dayanılarak açılacak bir dava, hem yönetim kurulu üyelerinin hem de şirketin saygınlığına zarar verebilecektir. Ayrıca şirket yönetiminin faaliyetleri zarar görecektir, yönetimde de huzursuzluğa neden olacaktır. Tüm bunların yanı sıra şirket sırlarının da açığa çıkması söz konusu olabilecektir. Bu nedenle bu davalarda hızlandırılmış bir yargılamanın daha makûl olacağı da ileri sürülmektedir.¹⁰⁶⁹ Sûlh ile bu davaların sonlandırılması ise hem kendisini baskı altında hisseden yönetici ve şirketin mevcut dava tehdidini savuşturmak için karşı tarafa gereğinden fazla bir tutar ödemesi, bunun da şirkete ayrıca zarar vermesi ve diğer pay sahiplerine karşı eşitsiz bir durumun yaratılması riskini barındırmaktadır. Üstelik bu durum, ileride meşru sebeplerle açılacak davaları, pay sahiplerine tanınan menfaatler sebebiyle engelleyebilecektir.¹⁰⁷⁰

b) Türk Hukukunda Sermaye Şirketleri Bakımından Pay Sahipleri Davaları

Türk doktrinde de *actio pro socio*, şirket ilişkisinden kaynaklanan taleplere ilişkin tek bir ortağın dahi açabileceği, şirket ilişkisinden dolayı diğer ortaklara karşı taleplerini (*die Sozialanspruch*) yöneltebileceği ve yargılama sonunda verilen hükmün şirket lehine icra edildiği dava türü olarak tanımlanmaktadır.¹⁰⁷¹

Türk doktrinde örneğin anonim şirketlerde sermaye borcunun ödenmemesi halinde pay sahibinin, *actio pro socio* niteliğinde dava açamayacağı kabul edilmektedir.¹⁰⁷² Bunun yanı sıra kanun koyucu da pay sahiplerine böyle bir imkân tanımamıştır. *Actio pro socio* Türk hukukunda esasen, adi şirkette şirket yönetiminin talep etmediği sermaye borcunu ortağın talep edebildiği dava türü olarak nitelendirilmektedir.¹⁰⁷³ Öte yandan şahıs şirketleri için kanun koyucu, TTK m. 128/7

¹⁰⁶⁸ Kanzlow, s. 51.

¹⁰⁶⁹ Kanzlow, s. 52.

¹⁰⁷⁰ Kanzlow, s. 52.

¹⁰⁷¹ İdil Tuncer Kazancı, “Actio Pro Socio: Usûlî Bir Yaklaşım”, **Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, Yıl 2017 Sayı 36, ss. 21-50, s. 24.

¹⁰⁷² Kazancı, s. 25; Oruç Hami Şener, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, Ankara 2022, Seçkin, s. 726.

¹⁰⁷³ Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi (Cilt I)**, Ankara 2022, Adalet Yayınevi, s. 65.

ile hem şirketin hem de ortağın ödenmeyen sermaye borcunu yerine getirmemesi halinde dava açabileceğini açıkça düzenlemiş, böylece bu davaya da yer vermiştir¹⁰⁷⁴.

Konu sermaye şirketleri olduğunda Türk hukukunda da *actio pro socio* açılmasının kabul edilebileceği durumların olduğu doktrinde ifade edilmektedir. Örneğin limited şirkette ortağın bilgi alma ve inceleme hakkının şirketçe haksız yere engellenmesi halinde TTK m. 614/3'e göre dava açması halinde, eğer bu şirket iki ortaklıysa, diğer ortağa karşı yöneltilen davanın *actio pro socio* kavramına dayandığı ifade edilmektedir¹⁰⁷⁵. Yine limited şirketlerde TTK m. 638/2 hükmü uyarınca şirkete karşı açılacak haklı sebeple çıkma davasının, iki ortaklı şirketlerde *actio pro socio* dayandığından bahisle diğer ortağa açılabilmesine cevaz verilmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁰⁷⁶.

Türk hukukunda *actio pro socio*'nun değerlendirilme biçimi ve Alman doktrinindeki açıklamalar dikkate alındığında kanaatimizce sermaye şirketlerinde esasen şirket tüzel kişiliğince talep edilmesi gereken ancak pay sahipleri dava yetkinliğinin bulunduğu¹⁰⁷⁷ davaların pay sahipleri davaları temelinde değerlendirilmesi mümkün olabilir. Kâr payı alacağı veya bilgi edinme hakkının ihlali gibi hallerde pay sahipleri, aslen şirketin menfaatinden ziyade, kendi pay sahipliği haklarından kaynaklanan bir talebi yönelttiklerinden, pay sahipleri davası açamayacaklardır.

Öte yandan, genel kurul kararlarının iptâlî veya yokluk ya da butlanının tespiti istemi ile şirketin uğradığı zararların TTK m. 555 uyarınca pay sahibi tarafından talep edilebildiği hallerde olduğu gibi esasen şirketin menfaatini ilgilendiren dava türlerinin *actio pro socio* ile daha ilişkilendirilebilecek pay sahipleri davaları olduğu kanaatindeyiz. Kanımızca, bu değerlendirme davayı kimin hangi taleple açabileceğinin ve sonucunda elde edilen hükmün etkisinin anlaşılması bakımından önem taşımaktadır. Ancak, sermaye şirketleri bakımından *actio pro socio* şahıs şirketleriyle aynı bağlamda düşünülemeyeceğinden, ileride de inceleneceği üzere¹⁰⁷⁸, şirketin ve uyuşmazlığın özellikleri de dikkate alınarak uyuşmazlığın pay sahipleri

¹⁰⁷⁴ Şener, s. 36.

¹⁰⁷⁵ Şener, s. 715.

¹⁰⁷⁶ Şener, s. 754.

¹⁰⁷⁷ Kazancı, s. 25.

¹⁰⁷⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm §1.8.4.1

tarafından ileri sürülmesi gerekir ki bu husus, TTK m. 5A hükmü gereği zorunlu arabuluculukta önem taşıyacaktır.

Sermaye şirketleri bakımından Alman doktrinde actio pro socio ile ilişkilendirilerek değerlendirilen pay sahipleri davaları söz konusu olduğunda kanaatimizce, ilk olarak arabuluculuğun taraflarının kim olması gerektiği sorusu ortaya çıkacaktır. İradi bir arabuluculuk sürecinde, pay sahiplerinin açacağı bu dava, örneğin genel kurul kararının iptâlî içinse, şirket tüzel kişiliğine yöneltileceği için, arabuluculuk sürecinin karşı tarafı da şirket tüzel kişiliği olmalıdır. Ancak bu dava TTK m. 5A kapsamında zorunlu arabuluculuğa tabi değildir. TTK m. 5A kapsamında düşünülebilecek dava türüne örnek olarak, TTK m. 555 hükümleri kapsamında açılacak tazminat davaları düşünülebilir. Bu halde yürütülecek zorunlu arabuluculuk sürecinin tarafları, pay sahipleriyle yönetim kurulu üyeleri olacaktır. Belirtmek gerekir ki bu durumda davanın pay sahipleri davası olması, yönetim kurulu üyelerinin de pay sahibi olmasını gerektirir. Bu sürecin sonucunda varılacak anlaşmanın kimler için etkisi olacağı ise, açılmak istenen dava sonucu verilen hükmün etkisiyle paralel değerlendirilmelidir. TTK m. 555 ile şirketin zararının tazmini talep edildiğinden, yapılacak anlaşma da şirket bakımından sonuç doğuracaktır. Bunun hangi koşullarda gerçekleşeceği ise ileride değerlendirilecektir¹⁰⁷⁹.

1.1.2 Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğun Gösterdiği Özellikler

Şirketler hukukunda çıkabilecek uyuşmazlıklar birçok şekilde ortaya çıkabilmekte ve şirketin iç işleyişini etkilemektedir. Özellikle dürüstlüğü, istikrarın ve güvenilirliğin geçerli olması gereken ve olası bir uyuşmazlık halinde şahsi duyguların daha geçerli olmasının beklenebileceği¹⁰⁸⁰ aile şirketleri içinde kalıcı husumetlere rastlanabilmektedir. Bu durumda birlik unsuru sarsıntıya uğramakta, şirket ortaklarının karşılıklı olarak birbirlerine mesafe alması sonucu doğmaktadır. Bunların yanı sıra şirketin piyasadaki saygınlığı da etkilenebilmektedir. Yargı yoluyla çözülmesi beklenen bu uyuşmazlıkların dava konusu yapılması halinde ise yargılama

¹⁰⁷⁹

¹⁰⁸⁰ Ulrich Hagel, Mediation bei gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten, **Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 7** (Herausgeber: Manfred Born, Nima Ghassemi-Tabat, Burkhard Gehle), Münih 2020, C.H. Beck, s. 2458.

sürecinin uzaması ve masrafların artmasının yanı sıra¹⁰⁸¹, sadece hak odaklı karar verilen bu aşamada tarafların ihtiyaçları ve dikkate aldıkları değerler yeterince tatmin edilememektedir¹⁰⁸². İşte tarafların duygularını daha rahat ifade edebileceği, taraf vekillerinden çok kendilerinin dinlenileceği, karşı tarafla fikir alışverişinin daha fazla olacağı ve yalnız kendi ihtiyaçlarını değil, karşı tarafın ihtiyaçlarını da daha rahat anlayabilecekleri arabuluculuğun uygulanması, şirketler hukuku uyuşmazlıklarında da elbette fayda sağlamaktadır.¹⁰⁸³ Özellikle medeni yargılama hukukundaki aleniyet ilkesi, davaların uzun sürmesi ve masrafların fazlalığı gibi etkenlerin yanı sıra, şirketler hukukuna özgü bazı uyuşmazlıkların yargılama faaliyetiyle çözümlenmeye fazla müsait olmaması fakat yine de çözümlenmesi gerekmesi, mahkeme dışı çözüm yollarına duyulan ihtiyacı arttırmaktadır.¹⁰⁸⁴

Alman doktrinde şirket içi uyuşmazlıkların genelde mahkeme nezdinde çözümlenmeyip, şirket içinde çözüme kavuşturulduğu ifade edilmektedir. Bunun sebebi olarak da şirket imajının yanı sıra uyuşmazlığın taraflarının imajlarının da sarsılacak olması, ayrıca şirketin piyasadaki değerinin etkilenecek olması gösterilmektedir. Dolayısıyla, dostane nitelik taşıyacak olan şirket içi uyuşmazlık çözüm yöntemleri, şirketin menfaatini koruma amacı taşımaktadır. Hatta uyuşmazlık mahkemeye taşınsa bile bu uyuşmazlıkların genelde sülh ile çözümlendiği de ifade edilmektedir. Arabuluculuğun bu uyuşmazlıklarda uygulanabilirliğini ve faydalarını anlayabilmek için ise mahkeme dışı uyuşmazlıkların şirket içi uyuşmazlıklar çerçevesindeki sınırını ve mevcut hukuk düzeninde uygulanabilirliğini tespit etmek de önemlidir. Belirtmek gerekir ki, arabuluculuğun şirketler hukuku kapsamında uygulanabileceği alanların belirlenmesinde, kanun koyucunun lafzının ve kullandığı terminolojinin de önem taşıdığına dikkat çekilmektedir. Alman AktG ile benzer şekilde TTK, şirketler hukukunda “çekişme” (der Konflikt) terimini tercih etmemiştir. Bunun sebebinin ise temel bir terim kabul edilebilecek olan çekişmenin, bulunduğu durumlarda açıkça ortada olduğu, ayrıca zikredilmesine gerek olmadığı ifade edilmektedir.¹⁰⁸⁵

¹⁰⁸¹ Danielle Golinski, **Mediation im Gesellschaftsrecht**, Studienarbeit, Herausgeber: e-fellows.net, Münster 2014, GRIN Verlag, s. 1.

¹⁰⁸² Hagel, s. 2458.

¹⁰⁸³ Golinski, s. 1; Hagel, s. 2458.

¹⁰⁸⁴ Hagel, s. 2447.

¹⁰⁸⁵ Kruse, s. 61. Bir diğer terim olan “fikir ayrılığı” (die Meinungsverschiedenheit) AktG §35(2) ve §77(1) hükümlerinde zikredilmekte olup, bu hükümlerde denetim ve yönetim kurulunun karar alma sürecindeki fikir ayrılıklarının çözüme kavuşturulma şekli düzenlenmektedir (Kruse, s. 62). TTK ile

Şirketler hukuku uyuşmazlıkları, şirketin kuruluşundan tasfiyesine kadar her aşamada ortaya çıkabilmektedir. En sık rastlanan uyuşmazlık türleri ise şunlardır:

- Karar alma sürecindeki sakatlıklar, ıskat, şirketin idaresi ve geliştirilmesine dair uyuşmazlıklar, kâr payı dağıtımı ve benzeri pay sahipleri arası uyuşmazlıklar;
- Tasfiye payı alacağı, sermaye borcunda temerrüt veya pay sahipliği haklarından doğan uyuşmazlıklar gibi şirket ve pay sahibi arasındaki uyuşmazlıklar;
- Şirket paylarının devrine ilişkin uyuşmazlıklar;
- Şirket yönetimine ilişkin uyuşmazlıklar;
- Şirket ve şirket yönetimi arasındaki yönetime yetkili kişilerin atanması veya tazminat gibi hususlarda doğacak uyuşmazlıklar.¹⁰⁸⁶

Öte yandan şirketler hukuku söz konusu olduğunda müzakerelerin tek geçerli olacağı alanın yalnızca şirketin devamı süresince ortaya çıkan uyuşmazlıklar olmadığı, kuruluş öncesi aşamada bir arabulucunun atanmasının mümkün ve hatta özellikle gerekli olduğu da doktrinde ifade edilmektedir. Özellikle esas sözleşme oluşturulurken müstakbel ortakların menfaatlerinin açıkça ortaya konulması ve bunlara uygun çözümlerin bulunması, kurulacak şirketin uzun ömürlü olması bakımından arabulucunun da süreçte yer alması, şirketi kurarken bir amaç uğruna hareket eden kişilerin, kendi menfaatlerini bu aşamada düşünmekte yaşayabileceği sıkıntılar da dikkate alındığında oldukça önemlidir. Bu aşamada arabulucunun rolü uyuşmazlık çözümünde değil, muhtemel uyuşmazlıkların engellenmesinde etkilidir.¹⁰⁸⁷

Şirket içi uyuşmazlıklarda arabuluculuk da son yıllarda gelişim göstermiş, karmaşık bir sistemin içerisinde yer alması dolayısıyla ilgi çekici bir konu olagelmıştır.

denetim kurulu düzenlenmemekte, yönetim kurulunun karar alma sürecini düzenleyen TTK m. 390 ise AktG §77'nin aksine esasen oybirliği ile karar alacak kurul üyeleri arasında farklı görüşler olması halinde değil, her durumda oyçokluğu ile karar alınması gerektiğini düzenlemektedir. Dolayısıyla burada Alman kanun koyucusunun tercih ettiği gibi bir terminoloji söz konusu değildir; TTK m. 390/2 dikkate alındığında da kanun koyucunun yönetim kurulunun karar alması aşamasında herhangi bir uyuşmazlık ihtimalini düzenlediğini de söylemek mümkün değildir (Kruse, s. 62). Başka bir terim olan "anlaşma"nın (die Einigung) ise bir görünümü AktG §265(4) olup, tasfiye memurunun harcama yetkisini kullanırken şirket ile anlaşmazlık yaşadığı hallerde, mahkemenin bu konuda karar vereceğini düzenlemektedir (Kruse, s. 62). Şirket içi bazı konularda organlar veya kişilerin şirketle aynı yönde hareket edemediği benzer durumlarda mahkemenin karar vermesi, Türk kanun koyucusu tarafından da benimsenen bir yöntem olabilmektedir. Bunun bir örneği, TTK m. 439 ile düzenlenen, genel kurulun özel denetçi atama istemini reddetmesi halinde mahkemeden özel denetçi atanmasını istemesi olarak gösterilebilir.

¹⁰⁸⁶ Hagel, s. 2456.

¹⁰⁸⁷ Hagel, s. 2455.

Gerçekten de adeta canlı birer oluşumlar olan şirketlerde örneğin piyasa koşullarına veya nesil değişimlerine bağlı değişim ve gelişimler gözlenmekte, bu değişim ve gelişimlerin güvenli bir şekilde kontrol edilmesi de bazı yeniden düzenleme ve yapılanma faaliyetleriyle mümkün olmaktadır¹⁰⁸⁸. İşte şirketlere özgü bu karmaşık özellikler, şirket içi uyuşmazlıklarda arabuluculuk söz konusu olduğunda çıkabilecek zorluk ve engellerin tespitinde önem taşımaktadır¹⁰⁸⁹.

Şirketler hukuku uyuşmazlıklarında ilk dikkat edilmesi gereken husus, her tür uyuşmazlıkta olduğu gibi arabuluculuğa elverişli olup olmamasıdır. Şirketler hukuku uyuşmazlıklarında tarafların ileri süreceği taleplerin arabuluculuğa elverişli olması gerekir. Ancak malvarlığına ilişkin uyuşmazlıkların yanı sıra, şirket içi ilişkilere, şirketin amacına veya değerlemelere ilişkin uyuşmazlıklar da arabuluculuğa elverişlidir. Diğer bir deyişle, kural olarak tüm şirketler hukuku uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişli olduğu söylenebilir. Ancak arabulucunun çekilmesini gerektirecek sebeplerin bulunması halinde arabuluculuk hususunda kısıtlamalar olabilir.¹⁰⁹⁰

Şirketler hukuku uyuşmazlıklarının olası sebeplerinden biri olarak Alman doktrininde, şirket sözleşmesinde eksik, tüm tarafların mutabık olmadığı ya da dengesizlik yaratan hususlara dikkat çekilmektedir. Buna göre ortaklar, genelde şirket içi hukuki ilişkileri üzerinde açık ve adil kurallar üzerinde anlaştıkları ölçüde uyuşmazlıklardan kaçınmakta ve dava konusu olmadığı sürece düşünceleri farklılıklarını tırmandırmamaktadır.¹⁰⁹¹ Uyuşmazlığın çıkması halinde de bir yanda zarara uğramış taraf, öte yanda şirketin idarecileri bulunabilmekte; bunun yanı sıra taraf olmasa dahi menfaatleri olumlu veya olumsuz etkilenen ama taraf olmayan pay sahipleri de yer alabilmektedir. Ancak, tüm bu grup veya kişiler birbirinden izole durumda bulunmamakta, aynı organizasyon içerisinde yer almalarından ötürü birbirlerine bağlı kalmaya devam etmektedirler. Karşılıklı bağlılık durumu, bu kişi ve gruplar ile şirket arasında da bulunmaktadır.¹⁰⁹² Dolayısıyla, şirket uyuşmazlıklarından kaçınmak için

¹⁰⁸⁸ Bernard Böhm, “Wirtschaftsmediation in der Organisation(-sentwicklung) –Eine Einführung”, **Wirtschaftsmediation- Konflikte in Unternehmen und Organisationen** (Herausgeber: Gernot Barth, Bernhard Böhm, Jonathan Barth), Stuttgart 2016, Steinbas-Edition, s. 17-32, s. 17.

¹⁰⁸⁹ Böhm, s. 19.

¹⁰⁹⁰ Hagel, s. 2457.

¹⁰⁹¹ Reinhard Lutz, **Der Gesellschafterstreit in der GbR, PartG, OHG, KG, GmbH & Co. KG und GmbH mit Mustern und Checklisten**, Münih 2020, Verlag C.H. Beck, s. 311.

¹⁰⁹² Böhm, s. 20.

şirket sözleşmesinin açık, anlaşılır ve esnek olmasının yanı sıra¹⁰⁹³, olası bir uyuşmazlık halinde şirket sözleşmesine mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yollarına veya tahkim anlaşmasına dair hükümlerin de konulması gerektiği düşüncesi¹⁰⁹⁴ ileri sürülmektedir. Öte yandan, az ortaklı şirketlerde dava yoluna gitmeden önce bir arabuluculuk veya uyuşmazlık çözüm yolu kaydıyla zorunluluk getirmenin mantığa uygun olduğu; ancak bu kayıtların elbette mahkeme nezdinde dava açılması halinde hak kaybına sebep olmayacak sürelerle bağlı olarak düzenlenmesi gerektiği de ifade edilmektedir¹⁰⁹⁵.

Alman hukuku bakımından akla gelen diğer bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi, daha önce de değinilen ZPO §278 uyarınca hâkimin tarafları uyuşmazlık çözümüne yönlendirmesidir. Zorunlu olmamakla birlikte burada hâkimin arabuluculuk sürecini uygulama imkânı bulunmaktadır. Elbette bu durumda da hâkimin rolü bir arabulucuya göre farklı olacak, arabulucunun aksine hukuki değerlendirme yapabilecek ve taraflara bir anlaşma önerisi sunabilecektir. Hâkimin bu işlevleri, şirketler hukukunda arabuluculuk sürecinde esasen bir ön aşama olarak kabul edilmekte, bunun sebebi olarak ZPO §278'i doğrudan bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabul etmeyecek olması gösterilmektedir. Bunun nedeni de hâkimin taraflarca serbestçe seçilememesine bağlı olarak, özellikle de hâkimin kullanacağı yöntem bakımından öngörülebilir olmaması olarak ifade edilmektedir.¹⁰⁹⁶ Türk hukukunda ise böyle bir imkân bulunmamaktadır. HMK m. 140/2 hükmü uyarınca hâkim, tarafları sülhe veya arabuluculuğa yalnız teşvik ile yetinebilmektedir. Hâkimin Alman hukukunda olduğu gibi sülh görüşmeleri veya arabuluculuk sürecinde aktif rol oynayabileceği bir imkân, Türk hukukunda bulunmamaktadır.

Arabuluculuğun prensip olarak izlemesi gereken katı kuralları ise bulunmamaktadır. Tarafların esnek davranma imkânı ve süreci yönetebilmeleri karşısında, arabuluculuğun şirketler hukuku nezdinde göstereceği en önemli özellik

¹⁰⁹³ Lutz, s. 312-313.

¹⁰⁹⁴ Örneğin ayrılma akçesinin miktarına ilişkin uyuşmazlıkların, şirket sözleşmesine şirket mallarının değerinin tespit edilip yazılması ya da ilgili ortakların paylarına ilişkin hakem bilirkişi yöntemi öngörülmesi suretiyle önüne geçilmesinin mümkün olduğu ileri sürülmektedir. Böylece ayrılma akçesinin miktarına ilişkin çıkacak uyuşmazlık oranı azalacak, sözleşmede yer alan tespit bağlayıcı ve geçerli olacak, mahkeme ise ancak açıkça hakkaniyete aykırılık halinde değerlendirme yapabilecektir (Lutz, s. 315).

¹⁰⁹⁵ Lutz, s. 315.

¹⁰⁹⁶ Golinski, s. 3.

önceden yapılacak hazırlıktır. Bu da sürece katılacak kişilerin ve onların menfaatlerinin, uyuşmazlığın o zamana kadarki cereyan ediş şeklinin ve yine o zamana kadar uyuşmazlığın çözümüne yönelik olarak ele alınan seçeneklerin iyi analiz edilmesini gerektirmektedir. Ticari uyuşmazlıklarda ise bu amaca, arabuluculuk sürecine katılacak kişilerle yapılacak zorunlu görüşmelerin yanı sıra, “arabuluculuk öncesi belge” (Pre-Mediation Paper) denilen bir belgenin hazırlanması hizmet etmektedir. Bu belge ile uyuşmazlığın taraflarınca, kendi bakış açılarından mevcut uyuşmazlıkların kısa ve olabildiğince somutlaştırılmış şekilde yazıya dökülmesi amaçlanır.¹⁰⁹⁷

Arabuluculukta taraflar arabulucunun rehberliğinde birbirleriyle anlaşma çabasındadırlar. Bu durum elbette ticari arabuluculukta da geçerlidir. Böylece, taraf menfaatleri ve taraflara ilişkin bilgilerin olabildiğince ortaya konulabilmesi amaçlanır. Ancak bu bilgilerin ve menfaatlerin (özellikle de finansal ve zamansal darboğaz durumuna ilişkin olanların) ortaya konulması taraflarda çekingenliğe sebep olabilmekte, bu da yapacakları paylaşımları eksik kılabilmekte ya da son derece zorlaştırabilmektedir. Aynı durum tarafların birbiriyle doğrudan iletişime geçmeye hazır olmadıkları, çekişmenin had safhada olduğu uyuşmazlıklarda da geçerlidir. Kurumsal düzeyde bu durum, şirketler hukukunda arabuluculukta birebir görüşmelerin hızlı ve etkili bir sonuca varmasına fayda sağlaması noktasında muhtemel bir engel teşkil edecektir. Bu nedenle, şirketler hukuku uyuşmazlıklarında etkili bir çözüm yoluna ulaşma ihtimaline ulaşılabilmesi bakımından, uygun tedbirlerin alınması önem taşımaktadır.¹⁰⁹⁸

Tarafların uyuşmazlığı kendilerinin çözümlemesi esası nedeniyle, arabulucunun değerlendirme ve öneride bulunma yetkisinin olup olmadığı veya hangi ölçüde bu yetkileri haiz olduğu, tarafsızlığı bakımından risk taşıyan bir sorundur. Şirketler hukuku uyuşmazlıkları bakımından ise arabulucunun değerlendirmesine bir alternatif olarak, uzmanlık gerektiren şirketler hukuku uyuşmazlıklarına ilişkin, bağlayıcı olmayan bir bilirkişi raporunun alınması düşünülebilir. Yine de böyle bir raporun *de facto* bağlayıcılığı da inkâr edilemez. Elbette bunun için bilirkişinin dürüstlüğü önem taşımaktadır. Düzenlenen bu rapor sadece talep eden tarafın değil,

¹⁰⁹⁷ Golinski, s. 4.

¹⁰⁹⁸ Golinski, s. 7-8.

diğer tarafın argümanlarına ve sunduğu bilgilere de ilişkin değerlendirme yapabilir. Şirketler hukuku uyuşmazlıkları bakımından buna benzer hibrid başkaca yöntemlerin benimsenmesi de akla yatkın olabilir.¹⁰⁹⁹

Arabuluculuk taraflara aynı zamanda “geleceğe biçim verme” imkânı sunar¹¹⁰⁰. Böylece muhtemel bir işbirliği, şirket politikalarının koordinasyonu ve görev dağılımının yanı sıra, ortaklardan birinin şirketten ayrılması ya da şirketin feshi gibi konularda da anlaşılabilir¹¹⁰¹. Bu durum, uyuşmazlıkların dava yoluyla çözümlenmesinde mahkemenin geçmiş vakıalar üzerinden yargılama faaliyeti sürdürmesi dolayısıyla, şirketin geleceği ve devamlılığı bakımından daha etkili bir ortam yaratmaktadır¹¹⁰². Taraflar böylece, bağımsız bir arabulucunun eşliğinde karşı tarafa kendilerini ifade edip onu dinleyebilir, birbirlerinin bakış açılarını anlayarak direnmekten vazgeçebilir¹¹⁰³ ve uyuşan menfaatleri uyarınca bir anlaşmaya varabilirler. Bu anlaşma bir şirketin sona ermesine ilişkin de olabilir. Arabuluculuğun bu yönü, uzun zaman var olmayı amaçlayan şirketlerin, “devam edecek verimli iş birliğini garantiye alma” amacı bakımından önem taşımaktadır.¹¹⁰⁴

Şirketler hukukunda uyuşmazlığın çıkabileceği alanlardan biri, şirketteki hakimiyetin, diğer bir deyişle şirket kontrolünün paylaşımı ve güvenceye alınmasıdır. Bu tip uyuşmazlıklar farklı bireysel hedeflerin varlığına dayanır. Gerçi şirket sözleşmesinde kollektif menfaat çerçevesinde şirket amacı belirtilmektedir. Ancak bu elbette soyut düzlemde kalacak ve şirket faaliyetlerinin yürütülmesi çerçevesinde düzenlenecektir. Arabuluculuğun bu bağlamdaki fonksiyonlarından birisi, bahsi geçen farklılıkları somutlaştırarak, taraf menfaatlerini sürecin ilk aşamasında açıklığa kavuşturmadır.¹¹⁰⁵

Şirketler hukukunda uyuşmazlık potansiyelinin fazla olduğu bir diğer alan, yıllık kârın kullanımı veya dağıtımı ile sermayenin arttırılması ya da azaltılmasına ilişkin faaliyetlerdir. Özellikle çıkarılânortağın parasal talepleriyle ilgili uyuşmazlıklara sık rastlanmaktadır. Dava sürecinde bilirkişi raporu alınması

¹⁰⁹⁹ Golinski, s. 9-10.

¹¹⁰⁰ Golinski, s. 16.

¹¹⁰¹ Hagel, s. 2458.

¹¹⁰² Hagel, s. 2457.

¹¹⁰³ Hagel, s. 2458.

¹¹⁰⁴ Golinski, s. 16.

¹¹⁰⁵ Golinski, s. 17.

gerekliyse de, bu hem pahalı hem de şirket çalışanlarının birlikteliyle çalışmasını gerektiren bir yoldur. Bu tür uyuşmazlıklar arabuluculuk ile çözümlendiği takdirde, uyuşmazlığın tarafı olan şirketin ekonomik durumuna daha uygun bir çözüm mümkün olacaktır. Oysa uyuşmazlık mahkeme önünde çözümleneceği zaman böyle bir sonuca varılması, ancak şirketin iç işleyişine ilişkin açıklamada bulunmasına bağlı olacak, bu ise tarafların menfaatine ters düşecektir. Çıkarılânortağın talebi arabuluculuk sürecinde, somut duruma daha uygun bir çözüme kavuşabileceklerdir.¹¹⁰⁶

Şirket yöneticileriyle doğacak uyuşmazlıklar bakımından ise bu kişilerin gerçekten şirket menfaatine uygun davranıp davranmayacakları konusu gündeme gelebilir. Özellikle azınlık pay sahiplerinin idare yetkisini haiz ortakların sadakatinden kuşkuya düşmeleri mümkündür. Bu durumda arabuluculuk çözüm yolunun gerçek menfaatlerin ne yönde olduğunu açığa çıkarması mümkündür. Her ne kadar arabulucunun yapacağı görüşmelerde muhatabın kendi menfaatine ilişkin doğrudan açıklama yapmasını beklemek pek muhtemel değilse de, arabulucunun yapacağı görüşmelerin aydınlatıcı olacağını söylenebilir.¹¹⁰⁷

Bazı hallerde, hukuki korumanın ivedilikle sağlanması gerekebilir. Esasen arabuluculuğun bu hususta başlı başına bir engel teşkil ettiğini veya arabuluculuk sürecinden çekilmenin hukuki korumaya etki edeceğini söylemek doğru olmayacaktır. Ancak, pay sahiplerinin bu gibi durumlarda derhal geçici hukuki koruma istemeleri gerekebilecektir; örneğin bir genel kurul kararının iptâlî istemi söz konusu olacaksa, hakkında ıskat kararı verilememesi için oy verme yasağı şeklinde bir geçici hukuki koruma tesisi istenebilir. Aksi takdirde bu kişiler dava haklarını kullansalar dahi gereken korumayı elde edemeyebilirler. Bunun gibi durumlarda, gönüllülüğün esas olduğu arabuluculuk yoluyla uyuşmazlık çözümü, güvenilir bir sonuca ulaşılabilmesi bakımından pek de uygun bir yol olmayacaktır. Ayrıca arabuluculuğun sonunda bir anlaşmaya varılsa dahi, bu anlaşmanın diğer paysahiplerine/ortaklara karşı ileri sürülmesi de mümkün olmayacaktır. Dikkate alınması gereken bir başka husus ise bu hallerde arabuluculuğa başvurulduğu takdirde, mahkemenin geçici hukuki koruma için gereken aciliyetin bulunmadığı kanaatine varabilecek olmasıdır.¹¹⁰⁸

¹¹⁰⁶ Golinski, s. 18.

¹¹⁰⁷ Golinski, s. 18-19.

¹¹⁰⁸ Hagel, s. 2463.

Arabuluculuk genel olarak bir arabulucu ve iki tarafla sürdürülen bir süreçtir. Tek arabulucunun yer aldığı bu süreçte şirketlerin hukuk danışmanlarıyla birlikte çalışması oldukça önem taşımaktadır. Ancak, söz konusu olan şirketler olduğunda bir uyuşmazlıkta esasen birden fazla ortak yer almaktadır.¹¹⁰⁹ Bunun gibi arabulucuların da birden fazla olması mümkündür. *Co-mediation* denilen bu arabuluculuk türü çok yönlü konuların, kompleks uyuşmazlıkların ve ikiden çok tarafın bulunduğu uyuşmazlıklar için daha uygun nitelik arz etmektedir. Şirketler hukuku uyuşmazlıkları da bu niteliklere sahiptir. Tek arabuluculu arabuluculukta genelde taraflardan birinin arabulucuyla daha fazla iletişim içinde olması söz konusu iken, *co-mediation* yönteminde tüm tarafların eşzamanlı olarak arabulucularla temasta olmaları sağlanabilmektedir. Bundan daha önemlisi, *co-mediation* yönteminde, uyuşmazlığın gerektirdiği farklı uzmanlık alanlarında arabulucuların rol oynamasının daha mümkün olmasıdır.¹¹¹⁰

1.2 Sermaye Payı Taahhüdü Alacağının Tahsiline Özgü Davalar

1.2.1 Pay Sahibinin Sermaye Payı Taahhüdü

Sermaye payı borcu para borcu olduğu sürece TTK m. 5A kapsamında zorunlu arabuluculuğa tabi olacaktır. Ancak bu borcun kendine has özellikleri dolayısıyla, kanımızca arabuluculuk süreci sermaye payı borcunun özelliklerine göre şekillenmek zorundadır. Bu sebeple sermaye payı borcu hakkında öncelikle genel bir çerçeve çizmek gerekmektedir.

Anonim şirkette pay sahibinin asli borcu olan ve taahhüt etmeden pay sahibi sıfatı kazanamadığı¹¹¹¹ esas sermayede veya sermaye artırımında taahhüt ettiği sermaye borcu, yalnız sermaye payı kadardır ve şirkete karşıdır (TTK m. 329/2)¹¹¹². Pay sahibi sermaye borcunu ödediğinde şirkete karşı tüm borcundan kurtulmuş olur; şirketin pay sahibinden, payın ihdas olduğu tarihteki bedelinden başka bir talebi

¹¹⁰⁹ Golinski, s. 21.

¹¹¹⁰ Golinski, s. 22-23.

¹¹¹¹ Christine Windbichler, *Gesellschaftsrecht*, Münih 2013, C. H. Beck Verlag, s. 416.

¹¹¹² Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Ankara 2022, Yetkin Yayınları, s. 395; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi (Cilt III)*, Ankara 2022, Adalet Yayınevi, s. 2130.

olamaz¹¹¹³. Benzer şekilde arabuluculuk sürecinde de bu yasağa aykırı anlaşmalar yapılmamalıdır. Tek borç ilkesi denilen bu duruma aykırılık oluşturan diğer örnekler şirketle rekabet etmeme borcu, oy sözleşmesi yapma borcu veya belli miktarda belli malı belli fiyata şirkete satma borcu olarak gösterilebilir¹¹¹⁴. Salt pay sahipliğinden kaynaklanan ve pay sahipliği haklarının karşılığı olan¹¹¹⁵ bu borcun kaynağı ise kuruluştaki ya da sermaye arttırmalarında kanuna uygun düzenlenen esas sözleşmede yer alan sermaye taahhüdüdür. Sermaye borcunun muaccel olması ise taahhüt edilen sermayeye göre değişir¹¹¹⁶.

TTK m. 480/3 hükmüne göre pay sahipleri şirkete verdikleri sermaye borcunu geri isteyemezler. Buradaki yasak iki yönlü düşünülmelidir: Pay sahibinin ödediği sermaye borcunu geri isteme hakkı olmadığı gibi, sermayenin korunması ilkesi gereği şirketin de bu borcu iade etme yetkisi yoktur. Bu durumun pay sahiplerinin sınırlı sorumluluğuyla paralel olmasının yanı sıra, azınlık ile alacaklıların haklarını koruma fonksiyonu da bulunmaktadır.¹¹¹⁷ Doktrinde pay sahibinin sermaye borcunu ödemesinin ardından, şirketin pay sahibinin kendisine ya da yakınlarına ödeme yapmasının dahi muvazaalı ödeme sayılıp, sermaye borcunun geri verilmesi yasağına aykırılık teşkil edebileceği öne sürülmektedir¹¹¹⁸.

Sermaye borcu altındaki pay sahipleri pay defterindeki kayda göre belirlenir. Pay defterinde yanlışlık olması halinde ise, bu husus dava konusu yapılarak kaydın

¹¹¹³ Rashid Bahar/Martin Peyer, “Art. 680”, **Zürcher Kommentar Art 660-697m OR Die Aktiengesellschaft Rechte und Pflichten der Aktionäre** (Herausgeber: Lukas Handschin, Peter Jung), Zürich 2021, Schulthess Juristische Medien, s. 387; Hartwig Henze, “§54”, **Aktiengesetz Großkommentar Zweiter Band** (Herausgeber: Klaus J. Hopt, Herbert Wiedemann), Berlin 2000, De Gruyter Recht, s. 22. İsviçre doktrininde genel kurul kararı veya sözleşmeyle iş yapma yükümü yükleyen ya da şeyi teslim veya kabul etme gibi yükümlülüklerin de kabul edilemeyeceği görüşü mevcuttur (Markus D. Vischer, “Art. 680”, **Schweizerisches Obligationenrecht OFK-Orell Füssli Kommentar** (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), Zürich 2016, Orell Füssli Verlag, s. 1673).

¹¹¹⁴ Reha Poroy/Ünal Tekinalp/ Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku II**, İstanbul 2019, Vedat Kitapçılık, s. 76.

¹¹¹⁵ Henze, s. 5; Peter Westermann, “AktG §54 Hauptverpflichtung der Aktionäre”, **Aktiengesetz Heidelberger Kommentar** (Herausgeber: Tobias Bürgers/Torsten Körber/Jan Lieder), Heidelberg 2021, C. F. Müller, Rn. 3. Yine de sermaye payı ödeme yükümlülüğü paysahipliği haklarının uygulanmasından bağımsız olarak ifa edilir (Henze, s. 6).

¹¹¹⁶ Pulaşlı, **Cilt III**, s. 2130.

¹¹¹⁷ Bahar/Peyer, **Art. 680**, s. 388; Beşir Fatih Doğan, “Anonim Şirketlerde Sermaye Payını Geri Ödeme Yasağı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 56 2005, s. 48-60, s. 49; Christoph Schmidt, “Art. 680”, **CHK- Handkommentar zur Schweizerischen Privatrecht** (Herausgeber: Vito Roberto, Hans Rudolf Trüb), Zürich 2016, Schulthess Juristische Medien, s. 512.

¹¹¹⁸ Bahar/Peyer, **Art. 680**, s. 391; Doğan, s. 50-54; Schmidt, **Art. 680**, s. 512.

düzeltilip alacağın gerçek pay sahibine yöneltilmesi istenebilir.¹¹¹⁹ Payın birden fazla kişi tarafından iktisap edilmesi halinde müteselsil sorumluluk söz konusudur¹¹²⁰. Borcun yerine getirilmesini isteme yetkisi yönetim kurulundadır ancak esas sözleşmeyle bakiye sermaye borcunu talep yetkisinin genel kurula devrinin mümkün olduğu da belirtilmektedir. Tasfiye halinde tasfiye memurları, iflas halinde de iflas idaresi bu borcu talep edecektir.¹¹²¹

Nakdi sermaye taahhüdünde, esas sözleşme, genel kurul veya yönetim kurulu kararıyla daha yüksek bir oran öngörülmedikçe, tescilden önce taahhüt edilen tutarın en az yüzde yirmi beşinin tescilden önce ödenmesi, kalanının ise kuruluşun veya sermaye arttırımının tescilini takip eden yirmi dört ay içinde tamamlanması gerekmektedir. Bu tür taahhütlerin yüzde yirmi beşlik ilk kısımdan sonraki kısımları esas sözleşme, iştirak taahhütnamelerinde ya da genel kurul kararında belirlenen ödeme tarihlerinde ödenmesi gerekir. Böyle bir tarih bulunmaması halindeyse, belirli bir takvim tarihi belirlenmişse, esas sözleşmede veya iştirak taahhütnamesinde açıkça genel kurula yetki verilmemesi halinde, TTK m. 481 vd. uyarınca yönetim kurulunun çağrı işlemiyle ve bu işlemin tebliğiyle sicilde ilanı üzerine kalan sermaye borcu muaccel olacaktır.¹¹²² Bir diğer seçenek ise esas sözleşmede sermaye borcunun ifâsı için pay sahiplerine ihbarda bulunulmasının şart koşulduğu hallerde sermaye borcunun ihbar ile muacceliyet kazanmasıdır.¹¹²³ Nakdi taahhüdün borçlusu daima pay sahibidir¹¹²⁴. Zorunlu arabuluculuk süreci bu nakdi sermaye payına ilişkin taleplerde geçerli olup, arabuluculuk sürecinde de muacceliyete ilişkin bu hususlara dikkat edilmesi gerekecektir.

Aynı taahhütte ise muacceliyet anonim şirket kuruluşunun veya esas sermaye arttırımının sicile tescili ile gerçekleşir.¹¹²⁵ Esas sözleşme veya genel kurul kararıyla bu tarihin ileriye bırakılması, TTK m. 128/5 ve m. 128/6 gereği mümkün değildir¹¹²⁶.

¹¹¹⁹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **II**, s. 85.

¹¹²⁰ Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 396.

¹¹²¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **II**, s. 87.

¹¹²² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **II**, s. 81; Pulaşlı, **Cilt III**, s. 2130-2131.

¹¹²³ Pulaşlı, **Cilt III**, s. 2132.

¹¹²⁴ Henze, s. 8.

¹¹²⁵ Mehmet Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, İstanbul 2022, Beta Yayınları, s. 245; Pulaşlı, **Cilt III**, s. 2132. İsviçre doktrininde dövizle taahhütte bulunarak nakdi sermaye getirilebileceği, ancak kripto para ile taahhütte bulunmanın aynı taahhüt sayılması gerektiği ifade edilmektedir (Bahar/Peyer, **Art. 680**, s. 395). Türk hukuku bakımından da aynı görüşün benimsenmesi durumunda, kripto para taahhüdü halinde zorunlu arabuluculuğun işlevi bulunmayacaktır.

¹¹²⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **II**, s. 81.

Alacakların sermaye olarak konulması ise muaccel olmaları şartına bağlı olup, TTK m. 130/2 uyarınca vadesi gelmeyen alacağın vadesinin gelmesinden itibaren bir ay içinde şirketçe tahsil edilmesi gerekmektedir. Buradaki vadenin ise eşit işlem ilkesi gereği yirmi dört aydan uzun olmaması gerektiği ifade edilmektedir¹¹²⁷. Taşınır lar zilyetliğin devredilmesiyle, taşınmazlar tapu siciline tescil ile ve fikri mülkiyet hakkı gibi haklar özel sicillerine tescil ile sermaye olarak getirilir¹¹²⁸.

İsviçre doktrinde bedeli kısmen ödenmiş payların devri halinde kalan kısmın akıbeti ile ilgili farklı görüşler öne sürülmüştür. Bir görüşe göre borç devralana geçmezken, daha güncel başka bir görüş payın devriyle borcun da devralana geçmesini mümkün kabul etmektedir. Diğer bir görüş pay sahibinin, İsviçre OR §687(2)'deki şirketin tescilinden itibaren iki yıl boyunca, belli koşulların varlığı halinde sorumlu olma hükmünün kıyasen yorumlanması yönündedir.¹¹²⁹ Türk hukuku bakımından bu payın devralınmasının TBK m. 195 uyarınca borcun üstlenilmesi olduğu ve payın iktisap edilmesi için şirketin onayının gerektiği belirtilmektedir¹¹³⁰. Her durumda devralan ile devreden arasındaki herhangi bir anlaşmanın şirketi etkilemesi söz konusu değildir¹¹³¹.

Sermaye borcunu sona erdiren ilk hal tamamının ödenmiş olmasıdır. Sermaye geçerli bir şekilde azaltılması halinde de durumun gereğine ve eşit davranma yükümlülüğüne uygun olduğu sürece borcun sona erdirilmesi mümkündür¹¹³². Yönetim kurulunun ya da bir veya birden fazla pay sahibinin feragati ile sermaye borcu sona eremez.¹¹³³

Sermaye borcu yerine getirilmediği takdirde temerrüde düşen pay sahibine karşı icra takibinde bulunulabileceği ve ifâ davası¹¹³⁴ açılabilmesi gibi ıskat prosedürüne başvurmak da mümkündür. Her durumda şirket, taahhüt edilen sermayeyi

¹¹²⁷ Pulaşlı, **Cilt III**, s. 2136.

¹¹²⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **II**, s. 82.

¹¹²⁹ Bahar/Peyer, **Art. 680**, s. 394.

¹¹³⁰ Bahtiyar, s. 245; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **II**, s. 83.

¹¹³¹ Henze, s. 8.

¹¹³² Bahar/Peyer, **Art. 680**, s. 398; Doğan, s. 57.

¹¹³³ Bahar/Peyer, **Art. 680**, s. 398; Schmidt, **Art. 681**, s. 515.

¹¹³⁴ Markus Gehrlein, “§63”, **Aktiengesetz Großkommentar Zweiter Band** (Herausgeber: Klaus J. Hopt, Herbert Wiedemann), Berlin 2000, De Gruyter Recht, s. 350.

talep etmek durumunda olup, bu talebinden vazgeçemez.¹¹³⁵ Bunun yanı sıra mütemerrit pay sahibi, TTK m. 482/1 uyarınca ihtar gerek kalmaksızın temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür. Ancak ani kuruluşta kesin vade yoksa, temerrüt için ihtar şarttır¹¹³⁶. Sermaye borcunun istenmesi yetkisinin yönetim kuruluna bırakılması halinde, yönetim kurulu vadeyi saptayıp, esas sözleşmede başkaca bir usûl belirlenmediği sürece ortaklardan ticaret sicilinde ilânyoluyla ister (TTK m. 481)¹¹³⁷.

Temerrüt faizinin ödenmesi için pay sahibinin kusurunun bulunması gerekmez. Ancak mütemerrit pay sahibinin verdiği zarar temerrüt faizi ile karşılanmıyorsa, TTK m. 482/4 uyarınca şirket, tazminat da talep edebilecek ve bunu ancak pay sahibinin kusurunun bulunması halinde yapabilecektir. Temerrüdün TBK m. 124/1 uyarınca kesin vadenin varlığı nedeniyle gerçekleşmesinin yanı sıra¹¹³⁸, tazmin edilecek zarar borçlar hukuku esaslarına göre hesaplanır¹¹³⁹. Tazminat için temerrüde düşen paysahibinin kusursuz olduğunu kanıtlamamış olması ve ihtar çekilmiş olması da şarttır.¹¹⁴⁰ Tazminat talebi, paysahibinin sermaye borcunu ortadan kaldırmaz¹¹⁴¹. Belirtilmelidir ki bu hükümle saklı tutulan tazminat hakkı borcunu yerine getirmeyen paysahibine yöneltilebileceği gibi, TTK m. 549 vd. hükümlerine göre sermaye borcunun tamamlanmamasında sorumlu tutulacak yönetim kurulu üyelerine de yöneltebilir.¹¹⁴² Tazminat talebinde bulunulabilmesi için ise ıskat prosedürüne başvurulmaması gerekir¹¹⁴³.

TTK m. 482/3 gereği esas sözleşmede belirlenmesi halinde pay sahibinin cezai şart ödemesi de gerekebilir. Cezai şartın istenebilmesi için buna ilişkin hükmün, payların çıkarıldığı esnada esas sözleşmede açıkça öngörülmüş olması şarttır. Esas sözleşmeye bu hükmün konulabilmesi için pay sahiplerinin tümünün muvafakati gerekir.¹¹⁴⁴ Cezai şartın kâr payından yoksunluk gibi pay sahipliği haklarından yoksun bırakma şeklinde öngörülmesi imkânsız olup, bir nakit miktarı olarak belirlenmesi

¹¹³⁵ Oğuz İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, Ankara 1989, Yasa Yayıncılık, s. 284; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **II**, s. 93; Pulaşlı, **Cilt III**, s. 2138; Windbichler, s. 417.

¹¹³⁶ İmregün, s. 284; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **II**, s. 95.

¹¹³⁷ Pulaşlı, **Cilt III**, s. 2138.

¹¹³⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **II**, s. 94.

¹¹³⁹ Vischer, **Art. 681**, s. 1676.

¹¹⁴⁰ Pulaşlı, **Cilt III**, s. 2139.

¹¹⁴¹ Bahar/Peyer, **Art. 681/682**, s. 482.

¹¹⁴² Bahar/Peyer, **Art. 681/682**, s. 479.

¹¹⁴³ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **II**, s. 93.

¹¹⁴⁴ Bahar/Peyer, **Art. 681/682**, s. 481; Gehrlein, s. 352; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **II**, s. 95.

gerekir.¹¹⁴⁵ Hâkim koşulları varsa cezai şartın TBK m. 182/3' uygun olarak indirilmesine karar verebilir¹¹⁴⁶. Eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmadıkça yönetim kurulunca cezai şartın istenmesinden vazgeçilebilir¹¹⁴⁷.

Sermaye payının ödenmemesine bağlı olarak tahsil edilen cezai şart, faiz ve tazminatın diğer pay sahiplerine kâr payı olarak dağıtılması mümkündür.¹¹⁴⁸

Ne tazminatın ne de cezai şartın ödenmesi sermaye koyma yükümünü ortadan kaldırır. İsviçre doktrinde pay sahibi ödeme yaparken hangi borcunu ödediğini belirtmemişse, yönetim kurulunun yapılanödemeyi bu alacaklardan birine sayabileceği veya esas sözleşmede bu tür durumlarda belirleme yapılabileceği ifade edilmektedir.¹¹⁴⁹ Türk hukuku bakımından ise Yargıtay, sermaye taahhüdünün ödenmesine ilişkin çağrı bulunmaksızın yapılan ödemeleri sermaye borcunun ödemesi olarak kabul etmemiştir¹¹⁵⁰.

1.2.2 Sermaye Payı Taahhüdünün Ödenmesine İlişkin Alacak Davası ve Zorunlu Arabuluculuk Faaliyeti

1.2.2.1 Sermaye Payı Taahhüdünün Ödenmesine İlişkin Alacak Davası

Sermaye şirketlerinde bir pay sahibi sermaye borcunu yerine getirmediği takdirde, bir pay sahibi actio pro socio açma imkanına sahip değildir.¹¹⁵¹ Diğer bir deyişle alacak davasını şirket tüzel kişiliği açacaktır. Bu sebeple anonim şirketlerde yönetim kurulu, limited şirketlerde müdürler sermaye borcunun ödenmesi istemiyle alacak davası açmaya yetkilidir.¹¹⁵² Pay sahibi davalı olup, payın devri halinde payı devralan davalı taraf olacaktır¹¹⁵³. Şirket sermaye borcuna aykırılığı, pay sahibi de

¹¹⁴⁵ Gehrlein, s. 353; Pulaşlı, **Cilt III**, s. 2140.

¹¹⁴⁶ Vischer, **Art. 680**, s. 1676.

¹¹⁴⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **II**, s. 95.

¹¹⁴⁸ Gehrlein, s. 350.

¹¹⁴⁹ Bahar/Peyer, **Art. 681/682**, s. 483; Vischer, **Art. 680**, s. 1676.

¹¹⁵⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **II**, s. 90.

¹¹⁵¹ Jan Lieder, "Streitigkeiten um Aktionärsrechte und Aktionärspflichten", **Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 7** (Herausgeber: Manfred Born, Nima Ghassemi-Tabat, Burkhard Gehle), Münih 2020, C.H. Beck, 432; Jonas Mark/Tobias Böckmann, "Durchsetzung von Aktionärsrechten und Pflichten", **Handbuch Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten** (Herausgeber: Kim Lars Mehrbrey), Köln 2020, Carl Heymanns Verlag, Rn. 339; Schwab, s. 117.

¹¹⁵² Lieder, s. 431; Mark/ Böckmann, Rn. 328; Schwab, s. 117.

¹¹⁵³ Mark/ Böckmann, Rn. 330.

sermaye borcunu gereği gibi ifâ ettiğini somutlaştırma ve ispat yükü altındadır¹¹⁵⁴. Sermaye borcunun ifâsına ilişkin ispat faaliyetinin, özellikle üzerinden uzun zaman geçmiş ise, dolaylı ispat şeklinde yerine getirilebileceği, bu hususta somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapılması gerektiği Alman doktrininde kabul edilmekteyse de¹¹⁵⁵ Türk hukuku bakımından HMK m. 200 burada uygulama alanı bulacaktır.

Anonim şirketlerde yönetim kurulunun sermaye borcunu talep yetkisi devredilemez yetkilerdendir ve muaccel olan sermaye borcunu talep edebilmesi için genel kurul kararına dahi ihtiyacı yoktur. Yönetim kurulunun bu yetkisini gereği gibi kullanmaması, aleyhinde sorumluluk davası açılması için bir sebep olabilir.¹¹⁵⁶ Talep edilecek miktar, pay sahibinin payı ile üstlendiği sermaye borcu kadar olup, daha fazlası talep edilemez¹¹⁵⁷. Limited şirketler bakımından da durum anonim şirketler ile paraleldir; GmbHG §46(3) ile Alman kanun koyucusu limited şirket genel kuruluna sermaye borcunu talep yetkisi vermiş iken, TTK böyle bir düzenleme getirmemiştir.

Sermaye borcu tek borç ilkesine tabi olup, şirketler hukukuna aykırılık oluşturmayacak şekilde yapılan ödemeler şirketçe bir alacak davasıyla talep edilemez. Buna paralel olarak yapılacak anlaşmalar da batıldır.¹¹⁵⁸

Sermaye payının ödenmesine ilişkin davanın açılması için öncelikle yönetim kurulunun TTK m. 481 uyarınca ödemeyi talep etmesi gerekir. Alman doktrininde limited şirketler bakımından, sermaye borcunda temerrütten kaynaklanacak tazminat davaları için de ihtar koşulunun bulunmayışının davanın reddi sebebi olduğu görüşünün yanı sıra; ortada bir ıskat prosedürünün bulunmadığı bu hallerde dava açılması için bir çağrıya gerek olmadığı, maddî hukuk bakımından zaten dayanağı bulunan söz konusu talep hakkında yalnızca öne sürülüp sürülmemesi noktasında karar verilmesi gerektiği de ifade edilmiştir (GmbHG §46 (8)). Ne var ki her ne kadar maddî hukuk anlamında bir ihtarın bulunması alacağın mevcudiyeti bakımından önkoşul olarak kabul edilemezse de, ödemeye çağrı ya da ihtarın bir dava şartı olduğunun kabul

¹¹⁵⁴ Lieder, s. 431.

¹¹⁵⁵ Lieder, s. 432.

¹¹⁵⁶ Lieder, s. 432; Schwab, s. 138.

¹¹⁵⁷ Lieder, s. 432.

¹¹⁵⁸ Lieder, s. 433.

edilmesi gerekliliği de vurgulanmaktadır. Ancak çağrı yükümlülüğü GmbHG §30'a aykırı olarak sermayenin geri ödenmesi durumlarında gerekli değildir.¹¹⁵⁹

Bir pay sahibine açık veya gizli olarak sermaye payının geri ödenmesi sayılabilecek bir ifâda¹¹⁶⁰ bulunulmuşsa, şirketin yine bir eda davası açması mümkündür. Doktrinde pay sahibine verilen şeyin aynen geri alınmasının yanı sıra, şirket ile pay sahibinin anlaşarak verilenin yerine geçecek değerın ödenmesine karar verilmesinin de mümkün olduğu ifade edilmektedir.¹¹⁶¹ Kanımızca sermayenin korunması ilkesine aykırılık teşkil etmediği sürece bu yönde kararların verilmesinde bir engel bulunmamaktadır.

1.2.2.2 Sermaye Payı Alacaklarında Zorunlu Arabuluculuk

Sermaye borcunun ödenmesine ilişkin bahsi geçen alacak davaları, nakdî sermaye payı borçları bakımından, konusunun bir miktar paranın ödenmesi olması itibariyle, TTK m. 5A ile düzenlenen zorunlu arabuluculuğa tabi olmalıdır. Ancak, sermaye payı alacaklarının kendine özgü özellikleri dolayısıyla bu arabuluculuk faaliyetinde hangi çerçevede müzakerelerde bulunulacağı hususu önem taşımaktadır.

Şirket, pay sahibinin sermaye payı ödeme sorumluluğunu ortadan kaldıracak işlemlerde bulunamaz. Bu kapsama ibra ve benzeri tüm işlemler ile genel kurul kararlarının iptâlî sonucunu doğuracak tüm anlaşmalar¹¹⁶² dahildir. Alman AktG §66(1) uyarınca (limited şirketler bakımından bkz. GmbHG §19(2)) şirket sermaye payı borcunun temelini, miktarını, içeriğini veya ödeme zamanını belirler; doktrinde buna aykırı yapılacak sözleşmelerin geçersiz olduğu ifade edilmektedir.¹¹⁶³ Buna göre, sermaye borcundan ibra (BGB §397 Abs. 1), menfi borç tanıma (negative Schuldanerkenntnis- BGB §397 Abs. 2) ve benzeri işlemlerin geçerliliği yoktur. Bu

¹¹⁵⁹ Schwab, s. 75.

¹¹⁶⁰ RG sermayenin geri verilmesi sayılacak ödemeler bakımından paysahibinin yaptığı ödemenin şirketin kuruluşuna veya sermaye arttırımına ilişkin olması kriterini gözetmiştir; örneğin payın devriyle ilgili ödemeler sermayenin geri verilmesi yasağına tabi tutulmaz (Feltkamp, s. 57).

¹¹⁶¹ Lieder, s. 433.

¹¹⁶² Harald Feltkamp, *Anfechtungsklage und Vergleich im Aktienrecht*, Berlin 1991, Duncker & Humblot, s. 54. Şirketin, paysahibinin uyuşmazlık konusu yaptığı genel kurul kararının hukuka aykırılığını kabul ettiği hallerde, paysahibine ödeme yapılması hususunda anlaşma yapılmasının mümkün olduğuna dair görüşler için bkz. Feltkamp, s. 55.

¹¹⁶³ Markus Gehrlein, "§64", *Aktiengesetz Großkommentar Zweiter Band* (Herausgeber: Klaus J. Hopt, Herbert Wiedemann), Berlin 2000, De Gruyter Recht, s. 407.

işlemlere benzer olarak borcu sona erdirecek nitelikteki borcun üçüncü kişiye nakli ile borcun ifâ edilmeyeceğine ilişkin anlaşmalar (pactum de non petendo) da geçersizdir. İfa yerine edim üzerine yapılacak anlaşmalar da yasak kapsamındayken, açıkça bir ifâ uğruna edim halinde bu yasak geçerli olmayacaktır; ifâ uğruna edim olup olmadığı hususunda şüphe bulunması halindeyse şirketin alacağı sona ermez. Yine borcun bir yere tevdi durumunda (BGB §378) yasağa aykırılık bulunmamaktadır.¹¹⁶⁴ Zamanaşımı ve borcun bir başka şekilde sona ermesi hallerinde de yasak ile korunan bir şirket alacağından bahsedilemez.

Öte yandan, bu yasağa aykırılık teşkil etmemek kaydıyla, hukuki veya olaylara ilişkin belirsizliklerin önüne geçmek ve dava yolunun yol açabileceği risklerden kaçınmak amacıyla sülhe varılabileceğine de dikkat çekilmektedir¹¹⁶⁵. Şirketin alacağının çekişme konusu olmadığı hallerde, diğer bir deyişle alacağın miktarı ve mevcudiyetinin şüphe götürmediği durumlarda ise sülh sözleşmesi yapılamaz. Borçlunun ödeme güçlüğüne düşmesi halinde de sülh yapılması mümkün değildir; bu durumda şirketin ıskat prosedürünü uygulaması gerekir.¹¹⁶⁶ Bu kapsamda örneğin sermaye olarak getirilecek taşınmaz hakkında verilecek teminatın türü üzerinde anlaşılabileceği gibi, parasal teminatın miktarı hakkında da anlaşılabılır. Sermaye payının ödenmemesi veya eksik ödenmesine ilişkin bir uyuşmazlık çıkmadıkça bu tür bir sülh sözleşmesinin yapılması, emredici hükümler ve sermaye payı borcunun icrasına ilişkin henüz mevcut olacak belirsizlikler nedeniyle mümkün değildir.¹¹⁶⁷ Sülh sözleşmelerinde yanılma olması halinde uygulanacak BGB §779 ile sağlanan korumanın yeterliliğinden bahisle bu tür bir sülhe varılması için genel kurulun iznine ayrıca gerek olmadığı da doktrinde belirtilmektedir.¹¹⁶⁸

¹¹⁶⁴ Walter G. Paefgen, “§66 AktG”, **Gesellschaftsrecht Beck’sische Kurzkommentare** (Herausgeber: Martin Henssler/Lutz Strohn), 2021 Münih, C. H. Beck Verlag, s. 1541, Rn. 5.

¹¹⁶⁵ Markus Gehrlein, “§66”, **Aktiengesetz Großkommentar Zweiter Band** (Herausgeber: Klaus J. Hopt, Herbert Wiedemann), Berlin 2000, De Gruyter Recht, s. 412; Paefgen, §66, s. 1541, Rn. 6; Dirk A. Verse, “§19 GmbHG”, **Gesellschaftsrecht Beck’sische Kurzkommentare** (Herausgeber: Martin Henssler/Lutz Strohn), 2021 Münih, C. H. Beck Verlag, s. 886, Rn. 14. Sermaye borcunun iadesi oluşturmamak kaydıyla, paysahiplerinin genel kurul kararının iptâlî davası açmasını engellemek amacıyla onlara dava açılması için yapılan masraflarla iptal istemine konu genel kurul kararlarının yol açtığı zararları içeren bir ödeme yapılmasının bir sülh sözleşmesi ile öngörülebileceği hakkında bkz. Feltkamp, s. 55.

¹¹⁶⁶ Paefgen, §66, s. 1541, Rn. 7.

¹¹⁶⁷ Gehrlein, §66., s. 412.

¹¹⁶⁸ Paefgen, §66, s. 1541, Rn. 7.

Yine Alman doktrinine göre iflas süreci içinde sülhe ilişkin özel usûllerin (Zwangsvergleich, Vergleichsverfahren) uygulanmasında, iflas planına aykırılık olmadığı sürece bir engel bulunmadığı da ifade edilmektedir. Pay sahiplerinin sermaye payı ödeme yükümü, mahkemece (der Zwangsvergleich) veya iflas planında belirtilen miktara göre belirlenir. Şirketin, borçlu ile alacaklıların sunduğu oranlarla (vergleichsquote) bağlı olmayan pay sahiplerinden ise, indirim yapılmamış haliyle talepte bulunması mümkündür.¹¹⁶⁹

Alman hukukundaki AktG §66 düzenlemesi ve bu düzenlemeye ilişkin açıklamalar Türk hukuku ile birlikte değerlendirildiğinde, öncelikle Türk kanunkoyucusunun benzer bir düzenlemeye açıkça yer vermediği, dolayısıyla zorunlu arabuluculuk yoluyla varılabilecek olası bir anlaşmanın da önünü kesmediği düşünülebilir. Ne var ki Türk hukukunda da geçerli olan sermayenin korunması ve tek borç ilkesi, sermaye payı alacağı üzerindeki anlaşmanın kapsamını belirlemede etkili olacaktır.

Öncelikle ödenmeyen nakdî sermaye payı borcunun ödenme tarihi ve taksitlendirilmesi bakımından, TTK m. 344 hükmüne aykırılık oluşturmayacak şekilde ve eşitlik ilkesi de gözetilerek pay sahibi ile arabuluculuk kapsamında müzakerelerde bulunulmasının, sermayenin korunması ilkesini ihlal etmediği sürece, mümkün olduğu kabul edilebilir. Özellikle borcun ödeneceği tarihlerin esas sözleşmede veya genel kurul kararıyla belirlenmeyip, TTK m. 481 uyarınca ilânyoluyla ödeme tarihinin belirlenebileceği hallerde, pay sahibine ifâ davası açmaktansa borcun ödenebileceği koşullar üzerinde anlaşmanın hem şirketler hukuku bakımından sermayenin korunması ilkesine hem de yargılama hukuku bakımından usûl ekonomisi ilkesine daha uygun düşeceği kanaatindeyiz. Varılacak anlaşma sermayenin korunması ilkesine uygun olarak, sermaye payının şirkete hem daha hızlı ödenmesini sağlayacak, böylece şirketin ekonomik durumunu muhafazasına yardımcı olacaktır.

Zorunlu arabuluculuk çerçevesinde pay sahibinin sermaye payı borcuna karşılık şirketten alacağı için takas beyanında bulunup bulunamayacağı ise üzerinde durulması gereken ayrı bir konudur.

¹¹⁶⁹ Gehrlein, §66., s. 350.

Alman hukukunda sermaye payına karşılık takas beyanında bulunulması, beyanın dayandığı hukuki işlem fark etmeksizin geçersiz kabul edilmektedir¹¹⁷⁰. Ancak, takas sözleşmesi Alman hukukunda açıkça düzenlenmemekle birlikte, ekonomik açıdan mantıksız olmadığı sürece, açıkça yasaklanmadığı da ifade edilmektedir. Takas yasağının sermaye payının tahsiline yönelik uygulanacak takiplerde de uygulanması gerekir. Takas sözleşmesinin yapılabilmesi için pay sahibinin alacağının muaccel ve likit olması gerekir. Pay sahibinin alacağının borcunu tam karşılamaması halinde şirket sermaye payı alacağıyla takas yapmayı reddedip, ödenen miktarı olağan bir sermaye payı ödemesi sayabilir.¹¹⁷¹ Pay sahibinin alacağının miktarının ya da varlığının çekişmeli olması, şirketin bu alacağı takas etme ihtimalini düşürecektir. Ancak şirket ödeme gücü çekişmeliyse ya da borca batık durumdaysa, pay sahibinin alacağı borcunu tam karşılamasa bile, takas seçeneği şirketçe dikkate alınabilecektir. Borca batıklığa varmayan bir ekonomik darboğaz içindeki şirket ise, likiditesi müsait olduğu ölçüde takas yapabilir.¹¹⁷²

Benzer bir değerlendirme Türk doktrininde de yapılmış olup, buna göre Türk hukukunda da Alman hukukunda olduğu gibi, sermaye payı borcunun takas ile yerine getirilebilmesi için, karşılıklı borçların birbirini tam olarak karşılaması gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁷³. Öte yandan özellikle aktifleri borçlarını karşılayamayan şirketlerde takas, şirketin borçlarını kaynaklara dönüştürmesini sağlayacak olmanın yanı sıra, şirketi faiz yükünden de kurtaracaktır¹¹⁷⁴. Yine Alman hukukunda olduğu gibi Türk doktrininde de takas beyanından ziyade takas sözleşmesi yapılmasının, özellikle sona erdirilecek alacakların hangisi olduğu hususunda belirsizlik yaratılmaması açısından daha yerinde olduğu öne sürülmektedir¹¹⁷⁵.

Türk hukukunda ise pay sahibinin nakdî sermaye payı borcunun şirketten alacağı ile takas edilip edilemeyeceği özellikle 6102 sayılı Kanun öncesinde tartışmalı bir konu olmuştur. 6102 sayılı Kanun sonrası ise TTK m. 457/2(a) hükmü uyarınca pay sahibinin anonim şirketten konusu para olan ödünç sözleşmesi nedeniyle alacağı varsa, takas ile sermaye borcunun ifâsının şartlarının diğerlerinden farklı olması

¹¹⁷⁰ Westermann, §66, Rn. 6.

¹¹⁷¹ Paefgen, §66, s. 1541, Rn. 12; Westermann, §66, Rn. 7.

¹¹⁷² Westermann, §66, Rn. 7.

¹¹⁷³ Aydın Alber Yüce, **Anonim Şirketlerde Sermaye Borcunun Takas Yoluyla Ödenmesi**, İstanbul 2021, On İki Levha Yayıncılık, s. 58.

¹¹⁷⁴ Yüce, s. 113.

¹¹⁷⁵ Yüce, s. 127.

sebebiyle, nakdî ve aynî sermaye taahhüdünün dışında üçüncü bir kategori oluşturduğu yönünde görüşler bulunmaktadır¹¹⁷⁶. Dolayısıyla, TTK m. 457/2(a) uyarınca sermaye arttırımı esnasında yönetim kurulu beyanında yer aldığı sürece nakdî sermayenin takas yoluyla ödenmesi mümkündür. Öte yandan, uygulamada anonim şirketin kuruluşundan sonra da sermaye payı borcunun şirketten olan alacak ile takas edilmesinin kabul gördüğü ifade edilmektedir¹¹⁷⁷.

Şirketin iflası ve geçici mühletin ilanından itibaren konkordato halinde (İİK m. 294) ise İİK m. 200/2 gereği, ödenmemiş sermaye payı borcunun şirketin borçlarıyla takas edilmesi mümkün değildir. Düzenlemenin amacı, şirket alacakları için teminat işlevi gören şirket sermayesinin güvence altına alınması, böylece alacaklıların korunmasıdır¹¹⁷⁸. Limited şirketlerde TTK m. 583/5 uyarınca sermayenin doğrudan takas ile ödenebileceği düzenlenmiştir.

Tüm bu açıklamalar ışığında genel olarak zorunlu arabuluculuk kapsamında sermaye payı borcunun, özellikle Alman doktrinde bahsi geçen ekonomik anlamda anlamlı olması şartı çerçevesinde ve tarafların her ikisinin de mutabık olması kaydıyla takas ile sona erdirilmesi önünde bir engel bulunmadığı kanaatindeyiz¹¹⁷⁹. Ancak elbette takas hususunda iflasla ve geçici mühletin ilanından itibaren konkordatoyla (İİK m. 294/4) ilgili İİK m. 200/2 ile düzenlenen yasağa ve TTK m. 457/2(a) ile düzenlenen sınırlara da uyulması gerekecektir. Diğer bir deyişle sermaye payı borcun takası ile sona erdirilecekse bu borcun varlığı, geçerliliği ve takas edilebilirliği bulunmalı; arabuluculuk kapsamında takas iflas veya geçici mühletin ilanından itibaren konkordato süreci içerisinde yapılması ise mümkün olmamalıdır.

1.3. Tâli Yükümlülükler Özgü Davalar

1.3.1 Anonim Şirketlerde Tâli Yükümlülükler

¹¹⁷⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, II, s. 89; Yüce, s. 55.

¹¹⁷⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, II, s. 89.

¹¹⁷⁸ Hamide Özden Özkaya Ferendeci, **İflas Hukukunda Takas**, İstanbul 2013, Beta Yayınları, s. 222.

¹¹⁷⁹ Bakiye sermaye payı borcunun takas yoluyla ödenmesinde Türk hukuku bakımından bir engel bulunmadığına ilişkin benzer yönde bkz. Yüce, s. 85. Tasfiye halindeki anonim şirketlerde de kanımızca takasa bir engel bulunmamaktadır. Bu husustaki tartışmalar için bkz. Yüce, s. 199 vd.

Anonim şirketlerde tâlî yükümlülükler Alman hukukunda, özellikle pancar şekeri endüstrisinin ihtiyacını sağlamak üzere düzenlenmiştir. Amaç bir pay sahibine şeker teslimatı yapılması yönünde borç yüklemek, pay sahibinin bu borcundan caymasına da engel olmaktır. Her ne kadar şeker tedarikini sağlamak amacıyla düzenlenmiş olsa da, Alman kanun koyucusu tâlî yükümlülükler bakımından esasen böyle bir sınırlama yapmamıştır.¹¹⁸⁰ Bu yükümlülüklerin söz konusu olabilmesi için yüküm getirilecek payların devrinin şirketin muvafakatine tabi olması gerekir. Bunun yanı sıra tâlî yükümlerinin mahiyeti ve kapsamı ile bu yükümlerinin ivazlı olup olmadığının da esas sözleşmede belirtilmesi gerekmektedir.¹¹⁸¹ Sermaye payının ödenmesi borcu ise tâlî yükümlerden etkilenmez ve bu yükümlerinin getirilmesiyle ortadan kalkmaz.¹¹⁸²

Tâlî yükümler borçlar hukuku anlamında sözleşmesel bir ilişkiden değil, pay sahipliğinden kaynaklanan yükümlerdir¹¹⁸³. Ancak, ifâ edilmemeleri halinde borçlar hukuku hükümleri geçerli olacaktır. Diğer bir deyişle, pay sahibi tâlî yükümünü ifâ etme zorunluluğundan pay sahipliği haklarıyla ilgili değil, ifâ imkansızlığı sebebiyle kurtulabilecektir. Yine alacaklının cezaî şart ile korunması da mümkün olabilecektir.¹¹⁸⁴ Ancak yükümlerinin tek başına devri mümkün olmadığı gibi, payın devriyle bu yükümlerinin devredilmesi için ayrıca bir işleme de gerek kalmaz¹¹⁸⁵. Pay senedinde tâlî yüküm yer almıyorsa devralan bu borcu yüklenmez¹¹⁸⁶. Alman hukukunda ise uygulamada şeker endüstrisi dışında tâlî yükümlerinin fazla uygulama alanı bulmadığı; ilgili düzenleme olan AktG §55 hükümlerini uygulamak yerine daha esnek sözleşmesel ilişkiler kurulmasının tercih edildiği ifade edilmektedir¹¹⁸⁷.

Türk hukuku bakımından da anonim şirketlerde kural pay sahiplerine sermaye borcundan başka borç yüklenememesi olsa da, TTK m. 480/4 hükmü uyarınca “pay devirlerinin şirketin onayına bağlı olduğu hâllerde, esas sözleşmeyle pay sahiplerine

¹¹⁸⁰ Jens Koch, “§55 AktG”, **Aktiengesetz Beckscher Kommentar** (Herausgeber: Uwe Hüffer/Jens Koch), Münih 2022, C.H. Beck, Rn. 1.

¹¹⁸¹ Hans Christoph Grigoleit/Richard Rachlitz, “AktG §55 Nebenverpflichtungen der Aktionäre”, **Aktiengesetz Kommentar** (Herausgeber: Hans Christoph Grigoleit), Münih 2020, C.H. Beck, Rn.2; Koch, Rn. 2.

¹¹⁸² Koch, Rn. 2.

¹¹⁸³ Koch, Rn. 3.

¹¹⁸⁴ Grigoleit/Rachlitz, Rn. 5; Koch, Rn. 6.

¹¹⁸⁵ Grigoleit/Rachlitz, Rn. 3; Koch, Rn. 7.

¹¹⁸⁶ Grigoleit/Rachlitz, Rn. 3

¹¹⁸⁷ Grigoleit/Rachlitz, Rn. 1.

sermaye taahhüdünden doğan borçtan başka, belli zamanlarda tekrarlanan ve konusu para olmayan¹¹⁸⁸ edimleri yerine getirmek yükümlülüğü de yüklenebilir.” Bir borçlar hukuku sözleşmesinden değil, doğrudan pay sahipliği sıfatından doğan¹¹⁸⁹ bu yükümlülükler örnek olarak faaliyet konusu şarap üretimi olan bir şirkete her hasat zamanı belli miktarda üzümün şirkete rayiç bedel üzerinde satılması gösterilebilir. Bu durumda tâlî yükümlerin amacı, şirketin faaliyet konusu işlerde hammaddeleri kolaylıkla ve ekonomik şekilde bulabilmesi¹¹⁹⁰; öte yandan belli meslek gruplarının da şirket içinde örgütlenebilmesi olarak belirtilmektedir.¹¹⁹¹

Tâlî yükümlerin uyumlu olması gereken bazı şartlar Alman hukuku ile paralel şekilde düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, pay devrinin ancak anonim şirket onayı ile devredilebiliyor olmasıdır. TTK m. 480/4 ile getirilen bu şartın amacı söz konusu tâlî yükümü yerine getiremeyecek bir pay sahibinin payı devralmasının önüne geçmektir.¹¹⁹² Diğer bir şart edimin periyodik olarak tekrarlanabilir olmasıdır. Derneğe veya vakfa üye olma, belli bir taşınmazın şirkete satılması gibi yükümlülükler tâlî yüküm olarak düzenlenemez.¹¹⁹³ Devamlı nitelik taşısalar da yapmama edimlerinin de tâlî yükümlere konu olamayacağı belirtilmektedir¹¹⁹⁴. Üstelik bu yükümlülükler, sermaye borcunu ikame edecek şekilde getirilemez¹¹⁹⁵. Tâlî yükümlerin tüm paylara yüklenmesi şart değildir; yükümlülüklerin payların bir kısmında bulunması, diğer payların imtiyazlı hale getirmez¹¹⁹⁶.

Tâlî yüküm karşılığında pay sahibine bir karşılık ödenip ödenmeyeceği hususunda kanunda açıklık yoktur. Ancak pay sahibinin somut olayın haklı göstereceği durumlar hariç karşılık ödenmesi gerektiği doktrinde belirtilmektedir.¹¹⁹⁷ Aksi bir durumun anonim şirket kavramına ters olacağı ve kişisel kavramının anlamını yitireceği de öne sürülmektedir¹¹⁹⁸. Üstelik karşılıksız olarak şirkete verilen

¹¹⁸⁸ Para ile anlaşılması gerekenin karşılıksız olarak ya da sermaye gibi tasfiyede geri alınabilecek ödemeler olduğu yönünde bkz. Domaniç, s. 823.

¹¹⁸⁹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **II**, s. 100; Pulaşlı, **Cilt III**, s. 2144.

¹¹⁹⁰ İmregün, s. 290; Pulaşlı, **Cilt III**, s. 2143.

¹¹⁹¹ Domaniç, s. 823; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **II**, s. 99.

¹¹⁹² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **II**, s. 101.

¹¹⁹³ Pulaşlı, **Cilt III**, s. 2143.

¹¹⁹⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **II**, s. 101.

¹¹⁹⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **II**, s. 101; Pulaşlı, **Cilt III**, s. 2144.

¹¹⁹⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **II**, s. 101; Pulaşlı, **Cilt III**, s. 2145.

¹¹⁹⁷ Yaşar Can Göksoy, **m. 480, Şirketler Hukuku Şerhi** (editör: Kemal Şenocak), Ankara 2023, Seçkin Yayınları, s. 2974; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **II**, s. 102.

¹¹⁹⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **II**, s. 102.

mal ve hakların da para ile değerlendirilebilmesi mümkün olduğundan, bunların da para taahhüdü yasağına tabi olması gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁹⁹.

Tâlî yükümler ancak payın devri, genel kurul kararı veya esas sözleşme değişikliğiyle sona ererler. Şirketin devri, birleşmesi veya tip değiştirmesi tâlî yükümleri sona erdirmez; birleşmede şirketin sona ermesi halinde ise pay sahipliği ile birlikte tâlî yükümler de sona erer.¹²⁰⁰ Pay üzerinde rehin ya da intifâ hakkı tanındığında ise tâlî yüküm mâlik üzerinde kalır; rehin ya da intifâ hakkı sahibine geçmez¹²⁰¹.

Tâlî yükümlülükler aykırılığın sonucu pay sahibinin şirketten ıskatı değildir. Temerrüt halinde dava ya da cebri icra yoluyla zararın tazminini istemek mümkündür. Esas sözleşmede öngörülmesi halinde cezai şart da isteyebilir.¹²⁰²

1.3.2 Tâlî Yükümlülükler Aykırılık ve Zorunlu Arabuluculuk

Tâlî yükümlülükler para borcu teşkil etmemektedirler. Dolayısıyla yerine getirilmedikleri takdirde, TTK m. 5A kapsamında zorunlu arabuluculuğa tabi olmaksızın, genel hükümlere göre bir eda davası ile yerine getirilmelerinin istenmesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Ancak, pay sahibine TTK m. 480/4 uyarınca yüklenen tâlî yükümlere aykırılık halinde tazminat ve cezai şartın ödenmesini talep etme imkânı da bulunmaktadır. Tazminat ve cezai şart bir para alacağı olduğundan, TTK m. 5A uyarınca bu talepler için açılacak davaların zorunlu arabuluculuğa tabi olduğunu da söylemek mümkündür. Belirtmek gerekir ki tâlî yükümlülükler payın devriyle sona ereceğinden, devreden pay sahibi kanaatimizce yine zararın tazmini ile sorumlu tutulup kendisine bu taleple dava açılabilir. Ancak bu sefer açılacak dava, tâlî yükümlülükler aykırılık nedeniyle açılrsa da, bu alacaklar pay devrinden önce muaccel olmadıysa kanaatimizce genel hükümlere göre açılmalıdır. Bu durumda kanaatimizce TTK ile düzenlenen bir husustan ötürü

¹¹⁹⁹ Hayri Domaniç, **Anonim Şirketler**, İstanbul 1978, Eğitim Yayınları, s. 823.

¹²⁰⁰ Koch, Rn. 9; Pulaşlı, **Cilt III**, s. 2146.

¹²⁰¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **II**, s. 103; Karsten Schütz; “GmbHG §26 Nachschusspflicht”, **Münchener Kommentar GmbHG** (Herausgeber: Holger Fleischer/Wulf Goette), Münih 2022, C.H. Beck, Rn. 1.

¹²⁰² Domaniç, s. 823; Göksoy, s. 2974; İmregün, s. 290.

açılacak bir ticari dava söz konusu olmadığından, bu dava TTK m. 5A hükmü kapsamında zorunlu arabuluculuğa tabi olmamalıdır.

Tazminat ve cezai şart dışında, pay sahibine tâli yükümlülüğü karşılığında ödeme yapılacaksa, pay sahibinin bu para alacağı için açacağı davanın da TTK m. 5A kapsamında zorunlu arabuluculuğa tabi olması gerekir. Pay devri ile ilgili yukarıda yapılan açıklamaların ise burada da geçerli olduğu kanaatindeyiz.

1.4 Ek Ödeme Yükümlülüklerine ve Yan Edim Yükümlülüklerine Özgü Davalar

1.4.1 Ek Ödeme Yükümlülükleri

Limited şirketlerde anonim şirketlerden farklı olarak tek borç ilkesi geçerli değildir. Limited şirket ortakları sermaye payı borcunun yanı sıra ek ödeme yükümlülükleri de üstlenebilirler.¹²⁰³ Ek ödeme yükümlülüklerinin amacı mevcut finansal açıkların kapatılmasıdır¹²⁰⁴. Bu sayede limited şirketlerin finansal hareket kabiliyeti, sermaye arttırımı süreci izlenmeden arttırılabilir¹²⁰⁵. Böylece bir yandan şirketin malî durumu kuvvetlendirilirken, bir yandan da şirket alacaklılarının menfaatlerinin korunması sağlanır¹²⁰⁶.

Ek ödeme yükümlülüğü TTK m. 603 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. 6762 sayılı Ticaret Kanunu'nda öngörülme-yen bu yükümlülük gereği limited şirket ortaklarına şirket sözleşmesiyle esas sermaye payı bedeli dışında ek bir ödeme yükümü getirilebilmektedir. Ek ödeme yükümü, belli bir ortağa değil, esas sermaye payına bağlıdır¹²⁰⁷. Esas sermaye payı birden fazla kişiye aitse bu kişiler ek ödeme yükümlülüğünün müteselsil borçlusu konumundadırlar¹²⁰⁸. Ek ödeme yükümlülüğü,

¹²⁰³ Hasan Karakılıç, "Limited Ortaklıkta Ek Ödeme Yükümlülüğü", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 4(2), 2014, ss. 107-144, s. 109; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **II**, s. 474.

¹²⁰⁴ Aslı Gürbüz Usluel, "Limited Şirketlerde Ek Ödeme Yükümlülüğü", **Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan** (editör: İsmail Kırca), İstanbul 2019, On İki Levha Yayıncılık, s. 467-479, s. 470.

¹²⁰⁵ Adrian Dörig/Matthias Glatthaar, "Art. 795", **OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht** (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), Zürih 2016, Orell Füssli Verlag, s. 2105.

¹²⁰⁶ Schütz, **GmbHG §26**, Rn. 2.

¹²⁰⁷ Dörig/Glatthaar, **Art. 795**, s. 2105; Lukas Handschin/Christof Truniger, **Die GmbH**, Zürih 2019, Schulthess Juristische Medien, s. 231; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **II**, s. 474; Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi (Cilt IV)**, Ankara 2022, Adalet Yayınevi, s. 3197.

¹²⁰⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **II**, s. 475.

belirlenen miktar veya oran ile birlikte¹²⁰⁹ şirket sözleşmesinde yer almalıdır. Bu yükümlülüğün şirket sözleşmesi değişikliğiyle getirilebilmesi için ise genel kurulda oybirliği ile karar alınması gerekir (TTK m. 607).¹²¹⁰

Bu yükümlülüğün tüm sermaye paylarına getirilmesi mümkün olduğu gibi sermaye paylarının bir kısmına getirilebilir¹²¹¹. Ek ödeme yükümlülüğü her ortağa özdeş nitelikte getirilmeyebilir¹²¹²; farklı finansal güce sahip ortakların kuruluş aşamasında esas sözleşmeye hüküm konulurken dikkate alınması mümkün olup, örneğin bir ortak için daha erken bir tarihte daha yüksek meblağ ödeme yükümlülüğü getirilebilirken, başka bir ortak için meblağın bir kısmının hemen ödenmesi öngörülüp, kalanının ileri tarihte ödenmesi mümkün kılınabilmektedir¹²¹³.

Ek ödeme yükümü nakdî ödeme şeklinde ifâ edilir. Kural olarak amaç, bilanço açığını kapatmak ve şirketin kötüye giden finansal durumunu düzeltmektir¹²¹⁴. TTK m. 603/1 (b) ve (c) bentleri ile bilanço açığını kapatmak şeklindeki temel amaç genişletilmiştir¹²¹⁵. Şirketin bu yüküm getirilmeksizin işlerine gereği gibi devam edemeyecek olması ve şirket esas sözleşmesinde tanımlanmış öz sermaye doğuran bir diğer halin doğmasının da ek ödeme yükümü getirme sebebi olabileceği öne sürülmektedir. Bu gibi haller dışında, başka kullanım amaçlarına yönelik ek ödeme yükümü şirket sözleşmesine konulamaz¹²¹⁶ ve talep edilen ek ödemeler belirtilen talep sebepleri dışında kullanılamaz¹²¹⁷. Buna ilaveten, ek ödeme yükümünün sınırını TTK m. 603/3 “Ek ödeme yükümlülüğü şirket sözleşmesinde ancak esas sermaye payını esas alan belirli bir tutar olarak öngörülebilir. Bu tutar esas sermaye payının itibarî değerinin iki katını aşamaz” şeklinde belirlemiştir.

Kanun koyucu şirket sözleşmesinde öngörülmesi şart olan¹²¹⁸ ek ödeme yükümlülüğünün getirilebileceği halleri sınırlayıcı şekilde saymıştır. Bu haller dışında

¹²⁰⁹ Ek ödeme yükümlülüğünün döviz olarak belirlenmesi ise kur dalgalanmaları nedeniyle belirsizlik yaratacağından mümkün değildir (Karakılıç, s. 117).

¹²¹⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **II**, s. 474; Pulaşlı, **Cilt IV**, s. 3197.

¹²¹¹ Handschin/Truniger, s. 231; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **II**, s. 474.

¹²¹² Handschin/Truniger, s. 231.

¹²¹³ Dörig/Glatthaar, **Art. 795**, s. 2106.

¹²¹⁴ Karakılıç, s. 115; Pulaşlı, **Cilt IV**, s. 3197.

¹²¹⁵ TTK m. 603 Gerekçesi (<https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/turk-ticaret-kanunu-madde-gerekceleri/1>), erişim tarihi: 25.12.2023).

¹²¹⁶ Pulaşlı, **Cilt IV**, s. 3197.

¹²¹⁷ Dörig/Glatthaar, **Art. 795a**, s. 2107

¹²¹⁸ Gürbüz Usluel, **Ek Ödeme**, s. 471.

genel kurul ya da yönetim kurulunun, uygun gördükleri hallerde ek ödeme yükümlülüğü getirmeleri mümkün değildir¹²¹⁹. Buna göre şirket esas sermayesi ile kanuni yedek akçeler toplamının şirketin zararını karşılayamaması, şirketin bu ek araçlar olmaksızın işlerine gereği gibi devam edememesi ile şirket sözleşmesinde tanımlanan ve özkaynak ihtiyacı doğuran başka bir hâlin gerçekleşmesi hallerinden biri varsa ek ödeme yükümü getirilebilir (TTK m. 603/1). Bu sebeplerden ek araçlar olmaksızın işlere gereği gibi devam edemeyecek olma halinde ölçüt, özenli işletme yönetimidir¹²²⁰. Belirtmek gerekir ki ek ödeme yükümlülüğü diğer finansal ve yapısal seçeneklere nazaran ikincil bir çare olarak düşünülmelidir¹²²¹. Zararın yıllık ve ara bilanço olarak belirlenmesi gerekir; ticari defterlerle zararın belirlenmesi mümkün değildir¹²²².

Doktrinde ek ödeme isteminin kabul edilebilmesi hakkında bazı ölçütler önerilmiştir. Bunlardan ilki nakit araçların kısa sürede ödeme güçlüğüne düşülecek kadar hızlı kaybedilmesidir. Bu durum, finansal ihtiyacın ortaya çıktığı her durumda ek ödeme yükümlülüğü getirilebileceği anlamına gelmez. Anilânihtimal, şirketin ayakta kalması ve ticari faaliyetin devamını sağlamak için bir zorunluluk halinin oluşması, bu zorunluluğun da ek ödeme dışında makûl bir seçenek ile aşılamamasıdır. Örneğin zararı karşılayabilecek bir gizli akçe mevcutsa ek ödeme yükümlülüğü getirilememelidir¹²²³. Her ne kadar yöneticilerin bu noktada takdir yetkisi bulunmaktaysa da, takdir yetkisinin sınırlı yorumlanması gerekliliğine de dikkat çekilmektedir¹²²⁴; aksi takdirde ek ödeme yükümlülüğü getirilebilecek hallerin gereğinden fazla genişlemesi, ortakların şirkete karşı sorumluluklarını artırarak sermayeyle sorumluluk ilkesinden fazla uzaklaşılmasına neden olacaktır¹²²⁵. Ayrıca, ticari güvenilirliğin kaybı ve buna bağlı olarak kredi alamama hali ile şirketin işletme konusu için gerekli olmayan aynî değerlerin halihazırda elden çıkarılmış olması da bir ölçüt olabilir.¹²²⁶

¹²¹⁹ Karakılıç, s. 114.

¹²²⁰ Karakılıç, s. 121; Handschin/Truniger, s. 236; Pulaşlı, **Cilt IV**, s. 3198. İsviçre’de 2007 öncesi dönemde yalnızca sermaye kaybı bir sebep olarak görülmüşken, sonraki dönemde finansal darboğaza girme durumu da ek ödeme yükümlülüğü getirilmesi için bir sebep olarak kabul edilmiştir (Dörig/Glatthaar, **Art. 795a**, s. 2107).

¹²²¹ Dörig/Glatthaar, **Art. 795a**, s. 2108; Handschin/Truniger, s. 235.

¹²²² Gürbüz Usluel, **Ek Ödeme**, s. 472.

¹²²³ Dörig/Glatthaar, **Art. 795a**, s. 2107; Handschin/Truniger, s. 235.

¹²²⁴ Dörig/Glatthaar, **Art. 795a**, s. 2107; Karakılıç, s. 119.

¹²²⁵ Mustafa Erdem Can, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirket Ortağının Borç ve Yükümlülükleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, 2011, ss. 1-23, s. 15.

¹²²⁶ Pulaşlı, **Cilt IV**, s. 3198.

Kanundaki koşulların gerçekleşmesi halinde ek ödemeler müdürlerce istenir ve müdürlerin yapacağı çağrıyla muacceliyet kazanırlar¹²²⁷ (TTK m. 603/5). Şirketin iflası, ek ödeme yükümlülüğünden doğan borcu muaccel kılar (TTK m. 603/2); iflas ise TTK m. 603 hükmünde sayılânnedenlerden çok daha ağır bir nedendir¹²²⁸. Tasfiye halinde talepte bulunma yetkisi şirket adına tasfiye memurlarında, iflas halindeyse iflas idaresindedir¹²²⁹. Ek ödeme talebinde ortaklara ödeme yapılması için uygun süre verilmeli; ayrıca eğer şirket sözleşmesinde herhangi bir sıra düzenlenmemişse eşit işlem ilkesine göre hareket edilmelidir.¹²³⁰

Limited şirket ortağının ek ödeme yükümlülüğü kural olarak şirketten ayrılmasıyla sona erer. Payın devri halinde devredenın yükümlülüğü sona ererken, devralan ek ödeme yükümlülüğü altına girer¹²³¹. Bunun sebebi ek ödeme yükümlülüğünün ortaklık sıfatına dayanan ve esas sermaye payına ilişkin belirli bir tutar olarak öngörülmesidir. Ancak, ortak şirketten ayrılmasının tescil edildiği tarihten itibaren iki yıl içinde iflas etmişse, bu eski ortaktan da ek ödeme yükümlülüğünü yerine getirmesi istenir (TTK m. 604/1). Kanun koyucu böylece işlerin iyiye gitmediğini gördükten sonra ek ödeme yükümü bulunan hâkim ortağın şirketten ayrılarak alacaklıları zor durumda bırakmasının önüne geçmek istemiştir.¹²³² Kanunda belirlenen şartlara uygun olarak payın devredilmesi halindeyse eski ortağın ek ödeme yükümü sona erer ve payı devralana geçer. Şirketin iflası değil de genel haciz yoluyla takibi söz konusu ise TTK m. 604/1 hükmü uygulanmaz. Üstelik belirtmek gerekir ki ek ödeme yükümlülüğü şirkete karşıdır; alacaklılardan değil, şirket ortaklardan bu yükümlülüğün ifâsını isteyebilir.¹²³³ Payın devri halindeyse devralan ortağa karşı yapılanicra takibinin semeresiz kalması durumunda olduğu gibi, ek ödeme yükümlülüğünü yerine getirmemişse, devreden ortak tâlî olarak bu yükümlülüğünden sorumludur (TTK m. 604/2). Önceki ortak, paya sahip olduğu dönemdeki miktarla

¹²²⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **II**, s. 474. İsviçre hukukunda ise 2007 yılına kadar genel kurul da talep yetkisine sahip olmuş, böylece hâkim ortaklar ek yükümlülüklerin ödenmesini engelleme imkânı bulmuşlardır (Dörig/Glatthaar, **Art. 795a**, s. 2107).

¹²²⁸ Can, s. 15.

¹²²⁹ Karakılıç, s. 124-125.

¹²³⁰ Handschin/Truniger, s. 235; Karakılıç, s. 126.

¹²³¹ Karakılıç, s. 132.

¹²³² Can, s. 17; Pulaşlı, **Cilt IV**, s. 3199.

¹²³³ Karakılıç, s. 133; Pulaşlı, **Cilt IV**, s. 3200.

sorumludur¹²³⁴. Birden fazla devir işlemi olmuşsa son devralan asıl sorumlu, önceki ortaklar ise tâlî sorumludur ve her biri bir öncekine rücu edebilir.¹²³⁵

Şirketin ek ödemelerden yararlanmasına imkân veren şartlar süreklilik arz edecek şekilde ortadan kalkmışsa ek ödeme yükümlülüğünün amacı da ortadan kalkacaktır. Üstelik ek ödemeler geçici zararı gideren bir finansman aracıdır.¹²³⁶ Bu sebeple, TTK m. 605 hükmüne uygun olarak ek ödemelerin geri ödenmesi mümkündür. Bu şekilde sermayenin azaltılması hükümlerine uymaya da ihtiyaç kalmaz¹²³⁷. Bunun için ise geri verilecek tutarın serbestçe kullanılabilecek yedek akçeler ile fonlardan karşılanabilir olması gereklidir. TTK m. 605 hem bu imkânın amacına aykırı kullanımını önlemeye, hem de iade şartlarını düzenlemesi bakımından alacaklıları korumaya yönelik bir düzenlemedir.¹²³⁸ Maddede yer almamakla birlikte iade koşullarının gerçekleştiği hususunun, serbest muhasebeci mali müşavir ya da yeminli mali müşavir tarafından, mahkemece atanacak bilirkişi sıfatıyla doğrulanmasının yerinde olacağı ifade edilmektedir¹²³⁹.

TTK m. 603/6 uyarınca ek ödeme yükümlülüğünün azaltılması veya kaldırılması, esas sermayenin azaltılması hakkındaki hükümlerin kıyasen uygulanmasıyla mümkündür¹²⁴⁰. Ortakların geri ödeme talebini bireysel olarak öne sürmeleri mümkün olmayıp, ek ödemelerin iadesi kararını ancak genel kurul verebilir¹²⁴¹. Henüz yerine getirilmemiş ek ödeme yükümlülüklerinin azaltılması ya da kaldırılması içinse alacaklıların bu işleminden zarar görmeyecek olması gerekir. Üstelik bu işlem şirket malvarlığını azaltıcı etkiye sahip olacağından, sermayenin korunması ilkesi kapsamında da değerlendirilmesi gerekir.¹²⁴²

¹²³⁴ Handschin/Truniger, s. 233.

¹²³⁵ Karakılıç, s. 135.

¹²³⁶ Pulaşlı, **Cilt IV**, s. 3201.

¹²³⁷ Schütz, **GmbHG §26**, Rn. 20.

¹²³⁸ Karakılıç, s. 137.

¹²³⁹ Handschin/Truniger, s. 237; Karakılıç, s. 138.

¹²⁴⁰ Nicholas Jean Druey/Eva Just Druey/Lukas Glanzmann, **Gesellschafts und Handelsrecht**, 2021 Zürih, Schulthess Juristische Medien, s. 322; Karakılıç, s. 139.

¹²⁴¹ Schütz, **GmbHG §26**, Rn. 22.

¹²⁴² Karakılıç, s. 139.

Ek ödeme yükümlülüğünü yerine getirmeyen ortaklara karşı şirketin ifâ davası açması ve bu dava ile temerrüt faizi istemesi mümkündür. Ayrıca şirket sözleşmesinde yer alması kaydıyla cezai şartın da talep edilmesi söz konusu olabilir.¹²⁴³

1.4.2 Yan Edim Yükümlülükleri

TTK m. 606/1 hükmü, birinci fıkrasıyla “şirket sözleşmesiyle, şirketin işletme konusunun gerçekleşmesine hizmet edebilecek yan edim yükümlülükleri öngörülebilir” şeklindedir. Yan edim yükümlülüğü, şirket konusunun gerçekleşmesine yarayan, doğrudan şirkete ifâ edilen ve bazı sermaye payları ya da pay kategorilerine yüklenebilen yükümlülük türüdür¹²⁴⁴. Bu yükümlülüklerin konusu yapma ve yapmama borçları dahil olmak üzere borca konu olabilecek her tür edim olabilir¹²⁴⁵. Ancak para borcunun yan edim yükümlülüğünün konusu olamayacağı doktrinde ifade edilmektedir¹²⁴⁶.

Yan edim yükümlülükleri tâlî niteliktedir; limited şirketlerde de ortakların asli borcu sermaye payını ödemektir¹²⁴⁷. Yan edim yükümlülükleri ile ortakların şahıslarıyla ilgili unsurlar şirkette yer alır ve limited şirket böylece kişiselleştirilmiş sermaye şirketi özelliğini kazanır¹²⁴⁸. Yan edim yükümlülükleri esas sermaye payına bağlıdır ve kişisel bir borç doğurmaz¹²⁴⁹; payın devriyle devralana geçer¹²⁵⁰.

Hükümde bahsi geçen yan edim yükümlülükleri, ortakların sermaye payı ve ek ödeme yükümlülükleri dışında kalan aynî edimlerdir. Belirtmek gerekir ki yan edim yükümlülükleri sermayenin bir parçası sayılamaz¹²⁵¹. Bu yükümlülüklerin konusu, kapsamı ve ifâsında önem taşıyan diğer noktalar şirket sözleşmesinde düzenlenmesi gerekirken, ayrıntıların genel kurulca belirlenmesi mümkündür (TTK m. 606/2). Nitekim TTK m. 616/2(d) hükmünde şirket sözleşmesiyle yan edim

¹²⁴³ Can, s. 17; Druey/Druey/Glanzmann, s. 326; Handschin/Truniger, s. 236; Karakılıç, s. 127.

¹²⁴⁴ Serhan Dinç, “6012 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Ortaklıklarda Ortakların Yan Edim Yükümlülükleri”, *İzmir Barosu Dergisi*, Eylül 2016, s. 75-114, s. 77.

¹²⁴⁵ Dinç, s. 78; TTK m. 606 Gerekçesi.

¹²⁴⁶ Hediye Bahar Sayın, “Limited Şirketlerde Yan Edim Yükümlülüğünün Hukuki Niteliği, Hizmet Ettiği Amaç ve Konusu”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIII Y: 2019, s. 25-59, s. 30.

¹²⁴⁷ Bahar Sayın, s. 26.

¹²⁴⁸ Bahar Sayın, s. 28.

¹²⁴⁹ Dinç, s. 83.

¹²⁵⁰ Dinç, s. 84.

¹²⁵¹ Bahar Sayın, s. 32.

yükümlülüklerinin ayrıntılarını düzenleyen iç yönerge çıkarma yetkisinin genel kurula bırakılabileceği belirtilmektedir.¹²⁵²

TTK m. 606/3 hükmü uyarınca “şirket sözleşmesinde açıkça belirtilmiş bir karşılığı veya uygun bir karşılığı bulunmayan ve özkaynak ihtiyacını karşılamaya hizmet eden nakdî ve ayni edim yükümlülükleri, ek ödeme yükümlülüğüne ilişkin hükümlere tâbidir” şeklindedir. Yan edim yükümlülükleri karşılıklı edimleri konu alır ve yükümlülük sahibine ödeme yapılması zorunludur.¹²⁵³ Kanun koyucu, yan edim yükümlülüğünün tanımına uymayan ve karşılığında uygun bir bedel ödenmesi öngörülme-yen tüm yükümlülükleri ek ödeme yükümü kabul etmiştir.¹²⁵⁴ Böylece yan edim yükümlülüklerinin karşılıksız olamayacağı kanunla da kabul edilmiştir.¹²⁵⁵ Yan edim yükümü ile ek ödeme yükümlülüğü arasındaki fark ise, ek ödeme yükümü şirketi finanse etme amacı taşırken, yan edim yükümlülüğünün böyle bir fonksiyonunun olmamasıdır.¹²⁵⁶

Yan edim yükümlülüğüne aykırı davranış, hiç ifâ etmeme, gereği gibi ifâ etmeme ve temerrüt şekillerinde görülebilir. Bu durumlarda eda davası açılarak yan edimlerin yerine getirilmesi istenebilir.¹²⁵⁷ Kusurlu imkânsızlık halindeyse şirketin tazminat davası açması uygun olacaktır. Yan edim yükümlülüklerinin ihlalinden kaynaklanan zararın tazmini için açılacak davada şirket, ortağın kusurlu bir davranışının bulunduğunu ve bu davranıştan ötürü zarar gördüğünü ispat etmelidir.¹²⁵⁸

1.4.3 Ek Ödeme Yükümlülükleri ve Yan Edim Yükümleri Dolayısıyla Açılacak Davalar ile Zorunlu Arabuluculuk

Ek ödeme yükümlülüğü daha önce de belirtildiği üzere nakdî bir yükümlülük olup, bu yükümlülüğe aykırılık halinde ifâ davası açılabilir veya şirket sözleşmesinde bir çıkarma sebebi olarak düzenlenmesi halinde genel kurul kararıyla ortağın şirketten çıkarılması, ortağın şirketten çıkması veya şirketin feshi mümkün olabilir.¹²⁵⁹ İfa

¹²⁵² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, II, s. 475.

¹²⁵³ Dinç, s. 88.

¹²⁵⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, II, s. 475.

¹²⁵⁵ Dinç, s. 89.

¹²⁵⁶ Bahar Sayın, s. 46.

¹²⁵⁷ Dinç, s. 97.

¹²⁵⁸ Dinç, s. 98.

¹²⁵⁹ Gürbüz Usluel, **Ek Ödeme**, s. 477.

davasının açılması halinde TTK m. 5A hükmündeki koşullar dikkate alındığında, öncelikle zorunlu arabuluculuğa başvurulması gerekecektir.

İade edilecek ek ödemeler ise müdürlerin yetkisinde olup, şirket sözleşmesiyle bu yetkinin genel kurula bırakılması mümkündür¹²⁶⁰. Bu durumda TTK m. 605 uyarınca iade edilecek ek ödemeler için açılacak davalarda müdürün veya genel kurulun bu yönde kararının da aranması gerekecektir. Ancak açılacak davada hâkimin yargılama faaliyeti kapsamında göz önünde bulundurması gereken böyle bir kararı arabulucunun HUAK m. 15/4 uyarınca gözetip, yokluğu halinde tarafların başvurusunu reddetmesi kanaatimizce mümkün değildir. Ne var ki böyle bir karar olmadığı halde, arabulucunun yargılama fonksiyonu olmadığı için inceleme yapamadan süreci devam ettirmesi gerekecektir. Bu ise, özellikle anlaşma sağlanmazsa geçilecek dava aşamasında, müdürün veya genel kurulun iade kararı hakimce aranacağından, usûl ekonomisine de uygun düşmeyecektir. Üstelik dava aşamasında bu kararın göz önünde bulundurulması gerektiğinin farkında olan tarafın kanaatimizce arabuluculuk sürecini suiistimal etmesi imkânı da bulunmaktadır. Şöyle ki eğer böyle bir karar yoksa, arabuluculuk sürecinde güçlü olan taraf iade için karşı tarafa baskı yapabilecek, bu da dava yoluyla esasen haksız çıkacak tarafın kazanım elde etmesine sebep olacaktır. Böyle bir karar varsa, bu sefer haksız çıkacak tarafın arabuluculuk sürecini gereksizce ve mümkün olduğunca uzatıp, karşı tarafın mahkemeye erişim hakkını engellemesi söz konusu olabilecektir. Kısacası, HMK m. 29 hükmüne aykırı davranışlar kanaatimizce görülebilecektir.

Yan edim yükümlülükleri bakımından ise para alacağı söz konusu olmadığından, aynen ifâ davası açılması halinde TTK m. 5A'nın uygulanmasından bahsedilemeyecektir. Ancak borca aykırılığın sebep olduğu zararların tazmini ve cezai şart talepleri için açılacak alacak davalarında zorunlu arabuluculuğa başvurulması gerekecektir.

1.5 Pay Sahipleri Sözleşmesinden Kaynaklanan Alacak Davaları

1.5.1 Pay Sahipleri Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği

¹²⁶⁰ Hakan Çebi, “m. 605”, *Şirketler Hukuku Şerhi* (editör: Kemal Şenocak), Ankara 2023, Seçkin Yayınları, s. 4343.

Şirketlerde her ne kadar kural olarak tek borç ilkesi geçerliyse de bu, şirketler hukuku bağlamında geçerlidir. Pay sahiplerinin üçüncü kişilerle yapacağı akitlerle ek bazı yükümlülüklerin altına girmesi mümkündür. Bu yükümlülüklerin şirketler hukukuna özgü yollarla yerine getirilmesini talep etmek mümkün değildir.¹²⁶¹ Pay sahipliğinin tabi olduğu hukuki rejime tabi olmayan bu yükümlülüklerin diğer pay sahiplerine ve şirkete karşı, elbette pay sahibinin kendi iradesiyle ve bizzat yükümlülük altına girmiş olması halinde genel hükümlere göre uygulanması imkânı bulunmaktadır¹²⁶².

Şirketler hukuku kurallarına tabi olmayacak bu tür sözleşmelerin, pay sahipleri arasında, pay sahipliğinden kaynaklanan hak ve yetkilerin kullanılmasını konu alması da mümkün olabilmektedir.¹²⁶³ Sermaye şirketlerinde de pay sahipleri sözleşmesi, pay sahiplerinin tümünün veya bir kısmının, kendi aralarında pay sahibi sıfatıyla kuracakları hukuki ilişkiyi, pay sahipleriyle şirket arasındaki ilişkiyi ya da şirketin tabi olmasını istedikleri düzeni belirlemek amacıyla akdettikleri bir sözleşmedir. Bağlayıcılığı ve sözleşme serbestisine tabi olması borçlar hukukuna dayanan bu sözleşmeyle pay sahipleri, pay sahipliğinden doğan haklarını sözleşmede öngörülen amaçların yerine getirilmesi yönünde kullanma yükümlülüğü altına girmektedirler. Bu sözleşmeyle pay sahiplerinin şirketteki söz haklarıyla orantılı olarak pay sahipliği hakların kullanma şekli, şirkete hâkim bir adi şirket kurulması ve şirketi bu adi şirketin yönetmesini de içerebilecek çeşitli hükümler öngörülebilir.¹²⁶⁴ Bunu yaparken pay sahipleri yapma ya da yapmama edimlerinden oluşan taahhütlerde bulunmakla birlikte, pay sahipliği hakları şirketler hukuku bağlamında kısıtlanmaz ve ortaya borçlandırıcı bir işlem çıkar¹²⁶⁵.

Pay sahipleri sözleşmesinin niteliği bağlamında doktrinde iki tür pay sahipleri sözleşmesine rastlanmaktadır. Bunlardan ilki şirketler hukuku karakterli pay sahipleri sözleşmesidir (die Gesellschaftrechtliche Aktionärbindungsverträge). Daha sık rastlandığına dikkat çekilen bu sözleşmelerin özelliği, sözleşmeyi akdedenlerin

¹²⁶¹ Westermann, §54, Rn. 7.

¹²⁶² Westermann, §54, Rn. 8.

¹²⁶³ Westermann, §54, Rn. 7.

¹²⁶⁴ Ayoğlu, **Tahkim**, s. 174; Gül Okutan Nilsson, **Anonim Ortaklıklarda Paysahibi Sözleşmeleri**, İstanbul 2004, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, s. 4.

¹²⁶⁵ Ayoğlu, **Tahkim**, s. 175.

hukuken geçerli iradeleriyle müşterek bir amaç ile hareket etmeleridir. Şirketler hukuku karakterli pay sahipleri sözleşmesinin tipik örnekleri pay alım satımı ya da oy sözleşmeleridir. Bu sözleşmelerle azınlık pay sahipleri çoğunluğa ya da çoğunluk pay sahipleri azınlığa üstünlük kurma amacı güdebilirler.¹²⁶⁶ Diğer tür pay sahipleri sözleşmeleri olan borçlar hukuku karakterli pay sahipleri sözleşmelerinde (die Schuldrechtliche Aktionärsbindungsverträge) ise pay sahipleri kollektif hareket etmemekte, her pay sahibi sözleşmede bireysel olarak yer almaktadırlar. Bu sözleşme türü de tek taraflı ve çift taraflı olmak üzere kendi içinde ikiye ayrılmaktadır: Tek taraflı pay sahipleri sözleşmelerinde yalnız tek taraf yükümlülük altına girerken, çift taraflı pay sahipleri sözleşmelerinde (önalım hakkı tanıyan sözleşmeler gibi) tüm taraflar birlikte ancak ortak bir amaca öncelik vermeksizin yükümlülükler üstlenmektedir.¹²⁶⁷

Pay sahipleri sözleşmesi ile tek başına hakimiyet tesis edemeyecek pay sahiplerinin hakimiyet tesis etmesi, azınlık haklarının daha etkin kılınması, pay sahipleri arasında denge sağlanması gibi işlevler amaçlanır¹²⁶⁸. Öte yandan, şirketler hukukunun tek borç ve eşit işlem ilkelerini getiren katı sisteminden sıyrılarak, şirket içi düzen dahilinde daha esnek bir yapı amaçlanır. Bunlar yapılırken de pay sahipleri sözleşmesinin tescil edilmemesi gizlilik sağlar.¹²⁶⁹

Anonim şirketin tabi olduğu düzene göre, esas sözleşme emredici hükümlere, genel kurul kararları da kanuna ve esas sözleşmeye aykırı olamaz. Ancak, pay sahipleri sözleşmesi bu düzen içinde yer almamaktadır. Kaynağını sözleşme özgürlüğünden alan ve borçlar hukukuna tabi bir sözleşme olması, pay sahipleri sözleşmesinin şirketler hukuku sisteminin dışında olması anlamına da gelmektedir. Bu durumun bir sebebi de sözleşmenin Ticaret Kanunu'nda yer almamasının yanı sıra şirket tüzel kişiliğiyle pay sahiplerinin birbirinden ayrı olmasıdır. Buradaki ayrılık, şirketin tüzel kişiliği ve malvarlığının pay sahiplerin kişilik ve malvarlıklarından ayrı olmasını ifade eder.¹²⁷⁰ Pay sahipleri sözleşmesi de şirketi ve şirket organlarını bağlamaz. Ancak, sözleşme tarafların şirketteki etkinliğine paralel olarak pay sahiplerinin seçtiği

¹²⁶⁶ Thomas Jutzi/Fabian Eisenberger, "Änderungen im Parteienbestand eines Aktionärsbindungsvertrags", *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, 154/2018, s. 163-207, s. 167.

¹²⁶⁷ Jutzi/ Eisenberger, s. 167-168.

¹²⁶⁸ Ayoğlu, *Tahkim*, s. 196-197.

¹²⁶⁹ Ayoğlu, *Tahkim*, s. 199.

¹²⁷⁰ Okutan Nilssen, s. 43.

yönetim kurulu üyelerinin de pay sahipleri sözleşmesine uygun davranmaları mümkün olabilmektedir. Bu durum da hukuken birbirinden ayrı iki düzenlemenin, gerçekte iç içe geçmesi sonucunu doğurabilmektedir. Dolayısıyla, pay sahipleri sözleşmesini şirketler hukuku sisteminden tamamen ayırmak çok da doğru bir yaklaşım olarak kabul edilmemektedir.¹²⁷¹

Pay sahipleri sözleşmesinin şirket üzerinde doğrudan bir etkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla taraf olmayan pay sahipleri tarafından şirkete karşı ileri sürülebilmeleri mümkün değildir.¹²⁷² Üstelik her ne kadar sözleşmenin tarafları pay sahipleri ise de sözleşmeden doğan borç ve haklar pay sahipliğine bağlı değildir ve payları devralan üçüncü kişilere karşı sözleşmenin ileri sürülmesi söz konusu olmaz.¹²⁷³ Payı devralan üçüncü kişilere karşı sözleşmeden kaynaklanan borçların ileri sürülebilmesi, ancak borcun üstlenilmesi (TBK m. 195) yoluyla mümkün olacaktır.¹²⁷⁴

Pay sahipleri sözleşmesinin ihlali durumunda da uygulanacak yaptırımlar, borçlar hukuku yaptırımlarıdır.¹²⁷⁵ Dolayısıyla aynen ifâ, tazminat, karşılıklı sözleşme olması halinde dönme veya ortaklık sözleşmesi niteliğinde olması halinde fesih uygulanabilecek yaptırımlar olarak sayılmaktadır.¹²⁷⁶ Uygulanacak yaptırım, imkânsızlık, temerrüt veya kötü ifâ durumlarına göre değişkenlik gösterebilir.¹²⁷⁷

Ancak, aynen ifâ bakımından bir talepte bulunulup bulunulamayacağının tespitinin pay sahipleri sözleşmesine uygulanacak hukuka göre tespit edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre, aynen ifânın talep edilebilmesi için yapma ve yapmama borçlarının ihlaline, tazminat talebinin yanı sıra aynen ifâyı talep hakkının da tanınması gerekir.¹²⁷⁸ Türk hukuku bakımından değerlendirme yapıldığında, bazı görüşlerin pay sahipleri sözleşmesinin bir türü olan oy sözleşmelerinin aynen ifâsının talebinin mümkün olmadığı yönünde olduğu görülmektedir. Oy sözleşmelerinin tek seferlik olması halinde kusurlu imkânsızlık olduğu; sürekli olması halindeyse borçlunun kullanacağı oyun önceden bilinemeyecek olması, oyun aynen ifâ veya cebri

¹²⁷¹ Okutan Nilssen, s. 45.

¹²⁷² Okutan Nilssen, s. 277.

¹²⁷³ Okutan Nilssen, s. 279.

¹²⁷⁴ Okutan Nilssen, s. 280.

¹²⁷⁵ Okutan Nilssen, s. 343.

¹²⁷⁶ Okutan Nilssen, s. 344.

¹²⁷⁷ Okutan Nilssen, s. 345.

¹²⁷⁸ Ayoğlu, **Tahkim**, s. 190.

icra yoluyla kullanılması ihtimalinin oyun yalnızca pay sahibince kullanılabilmesi kuralına aykırı olduğu ve oy hakkı sahibinin iradesini sınırlayacağı yönünde görüşleri sürülmüştür.¹²⁷⁹ Aksi yönde bir görüş ise, yeni bir karar alınabildiği sürece imkansızlıktan söz edilemeyeceğini; oy sözleşmelerinde aynen ifâdan anlaşılması gerekenin pay sahipleri sözleşmesinde yer alan amaca ulaşmayı sağlayacak tedbirler olduğunu ve aynen ifâ talep edildiğinde mahkeme kararının borçlunun oy kullanma iradesi yerine geçmesi gerektiğini öne sürmektedir¹²⁸⁰.

1.5.2 Pay Sahibi Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümü ve Zorunlu Arabuluculuk

Pay sahibi sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar mahkemelere taşınabilir. Bu tip sözleşmelerde geçici koruma önlemlerinin ayrı bir önem arz ettiği ifade edilmektedir. Genel kurul kararları alınırken verilen oylar, pay sahipleri sözleşmesine aykırı olarak verilmiş olsalar dahi dikkate alınacağından ve geçersiz sayılmayacaklarından; ancak koşulları varsa iptâlîne ya da yokluğuna hükmedilmesi istenebileceğinden¹²⁸¹, sözleşmenin tarafları ancak sözleşmeye aykırı davranmalarını önleyici tedbirlere tabi tutulabilirler. Tescil zorunluluğu olmadığından sicil koruyucu etkisi de bulunmamaktadır. Ayrıca, örneğin bir yönetim kurulu üyesinin tekrar seçilememesi halinde zararın tazmini de tatmin edici bir alternatif sunmamakta, üstelik böyle bir zararın ispatı çok büyük güçlük arz etmektedir.

Tüm bu sebeplerle pay sahipleri sözleşmelerinin icrasının geçici koruma tedbirleri vasıtasıyla sağlanabileceğine dikkat çekilmektedir.¹²⁸² Geçici hukuki koruma tedbiri kararı verilebilmesi için sözleşmenin tarafı olan pay sahibinin sözleşmeyi ihlal edeceğine dair endişenin inandırıcı olması gerekmektedir. Tedbirin uygulanacağı pay sahibi mahkeme huzurunda dinlenilmeden karar verilecekse, ekstra

¹²⁷⁹ Ayoğlu, **Tahkim**, s. 192-193.

¹²⁸⁰ Ayoğlu, **Tahkim**, s. 194-195; Okutan Nilssen, s. 349-350.

¹²⁸¹ Alman hukukunda AktG §55 ile esasen şirketler hukukuna özgü olmayan tâlî yükümlülüklerin esas sözleşmede yer alabilmesinin düzenlenmesinden hareketle, esas sözleşmeyle bağlantılı olduğu sürece, borçlar hukukuna tabi bu gibi sözleşmelerin korporatif bağlamdan tamamen ayrı düşünülemeyeceği görüşü doktrinde yer bulmuştur. Nitekim Alman Yüksek Federal Mahkemesi bir kararında, tüm pay sahiplerince akdedilen bir oy sözleşmesine aykırı olarak oy kullanılmasını kararın iptâlî sebebi saymış, böylece borçlar hukukuna tabi olması gereken bir hukuki işlemi şirketler hukuku alanına çekmiştir (Westermann, §54, Rn. 9).

¹²⁸² Nadja Erk, "Streitbeilegungsmechanismen in Aktionärsbindungsvertrag", **Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht** (Herausgeber: Clemens Meisterhand, Jacqueline Schwarz, Nicholas Turin), Zürich 2017, Schulthess Juristische Medien, s. 160.

bir önleyiciliğin sağlanması için aciliyetin de bulunması lazımdır. Mahkeme bu talep üzerine pay sahibi aleyhine pay sahipliği hakkını kullanması yasağı kararı verebilir. Söz konusu tedbir kararı dava öncesinde değil de dava açıldıktan sonra verilecekse, tedbirin geçerliliği için süre de belirlemelidir.¹²⁸³ Zürih kantonunda üçüncü kişi konumunda olan şirket için mahkeme, Türk hukukunda olduğu gibi, geçici hukuki koruma kararına uyulmadığı takdirde cezai yaptırım da uygulayabilmektedir¹²⁸⁴.

Ancak oy sözleşmeleri bakımından geçici hukuki koruma tesis etmek çoğu zaman mümkün değildir. Bunun sebebi, pay sahipleri sözleşmesine aykırı olarak oy kullanılacağına ilişkin yeterince somut delilin ortaya konulmasındaki güçlülüdür. Bu halde kaçınılmaz bir zarardan bahsedilebilmesi için yapılabilecek olan, oy kullanacak pay sahibinin, pay sahipleri sözleşmesine aykırı kullandığı oyun karar üzerinde etkisi olduğunu ortaya koymaktır. Rekabet yasağı kayıtları içinse öngörülen bir ihlalin ve geç kalındığı takdirde kolayca giderilemeyecek bir zararın doğacağına inanırıcı bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir.¹²⁸⁵

İsviçre hukukunda Zürih Ticaret Mahkemesi, pay sahipleri sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları ticaret şirketleri uyuşmazlıklarından saymamaktadır. Bu durumun sonucu olarak, gerçek kişi olan taraflar uzmanlaşmış hakimlerin davaya bakması için ticaret mahkemesine başvuramamaktadırlar.¹²⁸⁶ Benzer şekilde Türk hukukunda da pay sahipleri sözleşmeleri borçlar hukukuna tabi bir sözleşme sayılmakta, taraflar arasında borçlar hukuku hükümlerine göre talep hakkı oluşturmakta ve örneğin TTK m. 445 anlamında genel kurul kararının iptâl için bir sebep olarak kabul edilmemektedir¹²⁸⁷. Bu durumda pay sahipleri sözleşmeleri uyuşmazlıkları birer ticari dava sayılmadığından, Türk hukukunda da ticaret mahkemelerinde görülmemelidir.

İsviçre hukukunda pay sahipleri sözleşmesine arabuluculuk kaydının eklenmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir. Arabuluculuk kaydı mahkemeye başvurmadan önce zorunlu olarak aşılması gereken bir aşama olarak da

¹²⁸³ Erk, s. 161.

¹²⁸⁴ Erk, s. 174.

¹²⁸⁵ Erk, s. 174.

¹²⁸⁶ Erk, s. 175.

¹²⁸⁷ Hüseyin Tamer, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sözleşmesel Hakkı Genel Kurul Kararı ile İhlal Edilebilir mi?”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 22 Sayı: 3 Yıl: 2016, s. 2593.

düzenlenebilir¹²⁸⁸; bu durumda taraflar mahkemeye ancak arabuluculuk sürecinden sonuç alınamazsa başvurabilecektir¹²⁸⁹. Arabuluculuğun hedeflediği taraflar arası ilişkiyi koruma ve muhtemel çatışmalardan kaçınma amacı, pay sahipleri sözleşmesinin amaçlarıyla örtüşmektedir. Pay sahipleri sözleşmeyle ilgili, örneğin oy kullanımıyla ilgili yaşanan uyuşmazlık sonrasında dahi pay sahibi olarak birlikte hareket etmeyi sürdürmektedirler.¹²⁹⁰

Pay sahipleri sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların TTK m. 5/A kapsamındaki durumu kanaatimizce, özünde bir borçlar hukuku sözleşmesi olması dolayısıyla, her bir somut olay için ayrıca değerlendirilmelidir. Bu çerçevede daha önce değinilen¹²⁹¹ şirketler hukuku karakterli pay sahipleri sözleşmeleri mutlaka TTK m. 5A kapsamında değerlendirilmemeli; konusunun para alacağı olması unsurunun yanı sıra, uyuşmazlığın tarafları da dikkate alınarak TTK m. 4/1 kapsamında ticari dava sayılıp sayılmadı incelenmelidir. Ne var ki bu inceleme mahkemenin yargılama fonksiyonuna özgü olacağından ve arabulucunun böyle bir işlevi bulunmadığından, uyuşmazlık taraflarının zaman kaybı ve füzuli masraflara katlanmaması için dikkatli bir değerlendirme yapması kanaatimizce gereklidir. Özetle, pay sahipleri sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar her durumda zorunlu arabuluculuğa tabi olmamalı, her bir somut olay karşısında, diğer ticari davalarda olduğu gibi ayrı ayrı değerlendirme yapılmalıdır.

Bunun dışında Türk doktrininde, pay sahipleri sözleşmelerine şirketin taraf olabileceği de ifade edilmektedir. Bu durumda dahi pay sahipleri sözleşmeleri, şirketin üçüncü kişilerle akdettiği alelade sözleşmeler olarak görülmektedir. Her durumda sözleşmenin tarafı olan şirket TTK'nın emredici hükümleriyle bağlıdır. Bu sebeple, tek borç ilkesine aykırılık oluşturacak ya da genel kurulun karar alma işlevini dolanacak sözleşmeler, şirket açısından geçersiz kabul edilmelidir. Şirketin taahhüt altına girmeyip kendi lehine taahhütleri kabul ettiği sözleşmelerin ise geçerli kabul edilmesine ilişkin görüşler bulunmaktadır. Öte yandan borcun ifâsının yönetim kurulunun karar almasıyla sağlanacak olması halinde şirketin akdettiği pay sahipleri

¹²⁸⁸ Erk, s. 148.

¹²⁸⁹ Erk, s. 152.

¹²⁹⁰ Erk, s. 166.

¹²⁹¹ Bkz. Üçüncü Bölüm, §1.5.1.

sözleşmesinin geçerli olduğu ifade edilmektedir.¹²⁹² Gerçekten de bu tür sözleşmeleri açıkça yasaklayan emredici bir hükmün bulunmaması karşısında, şirketler hukuku sınırlarına uyulduğu sürece, bu sözleşmeler kanaatimizce de kural olarak geçerli sayılmalıdır.

Bu halde uyuşmazlığın kaynağı olan pay sahipleri sözleşmesinin geçersizliği, dava açılması halinde hakimce re'sen dikkate alınacak bir itiraz sebebiyken, kanaatimizce HUAK m. 15/4 hükmü uyarınca arabulucu tarafından adeta bir yargılama faaliyeti yürütülmek suretiyle dikkate alınıp tarafların arabulucuya başvurusunun reddi gibi bir sonuç doğuramaz. Şu hâlde zorunlu arabuluculuk sonucunda varılacak anlaşma esasen butlan sebebiyle geçersiz sayılmalıysa da, bunun tespitinin mahkemeden ayrı bir davayla talep edilmesi ve hatta icra edilebilirlik yargılaması devam ediyorsa bekletici mesele yapılması mümkündür¹²⁹³. Öte yandan HUAK m. 18/5 kapsamında daha önce de yapılandırılmalar bağlamında¹²⁹⁴ mevcut düzenlemelerdeki belirsizliğin, pay sahipleri sözleşmelerinin şirketler hukukunun emredici hükümlerine aykırılığı noktasında sakıncalı bir durum yaratabileceği kanaatindeyiz. Diğer bir deyişle, arabuluculuk süreci sonunda ilam niteliği kazanan ve HUAK m. 18/5 hükmü nedeniyle dava açma yasağına tabi olan, ancak aynı zamanda Ticaret Kanunu'nun emredici hükümlerine de aykırılık teşkil eden anlaşmaların butlanına karar verilmesi, anılan hükümlerden dolayı kanaatimizce arabuluculuk ile hedeflenen zamandan tasarruf amacına uygun bir süreç olmayacaktır.

1.6 Kâr Payı ve Tasfiye Payına Özgü Davalar

1.6.1 Kâr Payı ve Kâr Payına Özgü Uyuşmazlıklar

1.6.1.1 Kâr Payı Kavramı ve Kâr Payı Dağıtımının Koşulları

Kâr payına ilişkin kurallar, pay sahiplerinin mümkün olan en yüksek miktarı alabilmesi ve şirketin kârını en yüksek seviyede tutabilmesi amaçları arasında denge

¹²⁹² Ayoğlu, s. 203-204; Yasemin Mildon, **Anonim Ortaklıklar Hukukunda Korporatif Düzlem ile Bağlantılı Paralel Yargılamalar**, İstanbul 2020, On İki Levha Yayıncılık, s. 64-66.

¹²⁹³ Büşra Kazmaz Tepe, "Arabuluculuk Anlaşma Belgesine İlişkin İcra Edilebilirlik Şerhi Taleplerinde Yargılama Usûlü", **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, 2018, Yıl 5 Sayı 1, s. 125-150, s. 140.

¹²⁹⁴ Bkz. Birinci Bölüm §3.3.5.2.

sağlamak amacıyla düzenlenmiştir. Bu kurallarla bir yandan yedek akçelere aktarılabilecek miktara, diğer yandan ise genel kurul ile yönetim kurulu arasındaki dengeye ilişkin esasların belirlenmesi amaçlanır.¹²⁹⁵

Anonim şirketin amacından kaynaklanan kâr payı hakkı, vazgeçilmez haklardan sayılmaktadır¹²⁹⁶. Pay sahibi kendi rızası olmadan kâr payı hakkından mahrum bırakılamaz¹²⁹⁷. Alman doktrinde ise, uygulamada büyük pay sahiplerinin kâr payı ödenmesinden feragat etmesinin amacının; diğer pay sahiplerinin paylarının etkilenmemesi, böylece bu pay sahiplerinin örneğin şirketin yapılanmaya ilişkin kararlarına karşı iptal davası açması gibi durumların engellenmesi olduğu edilmektedir¹²⁹⁸. Bu hak ortağın şirkete taahhüt edip ödediği sermayenin semeresidir¹²⁹⁹. Aynı zamanda pay sahibinin yıllık kazançtan pay alma ve şirketin kâr elde etme amacı şeklinde iki yönlü bir hak olarak nitelendirilir. Şirketin kâr elde etme amacı yönü ise, kârın kısa vadeli elde edilmesinden ziyade uzun vadeli şirket menfaatleri ve istikrarlı bir ilerleme sonucunda kâr elde etme haline karşılık gelmektedir.¹³⁰⁰

Pay sahibinin malvarlığına ilişkin mutlak müktesep hakkı niteliğindeki bu haktan, esas sözleşmeyle ya da esas sözleşme değişikliğiyle, tüm pay sahiplerinin olumlu oylarıyla dahi vazgeçilemez¹³⁰¹. Oransallık ilkesi kapsamında sahip olunan pay miktarı kadar kullanılan¹³⁰² bu hakkın mutlak sınırı kanun ve esas sözleşmedir¹³⁰³. Kâr payı dağıtılmadan önce kanunen ayrılması zorunlu olan ve esas sözleşmede belirtilen ihtiyari yedek akçelerin, brüt bilanço kârından ayrılması ve geçmiş yıl zararlarının

¹²⁹⁵ Walter Bayer, “AktG §58 Verwendung des Jahresüberschusses”, **Münchener Kommentar Zur Aktiengesetz** (Herausgeber: Wulf Goette/Mathias Habersack/Susanne Kals), Münih 2019, Rn. 2.

¹²⁹⁶ Aslı Gürbüz Usluel, **Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı**, Ankara 2016, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 103; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **I**, s. 696; Pulaşlı, **Cilt III**, s. 1912; Rashid Bahar/Martin Peyer, “Art. 660/661”, **Zürcher Kommentar Art 660-667m OR Die Aktiengesellschaft Rechte und Pflichten der Aktionäre** (Herausgeber: Lukas Handschin, Peter Jung), Zürih 2021, Schulthess Juristische Medien, s. 5.

¹²⁹⁷ Tuğrul Ansay, **Anonim Şirketler Hukuku Dersleri**, Ankara 1970, Sevinç Matbaası, s. 194.

¹²⁹⁸ Koch, **AktG §60**, Rn. 11.

¹²⁹⁹ Domaniç, s. 824.

¹³⁰⁰ Bahar/Peyer, **Art. 660-661**, s. 5-6; Reto Eberle, “Art. 660”, **OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht** (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), Zürih 2016, Orell Füssli Verlag, s. 1639.

¹³⁰¹ Pulaşlı, **Cilt III**, s. 1915.

¹³⁰² Ansay, **Anonim Şirketler**, s. 198; Gürbüz Usluel, s. 89.

¹³⁰³ Eberle, **Art. 660**, s. 1639.

mahsup edilmesi gerekir¹³⁰⁴. Genel kurulca kâr payı dağıtılması kararı yenilik doğurucu bir hak olup, bu kararın alınmasıyla pay sahibinin alacak hakkı doğar¹³⁰⁵.

Kâr payından yararlanılmasında pay sahibinin tabi olduğu ölçüt sahip olduğu pay miktarıdır. Kârda imtiyazlı pay mevcut olmadığı sürece esas sözleşmeye, örneğin yaptığı işlemler ya da şirkete verdiği borçlar oranında kârdan faydalanabileceğine ilişkin hükümler konulamaz.¹³⁰⁶ Nakden ödenecek olan¹³⁰⁷ kâr payının tahakkuk ettiği değil, dağıtıldığı tarihteki pay miktarı dikkate alınır¹³⁰⁸. Bunun sebebi şirkete sermaye koyarak risk alan pay sahibinin, bu riskin karşılığını payı oranında alabilmesi düşüncesidir¹³⁰⁹. Ancak, TTK m. 508 hükmüne göre pay sahibinin kâr payının hesaplanması şirkete yaptığı ödemeler oranında yapılır. Sermaye arttırımı söz konusu olduğunda ise yeni payların kâr payı hakkından yararlanmaya başladığı tarihin sermaye arttırımının tescil edildiği kabul edilmektedir.¹³¹⁰

Pay sahiplerine dağıtılacak kâr payının miktarı her pay sahibi için değişiklik gösterebildiği gibi, ödendiği zaman bakımından da -bir malî yıl içinde olmak kaydıyla- değişiklik gösterebilir. Bu durumda elbette ödenen her bir kâr payı tutarı, ödendiği zamandaki pay oranına göre değişecektir. Kâr payı ödenmesi için önemli olan sermaye borcunun son ödeme tarihi değil, fiilen ödendiği tarihtir.¹³¹¹

Pay sahiplerinin esas sözleşmedeki şart gereği taahhüt ettikleri kâr payına hak kazanabilmeleri için, sermaye borcunda temerrüde düşmemiş olmaları gerekir. Gerçi TTK'nın sermaye borcunun ödenmemesine bağladığı yaptırımlar arasında kâr payının ödenmemesi bulunmamaktadır (TTK m. 482). Ancak şirketin, TTK'da sayılan yaptırımları uygulama hakkı saklı kalmak üzere, sermaye payını ödemekte temerrüde düşen ve şirketten ıskat edilmemiş pay sahibine karşı şirketin de TBK m. 97 hükmünden yararlanmasının hakkaniyet gereği olduğu da ifade edilmiştir. Bunun

¹³⁰⁴ Pulaşlı, *Cilt III*, s. 1913.

¹³⁰⁵ Pulaşlı, *Cilt III*, s. 1916.

¹³⁰⁶ Gürbüz Usluel, s. 155; Koch, *AktG §60*, Rn. 2; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *I*, s. 698. Kârda imtiyazlı payların esas sözleşmede öngörülebilmesi, şirketin otonom yapısını sağlamak içindir (Koch, *AktG §60*, Rn. 6).

¹³⁰⁷ Ansay, *Anonim Şirketler*, s. 198.

¹³⁰⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *I*, s. 699.

¹³⁰⁹ Ahmet Tayyib Erenoğlu, "Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı ve Yedek Akçe Ayrılması Zorunluluğu", *GSI Articleletter*, 24, 2021, s. 190-201, s. 199.

¹³¹⁰ Ansay, *Anonim Şirketler*, s. 198; Gürbüz Usluel, s. 156.

¹³¹¹ Koch, *AktG §60*, Rn. 5.

yanı sıra TTK m. 550 ve m. 551 hükmünde düzenlenen aykırılıkların da bulunmaması gerektiği, bu durumlarla ilgili uyuşmazlık çıktığı takdirde temerrüde düşen ortağa ödenebilecek kâr payının ayrı bir hesapta muhafaza edilerek, olası bir mahkeme kararına göre ya pay sahibine faiziyle ödenmesi ya da şirkete gelir kaydedilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹³¹²

Pay sahiplerinin yanı sıra TTK m. 348/1 hükmüyle “dağıtılabılır kârdan 519 uncu maddenin birinci fıkrasında yazılı yedek akçe ile pay sahipleri için yüzde beş kâr payı ayrıldıktan sonra kalanın en çok onda biri intifâ senetleri bağlamında kuruculara ödenir” ifadesiyle kurucu intifâ senedi sahiplerine de kâr payı alma hakkı verilmiştir. Ayrıca, TTK m. 503 “intifâ senedi sahiplerine pay sahipliği hakları verilemez; ancak, bu kişilere, net kâra, tasfiye sonucunda kalan tutara katılma veya yeni çıkarılacak payları alma hakları tanınabilir” hükmüyle intifâ senedi sahiplerine net kâra katılma hakkı vermiştir. Bahsi geçen bu iki hüküm arasında ise fark bulunmaktadır. Dağıtılabılır kâr söz konusu olduğunda şirket kâr elde etmese dahi serbest yedek akçelerden ödeme yapılabilmekteyken, net dönem kârı söz konusu olduğunda şirketin net dönem kârının da bulunması gerekir. Üstelik TTK m. 348/3 hükmü uyarınca kurucular kâr payı dağıtım kararı olmasa dahi esas sözleşmede belirtilen kâr paylarını alabilmektedirler. Bu durumda kurucu intifâ senedi sahipleri, ilgili sene içinde kâr edilmese ve serbest yedek akçelerden dağıtım yapılsa dahi kâr payı alabileceklerdir. Öte yandan, burada kanun koyucunun terimleri seçerken bilinçli davranmadığı, TTK m. 348/3 ve m. 503 hükmü birlikte amaçsal yorumlandığında şirketin o sene içinde net dönem kârı elde etmesi halinde kurucu intifâ senedi sahiplerinin kâr payı alması gerektiği ifade edilmiştir.¹³¹³

TTK m. 348/1 aynı zamanda kurucu intifâ senedi sahipleri için ödenecek kâr payına sınırlama getirmiş, TTK m. 519 ile düzenlenen yedek akçe ile pay sahipleri için yüzde beş kâr payı ayrıldıktan sonra kalanın en çok onda birinin ödeneceğini düzenlemiştir. Bu düzenlemeyle hem kurucuların çalışmaları karşılığında alacakları menfaatler gözetilmiş, hem de şirketin malvarlığının azalması riskinin önüne geçilmiş; bu şekilde menfaat dengesi gözetilmiştir. Bu sınırlama TTK m. 502/1 ile m. 348’e

¹³¹² Domaniç, s. 825.

¹³¹³ Gürbüz Usluel, s. 129.

yapılanatıf gereği yalnızca kurucular için değil, tüm intifâ senedi sahipleri için geçerlidir.¹³¹⁴

TTK anonim şirketlerin kâr payı dağıtma yükümlülüğüne dair herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Ancak, TTK m. 519/2(c) genel kanuni yedek akçeye ayrılacak miktarı düzenlerken pay sahiplerine yüzde beş oranında kâr payı ödenmesi gerektiğini düzenlemiştir; 6762 sayılı eski Ticaret Kanunu ise aynı hususta kâr payının ayrılmasını şart koşturmuştur. Bu farklılık da yüzde beşlik kâr payının ödenmesinin bir zorunluluk olup olmadığı hususunda tartışmalara yol açmıştır.¹³¹⁵ Bu hükümle kâr payı dağıtımının zorunlu hale geldiği yönünde görüşler bulunmaktadır¹³¹⁶. Öte yandan, söz konusu hükmün her yıl yüzde beş kâr dağıtılmasını zorunlu kılmadığı; hükmün ikinci yedek akçenin ayrılmasına ilişkin olduğu ve eğer ayrılacaksa bunun yüzde beşlik kârın dağılmasından sonra yapılması gerektiğinin düzenlendiği de ifade edilmektedir¹³¹⁷. Üstelik Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporunun Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik m. 12/1(d)’nin “kâr dağıtımı yapılmayacaksa gerekçesi ile dağıtılmayan kârın nasıl kullanılacağına ilişkin öneri” ifadesi, kanunkoyucunun şirkete kâr payı dağıtım zorunluluğu getirme amacı taşımadığı yönünde yorumlanmaktadır¹³¹⁸.

Yıllık kâr dağıtımı yıllık bilançoğa göre yapılır (TTK m. 508/2). Yıllık bilanço değerlendirildiğinde sonuç olumlu ise kâr, olumsuz ise zarar ver demektir. Bunun yanı sıra şirketin gelişimi ve mümkün olduğunca kâr payı dağıtım haklı gösterecekse, yönetim kurulunca ihtiyari yedek akçe ayrılabilir (TTK m. 523/2). Kâr payı dağıtım yıllık net dönem kârından veya bu amaç için ayrılânya da belirli herhangi bir amaç taşımayan serbest yedek akçelerden yapılır. Aksi takdirde TTK m. 480/3 ile düzenlenen esas sermayenin iadesi sonucu ortaya çıkabilir.¹³¹⁹

Kâr payını dağıtmaya yetkili organ genel kuruldur¹³²⁰. Genel kurulun bu yetkisi TTK m. 408/2 uyarınca devredilemez yetkilerdendir. Yönetim kurulu yalnızca genel

¹³¹⁴ Gürbüz Usluel, s. 130.

¹³¹⁵ Gürbüz Usluel, s. 91.

¹³¹⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 695.

¹³¹⁷ Erenoğlu, s. 200; Gürbüz Usluel, s. 94; Veliye Yanlı, “Yeni Ticaret Kanunu ve Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtım”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 30(1), 2014, s. 5-34, s. 23.

¹³¹⁸ Erenoğlu, s. 200.

¹³¹⁹ Pulaşlı, **Cilt III**, s. 1918.

¹³²⁰ Eberle, **Art. 660**, s. 1639.

kurulun bu kararını uygulamakla yetkilidir; ancak bu kararı uygularken basiretli bir tacir gibi hareket etmelidir¹³²¹. Genel kurul ise bu yetkisini keyfilik ve hakkın kötüye kullanılması sınırına uygun olarak kullanmak zorundadır¹³²². Alman hukukunda ise kâr payı dağıtılmayıp yedek akçelere aktarılabaksa, genel kurulun bu yönde karar verebilmesi için esas sözleşmede ayrıca hüküm bulunması gerektiği ifade edilmektedir¹³²³. Genel kurul eğer yıllık kârı mevcut yedek akçelerden başka bir yedek akçeye ayıracaksa, söz konusu yedek akçenin de esas sözleşmede yer alması gerekir. Alman hukukundaki bu yaklaşımın sebebi ise genel kurulun keyfi ve hakkaniyete aykırı davranmasının önüne geçmektir.¹³²⁴

Bu kapsamda genel kurul kâr payı dağıtmadığında ya da yetersiz dağıttığında, kâr payı dağıtımına ilişkin genel kurul kararının mahkemece iptâlî mümkündür.¹³²⁵ Mahkeme iptal davası sonunda yalnızca kararın kısmen veya tamamen iptâlîne karar verecek, dava konusu genel kurul kararını yenilik doğurucu anlamda değiştiremeyecektir. Öte yandan, pay sahiplerinin TTK m. 531 ve TTK m. 636/3 uyarınca haklı sebep nedeniyle fesih davası açmaları halinde mahkeme fesihden başka bir şeye de karar verebileceğinden, kâr payı dağıtımına da karar verebileceği ifade edilmektedir.¹³²⁶

Kâr payının hak sahipleri için alacak, şirket için borç haline dönüşmesi, genel kurulun kâr payının dağıtımını kararıyla gerçekleştir. Diğer bir deyişle kâr payı hakkı, geciktirici şarta bağlı bir talep hakkıdır. Genel kurulun dağıtım kararı şartı gerçekleştiğinde alacak hakkı doğar; bu karardan sonra dağıtım kararının geri alınması veya kararlaştırılândağıtım oranının düşürülmesi mümkün değildir¹³²⁷. Alacak hakkına dönüşen kâr payının muaccel olması ise genel kurulun belirlediği ödeme

¹³²¹ Turgut S. Erem, “Anonim Şirketlerde Kâr Tevzii Dolayısıyla Pratikte Karşılaşılan Bazı Meseleler”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 5(2), 1969, s. 179-194, s. 180.

¹³²² Gürbüz Usluel, s. 95; Pulaşlı, **Cilt III**, s. 1921. Bunun yanı sıra anonim şirketin nihaî amacının kâr elde etmek ve paylaşırma olması paysahipleri arasında sınırsızlık ve açgözlülük şeklinde de yorumlanmamalıdır (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **I**, s. 696).

¹³²³ Bayer, Rn. 11.

¹³²⁴ Bayer, Rn. 25.

¹³²⁵ Pulaşlı, **Cilt III**, s. 1921.

¹³²⁶ Pulaşlı, **Cilt III**, s. 1923. Doktrinde genel kurulun kâr dağıtımına ilişkin karar almadığının tespiti davası açılıp genel kurulun bu dava sonrasında kâr payı dağıtımını kararı almaya zorlanabileceğinin mümkün olduğu da ifade edilmektedir (Gürbüz Usluel, s. 192).

¹³²⁷ Gürbüz Usluel, s. 191.

zamanında gerçekleşir.¹³²⁸ Böyle bir tarih belirlenmemişse kâr payı alacağı genel kurul kararıyla muaccel olacak, TBK m. 90 uyarınca ifâsı da derhal talep edilebilecektir¹³²⁹. Kâr payı dağıtımını yapılmamasına ilişkin mahkemece karar verilse dahi, alacak hakkının doğması için genel kurulun yine de dağıtım kararı vermesi şarttır¹³³⁰. Öte yandan, her ne kadar TTK m. 408/2(d) uyarınca yönetim kurulunun kâr payı belirleme yetkisi yoksa da, belirlenen kâr payının dağıtılma zamanını belirleme yetkisinin yönetim kuruluna bırakılabileceği ifade edilmektedir.¹³³¹ Yönetim kurulu bu halde herhangi bir gün tespit etmezse kâr payı alacağının hesap döneminin son gününde muaccel olduğu kabul edilmelidir¹³³². Kâr payı alacaklarında zamanaşımı ise TBK m. 147 uyarınca beş yıldır¹³³³.

1.6.1.2 Kâr Payı ile İlgili Uyuşmazlıklar ve Zorunlu Arabuluculuk

a) Pay Sahibinin Ödenmeyen Kâr Payından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

Genel kurul kârın dağıtılması kararı vermedikçe kâr payının alacak davasıyla talep edilmesi mümkün değildir¹³³⁴. Genel kurulun dağıtılmasına karar verdiği kâr payından kaynaklı alacaklar, pay sahibine şirkete karşı sözleşmeden kaynaklı bir talep hakkı sağlar.¹³³⁵ Dolayısıyla kâr payı alacağı muaccel olan pay sahibi, genel kurul kararı da mevcutsa¹³³⁶, alacak davasıyla bunu talep edebilecektir.

Daha öncede belirtildiği üzere genel kurulun kâr dağıtımına karar vermemesi halinde kâr payı alacağı için pay sahibinin talep hakkı bulunmamaktadır. Bunun için

¹³²⁸ Bahar/Peyer, **Art. 660/661** s. 16; Mevci Ergün, **Anonim Şirketler Hukuku**, Ankara 2021, Yetkin Yayınları, s. 890-891; Gürbüz Usluel, s. 191; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **I**, s. 702; Pulaşlı, **Cilt III**, s. 1930.

¹³²⁹ Domaniç, s. 838.

¹³³⁰ Domaniç, s. 824.

¹³³¹ Pulaşlı, **Cilt III**, s. 1931.

¹³³² Gürbüz Usluel, s. 193.

¹³³³ Pulaşlı, **Cilt III**, s. 1932. 2038 sayılı Şirketlerin Müruruzamana Uğrayan Kupon, Tahvilat ve Hisse Senedi Bedellerinin Hazineye İntikali Hakkında Kanun m. 1 “Anonim ve limited şirketleriyle sermayesi eshama ayrılmış komandit şirketlerin komanditlere ait hisse senetlerinin ve tahvillerinin kanuni mazeret bulunmaksızın beş senelik müruruzamana uğrayan faiz, temettü ve ikramiye gibi menfaatleriyle bu şirketlerin hisse senetleri ve tahvillerinden bedele inkilâp etmiş olanlarının on senelik müruruzamana uğrayan bedelleri Devlete intikal eder.” hükmünü düzenlemekteydi. Bu kanunun tüm maddeleri Anayasa Mahkemesi’nin 10.04.2019 tarih ve 2018/136E. 2019/21K. numaralı kararıyla iptal edilmiştir.

¹³³⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **I**, s. 702.

¹³³⁵ Bahar/Peyer, **Art. 660/661** s. 16.

¹³³⁶ Lieder, s. 413.

öncelikle kâr payının dağıtılmamasına ilişkin kararın iptâlî gerekir¹³³⁷. Aynı şekilde verilen genel kurul kararındaki kâr payı dağıtımının içeriğine ilişkin bir iptal davası açılmışsa, kâr payı alacağının pay sahibine ödenmemesi gerekir¹³³⁸. Ancak, TTK m. 348/3 uyarınca kurucu intifâ senedi sahipleri, genel kurulun kâr dağıtım kararı olmasa dahi kâr payı alacağını talep edebilmektedirler¹³³⁹.

Genel kurulun kâr dağıtım kararı vermesi ancak ödeme zamanını göstermemesi halinde, derhal ifâsı ve icrası mümkün olan kâr payı alacağından dolayı şirketin temerrüde düşürülmesi için, alacaklı pay sahibinin TBK m. 117 gereği ihtarda bulunması gerekmektedir.¹³⁴⁰

Pay sahibi genel kurul kararının alınması üzerine, diğer pay sahiplerine kâr payı ödenmesine rağmen kendisine ödenmediğini ispat ederek mahkemeden alacağını isteyebilir. Bu davada mahkeme pay sahibinin şirketi davadan önce temerrüde düşürüp düşürmediğini tespit ederek, temerrüde düşürmediyse dava tarihinden itibaren temerrüt faizine hükmetmelidir.¹³⁴¹

¹³³⁷ “Davacının da katıldığı davalı şirketin 21.04.2000 tarihli genel kurul toplantısında, gündemin 4. maddesi görüşülerek bilançoda gösterilen karın kanuni yedekler ve vergiler düşüldükten sonra dağıtılmamasına oybirliği ile karar verilmiş olmasına göre, bu karar iptal ettirilmedikçe şirket ortaklarının kâr payı isteyemeyecekleri gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken, değinilen olguya dayalı davalı savunması dikkate alınmadan ve tartışılmadan sanki uyumsuzluk davasının talep edebileceği kâr payının miktarının ne olduğundan ibaretmiş gibi yazılı biçimde karar verilmesi doğru görülmemiştir.” (Yargıtay 11 HD 2002/6988E. 2002/10119K. 07.11.2002, <https://legalbank.net/belge/y-11-hd-e-2002-6988-k-2002-10119-t-07-11-2002-sirket-kar-payinin-dagitimi/395652/%22kar+pay%c4%b1%22>, erişim tarihi: 26.07.2022).

¹³³⁸ Lieder, s. 413.

¹³³⁹ “... davalı şirketin 1991 yılı sonuna kadar kurucu hisseler payının dağıtıldığını, 1991 yılından 1997 yılına kadar 7 yıl süre ile karını ihtiyatlara aldığını, sonra ihtiyatların sermayesine ilave suretiyle dolaylı olarak ortaklara dağıtıldığını, kuruculara hiç *kardan pay* verilmediğini, kurucu pay sahiplerinin alacaklı üçüncü kişi olduklarından genel kurul kararına da ihtiyaç bulunmadığını ileri sürerek, davalı şirketin 1998 yılında şirket bilançosu aktifinde bulunan gayrimenkul satışından doğan kardan sahibi bulunduğu 10 adet kurucu hisse senedine ödenmesi gereken 2.352.475.000.-TL *kar payı* ve işleyecek faizin reeskont faizi ile davalı şirketten tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir... davacının 1998 yılı *kar payı* ile ilgili olarak genel kurul iptal davası açmaya gerek olmadan koşulları oluştuğunda ana sözleşme uyarınca ödenmesi gereken *kar payından* hissesine düşen tutarı isteyebileceği nazara alınarak, şirketin karı dağıtmayarak fevkalade ihtiyatlara ayırmasının ekonomik gerekliliğinin bulunup bulunmadığı uzman bilirkişiler aracılığı ile incelettiler neticesine göre bir karar vermek gerekirken, anılânhususlar nazara alınmadan ve yerinde bulunmayan gerekçelerle birleşen davanın da reddine karar verilmesi doğru olmamış, hükmün bu nedenle davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir...” (Yargıtay 11. HD 2008/4676E. 2010/1315K. 05.02.2010, <https://legalbank.net/belge/y-11-hd-e-2008-4676-k-2010-1315-t-05-02-2010-anonim-sirketlerde-kar-payi-dagitimi/721103/%22kar+pay%c4%b1%22>, erişim tarihi: 26.07.2022).

¹³⁴⁰ Domaniç, s. 838.

¹³⁴¹ Ergün, s. 892.

Her ne kadar kâr payı hakkı sadece kâr payının ödenmesine değil, aynı zamanda dağıtılmasına ilişkinse de¹³⁴², TTK m. 5A anlamında dava şartına tabi olacak uyuşmazlıklar, maddenin kapsamı itibariyle muaccel olmuş kâr payı alacakları için açılacak alacak davaları olacaktır. Bu durumda alacaklı pay sahibinin talebi, olağan bir eda talebi olduğundan¹³⁴³, kanaatimizce şirketler hukuku bakımından bir özellik göstermeyecektir. Dolayısıyla sürdürülecek zorunlu arabuluculuk sürecinin de şirketler hukuku sınırlamalarına kanaatimizce takılmayacaktır.

b) Haksız Alınan Kâr Payının ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Haksız Kazanç Payının İadesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

Kâr payını haksız yere veya kötü niyetle alan pay sahipleri iade ile yükümlüdür (TTK m. 512). Hüküm her ne kadar pay sahiplerinden bahsetmekteyse de intifâ senedi sahipleri, kurucular ve kâra katılândığı kişiler de girmektedir¹³⁴⁴.

Kâr payının iadesinin istenebilmesi için öncelikle kâr dağıtımının yapılmış olması gerekir. Bunun içinse kâr payını alan kişinin hesabına ödeme yapılmış olmalıdır; şirket defterlerine bu yönde kayıt düşülmesi yeterli değildir.¹³⁴⁵

Kâr payının dağıtımının haksız olması, iade için bir diğer koşuldur. Burada haksız yere kâr payı almadan kasıt, Türkiye Muhasebe Standartları'na aykırı düzenlenen bilançoya göre dağıtılânkâr payını almaktır. Özellikle finansal tablolar hazırlanırken kâra ilişkin rakamların olduğundan farklı gösterilmesi ve buna dayanarak genel kurul kararıyla kâr dağıtılması halinde alınan kâr payı haksız olmaktadır¹³⁴⁶. İadenin istenebilmesi için, kâr payı dağıtımına ilişkin genel kurul kararının iptal edilmesi veya kararın butlanla sakat olması gerekmektedir.¹³⁴⁷

Bunun için pay sahiplerinin kâr payını haksız aldığını bilmesi veya bilebilecek durumda olması gerekmektedir. Bu hususta pay sahibine açılacak davada şirket, pay

¹³⁴² ThomasWeber/ Jonas Mark, “Durchsetzung von Aktionärsrechten im Wege der Leistungs- oder Unterlassungsklage”, **Handbuch Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten** (Herausgeber: Kim Lars Mehrbrey), Köln 2020, Carl Heymanns Verlag, Rn. 302.

¹³⁴³ Weber/Mark, Rn. 304.

¹³⁴⁴ Gürbüz Usluel, s. 195.

¹³⁴⁵ Gürbüz Usluel, s. 197.

¹³⁴⁶ Gürbüz Usluel, s. 198.

¹³⁴⁷ Gürbüz Usluel, s. 197; Pulaşlı, **Cilt III**, s. 1934.

sahibinin kötü niyetli olduğunu ispat yükü altındadır.¹³⁴⁸ Pay sahibinin genel kurulda olumlu ya da olumsuz oy kullanması kötü niyetin varlığını göstermemektedir. Hakim pay sahipleri, aile şirketleri ve küçük kapalı anonim şirketlerde pay sahiplerinin kâr payının haksız dağıtıldığını bilme derecelerinin birbirinden farklı olduğu; buradaki iyi niyetin yokluğunun bir karine olduğu ve özellikle hakim pay sahiplerinin bilançonun kanuna aykırı olduğunu bilerek katıldığı genel kurulda alınan kâr dağıtım kararının iyi niyetle alınmadığından hareketle bu pay sahiplerinin iyiniyetli olduklarını ispat etmeleri gerektiği görüşü de ileri sürülmektedir.¹³⁴⁹ Hakim pay sahiplerinin kâr payının haksız dağıtıldığını bilebilecek olmasından hareketle iyi niyetin yokluğu bir karine olarak kabul edilebildiği takdirde, bu nitelikteki pay sahiplerinin bu karineyi çürütmek üzere delil ikame yükü altında olduğunu söylemek daha yerinde olacaktır.

Dağıtım kararının genel kurul toplantısı yapılmadan ya da karar nisabı bulunmadan alınması halinde kâr dağıtılması halinde pay sahiplerinin kötü niyetli olmasalar dahi iade yükümlülüklerinin doğacağı ifade edilmiş, bu durum TTK m. 512'deki kötü niyetin kârın haksız olmasıyla bağlantısı ile açıklanmıştır.¹³⁵⁰ Diğer bir deyişle böyle bir karar olmaksızın dağıtılânkâr payının, iyi niyetle alındığından bahsedilemeyeceği belirtilmektedir.

Haksız ve kötü niyetle alınan kârın iadesi için açılacak davada, pay sahibinin kâr payı alma hakkının da ihlal edilmemesi bakımından, yalnız haksız olarak dağıtılânkısımla faizinin geri ödenmesi istenebilir. Bu davayı şirket adına yönetim kurulu açar.¹³⁵¹ Şirketin tasfiyesi halinde tasfiye memurları, şirket iflas etmişse iflas idaresi dava açmaya yetkilidir. İflas idaresi İİK m. 245 uyarınca dava takip yetkisini alacaklılara devredebilir. Açılacak bu davanın davalısı kârdan haksız şekilde faydalanan kişilerdir.¹³⁵² TTK m. 512/2 uyarınca geri alma hakkı, paranın alındığı tarihten itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.

TTK m. 513/1 “şirketin iflası hâlinde, yönetim kurulu üyeleri şirket alacaklılarına karşı, iflasın açılmasından önceki son üç yıl içinde kazanç payı veya

¹³⁴⁸ Ergün, s. 893; Gürbüz Usluel, s. 198; Pulaşlı, **Cilt III**, s. 1934.

¹³⁴⁹ Gürbüz Usluel, s. 199; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **I**, s. 704.

¹³⁵⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **I**, s. 704.

¹³⁵¹ Pay sahibinin *actio pro socio* niteliğinde dava açabilmesinin ancak şirket idaresinin sermayeyi iade olarak değerlendirilebilecek faaliyetleri bulunması halinde mümkün olduğuna ilişkin bkz. Westmann, **§62**, Rn. 10.

¹³⁵² Gürbüz Usluel, s. 202.

başka bir ad altında hizmetlerine karşılık aldıkları ve fakat uygun ücreti aşan ve bilanço uygun bir ücret miktarına göre tedbirli bir tarzda düzenlenmiş olsaydı ödenmemesi gereken paraları geri vermekle yükümlüdürler” hükmünü düzenlemektedir. İkinci fıkrada ise bu geri verme yükümlülüğünün, sebepsiz zenginleşmeye göre alınması mümkün olmayan kısmı, geri ödeme yükümlülüğüne konu olamaz. Madde yalnızca yönetim kurulunun kazanç paylarının değil, başka bir ad altında hizmetlerine karşılık aldıkları paraların da iadesini düzenlemektedir.¹³⁵³

Yönetim kurulu üyelerinin kazanç payını geri verme yükümlülüğü bakımından ilk şart, kazanç payını almış olmalarıdır. TTK m. 513 haksız ve kötü niyetli olmalarını aramamıştır; yönetim kurulu üyelerinin haksız ve kötü niyetli olmaları halinde ise TTK m. 512 uygulanır. Diğer bir şart, iflasın açılmasından önceki üç yıllık süre içinde kazancın fiilen ödenmiş olmasıdır. Son şart ise kazancın sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri verilebilir olmasıdır. TTK m. 513/2 hükmüyle getirilen bu şartın amacı kazanç payının sebepsiz zenginleşmeye göre geri verilmesini düzenlemektir. Bunun sonucu olarak yönetim kurulu üyesi eğer kötü niyetli ise kazanç payını elinden çıkarmış olması halinde tümünü geri vermekle yükümlü olacaktır.¹³⁵⁴ TTK m. 512/1 hükmü içinse ayrıca uygun ücretin aşılması ve tedbirli tarzda düzenlenmiş bilançoya göre bu tutarların ödenmeyecek olması şartları birlikte aranmıştır. Burada kazanç paylarından farklı olarak dikkati çeken husus, yönetim kurulu üyelerine ödenen diğer paraların haksız olması gerektiğidir.¹³⁵⁵

TTK m. 513 hükmü uyarınca açılacak iade talepli davalarda davalılar kazanç payı alan yönetim kurulu üyeleridir. Davacı taraf ise iflas idaresi veya İİK m. 245 uyarınca dava takip yetkisine sahip olan alacaklılardır.¹³⁵⁶ TTK m. 513 hükmü her ne kadar bu davalar için bir zamanaşımı süresi düzenlememişse de TBK m. 147 uyarınca beş yıllık zamanaşımı süresinin kabul edilmesi gerekir.¹³⁵⁷

Yönetim kurulu üyelerinin haksız yere aldıkları kazanç payı ve haksız alınan kâr payının iadesi davalarının konusu bir miktar paranın ödenmesi olacağından,

¹³⁵³ Gürbüz Usluel, s. 204.

¹³⁵⁴ Gürbüz Usluel, s. 206-207.

¹³⁵⁵ Gürbüz Usluel, s. 209.

¹³⁵⁶ Gürbüz Usluel, s. 208; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 705.

¹³⁵⁷ Gürbüz Usluel, s. 210. İptal davasına ilişkin TTK m. 445’in öngördüğü üç aylık sürenin geçirilmesinden ötürü beş yıllık sürenin bazen kullanılmadığına ilişkin bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 705.

zorunlu arabuluculuğa tabi olacaklardır. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında başvurulacak arabuluculuk sürecinde iade talebiyle karşı karşıya gelen pay sahibi veya yönetim kurulu üyesi ile şirket, davaya konu edebilecekleri haksız alınan tutar ve bunlara işleyecek faiz üzerinde müzakere edeceklerdir. Kanaatimizce, sermaye payı gibi şirketler hukuku bakımından daha fazla sınırlamaya tabi olacak türünde dahi mümkün olmasından hareketle, taksitle ve sair ödeme şekilleri üzerinde anlaşabileceklerdir. Sermaye payı borcunda olduğu gibi¹³⁵⁸ iki taraf da mutabık kaldığı sürece takas üzerinde de anlaşılabilir, bu yapılırken de yine sermayenin korunması ve eşitlik ilkelerine dikkat edilecektir.

Öte yandan haksız kâr payının iadesi için kâr payının dağıtılması gerektiğinden, bu konuya ilişkin genel kurul kararının da bulunması gerekecektir. Bu karar iptal edilmeksizin ya da butlanı veya yokluğu tespit edilmeksizin, dava açılmayacağı gibi zorunlu arabuluculuğa da başvurulamaması gerekir. Ne var ki burada da HUAK m. 15/4 gereği, dava yolunda bir itiraz olarak incelenebilecek bu hususu arabulucunun inceleyebilmesi kanaatimizce mümkün olmayacaktır. Buna rağmen taraflar yine de müzakerelere devam edip bir anlaşma sağlarsa da yönetim kurulu üyelerinin ya da tasfiye memurunun sorumluluğuna ilişkin TTK m. 553'e göre kendilerine dava açılabilirliği kanaatindeyiz.

İflas durumunda pay sahibinin karşı tarafı daha önceden de belirtildiği üzere iflas idaresi veya kendilerine dava takip yetkisi verilen alacaklılar olacaktır. İptal veya butlan ya da yokluğun tespiti suretiyle geçersiz kılınmış bir genel kurul kararı olmaksızın zorunlu arabuluculuk kapsamında bir anlaşmaya varılması ve pay sahibinin anlaşma nedeniyle masaya ödeme yapması mümkün olabilir. Bu sefer esasen geçerli bir genel kurul kararına dayanarak kendisine kâr payı ödenen pay sahibi, alacaklı durumunda olacaktır. Bu pay sahibinin masaya alacağını kaydettirmesi (İİK m. 236) ve bu talebinin reddi halinde sıra cetveline itiraz davası açabileceği düşünülebilirse de (İİK m. 236/5), açılacak bu dava da bir alacak davası olacağından¹³⁵⁹, HUAK m. 18/5 hükmüyle düzenlenen dava açma yasağı nedeniyle, haksız yere ödeme yapan pay sahibinin bu davayı açma imkanının bulunmadığı kanaatindeyiz. Bunun nedeni ise açılacak sıra cetveli davasının, arabuluculuk faaliyeti sonucu varılânanlaşmada

¹³⁵⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm §1.2.2.2.

¹³⁵⁹ Baki Kuru, **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, Ankara 2013, Adalet Yayınevi, s. 1333.

üzerinde anlaşılânhusurlara ilişkin bir dava olmasıdır. Bu sebeple iflas halinde yürütülecek zorunlu arabuluculuk süreçlerinde tarafların müzakerelerde bulunurken daha dikkatli olmaları gerektiği, arabulucuların ise HUAK m. 11 gereği tarafları aydınlatma yükümlülüğü hususunda daha titiz davranmaları gerektiği düşüncesindeyiz.¹³⁶⁰

1.6.2 Tasfiye Payı ve Tasfiye Payına İlişkin Uyuşmazlıklar

Tasfiye payı, şirketin sona ermesi ve tasfiyesi sonucunda, şirketin tüm borçları ve pay bedelleri ödendikten sonra kalan varlıklardan pay sahibine düşen kısımdır¹³⁶¹. Burada dikkat edilmesi gereken, tasfiye payından söz edebilmek için tüm alacakların ödenmesinin her şeyden önce geliyor olmasıdır¹³⁶². Tasfiye payının ileri sürülebilmesi için şirketin sona ermesi gerekmektedir; diğer bir deyişle şirket faaliyette olduğu

¹³⁶⁰ Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi ise sıra cetveline itiraz davalarını zorunlu arabuluculuk kapsamı dışında tutmuştur: “Masaya kayıt ettirilen [iflas kararından önce doğan] iflas alacağının, iflas idaresince tahkik edilerek kısmen veya tamamen reddi halinde; bu kez, iflas alacaklısının, kayıt ve kabul davası açmadan önce, TTK.’nın 5/A maddesine dayalı olarak, ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce zorunlu dava şartı kapsamında arabuluculuğa başvurulması için yasal zorunluluk bulunmadığı; çünkü, yukarıdaki ayrıntılı açıklamalar kapsamında, iflas tasfiyesinin, genel paradigmasına, niteliğine ve uygulamasına aykırı bulunduğu gibi iflas tasfiyesinin kısa zamanda ve en az masrafla sonuçlandırılması ilişkin somut ilkelere de aykırı bulunduğu ve ayrıca, İflas alacağının iflas idaresince bir kez reddettikten sonra, arabuluculuk sürecinde ve diğer alacaklıların katılımı olmaksızın bu kez tamamen ve/veya kısmen kabulünün masanın menfaatine bir temsil biçimi olarak da kabul edilemeyeceği gibi davacı/iflas alacaklısının bu şekilde yeni süreçlere başvurmak zorunda bırakılması İİK.’nin 235. maddesinden doğan dava hakkını kısıtlamaktadır. Yukarıda açıklanan nedenlerle; kayıt kabul davası açılmadan önce zorunlu arabuluculuğa başvurulması yönünde bir dava şartı bulunmadığı gibi iflas idaresinin de arabuluculuk görüşmesine katılma yetkisinin bulunmadığı [farklı gerekçeleri ile benzer nitelikte kararlar: Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesi’nin 11/09/2019 tarih ve E:2019/1895 K:2019/1297; Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi’nin 25/10/2019 tarih ve E:2019/1849 K:2019/1239; Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi’nin 06/12/2019 tarih ve E:2019/89 K:2019/72]; bu nedenle, davacı vekilinin istinaf başvurusunun yerinde olduğu değerlendirilmiştir...” (Sakarya BAM 7. HD 2019/95E. 2019/93K 27.01.2020, <https://legalbank.net/belge/sakarya-bam-7-hd-e-2019-95-k-2019-93-t-27-01-2020-iflas-alacaklisinin-kayit-ve-kabul-isteminde-arabu/3868039/%22dava+%c5%9fart%e4%b1+arabuluculuk%22>, erişim tarihi: 06.04.2023). Kanaatimizce mahkemenin burada yaptığı değerlendirme daha çok zorunlu arabuluculuğun iflasta sıra cetveline itiraz davasına uygunluğu çerçevesinde olup, TTK m. 5/A’nın lafzı karşısında alacak davası olarak nitelendirilen bu davada da zorunlu arabuluculuğun uygulanması gerekir. İflasta sıra cetveline itiraz davasının bir alacak davası olmayıp, konusunun yalnızca masaya alacağın kaydedilmesi olduğu, davanın kabul edilmesinin alacağın ödenmesi değil sıra cetvelinin düzenlenmesi sonucunu doğuracağından bahisle, bu davanın zorunlu arabuluculuğa tabi olmadığı yönünde bkz. İstanbul BAM 17. HD 2020/265E. 2020/1077K. 17.06.2020, <https://legalbank.net/belge/istanbul-bam-17-hukuk-dairesi-kararlari-e-2020-265-k-2020-1077-t-17-06-2020/3767228/%22dava+%c5%9fart%e4%b1+arabuluculuk%22+limited>, erişim tarihi: 06.04.2023).

¹³⁶¹ Koch, **AktG §271**, Rn. 3. Dar anlamda sona eren şirketin malvarlığından borçları ödendikten sonra aktiften alınan payı ifade eden tasfiye payı, geniş anlamda şirket sermayesinin azaltılması nedeniyle pay sahiplerine ödenen parayı, sermaye borcunda temerrüde düştüğü için şirketten çıkarılan ortağa iade edilecek parayı ve birleşme, tür değiştirme veya devralmayla sona eren şirketin ortaklarına ayrılânpayları içerir (Domaniç, s. 841-842).

¹³⁶² Koch, **AktG §271**, Rn. 3

sürece pay sahiplerinin tasfiye payı hakkı doğmaz¹³⁶³. Bu bakımdan tasfiye payı da geciktirici şarta bağlı bir haktır.¹³⁶⁴

Tasfiye payı hakkı paydan ayrı olarak kullanılamaz ve alacak hakkı haline gelmeden tek başına devredilemez, rehnedilemez ve intifâ hakkına konu olamaz. Aynı zamanda şirketin temel yapısıyla ilgili olmaması, TTK m. 543/1 ve TTK m. 507/1'in lafzından yola çıkarak vazgeçilmez hak olmadığı, TTK'nın eski Ticaret Kanunu'nun aksine bu yönde düzenlemesi bulunmamasından hareketle de müktesep hak olmadığı belirtilmektedir.¹³⁶⁵

TTK m. 507/1 uyarınca şirket sona erdiğinde her pay sahibi, esas sözleşmede başka bir hüküm olmadıkça tasfiye payını kendi payı oranında alır. Tasfiye payının paylara oranlı dağıtımı, yine eşitliği sağlamak amacı taşır¹³⁶⁶. Ancak esas sözleşmeye konulacak hükümle ya da tüm pay sahiplerinin oybirliği ile yapılacak esas sözleşme değişikliğiyle tasfiye payının pay sahiplerine verilmesi yerine üçüncü kişilere tahsis edilmesi mümkündür. Ayrıca pay sahipleri haklarının sınırlandırılmasına ilişkin genel kurallara uyularak, tasfiye payı azaltılabilir. Bunu yaparken şirket menfaatlerine uyulması, objektif olarak gerekli olması, eşit işlem ilkesine uygun ve hakların en az zarar göreceği şekilde davranılması gerekmektedir.¹³⁶⁷ Ayrıca, esas sözleşmeyle tasfiye payı üzerinde imtiyaz oluşturan paylar ile tasfiye payına katılma hakkı veren intifâ senetleri de çıkarılabilir (TTK m. 478/1, TTK m. 503).

Tasfiye payı, TTK m. 543 düzenlemesi uyarınca gerekli çağrılar yapıldıktan sonra pay sahiplerine dağıtılır¹³⁶⁸. Muaccel olabilmesi içinse kesin bilançonun genel kurulca tasdiki şarttır. Bu karar olmaksızın tasfiye memurlarının dağıtım yapması mümkün değildir.¹³⁶⁹ Bunun yanı sıra pay sahibinin tasfiye payının ödenmesini isteyebilmesi için, tasfiye payı dağıtımının yapıldığı anda pay sahibi sıfatına sahip

¹³⁶³ Şengül Al Kılıç, "Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Tasfiye Payı Alma Hakkı", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXIII S. 4, 2019, s. 47-97, s. 49; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **II**, s. 3; Pulaşlı, **Cilt III**, s. 1942.

¹³⁶⁴ Pulaşlı, **Cilt III**, s. 1942.

¹³⁶⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **II**, s. 2. Vazgeçilmez hak olmadığı ancak nisbi müktesep hak olduğu yönünde bkz. Al Kılıç, s. 52-53.

¹³⁶⁶ Koch, **AktG §271**, Rn. 6.

¹³⁶⁷ Al Kılıç, s. 54; Pulaşlı, **Cilt III**, s. 1943.

¹³⁶⁸ Ayrıca şirketin tasfiye ile sona ermesi hallerinde tasfiye payının pay sahibine ödenmesi için, şirket borçları ödendikten sonra müsbet bakiyenin kalması gerekir (Domaniç, s. 843; Şener, s. 655).

¹³⁶⁹ Pulaşlı, **Cilt III**, s. 1949.

olması gerekmektedir¹³⁷⁰. TTK m. 543/3'te yer alan "esas sözleşme ve genel kurul kararında aksine hüküm bulunmadıkça, dağıtma para olarak yapılır" ifadesinin de tasfiye payının genel kurul kararıyla alacak hakkına dönüşeceğini gösterdiği ifade edilmektedir. Tasfiye payının alacak hakkına dönüşmeden devri, ancak payın devri ile birlikte olduğunda mümkündür. Aynı şekilde rehin ve haciz işlemlerinin uygulanabilmesi de paya bu işlemlerin uygulanmasıyla mümkün olacaktır.¹³⁷¹

Pay sahibinin tasfiye payına katılım hakkı, sermaye borcu olarak yaptığı ödemelerle orantılı olarak hesaplanır. Pay bedellerinin tamamını ödeyen pay sahipleri tasfiye bakiyesine tam olarak, kısmen ödeyen pay sahipleriye ödedikleri oranda tasfiye payına katılırlar.¹³⁷²

Tasfiye payının dağıtımı şirket borçlarının tamamen ödenip alacaklılara üçüncü çağrının yapılmasından itibaren bir yıllık sürenin geçmesiyle yapılabilir. Ancak mahkeme kararı ile hal ve duruma göre alacaklılar için bir tehlike bulunmadığı takdirde bir yıl geçmeden de dağıtım yapılabilir (TTK m. 543/2). Mahkeme bu kararını tüm defter ve kayıtları bilirkişi aracılığıyla inceledikten sonra verir. Bunun dışında bir yıllık süre geçmeksizin dağıtım yapılması halinde tasfiye memurlarının sorumluluğu doğar. Tasfiye payı alacağı genel zamanaşımına tabidir.¹³⁷³

Tasfiye payı para olarak ödenebileceği gibi esas sözleşmeyle veya genel kurul kararıyla başka şekillerde tasfiye payı verilmesi de kararlaştırılabilir. Ancak bazı ayınların tasfiye dışı bırakılması tehlikesi nedeniyle doktrinde tasfiye payının kısmen veya tamamen ayın olarak dağıtılmasının mümkün olmadığına dikkat çekilmektedir.¹³⁷⁴

Tasfiye payının haksız ödenmesi halinde TTK m. 512'nin uygulanamayacağı, bu maddenin yalnızca kâr payı ve hazırlık dönemi faiziyle ilgili olduğu belirtilmiştir. Bu sebeple haksız tasfiye payının iadesi için sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmektedir.¹³⁷⁵

¹³⁷⁰ Al Kılıç, s. 57.

¹³⁷¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, II, s. 4.

¹³⁷² Tuğrul Ansay, **Anonim Şirketler Hukuku Dersleri**, Ankara 1970, Sevinç Matbaası, s. 205.

¹³⁷³ Pulaşlı, **Cilt III**, s. 1950.

¹³⁷⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, II, s. 3.

¹³⁷⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 704. Haksız alınan tasfiye payının iadesinin, TTK m. 547 gerekçesinde ek tasfiyeye yol açabilecek sebeplerden birinin pay sahiplerince haksız alınmış tasfiye

Tasfiye payının ödenmesine ilişkin açılacak davalarda da, dava konusu bir para alacağının ödenmesi olduğundan, TTK m. 5A hükmü gereği zorunlu arabuluculuğa başvurulması gerekecektir. Davacı pay sahibinin tasfiye halindeki şirkete karşı açacağı dava öncesinde yürütülecek bu arabuluculuk sürecinde dava takip yetkisi ise tasfiye memurunda olacaktır. Kâr payı alacaklarında olduğu gibi tasfiye payı alacaklarında da şirketler hukuku bakımından ayırt edici bir özellik bulunmadığı, öte yandan pay sahibinin sermaye borcu ile takas üzerinde tarafların anlaşmasının mümkün olduğu kanaatindeyiz.

1.7 Yapı Değişikliklerine Özgü Davalar

1.7.1 Yapı Değişikliği Hallerinde Ortakların ve Üçüncü Kişilerin Durumu

1.7.1.1 Birleşme Halinde Ortaklar ve Üçüncü Kişiler

Birleşmeye katılânsirketlerin hukuki yapısı değişmekte, ortaklar da bundan etkilenmektedir. Bu sebeple ortaklık haklarının devamlılığı ilkesi geçerlidir.¹³⁷⁶ Birleşme ister devralma ister yeni kuruluş şeklinde olsun, geçerli olan ilke ortaklığın devamıdır. Birleşmede ortaklığın devamı ilkesi, eşit hakları içeren ve devrolunan şirkette birleşme nedeniyle sona eren pay ve ortaklık haklarının, katılım payının değerini karşılayacak şekilde talep edilebilmesini ifade etmektedir.¹³⁷⁷ Buradaki devamlılık devrolunan şirketlerin malvarlığından kaynaklanan, yalnızca akçe bakımından değil, haklar bakımından da geçerli olan bir devamlılıktır.¹³⁷⁸ Devamlılık ilkesinin ortaklar için getirilmesinin sebebi, özellikle devreden şirket ortaklarının, devralan şirketin yeni bir oluşum teşkil etmesiyle daha farklı koşullara tabi olmaları, yeni şirketin yönetiminin ve iş alanlarının genellikle farklılık arz etmesidir. Bu durumda örneğin devralan şirket ortaklarına karşı da, devreden şirket ortaklarının seçtiği yöneticiler, birleşme sözleşmesinin ve birleşme sürecinin dürüstlük ve özen

payları için geri verme davasının açılması ihtiyacı olarak gösterilmesinden hareketle, ek tasfiye yoluyla mümkün olduğu yönünde bkz. Al Kılıç, s. 87.

¹³⁷⁶ Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Brigitte von der Crone/Karin Ingber, *Das Fusionsgesetz*, Zurich 2017, Schulthess Juristische Medien, s. 138; Pulaşlı, *Cilt I*, s. 241.

¹³⁷⁷ Pulaşlı, *Cilt I*, s. 246.

¹³⁷⁸ Pulaşlı, *Cilt I*, s. 241.

çerçevesinde yürütülmesinden sorumlu olacaklardır. Devamlılık ilkesi devralan ve devreden şirket ortaklarının denk seviyeye getirilmesinde etkili olacaktır.¹³⁷⁹

Birleşmeye katılânsirketlerin, birleşme sözleşmesinde, ortaklara, devralan şirkette, pay ve ortaklık haklarının iktisabı ile iktisap olunacak şirket paylarının gerçek değerine denk gelen bir ayrılma akçesi arasında seçim yapma hakkı tanıma imkanları bulunmaktadır (TTK m. 141/1). Buradaki talep karşılanırken, birleşmeye katılânsirketlerin malvarlığı değerleri, oy haklarının dağılımı ve önemli diğer hususlar dikkate alınmalıdır (TTK m. 140/1). “Önemli diğer hususlar” ile anlaşılması gerekenin birleşmeye katılânsirketlerin gelişme olanakları ile birleşmenin ortaya çıkaracağı sinerji gibi hususlar olduğu ifade edilmektedir. Tarafların değişim oranının tespitine dair müzakerelerinde birleşmeye has ölçütlerin de dikkate alınıp, birleşme sonrası durumun değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yapılmaktadır.¹³⁸⁰

Kanun koyucu ayrılma akçesinin türü konusunda bir belirleme yapmamıştır. Bu sebeple, ayrılma akçesinin nakit olarak ödenmesi mümkün olduğu gibi bir menkul değer ile ödenmesine de engel bir durum olmadığı ifade edilmektedir. Yine devralan şirkette pay sahipliği verilmesinin ayrılma akçesi olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir.¹³⁸¹

Ortaklık paylarının değişim oranları belirlenirken, devrolunan şirketin ortaklarına tahsis olunan ortaklık paylarının gerçek değerlerinin onda birini aşmaması şartıyla, bir denkleştirme ödenmesi öngörülebilir (TTK m. 140/2).

Devamlılık ilkesinin istisnaları arasında sayılânbu durumların dışında istisna sayılabilecek başka bir durum da¹³⁸² TTK m. 140/5 uyarınca devralan şirketin intifâ senedi sahiplerine eş değerli haklar tanımak ya da intifâ senetlerini birleşme tarihindeki gerçek değeriyle alması zorunluluğudur.

Açıklanan bu unsurlara uygun değerde pay verilmemesi halinde ortakların, sözkonusu kararın ilanından itibaren iki ay içinde iptal davası açma imkanları

¹³⁷⁹ Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 140.

¹³⁸⁰ Pulaşlı, **Cilt I**, s. 247.

¹³⁸¹ Pulaşlı, **Cilt I**, s. 251.

¹³⁸² Pulaşlı, **Cilt I**, s. 249.

bulunmaktadır (TTK m. 192/1). Bu dava ile ortakların mahkemeden denkleştirme akçesi istemeleri de mümkündür¹³⁸³. Mahkeme tespit edilen pay değişim oranını, ilgili hukuki düzenlemelere uyulup uyulmadığı ve olayların doğru şekilde dikkate alınıp alınmadığı hususlarıyla sınırlı olarak inceleme konusu yapabilir¹³⁸⁴.

TTK alacaklıların¹³⁸⁵ korunmasını ise birleşme sonrası dönem çerçevesinde düzenlemektedir¹³⁸⁶. Bunun sebebi ise birleşmenin şirket malvarlığını azaltıcı değil tam tersine arttırıcı bir etkisinin olması, dolayısıyla genellikle alacaklıların daha güvenceli bir duruma gelmeleriyle açıklanmaktadır. Buna karşılık malî durumun iyileştirilmesi maksadıyla yapılan birleşmelerde alacaklılar için yüksek riziko olabileceği de ifade edilmektedir.¹³⁸⁷ Öte yandan TTK m. 147/2(j) hükmü uyarınca birleşmenin alacaklılar üzerindeki etkisi, birleşme raporunda hukuki ve ekonomik açılardan belirtilmelidir. Ancak bu açıklama alacaklılara değil ortaklara yöneliktir.¹³⁸⁸

TTK m. 157/1 birleşmeye katılân şirketlerin alacaklıları birleşmenin hukuken geçerlilik kazanmasından itibaren üç ay içinde talep ettikleri takdirde devralan şirketin bu alacaklıların alacaklarını teminat altına alacağını düzenlemektedir. Bu imkân, özellikle alacakları halihazırda teminat altına alınmamış alacaklılar için önemlidir¹³⁸⁹. Bu düzenlemede bahsi geçen teminat kişisel veya aynî teminat olabilir. Üç aylık süre içinde ilk başvuran alacaklılara güvence sunulduktan sonra, kalan alacaklılara eşitsizlik olmaması bakımından şirketlerin, bu hususu gözeterek teminat vermeleri gerektiğine dikkat çekilmektedir.¹³⁹⁰ Teminat verilmesi için alacağın şarta bağlı veya çekişmeli olması bir engel arz etmez¹³⁹¹. Her ne kadar kanun koyucu koşulları yerine getirilmesine rağmen teminat gösterilmemesi halinde alacaklının dava hakkını düzenlememiş ise de bu durumda alacaklının teminat talebini mahkeme önünde ileri sürebileceğinin de kabulü gerekir¹³⁹².

¹³⁸³ Pulaşlı, **Cilt I**, s. 246.

¹³⁸⁴ Pulaşlı, **Cilt I**, s. 247.

¹³⁸⁵ Tahvil ve opsiyon sahipleri de alacaklı olarak değerlendirilmektedir (Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 140).

¹³⁸⁶ Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 176.

¹³⁸⁷ Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 176; Pulaşlı, **Cilt I**, s. 288.

¹³⁸⁸ Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 176; Pulaşlı, **Cilt I**, s. 289.

¹³⁸⁹ Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 178.

¹³⁹⁰ Pulaşlı, **Cilt I**, s. 289.

¹³⁹¹ Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 179.

¹³⁹² Pulaşlı, **Cilt I**, s. 290.

Alacakların teminat altına alınması yerine TTK m. 157/4 uyarınca ödenmesi de, diğer alacaklılara zarar vermeme koşuluyla mümkündür. Düzenlemedeki şartın yanı sıra erken ödemenin, alacağın temelinde yer alan hukuki ilişkiyle çelişki içinde olmaması gerektiği de ifade edilmektedir. Bu şartlara uyulmaması halinde ödenen alacak, tasarrufun iptâlî davalarına konu olabilir.¹³⁹³

1.7.1.2 Bölünme Halinde Ortaklar ve Üçüncü Kişiler

Şirketin tamamen veya kısmen ayırdığı malvarlığı, bölünme işlemiyle külli olarak tasfiyesiz şekilde kendiliğinden yeni şirkete geçer. Buna bağlı olarak bölünen şirketin ortakları da yeni oluşan şirkette ortaklık hak ve sıfatlarını edinirler. Ancak, kısmî bölünmede devreden şirketin tüm hak ve yükümlülükleri yeni şirkete geçmez.¹³⁹⁴ Tam bölünmede ise, eski şirket sicilden silinerek, malvarlığının devrolduğu en az iki yeni şirket ortaya çıkmakta; bu yeni şirketlerde devreden şirketin ortaklarının ortaklık hakları temin edilmektedir. Bölünmede, birleşme işleminde olduğu gibi ayrılma akçesi öngörülemez. Azınlık pay sahipleri ortaklıktan ihraç edilemez; ancak anlaşarak şirketten ayrılmaları mümkündür.¹³⁹⁵

Kısmi bölünme “devralma yoluyla bölünme” ve “yeni kuruluş yoluyla bölünme” olarak ayrılmaktadır. Devralma yoluyla bölünmede bölünen şirket malvarlığının bir kısmını başka bir şirkete devretmektedir. Bu halde devreden şirket bakımından bölünme, devralan şirket bakımındansa birleşme mevcuttur.¹³⁹⁶ Yeni kuruluş yoluyla bölünmede ise şirket malvarlığının bir kısmı yeni kurulacak şirkete devredilmektedir. Bu halde de devralan şirkete kuruluşa ilişkin hükümler uygulanır.¹³⁹⁷

TTK m. 161/2(b), “oranların korunduğu” ve “oranların korunmadığı” iki tür bölünmeden bahsetmektedir. Oranların korunduğu bölünmelere simetrik, korunmadığı

¹³⁹³ Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 181.

¹³⁹⁴ Pulaşlı, *Cilt I*, s. 333.

¹³⁹⁵ Pulaşlı, *Cilt I*, s. 335.

¹³⁹⁶ Pulaşlı, *Cilt I*, s. 336.

¹³⁹⁷ Pulaşlı, *Cilt I*, s. 337.

bölünmelere de asimetrik bölünme denilmektedir¹³⁹⁸. Oranların korunmadığı (asimetrik) bölünmelerde ortakların mevcut payları değiştirilerek pay tahsis edilir.¹³⁹⁹

Şirket yapısını değiştiren bölünme işleminde de hakları etkilenen ortaklar için devamlılık ilkesi geçerlidir¹⁴⁰⁰. Ortaklık hak ve payları TTK m. 161/1 uyarınca TTK m. 140'a göre korunur. Esasen ortaklık hakkına aykırılık teşkil eden bölünme, katılım oranlarının yeniden dağılımına ve yeni ortaklık haklarının yaratılmasına sebep olur. Bölünmenin farklı şekillerde düzenlenip uygulanabilmesi nedeniyle ortaklık haklarının devamı ilkesi ayrıca önemlidir.¹⁴⁰¹ Bölünen şirketteki ortaklık oranları ve hakları, yeni şirkette de nitelik ve değer olarak uygun olmalıdır. Bunun dışında, TTK m. 140/2 gereği tahsis edilen payların değerinin yüzde onunu aşmayacak şekilde bir denkleştirme tazminatı da ödenebilir.¹⁴⁰² İsviçre hukukunda bölünmelerde geçerliliği olmayan¹⁴⁰³ denkleştirme tazminatı istisnai hallerde uygulanabilmekte, ancak bölünen şirket ortaklarının mevcut haklarının tam karşılanamadığı hallerde ödenebilmektedir¹⁴⁰⁴. Özellikle asimetrik bölünmelerde olabilecek bu durumda ortağın talebi olmadıkça ödeme yapılamaz¹⁴⁰⁵.

Bölünme işleminde alacaklıların rızası olmaksızın şirket malvarlığının kısmi de olsa devri söz konusudur. Tam bölünmede borçlu da değişmekte, kısmi bölünmede ise borçlunun malvarlığı azalmaktadır. Bu halde alacaklıların da zarar görme ihtimali doğmaktadır.¹⁴⁰⁶ Bu nedenlerle, her ne kadar itiraz hakları olmasa da alacaklıların TTK ile birleşmeye kıyasla daha ayrıntılı düzenlemelerle korunduğu görülmektedir.¹⁴⁰⁷ TTK m. 174 alacaklıların bildirim yapabilmesi ve teminat isteyebilmesi için çağrıda bulunulacağını düzenlemiştir. Bu madde uyarınca yapılacak ilanların yayın tarihinden itibaren üç ay içinde talepte bulunan tüm alacaklıların alacakları, teminat altına alınmak zorundadır (TTK m. 175). Teminat ayni ya da şahsi olabilir; alacaklının muvafakatine bağlı olarak alacağın tümü veya bir kısmı teminat

¹³⁹⁸ Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 272. Azınlık pay sahiplerinin asimetrik bölünmede ekonomik yönden daha fazla etkilendiği ve bu sebeple denkleştirme akçesi talep edebileceği yönünde bkz. Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 274.

¹³⁹⁹ Pulaşlı, **Cilt I**, s. 336.

¹⁴⁰⁰ Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 269.

¹⁴⁰¹ Pulaşlı, **Cilt I**, s. 364.

¹⁴⁰² Pulaşlı, **Cilt I**, s. 366.

¹⁴⁰³ Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 269.

¹⁴⁰⁴ Pulaşlı, **Cilt I**, s. 370.

¹⁴⁰⁵ Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 275.

¹⁴⁰⁶ Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 290; Pulaşlı, **Cilt I**, s. 371.

¹⁴⁰⁷ Pulaşlı, **Cilt I**, s. 372.

altına alınabilir¹⁴⁰⁸. Ancak alacakların tehlikeye düşmediği ispat edildiği takdirde teminat ödenmeyebileceği gibi (TTK m. 175/2), diğer alacaklıların zarar görmeyeceği hallerde teminat göstermek yerine borcun ifâsı da mümkündür (TTK m. 175/3). Bu şartlara uyulmadığı takdirde İİK anlamında tasarrufun iptâlî davası açılması söz konusu olabilir¹⁴⁰⁹.

Bölünmeden önce doğan alacanın ifâsına aykırı hareket edilmesi halinde bölünmeye katılântüm şirketlerin müteselsil sorumlu olmalarının yanı sıra (TTK m. 176/1), kanunda sayılânhallerde birinci derece sorumlu olan şirketin yanı sıra diğer şirketin de ikincil derecede müteselsil sorumluluğu söz konusu olacaktır (TTK m. 176/2). Müteselsil sorumluluk bakımından doktrinde kısmi bölünme halinde yeni oluşturulan şirketin sorumluluğu üzerinde ayrıca durulmuş, alacaklılar bakımından bir değerlendirme yapıldığında alacaklarına kavuşmalarını sağlayacak malvarlığında değişiklik olduğundan ve yeni şirkete devrolacak alacaklar için eşitsizlik yaratılması kabul edilemeyeceğinden, yeni şirketin de sorumluluğunun devam edeceği yönünde görüş belirtilmiştir¹⁴¹⁰.

1.7.1.3 Tür Değiştirme Halinde Ortaklar ve Üçüncü Kişiler

Şirketlerin tür değiştirmesi bir hukuki şekil değişikliği olup, yeni bir şirketin kurulması ve külli halefiyet yoluyla hukuki ilişkilerin geçmesi de söz konusudur. Tür değiştirmenin tanımı ise bir ticari işletmenin ya da şirketin tasfiye edilmeden başka bir şirkete dönüştürülmesi olarak yapılabilir.¹⁴¹¹ TTK m. 180 bir şirketin hukuki şeklini değiştirebileceğini ve yeni türe dönüştürülen şirketin eskisinin devamı olacağını düzenlerken, TTK m. 181 ise geçerli tür değiştirmeleri sınırlı olarak saymaktadır.

Birleşme ve bölünmede olduğu gibi tür değiştirmede de ortaklık haklarının korunması esastır ve devamlılık ilkesi geçerlidir¹⁴¹². TTK m. 183 ilk fıkrasında oydan

¹⁴⁰⁸ Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 292.

¹⁴⁰⁹ Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 293.

¹⁴¹⁰ Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 298.

¹⁴¹¹ Pulaşlı, **Cilt I**, s. 386.

¹⁴¹² Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 351.

yoksun paylar için pay sahiplerine eşit değerde paylar ya da oy hakkını haiz paylar verileceği düzenlenmiştir. İmtiyazlı payların karşılığında aynı değerde paylar verilir ya da uygun bir tazminat ödenir (TTK m. 183/2). İntifâ senetleri karşılığında ise aynı değerde haklar verilir ya da tür değiştirme planının düzenlendiği tarihte gerçek değer ödenir (TTK m. 183/3).¹⁴¹³

Alacaklıların tür değiştirmeden olumsuz etkilenmeleri mümkündür. Örneğin şahıs şirketinin sermaye şirketine dönüşmesi halinde şirket ortaklarının ikinci derece sorumluluklarına dair alacaklıların hakları kaybolabilecektir.¹⁴¹⁴ Bu sebeple daha önce de değinildiği gibi TTK m. 158/1 söz konusu ortakların sorumluluğunun devamını düzenlemektedir. Bu madde uyarınca ileri sürülecek talepler, tür değiştirme kararının ilanından itibaren üç yıllık zamanaşımına tabidir (TTK m. 158/2).

1.7.2 Yapı Değişikliklerine Özgü Davalar Hakkında Genel Bilgi

1.7.2.1 Denkleştirme Davası

Denkleştirme davası TTK m. 191 uyarınca ortaklık haklarının ya da payların gereği gibi korunmaması veya ayrılma akçesinin gereğince belirlenmemesi hallerinde, uygun bir denkleştirme akçesinin saptanması talebiyle ortaklarca açılabilir.¹⁴¹⁵ Böylece üyelik haklarının devamlılığı ilkesine aykırı olarak tespit edilen değişim oranının bir denkleştirme bedeli ödenmesi suretiyle düzeltilmesi amaçlanır¹⁴¹⁶. Bu dava sonucu verilen karar birleşmeye, bölünmeye veya tür değiştirmeye katılân şirketlerin tüm ortakları hakkında hüküm doğurur (TTK m. 191/2). Buna göre aynı durumda olan tüm ortaklar, verilen karara göre şirkete karşı talep haklarını kullanabileceklerdir¹⁴¹⁷.

Denkleştirme davasında her durumda bir ödeme talebinin bulunması gerekmediği; bu davanın ortaklık haklarının korunup korunmadığının ya da ayrılma akçesinin gereği gibi belirlenip belirlenmediğinin tespiti ve denkleştirilmesi amaçlı

¹⁴¹³ Pulaşlı, *Cilt I*, s. 397.

¹⁴¹⁴ Pulaşlı, *Cilt I*, s. 398.

¹⁴¹⁵ Reha Poroy/ Ünal Tekinalp/ Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, İstanbul 2021, Vedat Kitapçılık, s. 201.

¹⁴¹⁶ Fena İpek Kayalı, “Ortaklık Paylarının ve Ortaklık Haklarının İncelenmesi”, *Şirketler Hukuku Şerhi* (editör: Kemal Şenocak), Ankara 2023, Seçkin Yayınları, s. 613.

¹⁴¹⁷ Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 534.

açıldığı ve denkleştirmenin saptanması yönüyle bir inşai dava olduğu doktrinde ifade edilmektedir¹⁴¹⁸. Buna gerekçe olarak yapı değişikliğine ilişkin sözleşmede belirlenen ortaklık payları değişim oranının ya da denkleştirme tutarının, payların ve hakların adet ve değerlerinin doğrularıyla değişmesinin dava konusu olması, böylece mevcut yapı değişikliği sözleşmesi yerine mahkeme kararıyla yeni bir sözleşmenin getirilmesi gösterilmektedir¹⁴¹⁹. TTK m. 191 gerekçesi ise ilk fıkra uyarınca açılacak davanın bir yönüyle bir yeniden yapılandırma davası olduğunu, davacının zarar olarak belli bir tutarı Türk lirası ile ifade edip dava konusu yapmayacağını, hakkaniyete uygun bir denkleştirmenin yapılmasını talep edeceğini ifade etmiştir. Buna göre mahkeme ilgili yapı değişikliğine ilişkin sözleşmeyi veya planı inceleyerek gereken karşılığın ödenmesini karara bağlayacak, bir zarar hesaplaması yapmayacaktır.

Mahkemenin bu dava sonucunda ya davayı reddedecek ya da denkleştirmeye hükmedecektir. Bunun dışında örneğin azınlığa ödeme yapılarak şirketten çıkarılması gibi bir karar veremez. Bu açıdan davacının da talep hakkı sınırlıdır; yalnızca ortaklık haklarının ihlalden bahisle denkleştirmenin tespitini isteyebilecektir.¹⁴²⁰

Davanın konusunu yapı değişikliği esnasındaki değişim oranları oluşturur. Yapı değişikliği sözleşmesinde veya planında belirtilmesi gereken bu oranlara uyulup uyulmadığı mali müşavir bilirkişi marifetiyle belirlenir. Bu şekilde sürecin şeffaflığının sağlanması ve ortakların haklarıyla malvarlıklarının korunması amaçlanır.¹⁴²¹ İsviçre Federal Mahkemesi değişim oranlarının dengesizliği kapsamında; oranların değerlendirilmesinde takdir yetkisi kullanılırken keyfiliğe kaçılmasının, yanlış veya eksik varsayımlara dayanılarak belirleme yapılmasının veya değerlendirme ilkelerinin uygulanmasındaki yanlışlıkların inceleneceği görüşündedir¹⁴²².

Birleşme, bölünme veya tür değiştirmeye ortağın ortaya çıkacak şirketteki payını nakden veya başka bir şirketteki payı aynen alarak ayrılması halinde belirlenen bu ayrılma akçesinin doğru hesaplanıp hesaplanmadığı, hesaplanmamışsa gereken bedelin ödenmesi, hiç dikkate alınmayan hakların karşılıklarının da alınması dava

¹⁴¹⁸ İpek Kayalı, s. 614; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 201

¹⁴¹⁹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 201

¹⁴²⁰ Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 533.

¹⁴²¹ Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 520.

¹⁴²² Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 521.

kapsamına girmektedir.¹⁴²³ TTK m. 191 ile talep edilenin denkleştirme akçesinin saptanması olduğuna, saptanma ibaresinin ödenmesi şeklinde anlaşılması gerektiğine dikkat çekilmektedir. Öte yandan, hedef şirkette intifâ senedi, oysuz pay gibi hakların bulunmaması nedeniyle bir ödeme yapılması öngörülmesi gerekmesine rağmen bu husus hiç dikkate alınmamış veya eksik belirleme yapılmışsa, eksikliğin nakit olarak ödenmesine karar verilmesi de mümkündür.¹⁴²⁴

Denkleştirme davasının davacısı, yapısal değişikliğe katılântüm ortaklar olabilir. Davayı sadece devreden ya da devralan şirketin ortakları açabilecek olup, alacaklıların veya intifâ hakkı sahiplerinin bu davayı açma imkanları bulunmamaktadır. Ortağın ise davayı açabilmesi için yapı değişikliği kararına olumsuz oy vermesi gerektiği, TTK m. 192 ve TTK m. 446/1 hükümleri dikkate alınarak ortağın yapı değişikliği kararına karşı olumsuz oy kullanması gerektiği¹⁴²⁵, olumlu oy veren ortağın daha sonra dava açmasının dürüstlük kuralına aykırılık oluşturabileceği belirtilmektedir¹⁴²⁶. Dava açtıktan ortağın payını devretmesi halinde dava hakkı sona erer; devralan ortak ise yine denkleştirme talebini ileri sürebilir; burada HMK m. 125 uyarınca davaya devam etmek mümkündür¹⁴²⁷.

Davalı ise yapı değişikliğinin türüne göre değişiklik gösterip, kısmi bölünmede özgülünen malvarlığını iktisap ederek değiştirilmesi talep edilen pay düzenine sahip ortak veya ortaklıklara karşı açılmalıdır.¹⁴²⁸ Yalnız İsviçre hukukunda üçlü birleşmelerde (die Dreiecksfusion¹⁴²⁹), denkleştirmeyi yapacak olan taraf hâkim şirket olacağından, devralan şirket ile hâkim şirket arasında mecburi dava arkadaşılığının bulunduğu öne sürülmektedir¹⁴³⁰. Bölünmede ise ister tam ister kısmi bölünme olsun, tüm şirketlerin dava arkadaşı olacağı belirtilmektedir. Tür değiştirmede ise değişen şirkete karşı dava yöneltilecektir.¹⁴³¹

¹⁴²³ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 201.

¹⁴²⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 202.

¹⁴²⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 203.

¹⁴²⁶ Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 521.

¹⁴²⁷ Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 527.

¹⁴²⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 203.

¹⁴²⁹ Üçlü birleşme (die Dreiecksfusion) “bağlı şirketin şirket devraldığı ancak denkleştirmeyi hâkim şirketin yaptığı” birleşme olarak tanımlanmaktadır (Zürich Bezirksgericht, ZR 113/2014 S. 195, 30.04.2014, <https://www.swisslex.ch/de/doc/claw/8a870bbb-d53f-47c9-a527-907ab860d07f/search/161953973>, erişim tarihi: 15.08.2022).

¹⁴³⁰ Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 528.

¹⁴³¹ Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 529.

Tarafların bu davalarda sülh görüşmeleri yapmaları mümkündür. İsviçre hukukunda olası bir sülh sürecinde yine mahkemenin denetiminin bulunmasına, uygun bir denkleştirmeye karar verilip verilmediğinin kontrolünü sağlamasına ihtiyaç olduğu da ifade edilmektedir. Dava sonucu verilecek karar tüm ortakları etkileyeceğinden, özellikle diğer ortaklar aleyhine bir durum oluşmaması bakımından mahkemenin denetiminin önem taşıdığına dikkat çekilmektedir.¹⁴³²

1.7.2.2 İptal Davası

TTK m. 192/1 hükmü yapı değişikliği kararına olumlu oy vermeyip bunu tutanağa geçiren ortakların, iptal davası açabileceğini düzenlemiştir. Buna göre yapı değişikliği sürecinde uygulanacak hükümlere aykırılık, iptal davası açma sebebidir. Burada bahsi geçen aykırılığın her tür aykırılık olabilmesinin yanı sıra¹⁴³³, önemli bir aykırılık olması aranmamakla beraber, yapı değişikliği kararına etkisinin de dikkate alınması gereklidir.¹⁴³⁴

İptal davası denkleştirme davasından farklıdır. Denkleştirme davasında davacının kendisi lehine bir değişim oranına karar verilmesi istenirken, yapı değişikliği sürecini durduramamaktadır. İptal davasında ise davacı ortak esas sözleşmenin ihlalini ileri sürebilirken, geçici hukuki koruma kararıyla birlikte sürecin durdurulması mümkündür. Öte yandan, denkleştirme davası yalnızca ortakların finansal çıkarlarını korur. Oysa iptal davasıyla hem ortakların hem de şirketin çıkarlarının korunması amaçlanır.¹⁴³⁵ Ancak, bu iki dava aynı anda aynı şirkete açıldığında birleştirilmeleri de mümkündür. Böyle bir durumda usûl ekonomisi bakımından önce iptal davası incelenmelidir; bu şekilde değişim oranlarının incelenmesine de gerek kalmayabilecektir.¹⁴³⁶

İptal davasını davacısı yapı değişikliği kararına olumsuz oy veren ortaktır. Bunun yanı sıra bir irade sakatlığı ile olumlu oy vermiş ortaklar da iptal davası açabilirler. Kararın bir yönetim organınca verilmesi halindeyse (TTK m. 192/2)

¹⁴³² Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 533.

¹⁴³³ Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 539.

¹⁴³⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 206.

¹⁴³⁵ Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 547.

¹⁴³⁶ Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 548.

ortağın olumsuz oy vermiş olması şartı aranmaz.¹⁴³⁷ Yönetim kurulu veya alacaklılar davacı olamazlar¹⁴³⁸. Davalı ise değişiklik kararını alan şirkettir. Devrolunan şirket sicilden silindiyse devralan şirkete karşı dava açılır.¹⁴³⁹

İptal davası açıldığında mahkemenin vereceği karar yargılamanın uygun bir aşamasında eksikliklerin giderilmesi için uygun bir süre vermek ve eksiklik giderilmediği takdirde kararı iptal etmektir (TTK m. 192/3).

1.7.2.3 Sorumluluk Davası

TTK m. 193/1 uyarınca “Birleşme, bölünme veya tür değiştirme işlemlerine herhangi bir şekilde katılmış bulunan bütün kişiler şirketlere, ortaklara ve alacaklılara karşı kusurları ile verdikleri zararlardan sorumludurlar.” Burada bahsi geçen sorumluluktan kaynaklanan dava, anonim şirkette yönetim kuruluna ve limited şirkette müdürlere karşı açılacak davadan farklıdır. Çünkü bu dava yapı değişikliği işlemlerine katılâ ortaklara, alacaklılara ve kusurlarıyla zarar veren herkese karşı açılabilir. TTK m. 193/1, bu davanın yanı sıra kurucuların sorumluluklarına dair davaları saklı tutmuştur. Bu yönüyle bu hükmün uygulama alanı da sermaye şirketleridir.¹⁴⁴⁰

Kusur ile değişim oranlarının yanlış belirlenmesi halinde sorumluluk davası, denkleştirme davasına kıyasla ikincil durumda kabul edilmektedir. Denkleştirme davasının kabul edilmesinin ardından ortaklar, değişim oranlarının belirlenmesinde kusuru olan kişilere dava açabilecektir.¹⁴⁴¹

Bu davada davacı zarara uğrayan şirket, ortak veya alacaklı olabilir. Şirket, malvarlığına verilen zararın giderilmesi için dava açabilirken, ortaklar ve alacaklıların kendilerine veya şirkete verilen zararın giderilmesi talepleri arasında ayırım yapılmalıdır. Burada esasen talep edilen, ortağın veya alacaklının kendi zararıdır.¹⁴⁴²

¹⁴³⁷ İsviçre doktrininde olumsuz oy kullanmanın, oy hakkından yoksun ortakların da mevcut olması sebebiyle bir dava şartı olmadığı ifade edilmektedir (Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 542).

¹⁴³⁸ Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 543.

¹⁴³⁹ Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 543; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 206.

¹⁴⁴⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 207. Belirtilmelidir ki burada şirketler topluluğu için geçerli olan TTK m. 202 düzenlemesi ele alınmamıştır.

¹⁴⁴¹ Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 557.

¹⁴⁴² Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 550.

Öte yandan ortaklar, TTK m. 555'e yapılan gönderme nedeniyle tazminatın şirkete ödenmesini isteyebilecektir. Alacaklılar ise sermaye şirketlerinin iflası halinde bu davayı açabilecektir.¹⁴⁴³

Davalılar ise yapı değişikliğine herhangi bir şekilde katılan, maddede yalnızca kusur ibaresine yer verilmesi sebebiyle, kasten veya ihmal ile zarara sebep olan tüm kişilerdir.¹⁴⁴⁴ Bu kişilerin ise konumları ve yetkinlikleri itibarıyla yapı değişikliğinde rol alabilecek ve zarar verebilecek durumda olmaları gerekir. bu şartı sağlamayıp yalnızca yardımcı veya çalışan niteliğindeki kişiler davalı olamazlar. Yönetim kurulunun yanı sıra denetçiler ile bilirkişiler de davalı olabilirler.¹⁴⁴⁵ Yine aynı maddenin son fıkrasında TTK m. 557'ye yapılan atıf dolayısıyla, birden fazla davalının olduğu hallerde farklılaştırılmış teselsül uygulanması da mümkündür¹⁴⁴⁶.

1.7.3 Yapı Değişikliği Davalarında Zorunlu Arabuluculuk

Yapı değişikliği süreçlerinde arabuluculuk, çıkabilecek uyuşmazlıkların önlenmesi bakımından oldukça uygun bir yöntem olarak düşünülebilir. Oluşacak yeni şirketin yapılandırılıp, yaşanması muhtemel veya erken aşamada çıkabilecek uyuşmazlıkların engellenmesinde, sürece dahil olanların olumsuz etkilenmemeleri bakımından, bir arabulucudan destek alınması yararlı olacaktır. Bunun yanı sıra görev dağılımı, organizasyon şeması ya da şirket içi kullanılacak dil gibi konularda da çözüm üretmek bakımından arabuluculuk sürecinin, şirketin işleyişinin aksamaması bakımından da fayda sağlayacağı düşünülebilir.¹⁴⁴⁷

Türk hukuku bakımından değerlendirme yapıldığında, TTK m. 5A'nın uygulanabilmesi bakımından kural olarak ortada bir eda davasının bulunması gerekmektedir¹⁴⁴⁸. Bu durumda sorumluluk davalarının zorunlu arabuluculuğa tabi olduğunu söylemek mümkün olmalıdır. TTK m. 191 uyarınca açılacak denkleştirme davalarının ise inşai dava olduğu görüşü benimsendiği takdirde ise, TTK m. 5/A kapsamında olmayacağının da kabulü gerekir. Bu durumda mahkeme yenilik doğuran

¹⁴⁴³ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 209.

¹⁴⁴⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 209.

¹⁴⁴⁵ Crone/Gersbach/Kessler/Crone/Ingber, s. 551.

¹⁴⁴⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 210.

¹⁴⁴⁷ Hagel, s. 2456.

¹⁴⁴⁸ Bkz. B § 1.2.2.

kararı kesinleştğinde amaçlanan sonuç kendiliğinden gerçekleşecektir. Hükümün icrası da söz konusu değildir¹⁴⁴⁹. Üstelik denkleştirme davası sonunda verilecek karar, tüm ortaklar bakımından sonuç doğuracaktır (TTK m. 191/2)¹⁴⁵⁰. Öte yandan doktrinde yapı değişikliğine özgü davalardan sorumsuzluk davalarının denkleştirme davasına nazaran ikincil konumda olduğu, bunun sebebinin ise denkleştirme davalarında TTK m. 191 ile ileri sürülebilecek talebin uygun olmayan değişim oranıyla sınırlı olmasıyla açıklandığı görülmektedir¹⁴⁵¹.

Denkleştirme davaları bakımından yapılanbu değerlendirmeler ve TTK m. 191'in lafzı dikkate alındığında, denkleştirme davalarında TTK m. 5A hükmüyle getirilen zorunlu arabuluculuğun uygulanmaması gerektiği kanaatindeyiz. TTK m. 191/1'de yer alan *“her ortak... uygun bir denkleştirme akçesinin saptanmasını isteyebilir”* ifadesinden yola çıkarak, TTK m. 5/A'da yer alan konusu bir miktar para olan alacak ve tazminat talebi olma şartının bulunmadığı söylenebilir. Doktrinde öne sürülen inşai dava olduğu görüşü de dikkate alındığında, mahkeme daha önce karar verilmemiş bir denkleştirme akçesini saptamakla yetinecektir. Nitekim, TTK m. 191/2 uyarınca aynı hukuki durumda bulunan tüm ortaklar için mahkemenin vereceği kararın geçerli olması da bu hususu kanımızca desteklemektedir.

1.8 Sorumluluk Davaları

1.8.1 Genel Olarak

Anonim şirketlerde hukuki sorumluluğa ilişkin hükümler, kimlerin sorumlu olduğunu, sorumluluğu gerektiren halleri ve hangi koşullarda sorumlu olunacağını düzenlemektedir.¹⁴⁵² Şirket organlarının sorumluluğu, TTK m. 549 ilâ m. 552'ye dayandırılmış, genel olarak da esas sözleşmeyle kanuna aykırılık temelinde düzenlenmiştir.¹⁴⁵³ Bu hükümlerin düzenlenmesinin amacı, meydana gelen zararların

¹⁴⁴⁹ İpekel Kayalı, s. 615.

¹⁴⁵⁰ İpekel Kayalı, s. 620.

¹⁴⁵¹ İpekel Kayalı, s. 624.

¹⁴⁵² Ancak bilançonun aldatma kastıyla yanlış düzenlenmesi halinde İsviçre doktrininde, haksız fiile ilişkin herkes için geçerli olan hükümlerin de uygulanabileceği ifade edilmektedir. (Thierry Luterbacher, “Vorbemerkungen zu Art. 754-760 OR”, **Kommentar zu den Schweizerischen Haftpflichtrecht** (Herausgeber: Willi Fischer, Thierry Luterbacher), Zürih 2016, Dike Verlag, s.858.)

¹⁴⁵³ Muhammet Özkes/Vural Seven/Nedim Meriç, **Ticaret Hukuku ve Usûl Hukuku Kapsamında Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası**, İstanbul 2021, On İki Levha Yayıncılık, s. 6.

tazmini olduğu kadar, olası zararların ortaya çıkmasını da engellemektir¹⁴⁵⁴. İsviçre OR ise §754 ile şirketin yönetim kurulu, yöneticileri ve tasfiye memurlarının sorumluluğunu, §755 ile de şirketin denetiminde görev alan kişilerin sorumluluğunu düzenlemiştir. Ayrıca bu kişilerin yükümlülüklerinin ihlali halinde sorumlu olacaklarını ifade etmiş, TTK'nın aksine esas sözleşmeye ya da kanuna aykırılık şeklinde bir ifade kullanmamıştır. TTK m. 553'ün bu tercihinin sebebinin olası bir belirsizliğe engel olma amacı taşıdığı da madde gerekçesinde ifade edilmiştir¹⁴⁵⁵.

Alman doktrinde anonim şirketlerde yönetim kurulunun sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin emredici olduğu, esas sözleşmeyle veya bir hizmet sözleşmesiyle bu sorumluluğun kaldırılamayacağı ifade edilmektedir. Bu bağlamda sorumluluğun AktG §93(II)'de belirtilen kapsamı sınırlandırılmayacağı gibi, sorumluluğun niteliği de değiştirilemeyecek veya kusur hususunda aranacak koşulların değiştirilmesi de mümkün değildir.¹⁴⁵⁶ Türk hukuku bakımından ise kanunkoyucu, TTK m. 553/2 ile kanundan veya esas sözleşmeden kaynaklanan görevlerini üçüncü kişilere devreden organ veya kişilerin özen sorumluluğu çerçevesinde sorumluluktan kurtulabileceğini açıkça hükme bağlamıştır. TTK m. 553/2'ye benzer bir anlayışa ise Alman içtihatında rastlamak mümkündür¹⁴⁵⁷.

TTK m. 549 “şirketin kuruluşu, sermayesinin artırılması ve azaltılması ile birleşme, bölünme, tür değiştirme ve menkul kıymet çıkarma gibi işlemlerle ilgili belgelerin, izahnamelerin, taahhütlerin, beyanların ve garantilerin yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olmasından, gerçeğin saklanmış bulunmasından ve diğer kanuna aykırılıklardan doğan zararlardan, belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanlar ile

¹⁴⁵⁴ Koch, **AktG §93**, Rn. 1.

¹⁴⁵⁵ Pulaşlı, **Cilt IV**, s. 2803.

¹⁴⁵⁶ Koch, **AktG §93**, Rn. 4.

¹⁴⁵⁷ “Uzmanlık gerektiren durumlarda bir şirket organının sorumluluktan kurtulabilmesi, alanında uzman ve bağımsız bir profesyonelden görüş alarak meseleleri halletmesi ve bunu gerekli kişilere bildirmesi ile mümkündür. Somut olayda ise bu koşullara rastlanmamaktadır... Açıklığa kavuşması gereken konular bir mali müşavir olmaksızın sadece bir avukatın bilgisiyle çözümlenecek nitelikte değildir... Avukat hukuki çerçeveyi çizebilirken, bir mali müşavir veya vergi danışmanı şirketin finansal durumunu değerlendirmek suretiyle yedek akçelerin olası durumuna dair yorum yapabilir... Bir organ üyesinin görevinin teknik konulardaki uzmanlık eksikliği kapatmak üzere bir profesyonelden yardım almak olduğu düşünüldüğünde, seçim yaparken ilgili kişilerin uzmanlıklarını dikkate alması gerektiği de söylenebilir...” (OLG Stuttgart AG 2010, 133, <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Ffnzg%2F2010%2Fcont%2Ffnzg.2010.141.2.htm&anchor=Y-300-Z-AG-B-2010-S-133&readable=1> , erişim tarihi: 11.01.2023).

kusurlarının varlığı hâlinde bunlara katılanlar sorumludur.” hükmünü düzenlemektedir. Buradaki sayım tahdidi olmayıp örnekseyicidir¹⁴⁵⁸.

TTK m. 550/1’e göre ise taahhüt edilmeyen sermayenin taahhüt edilmiş gibi gösterilmesiyle ödenmemiş sermayenin ödenmiş gibi gösterilmesi; TTK m. 550/2’ye göre ise sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yeterliliğinin bulunmadığını bilerek onay verilmesi, şirket yetkililerinin sorumluluğunu doğurur. Bunun için elbette bir zararın doğması gerekmektedir. Örneğin alacaklılar bakımından, sermaye taahhüdünün yerine getirilmemesi halinde İİK m. 89’a dahi başvurmaları mümkün olmayacağından, bir zararın doğduğu söylenebilir.¹⁴⁵⁹

Bir diğer sorumluluk hali, aynı sermayenin değerlemesinde değeri yüksek veya farklı gösterme ya da başka şekilde yolsuzluk yapma olarak TTK m. 551 ile düzenlenmiştir. Burada bahsi geçen aynı sermayeye değer biçilmesi, şirketin kuruluş aşamasında veya sermaye arttırımında söz konusu olur¹⁴⁶⁰. Şirketin ticari faaliyeti gereği bir ayın edinmesi veya işletmeyi satın almasının, TTK m. 551 kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir¹⁴⁶¹. Bu durumda sorumlu olanlar kusurlarıyla sorumlu olup, yönetim kurulu üyeleriyle yöneticilerin yanı sıra, söz konusu hukuka aykırılığa dahil olan değerlemeyi yapan bilirkişi gibi üçüncü kişiler de sorumlu tutulabilirler. Her ne kadar HMK m. 382/2(e) kapsamında şirkete aynı sermaye konulurken bilirkişi marifetiyle yapılandırma tespiti bir çekişmesiz yargı işi olması nedeniyle mahkeme denetiminin bulunduğu düşünülebilir ise de, bilirkişi raporunda ya da rapora dayanak bilgi ve belgelerde hata yapılması mümkün olduğundan, mahkeme kararı bulunmasına rağmen sorumluluk davasının açılabilmesine dikkat çekilmektedir¹⁴⁶².

Sorumluluğa ilişkin diğer bir düzenleme TTK m. 553’tür. Maddenin birinci fıkrasındaki “kanundan ve esas sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali” unsuru bir yükümlülük ihlalini ortaya koymaktadır¹⁴⁶³. Madde kapsamında yönetim kurulu ve tasfiye memurlarının yanı sıra kurucular da bulunmaktadır. Daha önce de

¹⁴⁵⁸ Özkes/Seven/Meriç, s. 7.

¹⁴⁵⁹ Özkes/Seven/Meriç, s. 8.

¹⁴⁶⁰ Özkes/Seven/Meriç, s. 10; Ünal Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, İstanbul 2015, Vedat Kitapçılık, s. 428.

¹⁴⁶¹ Tekinalp, s. 428.

¹⁴⁶² Özkes/Seven/Meriç, s. 10.

¹⁴⁶³ Özkes/Seven/Meriç, s. 11.

değinildiği üzere İsviçre BK §754'ün yalnızca yönetim kurulu, yöneticiler ve tasfiyeye yetkili kişilerle yetinmesine karşılık, TTK kurucuların da sorumlu olacağını düzenlemiş, madde gerekçesinde bu durum TTK m. 549 ilâ m. 552 ile yapılandırılan düzenlemelerin dışında kalan göreve aykırılıkların olabileceği ile açıklanmıştır¹⁴⁶⁴. Gerçekten de İsviçre doktrininde tüzel kişiliğin organları bakımından kanuni bir tanımın bulunmaması nedeniyle bir belirsizlik olduğu; kanuni ve fiili organ ayrımının da yapılması gerektiği, Federal Yüksek Mahkeme'nin şirketin karar alma sürecinde yer alan ve hukuken ya da fiilen karar verme yetkisini elinde bulunduran kişileri de organ olarak nitelendirdiği ve idari olarak bu şekilde yetkili olma durumunun da sorumluluğun özü olduğu ifade edilmektedir¹⁴⁶⁵. Bu halde İsviçre BK ile karşılaştırıldığında TTK'nın daha sınırlı ve belirli bir düzenlemeyi tercih ettiği söylenebilir. Her ne kadar gerekçe kurucular üzerinde bir değerlendirmede bulunmuşsa da yönetim kurulu üyeleri bakımından da aynı durumun geçerli olduğu, TTK m. 549-552 ile düzenlenmeyen hususların TTK m. 553 kapsamında değerlendirilebileceği söylenebilir.¹⁴⁶⁶

TTK m. 553 ile düzenlenen sorumluluk bir kusur sorumluluğudur ve yönetim kurulu üyeleri şahsi olarak¹⁴⁶⁷ işlem ve eylemlerinden, şirkete kusurlarıyla zarar verdikleri ispatlanabildiği ölçüde sorumlu tutulurlar¹⁴⁶⁸. Sorumluluk bir organ olarak yönetim kuruluna değil, üyelerine aittir; organların organ sıfatıyla sorumlulukları ise farklı koşullara tabidir¹⁴⁶⁹. Yönetim kurulu üyesinin bir tüzel kişi temsilcisi olması halinde, ilgili tüzel kişi sorumlu olacaktır¹⁴⁷⁰. Şahsi sorumluluk bakımından önemli olan sorumlu tutulanların yönetime ilişkin faaliyetlerde ne kadar rol oynadığıdır.¹⁴⁷¹

¹⁴⁶⁴ “İkinci fark, “kurucular”ın da fıkra (kaynağın aksine) anılmış olmasıdır. İsviçre, 754 üncü maddeyi yönetim ve tasfiye ile uğraşanlara özgülemek istemekte, 753 üncü maddede kuruluşa ilişkin sorumluluğun düzenlenmiş olduğu düşüncesine ağırlık tanımaktadır. Oysa kurucuların, Tasarının 549 ilâ 552 nci maddelerine girmeyen görev aykırılıkları olabilir. Çünkü, fark hükmümüzde “kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlerin” ihlâli denilerek sorumluluğu doğuran sebepler somutlaştırılmıştır.” (TTK m. 553 Madde Gerekçesi)

¹⁴⁶⁵ Luterbacher, **Vorbemerkungen**, s.833-834. Alman doktrininde de baskın görüşün fiili durum olduğu, bu nedenle atanmamış olsa dahi şirketin idaresini yürüten kişilerin de AktG §93 anlamında sorumlu olabileceklerine ilişkin bkz. Koch, **AktG §93**, Rn. 73.

¹⁴⁶⁶ Özkes/Seven/Meriç, s. 12.

¹⁴⁶⁷ Luterbacher, **Vorbemerkungen**, s. 838; Hamdi Yasaman, “Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013/2, s. 97-112, s. 99.

¹⁴⁶⁸ Koch, **AktG §93**, Rn. 79; Özkes/Seven/Meriç, s. 33; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **I**, s. 432.

¹⁴⁶⁹ Organların sorumluluğu ise hem hukuk kurallarına hem de diğer organların yetkilerine uyum çerçevesinde değerlendirilmektedir (Koch, **AktG §93**, Rn. 9).

¹⁴⁷⁰ Yasaman, s. 100.

¹⁴⁷¹ Luterbacher, **Vorbemerkungen**, s. 838.

Alman kanunkoyucusu ise yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun temelini, AktG §93(I) ile dürüst ve basiretli yönetici çerçevesinde düzenlemiştir¹⁴⁷². Bu ölçütün odak noktasını, hukuk kurallarına uymaya özen gösterme oluşturmaktadır. Yönetim kurulu üyeleri, şirket tüzel kişiliğini etkileyebilecek tüm hukuki normları dikkate almak zorundadır¹⁴⁷³; buna yargılamada dürüstlük ilkesi ve beyan yükümlülüğü de dahildir¹⁴⁷⁴.

Eski Ticaret Kanunu'nda yer alan kusur karinesi 6102 sayılı Kanun'un kabul edildiği sırada da muhafaza edilmiş, 26.06.2012 tarihinde TTK m. 553'te yapılandırılmışla kaldırılmıştır. Bu değişiklikte birlikte yönetim kurulu üyelerinin kusurları ile zarar verdiklerini ispat yükü davacıya¹⁴⁷⁵ geçmiştir. Davacının bu ispat yükünü yerine getirmesi halinde ise davalının da zarar doğuran işlem veya eyleminde kendisinden beklenebilecek özeni gösterdiğini ya da özen yükümlülüğünü yerine getirmiş olsa dahi aynı sonucun gerçekleşeceğini¹⁴⁷⁶ ispat ederek sorumluluktan kurtulması mümkündür.¹⁴⁷⁷

Yönetim kurulu üyelerinin bu kusura dayanan sorumluluğu aynı zamanda sözleşmesel bir sorumluluk olup, bu kişilerin kanunca ya da esas sözleşmece kendilerine verilen görevleri gereği gibi yerine getirmemeleri, şirketle aralarındaki vekalet sözleşmesinin ihlali niteliği taşır.¹⁴⁷⁸ Ancak, alacaklılar ve paysahipleri kendilerinin uğradığı doğrudan zararları haksız fiil temeline dayanarak isteyebileceklerdir.¹⁴⁷⁹ İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, alacaklı bankanın iflas eden şirketin yönetim kurulu üyeleriyle denetçilerine karşı açtığı sorumluluk davasını İsviçre BK §754-755'e göre değil, haksız fiile ilişkin §41'e göre değerlendirmiştir¹⁴⁸⁰.

¹⁴⁷² Belirtmek gerekir ki buradaki dürüst ve basiretli yönetici kendi varlıklarını değil, üçüncü kişilerin varlıklarını yöneten bir yönetici olarak düşünülmelidir (Koch, **AktG §93**, Rn. 8).

¹⁴⁷³ Koch, **AktG §93**, Rn. 10.

¹⁴⁷⁴ Koch, **AktG §93**, Rn. 11.

¹⁴⁷⁵ Özekes/Seven/Meriç, s. 41.

¹⁴⁷⁶ Luterbacher, **Vorbemerkungen**, s. 851.

¹⁴⁷⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **I**, s. 432; Yasaman, s. 98.

¹⁴⁷⁸ Tekinalp, s. 454; Özekes/Seven/Meriç, s. 20; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **I**, s. 433. Alman doktrininde bu sorumluluğun sözleşmesel bir sorumluluk mu olduğu yoksa AktG §93 ile getirilen özel bir sorumluluk türü mü olduğu sorusunun, esasen pratik bir anlamının olmadığı, AktG §93'ün başlı başına bir talebe zemin oluşturduğu, dolayısıyla borçlar hukuku hükümlerine bu noktada zaten gerek bulunmadığı da ifade edilmektedir (Koch, **AktG §93**, Rn. 71).

¹⁴⁷⁹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **I**, s. 433.

¹⁴⁸⁰ Luterbacher, **Vorbemerkungen**, s. 855.

1.8.2 Doğrudan Doğruya Zarara Dayanan Sorumluluk Davaları

1.8.2.1 Şirketin Doğrudan Doğruya Zararı Dolayısıyla Açacağı Davalar

Şirketin, bir ihlale bağlı ortaya çıkan ilk zararları ile buna bağlı olarak ortaya çıkan zararlar şirket zararlarıdır¹⁴⁸¹. Şirket zararları ise her zaman doğrudan doğruya zarardır ve şirketin paysahipleri veya alacaklıların dolayısıyla zararını talep etmesine imkân yoktur. Paysahibinin veya alacaklının dolayısıyla zararı da şirket zararı olup burada yansıyan zarardan bahsedilemez.¹⁴⁸² Bu zararın nedeni şirket organlarının yükümlülüklerini ihlal etmesinin yanı sıra üçüncü kişilerin faaliyetlerinden de kaynaklanabilir. TTK m. 551 uyarınca şirketin devraldığı bir işletme ya da taşınmazın değerini olduğundan farklı gösteren bilirkişi buna bir örnektir. Davalının üçüncü kişi olduğu bu gibi hallerde şirket adına dava takip yetkisini kullanacak olan, duruma göre yönetim kurulu, tasfiye memuru ya da kayyım olabilir.¹⁴⁸³

Şirketin, kusuruyla zarara neden olan yönetim kurulu üyelerine ya da denetçilere dava açması, kendisini temsile yetkili yönetim kurulu vasıtasıyla mümkündür.¹⁴⁸⁴ Bu davayı açıp açmama veya davayı sürdürecektir temsilciyi ya da vekili belirleme yetkisi ise sorumlu tutulan yönetim kurulu üyesi dışındaki yönetim kurulu üyelerindedir. Genel kurulun sorumluluk davası açılması yönündeki olası bir kararının ancak yönetim kuruluna bir tavsiye olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır.¹⁴⁸⁵ Genel kurulun mevcut bir ibra kararına rağmen yönetim kurulu yine de sorumluluk davası açacaksa, sorumluluk davasını ibra kararının iptâlî davasıyla beraber açması gerektiği de öne sürülmektedir¹⁴⁸⁶. Yönetim kurulu kararı bir dava şartı olmayıp, şirket menfaatlerini koruma ve genel kurula hesap verme yükümü kapsamında yönetim kurulunun iç ilişkiye dönük bir işlemidir. Dolayısıyla hâkim bu kararın mevcudiyetini incelemeyecek, üstelik gecikmesinde sakınca bulunan hallerde şirket temsilcileri karar olmaksızın dava açabileceklerdir.¹⁴⁸⁷

¹⁴⁸¹ Özkes/Seven/Meriç, s. 52.

¹⁴⁸² Luterbacher, **Vorbemerkungen**, s. 840.

¹⁴⁸³ Özkes/Seven/Meriç, s. 92.

¹⁴⁸⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 440.

¹⁴⁸⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 441. 6762 sayılı TTK zamanında, denetçilerin şirket adına yönetim kurulu üyelerine dava açabilmesi için genel kurul kararının bir dava şartı olarak gerekli olduğu yönünde bkz. Kuru, **HMU**, s.1389.

¹⁴⁸⁶ Özkes/Seven/Meriç, s. 96.

¹⁴⁸⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 442.

Şirketin iflas etmesi halinde şirket zararının tazminini müflis şirket talep edemeyecektir¹⁴⁸⁸. İflasla birlikte masaya devrolunan hakların usûl hukuku anlamında talep edilebilirliği, talep edilen hakkın ya da alacağın niteliğinde bir değişiklik doğurmaksızın iflas idaresine geçmektedir.¹⁴⁸⁹ İflas idaresinin dava takip yetkisini kullanması, alacaklılar toplantısı kararıyla sorumluluk davası açılması ya da mevcut sorumluluk davasını devam ettirmesi ile mümkün olacaktır; iflasın kaldırılması ya da kapanmasıyla da dava takip yetkisi sona erer.¹⁴⁹⁰

Aleyhine sorumluluk davası açılânyönetim kurulu üyeleri dava açılmasına ilişkin görüşmelere katılamaz, bu konuya ilişkin toplantılarda oy kullanamazlar. Tüm yönetim kurulu üyeleri hakkında dava açılacaksa, yeni yönetim kurulu seçilinceye kadar her ilgilinin mahkemeden davayı yürütecek bir temsil kayyımı atanmasını istemesi mümkündür¹⁴⁹¹. Bunun için genel kurulun toplanması gerekebilir. Bu halde karar oy çokluğuyla alınmalı ve imtiyaz da kullanılmamalıdır (TTK m. 479/3).¹⁴⁹² Tek kişilik yönetim kuruluna karşı açılacak dava bakımından da yine bir temsil kayyımı atanması istenebilir veya yeni yönetim kurulu üyesi atandığı takdirde, onun bu davayı yürütmesi sağlanabilir¹⁴⁹³.

1.8.2.2 Pay Sahiplerinin ve Alacaklıların Doğrudan Doğruya Zararları İçin Açacakları Davalar

Doğrudan doğruya zarar, paysahipleri ya da alacaklıların, yönetim kurulu üyelerinin işlem ve eylemleri sonucunda, şirketin zararından bağımsız olarak gördükleri zarardır.¹⁴⁹⁴ Buradaki zarar, diğer üçüncü kişilerin uğradığı zarardan farklı olarak, pay sahibi ya da alacaklı sıfatı nedeniyle görülen zarardır. Bu zarara örnek olarak da kanuna aykırı düzenlenen bilançoya güvenerek pay sahibi olma ya da mevcut payları elden çıkarma nedeniyle uğranılân zarar, alacaklar içinse böyle bir bilanço

¹⁴⁸⁸ Özkes/Seven/Meriç, s. 105.

¹⁴⁸⁹ Özkes/Seven/Meriç, s. 106.

¹⁴⁹⁰ Özkes/Seven/Meriç, s. 113.

¹⁴⁹¹ Yasaman, s. 106.

¹⁴⁹² Özkes/Seven/Meriç, s. 97; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 441.

¹⁴⁹³ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 442.

¹⁴⁹⁴ Luterbacher, **Vorbemerkungen**, s. 841; Özkes/Seven/Meriç, **a.g.e.**, s. 53; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 445; Yasaman, s. 104.

güvenerek kredi açmaktan doğan zarar¹⁴⁹⁵ gösterilebilir.¹⁴⁹⁶ Ancak belirtmek gerekir ki şirketin iflası halinde İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi hem pay sahipleri hem de alacaklıların doğrudan zararlarının tazmini taleplerinin daha sınırlı kabul edilmesi görüşündedir¹⁴⁹⁷.

Bu zararın tazmininden kaynaklanan davalarda pay sahipleri veya alacaklılar, davayı kendi adlarına açıp¹⁴⁹⁸, TTK m. 553 vd. hükümlerine göre tazminatın doğrudan kendilerine verilmesini isteyebilirler.¹⁴⁹⁹ Bu nedenle bu davaların temeli sözleşmeye değil haksız fiile dayanır¹⁵⁰⁰. Alacaklıların alacak sıfatıyla ilgili olmayan zararlarıyla ilgili yönetim kurulu üyelerinden tazminat isteyebilmeleri için şirketin iflas etmesi gerekmeksizin, Borçlar Kanunu'nun haksız fiilere ilişkin hükümlerine ve TTK m. 371/5'e göre dava açmaları mümkündür.¹⁵⁰¹

Alacaklının kendi adına dava açabilmesi için şirketten bir alacağının olması gerekmektedir. Bu alacağın malvarlığına ilişkin olması ya da manevi zarardan kaynaklanmasının bir önemi olmadığı, örneğin tasfiye memurunca şirket defterlerinde alacaklı görünen kişinin, alacağının niteliği önem taşımaksızın, alacağını ayırmadan tasfiyeyi sonlandıramayacağı görüşü ileri sürülmektedir.¹⁵⁰² Burada önemli olanın tasfiye memurunun hukuka aykırı işlem ve eylemleriyle üçüncü kişi alacaklıya zarar vermesi olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁰³. Alacaklıların doğrudan zararı ise alacaklarını şirketin tüzel kişiliğinden alamamalarıdır.¹⁵⁰⁴

¹⁴⁹⁵ Özkes/Seven/Meriç, s. 55; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 446.

¹⁴⁹⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 446.

¹⁴⁹⁷ Luterbacher, **Vorbemerkungen**, s. 840.

¹⁴⁹⁸ Özkes/Seven/Meriç, s. 53.

¹⁴⁹⁹ Özkes/Seven/Meriç, s. 88; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 446. Alman hukukunda ise AktG §93 çerçevesinde paysahiplerinin zararlarının tazminini talep etmesi mümkün olmayıp, koşulları da oluşmuşsa ancak haksız fiile dayanarak tazminat istemeleri söz konusu olabilmektedir (Koch, **AktG §93**, Rn. 134).

¹⁵⁰⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 447; Yasaman, s. 105. Dava temelinin sözleşme öncesi sorumluluğa dayandığı yönünde bkz. Luterbacher, **Vorbemerkungen**, s. 840.

¹⁵⁰¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 447. Sorumluluğun kaynağı bakımından farklı görüşlerin bulunmasının sebebi doktrinde, yöneticiler aleyhinde çeşitli davaların açılabilmesi ve şirketin, paysahiplerinin ve alacaklıların açacakları davaların aynı hükümlere bağlanmasının mümkün olmaması ile açıklanmıştır. Ancak anonim şirketlerde sorumluluk davalarının Ticaret Kanunu ile detaylıca düzenlenmiş olması sebebiyle Ticaret Kanunu'na dayandığı ve Ticaret Kanunu'nda boşluk bulunması halinde Borçlar Kanunu'nun vekalet hakkındaki hükümlerinin uygulanması gerektiği de ifade edilmiş, bazı hallerde haksız fiile dayalı dava açılmasının da mümkün olduğu belirtilmiştir (Ansary, **Anonim Şirketler**, s. 124).

¹⁵⁰² Özkes/Seven/Meriç, s. 84.

¹⁵⁰³ Özkes/Seven/Meriç, s. 85.

¹⁵⁰⁴ Özkes/Seven/Meriç, s. 86.

Pay sahibinin doğrudan zararı ise şirket organları ve diğer sorumluların işlem ve eylemleriyle doğrudan kendisine verdiği, esas sözleşme veya kanuna aykırılıktan doğan zarardır. Buradaki zararın TTK m. 553 uyarınca istenebilmesinin yanı sıra, haksız fiil hükümlerine dayanılabileceği de ifade edilmektedir.¹⁵⁰⁵

1.8.3 Dolayısıyla (Şirketin Zararının Tazminine Özgü) Sorumluluk Davaları

Yönetim kurulu üyelerinin şirketin malvarlığını azaltıcı işlem ve eylemlerinin, pay sahipleriyle alacaklıları dolaylı yoldan zarara uğratmaları, pay sahiplerini payları oranında etkilemeleri mümkündür. Bu durumda şirketin gördüğü doğrudan zarar, pay sahipleriyle alacaklılar için dolayısıyla zarar teşkil edebilir.¹⁵⁰⁶ Yönetim kurulu üyelerinin zarara neden olan fiileri sonucunda hisse senetlerinin rayici düşmüş, tasfiye bakiyesi veya kâr payı azalmış olabilir; bu durumda pay sahiplerinin dolayısıyla zararı söz konusudur. Şirketin malvarlığının azalması halindeyse alacaklılar bakımından başvurabilecekleri değerlerde azalma meydana getireceğinden, dolayısıyla zarar ortaya çıkacaktır.¹⁵⁰⁷

TTK m. 555 pay sahiplerinin, TTK m. 556 ise alacaklıların dolayısıyla zararları talep hakkını düzenlemektedir. Dolayısıyla zarar ayrımı esasen davayı kimin açabileceğine ilişkin bir ayrımdır¹⁵⁰⁸. Burada bir kanuni dava takip yetkisi mevcuttur. Dava takip yetkisinin bu şekilde tanınmış olmasının sebebi, şirketin dava açmama ihtimalinin bulunmasıdır.¹⁵⁰⁹ Pay sahiplerine tanınan dava takip yetkisi, tüm pay sahipleri için geçerlidir; belli pay sahiplerine özgülenmiş değildir.¹⁵¹⁰ Üstelik pay sahiplerinin bu davayı açmadan önce şirkete başvurup davayı önce şirketin açmasını talep etme zorunluluğu da yoktur¹⁵¹¹. Aynı paya malik birden fazla pay sahibi olması halindeyse bu kişilerin dava takip yetkisi seçecekleri ortak temsilci vasıtasıyla

¹⁵⁰⁵ Özekes/Seven/Meriç, s. 87.

¹⁵⁰⁶ Özekes/Seven/Meriç, s. 53; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 442; Yasaman, s. 107. Paysahipleri ve alacaklılar dışında kalan üçüncü kişilereyse Borçlar Kanunu'nda düzenlenen haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olacaklardır (Halil Arslanlı, **Anonim Şirketler II**, İstanbul 1959, Fakülteler Matbaası, s. 176).

¹⁵⁰⁷ Luterbacher, **Vorbemerkungen**, s. 841; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 443.

¹⁵⁰⁸ Luterbacher, **Vorbemerkungen**, s. 840.

¹⁵⁰⁹ Anıl Köroğlu, "Pay Sahibi Tarafından Açılân Sorumluluk Davasında Yargılama Giderlerinin Pay Sahibi ile Şirket Arasında Paylaştırılması (Medeni Usûl Kapsamında Bir İnceleme)", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl 9 Sayı 17, Haziran 2021, s. 355-382, s. 357; Hülya Taş Korkmaz, **Hukuk Davalarında Gerçek Tarafın Belirlenmesi**, İstanbul 2021, On İki Levha Yayıncılık, s. 63.

¹⁵¹⁰ Özekes/Seven/Meriç, s. 98.

¹⁵¹¹ Ansay, **Anonim Şirketler**, s. 130.

kullanılabilir¹⁵¹². Şirketin iflası halindeyse pay sahiplerinin dava takip yetkisinin olmadığı, bu yetkinin iflas idaresinde olacağı ifade edilmektedir¹⁵¹³.

Pay sahibinin payı üzerinde intifâ hakkı sahibi olan kişi varsa, sorumluluk davası açısından TTK m. 600/3 dolayısıyla dava takip yetkisine sahip olacaktır. Üstelik aynı hüküm dolayısıyla intifâ hakkı sahibi pay sahibinin menfaatlerini gözetmekle yükümlü olduğundan, sorumluluk davası açmak zorunda da kalabilecektir. Ancak bu durum rehin hakkı sahibi bakımından veya haciz isteminde bulunan kişiler için geçerli değildir. Bu durumda İİK m. 120 hükmü geçerli olabilecektir. ¹⁵¹⁴ TTK m. 558/1'in “şirket genel kurulunun, sorumluluktan ibraya ilişkin kararı, ibranın kapsadığı açıklanan maddî olaylara ilişkin olarak, şirketin, ibraya olumlu oy veren ve ibra kararını bilerek payı iktisap etmiş olan pay sahiplerinin dava hakkını kaldırır.” hükmü nedeniyle pay sahibinin sorumluluk davası açabilmesi için, ibra kararına olumsuz oy vermiş olması da aranmalı, aksi takdirde açacağı dava, dava takip yetkisinin yokluğu sebebiyle reddedilmelidir¹⁵¹⁵. Aynı maddenin üçüncü fıkrası nedeniyle dava açılabilmesi için altı aylık hak düşürücü süreye de uyulması gereklidir.¹⁵¹⁶

Pay sahibinin iddiası şirketin kötü yönetimi olduğundan, uygulamada sorumluluk davasıyla birlikte kayyım atanmasının da istendiğine dikkat çekilmektedir.¹⁵¹⁷ Bunun yanı sıra, iflas hali dışında dolayısıyla zararlar için bir pay sahibine karşı dava açılmayacağı da ifade edilmektedir¹⁵¹⁸.

Pay sahiplerinin dava takip yetkisi, şirketin dava açıp açmamasına bağlı olmayıp, ikinci derece bir yetki olarak nitelendirilemez¹⁵¹⁹. Pay sahibinin dava açıldığı esnada pay sahipliği sıfatını da ispat etmesi gerekir¹⁵²⁰. Bu düzenlemeler uyarınca bu kişiler mahkemeden zararın tazminini talep edip, tazminatın şirkete ödenmesini

¹⁵¹² Özekes/Seven/Meriç, s. 101.

¹⁵¹³ Studer; **Art. 759**, s. 1029; Yasaman, s. 109.

¹⁵¹⁴ Özekes/Seven/Meriç, s. 100.

¹⁵¹⁵ Şirketin yetkili organı aracılığıyla akdedeceği sülhlerin, sorumluluğa ilişkin çıkabilecek uyuşmazlıklara hukuki yönden kesinlik kazandırma işlevi bakımından benzer olduğu, sülhün bu bağlamda “şarta bağlı ibra” olarak değerlendirilebileceği ve genel kurulun onayına sunulduğunda olumlu oy kullanan paysahiplerinin dava haklarını yitireceği yönünde bkz. Maurer, s. 93.

¹⁵¹⁶ Özekes/Seven/Meriç, s. 103.

¹⁵¹⁷ Özekes/Seven/Meriç, s. 102.

¹⁵¹⁸ Studer; **Art. 759**, s. 1029.

¹⁵¹⁹ Özekes/Seven/Meriç, s. 91.

¹⁵²⁰ Taş Korkmaz, s. 75; Yasaman, s. 109.

isteyebilirler. Ancak alacaklıların bu davayı açabilmeleri için şirketin iflas etmiş olması ön koşul olarak düzenlenmiştir. Üstelik alacaklıların da dava açıldığı sırada alacaklı olduklarını ispat etmeleri gerekir¹⁵²¹. İİK m. 245 uyarınca şirketin iflası üzerine iflas idaresi bu davayı açmayı gerekli görmezse, o zaman dava açma hakkı pay sahipleri ve alacaklılara devredilecektir (TTK m. 556/1); alacaklıların dava takip yetkisi ikincil niteliktedir.¹⁵²² Alacaklının TTK m. 556 anlamında dava takip yetkisini kullanabilmesi için, İİK m. 245 uyarınca masa alacaklılarından birine veya birkaçına dava takip yetkisi verilmemiş ya da verildiği halde bu alacaklılar dava açmamış da olmalıdır. Masa alacaklılarına dava takip yetkisi devredilmişse bu alacaklılar iflas idaresi gibi dava açabiliyor olacaktırlar.¹⁵²³ Alacaklılara ancak iflas durumunda dava takip yetkisi verilmesinin sebebi, borca batık olmayan bir şirketten alacaklının alacağını tahsil imkânının devam etmesi, bu bakımdan alacaklının zararını ispatlama imkanının bulunmaması olarak gösterilmektedir¹⁵²⁴.

Alacaklılar aynı zamanda TTK m. 513 uyarınca, şirketin iflası¹⁵²⁵ durumunda iflasın açılmasından önceki son üç yıl için geçerli olmak kaydıyla yönetim kurulu üyelerinin, bilanço usûlüne uygun düzenlendiği takdirde ödenmemesi gereken ve

¹⁵²¹ Yasaman, s. 110. Şirketin iflası halinde dava takip yetkisine ilişkin İsviçre hukukunda farklı teoriler bulunmaktadır. Şirketin zararı bakımından çift tabiatlılık doktrini (die Theorie zur Doppelnatur) ve dava ehliyeti teorisi (die Theorie der Prozessstandschaft) de öne sürülmüştür. Çift tabiatlılık teorisine göre şirketin iflası halinde dolayısıyla zararlar bakımından hem paysahiplerinin hem de alacaklıların dolayısıyla zararlar için OR §757 anlamında talep hakları bulunmaktadır. Ancak bu talepler için dava takip yetkisi İsviçre OR §757(2) uyarınca iflas idaresindedir; iflas idaresinin bu yetkisini kullanmaması halinde dava takip yetkisi Türk hukukuna benzer şekilde alacaklılara geçer. Tüm alacaklılar dava açmaktan kaçınırsa, tek alacaklının dava takip yetkisi ya SchKG §240(1) gereği müflis şirket hakları vasıtasıyla ya da OR §757(2) gereği dolayısıyla zararı bizzat kendisine tanınan haktan ötürü kullanılabilir. Dava ehliyeti teorisine göre ise paysahiplerinin ya da alacaklıların bağımsız taleplerde bulunma hakları yoktur. Bu iki grup, ancak şirketin sahip olabileceği talep haklarını, iflas idaresi dava açmadığı takdirde ileri sürebilirler. İsviçre Federal Yüksek Mahkeme her iki teoriyi de terk ederek, daha önce değinilen Raschein Teorisi'ni benimsemiştir (Marc Amstutz/Silvan Gohari Ravin, "Art. 757", **Schweizerisches Obligationenrecht OFK-Orell Füssli Kommentar** (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), Zürich 2016, Orell Füssli Verlag, s. 2019).

¹⁵²² Özekes/Seven/Meriç, s. 108; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 443; Yasaman, s. 107.

¹⁵²³ Özekes/Seven/Meriç, s. 110. İsviçre Federal Yüksek Mahkeme dava takip yetkisi hususunda konkordatonun da iflas gibi sonuçlar doğuracağı görüşündedir (Luterbacher, **Vorbemerkungen**, s. 841). Aynı zamanda şirketin iflası halinde OR §757(2)'nin açık lafzına rağmen, paysahibinin alacaklı gibi tâlî bir dava takip yetkisinin bulunmadığı yönünde kararlarının olduğu da ifade edilmektedir (Jutzi, s. 512).

¹⁵²⁴ Luterbacher, **Vorbemerkungen**, s. 841; Özekes/Seven/Meriç, s. 91.

¹⁵²⁵ Alacaklıya sadece iflas durumunda dava hakkı tanınması, alacaklının paysahibine göre daha sıkı bir irtibata ihtiyaç duyduğu düşüncesidir. Yalnızca şirketin iç ilişkilerini ilgilendiren ve sadece ortaklara yansımış bir zararın alacaklıya dava açma hakkı vermediği, şirket malvarlığına zarar veren işlem eğer alacaklının zararı telafi edilebilecekse alacaklının dava açmasına gerek olmadığı doktrinde ifade edilmiş, bu durumun somut örneği olarak İsviçre hukukundaki ancak iflas halinde alacaklıya dava hakkı tanınması gösterilmiştir (Arslanlı, **Anonim Şirketler**, s. 174).

makûl sınırı aşan kazanç payı veya başka bir ad altında aldıkları ödemeleri talep edebilirler. Bahsi geçen düzenlemede yönetim kurulu üyelerinin alınan bu paraları iade etmesinden bahsedildiğinden hareketle, her ne kadar açıkça belirtilmemişse de alacaklıların buradaki zararının da dolayısıyla zarar olduğu, paranın da iflas masasına ödenmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁵²⁶ Buradaki iade yükümünün sınırını da sebepsiz zenginleşme hükümleri oluşturmaktadır (TTK m. 513/2).

Yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak dava, belirsiz alacak davasının şirketler hukukundaki önemli uygulama alanlarından biri olarak görülmekte, dava konusu işlem ve eylemlerle pay sahipleri ve alacaklılara verilen zararın miktarının önceden bilinebilmesinin çoğu durumda mümkün olmadığına dikkat çekilmektedir.¹⁵²⁷

Dolayısıyla zararlar için açılacak bu davalar, sözleşmesel sorumluluktan dayanak bulurlar¹⁵²⁸. Her ne kadar davacı pay sahipleri ve alacaklılar ile yönetim kurulu üyeleri arasında bir sözleşme bulunmasa da, bu dava türündeki dava haklarının ortaklığın dava haklarından kaynaklanması sebebiyle akdi bir ilişkiden kaynaklanan dava olduğu görüşü ileri sürülmektedir. Öte yandan dava hakkı ortaklık ve alacaklılık sıfatlarına sıkı sıkıya bağlıdır; pay sahipliği veya alacaklılık sıfatı kaybedildiğinde dava hakkı da ortadan kalkmaktadır.¹⁵²⁹

Yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi veya alacaklılara yaptıkları ödemeler, şirketin talep haklarını etkilemezken, şirkete yaptıkları ödemeler, pay sahipleriyle alacaklıların talep haklarını sona erdirir.¹⁵³⁰

1.8.4 Denetçinin ve Tasfiye Memurunun Sorumluluğuna Özgü Davalar

TTK denetim işlevini bir organa vermemiş, TTK m. 397 vd. uyarınca bağımsız denetçilere yüklemiştir. Bu maddelerde düzenlenen denetim işlevine dair yetkiler tümüyle devredilmez ve vazgeçilemez niteliktedir.¹⁵³¹ Denetçilerin hukuki

¹⁵²⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 443.

¹⁵²⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 443.

¹⁵²⁸ Özekes/Seven/Meriç, s. 99; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 445; Yasaman, s. 107.

¹⁵²⁹ Özekes/Seven/Meriç, s. 99; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 445.

¹⁵³⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 445.

¹⁵³¹ Pulaşlı, Cilt IV, s. 2915.

sorumluluğu “Denetçinin Sorumluluğu” başlıklı TTK m. 554 ve “Denetçinin Sır Saklamadan Sorumluluğu” başlıklı TTK m. 404 ile düzenlenmiştir¹⁵³².

Denetçilerin sorumluluklarından biri, şirketin yıllık raporlarının denetimi ve bunların bağlamında tüm şirket muhasebesine ilişkin denetimlerdir¹⁵³³. Diğer bir deyişle TTK ile düzenlenen denetçinin sorumluluğuna ilişkin haller kanuni denetimden kaynaklanan hallerdir¹⁵³⁴. Bunun dışında, kanunda açıkça yer almamakla birlikte, sermaye artırımı veya azaltılması gibi bazı şirket işlem ve kararlarını denetleyen mali müşavir ya da yeminli mali müşavirler gibi uzman kişilerin raporları, ayın sermaye ve devralmalardaki bilirkişi raporları, şartlı sermaye artırımındaki özel denetimler ile borca batıklık hallerinde düzenlenen ara bilançonun da denetimi, bağımsız denetçilerin sorumluluğundadır. TTK m. 438 uyarınca atanan özel denetçiler de TTK m. 554 ile düzenlenen sorumluluk kapsamındadır. Ancak, TTK m. 554 ile düzenlenen denetimler dışında şirketçe yaptırılâneteğe bağlı diğer özel denetimler, denetçilerin sorumluluğuna dahil değildir.¹⁵³⁵

TTK m. 404, denetçilerin özen yükümlülüğünü “*kasten veya ihmal ile yükümlerini ihlal edenler şirkete ve zarar verdikleri takdirde bağlı şirketlere karşı sorumlu olduklarını*” vurgulayarak düzenlemiştir. Aynı madde uyarınca denetçilerin sır saklama yükümü olup, bu kişiler “Faaliyetleri sırasında öğrendikleri, denetleme ile ilgili olan iş ve işletme sırlarını izinsiz olarak kullanamazlar” (TTK m. 404/1 c.2). Bu yükümlülükler aykırı davranış, denetçiler için sorumluluk sebebidir.¹⁵³⁶ Belirtmek gerekir ki denetçiler yönetimi kontrol ve olası yolsuzlukları araştırmakla görevli olmadığından, bunlardan dolayı sorumlulukları da bulunmaz¹⁵³⁷.

Denetçinin sorumluluğu farklılaştırılmış teselsül sisteminde kendi kusuru nispetinde kendisine atfedilebilen zararlarla sınırlıdır. Ancak doktrinde, özel denetim

¹⁵³² Sami Kocabıyık, **Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu**, Ankara 2018, Seçkin Yayıncılık, s. 145.

¹⁵³³ Pulaşlı, **Cilt IV**, s. 2915.

¹⁵³⁴ Kocabıyık, s. 146.

¹⁵³⁵ Pulaşlı, **Cilt IV**, s. 2915, Kocabıyık, s. 147.

¹⁵³⁶ Pulaşlı, **Cilt IV**, s. 2916. Öte yandan TTK m. 404/1 c. 1 ile belirtilen dürüst ve tarafsız denetim yapma yükümlülüğünün ve sır saklama yükümlülüklerinin birinin mi yoksa hepsinin mi kastedildiği hususunda belirsizlik olduğu, TTK m. 404/1 c. 3’e göre bağımsız denetçinin tüm yükümlülüklerinden dolayı sorumlu olduğu yönünde kanaate varıldığı takdirde, TTK m. 404’ün de genel sorumluluk hükmü olduğu sonucuna ulaşılabileceği hususunda bkz. Kocabıyık, s. 148.

¹⁵³⁷ Hanife Doğrusöz Koşut, **m. 554, Şirketler Hukuku Şerhi** (editör: Kemal Şenocak), Ankara 2023, Seçkin Yayınları, s. 3876.

alanlarında bu sorumluluğun ağırlaşacağı, sorumluluk konularının genişlemesinin yanı sıra risk derecesinin yükseleceği de ifade edilmektedir. Özel denetim alanlarına örnek olarak şirketin yılsonu ve konsolide finansal tablolarının eki, sermaye olarak konulan ve üstlenilen ayınların değerlendirilmesi ve borca batıklık kuşkusu uyandıran emarelerin değerlendirilmesi amacıyla hazırlanmış ara bilançonun incelenmesi gösterilebilir. Bu gibi hallerde yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerde ayrı, uzmanlık alanları da dikkate alınarak onlarla birlikte müteselsil sorumluluk söz konusudur.¹⁵³⁸

Birden fazla denetçinin olduğu hallerde yine farklılaştırılmış teselsül geçerlidir. Doktrinde denetçinin görevlerine aykırı davranışının yönetim organının göreve aykırı davranışından farklı bir illiyet bağıını oluşturduğu, üstelik başkalarının göreve aykırılıklarını keşfetmemiş kişinin kusurunun, yönetim organının kusuruna göre daha hafif olacağı da vurgulanmaktadır. Bu nedenle esasen denetçilerin müteselsil sorumluluğunun, esasen yönetim organının sebep olduğu ve denetim faaliyetindeki kusurlu davranışı sebebiyle kendisine atfedilebilecek zararlardan kaynaklanabileceği ileri sürülmektedir.¹⁵³⁹

Tasfiye memurlarının tasfiye sürecinde görevlerini yerine getirdikleri sırada işledikleri haksız fiillerden şirket sorumludur (TTK m. 539/4). Yine tasfiye memurlarının hem TTK hem de diğer düzenlemeler dolayısıyla görevlerinden dolayı sorumlulukları bulunmaktadır¹⁵⁴⁰. TTK tasfiyeye ilişkin düzenlemelerin içerisinde bir sorumluluk hükmüne yer vermiştir (TTK m. 541/4). Bunun dışında alacaklılara çağrı usûlüne ve alacaklı olduğu bilinmekle birlikte şirkete bildirimde bulunmayan alacaklılar ile müeccel ve çekişmeli borçların alacaklıların korunmasına dair hükümlere aykırılık halinde de TTK m. 553 gereği, haksız olarak ödedikleri tutarlar sebebiyle tasfiye memurlarının sorumluluğu doğacaktır.¹⁵⁴¹

TTK'nın düzenlediği hukuki sorumluluk sebeplerinin bir bölümü tasfiye öncesine ilişkindir; dolayısıyla tasfiye memurunun sorumluluğuna sebep olabilecek düzenlemeler TTK m. 549, m. 550/1, m. 550/2 ve m. 553 olabilir. TTK m. 549 sorumluluk sebebi olabilecek işlemleri saydıktan sonra “bu gibi işlemler” ifadesini

¹⁵³⁸ Pulaşlı, **Cilt IV**, s. 2916.

¹⁵³⁹ Pulaşlı, **Cilt IV**, s. 2917-2918.

¹⁵⁴⁰ Özlem Karaman Coşgun, **Anonim Şirketin Tasfiyesi**, Ankara 2015, Adalet Yayınevi, s. 335.

¹⁵⁴¹ Karaman Coşgun, s. 337.

kullanarak, sorumluluğun sınırlı sayıda olmadığını belirtmiştir. TTK m. 550/1 uyarınca taahhüt edilen sermayenin ödenmiş gibi gösterilmesi de bir sorumluluk hali olarak sayılmakla beraber, tasfiye memurunun faaliyet gösterdiği dönemde bu sorumluluğun ortaya çıkmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Ancak ödenmemiş sermayenin şirket borçlarının ödenmesi bakımından ödenmesinin gerekli olduğu hallerde (TTK m. 542/1-a), tasfiye memurunun TTK m. 550/1 uyarınca sorumluluğu doğabilecektir¹⁵⁴².

Tasfiye memurlarından sorumlu oldukları hallerde uğranılânzararların tazmini de istenebilecektir. Bunun dışında, TTK m. 550/1 hükmü uyarınca sermaye tamamen taahhüt edilmemiş veya karşılığı kanun ya da esas sözleşmeye uygun olarak ödenmemiş iken taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterenler ile kusurlarının varlığı halinde şirket yetkilileri söz konusu payları üstlenmiş kabul edileceklerinden, tasfiye memuruna, sebep olduğu zararın tazminin yanı sıra, bu şekilde talepte bulunulabilecektir.¹⁵⁴³ Doğrudan zarar için talepte bulunabilecek olanlar şirketin yönetim kurulu, şirketin yönetim kurulu bulunmaması sebebiyle şirket sona ermiş ise genel kurulca veya mahkemece atanacak temsilcidir¹⁵⁴⁴. Dolaylı zarar içinse yine her bir pay sahibinin talepte bulunma imkânı vardır¹⁵⁴⁵; iflas halinde ise aynı zamanda alacaklıların da talep hakkı olacaktır¹⁵⁴⁶.

1.8.5 Sorumluluk Davalarında Zorunlu Arabuluculuk

1.8.5.1 Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından

Sorumluluk davalarında talep sonucu şirkete veya pay sahiplerine verilen zararların tazminidir. Dolayısıyla, bu davaların TTK m. 5/A kapsamında zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu düşünülebilir. Öncelikle sorumluluk davaları, konusu bir miktar paranın talep edilmesi olduğundan, HUAK gerekçesinde “ tarafların sülh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri” uyuşmazlıklar kapsamında kabul edilebileceğinden,

¹⁵⁴² Karaman Coşgun, s. 338-339.

¹⁵⁴³ Karaman Coşgun, s. 366.

¹⁵⁴⁴ Karaman Coşgun, s. 369; Hanife Doğrusöz Koşut, **m. 553**, Şirketler Hukuku Şerhi (editör: Kemal Şenocak), Ankara 2023, Seçkin Yayınları, s. 3863.

¹⁵⁴⁵ Karaman Coşgun, s. 370.

¹⁵⁴⁶ Karaman Coşgun, s. 372.

arabuluculuğa elverişlidir. Bu sebeple zorunlu arabuluculuğa da tabi olacaktır.¹⁵⁴⁷ Pay sahiplerinin kendi zararlarının tazmini için açacakları davalarda genel kurul kararına ihtiyaç olmayacak, yapılacak sülh de şirketi bağlamayacaktır¹⁵⁴⁸. Arabuluculuğa elverişlilik bakımından uyuşmazlığın taraflarca sülh ile sona erdirilebilmesi dikkate alındığına göre, kanaatimizce sülh sözleşmesinin sorumluluk davaları bakımından gösterdiği özelliklerin değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır.

Sorumluluk davaları, tasarruf ilkesinin geçerli olduğu davalardır. Bu nedenle, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı sülh ile sonlandırmaları mümkündür¹⁵⁴⁹. Sorumluluk davalarında sülh ile uyuşmazlığın sonlandırılmasında esas sorun, sülh olmaya yetkili kişilerin belirlenmesidir. Bu kişiler ise dava takip yetkisine sahip kişiler olacaktır.¹⁵⁵⁰ Şahsi zararları için dava hakkı olan pay sahipleri ve alacaklılar feragat, kabul veya sülh yoluyla yönetim kurulu üyelerini sorumluluktan kurtarabilirler¹⁵⁵¹.

Her sözleşmede olduğu gibi yapılacak sülh sözleşmesi de kural olarak taraflarını etkileyecektir. Pay sahipleriyle sorumlular arasında pay sahibinin doğrudan zararı için yapılacak sülhün şirketin talep hakları bakımından bir etkisi olmayacaktır ve şirketin de sülh yapılmasından kaynaklı bir def'i ya da itiraz hakkı bulunmayacaktır. Dolayısıyla zararlar bakımından ise Federal Yüksek Mahkeme, OR §756'nın usûlî bir güven sağladığı fikriyle, pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri arasındaki sülhlerin şirketi de bağlayacağı yönünde görüş belirtmiştir.¹⁵⁵² Öte yandan, doktrinde temsilcinin bir davada özel yetki olmaksızın sülh sözleşmesi yapamayacağından hareketle, OR §756 uyarınca dava hakkı tanınan pay sahibinin dava takip yetkisinin ikincil nitelikte olmayışı, üstelik kendisine tanınan bu hakkın olağan yargılamayla sınırlı olması nedeniyle, pay sahibinin dolayısıyla zarardan kaynaklı sorumluluk uyuşmazlıkları için mahkeme içi ya da mahkeme dışı sülh olamayacağı fikri de öne sürülmüştür. Buna rağmen sülh akdeden pay sahibinin yapacağı anlaşma ancak kendisini bağlayacak, sorumluların ilgili pay sahibine ödeyeceği miktar düşülüp kalan

¹⁵⁴⁷ Özkes/Seven/Meriç, **Sorumluluk**, s. 152.

¹⁵⁴⁸ Kanzlow, s. 112.

¹⁵⁴⁹ Thomas Jutzi, "Vergleiche über GmbH- und Aktienrechtliche Ansprüche", **Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht** (Herausgeber: Daniel Daeniker, Frank Gerhard, Urs Kägi, Rudolf Tschäni, Hans-Ueli Vogt, Rolf Watter, Matthias Wolf), Zurich 2014, Dike Verlag, s. 508.

¹⁵⁵⁰ Matthias Maurer, **Der Vergleichsvertrag**, Zurich 2013, Schulthess Juristische Medien, s. 90.

¹⁵⁵¹ Domaniç, s. 538.

¹⁵⁵² Jutzi, s. 509.

kısım için şirkete ve diğer pay sahiplerine karşı sorumluluk devam edecektir.¹⁵⁵³ Türk doktrininde de şirketin zararları için pay sahipleriyle ister mahkeme içi ister mahkeme dışı sülh yapılabilmesi için, ibraya da münhasıran yetkili olan genel kurulun onayının gerektiği ifade edilmiştir¹⁵⁵⁴. Nitekim pay sahipleri davaları ile ilgili daha önce yapılandegereklendirmeler ışığında, TTK m. 555 uyarınca açılacak davaların actio pro socio'ya dayandığı kanaatimize paralel olarak¹⁵⁵⁵, davayı açan pay sahibinin şirkete ait savunmaları ileri sürebilme imkânı bulunmalıdır.¹⁵⁵⁶ Ancak şirketin ve diğer pay sahiplerinin dava açma haklarına etkisi ve dava sonunda elde edilecek hükmün kesin hüküm etkisi dikkate alındığında, sülh yapılabilmesi için genel kurul kararının varlığı kanımızca da gereklidir. Aksi takdirde şirketin, emredici hükümler nedeniyle münhasıran kullanabileceği birtakım yetkilerinin pay sahiplerince kullanması söz konusu olabilecek, bu da yapılansülh sözleşmesini batıl kılacaktır.

Şirketin sorumluluktan kaynaklı uyuşmazlıklarda yapacağı sülhlerin ise şirketin dava açmasını engelleyici niteliği açıktır. Ancak bu sülhün pay sahipleri üzerindeki etkisi tartışmalıdır: Bir görüşe göre İsviçre BK §756 bağlamında değerlendirildiğinde şirketin zararının karşılanmış olduğu; dolayısıyla bu konuda artık dava açmanın gerekli olmadığı söylenebilecek ise de, üçüncü kişilerin hakları bu şekilde sınırlandırılmaz. Şirketin zararından sorumluluk davalarının pay sahiplerince de açılabilmesinin yaratacağı dava fazlalığının önüne geçilebilmesi için doktrinde şirketin yapacağı sülhlerin genel kurula sunulması gerektiği, olumsuz oy kullanan pay sahiplerinin dava açma haklarının devam ettiği ve genel kurulun bu sülhü kabul kararının ibra hükmünde¹⁵⁵⁷ kabul edileceği fikri öne sürülmektedir.¹⁵⁵⁸ Başka bir görüş ise şirketin yapacağı sülhlerin pay sahiplerini de bağlayacağı ve bunun için pay sahiplerinin icazetine gerek olmadığı yönündedir. Buna göre pay sahipleri, sülh

¹⁵⁵³ Maurer, s. 94.

¹⁵⁵⁴ Domaniç, s. 544. Alman kanun koyucusu tek bir pay sahibinin şirketin zararı için sorumluluk davası açma imkânını düzenlememiştir. AktG §148 azınlık pay sahiplerinin ancak genel kurul kararıyla şirketin zararı için sorumluluk davası açabileceğini kabul etmekte, mahkemenin de bu şekilde bir temsilci olarak atanan pay sahibinin açacağı davanın kabul edilebilir olup olmadığına dair bir ön inceleme yapması gerektiğini düzenlemektedir. Bu davanın davalısı zarara kusurlarıyla neden olan kişiler olup, dava sonunda hükmü icra edecek olan şirket tüzel kişiliğidir. Şirket tüzel kişiliği bu durumda dahi her zaman kendisi ayrı bir dava açabilir ve pay sahibinin açtığı davanın reddine sebep olabilir ya da paysahibinin yürütmekte olduğu davayı kendisi yürütebilir (AktG §148(3)) (Kanzlow, s. 223).

¹⁵⁵⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm §1.1.1.2, b.

¹⁵⁵⁶ Özkes/Seven/Meriç, **Sorumluluk**, s. 190.

¹⁵⁵⁷ Türk hukukunda pay sahipleriyle alacaklıların dolayısıyla zarar için açacakları davaların, genel kurulda alınacak ibra kararıyla engellenemeyeceği, şirket hesabına hareket eden alacaklılar ve ortakların şirketin malvarlığını artırma amacını güden bu davalarda pay sahiplerinin de yararı olduğu ve bu nedenle riski üstlenerek dava açtıkları yönünde bkz. Domaniç, s. 538.

¹⁵⁵⁸ Jutzi, s. 510.

sözleşmesi akdedilirken yetkili organların özen yükümlülüğüne aykırı davrandıklarını iddia edecek olurlarsa, sülh olan sorumlular aleyhine sorumluluk davası açabileceklerdir.¹⁵⁵⁹ İkinci görüş pay sahiplerinin dava hakkının ikincil nitelikte olmaması, ayrıca şirketin akdettiği sülhün pay sahiplerini kendiliğinden bağlamasının, onlara kanunca tanınan dava hakkını da ihlal edici sonuçlar doğurabilmesi bakımından eleştiriye uğramıştır.¹⁵⁶⁰

Şirketin iflası halindeyse, sorumluluk davaları için yapılacak sülhler bakımından durum esaslı biçimde değişmektedir. İsviçre hukukunda öne sürülen ve Federal Yüksek Mahkeme'nin de benimsediği ve "Raschein Doktrini" uyarınca yönetim kurulu üyelerine karşı ileri sürülebilecek tüm talepler tüm alacaklıların "talepleri kazanı"na dahil olmaktadır¹⁵⁶¹; eğer pay sahibi iflas sonrası şirketin zararları için sorumluluk davası açacak olursa, alacaklılar topluluğu adına temsilci olarak davada yer alacaktır¹⁵⁶². Bu da hem sülhün taraflarını değiştirmekte hem de sülhün bağlayacağı kişileri yeniden belirlemektedir.¹⁵⁶³ Ayrıca, OR §757 ile alacaklılara, SchKG §260'a kıyasla daha fazla hak verilmediği sonucuna da varılmaktadır¹⁵⁶⁴. Raschein Doktrini'ne göre şirketin, alacaklıların ve pay sahiplerinin sorumlulara karşı talepleri, tüm alacaklıların taleplerinden oluşan birliğe dahil olmaktadır¹⁵⁶⁵. İflas idaresi ile sorumlular arasındaki sorumluluk davalarında iflas idaresi, dava takip yetkisine sahip olduğu gibi sülhe varmaya da ehildir. Ancak, bunun için alacaklılar toplantısı veya sirküler şekilde karar alma yoluyla alacaklıların muvafakatini almalı ya da ilgili organlarca yetkilendirilmelidir¹⁵⁶⁶. Alacaklıların icazetlerini zımnen de verebilecekleri ifade edilmektedir¹⁵⁶⁷. Bu şekilde iflas idaresince varılacak sülhler bahsi geçen Raschein doktrini uyarınca şirket, pay sahipleri ve alacaklıların tümü için bağlayıcı nitelikte olacaktır. İflas idaresinin sorumluluk davasına ilişkin yetkisini kullanmadığında alacaklılardan birinin yapacağı sülhler de tüm alacaklıları

¹⁵⁵⁹ Maurer, s. 91.

¹⁵⁶⁰ Maurer, s. 92.

¹⁵⁶¹ Jutzi, s. 510.

¹⁵⁶² Pulaşlı, **Cilt IV**, s. 2979.

¹⁵⁶³ Jutzi, s. 510.

¹⁵⁶⁴ Jutzi, s. 512.

¹⁵⁶⁵ Jutzi, s. 510, rn. 138.

¹⁵⁶⁶ Maurer, s. 97; Jutzi, s. 512.

¹⁵⁶⁷ Maurer, s. 97

bağlayacaktır. Alacaklıların iflas idaresinden devraldıkları dava takip yetkisiyle dava sürecine devam etmeleri de sülh imkanından vazgeçtikleri anlamına gelecektir.¹⁵⁶⁸

Türk hukuku açısından ise TTK m. 559 uyarınca kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, denetçilerin, şirketin kuruluşundan ve sermaye artırımından doğan sorumluluklarının şirketin tescili tarihinden itibaren dört yıl geçmedikçe sülh ve ibra yoluyla kaldırılması mümkün değildir. Bu halde sorumlu bulunan yönetim kurulu üyesine karşı yönetim kurulu, genel kurul kararına ihtiyaç duymaksızın sorumluluk davası açabilecektir. Aynı maddeye göre bu süre geçtikten sonra sülh ve ibranın genel kurulda onaylanması suretiyle yönetim kurulunun sorumluluktan kurtulması, azınlık pay sahiplerinin olumsuz oylarıyla engellenebilir. Böyle bir muhalefetin olmaması halinde ibra kararına veya onaylanan sülh kapsamına giren hususlarda yönetim kurulu üyeleri sorumluluktan kurtulur, kapsam dışında kalan unsurlardan ise sorumlulukları devam eder.¹⁵⁶⁹ Dolayısıyla yürütülecek bir arabuluculuk sürecinin çerçevesinin de bu kapsamda olması gerekecektir.

1.8.5.2 Genel Kurulun İbra Yetkisi Bakımından

Pay sahibinin dolayısıyla zararlar için açacağı davalarda ise kanaatimizce TTK m. 408/2(b) ile genel kurulun yönetim kurulu üyelerini ibra etme yetkisi de dikkate alınmalıdır. İbra, şirketler hukukunda karar organının, yönetim kurulunun yaptığı işlemlerin hukuka ve mevzuata uygun olduğunu bir karar ile beyan etmesiyle, yönetim kurulunu sorumluluktan kurtarmasıdır. Genel kurulun verdiği ibra kararı, tek taraflı yenilik doğurucu ve menfi borç ikrarı niteliğinde bir işlemdir¹⁵⁷⁰. Yönetim kurulunun kusurlu sevk ve idaresinden kaynaklanan doğrudan zararlardan vazgeçmeye yalnızca genel kurul yetkilidir; yani ibra kararı verme genel kurulun devredilemez

¹⁵⁶⁸ Maurer, s. 97; Jutzi, s. 512.

¹⁵⁶⁹ Domanıç, s. 539.

¹⁵⁷⁰ Ersin Çamoğlu, “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrasının Sorumluluk Davalarına Etkisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 36(1-4), 1971, s. 323-348, s. 329; Özkes/Seven/Meriç, *Sorumluluk*, s. 58; Pulaşlı, *Cilt IV*, s. 2999.

yetkilerindendir.¹⁵⁷¹

İbra kararıyla yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve denetçiler, yılsonu hesapları ve raporlarında açıklanan maddî olaylara ilişkin hususlar bakımından ibra edilmiş olurlar. Bu belgelerde hiç açıklanmayan veya yanlış açıklanan olaylar ibrayı kapsamaz. İbranın bu kapsamı pay sahipleri açısından da geçerlidir. TTK m. 558/2 uyarınca da ibra kararı, bu belgelerde açıklanan hususlar için şirket ile ibraya olumlu oy veren ve ibra kararını bilerek payı iktisap etmiş olan pay sahiplerinin dava hakkını kaldırır; eksik veya bilinçli olarak yer verilmeyen hususlar bakımından ise bu etki doğmaz.¹⁵⁷² İbraya olumsuz oy vermiş pay sahipleri ise yılsonu hesapları ve raporlarda yer alan hususlar hakkında da sorumluluk davası açabilirler¹⁵⁷³.

Genel kurulun ibra kararı yöneticiler aleyhine açılacak sorumluluk davasını doğrudan etkiler; geçerli bir ibra kararıyla bu kişilerin sorumluluğu ortadan kalkacaktır. Diğer bir deyişle, ibra kararı ilgili hesap dönemine ilişkin işlemler nedeniyle yöneticilerden tazminat istenemeyeceği anlamına gelir.¹⁵⁷⁴ Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, ibra kararının pay sahipleri ve alacaklıların doğrudan zararları dolayısıyla açacakları tazminat davası üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır.¹⁵⁷⁵ Sorumluluk davalarının tâlî olmayan niteliği de dikkate alındığında, ibranın alacaklıların dolayısıyla zarardan ötürü açacakları sorumluluk davası üzerinde bir etkisi bulunmadığını kabul etmek gerekir.¹⁵⁷⁶

Ancak, pay sahiplerinin şirketin zararı için açacakları davalar bakımından farklı bir değerlendirme yapılması yerinde olacaktır. Öncelikle pay sahiplerinin dolayısıyla zararlarının tazmini talebiyle açılacak sorumluluk davalarının ibradan etkilenmesi, TTK m. 558/2’de yer alan ibranın kapsadığı *açıklanan* maddî olaylara ilişkin olacaktır. Maddede açıkça ve yalnızca “açıklanan” ibaresine yer verildiğinden,

¹⁵⁷¹ Pulaşlı, **Cilt IV**, s. 2999.

¹⁵⁷² Pulaşlı, **Cilt IV**, s. 3014.

¹⁵⁷³ Pulaşlı, **Cilt IV**, s. 3015.

¹⁵⁷⁴ Pulaşlı, **Cilt IV**, s. 3017.

¹⁵⁷⁵ Özkes/Seven/Meriç, **Sorumluluk**, s. 63; Pulaşlı, **Cilt IV**, s. 3018; Tolga Ayoğlu, “Pay Sahipleri ile Alacaklıların “Dolayısıyla Zarar” Nedeniyle Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Sorumluluk Davası Açma Hakkı ve Bu Tür Davalarda Alınan İlamları İcraya Koyma Yetkisi”, **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl 2009 Sayı 73, ss. 67-86, s. 71.

¹⁵⁷⁶ Pulaşlı, **Cilt IV**, s. 3022.

olumlu oy kullanan pay sahibinin sorumluluk davası açamayacağı durumlar sadece bununla sınırlı kabul edilmelidir¹⁵⁷⁷.

İbra kararı olmasına rağmen aleyhine sorumluluk davası açılânyönetim kurulu üyeleri, davacının dava hakkının bulunmadığını ileri sürebilirler. Bu durumda ispat yükü de davalı tarafta olacaktır.¹⁵⁷⁸ Buradan hareketle açılacak bir sorumluluk davasında genel kurulun ibra kararını öne sürmeyen davalı aleyhinde davanın sonuçlandırılmasına bir engel olmadığı düşünülebilir. Nitekim ibra kararıyla TTK m. 558/2 ile sayılânkışilerin dava hakkının ortadan kalktığı düzenlenmiş, diğer kişiler için bu hakkı ortadan kaldırmamıştır. Dolayısıyla, aslında yönetim kurulu üyelerinin borcu sona ermediğinden, açılacak sorumluluk davasında davalı yönetim kurulu üyelerinin ibra kararını bir def’i olarak ileri sürmesi, hâkimin bu hususu re’sen dikkate almaması gerektiği kanaatindeyiz¹⁵⁷⁹.

İbra ile ilgili yapılanbu açıklamalar ışığında sorumluluk davalarında TTK m. 5A kapsamında zorunlu arabuluculuğa başvurulması için, pay sahipleri veya alacaklıların doğrudan zararları için yapacakları başvurular bakımından ibranın bir etkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla zararlar için açılacak davalar bakımından ise sadece ibra kararı alınırken olumlu oy kullanan pay sahiplerinin dava hakkı, ibra kapsamındaki hususlar bakımından ortadan kalkacaktır. Dolayısıyla, bu kişilerin bahsi geçen kapsamda zorunlu arabuluculuğa da başvuramayacakları kabul edilmelidir. Öte yandan kanaatimizce ibra kararı açılacak bir sorumluluk davasında, bir def’i olarak ileri sürülebileceğinden ve bu def’inin arabulucu tarafından değerlendirilmesi HUAK m. 15/4 uyarınca arabulucunun yargısal yetki kullanamaması nedeniyle mümkün olmadığından¹⁵⁸⁰ arabuluculuk sürecinin devam etmesi gerekir. Arabulucu sürecin devam edebilmesi bakımından ibra kararının bulunup bulunmadığını göz önünde bulunduramaz. Davalı taraf ibra kararını öne sürerse, yine aynı sebepten arabulucunun süreci sonlandırmak hususunda bir yetkisi olmadığı kanaatindeyiz. Aksi bir düşünce, arabuluculuk sürecine yargısal bir nitelik kazandıracaktır.

¹⁵⁷⁷ Benzer yönde bkz. Özkes/Seven/Meriç, **Sorumluluk**, s. 63; Pulaşlı, **Cilt IV**, s. 3020.

¹⁵⁷⁸ Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 337.

¹⁵⁷⁹ İbra kararının def’i niteliğinde olduğuna ilişkin benzer yönde bkz. Erol Ulusoy, “Şirketler Hukukunda İbranın Hukuki Niteliği”, **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan**, Ankara 2003, Turhan Kitabevi, ss. 253-282, s. 277; Necla Akdağ Güney, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul 2010, Vedat Kitapçılık, s. 319. İbranın itiraz sebebi olduğu yönünde bkz. Özkes/Seven/Meriç, **Sorumluluk**, s. 191.

¹⁵⁸⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm §1.1.3.

Değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, dolayısıyla zarar için açılacak sorumluluk davası öncesi başvurulacak zorunlu arabuluculuk süreci sonucunda varılacak olası bir anlaşmanın, genel kurulun devredilemez yetkilerinden biri olan ibra yetkisinin gaspı anlamına gelip gelmeyeceğidir. Kanun koyucu bu hususta bir açıklık getirmemiştir. Doktrinde daha önce değindiğimiz, şirketin akdedeceği sülhlerin genel kurula sunulması gerektiği ve genel kurulun bu sülhü kabul kararının ibra hükmünde kabul edebileceği yönündeki değerlendirmelerden¹⁵⁸¹ yola çıkarak, davacı pay sahiplerinin varacağı anlaşmaların da ancak genel kurul tarafından kabul edilmesi halinde şirketi bağlayacağı yönünde bir düzenleme getirilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Diğer bir deyişle, genel kurulun kabul etmediği anlaşmaların şirketi bağlamaması gerekmektedir. Ne var ki arabuluculuk sonucunda varılacak anlaşmalara karşı dava açma yasağı bulunduğu (HUAK m. 18/5), mevcut durumda genel kurulun kabulünün bir anlamı bulunmayacak, öte yandan genel kurulun devredilemez yetkileri gasp edilmiş olacaktır. Bu sebeple düşüncemiz, kanun koyucunun bu hususta bir düzenleme yaparak olası sakıncaları baştan bertaraf etmesi gerektiği yönündedir.

1.8.5.3 Farklılaştırılmış Teselsülün Zorunlu Arabuluculuk Bakımından Değerlendirilmesi

Kanunda sorumlu kabul edilen kişilerin sorumlulukları, TTK m. 557 gereği farklılaştırılmış teselsüle tabidir. Farklılaştırılmış teselsül, kural olarak iç ilişkide ileri sürülebilecek kusur derecesine ilişkin değerlendirmenin, dış ilişkide de ileri sürülmesine imkân tanır¹⁵⁸². Bunun anlamı, birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olması durumunda, bunlardan her birinin kusuruna ve durumun gereklerine göre ve zararın şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olmasıdır (TTK m. 557/1). Diğer bir deyişle buradaki müteselsil sorumlular zarardan kendilerine yüklenebilen ölçüde sorumlu olacaklardır. Burada davacı sorumluları zararın tamamı için dava edebilir ve hâkimden her bir

¹⁵⁸¹ Bkz. §2.5.1.

¹⁵⁸² Mehmet Helvacı, “Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013/2, s. 77-96, s. 84.

sorumlunun tazminat borcunu belirlemesini isteyebilir (TTK m. 557/2). Tek kişilik yönetim kurulunda farklılaştırılmış teselsül, bu yönetim kurulu üyesiyle başka şirket yöneticilerinin de sorumlu olması halinde uygulanabilir.¹⁵⁸³

Sorumluluğun farklılaştırılmış teselsüle tabi kılınması çerçevesinde, sorumluluğun sebebinin ne olduğu, örneğin verilen özel bir yetkiden mi kaynaklandığı meselesinin önem taşımadığı Alman doktrinde belirtilmektedir. Şirketin zararının tazmininde önemli olan nokta, yönetim kurulu üyesinin zararın ne kadarından sorumlu tutulabileceği olup, kusur derecesinin önemi daha sonra gelir.¹⁵⁸⁴ Olası bir feragat veya sülh halinde de feragatin veya akdedilen sözleşmenin gerek her bir sorumluya gerekse tüm sorumlulara olan etkisi, hukuki yönden gereken özenin gösterilmesiyle hazırlanacak sözleşmenin yorumlanmasıyla belirlenir.¹⁵⁸⁵

İsviçre hukukunda TTK m. 557/2'ye karşılık gelen OR §759(2) ile amaçlananın, davacının şirketin iç işleyişi hususunda yeterli bilgiye sahip olamayacağı ve bu sebeple birden fazla davalı göstermekle yetinmesi, hâkimin de sorumluluğu her bir davalı açısından belirlemesi olduğu ileri sürülmüştür. Bu bağlamda davacı, esasen ortaklaşa sorumlu olmayan birden fazla kişiye karşı, bu kişilerin bireysel sorumluluğunun kapsamından bağımsız olarak, özen yükümlülüğünün ihlali ya da illiyet bağı hususlarında detaylı bir somutlaştırma faaliyetinde bulunmaksızın talepte bulunabilmektedir. Ancak bu durumun, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesini ve ispat yükünü etkilemeyeceği de belirtilmektedir. Her bir davalının sorumluluğu, mahkemece derdest dava dosyası kapsamında değerlendirilmelidir.¹⁵⁸⁶

Farklılaştırılmış teselsül, sorumluluğun şartları bakımından bir fark yaratmaz. Kusuru olmayan kişiler kusuru olmadığını ileri sürüp sorumluluktan kurtulabilirler. Farklılaştırılmış teselsül, sadece zararın oluşmasında birden fazla kişinin sorumlu olması halinde tazminat yükümlülüğünün hesaplanması noktasında geçerlilik kazanır. Eğer sorumlu kişilerden biri için sorumluluğunun azaltılmasına yarayacak sebepler mevcutsa, dış ilişki bakımından bu sebeplere dayanarak o kişinin ödeyeceği tazminatın

¹⁵⁸³ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 434.

¹⁵⁸⁴ Koch, AktG §93, Rn. 119.

¹⁵⁸⁵ Koch, AktG §93, Rn. 120.

¹⁵⁸⁶ Christoph D. Studer, "Art. 759 OR", **Kommentar zu den Schweizerischen Haftpflichtbestimmungen** (Herausgeber: Willi Fischer, Thierry Luterbacher), Zürich 2016, Dike Verlag, s. 1030.

indirilmesi söz konusu olabilir. Ortaya çıkan toplam zarar birden çok kısmi zarardan oluşursa da hangi kısmın kime yüklenebileceği ayrıca araştırılacaktır.¹⁵⁸⁷ Sorumlulardan hiçbirine, tek başına zarara neden olsaydı verebileceği zarar nedeniyle doğacak sorumluluğundan fazlası yüklenemez¹⁵⁸⁸.

Bu açıklamalar ışığında, açılacak dava öncesi başvurulacak zorunlu arabuluculuk kapsamında farklılaştırılmış teselsülün nasıl ele alınacağı sorusu akla gelebilir. Öncelikle sorumluların kusurlarından doğacak sorumluluk derecesi, TTK m. 557'nin açık hükmü karşısında hâkim tarafından belirlenebilecektir. Diğer bir deyişle, davacının davalıların sorumluluklarını ayırt etme zorunluluğu bulunmamakta, zararın tamamını bir sorumluluk davasıyla sorumlulara iletme imkânına sahip olmaktadır¹⁵⁸⁹. Dolayısıyla arabulucunun bir yargılama faaliyeti yürüterek tarafların farklılaştırılmış teselsül hükümlerine göre anlaşmaya varmalarını sağlaması HUAK m. 18/5 hükmü nedeniyle mümkün değildir. Öte yandan sorumluluk davalarında tasarruf ilkesinin geçerli olması sebebiyle, daha önce de değindiğimiz üzere¹⁵⁹⁰, taraflar arabuluculuk sürecinin sonunda sözleşme serbestisi çerçevesinde anlaşmaya varabilecektir. Farklılaştırılmış teselsül kavramı kanaatimizce buna bir engel oluşturmayacaktır. Farklılaştırılmış teselsülün dikkate alınacağı bu davaların, davayı sona erdiren taraf usûl işlemleriyle, yani feragat, kabul ve sülh ile sona erdirilmesine bir engel bulunmamaktadır. Öte yandan farklılaştırılmış teselsülün kabul edilmesinin nedeni, zararın oluşmasında hafif kusuru olan veya hiçbir kusuru bulunmayan yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulmalarının önüne geçmektir¹⁵⁹¹. Dolayısıyla arabuluculuk faaliyeti esnasında güç dengesine dikkat edildiği sürece, tarafların farklılaştırılmış teselsüle ilişkin düzenlemeyi dikkate almaksızın, sözleşme serbestisi çerçevesinde anlaşmaya varmalarına da bir engelin bulunmadığı düşüncesindeyiz.

1.9 Özel Durumlar

¹⁵⁸⁷ Emin Çamurcu, **Anonim Ortaklıklarda Karşılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi**, İstanbul 2015, On İki Levha Yayıncılık, s. 105; Özkes/Seven/Meriç, s. 65.

¹⁵⁸⁸ Helvacı, s. 88.

¹⁵⁸⁹ Sıtkı Anlam Altay, "Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Farklılaştırılmış Teselsül", **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 14 Sayı 151 Yıl 2019, s. 68-75, s. 70; Çamurcu, s. 113.

¹⁵⁹⁰ Bkz. §3.3.4.2

¹⁵⁹¹ Altay, s. 69.

1.9.1 Rekabet Yasağı

1.9.1.1 Anonim Şirketlerde

TTK, şirket ile rekabet yapmama yasağını sadece yönetim kurulu üyeleri için düzenlemiştir. Pay sahiplerinin rekabet yasağına tabi olmadığı yönündeyse görüş birliği bulunmaktadır¹⁵⁹². Yönetim kuruluna bu yasağın getirilmesinin sebebi, yönetim kurulu üyelerinin, şirketin işleyişi, iş potansiyeli ve benzeri birçok bilgiye erişimlerinin bulunmasıdır¹⁵⁹³. Özellikle aile şirketi niteliğindeki anonim şirketlerde bu durumun suiistimali yıkıcı sonuçlar doğurabilmektedir. Bu sebeple yönetim kurulu için rekabet yasağı geçerli kabul edilmektedir.¹⁵⁹⁴

Buna göre yönetim kurulu üyeleri, genel kurulun iznini almaksızın, şirketin işletme konusuna giren bir ticari işi kendi veya başkası hesabına yapamaz ve aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla giremez (TTK m. 396). Genel kurul önceden izin verebileceği gibi, yapılanişleme sonradan icazet verme şeklinde de söz konusu olabilir. Doktrinde kuşkuya yer bırakmayacak şekilde olduğu sürece genel kurulun zımnî muvafakatının de geçerli sayılabileceği doktrinde belirtilmektedir.¹⁵⁹⁵ Örneğin İsviçre doktrininde bir yönetim kurulu üyesinin şirket ile rekabete gireceği bilindiği halde, bu kişi yine de seçiliyorsa, rekabet yasağına tabi olmayacağı ifade edilmektedir¹⁵⁹⁶. Genel kurulun izni yalnızca TTK m. 396 kapsamındaki rekabet yasağını kaldırır; yönetim kurulu üyeleri bu halde dahi TTK m. 54 vd. hükümlere göre haksız rekabet yasağına uymak zorundadırlar¹⁵⁹⁷.

¹⁵⁹² Pınar Aşık, “Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı (TTK m. 396)”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2017/4, ss. 165-202, s. 172; Nisim Franko, “Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuiyeti”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 13(1), 1985, s. 21-64, s. 50; Koch, **AktG §88**, Rn. 2.

¹⁵⁹³ Aşık, s. 175; Franko, s. 25; Mustafa Yasan, “Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Rekabet Yasağı (TTK m. 335)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 7 Özel Sayı, 2005, ss. 409-446, s. 435.

¹⁵⁹⁴ İsviçre hukukunda yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağına ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmamtaysa da, doktrin ve içtihat OR §717 ile düzenlenen sadakat yükümlülüğü dolayısıyla rekabet yükümlülüğünü kabul etmektedir (Sandro Germann, **Die Personalistische AG und GmbH**, Zurich 2015, Dike Verlag, s. 1008).

¹⁵⁹⁵ Franko, s. 44-45; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **I**, s. 415. Örneğin yönetim kurulu üyesi yasak kapsamındaki bir işlemi şirketle yapmak istediğinde genel kurul buna izin vermişse, rekabet yasağına tabi olmadan işlem yapmasına zımnem icazet vermiş sayılır (Halil Arslanlı, **Anonim Şirketler II**, İstanbul 1959, Fakülteler Matbaası, s. 145).

¹⁵⁹⁶ Germann, s. 1009.

¹⁵⁹⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **I**, s. 415.

Maddede genel kurulun izniyle sayılânişlerin yapılabilmesi hususunda yönetim kuruluna izin verilebileceği belirtilmekteyse de, genel kurulun verdiği izin kişisel nitelikte olduğu¹⁵⁹⁸ ve bu iznin önceden tanınan ve mesleki, ahlaki ve benzeri özellikleri bilinen¹⁵⁹⁹ kişilere verilmesi uygun olacağı için, öncesinde genel kurulca yönetim kurulu üyelerinin seçilmiş olması da gerekir. Diğer bir deyişle, yönetim kurulu üyelerini belirlenmiş olmalıdır.¹⁶⁰⁰ Daha önceden yönetim kurulu üyeliğine seçilen kişilerin görevlerine devam etmeleri halindeyse önceden verilen izin geçerli kabul edilmelidir¹⁶⁰¹. Rekabet yasağının kaldırılması için rekabet konusu işlemin ismi belirtilmeli ve her bir yönetim kurulu üyesi için teker teker oylama yapılmalıdır.¹⁶⁰² Şirketin yönetim kurulu üyelerine karşı, rekabet yasağına aykırılıktan ötürü tazminat talebinde bulunmuş olduğu hallerde ise genel kurulun rekabet yasağını kaldırması, söz konusu tazminat talebini engellemeyecektir¹⁶⁰³.

Yasağa tabi kişilerin ticaret yapma özgürlüğüne sınırlama getirilmemesi için, rekabet yasağının dar yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir¹⁶⁰⁴. Bu sebeple TTK, yönetim kurulunun tabi olduğu rekabet yasağını bazı koşullara bağlamıştır. Bunlardan ilki rekabet yasağına aykırılık oluşturan işlemin şirketin konusunda girmesidir. Şirket konusu dışında kalan ticari işlemler rekabet yasağına tabi değildir¹⁶⁰⁵. Şirketin konusundan anlaşılması gerekenin ise esas sözleşmede yazılı konunun değil, şirketin fiilen uğraşması gereken konu olduğu, hatta ileride uğraşılması ihtimali dahi olmayan konuların yasak kapsamına girmeyeceği¹⁶⁰⁶ ifade edilmektedir. Ayrıca, rekabet yasağı şirketin faaliyet yeri ve müşteri çevresinde de geçerlidir¹⁶⁰⁷. Bu kapsamda, rekabet yasağına aykırı davranan yönetim kurulu üyesinin, şirketteki konumundan dolayı değil, başka kaynaklardan edindiği bilgilerle işlem yapabildiğine veya şirketin finansal durumunun, rekabet yasağına konu işlemin yapılması için zaten yeterli olmadığına dair savunmaları da geçersizdir¹⁶⁰⁸.

¹⁵⁹⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **I**, s. 415. Buna karşılık esas sözleşmeyle verilmiş iznin genel nitelikte olduğu yönünde bkz. Franko, s. 42.

¹⁵⁹⁹ Aşık, s. 187; Koch, **AktG §88**, Rn. 5.

¹⁶⁰⁰ Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi (Cilt II)**, Ankara 2022, Adalet Yayınevi, s. 1691.

¹⁶⁰¹ Yönetim kurulu üyeliği sona erdikten sonra aynı şirkette başka bir sıfatla görev yapması halinde verilen bu izinden yararlanılamayacağı yönünde bkz. Aşık, s. 187.

¹⁶⁰² Koch, **AktG §88**, Rn. 5; Pulaşlı, **Cilt II**, s. 1692.

¹⁶⁰³ Koch, **AktG §88**, Rn. 5.

¹⁶⁰⁴ Aşık, s. 169; Franko, s. 27; Yasan, s. 416.

¹⁶⁰⁵ Arslanlı, s. 144.

¹⁶⁰⁶ Franko, s. 30; Koch, **AktG §88**, Rn. 3.

¹⁶⁰⁷ Aşık, s. 170.

¹⁶⁰⁸ Koch, **AktG §88**, Rn. 4.

Öte yandan, yönetim kurulu üyelerinin işlemlerinin yasak kapsamında değerlendirilebilmesi için ticari işlem olması da gereklidir. Buradaki ticari işlemden anlaşılması gerekenin ise, TTK m. 3 anlamındaki ticari işten ziyade, ticari niyetle yapılanış olarak kabul edilmesi gerektiği de öne sürülmektedir.¹⁶⁰⁹ Ticari işlem olma şartının yönetim kurulu üyesine yönelik olduğu ise açıktır¹⁶¹⁰. Şirket konusuna girmekle birlikte ticari nitelik taşımayan işlemler yasağın kapsamında değildir¹⁶¹¹. TTK m. 396 yönetim kurulu üyelerinin aynı işle uğraşan başka bir ortaklığa sınırsız sorumluluğu haiz ortak olarak girmesini de yasaklamış, başka bir anonim veya limited şirkete ortak olmasını yasaklamamıştır. Buna karşılık, doktrinde bu şirketlerde hâkim ortak ya da tek imza yetkilisi olarak yer alan yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağına aykırı davranmış sayılması gerektiğine dair görüşler bulunmaktadır.¹⁶¹² Benzer şekilde bahsi geçen şirketlerde yönetim kurulu üyesi olmalarının da aynı sonuca yol açacağı belirtilmektedir¹⁶¹³.

Yönetim kurulu üyeleri TTK m. 396 anlamında rekabet yasağına görevleri devam ettikleri sürece uymak zorundadırlar. Ancak görevleri sona erdikten sonra esas sözleşmede ya da şirket ile aralarında akdedilecek başka bir sözleşmeyle aksi öngörülmedikçe rekabet etmeme yükümlülükleri sona erer.¹⁶¹⁴ Alman doktrininde ise görevi sona eren yönetim kurulu üyelerinin görevlerinin, bir hizmet sözleşmesinin feshiyle değil de atanmalarına ilişkin kararın iptâlî ile sona ermesi halinde, eğer ücret ödenmişse AktG §88 uyarınca rekabet yasağının yine de geçerli olması gerektiği görüşü bulunmakla birlikte, bu görüşün ilgili düzenlemenin kapsamını fazla genişleteceği yönünde görüşler de bulunmaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin istifâsı halinde ise baskın görüşe göre, hakkaniyet gözetilerek bir karara varılmalı; bu durumda yönetim kurulu üyesinin kendi inisiyatifi söz konusu olduğundan, hakkın kötüye kullanılması çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır.¹⁶¹⁵

TTK m. 396/1 hükmü rekabet yasağına aykırı davranan yönetim kurulu üyelerine uygulanabilecek yaptırımları da belirlemiştir. Buna göre, şirket uğradığı

¹⁶⁰⁹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 414.

¹⁶¹⁰ Yasan, s. 419.

¹⁶¹¹ Arslanlı, s. 144.

¹⁶¹² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 414.

¹⁶¹³ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 415.

¹⁶¹⁴ Aşık, s. 170.

¹⁶¹⁵ Koch, AktG §88, Rn. 2.

zararının tazminini, sözleşme üçüncü kişi hesabına yapılmışsa menfaatlerin şirkete devrini, işlemin şirket namına yapılmış sayılmasını ve son olarak da yönetim kurulu üyesi başka bir şirkete sınırsız ortak olarak girmişse şirketten çıkmasını veya elde ettiği menfaatleri devretmesini isteyebilir. Bu alternatiflerden biri, aykırı harekette bulunan üye hariç yönetim kurulunca kullanılır (TTK m. 396/2). Ancak, rekabet yasağını ihlal eden yönetim kurulu üyesi sayısı, alternatif yaptırımları uygulama hususunda yeter sayı sağlamaya engel olacak kadar çoksa, bu yetki genel kurulca kullanılır.¹⁶¹⁶ Bu halde yönetim kurulu üyelerinin genel kurulu toplantıya çağdırmaktan kaçınması ihtimalinde, azınlığın çağrı yapma yetkisini kullanması mümkündür¹⁶¹⁷. Yönetim kurulu üyelerinin bu yaptırımlardan birine tabi olmaları için ise kusurlu olmaları gerekmez¹⁶¹⁸. Şirket ise yönetim kurulu üyelerine karşı talep hakkını, işlemde doğan menfaat kusur ile verilen zarardan fazla olsa dahi, bu ölçüde öne sürebilir¹⁶¹⁹. Ancak, şirketin işlemde doğan menfaati isteyebilmesi için, ilgili menfaati kendisinin de elde edebilecek olması gerektiği Alman doktrinde ifade edilmektedir; örneğin uluslararası ticaret düzenlemeleri nedeniyle şirket zaten işlem yapamayacak ve kâr elde edemeyecekse, işlemde doğan menfaati de talep edemez¹⁶²⁰.

Şirketin tazminat talebinde bulunabilmesi için zararını ispat etmesi gerekir. Şirketin, pay sahibinin yaptığı işlemi zaten yapamayacak veya yapsa dahi menfaat temin edemeyecek ise tazminat da talep edemeyeceği belirtilmektedir.¹⁶²¹ Alman doktrinde, yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağına aykırılıktan doğan tazminat yükümlülüğünden kurtulabilmeleri için, AktG §93(2) ile paralel bir şekilde, gereken özeni göstermiş olduklarına dair ispat faaliyetinde bulunmaları gerektiği ifade edilmektedir¹⁶²².

Belirtilmelidir ki bu alternatiflerden biri kullanılsa dahi yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına ilişkin hükümler saklı olup (TTK m. 396/4), esas sözleşme ve kanundan doğan sorumluluklar devam eder¹⁶²³. Yönetim kurulu üyelerinin işlemleri TTK m. 553 vd. uyarınca aynı zamanda esas sözleşmeye veya

¹⁶¹⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 417; Pulaşlı, Cilt II, s. 1694.

¹⁶¹⁷ Aşık, s. 196.

¹⁶¹⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 416.

¹⁶¹⁹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 417. Aksi yönde bkz. Aşık, s. 191.

¹⁶²⁰ Koch, AktG §88, Rn. 7.

¹⁶²¹ Franko, s. 54.

¹⁶²² Koch, AktG §88, Rn. 6.

¹⁶²³ Pulaşlı, Cilt II, s. 1694.

kanuna aykırılık teşkil ediyorsa, koşulları mevcut olduğu takdirde aleyhlerine sorumluluk davası açılması da mümkündür. Şirket ise zararı ispat etmek zorundadır.¹⁶²⁴

1.9.1.2 Limited Şirketlerde

Limited şirkette aynı zamanda sır saklama yükümlülüğüne tabi olan ortakların, kendi menfaatlerine fakat şirkete de zarar verebilecek faaliyetlerden kaçınmaları gerekir¹⁶²⁵. Ancak, ortakların kanuni bir rekabet yasağına tabi olduklarından bahsedilemez¹⁶²⁶. Bunun için şirket sözleşmesinde bu yönde hüküm bulunması gerekir (TTK m. 613/2). Böyle bir hükmün olmadığı hallerde ortağın salt bağlılık yükümünden yola çıkarak rekabet yasağına tabi olduğu söylenemez. Şirket sözleşmesine konulacak hükmün rekabet yasağının hem maddî hem de yer itibarıyla geçerlilik alanlarını açıkça düzenlemesi gerekir.¹⁶²⁷

Şirket sözleşmesine konulacak rekabet yasağı şartı, ortaklıktan ayrılma halinde yürütülecek faaliyetleri kapsayıcı şekilde düzenlenemez. Bu durumda rekabet yasağı ancak sözleşme temeline dayalı bir şekilde gündeme gelebilir.¹⁶²⁸

Rekabet yasağı şirket sözleşmesiyle düzenlenmiş olsa da tüm ortakların yazılı onayı ya da genel kurul kararıyla bir ortağın rekabet yasağına aykırı faaliyette bulunması mümkündür; ancak, genel kurul kararıyla yasağın kaldırılması, şirket sözleşmesinde bu yönde hüküm bulunmasına bağlıdır (TTK m. 613/4). Düzenlemede bahsi geçen ortakların onayının yazılı olması şartı bir ispat şartıdır. Bu düzenleme yalnız ortaklar için değil yöneticiler için de geçerlidir.¹⁶²⁹

Müdürler içinse TTK m. 626/2 hükmü uyarınca, şirket sözleşmesiyle veya tüm ortakların yazılı onayıyla izin verilmediği sürece rekabet yasağı geçerlidir; yine

¹⁶²⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 417.

¹⁶²⁵ Olivier Blanc, “Das Statutarische Konkurrenzverbot der GmbH-Gesellschafter-statuten-, quorums- und Handelsregisterspezifische Aspekte”, *Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht*, 2013/1, ss. 12-30, s. 14.

¹⁶²⁶ Rauf Karasu, “Limited Şirket Esas Sözleşmesi ile Ortakların Diğer Ortaklarla Rekabet Etme Yasağı Öngörülebilir mi?”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX S. 2, 2016, ss. 61-71, s. 63.

¹⁶²⁷ Blanc, s. 15; Pulaşlı, *Cilt IV*, s. 3195.

¹⁶²⁸ Pulaşlı, *Cilt IV*, s. 3196.

¹⁶²⁹ Pulaşlı, *Cilt IV*, s. 3196.

ortakların yazılı onayı yerine genel kurul kararının geçerli olacağı şirket sözleşmesinde düzenlenebilir¹⁶³⁰. Böyle bir düzenleme olmadıkça, anonim şirketlerden farklı olarak, genel kurul kararıyla rekabet yasağının kaldırılamayacağı madde lafzından anlaşılmaktadır¹⁶³¹. Anonim şirketlerden farklı olarak müdürlerin tabi olduğu yasak yalnız şirketin fiilen faaliyet gösterdiği alanda değil, aynı ticaret kolunda geçerli kabul edilmelidir¹⁶³². Rekabet yasağının kaldırılması izni, yapılacak işlemde önce veya sonra verilebilir¹⁶³³.

1.9.2 Sır Saklama ve Sadakat Yükümlülüğü

1.9.2.1 Anonim Şirketlerde Sır Saklama ve Sadakat Yükümlülüğü

Anonim şirketlerde sadakat yükümlülüğü esasen yönetim kurulu için geçerlidir. Bu yükümlülüğün kaynağı ise özen yükümlülüğü olup, hem şirket menfaatlerini olabildiğince gözetmeyi hem de bu menfaatlara zarar verici davranışlardan kaçınmayı içerir.¹⁶³⁴ İsviçre doktrinde yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğünün dört unsuru olduğu belirtilmiştir. Bunlar şirketin menfaatinin aksi yönünde hareket etmekten kaçınma, diğer kurum ve faaliyetlerinde şirketle menfaat çatışması yaratmayacak şekilde organize olma, muhtemel menfaat çatışmalarını derhal bildirme ve olası bir menfaat çatışması halinde görevden ayrılma ya da uygun başka bir karar alma yükümleridir.¹⁶³⁵ Yönetim kurulu üyelerinin kendileri veya yakınlarının menfaatiyle ilgili yönetim kurulu toplantılarına katılma yasağı (TTK m. 393) da sadakat yükümlülüğü ile ilgilidir; ancak katılırlarsa da yapılan işlem batıl olmayıp¹⁶³⁶, zarar doğması halinde yönetim kurulu üyesi tazminatla yükümlü kılınabilir (TTK m. 393/2).

¹⁶³⁰ Pulaşlı, **Cilt IV**, s. 3196.

¹⁶³¹ Franko, s. 43.

¹⁶³² Franko, s. 35. “Rekabet yasağını düzenleyen ikinci fıkra 6762 sayılı Kanunun 547’nci maddesinin yerini almıştır. Hüküm mevcut hukuktan farklı olarak, rekabet yasağına aykırılığı kazuistik yöntemle belirlememiştir. Bu fıkra, eski metinde öngörülen hâlleri ve gereğinde bu haller dışında kalan diğer rekabet faaliyetlerini (meselâ, dolaylı ve gereğinde etkisi duyulan komşu alan rekabeti) de kapsar.” (TTK m. 626 Gerekeşi)

¹⁶³³ Franko, s. 45.

¹⁶³⁴ Germann, s. 997.

¹⁶³⁵ Germann, s. 1002.

¹⁶³⁶ Ansay, s. 120, dn. 120.

Şirket ile arasındaki hukuki ilişki vekalet veya hizmet olarak nitelendirilen ve konumları gereği şirketin işlem ve faaliyetlerini yakından takip edebilen¹⁶³⁷ yönetim kurulu üyelerinin, güven unsuru nedeniyle, tüm iş ve işlemlerde şirket menfaatinin ön planda tutmaları ve korumaları beklenir. Bu durum TTK m. 369/1’de şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmekle yükümlü olmaları şeklinde ifade edilmiştir. Şirket menfaatinin korunması ile şirket tüzel kişiliğinin, malvarlığının devamı bağlamındaki menfaatlerinin, diğer grup menfaatlerine kıyasla ön planda tutulması ifade edilmektedir. Şirket yöneticilerinin de bu hususa uygun olarak karar almaları ve hareket etmeleri beklenir.¹⁶³⁸

Pay sahipleri bakımından ise anonim şirketlerde sadakat yükümlülüğünün kanuni bir dayanağı yoktur. Ancak İsviçre doktrininde bu hususta iki ayrı görüş öne sürülmüştür. Bir görüş pay sahiplerinin birbirine karşı bu yükümlülüğü haiz olduğundan hareketle sadakat yükümlülüğünün varlığını kabul etmektedir. Federal Yüksek Mahkeme’nin de benimsediği daha güncel bir diğer görüş ise, İsvBK §680 ile düzenlenen tek borç ilkesi dolayısıyla, tek ortaklı şirketlerde veya aile bulunduğu öne sürülen bu yükümlülüğü kabul etmemektedir.¹⁶³⁹ Türk hukukunda ise pay sahiplerinin ticaret kanununca getirilmiş böyle bir yükümlülüğü bulunmamakla birlikte, TMK m. 2’ye uygun davranmaları gerektiği ifade edilmiştir¹⁶⁴⁰.

Anonim şirketlerde sır saklama yükümlülüğü, yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğü ile bağlı olarak tabi oldukları bir yükümlülüktür. Şirket belgelerinin üçüncü kişilere verilmesi veya incelettirilmesi ya da görev sona erdikten sonra belgelerin iade edilmemesi gibi eylemler, sır saklama yükümlülüğüne aykırılık oluşturur.¹⁶⁴¹

¹⁶³⁷ Ansay, s. 120.

¹⁶³⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 424; Pulaşlı, Cilt II, s. 1696. Anonim şirketlerde sadakat yükümlülüğünün pay sahipleri için geçerli olmadığı baskın görüştür (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, II, s. 103; Pulaşlı, Cilt III, s. 2149). Ancak adi şirket hükümlerinin her şirket tipi için geçerli olduğu ve müşterek amacın mevcudiyeti temel alınarak, pay sahiplerinin de şirketin amacına zarar verecek davranışlardan kaçınmaları gerektiği ifade edilmekte, dolayısıyla şahıs şirketlerindeki kadar yoğun olmasa da pay sahiplerinin de sadakat yükümlülüğü olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır (Aşık, s. 170).

¹⁶³⁹ Christoph Feuz, “Treuepflichten im Gesellschaftsrecht”, **Das Mitgliedschaftliche Treupflichtregime der GmbH** (Herausgeber: Peter Forstmoser), Zurich 2017, Dike Verlag, s. 27-29; Germann, s. 303.

¹⁶⁴⁰ Ansay, **Anonim Şirketler**, s. 190.

¹⁶⁴¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 424.

Yönetim kurulu üyelerinin sır saklama yükümlülüğü görev süresi sona erdiğinde de devam eder. Buradaki ölçü, sır niteliği taşıyan bilginin şirketin maddi veya manevi zararına neden olabilecek nitelikte olduğu sürece saklanması gerekliliğidir.¹⁶⁴² Sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranan yönetim kurulu üyeleri, şirketin bundan doğacak zararını tazminle yükümlüdür¹⁶⁴³.

1.9.2.2 Limited Şirketlerde Sır Saklama ve Sadakat Yükümlülüğü

Limited şirketlerde sadakat yükümlülüğü, anonim şirketlerdeki durumun aksine, ortaklar için de (TTK m. 613) söz konusudur. Ancak, bu yükümlülük İsviçre’de olduğu gibi, Türk hukukunda da kanun ile değil, esas sözleşmeye eklenecek düzenlemeyle getirilebilir.¹⁶⁴⁴ İsviçre hukukunda özellikle İsvBK §803/2 ile getirilen düzenleme, “şirket fırsatları doktrini” (Gesellschaftslehre) ile somutlaştırılmakta, şirketin fırsatlarını ortakların kendileri lehine kullanmamaları gerektiğini belirtmektedir. Buna göre önemli olan ortakların şirket alanlarıyla kendi özel alanlarının birbirinden ayrılmasıdır.¹⁶⁴⁵

TTK m. 626/3 uyarınca müdürler de sadakat yükümlülüğüne tabidir. Sadakat yükümlülüğünün tek alacaklısı şirket tüzel kişiliği olup, ortakların bu hususta talep hakkı yoktur. Ortaklardan farklı olarak müdürlerin sadakat yükümlülüğü, müdürlük görevinin herhangi bir şekilde sona ermesi halinde de devam eder. Müdürün üçüncü kişi olması halinde ise sır saklama yükümlülüğü devam etmekle birlikte sadakat yükümlülüğü müdürlük sıfatının ortadan kalkmasıyla yine son bulur.¹⁶⁴⁶

Limited şirketlerde sır saklama yükümü, ortaklar bakımından şirkete bağlılıklarını ifade eden vazgeçilmez bir yükümlülüktür. Bu sebeple, TTK m. 613/1, bu yükümlülüğün şirket sözleşmesiyle veya genel kurul kararıyla kaldırılamayacağını emredici olarak düzenlemiştir.¹⁶⁴⁷ Buradaki amaç, ortakların şirket ile sıkı ilişki içinde

¹⁶⁴² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 425.

¹⁶⁴³ Ansay, s. 120.

¹⁶⁴⁴ Blanc, s. 12.

¹⁶⁴⁵ Blanc, s. 13.

¹⁶⁴⁶ Pulaşlı, Cilt IV, s. 3276.

¹⁶⁴⁷ Pulaşlı, Cilt IV, s. 3194.

olmasından ötürü elde edebilecekleri şirket sırlarının açıklanmamasını ve böylece şirketin zararına bu sırlardan faydalanılmamasını sağlamaktır.¹⁶⁴⁸

1.9.3 Rekabet Yasağı, Sır Saklama Yükümlülüğü ve Sadakat Yükümlülüğünden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

Rekabet yasağı, sır saklama yükümlülüğü ve sadakat yükümlülüğüne aykırılıktan kaynaklanan tazminat davaları, konularının bir para alacağı olması ve ticari dava olmaları bakımından TTK m. 5A uyarınca zorunlu arabuluculuğa tabi olacaklardır.

Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin ve limited şirketlerde müdürlerin rekabet yasağından doğacak tazminat yükümlülüğünden kurtulabilmeleri, daha önce de değinildiği üzere¹⁶⁴⁹, genel kurulun bu yönde açık veya zımni izin verilmesine bağlıdır. Bu durumda açılacak davada mahkemenin özellikle zımni izin bulunup bulunmadığını değerlendirmesi gerekecektir. Kanımızca zorunlu arabuluculuğa başvurulduğunda arabulucunun bu iznin olup olmadığını incelemesi yargılama faaliyetinde bulunamayacağından hareketle HUAK m. 15/4'e aykırılık teşkil edecektir. Öte yandan böyle bir izin olmadan anlaşmaya varılması da, genel kurulun yetkisinin, aleyhine tazmin talebi yöneltilen yönetim kurulu üyesi veya müdür dışındaki üyelerin ya da müdürlerin, rekabet etme izin verebilmesi sonucunu doğurabilecektir. Bu durum da emredici hükümlere aykırılık oluşturacak, arabuluculuk süreci sonunda varılânanlaşmanın butlanına sebep olacaktır. Bu durum da zorunlu arabuluculuğun zamandan tasarruf amacına uygun düşmeyecektir. Limited şirketlerde ortağın rekabet yasağına tabi olması ise şirket sözleşmesinde hüküm bulunmasına bağlı olmakla birlikte, arabulucunun bu hususu değerlendirmesi de yine HUAK m. 15/4 uyarınca aynı sebeplerle kanaatimizce mümkün olmayacaktır.

Rekabet yükümlülüğüne aykırı faaliyetlerden elde edilen parasal menfaatlerin devri söz konusu olduğunda, yine TTK m. 5A'nın uygulanması gerektiği, parasal nitelik taşımayan ve bu sebeple TTK m. 5A kapsamına girmeyen diğer tür

¹⁶⁴⁸ Pulaşlı, **Cilt IV**, s. 3195.

¹⁶⁴⁹ Bkz. §1.9.2.1; §1.9.2.2.

menfaatlerin şirkete devri içinse zorunlu arabuluculuğun uygulama alanı bulmaması gerektiği düşüncesindeyiz.

2. Sermaye Şirketlerinde Zorunlu Arabuluculuk Bakımından De Lege Ferenda Görüşümüz

2.1 Zorunlu Arabuluculuğun Uygulama Alanının Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarıyla Uyumluluğu Açısından

7155 sayılı Kanun ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na eklenen TTK m. 5A hükmü, madde kapsamında kalan her ticari davada uygulanacak bir hükümdür. İlk bölümde karşılaştırmalı hukuk açısından yapılandırılmalarıyla karşılaştırıldığında, bu hükmün bu niteliğiyle bir ilk olduğu söylenebilir. TTK m. 5A hükmünün bu niteliği dolayısıyla, bu çalışmada sermaye şirketleri bakımından hükmün kapsamına girebilecek her uyuşmazlık bakımından değerlendirme yapma ihtiyacı hissedilmiştir.

Kanaatimizce ticari davalar için arabuluculuğun sermaye şirketlerine uygulanabilmesi için, sermaye şirketlerinde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların niteliğinin incelenip dikkate alınması, daha sonra arabuluculuğun ve hatta diğer dostane uyuşmazlık çözüm yollarının bu kapsamda yapılacak değerlendirmelerin ışığında düzenlenmesi gerekmektedir.

Çalışmada sermaye şirketleri bakımından zorunlu arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklar incelendiğinde, karşılaşılabilecek en büyük sorunun, şirketler hukukuna ilişkin emredici hükümler nedeniyle tarafların, anlaşmaya diğer uyuşmazlıklarda olduğu kadar serbest yaklaşamaması olduğu kanaatindeyiz. Buna örnek olarak daha önce incelenen sermaye payının ödenmemesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda sermayenin korunması ve tek borç ilkeleri gösterilebilir¹⁶⁵⁰. Öte yandan farklılaştırılmış teselsül açısından yapılandırılmaları¹⁶⁵¹ hareketle, sorumluluk davalarında zorunlu arabuluculuk uygulandığı zaman güç dengesinin sağlandığından emin olunmadığı sürece, davalıların kusurlarını aşan miktarda

¹⁶⁵⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm §1.2.2.

¹⁶⁵¹ Bkz. Üçüncü Bölüm §2.5.3.

tazminat ödemekle yükümlü olması gündeme gelebilecektir. Bu uyuşmazlıklar her ne kadar TTK m. 5A kapsamında olsa da, aile içi şiddetten kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculuğa tabi olamaması örneğinde olduğu gibi, kanaatimizce birinci bölümde incelenen ölçülülük kıstasına¹⁶⁵² uymamaktadır. Diğer bir deyişle bu uyuşmazlıklar için arabuluculuğun zorunlu tutulması, amaçlanan faydadan çok zarar doğurmaya elverişlidir.

TTK m. 5A dolayısıyla şirketler hukuku karakteri taşıyan uyuşmazlıklar, yalnızca konusu ancak bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebi niteliği taşıdıkları sürece zorunlu arabuluculuğa tabi olacaklardır. Bu da kanımızca şirketler hukuku uyuşmazlıklarının sınırlı bir kısmını zorunlu arabuluculuğa tabi tutacaktır. Örneğin her ne kadar aksi yönde karar verilebilmekteyse de¹⁶⁵³, limited şirket ortağının çıkma istemiyle açtığı davası, bir alacak veya tazminat talebi olmadığından, ayrılma akçesi istense dahi kanımızca zorunlu arabuluculuğa tabi olmamalıdır. Her ne kadar daha önce de değindiğimiz üzere¹⁶⁵⁴ zorunlu arabuluculuğun kapsamının geniş olması haklı eleştirilere uğramış olsa da uygulama alanının doğru ve zorunlu arabuluculuğun tabiatına uygun seçilmesi kanımızca önem taşımaktadır. Bu bağlamda, arabuluculuğa elverişliliğin yanı sıra, şirketler hukuku sınırlarının da önem taşıdığı göz önünde bulundurulmalıdır¹⁶⁵⁵.

Örneğin (her ne kadar TTK m. 5A kapsamında zorunlu arabuluculuğa tabi olmasa da) genel kurul kararlarının iptâlî bakımından arabuluculuk ele alınırken öncelikle iptal davasının işlevini ele almak gerekir. Bu davada önemli olan, taraflar arası ilişkiden çok, bir denetim mekanizmasının varlığıdır. Bu dava ile bir yandan pay sahibinin haklarının çoğunluğa karşı korunması sağlanırken, diğer yandan dava sonucu verilecek hükmün diğer tüm pay sahiplerini ve şirket organlarını bağlayacağı

¹⁶⁵² Bkz. Birinci Bölüm §1.2.4.2.

¹⁶⁵³ “Dava, TTK 638 vd. m. uyarınca limited şirket ortaklığından çıkma ve çıkma payının ödenmesi istemine ilişkindir. İlk derece mahkemesince arabuluculuğa başvuru dava şartının yerine getirilmediği gerekçesiyle davanın dava şartı yokluğundan usûlden reddine karar verilmiştir... Somut olaya döndüğümüzde, dava, limited şirket ortaklığından çıkma ve çıkma payının ödenmesi istemine ilişkin olup, çıkma payının ödenmesi istemi nedeniyle ticari bir alacak davası niteliğini haiz olduğu, ayrıca uyuşmazlığın tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir işleme ilişkin olduğu, dolayısıyla bu davada arabuluculuğa başvurmuş olmanın bir dava şartı olarak kabul edilmesi gerektiği, ancak bu dava şartının yerine getirilmediği sonuç ve kanaatine varılmış olup, ilk derece mahkemesinin kararında bir isabetsizlik görülmemiş, açıklanan gerekçelerle davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine dair aşağıdaki şekilde karar verilmiştir...” (İstanbul BAM 12. HD 2019/890E. 2019/867K. 23.01.2019, <https://emsal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi: 06.04.2023)

¹⁶⁵⁴ Bkz. Birinci Bölüm §3.1.

¹⁶⁵⁵ Hagel, s. 2456.

da dikkate alındığında, bu davaların kümülatif bir etkisinin olduğuna dikkat çekilmektedir. Hatta buna göre dava açan pay sahibinin bizzat zarar görmediği halde, diğer pay sahiplerinin etkilenmesi halinde de dava açabiliyor oluşu, davacı pay sahibine adeta bir denetim işlevi yüklemektedir.¹⁶⁵⁶ Bu durumda arabuluculuğun, hukuki denetimin yapılabilmesi yönünden, iptal davalarına elverişli olmayacağı düşünülebilir. Buna karşılık doktrinde, davanın sülh ile sonlandırılabilmesi de ileri sürülerek, arabuluculuğun bu davalar için de pekâlâ bir alternatif olabileceği dile getirilmektedir. Ne var ki arabuluculuğun tercih edilmesi halinde hukuki denetimin eksik kalacak olmasının, arabuluculukta iradilik prensibiyle engellendiği de belirtilmektedir.¹⁶⁵⁷ Öte yandan, sülh ile bu davaların sona erdirilmesinin, pay sahibine şirketçe bir ödeme yapılmasının söz konusu olduğu hallerde özellikle iptal davasının amacına uygun olmayacağı Alman doktrininde dile getirilmişse de, bu görüş pay sahibinin iptal davası açmasındaki amacının kendi pay sahipliği haklarını bu dava yoluyla korumak olması ve başka bir amacının olmaması, pay sahibinin bu davayı açma yükümlülüğünün bulunmadığı, kendisine yapılacak herhangi bir ödemenin ise bu davadan kötü niyetle feragat edeceği anlamına gelmeyeceği sebepleriyle eleştiriye uğramıştır¹⁶⁵⁸. Genel kurul kararının butlanının veya yokluğunun tespiti üzerinde tarafların sülh olamayacağı açık ise de bu durum, iptal davaları açısından geçerli kabul edilmemektedir¹⁶⁵⁹.

Genel kurul kararlarının iptâlî davaları bakımından verilen örnekte olduğu gibi, bir yargılama faaliyetiyle yapılacak hukuki denetimin elzem olduğu durumlarda, tarafların anlaşması ve arabuluculuğun bu uyuşmazlıklara uygunluğu kanımızca üzerinde düşünülmesi gereken bir husustur. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuk, menfaat odaklı olup, bu özelliğiyle mahkeme yargılamasının yerine bir ikame teşkil edemez¹⁶⁶⁰. Dolayısıyla, bu özelliği haiz bir yöntemi dava şartı olarak tek bir maddeyle çerçeveye alıp düzenlemek, hukuki denetimin önem taşıdığı dava türleri açısından uygun olmayacaktır.

¹⁶⁵⁶ Kruse, s. 93-94.

¹⁶⁵⁷ Kruse, s. 94.

¹⁶⁵⁸ Harald Feltkamp, **Anfechtungsklage und Vergleich im Aktienrecht**, Berlin 1991, Duncker&Humboldt, s. 52

¹⁶⁵⁹ Feltkamp, s. 53.

¹⁶⁶⁰ Kıyak, s. 29.

Öte yandan, her ne kadar genel kurul kararlarının iptâlî örneğinde olduğu gibi hukuki denetimin yapıldığı uyuşmazlık türleri zorunlu arabuluculuğa uygun değilse de, TTK m. 5A hükmünün kapsamına giren sermaye şirketi uyuşmazlıkları bakımından, şirketler hukukuna özgü bazı sorunların da çıkabileceği açıktır: Sermaye payının ödenmemesi halinde yürütülecek arabuluculuk sürecinin, sermayenin korunması ve tek borç ilkelerine aykırılık teşkil etmemesi gerekir. Bunun yanı sıra, sorumluluk davasından önce başvurulacak arabuluculuk sürecinde, hâkimin yapması gereken farklılaştırılmış teselsüle ilişkin değerlendirmenin yapılamayacak olması gibi, arabulucunun yargılama faaliyeti yürütemeyeceği alanlarda da arabuluculuğun bir dava şartı olarak dayatılması, kanaatimizce sakıncalı sonuçlar doğurabilecektir. Unutulmamalıdır ki zorunlu arabuluculuğun zorunluluk unsuru yalnızca başvuru aşamasında olup, sürecin sonunda varılacak anlaşma hususunda iradi arabuluculuğun özellikleri geçerli olacaktır. Dolayısıyla dava şartı olarak zorunlu hale getirilen arabuluculuk, arabulucunun hukuki denetim yapamaması noktasında herhangi bir özellik arz etmeyecektir. Üstelik tarafların da amaçlandığı gibi menfaatlerine uygun ve serbestçe anlaşmaya varmaları hususunda da sorunlara yol açabilecektir.

Başka bir bakış açısıyla, her bir uyuşmazlık bakımından arabuluculuğun sağlayacağı fayda farklı olabilecektir. Dolayısıyla arabuluculuk bir dava şartı olarak zorunlu kılınırken kanaatimizce bu yönden bir değerlendirme de yapılmalıdır. Örneğin Alman doktrininde şirket birleşmelerinde arabuluculuğun yalnız iyi bir uyuşmazlık çözüm yöntemi değil, aynı zamanda uyuşmazlığı önlemede iyi bir araç olduğu ifade edilmektedir; örneğin tür değiştirmelerde, özellikle yeniden yapılandırma tedbirleri ile değişim sonrası uyum sürecinde, bazı durumlarda gelecekte uyuşmazlığın çıkması ihtimalini asgari düzeye çekmek ve olası uyuşmazlıkların erken aşamada çözülmesini sağlamak için, arabuluculuk kaydının getirilebileceğine dikkat çekilmektedir. Söz konusu büyük çaplı değişim süreçleri olduğunda, uyum müdürü olarak bir arabulucunun görevlendirilmesinin, tür değiştirmeden etkilenenler arasındaki farklılıklar ve anlaşmazlıkların giderilmesi de tavsiye edilmektedir.¹⁶⁶¹ Türk hukukunda da böyle bir çözümün getirilmesinin uygun olabileceği düşüncesindeyiz. Mevcut durumda mahkemeye erişim hakkı bakımından TTK m. 5A hükmünün dava açma hakkını on haftaya kadar engellemesi, daha önce de değinildiği üzere,

¹⁶⁶¹ Hagel, s. 2456.

mümkündür¹⁶⁶². Üstelik ticaret mahkemelerinin amacı, ticari davaların çabuk, ucuz ve hızlı bir şekilde çözümlenmesidir¹⁶⁶³. Uyuşmazlık çıktıktan sonra dava şartı olarak arabuluculuğun getirilmesi, üstelik arabuluculuk sürecinin bu kadar uzamasının mümkün olması, zorunlu arabuluculuğun amaçlarıyla bağdaşmamaktadır. Eğer amaç mahkemelerin iş yükünü azaltmak, uyuşmazlıkları daha hızlı ve ekonomik biçimde çözmek ve hukuki barışı sağlamaksa, özellikle yapı değişikliklerine ilişkin süreçlerde şirketler ve pay sahipleri arasındaki ilişki bakımından, uyuşmazlık çıkmadan önce bir arabulucu desteğiyle işlem yapılması kanımızca bu amaçlara ulaşmak için daha uygun olacaktır.

Doktrinde kurumsal yönetime (corporate governance) ilişkin, pay sahibi ve şirket arasındaki uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda, kanun koyucunun bir uyuşmazlık çözüm yolundan beklentilerinin ve farklı uyuşmazlık çözüm yöntemlerini, avantajları ve dezavantajlarıyla ele alıp, piyasadaki aktörleri nasıl etkileyeceğini dikkate alması gerektiği ifade edilmektedir¹⁶⁶⁴. Bu doğrultuda düşünüldüğünde, en azından söz konusu şirketler hukuku uyuşmazlıkları olduğunda, TTK m. 5A gibi genel ve çerçeve bir düzenleme yerine, gerekli görülecek durumlar için arabulucunun göstereceği işleve göre düzenlemeler yapılmasının, zorunlu arabuluculukla ulaşmak istenen sonuçlara daha uygun olduğu düşüncesindeyiz.

Ancak bu düzenlemelerin yapılış şeklinin nasıl olacağı kanımızca ayrı bir meseledir. Sermaye şirketleri bakımından her bir uyuşmazlığın kendine has özellikleri olduğundan, her uyuşmazlık konusu için ilgili hükümlerde zorunlu arabuluculuğa veya başka bir uyuşmazlık çözüm yoluna spesifik düzenlemelerin getirilmesinin daha uygun olacağı düşüncesindeyiz. Bunun dışında sermaye şirketleri bakımından genel bir düzenlemenin getirilmesinin kanımızca mevcut durumdan bir farkı olmayacaktır.

2.2 Zorunlu arabuluculuğa Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Açısından

Türk doktrininde şirketler hukukunun emredici kuralları bakımından mahkemelerce yapılarıargılamadan başka yöntemlerin benimsenmesinde bir engel olmadığı, örneğin korporatif nitelikte tüm uyuşmazlıkları kapsayacak şekilde bir

¹⁶⁶² Bkz. İkinci Bölüm §3.2.

¹⁶⁶³ Bkz. İkinci Bölüm §1.1.2.1.

¹⁶⁶⁴ Kraus, s. 32.

tahkim kaydının esas sözleşmeye konulabileceği mümkün kabul edilmektedir¹⁶⁶⁵. Bu durum, Alman Federal Mahkemesinin getirdiği kriterler dolayısıyla tüm pay sahiplerinin tahkim kaydına muvafakatinin gerektiğinden, halka açık şirketlerde bu kaydın esas sözleşmeye konulamayacağı öne sürülmektedir¹⁶⁶⁶.

İhtiyari arabuluculuk bakımından esas sözleşmeye kayıt konulması aynı açıklamalar çerçevesinde kanaatimizce mümkündür. Ancak dava şartı zorunlu arabuluculuk bakımından bu değerlendirmenin yapılmasına elbette gerek duyulmayacaktır. Bu durumda zorunlu arabuluculuğa başvuru bakımından TTK m. 340 çerçevesinde yapılandırılmalar da önem taşımayacaktır¹⁶⁶⁷. Ne var ki zorunlu arabuluculuğun anlam kazanabilmesi için yalnız başvuru bakımından engel bulunmaması yetmemektedir; başvurudan sonra arabuluculuğun sürdürülebilmesi ve taraflarca hem menfaatlerinin uyuştuğu hem de şirketler hukukunun kanuni sınırlarına aykırılık oluşturmayacak bir anlaşmaya varılması da dikkat edilmesi gereken bir nokta olarak ortaya çıkacaktır.

Şirketler hukukunun her uyuşmazlık bakımından (daha önce her dava türünde de değindiğimiz) dikkate alınması gereken sınırlar dahilinde bir anlaşmanın oluşturulması, sermaye şirketleri uyuşmazlıklarının zorunlu arabuluculuk yoluyla etkin bir şekilde çözümlenebilmesi bakımından önem taşımaktadır. Ne var ki kanunun emredici hükümlerine aykırılık içeren bir anlaşmaya varılması halinde daha önce değindiğimiz¹⁶⁶⁸ hem arabuluculuk ile amaçlanan uyuşmazlığın hızlı çözümüne aykırı bir durum oluşacağı hem de HUAK m. 18/5 ile getirilen dava açma yasağı sebebiyle bu tür anlaşmaların uygulanması bakımından çözüm getirilemeyeceği kanaatindeyiz.

Dolayısıyla hem şirketler hukuku uyuşmazlıklarının getirdiği sınırlamalara uygun olması hem de ticaret mahkemelerinin amaçladığı uyuşmazlıkların mümkün olduğunca hızlı bir şekilde ve ticaret hayatına uygun olarak çözümlenmesi amacına uygun olarak, en azından zorunlu arabuluculuğa alternatif başka uyuşmazlık çözüm

¹⁶⁶⁵ Ayoğlu, s. 14.

¹⁶⁶⁶ Alman Federal Mahkemesi'nin getirdiği kriterler 1. tahkim kaydının getirilmesine tüm pay sahiplerinin rıza göstermesi, 2. tüm pay sahiplerinin tahkim kaydından haberdar edilmesi ve müdahale etme imkânı sunulması, 3. hakemler tarafsız bir merci atanmadıkça pay sahiplerinin hakem seçme sürecine katılabilmesine olanak sağlanması, 4. aynı uyuşmazlığa ilişkin tüm davaların birleştirilerek tahkim mahkemesi tarafından görülmesi olarak belirlenmiştir (Ayoğlu, s. 15).

¹⁶⁶⁷ Bu hususta bkz. Ayoğlu, s. 26-29.

¹⁶⁶⁸ Bkz. (A) §3.3.5.3.

yollarının da mümkün kılınması gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Öncelikle HUAK m. 18A /18 uyarınca esas sözleşmede tahkim kaydı bulunmaktaysa zorunlu arabuluculuğa başvurmak zorunlu olmamalıdır. Ancak bu durumda esas sözleşmeye tahkim kaydı konulabilmesi için doktrinde geçen kriterlerin de dikkate alınması gerekeceği fikrindeyiz¹⁶⁶⁹. Yine aynı düzenleme “tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu” hallerde de zorunlu arabuluculuğun uygulanmayacağını belirtmektedir. Dolayısıyla özellikle TTK m. 340 dolayısıyla anonim şirketler bakımından arabuluculuk dışında Alman ZPO §278 veya İsviçre ZPO §197 vd. örneklerinde olduğu gibi hâkimin aktif rol alacağı ve gerektiğinde bir arabulucu gibi faaliyet göstereceği, tarafların anlaşma ihtimalini görmediğinde de hemen yargılama aşamasına geçebileceği bir sistemin getirilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

Örneğin, her ne kadar ticari uyuşmazlıklar olarak sınırlandırmasa da, Almanya da arabuluculuğun mahkemelere entegrasyonu bakımından bazı “model projeler” üretmiştir. Örneğin Bavyera eyaletinde Universität Erlangen-Nürnberg bünyesinde başlatılan bir proje kapsamında görev yapan sülh hakimlerine (der Güterichter), yaklaşık seksen saatlik bir arabuluculuk eğitimi ile hem ZPO Art. 278 kapsamında hem de arabuluculuk yoluyla uyuşmazlık çözümü hususunda yetkinlik kazandırılması amaçlanmış, bu proje sonucunda sülh ile sonuçlanan uyuşmazlıkların tüm uyuşmazlıklara oranı yüzde altmış dokuz gibi yüksek sayılabilecek bir oran olmuştur¹⁶⁷⁰. Berlin’de iki hafta sonu süren bir eğitimin ardından sülh hâkimleri, arabuluculuk sürecini mahkeme içinde sürdürerek, tarafların mahkeme içi sülh tesis ederek davayı sona erdirmesi, üzerinde mutabakata varılânhususların hükme geçirilmesi veya davanın geri alınması ya da davadan feragat edilmesi yollarıyla davanın sonuçlandırılmasını sağlayabilmektedir¹⁶⁷¹. Hamburg’da ise taraflar arabuluculuk sürecine başlamadan önce, gizlilik gibi hususlar hakkında taraflara bilgi de veren bir arabuluculuk tâlîmatnamesi (die Mediationsordnung) imzalamakta, ister mahkeme nezdinde isterlerse de kendi inisiyatifleriyle yürütecekleri bir arabuluculuk sürecine devam etmektedirler. Mahkeme nezdinde yürütülecek arabuluculuk sürecinde de özel olarak eğitim verilmiş hâkimler yer almaktadır¹⁶⁷². Görüldüğü üzere,

¹⁶⁶⁹ Bkz. dn. 1666.

¹⁶⁷⁰ Jan Malte von Barga, **Gerichtsinterne Mediation**, Tübingen 2008, Mohr Siebeck, s.74-77.

¹⁶⁷¹ von Barga, s. 79-81.

¹⁶⁷² von Barga, s. 84-85.

Almanya'nın hiçbir yerinde mahkeme bağlantılı arabuluculuk ile ilgili hâkim dışında kişiler görevlendirilmemiş, tam bir entegrasyon için hâkimlere özel eğitim verilmesi yoluna gidilmiştir. Şirketler hukukunun kısıtları ve karakteristik özellikleri bilhassa dikkate alındığında, esasen hukukumuzda da benzer bir uygulamanın yerinde olabileceği fikrindeyiz.

Bu uygulamanın ise HMK m. 140/2 hükmü ile birlikte düşünülmesi uygun olabilir. Bu hüküm uyarınca hâkim, tarafları arabuluculuğa veya sülhe herhangi bir zorlama olmaksızın özendirmekte, bunu yaparken de taraflara anlaşmaları halinde menfaatlerine daha uygun sonuçlar elde edebileceklerini hatırlatmakta ve bunun için zaman ayırmaktadır. Ancak doktrinde, hâkimlerin sülh ve arabuluculuk yolunda nasıl bir yöntem izleyeceklerini bilmemelerinin, HMK m. 140/2 hükmünün yeteri kadar etkili kullanılamamasına neden olduğu belirtilmektedir¹⁶⁷³. Dolayısıyla kanaatimizce, öncelikle Almanya'daki uygulamanın benzeri olarak, özellikle şirketler hukuku uyuşmazlıkları yönünden sülh ve arabuluculuk teşviki için ticaret mahkemesi hâkimlerine gereken eğitimin verilmesi uyuşmazlıkların etkin, ucuz ve çabuk çözülmesinde büyük önem taşımaktadır. Bunun yanı sıra, mahkemeye erişim hakkının engellenmeden dostane yollardan uyuşmazlık çözümünün sağlanması konusunda, arabuluculuk veya sülhe salt bir teşvikten ziyade, Almanya veya İsviçre hukuklarında olduğu gibi, mahkeme nezdinde makûl sürede tamamlanabilecek zorunlu bir aşamanın düzenlenmesi, kanımızca çok daha yerinde olacaktır.

Bunun dışında HUAK m. 18A/18 ile getirilen dava açma yasağının örneğin Avukatlık Kanunu m. 35A ile getirilen uzlaşma yolu bakımından getirilmediği görülmektedir. Avukatlık Kanunu m. 35A 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.”* Düzenlemeden anlaşılacağı üzere bu hükmün geçerli olabilmesi için avukatların taraflara bu yönde davette bulunmaları yeterli sayılmalıdır¹⁶⁷⁴. Şirketler hukuku uyuşmazlıkları bakımından tarafların bu yöntem ile uyuşmazlık çözümünü

¹⁶⁷³ Özekes, **Pekcanitez Usûl**, s. 1294-1295.

¹⁶⁷⁴ İlk duruşmadan önce imzalanmış uzlaşma tutanağının sunulmuş olması gerektiğine ilişkin bkz. Alper Bulur, “Avukatlık Kanunu m. 35/A'nın Alternatif Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2010(89), ss. 196-241, s. 210.

kararlaştırmaları halinde, esasen tarafsız bir biçimde özgür bir müzakere ortamı sunacak olan avukatlar, aynı zamanda müvekkillerini aydınlatma yükümlülüğü de taşıyacaktır.¹⁶⁷⁵ Üstelik tarafların avukat desteği almak zorunda olmadıkları ve avukatların, taraflara sadece tavsiyede bulunabildikleri¹⁶⁷⁶ arabuluculuk sürecinin aksine, Avukatlık Kanunu m. 35A uyarınca uzlaşma yolunda daha etkin rol oynayacakları söylenebilir. Varılacak uzlaşmanın TTK m. 340 hükmüne aykırılık oluşturması halinde doğabilecek sakıncalar yönünden avukatların müvekkillerini aydınlatmalarının¹⁶⁷⁷ ve böylece daha sağlıklı bir anlaşmaya varılmasına katkıda bulunmalarının mümkün olduğu fikrindeyiz.

Bunun gibi yöntemlerin taraflarca kararlaştırılması halinde veya uyuşmazlık ortaya çıktığında *multidoor courthouse*¹⁶⁷⁸ uygulamasında olduğu gibi arabuluculuk yerine başka alternatiflerin taraflarca uygulanmak istenmesi halinde, buna izin verilmesinin de uygun bir çözüm olabileceği kanaatindeyiz. Bu şekilde taraflar kendilerine uygun başka yöntemleri de değerlendirebilecektir. Örneğin kanaatimizce, her ne kadar arabuluculuk sürecine başvuru yapılmamış olsa da, taraflar mahkeme dışı sülh olma yönündeki çabalarını mahkemeye ibraz edebilmişse, bu durumda mutlaka zorunlu arabuluculuğun dayatılmaması gerekir. Sülh olma çabalarının ne şekilde ispat edileceği ise kanun koyucunun yapacağı düzenlemeler ile belirlenebilir. Burada önemli olan tarafları mutlaka belli bir prosedüre tabi olan arabuluculuğa mahkum etmemek; zorunlu arabuluculukla ulaşılmaması gereken hedeflere başka şekillerde de ulaşılabilmesini mümkün kılmaktır.

¹⁶⁷⁵ Bulur, s. 216; Meral Sungurtekin Özkan, “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”, **Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, Yıl 2005 Sayı 2, ss. 353-370, s. 364.

¹⁶⁷⁶ Ermenek, s. 249.

¹⁶⁷⁷ Alman doktrininde de arabulucu olarak görev yapan avukatların, meslek hukukuna ilişkin yükümlülükler tabi olacakları, dolayısıyla uyuşmazlığın niteliğinin arabuluculuk sürecine etkisi hususunda tarafları aydınlatması gerektiği ifade edilmektedir (Christian Duve/ Horst Eidenmüller/ Andreas Hacke, **Mediation in der Wirtschaft**, Köln 2011, Dr. Otto Schmidt Verlag, s. 98).

¹⁶⁷⁸ Bkz. Birinci Bölüm §2.3.2.



SONUÇ

Esasen iradilik ve ihtiyarilik ilkeleri üzerine kurulu arabuluculuk, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun ikinci maddesinin ilk fıkrasının (b) bendinde tanımlanmış olmakla birlikte, doktrinde farklı tanımlarına da yer verilmiştir. Arabuluculuğun özelliği bir yargılama faaliyeti olmamasıdır. Tarafların anlaşmasını amaçlayan ve bu doğrultuda tarafların menfaatlerini ön planda tutan bu kurumun, devlet yargısına kıyasla, daha az masraflı olması, daha hızlı olması, elde

edilebilecek sonuçların daha öngörülebilir olması, güvenilirlik ve gizliliğe önem verilmesi, tarafların tatmininin daha yüksek olması, süreçteki tüm süjelerin uyuşmazlığın çözümünde katkıda bulunabilmesi gibi avantajları bulunmaktadır.

Bu avantajlar sebebiyle esasen ihtiyari olduğu belirtilen arabuluculuğun, zaman zaman belli uyuşmazlıklar bakımından zorunlu hale getirildiği gözlemlenmektedir. Karşılaştırmalı hukuk dikkate alındığında, zorunlu arabuluculuğun sadece kanun ile değil, mahkeme kararı veya (Amerikan hukukunda olduğu gibi) mahkeme kurallarıyla getirilebildiği göze çarpmakta, hatta dava açıldıktan sonra *mahkeme bağlantılı arabuluculuk* gibi farklı türlerde görünümde olabildiği dikkat çekmektedir. Her durumda, zorunlu kılınan arabuluculuk yargılamanın bir aşaması haline gelmektedir.

Arabuluculuk zorunlu hale getirildiğinde, getiriliş şekli bakımından farklılıklar gösterdiği gibi, getirdiği yükümlülük ve bu yükümlülüğe aykırılık olduğunda uygulanacak yaptırımlar da değişiklikler göstermektedir. Öncelikle genel olarak zorunlu arabuluculuğun yalnızca arabuluculuk yoluna başvuru açısından yükümlülük getirdiği, anlaşmaya varma hususunda getirilecek zorunluluğun yargılama hukukuna ilişkin sorunlar çıkarabileceğine dikkat çekilmelidir. İlk tür yükümlülükte *arabuluculuğa zorunlu kılma*, ikinci tür yükümlülükte ise *arabuluculuk içerisinde zorunlu kılmadan* bahsedilebilir. Bunun dışında arabuluculuğa başvuru yükümlülüğüne aykırı davranan taraf aleyhine bazı masraflara hükmedilmesini öngören *yarı zorunlu* arabuluculuk da ayrı bir zorunlu arabuluculuk görünümüdür. *İnceleme aşamasında katılım zorunluluğu*, *tüm tarafların arabuluculuk oturumunda bulunma zorunluluğu* ve *iyi niyetle katılım zorunluluğu (good faith participation)* diğer zorunluluk türleridir. Uygulanacak yaptırım türleri ise masraflara katlanma, mahkemeye rapor verilmesi, davanın reddi veya arabuluculuğun bekletici mesele yapılması ve yükümlülüğüne aykırı davranan tarafın yokluğunda arabuluculuğun sürdürülmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Hukukumuzda zorunlu arabuluculuk uygulaması giderek yaygınlaşmakla birlikte, diğer hukuk sistemleri incelendiğinde, hukuk uyuşmazlıklarında zorunlu kılınan farklı uyuşmazlık çözüm yöntemleri benimsenmiştir. Bu kapsamda Alman ZPO §278 uyarınca hâkimlerin tarafları uyuşmazlık çözümüne yönlendirmesi ile

eyaletlere belli konularda zorunlu uyuşmazlık çözümü düzenlemeleri hususunda yetki veren EGZPO §15a hükümleri göze çarpmaktadır. Burada en dikkat çeken hususlar özellikle EGZPO §15a kapsamındaki uyuşmazlıkların niteliği, eyaletlerin bu maddeyle verilen imkânı ihtiyatlı kullanıp öncelikle geçici mahiyette düzenlediği ve zaman içinde parasal nitelikteki uyuşmazlık konularını bu yöntemin kapsamı dışında bırakması olmuştur. İsviçre hukukunda ise ZPO §197 vd. hükümlerinde düzenlenen mahkeme içi uyuşmazlık çözüm süreci vardır. İsviçre hukukunda dikkat çeken husus ticari davalar bakımından bu mekanizma kullanılırken daha ihtiyatlı olma eğilimidir.

Zorunlu arabuluculuğun menşei olarak düşünülebilecek Amerikan hukukunda zorunlu uyuşmazlık çözüm yollarının farklı türlerini uygulayan eyaletler arasında zorunlu arabuluculuğu düzenleyen New York eyaletinde ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk uygulamasının bulunduğu, ancak bunun da en başında deneysel bir mahiyette uygulandığı görülmüştür. Bahsi geçen bu ülkeler dışında Kanada, Avustralya, Fransa ve İtalya'ya da incelenmiştir. En dikkat çeken husus ise, İtalya hariç, zorunlu arabuluculuk uygulamasını anglo sakson hukukunun daha çok tercih ettiği; tercih eden ülkelerin ise net bir şekilde uygulama alanlarını belirlediği ve özellikle ticari uyuşmazlıklar bakımından Türk hukukunun aksine, zorunlu arabuluculuğu ister kabul etsin ister etmesin, son derece ihtiyatlı davrandığıdır.

Türk hukukunda zorunlu arabuluculuğun yargılamanın bir parçası olarak kabul edilmesi gerekliliği sebebiyle, zorunlu arabuluculuğun medeni yargılama hukukuna hâkim ilkeler bakımından değerlendirilmiştir. Adil yargılanma hakkı ve hak arama hürriyeti bakımından yargılamaya makûl sınırlar dışında sayılabilecek engeller konulmadığı sürece zorunlu arabuluculuk, Amerikan içtihadında bir sorun olarak görülmemektedir. Türk doktrininde, mahkemelere alternatif getirilen her çeşit mekanizmanın, yargılamayı geciktirdiği ölçüde sakıncalı olduğu; başvurunun zorunlu tutulmasının başlı başına adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmediği; anlaşmaya zorlamanın aykırılık oluşturacağı; HUAK m. 18/15 dolayısıyla dava açma hakkının doğrudan engellenmediği; ancak, bazı düzenlemelerin mahkemeye erişim hakkını sürüncemede bırakmaya müsait olduğu belirtilmiş, güç dengesinin sağlanması gerektiğine de haklı olarak dikkat çekilmiştir.

Usûl ekonomisi ilkesi bakımından Türk doktrininde, arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varılamaması halinde yapılan masrafların usûl ekonomisine aykırılık oluşturacağı, anlaşmaya varıldığı takdir de anlaşmanın icra kabiliyeti kazanması için yapılacak icra edilebilirlik şerhi incelemesinin de yaratacağı zaman kaybının usûl ekonomisine uygun olmadığına dikkat çekilmiştir. Bunun yanı sıra mazeretsiz olarak ilk toplantıya katılmayan tarafa yargılama giderlerinin HUAK m. 18A/11 uyarınca tamamının yüklenmesinin, salt toplantıya katılmamanın yargılamayı gereksiz meşgul etme sayılmayacağından ve hâkimin takdir yetkisi bulunmadığından sakıncalı sonuçlar doğurabileceği düşüncesindeyiz.

Aleniyet ilkesi bakımından, arabuluculuğa hâkim olan gizliliğin, arabuluculuğun bir yargılama faaliyeti olmaması sebebiyle aykırılık teşkil etmeyeceği, özellikle ticari sırlar bakımından zorunlu arabuluculuğun taraf menfaatleri bakımından daha uygun olabileceği kanaatine varılmıştır.

Yargılamanın sevk ve idaresi bakımından yapılandırma sonucunda, zorunlu arabuluculuğun menşei olan Amerikan hukukunda ve Türk hukukunda hâkim ile avukatların yargılama içerisindeki rolleri göz önüne alındığında, Amerikan hukukuna daha uygun olduğu görülmüştür. Aynı uygunluk durumunun Türk hukuku bakımından geçerli olmayacağı söylenebilir. Özellikle hâkimin davayı aydınlatma ödevinin Türk hukukunda avukatla temsil edilmeyen taraf bakımından daha büyük önem taşıdığı sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla hâkimin yer almadığı zorunlu arabuluculuk süreci, dava öncesi mutlaka aşılması gereken bir basamak olduğundan ve arabuluculuk süreci sonunda varılacak anlaşmayla hâkimin davayı aydınlatma ödevinin geçerli olacağı bir yargılamanın yapılması imkânı ortadan kalkacağından, avukatla temsil edilmeyen taraf için sakıncalı olabilir.

Tasarruf ilkesi bakımından, tarafların esasen devlet yargısından hukuki koruma istedikleri durumlarda, borçlar hukuku anlamında bir sözleşme yapmaya zorlandıkları, üstelik başka hukuk sistemlerinde olduğu gibi makûl sebeplerle zorunlu uyuşmazlık çözüm yöntemine başvurudan kaçınma (opt-out) imkânının bulunmadığı, bunların da tarafların davayı açıp açmama yönündeki iradelerine etki ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

Arabuluculuk sonunda varılacak anlaşmanın borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğu da dikkate alındığında TMK m. 3'ün dikkate alınması gerekmemektedir. Öte yandan, HUAK m. 18/5 karşısında, dürüstlük kuralına aykırılığın nasıl bir telafisinin bulunacağı hususunda bir belirsizlik bulunmaktadır.

Türk hukukundan farklı olarak diğer hukuk sistemlerinde ticari davalar, ticaret mahkemeleri bağlamında düzenlenmektedir. Bu kapsamda, genel olarak diğer hukuk sistemlerinde ticari davaların gerektirdiği uzmanlık ve hızın gereği, kurulan mahkemelerde hukukçu olmayan uzman hâkimler görevlendirilmektedir. Türk hukuku açısından ise böyle bir uygulamaya tereddütlü yaklaşmak gerekmektedir. Öte yandan, her ne kadar yalnız başvuru aşamasında zorunluluk öngörülmüşse de mutlaka kanun koyucunun belirlediği şekilde başvuru yapmak gerekmektedir ve tarafların arabulucuyu seçme imkânı son derece sınırlıdır. Dolayısıyla, zorunlu arabuluculuk ticari davaların hedeflerine aykırılık oluşturmaktadır ve tarafların kendi ihtiyaçlarına uygun bir arabuluculuk süreci yürütme imkânına sahip olmaları gerekmektedir. Ayrıca arabulucuların HUAK m. 15/4 gereği bir hâkim gibi karar vermeleri mümkün olmadığından, esasen TTK m. 5A gereği sağlanması gereken koşulları da incelemeyeceği kanaatine varılmıştır; bu da ticari davanın, hızlı bir şekilde ticari hayatın gereklerine göre hüküm kurma hedefine uymamaktadır.

TTK m. 5A uyarınca, konusu bir miktar para olan alacak veya tazminat talebi ya da menfi tespit, istirdat ve itirazın iptâlî davaları zorunlu arabuluculuğa tabidir. TTK m. 5A'nın uygulanabilmesi için, bu hükümde 28.03.2023 tarihli ve 7445 sayılı değişiklikle, maddeye eklenen menfi tespit, istirdat ve itirazın iptâlî davaları haricinde, konusu para olan davaların eda davası olması gerekir.

TTK m. 5A medeni yargılama hukuku bakımından da değerlendirilmelidir. Bu kapsamda, her ne kadar dava şartı ile uyuşmazlık arasında var olması beklenen hukuki ve mantikî bağ olmasa da, açık kanun hükmü sebebiyle özel bir dava şartı olarak zorunlu arabuluculuğun kabul edilmesi gerekir. Üstelik bu dava şartı, HUAK m. 18A/2 dolayısıyla tamamlanamayan dava şartıdır. Görevsizlik kararı sonrası bu dava şartı tamamlanıp görevli mahkemeye başvurulmuşsa, zorunlu arabuluculuğun uygulama alanını fazlasıyla genişletme riski nedeniyle, davanın reddedilmemesi daha uygun olacaktır.

Basiretli iş adamı gibi davranma bakımından yapılandırılmede arabuluculuk sonucunda varılacak anlaşmada ancak mali durum bakımından müzayaka halinde kalınması halinden aşırı yararlanmadan söz edilebileceği sonucuna varılmıştır. İş adamı kararı ve yönetim kurulunun özen yükümlülüğü bakımından yapılandırılmede ise, TTK m. 369 hükmü uyarınca yönetim kurulu üyelerinin dürüstlük kuralına uygun davrandıkları ve yeterli bilgiyi edindikleri sürece, zorunlu arabuluculuk ile ulaşılması hedeflenen unsurlar bakımından, özen yükümlülüğüne aykırı davranmadıklarının kabulü gerektiği sonucuna varılmıştır.

Arabuluculukta da ticari sır, diğer hukuki işlemlerde olduğu gibi değerlendirilmelidir. Arabuluculuk sürecinin salt zorunlu kılınmış olmasının ticari sırrın ve gizliliğin gözetilmesi noktasında bir fark yaratmamaktadır. Ticari sırrın korunmasının hukuka uygunluk sebepleri olmaksızın ihlal edilmesi halinde ise tarafların ilgili cezai yaptırımlarla, arabulucunun ise HUAK Yönetmeliği m. 6/4 uyarınca hukuki ve cezai yaptırımlarla karşı karşıya kalması söz konusudur.

Ticari sırların zorunlu arabuluculuk sürecinde elde edilmesi halinde, dava aşamasında belgelerin ibrazı zorunluluğu karşısındaki durumun değerlendirilmelidir. Buna göre, yargılama sırasında HMK m. 219 uyarınca belge ibrazı gerektiğinde, salt HUAK m. 5/5 dolayısıyla bu ibraz yükümlülüğünden kaçınılamaz. Sır sahibinin örtülü veya açık bir rızası olmaması da, HMK m. 220/3 anlamında mazeret olmayıp; karşı tarafın ispat hakkının sınırlanmaması bakımından bu hususta mahkemenin inceleme yapması gerekir.

Sermaye şirketleri bakımından zorunlu arabuluculuğun değerlendirilmesi kapsamında öncelikle, şirketler hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar hakkında bilgi verilmiştir. Daha sonra şirketler hukukunda uyuşmazlıkların taraflarının ve uyuşmazlık çözümünün geçerli olacağı sşjeler bakımından bir değerlendirme yapılmasına yardımcı olabilmesi düşüncesiyle, doktrinde pay sahipleri davalarının sermaye şirketleri bakımından görünümünün aydınlatılmasına çalışılmıştır.

Sermaye payı taahhüdü alacakları için, ödenmeyen nakdî sermaye payı borcunun ödenme tarihi ve taksitlendirilmesi bakımından, TTK m. 344'e aykırılık

oluşturmayacak şekilde ve eşitlik ilkesi de gözetilerek pay sahibi ile arabuluculuk kapsamında müzakerelerde bulunulması, sermayenin korunması ilkesini ihlal etmediği sürece mümkündür. Özellikle borcun ödeneceği tarihlerin esas sözleşmede veya genel kurul kararıyla belirlenmeyip, TTK m. 481 uyarınca ilânyoluyla ödeme tarihi belirlendiğinde, pay sahibine ifâ davası açmaktansa, borcun ödenebileceği koşullar üzerinde anlaşmak, hem şirketler hukuku bakımından sermayenin korunması ilkesine hem de yargılama hukuku bakımından usûl ekonomisi ilkesine daha uygun düşecektir. Öte yandan, zorunlu arabuluculuk kapsamında, ekonomik anlamda anlamlı olması şartıyla ve tarafların her ikisinin de mutabık olması kaydıyla sermaye payı taahhüdünün takas ile sona erdirilmesi önünde bir engel bulunmadığı, ancak takas hususunda İİK m. 200/2 hükmüyle düzenlenen yasak ve TTK m. 457/2(a) hükmüyle düzenlenen sınırlara uyulması gerektiği kanımızca açıktır.

Tâli yükümler bakımından TTK m. 480/4 uyarınca tâli yükümlere aykırılık halinde uygulanacak yaptırım tazminat ve cezai şartın ödenmesini talep ediliyor olduğundan, TTK m. 5A uyarınca bu talepler için açılacak davalar zorunlu arabuluculuğa tabidir.

Ek ödeme yükümlülükleri bakımından nakdî bir yükümlülük söz konusudur. Bu yükümlülüğe aykırılık halinde ifâ davası açılabileceğinden, ifâ davasının açılması halinde TTK m. 5A'daki koşullar dikkate alındığında, öncelikle zorunlu arabuluculuğa başvurulması gerekir. İade edilecek ek ödemeler için ise müdürler yetkili olup, şirket sözleşmesiyle bu yetkinin zorunlu veya seçimlik olarak genel kurula bırakılabileceği göz önünde bulundurulduğunda, TTK m. 605 hükmü uyarınca iade edilecek ek ödemeler için açılacak davalarda, müdürün veya genel kurulun bu yönde kararı gerekecektir. Ancak, hâkimin yargılama faaliyeti kapsamında göz önünde bulundurması gereken böyle bir kararı, arabulucunun HUAK m. 15/4 uyarınca gözetip, yokluğu halinde tarafların başvurusunu reddetmesi mümkün değildir.

Yan edim yükümlülükleri bakımından ise para alacağı söz konusu olmadığından, aynen ifâ davası açılması halinde TTK m. 5A uygulanamaz. Ancak borca aykırılığın sebep olduğu zararların tazmini ve cezai şart talepleri için açılacak davalarda, zorunlu arabuluculuğa başvurulması gerekecektir.

Pay sahipleri sözleşmelerinin özünde borçlar hukuku sözleşmesi olması dolayısıyla, her somut olayda ayrı değerlendirme yapılması gerekir. Şirketler hukuku karakterli pay sahipleri sözleşmelerinin de mutlaka TTK m. 5A kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir. Konusunun para alacağı olması unsurunun yanı sıra, uyuşmazlığın tarafları da dikkate alınarak TTK m. 4/1 kapsamında ticari dava sayılıp sayılmadığının incelenmesi gerekecektir. Bu inceleme, mahkemenin yargılama fonksiyonuna özgü olacağından ve arabulucunun böyle bir işlevi bulunmadığından, tarafların zaman kaybı ve fuzuli masraflara katlanmaması için dikkatli bir değerlendirme de yapılması elzemdir. Bunun dışında, şirketin taraf olduğu hallerde de pay sahipleri sözleşmeleri, şirketin üçüncü kişilerle akdettiği alelade sözleşmelerdir. Her durumda sözleşmenin tarafı olan şirket TTK'nın emredici hükümleriyle bağlıdır. Dolayısıyla, tek borç ilkesine aykırılık oluşturacak ya da genel kurulun karar alma işlevini dolanacak sözleşmelerin, şirket açısından geçersiz kabul edilmesi gerektir. Bu hallerde uyuşmazlığın kaynağı olan pay sahipleri sözleşmesinin geçersizliği, dava açılması halinde hakimce re'sen dikkate alınacak bir itiraz sebebi iken, kanaatimizce HUAK m. 15/4 uyarınca arabulucu tarafından dikkate alınıp, tarafların arabulucuya başvurusunun reddi gibi bir sonuç doğurmamalıdır. Anlaşmanın hükümsüzlüğünün tespitinin mahkemeden ayrı bir davayla talep edilmesi ve hatta icra edilebilirlik yargılaması devam ediyorsa bekletici mesele yapılması gerektiği; HUAK m. 18/5 hükmündeki belirsizliğin, pay sahipleri sözleşmelerinin şirketler hukukunun emredici hükümlerine aykırılığı noktasında sakıncalı bir durum yaratabileceği kanaatine varılmıştır.

Kâr payı alacakları bakımından, TTK m. 5A anlamında dava şartına tabi olacak uyuşmazlıkların, muaccel olmuş kâr payı alacakları için açılacak alacak davaları olduğu; alacaklı pay sahibinin talebi olağan bir eda talebi olduğundan, şirketler hukuku bakımından özellik arz etmediği söylenebilir. Haksız kazanç payının iadesi bakımından yönetim kurulu üyesi ile şirketin, davaya konu edebilecekleri haksız alınan tutar ve bunlara işleyecek faiz üzerinde müzakere edip, taksit ve sair ödeme şekilleri ile iki taraf da mutabık kaldığı sürece takas üzerinde anlaşılacaklardır; bu sırada yine sermayenin korunması ve eşitlik ilkelerine dikkat edilmesi gerekir. Bunun yanı sıra, haksız kâr payının iadesi için kâr payının dağıtılması gerektiğinden, bu konuya ilişkin genel kurul kararının da varlığı gerekecektir. Bu karar iptal edilmeksizin ya da butlanı veya yokluğu tespit edilmeksizin dava açılmayacağı gibi, zorunlu

arabuluculuğa da başvurulamaması gerekir. Fakat burada da HUAK m. 15/4 gereği, davada itiraz olarak incelenebilecek bu hususu arabulucunun inceleyemeyeceği açıktır. Taraflar yine de müzakerelere devam edip bir anlaşma sağlarsa da yönetim kurulu üyelerinin ya da tasfiye memurunun sorumluluğuna ilişkin TTK m. 553'e göre dava açılabilir.

Tasfiye payı alacakları için açılacak davalarda zorunlu arabuluculuğa başvurulması gerekecektir. Davacı pay sahibinin tasfiye halindeki şirkete karşı açacağı dava öncesinde yürütülecek arabuluculuk sürecinde dava takip yetkisi tasfiye memurundadır. Tasfiye payı alacaklarında dava şartı arabuluculuk kapsamında şirketler hukuku bakımından ayırt edici bir özellik bulunmamasının yanı sıra, sermaye borcu ile takas, her iki taraf da mutabık olduğu sürece mümkündür.

Yapı değişiklikleri davalarında, sorumluluk davalarının zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu açıktır. TTK m. 191 uyarınca açılacak denkleştirme davalarının ise inşai dava olduğu görüşü benimsendiği takdirde, TTK m. 5A kapsamında olmayacağının kabul edilmesi gerekir. Nitekim TTK m. 191'in lafzı dikkate alındığında, denkleştirme davalarında TTK m. 5A ile getirilen zorunlu arabuluculuk uygulanmamalıdır.

Sorumluluk davaları bakımından yapılan değerlendirmede, talep sonucu şirkete veya pay sahiplerine verilen zararların tazmini olduğundan ve tarafların sülhe varmaları mümkün olduğundan, bu davaların TTK m. 5A kapsamında zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu sonucuna varılmıştır. Pay sahiplerinin kendi zararlarının tazmini için açacakları davalarda genel kurul kararına ihtiyaç olmayacak, yapılacak sülh de şirketi bağlamayacaktır. Şirketin zararları bakımından, davayı açan pay sahibinin şirkete ait savunmaları ileri sürebilme imkânı, şirketin ve diğer pay sahiplerinin dava açma haklarına etkisi ve dava sonunda elde edilecek hükmün kesin hüküm etkisi dikkate alındığında, sülh yapılabilmesi için genel kurul kararının gerektiği kanaatine varılmıştır.

Bunun yanı sıra, genel kurulunun ibra yetkisi bakımından da değerlendirme yapılmıştır. Buna göre, TTK m. 5A kapsamında zorunlu arabuluculuğa başvurulması için, pay sahipleri veya alacaklıların doğrudan zararları için yapacakları başvurular bakımından ibranın etkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla zararlar için açılacak davalar

bakımından ise, sadece ibra kararı alınırken olumlu oy kullanan pay sahiplerinin dava hakkının, ibra kapsamındaki hususlar bakımından ortadan kalkacağı; dolayısıyla bu kişilerin bahsi geçen kapsamda zorunlu arabuluculuğa başvuramayacakları açıktır. Ayrıca ibra kararı, açılacak bir sorumluluk davasında bir def'i olarak ileri sürülebileceğinden ve bu def'inin arabulucu tarafından değerlendirilmesi HUAK m. 15/4 sebebiyle mümkün olmadığından, en azından davalı taraf ibra kararını öne sürmedikçe, arabuluculuk süreci devam etmelidir. Bunun yanı sıra, dolayısıyla zararlar için açılacak davalar öncesi başvuru zorunlu arabuluculuk süreci sonucunda varılacak olası bir anlaşmanın, genel kurulun devredilemez yetkilerinden biri olan ibra yetkisinin gaspı anlamına gelip gelmeyeceği hususu net olmayıp, davacı pay sahiplerinin varacağı anlaşmaların da ancak genel kurul tarafından kabul edilmesi halinde şirketi bağlayacağı yönünde bir düzenleme getirilmesi kanımızca yerinde olacaktır.

Farklılaştırılmış teselsül bakımından yapılandırılmasında ise, arabulucunun bir yargılama faaliyeti yürüterek tarafların farklılaştırılmış teselsül hükümlerine göre anlaşmaya varmalarını sağlamasının mümkün olmadığı; tarafların ise arabuluculuk sürecinin sonunda sözleşme serbestisi çerçevesinde anlaşmaya varabileceği kanaatindeyiz. Farklılaştırılmış teselsül kavramı ise anlaşmaya herhangi bir engel oluşturmayacak, güç dengesine dikkat edildiği sürece tarafların farklılaştırılmış teselsüle ilişkin düzenlemeyi dikkate almaksızın, sözleşme serbestisi çerçevesinde anlaşmaya varmaları mümkün olacaktır.

Rekabet yasağı, sır saklama yükümlülüğü ve sadakat yükümlülüğüne aykırılıktan kaynaklanan tazminat davaları, konularının bir para alacağı olması ve ticari dava olmaları bakımından TTK m. 5A uyarınca zorunlu arabuluculuğa tabi olacaklardır. Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin ve limited şirketlerde müdürlerin rekabet yasağından doğacak tazminat yükümlülüğünden kurtulabilmeleri için, genel kurulun bu yönde açık veya zımni izin verilmesine bağlı olması sebebiyle, açılacak davada mahkemenin özellikle zımni iznin varlığı incelenmelidir. Zorunlu arabuluculuğa başvurulduğunda ise arabulucunun bu iznin olup olmadığını incelemesi, HUAK m. 15/4'e aykırılık teşkil edecektir. Öte yandan, böyle bir izin olmadan anlaşmaya varılması ise genel kurulun yetkisinin, aleyhine tazmin talebi yöneltilen yönetim kurulu üyesi ya da müdürlerce kullanılması sonucunu doğuracaktır. Bunların

yanı sıra, rekabet yükümlülüğüne aykırı faaliyetlerden elde edilen parasal menfaatlerin devri söz konusu olduğunda, kanaatimizce, TTK m. 5A uygulanmalı, diğer tür menfaatlerin şirkete devri içinse zorunlu arabuluculuk uygulanmamalıdır.

Sermaye şirketleri uyuşmazlıkları bu şekilde değerlendirildikten sonra yapılan *de lege ferenda* değerlendirmeye göre, arabuluculuğa elverişliliğin yanı sıra, şirketler hukuku sınırları da ölçülülük kriteri çerçevesinde göz önünde bulundurulmalıdır. Öte yandan, hukuki denetimin uyuşmazlık çözümündeki yeri göz önünde bulundurularak zorunlu arabuluculuğun düzenlenmesi gerekir.

Son olarak arabuluculuk dışındaki çözüm yollarının uygulanması bakımından ise, şirketler hukukunun her uyuşmazlık bakımından dikkate alınması gereken sınırlar dahilinde bir anlaşmanın oluşturulması önem taşıdığı; ancak, kanunun emredici hükümlerine aykırılık içeren bir anlaşmaya varılması halinde hem arabuluculukla amaçlanan uyuşmazlığın hızlı çözümüne aykırı bir durum oluşacağı hem de HUAK m. 18/5 ile getirilen dava açma yasağı sebebiyle bu tür anlaşmaların uygulanması bakımından çözüm getirilemeyeceği görülmektedir. Bu sebeple, hem şirketler hukuku uyuşmazlıklarının getirdiği sınırlamalara uygun olması hem de ticaret mahkemelerinin amaçladığı uyuşmazlıkların mümkün olduğunca hızlı şekilde ve ticaret hayatına uygun olarak çözümlenmesi amacıyla uygun olarak, en azından zorunlu arabuluculuğa alternatif başka uyuşmazlık çözüm yollarına da başvurulabilmesi için düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Esas sözleşmede yer alacak Avukatlık Kanunu m. 35A uyarınca uzlaşma yolu gibi arabuluculuk dışında uyuşmazlık çözüm yollarının da seçilebilmesi veya Alman ZPO §278 veya İsviçre ZPO §197 vd. örneklerinde olduğu gibi, hâkimin aktif rol alacağı ve gerektiğinde bir arabulucu gibi faaliyet göstereceği, tarafların anlaşma ihtimalini görmediğinde de hemen yargılama aşamasına geçebileceği bir sistemin getirilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Akın, Mustafa, “Ticaret Mahkemesinin Kısa Tarihi, Yeni Yapısı, İş Dağılımı ve Islahı”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 89 Sayı 2015/4, 2015, s. 173-187.

Akil, Cenk, “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hakkında Usûl Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 11 Sayı 41, 2020, s. 307-324.

Akipek Öcal, Şebnem/Yıldırım, Abdülkerim/Ermenek, İbrahim/ Selda Kutluay, “Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk”, Editör: Şebnem Akipek Öcal/ Abdülkerim Yıldırım, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Ankara 2021.

Akkan, Mine, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Anlaşılân Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 20 Sayı 2, 2018, s. 1-31.

Akkan, Mine, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Baskı, İstanbul 2017, On İki Levha Yayıncılık (Akkan, **Pekcanıtez Usûl**).

Aktepe Artık, Sezin, **Medeni Usûl Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, Ankara 2014, Seçkin Yayıncılık.

Al Kılıç, Şengül, “Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Tasfiye Payı Alma Hakkı”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXIII S. 4, 2019, s. 47-97.

Albayrak, Adem, **Türk Hukukunda Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk**, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu (6-7 Aralık 2018) (Editör: Ersin Erdoğan), Ankara 2019, s. 203-210.

Albayrak, Hakan, “Eşitlik ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu”, **Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı 17, 2018, s. 12-24.

Altay, Sıtkı Anlam, “Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Farklılaştırılmış Teselsül”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 14 Sayı 151 Yıl 2019, s. 68-75.

Amstutz, Marc/Ravin, Silvan Gohari, “Art. 757”, **Schweizerisches Obligationenrecht OFK-Orell Füssli Kommentar** (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), Zurich 2016, Orell Füssli Verlag.

Ansay, Tuğrul, **Anonim Şirketler Hukuku Dersleri**, Ankara 1970, Sevinç Matbaası.

Antalya, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Cilt V/1, 1)**, Ankara 2019, Seçkin Yayınları.

Arkan, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2019, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Arslan, Betül Azaklı, **Medeni Usûl Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk**, Ankara 2018, Yetkin Yayıncılık.

Arslanlı, Halil, **Anonim Şirketler II**, İstanbul 1959, Fakülteler Matbaası.

Aşçı, Mehmet Saim, “Zorunlu Arabuluculuk Uygulamasının Olumlu ve Olumsuz Yönleri”, **Uluslararası Hukuk ve Sosyal Bilim Araştırmaları Dergisi**, Cilt 1 Sayı 2, 2019, s. 80-91.

Aşık, Pınar, “Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı (TTK m. 396)”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2017/4, s. 165-202.

Atakan, Murat Can, “Ön Anonim Şirketin Tüzel Kişilik Kazanması”, **Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu**, İstanbul 2020, On İki Levha Yayıncılık.

Atalay, Oğuz, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Baskı, İstanbul 2017, On İki Levha Yayıncılık.

Atalı, Murat, “Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, **Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu**, Editör: Ersin Erdoğan, Ankara 2018, s. 137-170.

Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin, **Medeni Usûl Hukuku**, 4. Baskı, Ankara 2021, Yetkin Yayınları.

Atasoy, Ömer Adil/Bilgin, Berk Olçum, “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Konusunda Açılacak Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk Uygulaması ve Sorumluluk Davasına Etkisi”, **İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 5(2), 2019, s. 111-165.

Aydın, İsmail, **Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk**, İstanbul 2022, On İki Levha Yayıncılık.

Ayhan, Rıza/ Çağlar, Hayrettin/ Özdamar, Mehmet, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Ankara 2022, Yetkin Yayınları.

Ayoğlu, Tolga, “Pay Sahipleri ile Alacaklıların “Dolayısıyla Zarar” Nedeniyle Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Sorumluluk Davası Açma Hakkı ve Bu Tür Davalarda Alınan İlamları İcra Koyma Yetkisi”, **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl 2009 Sayı 73, s. 67-86.

Ayoğlu, Tolga, **Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim**, İstanbul 2018, On İki Levha Yayıncılık (Ayoğlu, **Tahkim**).

Bacher, Klaus, “ZPO §278”, **Beck’sche Online Kommentare ZPO** (Herausgeber: Volter Vorwerk, Christian Wolf), 41. Edition.

Bachofner, Eva, “Überblick über die Schweizerische Zivilprozessordnung, (“İsviçre Usûl Hukukuna Genel Bir Bakış”)), çn: Abdurrahman Kavasoglu, Ömer Çön), **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol. 1, 2018, s. 49-58.

Bahar, Rashid / Peyer, Martin, “Art. 660/661”, **Zürcher Kommentar Art 660-667m OR Die Aktiengesellschaft Rechte und Pflichten der Aktionäre** (Herausgeber: Lukas Handschin, Peter Jung), Zurich 2021, Schulthess Juristische Medien.

Bahar, Rashid / Peyer, Martin, “Art. 680”, **Zürcher Kommentar Art 660-697m OR Die Aktiengesellschaft Rechte und Pflichten der Aktionäre** (Herausgeber: Lukas Handschin, Peter Jung), Zurich 2021, Schulthess Juristische Medien.

Bahtiyar, Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, İstanbul 2022, Beta Yayınları.

Baumann Wey, Sabine, “IV. Zu Besonderen Verfahrensfragen”, **Die Unbezzifferte Forderungsklage Nach Art. 85 ZPO** (Herausgeber: Jörg Schmid), Schulthess Juristische Medien 2013, s. 219-239.

Bayer, Walter, “AktG §58 Verwendung des Jahresüberschusses”, **Münchener Kommentar Zur Aktiengesetz** (Herausgeber: Wulf Goette/Mathias Habersack/Susanne Kals), Münih 2019.

Beck'sche Online Kommentare ZPO (Herausgeber: Volter Vorwerk, Christian Wolf), 41. Edition.

Behr, Nicolai, **Die Actio Pro Socio in der Aktiengesellschaft**, Baden-Baden 2010, Nomos Universitätschriften.

Berger, Bernhard, “Verfahren vor dem Handelsgericht: Ausgewählte Fragen, Praktische Hinweise”, **Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins**, 148/2012, s. 465-483.

Bert, Daniel/ Planckeel, Frédéric, **L'essentiel du Droit Commercial et des Affaires**, Paris 2017, 1er Édition.

Billingsley, Barbara/ Ahmed, Masood, “Evolution, Revolution and Culture Shift: A Critical Analysis of Compulsary ADR in England and Canada”, **Common Law World Review**, Vol. 45(2-3), 2016, s. 186-213.

Bingöl, Muhammet Emin, **Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Yükümlülüğü: Özellikle Tacirin Ücret ve Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi**, İstanbul 2018, On İki Levha Yayıncılık.

Bitter, Georg, “Die Crux mit der Obligatorischen Streitschlichtung nach §15a EGZPO- Zulässige und Unzulässige Strategien zur Vermeidung eines Schlichtungsverfahrens”, **Neue Juristische Wochenschrift** Heft 18 2005, s. 1235- 1239.

Blanc, Olivier, “Das Statutarische Konkurrenzverbot der GmbH-Gesellschafterstatuten-, quorums- und Handelsregisterspezifische Aspekte”, **Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis im Gesellschafts-und Handelsregisterrecht**, 2013/1, s. 12-30.

Bolayır, Nur, “Tüketici Hukuku Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk”, **Tüketici Hukukunun Güncel Meseleleri 2023**, İstanbul 2023, Aristo Yayınları.

Böhm, Bernard, “Wirtschaftsmediation in der Organisation(-sentwicklung) –Eine Einführung”, **Wirtschaftsmediation- Konflikte in Unternehmen und**

Organisationen (Herausgeber: Gernot Barth, Bernhard Böhm, Jonathan Barth), Stuttgart 2016, Steinbas-Edition, s. 17-32.

Börü, Levent / Koçyiğit, İlker, **Ticari Dava**, Ankara 2021, Adalet Yayınevi.

Börü, Levent, “Dava Konusu Kavramı ve Teorileri”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt XXVIII Sayı 2, 2012, s. 257-296.

Brunet, Edward / Craver, Charles B. / Deason, Ellen E., **Alternative Dispute Resolution: The Advocate’s Perspective**, Durham North Carolina, Carolina Academic Press, 2016.

Brunner, Alexander, “Erster Teil- Zur Konzeption eines Rechtsvergleichs der Handelsgerichtsbarkeit in Europa”, **Die Zukunft der Handelsgerichte in Europa** (Herausgeber: Alexander Brunner/ Isabelle Monferrini), Staempfli Verlag, Bern 2019, s. 13-18.

Budak, Ali Cem, “Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”, **Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, Cilt 15 Sayı 2, 2019/1, s. 25-40.

Bulur, Alper, “Avukatlık Kanunu m. 35/A’nın Alternatif Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2010(89), s. 196-241.

Büyük, Elif Irmak, “Karar İncelemesi: Ticari Dava Niteliğindeki İtirazın İptâlî Davasının Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Olup Olmadığına İlişkin Uyuşmazlığın Giderilmesine Yönelik Yargıtay 23. Hukuk Dairesi Kararının Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 27 Sayı 1, Haziran 2021, s.777-797.

Can, Mustafa Erdem, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirket Ortağının Borç ve Yükümlülükleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, 2011, s. 1-23.

Canbolat, Talat, “İş Hukukunda Arabuluculuk”, **Arabuluculuk Zirvesi II**, Editör: Yasemin Güllüoğlu Aydın, İstanbul 2020, On İki Levha Yayıncılık, s. 161-180.

Cavenagh, Thomas D., “Survey of Illinois Law: The Uniform Mediation Act”, **Souther Illinois University Law Journal**, 28 No. 4, 2004, s. 877-886.

Chaput, Yves, “Zweiter Teil- Landerberichte zur Handelsgerichtsbarkeit/ G. Objectifs en France”, **Die Zukunft der Handelsgerichte in Europa** (Herausgeber: Alexander Brunner/ Isabelle Monferrini), Stämpfli Verlag, Bern 2019, s. 93-100.

Cholet, Didier, “Competence Matérielle des Jurisdictions d’Exception”, **Dalloz Action Droit et Pratique de la Procédure Civile 2021/2022**, Paris 2021, Dalloz Action, s. 245-275.

Clark, Lincoln/Orbeton, Jane, “Mandatory Mediation of Divorce: Maine’s Experience”, **Judicature**, 69 No.5, 1986, s. 310-311.

Cohen, Lester, “Mandatory Mediation: A Rose by Any Other Name”, **Mediation Quarterly** 9(1), 1991, s. 33-46.

Çamoğlu, Ersin, “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrasının Sorumluluk Davalarına Etkisi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 36(1-4), 1971, s. 323-348.

Çamoğlu, Ersin, “Ticaret ve Hukuk Mahkemesi Ayrımının Sonuçları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 29(4), 1963, s. 1046-1062.

Çamurcu, Emin, **Anonim Ortaklıklarda Karşılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi**, İstanbul 2015, On İki Levha Yayıncılık.

Çebi, Hakan, “m. 605”, **Şirketler Hukuku Şerhi** (editör: Kemal Şenocak), Ankara 2023, Seçkin Yayınları.

Çelikoğlu, Cengiz Topel, “6325 Sayılı HUAK’a Göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleri ile İlişkisi”, **Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan**, Ankara 2014, Yetkin Yayınları, s. 669-723.

Çiftçi, Pınar, “Özel Hayatın Korunması Menfaati Kapsamında Medeni Yargılamada Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 20 Sayı 2, 2018, s. 159-189.

Çiftçi, Cengiz Topel, **Sırrın Korunması Boyutuyla Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrının Açıklanması Suçu**, Ankara 2017, Seçkin Yayıncılık.

Daetwyler, George/Stalder, Christian, “Schlichtungsverhandlung bei Handelsgerichtlichen Streitigkeiten”, **Schweizerische Juristen Zeitung**, 2019/115, s. 99-110.

De Palo, Giuseppe, “Mediating Mediation Itself: The Easy Opt-Out Model Settles the Perennial Dispute Between Voluntary and Mandatory Mediation”, **Cardozo Journal of Conflict Resolution**, 22 No. 3, 2021, s. 543-568.

de Palo, Giuseppe/Canessa, Romina, “Sleeping- Comatose- Only Mandatory Consideration of Mediation Can Awake the Sleeping Beauty in the European Union”, **Cardozo Journal of Conflict Resolution**, No. 16(3), 2014, s. 713-730.

Deckenbrock, Christian/ Jordans, Roman, “Die Obligatorische Streitschlichtung nach §15a EGZPO Eine Aktuelle Bestandsaufnahme”, **Monatsschrift für Deutsches Recht**, Heft 16 2013, s. 945-948.

del Ceno, Julia Sidoli, “Compulsary Mediation: Civil Justice, Human Rights and Proportionality”, **International Journal of Law in the Built Environment**, Vol. 6 No. 3, 2014, s. 286-299.

Deliduman, Seyithan/ Oruç, Yakup, “Ticari Davalar”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2012 Cilt 18 Sayı 2, s. 99-110.

Derdiman, Cengiz/ Derdiman, Emirhan, “Anayasal Hak ve İlkelere Uyumlu Bir Model Önerisi: Muhakeme Sürecinde Arabuluculuk”, **Arabuluculuk Yıllığı**, Editör: Begüm Kocamaz/Baybüke Kurtuluş, Ankara 2020, Seçkin Yayıncılık.

Dinç, Serhan, “6012 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Ortaklıklarda Ortakların Yan Edim Yükümlülükleri”, **İzmir Barosu Dergisi**, Eylül 2016, s. 75-114.

Doğan, Beşir Fatih, “Anonim Şirketlerde Sermaye Payını Geri Ödeme Yasağı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 56 2005, s. 48-60.

Doğan, Yusuf, “Dava Çeşitleri, Dava Şartları ve İlk İtirazlar”, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi** (editör: Mehmet Ertan Yardım), İstanbul 2008, İstanbul Barosu Yayınları, s. 113-120.

Doğrusöz Koşut, Hanife, **m. 553**, Şirketler Hukuku Şerhi (editör: Kemal Şenocak), Ankara 2023, Seçkin Yayınları.

Dolge, Anette/ Infanger, Dominik, **Schlichtungsverfahren**, Zürich-Basel-Genf 2012, Schulthess Juristische Medien AG.

Domaniç, Hayri, **Anonim Şirketler**, İstanbul 1978, Eğitim Yayınları.

Dörig, Adrian/ Glatthaar, Matthias, “Art. 795”, **OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht** (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), Zürich 2016, Orell Füssli Verlag.

Druey, Nicholas Jean/Druey, Eva Just /Glanzmann, Lukas, **Gesellschafts und Handelsrecht**, 2021 Zürich, Schulthess Juristische Medien.

Dunham, Kenneth F., “The Future of Court Annexed Dispute Resolution Is Mediation”, **Jonas Law Review**, 5, 2001.

Duve, Christian/ Eidenmüller, Horst/ Hacke, Andreas, **Mediation in der Wirtschaft**, Köln 2011, Dr. Otto Schmidt Verlag.

Eberle, Reto, “Art. 660”, **OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht** (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), Zürich 2016, Orell Füssli Verlag.

Eker, Ece Ayçe, “Usûl Ekonomisi İlkesi”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt: 18 Sayı: 207, 2020, s. 1093-1119.

Ekmekçi, Ömer/ Özekes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Vural, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk**, İstanbul 2019, On İki Levha Yayıncılık.

Eminoğlu, Cafer, “Anonim Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği ve Elverişliliğin Tespitinde Ölçüt Önerileri”, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, Cilt 7 Sayı 2, 2021, s. 271-291.

Eminoğlu, Cafer/ Erdoğan, Ersin, **Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk**, Ankara 2020, Adalet Yayınevi.

Ercan, İbrahim, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Asliye Ticaret Mahkemesi ile Asliye Hukuk Mahkemesi Arasındaki İşbölümü İtirazının Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 18 Sayı 2, 2012, s. 111-118.

Erdem, Mehmet, **Aile Hukuku**, Ankara 2019, Seçkin Yayınları.

Erdoğan, Ersin, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 14 Sayı: 55, 2017, s. 1211-1242.

Erdönmez, Güray, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Baskı, İstanbul 2017, On İki Levha Yayıncılık (Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**).

Erdönmez, Güray, “Alman Hukukunda Verilmiş Bazı Mahkeme Kararları Işığında Gizli Yargılama Kavramına Genel Bir Bakış”, **Haluk Konuralp Anısına Armağan**, Cilt 1, Ankara 2009, Yetkin Yayınları, s. 223-239 (Erdönmez, **Gizlilik**).

Erdönmez, Güray, **Medeni Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti**, İstanbul 2014, On İki Levha Yayıncılık (Erdönmez, **İbrazi**).

Erem, Turgut S., “Anonim Şirketlerde Kâr Tevzii Dolayısıyla Pratikte Karşılaşılan Bazı Meseleler”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 5(2), 1969, s. 179-194.

Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2017, Yetkin Yayınları.

Erenoğlu, Ahmet Tayyib, “Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı ve Yedek Akçe Ayrılması Zorunluluğu”, **GSI Articleletter**, 24, 2021, s. 190-201.

Ergün, Mevci, **Anonim Şirketler Hukuku**, Ankara 2021, Yetkin Yayınları, s. 890-891.

Erişir, Evrim, “Tüketici Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Kapsamının Belirlenmesindeki Güçlüklerin Ortaya Çıkardığı Bazı Meseleler”, **Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Bildiri Özeti Kitabı**, Editör: Ali Yeşilirmak ve diğerleri, s. 309-357.

Erk, Nadja, “Streitbeilegungsmechanismen in Aktionärbindungsvertrag”, **Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht** (Herausgeber: Clemens Meisterhand, Jacqueline Schwarz, Nicholas Turin), Zurich 2017, Schulthess Juristische Medien.

Ermenek, İbrahim, **Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması**, Ankara 2021, Yetkin Yayınları.

Ernst, Stefan, “Das Geschäftsgeheimnisgesetz- Praxisrelevante Aspekte der Umsetzung der EU Richtlinie 2016/943”, **Monatschrift für Deutsches Recht- Zeitschrift für Zivil- und Zivilverfahrensrecht**, 2019/15, s. 897-903.

Ersoy, Uğur, **Aleniyet İlkesi ve Covid-19 Pandemisinin Aleniyet Etkisine Etkileri**, Ankara 2021, Seçkin Yayınları.

Eryiğit, Harun, “Ticari Dava Şartı Arabuluculuk Başvurularında Nispi Ticari Davanın Tespiti”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 7(2), 2020, s. 259-287.

European Parliament Directorate-General for Internal Policies, Policy Department C, Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, **Rebooting the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of Its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU**, 2014, s. 67.
[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf).

Feltkamp, Harald, **Anfechtungsklage und Vergleich im Aktienrecht**, Berlin 1991, Duncker & Humblot.

Feuz, Christoph, “Treuepflichten im Gesellschaftsrecht”, **Das Mitgleidschaftliche Treupflichtregime der GmbH** (Herausgeber: Peter Forstmoser), Zurich 2017, Dike Verlag, s. 27-29.

Fischer, Claudia, “Änderungen im Gesellschafterbestand”, **Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 7** (Herausgeber: Manfred Born, Nima Ghassemi-Tabat, Burkhard Gehle), München 2020, C.H. Beck.

Fischer, Claudia, “Ordnungsgemäßheit der Klageerhebung (Anforderungen an die Klageschrift)”, **Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 7** (Herausgeber: Manfred Born, Nima Ghassemi-Tabat, Burkhard Gehle), München 2020, C.H. Beck.

Fischer, Claudia, “Vernehmung von Gesellschaftern und Organen”, **Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 7** (Herausgeber: Manfred Born, Nima Ghassemi-Tabat, Burkhard Gehle), München 2020, C.H. Beck.

Foerste, Ulrich, “§278 Gültliche Streitbeilegung, Güteverhandlung, Vergleich”, **Zivilprozessordnung mit Verfassungsgesetz Kommentar** (Herausgeber: Hans-Joachim Musielak, Wolfgang Voit), München 2023, C. H. Beck.

Folberg, Jay/ Rosenberg, Joshua/ Barrett, Robert, “Use of ADR in California Courts: Findings and Proposals”, **University of San Francisco Law Review**, 26 No. 3, 1992, s. 343-444.

Franco, Nisim, “Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuiyeti”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 13(1), 1985, s. 21-64.

Frey, Martin, “ZPO 198”, **Schweizerische Zivilprozessordnung Handkommentar** (Herausgeber: Baker & McKenzie), Bern 2010, Stämpfli Verlag.

Fricero, Natâlie, “Recourir À Un Mode Alternatif Préalablement À la Saisine d’une Jurisdiction”, **Dalloz Action Droit et Pratique de Procedure Civile**, Chapitre 111.

Friedrich, Fabian M., “Zum Nachholen des Obligatorischen Streitschlichtungsverfahrens gem. § 15a EGZPO nach Klageerhebung”, **Neue Juristische Wochenschrift**, Heft 11, 2002, s. 798-800.

Galetto, Tomaso/Mattiaccio, Richard L., “Mediation in Italy: A Bridge Too Far?”, **Dispute Resolution Journal**, 66(3), 2011, s. 78-88.

Gehle, Burkhard, “Gesetzliche Vertretung der Gesellschaft im gesellschaftsinternen Rechtsstreit”, **Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 7** (Herausgeber: Manfred Born, Nima Ghassemi-Tabat, Burkhard Gehle), München 2020, C.H. Beck.

Gehrlein, Markus, “§63”, **Aktiengesetz Großkommentar Zweiter Band** (Herausgeber: Klaus J. Hopt, Herbert Wiedemann), Berlin 2000, De Gruyter Recht.

Gehrlein, Markus, “§64”, **Aktiengesetz Großkommentar Zweiter Band** (Herausgeber: Klaus J. Hopt, Herbert Wiedemann), Berlin 2000, De Gruyter Recht.

Gehrlein, Markus, “§66”, **Aktiengesetz Großkommentar Zweiter Band** (Herausgeber: Klaus J. Hopt, Herbert Wiedemann), Berlin 2000, De Gruyter Recht.

Germann, Sandro, **Die Personalistische AG und GmbH**, Zurich 2015, Dike Verlag.

Ghassemi-Tabar, Nima/ Wilk, Cornelius, “Klageerhebung im Wege der actio pro socio”, **Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 7** (Herausgeber: Manfred Born, Nima Ghassemi-Tabat, Burkhard Gehle), München 2020.

Ghassemi-Tabar, Nima/ Wilk, Cornelius, **Einleitung**, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 7 (Herausgeber: Manfred Born, Nima Ghassemi-Tabat, Burkhard Gehle), München 2020, C.H. Beck.

Golinski, Danielle, **Mediation im Gesellschaftsrecht**, Studienarbeit, Herausgeber: e-fellows.net, Münster 2014, GRIN Verlag.

Goll, Ulrich, “Obligatorische Streitschlichtung im Zivilprozess: Chancen und Probleme”, **Zeitschrift für Rechtspolitik**, 31. Jahrg. H. 8, August 1998, s. 314-318.

Göksu, Mustafa, “İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk”, **PressAcademia Procedia**, V.3, 2017, s. 378-384.

Göktürk, Kürşat, “Amerika, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İşadamı Kararı İlkesi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt 2 Sayı 2, 2011, s. 207-247.

Görgün, Şanal/Börü, Levent/Kodakoğlu, Mehmet, **Medeni Usûl Hukuku**, 10. Bası, yetkin Yayınları, Ankara 2021.

Greger, Reinhard, “Obligatorische Schlichtung- Erfahrungen und Zukunftperpektiven”, **Zeitschrift für Schiedsverfahren**, Heft 2 2005, s. 76-80.

Grigoleit, Hans Christoph/ Rachlitz, Richard, “AktG §55 Nebenverpflichtungen der Aktionäre”, **Aktiongesetz Kommentar** (Herausgeber: Hans Christoph Grigoleit), München 2020, C.H. Beck.

Guckelberger, Anette, “Einheitliches Mediationgesetz auch für Verwaltungsrechtliche Konflikte?”, **Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht**, 2011, Heft 7, s. 390-396.

Gummert, Hans, **Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht**, Münih 2019, C. H. Beck.

Gümüş, Mustafa Alper, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.18/II’de Yer Alan “Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı” Ölçütünün İyiniyetin (TMK m.3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 22.3, 2016, s.1221-1240.

Güney, Necla Akdağ, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul 2010, Vedat Kitapçılık.

Gürbüz Usluel, Aslı E., **Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması**, İstanbul 2009, Vedat Kitapçılık.

Gürbüz Usluel, Aslı, “Limited Şirketlerde Ek Ödeme Yükümlülüğü”, **Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan** (editör: İsmail Kırca), İstanbul 2019, On İki Levha Yayıncılık (Usluel, **Ek Ödeme**).

Gürbüz Usluel, Aslı, **Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı**, Ankara 2016, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Gürdoğan, Burhan, “Ticari Usûl Hukuku”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 13(1), 1956, s.172-193.

Hagel, Ulrich, Mediation bei gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten, **Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 7** (Herausgeber: Manfred Born, Nima Ghassemi-Tabat, Burkhard Gehle), München 2020, C.H. Beck.

Haldy, Jacques, “Les Procédures Spéciales”, **Le Code de Procedure Civile Aspects Choisis** (Edité par: Bénédict Foët, Nicolas Jeandin), s. 131-152.

Handschin, Lukas/ Truniger, Christof, **Die GmbH**, Zürich 2019, Schulthess Juristische Medien.

Hanks, Melissa, “Perspectives on Mandatory Mediation”, **University of South Wales Law Journal**, Vol. 35 No. 3, 2012, s. 929-952.

Hassemer, Winfried, “Über die Öffentlichkeit Gerichtlicher Verfahren- Heute”, **Zeitschrift für Rechtspolitik**, 46. Jahrg. H. 5, 2013, s. 149-151.

Hazard Jr, Geoffrey J./ Taruffo, Michele, **American Civil Procedure- An Introduction**, New York 1993, Yale University.

Helvacı, Mehmet, “Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013/2, s. 77-96.

Henze, Hartwig, “§54”, **Aktiengesetz Großkommentar Zweiter Band** (Herausgeber: Klaus J. Hopt, Herbert Wiedemann), Berlin 2000, De Gruyter Recht.

Herbert, William A./de Valo, Giuseppe/Baker, Ava V./Anthimos, Apostolos/ Tereschenko, Natália/Judin, Michale, “International Commercial Mediation”, **International Lawyer**, Vol. 45 No. 1, 2011, s. 111-124.

Heyer, Éric/ Lokiec, Pascal/ Méda, Dominique, **Une Autre Voie est Possible**, Paris 2018, Flammarion.

Honegger, Jörg, “ZPO Art. 197”, **Grundsatz, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)** (Herausgeber: Thomas Sutter-Somm, Franz Hasenböhler, Christoph Leuenberger), Zürich-Basel-Genf 2016, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG.

Honegger, Jörg, “ZPO Art. 198- Art. 198 Ausnahmen”, **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)** (Herausgeber: Thomas Sutter-Somm, Franz Hasenböhler, Christoph Leuenberger), Zürich-Basel-Genf 2016, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG.

Hutchinson, Campbell C., “The Case for Mandatory Mediation”, **Loyola Law Review**, Vol. 42 No.1, 1996, s. 85-96.

Indovina, Vittorio, “Why Mandatory Mediation Meets the Adversarial Legal Culture of Lawyers: An Empirical Study in Italy”, **Harvard Negotiation Law Review**, Vol. 26:69, 2020, s. 69-111.

Ingleby, Richard, “Court Sponsored Mediation: The Case Against Mandatory Participation”, **The Modern Law Review**, Vol. 56, 1993, s. 441-451.

Isaac, Kendall D., “Pre-Litigation Compulsory Mediation: A Concept Worth Negotiating”, **University of La Verne Review**, 32(2), 2011, s. 165-184.

İmregün, Oğuz, **Anonim Ortaklıklar**, Ankara 1989, Yasa Yayıncılık.

Jutzi, Thomas, “Vergleiche über GmbH- und Aktienrechtliche Ansprüche”, **Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht** (Herausgeber: Daniel Daeniker, Frank Gerhard, Urs Kägi, Rudolf Tschäni, Hans-Ueli Vogt, Rolf Watter, Matthias Wolf), Zurich 2014, Dike Verlag.

Jutzi, Thomas/Eisenberger, Fabian, “Änderungen im Parteienbestand eines Aktionärsbindungsvertrags”, **Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins**, 154/2018, s. 163-207.

Kanzlow, Max L., **Aktionärsklagen in Deutschland und England**, 2016 Berlin, Duncker&Humboldt.

Kara, Hacı, “Yargıtay’ın Rekabet Yasağında Görevli Mahkeme Konusunda Verdiği Bir Karar Üzerine Değerlendirme”, **İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 6 Sayı 11, 2021, s. 45-60.

Karaaslan, Varol, “Hâkimin Tarafsızlığı İlkesi ile Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi Arasındaki İlişki”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı** Sayı 4(2), 2014, s. 97-130.

Karacabey, Kürşat, “Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2016 Sayı 1, s. 457-489.

Karakılıç, Hasan, “Limited Ortaklıkta Ek Ödeme Yükümlülüğü”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 4(2), 2014, s. 107-144.

Karaman Coşgun, Özlem, **Anonim Şirketin Tasfiyesi**, Ankara 2015, Adalet Yayınevi.

Karasu, Rauf, “Limited Şirket Esas Sözleşmesi ile Ortakların Diğer Ortaklarla Rekabet Etme Yasağı Öngörülebilir mi?”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XX S. 2, 2016, s. 61-71.

Katz, Lucy V., “Alternative Dispute Resolution and Voluntarism: Two-Headed Monster or Two Sides of the Coin”, **Journal of Dispute Resolution**, 1993(1), s. 1-56.

Kayalı, Fena İpek, “Ortaklık Paylarının ve Ortaklık Haklarının İncelenmesi”, **Şirketler Hukuku Şerhi** (editör: Kemal Şenocak), Ankara 2023, Seçkin Yayınları.

Kervankıran, Emrullah, “Ön Şirket ve Hukuki Niteliği”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 18 Sayı 2 Yıl 2012, s. 349-370.

Kılıçoğlu, Ahmet, **Arabuluculuk Sözleşmeleri**, Ankara 2020, Turhan Kitabevi.

Kırca, İsmail, “Nıspî Ticari Davaya Dair”, **BATIDER** Sayı 33 No. 1, Mart 2017, s. 55-64.

Kıyak, Emre, “Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 6 S. 21, 2015, s. 523-548 (Kıyak, **Anlaşma**).

Kıyak, Emre, **Dönüştürücü Arabuluculuk- Problem Çözücü Arabuluculuk ile Uyumlaştırılması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.

Kızır, Mahmut, “Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İşadamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlarına Uyarlanmasının Etkisi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 19(2), 2011, s. 245-282.

Knauss, Alexander, “Der “Zwang” zur Gütlichen Einigung- Für Eine Reform des §278 ZPO”, **Zeitschrift für Rechtspolitik** 08.10.2009, 42. Jahrg., H. 7, s. 206-209.

Knodel, Winkler, “Obligatorische Streitschlichtung- Hilfreich oder Lastig?”, **Zeitschrift für Rechtspolitik**, Heft 6/2008, s. 183-186.

Kocabıyık, Sami, **Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu**, Ankara 2018, Seçkin Yayıncılık.

Koch, Jens, “§55 AktG”, **Aktiengesetz Beckscher Kommentar** (Herausgeber: Uwe Hüffer/Jens Koch), München 2022, C.H. Beck.

Koçyiğit, İlker/Bulur, Alper, **Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk**, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını (Bakanlık Kitaplığı), Ankara 2019.

Koçyiğit, İlker/Yeşilkaya, İzzet, **Ticari Davalarda, İş uyuşmazlıklarında, Tüketici Mahkemelerinde Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları**, Ankara 2020, Adalet Yayınevi.

Konnerth, Sarah, “Pro Se No Say?: The Impact of Presumptive Mediation in the New York State Court System of Self Presented Litigants”, **Fordham Law Review**, 88 No. 4, 2020, s. 1365-1394.

Kovach, Kimberlee K., “Lawyer Ethics in Mediation: Time For A Requirement of Good Faith”, **Dispute Resolution Magazine**, Vol. 4 No. 2, 1997, s. 9-13.

Köroğlu, Anıl, “Görevsizlik Kararının Dava Şartı Arabuluculuk Üzerindeki Etkileri (Arabuluculuğa Başvurunun Zorunlu Olmadığı Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa Başvurmak Zorunlu Mudur?)”, **Selçuk Hukuk Kongresi 2020 Özel Hukuk Tebliğleri Tam Metni**, Ankara 2020, s. 521-535.

Köroğlu, Anıl, “Pay Sahibi Tarafından Açılân Sorumluluk Davasında Yargılama Giderlerinin Pay Sahibi ile Şirket Arasında Paylaştırılması (Medeni Usûl Kapsamında Bir İnceleme)”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl 9 Sayı 17, Haziran 2021, s. 355-382.

Kramer, Eberhard, “Zweiter Teil- Länderberichte zur Handelsgerichtsbarkeit/ E. Grundlagen Deutschland” **Die Zukunft der Handelsgerichte in Europa** (Herausgeber: Alexander Brunner/ Isabelle Monferrini), Staempfli Verlag, Bern 2019.

Kruse, Cornelius, **Mediation im Aktienrecht**, Berlin 2014, Duncker&Humboldt.

Kuhn, Susan C.; “Mandatory Mediation: California Civil Code Section 4607”, **Emory Law Journal**, 33(3), 1984, s. 733-778.

Kunzler, Dieter, “Zweiter Teil- Länderberichte zur Handelsgerichtsbarkeit/ F. Praxisvorschläge Deutschland”, **Die Zukunft der Handelsgerichte in Europa** (Herausgeber: Alexander Brunner/ Isabelle Monferrini), Staempfli Verlag, Bern 2019, s. 77-91.

Kurt Konca, Nesibe, “Medeni Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması”, **Süleyman Demirel Üniversitesi MİHDER Özel Sayısı**, s. 65-96.

Kurt Konca, Nesibe, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Asliye Ticaret Mahkemeleri”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 4 Sayı 15, 2013, s. 79-125 (Kurt Konca, **Ticaret Mahkemeleri**).

Kurt Konca, Nesibe, **Medeni Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi**, Ankara 2009, Adalet Yayınları (Kurt Konca, **Aleniyet Kitap**).

Kurtuluş, Baybüke, “Arabuluculuğa Başvuru Şartının Dava Dilekçesi Esas Alınarak İncelenmesinin Yaratabileceği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Arabuluculuk Yıllığı 2020**, Editör: Begüm Kocamaz/ Baybüke Kurtuluş, Ankara 2020, Seçkin Yayıncılık.

Kuru, Baki, “Dava Şartları”, **Makaleler** (derleyen: Baki Kuru), Ankara 2006, Arıkan Yayınevi, s. 147-188 (Kuru, **Dava Şartları**).

Kuru, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, İstanbul 2001, Demir Yayıncılık (Kuru, **HMU**).

Kuru, Baki, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler”, **Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, 2010/2, s. 237-246.

Kuru, Baki, **İcra İflas El Kitabı**, Ankara 2013, Adalet Yayınları.

Kuru, Baki, **Medeni Usûl Hukuku El Kitabı**, Ankara 2020, Yetkin Yayınları.

Lehmann, Susanne, **Hinwirken im Einvernehmen- Die Interessenbasierte Güteverhandlung im Zivilprozess**, Wolfgang Metzner Frankfurt, 2017, Band 13.

Lieder, Jan, “Streitigkeiten um Aktionärsrechte und Aktionärspflichten”, **Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 7** (Herausgeber: Manfred Born, Nima Ghassemi-Tabat, Burkhard Gehle), München 2020, C.H. Beck.

Lubet, Steven, “Some Early Observations on an Experiment with Mandatory Mediation”, **Ohio State Journal on Dispute Resolution** 4(2), s. 1988-1989.

Luterbacher, Thierry, “Vorbemerkungen zu Art. 754-760 OR”, **Kommentar zu den Schweizerischen Haftpflichtrecht** (Herausgeber: Willi Fischer, Thierry Luterbacher), Zürich 2016, Dike Verlag.

Lutz, Reinhard, **Der Gesellschafterstreit in der GbR, PartG, OHG, KG, GmbH & Co. KG und GmbH mit Mustern und Checklisten**, München 2020, Verlag C.H. Beck.

MacFarlane, Julie/ Keet, Michaela, “Civil Justice Reform and Mandatory Civil Mediation in Saskatchewan: Lessons From A Maturing Program”, **Alberta Law Review**, Vol. 42 No. 3, 2005, s. 677-710.

Mandatory Mediation and Summary Jury Trial: Guidelines for Ensuring Fair and Effective Processes (ADR Methods), *Harvard Law Review* Vol 103(5), 1990, s. 1086-1104.

Maral, Maşallah “Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi ve Belgelerin Açıklanması Suçunda Kavramlar ve Sorunlar”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 94 Sayı 3 Yıl 2020, s. 194-208.

Mark, Jonas/ Böckmann, Tobias, “Durchsetzung von Aktionärsrechten und Pflichten”, **Handbuch Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten** (Herausgeber: Kim Lars Mehrbrey), Köln 2020, Carl Heymanns Verlag.

Maultzsch, Felix, “HGB §347 (Sorgfaltspflicht)”, **Münchener Kommentar zur HGB** (herausgeber: Ingo Drescher/ Holger Fleischer/ Karsten Schmidt), 5. Band, 2021.

Maurer, Matthias, **Der Vergleichsvertrag**, Zurich 2013, Schulthess Juristische Medien.

Maxeiner, James R., “The Federal Rules at 75: Dispute Resolution, Private Enforcement or Decisions According to Law”, **Georgia State University Law Review** 30(4), 2014, s. 983-1026.

Mencke, Christian, **Die Zivilprozessuale Beiladung im Klageverfahren gem. §148 AktG**, 2012 Tübingen, Mohr Siebeck.

Meriç, Nedim, **Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi**, Ankara 2011, Yetkin Yayınları.

Mildon, Yasemin, **Anonim Ortaklıklar Hukukunda Korporatif Düzlem ile Bağlantılı Paralel Yargılamalar**, İstanbul 2020, On İki Levha Yayıncılık.

Möhler, Christine, “ZPO 198- Art. 198 Ausnahmen”, **ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung OFK-** Orell Füssli Kommentar (Herausgeber: Myriam A. Gehri, Ingrid Jent-Sørensen, Martin Sarbach), Zürich 2015, Orell Füssli Verlag.

Muşul, Timuçin, **Medeni Usûl Hukukunda Terdit İlişkileri**, İstanbul 1984, Fakülteler Matbaası.

Müller, Susanne, **Die Gesellschafterklage als Rechtsformübergreifendes Institut**, Frankfurt am Main 2022, Peter Lang.

Narbay, Şafak/Akkuş, Muhammed, “Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Düşünceler”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 11 Sayı 44, 2020, s. 301-333.

Nelle, Andreas, “Making Mediation Mandatory: A Proposed Framework”, **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, Vol. 7:2, 1992, s. 287-314.

Niemic, Robert D./Stienstra, Donna/Ravitz, Randall E. Ravitz, “Guide to Judicial Management of Cases in ADR”, **Federal Judicial Center** 2001.

Nilsson, Gül Okutan, **Anonim Ortaklıklarda Paysahibi Sözleşmeleri**, İstanbul 2004, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları.

Nistler, Eva, “Die Mediation”, **Juristische Schulung**, Heft 8, 2010, s. 685-689.

Nolan-Haley, Jacqueline, “Mediation Exceptionality”, **Fordham Law Review** 78 No. 3, 2009, s. 1247-1264.

Oğuz, Özgür, **Türk İş Hukuku’nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları**, İstanbul 2016, Seçkin Yayıncılık.

Oğuz, Özgür, **Türk İş Hukuku'nda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk**, İstanbul 2019, Legal Yayıncılık.

Özbek, Mustafa Serdar, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Cilt 1)**, Ankara 2016, Yetkin Basımevi.

Özekes, Muhammet, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Baskı, İstanbul 2017, On İki Levha Yayıncılık (Özekes, **Pekcanıtez Usûl**).

Özekes, Muhammet, “Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi”, **Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu**, Editör: Ersin Erdoğan, Ankara 2018.

Özekes, Muhammet/ Atalı, Murat: “7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler”, “**Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine**” **Toplantısı**, Editör: Ömer Ekmekçi ve diğerleri, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 41-122.

Özekes, Muhammet/ Çiftçi, Pınar, “Menfî Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul BAM Kararları Örneğinden Bir Bakış)”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 148, 2020, s. 101-134.

Özekes, Muhammet/ Seven, Vural/ Meriç, Nedim, **Ticaret Hukuku ve Usûl Hukuku Kapsamında Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası**, İstanbul 2021, On İki Levha Yayıncılık.

Özkaya Ferendeci, H. Özden, “Alman ve İsviçre Hukukları'ndaki Kademeli Dava (Stufenklage) ile 6100 Sayılı HMK'ya Göre Belirsiz Alacak Davası'nın Karşılaştırılması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 18 Sayı 1, 2012, s. 353-382.

Özkaya Ferendeci, H. Özden, **İflas Hukukunda Takas**, İstanbul 2013, Beta.

Özler, Meltem Ercan, **Medeni Usûl Hukukunda Dava Konusu**, İstanbul 2019, On İki Levha Yayıncılık.

Özmumcu, Seda **Arabuluculuk Modelleri**, İstanbul 2021, On İki Levha Yayıncılık.

Özmumcu, Seda “Arabulucunun Rolü, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXI, S. 1, s. 1369-1390.

Öznumcu, Seda, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 74 Sayı 2, 2016, s. 807-842.

Öztekin, Selçuk, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Aleniyet İlkesine İlişkin 28’inci Maddesi İle Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Veya Başka Yerde Duruşma İcrasına İlişkin 149’uncu Maddesinde 7251 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Hakkında Bazı Düşünceler”, **Adalet Dergisi** 2021/1 66.sayı, s. 641-665.

Paefgen, Walter G., “§66 AktG”, **Gesellschaftsrecht Beck’sche Kurzkommentare** (Herausgeber: Martin Henssler/Lutz Strohn), 2021 München, C. H. Beck Verlag.

Papakçı, Acun, “Dürüst Davranma ve Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 11 Sayı 137-138, 2016, s. 103-123.

Partsch, Christoph/Rump, Lauritz, “Auslegung der “Angemessenen Geheimhaltungsmaßnahme” im Geschäftsgeheimnis-Schutzgesetz”, **Neue Juristische Wochenschrift**, Heft 3, 2020, s.118-121.

Paslı, Ali, “Yargıtay Kararları Bağlamında Ticari Dava”, **Yürürlüğünün 8. Yılında Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu IV**, İstanbul 2021, On İki Levha Yayıncılık, s. 17-102.

Peitscher, Stefan, “Die Mandatsannahme”, **Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 7** (Herausgeber: Manfred Born, Nima Ghassemi-Tabat, Burkhard Gehle), München 2020, C.H. Beck.

Pekcanitez, Hakan, **Belirsiz Alacak Davası**, Ankara 2011, Yetkin Yayınları (Pekcanitez, **Belirsiz Alacak Davası** Kitap).

Pekcanitez, Hakan, “Belirsiz Alacak Davası”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 11 Özel S: 2009, Yıl 2010, s. 509-552 (Pekcanitez, **Belirsiz Alacak Davası**).

Pekcanitez, Hakan, **Pekcanitez Medeni Usûl Hukuku**, 15. Baskı, İstanbul 2017, On İki Levha Yayıncılık (Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**).

Pekcanitez, Hakan, “Medeni Yargıda Adil Yargılanma”, **İzmir Barosu Dergisi**, Nisan 1997, Sayı 2, s. 35-55 (Pekcanitez, **Adil Yargılanma**).

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 150, 2020, s. 247-299.

Pepper, Randy A., “Mandatory Mediation: Ontario’s Unfortunate Experiment in Court Annexed ADR”, **Advocate’s Quarterly**, 20(4), 1998, s. 403-441.

Peters, Frank, “Vertraulichkeit In Der Mediation Und In Anderen Fällen Gegenläufiger Interessen”, **Juristische Rundschau**, Vol. 2009 No. 8, 2009, s. 314-318.

Podszun, Rupprecht/Rohner, Tristan, “Die Zukunft der Kammern für Handelssachen”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 2019 Heft 3, s. 131-136.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I**, İstanbul 2021, Vedat Kitapçılık.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, **Ortaklıklar Hukuku II**, İstanbul 2019, Vedat Kitapçılık.

Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2018.

Postacıoğlu, İlhan, “Bizde Ticaret Mahkemeleri Islaha Muhtaç Mıdır? I”, **İzmir Barosu Dergisi**, 1946/41, s. 8-15.

Postacıoğlu, İlhan, “Bizde Ticaret Mahkemeleri Islaha Muhtaç Mıdır? II”, **İzmir Barosu Dergisi**, 1946/42, s. 11-15.

Postacıoğlu, İlhan, “Bizde Ticaret Mahkemeleri Islaha Muhtaç Mıdır? III”, **İzmir Barosu Dergisi**, 1947/43, s. 15-21.

Postacıoğlu, İlhan/Altay, Sümer, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, İstanbul 2020, Vedat Kitapçılık.

Prengel, Frauke, **Die Rolle des Juristischen Beraters in der Mediation**, Hamburg 2009, Verlag Dr. Kovač.

Press, Sharon, “Institutionalization of Mediation in Florida: At the Crossroads”, **Penn State Law Review**, 108(1), s. 43-66.

Prosper, Sophie, “Réformes de la Justice et Désengagement de l’État: la Mise À Distance du Juge”, **La Découverte**, 2020/1 No.9, s. 63-67.

Pulaşlı, Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi (Cilt I)**, Ankara 2022, Adalet Yayınevi.

Pulaşlı, Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi (Cilt II)**, Ankara 2022, Adalet Yayınevi.

Pulaşlı, Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi (Cilt III)**, Ankara 2022, Adalet Yayınevi.

Pulaşlı, Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi (Cilt IV)**, Ankara 2022, Adalet Yayınevi.

Quek, Dorcas, “Mandatory Mediation: An Oxymoron- Examining the Feasibility of Implementing a Court Mandated Mediation Program”, **Cardozo Journal of Conflict Resolution**, Vol. 11 No. 2, 2010, s. 479-510.

Rauscher, Thomas, “Einleitung”, **Münchener Kommentar zur ZPO** (Herausgeber: Thomas Rauscher, Wolfgang Krüger), München 2020.

Reuben, Richard C., “Tort Reform Renews Debate over Mandatory Mediation”, **Dispute Resolution Magazine**, Vol. 13 No.2, 2007, s. 13-15.

Riskin, Leonard L., “The Special Place of Mediation in Alternative Dispute Processing”, **University of Florida Law Review**, Vol 37 No. 1, 1985, s. 19-28.

Rützel, Stefan/Wegen, Gerhard/Wilske, Stephan, **Commercial Dispute Resolution in Germany**, München 2016, C.H. Beck.

Saatcıoğlu, Onur Can, **Kanunlar İhtilafı Hukukunda Ticari Sırların İhlali**, Ankara 2020, Yetkin Yayınları.

Saenger, Ingo, “ZPO §278 Gültiche Streitbeilegung, Güteverhandlung, Vergleich”, **Zivilprozessordnung Handkommentar** (Herausgeber: Ingo Saenger), 9. Auflage, 2021 Baden-Baden.

Sayın, Hediye Bahar, “Limited Şirketlerde Yan Edim Yükümlülüğünün Hukuki Niteliği, Hizmet Ettiği Amaç ve Konusu”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXIII Y: 2019, s. 25-59.

Schlack, Ulrich, “Das Neue Geschäftsgeheimnisgesetz, Schutz für Private vor Privaten- und Behörden?”, **Zeitschrift für Wettbewerbsrecht**, 17(2), 2019, s.192-206.

Schmidt, Christoph, “Art. 680”, **CHK- Handkommentar zur Schweizerischen Privatrecht** (Herausgeber: Vito Roberto, Hans Rudolf Trüeb), Zurich 2016, Schulthess Juristische Medien.

Schmidt, Frank H./ Lapp, Thomas/ Monßen, Hans-Georg, **Mediation in der Praxis des Anwalts**, München 2012, Verlag C. H. Beck.

Schmitz, Suzanne J., “A Critique of the Illinois Circuit Rules Concerning Court-Ordered Mediation”, **Loyola University Chicago Law Journal**, 36(3), 2005, s. 783-818.

Schrank, Claude, **Das Schlichtungsverfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)**, Basel 2015, Helbing Lichtenhahn Verlag.

Schulz, Stephan, “Zivilprozessuale Probleme in Verfahren vor der Kammer für Handelssachen”, **Juristische Schulung**, Heft 10, 2005, s.909-912.

Schulz-Gardyan, Olaf, **Die Sogannante Aktionärsklage**, Berlin 1990, Duncker & Humboldt.

Schütz, Karsten, “GmbHG §26 Nachschusspflicht”, **Münchener Kommentar GmbHG** (Herausgeber: Holger Fleischer/Wulf Goette), München 2022, C.H. Beck.

Schwab, Martin, **Das Prozeßrecht Gesellschaftsinterner Streitigkeiten**, Tübingen 2005, Mohr Siebeck.

Shone, Margaret A., “Civil Justice Reform in Canada 1996 to 2006 and Beyond”, **Into the Future- The Agenda for Civil Justice Reform**, 2006.

Simil, Cemil, **Belirsiz Alacak Davası**, İstanbul 2013, On İki Levha Yayıncılık.

Smith, Gary, “Unwilling Actors: Why Voluntary Mediation Works, Why Mandatory Mediation Might Not”, **Osgoode Hall Law Journal**, Vol. 36 No. 4, 1998, s. 847-886.

Sourdin, Tania, “Resolving Disputes Without Courts?”, **IAMA Journal**, May 2013, s. 25-40.

Speyer, Heinrich Amadeus Wolff, “Der Verfassungsrechtliche Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse”, **Neue Juristische Wochenschrift**, Heft 2, 1997, s. 98-101.

Spindler, Gerald, “AktG §93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder”, **Münchener Kommentar zur Aktiengesetz** (Herausgeber: Wulf Goette/ Mathias Habersack/ Susanne Kalss), 5. Auflage, München 2019, C.H. Beck.

Stienstra, Donna, “ADR in the Federal District Courts: An Initial Report”, **Federal Judicial Center**, November 16, 2011, Appendix One.

Stöber, Michael, “Das Obligatorische Schlichtungsverfahren nach § 15a EGZPO”, **Juristische Arbeitsblätter** 2014 Heft 8, s. 608-612.

Studer, Christoph D., “Art. 759 OR”, **Kommentar zu den Schweizerischen Haftpflichtbestimmungen** (Herausgeber: Willi Fischer, Thierry Luterbacher), Zurich 2016, Dike Verlag.

Sulu, Muhammet, “Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğun Uygulamasına İlişkin Güncel Sorunlar ve Tespitler”, **Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu** 14.11.2020, Bildiri Özeti Kitabı, 2021, İbn-i Haldun Yayınları, s. 209-229.

Sulu, Muhammet, **Ticari Sırların Korunması**, İstanbul 2020, On İki Levha Yayıncılık.

Sungurtekin Özkan, Meral, “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”, **Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, Yıl 2005 Sayı 2, s. 353-370.

Şener, Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, Ankara 2022, Seçkin Yayınları.

Şener, Oruç Hami, **Ticari Uyuşmazlıklarda Ticaret Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yetki Sözleşmesi**, Ankara 2021, Seçkin Yayınları.

Tamer, Hüseyin, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sözleşmesel Hakkı Genel Kurul Kararı ile İhlal Edilebilir mi?”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 22 Sayı: 3 Yıl: 2016, s. 2577-2595.

Tanrıver, Süha, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2020/147, ss.112-142 (Tanrıver, **Düşünceler**).

Tanrıver, Süha, **Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2. Bası, 2022 (Tanrıver, **Arabuluculuk**).

Tanrıver, Süha, **Medenî Usûl Hukuku (Cilt I)**, Ankara 2020, Yetkin Yayınları (Tanrıver, **Usûl**).

Tarhanlı, Ceren, **Türk ve Alman Hukukunda Ön Anonim Şirket**, İstanbul 2013, On İki Levha Yayıncılık.

Korkmaz, Hülya Taş, **Hukuk Davalarında Gerçek Tarafın Belirlenmesi**, İstanbul 2021, On İki Levha Yayıncılık.

Taşpınar Ayvaz, Sema, “Asliye Ticaret Mahkemeleri Hakkında Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Tahkimde Görevli Mahkeme”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez’e Armağan Özel Sayısı, 2014, s. 469-482.

Taşpolat Tuğsavul, Melis, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılân Anlaşmanın Hukuki Niteliği”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2019/1, s. 333-380 (Taşpolat Tuğsavul, **Anlaşma**).

Taşpolat Tuğsavul, Melis, **Türk Hukukunda Arabuluculuk**, Ankara 2012, Yetkin Yayınları.

Tekçe Barut, Fatma Nur, **Medeni Usûl Hukukunda Terditli Talep Yığılması** (Yayınlanmamış doktora tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2022).

Tekinalp, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, İstanbul 2015, Vedat Kitapçılık.

Tepe, Büşra Kazmaz, “Arabuluculuk Anlaşma Belgesine İlişkin İcra Edilebilirlik Şerhi Taleplerinde Yargılama Usûlü”, **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, 2018, Yıl 5 Sayı 1, s. 125-150.

Tercan, Erdal, “Medeni Usûl Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 5 Sayı 1-2 Yıl 1996, s. 181-212.

The Chief Judge’s Task Force on Commercial Litigation in the 21st Century, Report and Recommendations to the Chief Judge of the State of New York, June 2012 (<http://nysbar.com/blogs/nybusinesslitigation/ChiefJudgesTaskForceOnCommercialLitigationInThe21stpdf2.pdf>).

Thomas, Peter James, “Gerichtsnähe Mediation”, **Kommentar zur Mediation in der ZPO**, Bern 2011, Stämpfli Verlag.

Thompson, Peter N., “Good Faith Mediation in Federal Courts”, **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, No. 26 Issue 2-3, 2011, s. 363-428.

Toraman, Barış, “İflas Davasının Arabuluculuğa Elverişli ve Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında Olup Olmadığı Üzerine”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 28(3), 2020, s. 1027-1059.

Tuncer Kazancı, İdil, “Actio Pro Socio: Usûlî Bir Yaklaşım”, **Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, Yıl 2017 Sayı 36, s. 21-50.

Turanboy, Asuman, “Ticari Sır”, **Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan** (Editörler: Sabih Arkan, Aynur Yongalık, Başak Şit), Ankara 2006, Turhan Kitabevi, s. 349-369.

Ulusoy, Erol, “Şirketler Hukukunda İbranin Hukuki Niteliği”, **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan**, Ankara 2003, Turhan Kitabevi, s. 253-282.

Umar, Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara 2014, Yetkin Yayınları.

Urs, Egli, “ZPO 197- Art. 197 Grundsatz”, **ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar** (Herausgeber: Alexander Brunner, Dominik Gasser, Ivo Schwander), Zürich/ St. Gallen 2016, Dike Verlag.

Urs, Egli, “ZPO 198- Art. 198 Ausnahmen”, **ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar** (Herausgeber: Alexander Brunner, Dominik Gasser, Ivo Schwander), Zürich/ St. Gallen 2016, Dike Verlag.

Urs, Egli, “ZPO 209- Art. 209 Klagebewilligung”, **ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar** (Herausgeber: Alexander Brunner, Dominik Gasser, Ivo Schwander), Zürich/ St. Gallen 2016, Dike Verlag.

Uysal, Merve, “Alman ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğun Tanımı, Türleri ve Zorunlu Arabuluculuk”, **Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, 2019, Cilt 15 Sayı 44, s. 885-960.

Üçüncü, S. Hilal, **Medeni Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması**, İstanbul 2019, On İki Levha Yayıncılık.

Verse, Dirk A., “§19 GmbHG”, **Gesellschaftsrecht Beck’sische Kurzkommentare** (Herausgeber: Martin Henssler/Lutz Strohn), 2021 München, C. H. Beck Verlag.

Vettori, Stella, “Mandatory Mediation: An Obstacle to Access to Justice”, **African Human Rights Law Journal**, Vol. 15 No.2, 2015, s. 355-377.

Vischer, Markus D., “Art. 680”, **Schweizerisches Obligationenrecht OFK-Orell Füssli Kommentar** (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), Zurich 2016, Orell Füssli Verlag.

Vogel, Oscar, “Prozessuales Management am Handelsgericht”, **Schweizerische Juristen Zeitung**, 88/1992, s. 18-22.

von Bargen, Jan Malte, **Gerichtsinterne Mediation**, Tübingen 2008, Mohr Siebeck.

von der Crone, Hans Caspar/Gersbach, Andreas/ Kessler, Franz J. / von der Crone, Brigitte / Ingber, Karin, **Das Fusionsgesetz**, Zurich 2017, Schulthess Juristische Medien.

Waye, Vicki, “Mandatory Mediation in Australia’s Civil Justice System”, **Common Law Review**, 45 Issues 2-3, 2016, s. 214-235.

Weber, Thomas/Mark, Jonas, “Durchsetzung von Aktionärsrechten im Wege der Leistungs- oder Unterlassungsklage”, **Handbuch Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten** (Herausgeber: Kim Lars Mehrbrey), Köln 2020, Carl Heymanns Verlag.

Wendland, Matthias, **Mediation und Zivilprozess**, 2017 Tübingen, Mohr Siebeck.

Westermann, Peter, “AktG §54 Hauptverpflichtung der Aktionäre”, **Aktiengesetz Heidelberger Kommentar** (Herausgeber: Tobias Bürgers/Torsten Körber/Jan Lieder), Heidelberg 2021, C. F. Müller.

Weston, Maureen A., “Checks on Participant Conduct in Compulsary ADR: Reconciling the Tension in the Need of Good Faith Participation, Autonomy and Confidentiality”, **Indiana Law Journal**, 76:3, 2001, s. 591-646.

Windbichler, Christine, **Gesellschaftsrecht**, München 2013, C. H. Beck Verlag.

Winston, David S., “Participation Standarts in Mandatory Mediation Statutes: You Can Lead a Horse to Water”, **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, 11(1), 1996, s.187-206.

Wissler, Roselle L., “The Effects of Mandatory Mediation: Empirical Research on the Experience of Small Claims and Common Pleas Courts”, **Willamette Law Review**, Vol. 33 No.3, 1997, s. 565-604.

Yanlı, Veliye, “Yeni Ticaret Kanunu ve Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 30(1), 2014, s. 5-34.

Yardım, Ertan, “Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru”, **Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk**, Editör: Ceyda Süral Efeçinar/ Mehmet Ertan Yardım, s. 89-112.

Yasaman, Hamdi, “Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013/2, s. 97-112.

Yasan, Mustafa, “Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Rekabet Yasağı (TTK m. 335)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 7 Özel Sayı, 2005, s. 409-446.

Yazıcı, Çiğdem, **Medeni Usûl Hukukunda Karşı Dava**, İstanbul 2021, On İki Levha Yayıncılık.

Yazıcı Tıktık, Çiğdem, “Usûl Hukuku Bakımından Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk- Tartışmalar”, **Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk**, Editör Ceyda Süral Efeçinar/ Mehmet Ertan Yardım, s. 141-156.

Yazıcı Tıktık, Çiğdem, **Arabuluculukta Gizliliğin Korunması**, İstanbul 2013, On İki Levha Yayıncılık (Yazıcı Tıktık, **Gizlilik**).

Yılmaz, Ejder **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara 2021, Yetkin Yayınları (Yılmaz, **Şerh**).

Yılmaz, Ejder, “Usûl Ekonomisi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 57 Sayı 1, 2008, s. 243-274.

Yılmaz, Abdülhamit, “Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri”, **Anadolu üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 4 Sayı 1, 2018, s. 219-238.

Yongalık, Aynur, **Şahıs Şirketlerinde Ortak Davası (Actio Pro Socio)**, Ankara 2010, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Yüce, Aydın Alber, **Anonim Şirketlerde Sermaye Borcunun Takas Yoluyla Ödenmesi**, İstanbul 2021, On İki Levha Yayıncılık.

ÖZGEÇMİŞ



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : BANU ULUSAN
Tez Başlığı : SERMAYE ŞİRKETLERİNDE ZORUNLU
ARABULUCULUK
Savunma Tarihi : 23 / 01 / 2024
Danışman : PROF. DR. GÜRAY ERDÖNMEZ

JÜRİ ÜYELERİ:

Unvan, Ad-Soyadı

İmza

PROF. DR. HAKAN PEKCANİTEZ

PROF. DR. GÜRAY ERDÖNMEZ

PROF. DR. ANLAM ALTAY

PROF. DR. HÜLYA TAŞ KORKMAZ

DOÇ. DR. NUR BOLAYIR

Prof. Dr. Ulun AKTURAN

Enstitü Müdürü